وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة المستقبل كلية القانون

التاريخ :١٥/١٠/٢٠٢٣

اليوم : الاحد

المحاضرة:٢

تدريسية المادة :م.م ياقوت علي حسين

نطاق القانون التجاري

يرتبط تحديد موضوع نطاق قانون التجارة بصورة عامة بنظريتين :

أولاً : النظرية الشخصية أو الذاتية

مقتضى هذه النظرية، إن قانون التجارة هو قانون الاشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري أي (التجارة) عليه فأن قانون التجارة هو قانوناً حرفياً موضوعه التاجر وحرفته وتستمد هذه النظرية أصولها من العوامل التاريخية التي أدت لنشوء قانون التجارة و مما لا شك فيه أن هذه النظرية من شأنها تضييق نطاق قانون التجارة بحيث تطبّق أحكامه على طائفة التجار فقط .

ثانياً : النظرية الموضوعية

و يطلق على هذه النظرية أيضاً النظرية المادية أو العينية و تعتمد في تحديد نطاق قانون التجارة على طبيعة العمل دون اعتبار لمن يباشر هذا العمل ، فالقانون التجاري هو قانون العمل التجاري سواء كان العمل تجارياً لذاته أو لكونه شائع في البيئة التجارية و سواء احترف القائم بالعمل التجاري عمله أم لم يحترف .

موقف القانون العراقي

يتضح من خلال أحكام قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ إنه أعتمد النظرية الموضوعية صراحةً إذ تقر الفقرة الأولى من المادة الأولى إن قانون التجارة العراقي يقوم على (أولاً- تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص وفقاً لمقتضيات خطة التنمية) و تنص المادة الرابعة في فقرتها الأولى على أنه (يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي و المختلط و الخاص) . عليه فأن قانون التجارة العراقي هو قانون الأعمال التجارية أي أنه قانوناً موضوعياً أساسه العمل و النشاط التجاري، ومع ذلك فأنه يبحث في التاجر وعرفه وحدد واجباته المهنية و نظمها قانوناً ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي على إنه

(يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه و لحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون) .

الأسباب التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري

إذا كان القانون المدني هو التشريع العام في كل النظم القانونية المشتقة من النظام اللاتيني و إن قواعده تنظم أحكام معظم الفعاليات و العلاقات القانونية بغض النظر عن صفتها فيما إذا كانت مدنية أو تجارية فأن التساؤل يثور حول العلة أو الأسباب التي تقتضي وجود قواعد خاصة بالنشاط التجاري مستقلة تماماً عن قواعد القانون المدني . إن القانون التجاري باعتباره أحد فروع القانون الخاص يستعين كثيراً بالأحكام العامة الواردة في القانون المدني و في مقدمة ذلك النظرية العامة للالتزامات و لكن بالرغم من هذه القاعدة المشتركة بين القانونين الا إن القانون التجاري يبتعد في مجالات عديدة عن أحكام القانون المدني و ذلك بسبب الخصوصية التي ينفرد بها النشاط التجاري و التي تستلزم وجود قواعد خاصة لتنظيم أحكام هذا النشاط . أن هذه الخصوصية تتجلى في عنصرين أساسين يقوم عليها النشاط التجاري و هما (السرعة في العمل و الائتمان في التعامل) و كذلك ضرورة أن تتلاءم أو تتكيف هذه القواعد مع المتغيرات الخارجية التي تؤثر في هذا النشاط .

السرعة في العمل

في الحياة المدنية لا يقوم لأفراد الا في القليل النادر أو في فترات متباعدة بأبرام عمليات مهمة مثل بيع أو شراء العقارات أو إبرام عقود الزواج على سبيل المثال لذلك فأن لديهم الوقت الكافي للتفكير و استشارة الأخرين قبل إبرام العقود المتعلقة بها . أما في مجال النشاط التجاري مع ان هناك عمليات مهمة جداً و تتطلب التفكير و المفاوضات الطويلة و تستوجب مشاركة أطراف عديدة و لكن الطابع المميز لمعظم الأعمال التجارية (بيع ، شراء ، تأمين ، عمليات مصرفية) هو تكرارها اليومي في حياة التاجر و إبرام الاتفاقات بشأنها بصورة سريعة من خلال وسائل الاتصالات الحديثة ذلك إن العمل يتعلق بأموال معرضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف مما ينبغي معه أبرامها بسرعة . أن عنصر السرعة يتطلب تبسيط الاجراءات لإتمام هذه العمليات لتسهيل ما قد يحصل بسببها من منازعات لذلك نشأت الحاجة لوجود قاعدة خاصة تنظم ذلك وهذا ما تتكفل به قواعد القانون التجاري و من هذه القواعد العامة قاعدة (حرية الأثبات في المواد التجارية) فإذا كانت القاعدة العامة للأثبات في المسائل المدنية هي وجوب توفر دليل كتابي يثبت

التصرف القانوني الأثبات في القوانين التجارية حر طليق من كل قيد و هذا يعني أن التصرفات التجارية يجوز إثباتها بكافة طرق الأثبات و لا يشترط فيها وجود دليل كتابي بذلك .

إن هذه الحرية في مجال الأثبات في المسائل التجارية تشكل حافزاً كبيراً لرجال الأعمال الى الاسراع في عقد الصفقات و إبرام العقود المتعلقة بها لا عن طريق الكتابة فقط بل حتى عن طريق المشافهة أو عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة .

الأئتمان في التعامل

لا يمكن للتجارة أن تنمو و تزدهر بدون توفر عنصر الثقة و الائتمان بين أشخاصها و يتمثل الائتمان و يتمثل الائتمان في (منح المدين من أجل للوفاء) فالتعامل التجاري يتم في الوقت الحاضر من خلال عمليات البيع و الشراء دون تسديد أقيام المشتريات في الحال و إنما يحصل المشتري على ائتمان من البائع بمنحه أجلاً لتسديد قيمة المشتريات أو يقوم بالاقتراض من أحد الأشخاص أو المصارف لغرض تمويل عملياته التجارية و هو أي المشتري يقوم بدوره بتصريف بضائعه الى الأخرين أي يمنحهم آجالاً لتسديد مبالغ مشترياتهم و هذا يعني أن العملية التجارية ما هي الا سلسلة من حلقات تتصل الواحدة منها بالأخرى ولذلك فأن أي خلل أو ضعف يصيب أحد هذه الحلقات سوف يؤثر على الحلقات الأخرى و تتأثر بذلك العملية التجارية . ولمواجهة هذا الواقع فأن الأمر يتطلب وجود قواعد قانونية تدعم الائتمان في التعامل التجاري و هذا ما تتكفل به قواعد القانون التجاري و لعل أبرز هذه القواعد التي تدعم الائتمان التجاري هو (نظام الافلاس) الذي يسري على طائفة التجار فقط و هو نظام صارم يتضمن أحكاماً قاسيةً تنطبق على التاجر الذي يخلّ بالثقة في الوسط التجاري إذ يتضمن هذا النظام تصفية أموال التاجر المتوقف عن الدفع تصفية جماعية و سريعة و توزيع الناتج من هذه التصفية على الدائنين لاستيفاء حقهم من المدين . إضافة لنظام الافلاس هناك قواعد تدعم الائتمان و تشكل ضماناً للدائنين من ذلك مبدأ (التضامن المفترض بين المدينين بدين تجاري) عند تعددهم دون الحاجة الى اتفاق صريح او نص في القانون بحيث تمكن كل دائن من ملاحقة أي مدين لاستيفاء دينه بأكمله دون أن يدفع ذلك المدين بوجوب تجزئة الدين أو أن يدفع بعدم النص على تضامنه مع بقية المدنيين . و من القواعد الأخرى التي تدعم الائتمان هي القواعد الخاصة بفرض عقوبات رادعة على سحب (٤٥٩) عقوبات عراقي. كذلك مبدأ التشدد على المدين للوفاء بمبلغ الورقة التجارية حيث لا يجوز إعطائه مهلة للوفاء بعد تاريخ المطالبة.

تعريف العمل التجاري

أوردت التشريعات عموماً تعداداً للأعمال التجارية دون أن تورد تعريفاً للعمل التجاري و أدى هذا الى أن يبحث الفقه عن معيار يجمع بين هذه الأعمال للتوصل الى معرفة ما هو

العمل التجاري و وضع النظريات التي تحدد بموجبها ما هو تجاري و ما لا يعد كذلك و من هذه النظريات :

أولاً – نظرية المضاربة

أخذ جانب من الفقه بفكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري و تعني المضاربة السعي الى تحقيق الربح عبر وضع رأسمال معين في عمل معين ، عليه فأن كل عمل هدفه تحقيق الربح النقدي يعد عمل تجاري و ينسجم هذا القول مع بعض الأعمال التجارية مثل الشراء لأجل البيع .

الانتقادات :

١- توسع من دائرة الأعمال التجارية بحيث تشمل أعمالاً مدنية بطبيعتها فقصد الربح ظاهرة لا تقتصر على العمل التجاري بل هي تلازم جميع أوجه النشاط الانساني و بموجب هذه النظرية يصبح عمل كل من (الطبيب - المحامي) عملاً تجارياً وهذا غير مقبول، إذ أن أعمال ذوي المهن تعد أعمالاً مدنية بطبيعتها و هذا ما أستقر عليه الفقه المدني و التجاري .
٢- أنها تخرج بعض الأعمال ذات الطبيعة التجارية من العمل التجاري لأنها لا تتوخى الربح كالأوراق التجارية وفقاً للمادة (٦) من القانون التجاري فأن العمل بالأوراق التجارية يعد تجارياً بغض النظر عن صفة القائم به و نيته .

ثانياً – نظرية التداول

التداول يعني تحريك السلع و الخدمات و النقود و الأوراق التجارية، لذا يعد العمل تجارياً بموجب هذه النظرية أذا تضمن تحريك السلع والنقود العكس صحيح . أي يعد العمل مدنياً اذا لم يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات فالوسيط بين المنتج و المستهلك يعد عمله تجارياً في حين أن عمل المنتج الأول يعد مدنياً لأنه لا يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات وهذا معيار اقتصادي بحت.

الانتقادات

١- تؤدي الى استبعاد بعض الأعمال التجارية مثل عمل المنتج الأول لأنه لا يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات في حين هو أول من يضع السلع و البضائع في الحركة لذلك عدّ الفقه عمله تجارياً .
٢- إن هذا المعيار يعد أعمال الجمعيات التعاونية عملاً تجارياً كونها تتوسط بين المنتج و المستهلك في حين أن أعمالها هي أعمال مدنية كونها بعيدة عن تحقيق الربح و وجدت لتحقيق نفع عام .

ثالثاً – نظرية المشروع

أصحاب هذه النظرية يرون أن الذي يميز الأعمال التجارية هو الكيفية التي يتم بها العمل، فاذا كان العمل يقوم بصيغة مشروع فهو تجاري و يقوم المشروع التجاري على

عنصرين هما (الاحتراف - التنظيم المسبق) أي الاستعانة بمجموعة من الوسائل المادية مثل رأس المال و قوة العمل. لذلك فأن كل عمل يقع بصيغة مشروع تجاري هو عمل تجاري أما العمل القانوني المنفرد يعد عملاً مدنياً.

الانتقادات

١- هناك الكثير من الأعمال التي لا تتم بصيغة المشروع و مع ذلك تعد أعمال تجارية مثل شراء منقول أو عقار لأجل البيع و كذلك الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية .
٢- هناك أعمال تقع بصيغة مشروع و لا تعد تجارية مثل أعمال ذوي المهن الحرة كالطبيب و المحامي والحداد و غيرهم .

رابعاً – نظرية الحرفة

تعني الحرفة العمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة و منتظمة و مستقرة و تتطلب بعض المظاهر الخارجية مثل وجود محل تجاري و استخدام عمال و أتصال بالعملاء وسمعة تجارية، وعليه فأن العمل التجاري هو ذلك العمل الذي يمارس ضمن الحرفة التجارية .

الانتقادات

١- هذه النظرية تجعل من القانون التجاري قانوناً مهنياً حرفياً فقط أي لا تصلح لقانون تجاري موضوعي .
٢- لم تضع هذه النظرية معياراً للحرفة التجارية و أن استلزمت وجود بعض المظاهر الخارجية لممارسة هذه الحرفة الا أن هذه المظاهر أمراً لازماً لجميع الحرف عموماً المدنية و التجارية .
٣- يخرج من أطار هذه النظرية الأعمال التجارية المنفردة التي لا يشترط فيها الاحتراف .

خامساً – نظرية السبب

تأخذ هذه النظرية بالباعث الدافع الى التعاقد أي النظرية الحديثة للسبب و الباعث الدافع هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يؤدي الى التعاقد فأن كان السبب للتعاقد تجارياً فالعمل يكون تجاري و العكس صحيح .

الانتقادات

١- صعوبة الوصول الى الباعث و الدافع بسهولة فالباعث هو أمر معنوي كامن في النفس من العسير الوقوف عليه عند إجراء التصرف.
٢- تعجز هذه النظرية عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي أضفى عليها المشروع الصفة التجارية دون اعتبار لنية و قصد القائم بها مثل الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية .

موقف القانون التجاري العراقي

إن المشرع التجاري يعتمد في وصفه الأعمال التجارية على نظرية المضاربة و هذا ما جاء في المادة الخامسة منه حيث اعتبرت العمل تجارياً إذا كان بقصد الربح و أن كان يمزج بين نظرية المضاربة و نظرية السبب في نصوص أخرى .

وقد وقع المشرع العراقي في خطأ تشريعي عند إيراده الأعمال على سبيل الحصر و كان من الأفضل أن يوردها على سبيل المثال كما فعلت التشريعات السابقة في العراق و يترك الحرية للقاضي للقياس عليها .

و لا يمكن تبرير ذلك الا بأن القانون التجاري هو قانون استثنائي من القانون المدني فلا يجوز التوسع في تفسير نصوصه و أحكامه و هذا ما يذهب اليه بعض الشرّاح للقانون التجاري العراقي .

الأعمال التجارية وفقاً لقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

لم يتضمن قانون التجارة العراقي تعريفاً للعمل التجاري وإنما اعتمد اسلوب ذكر هذه الأعمال على سبيل التعداد و قد سار في ذلك على خط كل من المشرع التجاري الفرنسي و المصري. ألا أنه من الجانب الأخر خالفهما من خلال تعداده لهذه الأعمال على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال أو الدلالة و مع ذلك فأن المشرع جاء على ذكر بعض الأعمال التجارية على سبيل المثال حيث أجاز القياس عليها كما هو الحال في الفقرات ٧- ١٢ ـ ١٦ من المادة الخامسة. و نحن لا نتفق مع المشرع العراقي في نهجه المذكور ذلك إنه لا يمكن حصر جميع الأعمال التجارية الواقعة في التعامل كما لا يمكن التنبوء بما سوف يستجد من أعمال تجارية في المستقبل خصوصاً و أن التطور الصناعي يتقدم بخطوات سريعة الأمر الذي يكون له انعكاس مباشر على النشاط التجاري مما سيبرز الى وجود أعمالاً و صوراً جديدة من النشاط التجاري لم ترد في مخيلة المشرع .

نصت المادة الخامسة من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل على ما يلي :

(تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية أذا كانت بقصد الربح و يفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس):

أولا : شراء أو استئجار الأموال منقولة كانت أم عقاراً لأجل بيعها أو إيجارها .

ثانياً : توريد البضائع و الخدمات .

ثالثاً : استيراد البضائع أو تصديرها و أعمال مكاتب الاستيراد و التصدير .

رابعاً : الصناعة و عمليات استخراج المواد الأولية .

خامساً : النشر و الطباعة و التصوير و الاعلان .

سادساً : مقاولات البناء و الترميم و الهدم و الصيانة .

سابعاً : خدمات مكاتب السياحة و الفنادق و المطاعم و دور السينما و الملاعب و دور العرض المختلفة الأخرى .

ثامناً : البيع في محلات المزاد العلني .

تاسعاً : نقل الأشياء و الأشخاص .

عاشراً : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها .

حادي عشر : استيداع البضائع في المستودعات العامة .

ثاني عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات و غيرها من المناسبات الاجتماعية .

ثالث عشر : عمليات المصارف.

رابع عشر : التأمين .

خامس عشر : التعامل في أسهم الشركات و سنداتها .

سادس عشر : الوكالة التجارية و الوكالة بالعمولة و الوكالة بالنقل و الدلالة و أعمال الوساطة التجارية الاخرى .

كما أضافت المادة السادسة من القانون نوعاً أخر من الأعمال التجارية حيث نصت على (يكون أنشاء الأوراق التجارية و العمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها و نيته) .

عليه يصبح مجموع الأعمال التجارية (١٧) نوعاً بعضها يمارس بصيغة منفردة و البعض الأخر يمارس بصيغة المشروع أي يشترط لتجارتها أن تمارس بصيغة المشروع و تظهر من خلال الممارسة الفعلية على شكل مشروع مثل أعمال التأمين .