جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس البيع والاشهار التجاري

موجهة لطلبة السنة الثانية ماستير

تخصص قانون الأعمال

السنة الجامعية 2020- 2021

إعداد :د.بن يسعد عذراء

تمهيد :

المعاملات التجارية تمتاز بالسرعة من جهة ، والثقة والائتمان من جهة أخرى (ويقصد بالائتمان التجاري منح أجل للوفاء بدين من الديون)،وتقوم عادة بمجرد تبادل الايجاب والقبول دون وجوب الشكلية (في أغلب الأحيان غدا تلك التي يستوجبها نص صريح في القانون)

وتهدف الأعمال التجارية إلى تحقيق الربح لهذا تتسم بالسرعة على عكس الأعمال المدنية التي تكون في مجملها بطيئة، والتي تتطلب شروطا موضوعية و شكلية، يتطلبها القانون من أجل صحة التصرفات

المحور الأول البيع التجاري:

مفهوم البيع التجاري

يعتبر البع التحاري أبرز أنواع العقود التجارية لذلك ومن أجل التعرف عليه علينا أن نتطرق بداية إلى تعريف العقود التجارية و بيان خصائصها والقواعد المنظمة لها من حيث قواعد الاختصاص والاثبات والتفيذ وهي نفسها أأحكام البيع التجاري ثم نخلص في النهاية إلى خصوصية البيع التجاري

تعريف العقود التجارية :

من الصعب وضع تعريف دقيق للعقود التجارية لأن كل عقد وارد في القانون المدني ،يجوز استخدامه في ميدان التجارة ،كما أنه من غير الممكن حصر كل المعاملات التجارية إلا تعرف يوما بعد يوم تطورا وازدهارا .

غير أنه يمكن لأي عقد أن يكتسب الصفة التجارية بتطبيق إحدى المعايير المقررة لتصنيف الأعمال التجارية ، والتي حددها المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى كالتالي:

- الأعمال التجارية بحسب الموضوع المنصوص عليها في المادة الثانية 2 من ق.ت .ج ويقصد بها تلك الأعمال التي تتحدد طبيعتها التجارية استنادا إلى موضوعها أوهدفها أوالغرض منها فمتى كان الغرض من العمل تحقيق الربح كان العمل تجاريا أما إذا كان غير ذلك فيكون العمل مدنيا .

وقد جاء في نص المادة الثانية من ق. ت.ج ما يلي:

"يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كـل شـراء للمنقـولات لإعـادة بيعهـا بعينهـا أو بعـد تحويلها

- كل شراء للعقارات لإعادة بيعها

- كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات

- كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح

- كل مقاولة للبناء أو الحفر أو التمهيد الأرض

- ....."

و يلاحـظ أن المشـرع في نـص المـادة الثانيـة ميـز بـين نوعين :

الأعمـال التجاريـة المنفـردة والـتي يقصـد بهـا الأعمـال الـتي تـتم لمـرة واحـدة فقـط رغـم ذلـك تعتـبر تجاريـة وهـي الشـراء لأجـل البيـع وقـد تضـمنها الفقـرة 1 والفقـرة2 ويشـترط في هـذا النـوع مـن الأعمـال حصـول عمليـة الشـراء بمعـنى أنـلا يحصـل الشـخص علـى المنقـول أو العقـار مجـانا عـن طريـق المـيراث أو الهبـة أو التـبرع ،وجـود نيـة إعـادة البيـع وتحقيـق الـربح وقـت الشـراء سـواء تحقـق الـربح ام لم يتحقـق والعبرة في تقدير ذلك تعز لقاضي الموضوع.

والأعمال التجارية التي تكون على سبيل المقاولة أو المشروع ،أما النوع الثاني فلا يعد العمل تجاريا إلا إذا كان على سبيل المقاولة أي يشترط عنصر التكرار والاحتراف وهذا ما تضمنه الفقرة

3 إلى آخر فقرات المادة الثانية. (ويقصد بالمقاومة عمومًا تظافر مجموعة من العناصر المادية والبشرية لتحقيق غرض إقتصادي) .

- الأعمال التجارية بحسب الشكل المنصوص عليها في المادة الثالثة من ق.ت.ج

وهذا النوع من الأعمال يعتبر تجاريا بحسب شكله أوتسميته أوالقالب الذي يفرغ فيه دون البحث عن الهدف من العمل أو الغرض منه وقد حدد المشرع الجزاري الاعمال التجارية التي تعتبر تجارية بحسب شكلها في المادة الثالثة السابقة على سبيل الحصر حيث جاء فيها :

"يعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص

-الشركات التجارية

- وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

- العمليات المتعلقة بالمحل التجاري

- كل التجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية "

للإشارة فإن السفتجة عبارة عن ورقة تجارية ،هي أداة وفاء واءتمان تحل محل النقود في المعاملات التجارية تنشأ بين ثلاثة أطراف الساحب ،المسحويدب عليه، والمستفيد أما المحل التجاري بعبارة عن منقول معنوي يتكون من مجموعة عناصر مادية ومعنوية (يتطرق إليه بالتفصيل لاحقا عند حديثنا عن رهن المحل التجاري)

.

-الأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليها في المادة الرابعة 4 من ق. ت .ج

في الأصل هذه الأعمال هي أعمال مدنية في أنها تكتسب الطبيعة التجارية تبعا الصفة القائم بها ألا وهو التاجر ،أن يقوم بها أثناء ممارسة تجارته أو تتعلق بحاجات متجره وهذا ما أكدته المادة الرابعة حيث جاء فيها:

"يعد عملا تجاريا بالتبعية :

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره

- الالتزامات بين التجار " .

رغم أن هذا المعيار(في تحديد الطبيعة التجارية للعقد) إنتبه بعض الفقهاء لأنه لا يقوم أساسا على طبيعة العقد ذاته فهو يعتبر مدنيا أو تجاريا بالنظر إلى طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص أو بالرجوع إلى صفة المتعاقد ، إذا ماكان تاجرا أو غير تاجر وهكذا يكون العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ومدنية بالنسبة للطرف الآخر ،وهو ما يطلق عليه **الأعمال التجارية المختلطة** والتي تثير العديد من الإشكالات القانونية من حيث قواعد الاختصاص القضائي وقواعد القانون الواجب التطبيق،من حيث الاثبات والاعذار ... (نتطرق إليها مفصلا لاحقا) .

خصائص العقود التجارية:

تتميز العقود التجارية بخصائص أهمها ،الرضاءية وأنها عقود معاوضة وأنها لا ترد إلا على منقول

1- العقـود التجاريـة هـي عقـود رضـاءية تنعقـد بمجـرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتي متطابقتين .

وفي الأصـل لا يشـترط لانعقـاد العقـود التجاريـة شـكلية معينـة حيـث يمكـن إبرامهـا شـفاهة أو بالهـاتف....لأن مـن طبيعـة المعـاملات التجاريـة بالسـرعة في التعامـل، ومـع ذلـك توجـد بعـض العقـود التجاريـة الـتي يلـزم لانعقادهـا شـكل معـين بالكتابـة الرسميـة أو العرفيـة ، ومنهـا عقـد الشـركة التجاريـة الـذي يجـب أن يكـون بالكتابـة الرسميـة وإلا كـان باطـلا وعقـد بيـع السـفينة أو رهنهـا، الـذي يجـب أن يكـون بورقـة رسميـة وإلا كـان باطـلا وعقـد بيـع المحـل التجـاري أو رهنـه أو تأجـيره والـذي يجـب أن يكـون رسميـا وإلا كان باطلا (المادة 79 ق.ت.ج)

ومـع أن هـذا الأمـر قـد يبـدو متعارضـا مـع السـهولة والسـرعة في المعـاملات التجاريـة إلا أن هـذه الأشـكال القانونيـة مـن شـأنها تيسـير إبـرام العقـود لأنهـا تمنـع كـل نـزاع لاحـق حـول تكـوين العقـد وتفسـيره وشـروطه ،وهـي تسـمح بمعرفـة طبيعـة العقـد ومضـمونه بمجـرد الاطـلاع على الشكل الذي يفرغ فيه.

2- العقــود التجاريــة هــي عقــود معاوضــة: أي يتلقــى فيهــا كــل مــن المتعاقــدين مقــابلا وعوضــا لمــا يقدمــه، فــلا تــدخل عقــود التــبرع في نطــاق القــانون التجــاري ،لأن التبرع مناف للتجارة التي تقوم أساسا على الربح .

ومــع ذلــك قــد نجــد بعــض العقــود الــتي لا تعــود بالــربح ، ومــع ذلــك فهــي ليســت عقــود تــبرع ،كمــا هــو الحــال عنــد الله بتخفــيض كبــير عنــد تصــفية بعــض البضــائع ســريعة التلــف ، أو في حالــة تغيــير النشــاط ، وكمــا هــو الحــال في الخدمات المجانية التي يقدمها البنك لعملائه.

والعقــود التجاريــة تقــوم علــى المضــاربة الــتي تعــد أحــد العناصــر الأساسـية للاعمــال التجاريــة، وبهــذا نســتبعد عقــود التــبرع لانتفــاء هــذا العنصــر، فــإن عقــود التجــارة هــي عقــود معاوضــة، أمــا إذا كانــت هنــاك هــدايا أو عمولــة تعطــى مــن قبــل التجــار أو الشــركات التجاريــة فإنهــا لا تعطــي إلا لأجــل الحصــول علــى الشــهرة التجاريــة وكســب العمــلاء، لــذا لا تتضــمن نيــه التــبرع وليســت للمجاملــة أو الإحســان وإنمــا لممارســة التجــارة، ومــن هــذا يتبين بأن العقود التجارية هي عقود معاوضة دائما.

3 - العقــود التجاريــة تــرد علــى المنقــولات ،دون العقــارات، لأن العقــارات مســتبعدة مــن نطــاق القــانون التجــاري، ومــن ثم

فـلا محـل في العقـود التجاريـة لضـمان الاسـتحقاق لأن المشـتري يكـون محميـا بقاعـدة الحيـازة في المنقـول سـند الملكيـة، والغالـب أن تـرد العقـود التجاريـة علـى أشـياء مثليـة وعلـى كميـة معينـة منها، وليس على شيء معين بالذات وقت العقد.

النظام القانوني للعقود التجارية

تخضـع العقـود التجاريـة في الاصـل للقواعـد العامـة الـتي نـص عليهـا القـانون المـدني، في مـادة الالتزامـات والعقـود إلا أن هنـاك قواعـد خاصـة تطبـق علـى العقـود التجاريـة وتميزهـا عـن العقـود المدنيـة منهـا مـا يتصـل بالإثبـات، ومنهـا قواعـد موضـوعية خاصـة بإبـرام العقـود التجاريـة وتنفيـذها، وتفسـير هـذه القواعـد لاحتياجـات السـرعة والاءتمـان اللـذان يعـدان ركيـزة المعـاملات التجارية .

ذلـك مـا سـوف نتناولـه في هـذه الدراسـة محـاولين إبـراز نقـاط الآخـتلاف بـين العقـود المدنيـة والعقـود التجاريـة مـن حيـث ثـلاث نقـاط: قواعـد الاختصـاص القضـائي ، قواعـد الاثبـات، القواعـد الخاصة بتنفيذ العقود التجارية

1-الاختصاص القضائي

هـو السـلطة الممنوحـة لجهـة معينـة للفصـل في الخصـومات، وحسـم المنازعات وفقا

لأحكام القانون، باتباع إجراءات خاصة تتخذ أشكالا معينة يقوم بها الخصوم والقضاء وأعوانه.

وينقسم الاختصاص القضائي إلى اختصاص نوعي واختصاص محلي

أ- ***الاختصاص النوعي***

يقوم النظام القضائي في بعض الدول كفرنسا مثلا على أساس وجود نوعين من المحاكم المدنية، والمحاكم التجارية، فتعتبر المحاكم المدنية صاحبة الاختصاص العام وتقوم بالفصل في جميع الدعاوي التي لم يجعلها المشرع من اختصاص محاكم أخرى ،بينما يعتبر اختصاص المحاكم التجارية هو اختصاص مهني محدد ،لا تختص إلا بالمنازعات التي حددتها (المادة 631 من القانون التجاري الفرنسي).

وهي :

- المنازعات المتعلقة بتعهدات ومعاملات التجار.
- المنازعات التي تقوم بين الشركاء في الشركات التجارية .
- المنازعات الخاصة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص.

أمـا في الـدول العربيـة ومنهـا الجزائـر ومصـر، الاردن، لا توجـد فيهـا مثـل هـذه المحـاكم حيـث تأخـذ الـبلاد العربيـة بوحـدة الإختصـاص القضـائي ، حيـث يختص نـوع واحـد مـن المحـاكم بنظـر المنازعـات المدنيـة والتجاريـة علـى حـد سـواء، كمـا جـرى العمـل علـى تشـكيل دائـرة أو أكثـر لنظـر الـدعاوي التجاريـة وذلـك ضـمن المحـاكم الابتدائيـة والمجـالس القضـائية ومحـاكم الاسـتئناف، وإن إنشـاء هـذه الـدوائر الخاصـة للنظـر في المسـائل التجاريـة، لا علاقـة لـه بقواعـد الاختصـاص النـوعي، وإن هـذه الـدوائر لا تعتـبر محـاكم لهـا كيـان مسـتقل وإنشـاؤها لـيس إلا مـن قبيل توزيع العمل على القضاة داخل المحكمة الواحدة.

وينـتج عـن ذلـك نتيجـة هامـة، وهـي في حالـة مـا إذا رفعـت دعـوى مدنيـة أمـام دائـرة تجاريـة أو رفعـت دعـوى تجاريـة أمـام دائـرة مدنيـة، فإنـه لا يجـوز الـدفع بعـدم الإختصـاص النـوعي للـدائرة الـتي رفعـت أمامهـا الـدعوى، لا يجـوز للمحكمـة الحكـم مـن تلقـاء نفسـها بعـدم الاختصـاص، بـل كـل مـا تسـتطيع عملـه هـو إحالـة الـدعوى إلى الـدائرة المختصـة بنفسـالمحكمة وعلـى فـرض لم تقـم بهـذه الإحالـة وحكمـت في الـدعوى، فـإن حكمهـا يكـون صحيحاباعتباره صادرا من محكمة مختصة.

ويمكـــن القـــول بصـــفة عامـــة، بأن الاختصـــاص النـــوعي يخضـــع للنظـام العـام، ولـيس للـدائرة التجاريـة اختصاصـا مطلقـا في جميـع القضـايا التجاريـة، وغـني عـن الـذكر أن دعـوى المسـؤولية الـتي ترمـي إلى تعـويض الضـرر الـذي سـببه أي ناقـل مـن اختصـاص الدائرة المدنية حتى إذا وقع الحادث أثناء ممارسة التجارة .

ب-الاختصاص المحلي

يقصـد بالقضـاء المحلـي المحـاكم الـتي يقـع مقرهـا في مكـان ويكـون لها دائرة اختصاص مكاني لا تحددها

تقضـي القواعـد العامـة في الإختصـاص المحلـي، بإقامـة الـدعوى أمـام محكمـة مـوطن المـدعى عليـه وذلـك بـنص المـادة الثامنـة مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة الجزائريـة، بينمـا في المعـاملات التجاريـة يجـوز للمـدعى الخيـار في أن يرفـع دعـواه أمـام إحـدى محـاكم ثلاث :

1- - محكمـــة موطـــن المدعـــى عليـه

يعتـبر المكـان الـذي يباشـر فيـه الشـخص تجارتـه موطنـا بالنسـبة للأعمـال المتعلقـة بهـذه التجـارة إلى جانـب موطنـه الأصـلى (م 37 مـدني جزائـري)، وإذا كـان المـدعى عليـه يباشـر التجـارة في فـروع متعـددة ،جـاز للمـدعى رفـع الـدعوى إلى المحكمـة الـتي تقـع

في دائرتها الفرع الذي يتصل به النزاع. وهناك استثناءات أوردها المشرع في المادة الثامنة إجراءات مدنية :

- ترفع الدعاوى في مواد الإفلاس والتسوية القضائية أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس.
- ترفع الدعاوي المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركات امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للشركة.
- ترفع الدعاوي العقارية، أو دعاوي الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاويالإيجارات المتعلقة بالعقارات، وأن تكون تجارية أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرةاختصاصها.

2- - محكمة إبرام العقد وتسليم البضاعة

ويشترط للاختصاص هنا أن يكون الاتفاق أو التسليم الفعلي قد حصلا في دائرة المحكمة، ويشترط أن يكون التنفيذ قد تم فعلا جميعه أو جزءا منه، فلا يكفي أن يكون متفقا على حصول التنفيذ في دائرتها(

- محكمة محل الدفع

وهو المكان الذي تم الاتفاق بين الطرفين على الوفاء فيه، وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون الإجراءات المدنية.

2- قواعد الإثبات

الاثبات هو " إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها ، بقصد الوصول إلى النتائج القانونية المترتبة هى صحة الواقعة المذكورة "

وقواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين : قواعد إثبات شكلية أو إجرائية، وقواعد إثبات موضوعية.

تختلف قواعد الإثبات بالنسبة إن كنا أمام عقود مدنية أو عقود تجارية، ذلك ما سوف نتطرق إليه في هذين الفرعين :

أ- الإثبات في العقود المدنية

تتعدد طرق ووسائل الإثبات ويمكن تقسيمها حسب الترتيب التالي :

-الكتابة

-البينة أو شهادة الشهود

-القراءن

-الإقرار

-اليمين

تعد الكتابة أهم وأقوى طرق الإثبات لما تمتاز به من قوة مطلقة، تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، فبموجبها،يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم مما يعود عليهم بفائدة عملية كونها توفر ضمانات

بالغة الأهمية، لأنها تعد الوسيلة الأنجع لحماية حقوق الأطراف كونها أقل تعرضا لعامل الزمن وضعف ذاكرة الإنسان، عكس وسائل الاثبات الأخرى مشاهدة الشهود واليمين، وبالتالي تكون الكتابة دليلا كاملا لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير أو الإنكار أو الجهالة

وتصلح الكتابة لإثبات جميع الوقائع القانونية، سواء كانت محددة القيمة أو غير محددة القيمة .

غير أن المشرع الجزائري يفرض قيودا على إثبات العقود المدنية كاشتراط الكتابة في إثبات العقود المدنية التي تزيد قيمتها على 000.100 دج أو كانت غير محددة القيمة (المادة 333 من القانون المدني المعدلة بمقتضى القانون رقم 05- 10 مؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005) وعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة، ووجوب ثبوت تاريخ العقد بطرق معينة للاحتجاج به على الغير .

وتقسم المحررات التي تصلح أن تكون دليلا بالكتابة إلى محررات رسمية ومحررات غير رسمية:

-المحررات الرسمية: بالرجوع إلى نص المادة 324 ق.م.ج : " **العقد الرسمي ، عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي**

الشـأن، ذلـك طبقـا الأشـكال القانونيـة وفي حـدود سـلطته واختصاصه ".

-المحررات العرفية: تضمنتها المادة 326 مكرر 2من ق.م .ج : **"يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل ، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".**

ب- الإثبات في العقود التجارية

الأصل في العقود التجارية أن الاثبات جائز بكل الطرق، حر طليق من القيود التي وضعها المشرع لما عداها من الديون، ومن ثم يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها، بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات وجميع طرق الإثبات .

ويستند مبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية إلى ما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل، فضلا عما تقوم عليه من ثقة متبادلة بين التجار ولتيسير الإثبات فرضالمشرع على التجار مسك دفاتر تجارية تقيد فيها جميع العمليات التي يقومون بها.

على أن الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) في العقود التجارية أمر جوازي لمحكمة الموضوع، فلها أن ترفض الاستجابة إليه متى

رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكون عقيدتها .

كما يجوز في العقود التجارية أن يتم إثبات تاريخ السندات العادية بالنسبة إلى الغير، بجميع طرق الإثبات، ويعد تاريخ الإسناد القابلة للتداول أو تاريخ تطهيرها صحيح إلى أن يثبت العكس، وذلك خلافا لما هو مقرر في المواد المدنية، بأن السند العادي لا يعد صحيح التاريخ بالنسبة إلى الغير، إلا من يوم تسجيله أو من يوم إثباته في سند رسمي، أو من يوم وفاة أحد الموقعين عليه، أو من يوم إدراج خلاصته في سند رسمي. على أن مبدأ حرية إثبات العقود التجارية ليس مطلقا، بل ترد عليه استثناءات :

إذا كانت العلة من إطلاق الإثبات في المواد التجارية هي ما تقوم عليه المعاملات التجارية من سرعة في الإبرام والتنفيذ، فقد تطلب المشرع الكتابة في بعض العقود والتصرفات التجارية ،التي يستغرق إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا، بحيث يكون لدى المتعاقدين متسع من الوقت لتحرير سند كتابي أو تنطوي على أهمية خاصة حسما لكل نزاع محتمل، حول طبيعتها وآثارها، كما هو الشأن في عقد الشركة ، وعقد النقل البحري، وعقد التأمين البحري، كما أن طبيعة بعض المعاملات لا يمكن أن تكون إلا كتابة كما هو الحال في

الأوراق التجارية، وكذلك بيع أو رهن او تأخير المحل التجاري ، وبيع أو رهن السفينة .

3- القواعد الخاصة بتنفيذ العقود التجارية

وضع المشرع للعقود التجارية قواعد خاصة مختلفة عن القواعد التي تخضع لهاالعقود المدنية، وتهدف بعض هذه القواعد إلى توفير السرعة والبعض الأخر تهدف إلى دعم الائتمان، وهما الدعامتان اللتان يقوم عليها القانون التجاري.

ولن نتعرض إلى القواعد العامة، أما القواعد الخاصة فنعالجها على النحو الآتي:

أ .التضامن

الأصل أن التضامن لا يفترض، فلا بد إذن من وجود نصوص في العقد أو في القانون، وذلك ما نصت عليه المادة 217 مدني جزائري وقد اختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان تطبيق هذا المبدأ قاصرا على المسائل المدنية وحدها، أم أنه يشمل المسائل التجارية أيضا.

استقر القضاء الفرنسي على وجود عرف قديم، يقتضي بافتراض التضامن في العقود التجارية، فإذا أريد نفيه وجب وضع نصوص صريحة في العقد تلغيه، ولما كانت القاعدة التي

تقضي بعدم جواز افتراض التضامن من القواعد غير الأمرة، فكان التعارض قائم هنا بين العرف وقاعدة مفسرة، فيجب أن تكون الإرجحية للعرف، خصوصا وأن افتراض التضامن في مصلحة التجارة [16] إذ فيه ضمان للدائنين، كما أنه يسهل على المدنيين الحصول على الائتمان وهو عصب المعاملات التجارية.

هذا وقد أقام القانون التجاري التضامن بنصوص صريحة في مواضع عديدة أهمها ما يأتي:

-الشركاء في شركات التضامن والشركاء المتضامنون في شركات التوصية مسؤولون على وجه التضامن عن ديون الشركة. ذلك ما نصت عليه المادة 551 تجاري جزائري.

-الموقعون على الورقة التجارية، كالساحب والمسحوب عليه والمظهر، مسئولون بالتضامن عن أداء قيمة الورقة (المادة 426 تجاري جزائري) التي تنص على التضامن بين المظهرين والساحب لفائدة حامل السفنجة .

ب : الإعذار

الإعذار: هو تسجيل تأخير المدين في الوفاء بالتزامه، أو هو وضع المدين موضع

التأخير، حيث لا يستطيع الدائن أن يطلب فسخ العقد أو أن يطالب بتعويض مالحقه من ضرر إلا إذا قد سبق وأعذر

المـدين بضـرورة الوفـاء بالتزامـه، والأصـل أن إعـذار المـدين في المـواد المدنيـة يكـون بإنـذاره، بمطالبتـه بالوفـاء بمقتضـى ورقـة رسميـة تعلن إليه بواسطة محضر قضائي .

أمـا في العقـود التجاريـة، فيكـون إعـذار المـدين أو إخطـاره بإنـذار رسمـي، أو بكتـاب مسـجل مصـحوب بعلـم الوصـول، ويجـوز في أحـوال الاسـتعجال أن يكـون ببرقيـة أو أيـة وسـيلة أخـرى كالهاتف أو البريد الإلكتروني [17] .

ج : المهلة القضائية

مـن حـق المحـاكم أن تمـنح المـدين مهلـة للوفـاء بدينـه، مـتى آنسـت منـه حسـن النيـة والقـدرة علـى الـدفع، وتسـتطيع المحكمـة أن تكـرر مـنح المهلـة، ولهـا أن تأمـر بتقسـيط الـدين علـى المـدين، وإنمـا يجـب أن تحتـاط للأمـر، فـلا تسـرف في هـذا السـبيل، بـل تعتـدل في تقريـر المهلـة والـتي تمنحهـا، وتـدقق في مركـز المـدين المـالي، فـلا تمهلـه إلا إذا كـان عسـره طـارئا وخاليـا مـن سـوء النيـة والإهمـال، كمـا عليهـا أن تنظـر إلى مصـلحة الـدائن، فتضـن بالمهلـة إذا كـان يترتـب عليهـا ضـرر بليـغ لـه، فـالأمر مـتروك إذن لتقـدير القاضـي ولضـروف الحـال ، ومـن البـديهي أن رائـد القـانون مـن إعطـاء المحـاكم سـلطة مـنح المهـل أو الأمـر بتقسـيط الـديون، هـو الأخـذ بيـد المـدينين وإقـالتهم مـن عثـرتهم، وحمـايتهم مـن تعسـف

الـدائنين، ولا شـك أن هـذا الوضـع يقـرب إلى الأذهـان المبـادئ التي ينادي بها أنصار نظية تغير ظروف العقد [18].

أمـا في العقـود التجاريـة فـإن مـنح المـدين أجـلا جديـد للإيفـاء بدينـه، قـد يلحـق في الغالـب ضـررا جسـيما بالـدائن، ذلـك أن المعـاملات التجاريـة مرتبطـة بعضـها بـبعض، حيـث أن عـدم تنفيـذ الالتـزام بأداء الـدين المسـتحق قـد يـؤدي إلى عجـز الـدائن عـن إيفاء دينه قبل الغير، وبالتالي قد يتعرض إلى شهر إفلاسه.

ولهـذا مـن الصـعوبة بمكـان إعطـاء المهلـة القضـائية للمـدين بـدين تجاري، إلا فيحالات استثنائية يقدرها القاضي.

د : الرهن الحيازي

إن الـرهن الحيـازي : " عقـد بـه يلتـزم شـخص، ضـمانا لـدين عليـه أو علـى غـيره، أن يسـلم إلى الـدائن أو إلى أجنـبي يعينـه المتعاقـدان شـيئا يرتـب عليـه للـدائن حقـا عينيـا يخولـه حـبس الشـيء لحـين اسـتيفاء الـدين، وأن يتقـدم الـدائنين العـاديين والـدائنين التـالين لـه في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون(

إذن الـرهن الحيـازي يكـون رهنـا تجـاريا إذا كـان الـرهن المعقـود ضـمانا لـدين تجـاري، سـواء أكـان الـذي أنشـأه تاجـرا أو غـير تاجـر ويخضـع هـذا الـرهن في تنفيـذه لإجـراءات خاصـة بسـيطة تتحصـل في أن للـدائن، بعـد حلـول ميعـاد دفـع الـدين وبعـد

مضي خمسة عشر يوما يشرع في بيع المنقولات بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم أو إذن على عريضة أي تنفيذ بدون سند تنفيذي.

أما إذا انعقد الرهن ضمانا لدين مدني، يكون الرهن مد نيا ويخضع لأحكام القانون المدني وهي توجب عليه إذا أراد التنفيذ على المال المرهون في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته، وأن يتبع عدة إجراءات طويلة ومعقدة وتستغرق وقتا طويلا، وتكلف أموالا باهضة، إذ يتعين أن يحصل على حكم من القضاء بحقه، أو عليه أن يتنظر حتى يصبح هذا الحكم نهائيا، فيكون بيده سندا تنفيذيا يستطيع بمقتضاه الحجز على الشيء المرهون، وبيعه في المواعيد المحددة وفقا للأوضاع المقرره في قانون المرافعات .

ذ: النفاذ المعجل

الأصل في المسائل المدنية، أن الأحكام لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تصير نهائية، أي بعد أن تحوز قوة الشيء المقضي فيه، ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع.

أما الأحكام الصادرة في المسائل التجارية، فتكون مشمولة بالنفاذ المعجل، سواء أكانت هذه الأحكام قابلة للمعارضة أو

الاستئناف، أن تطبيق هذه القاعدة يتوقف على دفع التاجر الصادر الحكم لمصلحته كفالة حتى يستطيع أن ينفذ الحكم تنفيذا معجلا.

والحكمة من تنفيذ الأحكام تنفيذا معجلا ،هو ضمان السرعة في المعاملات وقطعالطريق على المدين المماطل الذي يسعى جاهدا إلى التهرب من تنفيذ التزاماته، عن طريق وقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضده بالطعن فيها.

و: الإفلاس

الإفلاس هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه، يعلن عنه بمقتضى حكم. والتاجر المفلس، تغل يده عن إدارة ذمته المالية وتنزع عنه بعض الحقوق.

والإفلاس إجراء تنفيذي يؤدي إلى الموت التجاري للمفلس، وتصفية مؤسسته وبيع كل أمواله الأخرى.

إن الإفلاس، أصلا، نظام تجاري، فالتاجر المتوقف عن الدفع، هو وحده الذي يمكن شهر إفلاسه، ومع ذلك، فإن بعض التشريعات تطبقه على التجار وغير التجار ،كالتشريع الألماني والإنجليزي والأمريكي والسويسري، أما التشريعات اللاتينية فهي بشكل عام تقصر تطبيقه على التجار فقط، وفي الجزائر يطبق الإفلاس على التجار أفرادا أو شركات [21]. أما

الشخص المدني فيطبق عليه نظام الإعسار، الذي يعد أقل قسوة وأخف وطأة من نظام الإفلاس، بحيث تباع أموال المدين المعسر المحجوزة وتقسم على الدائنين قسمة غرماء ويترك له ما يحتاج إليه لنفقته ونفقة من يلزم بالإنفاق عليهم (22).

هـ: الفوائد

إن الفائدة في القانون التجاري تختلف عنها في القانون المدني، فالفائدة القانونية لا تستحق إلا عند التأخر في الوفاء، ولذلك تفترض حلول أجل الوفاء بالدين، وقدرها القانون المصري بـ 4 % في المواد المدنية و5 % في المواد التجارية مالم يتفق على غير ذلك بشرط ألا تزيد على 7 % في الحالتين (23).

أما في التقنين المدني الجزائري الحالي لم يسمح بالفائدة بين الأفراد.

أما من حيث سريان الفوائد فيبدأ من تاريخ حلول أجل الدين في القانون التجاري، أما في القانون المدني فلا تسري الفائدة إلا بعد الإعذار والمطالبة بها أمام القضاء، ان لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره (المادة 226 مدني مصري).

والسبب في ارتفاع سعر الفائدة القانونية وهي التي تستحق دون اتفاق عليها فيحالة تأخر المدين في الوفاء بالتزامه في المواد

التجارية عنه في المواد المدنية، هو أن النقود التي تستثمر في العمال التجارية تنتج ربحا أكثر مما لو استعملت في أعمال مدنية، فضلا عن أنها أكثر عرضة للضياع، ولأن المشرع يفترض أن الضرر الذي يلحق الدائن بدين تجاري من جراء التأخر في الوفاء أكثر جسامة مما يلحق الدائن المدني، إذ في مقدور الدائن التجاري استثمار النقود التي تدفع إليه مباشرة .

خصوصية البيع التجاري :

الأصل في البيوع التجارية ، أنها تخضع للقواعد العامة التي أوردها القانون المدني فيما يتعلق بتكوين العقد وآثاره، إلا أن هناك قواعد خاصة استقر عليها العرف التجاري أو العادات التجارية أو القضاء وتضمنها القانون التجاري.

والملاحظ أنه فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بإبرام البيوع التجارية، فإن الأصل فيها أن لإرادة المتعاقدين حرية تامة في إبرامها وتحديد مضمونها ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، بيد أن الحرية التعاقدية أخذت تتراجع أمام تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد أو لتوجيه الإقتصاد بما يتفق والمصلحة العامة.

ومن مظاهر ذلك وضع قواعد تشريعية آمرة بلتزم الأطراف باحترامها وتحميها جزاءات جنائية متعددة أهمها ما يتعلق

بتقرير بطلان بعض الشروط التعسفية في العقد أو تحديد أسعار السلع والخدمات، أو تحديد الإرباح التي يحصل عليها الوسطاء. وبذلك خرجت العقود التجارية من دائرة الحرية التعاقدية إلى نطاق التنظيم القانوني الملزم.

إضافة إلى بعض القواعد التي يقتصر تطبيقها على البيوع التجارية حيث يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير معينين، كالإيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق عرض البضائع في المحلات التجارية مع بيان الثمن فيلتزم التاجر بالبيع لكل من يبدي رغبته في الشراء.

أما فيما يخص بالقواعد الخاصة بتنفيذ البيوع التجارية، لاحظنا أوجه التمييز بين العقود التجارية والعقود المدنية، حيث كانت جوهرية، ملاءمة وطبيعة المعاملات التجارية التي قوامها السرعة من جهة والائتمان والثقة من جهة أخرى، وهاتان الميزتان تفرضان قواعد قانونية، أما سرعة المعاملات التجارية فأبرز ما تناولناه هي قاعدة الإثبات، أماالائتمان فيفرض إحترامها صارما لحقوق الدائن ودعم ضماناته، حتى تزداد فرصته في استيفاء ما يستحقه ويكون أكثر استعدادا لمنح الائتمان لمن يطلبه، ولهذا وضع نظام الإفلاس لتصفية أموال المدين، وافترض التضامن بين المدينين عند تعددهم، دون حاجة إلى اتفاق صريح أو نص في القانون.