كلية المستقبل الجامعة/ مرحلة ثاني قانون

مادة: القانون التجاري/ اعداد: م.م زينب ثامر شهيد

المحاضرة رقم (٣)

المقصود بالأعمال التجارية (النظريات الفقهية):

تخلو القوانين التجارية عموماً من تعريف إصطلاحي للأعمال التجارية، حيث أكتفت القوانين بإيراد تعداد ترتيبي معين لهذه الأعمال ولهذا حاول الفقه إستناداً على التعداد للأعمال التجارية ان يضع قاعدة أو مفهوماً يتميز بموجبه ما يعتبر تجارياً وما لا يعتبر كذلك، إلا أن إجتهاد الفقه لم يستخلص فكرة عامة شاملة للعمل التجاري، حيث طرح نظريات مختلفة يقوم بعضها على العوامل الإقتصادية في حين يقوم الآخر القانونية، وهذه النظريات هي:

١- نظرية المضاربة:

إعتمد الفقه معيار المضاربة لتحديد العمل التجاري، والمضاربة تعني السعي وراء تحقيق الربح بمعنى وضع رأس مال معين في عمل معين بقصد الحصول على ربح من وراء ذلك، حيث ينصرف هذا المفهوم إلى أي فعل من شأنه تحقيق فائدة مادية، أي ربح نقدي، بالإضافة الى العوامل التي تتضمن عنصر المصادفة والمخاطرة، وأن هذه النظرية إعتمدت معياراً إقتصادياً يتفق مع طبيعة أغلب الأعمال التجارية كالشراء لأجل البيع وغيره، إلا أن الفقه أجمع على عدم شمول هذه النظرية لكل الأعمال التجارية لأنها توسع من دائرة هذه الأعمال بحيث شملت أعمالاً هي مدنية بطبيعتها، لأن تحقيق الربح لا يشمل فقط الأعمال التجارية، وتعتبر هذه النظرية عاجزة عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي لا صلة لها بعنصر المضاربة، كالأعمال المتعلقة بالسفاتج والسندات (الكمبيالات والشيكات)، وعليه فإن هذه النظرية لم تعد مقبولة في الإتجاه المعاصر لتدخل الدولة في التدخل الإقتصادي والتجاري، وهذا التدخل لا يهدف إلى تحقيق الربح بالمعنى التقليدي، على الرغم من الإيجابيات التي تحملها هذه النظرية.

٢- نظرية المشروع:

أنطلق إتجاه آخر في الفقه على إعتماد هذه النظرية كمعيار للعمل التجاري حيث إعتمد على الكيفية التي يتم بها العمل، فإذا كان العمل الذي يقوم على صورة مشروع فهو عمل تجاري، ويقوم المشروع التجاري على عنصرين عما الإحتراف ووجود تنظيم مسبق أي الإستعانة بمجموعة من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل وتطبيقاً لهذه النظرية يعد تجارياً كل عمل يقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري بغض النظر عن التعداد القانوني للأعمال التجارية، اما العمل القانوني المنفرد فإنه يعتبر من الأعمال المدنية طالما أنه لا يتم بصيغة مشروع، إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية أن هناك الكثير من الأعمال التي لا يشترط في تجاريتها ان تكون مباشرة على شكل مشروع، إذ يكفي أن تقع بصورة منفردة حتى تعتبر تجارية كما هو الشأن في أعمال شراء المنقول أو العقار لأجل البيع أو الإجارة والأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، وهذه النظرية أيضاً تخرج من إطار العمل التجاري جميع الأعمال التي يقوم الأفراد بصورة مستترة تهرباً من دفع الضرائب أو إكتساب الصفة التجارية نتائجها.

٣- نظرية التداول:

إقترح بعض الفقه إعتماد هذه النظرية كمعيار للعمل التجاري، ويقصد بالتداول حركة السلع والنقود والأوراق التجارية ومحصلة هذه النظرية أن العمل القانوني تثبت له الصفة التجارية في جميع الأحوال التي يكون فيها الغرض منه تحريك السلع والأشياء وتداولها، فإذا كانت السلع والأشياء في مرحلة السكون فإن هذا العمل يخرج من نطاق العمل التجاري، وبالتالي فالأعمال التي يقوم بها الناقل بنقل الأشياء أو الأعمال الصناعية للمادة الأولية ليست أعمالاً تجارية وفقاً لمفهوم هذه النظرية، فالأعمال القانونية التي يأتي بها المنتج الأول والأعمال التي يقوم بها المستهلك تعتبر أعمالاً مدنية طالما لا يترتب عليها تحريك الثروة وتداولها، وعلى الرغم من أن هذه النظرية تفسر الكثير من الأعمال التجارية إلا أنها لا تصلح لتكون معياراً مطلقاً للأعمال التجارية لأنها لا تضفي صفة التجارية على عمل المنتج الأول والذي هو أول من يضع السلع والبضائع في الحركة، ويعاب على هذه النظرية أنها لا تحتوي جميع الأعمال التجارية التي سردها القانون دون أن يتوافر فيها مفهوم التداول كالأعمال المتعلقة بالعقارات والعمليات الإستخراجية للثروة الطبيعية.

٤-نظرية الحرفة:

إتجه بعض الفقه إعتماد هذه النظرية كمعيار للعمل التجاري، إستناداً إلى الحرفة التجارية في تحديد مفهوم الأعمال التجارية، ومحصلة هذه النظرية أن الأعمال التي تزاول ضمن الحرفة التجارية تعتبر أعمالاً تجارية، ومفهوم الحرفة هنا بحسب الفقيه ريبير Ripert فإن إستغلال العمل التجاري يكون بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة، وعلى أن تستلزم الحرفة بعض المظاهر الخارجية كوجود محل تجاري وإستخدام قوة عمل وإتصال بالعملاء وسمعة تجارية، فإذا توافرت هذه المستلزمات نكون امام حرفة تجارية، وبالتالي يعد العمل تجارياً، إلا أنّ هذه النظرية واجهت الإنتقاد لأنها تتجه بالعمل التجاري نحو الذاتية وتجعل منه قانوناً مهنياً حرفياً فقط، بمعنى أنها لا تصلح لأن تكون معياراً لقانون تجاري موضوعي، حيث يعاب عليها أنها لم تضع معياراً للحرفة التجارية فلا يكفي في الواقع الإشارة إلى المظاهر الخارجية التي تتطلبها الحرفة، إذ أن هذه المظاهر لا تخرج عن كونها أمراً لازماً لجميع الحرف عموماً المدنية والتجارية.

٥-نظرية السبب:

إتجه بعض الفقه أخيراً لإعتماد هذه النظرية كمعيار للعمل التجاري، والتي نادى بها الفقيه ريفيران Reverand والذي إعتمد على مفهوم السبب وهو الباعث الدافع إلى التعاقد والذي يطلق عليه بالنظرية الحديثة للسبب حيث يتم النظر إلى الباعث الدافع من خلال الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يؤدي إلى التعاقد، فإن تحديد الصفة التجارية للعمل القانوني يستلزم إستقصاء الباعث أي الحافز الموجه للعمل، فإذا كان الحافز تجارياً فالعمل يُعتبر تجارياً والعكس صحيح، وهذه النظرية لم تسلم من الإنتقاد لأنه من العسير تحديد القصد او الباعث على العمل، لان القصد هو عبارة عن عنصر معنوي كامن في النفس ومن الصعوبة بمكان إستخلاصه والوقوف عليه عند إجراء التصرف، كما وأن هذه النظرية تعجز أيضاً عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي أضفى عليها المشرع الصفة التجارية دون أي إعتبار لنية وقصد القائم بها كالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية

المعيار المعتمد في قانون التجارة العراقي:

على الرغم من أن المشرع العراقي في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل، قد إعتمد من خلال نص المادة (٥) منه على معيار المضاربة والذي يقصد منه تحقيق الربح كأساس للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، إلا أنه من جانب آخر قرر تجارية بعض الأعمال الأخرى بالنظر إلى طبيعتها وبصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته كالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية وإلى جانب آخر فإن الأعمال التجارية تمارس بقصد تحقيق الربح وتتضمن أغلبها بالضرورة مفهوم المشروع التجاري وكذلك التداول للثروة، وهذا الأمر يجعلنا نقول بأن المشرع العراقي أخذ بأكثر من معيار للعمل التجاري آخذاً بنظر الإعتبار متطلبات الواقع العملي والتطور المستمر للنشاطات التجارية.