محاضرات القانون التجاري
المحاضرة الرابعة
الأعمـــــال التجارية

تُعدُّ نظرية الأعمال التجارية إحدى أهم محاور القانون التجاري، وقد تبنت غالبية القوانين التجارية العربية، وبضمنها القانون العراقي، أحكام هذه النظرية من المادتين ٦٣٢-٦٣٣ من قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ الملغي [١]. إلاّ أن القانون المذكور والقوانين العربية المتأثرة به، لم تضع تعريفاً محدداً لفكرة العمل التجاري، وإنما اكتفت بتعداد الأعمال التجارية[٢]، إلاّ أن فقهاء القانون التجاري قدموا العديد من النظريات التي حاولت تحديد مفهوم العمل التجاري. ونبين في فصل أول التعريف بالعمل التجاري ونظامه القانوني، على أن نخصص الفصل الثاني لدراسة الأعمال التجارية.

الفصل الأول : التعريف بالعمل التجاري ونظامه القانوني

سبق القول أن قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧ اكتفى بتعداد الأعمال التجارية في المادتين ٦٣٢-٦٣٣ من دون أن يبين ما هو المقصود بالعمل التجاري ، لذا انبرى الفقه إلى تقديم إسهامات معينة بقصد تحديد المقصود بالعمل المذكور ، وذلك من خلال وضع معايير يُستمد البعض منها من بعض الاعتبارات الاقتصادية ، والبعض الآخر من بعض المبادئ القانونية . وعلى الرغم من الاختلاف البيّن بين هذه المعايير في تحديد المقصود بالعمل التجاري، إلاّ أنها أسهمت بشكل كبير في إرساء مفهوم معين للعمل التجاري . وقد تأثرت القوانين العربية وآراء الفقه بتلك المحاولات ، إذ عمدت الكثير من هذه القوانين إلى الإحجام عن تعريف العمل المذكور ، باستثناء محاولات محدودة قدّمتها بعض القوانين للتعريف به .

وبقصد التعرّف على المقصود بالعمل التجاري ، فلا بُدَّ من بيان المعايير التي اقترحها الفقه للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية وموقف القانون العراقي منها (مبحث أول) . ولما كانت التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية هي ليست تفرقة مقصودة لذاتها ، وإنما للآثار القانونية التي تبنى عليها، مما يتطلب الإشارة إلى الآثار المترتبة على التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية (مبحث ثانٍ) .

---

[١] إلاّ أن هذه المواد حلّت محلها المادتان L.1-110 -L.2.110 من قانون التجارة الجديد الصادر في ١٨ أيلول ٢٠٠٠، وأصبح تعداد هذه الأعمال يأتي في مقدمة القانون المذكور، بينما كان قانون التجارة لعام ١٨٠٧ يبدأ بتعريف التاجر في مادته الأولى .

[٢] مع استثناءات محددة إذ تبنت بعض هذه القوانين تعريفاً معيناً للعمل التجاري، ومن ذلك المادة ١٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي التي سنبين حكمها في موضع لاحق.

المبحث الأول : معايير التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية

إزاء سكوت غالبية القوانين عن تحديد المقصود بالعمل التجاري ، فقد بذل فقهاء القانون التجاري جهوداً كبيرة في سبيل وضع معايير يتم من خلالها تحديد المقصود بالعمل التجاري ، ومن ثم التمييز بينه وبين العمل المدني. وقد أسفرت جهود الفقه إلى وضع معايير عدة اصطبغ بعضها بالطابع الموضوعي، وهذا ما نجده بالنسبة إلى معيار المضاربة والتداول ، بينما اصطبغ البعض الآخر منها بالطابع الذاتي أو الشخصي، وهذا ما يلحظ بالنسبة إلى معيار الحرفة والمشروع . وفضلاً عما تقدّم فقد جعل البعض من الفقه من الباعث أو السبب معياراً للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية ، ونبين هذه المعايير بشيء من الإيجاز ، ثم نبين بعد ذلك موقف القانون العراقي وبالشكل الآتي :

المطلب الأول: معيار المضاربة

المطلب الثاني : معيار التداول

المطلب الثالث : معيار الحرف

المطلب الرابع : معيار المشروع

المطلب الخامس :معيار السبب (الباعث)

المطلب السادس: موقف القانون العراقي

المطلب الأول : معيار المضاربة Le Critere de speculation [٣]

بقصد التعرف على هذا المعيار ، ينبغي الإشارة إلى مضمونه (فقرة أولى) والانتقادات الموجهة إليه (فقرة ثانية).

الفقرة أولاً: مضمون المعيار

تبنى البعض من الفقهاء الفرنسيين ، ومنهم Leon caen et Renault ، هذا المعيار للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية . ويقصد بالمضاربة مجموع العمليات التي تستهدف تحقيق الربح ، و من ثم يُعدُّ كل عمل يقوم به الشخص تحقيقاً للغرض المذكور عملاً تجارياً يخضع إلى أحكام القانون التجاري . ويرى البعض من الفقهاء بأن المضاربة تفترض

---

[٣] المضاربة : " أن تعطي إنساناً من مالك مالاً يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما ، أو يكون له سهم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب لطلب الرزق ... " الأنصاري ، محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، حققه : حيدر ، عامر أحمد ، راجعه: إبراهيم ، عبد المنعم خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩، المجلد الأول ، ص ٦٣٣ . وقد أشار القرآن الكريم إلى المعنى المذكور في قوله جلَّ ثناؤه : { **وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله** } . سورة المزمل ، الآية ٢٠.

توافر عمليتين . أو بتعبير آخر شرطين . لصحة وقوعها وهما ربح يسعى المضارب إلى تحقيقه ، وخسارة يحاول تجنبها [٤]. ويجب على المضارب إجراء هاتين العمليتين بالتعاقب ابتداءً [٥] . وللمضاربة معنى واسع . كما يذهب البعض . يشمل كل ما من شأنه تحقيق منفعة مادية ، من دون أن يقتصر على الأعمال التي تنطوي على عنصر الصدفة والمخاطرة [٦] . والواقع أن معيار المضاربة يعبّر عن روح التجارة . بمعناها التقليدي المتمثل بشراء الأموال بقصد بيعها لأجل تحقيق الربح . وقد أخذ القضاء بهذا المعيار في العديد من الأحكام لتقرير الصفة التجارية للعمل أو نفي ذلك عنه ، إذ عدَّ الأعمال المتعلقة بإصدار الصحف والمجلات العملية[٧]، والتأمين التبادلي [٨] من قبيل الأعمال المدنية لكونها لا تتضمن عنصر المضاربة . وبالمقابل ذهب القضاء إلى أن موثق العقود " Notaire " . الكاتب العدل . الذي يتلقى نقوداً من عملائه لقاء فائدة يدفعها لهم من قبيل الأعمال التجارية، وإن كان فيه مخالفة لقواعد المهنة التي يزاولها [٩]. وكذلك ما تقوم به المصارف التعاونية من أعمال [١٠] ، كما ذهب القضاء اللبناني إلى إضفاء الصفة التجارية على صاحب الجريدة أو المجلة الذي يقوم بدفع الأجور إلى معاونيه وشراء المقالات من المحررين ، ودفع البدلات لمن يمده بالأخبار والمعلومات بقصد بيع تلك الصحيفة إلى الجمهور [١١].

---

[٤] يُنظر : Jauffret Par Mestre , Op.Cit., No.31, P. 24.

وقد كانت المادة ١٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي تشير إلى هذا المعنى إذ نصت على أن المضاربة تتألف من عمليتين مفترقتين تجريان على المضارب به وتؤديان أما إلى خسارة يتجنبها المضارب أو ربح يسعى إليه .. " .

[٥] الدكتور الناهي ، صلاح الدين ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٧ . عكس ذلك الدكتور البسام ، أحمد ، وهو يرى بأن المضاربة لا تستلزم ارتباطاً فعلياً لهاتين العمليتين ، بل أن المعول هو تكامل عناصرهما على عملية واحدة .. " .

[6] Hamel et Lagarde, Op.Cit., No. 146 .

وبالمعنى نفسه ، العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧١.

[7] Trip Nancy. 8 May 1934 . Siery 1939 .2.165.

[8] Cass 6 May 1930 . Dalloz 1930 . 363.

وفي الفقه بذات المعنى يُنظر : فابيا، شارل ، صفا ، بيار ، الوجيز في قانون التجارة اللبناني ، وثائق هُقلن ، الجامعة اليسوعية ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، بيروت ، تعليق على المادة ٦ تجارة، رقم ١٩ ، ص ١٥ .

[9] Cass Com 2 Fev 1970 , J.C.P.II 16313.

[10] Cass Com 24 Janv 1984. Bull civ. IV.No. 27.

[١١] الحاكم المنفرد في بيروت رقم الحكم ١٨٦٢ تاريخ ١٢ كانون الأول ١٩٥٧ ، أشار إليه أبو عيد ، الياس ، قانون التجارة البرية بين النص والاجتهاد والفقه المقارن ، الجزء الأول ، دون ذكر دار النشر، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٩.

الفقرة ثانياً: الانتقادات

تعرض معيار المضاربة إلى جملة من الانتقادات يمكن إيجازها بما يأتي :

أولاً: إنَّ معيار المضاربة يغفل حقيقة أساسية تحكم مجمل النشاط الإنساني ، وهي أن السعي إلى الربح ، وبعبارة أُخرى الكسب في مختلف صوره ، هو سمة عامة لمجمل النشاط الإنساني ، وإن كانت طبيعة العمل هي بعيدة عن الطابع التجاري ، إذ سنرى في موضع لاحق أن ذوي المهن الحرة ، كالطبيب والمحامي والمحاسب وغيرهم عدّت أعمالهم منذ القدم من قبيل الأعمال المدنية، وإن كان فيها فكرة الكسب .

ثانياً: إنَّ الأخذ بمعيار المضاربة سيؤدي إلى نتيجتين غير مقبولتين تتمثل أولهما باتساع حجم الأعمال التجارية ، طالما أن السعي إلى تحقيق الربح هو الهدف منها ، ومن ثم ستعد أعمالاً مدنية بطبيعتها . كتلك التي يقوم بها المزارع أو الفلاح الذي يبيع حاصلاته إلى الغير[١٢] ، وكذلك الأعمال المتعلقة بالوظيفة العامة [١٣] . هي من قبيل الأعمال التجارية، بينما تتمثل ثانيهما بالمقابل باستبعاد الصفة التجارية عن بعض الأعمال التي عدّها المشرّع من قبيل الأعمال التجارية ، وإن كانت تخلو أحياناً من قصد تحقيق الربح ، كالتعامل بالأوراق التجارية [١٤] .

ثالثاً: إنَّ معيار المضاربة لا يتفق مع المفهوم الحديث للقانون التجاري المتمثل بقيام الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بتقديم خدمات ذات طبيعة تجارية ، إلاّ أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح بقدر ما تسعى إلى تأمين بعض الخدمات العامة إلى الأفراد [١٥] .

---

[١٢] الدكتور الناهي ، صلاح الدين ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٨ ، وبالمعنى نفسه ، الدكتور الجبر ، محمد حسن ، القانون التجاري السعودي ، جامعة الرياض ، الطبعة الأولى، ١٩٨٢، ص ٤٥.

[١٣] الدكتور طالباني ، نوري ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٩.

[١٤] المادة ٦ من قانون التجارة العراقي التي سنتولى تفصيلها لاحقاً والتي عدّت إنشاء الأوراق التجارية وكافة العمليات المتعلقة بها من قبيل الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته ، إذ يلحظ شيوع التعامل بهذه الأوراق من قبل غير التجار للوفاء بديون ذات طبيعة مدنية، كالوفاء بالرسوم أو الضرائب التي يفرضها القانون على بعض الأشخاص عند تنظيمهم لبعض المعاملات .

[١٥] بهذا المعنى يُنظر : الدكتور البارودي ، الدكتور العريني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٧، الدكتور طالباني ، نوري ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٩، الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧١، وتطبيقاً لما ذكر أعلاه ذهبت محكمة استئناف بيروت بالقرار رقم ١١١٧ تاريخ أول آب ١٩٦٩ إلى أن " استيراد الدولة قمحاً لتأمين حاجات البلاد لا تشكل عملاً ذا طابع تجاري ، وإن جنت الدولة بالنتيجة بعض الأرباح ، إذ القصد ليس تجارياً بل تأميناً لتسيير المرفق العام عن طريق استعمال الدولة لسلطتها العامة ... " . أشار إليه أبو عيد ، الياس ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥.

وعلى الرغم من كل هذه الانتقادات ، فإن معيار المضاربة يبقى في تقديرنا المتواضع أفضل المعايير التي طرحت للتعريف بالعمل التجاري، والتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية بفضل قدرته على تفسير الطبيعة التجارية للكثير من الأعمال . ولكونه يتفق مع روح التجارة بمعناها التقليدي ، الذي يقوم على المضاربة والسعي لتحقيق الربح ، بل هو يتفق إلى حدٍ بعيد مع ما هو سائد في عالمنا المعاصر الذي أصبحت فيه " روح المضاربة تعصف في كل مكان " كما ذهب إلى ذلك الفقيهان Ripert et Roblot [١٦] .

فالانتقادات التي تعرضت إليها نظرية المضاربة هي من قبيل تلك التي تواجهها كل فكرة أو نظرية تحاول أن تقدّم تفسيراً للنشاط الإنساني بمجموعه وصوره غير المتناهية وفقاً لفكرة أو قاعدة ما، لذا يكون من الطبيعي أن تثار بشأنها مثل هذه الانتقادات. وسنرى لاحقاً أن القانون العراقي قد تمسك بمعيار المضاربة كمعيار يتم بمقتضاه تحديد طبيعة العمل التجاري والتمييز بينه وبين العمل المدني.

المطلب الثاني : معيار التداول Le critere de Criculation

نشير أولاً إلى مضمون هذا المعيار " فقرة أولاً " والانتقادات التي وجهت إليه (فقرة ثانياً).

الفقرة أولاً: مضمون معيار التداول

لما كانت التجارة في معناها الاقتصادي هي عبارة عن تداول الأموال أو الخدمات بين المنتج أو التاجر وغيرهما من الأشخاص وبين المستهلك ، لذا اقترح الفقيه " Thaller " معياراً آخراً للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني يتخذ من المعنى المتقدم أساساً له . ووفقاً لهذا المعيار فإن العمل التجاري هو ذلك الذي ينصبُّ أو يهدف إلى تسهيل تداول الثروات من وقت خروجها من يد المنتج إلى حين وصولها إلى يد المستهلك [١٧] ، ومن ثم فإن كل عمل يرد على الأموال والخدمات ما بين خروجها من المنتج الأول وصولاً إلى المستهلك يكون من شأنه تيسير تداولها يُعدُّ عملاً تجارياً .

وتأسيساً على ما تقدّم ، تُعدُّ الأعمال التي يقوم بها تاجر الجملة وتجار التجزئة باختلاف حجم التجارة التي يزاولونها . وما يرتبط بهذه الأعمال . من تصرفات أو أعمال مادية ، كالوساطة أو الوكالة ، بمختلف أنواعها ، والنقل والتأمين والمصارف وإنشاء الأوراق التجارية، وغير ذلك من قبيل الأعمال التجارية . بينما لا يُعدُّ عمل المنتج الأول، وكذلك المستهلك . وفقاً لبعض الآراء . عملاً تجارياً لأنه يرد على الأموال وهي في حالة الركود [١٨].

---

(16) Ripert et Roblot Par Vogal, Op.Cit., No. 341.

(١٧) يُنظر : . Jauffret, Par Mestre, Op.Cit., No.

(١٨) يُنظر : الدكتور محرز ، أحمد محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣.

فقرة ثانياً: الانتقادات

على الرغم من أن معيار التداول يقدّم تفسيراً مقنعاً لتبرير الصفة التجارية للكثير من الأعمال ، وهو يتفق مع المعنى الاقتصادي للتجارة التي تقوم على تبادل الأموال والثروات والخدمات ، إلاّ أن هذا المعيار ، كسابقه ، تعرض إلى بعض الانتقادات التي يمكن إيجازها بما يأتي :

أولاً: إنَّ معيار التداول يضيّق من نطاق الأعمال التجارية ويقصرها على تلك المتعلقة بتداول الأموال أو الخدمات ، بينما من الثابت لدى فقهاء القانون التجاري أن هذا الأخير لا يقتصر في دلالته على الأعمال المتعلقة بتداول الثروات . التجارة بمعناها التقليدي . وإنما يتسع ليضم كذلك الأعمال المتعلقة بإنتاج الثروات . أي الصناعة . [١٩] . وهكذا نلاحظ أن معيار التداول يتجاهل عمل المنتج الأول الذي يُعدُّ من قبيل الأعمال التجارية وفقاً لما قررته غالبية القوانين التجارية [٢٠].

ثانياً: مقابل هذا التضييق من نطاق القانون التجاري، فإن معيار التداول يؤدي من جانب آخر إلى التوسع في نطاق القانون المذكور ليحكم أعمالاً تُعدُّ من قبيل الأعمال المدنية . كتلك المتعلقة بالإنتاج الزراعي . ضمن طائفة الأعمال التجارية ، ذلك لأنَّ المزارع ، شأنه شأن الصانع، يسهم كذلك في تحريك المنتجات الزراعية وتداولها حتى تصل إلى يد المستهلك [٢١]، فحركة التداول لم تُعدُّ قاصرة على التجار ، وإنما هي تتعدى جميع أوجه النشاط الإنساني [٢٢].

ثالثاً: إنَّ هنالك أعمالاً تتضمن معنى التداول كعمل الجمعيات التعاونية التي تقوم ببيع البضائع بسعر التكلفة إلى أعضائها . ومع ذلك لا تُعدُّ أعمالها من قبيل الأعمال التجارية [٢٣] .

المطلب الثالث : معيار الحرفة Le critere de Profession

نبين أولاً مضمون معيار الحرفة (فقرة أولاً) والانتقادات التي تعرضت لها (فقرة ثانياً) .

الفقرة أولاً : مضمون المعيار

---

[١٩] يُنظر ما سبق ذكره : ص ٧ من هذا المؤلف .

[٢٠] يُنظر على سبيل المثال : الفقرة رابعاً من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

[٢١] الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٥.

[٢٢] الدكتور محرز ، أحمد محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٣.

[٢٣] الدكتور الجبر ، محمد حسن ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٦.

إزاء الانتقادات الموجهة إلى المعايير السابقة ، فقد حاول البعض من الفقهاء العودة إلى الطابع الذي وسم به القانون التجاري منذ القدم ، ونعني به الطابع المهني أو الشخصي ، ومن ثم تحديد طبيعة العمل التجاري وفقاً لمعايير لا تستمد من طبيعة العمل ذاته ، بل من طريقة أو شكل مزاولته . إذ ذهب الفقيه Ripert إلى أن الأعمال الواقعة أو المنجزة في أثناء ممارسة مهنة تجارية أو تلك المرتبطة بها تُعدُّ من قبيل الأعمال التجارية، أما إذا لم تكن لها علاقة بهذا النشاط ، فإنها تُعدُّ مدنية ، ولو صدرت عن تاجر . ومن ثم ستصبح التفرقة بين الأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية عديمة الفائدة طالما أن جميع الأعمال الواقعة في أثناء مزاولة مهنة تجارية تُعدُّ تجارية [٢٤] .

الفقرة ثانياً: الانتقادات

وجهت إلى معيار الحرفة العديد من الانتقادات نذكر منها :

أولاً: مما لا شكَّ فيه أن الأخذ بمعيار الحرفة يتطلب أن نبين أولاَ المقصود بالحرفة التجارية، وهذه الأخيرة يتعذر تحديدها إلاّ بالعودة إلى الأعمال المكونة لها ، فإذا كان الأمر يتعلق بحرفة تجارية فلا يمكن أن تكون هذه الأعمال إلاّ أعمالاً تجارية ، وهكذا يلاحظ أن هذا المعيار يقودنا إلى حلقة مفرغة ، إذ إنَّ تحديد المقصود بالحرفة التجارية يستدعي التعريف بطبيعة الأعمال المكونة لها ، وهذه الطبيعة لا يمكن تحديدها إلاّ على ضوء الحرفة التي تنظمها [٢٥] .

ثانياً: وفقاً للمعيار المتقدم ، فإن الصفة التجارية هي تثبت للحرفة أولاً ثم تنتقل من الحرفة إلى الشخص القائم بها ، الأمر الذي يتطلب تحديد ما هي الحرف التجارية التي تكسب من يزاولها صفة التاجر ، وهذا يخالف ما قررته أغلب القوانين التجارية التي تعرّف التاجر بأنه كل من يحترف الأعمال التجارية ، وهكذا فإن الصفة التجارية . في ظل هذه القوانين تثبت للعمل أولاً ثم تنتقل إلى الشخص القائم به إذا ما احترف هذا العمل[٢٦]. وبعبارة أُخرى إذا كان المشرّع يعلق اكتساب صفة التاجر بشرط مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاحتراف ، فكيف يمكن معرفة من هو التاجر قبل معرفة ما هي الأعمال التجارية ؟ [٢٧] . وهكذا يتضح لنا الضعف الواضح لهذه النظرية .

---

(24) Ripert et Roblot Par Vogal, Op.Cit., No. 347.

[٢٥] يُنظر : الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٩، الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧٤ ، الدكتور خير، عدنان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤١ ، الدكتور محمدين ، جلال وفاء ، المبادئ العامة في القانون التجاري والبحري ، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٩ ، ص ٣٦.

[٢٦] الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧٤.

[٢٧] الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٩.

المطلب الرابع : معيار المشروع Le Critere d'entreprise

نبين أولاً مضمون هذا المعيار (فقرة أولاً) وتقديره (فقرة ثانياً) .

الفقرة أولاً: وفقاً لهذا المعيار، فإن الصفة التجارية للعمل هي لا تستمد من طبيعته أو ذاتيته، بل من شكل أو طريقة ممارسته. وقد عرف الأُستاذ "Escara" المشروع بأنه التكرار المهني للأعمال التجارية استناداً إلى تنظيم سابق[٢٨]. ويتميز المشروع [٢٩] بوجود مظاهر خارجية تدل عليه، كافتتاح محل ما، وتجهيزه بما يحتاج إليه من مستلزمات مادية أو بشرية ، وهذه المظاهر هي التي تدلُّ على قيام الشخص بأعمال تجارية بصفة مستمرة ودائمة ، واتخاذها حرفة له . وهكذا نجد أن أهمية الحرفة التجارية لا تتجلى بشكل واضح إلاّ في ظل وجود مشروع ، وهذا المشروع يمثل " المظهر الاقتصادي للحرفة التجارية " [٣٠] . والخلاصة أن العمل التجاري . وفقاً لهذا المعيار- هو العمل الذي يتطلب مزاولته على شكل مشروع يتضمن عنصر التنظيم والاحتراف . أما تلك التي تزاول بشكل منفرد أو بشكل عرضي من دون أن تزاول على شكل مشروع ، فلا تثبت لها الصفة التجارية . فأعمال النقل التي تزاولها مشروعات منظمة ، تُعدُّ من قبيل الأعمال التجارية، خلافاً لتلك التي تزاول بشكل منفرد .

الفقرة ثانياً: تقدير معيار المشروع

لا يمكن بأي حال إنكار الأهمية الواضحة لمعيار المشروع بعد أن بدأت القوانين التجارية الحديثة تميل إلى التمسك بهذا المعيار لتقرير الصفة التجارية لبعض الأعمال كتلك المتعلقة بالصناعات الاستخراجية لموارد الثروة الطبيعية أو المشروعات التي تمارس عمليات تشييد

---

(٢٨) يُنظر : Escara, Jean, Courses de droit Commercial, Paris, 1952, No.9.
إلاّ أن مدلول المشروع وفقاً للاتجاهات الحديثة لقانون الأعمال يختلف بعض الشيء عن المفهوم المشار إليه في المتن ، إذ تم تصويره على أنه وحدة "Unite" أو تنظيم يهدف إلى إنتاج الأموال أو الخدمات Production de biens ou de Services ويتميز عن غيره من التنظيمات الاقتصادية الجماعية بكونه يهدف إلى إنتاج الأموال ، مما يستبعد عنه المشروعات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، يُنظر: Blaise, Jean- Bernard, Op.Cit., No. 327-332,P. 171.
وقرب هذا المعنى أشار البعض من الفقه العربي إلى أن المشروع يمثل " تنظيم يسعى إلى إنتاج سلعة أو تقديم خدمة للسوق من أجل تحقيق الربح " يُنظر : الدكتور قاسم ، علي سيد ، مصدر سبق ذكره، ص ٦١.

(٢٩) يتمسك البعض من الشراح العرب بمصطلح المقاولة للدلالة على اصطلاح "entreprise" المعروف في اللغة الفرنسية، وغيرها من لغات ، يُنظر : الدكتورة القليوبي ، سميحة ، مصدر سبق ذكره، ص٦٤.

(٣٠) الدكتور العكيلي ، عزيز ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧٥.

العقارات أو شرائها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها [٣١] ، ومع ذلك فقد أخذ على معيار المشروع بأنه يؤدي إلى :

أولاً: اتساع نطاق القانون التجاري في تطبيقاته ليتسع لمشروعات أو أعمال ذات طبيعة مدنية[٣٢]، إذ يلحظ أن بعض المهن المدنية أصبحت تزاول على شكل مشروعات منظمة كتلك التي تزاول مهنة تدقيق الحسابات، إلاّ أنه من الصعوبة التسليم بتجارية مثل هذه الأعمال.

ثانياً: إنَّ الكثير من القوانين التجارية . وبضمنها العربية . ما زالت تجعل للعمل التجاري المنفرد مكانة مهمة ضمن نظرية الأعمال التجارية، إذ سنرى لاحقاً أن ثمة أعمالاً لا يشترط ممارستها على شكل مشروع، ومع ذلك عدّها المشرّع من قبيل الأعمال التجارية، كالأعمال المتعلقة بشراء الأموال بقصد بيعها، أو التعامل في الأوراق التجارية.

إلاّ أن مثل هذه الانتقادات لا تنفي الأهمية الواضحة لمعيار المشروع ذلك لأن الدعامتين اللتين يقوم عليهما القانون التجاري وهي السرعة والائتمان لا تتجلى بشكل واضح للشخص الذي يقوم بحرفة أو عمل تجاري بصفة عرضية أو بشكل منفرد ، ولكنها تبدو واضحة إذا تعلق الأمر بممارسة الأعمال التجارية بصفة متكررة ومنتظمة في إطار مشروع متكامل [٣٣].

وقد ذهب القضاء إلى التمسك بمعيار المشروع لإضفاء الصفة التجارية على أعمال المستشفى [٣٤] .

المطلب الخامس : معيار السبب

وفقاً لهذا المعيار فإنه ينبغي البحث عن الباعث الدافع للقيام بالعمل [٣٥]، فإذا كان الباعث تجارياً اكتسب العمل الصفة التجارية، أما إذا لم يكن كذلك فلا يمكن إسباغ الصفة

---

[٣١] الدكتور قاسم ، علي سيد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٥، الدكتورة القليوبي ، سميحة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٤.

[٣٢] الدكتور محرز، أحمد محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٤، الدكتورة القليوبي ، سميحة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٥ ، الدكتور قاسم ، علي سيد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٦٤.

[٣٣] الدكتور خير ، عدنان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٧ .

[٣٤] إذ قضي بأن " الواقع المادي الحقيقي الملموس والوضع القانوني للمستشفى يحمل على القول بأن عمل الطبيب الذي فيه مميزات العمل الجماعي المنظم كمعاونة فريق من الأطباء وجهاز بشري من ممرضين وممرضات وأخصائيين وتقنيين وخدم وتجهيزات فنية وغرف عمليات وغرف عناية وطوارئ .. إنَّ هذه العمليات هي من أهم العمليات التجارية ، وإن هذا المشروع هو لب المشاريع التجارية. إنَّ هذا النشاط الذي يقوم به الطبيب في هذا المجال لا يمكن وصفه فرعياً أو تابعاً لمهنة الطب الحرة لأنَّ النشاط التجاري ذا الصفة الدائمية المتمادية الشاسعة يستوعب العمل المدني والمهني ويضفي عليه الصفة التجارية حسب المادة ٦ من قانون التجارة .." القاضي المنفرد في بيروت رقم ٢٤٠ تاريخ ١٩٨٥/٤/٢٤، أشار إليه الدكتور خير ، عدنان ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٤-٤٥.

المذكورة على العمل، وقد أخذت بعض القوانين التجارية بهذا المعيار، ومن ذلك قانون التجارة العراقي، بتقريره في المادة الخامسة بإسباغ الصفة التجارية على الأعمال الواردة ذكرها في المادة إذا كانت بقصد الربح، وكذلك بتقريره الصفة التجارية للأعمال المتعلقة بشراء أو استئجار الأموال بقصد بيعها أو إيجارها ، فقصد البيع أو الإيجار يُعدُّ شرطاً أساسياً لإسباغ الصفة التجارية على العمل.

وقد عاب الفقه على هذا المعيار بأن الباعث أو القصد هو عنصر كامن في النفس، ومن العسير استخلاصه أو الوقوف عليه [٣٦]. فضلاً عن كونه لا يقدم تفسيراً مقنعاً لبعض الأعمال التي عدّها المشرّع من قبيل الأعمال التجارية، ومثالها الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، بغض النظر عن نيّة القائمين بها [٣٧].

المطلب السادس: موقف القانون العراقي

بقصد التعرف على موقف القانون العراقي من نظرية العمل التجاري، نبين أولاً موقف قانوني التجارة السابقين(فقرة أولاً) على أن نعقبه ببيان موقف القانون الحالي (فقرة ثانياً).

الفقرة أولاً: موقف قانوني التجارة الملغيين

نصت المادة ١٣ من قانون التجارة الأسبق رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ بأن " الأعمال التجارية هي تلك التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة (سبه كولا سيون) . والمضاربة هي توخي الكسب بطريقة تداول المعاملات سواء أكان الشخص تاجراً أو غير تاجر .. " وكذلك نصت المادة ١٤ من القانون المذكور إلى أن الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية تجارية مطلقاً بقطع النظر عن صفة القائم بها ونيته :

١- البوليصات والسندات لأمر ولحامل الشيكات . ٢- الوكالة بالعمولة . ٣- الدلالة . ٤- الصرف والمبادلات المالية . ٥= معاملات المصارف العامة والخاصة . ٦- الحساب الجاري . ٧- المستودعات العامة ووثائق الاستلام والرهن المعطاة لقاء الأموال المودعة فيها. ٨- تأسيس الشركات التجارية وبيع وشراء أسهمها وسندات استعراضها ..." .

ثم أشارت المادة ١٥ من القانون المذكور إلى أن " تُعدُّ الأعمال المتعلقة بما يأتي تجارية: ١- النقل براً أو في الأنهر أو البحيرات أو بواسطة الهواء . ٢- التعهد بالإنشاء وبالصنع وبتسليم أموال منقولة. ٣- المعامل والمصانع والمطابع والتصوير الشمسي والطبع الحجري والنشر والصحافة والإعلانات وبيع الكتب. ٤- المحلات المعدة للجمهور كالملاعب

---

(٣) وقد نادى بهذه النظرية الفقيه Reverand متأثراً بموقف العلامة "Capitant " الذي حدد مفهوم السبب بأنه الباعث الدافع على التعاقد . يُنظر :
Ripert et Roblot Par Vogel, Op.Cit., No.343 .

(٤) أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٧.

(٥) الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٨-٣٩.

والسينمات والفنادق . ٥- مؤسسات توزيع الماء والكهرباء والغاز وإجراء المكالمات التلفونية ...".

وفي ضوء النصوص المتقدمة ، يمكن التساؤل فيما إذا كان القانون المذكور . ولاسيّما بعد تعريفه للعمل التجاري بأنه ذلك الذي يقوم به الشخص بقصد المضاربة قد رجح المعيار المذكور أم أنه أفسح مكاناً لباقي المعايير المقترحة للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري؟

ذهب البعض من شراح القانون المذكور إلى أن المشرّع ، مع ترجيحه لمعيار المضاربة، وجعله أساساً لتحديد مفهوم العمل التجاري ، إلاّ أنه حاول الجمع بين مدلول العمل التجاري حسب نظرية المضاربة والخصائص التي تحددها له نظرية التداول" [٣٨] ، ذلك لأنَّ المادة الرابعة عشرة من القانون المذكور أسبغت الصفة التجارية على الأعمال الواردة فيها بغض النظر عن صفة أو نيّة من صدرت عنه، أي من دون اشتراط المضاربة [٣٩] .

إلاّ أن القانون المذكور عندما أشار إلى اعتبار الأعمال الواردة في المادة الخامسة عشرة تجارية ، فإنه لم يبين كيف تكتسب مثل هذه الأعمال الصفة التجارية ، وحيث أن من المتعذر القياس على الأعمال الواردة في المادة الرابعة عشرة التي تُعدُّ تجارية بشكل مطلق ، إذن لا مناص من خضوع تلك الأعمال . أي الواردة في المادة الخامسة عشرة . إلى المقياس العام الذي قررته المادة الثالثة عشرة التي تفترض مزاولتها بقصد تحقيق الربح لاعتبارها تجارية [٤٠]. ومما تقدّم ، نخلص إلى أن قانون التجارة الأسبق رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ قد رجح معيار المضاربة[٤١] ، وجعله حجر الأساس في تعريف العمل التجاري .

أما قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ فلم يتضمن . وخلافاً لموقف سلفه قانون التجارة الأسبق . تعريفاً للعمل التجاري ، بل اكتفى بسرد طائفة من الأعمال في المواد ٣-٥ وعدّها تجارية من دون أن يضع معياراً أو يرجِّح معياراً يمكن أن يفسر كيف اكتسبت تلك الأعمال للصفة التجارية ، إذ أشار القانون المذكور في المادتين الثالثة والخامسة إلى أعمال عدّها تجارية ولو وقعت من غير تاجر، أو وقعت بصورة منفردة ، إلاّ أنه اشترط في الأعمال الواردة في المادة ٤ أن تزاول على وجه الاحتراف .

---

[٣٨] يُنظر : الدكتور البسام ، أحمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٨ ، الدكتور الناهي ، صلاح الدين ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٧.

[٣٩] الدكتور البسام ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٨.

[٤٠] المصدر نفسه ، ص ٤٩.

[٤١] يُنظر : الدكتور موسى ، طالب حسن ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٨.

وهكذا يبدو أن القانون المذكور . وكما يرى البعض من الفقهاء . قد أخذ بأكثر من معيار في التعداد [٤٢] الذي أورده للأعمال التجارية [٤٣] فاسحاً المجال للفقه والقضاء في تحديد مفهوم وأركان الأعمال المذكورة [٤٤] .

الفقرة ثانياً: موقف قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الحالي

تبنى قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ منهجاً مغايراً لموقف قانوني التجارة الملغيين إذ اكتفى بالنص في المادة الخامسة منه على أن " تُعدُّ الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس .." ثم يورد النص قائمة بالأعمال التي عدّها من قبيل الأعمال التجارية ، ثم أشار في المادة ٦ إلى أن " يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم به ونيته " ونبدي الملاحظات الآتية بشأن النصوص المتقدمة :

أولاً: إنَّ قانون التجارة الحالي . وكما يتضح من نص المادة الخامسة . قد رجّح معيار المضاربة بشكل واضح ، فالأعمال الواردة في المادة المذكورة لا تُعدُّ تجارية إلاّ إذا تمت بقصد الربح ، بل أن المشرّع افترض وقوعها بقصد تحقيق القصد المذكور . وبذلك فإن القانون الحالي قد خالف سلفه قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، والكثير من القوانين العربية التي تطلبت في طائفة مهمة من الأعمال وقوعها على وجه الاحتراف بوصفها من الأعمال التجارية ، ومثالها الأعمال المتعلقة بالتوريد والصناعة والنقل والوكالة التجارية والدلالة والتأمين وعمليات المصارف وغيرها . فمثل هذه الأعمال تُعدُّ تجارية في ظل القانون الحالي ، إذا تمت بقصد الربح ، من دون أن يشترط فيها مزاولتها على وجه الاحتراف أو على شكل مشروع منظم ، وهذا ما لا يمكن قبوله لأنَّ مثل هذه الأعمال لا يتصور عملاً مزاولتها إلاّ على شكل مشروع . ومما لا شكَّ فيه أن مثل هذا المنهج سيؤدي إلى اتساع دائرة الأعمال التجارية بشكل كبير طالما كان القصد منها هو تحقيق الربح ، وإسباغ الوصف المذكور على كل عمل يتم بقصد تحقيق الغرض المذكور ، من دون أن يشترط مزاولته على وجه الاحتراف .

ثانياً: إنَّ قانون التجارة أشار في المادة السادسة إلى أن الأعمال المتعلقة بإنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم به ونيته ،

---

[٤٢] آثرنا عدم ذكر هذه الأعمال لكونها تمثل طائفة واسعة لا يتسع المجال لذكرها .

[٤٣] الدكتور طالباني ، نوري ، مصدر سبق ذكره ، ص ٩٦.

[٤٤] الدكتور موسى ، طالب حسن ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٧.

أي بصرف النظر عما إذا كانت قد تمت بقصد الربح أو من دونه ، وسواء كان القائم بها تاجراً أو غير تاجر ، وهذا يُعدُّ تكريساً لما استقر عليه القانون العراقي في ظل قانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ / ف١ مادة ١٤ وقانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ / ف٤ م٣، بما يمثل استثناءً على القاعدة المقررة في المادة الخامسة التي تقدّم ذكرها .

ثالثاً: إنَّ بعض شراح قانون التجارة الحالي يرى بأن هذا القانون . مع ترجيحه لمعيار المضاربة . إلاّ أنه لم يهمل باقي المعايير التي اقترحها الفقه للتعريف بالعمل التجاري والتمييز بينه وبين العمل المدني ، كمعيار التداول أو المشروع ، إذ لا يمكن الاكتفاء بمعيار المضاربة وحدهُ لتبرير الصفة التجارية للأعمال الواردة في المادة الخامسة من القانون المذكور، وإنما ينبغي الرجوع إلى باقي المعايير ، فالأعمال التجارية التي أشار إليها القانون التي تمارس بقصد الربح ، يتضمن أغلبها وبالضرورة مفهوم المشروع التجاري والتداول وهذا ما يدعو إلى القول بأن المشرّع العراقي أخذ بأكثر من معيار للعمل التجاري أخذاً بالاعتبار متطلبات الواقع العملي والتطور المتلاحق للنشاط التجاري[٤٥]. فمعيار المضاربة . وإن لم يكن معياراً جامعاً مانعاً . إلاّ أنه بالإمكان تكملته بمعايير أُخرى [٤٦] .

---

[١] أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٨.

[٤٦] الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤١.