محاضرات القانون التجاري
المحاضرة الثانية
تحديد نطاق القانون التجاري

يُعدُّ تحديد نطاق القانون التجاري ، وبيان دائرة تطبيقه ورسم الحدود الفاصلة بينه وبين ما يحكمه القانون المدني من تصرفات أو وقائع من المسائل الأساسية التي أثارت خلافاً كبيراً سواء على صعيد القوانين التجارية أو آراء الفقه ، وبهذا الصدد ظهرت نظريتان جعلت أولهما من القانون التجاري قانوناً خاصاً بطبقة التجار ، وأطلق عليها النظرية الشخصية (مبحث أول). مقابل ذلك فقد ذهبت ثانيهما إلى أن القانون التجاري هو ذلك القانون الذي ينظم الأعمال التجارية (مبحث ثانٍ) ، وبعد عرض هاتين النظريتين، نبين موقف القانون العراقي منها (مطلب ثالث) :

المطلب الأول : النظرية الشخصية [1] أو الذاتية :

نبين أولاً مضمون النظرية (فقرة أولاً) وتقديرها (فقرة ثانياً) .

الفقرة أولاً : مضمون النظرية

يقرر أصحاب هذه النظرية أن قانون التجارة هو ذلك الذي يطبق على جميع الأشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري فحسب ، أي التجار ، دون غيرهم من الأشخاص [2] . فطائفة التجار هم وحدهم المخاطبين بأحكام هذا القانون ، أما غير التجار فلا يطبق بشأنهم القانون المذكور ، ولو قاموا بأعمال تجارية . فعلى سبيل المثال فإن شراء الأموال بقصد بيعها ابتغاء تحقيق الربح يعدُّ عملاً تجارياً ، لكنه لا يعد كذلك وفقاً للنظرية الشخصية إلاّ إذا قام به الشخص على سبيل الاحتراف [3] باعتبار أن شرط الاحتراف يُعدُّ شرطاً أساسياً لاكتساب صفة التاجر

---

(1) Conception Subjective ou Personnelle .

(2) Jauffret Par Mestre, Op.Cit., No. 27.

ويُنظر كذلك : أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، القانون التجاري . القسم الأول ، وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد ، ط٢، ١٩٩٣ ، ص ٢٥ ، الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص١٣.

(٣) في تفصيل ذلك يُنظر الدكتور شفيق، محسن ، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧-١٩٦٨، ص ٨. الدكتور موسى ، طالب حسن ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٠، الدكتور البسام ، أحمد ، القانون التجاري، بغداد، ١٩٦١ ، ص ٣٧ ، الدكتور عيد ، أدور ، الدكتورة عيد ، كريستيان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣ ، الدكتور يحيى ، سعيد ، الوجيز في القانون التجاري ، المكتب العربي الحديث ، ١٩٨٠، ص ١٣ ، الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد، مصدر سبق ذكره ، ص ٧-٨ ، الدكتور عبد الرحيم ، ثروت ، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص ٣٧ ، الدكتور قاسم ، علي سيد، مصدر سبق ذكره ، ص ٥ .

[٤]، ومن ثم سيخضع العمل المذكور بالنتيجة للقانون المدني . على الرغم من طبيعته التجارية . وذلك لصدوره عن غير تاجر .

والواقع أن النظرية الشخصية تتفق مع الأصول التاريخية لنشأة القانون التجاري الذي نشأ كقانون مهني خاص بطبقة التجار[٥] ، وما يزال هذا القانون محتفظاً بهذا الطابع ، على الرغم من إلغاء نظام الطوائف ، ذلك لأنَّ المشتغلين بالتجارة هم في العادة ملزمون بالتزامات خاصة ويتعرضون إلى إجراءات جماعية تتسم بالقسوة ، ويخضعون إلى محاكم خاصة [٦] .

الفقرة ثانياً : تقدير النظرية

على الرغم من السهولة والوضوح التي تتسم بهما النظرية الشخصية في تحديد نطاق قانون التجارة [٧]، وذلك بالنظر إلى أطراف العلاقة فإذا كانوا من التجار طبقت بشأنهم أحكام القانون المذكور ، أما إذا كانوا من غير التجار فلا يطبق بشأنهم أحكام القانون المشار إليه أعلاه. ومع ذلك فقد تعرضت النظرية الشخصية إلى انتقادات كثيرة لعل من أهمها :

أولاً: إنَّ أولى المآخذ على النظرية الشخصية عدم دقتها ، ذلك لأنَّ القول بأن القانون التجاري ينحصر نطاق تطبيقه بالتجار دون غيرهم ، فإن هذا يتطلب وضع معيار للتمييز بين التجار وغيرهم ، ولا يتم ذلك إلاّ من خلال الحرف أو الأعمال التي يعد من يمتهنها تاجراً [٨] . وهذا ما يدخل المشرّع والفقه في متاهة البحث عن تحديد المقصود بالحرفة التجارية [٩] ، وكذلك تحديد الحرف التجارية التي تكسب من يزاولها صفة التاجر . وهذا أمر بالغ الصعوبة ، إذ لا يستطيع المشرّع تحديد الحرف التجارية تحديداً جامعاً مانعاً ،

---

[٤] الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩ ، الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٢-٢٣.

[٢] إلاّ أن البعض من الفقهاء يشكك في هذه الحقيقة، إذ يرى أن الأنظمة التجارية التي كانت معروفة في تلك المدة كنظام السجل التجاري لم يكن الهدف منه تنظيم مهنة التجارة، وإنما هنالك دوافع سياسية تتمثل برغبة الدولة في تيسير مهمتها في السيطرة على النشاط التجاري من خلال هذه التجمعات... يُنظر: الدكتور بريري، محمود مختار، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٧، ص ٢٧.

[6] Ripert et Roblot . Op.Cit., No. 5.

[٧] وذلك لكون التجار مسجلون ومصنفون ، باستثناء من يمارس تجارة مستترة . يُنظر :
Ripert et Roblot . Op.Cit., No. 5.
عكس ذلك الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، إذ يرى أن الكثير من التجار لا يمارسون أعمالهم في محال تجارية وغير مقيدين في السجل التجاري ، ص ٢٣-٢٤.

[٨] الدكتور طالباني ، نوري ، القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٦٢.

[٩] الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩.

ولا يستطيع أن يتنبأ مقدماً بالحرف التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة [١٠] .

ثانياً: إنَّ النظرية الشخصية تعمل على التضييق من نطاق القانون التجاري[١١] اكتفاءً بتطبيقه على التجار فحسب دون غيرهم ، وهذا يخالف الواقع القائم ، إذ يزاول الكثير من غير التجار بعض الأعمال التجارية [١٢]، كالتعامل بالأوراق التجارية [١٣]. ومن ثم فإن هنالك صعوبة في قبول فكرة عدم خضوع غير التجار إلى أحكام القانون التجاري، وخضوعهم إلى القانون المدني، على الرغم من سعيهم للمضاربة وتحقيق الربح.

المطلب الثاني : النظرية الموضوعية Conception Objective ou reelle

نتولى بيان مضمون النظرية (فقرة أولاً) وتقديرها (فقرة ثانياً) .

الفقرة أولاً : مضمون النظرية

يتخذ أصحاب هذه النظرية من طبيعة العمل الصادر من الشخص كأساس لتحديد نطاق قانون التجارة ، فإذا كان هذا العمل تجارياً خضع بالنتيجة إلى أحكام القانون المذكور ، وبصرف النظر عن صفة القائم به ، سواء أكان تاجراً أم غير تاجر . بينما يطبق القانون المدني على الأعمال المدنية ، وإن كان القائم به تاجراً [١٤]. فقانون التجارة . وفقاً للنظرية الموضوعية . هو قانون الأعمال التجارية وليس قانون التجار [١٥] ، وهو يطبق على جميع الأعمال التجارية ولو وقعت لمرة واحدة [١٦] ، أو بشكل عرضي أو مصادفة .

---

[١٠] المصدر نفسه ، ص ١٩ ، وبالمعنى ذاته : الدكتور عيد ، أدور ، الدكتورة عيد ، كريستيان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣.

[١١] الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٣، أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٥.

[١٢] الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣-٢٤.

[١٣] من الملاحظ أن هناك تصاعداً وتنامياً واضحاً في لجوء غير التجار إلى التعامل بالأوراق التجارية ، إذ تقرر الكثير من الأنظمة التي تنظم التعامل بوجوب الوفاء بتلك الأوراق ومثالها الوفاء بالرسوم أو الضرائب التي يفرضها القانون على الأشخاص والمعاملات ، وإن كانت هذه الديون غير تجارية .

[١٤] يُنظر : الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢١.

[15] Ripert et Roblot . Op.Cit., No. 6.

[١٦] أي أن القائم بها يعد " عابر سبيل يأتيها لمرة واحدة وليس له في التجارة علم وشأن " يُنظر : الدكتور حطيط ، أمين محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٣ ، وبالمعنى نفسه: الدكتور صالح ، باسم محمد ، ص ٢٦.

وبقصد تحديد أنواع الأعمال التجارية فقد عملت التشريعات المنظمة للتجارة بتعداد تلك الأعمال [١٧] بقصد إخضاع القائم بها إلى أحكام القانون التجاري، فضلاً عن التوسع في تحديد مضمونها ، فلم تكتفِ بتعداد تلك الأعمال فحسب، وإنما أجازت القياس عليها [١٨] ليضاف إليها كل ما يستجد من أعمال تقتضيها ضرورات التعامل وحاجات التجارة المتجددة.

إلاّ أنه على الرغم من اتخاذ النظرية الموضوعية للعمل التجاري كأساس لتحديد نطاق القانون التجاري، إلاّ أنها تميز بين من يقوم بالعمل التجاري بصورة عارضة وبين من يقوم به على وجه الدوام، فتخضع الأول لأحكام القانون التجاري من دون أن تسبغ عليه وصف التاجر، بينما تكسب الثاني صفة التاجر وتخضعه بالنتيجة إلى أحكام القانون المتقدم ذكره [١٩] .

الفقرة ثانياً : تقدير النظرية

على الرغم من المزايا التي تتمتع بها النظرية الموضوعية بكونها تبدو أكثر اتفاقاً مع المنطق وطبائع الأشياء ، فضلاً عما تحققه من إشاعة المساواة بين الأفراد بخضوع هؤلاء جميعاً إلى أحكام قانون التجارة ، ومن ثم تأمين مبدأ حرية مزاولة التجارة [٢٠] ، إلاّ أن هذه النظرية لم تسلم بدورها من سهام النقد التي تتلخص بما يأتي :

أولاً: إنَّ أولى وأهم الصعوبات التي تثيرها النظرية الموضوعية هي تحديد المقصود بالعمل التجاري ، وتحديد الأعمال التي تعد من قبيل الأعمال التجارية . ففيما يتعلق بتحديد المقصود بالعمل التجاري فقد التزمت غالبية التشريعات الصمت بشأن إيراد تعريف للعمل المذكور [٢١] ، مما دعا البعض من الفقهاء إلى وصف العمل التجاري بأنه فكرة غامضة تهرب المشرّع عن تحديد مضمونها وعجز الفقه عن وضع معيار لها [٢٢] .

---

[١٧] يُنظر على سبيل المثال : المواد ٦٣٢-٦٣٣ من قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ ، و٥-٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، و٦ من قانون التجارة اللبناني .

[١٨] يُنظر : المادة ٦ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي التي نصت على أنه " يعتبر عملاً تجارياً كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المنصوص عليها في المواد السابقة لتشابهه في الصفات والغايات " وذات الحكم ، المادة ٦ تجارة لبناني .

[١٩] بهذا المعنى يُنظر : أُستاذنا الدكتور العزاوي ، عدنان أحمد ولي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣، الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢١.

[٢٠] الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٢.

[٢١] ولا يشذُّ عن ذلك سوى القلة من التشريعات التي تبنت تعريفاً للعمل التجاري ، كالمادة الثالثة عشر من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ التي سنبينها في موضع لاحق .

[٢٢] يُنظر : الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٦٢.

أما فيما يتعلق بتحديد الأعمال التجارية ، فإن هذا الأمر ما زال مثار جدلٍ بين التشريعات بين اتجاه يعمل على التوسع في تحديدها ، وآخر يعمل على التضييق في تحديدها، وفي جميع الأحوال فالمشرّع . ومهما كان واسع الدراية بشؤون الحياة وتفاصيلها الجزئية . فإنه لا يستطيع التنبؤ بما يستجد لاحقاً من تطور في مختلف أوجه النشاط الإنساني يحتم اعتبار بعض الأعمال من قبيل الأعمال التجارية [٢٣] .

ثانياً: إنَّ النظرية الموضوعية تعمل على التوسع في تحديد نطاق القانون التجاري من دون مسوّغ . كما يرى البعض من الفقهاء . إذ إنَّ الأسباب التي دعت إلى استقلال هذا القانون عن القانون المدني تستمد وجودها من المهنة التجارية لا من العمل التجاري [٢٤] . ولا يمكن بأي حال إنكار الطابع الشخصي أو المهني لقواعد القانون التجاري التي وجدت لتحكم في الأصل النشاطات التي يقوم بها التجار .

المطلب الثالث: موقف القانون العراقي

أما بشأن موقف القانون العراقي من النظريتين المذكورتين ، فقد أشارت المادة ١ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ المُلغى إلى أنه " تسري أحكام هذا القانون على المسائل التجارية وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي تثبت له صفة التاجر .. " وبذلك فإن هذا القانون قد أخذ بمبدأ الجمع بين النظريتين الشخصية والموضوعية .. [٢٥] .

أما قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ فقد اختطَّ منهجاً مغايراً لموقف القانون الملغي فلم ينص على سريان أحكامه على الأعمال التجارية والتجار ، وإنما نص في الفقرة أولاً من المادة الرابعة على أنه " يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص " .

ووفقاً للنص المتقدم ذكره ، فإن قانون التجارة هو قانون للنشاط الاقتصادي بصوره المتنوعة [٢٦] .

ومع ذلك فقد نظم القانون المذكور الأعمال التجارية في المادتين ٥ و٦ ، والأحكام المتعلقة بالتاجر في المواد ٧– ٣٨.

---

(23) Ripert et Roblot . Op.Cit., No. 6.

(٢٤) يُنظر : الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٢.

(٢٥) وهذا ما أشارت إليه المذكرة التفسيرية للقانون المذكور ، وهو ذات موقف قانون التجارة الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ ، الدكتور ياملكي ، أكرم، مصدر سبق ذكره، ص ١٣.

(٢٦) إذ أشارت الأسباب الموجبة لهذا القانون بأن التجارة هي نشاط اقتصادي متخصص في إطار تقسيم العمل الجماعي .." .

ويرى البعض من الفقهاء أن قانون التجارة الحالي قد أخذ بمبدأ الجمع بين النظريتين الموضوعية والشخصية (المزج بين النظريتين) [٢٧] . بينما يرى البعض الآخر أن هذا القانون رجّح النظرية الموضوعية بشكل واضح فهو قانون للأعمال التجارية يتخذ من العمل التجاري أساساً له ، إلاّ أنه لم يهمل النظرية الشخصية فأولى التاجر اهتماماً ملحوظاً من خلال تعريفه وتحديد مركزه القانوني وواجباته [٢٨] . وهكذا يبدو أن قانون التجارة الحالي قد اختطَّ منهجاً توفيقياً يقوم على الجمع بين النظريتين المذكورتين مع الإقرار بدرجة من الترجيح للنظرية الموضوعية، وهذا ما يظهر بشكل واضح من خلال اكتفائه بتعداد الأعمال التجارية في المادتين

(٥-٦) من دون أن يتطلب مزاولة هذه الأعمال على وجه الاحتراف غالباً [٢٩] ، وكذلك تتجلى الصبغة الموضوعية للقانون المذكور بإغفاله تنظيم نظرية الأعمال التجارية بالتبعية [٣٠] التي تعدُّ إحدى ثمار النظرية الشخصية . فضلاً عن إغفاله لتنظيم نظام الإفلاس ، الذي يُعدُّ إحدى وسائل تنظيم الحرفة التجارية ، واكتفائه بالإحالة على الأحكام المقررة في قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، تمهيداً لإلغائها بقانون جديد يتولى تنظيم أحكام الاعسار [٣١] .

---

[٢٧] الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٣-١٤.

[٢٨] أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، ص ٢٨-٢٩.

[٢٩] أُستاذنا الدكتور العزاوي ، عدنان أحمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٤-٢٥.

[٣٠] يُنظر لاحقاً بشأن مفهوم هذه الأعمال ، ص ٦١ من هذا المؤلف.

[٣١] المادة ٣٢١ من قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .