محاضرات القانون التجاري
المحاضرة الخامسة
الآثار المترتبة على التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

تتجلى أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني في خضوع كلٍّ منهما إلى نظام قانوني متميز عن الآخر ، إذ سبقت الإشارة إلى أن قواعد قانون التجارة تتميز بخصيصتين أساسيتين هما السرعة والائتمان ، ومن ثم كان لا بُدَّ من وجود قواعد قانونية تعمل على تأمين تلك الخصائص . وقد عملت القوانين التجارية على إقرار أنظمة لا نظير لها في القواعد العامة المتمثلة بالقانون المدني ، ومن ذلك إقرارها بمبدأ حرية الإثبات في المنازعات التجارية، وإيجاد قضاء متخصص للنظر في هذه المنازعات ، وذلك تأميناً لحاجات السرعة . وكذلك الإقرار بافتراض التضامن في المعاملات التجارية، ونظام الإفلاس، وعدم جواز منح المدين أجلاً للوفاء، وغير ذلك من نظم تحقيقاً لخاصية الائتمان .

إلاّ أن القوانين التجارية التي تأثرت بنظرية وحدة القانون الخاص عملت على التضييق في مظاهر الاختلاف بين النظام القانوني الذي يخضع له العمل المدني والنظام الذي يحكم العمل التجاري ، ويبرز هذا الاتجاه بوضوح في القانون العراقي الذي عمل . وكما سبقت الإشارة . إلى توحيد بعض الأحكام القانونية التي يخضع لها كل من العمل المدني والعمل التجاري . وبقصد بيان ما تقدم ، نبين أولاً مظاهر الاختلاف في الأحكام المقررة للعمل التجاري عن العمل المدني (مطلب أول) ، على أن نبين ثانياً مظاهر الاتفاق في الأحكام المقررة للعمل التجاري والعمل المدني (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : مظاهر الاختلاف في الأحكام المقررة للعمل التجاري عن العمل المدني

أفردت غالبية التشريعات التجارية أحكاماً خاصة للعمل التجاري تختلف عن تلك المقررة للعمل المدني ، وتتمثل هذه الأحكام باستهداف هذه الأعمال تحقيق الربح وانتفاء صفة التبرع ، وافتراض التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية ، وخضوع التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية إلى نظام الإفلاس ، واختلاف أسعار الفائدة في المعاملات التجارية عنها في المعاملات المدنية ، وعدم جواز إعطاء المدين أجلاً في المعاملات التجارية ، وخضوع الأحكام الصادرة في المسائل التجارية لأحكام النفاذ المعجل ، واكتساب من يزاول الأعمال التجارية على وجه الاحتراف لصفة التاجر ، ونبين في ثمانية فقرات الأحكام المذكورة :

الفقرة أولاً: توخي الأعمال التجارية قصد تحقيق الربح وانتفاء صفة التبرع

تستهدف الأعمال التجارية في مجموعها تحقيق الربح ، الذي يعود على الشخص لقاء قيامه بإحدى الأعمال المذكورة . وقد قرر قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المبدأ المذكور بوضوح عندما اشترط . كما أسلفنا . لاعتبار الأعمال الواردة في نص المادة الخامسة منه تجارية أن تكون بقصد الربح ، بل وافترض هذا القصد ما لم يثبت العكس [١] . وقد حرص القانون العراقي . كباقي القوانين العربية . على إبراز عنصر المقابل . الذي يتمثل غالباً بالأجر أو العائد . [٢] في تعريفه للكثير من العقود التجارية ، ومن ذلك ما قرره بالنسبة للنقل والدلالة والوكالة التجارية [٣] . وبخلاف الأعمال التجارية فإن الأعمال المدنية لا يفترض فيها قصد الربح ، فالوكالة المدنية تُعدُّ في الأصل من أعمال التبرعات إذا لم يشر القانون المدني العراقي عند تعريفه لها إلى عنصر الأجر أو المقابل [٤] كأحد خصائص هذا العمل، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

الفقرة ثانياً: من حيث افتراض التضامن

إذا كانت القاعدة المقررة في القانون المدني تقضي بأن " التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون " [٥] . فإن الأمر على خلاف ذلك في المعاملات التجارية ، فالتضامن في هذه المعاملات بين المدينين هو مفترض بحكم القانون [٦] ،

---

[١] يُنظر ما سبق : ص ٣٢ من هذا المؤلف .

[٢] يعطي الفقه معنىً واسعاً للمقابل فهو لا يقتصر على الأجر أو العائد ، وإنما يتمثل بكل مصلحة مادية تعود على الشخص ولو كانت غير مباشرة ، يُنظر : أُستاذنا الدكتور البستاني ، سعيد يوسف ، الدكتور عواضة، علي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٠٨-١٠٩. بل أن البعض من الفقهاء يرى بجواز أن يكون المقابل مصلحة غير مادية ، فالنقل الذي تجريه شركات الطيران لبعض الشخصيات من دون أن تستوفي منهم الأجر لا يُعدُّ نقلاً بالمجان ، لأنَّ المقابل الذي تحصل عليه هذه الشركة يتمثل في الدعاية التجارية لها أو مقابل ما تجنيه من امتيازات خاصة .. الدكتور موسى ، طالب حسن ، ص ٤٩ .

[٣] يُنظر : المادة ٥ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ ، وكذلك الفقرة أولاً م١ من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧.

[٤] إذ تعرّف المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها" عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " . وتفترض بعض الأحكام المقررة في هذا القانون إمكانية وقوع الوكالة بلا أجر . ف١ م ٩٣٤ إذا كانت الوكالة بلا أجر .." .

[٥] المادة ٣٢٠ مدني عراقي ، وتقابل المادة ٢٤ ف١ موجبات وعقود لبناني .

[٦] المادة ٨٠ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي ، المادة ٢٥٦ من قانون التجارة اللبناني . وقد ذهب القضاء اللبناني ، وحيث أن التضامن يفترض بالديون التجارية ، فإن تضامن

وذلك تعزيزاً للائتمان التجاري وجعل الدائن في مأمن من اعسار أحد المدينين ، ولاسيّما إنه لا يتمكن غالباً التدقيق في ملاءات كل المدينين ، ومدى قدرته على الوفاء ، نظراً للسرعة التي تتسم بها المعاملات التجارية [٧] . فضلاً عن أن المدين المتضامن ليس من حقه أن يدفع في مواجهة الدائن بالتقسيم ولا بالتجريد [٨] .

ومع أن قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لم ينص على افتراض التضامن ما بين المدينين في الديون التجارية ، كسابقه قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ . المادة ٨٠ . إلاّ أن تطبيقات افتراض التضامن في المعاملات التجارية مقررة في أحكام كثيرة، منها تضامن المرسل والمرسل في عقد نقل الأشياء بدفع الأجرة ، إذا اتفق على قيام المرسل إليه بوفاء الأجرة وامتنع الأخير عن دفعها ففي هذه الحالة يحق للناقل الرجوع عليهما متضامنين بالأجرة[٩] . وكذلك التضامن الذي أقامه قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بين مؤسسي الشركة المساهمة عن النفقات التي بذلت لأجل التأسيس في حالة رجوع هؤلاء عن تأسيس الشركة [١٠] . وكذلك بمسؤولية هؤلاء قبل كل مكتتب إذا لحق به ضرر نتج عن خطأ أو نقص في بيان الاكتتاب [١١] . فضلاً عن مسؤولية أعضاء لجنة المؤسسين . في الشركة المساهمة . عن أعمالها تجاه باقي المؤسسين [١٢] ، وكذلك أيضاً بالحق الممنوح لحامل الحوالة التجارية (السفتجة) بالرجوع على الساحب وكافة الملتزمين بمقتضى الحوالة في حالة الامتناع عن وفائها في ميعاد الاستحقاق [١٣] .

الكفيل مع المكفول يفترض كلما كانت الكفالة عملاً تجارياً ، وعليه أن الكفالة تُعدُّ تجارية إذا كان البنك مانح التسهيلات ، والشركة المدينة وموقعوا الكفالة جميعهم من التجار ، وكان للكفلاء مصلحة شخصية تجارية من الأعمال موضوع الكفالة وكانت غاية المدين تجارية .. " محكمة استئناف بيروت رقم ١٧٨٥ تاريخ ١٩٦٧/١١/١٣ ، المحامي ، ١٩٧٠ ، ص ٤١.

[٧] الدكتور عيد ، أدور ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣١ ، الدكتور البستاني ، والدكتور عواضة، علي، مصدر سبق ذكره ، ص ١٠٨ ، وقرب هذا المعنى الدكتور خير ، عدنان، مصدر سبق ذكره ، ص٩٣.

[٨] الدكتور الجبر، محمد حسن، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٢.

[٩] المادة ٦٠ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

[١٠] فـ٣ م ٤٣ من قانون الشركات رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ .

[١١] المادة ٤٠ من القانون أعلاه .

[١٢] المادة ١٦ من القانون أعلاه.

[١٣] المادة ١٠٢ تجارة عراقي .

الفقرة ثالثاً: من حيث نظام الإفلاس

يُعدُّ نظام الإفلاس أحد أهم النظم التجارية التي قصد بها المشرّع تعزيز الائتمان في نطاق المعاملات التجارية ، والمحافظة على أموال المدين الذي أشهر إفلاسه بقصد توزيعها على الدائنين وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء . ويقصد بهذا النظام توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية . حتى وإن كانت أمواله تكفي للوفاء بهذه الديون . وصدور قرار من المحكمة بإشهار إفلاسه [١٤] بناءً على طلب دائنيه . واستثناء بناء على طلبه . ولا يطبق هذا النظام إلاّ في ظل توافر شروط عديدة تتلخص بما يأتي :

أولاً: أن يكون المدين تاجراً سواء أكان شخصاً طبيعياً (تاجر فرد) أو شخصاً معنوياً(شركة تجارية) ، ومن ثم فهو يتعذر تطبيقه على غير التجار ، وإن توقفوا عن أداء ديونهم.

ثانياً: أن يكون الدين الذي توقف التاجر عن دفعه يتسم بالصفة التجارية ، أي ناشئاً عن معاملة أو عمل تجاري ، ومن ثم إذا كان مثل هذا الدين مدنياً . كما لو امتنع عن أداء نفقة زوجته المحكوم بها . فلا يمكن إشهار إفلاسه [١٥] .

ثالثاً: أن يطلب دائنيه من المحكمة إشهار إفلاسه ، أو يطلب هو ذلك، وبعد توافر هذه الشروط تصدر المحكمة حكماً بإشهار إفلاسه تترتب عليه آثار عديدة من أهمها :

أولاً: منع المفلس بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس من إدارة أمواله والتصرف فيها . وتُعدُّ التصرفات التي يجريها في يوم صدور حكم الإفلاس حاصلة بعد صدوره [١٦] .

ثانياً: تعين المحكمة في حالة إشهار الإفلاس شخصاً يتولى إدارة أمواله يطلق عليه (أمين التفليسة) [١٧] .

أما المعاملات المدنية فيطبق بشأنها نظام الاعسار المقرر بموجب القواعد العامة الذي يفترض أن تكون الديون المستحقة على الشخص أكثر من حقوقه ، وقد عالج القانون المدني العراقي هذا النظام تحت عنوان الحجر على المدين المفلس [١٨] .

---

[١٤] المادة ٥٦٦ من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الذي ما زال نافذ بحكم المادة ٣٣١ من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الذي ألغى القانون المذكور " باستثناء الباب الخامس منه المتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه (المواد ٥٦٦-٧٩١) لحين تنظيم أحكام الاعسار بقانون.. " .

[١٥] المادة ٥٦٨ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

[١٦] المادة ٦٠٣ من القانون أعلاه .

[١٧] المادة ٥٨٦ من القانون أعلاه .

[١٨] المواد ٢٧٠-٢٧٩ من القانون المدني .

وقد اتجهت نيّة المشرّع العراقي إلى إلغاء نظام الإفلاس في سبعينيات القرن الماضي إذ أشار القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ المعروف" بقانون إصلاح النظام القانوني" إلى ضرورة "استبعاد أحكام الإفلاس التجاري وتوحيد الأحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر سواء أكان تاجراً أو غير تاجر .." وبالفعل لم يتضمن قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ أية أحكام بشأن نظام الإفلاس ، وإنما أبقى على أحكامه المقررة بموجب القانون السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ لحين تنظيم (أحكام الاعسار) . وهذا اللفظ الذي جاءت به المادة ٣٢١ من قانون التجارة النافذ . بقانون . وفي تقديرنا أن المشرّع العراقي لم يكن موفقاً في مثل هذا التوجه لأنَّ البيئة التجارية هي بأمس الحاجة إلى عنصر الائتمان الذي يتكفل نظام الإفلاس بتحقيقه بوصفه أحد دعائم تحقيق الائتمان في البيئة التجارية .

وأرى أن المصلحة تقتضي الإعراض عن مثل هذا التوجه، وذلك للطابع المميز للبيئة التجارية الذي يستدعي وضع قواعد خاصة بها ، ومن بينها نظام الإفلاس .

الفقرة رابعاً: عدم جواز منح المدين أجلاً للوفاء

إذا كان الأصل هو وجوب الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد بمجرد ترتب هذا الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق بخلاف ذلك ، إلاّ أن المشرّع أجاز في نطاق المعاملات المدنية للمحكمة منح المدين . إذا كانت ظروفه تبرر ذلك . أجلاً للوفاء بديونه بشرط مراعاة موارده الحالية والمستقبلية [١٩] .

أما في نطاق المعاملات التجارية ، فإن المحكمة لا تتمتع بسلطة واسعة في منح المدين بدين تجاري أجلاً للوفاء به أو تقسيطه إلاّ عند الضرورة . وهذا ما كان مقرراً في قانون التجارة السابق صراحةً [٢٠] . لأنَّ مثل هذه المهلة أو الأجل تتعارض بشكل واضح مع ما تتطلبه الأعمال التجارية من سرعة أو ائتمان ، فضلاً عما يلحقه بالدائن من ضرر جراء تشابك وتعقد علاقات الدائنية والمديونية في نطاق الأعمال المذكورة ، وإرباك بفعل عدم قدرة التاجر على الوفاء . وإذا كان قانون التجارة الحالي لم يقرر قاعدة عامة بشأن عدم جواز منح المدين بدين تجاري أجلاً للوفاء كما كان مقرراً في قانون التجارة السابق ، إلاّ أنه أشار إلى بعض تطبيقات هذه القاعدة ، ومن ذلك ما قررته المادة ١٨٣ التي نصت على أنه " لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأي إجراء متعلق بها إلاّ في الأحوال التي ينص

---

[١٩] المادة ٣٩٤ مدني عراقي وتقابل المادة ١١٥ موجبات وعقود لبناني .

[٢٠] المادة ٩٤ من قانون التجارة الأسبق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وتقابل المادة ٢٦٠ تجارة لبناني و ٨٦ معاملات تجارية إماراتي .

القانون " [٢١] لأنَّ منح مثل هذه المهلة قد يعرض الدائن إلى مخاطر التوقف عن دفع ديونه التي كان يعتمد في وفائها على تحصيل قيمة الورقة التجارية [٢٢] ، وكذلك ما قررته المادة ٩١ من القانون المذكور التي بينت بأنه " لا يجبر حامل الحوالة على قبض قيمتها قبل الاستحقاق " لأنَّ الأجل في المعاملات التجارية هو مقرر لمصلحة الدائن الذي يتقاضى فوائد عن أجل الدين [٢٣]، بينما القاعدة في المعاملات المدنية هو جواز الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، وهذا ما قررته م ٣٩٥ مدني عراقي ، لأنه يفترض بأن الأجل في المعاملات المدنية أنه عين لمصلحة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق بخلاف ذلك .

إلاّ أن قاعدة عدم جواز منح المدين بدين تجاري أجلاً للوفاء لا تُعدُّ متعلقة بالنظام العام، إذ لا يوجد ما يمنع المشرّع من التدخل بمنح مهلة للمدين في الديون الناشئة عن المعاملات التجارية أثر حدوث أزمات أو حوادث تبرر ذلك [٢٤] .

الفقرة خامساً: من حيث الفوائد

تختلف الأحكام المتعلقة بالفوائد في المعاملات المدنية عن تلك المقررة للمعاملات التجارية ، سواء فيما يتعلق بأسعارها أو مواعيد استحقاقها ومدى جواز تقاضي فوائد على متجمد الفائدة .

ففيما يتعلق بأسعار الفائدة فقد حددت المادة ١٧١من القانون المدني السعر القانوني بأربعة في المائة في المعاملات المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية [٢٥] . أما السعر الاتفاقي للفائدة فقد أشارت إليه المادة ١٧٢ ف١من القانون المذكور إلى أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد عن سبعة في المائة . إلاّ أنه من الجائز بموجب المادة الأولى من القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٧٠ . قانون تعديل البنك المركزي العراقي رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ . للبنك المركزي أن يأذن للمصارف والمؤسسات التي يحددها البنك المذكور ببيان تقاضي فوائد أعلى مما حددته الفقرة ١ من المادة ١٧٢ المذكورة من القانون المدني ، وذلك بقصد تجنب الخسائر التي تتحملها المصارف والمؤسسات المالية العراقية نتيجة للفرق بين

---

[٢١] وتقابل المادة ٤٠٢ تجارة لبناني .

[٢٢] أُستاذينا الدكتور سامي ، فوزي محمد ، الدكتور الشماع ، فائق محمود ، القانون التجاري ، ص٢٥٧.

[٢٣] أُستاذنا الدكتور العزاوي ، عدنان أحمد ولي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٥٨.

[٢٤] يُنظر : أُستاذنا الدكتور البستاني ، سعيد يوسف ، الدكتور عواضة ، علي ، مصدر سبق ذكره ، وهما يشيران إلى أن المشترع اللبناني قد تدخل في مناسبات عديدة بمنح آجالاً للديون التجارية وغير التجارية أثر أزمات معينة كالمرسوم رقم ٤٧ تاريخ ١٩٧٧/٥/٣٠ الخاص بالتعديل المؤقت لأحكام الصلح الواقي من الإفلاس ، ص ١٠٩ .

[٢٥] بينما حددت المادة ٢٥٧ من قانون التجارة اللبناني سعر الفائدة في المواد التجارية بـ ٩% .

سعري الفائدة داخل العراق وخارجه، وقد تم تكريس المبدأ ذاته في قانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦.

أما بشأن تاريخ استحقاق الفائدة ، فقد أشارت المادة ١٧١ من القانون المدني إلى أنها تسري من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وما لم ينص القانون على غيره [٢٦].

وأخيراً فإن الفائدة في المعاملات التجارية تختلف عنها في المعاملات المدنية فيما يتعلق بمدى جواز تقاضي فوائد على متجمد الفائدة (الفائدة المركبة) . فإذا كان الأصل في المعاملات المدنية هو عدم جواز تقاضي على متجمد الفوائد، وهذا ما قررته المادة ١٧٤ من القانون المدني، إلاّ أن هذه المادة أجازت الخروج على هذه القاعدة في نطاق المعاملات التجارية أي ضم الفوائد سنوياً على أصل رأس المال ، وحساب الفائدة بعد ذلك على المجموع ، وذلك إذ قضت بذلك القواعد والعادات التجارية . وهذا ما استقر عليه العمل في المصارف حالياً . ويمكن تبرير الاختلاف في الأحكام المتعلقة بأسعار الفائدة في المعاملات المتقدم ذكرها بكون أن القروض في المعاملات المدنية تخصص في الغالب للاستهلاك، خلافاً لما هو سائد في البيئة التجارية التي يتم تخصيص القروض فيها لأجل استثمارها في النشاط التجاري بما يحقق عائداً أعلى .

الفقرة سادساً: من حيث النفاذ المعجل

إذا كان الأصل هو عدم شمول الأحكام الصادرة من المحاكم بالنفاذ المعجل قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية إلاّ في الأحوال التي نص عليها القانون ، إلاّ أن المشرّع قد يخرج عن هذا الأصل في نطاق المعاملات التجارية ، فيقرر شمول الأحكام القضائية الصادرة في المنازعات التجارية بالنفاذ المعجل [٢٧] وذلك استجابة لدواعي السرعة في حسم مثل هذه المنازعات وتيسير اقتضاء الحقوق المتعلقة بها . إلاّ أن القانون العراقي لم يأخذ بهذا الاتجاه في نطاق المعاملات التجارية ، وإنما حدد في المادتين ١٦٤-١٦٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل ، إلاّ أنه لم يغفل المبدأ المذكور تماماً، وإنما

---

[٢٦] إلاّ أن قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي قد حدد في المادة ٩٥/ ف١ ميعاد سريان الفوائد في الديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك .

[٢٧] يُنظر : المادة ٥٧٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣ التي أجازت للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ المعجل ، وبناءً على طلب الخصم ذي المصلحة ، في القضايا التجارية والقضايا التي تتوافر فيها العجلة .. فيتم تنفيذ الحكم الصادر فيها من دون انتظار انقضاء مدة الطعن به . وفي تفصيل ذلك يُنظر : أُستاذنا الدكتور البستاني ، سعيد يوسف ، الدكتور عواضة ، علي، مصدر سبق ذكره ، ص ٦١.

أشار إلى بعض تطبيقاته ، ومن ذلك ما قررته المادة ٥٨٤ من قانون التجارة السابق . والنافذة لحد الآن . من شمول الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس بالنفاذ المعجل وبلا كفالة ما لم ينص على غير ذلك .

وكذلك ينبغي الإشارة إلى أن القانون العراقي قد أسبغ على بعض السندات والمحررات التجارية القدرة على التنفيذ المباشر خروجاً على الأصل الذي يقرر عدم جواز تنفيذها إلاّ بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية ، ومن ذلك ما قررته الفقرة أولاً م ١٤ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ من أن الأوراق التجارية هي قابلة للتنفيذ في دوائر التنفيذ أسوة بالأحكام الصادرة عن القضاء ، بشرط ألا يكون المدين مظهراً .

الفقرة سابعاً: من حيث اكتساب صفة التاجر

من المقرر أن من يزاول الأعمال التجارية على وجه الاحتراف يكتسب صفة التاجر . وكما سيرد تفصيل ذلك لاحقاً . ويكون في مركز قانوني متميز عن غيره من الذين يزاولون أعمالاً مدنية لا تبيح لهم اكتساب الوصف المذكور . وسنرى لاحقاً أن اكتساب صفة التاجر يجعل الشخص ملزماً بواجبات لا تفرض على من سواه ، كالتسجيل في السجل التجاري ، أو مسك الدفاتر التجارية أو اتخاذ اسماً تجارياً ، أما من يزاول أعمالاً مدنية فلا يلزم كقاعدة بمثل هذه الواجبات إلاّ في أحوال استثنائية محدودة [٢٨] .

الفقرة ثامناً : من حيث الإعذار

تقرر القواعد العامة بعدم جواز فسخ العقد . إذا كان من العقود الملزمة للجانبين . إلاّ بعد إعذار المدين [٢٩] ، وهذا الإعذار يكون غالباً بورقة رسمية . أما في نطاق المعاملات التجارية فقد جرى العرف على أن يتم الإعذار بورقة عادية أو شفاهاً [٣٠] ، من دون حاجة إلى اتخاذ شكل محدد ، تحقيقاً لمبدأ السرعة السائد في نطاق المعاملات التجارية . ومع ذلك فإن الضرورة قد تتطلب بضرورة اتخاذ شكل معين في إعذار المدين ، كما هو الحال في الاحتجاج الذي يجب على الحامل القانوني للورقة التجارية تنظيمه في حال امتناع المسحوب عليه من وفاء الورقة [٣١] .

---

[٢٨] ولعلَّ أبرز مظاهر هذا الاستثناء هو وجوب تسجيل الشركات التي تزاول نشاطاً مدنياً في السجل التجاري ، وهذا ما قرره قانون السجل التجاري المصري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦.

[٢٩] الفقرة ١ من المادة ١٧٧ مدني عراقي .

[٣٠] الدكتور الفقي ، محمد السيد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٩.

[٣١] المادة ١٠٣ ف١ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

المطلب الثاني : مظاهر الاتفاق في الأحكام المقررة للعمل المدني والعمل التجاري

على الرغم مما ذكر من أوجه الاختلاف في الأحكام المقررة للعمل التجاري عن تلك التي يخضع لها العمل المدني ، إلاّ أن هنالك بعض أوجه الاتفاق بينهما ، وذلك لكون قواعد القانون المدني تمثل . كما سبق القول . الشريعة العامة الواجب تطبيقها على الأعمال التجارية في حال عدم وجود نص أو حكم في المجموعة التجارية . إلاّ أن مظاهر الاتفاق المذكورة هي ليست محل اتفاق بين القوانين التجارية ، فبعضها يقرر خضوع العمل التجاري إلى قدر كبير من الأحكام التي يقررها القانون المدني ، وهذا ما نجده واضحاً بالنسبة للقانون العراقي ، إذ سنرى في مواضع لاحقة أن هذا القانون قد عمل على توحيد الأحكام التي يخضع كل من العمل التجاري والعمل المدني في مسائل كثيرة ، بينما أحالت بعض القوانين التجارية على أحكام محددة ضمن القواعد العامة يخضع لها العمل التجاري . وعلى أية حال فإن مظاهر الاتفاق في الأحكام التي يخضع لها العمل التجاري والعمل المدني تتمثل بوحدة الأحكام المقررة بشأن إنشاء العقود التجارية والمدنية ، والأحكام المتعلقة بالأهلية . وكذلك وحدة الأحكام المقررة بشأن إثبات المعاملات المدنية والتجارية في القانون العراقي على وجه الخصوص ، وخلافاً لما هو مقرر في باقي القوانين العربية . فضلاً عن أحكام أُخرى سنبينها في خمس فقرات .

الفقرة أولاً: من حيث انعقاد العقد وصحته

لا تتضمن أغلب قوانين التجارة أحكاماً بشأن إنشاء العقود التجارية [٣٢] وصحتها مكتفية بما تقرره القواعد العامة من أحكام بهذا الصدد تخضع لها تلك العقود . مع ملاحظة أمرين هما:

أولاً: إنَّ بعض القوانين . كقانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ [٣٣]، وقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [٣٤] ، وضعت قواعد عامة للالتزامات التجارية بهدف تقرير بعض الأحكام الخاصة التي تخضع لها العقود التجارية ، كافتراض التضامن ما بين المدينين في الديون التجارية [٣٥] ، وعدم جواز منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلاّ عند الضرورة [٣٦] .

ثانياً: إنَّ القوانين التجارية أفردت أحكاماً خاصة للعقود التجارية التي نظمتها ، كاشتراط شكل محدد في إنشاء التصرفات ، ومثاله الشكل الذي فرضه قانون الشركات لتحرير استمارة

---

[٣٢] في الخلاف حول المقصود بالعقود التجارية يُنظر لاحقاً: ص ٢١٠ من هذا المؤلف.

[٣٣] المواد ٨٠-١٠٧ من القانون المشار إليه أعلاه .

[٣٤] المواد ٤٧-٦٥ من القانون المشار إليه أعلاه .

[٣٥] المادة ٨١ من قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

[٣٦] المادة ٩٤ من القانون أعلاه .

الاكتتاب [٣٧] ، أو الشكل المطلوب لإنشاء الورقة التجارية وتضمينها بيانات محددة ينبغي استيفاؤها [٣٨] .

الفقرة ثالثاً: من حيث الأهليّة

تميل غالبية القوانين فيما يتعلق بالأهلية الواجب توافرها للقيام بالمعاملات أو التصرفات التجارية إلى إخضاع هذه المعاملات أو التصرفات المذكورة إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني [٣٩] وعدم الإقرار بوجود سن أهلية خاص [٤٠] بالمعاملات التجارية كقاعدة عامة، إلاّ أن ذلك لا ينفي عدم وجود سن أهلية خاص لممارسة بعض الأعمال التجارية ، فعلى سبيل المثال يتطلب القانون العراقي سن أهلية خاص لممارسة أعمال الدلالة والوكالة التجارية والوساطة في سوق الأوراق المالية [٤١] ، ويمكن تبرير هذا الحكم بالطبيعة المهمة لمثل هذه الأعمال وشدة المسؤولية المقررة بشأنها ، مما يتطلب سن أهلية خاص بها ، وعدم الاكتفاء بسن الأهلية المقرر بموجب القواعد العامة .

---

[٣٧] الفقرة أولاً من المادة ٤١ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .

[٣٨] المواد ٤٠ و١٣٣ و ١٣٨ من قانون التجارة التي أشارت إلى البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الحوالة التجارية (السفتجة) والسند لأمر (الكمبيالة) والصك .

[٣٩] ففي القانون الفرنسي لا توجد قواعد خاصة بالأهلية التجارية ، ولاسيّما بعد أن خفض قانون ٥ تموز ١٩٧٤ سن الأهلية إلى ثمانية عشر سنة يُنظر :

Ripert et Roblot Par Vogal , Op.Cit., No. 209-214.

وفي القانون اللبناني لا توجد قواعد خاصة بالأهلية التجارية ، وإنما تطبق بشأن هذه الأهلية القاعدة العامة التي يقررها قانون الموجبات والعقود الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ ، في المادة ٢١٥ التي تنص على أن كل "شخص أتمَّ الثامنة عشر أهلٌ للالتزام ، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني " . وهذا ما يتمسك به شراح قانون التجارة اللبناني ، يُنظر : الدكتور دويدار ، هاني ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤٠، فابيا وصفا ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣١ . وكذلك الحال في القانون العراقي ، إذ تطبق أحكام القواعد العامة بشأن الأهلية الواجب توافرها في المعاملات التجارية مع وجود بعض الاستثناءات على تلك القاعدة .

[٤٠] ومثال ذلك ما كان يقرره قانون التجارة البرية العثماني الصادر عام ١٨٥٠ الذي حدد في المادة الثانية الأهلية اللازمة لمزاولة الأعمال التجارية بإحدى وعشرين سنة خلافاً للأهلية المطلوبة للمعاملات المدنية التي تحددها مجلة الأحكام العدلية بخمس عشرة سنة .

[٤١] إذ تشترط الفقرة أولاً/ م٢ من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ في الدلال أن يكون قد أتمَّ سن الخامسة والعشرين من عمره . كما تتطلب الفقرة أولاً/ب/ م٤ من قانون تنظيم الوكالة التجارية هذا السن ذاته في الوكيل التجاري ، بينما أشار القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية بالأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ وفي ف أ/م٢/ قسم ٥ أن يكون ممثل الوسيط أو ما يسمى (بالمندوب) قد أتمَّ سن الحادية والعشرين .

الفقرة رابعاً : من حيث الإثبات

يحكم المعاملات أو التصرفات المدنية المبدأ المعروف بمبدأ الإثبات المقيد الذي يتطلب تحرير سند أو دليل كتابي إذا كانت قيمة التصرف القانوني أو المعاملة قد بلغت النصاب الذي حدده القانون [٤٢] . وتعذر الإثبات بالبينة الشخصية (الشهادة) لإثبات مثل هذه التصرفات أو المعاملات إلاّ في أحوال استثنائية معينة. والمبدأ المذكور يتفق إلى حدٍ بعيد مع ما هو سائد في البيئة المدنية التي تتسم بقدر من الثبات والاستقرار، وتحكمها الرويّة والتأني في إبرام التصرفات، التي من مظاهرها إعداد دليل أو سند يثبت وقوع التصرف تلافياً لكل نزاع حول وجود التصرف أو مضمونه ، ولاسيّما أن إبرام التصرفات المدنية في مدد متباعدة يمنح الأشخاص الوقت الكافي لإعداد مثل هذا الدليل .

أما المعاملات التجارية فيحكمها المبدأ المعروف بحرية الإثبات في المسائل التجارية ، الذي يجيز إثبات التصرف القانوني . ومهما بلغت قيمته . بأي وسيلة من وسائل الإثبات الجائزة ، كالبينة الشخصية أو القرائن ، فضلاً عن جواز الإثبات بتلك الوسائل فيما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي [٤٣] .

ولعلَّ من نافلة القول أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية يتفق إلى حدٍ بعيد مع متطلبات البيئة التجارية التي تقوم على مبدأ السرعة في إبرام التصرفات وتلاحقها ، مما يتعذر معه إعداد دليل كتابي بالتصرف الواقع، لما يؤدي إليه هذا الأمر من ضياع العديد من الصفقات على التاجر بسبب انشغاله بإعداد الدليل المطلوب . إلاّ أن مبدأ حرية الإثبات لا يبدو متعلقاً بالنظام العام، إذ يجوز للمتعاقدين عدم التقييد بالمبدأ المذكور، والاتفاق على تحرير العقد كتابةً أو وفقاً لشكل محدد [٤٤]. فضلاً عن القانون يوجب تحرير العقد . وإن كان متعلقاً بمسائل تجارية . وفقاً لشكل محدد، وهذا ما نجده على سبيل المثال مما يفرضه القانون من وجوب تحرير عقد الشركة كتابةً [٤٥].

---

[٤٢] المادة ٧٧ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، المعدلة بالقانون رقم ٤٦ تاريخ ٢٠٠٠/٧/٣١، التي نصت على " أولاً: يجوز إثبات التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار .

ثانياً: إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك " .

[٤٣] المادة ١٠٣ من قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

[٤٤] يُنظر : الدكتور الفقي ، محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٦.

[٤٥] المادة ١٣ من قانون الشركات التي ألزمت مؤسسي الشركة بإعداد عقد للشركة موقعاً من قبلهم أو قبل ممثليهم القانونيين ويتضمن البيانات التي نصت عليها المادة المذكورة .

هدم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية في القانون العراقي

سبقت الإشارة إلى أن قانون التجارة العراقي السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ قد قرر صراحةً في المادة ١٠٣ التي تقدم ذكرها بمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية ضمن الأحكام المقررة بشأن الالتزامات التجارية التي تضمنها الباب الثاني من القانون المذكور . إلاّ أن قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، قد عمل على هدم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، وأخضع إثبات هذه المسائل إلى مبدأ الإثبات المقيد الذي يطبق على المسائل المدنية الذي تقدّم ذكره في موضع لاحق . وهكذا يبدو أن واضعي هذا القانون قد أغفلوا الطبيعة الجوهرية التي تتسم بها المعاملات التجارية والتي تقدّم على السرعة في إبرام الصفقات وتلاحقها، ومن ثم إخضاعها إلى قواعد لا تستقيم مع ما هو سائد في البيئة التجارية . وقد انتقد الفقه العراقي الموقف المذكور لكونه يشكل نهجاً مغايراً لمنهج المشرعين عموماً ، ومن دون مبالاة لما تقتضيه التجارة من سرعة [٤٦] . فضلاً عن السنوات التي مضت منذ تشريع قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ قد أثبتت بضرورة التمييز بين أحكام الإثبات في المسائل التجارية وبين أحكام الإثبات في المسائل المدنية [٤٧].

الفقرة خامساً: من حيث الاختصاص القضائي

أثرت بعض الأنظمة القانونية . التي اعتنقت التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية . على إنشاء قضاء يختص بالنظر في المنازعات التجارية ، فضلاً عن وجود قضاء مستقل بنظر المنازعات المدنية . وقد أخذت بعض الدول العربية بمبدأ وجود قضاء تجاري متخصص ، ففي مصر أصدر وزير العدل قراراً بتاريخ ١٩٤٠/١/١٠ بتشكيل محكمتين تجاريتين جزئيتين في القاهرة والإسكندرية تختص بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية ، بغض النظر عن صفة الشخص القائم به ، فضلاً عن إنشاء دوائر تجارية في المحاكم الابتدائية والاستئناف للفصل في الدعاوى التجارية [٤٨] . وكذلك الحال في لبنان فقد

---

[٤٦] الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧٣.

[٤٧] يُنظر : الدكتور بكر ، عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢، ص ٥٠.

[٤٨] يُنظر : الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٠-٥١، ومما تجدر الإشارة إليه أن هنالك فرقاً جوهرياً بين إنشاء محاكم تجارية ، وتخصيص دوائر تجارية في المحاكم المدنية للنظر في المنازعات التجارية يتمثل بكون أن اختصاص النوع الأول من المحاكم بنظر تلك المنازعات هو متعلق بالنظام العام ، ومن ثم إذا أقيمت دعوى مدنية أمام تلك المحاكم جاز للخصم الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي لتعلق النزاع بدعوى مدنية تختص بنظرها المحاكم المدنية ، وكذلك يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بذلك ، أما الدوائر أو الغرف التجارية التي يتم إنشاؤها فلا

جرى العمل على تخصيص غرف تجارية في محاكم البداية والاستئناف للفصل في المنازعات التجارية ، وذلك على الرغم من أنَّ القانون اللبناني لا يقر بمبدأ وجود قضاء مستقل في المنازعات التجارية ، بل يأخذ بنظام القضاء الموحد في نظر المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص [٤٩] .

أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فمن المعروف أن هذا القانون يعتنق مبدأ القضاء الموحد في نظر المنازعات المدنية والتجارية [٥٠] ، إذ جعل للمحاكم المدنية . بداءة ، استئناف . ولاية النظر في المنازعات كافة سواء أكانت مدنية أم تجارية، ولم يجرِ العمل في العراق على تخصيص محاكم بداءة مختصة بنظر المنازعات التجارية ، كما هو الحال في مصر ولبنان ، على الرغم من أن قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ أجاز إنشاء محاكم بداءة متخصصة للنظر في نوع معين من الدعاوى [٥١] .

إلاّ أنه في المدة الأخيرة أصدر رئيس مجلس القضاء الأعلى في العراق بياناً بتشكيل ما أُطلق عليه " المحكمة التجارية" ، وقد حدد البيان اختصاص هذه المحكمة " بالنظر في الدعاوى التجارية إذا كان أحد أطرافها من غير العراقيين ... " [٥٢] .

وإذا كان تشكيل هذه المحكمة يُعدُّ خطوة في سبيل إنشاء قضاء تجاري في العراق ، إلاّ أنه يؤخذ على بيان تشكيل هذه المحكمة ما يأتي :

تتمتع باستقلال تام كالذي تتمتع به المحاكم التجارية ، فإنشاؤها لا يعدو أن يكون تقسيماً للعمل داخل المحاكم لا يخولها اختصاصاً مستقلاً بنظر المنازعات التجارية ، ومن ثم لا يجوز الدفع أمام تلك الدوائر أو الغرف . في حال ما أُقيمت دعوى مدنية . بعدم الاختصاص تأسيساً على مدنية الدعوى . يُنظر : الدكتور البارودي ، علي ، المصدر أعلاه ، ص ٥١ ، الدكتورة القليوبي ، سميحة، مصدر سبق ذكره ، ص ٧٦-٧٧ ، الدكتور الفقي ، محمد ، ص ٥١-٥٢ .

[٤٩] الدكتور الفقي ، محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١.

[٢] بينما كان الأمر على خلاف ذلك في ظل قانون التجارة البرية العثماني لعام ١٨٥٠، إذ أقر(الذيل) التعديل الصادر في ٩ شوال ١٢٦٧ هجرية إنشاء محاكم تجارية وحدد اختصاصها بنظر الدعاوى التجارية. وتتألف هذه المحاكم من مجلسين أحدهما للنظر في الدعاوى المتعلقة بالتجارة البرية والآخر لنظر الدعاوى المتعلقة بالتجارة البحرية. إلاّ أن بيان المحاكم الصادر في العراق في ٢٨ كانون الأول ١٩١٧ ألغى هذه المحاكم وأشار في المادة الثانية إلى اختصاص المحاكم المدنية بنظر المواد التجارية والمدنية على حدٍ سواء .

[٥١] المادة ٢٢ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ ومن المحاكم البدائية المتخصصة التي أنشأت بنظر منازعات معينة هي محكمة إيجار العقار المتخصصة بنظر المنازعات الناشئة عن قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

[٥٢] الوقائع العراقية ، العدد ٤١٦٩ في ٢٩ تشرين الثاني ٢٠١٠.

أولاً: إنَّ البيان المذكور حدد اختصاص هذه المحكمة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وكان يهدف من ذلك . وكما يبدو . إشاعة قدر من الطمأنينة لدى هؤلاء بوجود قضاء متخصص في نظر المنازعات التي يمكن أن تحصل بينهم وبين غيرهم من الأشخاص العراقيين سواء أكانوا من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص . إلاّ أن مثل هذه التفرقة بين العراقي والأجنبي هي غير مسوّغة وتقف وراءها اعتبارات يقوم بعضها على مجاملة الأجنبي، وليس اعتبارات وحقائق قانونية مقبولة . ثم أليس من حق المتداعين من العراقيين أن تنظر منازعاتهم التجارية من قبل محكمة تؤمن اعتبارات السرعة في حسم هذه المنازعات .

ثانياً: إنَّ البيان المشار إليه أعلاه أشار إلى اختصاص المحكمة بالنظر في الدعاوى التجارية، فما هو المقصود بذلك ؟ وهل يقصد بذلك المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية الوارد ذكرها في المادتين ٥ و٦ من قانون التجارة ؟ أم يقصد بذلك أية منازعة ناشئة من أية علاقة تجارية من دون التقيد بما ورد ذكره في المادتين المشار إليهما أعلاه من قانون التجارة ، باعتبار أن الأخير لا يضم جميع القواعد المنظمة للنشاط التجاري، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند دراسة مصادر القانون التجاري[٥٣] .

الدعوة إلى إنشاء قضاء تجاري في العراق :

وختاماً نرى بضرورة التفكير في إنشاء قضاء تجاري متخصص في العراق ، سواء باستحداث محاكم متخصصة نوعياً في نظر المنازعات الناشئة عن النشاط التجاري ، أو إنشاء محاكم بدائية متخصصة بنظر تلك المنازعات وذلك لمسوغات كثيرة من أهمها :

أولاً: إنَّ الطبيعة الفنية لبعض نظم القانون التجاري ، كعمليات المصارف مثلاً ، تتطلب وجود قضاة ذوي إلمام واضح بتلك النظم والقدرة على الإحاطة بالتفاصيل المتعلقة بها .

ثانياً: تأمين السرعة في حسم المنازعات التجارية والعمل على الحد من ظاهرة التأخر في حسم الدعاوى بسبب أهمية عنصر الزمن في المعاملات التجارية . ويقيناً إن إنشاء مثل هذه المحاكم يستدعي إعادة النظر في بعض القوانين النافذة، كقانون المرافعات المدنية أو قانون التنظيم القضائي .

---

[٥٣] يُنظر ما سبق ص: ١٩ وما بعدها من هذا المؤلف .