المحاضرة الأولى قانون تجاري صف ثاني
محاضرة رقم (1)

1. القانون التجاري وليد البيئة التجارية والتجارة ، والتجارة مارسها الإنسان منذ أقدم العصور فعرفت تبعا لذلك قواعد خاصة بها . ويدلنا التاريخ على أن شعوب العراق القديم ، وسكنة حوض البحر الأبيض المتوسط قد اختصوا بنشاط تجاري كبير فالآشوريون والكلدانيون تعاملوا بالنقد والإقراض ورتبوا سعر الفائدة وكيفية احتسابها وبينوا أحكام الإيداع وتعارفوا على استعمال بعض الصكوك التي تشبه الى حد ما السفتجة والسند للأمر . وقد تضمنت شريعة حمورابي البابلية أحكاماً خاصة بالقرض بفائدة والوديعة وعقد الشركة وعقود التوسط (السمسرة) .

2. أما الفنيقيون والإغريق فقد ابتدعوا قواعد مهمة في إطار التجارة البحرية فقد وضع الفينيقيون نظام الرمي في البحر الذي يمكن اعتباره أصل نظرية الخسارة العمومية أو المشتركة المعروفة في التجارة البحرية حاليّا والتي تعد من أهم قواعد القانون البحري.ومفهوم هذه النظرية أو القاعدة أنه في حالة إلقاء بضاعة أحد الشاحنين الى البحر لتخفيف حمولة السفينة وإنقاذها من الخطر الذي يهددها فإنه يقع على عاتق مالك السفينة ومالكي البضائع التي انقذت بفضل هذه التضحية تعويض صاحب البضاعة التي ألقيت تعويضاً عادلا يتناسب مع مقدار الخسارة التي تحملها .

3. وترك الإغريق (اليونانيون) نظام قرض المخاطرة الجسيمة . ومحصلة هذا النظام هي اتفاق بين مالك سفينة أو ربانها مع أحد الاشخاص على أن يقدم هذا الأخير قرضاً للأول لغرض شراء البضائع وتجهيز السفينة بما يلزم لتمام الإرسالية البحرية . فإذا وصلت السفينة سالمة الى ميناء الوصول ، فإن المقرض يستوفي ما أقرضه بالإضافة الى فائدة مرتفعة عموماً وبخلاف ذلك أي في حالة هلاك السفينة والبضائع فإن المقرض لا يسترد شيئاً ويرى البعض في هذا النظام أصل التأمين البحري. فالمقرض مؤمن ومالك السفينة مؤمن له ، مع اختلاف واحد ان هذا الأخير لا يحق له تسلم مبلغ التأمين إلا بعد تحقق الخطر المؤمن منه الهلاك في حين أن المقترض في الحالة الأولى كان يحصل على المبلغ – القرض – مقدما من المقرض .

4. وساهم الرومانيون ، على خلاف ما يعتقد البعض (4) مساهمة غير ضئيلة في نشوء وتطور القانون التجاري فقد مارسوا التجارة من خلال رقيقهم وتابعيهم ومن هذا الواقع تم وضع قواعد الممثل التجاري وتابعي التاجر إضافة على ذلك فقد تضمن القانون الروماني بعض الأحكام المتعلقة بالتجارة البحرية . كقواعد القرض البحري والخسائر البحرية التي اقتبسوها من الفنيقيين والإغريق (ويضيف بعض الفقه بأن نظام الإفلاس مرده القاعدة الرومانية التي تقضي للدائن بوضع يده على أموال المدين وتصفيتها بعد أن كانت القاعدة إعطاء الدائن حق الاستيلاء على شخص المدين واستعباده وتشغيله في مقابل الدين وقتله إذا لزم الأمر .

5. وأثر انهيار الإمبراطورية الرومانية على أيدي القبائل الجرمانية تكونت دويلات صغيرة مستقلة سميت بالجمهوريات الإيطالية ، كالبندقية وفلورنسا واتسمت هذه المدن بالصفة التجارية البحته . فظهرت طوائف التجار التي ما لبثت وبسبب ضعف أنظمة الحكم ، أن هيمنت على السلطتين السياسية والاقتصادية ولم تتقيد هذه الطوائف بأحكام القانون الروماني بل اصطلحت وحسب اجتهاداتها على عادات وقواعد جديدة واخضعت نفسها لأحكامها أكثر من ذلك فإن هذا النظام الفئوي اتجه اتجاهاً آخر يتمثل بحصر النظر في المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الطائفة بمناسبة التعامل التجاري أو غيره بشخص يدعي بالقنصل يتم اختياره من بين اعضاء الطائفة بالانتخاب ويتولى هذا الشخص فض تلك المنازعات على ضوء ما اصطلحت عليه فئة التجار من أعراف وقواعد وعادات . ويعتبر قضاء أولئك القناصل البداية في نشوء القضاء التجاري . ولم يمض وقت طويل حتى دونت تلك الأعراف والعادات والقواعد وأصدرت على شكل لوائح. ثم تلى ظهور قانون التجار الذي استمد مصادره من اللوائح المدونة . وعالجت أحكام هذا القانون العقود التجارية على اختلاف بصورة أنواعها ، وسادت قواعده النشاط التجاري في أوربا وساعد على ظهور بعض اشكال الأوراق التجارية كالكمبيالة التي سهلت في إجراء العمليات التجارية بصورة كبيرة.

6. واهتم العرب بالتجارة اهتماماً خاصا وكان تعاملهم التجاري ومنذ الجاهلية يمتد ما بين بلاد الشام اليمن. وقد توسعت حركة هذا التعامل عند قيام دولة الإسلام واتساع رقعتها وترتب على ذلك ان تناول الفقهاء المسلمين بالشرح والتحليل قواعد المعاملات وأولوا بعض أنظمة القانون التجاري كالإفلاس وعقد الشركة وبعض صور الأوراق التجارية كالسفاتج أهمية بارزة . بيد أن الشريعة الإسلامية الغراء لم تميز بين المعاملات المدنية والتجارية بل عالجتها ككل كما وأنها خالية من القواعد الشكلية التي سادت القانون الروماني .

7. ولعبت الكنيسة والحروب الصليبية دوراً فعالاً في تكوين قواعد القانون التجاري فالحروب الصليبية كانت عامل لقاء حضارتين مختلفتين هما حضارة الإسلام وحضارة المسيحية وأدت بالتالي الى قيام صلات تجارية واسعة بين الشرق والغرب كان من أثارها ابتداع بعض نظم التبادل التجاري عن طريق الوكلاء والسماسرة أما الكنيسة فقد ساهمت في إرساء قواعد استثمار الأموال فالقانون الكنيسي يحرم القرض بفائدة كوسيلة من وسائل استثمار الأموال وبسبب هذا التحريم تم التوصل الى ابتداع نظام لتوصية كوسيلة مشروعة لاستثمار الأموال . وبموجب هذا النظام يقدم أحد الأشخاص مالاً لشخص آخر بقصد الاتجار مقابل جزء من الارباح على أن لا يسأل المقرض في حالة الخسارة ، إلا بحدود ما قدمه من مبلغ . ومن هذا النظام نشأت شركة التوصية. ولازم هذا التطور ظهور الأسواق التجارية في بعض دول أوروبا الغربية ، كفرنسا وبلجيكا وإنكلترا فساعدت هذه الأسواق على تحديد قواعد القانون التجاري وإكسابه سماته المميزة كما وظهر في هذه الحقبة أيضاً القضاء التجاري الذي تولى حسم استقلال القضاء التجاري تشريعيّا حيث نظمت القوانين المختلفة في أوروبا وجود هذه المحاكم الى جانب المحاكم المدنية وغيرها .

8. وبحلول القرن الخامس عشر عرف العالم تطورات جديدة على الصعيد الجغرافي والاقتصادي والسياسي انعكست آثارها على أحكام القانون التجاري وأدت في نهاية الأمر الى تدوينه وتقنينه بتشريعات شاملة . فجغرافياً تم اكتشاف أمريكا وطريق رأس الرجاء الصالح وتم التوصل الى الهند ودول الشرق الأقصى . وسياسياً فقد شهدت تلك الفترة سقوط القسطنطنية على أيدي العثمانيين الذين أخضعوا بعد ذلك لسلطتهم دول منطقة البحر الأبيض المتوسط فتغيرت بالتالي بعض النظم الاقتصادية والتجارية القائمة حينذاك وكان من آثار هذه التغيرات النتائج التالية :

أولاً : فقدان الجمهوريات الإيطالية لسيادتها التجارية وانتقال هذه السيادة الى دول المحيط الاطلسي ، كفرنسا وأسبانيا وهولندا والبرتغال وإنكلترا . وقد سارعت هذه الدول في إنشاء المستعمرات في المناطق المكتشفة باعتبارها مصدراً للثروات وسوقاً تجارية جديدة للإنتاج . ثم ظهرت الشركات الرأسمالية الكبيرة كشركة خليج هدسن وشركة الهند الشرقية وغيرها . وكات رؤوس أموال هذه الشركات تتألف من مساهمة البيوتات المالية الكبيرة وبعض رؤوس الأموال الفردية .

ومن هنا ظهرت شركات المساهمة . ونشطت إضافة لذلك عملية إيداع النقود واستثمارها عن طريق المؤسسات المصرفية ، والتعامل بالسندات والأوراق المالية.

ثانياً : الاتجاه نحو تدوين شامل لأحكام النشاط التجاري ووضع قواعد جديدة تقابل ما استجد من نظم تجارية فما أن حل القرن السابع عشر حتى شرعت فرنسا تشريعين أساسين أولهما سنة 1673 في تنظيم مواد الشركات والصرف والبوالص والإفلاس واختصاص المحاكم التجارية والثاني صدر سنة 1681 منظماً التجارة البحرية. وقد نظم هذا القانون أحكاماً خاصة بالقانون الدولي كالأحكام المتعلقة بالغنائم البحرية . ثم الغت الثورة الفرنسية – 1789 – هذين القانونين واستعيض عنهما بقانون التجارة الصادر سنة 1807 الذي جمع بين دفتيه قواعد التجارة البرية والبحرية وأحكام الإفلاس والقضاء التجاري إضافة للقواعد العامة . ويعتبر هذا القانون من القوانين المهمة وقد أثرت احكامه تأثيراً ملموساً في أغلب القوانين التجارية سواء في أوربا أو في آسيا علما بأن فلسفة هذا القانون تستند على مبدأ حرية التجارة انطلاقاً من مفهوم الفلسفة الفردية السائدة أنذاك .

9. واذا كان القرن الثامن عشر قد شهد حركة تدوين واسعة للقانون التجاري فإن القرن التاسع عشر وبداية القرن الحالي قد تميز بظهور المذاهب الاشتراكية التي تستند على أسس اقتصادية جديدة تناقض

الفلسفة الفردية السائدة . وما لبثت هذه المبادئ الجديدة حتى سادت الكثير من المجتمعات وأثرت بالتالي على منطلقات القانون التجاري وكان من أبرز هذه الآثار تدخل الدولة المباشر في الحياة التجارية وتوجيهها بما يتسق وذلك المبادئ وقد تجسد هذا التدخل المظاهر التالية :

1. السيطرة على وسائل الإنتاج بتأميم المشروعات الكبيرة والرئيسة وتحويلها من نطاق الملكية العامة .

2. تحديد أسعار السلع والخدمات .

3. تنظيم التجارة الداخلية والخارجية من خلال فرض رقابة فعالة على الاستيراد والتصدير .

4. فرض نظام قانوني ملزم لبعض أنواع الشركات التجارية .

ومن هنا اضمحلت الفلسفة القائمة على الحرية المطلقة للأفراد في ممارسة

النشاط التجاري بشكل كبير وتحول دور الدولة غالبا من الموجه عن طريق التشريع الى احلال نفسها محل الأفراد في القيام بالمشاريع التجارية . إن هذا التطور أدى بالضرورة الى توسع دائرة النشاط التجاري بصورة كبيرة من حيث شمولها لكثير من النشاطات التي كانت تخضع من حيث المبدأ لأحكام القانون العام . وقد قاد هذا التوسع بدوره الى اتساع نطاق القانون التجاري ولهذا فقد نادى بعض الفقه الى إلغاء القانون التجاري باعتباره فرعاً من فروع القانون الخاص والاستعاضة عنه بقانون اقتصادي يضم أحكام المعاملات كافة ، بل إن فريقاً آخر من الفقه يرى ضرورة دمج القانون التجاري بالقانون المدني وتوحيدهما في قانون واحد . بيد أن هذه الرؤيا التي لاقت بعض القبول لا يمكن الاعتداد بها ولا يمكن أن تلائم طبيعة النشاط التجاري ومتطلبات التعامل العملي وحماية المصالح بوجه عام إذ أن طبيعة هذا النشاط تستلزم وجود قواعد خاصة بها . فالتعامل التجاري يتميز – ومهما طرح من آراء بهذا الصدد – بسمات خاصة به دون غيره . ولعل من أهم هذه السمات التي ينفرد بها التعامل التجاري السرعة في أيقاع التصرف القانوني والائتمان الذي بدونه لا يمكن أن يقوم النشاط التجاري وتميز البيئة التجارية بأنظمة خاصة كالمؤسسات المصرفية ومخازن الإيداع ونظم الاستيراد والتصدير التي اصطلح على تسميتها بالتجارة الخارجية وكذلك نظم التعامل التجاري الداخلي أي التجارة الداخلية وغير ذلك ومن هذه المنطلقات والضرورة تم تقنين القواعد القانونية الخاصة وأصبحت هذه القواعد وبمرور الوقت حاجة تستلزمها مصلحة المجتمع ومن خلالها مصلحة الأفراد في آن واحد .

10. ومهما يكن من أمر فإن القانون التجاري وعلى طوال المدى التاريخي لتطوره مر بالمراحل المختلفة التالية :

أولاً : في البداية لم يكن لهذا القانون كيان مستقل ولم تتميز قواعده عن قواعد التعامل المدني .

ثانياً : بيد أن قانون التجارة وبمرحلة ثانية وهي مرحلة العصور الوسطى أكتسب طابعاً مميزاً وذاتية مستقلة عن القانون المدني إذ أصبح قانوناً مهنياً يعني بالحرف التجارية متسماً بطابع شخصي بحت .

ثالثاً : وتلي هذه المرحلة ، مرحلة ثالثة هي مرحلة العصر الحديث حيث عرف قانون التجارة ولا يزال تحولاً جوهريا في أسسه إذ غلب الطابع المادي دون الشخصي على قواعده وأحكامه ، واعتبر العمل التجاري الأساس والمرتكز لموضوعات قانون التجارة دون إهمال للعوامل السياسية والاقتصادية التي حتمت تدخل الدولة المباشر في الحياة التجارية بكل أبعادها.
وقد بدأت العصور الحديثة للقانون التجاري مع ظهور الإمبراطورية العثمانية و التي فرضت سيطرتها على معظم الدول الأوروبية و الآسيوية. وقد ترتب على ذلك تحول مركز التجارة من حوض البحر الأبيض المتوسط و المدن الإيطالية إلي المحيط الأطلنطي و الدول المطلة عليه (أسبانيا – إنجلترا- فرنسا). و نتيجة لذلك ظهرت الأسواق التجارية في هذه الدول و ازدادت أهمية النشاط التجاري. و بدأت هذه الدول تبحث عن مستعمرات لها لتسويق منتجاتها و قد ساعد على ذلك اكتشاف طريق رأس الرجاء

الصالح و اكتشاف الأمريكتين . و كان لهذه الاكتشافات أثر في نقل ثروات المناطق التي تم اكتشافها إلي الدول الأوربية و خاصة الذهب و الذي ترتب على اكتشافه الاهتمام بمسائل النقد و نشأت البنوك للقيام بالعمليات المصرفية و قد بدأت الحاجة ملحة بعد هذه الاكتشافات إلي تكتل رؤوس الأموال لاستغلال الموارد الطبيعية في المناطق الجديدة فقامت الشركات الاستعمارية الكبرى ، كشركة الهند الشرقية و شركة خليج هد سن فكانت هذه الشركات هي النواة الأولى لشركة المساهمة. و نظرا للقوة الاقتصادية الهائلة التي تمتعت بها هذه الشركات و ارتكابها لكثير من الأعمال غير الأخلاقية في سبيل الحصول على أعلي ربح ممكن فلقد أضطر المشرع إلي التدخل للحد من أعمالها. و قام بوضع التشريعات التجارية اللازمة لتنظيم النشاط التجاري، و بذلك فقد القانون التجاري طابعه الدولي و أصبح داخليا تختلف أحكامه من دولة إلي أخرى حسبما تقتضيه البيئة التجارية في كل دولة . و قد كان لفرنسا السبق في هذا الصدد، فقد أصدر لويس الرابع عشر أمرا ملكيا سنة ١٦٧٣ يشتمل على القواعد التي تنظم شئون التجارة البحرية (الشركات – الأوراق التجارية – الإفلاس - . .. .) ثم أعقب ذلك إصدار أمر ملكي آخر سنة ١٦٨١ يشتمل على القواعد الخاصة بالقانون البحري . و في سنة ١٧٩١ و تحت تأثير مبادئ إلغاء الفوارق الطبقية و الإمتيازات التي كانت مقررة لبعض الطوائف و تحقيق المساواة بين جميع المواطنين ، اضطر المشرع الفرنسي إلي إلغاء نظام الطوائف وبذلك فقد القانون التجاري طابعه الشخصي بإصدار قانون باعتباره قانون يهم طائفة التجار فقط و اصطبغ بالطابع الموضوعي الذي يجعل من الأعمال التجارية أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري بغض النظر عن صفة القائم به . و بعد قيام الثورة الفرنسية تم تكليف لجنة من قبل الجمعية الوطنية الفرنسية لوضع تقيين شامل للقانون التجاري ، وصدر سنة ١٨٠٧ و لم يدخل حيز التنفيذ إلا سنة ١٨٠٨ و قد تضمن هذا التقنين معظم أحكام الأمرين الملكيين للويس الرابع عشر .

وبالنسبة لواقع وتطور القانون التجاري في العراق

فكانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة منذ الفتح الإسلامي لها . وسرت منذ الفتح الإسلامي أحكام الشرعية الإسلامية على المعاملات دون تمييز . وبقيت هذه الأحكام تنظم الحياة التجارية في العراق حتى الحقبة الأخيرة من العهد العثماني ولوقت ليس بالبعيد . فلم تلغ مجلة الأحكام العدلية التي استمدت أحكامها من الشريعة إلا عام 1951 عند صدور القانون المدني العراقي . بيد أن أول قانون وضعي عرفه العراق في العصر الحديث في موضوع التجارة هو قانون التجارة البرية العثماني الصادر سنة 1850 الذي تضمن أحكاماً بالشركات التجارية والأوراق التجارية والعقود والإفلاس التجاري . وتم إلغاؤه في نهاية الأمر بقانون التجارة رقم 60 لسنة 1943 . ثم صدر بعد ذلك قانون التجارة البحرية العثماني 1865 ، وعالجت أحكام هذا القانون المركز القانوني للسفينة وإيجارها واستئجارها وبوالص الشحن وعقد القرض والضمان والخسائر البحرية . وقد عدل مرات عديدة الى أن تم الغاء الجزء الأكبر منه بقوانين مختلفة .

2. وبعد استقلال العراق سياسياً وانفصاله عن الدولة العثمانية صدرت قوانين مختلفة عنيت بمختلف المسائل التجارية الملحة من هذه القوانين قانون غرف التجارة الصادر سنة 1926 قانون مراقبة المصارف لسنة 1936 ، قانون شركات التأمين لسنة 1936 ، قانون الدلالين لسنة 1935 وغيرها. إلا أن أهم هذه القوانين في المرحلة المعاصرة هو في الواقع قانون التجارة رقم 60 لسنة 1943 الملغي . إذ نظم هذا القانون الأحكام العامة للأعمال التجارية والتاجر وواجباته إضافة للعقود التجارية والأوراق التجارية . ومع ذلك فإنه جاء خالياً من معالجة جوانب جوهرية من جوانب النشاط التجاري كالشركات التجارية وبعض أوجه المحل التجاري ، وكان يتسم فوق ذلك بعيوب فنية للسبك القانوني واستعمال للمصطلحات الأعجمية الغربية بصورة مخلة . وللضرورة الملحة وسدا لبعض ثغرات قانون 1943 تم تشريع قانون الشركات التجارية المرقم 31 لسنة 1957 المعدل والملغي والذي عالج بأقسام أربعة ، الأحكام العامة للشركات التجارية ثم أحكام الشركات المختلفة ، كشركات التضامن ، والتوصية ، والمساهمة ، ذات المسؤولية المحدودة وشركات المحاصة . وتبع هذا القانون قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 الملغي . بالقانون الجديد قانون التجارة الجديد المرقم 30 لسنة 1984 النافذ المفعول حالياً . فضلا عن وجود قوانين نافذة اخرى تحكم البيئة التجارية مثل قانون الشركات وقانون المصارف وقانون سوق المال وقانون تنظيم الوكالة التجارية....الخ.

مقدمة في تعريف القانون التجاري

القانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاصّ، ويعرف بأنّه عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تتعلّق بالأعمال التجارية والتي تنفذ على التجار، كما يقوم بتظيم حرفة التجارة والعلاقات المحددة الناشئة عن الأعمال التجارية، وأيضاً ينظّم الأنشطة التي تختص بالتجارة، وينظم الأعمال التي تنشأ بين التاجر وتاجر آخر وبين التاجر والزبائن، وهو ضروري جداً لعالم الإقتصاد والتجارة.

خصائص القانون التجاري

للقانون التجاري خاصيتين هما: خاصية السرعة: حيث إنّ المعاملات التجارية تتم بسرعة كبيرة وفائقة؛ وذلك لأنّ عامل الوقت في التجارة وتحقيق الأرباح، وعقد الصفقات مهم جداً، كما أنّ تقلّبات السوق والاقتصاد لها علاقة به، وأيضاً خلو القانون التجاريّ من الإجراءات والتشكيلات التي تعرقل الأعمال التجارية سبب في إبرام التاجر أكثر من صفقة في وقت قصير وبسرعة كبيرة، والسرعة في هذا القانون عكس القانون المدنيّ الذي يمتاز بالبطء والاستقرار والثبات. خاصية الائتمان، حيث إنّ القانون التجاري يهتم كثيراً بالائتمان بشكل مبالغ فيه، ويتلخّص الائتمان في إعطاء المدين أجل للوفاء، فدوماً التاجر يحتاج إلى فترة زمنية لتنفيذ كافّة تعهّداته، لذلك يقوم بشراء البضائع الجديدة قبل قبض ثمنها المباع، ويحتوي القانون التجاري على أدوات ائتمان ومؤسساته مثل: نظام البنوك، ونظام الأوراق التجارية، ونظام الشركات، كما أنّه يدعم الحماية من الإفلاس.

مصادر القانون التجاري

يعتبر قانون الخطة الاقتصادية في الدول ذات النهج الاشتراكي المطلق حيث لا يكون للقطاع الخاص أي دور في النشاط الاقتصادي المصدر الأساس للحقوق والالتزامات كافة . فهو قانون فوق القوانين. ومصدرا أولاً لها. بيد ان الأمر يختلف فيما إذا كان للقطاع الخاص دوراً معيناً في النشاط التجاري والاقتصادي إذ يصار هنا الى توجيه هذا القطاع بما يتلائم وأسس التخطيط سواء على صعيد فرض الالتزامات الإيجابية بإصباغ الصفة الآمرة على أحكام العقود والالتزامات انطلاقاً من مفهوم العقد الاجباري أو إلزام الأفراد بإبرام عقود معينة حيث ينشأ ما اصطلح على تسميته بالعقد المفروض. وعلى هذا فإنه من الضروري عند النظر في موضوع تحديد مصادر أحكام المعاملات التجارية التمييز بين حالة وجود قانون تجاري وضعي وحالة عدم وجود مثل هذا القانون .
وبصورة عامة ، فإن مصادر القانون التجاري الوضعي لا تخرج عن التشريع والعرف. ويضيف البعض الى هذه المصادر كلا من الفقه والقضاء . بيد أن كلا من الفقه والقضاء ليسا في الواقع إلا مصادر تفسير وتقدير فقط لأحكام القانون إذ ان مهمة القضاء تنصب على تطبيق القانون وتفسيره على نحو يتفق مع غرض واضعه . أما وظيفة الفقه فهي استخلاص المبادئ العامة من القواعد التشريعية وتقييم الحلول التفصيلية التي يقدمها المشرع أو القضاء وتبيان مواضع النقص أو الخلل فيها . صحيح أن القضاء أو الفقه قد يلجآن أحياناً أمام عدم كفاية النص الى وضع قواعد قانونية جديدة من خلال التفسير غير أن لا الفقه أو القضاء يمكنهما الادعاء بأية صورة كانت بأن هذه القواعد من وضعهما بل يحيلان استنباط مثل تلك القواعد الى تفسير النص التشريعي القائم . من جانب آخر فإن القواعد المستنبطة لا تلزم القضاء أو الفقه بالأخذ بها ، فلكل منها الأخذ بها أو غض النظر عنها والأخذ بقاعد أخرى غيرها إذا كانت أكثر ملائمة مع النص التشريعي القائم . وعلى هذا فإن القضاء أو الفقه ليس بمصدرين منشأين للقاعدة القانونية بل مصادر تفسيرية مكملة فقط . لذا سنتعرض في دراسة مصادر القانون التجاري لتلك التي تنشئ القاعدة القانونية وهي كلا من التشريع والعرف .

1. التشريع :

ويضم التشريع التقنين التجاري والتقنين المدني .

التقنين التجاري :

ويقصد به مجمل النصوص والقواعد الواردة في متن القانون التجاري وكذلك جميع نصوص القوانين المكملة له أو الملحقة به وإن صدرت بصورة منفردة أي على شكل قوانين . يضاف الى ذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة والقرارات واللوائح التنظيمية الصادرة لتنفيذ القوانين التجارية أو التي تنظم جانباً من جوانب النشاط التجاري .

التقنين المدني :

وهو المجموعة المدنية التي تضم القاعد العامة المنظمة لنشاط الأفراد دون تمييز ويتم الرجوع الى هذه القواعد في كل الأحوال التي لم يرد فيها نص خاص في المجموعة التجارية . ويشير قانون التجارة ذاته الى ذلك صراحة في نص المادة الرابعة الفقرة الثانية منه بقوله : " يسرى القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر " على أنه يجب أن لا يكون هناك تعارض بين النصوص المدنية والتجارية فإذا حصل تعارض فالعبرة بالنص التجاري إذ لا محل لتطبيق النص المدني وهو القاعدة العامة عند وجود نص تجاري وهو القاعدة الخاصة .

2. العرف:

ينشأ العرف جراء التطبيق العملي الطويل المرتبط بنوع معين من النشاط ويصار إليه فيما إذا افتقد النص التشريعي لحسم نزاع يثور بمناسبة تعامل ما من هنا ولعدم كفاية القانون المكتوب ، سواء كان تجارياً أم مدنياً أم غير ذلك بالإحاطة بجميع صور المعاملات وجزئياتها وتحديد آثارها ووضع حلولها اللازمة فقد أجاز المشرع اللجوء الى قواعد التطبيق العملي التي اصطلح على تسميتها بـ " العرف " إلا أن الرجوع الى هذه القواعد لا يمكن أن يقع إلا بإرادة المشرع وفي الأحوال التي يقررها دون غموض وبخلاف ذلك فلا مجال لاعتباره مصدراً للقانون . من جانب آخر . فإنه يجوز الرجوع الى قواعد التطبيق العملي عند عدم وجود نص مخالف . والظاهر من نصوص قانون التجارة العراقي أنه لا مجال لاعتبار العرف مصدراً للقانون . فلم تشر المادة الرابعة التي حددت صراحة مصادر القانون لقواعد التطبيق العملي وإمكانية الرجوع إليها عند انتفاء النص القانوني في المجموعة التجارية بل أحالت في مثل هذه الفرضية الى القانون المدني ومع ذلك فإن هذا التصور لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه . إذ أن القانون المدني وهو موطن القواعد العامة يضم أحكاماً تسمح رغم سكوت أحكام قانون التجارة بالرجوع الى التطبيقات العملية . فبمقتضى نص المادة 163 من القانون المدني أن : " 1. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . 2. والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم . 3. والممتنع عادة كالممتنع حقيقة " .وتقرر الفقرة الثانية من المادة 164 على أنه : " 2. استعمال الناس حجة يجب العمل بها " . وتقضي المادة 174 من القانون نفسه بأنه : "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " عليه نرى واستناداً الى أحكام القانون المدني القائم الأخذ بقواعد التطبيق العملي عند غياب النص في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية هذا ولا بد من الإشارة الى أن قواعد التطبيق العملي لا يركن إليها إلا عند غياب النص التشريعي وعدم وجود قاعدة تشريعية مخالفة .

*. تدرج مصادر القانون التجاري العراقي :

تنص المادة الرابعة من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 وبفقرتين ، على انه : "أولاً : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص . ثانياً : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر " . والملاحظ أن حكم هذا النص يختلف بشكل كبير عن حكم نص المادة الثانية من قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970 . إذ أن ترتيب المصادر الرسمية للقانون الحالي قد تم طبقاً للمبادئ الأساسية التي جاء بها قانون إصلاح النظام القانوني التي جسد المشرع مضمونها من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي تقضي بأنه : " يقوم هذا القانون على ..... ثالثاً : الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية " . وهذا يعني صراحة بأن التشريع هو المصدر الرئيسي للقانون وأن على القضاء الرجوع عند نشوب نزاع ما الى أحكام القانون التجاري اولاً ومن ثم الى أحكام

القانون المدني .

*. بيد ان السؤال الذي قد يطرح هو : ما الحكم إذا لم نجد نصاً يمكن تطبيقه في المجموعتين التجارية والمدنية ؟ هل بإمكان القضاء الرجوع مثلاً الى قواعد التطبيق العملي أو الأحكام الاتفاق الخاص المبرم بين أطراف العلاقة القانونية ؟ قد يتصور البعض بأن الجوانب يجب أن يكون بالنفي طالما أن المشرع لم يتعرض لهذه المصادر أو لإمكانية الرجوع إليها . لكن مثل هذه الرؤيا قد تؤدي في الواقع الى نتائج خطيرة تتمثل بتعليق حسم المنازعات وعدم إيجاد الحلول اللازمة لها ، وهو أمر لا يجيزه المشرع ولا تقره قواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون . وقد أشرنا في الفقرة السابقة لإمكانية الرجوع لأحكام التطبيق العملي استناداً الى القواعد القانونية العامة . ويؤخذ بنفس الحكم واستناداً على مبادئ القانون العامة أيضاً . بخصوص الاتفاق الخاص . عليه فمن الجائز والحالة هذه إذن اللجوء الى قواعد التطبيق العملي وأحكام الاتفاقات الخاصة فيما إذا انعدم النص التشريعي في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية فلا تعارض كما نرى وحسبما يبدو ، بين ما ورد في نص المادة الرابعة من قانون التجارة وبين جواز الرجوع لقواعد التطبيق العملي والاتفاق الخاص بشرط أن لا تخالف هذه القواعد نصا تشريعياً أو تتنافى مع أهداف القانون . من هنا فإنه يمكن ترتيب مصادر قانون التجارة كما يلي:-

أولاً : التشريع التجاري سواء كانت قواعده آمرة أو مفسرة .

ثانياً : القواعد الآمرة في المجموعة المدنية.

ثالثاً : قواعد القانون المدني المفسرة والمنظمة.

رابعاً : قواعد التطبيق العملي .

خامساً : قواعد الاتفاقات الخاصة .

الباب الأول

الإعمال التجارية والتاجر

وضعت نظريتين متميزتين يرتبط بهما تحديد موضوع أطار قانون التجارة وهاتين النظريتين:

أولا: النظـــرية الذاتيـــــــة:

ويطلق على هذه النظرية أيضاً بالمفهوم أو النظام الشخصي، وبمقتضى هذه النظرية أن قانون التجارة هو قانون الأشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري أي (التجار)فهو والحالة هذه قانوناً حرفياً موضوعه التاجر وحرفته لا غير لذا مهمة القانوني تنصب بالدرجة الأساس على تحديد من هو التاجر وما هو مفهوم الحرفة التجارية وعلى ضوء ذلك يتم تحديد نطاق تطبيق القانون.

- ان هذه النظرية تجعل من نطاق تطبيق قانون التجارة ضيقاً طالما ان قواعده لا يمكن تطبيقها إلا على طائفة التجار وبصدد المعاملات المتعلقة بنشاطهم التجاري.

ثانياً:- النظرية الموضوعية:

ويطلق على هذه النظرية أيضا بالنظرية المادية او العينية وتستند في تحديدها لنطاق تطبيق قانون التجارة على طبيعة العمل دون اعتبار لمن يباشر ذلك العمل . فقانون التجارة حسب هذه النظرية هو قانون العمل التجاري عليه فأن أحكام هذا القانون تطبق على جميع الأعمال التي تعتبر تجارية سواء كانت موصوفة بذاتها او كانت شائعة في البيئة التجارية ولو لم يحترفها بها حتى لو وقعت لمرة واحدة وبصورة عرضية .

- **والظاهر من أحكام قانون التجارة ان المشرع العراقي قد اعتمد النظرية الموضوعية المادية** صراحة اذ تقرر م١ف١ أن قانون التجارة يقوم على ((أولا : **تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص وفقاً لمقتضيات خطة التنمية**)) وعليه فأن قانون التجارة هو قانون الأعمال التجارية أي قانونا موضوعياً مادياً أساسه العمل التجاري، فأن المشرع وضع مفهوماً معيناً للتاجر فبمقتضى نص م٧ف١ (**يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون**). ثم حدد بعد ذلك واجبات التاجر المهنية ونظمها قانوناً.

المحاضرة الثانية

الفصل الأول

الأعمـــــال التجـــــارية

الفرع الأول

المقصود بالعمل التجاري

تخلو القوانين التجارية عموماً من تعريف اصطلاحي للعمل التجاري وقد اكتفت القوانين المذكورة بإيراد تعداد ترتيبي معين للإعمال التجارية ولهذا حاول الفقه استناداً على التعداد التشريعي للأعمال التجارية ان يضع قاعدة او مفهوماً يتميز بموجبه ما يعتبر تجارياً ومالا يعتبر كذلك من الإعمال التجارية الا ان اجتهاد الفقه لم يستخلص فكرة عامة شاملة للعمل التجاري .

بل طرح نظريات مختلفة يستند بعضها على العوامل الاقتصادية ويستند البعض الآخر على العوامل القانونية

نظريـــــة المضـــــاربة

أتجه الفقه إلى فكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري.

والمضاربة : تعني السعي وراء تحقيق الربح أو بعبارة أخرى هي وضع رأسمال معين في عمل معين بقصد الحصول على ربح من ورائه وينصرف هذا المفهوم لكل فعل من شأنه تحقيق فائدة مادية(ربح نقدي) إضافة للعوامل التي تتضمن عنصر الصدفة والمخاطرة ، ان هذه النظرية التي تعتمد معياراً اقتصادياً تتفق مع طبيعة اغلب الأعمال التجارية كالشراء لأجل البيع وغيرة. إلا أنها وبإجماع الفقه لا تكفي لوحدها كمعيار للعمل التجاري.

- فهي توسع من دائرة الإعمال التجارية بحيث تشمل إعمالا مدنية بطبيعتها أذ ان قصد تحقيق الربح ليس ظاهرة تقتصر فقط على العمل التجاري بل تمتد لجميع أوجه النشاط الإنساني وهي عامل مشترك بين المهن دون تمييز،
- تعجز عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي لا صلة لها بعنصر المضاربة كالإعمال المتعلقة بالسفاتج والسندات للأمر (الكمبيالات والشيكات).
- ان هذه النظرية لم تعد مقبولة في الاتجاه المعاصر لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والتجاري، هذا التدخل الذي لا يهدف إلى تحقيق الربح بالمعنى التقليدي.
- ومع ذلك فأن لهذه النظرية جانباً ايجابياً يتمثل باستبعاد كافة الأعمال التي لا تهدف إلى الربح من النطاق التجاري.

نظريـــــة التـــداول:

ويقصد بالتداول حركة السلع والنقود والأوراق التجارية . ومحصلة هذه النظرية ان العمل القانوني تثبت له الصفة التجارية في جميع الأحوال التي يكون فيها الغرض منه تحريك السلع والأشياء وتداولها. – وعلى الرغم من ان هذه النظرية تفسر الكثير من الإعمال التجارية الا أنها لا تصلح كذلك لوحدها ان تكون معياراً مطلقاً للأعمال التجارية

- في من جهة لا تضفي صفة التجارية على عمل المنتج علماً بأن المنتج الأول هو اول من يضع السلع والبضائع في الحركة
- ومن جهة أخرى بعض الأعمال القانونية التي تدفع السلع الى التداول ومع ذلك فأنها لا تعتبر تجارية بل أعمالا مدنية.

نظريـــــة المشـــروع:

ويرى اجتهاد فقهي آخر – ان الذي يميز الأعمال التجارية هو الكيفية التي يتم بها العمل فإذا كان العمل يقوم على صورة مشروع فهو تجاري ويقوم المشروع التجاري على عنصرين هما الاحتراف ووجود تنظيم مسبق أي الاستعانة بمجموعة من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل . وتطبيقًا لهذه النظرية يعد تجارياً كل عمل يقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري وبغض النظر عن التعداد القانوني للأعمال التجارية أما العمل القانوني المنفرد فأنه يعتبر من الأعمال المدنية طالما لا يتم بصيغة مشروع .

نظريـــــة الحرفـــــة:

ومحصلة هذه النظرية أن الأعمال التي تزاول ضمن الحرفة التجارية تعتبر أعمالا تجارية

ومفهوم الحرفة بالعمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة ومنظمة ثابتة ومنظمة مستمرة ، وعلى هذا تستلزم الحرفة بعض المظاهر الخارجية كوجود محل تجاري واستخدام قوة عمل واتصال بالعملاء وسمعة تجارية . – ويعاب على هذه النظرية انها لم تضع معياراً للحرفة التجارية فلا يكفي في الواقع الإشارة الى المظاهر الخارجية التي تتطلبها الحرفة.أذ ان هذه المظاهر لا تحرج عن كونها امراً لازماً لجميع الحرف عموماً المدنية منها والتجارية.

نظريـــــة الســـبب:

تأخذ هذه النظرية بالسبب بمفهوم الباعث الدافع للتعاقد والذي يطلق عليه بالنظرية الحديثة للسبب. وينظر الى هذا الباعث الدافع من خلال الغرض البعيد او غير المباشر الذي يؤدي الى التعاقد لذا فأن تحديد الصفة التجارية للعمل القانوني يستلزم استقصاء الباعث (الحافز) الموجه للعمل. فإذا كان الحافز تجارياً فالعمل تجارياً والعكس صحيح **والواقع ان المشرع العراقي** يقيم وزناً للغرض او القصد لإضفاء الصفة التجارية للعمل القانوني كما هو الأمر في الشراء لأجل البيع.—**ويعاب على هذه النظرية**

- فمن العسير تحديد القصد او الباعث على العمل فالقصد عبارة عن عنصر معنوي كامن في النفس ومن الصعوبة استخلاصه والوقوف عليه عند أجراء التصرف.
- تعجز النظرية عن تفسير بعض الأعمال التي أضفي عليها المشرع صفة التجارية دون ما اعتبار لنية وقصد القائم بها.كالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية.

الفرع الثاني

النظام القانوني للعمل التجاري

يعتبر قانون التجارة العراقي قانونا موضوعياً بالدرجة الأولى فهو قانون الأعمال التجارية، مع الأخذ بنظر الاعتبار الحرفة التجارية . وعلى هذا فأن العمل التجاري يخضع لأحكام لا يخضع لعا العمل المدني ومجمل هذه الأحكام هي ما يطلق عليه بالنظام القانوني للعمل التجاري ، وينظر الى تطبيق هذا النظام دون مراعاة للشخص القائم بالعمل أي سواء كان محترفاً للنشاط التجاري (تاجر) – ام غير محترف لهذا النشاط – وتتمثل أوجه هذا النظام بما يلي :

أولاً:- من حيث الاختصاص القانوني

يخضع العمل التجاري لقواعد وأحكام المجموعة القانونية التجارية – بينما يخضع العمل المدني للمجموعة المدنية—ومع ذلك فقد تطبق قواعد القانون المدني عند خلو المجموعة التجارية من حكم خاص بالعمل التجاري وذلك انطلاقاً من كون القانون المدني مصدراً من مصادر القانون التجاري.

ثانياً:- من حيث اكتساب الصفة التجارية:-

ان مزاولة الأعمال التجارية احترافاً يكسب الشخص طبيعياً كان ام معنوياً الصفة التجارية ، أي يعتبر تاجراً وتقرر م ٧ من ق ت ((أولا – **يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون**)) ويترتب على اكتساب هذه الصفة نتائج قانونية هامة من حيث المركز القانوني للشخص كما تترتب عليه واجبات لا تطلب من غير التاجر.

ثالثاً:- من حيث الإفـــــلاس :

الإفلاس: نظام لا يسري إلا على من يحترف النشاط التجاري أي تاجر.

ولإفلاس وسيلة خاصة للتنفيذ في الديون التجارية اذ يمكن من خلاله تصفية أموال التاجر المتوقف عن أداء ديونه التجارية تصفية جماعية لغرض توزيع المبالغ عن هذه التصفية على الدائنين بصورة متساوية كي لا يتزاحم بعضهم مع بعض في التنفيذ على أموال المدين واستيفاء حقوقهم كاملة على حساب الآخرين

ويترتب على حكم الإفلاس جملة نتائج أهمها:

١- منع المفلس من أدارة أمواله والتصرف بها.

٢- سقوط جميع آجال الديون النقدية التي عليه.

٣- حرمانه من الحقوق المدنية وغير ذلك.

ومع ذلك فأن المشرع العراقي يسير نحو استبعاد نظام الإفلاس التجاري وتوحيد الأحكام الخاصة بالمدين المعسر سواء أكان تاجراً أم غير تاجر. وصوغها في قواعد تهدف الى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في أطار المصلحة العامة. وكان ذلك استجابة لقانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة١٩٧٧. والذي تضمن مجموعة من المبادئ والإصلاح في التشريعات اللازمة لمرحلة التحول الاشتراكي في العراق.

والحقيقة تشير ان كل هذه المبادئ أثرت وبشكل سلبي على القوانين العراقية عموما، والقانون التجاري خصوصا.

رابعاً:من حيث الفـــــوائد

الفوائد أما قانونية او اتفاقية او مركبة. وتفرق القواعد العامة بين سعر الفائدة القانوني في المواد التجارية عنه في المسائل المدنية اذ تنص م ١٧٢ من ق مدني((**أذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود . وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة بالمئة في المسائل المدنية وخمسة بالمئة في المسائل التجارية**))

وعليه فأن **سعر الفائدة القانوني** في المواد التجارية٥% بينما في المواد المدنية ٤%

ويمكن تعليل الفرق في سعر الفائدة القانوني

- ان المبالغ التي تستمر في النشاط التجاري تكون ذات مردود ايجابي اوفر فيما لو استغلت في مجال آخر.
- كما وان الدين التجاري يكون أكثر عرضة للخطر من الدين المدني – **وبهذا اعتبر المشرع فرق سعر الفائدة القانوني في المواد التجارية عنه في المسائل المدنية بمثابة تعويض للدائن.**

وقد أباح المشرع للمتعاقدين الاتفاق على سعر آخر للفوائد التي تسري بينهما الا انه لم يترك لأرادتهما سلطة مطلقة في تقرير سعر الفائدة خشية التعسف ولاستغلال فبمقتضى م ١٧٢ من ق مدني

((**يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على إلا يزيد هذا السعر على سبعة بالمائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة بالمائة وتعين ما دفع زائدا على هذا القدر.**))

ومع ذلك قد استثنى المشرع البنك المركزي في القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٧٠

أما الفوائد الاتفاقية: فالأصل عدم جوازها والاستثناء إباحتها في المواد التجارية إذا كانت ثابتة بحكم القواعد والعادات التجارية اذ تقرر ١٧٤ من ق مدني((**لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في أية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون أخلال بالقواعد العامة والعادات التجارية))**

خامساً:- من حيث صفة الاستعجـــال:

ان بعض الدعاوي المتعلقة بالالتزامات التجارية ينظرها القضاء بصورة مستعجلة فلا تخضع للعطل ومن ذلك دعاوى الإفلاس.

سادساً: من حيث النفـــاذ المعـــجل:

الأصل لا يجوز تنفيذ الأحكام القضائية الا بعد اكتسابها الدرجة القطعية وتحوز قوة الشئ المحكوم به، أي انها لا تقبل التنفيذ إلا بعد مرور مدد الطعن المقرر قانوناً. وتستثني بعض القوانين من هذه القاعدة القرارات الصادرة في المسائل التجارية حيث تجيز نفاذها المعجل حتى لو كانت قابلة للطعن كالقانون الفرنسي وبشرط تقديم كفالة .

- **ولم يتعرض المشرع العراقي صراحة لهذه القرارات** . فلم يتعرض قانون المرافعات المدنية للنفاذ المعجل الا لأحكام النفقات والقرارات المستعجلة الأوامر الصادرة على العرائض دون الإشارة للأحكام التي تصدر في المواد التجارية . إلا أن الأحكام

الصادرة في دعاوي الإفلاس تكون واجبة التنفيذ المعجل ودون تقديم كفالة ممن صدر الحكم لصالحه.

سابعاً:- من حيث التنفيذ المباشر:

تقرر ف١من م١٤ من ق التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ - ان الأوراق التجارية القابلة للتنفيذ في دوائر التنفيذ كالإحكام القضائية بشرط ان لا يكون المدين مظهراً . وإذا كان المطلوب التنفيذ بحقه كفيلاً فيجب تبليغ المدين للوقوف على مالديه من اعتراضات.

ثامناً:- من حيث الاختصاص القضائي :

يختص القضاء التجاري بنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التجارية اما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية فأنها من اختصاص القضاء المدني .

-- **بيد ان المشرع العراقي** لم يأخذ بمبدأ تخصص المحاكم اذ يقوم القضاء المدني عندنا بنظر المنازعات دون تمييز بين المسائل التجارية والمدنية ، فهو جهة تطبيق القانون التجاري والقانون المدني في آن واحد. الا ان الواقع الحالي يشير إلى ان هناك اتجاهات عدة وتوجهات إلى الاخذ بقاعدة تخصص المحاكم فيما يتعلق بالمسائل التجارية ولكن على نطاق ضيق.

وفيما عدا ذلك فقد تم وانطلاقاً من مبادئ قانون إصلاح النظام القانوني توحيد كثير من الأحكام التي تميز المسائل التجارية عن المدنية كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لقواعد الأهلية . او قواعد الإثبات فقد وحد قانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية والغي لهذا السبب باب أثبات الالتزام في القانون المدني وقواعد الإثبات في القانون التجاري وقانون المرافعات المدنية.

وتتفق المسائل التجارية والمدنية أيضا من حيث مدد التقادم مع مراعاة بعض صور التعامل التجاري كمدد التقادم الخاصة بدعاوى الأوراق. وتخضع المسائل التجارية كالمدنية لمبادئ واحدة بصدد المهل القضائية فيجوز كقاعدة عامة منح المدين بدين تجاري او مدني مهلة للوفاء بالتزامه اذا استدعت حالته ذلك .

ومع هذا فلابد من ملاحظة ان المشرع يمنع في المعاملات المتعلقة بالأوراق التجارية منح المدين مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية او القيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون.

الاعمال التجارية في القانون العراقي

تنص المادة 5 على
تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس :
اولا : شراء او استئجار الاموال منقولة كانت ام عقارا لاجل بيعها او ايجارها.
ثانيا : توريد البضائع والخدمات.
ثالثا : استيراد البضائع او تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير.
رابعا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية.
خامسا : النشر والطباعة والتصوير والاعلان.
سادسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة.
سابعا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى.
ثامنا : البيع في محلات المزاد العلني.
تاسعا : نقل الاشياء او الاشخاص.
عاشرا : شحن البضائع او تفريغها او اخراجها.
حادي عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية.
ثاني عشر : استيداع البضاع في المستودعات العامة.
ثالث عشر : عمليات المصارف.
رابع عشر : التامين.
خامس عشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها.
سادس عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الاخرى.
وتنص المادة المادة 6 على
يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته.

يقسم الفقه عموماً الأعمال التجارية الى طوائف ثلاثة هي : الأعمال التجارية المطلقة أو بالطبيعة أو الأصلية وهي الأعمال التي اعتبرها المشرع تجارية لذاتها وأعمال تجارية حسب شكلها وهي أعمال اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها . وأعمال تجارية بالتبعية أو نسبية وهي أعمال مدنية في الأصل بيد أنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر لحاجاته التجارية . وهناك من يضيف الى هذه الطوائف طائفة رابعة هي الأعمال التي تعد تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة لطرف آخر من أطراف العلاقة القانونية . هذا ويجمع الفقه المقارن على أن التعداد الذي أورده المشرع للأعمال التجارية في قوانين التجارة المختلفة لم يأت على سبيل الحصر بل على سبيل الدلالة والمثل . ولهذا لم يتوان الفقه أو القضاء عن إضافة أعمال تجارية أخرى الى ما ورد من تعداد لهذه الأعمال. ومن ملاحظة الأعمال التجارية التي سددها المشرع العراقي في قانون التجارة يتبين أن هذه الأعمال جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل الدلالة . وتوضح الأسباب الموجبة للقانون ذلك صراحة بالقول أن المشرع أقام : " نظرية الأعمال التجارية على أساس من تعداد وارد على سبيل الحصر مراعياً في ذلك أن تشتمل على جميع الأعمال التجارية التي تقع في حدود التصور المعقول أخذا بالاعتبار حقائق الأوضاع التجارية والاقتصادية في البلدج . ويمكن أن يضاف الى هذا التبرير في تقديرنا تبرير آخر هو أن المشرع العراقي يرى في قانون التجارة استثناء من القانون المدني والاستثناء لا يجوز ، كما هو مقرر التوسع فيه وفي أحكامه . ومع ذلك فإن الظاهر من متن النصوص القانونية هو أن المشرع نفسه لم يستطع حصر هذه الأعمال تماما فلو أمعنا النظر مثلا في نص الفقرة السابعة من المادة الخامسة من القانون التي تقرر ما يلي : " خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى " لظهر لنا جليا أن مصطلح " دور العرض المختلفة الأخرى " يعني أن من المستطاع إضافة أعمال تجارية أخرى مشابهة بالغاية والهدف للإعمال المذكورة في الفقرة المبينة آنفاً ويؤخذ بنفس الملاحظة بصدد ما ورد في الفقرتين الثانية عشرة والسادسة عشرة من المائدة الخامسة من القانون . الصياغة التي أفرغت بها هذه النصوص تسمح وعن طريق القياس إضافة أعمال تجارية لم يحددها المشرع بالذات . من ناحية أخرى ، فإن القانون " لم يشأ أن يأخذ بنظرية العمل التجاري

التبعي . ولم يتعرض أيضاً للعمل التجاري المختلط . هذا إضافة الى أن التعداد القانوني يفتقد الترابط . إذ تتضمن المواد 5و 6أعمالاً يستند بعضها على نظرية المضاربة " قصد الربح.

الفرع الثالث

أنواع الأعمال التجارية

الأعمال التجارية الأصلية: وهي الأعمال التي اعتبرها المشرع تجارية لذاتها.

أعمال تجارية حسب شكلها: وهي إعمال اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها.

أعمال تجارية بالتبعية او نسبية: وهي أعمال مدنية بالأصل بيد أنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر لحاجاته التجارية.

الأعمال التجارية المختلطة: وهي الإعمال التي تعد تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة لطرف آخر من أطراف العلاقة القانونية.

هذا ويجمع الفقه المقارن على ان التعداد الذي أورده المشرع للأعمال التجارية في قوانين التجارة المختلفة لم يأت على سبيل الحصر بل على سبيل الدلالة والمثل . ولهذا لم يتوان الفقه او القضاء عن إضافة أعمال تجارية أخرى الى ما ورد من تعداد لهذه الأعمال.

والظاهر من متن النصوص القانونية ان المشرع نفسه لم يستطيع حصر هذه الأعمال تماماً .

وتقسم الأعمال التجارية إلى قسمين

١- أعمال تجارية منفردة.

٢- أعمال تجارية بصيغة المشروع.

المبحث الأول

الأعمال التجارية المنفردة

الأعمال التجارية المنفردة: وهي تلك الأعمال التي تعتبر تجارية ولو وقعت لمرة واحدة او عرضاً سواءاً وقعت من قبل أشخاص يتمتعون بالصفة التجارية ام لم يكتسبوا هذه الصفة.

وانطلاقاً من نص المادتين ٥و٦ من ق ت فأنه يمكن تحديد هذه الأعمال بما يلي:

١- شراء المنقول أو العقار لأجل البيع او التأجير بقصد الربح.

٢- الاستئجار لأجل التأجير ثانية بربح.

٣- التعامل في أسهم الشركات وسنداتها.

٤- أنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها.

أولا: شراء المنقول أو العقار لأجل البيع او التأجير بقصد الربح.

يعتبر شراء المنقول لأجل البيع او التأجير من أكثر الأعمال التجارية وقوعاً في الحياة العملية ومن أهم أوجه النشاط التجاري الذي يهدف الى تحقيق ربح عن طريق المضاربة ويلحـــق بشراء المنقول لأجل بيعه، شراء العقار بقصد البيع فقانون التجارة لم يحصر في الواقع الشراء ذا الصفة التجارية بالمنقول فقط بل أضاف إليه شراء العقار الذي يتم لأغراض تجاريـــــة

ويستشف من مضمون نص ف١م٥ ان القانون **يشترط لاعتبار شراء المنقول لأجل البيع او التأجير عملا تجارياً شروطاً ثلاثة هي :**

١- ان يكون هناك شراء للمنقول او العقار لأجل البيع او الإيجار .

٢- ان ينصب الشراء على منقول او عقار .

٣- ان تكون الغاية المتوخاة من الشراء لأجل البيع او التأجير هي تحقيق ربح .

الشرط الأول: ان يكون هناك شراء للمنقول او العقار لأجل البيع او الإيجار.

يتكون هذا الشرط من عمليتين مترابطتين هما

أولاً : عمليـــة الشـــراء :

تعتبر عملية الشراء ركناً جوهرياً لاعتبار العمل تجارياً ونعني بعملية الشراء هنا ان يكون الحصول على المنقول او العقار بمقابل او بعوض او بعبارة أخرى اقتناء الشئ بمقابل متفق عليه بين البائع والمشتري. المقابل سواء كان نقوداً ام عيناً .

وتأسيساً على ذلك اذا باع شخص مالاً لم يحصل عليه بالشراء بل تلقاه دون مقابل فلا يعد عمله تجارياً لانتفاء عنصر المضاربة.

وتنتفي عملية شراء المال بصورة عامة في حالات الإرث والهبة والوصية او إذا كان البيع ينصب على الإنتاج الأول. فالإرث والوصية عبارة عن تصرفات قانونية يكتسب الشخص بموجبها ملكية شئ بدون عوض .

أما الإنتاج الأول فيتمثل بعمليات الزراعة وأعمال المهن الحرة والإنتاج الذهني .

فعمليات الزراعة اعتبرت ومنذ القدم إعمالا مدنية بطبيعتها وأخضعت ابتداءاً للقانون المدني لان الاستغلال الزراعي اسبق تاريخاً من الاستغلال التجاري ومن اجله انشأ القانون المدني، وعمليات الزراعة تنصب على استغلال الطبيعة استغلاً مباشرا فمصدر الإنتاج من هذه الأعمال هو اذن الطبيعة وليس نتيجة شراء سابق.

فأن الحكم يختلف اذا اقترن الاستغلال الزراعي بعمليات تحويل الإنتاج الزراعي صناعياً اذ ان هذا التحول يدخل في مفهوم الصناعة والصناعة عمل تجاري بحكم القانون .عليه لو حول المزارع قمح أرضه صناعياً الى دقيق او قصب السكر الى سكر .فأن عمله يعتبر تجارياً ويؤخذ نفس الحكم اذا قام المزارع بتربية الدواجن او الماشية على أرضه بقصد بيعها او بيع أنتاجها.

اما الإنتاج الذهني فأنه يخرج بدوره من دائرة العمل التجاري ، ويقصد بهذه الإعمال تلك التي تنتج من أعمال الفكر والذهن وهذا الإنتاج غير مسبوق بعملية شراء ، فمن يؤلف كتاباً ثم يقوم بطبعه بنفسه او عن طريق ناشر لا يعتبر عملاً تجارياً .

ولو نظرنا الى أعمال المهن ذوي المهن الحرة فأنه يمكن ملاحظة ان هذه الأعمال تقوم على استثمار واستغلال ما اكتسب من علم وفن وخبره ويدخل ضمن مفهوم المهن الحرة المحاماة والطب والهندسة والمحاسبة فكل من المحامي والطبيب والمهندس يقوم بتقديم خدمات أساسها الخبرة للجمهور دون ان تتدخل عملية شراء سابق لهذه الخبرات.من هنا تعتبر هذه الإعمال مدنية.

ثانياً: عملية البيع او الإيجار :

ان عملية الشراء وحدها لا تكفي لإضفاء الصفة التجارية على شراء المنقول او العقار بل يجب ان تتبع هذه العملية عملية أخرى هي بيع المنقول او العقار او تأجيرها فأذا تم الشراء لا لغرض البيع وإنما للاستعمال والاستهلاك فأن العمل لا يعد تجارياً بل مدنياً فيجب ان تتوفر نية البيع او الإجارة عند الشراء. اذ لا يتطلب القانون ان يتم البيع مباشرةً بعد الشراء ولا يشترط ان يكون البيع لاحقاً على الشراء فقد يكون سابقاً عليه وكذلك فمن يشتري منقولا او عقاراً لأجل إيجاره يعتبر عمله تجارياً وعلى هذا فأنه يشترط قيام عمل مزدوج شراء +تأجير لكي يعتبر عمله تجارياً.

الشرط الثاني:ان يرد الشراء او الإجارة على مال منقول او عقار :.

لكي يعتبر العمل تجاريا يجب ان يرد الشراء على مال منقول او عقار والمال المنقول قد يكون مادياً او معنوياً **ويتمثل المال المادي** عموماً بالبضائع والسلع على اختلاف أنواعها سواء كانت على شكل مواد أولية او مواد نصف مصنعة او مواد تامة الصنع

أما الأموال المنقولة المعنوية فقد يكون بعضها ((حسياً)) فتتمثل بالأسهم والسندات وحقوق الملكية الصناعية والفنية كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمحل التجاري.

وينصرف مفهوم العقار الى كل ما هو مستقر ثابت ، كالأرض والبناء والغراس فكل شراء لهذه الأموال منقولة وغير منقولة لأجل بيعها او إيجارها يعتبر بحكم القانون من الأعمال التجارية.

الشرط الثالث:توافـر نيـــة الربـــح:

ينصرف هذا الشرط كما نرى للباعث التجاري والباعث التجاري كمعنى قانوني يتجسد بنية المضاربة المقرونة بتحقيق ربح ولا يمكن في الواقع تصور تجارية شراء المنقول أو العقار لأجل البيع او الإجارة دون توفر الباعث فهو عنصره الجوهري وبانتفائه تنعدم الصفة التجارية للعمل المذكور

وتأسيسا على ذلك يعتبر مدنياً شراء الجمعيات التعاونية للبضائع والسلع وبيعها بسعر الكلفة على أعضائها. لذا يجب ان يكون الباعث على العمل تجارياً ولا يشترط ان يتحقق الربح فعلا كي يعتبر العمل تجارياً فقد تهبط الأسعار بعد الشراء لظروف اقتصادية معينة فتتحقق خسارة ،فلا يفقد العمل تجاريته لهذا السبب طالما وجد الباعث التجاري ابتداءاً عند الشراء ،وقد يقع ان يتم الشراء بنية تحقيق خسارة دون ان يفقد العمل صفته التجارية .ولعل قيام المؤسسات التجارية بين آونة وأخرى بيع بعض السلع للجمهور بثمن اقل من ثمن الشراء او تقديم بعض الهدايا العينية بدون مقابل مثلا ، اذ تبقى هذه الأعمال تجارية رغم تحقق الخسارة وذلك لتوفر الباعث التجاري.

ومهما يكن من أمر فأن **المشرع العراقي** يشترط صراحة من خلال نص م٥ من (ق ت ع) (أن تكون الغاية المتوخاة من الشراء هي تحقيق الربح).

ثانياً: الاستئجار لأجل التأجير ثانية بربح:

يخضع لأحكام الشراء لأجل البيع او الايجارة التي تقدم بيانها الا ان يجب ان يلاحظ ان الشئ المستأجر لا يخرج عن كونه حقاً عينياً وإجارة لهذا الحق من الباطن فالمستأجر يقوم في الواقع بعملية شراء لمنفعة عند استئجار المال المنقول او العقار.

ثالثاً: الأعمال المتعلقة بالتعامل في أسهم الشركات وسنداتها.

لا خلاف أولا في ان جميع الإعمال التي تتعاطاها الشركات التجارية تعد إعمالا تجارياً . اذ ان هذه الشركات تهدف إلى الاستغلال التجاري من خلال المضاربة وتداول الأموال إضافة لكونها أشخاص معنوية تعد بحكم القانون تاجراً لاحترافها القيام بالأعمال التجارية.

رابعاً :الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية:

الأوراق التجارية: أوراق ذات أشكال خاصة معينة قانوناً تتضمن حقاً لحاملها او المستفيد منها بمبلغ من النقود من قبل الملتزم بموجبها في اجل قصير او عند الاطلاع . وقد نص عليها المشرع العراقي في (م٦) من (ق/ت) ليعزلها عن طائفة الاعمال التي يجب ان يتوافر فيها قصد الربح.

وتمتاز - بكونها قابلة للتداول بالتظهير او بالمناولة اليدوية.

وهي ثلاثـــــــــة أنـــــــواع:

١- **الحوالة التجارية او السفتجة** : عبارة عن سند محرر وفق شروط نص عليها القانـــــون بموجبه يأمر شخص يسمى بالساحب شخصاً آخر يسمى بالمسحوب عليه بأن يـــــؤدي لشخص آخر يسمى بالمستفيد مبلغاً من المال في ميعاد معين او عند الاطلاع .

واشخاص الحوالة التجارية هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد.

٢- **السند لأمر أو((الكمبيالة))**:فهو تعهد مكتوب وفق شروط حددها القانون يتعهد فيه شخص يسمى ((بالمحرر)) بدفع مبلغ معين لشخص آخر يسمى بالمستفيد او لأمره لدى الاطلاع او عند حلول اجل معين ،، فالسند لأمر يختلف عن السفتجة في أنه لا يتضمن في الأصل أكثر من شخصين هما المحرر والمستفيد.

٣- **الشيك**: هو عبارة عن محرر منظم وفق شروط نص عليها القانون بموجبه يأمر الساحب شخصاً ((المسحوب عليه)) بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود لشخص آخر او لحامله (المستفيد).

وتعد كل من **السفتجة والكمبيالة** ، أداة من أدوات **الوفاء والائتمان**، لانها قد تحمل في طياتها آجل معينة حسب الاحوال، اما **الشيك** فيعد من احدى **ادوات الوفاء**، لانه مستحق الاداء لدى الاطلاع دائما.

ويشبه الشيك السفتجة من حيث أشخاصه فأطرافه ثلاثة فهم :الساحب والمسحوب عليه الذي يكون عادةً مؤسسة مصرفية والمستفيد.

وتلعب الأوراق التجارية على اختلاف أنواعها دوراً هاماً فهي تقوم :

- تقوم مقام النقود.
- تعتبر من أهم وسائل الائتمان عدا الشيك.
- لأنها غالباً ما تكون مضافة إلى اجل .
- أوراق قابلة للتداول عن طريق التظهير والمناولة اليدوية.

المبحث الثاني/الأعمال التجارية التي تتم بصيغة المشروع التجاري ((الأعمال المحترفة))

تستلزم هذه الأعمال وقوع العمل بناء على تنظيم مهيأ مسبقاً ، بعبارة أخرى هي تلك الأعمال التي يباشرها الشخص بصورة متكررة بحيث تصبح حرفة معتادة ويحدد المشرع بعض هذه الأعمال من خلال نص المادة الخامسة من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 وكما يلي :

1. توريد البضائع والخدمات .

2. استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير .

3. الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية .

4. النشر والطباعة والتصوير والإعلان .

5. مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة .

6. خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى .

7. البيع في محلات المزاد العلني .

8. نقل الأشياء أو الاشخاص .

9. شحن البضائع او تفريغها أو إخراجها .

10. استيداع البضائع في المستودعات العامة .

11. التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية .

12. عمليات المصارف .

13. التأمين .

14. الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى .

ونعرض بالتتابع لكل عمل من هذه الأعمال .

أولاً : توريد البضائع والخدمات: التوريد عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص آخر ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتابعة خلال لفترة زمنية معينة لقاء ثمن أو أجرة متفق عليها حسبما إذا كان تسليم الأموال على سبيل البيع أو الإجارة – الاستعمال – ومثال ذلك التعهد بتوريد مقدار معين من الأغذية على المستشفيات أو الملاجئ أو توريد الملابس والوقود للسفن والطائرات ووسائل النقل الأخرى . فالتوريد يفترض من جانب المتعهد المورد القيام بسلسلة من عمليات تسليم أموال وبضائع ليست لديه ساعة العقد وإنما يلتزم بالحصول عليها وتوريدها فيما بعد . ولا يهم في عملية التعهد بالتوريد صفة المتعهد الذي يمكن أن يكون من أشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات أو من أشخاص القانون العام أي الدولة ومؤسساتها . ويذهب بعض الفقه الى أن التوريد لا يمكن اعتباره تجارياً إلا اذا كان المتعهد قد قام بعملية شراء الأموال التي تعهد بتوريدها . أي أن الشراء شرط أساسي لتجارية التوريد بانتفائه يعدُّ عملاً مدنياً . ويستند هذا الرأي على تبرير مفاده أن التوريد ليس في حقيقته إلا شراء بقصد البيع . وكل ما هنالك أن البيع او الوعد بالبيع يحصل بالتوريد قبل الشراء بينما يرى بعض أخر من الاجتهاد الفقهي . بأن التوريد يعد تجارياً سواء كان هناك شراء للأموال الموردة أم لم يكن هناك شراء

لهذه الأموال لأن اشتراط الشراء يحول عملية التوريد الى عملية شراء منقول لأجل البيع ويجعل من النص القانوني زيادة لا ضرورة لها . والواقع من الأمر أن التوريد عبارة عن عمليات بيع متعاقبة ، بيد أنه يأخذ شكلاً خاصاً له أحكامه وأسسه تميزه عن البيع بصورته العادية هذا الى أن ربط تجارية التوريد بعملية الشراء يخرج أعمال المنتج الأول من نطاق التجارية وهو أمر يلائم توجه المشرع بهذا الخصوص ومع ذلك فإننا نرى بأن نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه فلا ضرورة والحالة هذا إذن اشتراط الشراء لتجارية التوريد على أن يستثنى من ذلك بالطبع التوريد ، الذي يقع بصورة منفردة . وترتيباً على ذلك يعد مدنياً توريد المزارع لمحاصيلة أو لجزء منها إذا وقع لمرة واحدة ، إذ لا نكون في هذه الحالة أمام مشروع احتراف التوريد . ولكن لو تكررت عملية التوريد وقام المزارع بتوريد إنتاج في فترات منتظمة فإننا نكون عندئذ أمام مشروع توريد يخضع لأحكام قانون التجارة . أما توريد الخدمات فيتمثل حسب تقديرنا بالتوريد الصناعي كتوزيع المياه والكهرباء والغاز وخدمات التليفون وغيرها . ويخضع هذا التوريد لنفس الأحكام السابق .

ثانياً : استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير: استيراد البضائع أو تصديرها هي المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها التجارة الخارجية والتجارة الدولية عموماً . فلا يمكن تصور التبادل التجاري الخارجي أو الدولي دون عمليات استيراد البضائع أو تصديرها . وتقوم هذه التجارة على سوق عالمية كبيرة وعلى التفاوت الدولي في نوعية الإنتاج وكميته . واستيراد البضائع أو تصديرها يندرج ضمن البيوع الدولية . إذ إن كل استيراد هو في الواقع شراء وكل تصدير هو بيع والعكس صحيح بالنسبة للطرف الآخر وهذه الأعمال لا تتم في صيغة مشروع فلا يمكن في الحقيقة تصور عملية استيراد أو تصدير منفرد اللهم إلا إذا كانت للأغراض الخاصة ، بل إن هذه الأعمال تقع عموماً بشكل محترف من قبل القائم بها . سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً ولابد من التنويه الى أن القيام بعمليات الاستيراد والتصدير لا يمكن أن تتم إلا بعد الحصول على إجازة سابقة من الجهات المختصة إضافة لذلك فإن القائم بهذه الأعمال يكتسب الصفة التجارية ويصبح بحكم القانون تاجراً . ويضاف الى هذه الأعمال أعمال أخرى ترتبط بها هي أعمال مكاتب الإستيراد والتصدير. وهذه المكاتب تقدم خدماتها لقاء عوض وأجرة وتتمثل هذه الخدمات بالمشورة عن أماكن الإنتاج واستهلاك السلع والبضائع ومستوى أسعارها في الدول المختلفة وغير ذلك من الأعمال التي تقتضيها عمليات استيراد وتصدير البضائع وتقوم تجارية هذه الأعمال على فكرة التوسط بقصد تحقيق الربح .

ثالثاً : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية: يقصد بالصناعة تحويل المواد الأولية الى سلع تامة الصنع أو سلع نصف مصنعة لقضاء حاجة الفرد المستهلك كتحويل الحديد الخام الى صلب صناعة أو الرمل الى أسمنت أو تحويل القطن الى نسيج وأقمشة وقد يشتري من يباشر الصناعة المواد لغرض تحويلها أو إدخال التعديلات عليها " في الهيئة أو الغرض الذي خصصت من أجله " ثم يقوم ببيعها بعد ذلك . وتذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى اعتبار هذه الحالة من الحالات التي لا تدخل ضمن مفهوم الصناعة وأنما ضمن مفهوم شراء المنقول لأجل البيع بيد أنه لا يمكن التعويل حسب تصورنا على هذا الرأي بقدر تعلق الأمر بالتشريع العراقي . لأن الشرع عندنا لم يتميز بين صور الصناعة المختلفة فقد جاء النص القانوني مطلقاً بهذا الخصوص بحيث يستحيل معه إجراء تفرقه بين صورة وأخرى من صور الصناعة لذا فالصناعة يجب أن تعد عملاً تجارياً سواء اشترى المتعهد بالصنع المواد التي يتولى صنعها أو كانت هذه المواد تقدم من قبل الأخرين ومع ذلك فإنه يجب التفريق بين من يمارس الصناعة في نطاق محدود وبين من يمارسها على قدر من الأهمية بحيث تتجلى في صورة مشروع يخضع لنوع من التنظيم المهني . إذ قد يقع أن يزاول الشخص العمل بمفرده اعتماداً على جهده الذاتي وجهد بعض الأفراد كمن يقوم بالصياغة أو الخياطة أو الحدادة أو صناعة أحذية وغيرها . فلا يعتبر عمل هؤلاء تجارياً يدخل في إطار الصناعة بل عمل مدني لأنه بيع إنتاج ومهارة يقوم به من يطلق عليهم بالحرفين Artisans أو ذوي الحرف البسيطة . عليه فإن مدلول الصناعة يكمن حضره بفرضيتين :-

الأولى : إدخال تعديل معين على المادة يرفع من قيمتها أو يزيد من استخداماتها كورش إصلاح السيارات وورش اصلاح الآلات الكهربائية وورش إصلاح الأجهزة الدقيقة وغير ذلك .

الثانية : من يجرى تغييراً صناعياً جوهرياً على المادة الأولية سواء حصل عليها المشروع بطريق الشراء أو قدمها من عنده أو قدمت له من الغير كصناعة التعدين التي تنصب على تحويل الحديد الخام الى

صلب وفولاذ وما يتبع ذلك من صناعات مشتقة أو صناعة تكرير النفط وما يستخرج منه من مشتقات أخرى. وهذه الفريضة تقودنا للتعرض للنشاط الصناعي المقترن بالزراعة . الأصل هنا أن هذا النشاط يعتبر مدنياً إذا كان مكملاً للإنتاج الزراعي ومزاولاً بطريقة عريضة تستخدم فيه وسائل قليلة الأهمية ولكن إذا باشر المزارع الصناعة التحويلية من خلال مشروع مستقل لتعليب الفواكه التي تنتجها مزرعته مثلاً ، أو مصنعاً لإنتاج الألبان أو السكر من البنجر الذي تنتجه أرضه فإنه يقوم عندئذ بنشاط صناعي يدخل في حكم الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة .
بمعنى أن نشاطه بهذه الصورة يعد تجارياً وليس مدنياً . أما عمليات استخراج المواد الأولية فهي تلك العمليات التي تتم باستعمال وسائل مهمة ورؤوس أموال ضخمة وأيدي عامله كثيرة ولا يمكن أن يقوم بهذه الأعمال إلا شركات متخصصة في هذا المجال وبعد استحصال امتياز وموافقة خاصة . إلا أنه يجب النظر لغرض تكييف هذه الأعمال تجارياً لا الى استخراج هذه المواد بحد ذاتها وإنما على الوسائل والإمكانات التي تقود الى الحصول على هذه الثروات.
رابعاً : للنشر والطباعة والتصوير والإعلان :
تنصب جميع هذه الأعمال على عرض النتاج الذهني أو الفني للأفراد على الجمهور . فالناشر أو دور النشر تقوم بشراء حقوق التأليف والإنتاج الأدبي أو العلمي من الغير وعرضه بعد ذلك على الجمهور . فهناك إذن عملية توسط في تداول الأموال بقصد تحقيق ربح مادي أما الطباعة والتصوير فهي شكل من أشكال الصناعة إذ تقوم على إدخال تغيير على المادة بصورة معينة وتظهر فيها بنفس الوقت فكرة المضاربة على قوة العمل والآلة وشراء المواد الأولية اللازمة لمباشرة العمل واعتبار الإعلان عملاً تجارياً متأتي من أن عملية الإعلان تهدف الى تنشيط تداول الثروة عن طريق تعريف الجمهور بأنواع الإنتاج المختلفة وما يجره هذا التعريف من زيادة في تصريف البضائع والإقبال عليها من قبل الجمهور .

خامساً : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة :

وتشمل هذه الفقرة جميع التعهدات المتعلقة بالعقار وأياً كان الغرض منها . فيعد تجارياً التعهد بإنشاء العقار سواء كان الانتماء لتحقيق غرض خاص ، كإنشاء المباني للسكن وما إليها من الممتلكات العقارية التي تعود للأفراد أو كان ويلحق بعمليات الإنشاء عمليات الترميم والهدم والصيانة للأموال العقارية ولا تتم هذه الأعمال في الواقع إلا من خلال مشروع تجاري واحتراف للعمل . ولا يشترط لإضفاء سمة التجارية على هذه الأعمال أن يتولى المقاول بنفسه تقديم مواد العمل اللازمة لهذه المقاولات . فعمل المقاول يعد تجارياً سواء قدم مواد العمل أو اقتصر عمله على تقديم الأيدي العاملة فقط . ففي كلتا الحالتين يضارب المقاول إما على مواد العمل أو على عمل العمال الذين يستخدمهم لهذا الغرض .

سادساً : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى:

تقوم مكاتب السياحة بتسهيل مهمة الأفراد وتقديم الخدمات لهم . وتعتبر أعمال هذه المكاتب تجارية بغض النظر عن طبيعة العمل الذي تقوم به ، فقد يكون مدنياً أو تجارياً ، وفي الحالتين تتحقق الصفة التجارية للخدمات التي تؤديها هذه المكاتب لعملائها ويرى البعض أن تجارية هذه الأعمال أساسها الضرورة والاعتبارات العملية المتمثلة في حماية من يتعامل مع هذه المكاتب كي يأمن عبثها بالثقة التي يوليها لها . وعلى أية حال فإنه كان من المحبذ حسب تقديرنا أن توحد أعمال هذه المكاتب مع أعمال مكاتب الاستيراد والتصدير والواردة في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة ، ومع أعمال التعهد بتوفير متطلبات الحفلات الواردة في الفقرة الثانية عشرة من المادة الخامسة أيضاً لأن هذه الأعمال المختلفة شكلاً متحدة موضوعاً لأنها تقوم جميعاً على مفهوم تقديم الخدمات للغير لقاء أخر تتقاضاه وتدخل جميعها ضمن مفهوم مكاتب الأعمال. أما اعمال الفنادق ودور السينما والملاعب فهي أعمال تنصب على ترفيه وتسلية الجمهور لقاء عوض مالي . ويمكن أن يضاف الى أعمال هذه المحلات أعمال كل مؤسسة أخرى أعدت لتسلية الجمهور . فنص الفقرة السابعة يبيح القياس صراحة على الأعمال التي وردت فيه إذ يقول النص المذكور : " دور العرض المختلفة الأخرى " . عليه نرى بأن أعمال المسارح ومدن الألعاب وحدائق الحيوان والسيرك والمقاهي وأماكن الترفيه الأخرى المعدة لتقديم مثل هذه الخدمات لقاء عوض ومقابل هي أعمال تجارية بطريق القياس . وتجدر الإشارة هنا الى أن جميع أعمال هذه المحلات تتضمن فكرة المضاربة على خدمات الأشخاص وعملهم وتنطوي على شراء بقصد البيع .

سابعاً : البيع في محلات المزاد العلني :
تنص الفقرة الثامنة من المادة الخامسة على تجارية أعمال محال البيع في المزاد العلني . ويجري في هذه المحلات ، وهي صالات متخصصة للعرض والبيع ، بيع الأموال المنقولة بطريقة المنادات والمزايدة العلنية .
وتعد أعمال هذه الصالات تجارية بصرف النظر عن صفة البائع او المشتري وعن طبيعة الصفقة التي تم ابرامها فيها . إذ أن الذي يحدد تجارية أعمال هذه المحلات هو مزاولة هذه الأعمال على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع التجاري . لذا لا تعد تجارية أعمال المزايدات العلنية التي تقوم بها بعض الدوائر الرسمية على أموال تملكها أو تقوم بالإشراف على بيعها ، كما في تصفية بعض التركات أو التنفيذ على اموال المدينيين أو بيع الأموال المهربة التي تصادرها الجمارك أو تلك المودعة في مخازنها في حالة عدم تقدم أصحابها لاستلامها أو دفع المبالغ المطلوبة عليها . فالمزايدة التي تحصل في مثل هذه الفرضيات تعد من الأعمال المدنية ، لأنها لا تقع إلا بصورة عرضية وغير منتظمة . ولابد من الإشارة هنا الى أنه كان بإمكان المشرع تماماً إدراج أعمال هذه المحلات ضمن أعمال مكاتب الأعمال وترويج الأشغال إذ ليس هناك ضرورة في الواقع في تخصيص فقرة مستقلة قائمة بذاتها لأعمال هذه المحلات ، سيما وان المشرع لم يفرد لها في قانون التجارة أحكاماً خاصة بها ضمن أحكام العقود التجارية . كما فعل قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970 .

ثامناً : نقل الأشياء أو الأشخاص:
النقل هو تغيير مكان الأشياء أو الأشخاص . ويخضع لنقل القانون ويعتبر النقل تجارياً أيا كانت صفة القائم به ، أي سواء كان من أشخاص القانون العام كالدولة والمؤسسات العامة ، او من اشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات الخاصة . ولا يعد النقل بالنسبة للشاحن أو المسافر تجارياً إلا إذا كان يتصل بالنشاط التجاري ، أما بالنسبة للناقل فهو تجاري في جميع الأحوال واختلف الرأي حول تجارية بعض أنواع النقل ، كنقل الأثاث والأمتعة على اعتبار أنه التزام ثانوي بالنسبة لالتزامات الناقل وكذلك بخصوص نقل الجنائز بيد أن الرأي الراجح هو أن هذه الصور من النقل تجارية كصور النقل الأخرى.

تاسعاً : شحن البضائع أو تفريغها أو إخراجها:
تدخل هذه الأعمال في اطار النقل . والمقصود بالشحن هو وضع الأشياء المراد نقلها في الأماكن الخاصة بها في واسطة النقل . أما التفريغ فهو إنزال البضائع وإخراجها من واسطة النقل لتسليمها للجهة المرسلة إليها . وتتم هذه الأعمال بصيغة الاحتراف وتعتبر تجارية أياً كانت صفة القائم بها .

عاشراً : استيداع البضائع في المستودعات العامة: عمليات الاستيداع تتم في مستودعات تسمى بالمستودعات العامة . وتتولى هذه المستودعات خزن وحفظ الأموال المنقولة من سلع وبضائع بصورة حيازة مادية لفترة زمنية مؤقتة قصيرة أو طويلة حسب مقتضى الحال . وحفظ هذه الأموال هو حفظ قانوني ، أي أنه لا يمكن للمستودع العام التصرف في الأموال أو نقل حيازتها إلا لمن له الحق " القانوني " فيها وبمقتضى أحكام القانون . وليست المستودعات العامة سوى محلات للودائع تعد الأموال المودعة فيها " وديعة " بمقتضى عقد تجاري هو عقد الاستيداع، الذي يتضمن جملة التزامات يتخذ بعضها صيغة ضمانات المودع ويكون الإيداع لقاء أجرة وتصدر عند الإيداع وثائق معينة تمثل البضائع المودعة وهي شهادة الإيداع التي تتضمن تفصيلات معينة وافية عن الأموال المنقولة بخصوص : وزنها ، قيمتها ، وصفها وكميتها إضافة الى بيانات تتعلق بشخص المودع : اسمه ، مهنته ، موطنه ... إلخ . وبيانات عن المستودع الذي تم فيه الإيداع اسم المستودع واسم الجهة المؤمنة على البضاعة إن وجدت وبيان ما إذا كانت الرسوم والضرائب المستحقة على البضاعة قد أديت . ويرفق بهذه الوثيقة وثيقة أخرى تسمى بوثيقة الرهن. وتشمل هذه الوثيقة على نفس البيانات المذكورة في شهادة الإيداع. وبإمكان المودع وعن طريق هذه الوثائق أن يجري على الاموال المودعة تصرفات قانونية من بيع أو رهن لهذه الأموال من خلال تظهير تلك الوثائق للغير. إذ إن هذه الوثائق بالإضافة الى كونها وسائل إثبات وائتمان فإنها تعتبر كذلك سندات ملكية ورهن للبضائع والأموال المودعة . والأمثلة على المستودعات العامة كثيرة منها مستودعات المحاصيل وسايلوات الحبوب ومخازن الإيداع في الموانى ومخازن إيداع الأثاث بيد أنه يجب أن يلاحظ بأنه لا يعتبر من المستودعات العامة المحلات التي تودع فيها البضائع دون أن تعطي لقاءها

شهادات إيداع أو وثائق رهن. وقد تناول المشرع العراقي موضوع الاستيداع في المستودعات العامة ضمن العقود التجارية في الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الرابع من قانون التجارة ومن المادة 202 ولغاية المادة 216 ، وتعرف المادة 202 الإيداع بأنه : " عقد يتعهد بمقتضاه المودع لديه شخصاً طبيعاً كان أو معنوياً بتسليم بضائع وحفظها لحساب المودع أو لمن تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى السندات التي تمثلها " وتعالج بقية المواد التزامات أطراف العلاقة القانونية وما يترتب عليها من آثار .
إحدى عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية. تنصب هذه الأعمال على تسهيل مهمة الأفراد وتتولاها مكاتب خاصة تأخذ على عاتقها توفير المستلزمات الضرورية للمناسبات والحفلات التي تقام من قبل أشخاص القانون الخاص كحفلات الأفراد وأشخاص القانون العام كالحفلات التي تقام بمناسبة المؤتمرات أو المناسبات الوطنية المختلفة . فلا تمييز بهذا الخصوص حول طبيعة المناسبة أو صفتها . وتطبيقاً لذلك يعتبر التعهد بتوفير تلك المتطلبات تجارياً ولو كان التعهد قد تم لتأدية خدمة مدنية . من جانب آخر فإن هذه الأعمال لا تتم إلا على سبيل الاحتراف فمن يتولى التعهد بتقديم تلك الخدمات إنما يقوم بذلك لقاء عوض ومقابل ويضارب على العمل وبيع الجهد والخبرة الشخصية . ولابد من الإشارة الى أن اصطلاح التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها . الذي ورد في النص القانوني اصطلاح واسع مطاط يشمل كل ما يستجد بهذا الصدد من متطلبات وغيرها من الأعمال التي تتضمن فكرة المضاربة او التوسط لغرض القيام بها ودون اعتبار لطبيعتها . وربما قصد المشرع ذلك بصعوبة تحديد تلك المتطلبات وصورها .

ثاني عشر : عمليات المصارف:
تؤلف هذه العمليات مجموعة كبيرة مختلفة من الأعمال ارتباطاً بالنشاط الواسع للمؤسسات المصرفية . ويقصد بهذه الأعمال جميع العمليات التي ترد على النقود أو الأوراق المالية والتجارية والائتمان .
والقائم بهذه الأعمال إنما يتوسط في تداول الثروة ويبغي من وراء ذلك تحقيق مردود إيجابي – ربح – وتتم عمليات المصارف من قبل مؤسسات صيرفيه متخصصة وتعد أعمالها تجارية سواء كانت تلك المؤسسات خاصة تعود للأفراد أم عامة من ضمن مؤسسات القطاع العام ، وبغض النظر عن صفة المتعامل. ومن عمليات المصارف ما يلي : -

عمليات الصرف. ويقصد بالصرف مبادلة النقد بالنقد ومثاله أن يستبدل شخص نقوداً من عملة معينة بنقود من علمة أخرى ، كاستبدال النقد الوطني بنقد أجنبي أو استبدال النقود الذهبية بأخرى فضية أو من أي معدن آخر .

والصرف أما يدوي أو صرف مسحوب . والصرف اليدوي أو كما يسمى أيضاً بالصرف المحلي هو تغيير النقد في ذات المكان نظير عمولة معينة ويحصل عن طريق المناولة اليدوية كمن يستبدل العملة العراقية بعملة أجنبية مباشرة في المصارف . أما المصارف المسحوب فهو الصرف الذي يتم بتسليم النقد على أن يقدم ما يقابله نقوداً أجنبية في بند آخر لقاء عمولة معينة . وينفذ هذا الصرف من خلال شيك مسحوب أو رسالة اعتماد " خطاب موجه " أو حوالة مصرفية . ولا تعتبر عملية الصرف تجارية إذا حصلت مجاناً بدون مقابل . وتقوم المصارف بعمليات الإقراض بفائدة وبعمليات إيداع النقود وتعتبر عمليات إيداع النقد من أهم العمليات المصرفية وهذه العملية عبارة عن " عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع . وتتلقى البنوك الأوراق المالية من أسهم وسندات لحفظها أو لفتح حساب بها يطلق عليه حساب الصكوك.
وبمقتضى هذه العملية يلتزم المصرف بالمحافظة على الأوراق المالية المودعة لديه وعدم أستعمالها بدون موافقة المودع وردها إليه بعينها عندما يطلب منه ذلك . وللمصارف دور مهم في عمليات الائتمان إذ تمنح الائتمان عن طريق فتح الحسابات الجارية وتقديم القروض بدون ضمان شخصي أو عيني . وتقدم هذا الائتمان أيضاً عن طريق الخصم، الذي يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع قبل موعد الاستحقاق قيمة الورقة التجارية مقابل نقل ملكيتها إليه لقاء اقتطاع عمولة معينة . ويتمثل ائتمان المصارف كذلك في منح العميل خطاب الضمان الذي يسهل للعميل وسيلة الاشتراك في تنفيذ المشاريع العامة التي تعلن عنها الدولة أو الشركات وتشترط عند الإعلان عنها ، على من يرغب بالإشتراك في تنفيذ العمل تقديم تأمين نقدي لضمان حسن تنفيذ العمل في الموعد المحدد وقد يتعذر على البعض تقديم ذلك التأمين فيلجأ الى أحد المصارف الذي يصدر بناء على طلبه خطاب ضمان بدفع مبلغ معين خلال مدة معينة بمجرد الطلب . كذلك تقوم المؤسسات المصرفية بتقديم خدمات للجمهور

تتمثل في تأجير الخزائن الحديدية مقابل أجرة معينة . وتأجير الخزائن الحديدية عبارة عن " عقد يتعهد المصرف بمقتضاه مقابل أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة معينة. وتقوم البنوك العامة بتقديم خدمات من نوع خاص كإصدار أوراق النقد " البنكنوت " كما هو الأمر بالنسبة للبنك المركزي العراقي مثلاً . وقد عالج قانون التجارة العراقي مختلف أعمال المصارف وحسب أهميتها ، وذلك في فصل خاص هو الفصل الثاني من الباب الرابع ومن المادة 239 ولغاية المادة 293 . وتعتبر جميع أعمال المصارف التي ذكرها المشرع والتي لم يشر إليها تجارية على وجه الاحتراف بالنسبة للمصرف . أما من جانب العميل فإن العمل قد يكون تجارياً أو مدنياً . فيكون تجارياً إذا تعلق بعروض التجارة وإلا فإنه مدني وفي هذه الحالة يعتبر العمل تجارياً مختلطاً أو من جانب واحد ويخضع حسب تقديرنا لأحكام قانون التجارة رغم أنه تجاري من جانب المؤسسة التجارية فقط .

ثالث عشر : التأمين :

تقرر الفقرة الرابعة عشرة من المادة الخامسة تجارية التأمين . وقد اضفى المشرع الصفة التجارية على التأمين متى وقع بصيغة مشروع تجاري منظم فنياً والتأمين عملية الضمان. الى جانب كونه تصرفا قانونياً لم يظهر حسب رأي البعض إلا في نهاية القرون الوسطى حيث عرف بصيغة تغطية المخاطر البحرية نتيجة لتطور النشاط التجاري البحري. بينما تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الأخرى الى أن التأمين لم يدخل إطار التعامل القانوني إلا منذ القرن الثاني عشر في ميدان التجارة البحرية. ثم تطور بعد ذلك بصورة متلاحقة فظهر ومنذ نهاية النصف الأول للقرن السادس عشر التأمين البري كنظام متكامل ارتبط بمعطيات التقدم الصناعي والتكنولوجي وما أفرزته هذه المعطيات من مخاطر جديدة وليس من المبالغة بشيء القول بأن التأمين أصبح في الواقع المعاصر حاجة تستلزمها مختلف أوجه حياة الأفراد والمجتمع بسبب تنوع المخاطر التي تواجه في الحياة اليومية سواء أكانت تلك المخاطر ناتجة من أسباب لا دخل لإرادة الأفراد في وقوعها أو تلك التي تقع بتدخل من هذه الإرادة . وأياً كان الأمر ، فإن أغلب الاجتهادات الفقهية تميز بصدد تقرير تجارية التامين بين التأمين بقسط ثابت وبين التأمين التبادلي. ويقصد بالتأمين بقسط ثابت ، تعهد شخص يسمى بالمؤمن بأن يؤدي الى شخص أخر يسمى بالمؤمن له مبلغاً من المال عند تحقق الخطر المؤمن منه في مقابل قسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن . ويعتبر هذا الضرب من التأمين تجارياً لأنه يقع بصورة مشروع يستند على فكرة التوسط بقصد تحقيق الربح . أما التأمين التبادلي فهو اتفاق يتم بين مجموعة من الأشخاص يتعرضون لخطر معين متشابه بقصد تغطية الأضرار الناجمة عن تحقق هذا الخطر إذا لحق أحدهم وذلك من خلال المساهمة المالية المدفوعة من قبل كل منهم لصندوق يتكون لهذا العرض . ويعتبر التأمين التبادلي من حيث المبدأ عملاً مدنياً لأنه عبارة عن تعاون مشترك تنعدم فيه فكرة التوسط والمضاربة بقصد الربح ولذلك لا يعد هذا النوع من التأمين عملاً تجارياً. ومع ذلك ، فإنه يجب حسب تقديرنا أن لا يؤخذ هذا الرأي على إطلاقه . صحيح أن التأمين التبادلي ينعدم فيه التوسط والمضاربة وأن العضو فيه يجمع بين صفتي المؤمن والمؤمن له إلا أنه يجب ملاحظة حالة التأمين التبادلي الذي يتم بين مجموعة من التجار ولمتطلبات النشاط التجاري الذي يمارسونه ففي مثل هذه الحالة فإن التأمين التبادلي يعد عملاً تجارياً على أساس نظرية التجارية بالتبعية . من جانب آخر وكما يذهب الأستاذ العريني فإن نسبة الأقساط التي تؤدي في التأمين التبادلي ارتفع حالياً بحيث أصبح ثابتاً يصل للحد الأعلى المعين للأقساط مقدماً " وفي جميع الفروض " ، بحيث أصبح التأمين التبادلي يقترب في شكله من التأمين بقسط ثابت ولا يفرق بينهما إلا لغرض من كل منهما مما يضفي عليه بالتالي الصفة التجارية . ويعتبر المشرع العراقي وكما يبدو من صيغة الفقرة الرابعة عشرة من المادة الخامسة التأمين بكافة أنواعه عملاً تجارياً إذ أن النص المذكور مطلقاً لا يميز بين نوع وآخر من أنواع التأمين .

رابع عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الأخرى:

يطلق على هذه الأعمال بأعمال التوسط ، أو مشاريع التوسط ويقصد بالوكالة التجارية عموماً قيام الفرد بإجراء المعاملات التجارية باسم ولحساب الغير (الموكل) وتعرف الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون تنظم الوكالة والوساطة التجارية رقم 11 لسنة 1983 الوكالة التجارية بأنها : " كل عمل تجاري يقوم به في العراق شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي سواء كانت وكالة تجارية أو وكالة بالعمولة أوتمثيلاً .... " ويعتبر الوكيل التجاري نائباً عن الأصيل ولذا تنصرف آثار الوكالة الى

الموكل مباشرة فتقرب بذلك من الوكالة المدنية التي تعرفها المادة 927 من القانون المدني بأنها " عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " .
إلا أن الوكالة التجارية تختلف مع ذلك عن الوكالة المدنية في أن الأولى تعتبر من عقود المعاوضة إذ يفترض أنها تمت بأجر وبمقابل إلا إذا اتفق على غير ذلك بينما تعتبر الوكالة المدنية كقاعدة عامة مع عقود التبرع . ومن أنواع الوكالة التجارية الوكالة بالعمولة والوكالة بالعمولة بالنقل والوكالة بالنقل . والتمثيل التجاري وغير ذلك من أعمال التوسط الأخرى . وتعد الوكالة بالعمولة من أهم اعمال الوساطة ولم يعط قانون التجارة تعريفاً للوكالة بالعمولة رغم ذكره لها ضمن التعداد القانوني للأعمال التجارية الذي أوردته المادة الخامسة من القانون روغم أنه لم يضع لها أحكاماً خاصة بها ضمن باب العقود التجارية . هذا إضافة الى أن قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم 11 لسنة 1983 جاء خالياً أيضاً من أي تحديد لمفهوم هذا النوع من الوكالات . ومع ذلك فالوكالة بالعمولة ما هي إلا عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل مقابل أجر يطلق عليه بالعمولة.
يستشف هذا التعريف من نص المادة 76 من قانون النقل رقم 80 لسنة 1983 الذي يحدد مفهوم الوكالة بالعمولة بالنقل بـ " عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل لقاء عمولة أن يبرم باسمه لحساب موكله .... عقد .... " . فالوكيل بالعمولة هو من يقوم أذن بإبرام العقود باسمه الخاص لحساب شخص آخر هو الأصيل . كالوكيل الذي يتولى بيع السلع التي تنتجها المصانع التي يمثلها أو شراء المواد الأولية اللازمة لهذه المصانع أو الوكيل الذي يقوم بإبرام عقود النقل لحساب شركات النقل التي يمثلها . فإذا اشترى أو باع بضاعة لحساب الأصيل أو أبرام عقد النقل للشركات التي يمثلها فإنه – الوكيل بالعمولة – يشتري ويبيع ويبرم العقود لحساب الغير ، ولا يظهر اسم الموكل في العقود المبرمة بينه وبين الغير ، ولا تكون هناك صلة بين هذا الأخير والموكل . ويترتب على ذلك ما يلي :

أ- أن الوكيل بالعملة هو الملتزم دون غيره تجاه من يتعاقد معه ، أي الغير . وهذا يعني بأن الوكيل بالعمولة يعتبر أصيلاً في التعاقد مع الغير فيلتزم في مواجهة هذا الغير بكافة الالتزامات التي تنشا عن العقد المبرم بينهما ، ويلتقي بالمقابل كافة الحقوق التي تترتب على هذا التعاقد . ولكن في علاقته بالموكل فإنه يعتبر وكيلاً عنه في مباشرة التصرف ويلزم في مواجهته بتنفيذ مضمون الوكالة .

ب- ليس للعاقد مع الوكيل بالعمولة دعوى مباشرة قبل الموكل . لذا فليس بإمكان الغير مثلاً أن يرفع الدعوى على الموكل لغرض مطالبته بدفع ثمن البضاعة التي باعها الى الوكيل أو تسليمه البضاعة التي باعها هذه الأخير لذمة الموكل وإنما ترفع الدعوى على الوكيل باعتباره الوحيد المسؤول عن التصرف . وتعتبر الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً إذا كانت ممارسة على وجهة الاحتراف وبصيغة المشروع . عليه فإن من يقوم بوكالة بالعمولة لمرة واحدة فإنها لا تعد عملاً تجارياً ولا تدخل ضمن مفهوم نص الفقرة السادس عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة . فتجارية الوكالة بالعمولة ترتبط في مباشرة هذه الوكالة بشكل مشروع وإلا اعتبرت عملاً مدنياً. ولذلك فإنه ليس من المهم أن يكون موضوع الوكالة القيام بعمل تجاري لكي يضفي الوصف التجاري على الوكالة بالعمولة . فسواءاً كان العمل المعهود به للوكيل من بيعة مدنية أو تجارية وسواءاً كان العمل المعهود به للوكيل من طبيعة مدنية أو تجارية وسواءً كان محل هذا العمل من عروض التجارة أم من غيرها فإن الوكالة بالعمولة تعتبر تجارية بشرط ممارستها في شكل مشروع. أما الوكالة بالنقل فهي : " عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بالتصرفات القانونية وما يتعلق بها باسم الناقل ولحاسبه. وأعمال هذه الوكالة هي أعمال " تنظيمية " منها تقديم الخدمات للناقل وتابعيه بمقابل – عمولة – . ويعتبر قانون النقل رقم 80 لسنة 1983 " الأعمال والخدمات التي يقوم بها القطاع الاشتراكي أو أية جهة أخرى في مجال النقل نيابة عن الناقل بمثابة الوكالة بالنقل " . ويراد بالتمثيل التجاري كل اتفاق يتم بين طرفين يتعهد بمقتضاه طرف يسمى بالمثل التجاري بإبرام الصفقات باسم ولحساب الطرف الآخر وهو الموكل ، بصيغة مستديمة في منطقة معينة . والتمثيل التجاري نوع من الوكالة التجارية ، بيد أنه يختلف عن الوكالة بالعمولة من أن الممثل التجاري يحتفظ بتنظيم واستقلال خاصين ، بينما يخضع الوكيل بالعمولة لنوع من التوجيه وبضرورة الالتزام بتعليمات الأصيل الموكل ، أي : إن هناك رابطة تبعية بين الوكيل والموكل. ويمثل الممثل التجاري بصفة عامة محلاً من المحلات التجارية الكبرى أو شركة من الشركات التجارية . ويتولى إبرام الصفقات لحساب هذا المحل أو الشركة بدون انتظار موافقة خاصة بذلك . وللمثل عمولة معينة تقدر بنسبة مئوية بحسب قيمة الصفقة التي تبرم لحساب الموكل . ويستحق العمولة عن كل صفقة تبرم فيما إذا كان الوكيل هو (الوكيل العام) للموكل في منطقة معينة بذاتها حتى لو تمت الصفقة من قبل

الموكل أن عن طريق شخص آخر غير الممثل التجاري إلا إذا كان هناك اتفاق بخلاف ذلك . وقد يتصور البعض بأن التمثيل التجاري لا يعدو عن كونه عملاً مدنياً ؛ لأن الممثل التجاري ليس في الواقع إلا تابعاً أو مستخدماً للموكل وأن العلاقة بين الطرفين ما هي إلا من قبيل عقود إيجارة الأشخاص . بيد أن مثل هذا التصور لا يستقيم برأينا مع الطبيعة الخاصة لتمثيل التجاري . إذ أن الممثل التجاري يحتفظ بتنظيم واستقلال خاص ، كما بينا آنفاً ويتخذ عمله شكل المشروع التجاري الحقيقي فتنتقي بذلك صفة التبعية التي قد تترآى للوهلة الأولى أنها قائمة بين الطرفين . وعلى أية حال فإن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم 11 لسنة 1983 أدخلت التمثيل التجاري في عداد الوكالة التجارية دون تقييد أو استثناء . وتتضمن أعمال التوسط أيضاً الدلالة أو السمسرة. والدلالة هي التقريب بين شخصين لكي يتعاقدا معاً نظير عمولة يقبضها الدلال من كليهما وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من قيمة الصفقة أو بمقتضى نص قانوني . والأصل أن الدلال ليس وكيلاً يقوم بإبرام العقود باسم طرف أو آخر من أطراف العلاقة القانونية . بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب والتوفيق بين طرفين يرغبان في إجراء تصرف قانوني معين . فهو يتوسط بين البائع والمشتري في عقد البيع ويقرب بين المستأجر والمؤجر في عقد الإيجار وهكذا . وتأسيساً على ذلك فإن الدلال يكون بمنأى عن الالتزامات والحقوق الشخصية التي تتولد عن العقد . فلا يكون مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأية صورة كانت اللهم إلا إذا كان ذو مصلحة في إتمام الصفقة . فيعد عند ذلك ضامناً في تنفيذ العقد. أما إذا " كلف " من أحد عملائه بإبرام العقد الذي توسط فيه فإنه يعتبر في هذه الحالة وكيلاً وسمساراً في آن واحد. ولا تعتبر الدلالة عملاً تجارياً إلا إذا كانت ممارسة على وجه الاحتراف . فمن يقوم بعمل منفرد من أعمال الدلالة لا يعتبر عمله تجارياً . ولا يشترط ، من جانب آخر تجارية الدلالة أن يكون موضوعها عملاً تجارياً فلا أهمية لطبيعة الصفقة المراد إبرامها من الناحية المدنية أو التجارية والقول بخلاف ذلك لا يستقيم وعموم نص الفقرة السادس عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة إذ أن النص جاء عاماً مطلقاً فلا مجال إذا للتخصيص أمام عمومية النص وإطلاقه عليه فإن الدلالة المرتبطة بعمل مدني كالدلالة في عقد إيجار تعد عملاً تجارياً وليس مدنياً .

((نظرية التاجر))

التاجر قد يكون شخصا طبيعا. وقد يكون شخصا معنويا يأخذ صيغة شركة تجارية. وكما يأتي:

أولا/ ((شروط التاجر الشخص الطبيعي))

يستند قانون التجارة في تحديده لصفه التاجر على فكرة العمل التجاري ويستشف ذلك بوضوح من منطوق الفقرة الأولى من المادة السابعة التي تقرر صراحة أن من يمارس الأعمال التجارية بصيغة الاحتراف فإنه يكتسب صفة التاجر . وتبعاً لذلك فقد أورد المشرع من خلال الفقرات العديدة للمواد التي تختص بالأعمال التجارية سرداً للأعمال التي يترتب على احترافها اكتساب الشخص لصفة التاجر. بيد أن احتراف الأعمال التجارية لوحده لا يكفي في واقع الأمر لاعتبار الشخص تاجراً . بل يجب فوق ذلك تعاطي الشخص لتلك الأعمال باسمه ولحسابه الخاص. وأن تتوافر فيه كذلك الأهلية القانونية اللازمة لاحتراف التجارة . ولابد من التنويه هنا وطبقاً لما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التجارة الى صلاحية الجهة المختصة بالإشراف على النشاط التجاري بتحديد نوع ونطاق العمل التجاري الذي يمكن أن يمارسه التاجر بما يكفل تنفيذ خطة التنمية فلا يمكن أن تعد هذه الصلاحية الممنوحة قانوناً بتحديد نوع ونطاق العمل التجاري بمثابة شرط لاكتساب الصفة التجارية بل هي قيد جوازي على حرية الأشخاص المطلقة في ممارسة النشاط التجاري في العراق فلا تنتفي الصفة المذكورة في حالة انتفاء هذا القيد عليه فإن صفة التاجر لا تثبت للشخص إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية :

1. أن يحترف العمل التجاري .

2. أن يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص .

3. أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة لاحتراف الأعمال التجارية .

أولاً : الاحتراف

يعني الاحتراف توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين . ويتضمن شرط الاحتراف عنصرين هما :

الحرفة والاعتياد : ويتمثل مفهوم الحرفة في تكريس نشاط الفرد لعمل معين واتخاذه مهنة له. وقد حاولت بعض الاجتهادات الفقهية وضع معيار فقهي للحرفة يرتبط بالطبيعة الاقتصادية للعمل التجاري . ومن هذا المنطلق حددت القطاعات الاقتصادية التي يمكن أن تمارس من خلالها الحرفة التجارية، وهي :

أ) مشاريع الإنتاج .

ب) مشاريع التوزيع .

جـ) مشاريع الخدمات .

وأياً كان الأمر فليس هناك ما يمنع من أن يزاول الشخص أكثر من حرفة مدنية وتجارية في آن واحد . فلو قام مزارع بممارسة شراء المنقول وبيعه بجانب مهنته كمزارع أو قام باستغلال مشروع صناعي بجانب مهنة الزراعة ، فإن ممارسة كل من العملين بصورة حرفة لا يحول دون اكتساب المزارع المذكور لصفة التاجر . ويؤخذ بالحل المتقدم ولو كانت الحرفة التجارية تقترن بمهنة أخرى محظور على أصحابها – بمقتضى قوانين خاصة – ممارسة النشاط التجاري . كحالة الموظف الإداري أو المحامي أو الطبيب . إذ يكتسب هؤلاء صفة التاجر متى ما احترفوا النشاط التجاري فلا يحول دون اكتسابهم لهذه

الصفة المنع الوارد في القوانين الخاصة التي يخضعون لها . بيد أنهم يتعرضون للعقوبات التأديبية المترتبة على مخالفتهم للحظر الوارد في تلك القوانين .أما الاعتياد فهو تكرار عمل أو مجموعة من الأعمال التجارية . وينظر البعض الى الاعتياد بكونه ، العنصر المادي للحرفة . وبهذه الصورة يندمج بالحرفة . بيد أن هذا التصور لا يستقيم حسب تقديرنا مع بعض المعطيات القانونية إذ لا يؤدي عدم توفر عنصر الاعتياد في بعض الحالات ، الى انتفاء الاحتراف وبالتالي الى انتفاء صفة التاجر . فالشركة التجارية تعتبر تاجراً بمجرد تكوينها وقيام شخصيتها المعنوية اي قبل ممارستها لأي عمل تجاري طالما أن هدفها هو القيام بالأعمال التجارية احترافاً ولا يتطلب الاعتياد قيام شخص بتكرار اعمال تجارية من نوع واحد او ان يكون للشخص محل تجاري . فعنصر الاعتياد يعتبر متوفراً سواء قام الشخص بتعاطي أعمال تجارية مختلفة أو متشابهة . بل إنه يعتبر قائماً حتى بالنسبة للشخص المتجول الذي يمارس النشاط التجاري متنقلاً من بلد لآخر ما دام أنه يمارس ذلك النشاط على وجه الاحتراف . بيد أن توفر الاعتياد لوحده لا يكفي لاعتبار الشخص تاجراً . فقد يعتاد شخص تعاطي بعض الاعمال التجارية دون ان يقصد من ذلك احتراف التجارة . والأمثلة على ذلك كثيرة فالشخص الذي اعتاد الاكتتاب في أسهم شركات تجارية لا يعتبر من أجل ذلك تاجراً رغم قيامه بأعمال تجارية . وكذلك الامر لو قام المزارع من وقت لآخر بشراء محاصيل الغير لغرض بيعها وتحقيق ربح من وراء ذلك على أن ما ورد في أعلاه لا ينفي الصفة التجارية عن العمل ، إذ تتوفر الصفة التجارية في العمل دون توفرها في الشخص لانتفاء شرط الاحتراف . هذا ويعتبر توفر عنصر الاعتياد مسألة وقائع تخضع لتقدير القضاء ويجب على من يدعي وجوده إثباته بكافة طرق الإثبات . ولكن ما الحكم فيما لو مارس شخص النشاط التجاري مستتراً وراء شخص آخر أو تعاطى هذا النشاط خلف اسم مستعار ؟ هل تشترط من جهة أخرى ، الممارسة الفعلية للنشاط التجاري لكي يكتسب الشخص صفة التاجر ؟ تواجه الحالة الأولى عندما يقوم شخص باحتراف الأعمال التجارية ولكن لحساب غيره ، كأن يكون صاحب المشروع التجاري الحقيقي غير قادر على ممارسة التجارة أو ممنوعاً عليه احترافها بمقتضى بعض القوانين والأنظمة الخاصة بمهن معينة فيستعير اسم غيره أو يستتر وراء شخص آخر للقيام بالأعمال التجارية لا نزاع أولاً في اكتساب المستتر لصفة التاجر رغم عدم قيامه بالأعمال التجارية بنفسه . وتعليل هذا الحكم يكمن في أن الساتر لا يمارس النشاط التجاري إلا لحساب المستتر الذي يتحمل فعلاً مخاطر المشروع وتنصرف إليه جميع آثار التصرفات التي يجريها الأول فيتحقق من خلال ذلك شروط اكتسابه لصفة التاجر بالرغم من تستره . ولا يختلف حكم الفقه بهذا الصدد . أما الشخص الذي أعار اسمه (الشخص الظاهر) أو الساتر فقد أنكر عليه بعض الفقهاء الصفة التجارية على اعتبار أنه لا يقوم بالعمل التجاري لمصلحته الشخصية ولا يتحمل فعلياً مخاطر المشروع . ولكننا نرى أن ظهوره بصفة التاجر وارتباطه مع الغير بهذه الصفة ، دون الإعلان عن صفته الأصلية كل ذلك يجب أن يؤدي الى إلزامه بصفة التاجر وتحميله جميع النتائج التي رتبها القانون على محترفي التجارة . إذ لا يجوز أن يتخلص من أحكام القانون من استعمل الغش في علاقته مع الغير خصوصاً وأن التجارة إنما بنيت على الائتمان الشخصي وقد ذهب الشرع العراقي في قانون التجارة الملغى هذا المذهب ولم يتعرض قانون التجارة الحالي لهذه الحالة إلا أننا نرى بأن الحكم واحد ولا خلاف فيه . بيد أنه يجب التمييز بين حالة الاستتار وبين حالة الانتحال لصفة التاجر . فحالة الانتحال تحصل عندما يدعي شخص عن طريق وسائل النشر والإعلام أو بوصف نفسه مباشرة بصفة التاجر عند إبرامه العقود أو قيامه بإجراء المعاملات . ويطلق على المنتحل صفة التاجر الظاهر . وحكم الانتحال هو اعتبار المنتحل في حكم التاجر الى أن يثبت عكس ذلك إذ لا يكفي إقرار الشخص بصفته التجارية لاعتباره تاجراً ؛ لأن هذه الصفة مستمدة من القانون ، فلا تكتسب بمجرد الإقرار فقط إذا لم تتوافر بعض الشروط القانونية. وعليه فالانتحال لا يعدو عن كونه قرينه قابلة للنقض بكافة طرق الإثبات . وبإمكان المنتحل نفسه أن يقوض تلك القرينة بمجرد تبيان أن الأمر لا يعدو في الواقع عن كونه تظاهراً وإن من يتظاهر بكونه تاجراً لم يزاول النشاط التجاري فعلاً. ومع ذلك تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى ضرورة اعتبار المنتحل تاجراً . لأن " ظهوره كما يرى الدكتور العريني ، بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يجب أن يؤدي الى اكتسابه صفة التاجر بما تستتبعه هذه الصفة من آثار تطبيقاً لنظرية الظاهر وحماية لثقة الغير المشروعة " . يستشف من هذا الرأي أن إضفاء صفة التاجر على المنتحل ليس إلا عقوبة لهذا الأخير . ولا ترى حسب تقديرنا أن هذا التصور يلائم حقيقة طبيعة الانتحال . إذ أن المنتحل نادراً ما يتعامل مع الغير على أساس الصفة التجارية والحصول على ائتمان معين . لهذا نرى بأن من الملائم أن يكون حكم الانتحال هو اعتباره – الانتحال – قرينة على اكتساب الصفة التجارية الى أن يثبت عكس ذلك أي قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات . مما تقدم يتضح إذن أن الاحتراف الفعلي للأعمال التجارية هو شرط أساسي لاعتبار الشخص تاجراً . وإذا كان قانون التجارة

يشترط احتراف النشاط التجاري لكي يكتسب الشخص صفة التاجر فإنه – القانون –لا يترتب من جهة أخرى في بعض الحالات استثناء وبالرغم من توافر شرط الاحتراف فعلاً ، الصفة المذكورة فلا تثبت بحكم القانون صفة التاجر لمؤسسات القطاع الاشتراكي إذا تعارضت هذه الصفة مع طبيعة الخدمات التي تؤديها والمقصود هنا حسب تقديرنا الدولة. ويستثنى من اكتساب تلك الصفة أيضاً أرباب الحرف الصغيرة.

1- الدولة والأشخاص المعنوية العامة :

الدولة شخص معنوي يقوم هيكله على مؤسسات مختلفة تهدف بمجموعها تحقيق أغراض معينة. وتمارس الدولة في الواقع المعاصر النشاط التجاري بصيغ مختلفة تبعاً للمفهوم الفلسفي والسياسي الذي تستند عليه فقد تهيمن الدولة على النشاط التجاري هيمنة تامة بحيث ينعدم كلياً دور المشروع الخاص في الحياة التجارية . وقد تتعاطى هذا النشاط اشتراكاً مع اشخاص القانون الخاص فتمارس من خلال ذلك الرقابة وتعاطي التجارة . وقد يقتصر دور الدولة على الرقابة دون الممارسة الفعلية للتجارة . فيكون للمشروع الخاص الدور الرئيسي في الحياة التجارية. وأياً كان دور الدولة في النشاط التجاري فإن الفقه مجمع على عدم اعتبارها تاجراً ولا يختلف حكم القانون عن هذا الاتجاه اللهم إلا في بعض الجزئيات.العلة في عدم ثبوت صفة التاجر للدولة أو لمؤسساتها العامة يكمن في أن اكتساب هذه الصفة يتعارض عملياً مع مفهوم الوظيفة التي تقوم بها . فعندما تمارس الدولة أو أحدى مؤسساتها المعنوية العامة النشاط التجاري فإنها تستهدف أساساً من وراء ذلك تقديم خدمة أفضل وتأمين الحاجات العامة بعيداً عن مفهوم الربحية الذي يميز المشروع الخاص. وتشير المادة العاشرة من قانون التجارة الى ذلك صراحة بقولها : "تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الأحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها" . ويلاحظ على تبرير هذا الاستثناء أنه يستند على مفهوم المصلحة العامة علماً بأن هذا المفهوم يعتبر فكرة واسعة يختلف تحديد فحواها سعة وضيقاً تبعاً للمعيار الموضوعي أو التنظيمي الذي ترتكز عليه هذه المصلحة ، مما يضفي بالتالي نوعاً من الغموض في تحديد أبعاد نطاق ممارسة الدولة للنشاط التجاري، وإذا كانت الدولة لا تكتسب صفة التاجر استثناءاً للأسباب التي ذكرت آنفاً، فإن ذلك لا يعني أن الأعمال التجارية التي تزاولها لا تخضع لأحكام قانون التجارة. فأعمال المؤسسات المصرفية وأعمال التأمين و الصناعة والنقل وغير ذلك من الأعمال الأخرى التي نص عليها قانون التجارة تبقى محتفظة بطابعها التجاري حتى لو مارستها الدولة، وتخضع بالتالي للنظام القانوني للعمل التجاري. ويجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن شركات القطاع الاشتراكي تكتسب الصفة التجارية وتعتبر تاجراً بالرغم من تبعية هذه الشركات للدولة، بشرط أن لا تتعارض أحكام هذه الصفة مع طبيعة الخدمات التي تؤديها تلك الشركات. ويستشف ذلك صراحة من نص المادة العاشرة من قانون التجارة. والواقع أن هذه الشركات تزاول نشاطها التجاري وفق المعطيات والمستلزمات التجارية المعتادة والمعتمدة من قبل المنشآت التجارية الأخرى فمن المنطقي إذن اكتسابها صفة التاجر وخضوعها لجميع الواجبات التي تترتب على اكتساب هذه الصفة. على أن ذلك لا يعني أن تخضع شركات القطاع الاشتراكي لجميع أنظمة القانون التجاري . فمن الضروري مثلاً استثنائها من نظام الإفلاس التجاري لأن هذا النظام يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها هذه الشركات وقيامها على مرافق حيوية أو ضرورية للمجتمع وخطط التنمية القومية مما يبرز تماماً استثناءها من احكام ذلك النظام . علماً بأن الدولة هي الضامنة لهذا النمط من الشركات وإفلاس هذه الأخيرة يعني إفلاس الدولة وهذا لا يمكن أن ينص عليه المشرع.

2- الحرفيون

يفرق قانون التجارة بين من يمارس النشاط التجاري على شكل مشروع تجاري مهم من حيث التنظيم المهني وبين من يمارس ذلك النشاط من خلال مهارته الشخصية وبيعه لنتاج مهارته. ويطلق الفقه على من يمارس التجارة بهذه الصيغة مصطلح الحرفيين أو أرباب الحرف الصغيرة . وقد استثنى قانون التجارة صراحة هذه الفئة من الخضوع لأحكامه وبالتالي من اكتساب صفة التاجر .

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة على أنه : "لا يعتبر تاجراً من يمارس حرفة صغيرة " . إن عدم إضفاء المشرع على الحرفي صفة التاجر واستثناءه من أحكام قانون التجارة له في الواقع ما

يبرره ، فمن يستعرض الأعمال التي يقوم بها الحرفيون يتبين له أن هؤلاء إنما يبيعون إنتاجهم الشخصي ولا يستعينون عموماً في تعاطيهم لأعمالهم إلا بعدد محدود من العمال وبآلات ميكانيكية بسيطة . ولذا فإن عنصر المضاربة على العمل أو الآلة يكاد يكون معدوماً بالنسبة لأعمالهم . عليه استثنى الحرفي من اكتساب صفة التاجر حماية له من الالتزامات التي يرتبها القانون على من يكتسب تلك الصفة ، التزامات غالباً ما تكون مرهقة وثقيلة عليه وكذلك لحماية التاجر الصغير من " ضراوة " بعض نظم القانون التجاري . وانطلاقاً من كل ذلك وخشية ان يختلط الحرفي بغيره فقد وضع المشرع . من خلال نص الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من قانون التجارة معياراً يميز بمقتضاه ذو الحرفة عن غيره إذ تنص تلك الفقرة على أنه : " تعتبر حرفة صغيرة كل حرفة ذات كلفة زهيدة يمارسها الشخص مقتصراً في ذلك على نشاطه البدني أو على استخدام آلات ذات قوة محركة صغيرة " . ويستخلص من المفهوم المخالف لهذه القاعدة أن الحرفي قد يتحول الى تاجر متى ما وسع بشكل ملموس في حرفته من حيث استعماله لآلات وأجهزة مهمة أو استخدامه لرأسمال مؤثر أو لعدد كبير من الأيدي العاملة . وعليه له أخذ صاحب ورشة بسيطة للنجارة بشراء كميات وافرة من المواد الأولية اللازمة لصناعته واستخدام عددا مهما من العمال فإنه يكتسب صفة التاجر ولا محل عندئذ لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة الحادية عشرة من قانون التجارة .

ثانياً : ممارسة النشاط التجاري باسم الشخص ولحسابه الخاص

لا يكفي احتراف الأعمال التجارية وحده لاعتبار الشخص تاجراً بل لابد أيضاً من وجوب تعاطي الشخص لهذه الأعمال باسمه ولحسابه الخاص وهذا الشرط بديهي في الواقع لأن التجارة إنما تقوم على الائتمان الشخصي فيجب إذن على من يتعاطى الأعمال التجارية أن يتحمل جميع الآثار والنتائج التي تترتب من جراء قيامه بهذه الأعمال وقد أقر الفقه عموماً هذا الشرط وجعله متمماً لشرط الاحتراف. وعليه لا يمكن أن يكتسب صفة التاجر ما يلي من الأشخاص رغم ممارستهم للعمل التجاري :

أولاً : موظفو المحلات التجارية ومستخدموها لأنهم يعتبرون خاضعون لإرادة صاحب المشروع التجاري وغير مسؤولين بصفة شخصية عن الأعمال التي يقومون بها . ولا يمكن أن يكتسب هؤلاء صفة التاجر حتى لو اشتركوا في جزء من الأرباح أو تولوا إدارة المحل التجاري ذلك لأن طبيعة العلاقة تبقى رغم المشاركة علاقة تبعية يحكمها عقد العمل .

ثانياً : مدير و الشركات المحدودة والشركات المساهمة . إذ أنهم يمارسون العمل التجاري باسم الشركة ولحسابها الخاص بصفة وكلاء لها. وعليه فإن صفة التاجر تثبت للشركة دون المديرين . بيد أن صفة التاجر تثبت لمديري شركات التضامن انطلاقاً من أن ممارسة أعمال هذا النوع من الشركات يتم باسم جميع الشركات المتضامنين ولا تتحدد مسؤولية هؤلاء الشركاء بالحصص المقدمة للشركة بل تتعداها الى جميع أموالهم . ومن هنا فإن نشاط الشركة التجاري ليس إلا نشاط الشريك نفسه . ولذا تكتسب الشركة والشريك في آن واحد صفة التاجر . غير أن الأمر قد يدق في تحديد توفر شرط العمل باسم الشخص ولحسابه الخاص عند مزاولة بعض العمال التجارية التي تتميز بخصوصية معينة كالوكالة بالعمولة والتمثيل التجاري وأعمال الدلالة أو السمسرة. فكل من الوكيل بالعمولة والممثل التجاري والسمسار يقوم في الواقع بإبرام الصفقات لحساب الغير لا لحسابه الخاص ومع ذلك فإن كلا من هؤلاء تثبت له صفة التاجر. وتحليل ذلك يكمن في أن ممارسة هذه الأعمال يستلزم بالضرورة الاستقلال التام عن الغير . فهي أعمال محترفة لذاتها يمارسها الشخص لحسابه الخاص وعلى وجه الاستقلال وتنصرف إليه آثارها حقوقاً وديوناً.

ثالثاً : الأهلية التجارية

لا يمكن للشخص الطبيعي كقاعدة عامة أن يلتزم قانوناً إلا إذا كان أهلا للتعاقد فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص في أحداث الأثر القانوني . وبما ان الأعمال التجارية نوع من التصرفات القانونية فأنه يجب لمن يباشر أن يتمتع بالأهلية اللازمة لها . وعلى هذا لا يكتسب الشخص صفة التاجر ما لم تتوافر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية . وبما أن الأهلية ترتبط بالتمييز والإرادة وأن كلاً من التميز والإرادة تتأثر بالسن وبما يعترضها من عوارض – عوارض لأهلية – قد يؤدي أما الى نقصان

في الأهلية أو تعدمها حتى بعد كمال التمييز فإنه من اللازم أن نتعرض بنقاط ثلاثة لكامل الأهلية ، وغير المميز (الصغير) وأخيراً لناقص الأهلية .

أ- كامل الأهلية :

لم يحدد قانون التجارة سناً معينة للأهلية التجارية . إذ تنص المادة الثامنة من القانون المذكور على أنه : " يشترط في التاجر أن يكون متمتعاً بالأهلية ... " ومن الواضح أن حكم هذا النص إنما جاء طبقاً للمبادئ التي قررها قانون اصلاح النظام القانوني عند رقم 35 لسنة 1977 التي تقرر : " توحيد الحكام المتعلقة بالأهلية في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني ابتغاء التنسيق فيما بين المسائل المتشابهة " . عليه والحالة هذه إذن الرجوع الى أحكام القانون المدني الخاصة بالأهلية وبمقتضى نص المادة 106 من القانون المدني أن : " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة " . ولابد من الإشارة هنا الى أن المشرع العراقي يفرق بهذا الصدد بين الأجنبي والعراقي في تعاطي التجارة . فلا يحق لأجنبي ممارسة النشاط التجاري إلا وفق القواعد الخاصة التي يقررها قانونه الشخصي أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. فأهلية الأجنبي لا تخضع لقانون الموطن. وإنما تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته . غذ تقرر الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشرة من القانون المدني أنه : " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته " ومع ذلك فإن المشرع العراقي يورد استثناء بهذا الخصوص هو : " في حالة التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية ". ويتفق الرأي على أن من جملة الأسباب الخفية التي ينصرف إليها مفهوم النص أن يكون الأجنبي مثلاً " محجوراً عليه لعارض من عوارض الأهلية التي أنشأها قانونه الشخصي " . أو أن القانون الأجنبي يحدد لبلوغ الرشد سناً أعلى من تلك التي حددها القانون العراقي. ففي مثل هذه الفرضيات يعتبر الأجنبي المتعاقد مع العراقي كامل الأهلية اللهم إلا إذا ثبت سوء نية من تعاقد من الأجنبي . بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون الموطن وليس قانون جنسية الأجنبي . ويبرر هذا الاستثناء كما يرى بعض الفقه بمعطيات متعددة أهمها أن " فرض العلم لا يلازم القانون الأجنبي كما يلازم القانون الوطني " وعليه ينزل " الأول من مرتبة القواعد القانونية الى مرتبة الوقائع " وأن من الضروري حماية مصلحة وحقوق المتعاقد والوطني وعدم الإخلال باستقرار التعامل . على أنه يجب أن لا يستخلص مما تقدم بأن توفر شرط الأهلية لوحده في الأجنبي يمكنه من ممارسة النشاط التجاري في العراق إذ يجب فوق ذلك وبحكم القانون أن يحصل الأجنبي الذي يرغب المتاجرة في العراق على إذن وموافقة الجهة الإدارية المختصة في القطر ، وأن لا يتعارض نشاطه التجاري فوق ذلك مع متطلبات خطط التنمية . إذ يقرر الشطر الثاني من المادة الثامنة من قانون التجارة أنه " ويجوز لغير العراقي أن يمارس العمل التجاري وفقاً لمتطلبات خطة التنمية وبإذن من الجهة المختصة " ودون الإخلال أيضاً بالقواعد الواردة في القوانين الأخرى التي تنظم مزاولة العمل والمهن في العراق كقانون العمل مثلاً . وإذا كانت القاعدة أن أتم الثامنة عشرة سنة ولم يتأثر بعوارض الأهلية . يكون كامل الأهلية وأهلاً للإتجار فإن القانون العراقي يعتبر من جهة أخرى واستثناء أن من أتم الخامسة عشرة من العمر وكان متزوجاً في هذه السن ، في مرتبة كامل الأهلية فبمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 أنه : " يعتبر من أكمل الخامسة عشرة تزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية " . وعلى هذا فإن بإمكان المتزوج بهذه السن بإذن من القضاء أن يمارس جميع صور النشاط التجاري دون استثناء أو تمييز شأنه في ذلك شأن البالغ سن الرشد المقرر قانوناً . هذا ولا مجال للتميز في الحكم عندنا – في التشريع التجاري أو المدني – بين الرجل والمرأة بصدد الأهلية اللازمة لتعاطي التجارة . فيحق للعراقية متى ما أتمت الثامنة عشرة متزوجة كانت أم غير متزوجة احتراف النشاط التجاري واكتساب صفة التاجر . ولا يعتبر هذا الحكم في الواقع إلا تطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء التي اعترفت للزوجين عند الزواج باستقلال مالي تام عن الآخر واحتفاظ كل منهما بملكيته لأمواله وإدارتها بحرية واستقلال كاملين .إلا أن الأمر يختلف من جهة أهلية ممارسة الأجنبية المتزوجة للتجارة في العراق . فبالإضافة للشروط التي ذكرناها آنفاً – حصول الإذن من الجهة المختصة في العراق وأن يكون النشاط التجاري ملائماً لمتطلبات خطة التنمية – فإنه يجب الرجوع الى قانونها الشخصي لتحديد مدى أهليتها لممارسة التجارة فإذا كان ذلك القانون يمنحها كامل الحرية لممارسة التجارة كان لها أن تمارسها في العراق أما إذا كان قانون جنسيتها يقيدها بوجوب الحصول على إذن من الزوج أو من غيره – كإذن القضاء مثلا – وجب استفياء تلك الشروط

لتتمكن من تعاطي التجارة في العراق. ولابد فيما إذا استوفيت هذه الشروط من تسجيلها في السجل التجاري لغرض إشهارها لكي تسري بحق الغير . وإذا طرأ أي تعديل عليها فإنه يلزم أيضاً تأشير ذلك التعديل وإشهاره كي يمكن الاحتجاج به على الغير . والواقع أن من شأن التسجيل والإشهار لهذه القيود الكشف للغير أولا عن مدى حرية الأجنبية في التعاقد وعن مدى ضمان الدائنين على أموال مدينهم من جهة أخرى ، وفيما إذا كانت الأجنبية المتزوجة قد تزوجت وفقاً لنظام انفصال الأموال أو اختلاط الأموال

2. الصغير غير المميز

الصغير غير المميز (ويلحق بحكمه المحجوز عليه) لا يمكنه إطلاقاً مباشرة النشاط التجاري . وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً . ومع ذلك فقد يؤول للصغير غير المميز (ممن لا يجوز له الإذن) عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية ، ملكية محل تجاري أو حصة في مشروع تجاري فهل يجوز الاستمرار في النشاط التجاري المترتب على استغلال الملكية للصغير ؟ تعرض قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983 لهذه الحالة بصورة غير مباشرة . فبمقتضى نص المادة 67 منه : " إذا توفي المساهم في الشركة المساهمة والمحدودة انتقلت ملكية أسهمه الى ورثته بحسب أنصبتهم في القسام الشرعي .. " " وتقرر الفقرة الأولى من المادة 70 أنه : " إذا توفي الشريك في الشركة التضامنية تستمر الشركة مع ورثته . أما إذا عارض الوارث من يمثله إن كان قاصراً أو سائر الشركاء الآخرين أو حال دون ذلك مانع قانوني فإن الشركة تستمر بين الشركاء الباقين ولا يكون للوارث إلا نصيب مورثه في أموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع إليه نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد وذلك من حقوق للشركة إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة وفي كل الأحوال يجب تعديل عقد الشركة بما يتفق ووضعها الجديد أو تحويلها الى مشروع فردي إذا لم يبق غير شريك واحد " وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه : " إذا توفي مالك الحصة في المشروع الفردي وأن له أكثر من وارث يرغب في المشاركة فيها ولم يكن هناك مانع قانوني . وجب تحويله الى أي نوع آخر من الشركات المنصوص عليها في هذا القانون " وعلى هذا فإنه يجوز إذن الاستمرار في النشاط التجاري في حالة تملك الصغير غير المميز حصة في مشروع تجاري (شركة تجارية) على أن يكون للصغير نائباً عنه ، وبشرط أن يكون في الاستمرار بالنشاط التجاري تحقيق مصلحة الصغير. ولابد من التنويه هنا الى أن قانون الشركات التجارية الملغى رقم 31 لسنة 1957 ومن خلال نص المادة 216 كان يقرر بأنه : " يجوز إذا ورث الصغير حصة في شركة تضامن استمرار الشركة معه على أن يعتبر شريكاً موصياً (غير متضامن) ولا يسأل عن التزمات الشركة إلا في حدود الحصة التي ورثها " . وطبقاً لأحكام شركة التوصية في القانون المذكور فإن الصغير لا يعد تاجراً رغم استمرار النشاط التجاري ولا يعد مسؤولا إلا في حدود الحصة التي يملكها. أما إذا كان الملكية التي آلت للصغير عن طريق الإرث هي ملكية فردية محضة (ملكية محل تجاري) فإنه لا يمكن الاستمرار في الاستغلال التجاري أو إيقافه إلا بناء على قرار من مديرية رعاية القاصرين يستند في الحالتين على الظروف التي فرضها مصلحة الصغير فللمديرية المذكورة هنا سلطة تقديرية أساسها التحري عن مصلحة الصغير . وعلى ضوء تلك المصلحة تقرر إما الاستمرار في الاستغلال التجاري أو إيقافه وتصفية تلك الملكية . ويستشف ذلك من أحكام قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 إذ تقرر الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة 78 على أن طلب تملك المال المنقول من قبل أحد الورثة الكبار أو طلب من يقوم مقام القاصر تمليك القاصر مالاً منقولاً في تركه لا يمكن أن يتخذ قرار بشأنه إلا إذا لم يوجد في ذلك ضرر للقاصر. وإذا تقرر أن مصلحة القاصر تستوجب الاستمرار بالاستغلال التجاري فإنه يجب أن يعين عندئذٍ نائباً عن القاصر وللقضاء في نفس الوقت ، وحسب مقتض الحال ، أن يمنح النائب تفويضاً مطلقاً أو مقيداً بالأعمال التي يفرضها الاستغلال التجاري على أن يؤخذ بنظر الاعتبار القيود المقررة في نص المادة الثالثة والأربعين من قانون رعاية القاصرين . فلا يجوز مثلاً للولي أو الوصي أو القيم مثلاً مباشرة " حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين " أو " الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر " إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة . " الفقرتان الثالثة الرابعة من المادة الثالثة والأربعين من قانون رعاية القاصرين " بيد أن للقضاء سحب التفويض الممنوح للنائب أو تقييده إذا تبين أن إدارة النائب تؤدي الى الإضرار بمصلحة الصغير . على أن لا يخل القرار المتخذ بالحقوق التي اكتسبها الغير الحسن النية . ومهما يكن من أمر وأيا كان رأي القضاء فإنه يجب حسب تقديرنا تسجيل القرار المتخذ بشأن الصغير في السجل التجاري والحكمة من عملية التسجيل هي ضمان لحقوق القاصر ولحقوق المتعاملين ابتداء مع من يمثل القاصر وذلك لأن عملية التسجيل في السجل التجاري ما هي في الواقع إلا عملية إشهار يتم من خلالها التعريف بمسؤولية

القاصر المحدودة . وإذا كان من الممكن الاستمرار في استغلال الملكية التجارية للقاصر . فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الآثار التي تترتب على استغلال النائب لهذه الملكية . هل يكتسب النائب أم القاصر صفة التاجر ؟ الأصل في القواعد العامة أن جميع آثار التصرفات التي يقوم بها الوكيل أو النائب تنصرف الى ذمة الأصيل المالية ويلزم بها وبما أن تصرفات النائب في استغلاله للملكية التجارية تنصرف الى ذمة الصغير المالية فإنه لا يترتب على ذلك الاستغلال اكتساب النائب عن الصغير لصفة التاجر طالما أنه يزاول العمل التجاري باسم ولحساب شخص آخر ، وصفة التاجر تقتضي كما قدمنا تعاطي العمل التجاري باسم الشخص نفسه ولحسابه الخاص . عليه لا يمكن أن يكتسب النائب عن الصغير صفة التاجر . أما الصغير فإنه يكتسب صفة التاجر لكونه أصيلاً ، ولو أن بعض الاجتهادات الفقهية تذهب الى عدم اعتبار الصغير تاجراً لنقص في أهليته ولأن قواعد الأهلية تتعلق بالنظام العام. لأن من الواضح أن جميع التصرفات التي يقوم بها النائب لا تنصرف إلا لذمة الصغير المالية . وسوف يكون من غير المنطقي أيضاً عدم اعتبار أي منهما تاجراً في الوقت الذي يعتبر فيه العمل تجارياً بطبيعته وممارساً باستمرار عليه فإننا نرى اكتساب الصغير صفة التاجر ويمكن بالتالي شهر إفلاسه . على أن الإفلاس يقتصر أثره هنا على الأموال المستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الأخرى وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية . كما لا تأثير للأفلاس على شخصه فلا يجوز حبسه أو اعتباره مفلساً بالتقصير.

3. القاصر المأذون

يجيز القانون لمن أكمل الخمسة عشرة سنة ، ولم يبلغ الثامنة عشرة ، تعاطي التجارة في جزء من أمواله بشرط أن يحصل على إذن من وليه وترخيص من القضاء ويستفاد هذا الحكم من نص المادة 98 من القانون المدني التي تقضي من خلال فقرتها الأولى بأن : " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً " ومن فحوى هذا النص يتضح أولاً أن القاصر الذي أكمل الخامسة عشرة لا يستطيع ممارسة النشاط التجاري إلا إذا أذنه وليه بالاتجار . وولي القاصر بمقتضى نص المادة السابعة والعشرون من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 هو " أبوه ثم المحكمة " وبمقتضى القانون المدني هو أبوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة . ويجوز للولي إذا اقتضى الأمر ذلك إن يسحب الأذن الذي منحه للصغير لممارسة التجارة. إلا أن وفاة الولي أو عزله عن ولايته لا يؤدي الى إبطال الإذن الممنوح للقاصر وإذا امتنع الولي عن منح الإذن اللازم للقاصر فإن للمحكمة عندئذ أن تأذن له . وفي هذه الحالة يكون من اختصاصها فقط إبقاء الإذن أو سحبه. وإذن الولي لوحده لا يكفي في الواقع لممارسة القاصر العمل التجاري ، بل لابد بالإضافة على ذلك من إذن المحكمة . والتشدد هنا لا يحتاج الى تأويل نظراً لما ينطوي عليه النشاط التجاري من مخاطر قد تلحق بالقاصر ولذا فإنه لا يمكن أن يسمح له به إلا إذا حصلت موافقة القضاء إضافة لإجازة الولي . ويكون الإذن الممنوح للقاصر مطلقاً أو مقيداً . فيجوز أن يكون الإذن مطلقاً يشمل جميع صور النشاط التجاري دون استثناء أو تخصيص وقد يكون مقيداً بنوع معين من النشاط التجاري . كأن يقتصر الإذن على ممارسة القاصر لأعمال شراء المنقول وبيعه أو أعمال التوريد دون غيرها من أنواع الأعمال التجارية . غير أنه لا يجوز أن يرد الإذن مطلقاً كان أم مقيداً على جميع أموال القاصر . بل ينصرف في جميع الأحوال الى جزء محدد من أمواله حماية القاصر وتجربة له . فإذا بلغ سن الرشد تدفع له حينئذٍ جميع أمواله ويكون في إمكانه عند ذاك استغلال تلك الأموال دون قيد في الميدان التجاري. وتعليل هذا الحكم يكمن في ضرورة حماية مصلحة القاصر طبقاً للغرض المقصود من وضع نص المادة 98 من القانون المدني . ذلك أن المشرع قد توخى من خلال النص المذكور (إعطاء الفرصة) للقاصر لتعاطي التجارة بجزء من أموله (تجربة له) فلا يمكن والحالة هذه إذن منح القاصر حرية استخدام جميع أمواله لممارسة التجارة وإلا نكون قد فوتنا على المشرع الغرض الذي يهدف إليه ، ألا وهو حماية القاصر . وأياً كان نطاق الإذن فإن القاصر المأذون يصبح بمنزلة كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة وعلى ذلك فإن جميع أعماله من بيع وشراء واقتراض وتقاضي وصلح وتحكم . تعتبر صحيحة دون حاجة الى إجازة من وليه ولا تعتبر هذه التصرفات باطلة حتى لو لحقه من جراءها غبن فاحش . وإذا احتراف أحد الأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر ، ويخضع عندها لجميع الالتزامات والقيود التي تترتب على اكتساب تلك الصفة . فتطبق قرينة التجارية على أعماله كما يجوز إشهار إفلاسه إذا توقف عن أداء ديونه التجارية . وقد أثار مدى مسؤولية القاصر المأذون عن الديون التجارية – مدى آثار إشهار الإفلاس خلافاً فقهياً متميزاً إذ يذهب البعض الى أن مسؤولية القاصر عن تلك

الديون لا يمكن أن تتعدى دائرة الأموال الداخلة في الإذن . وعليه فإن آثار الإفلاس لا يمكن أن تمتد الى امواله الأخرى وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية كما لا يمكن ان تشمله آثار الإفلاس الشخصية كالحبس والحرمان من الحقوق المهنية حماية للقاصر ورأفة به . بينما يرى البعض الآخر بأن آثار الإفلاس يجب ان تمتد الى جميع أموال القاصر شأنه في ذلك شأن كامل الأهلية ويستند هذا الرأي على حجتين أساسيتين :

الأولى : ان حصر آثار الإفلاس بالأموال الداخلة في نطاق الإذن يؤدي الى إضعاف الثقة بالقاصر وتقليل الائتمان بتجارته.

الثانية لا يجوز إعطاء نفس الحكم المقرر بشأن حالة الصغير الذي آلت إليه ملكية تجارية ، والذي يقصر آثار الإفلاس على اموال الصغير المستثمر فقط في التجارة حماية ورأفة به . إذ أن تلك الحالة استثناء وبما أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الاستثناء فمن الواضح إذن عدم " مد حكم " هذه القاعدة على حالة المأذون بالتجارة. والراجح كما نرى بهذا الصدد أن مسؤولية القاصر المأذون عن الديون يجب ان تكون مقيدة بحدود أمواله الداخلة في نطاق الإذن . صحيح في الواقع أن مثل هذا الحل قد يؤدي الى إضعاف ائتمان القاصر لدى الغير . بيد أنه يجب أن يلاحظ بأن ذلك الائتمان ضعيف في واقع الأمر بطبيعته " ولو كان الإذن مطلقاً " طالما أن سحب الإذن الممنوح للقاصر جائز في كل وقت من جهة أخرى فإن نص المادة 98 من القانون المدني . الذي يحكم بالتخصيص حالة الصغير المأذون وضع لغرض حماية ذلك الصغير . إذ لم يجز النص المذكور كما رأينا ممارسة الصغير للنشاط التجاري إلا على سبيل التجربة وبجزء من أمواله ولذا فإن حصر آثار الإفلاس بالأموال المستغلة في التجارة دون غيرها يعد أكثر تماشياً مع روح النص المذكور وأكثر تحقيقاً لغرض المشرع من حماية القاصر المأذون . إذا توافرت الشروط المتقدمة الشروط المتقدمة فإن الشخص يكتسب الصفة التجارية بحكم القانون . بيد أن قانون التجارة أورد حكماً بمقتضاه أجاز للسطلة تحديد نوع العمل التجاري الذي يمكن أن يمارسه التاجر ، وتحديد نطاق ذلك العمل على ضوء مستلزمات خطة التنمية . إذ تقرر الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه : " للوزير المختص أن يحدد نوع ونطاق العمل التجاري الذي يمكن أن يمارسه التاجر بما يكفل تنفيذ خطة التنمية " . أن مضمون هذا النص ليس شرطاً من شروط اكتساب الصفة التجارية وإنما هو نوع من القيود الضرورية التي ترد على حرية ممارس النشاط التجاري وهذا القيد له ما يبرره في الواقع إذ لا يمكن أن يتم تعاطي التجارة دونما ضابط وبصورة عشوائية في الوقت الذي تسعى الدولة من خلاله الى تنظيم الاقتصاد وكفالة سيره بما يخدم الاقتصاد الوطني. فهو إذن صورة من صور تدخل الدولة في النشاط التجاري. ويترتب على ما تقدم أن للوزير المختص السلطة في رفض العمل التجاري أو تحديد نطاق ذلك العمل إذا تبين أن المصلحة العامة توجب ذلك الرفض أو تستلزم ذلك التحديد وعلى التاجر تبعاً لذلك أن يأخذ بنظر الاعتبار مستلزمات التخطيط الاقتصادي بجانب الاعتبارات الأخرى عند ممارسته للنشاط التجاري ولابد من الإشارة أخيراً الى أنه لا تأثير لهذا القيد على الصفة التجارية للتاجر .

ثانيا/ ((التاجر الشخص المعنوي_ الشركة التجارية))

لا يقتصر احتراف التجارة ، على الشخص الطبيعي فقط بل قد يحترف هذا النشاط ايضاً الشخص المعنوي وينصرف مفهوم الشخص المعنوي هنا الى الشركة عموماً . وإذا احترفت الشركة العمل التجاري فإنها تكسب صفة التاجر شأنها في ذلك شأن الفرد لا فرق بينهما . ومع ذلك فإن الشركة كشخص معنوي قد لا تحترف بالضرورة النشاط التجاري ، بل قد تمارس العمل المدني ، مما يؤدي بالتالي ال صعوبة اعتبارها تاجراً واكتسابها لهذه الصفة . ويعتمد الفقه بهذا الصدد معيارين مختلفين للتمييز بين الشركة التجارية والشركة المدنية. فبمقتضى المعيار الأول – وهو معيار موضوعي – فإن الشركة لا تعتبر تاجراً إلا إذا احترفت العمل التجاري بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه . وتطبيقاً لذلك تعتبر مدنية ولا تكتسب صفة التاجر الشركات التي تباشر الاستغلال الزراعي والشركات التي تتكون بين عدد من أفراد مهنة واحدة ، كشركة تتكون من عدد من المحامين أو المهندسين . أما المعيار الثاني – وهو معيار شكلي – فبمقتضاه تعتبر الشركة تجارية لمجرد اتخاذها شكلاً تجارياً أيا كان الغرض منها فسواء كان العمل الذي تقوم به تجارياً أم مدنياً فإن الشركة تعتبر تاجراً من لحظة اتخاذها أحد أشكال الشركات التجارية . والظاهر من نصوص قانون التجارة أن المشرع العراقي قد اعتمد المعيار الموضوعي في تقرير تجارية الشركة من مدنيتها إذ تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون

التجارة على ما يلي : " يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون. والشركات التي تتمتع الشخصية المعنوية بمقتضى قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983 هي : الشركات المساهمة ، الشركات المحدودة ، الشركات التضامنية والشركات البسيطة التي تم من خلالها إلغاء شركة التوصية البسيطة واستثناء يعتبر المشروع الفردي شكرة تتألف من شخص طبيعي واحد . يضاف الى ذلك الشركات المختلطة . ويعد هذا القانون كما بينا آنفاً قانون الشركات عموماً من تجارية ومدنية ، وليس قانون بعض الشركات التجارية الخاصة والمختلطة كما يذهب البعض. عليه فإن كل شركة اتخذت أحد الأشكال المبينة آنفاً لا تعتبر بحكم القانون شركة تجارية وتاجراً إلا إذا كان موضوعاً تجارياً فلو كانت الشركة مثلاً شركة زراعية مساهمة فإنها لا تكتسب الصفة التجارية لأن موضوعها هنا موضوعاً مدنياً . يستخلص مما تقدم إذن أن المشرع العراقي قد استبعد تماماً المعيار الشكلي كقاعدة لإضافة صفة التاجر على الشركة التي تتخذ أحد صور الشركات المحددة في قانون الشركات والتي لا يكون موضوعها عملاً تجارياً .

واجبات التاجر

على التاجر 4 واجبات بموجب قانون التجارة النافذ والقوانين الأخرى السائدة وهي:
* التسجيل في السجل التجاري
*اتخاذ أسم تجاري
*مسك الدفاتر التجارية
*الامتناع عن المنافسة غير المشروعة

المطلب الأول/ التسجيل في السجل التجاري

مفهوم السجل التجاري :

السجل التجاري نظام اخذت به معظم الدول كأداة لازمة للإشهار في المواد التجارية ولو أننا أردنا تعريف السجل التجاري بشكل عام وشامل لأمكننا القول بأنه عبارة عن : " سجل عام تمسكه جهة رسمية معدة لتدوين جميع البيانات التي تتعلق بالمؤسسات التجارية والتجار ، ولإثبات ما يطرأ على هذه المؤسسات وعلى أصحابها من تغييرات مادية وقانونية " . وتعرف المادة السابعة والعشرون من قانون التجارة وضمن السياق والوارد أعلاه السجل التجاري بأنه : " سجل عام تنظمه الغرف التجارية والصناعية لقيد ما أوجب القانون على التاجر أو ما أجاز له قيده من بيانات تحدد هويته ونوع النشاط الذي يمارسه والتنظيم الذي يجري أعماله بموجبه وكل ما يطرأ على ذلك من تغيير " . وللسجل التجاري أهمية تختلف في الواقع باختلاف الفكرة التي أدت الى وضعه والأخذ بنظامه في بلد عن آخر . فهناك من الدول من تعتبر السجل التجاري نظام قانوني موضوعي تكتسب من خلال القيد فيه الصفة التجارية . فبمفهوم المشرع التجاري الألماني مثلاً ، يعتبر القيد في السجل شرطاً لاكتساب صفة التاجر . ويمكن ان يحتج بالبيانات المختلفة والمقيدة فيه على الغير ولو كان يجهلها ، بينما لا نرى بعض القوانين التجارية الأخرى في السجل نظاماً أساسياً من نظم القانون التجاري . فلا يؤدي التسجيل بحكم القانون الفرنسي مثلا الى إسباغ الصفة التجارية على كل شخص سجل في السجل بل أن القيد في السجل لا يعتبر بمفهوم القانون المذكور سوى قرينة قانونية بسيطة على اكتساب الشخص للصفة التجارية ، وترك أمر تحديد هذه الصفة الى القواعد المقررة في القانون التجاري . أما البيانات المسجلة فيه فليس لها ، كذلك سوى حجية نسبية بالنسبة للغير وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية ، من جملتها قانون التجارة العراقي بهذا الاتجاه . ومهما يكن من أمره فإن للسجل كتنسيق ونظام قانوني أهمية خاصة يمكن حصرها بما يلي :

1. السجل التجاري يعتبر أولاً ، أداة استعلامية هامة. إذ انه يبيح للغير الحصول على معلومات عن كل مؤسسة تجارية أو مشروع تجاري فردي أو جماعي لغرض الاطمئنان على سلامة المعاملات والعقود قبل إبرامها مع المؤسسة أو المشروع التجاري وتقرر المادة الثلاثون من قانون التجارة هذه الوظيفة صراحة بقولها : " يقوم السجل التجاري على مبدأ العلانية فيجوز لكل مواطن أن يطلب الاطلاع على محتوياته وأن يحصل على صورة مصدقة من هذه المحتويات مقابل رسم يحدده الجدول الملحق بهذا القانون " .

2. يعتبر السجل التجاري من جهة ثانية أداة إحصائية فعاله للدولة . إذ تتمكن من خلاله الحصول على إحصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث أهمية رؤوس الأموال المستغلة فيها ونسبة المؤسسات التجارية ، فردية كانت أم جماعية ، وجنسية كل منها وانواع النشاط التجاري المختلفة ومعرفة حجم المشروعات التي يقوم القطاع الخاص وغيره بتنفيذها .

3. يؤدي السجل كذلك وظيفة اقتصادية تلعب دوراً ملموساً في عملية التخطيط الاقتصادي إذ يستطيع السجل بوصفه أداة إحصائية أن يهيئ جميع البيانات اللازمة لعملية التخطيط الاقتصادي وتوجيهه للنشاط التجاري وفقاً لمتطلبات الاقتصاد الوطني الآنية والمستقبلية .

4. يؤدي السجل التجاري أخيراً وظيفة إشهار في المواد التجارية " الوظيفة القانونية . إذ تعتبر البيانات

المدونة فيه ، بالضرورة حجة على الغير وبالمقابل فإنه لا يمكن الاحتجاج ببيان لم يقيد في السجل على الغير ما لم يكن يعلمه عن طريق آخر .

لقد أفرد قانون التجارة لدينا فرعاً خاصاً للسجل التجاري هو الفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الثاني مؤلفاً من اثنتي عشرة مادة قانونية حاول المشرع من خلالها رسم صورة كاملة دقيقة قدر الإمكان لمركز التاجر الفرد والمؤسسات التجارية .

ولغرض دراسة هذه الأحكام بشكل متكامل فإننا سنتعرض بالتتابع للمواضيع التالية:-

1. تنظيم السجل . 2. شروط التسجيل .

3. البيانات الواجبة التسجيل . 4. شطب القيد في السجل .

5. الآثار القانونية للتسجيل . 6. الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة أحكام السجل .

أولا : تنظيم السجل التجاري :

يقضي قانون التجارة بأن : " تتولى الغرف التجارية والصناعية المهام المتعلقة بالسجل المنصوص عليها في هذا القانون ويكون رئيس الغرف التجارية والصناعية المختصة مسجلاً للأسماء التجارية ومسؤولا عن السجل التجاري فيها " . عليه فإن جهة الإشراف على السجل هي الغرف التجارية والصناعية في القطر . ويعتبر رئيس الغرفة التجارية والصناعية هو المسؤول المباشر عن السجل . فهو المسجل التجاري ومسجل الأسماء التجارية في آن واحد . وبمقتضى نص المادتين 28و29 من قانون التجارة يكون السجل التجاري للتجار على نوعين :

أولاً : سجل إسمي ويسجل فيه التجار بأسمائهم .

ويكون هذا السجل الاسمي حسب تقديرنا مرتباً حسب الحروف الأبجدية ويتضمن أسماء كافة التجارة أفراداً أو شركات .

ثانياً : سجل نوعي يصنف فيه التجار حسب نوع نشاطاتهم ويتضمن هذا السجل جميع أسماء التجار ، نوع العمل التجاري الممارس قبلهم وعلى ضوء ذلك يفهرس السجل. ويجب فوق ذلك وبحكم القانون على الاتحاد العام للغرف التجارية والصناعية العراقية الاحتفاظ بسجلات إسمية ونوعية عامة ومركزية تتضمن البيانات المقيدة في سجلات الغرف التجارية والصناعية المختصة . ويعتبر هذا السجل المركزي في الواقع ذو أهمية كبيرة . إذ يمكن عن طريقه الحصول على المعلومات المتعلقة بالنشاط التجاري الذي يمارس على كافة أنحاء القطر . وتلزم غرف التجارة والصناعة المذكورة أعلاه بعملية نشر خلاصة للبيانات التي تنص القانون على تدوينها في صحيفة دائرة السجل التجاري . فبمقتضى نص المادة الحادية والثلاثون من قانون التجارة " على الغرفة التجارية والصناعية المختصة القيام بنشر خلاصة عما يقيد في السجل من بيانات في نشرة تتولى إصدارا لهذا الغرض " . ويخول قانون التجارة المسجل ، من جهة أخرى السلطة في أن يتحقق من صحة البيانات الواردة في السجل ومطابقتها للحقيقة وواقع الحال . بمعنى أنه لا يجوز تدوين البيانات كما هو دون تدقيق وفحص إذ قد تكون تلك البيانات وهمية غير حقيقية مما يستوجب بالتالي رفض قيدها أو تعديلها وتأسيساً على ذلك نستطيع القول بأن المسجل السلطة في أن يتحقق من توافر الشروط اللازمة للقيد ، أي أن له الحق فيرفض القيد في السجل على أن يكون الرفض مسبباً بيد أن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يجوز لذوي العلاقة الطعن في قرار المسجل إذا كان هذا القرار سلبيا ؟ لا تبيح أحكام قانون التجارة بالإباحة على هذا السؤال بالإيجاب. وإنما يتضح من هذه الأحكام بأن قرار المسجل بالرفض متى ما ظهر له بأن طلب القيد غير موافق للقانون هو قرار قطعي لا يمكن الطعن فيه أمام أي جهة من الجهات إدارية كانت أم قضائية . ويجوز بحكم القانون لأي شخص أي يحصل من دائرة السجل على صورة من القيد . إذ تقرر المادة الثلاثون من قانون التجارة على ما يلي : " يقوم السجل التجاري على مبدأ العلانية فيجوز لكل مواطن أن يطلب

الاطلاع على محتوياته وأن يحصل على صورة مصدقة من هذه المحتويات مقابل رسم يحدده الجدول الملحق بهذا القانون " . ولكن ما الحكم عند عدم وجود قيد في السجل ؟ . لم يتعرض قانون التجارة في الواقع لهذه الحالة ، بينما خول قانون التجارة الملغى دائرة السجل التجاري عند عدم القيد إعطاء شهادة سلبية بعدم حصول القيد ونرى حسب تقديرنا بأن يؤخذ بهذا الحكم . فلا ضير من أن تصدر دائرة السجل شهادة بعدم حصول القيد عند عدم القيد فيه فعلا ، وذلك مراعاة وحفظاً لمصلحة الغير . هذا ولابد أخيراً من التنويه الى أن المشرع لم يكتف بإعطاء الغير حق الاطلاع على محتويات السجل التجاري بل أوجب على التاجر والمؤسسات التجارية الملزمة بالتسجيل ذكر رقم القيد في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري المقيد فيه.

ثانياً : شروط التسجيل في السجل التجاري .

لا يلتزم بالقيد في السجل التجاري إلا الشخص الذي اكتسب صفة التاجر . فلا يقع هذا الواجب على الافراد الذين يمارسون النشاط التجاري عرضاً ويستوي الأمر هنا بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي الشركة التجارية وسواء أكانت الشركة من شركات القطاع الخاص أو المختلط أو من شركات القطاع الاشتراكي ما عدا شركات المحاصة فإنها لا تخضع لنظام السجل ولو كانت تجارية ، لأن هذه الشركات مستترة وليس لها الشخصية المعنوية. ولا تتميز كذلك في جنسية طالب القيد . فسواء كان عراقياً أم أجنبياً فإنه ملزم بالقيد في السجل التجاري . ويشترط من ناحية ثانية أن يكون لمحترف النشاط التجاري محل تجاري في العراق. فإذا لم يكن له محل في العراق فلا التزام عليه القيد في السجل ولذا لا يقع واجب التسجيل على التاجر المتجول . ويشترط أخيراً أن يتم التسجيل وفق طلب خطي يقدم من ذوي العلاقة الى دائرة السجل وفقاً للصيغة التي نص عليها القانون وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ افتتاح المحل التجاري أو من تاريخ تملك المحل التجاري . فإذا كان الطلب موافقاً من حيث الشكل والصيغة لأحكام القانون وكانت البيانات المذكورة فيه صحيحة وجب عندئذ على المسجل قبول الطلب وتأشيره في السجل حسب الأصول .

ثالثاً : البيانات الواجبة التسجيل في السجل .
كل طلب يقدم الى دائرة السجل يجب أن يتضمن بيانات معينة تعكس بمجملها وضع طالب التسجيل من حيث حالته المدنية والتجارية والتعرض لهذه البيانات يقتضي التفريق بين الحالات التي يكون فيها طالب التسجيل شخصاً طبيعياً أو شخص معنوياً ويقع على عاتق القضاء أيضاً واجب تأشير بعض البيانات التي تترتب نتيجة إصدار أحكام من قبله بحق الشخص الطبيعي أو المعنوي بمناسبة النشاط التجاري .

أ- البيانات الخاصة بالشخص الطبيعي .

يجب أن يميز هنا بين ما إذا كان مركز نشاط التاجر الفرد في العراق وله فروع في أنحاء القطر ، وبين حالة ما إذا كان مركز النشاط في الخارج وله فروع في العراق

1. مركز نشاط التاجر في العراق .

يمكن تقسيم البيانات التي يجب أن يتضمنها طلب التسجيل في هذه الحالة الى أقسام ثلاث :

أ- بيانات تتعلق بشخص التاجر .

ب- بيانات تتعلق بالنشاط التجاري .

جـ- بيانات تتعلق بالمحل التجاري .

والبيانات التي تتعلق بشخص التاجر هي : الاسم وتاريخ ومحل الميلاد والجنسية ، مع تأشير الحكم الصادر بفقد أهلية التاجر أو نقصانها مع بيان اسم من عين نائباً عنه ، والحكم باسترجاع التاجر أهليته . وإذا كان للتاجر فروع لمحله التجاري في العراق فإن عليه أن يبين ما يلي : أسماء وكلاءه " إن وجدوا "

وتاريخ ومحل ميلاد كل منهم وجنسيته وعند قيامه بافتتاح فرع فيجب تسجيل اسم مدير الفرع وتاريخ ومحل ميلاده وجنسيته. أما البيانات التي تتعلق بالنشاط التجاري فإنها تنصب على تبيان طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه فعلا مشغل المشروع التجاري ، كأن يكون الاستيراد والتصدير مثلاً أو أعمال النقل أو التأمين وما الى ذلك من أنواع النشاط التجاري المختلفة. أما البيانات التي تتعلق بالمحل التجاري فهي تاريخ افتتاح المحل التجاري أو تاريخ تملكه ، الاسم الجاري عنوان مركز التاجر الرئيسي وعناوين الفروع التابعة له سواء كانت في العراق أو في خارجه ، وعناوين المحال التجارية الأخرى التي تعود للتاجر ونوع التجارة التي يمارسها في كل منها .

ويلزم القانون بتأشير كل تبديل أو تعديل يطرأ في البيانات المذكورة آنفاً على أن يتم التأشير من خلال طلب يقدم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصرف القانوني أو الحكم أو الواقعة التي تستلزم هذا التأشير.

2. مركز نشاط التاجر خارج العراق وله فروع فيه .

تقرر الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والثلاثين ما يلي :

" إذا كان للتاجر مركز رئيسي في خارج العراق وفرع في داخله فعلية أن يشير في طلب قيد الفرع الى الإجازة الصادرة له بممارسة نشاطه في العراق " . ولا يعني هذا النص ، حسب تقديرنا أن واجب التاجر يقتصر هنا على تأشير الإجازة الصادرة له من السلطة المختصة لممارسة التجارة في العراق . كما قد يترأى للوهلة الأولى من النص بل يجب عليه فوق ذلك أن يؤشر في السجل البيانات التي تفيد بالنسبة لشخص التاجر (بحالته المدنية) من اسم وتاريخ ومحل ميلاده وجنسيته .. إلخ وجميع التعديلات التي تطرأ لاحقاً على هذه البيانات وينبغي أيضاً أن يؤشر في السجل جميع الأحكام المتعلقة بالإعسار من حكم وشهر وإجراءات وإلغاء وصلح وإبطال صلح وبفقد الأهلية أو نقصانها إذا كانت صادرة في العراق أكتسبت صيغة التنفيذ من إحدى محاكمه .

ب- البيانات الخاصة بالشخص المعنوي – الشركة التجارية - .

يجب أن يميز بخصوص هذه البيانات كذلك بين حالة ما إذا كان مركز نشاط الشركة الرئيسي في العراق ولها فروع فيه وحالة ما إذا كان مركز النشاط خارج العراق وللشركة فروع في العراق .

1. مركز الشركة في العراق ولها فروع فيه .

يجب أن يتضمن طلب التسجيل المقدم من قبل الشركة (من قبل مدير الشركة) البيانات التالية : اسم الشركة تاريخ إنشائها نوع النشاط التجاري الذي تمارسه ، أسماء مؤسسيها ورؤساء مجالس إدارتها ومديريها المفوضين مركز إدارتها الرئيسي, عناوين الفروع التابعة لها سواء أكانت في العراق أو في خارجه أسماء الوكلاء وتاريخ ومحل ميلاد كل منهم وجنسيته وتاريخ افتتاح الفرع . الإجازة الصادرة بممارسة النشاط التجاري في العراق. ومع ذلك فإن الظاهر من أحكام قانون التجارة ، بهذا الصدد وعلى خلاف ما ورد في قانون التجارة الملغى ، أن المشرع قد تجاوز بعض البيانات التي تعتبر في الواقع مهمة وضرورية كالعنوان التجاري للشركة وفروعها مقدار رأس المال والمبالغ المؤداة منه ، اسماء الشركاء مع صورة من عقد تأسيس الشركة ونظامها. ولا ندري ما هو سبب عدم الإشارة الى هذه البيانات والى عدم قيدها في السجل علما بأنها ضرورية سواء من ناحية الوقوف على مدى مسؤولية الشركة أو من حيث معرفة تنظيمها الداخلي وعلى أية حال فإن الشركة ملزمة بحكم القانون تأشير جميع التعديلات التي تطرأ على البيانات المذكورة آنفاً على أن يقدم طلب التأشير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصرف القانوني أو الحكم أو الواقعة التي تستلزم هذا التأشير.

2. الشركة الأجنبية التي لها فروع في العراق .

إذا كانت الشركة غير عراقية ولها فروع في العراق فإن طلب التسجيل يجب أن يقدم من مدير الشركة أو وكيلها أو مدير فرعها الى دائرة السجل على أن يتضمن الطلب المذكور جميع البيانات المقررة بشأن

الشركة التي يكون مركزها في العراق. وأن يؤشر كذلك كل تعديل يطرأ على تلك البيانات لاحقاً وخلال المدة المقررة في الفقرة السابقة ولابد من التنويه الى أن القانون لم يوجد تأشير مقدار رصيد فرع الشركة أو المؤسسة الأجنبية . أو ضرورة أن يرفق بالطلب صورة من عقد تأسيس الشركة ونظامها رغم ما تؤديه هذه البيانات من فائدة. بيد أنه يجب أن يؤشر في السجل أحكام إشهار الإعسار وإخضاع الشركة للتصفية والأحكام الصادرة بالصلح وبإنهاء حالة الإعسار وبإبطال الصلح.

جـ- البيانات الواجبة التأشير من قبل القضاء .

يلزم القانون القضاء إذا صدرت منه أحكام معينة بشأن التاجر الفرد أو الشركة التجارية أن يرسل صورة من تلك الأحكام الى دائرة السجل خلال ثلاثين يوماً من صيرورتها باتة فبمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة السادسة والثلاثين من قانون التجارة يجب على المحكمة المختصة تأشير الأحكام التالية إذا صدرت ضد التاجر الفرد :

1. حكم إشهار الإعسار " الإفلاس " وإخضاع التاجر للتصفية .

2. الحكم الصادر بالصلح وبإنهاء حالة الإعسار " الإفلاس " والحكم بإبطال الصلح

3. الحكم الصادر بفقد أهلية التاجر أو نقصانها مع بيان اسم من عين نائباً عنه والحكم باسترجاع التاجر أهليته .

أما اذا تعلق الامر بشركة تجارية فإنه يجب على قلم المحكمة ان يرسل الى دائرة السجل صورة من الاحكام الخاصة بما يلي وخلال ثلاثين يوماً من صيرورتها باتة.

1. احكام الاعسار واخضاع الشركات للتصفية .

2. الحكم الصادر بالصلح وبانتهاء حالة الاعسار والحكم بإبطال الصلح .

3. يضاف الى ذلك حسب تقديرنا واستناداً الى مضمون الفقرة (1) و (2) أعلاه الاحكام الصادرة بحل الشركة أو بطلانها أو تعيين المصفين أو عزلهم .

رابعاً : شطب القيد من السجل :

يخلو قانون التجارة من أحكام خاصة بشطب القيد في السجل علما بأن هذا الشطب يستوجبه الواقع العملي وحسن انتظام السجل من حيث مدى مطابقته لحقيقة النشاط التجاري الممارس في العراق . ومع ذلك فإنه يستشف من بعض أحكام قانون التجارة أن شطب القيد يجب أن يقع في بعض الحالات فبمقتضى بعض القواعد المقررة بصدد الدفاتر التجارية أنه يجب على التاجر عند توقف نشاطه التجاري . " وعلى ورثته عند وفاته " تقديم دفتر اليومية الأصلي للكاتب العدل للتأشير عليه بما يفيد ذلك عليه نرى وقياساً على القاعدة المتقدمة أنه إذا كان من الواجب التسجيل في السجل التجاري فإنه من الضروري ايضا شطب القيد فيه اذا تحققت إحدى الحالات التالية :

أ- توقف النشاط التجاري بسبب الترك أو الاعتزال .

ب- وفاة التاجر .

جـ- انتهاء تصفية الشركة .

وتقرر هذه الفرضيات في الواقع حالة مشتركة واحدة هي انقطاع النشاط التجاري وانتهاؤه فعلاً ، مما يؤدي بالضرورة الى محو القيد من السجل . ويتم الشط في الحالة الأولى والثانية من خلال تقديم طلب

الى دائرة السجل من قبل التاجر نفسه عند توقف نشاطه التجاري أو من ورثته في حالة الوفاة إذا تقرر إغلاق المحل التجاري نهائياً فلو استمر الورثة في الاستغلال التجاري فلا محل عندئذ لشطب القيد. أما حالة تصفية الشركة فإن الالتزام بطلب الشطب يقع على المصفي الذي يتولى التصفية وبعد الانتهاء من عملية التصفية فلا يمكن شطب قيد الشركة بعد انحلالها وقبل تصفيتها لأن الشركة تبقى محتفظة من حين الانحلال ولغاية التصفية بشخصيتها المعنوية أي بوجودها القانوني وأياً كانت الحالة التي أدت الى توقف النشاط التجاري فإن طلب الشطب يجب أن يقدم خلال فترة زمنية محددة (شهر مثلا) من تاريخ تحقق الواقعة التي تستوجب الشطب . فإذا لم يقدم الطلب المذكور خلال تلك المدة كان للمسجل الحق في شطب القيد من تلقاء نفسه. وتستهدف هذه الإجراءات تلافي إهمال البعض في عدم طلب شطب القيد رغم توقف النشاط التجاري ، مما قد يؤدي عملاً الى بقاء قيود غير حقيقية بعد زوال المشاريع التجارية نفسها زوالاً تاماً .

خامساً : الآثار القانونية للتسجيل :

يترتب على التسجيل في السجل التجاري جملة آثار قانونية يمكن إجمالها بما يلي :- أن القيد في السجل التجاري يعتبر أولاً منشئاً لقرينة قانونية على مزاولة الشخص للنشاط التجاري وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر . ويتضح ذلك صراحة من نص المادة التاسعة من قانون التجارة التي تلزم كل تاجر بتسجيل اسمه في السجل التجاري بيد أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات . من جانب آخر فإن قانون التجارة جعل من القيد في السجل أمرا لازما لحماية الاسم التجاري إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة والعشرين على أنه " من قيد في السجل التجاري اسماً تجارياً وفقاً لأحكام هذا لقانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص آخر في نوع التجارة الذي يزاوله صاحب الاسم ضمن حدود المحافظة أو المحافظات التي تم قيده فيها " . وهذا يعني بأنه لا يمكن للغير من استعمال الاسم التجاري المسجل باسم شخص آخر . ويحق لصاحب الاسم التجاري المسجل قانوناً معارضة أي شخص يستعمل اسمه التجاري . ولكن هل تعتبر البيانات المدونة في السجل حجة على الغير وهل يجوز الاحتجاج بأي بيان لم يتم تسجيله في السجل ؟ لم يتعرض مشرع قانون التجارة في الواقع وعلى خلاف ما ورد في القانون الملغى لهذه الفرضية . وقد يستخلص البعض من ذلك بأن المشرع لم يعط للقيد في السجل مثل هذا الأثر بمعنى أن قانون التجارة لا يضفي على البيانات المدونة في السجل أية حجية في مواجهة الغير . بيد أن مثل هذا التصور لا يمكن حسب تقديرنا الأخذ به . وسندنا هو أن للسجل التجاري وظيفة إشهار قانوني في المواد التجارية . ويقوم من جانب آخر وبحكم القانون على مبدأ العلانية . من هذا فإنه لابد من اعتبار القيود والبيانات المدونة في السجل حجية على الغير . والقول لخلاف ذلك يعدم وظيفة الإشهار للسجل ويهدم أهميته القانونية وعلى هذا الأساس بينا آنفاً بأن البيانات المدونة في السجل لها حجية على الغير ، وبالمقابل لا يجوز الاحتجاج على هذا الغير بأي بيان واجب القيد في السجل ولم يتم قيده اللهم إلا إذا ثبت علم الغير بمضمون البيان . هذا ولابد من التنويه أخيراً الى أن قانون الشركات التجارية الملغي رقم 31 لسنة 1975 جعل القيد في السجل التجاري شرطاً لازما في بعض الحالات لاكتساب الشركات الشخصية المعنوية أو لبدء الأعمال التجارية في العراق .

سادساً : جزاء الإخلال بالتزام التسجيل

على الرغم من انه يجب على الغرفة التجارية والصناعية المختصة أن تتثبت من صحة البيانات الواردة في السجل وأن تراقب مطابقتها لواقع الحال ، فإنه يقع مع ذلك أن تخالف هذه البيانات الأحكام القانونية المتعلقة بالتسجيل في السجل وفي هذه الحالة ، أي عند عدم مراعاة أحكام التسجيل فإنه يترتب نوعين من الجزاءات جزاء جنائي ، وجزاء مدني .

1. الجزاء الجنائي :

يتخذ هذا الجزاء صورة غرامة مالية حدها الأدنى لا يقل عن مائة دينار وحدها الأعلى لا يزيد على ألف دينار ، على كل تاجر شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً خالف أيا من الأحكام الخاصة بالقيد في السجل. عليه فإن العقوبة المذكورة تكون واجبة التطبيق في جميع الأحوال التي تقع فيها مخالفة لأي حكم قانوني مقرر للتسجيل فيؤخذ بالعقوبة المذكورة عند مخالفة المدد المقررة لإجراء القيد ، أو عند عدم ذكر ما

يجب ذكره في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري للتاجر أو كانت المخالفة في صورة تقديم بيانات ومعلومات وهمية كاذبة لدائرة السجل . ويقرر قانون الشركات عقوبة أشد عند تعمد تقديم بيانات ومعلومات غير مطابقة للحقيقة إذ تنص المادة 213 من قانون الشركات على أنه " كل مسؤول في شركة أعطى عن عمد بيانات او معلومات غير صحيحة الى جهة رسمية حول نشاط الشركة ... يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على السنة أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف ديناراً أو بالعقوبتين معاً " .

2. الجزاء المدني :

وصورة الجزاء المدني هي أنه رتب عدم التسجيل في السجل التجاري أو القيد الوهمي الكاذب ضرراً للغير يجب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية ولا يمكن من جانب آخر ، وطبقاً لما بيناه في الفقرة السابقة الاحتجاج على الغير بأي بيان واجب التسجيل ولم يدون في السجل .

المطلب الثاني/ واجب اتخاذ الاسم التجاري
كان ينظم الاسم التجاري في العراق قانون خاص هو قانون الأسماء التجارية رقم 25 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 60 لسنة 1975. لكن هذا القانون ألغي بصدور قانون التجارة الجديد رقم 30 لسنة 1984 وقانون الشركات رقم 36 لسنة 1983 الذي ألغي بقانون الشركات التجارية الحالي رقم 21 لسنة 1997. واللذين نظما الاسم التجاري.

أولا/ المقصود بالاسم التجاري:

يقصد بالاسم التجاري كل تسمية يزاول النشاط بموجبها أي شخص طبيعي أو معنوي ويتألف الاسم التجاري من كل مصلح مبتكر يعني بالنسبة للجمهور أية منشأ تجارية يديرها شخص طبيعي أو شركة يمكن التأثير به واستقطابه للتعامل معها كأن يقال مثلا " محلات الأزياء الحديثة " او " معرض الرواد لتجارة المواد الكهربائية " . وقد يكون اسم مستغل المشروع التجاري نفسه أو لقبه ويتضح ذلك صراحة من نص المادة الثانية والعشرين من قانون التجارة الذي يقرر " يجوز للتاجر الفرد أن يتخذ من اسمه الثلاثي أو لقبه أو أية تسميه أخرى ملائمة اسماً تجارياً " بيد أن الاسم التجاري يندمج في هذه الحالة مع العنوان التجاري . ومهما يكن من أمر فإن الاسم التجاري يعتبر عنصراً موضوعياً يتعلق أساساً بالمنشأة التجارية لغرض تمييزها عن غيرها من المنشآت الأخرى. وقد تعرض المشرع التجاري لمفهوم الاسم التجاري وعناصره من خلال نص المادة الحادية والعشرين من قانون التجارة . إذ يجب أن يكون الاسم المذكور بمقتضى هذه المادة وسيلة لتمييز النشاط التجاري للتاجر أو المنشأة التجارية وأنه "لا يجوز للتاجر أن يتخذ اسمه التجاري من الأسماء غير العربية أو غير العراقية أو أن يضمنه بياناً مخالفاً للنظام العام أو بياناً من شأنه تضليل الجمهور أو إيهامه بواقع حاله أو بحقيقة نشاطه التجاري " ومع ذلك فإنه يجوز أن يكون الاسم التجاري من الأسماء غير العربية والوطنية إذا كان ذلك الاسم يعود لفرع شركة أو مؤسسة أجنبية أو لتاجر أجنبي مجاز في العراق بشرط أن يضاف الى هذا الاسم مصطلح " فرع العراق " . يتبين من الأحكام المتقدمة أن الاسم الشخصي للتاجر أو لقبه يمكن أن يكونا من ضمن العناصر المكونة للاسم التجاري . وبهذه الصورة قد يختلط الاسم المذكور والعنوان التجاري بحيث لا يمكن إجراء التفرقة بينهما وهو أمر من العسير في الواقع قبوله . ذلك لأن الاسم المدني أو اللقب لا يقبلا قطعاً التفرغ عنها ولا يمكن تقويمها بالمال بينما يعتبر الاسم التجاري عنصراً معنوياً من عناصر المحل التجاري له قيمة مالية ويجوز التفرغ عنه وانتقاله مع المتجر في حالة التصرف به للغير . ويجوز بحكم القانون " أن تنتقل إليه ملكية محل تجاري أن يستعمل اسم سلفه إذا أذن له المتنازل أو من آلت إليه حقوقه في ذلك على أن يستعمل اسم سلفه إذا أذن له المتنازل أو من آلت إليه حقوقه في ذلك على أن يضاف الى الاسم بيان يدل على انتقال الملكية وعلى هذا فإن اعتبار الاسم المدني أو اللقب من ضمن عناصر الاسم التجاري يعد امراً يؤدي للارتباك والخلط وكان من الأولى تلافيه . ولعل ما يؤيد وجهة نظرنا هذه ما ورد في قانون 60 لسنة 1975 الملغي ، الذي جاء معدلا لقانون الأسماء التجارية رقم 25 لسنة 1959 ، إذ تنص المادة الثانية من القانون المذكور على ما يلي :

"لا يسجل اسما تجاريا لغرض هذا القانون :

1. الاسم الخالي من الصفة المميزة .

2. الاسم الذي يوحي بأنه من مؤسسات الدولة أو منشآتها أو أن استعماله ممنوع بموجب قوانين أخرى .

3. الاسم المخالف للنظام العام أو الذي يتعارض مع المصلحة العامة .

4. الاسم غير الملائم أو غير المطابق للواقع والذي يؤدي الى تضليل أو استغلال الجمهور .

5. الأسماء الأجنبية عدا أسماء فروع الشركات الاجنبية او الاسماء المشهورة التي يقتنع المسجل بضرورة تسجيلها .

6. الأسماء المشابهة للأسماء المسجلة .

7. الأسماء غير العربية أو الوطنية إلا ما استثنى بنص خاص .
إذ يتضح من هذا النص صراحة بأن الاسم الشخصي أو اللقب غير لازمين لتكوين الاسم التجاري. وعلى أية حال فإن استعمال الاسم المدني واللقب كعناصر في الاسم التجاري يلاحظ في الواقع العملي بشكل واسع . ومثاله كأن يقال : مكتب أحمد محمود للنقل والسياحة أو معرض زكي إبراهيم .... إلخ . أما بالنسبة للشركة التجارية فإن قانون التجارة يقضي " بوجوب أن يدل الاسم التجاري للشركة على نوعها وأن يحتوي على الأقل أسم أحد الشركاء إن كانت شركة تضامنية او بسيطة أو مشروعاً فردياً ". وتضيف الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشرة من قانون الشركات ضرورة أن " يعد المؤسسون عقداً للشركة ... يحتوي أولاً : أسم الشركة المستمد من نشاطها يذكر فيه نوعها مع إضافة كلمة (مختلطة) إن كانت مختلطة وأسم أحد أعضائها في الأقل إن كانت تضامنية أو مشروعاً فردياً ويجوز إضافة أية تسمية مقبولة إن كانت مساهمة أو محدودة " وفي جميع الأحوال فإنه يجب أن يثبت الاسم المذكور على محل غدارة الشركة الرئيسي وأن يطبع على أوراقها وشهاداتها ووثائقها " وكل ما يصدر عنها على أن (يكون) باللغة العربية مع جواز استعمال لغة أجنبية على سبيل الإضافة.

ثانيا/ تمييز الأسم التجاري عما يشتبه به:

من الضروري تمييز الاسم التجاري عن بعض ما قد يشتبه به دفعاً للخلط والغموض:
1. فينبغي أولاً تمييز الاسم التجاري عن العنوان التجاري ، فالعنوان التجاري هو الاسم الذي يتخذه الشخص – التاجر الفرد – لأجل إجراء معاملاته التجارية والتوقيع به على الأوراق المتعلقة بالنشاط التجاري . وعناصر العنوان التجاري هي الاسم المدني للشخص وأسم أسرته ويجب أن يكون العنوان التجاري مختلفاً عن العناوين المسجلة قبلا . فلو وقع وأن تشابه عنوان تجاري مع عنوان آخر فإنه يجب أن يضاف الى أحدهما ما يميزه عن العنوان الآخر. عليه فإن العنوان التجاري عبارة عن عنصر ذاتي ينصرف الى الشخص ليميزه عن غيره من الأشخاص لا يمكن التصرف به للغير وليست له قيمة مالية فهو توقيع لصاحبه على خلاف ما رأينا بالنسبة للاسم التجاري .
2. كذلك ينبغي أن لا يخلط بين الاسم التجاري والعلامة التجارية . فهذه الأخيرة تتمثل بأي رمز من شأنه تمييز السلع المعروضة في السوق من قبل منتج معين . ويستهدف من استعمالها تمكين الغير – المستهلك – من التحقق من البضائع والسلع التي يقدر نوعيتها ومن ثم طلبها مرة أخرى. ويجوز أن تكون العلاقة التجارية من حروف أو أشكال هندسية أو من مجموعة ألوان متناسقة وتعرف المادة الأولى من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم 21 لسنة 1957 المعدل ، العلامة التجارية بقولها : " يعتبر علامة تجارية كل ما يتخذ شكلاً مميزاً من الكلمات والإمضاءات والحروف والأرقام والرسوم والعناوين والأختام والتصاوير والنقوش أو أي مجموع منها إذا استعمل أو طلب استعماله لبضاعة ما أو كان له تعلق بها للدلالة على أن تلك البضاعة تخص صاحب العلامة بسبب صنعها أو إنتاجها أو الاتجار بها أو عرضها للبيع " . وتعتبر العلامة التجارية مالاً معنوياً وعنصراً من عناصر المحل التجاري تنتقل معه

للغير في حالة التصرف به وبيعه.
3.ويختلف الاسم التجاري أيضاً عن الرسوم والنماذج الصناعية فالرسم الصناعي يعني بكل ما يؤدي الى إكساب الإنتاج مظهراً خاصاً ويمكن استعماله كتصميم له بطريقة صناعية أو حرفية . ومثال ذلك ورق الجدران والرسوم التي توضع على الأواني الخزفية والمواد اللازمة للنسيج والسجاد . وبهذا يختلف الرسم الصناعي عن الرسم الفني الذي يستخدم كنوع من الدعاية والإعلان لإنتاج تجاري معين . فالرسم الفني " يقوم على تنظيم الخط واللون لإعطاء صورة كاللوحة الفنية " وتظهر بهذا النوع من الرسوم " شخصية الفنان المبتكر المبدع للرسم ... ويستحق عليها الحماية القانونية " . أما النموذج الصناعي فهو كل تشكيل يمكن استعماله كتصميم لعمل إنتاج صناعي معين . ومثاله نماذج السيارات أو السفن والطائرات ونماذج الساعات ويتمتع واضع الرسم أو النموذج الصناعي بحق استثماره ويحمي القانون عموماً هذا الحق من جميع أوجه الاستغلال الغير المشروع . وتعتبر الرسوم والنماذج من عناصر المحل التجاري المعنوية فهي تمثل مالا منقولا معنوياً وتنتقل للغير عند التصرف بالمحل التجاري وبيعه.

ثالثا/واجب اتخاذ الأسم التجاري:
حسم قانون التجارة بهذا الصدد تساؤلاً كان محل نقاش سببه النقص الذي كان يشوب قانون الأسماء التجارية رقم 25 لسنة 1959 الملغي وتعديلاته المختلفة ، وقانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970 من حيث عدم الإشارة سلباً أو إيجابياً على وجوب اتخاذ المشروع التجاري اسماً تجارياً ونتيجة هذا النقص ذهب البعض الى إن اتخاذ الاسم التجاري لا يعد واجباً بل حقاً إن شاء الشخص اتخذه وأن شاء صرف النظر عنه دون أن يترتب على ذلك أي أثر قانوني ، على الرغم من أن الواقع العملي لممارسة النشاط التجاري يوجب فعلا أن يكون للمشروع . بينما ذهب رأي آخر الى اعتبار الاسم التجاري واجباً قانونياً استناداً على ظاهر بعض أحكام السجل التجاري التي تلزم تسجيل هذا الاسم عند اتخاذه. وعلى أية حال فإن قانون التجارة النافذ قد حسم هذا النقاش وأزال كل غموض بهذا الصدد إذ تقرر الفقرة الأولى من المادة الحادية والعشرين من القانون المذكور وأنه : " على كل تاجر شخصا طبيعياً كان أو معنوياً أن يتخذ لتمييز نشاطه التجاري اسماً تجارياً مختلفاً بوضوح عن غيره من الأسماء التجارية . عليه إذن فإن الاسم التجاري واجب قانوني على المشروع التجاري الفردي أو الجماعي اتخاذه ومراعاة أحكامه وخلاف ذلك يتعرض لجزاء يتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار. إضافة على ذلك فإنه يترتب على اتخاذ الاسم التجاري ما يلي من النتائج:-

أ- ضرورة تسجيله من قبل مسجل الأسماء التجارية إذا كان موافقاً لأحكام القانون ، ورفض تسجيله إذا كان مخالفاً لهذه الأحكام .

ب- ضرورة نشره . على مسجل الأسماء التجارية نشر قرار قيد الاسم التجاري أو رفض قيده في النشرة التي تتولى الغرفة التجارية والصناعية المختصة إصدارها . ويكون قرار التسجيل أو الرفض قابلاً للاعتراض والطعن أمام الجهات القضائية محاكم البداءة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ ذوي العلاقة بالقرار.

جـ- ضرورة شطبه إذا كان قد سجل خلافاً للقانون . والشطب إما أن يتم بطلب من الغير عند اعتراض هذا الغير لدى المسجل على قيد الاسم . وإما أن يتم من ذات المسجل . في أي وقت إذا تحقق لديه أنه مخالف للقانون ويكون قرار الشطب في جميع الأحوال خاضعاً للنشر في نشرة الأسماء التجارية وقابلاً من جانب آخر للطعن أمام الجهات القضائية – محاكم البداءة – خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغ ذوي العلاقة بالقرار.

د. ضرورة تثبيته " الاسم التجاري " على واجهة المحل التجاري .

رابعا/ حماية الاسم التجاري:
يضفي قانون التجارة على الاسم التجاري المسجل وفقاً لأحكام القانون حماية تتمثل بحق معارضة من سجل الاسم للغير في استعماله في النشاط التجاري الذي يمارسه إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة والعشرين من قانون التجارة على أنه : " من قيد في السجل التجاري اسما تجارياً وفقاً لأحكام هذا القانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص آخر في نوع التجارة الذي يزاوله صاحب الاسم ضمن

حدود المحافظة أو المحافظات التي تم قيده فيها " ويؤخذ بنفس الحكم حسب تقديرنا عند استعمال الغير لاسم مشابه للاسم التجاري المسجل قبلاً بحيث يؤدي ذلك التشابه الى الخلط بينهما .من جهة أخرى يتعرض من يتخذ اسماً تجارياً غير ملائم لواقع النشاط التجاري أو مؤديا الى تضليل الجمهور أو مخالفاً العام ، أو كان من الأسماء غير العربية لعقوبة جزائية تتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار. ويجوز أخيراً لمن لحقه ضرر بسبب استعمال الغير لاسمه التجاري أن يطالب بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية.

المطلب الثالث/ مسك الدفاتر التجارية
أوجب القانون العراقي على التاجر الطبيعي والمعنوي مسك دفاتر تجارية وحدد انواعها. ووضع قواعدا لهذه الدفاتر في مسكها وتقديمها للقضاء وفي حجيتها في الإثبات. وكما يأتي:

أولا/ أهمية الدفاتر التجارية:

يمكن إجمال أهمية الدفاتر التجارية فيما يلي:
١- تبدو أهمية الدفاتر التجارية في أنها تمكن الدولة وأجهزتها المختلفة من رقابة أوجه الأنشطة الاقتصادية المختلفة، لمعرفة مدي اتساقها مع الأهداف الاقتصادية المحددة في خطة الدولة ٠

٢- تبدو أهمية الدفاتر التجارية بالنسبة للتاجر في أنها تمكنه من الوقوف علي حقيقة مركزه المالي . ومعرفة مدي نجاحه في مباشرة الأعمال التجارية وأوجه الضعف أو الخلل حتي يتم إصلاحه.

٣- تلعب الدفاتر التجارية دوراً هاماً كوسيلة إثبات أمام القضاء، حيث الغير الذي يستطيع أن يتمسك بما دون بها ضد التاجر .

٤- تصلح الدفاتر التجارية كوسيلة في تيسير الائتمان، حيث أنه من المفروض في الدفاتر التي يمسكها التاجر أن تكون معبرة عن أحواله المالية، وإن تكون صادقة في الكشف عن عملياته.

٥- إذا كانت الدفاتر منتظمة فإن التاجر يعفي من عقوبة الإفلاس بالتقصير أو التدليس لأنه من خلالها يستطيع أن يثبت حسن نيته وأن الإفلاس كان نتيجة ظرف لا دخل لإرادته فيه .

٦- تفيد الدفاتر التجارية المنظمة دائرة الضرائب، حيث من خلالها يتم تقدير الوعاء الضريبي للتاجر، أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة أو غير موجودة أصلاً فإن مصلحة الضرائب تلجأ إلى التقدير الجزافي لمعرفة وعاء التاجر الضريبي وهذا التقدير يكون عادة مغالى فيه حتي تضمن شموله لكل عناصر النشاط التجاري للتاجر.

ثانيا/ أنواع الدفاتر التجارية:
وفقاً لمنطوق المادة الثانية عشرة من قانون التجارة على التاجر الذي لا يقل رأس ماله عن (30000) ثلاثين ألف دينار أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارية وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي . وعليه في جميع الأحوال أن يمسك الدفترين الآتيين : -
1. دفتر اليومية .
2. دفتر الأستاذ .
وتلزم المادة السادسة عشرة من القانون التاجر بأن " يحتفظ بصور طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته . وعليه أن يحفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة " . يلاحظ من هذه الأحكام أن في إمكان التاجر إمساك ما يشاء من الدفاتر التجارية بيد أنه ملزم بنفس الوقت أن يكون لديه دفتران كحد أدنى عند ممارسة النشاط التجاري وعليه فيمكن القول أن الدفاتر التجارية على نوعين . دفاتر تجارية إلزامية ودفاتر تجارية اختيارية . ونعرض فيما يلي لكل نوع من هذه الأنواع :

أ- الدفاتر الإلزامية :
الدفاتر التجارية الإلزامية ، بمقتضى نص المادة الثانية عشرة من قانون التجارة ، اثنان :

1. دفتر اليومية .
2. دفتر الاستاذ .

ويجب على التاجر حسب أحكام المادة السادسة عشرة ، أن يحتفظ بصور طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته .

1. دفتر اليومية :
يعتبر دفتر اليومية من أهم الدفاتر التجارية ويميز قانون التجارة بين دفتر لليومية : دفتر اليومية الأصلي ودفتر اليومية المساعد. وتعرف المادة الثالثة عشرة دفتر اليومية الأصلي بأنه ذلك الدفتر الذي تدرج فيه : "تفصيلاً ويوماً بيوم جميع العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر وعلى التاجر الفرد بالإضافة الى ذلك أن يقيد في هذا الدفتر مسحوباته الشخصية يوماً بيوم " . يتبين من هذا النص ان دفتر اليومية هو الأساس الذي تركز عليه جميع أعمال المشروع التجاري أو التاجر وأنه المحضر اليومي المفصل الذي يتضمن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر أثناء يومه التجاري . ويستخلص من النص المذكور أن دفتر اليومية الأصلي يجب أن يحتوي على القيود التالية :

1. جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر يومياً وتفصيلاً . كبيان ما أشتراه وباعه أو قبله أو ظهره من الأوراق التجارية . وعموماً تدون في هذا الدفتر كافة العمليات التي باشرها في يومه .

2. جميع مسحوباته الشخصية كالمبالغ التي يقررها لحاجاته الخاصة ومعاشه أو كمرتب أو مبلغ ثابت ... إلخ وتدون هذه المسحوبات بصورة تامة ويوماً بيوم والحكمة من هذا الاجراء تكمن في تبيان مدى أهمية هذه المسحوبات وحقيقتها وتأثيرها على التزامات المشروع التجاري وحقوق الغير. على أن قيد جميع العمليات التجارية التي تقع في يوم واحد في دفتر واحد قد يكون مدعاة للارتباك وبالذات في المنشآت الكبيرة التي تكثر فيها وتختلف هذه العمليات . وتلاقياً للارتباك أجاز القانون استعمال دفاتر يومية مساعدة بجانب دفتر اليومية الأصلي يختص كل واحد منها بتبيان تفصيلات الأنواع المختلفة من العمليات التجارية. كأن يوجد دفتر للمشتريات وآخر للمبيعات وثالث للصندوق وآخر لأوراق القبض وخامس لأوراق الدفع . وإذا تم مسك هذه الدفاتر فلا حاجة عندئذ الى قيد العمليات التجارية بالتفصيل في دفتر اليومية الأصلي إنما يكتفي بترحيل إجمالي هذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في مواعيد منتظمة . ويحدد القانون هذه المواعيد بفترة شهر أي شهرا فشهراً . وإذا لم تتم عملية الترحيل هذه اعتبر كل دفتر مساعد دفتر يومية أصلي وبالتالي يجب أن تتبع فيه جميع الشروط التي يتطلبها القانون في تنظيم الدفاتر التجارية .

2. دفتر الأستاذ :
لا تقل أهمية هذا الدفتر عن أهمية دفتر اليومية وتبدو هذه الأهمية من خلال ما يجب أن يتضمنه تفاصيل قيود وبيانات إذ يلزم القانون أن يتضمن هذا الدفتر على تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في نهاية السنة المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفصيلات تلك الأموال واردة في دفاتر وقوائم مستقلة . وتعتبر تلك الدفاتر والقوائم لدفتر الأستاذ . ويجب أن يتضمن هذا الدفتر فوق ذلك صورة من الميزانية السنوية وحسابات الأرباح والخسائر ، أو ترفق به نسخة أو صورة منها. والميزانية عبارة عن جدول حسابي يوضح المركز المالي السلبي والإيجابي للمشروع التجاري أو التاجر في سنة مالية . ويتألف هذا بجدول من جانبين أحدهما لمفردات الأصول وهي الأموال الثابتة والمنقولة وحقوق التاجر قبل الغير والآخر لمفردات الخصوم يستخلص منه مقدار الديون التي على المشروع التجاري أو التاجر للغير علاوة على رأس المال بوصفه أول دين على الذمة . والواقع أن وجوب تحرير صورة من الميزانية في دفتر الأستاذ يستهدف تحقيق غرضين أساسين :-

الأول : تبيان مقدار رأس المال المستغل من قبل التاجر أو المشروع التجاري بصورة دقيقة وواضحة.

الثاني : تبيان الكيفية والأوجه التي استثمر فيها رأس المال ومقدار الاستثمار في سبيل تحقيق أغراض المشروع التجاري . دفتر الأستاذ إذن دفتر جرد عام يعطي صورة شاملة عن الأموال التجارية المتواجدة في نهاية السنة المالية ويوضح بنفس الوقت المركز المالي الفعلي للمشروع التجاري أو التاجر .

3. ملف صور المراسلات والوثائق

تنص المادة السادسة عشرة من قانون التجارة أنه : على التاجر أن يحتفظ بصور طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته . وعليه أن يحفظ

هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة . يتبين من هذا النص أنه يجب على التاجر أن يمسك " ملف أو " فايل " لحفظ صور كافة المستندات التي لها أهمية في تحديد علاقته بمن يتعامل معه تجارياً . ولهذا الملف أهمية خاصة في تأييد الأدلة المستمدة من الأرقام والبيانات المقيدة في الدفاتر التجارية بالمعنى الدقيق ويتعين تفسير ملف صور المراسلات بالمعنى الواسع أي أنه يجب أن يشمل جميع صور المستندات التي تتصل بالأعمال التجارية . ولا جدال في أن صور المستندات لها أهميتها من ناحية الإثبات عند تقديم المستندات والمراسلات الأصلية ومقارنتها بعضها ببعض ومقارنتها بالقيود الحسابية المدونة في الدفتر التجاري لإثبات الوقائع المتنازع عليها .

ب- الدفاتر الاختيارية :

ليس ثمة ما يحول في الواقع دون إمساك التاجر دفاتر أخرى غير ما ورد بيانها . فله كما أوضحنا وكما تقرر المادة الثانية عشر من قانون التجارة أن يتخذ ما يشاء من الدفاتر التي تستلزمها المعاملات التجارية عدا الدفاتر الإلزامية المقررة قانوناً وقد جرت العادة في الواقع التجاري باستعمال دفاتر اختيارية بجانب الدفاتر الإلزامية وأهم هذه الدفاتر هي :

1. دفتر المسودة :

يدون في هذا الدفتر جميع العمليات التي يقوم بها التاجر تمهيداً لنقلها بدقة وعناية الى دفتر اليومية بشيء من الاختصار .

2. دفتر الصندوق :

وهو دفتر يدون فيه ما يدخل وما يخرج من الصندوق من مبالغ . وبواسطته يمكن إثبات حركة النقود الصادرة والواردة وبالتالي التحقق من مقدار السيولة النقدية الموجودة لدى التاجر . ويستعمل هذا الدفتر بصورة خاصة في المؤسسات المصرفية التي تتوالى فيها عمليات الدفع والقبض .

3. دفتر الأوراق التجارية :

ويسجل في هذا الدفتر جميع الأوراق التجارية المسحوبة على التاجر أو لأمر مع مواعيد استحقاقها .
4. دفتر المخزن :

يتعلق هذا الدفتر ببيان البضائع التي تدخل وتخرج من المحل التجاري . هذا وتجدر الإشارة الى أنه يجوز للتاجر أن يستعيض عن دفتر اليومية المساعد وعن دفتر المراسلات وصورها باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حسابته وبيان مركزه المالي.

ثالثا/ قواعد مسك الدفاتر التجارية

الدفاتر التجارية أداة تقييم للنشاط التجاري وطريق من طرق الإثبات في المعاملات التجارية . ومن هنا فإن المشرع قد أخضع مسك هذه الدفاتر لأحكام خاصة يجب مراعتها ورتب بنفس الوقت عقوبات رادعة على الإخلال بهذه الأحكام . نتعرض أولاً لأصول مسك الدفاتر ثم نوضح بعد ذلك الجزاءات المرتبة على الإخلال بالقواعد الخاصة بمسك هذه الدفاتر .

أ- أصول مسك الدفاتر التجارية .
يجب ان يكون مسك الدفاتر التجارية وفق القواعد التالية :
1- أن تكون هذه الدفاتر خالية من أي فراغ أو شطب أو محو أو كتابة في الهوامش أو بين السطور. ومعنى ذلك انه يجب مراعاة الدقة التامة في مسك الدفاتر التجارية . والقصد من هذا الإجراء تلافي الغش او تدوين العمليات الوهمية ومنعاً للإضافة أو التغيير او تقديم التاريخ وعليه لا يجوز تصحيح بيان كان قد أدرج خطأ في الدفتر التجاري في نفس الحقل . وإنما يقتضي تصحيح هذا الخطأ بكتابة معاكسة

بتاريخ اكتشافه .

2- يتعين قبل استعمال دفتر اليومية الأصلي أن ترقم كل صفحة من صفحاته وأن يوقع كل ورقة فيه الكاتب العدل وأن يضع عليه ختم الدائرة بعد أن يذكر عدد الصفحات التي يتكون منها الدفتر والحكمة من هذه القاعدة هي صنع إخفاء بعض صفحات الدفتر أو أن يستبدل بها غيرها أو أن يعدم الدفتر بأكمله ويبدل به آخر مصطنع . أما إذا كان المشروع التجاري يستعمل بطاقات لتنظيم حساباته وتستعمل هذه البطاقات في الواقع في مؤسسات القطاع الاشتراكي فإنه يجب تصديقها وفق التعليمات التي تصدرها وزارة التجارة.

3- يجب تقديم الدفتر التجاري في نهاية السنة المالية الى الكاتب العدل للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال السنة المالية . وعند انتهاء العمل بالدفتر التجاري يتعين أن يقدم للكاتب العدل للتأشير بما يفيد ذلك.

4- ينبغي على التاجر عند توقف نشاطه التجاري وعلى ورثته عند وفاته تقديم الدفتر التجاري للكاتب العدل للتأشير عليه بما يفيد ذلك.

ومما يجب الإشارة إليه أنه لا أثر على مدى انتظام الدفتر التجاري اذا لم تدرج القيود بخط يد التاجر . وذلك لأن ما اشترطه المشرع هو القيام بإجراءات معينة ليس من ضمنها اشتراط تدوين العمليات التجارية بخط يد التاجر ويتضح ذلك من منطوق المادة الثانية والثلاثين من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 . إذ تنص هذه المادة على ما يلي : " أولاً القيود المدونة في الدفاتر الإلزامية المنتظمة وغير المنتظمة من قبل العاملين مع صاحب الدفاتر المأذونين في ذلك تعتبر في حكم القيود المدونة من قبله " .ثانياً : يفترض في القيود الواردة ذكرها في الفقرة (أولاً) أنها دونت بعلم صاحبها ورضاه الى أن يقيم الدليل على عكس ذلك.

((مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية))

يضاف الى ما تقدم من القواعد السابقة بيانها لمسك الدفاتر أنه يجب على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر والمحررات المؤيدة للقيود الواردة فيها مدة سبع سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهاء صفحاته او بوقف نشاط التاجر وعلى التاجر وورثته ايضاً (الاحتفاظ بأصول الرسائل والبرقيات والتلكس او صورها مدة سبع سنوات تبدأ من تاريخ اصدارها او ورودها . ويسمح المشرع للتاجر بأن يحتفظ بالصور بدلاً من الأصل خلال المدة المذكورة (سبع سنوات) . ولا تعتبر المدة المذكورة من قبيل التقادم فلا ينتج عن انقضائها سقوط حق أو دين ثابت في الدفاتر بل يترتب على مرورها قيام قرينة على أن التاجر قد أعدم دفاتره بيد أن التاجر القرينة قابلة لإثبات العكس إذ يجوز للخصم ان يثبت أن التاجر لا يزال محتفظاً بالدفاتر رغم مرور المدة المذكورة فإذا امتنع التاجر عن تقديمها بالرغم من إثبات وجودها كان للخصم الحق في إثبات مضمونها بأي طريق من طرق الإثبات وجاز للمحكمة تحميل التاجر الممتنع مصروفات ذلك الإثبات مهما كانت نتيجة الفصل في الدعوى.

ب- الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة قواعد القانون الخاصة بمسك الدفاتر التجارية .

رتب المشرع على الإخلال بالأحكام القانونية الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ، كما لو لم تمسك هذه الدفاتر أصلاً أو كانت غير كافية ولا تتناسب مع أهمية النشاط التجاري الممارس أو كانت غير منظمة وفقاً للشروط المقررة قانوناً أو لم يحتفظ بها المدة القانونية المقررة – سبع سنوات – جزاء جنائياً قررته المادة الثامنة والثلاثين من قانون التجارة يتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار .

بالإضافة الى ما تقدم فإن التاجر يتعرض لعقوبة الإفلاس بالتقصير عند عدم مسكه دفاتر تجارية تبين حقيقة وواقع وضعه المالي أو كون هذه الدفاتر غير منتظمة قانوناً مما يؤدي الى تطبيق العقوبات التي فرضها قانون العقوبات في مثل هذه الحالة وهي عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنة أو غرامة لا تزيد

على مائة ديناراً . كما أوجب قانون العقوبات فرض عقوبة الإفلاس بالتدليس وهي الحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات ولا تقل عن سنتين في حالة إعدام أو إخفاء الدفاتر التجارية كلها أو قسم منها أو استبدالها بغيرها.

رابعا/ تقديم الدفاتر التجارية للقضاء:

للقضاء اذا ما عرض عليه نزاع أن يطلب تقديم الدفاتر التجارية لغرض استخلاص الأدلة من القيود المدونة فيها لغرض المساعدة على حل النزاع المعروض . كما يستطيع الخصم أيضاً أن يطالب من القضاء تكليف الطرف الآخر في الدعوى بتقديم الدفاتر التجارية لغرض اعتبارها دليلاً في الإثبات وأياً كانت الجهة التي تطلب إبراز الدفاتر التجارية فإن عملية الرجوع إليها لا يمكن أن يكون إلا بطريقتين هما التقديم أو الاطلاع الجزئي والتسليم أو الاطلاع الكلي . الطريقة الأولى التقديم أو الأطلاع الجزائي . يقصد بالتقديم أو الاطلاع الجزئي إبراز الدفاتر التجارية للمحكمة نفسها للاطلاع عليها بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها لغرض استخراج القيود التي تتعلق بالنزاع المعروض وتمتاز طريقة التقديم بعدم تخلي مقدم الدفتر التجاري عن حيازته . إذ تقتصر هذه العملية على قيام المحكمة بفحص الدفتر بحضور صاحبه وتحت إشرافه . وتنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والخمسين من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979، بهذا الصدد على ما يلي : " للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر .. الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق هذا النص أن التقديم لا ينحصر على نوع معين من الدعاوي فيجوز طلب تقديم الدفاتر سواء كان النزاع ذا طبيعة تجارية أو مدنية وسواء كانت الدعوى مقامة من قبل تاجر على تاجر أو من قبل غير تاجر . على أن طلب تقديم الدفاتر من قبل أحد أطراف النزاع يجب أن يتضمن تحت طائلة الرد ما يلي :

أ- أوصاف الدفتر أو السند الذي يتمسك به .

ب- فحوى الدفتر أو السند بقدر ما يمكن من التفصيل .

جـ- الواقعة التي يستدل بها عليه .

د- الدلائل والظروف التي تؤيد بأن الدفتر أو السند في حوزة الخصم أو تحت تصرفه .

هـ- وجه إلزام الخصم بتقديمه.

فإذا أثبت الخصم الطلب أمرت المحكمة عندئذ بتقديم الدفتر إليها للاطلاع عليه.

الطريقة الثانية التسليم او الاطلاع الكلي : لم يحدد المشرع قانون التجارة أو قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 معنى التسليم أو الاطلاع الكلي على الدفاتر التجارية وقد جرى الفقه على تحديد معنى ذلك بما يفيد : " وضع الدفاتر تحت تصرف الخصم فيتخلى صاحبها عن حيازتها له . أو إيداعها قلم المحكمة ليبحث الخصم فيها بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه ويستخرج منها ما شاء من قيود أو بيانات ". وبديهي أن هذا النوع من الاطلاع يسمح للخصم معرفة أسرار المشروع التجاري أو التاجر . كالوقوف على مركزه المالي ووضعه التجاري وأسماء عملائه ، الأمر الذي يؤول الى إيقاع الضرر به وسلب ثقة العملاء منه . وتقصر القوانين التجارية المختلفة عموماً التسليم أو الاطلاع الكلي على حالات معينة لا يجوز تجاوزها حتى على سبيل القياس . وهذه الحالات هي :

الإرث أو التركة قسمة الأموال المشتركة ، تصفية الشركات ، وحالة الإفلاس والصلح الواقي منه . ويلاحظ أنه في هذه الحالات لا ضرر ولا خشية من الاطلاع على الدفاتر ذلك لأن الأمر يتعلق بتصفية الذمة المالية للتاجر ، ولأن الدفاتر تصبح من جهة أخرى ملكا مشتركاً لجميع الأطراف كما هو الحال في تصفية الشركة . أو أنه لم تعد هناك ثمة فائدة من الاحتفاظ بأسرار النشاط التجاري كما هو الأمر في حالة الإفلاس . ولم يتعرض قانون التجارة عندنا للاطلاع الكلي أو التسليم . بيد أن ذلك لا يعني حسب تقديرنا أن المشرع يمنع اللجوء الى هذه الوسيلة فيما إذا استلزمتها الضرورة وحسن سير الدعوى

وحسمها . بشرط أن يقتصر هذا الاطلاع فقط على الأحوال التي تتعلق بتصفية الذمة المالية للمشروع التجاري أو التاجر . فلا يحول دون ذلك أي مانع قانوني. ولكم ما الحكم لو امتنع التاجر عن تلبية المحكمة بتقديم دفاتره التجارية إليها ؟ . تقرر المادة التاسعة من قانون الإثبات مبدأ عاماً هو أنه : " للقاضي أن يأمر أيا من الخصوم بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته فإن امتنع عن تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجة عليه " . وتنص المادة الخامسة والخمسون من نفس القانون على أنه : " إذا أنكر الخصم وجود الدفتر أو السند في حوزته أو تحت تصرفه ولم يقدم طالب الدفتر او السند إثباتاً كافياً بوجوده لدى ذلك الخصم ، فعلى المحكمة تحليف الخصم المنكر بأن الدفتر أو السند المطلوب تقديمه لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده وأنه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به ". وعند الامتناع عن أداء اليمين المذكورة أعلاه فإنه يحق للخصم إثبات مضمون الدفتر بأي طريق من طرق الإثبات ". ومع ذلك تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى جواز اللجوء للغرامة التهديدية عند امتناع التاجر عن تقديم دفاتره للقضاء ، وذلك لغرض إجباره على الامتثال لأمرها . كأن يحكم عليه بمبلغ من المال عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ أمر يحكم عليه بمبلغ من المال عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ أمر المحكمة . ويستند هذا الرأي على تطبيق القواعد العامة الواردة في التشريع المدني والتي تقرر أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عينا يجيز فرض الغرامة المالية عليه إلى أن يقوم بهذا التنفيذ . غير أن ما يؤاخذ عليه هذا الرأي هو أن المشرع لم يتعرض بأي صورة من الصور للغرامة التهديدية كإجراء لإجبار صاحب الدفتر التجاري على تقديمه للمحكمة بناء على أمرها بالإضافة على ذلك فإن الدفاتر التجارية ليست لها حجية مطلقة في الإثبات ، وأن القضاء غير ملزم بالأخذ بم ورد فيها من قيود ، مما يجعل اللجوء على التهديد المالي لغرض تقديم الدفتر للمحكمة أمراً ضئيل الأهمية ولا ينسجم مع حكم القانون .

خامسا/ حجية الدفاتر التجارية في الإثبات:

يحدد قانون الإثبات وهو القانون رقم 107 لسنة 1979 ، القواعد الخاصة بدور الدفاتر التجارية في الإثبات وتجدر الإشارة هنا الى ان هذا القانون قد صدر تنفيذاً لأحكام قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977 الذي أوجب توحيد قواعد الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص . وقد ألغى القانون المذكور أعلاه الباب السادس من الكتاب الاول من القانون المدني من المادة 444-505 – المتعلق بإثبات الالتزام بالإضافة الى بعض الأحكام التي يتضمنها قانون التجارة الملغى رقم 149 لسنة 1970 (المواد : 37 و 38 و 41 والمواد 103 – 107 والمادة 564) وقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 (المادتان 9 و 8 والباب الرابع المتضمن المواد 98-140). وتضمن قانون الإثبات تعديلات مهمة بخصوص دور الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في الإثبات ويتضح من القواعد الخاصة التي وردت بها الشأن أن قيمة الدفاتر التجارية في الإثبات تختلف تبعاً لما إذا كان الإثبات لمصلحة صاحبها (التاجر) أو ضده وذلك حسب التفصيل التالي :

1. الاحتجاج بالدفاتر التجارية على الغير .

تنص الفقرة الأولى من المادة 28 من قانون الإثبات على أنه : "لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة أم غير منتظمة حجة لصاحبها " وتقتضي الفقرة الأولى من المادة 29 من القانون نفسه بما يلي : "لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها " . يتبين من هذه النصوص أنه ليس للدفاتر التجارية الإلزامية وغير الإلزامية – حجة على الغير وليس فيها قوة الإثبات سواء كان هذا الغير تاجراً أم غير تاجر . وللقضاء رفضها في حالة تقديمها من قبل صاحبها لغرض الإفادة من القيود المدونة فيها في الإثبات ضد خصمه . ومن غير المتصور كما نرى أن تكون الدفاتر التجارية بداية دليل للإثبات ، استناداً الى المفهوم المخالف لنص المادة 77 من القانون التي تقول : " يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسين ديناراً. صحيح أن هذا النص قد يعطي انطباعاً بأنه من الممكن الاستعانة بالدفاتر التجارية للإثبات في جميع الأحوال التي تتجاوز فيها قيمة التصرف القانوني خمسين ديناراً ، إلا أن هذا الحكم لا يمكن أن يعارض بأي حال نصوص الفقرة الأولى من المادتين 28 و 29 من القانون ، وهي نصوص امرة وواضحة تمنع صراحة إمكانية التمسك بالدفاتر التجارية الإلزامية وغير الإلزامية منتظمة كانت أم غير منتظمة ضد الغير فالمنع القانوني هنا لا يحتاج الى تأويل أو تخفيف أو استثناء . فهو منع بات . والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي الى خلق استثناء يتعارض مع القاعدة ويخالف مبرراتها

القائمة على المبادئ العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشئ أو يصطنع دليلاً لنفسه . وبناء عليه فإنه لا يمكن في ضوء أحكام قانون الإثبات أن يحتج بالدفاتر التجارية على الغير سواء كان هذا الغير تاجراً أم شخصاً عادياً.
2. احتجاج الغير بالدفاتر التجارية .

للغير أن يتمسك بما ورد من قيود في الدفاتر التجارية الإلزامية لخصمه ، منتظمة كانت أم غير منتظمة لغرض إثبات التصرف القانوني سواء كان هذا التصرف تجارياً أم مدنياً وسواء كانت الدعوى بين تاجر وتاجر أم بين تاجر وغير تاجر . إذ تقرر الفقرة الثانية من المادة التاسعة والعشرين من قانون الإثبات أنه يجوز أن تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة أم غير منتظمة " حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الإقرار المثبت فيها ". وعلة ذلك أن القيود التي تكون واردة في الدفاتر التجارية تقوم مقام الاعتراف (الإقرار) الكتابي . فيجوز إذن تمسك الغير بهذا الاعتراف لمصلحة فيطلب من القضاء إلزام صاحب الدفاتر بتقديمها لاستخلاص ما ورد فيها من أدلة لمصلحته بيد أنه لا يمكن للخصم الذي يحتج بالدفاتر تجزئة هذا الإقرار بحيث يتمسك بما ورد فيها لمصلحته ويستبعد ما كان في غير مصلحته فلو ذكر في الدفتر التجاري أن التاجر قد اشترى بضاعة من شخص ما ودفع الثمن ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يقبل بالقيد الأول ويرفض القيد الثاني بل عليه أن يقر بما جاء في الدفتر كاملاً أو يطرحه كاملاً . أما بالنسبة للدفاتر غير الإلزامية " الاختيارية " فلا يكون للبيانات الواردة فيها حجة على صاحبها إلا في حالتين :

أ- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا .

ب- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته .

وعليه يجوز للغير إذا تحقق شرط الحالة الأولى " استفياء دين ما " أو شرط الحالة الثانية أن يتمسك بالدفاتر بالغير الإلزامية لخصمه ويستخلص منها دليلاً لمصلحته في الإثبات . بيد أن للمحكمة إذا رأت ذلك ضرورياً لاستكمال قناعتها بشأن ما ورد في الدفاتر التجارية من قيود ، أو توجه اليمين المتممة لمن يتمسك بتلك الدفاتر وقيودها ويجوز كذلك لصاحب الدفاتر التجارية إلزامية كانت أم اختيارية ان يثبت عكس ما ورد في القيود التي يتمسك بها خصمه عليه ، بكافة طرق الإثبات.

المطلب الرابع/ الامتناع عن المنافسة غير المشروعة:

لا يمكن أن تكون حرية الأشخاص في ممارسة النشاط التجاري مطلقة بل لابد من أن ترد عليها قيود تفرضها الضرورة العملية والمصلحة العامة . فحماية الآداب أو منع الغش وتضليل المستهلك أو صيانة الأمن ، أو تحقيق أهداف وطنية وقومية جميع هذه العوامل وغيرها . تفرض عدم إطلاق الحرية التامة للأشخاص عند ممارسة النشاط التجاري. وهذا المنطلق فقد تدخلت الدولة ، بما لها من سلطة ونفوذ ومن خلال التشريع في هذا الميدان لغرض توجيهه وجهة تتفق مع أهميته ودوره المؤثر في الحياة الاجتماعية العامة . والأمثلة على ذلك متعددة فالقوانين المتعلقة بالنقل والصناعة والتجارة في المواد الغذائية والوكالات التجارية وكذلك القوانين المتعلقة بالعلامات والأسماء التجارية والبيع بالمزايدة العلنية وغيرها ، لدلائل واضحة على مدى نطاق هذا التدخل في الحياة التجارية . إلا أن المشرع قد وفر بنفس الوقت الحماية اللازمة لمشروع التجاري الفردي أو الجماعي من الصراع " المنافسة " الذي قد يقع في البيئة التجارية بأساليب غير قانونية . وتتمثل الحماية المذكورة بجزاءات قانونية مدنية وجنائية فلا يجوز بحكم القانون أن يتبع المشروع التجاري أو التاجر أساليب من المنافسة لا تتفق والممارسات المألوفة ونزاهة التعامل التي تقتضيها الحياة التجارية وتؤدي الى الإضرار بالآخرين الذين يمارسون ذات النشاط . والمنافسة الغير المشروعة تخضع من حيث المبدأ للأحكام العامة المتعلقة بالالتزامات التجارية . ومن هذا المنطلق عالجها قانون التجارة الملغى رقم 149 لسنة 1970 فوضع لها قاعدة عامة حدد من خلالها مفهوم المنافسة الغير المشروعة وبعض صورها والجزاءات المترتبة عليها . بيد أن قانون التجارة الحالي رقم 36 لسنة 1984 ألغى باب الالتزامات التجارية وترك كما يبدو موضوع هذه المنافسة للقواعد

العامة وللأحكام الخاصة التي وردت بشأنها في بعض القوانين ، كقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم 65 لسنة 1970 ، وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم 21 لسنة 1957 وبعض القواعد الخاصة بالاسم التجاري التي يتضمنها قانون التجارة . من جانب آخر فإنه يجب ملاحظة أن الحماية من المنافسة الغير المشروعة قد لا تقف عند تدخل المشرع فقط . فعلاوة على ذلك فإنه يمكن الاتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على استبعاد هذه المنافسة ، كما هو شائع مثلا في استعمال الشروط التي يفرضها مشتري المحل التجاري على البائع لتلافي ما قد يقع بينهما من مزاحمة غير مشروعة . عليه فإن المنافسة تكون غير مشروعة إما قانوناً وإما أتفاقاً .

أولاً : المنافسة غير المشروعة قانوناً . المنافسة غير المشروعة قانوناً هي تلك المنافسة التي تقع جراء أي فعل يتعارض مع معطيات التعامل التجاري سواء كانت تلك المعطيات مقررة بحكم القواعد القانونية أم بحكم القواعد المتعارف عليها في البيئة التجارية بهذا المعنى ذهب قانون التجارة الملغى من خلال نص المادة الثامنة والتسعين التي تقرر بأنه : " يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول الشريفة المرعية في المعاملات التجارية ... " . وبناء عليه فإن أي فعل يقع مخالفة للممارسات والقواعد المرعية في المعاملات التجارية يعد منافسة غير مشروعة ويعتبر هذا المفهوم واسعاً يسمح بالإحاطة بجميع صور المنافسة قدر الإمكان . وللمنافسة غير المشروعة صور مختلفة وإذا تحققت فإنها ترتب جزاءات قانونية .

1. صور المنافسة الغير المشروعة .

يمكن رد صور المنافسة غير المشروعة الى مجموعتين :

الاولى : جميع الاعمال التي من شأنها بأية وسيلة كانت أن تسيء الى سمعة المنافس وان تخلق الالتباس مع محله التجاري أو سلعة أو نشاطه ويعتبر من ضمن هذه الاعمال الاعتداء على علامة الغير التجارية او رسومه أو نماذجه الصناعية أو لاعتداء على براءات الاختراع أو اتخاذ المحل المنافس اسماً تجارياً مشابهاً لاسم المحل المنافس . وينضوي تحت هذه المجموعة كذلك بث ونشر الادعاءات الكاذبة التي تستهدف تشويه الحقائق عن البضائع والسلع التي ينتجها ، حتى ينصرف عنه جمهور عملائه وزبائنه ويتحطم بالتالي مركزه المالي .

الثانية : جميع الأعمال التي من شأنها بأية وسيلة كانت أن تحدث الاضطراب في محل منافس . ويدخل ضمن هذه المجموعة تحريض العمال الذين يعتمد عليه محل تجاري آخر منافس إما بترك العمل أو بإغرائهم بشتى الطرق ، للعمل لديه لغرض استقطاب عملاء المنافس . إذ كثيراً ما يرتبط إقبال المستهلك على متجر معين بما يتحلى به القائمون بإدارته والخدمة فيه من صفات شخصية وخبرة ومهارة في التعامل بحيث يؤدي ترك هؤلاء للخدمة فيه الى صرف جمهوره عنه والتأثير بشكل ملموس على نشاطه . وقد يعمد المنافس الى اغراء العاملين بالمحل لأجل الوقوف على أسرار اعمال منافسة ، كمعرفة اسماء الموردين او طريقة البيع للعملاء والتسهيلات التي يقدمها لهم أو التوصل الى معرفة اسرار صناعية معينة او تركيب معين للمواد التي يقوم موضوع التجارة عليها . ويعتبر القيام بمثل هذه الأفعال منافسة غير مشروعة لأنها تؤدي الى خلق الاضطراب في محل منافس ومن ثم الإضرار به .

2. الجزاءات :
يترتب على القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة دعوى مسؤولية أساسها لفعل الضار ، وذلك طبقاً للقواعد العامة القانونية المقررة في نص المادة 204 من القانون المدني ، والتي تقضي بأن : " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر ..... (فإنه) يستوجب التعويض " . إذ لم يضع المشرع التجاري عندنا حكماً خاصاً بهذا الشأن . عليه إذن فإن دعوى المنافسة هي دعوى مسؤولية تقصيرية شروط قيامها خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما . ويتحقق لخطأ بصدور فعل من الأفعال التي يحرمها القانون ن أو بصدور أي فعل يتنافى والأصول المتعارف عليها في البيئة التجارية . ويتحقق الخطأ بمجرد وقوع الفعل المادي . وعليه فيعتبر الخطأ قائماً سواء صدر بنية الإضرار أو وقع نتيجة الإهمال وعدم التحرز ولا تمييز هنا بين الضرر المادي أو المعنوي . فكلاهما يستلزم التعويض ويجب أخيراً قيام علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر . فلا تجوز مسألة المخطئ إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الغير هو نتيجة لفعله الضار

وبسببه . فإذا توفرت هذه الشروط في الدعوى كان على المحكمة أن تحكم بالتعويض المتناسب مع الضرر الحاصل مادياً كان أم معنوياً . ولها ان تقضي أيضاً وفي حدود الممكن ، بإزالة الضرر عينا كأن تأمر بحظر استخدام الاسم التجاري أو العلامة التجارية . ويجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف المحلية كنوع من رد الاعتبار للمدعي . بيد أن هذه الدعوى لا تحول دون قيام الجزاءات الجنائية المقررة في قوانين خاصة فبمقتضى نص المادة الرابعة والأربعين من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم 65 لسنة 1970 : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على ألف دينار أو بكلتا العقوبتين : " كل من قلد اختراعاً منحت عنه براءة " " وكل من قلد نموذجاً صناعياً " " وكل من حاز بغير وجه حق براءة أو شهادة نموذج صناعي سبق وسجل في داخل العراق أو خارجه " . وتقضي المادة الخامسة والثلاثين من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم 21 لسنة 1957 بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار و بإحدى العقوبتين على كل من زور علامة تجارية أو قلدها أو وضع بسوء نية علامة مملوكة للغير .. ويقرر قانون التجارة أخيراً عقوبة الغرامة من مائة دينار الى الألف دينار في حالة الاعتداء على الاسم التجاري المسجل قانوناً . م 38 قانون التجارة .

ثانياً : المنافسة الممنوعة اتفاقاً :

الحماية من المنافسة غير المشروعة لا تقتصر فقط على ما قرره المشرع من أحكام في هذا الموضوع . فغالباً ما يحتاط التجار من هذه المنافسة عن طريق الاتفاق الخاص أو بتضمين الشروط في العقود التي يبرمونها فيما بينهم. ومن الأمثلة على ذلك ما درج عليه التعامل عند بيع المحل التجاري من وضع شرط يمنع البائع من إنشاء محل تجاري آخر مماثل . ويعتبر مثل هذا الشرط موافقاً للقانون ومن الممكن أن يتفق على خلافه . فإذا تضمن الاتفاق مثل هذا الشرط فليس للبائع عندئذ أن ينشئ متجراً مماثلا أو مشابها للمحل الذي باعه وذلك خشية إيذاء المشتري وصرف عملائه عنه . من جهة أخرى ، فإن شرط التحريم لا يمكن أن يكون مطلق المدة ، وعليه يعتبر باطلا الشرط الذي يتضمن منعاً زمنياً غير محدد أو يقرر مدة غير مقبولة (طويلة نسبياً) . ويجب كذلك أن لا يرد شرط التحريم عاماً لكل أنواع التجارة وإلا كان باطلاً . بل لابد لصحته من أن يقتصر على منع البائع من ممارسة ذات نوع التجارة التي باعها أو من شبيه بها . ويترتب على مخالفة البائع لأحكام الاتفاق أو الشروط دعوى لمصلحة المشتري أساسها المسؤولية العقدية ، فيما اذا اصاب هذا الأخير ضرر أكيد من جراء مخالفة البائع الاتفاق أو للشرط . فيحق للمشتري عندها طلب التعويض للضرر الحاصل . وللمشتري بالإضافة الى ذلك الحق في طلب فسخ العقد أو أن يطلب غلق المحل التجاري الذي اسسه البائع خلافاً للاتفاق . وله ايضاً الامتناع عن دفع المتبقي من ثمن المحل التجاري الذي اشتراه ، وذلك مقابل فقده للمميزات التي كان يحققها شرط المنع. أما إذا انقضت مدة شرط التحريم فإن للبائع كل الطرق المشروعة في إنشاء محل تجاري جديد مشابه وان يباشر نوع التجارة التي يرغب فيها حتى لو كان ذلك في ذات المكان الذي حرم عليه الاشتغال فيه .

محاضرات (مفهوم عقد النقل وابرامه)

القانون التجاري/ المرحلة الثانية

كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

الاستاذ الدكتور علاء حسين علي

المرجع

الاستاذ الدكتور باسم محمد/ صالح القانون التجاري

النقل عمل تجاري بحكم القانون. ويتجسد هذا العمل بتغيير مكان اشخاص او الاشياء. والنقل عقد يبرم بين الناقل وبين طرف آخر يبغي تحقيق غرض معين . ويخضع عقد النقل لقانون خاص به مستقل عن قانون التجارة ، هو قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ (٢) . وقد جاء هذا القانون تطبيقاً لمبادئ قانون اصلاح النظام القانوني . وتبعاً لذلك فقد حددت مرتكزاته بما يضمن توفير أفضل الخدمات في مجالي نقل الأشخاص والأشياء وإيجاد التوازن بين التزامات الأطراف المختلفة ، والمساهمة في تحقيق متطلبات خطط التنمية القومية وتوحيد القواعد التي تحكم جميع صور النقل المختلفة وتغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية، مع ضمان قيام القطاع الاشتراكي بقيادة وتوجيه نشاط النقل (٣). ويشتمل قانون النقل على مائة وثمان وخمسين مادة موزعة على أبواب أربعة كما يلي:

الباب الأول : أهداف وأسس وسريان القانون، الباب الثاني : أحكام النقل، الباب الثالث: أحكام النقل الخاصة الباب الرابع : أحكام ختامية

وتسري أحكام هذا القانون على جميع صور النقل بحرياً كان أم جوياً، وبرياً كان أم نهرياً وبغض النظر عن صفة الناقل على أن تراعى عند تطبيقه أحكام الاتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفاً فيها. وتعرف المادة الخامسة من القانون عقد النقل بأنه : " اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص أو شيء من مكان الى آخر لقاء أجر معين" وقد ورد هذا التعريف ضمن أحكام النقل العامة ، فهو إذن تعريف شامل لجميع أنواع النقل لا تمييز بينها اللهم إلا من حيث خصوصية الوسيلة المستعملة في النقل وطبيعة طرق تنفيذه . ويختلف المفهوم المتقدم لعقد النقل عن التعريف الوارد في قانون التجار والملغي من حيث الصياغة القانونية والتحديد

الدقيق للمعنى الشامل ، إذ عرفت المادة ٢٤٢ من قانون التجارة الملغي عقد النقل بأنه : " اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل مقابل أجرة بأن يقوم بوسائطه الخاصة بنقل شيء أو شخص الى مكان معين " فمن حيث الصياغة القانونية حدد المشرع بدقة المصطلح القانوني المطلوب وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بعدم ذكر " الوسائط الخاصة" للناقل . إذ أن هذا الأخير قد يلجأ وغالباً ما يقع ذلك نتيجة ظروف معينة لغيره من الناقلين لتنفيذ عقد النقل سواء بإجارة وسائطهم أو بالاتفاق معهم مباشرة للقيام بالنقل مما ينفي بالضرورة استعمال الناقل " المتعاقد" في هذه الحالات لوسائطه الخاصة في النقل .والنقل عقد رضائي ملزم للجانبين ومن عقود المعاوضة والإذعان . فهو عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين لا يتطلب انعقاده كقاعدة عامة أن يفرغ في شكل معين. ونرى لا جدال في رضائية العقد رغم ما قد يستلزمه إتمام الإبرام من وجود شكلية معينة ، كوثيقة النقل أو تذكرة النقل أو سند الشحن. والنقل عقد معاوضة ملزم للجانبين إذ بموجبه يلتزم الناقل بعملية النقل المتفق عليه في المواعيد المحددة لقاء أجرة يلتزم بدفعها الشاحن أو المسافر . أما صفة الإذعان في عقد النقل، فإنها تتمثل في أن النقل يتولاه عموماً أحد الأشخاص المعنوية العامة " كما هو الأمر في مرافق السكك الحديدية والخطوط الجوية... إلخ " وفي هذه الحالة فإن هذه الأشخاص المعنوية العامة هي التي تتولى وضع شروط العقد وبنوده ولا مجال فيه للمناقشة أو المفاوضة . بجانب ذلك فإن الدولة تتدخل حتى في حالة تولي النقل أحد أشخاص القانون الخاص، ومن خلال القانون لتضع شروط العقد وتنظم علاقة أطرافه بصورة قانونية ملزمة . هذا ويجب أن يلاحظ أيضاً ان الناقل ملزم بحدود إمكانيات النقل بقبول طلبات .النقل. فليس له رفض طلب شاحن أو مسافر طالما أبدى أي منهما استعداده لدفع الأجرة وتنفيذ شروط العقد . ينعقد النقل إذا توفرت شروط إبرامه وهي ، الرضا ، الأهلية ، والمحل ، والسبب

١-الرضا:

النقل عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون التوقف على أي إجراء آخر لاحق . وتقرر الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون النقل بقولها : " يتم عقد النقل بمجرد الاتفاق ويجوز إثباته بجميع الطرق " . ومع ذلك فإنه يجب أن يلاحظ بأن تسليم البضاعة للناقل يكون نوعاً من القبول للإيجاب الصادر من الأول ، في عقد نقل الأشياء ، أو صعود الراكب الى واسطة النقل يعد قبولاً للإيجاب الصادر من الناقل . بيد أن هذا لا يعني أن العقد يفقد صفته الرضائية . فالتسليم والصعود لا يلزمان للانعقاد بل للتنفيذ ، بمعنى أن كلا من التسليم والصعود ما هما إلا نوعان من التنفيذ للعقد. من جانب آخر فأن قانون النقل يقرر من

خلال المادة السابعة أنه : " إذا كان للناقل أكثر من نموذج واحد للعقود التي يبرمها ، العقد عقد النقل بمقتضى نموذج الذي يتضمن الشروط العامة إلا إذا اتفق على اتباع نموذج آخر وفي هذه الحالة لا يجوز تجزئة الشروط المذكورة في هذا النموذج " . والظاهر من هذا النص أن المشرع أراد إضفاء نوع من الحماية للطرف المقابل للناقل في عقد النقل، وتلافياً للشروط الخاصة التي قد يفرضها الناقل والتي قد لا تتلائم مع مصلحة ذلك الطرف وتخفيفاً لسمة الإذعان في العقد. كذلك فإنه لا يجوز للناقل وبحكم القانون أن يرفض طلبات النقل في نقل الشيء ، إذا كانت ضمن إمكانات النقل ، اللهم إلا إذا كان ذلك الرفض مبرراً كأن يكون عدم تلبية الطلب مثلاً راجع لسبب أجنبي لا دخل لإرادة الناقل فيه . وعليه أيضاً في حالة تجاوز طلبات النقل طاقة وسائط النقل أن يحترم التسلسل التاريخي لهذه الطلبات مع أعطاء الأولوية للمواد الضرورية التي تمس حياة المواطنين. ولا حاجة للقول بأن هذا النهج التنظيمي تستلزمه أولويات المصلحة العامة وضرورة تلافي الرفض التعسفي أو التحكمي للناقل.

٢-الاهلية

النقل لا يعد نوعاً من أنواع التصرفات التي ترد على ملكية شيء ما. لذا فإن الأهلية المشترطة بالنسبة للمرسل أو الراكب هي سن التمييز. علماً بأن ليس بإمكان الناقل عموماً التحقق من أهلية جميع الأشخاص الذين قد يبرم معهم العقد. ونقص أهلية المرسل أو الراكب لا يرتب حسب رأي بعض الفقه ضرر ما ، طالما أن شروط العقد واحدة بالنسبة لجميع الأشخاص. أما بالنسبة للناقل فالأهلية المطلوبة هي بلوغ سن الرشد إذا كان الناقل شخصاً طبيعياً أما إذا كان هذا الأخير شخصاً معنوياً وهي الحالة الغالبة، فإنه يكفي لتوافر الأهلية أن يكون من أغراض هذا الشخص المعنوي القيام بالنقل. أما عيوب الرضا فإنها قد تقع في أطار عقد نقل الشيء، ومن غير المتصور عموماً أن تثار في نقل الأشخاص. فقد يرد الغلط مثلا في طبيعة الشيء المراد نقله، كان يسلم للناقل أشياء على أنها من طبيعة معينة وتظهر بعد ذلك خلاف تلك الطبيعة. فالعقد يكون هنا موقوفاً وتطبق بشأنه القواعد العامة المقررة بصدد إجازته وعدم إجازته.

٣- المحل:

يعتبر كل منقول مادي محل عقد نقل الأشياء بشرط أن يكون هذا المنقول المادي من بين الأشياء القابلة للتعامل فيها. أما في عقد نقل الأشخاص فإن محل العقد هو شخص الراكب إضافة الى أمتعته. ويتضح ذلك بوضوح من نص المادة الخامسة من قانون النقل التي تقرر أن عقد النقل "اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل

شخص أو شيء من مكان الى آخر لقاء أجر معين ". وتقرر الفقرة (د) من ثانياً من المادة ٧٣ من نفس القانون ضرورة بيان " قيمة الشيء محل عقد النقل ". هذا بالنسبة للناقل أما بالنسبة للمرسل والشاحن فإن محل العقد هو "أجرة النقل المحددة أو المتفق عليها في العقد" . ومع هذا فإنه يجب التنويه بأن المحل ركن للعقد وركن في الالتزام الذي يترتب على الأطراف في أن واحد. إذ لا حاجة للنقل في الواقع إذا أنعدم المحل ، وانعدام المحل يعني ببساطة وبحكم القواعد العامة بطلان العقد. والقول بأن المحل ركن في الالتزام صحيح، بيد أن ذلك لا يعني حسب تقديرنا اقتصار أهمية محل النقل على الالتزام دون اعتباره – المحل– ركناً جوهرياً للعقد. وأياً كان الامر فإن العقد يعتبر باطلا إذا لم يكن المحل موجوداً أو مشروعا.ً

٤–السبب:

يتحدد السبب كركن من أركان عقد النقل بمحل التزام كل طرف من أطرافه. عليه فإن التزام الناقل بالقيام بعملية النقل ، سواء بنقل الشيء أو الشخص ، هو السبب لالتزام الطرف المقابل، المرسل أو الراكب، بدفع مقبل النقل أي الأجرة. وأن التزام كل من المرسل أو الراكب بدفع الاجرة هو السبب لالتزام الناقل بالقيام بعملية النقل ويجب أن يكون السبب مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً. ومن أمثلة السبب الغير المشروع الاتفاق على نقل شيء مسروق أو شخص مختطف.

أطراف عقد النقل:

لا يقصد بأطراف عقد النقل إلا أشخاصه ، أي أشخاص عقد النقل . ويدور العقد كقاعدة عامة بين شخصين أو طرفين هما : -

الناقل Transpoteur والراكب Voyageur في عقد نقل الأشخاص ، والناقل والمرسل Expediteur في عقد نقل الأشياء بيد أن أشخاص هذا العقد الأخير قد يزيدون على ذلك إذ قد يدخل في العلاقة الثنائية شخص آخر هو المرسل إليه Le destinafeur . فقد يكون المرسل على صلة عقدية سابقة مع هذا الاخير (المرسل إليه) ، كما لو اتفق معه على تسلم البضاعة بدلا منه عند وصولها فيدور العقد حينئذ بين أشخاص ثلاثة هم : الناقل ، المرسل ، والمرسل إليه . وقد يتحد شخص المرسل والمرسل إليه كما لو أرسلت شركة بضائع تنتجها لفرع لها في مكان آخر ، أو أرسل المرسل الشيء محل النقل الى نفسه ، فلا يقع العقد هنا إلا بين طرفين . إلا أن الواقع العملي في النقل هو أن يكون المرسل إليه شخص ثالث تربطه بالمرسل صلة عقدية سابقة تتجسد عموماً في عقد بيع ، يكون البائع بمقتضاه مرسلا يتولى إبرام عقد النقل على أن يتسلم المشتري المرسل إليه البضاعة عند وصولها .

محاضرات(آثار عقد نقل الأشخاص)

القانون التجاري/ المرحلة الثانية

كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

الاستاذ الدكتور علاء حسين علي

المرجع

الاستاذ الدكتور باسم محمد/ صالح القانون التجاري

يختلف عقد نقل الأشخاص عن عقد نقل الاشياء في أن النقل الأول لا يوجد فيه غير طرفين هما:- الراكب والناقل . فطبيعة العقد لا تسمح بالأطراف الثلاثة الذين في عقد نقل الأشياء ؛ لأن الراكب يقوم مقام المرسل والمرسل إليه معاً . ونظراً للالتزامات المختلفة التي يرتبها عقد نقل الأشخاص بالنسبة لأطرافه فإننا نتعرض . اولاً لالتزامات وحقوق الناقل ومن ثم لالتزامات وحقوق الراكب

أ- التزامات الناقل وحقوقه

يقع على الناقل في نقل الأشخاص التزامان أساسيان هما : نقل الراكب وامتعته والمحافظة على سلامته أثناء النقل

١-نقل الراكب وأمتعته

يجب على الناقل إيصال الراكب الى الجهة المقصودة في الميعاد المتفق عليه . ويتحدد هذا الميعاد إما باتفاق الطرفين أو من خلال نشرات دورية يعلنها الناقل للجمهور ويلتزم بتنفيذها كما هو الأمر بالنسبة للنشرات التي تصدرها منشأة السكك الحديدية أو منشأة نقل المسافرين . فإذا أخل الناقل في تنفيذ ما ورد في تلك النشرات وتأخر وصول الراكب عن الميعاد المحدد كان الناقل مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب من جراء ذلك . ويتم نقل الراكب بوسائط صالحة للنقل من جميع الوجوه. وارتباطاً بهذا الالتزام فإنه

يجب على الناقل أن يوفر للراكب مكاناً في الدرجة التي تعاقد عليها فإذا ازدحمت واسطة النقل بحيث لم يتمكن الراكب من الحصول على هذا المكان او اضطر الى الركوب في درجة أدنى من درجته فإن له حق العدول عن النقل وفي حالة عدم عدوله فإن الناقل يكون مسؤولاً عن دفع الفرق في اجرة النقل للراكب فضلاً عن تعويض الضرر إن كان له مقتضى وعلى الناقل أيضاً أن يهيئ للمسافر الراحة المناسبة أثناء السفر . واذا التزم ان يقدم للراكب مقابل اجرة اضافية خدمات اخرى فإن عليه القيام بهذه الخدمات وتقديمها وإلا كان مسؤولاً عن رد المقابل ، بالإضافة للتعويضات كان التعويض مقتضى . أما بخصوص أمتعة الراكب فإن الناقل يلتزم بإيصال تلك الامتعة الى المكان المقصود . وينصرف مفهوم الأمتعة الى اللوازم الشخصية مضافاً إليها " الحيوانات المرخص للناقل بنقلها " . ويميز قانون النقل بين نوعين من الأمتعة : أولاً : الأمتعة المسلمة للناقل – الحقائب – وتخضع للأحكام الخاصة بنقل الأشياء. ثانياً : الأمتعة المرافقة التي يحتفظ بها الراكب معه وتكون في حراسته فإن الراكب يكون مسؤولاً عنها وعن الأضرار التي تسببها للغير أو لواسطة النقل اللهم الا اذا اثبت صدور خطأ من الناقل او من أحد تابعيه ومن ذلك فإن للغير مطالبة الناقل بالتعويض عن الضرر ويكون للناقل حق الرجوع على الراكب بما أداة من تعويض إذ تقرر كل من الفقرة الثانية والثالثة من المادة التاسعة عشرة ما يلي : " ثانياً : لا يكون الناقل مسؤولاً عن ضياع الأمتعة التي يحتفظ بها الراكب أو هلاكها أو تلفها ولا عما يلحق بالحيوانات المصاحبة له من أضرار إلا إذا أثبت الراكب خطأ الناقل أو خطأ تابعيه . ثالثاً : يسأل الراكب عما يلحق الناقل أو الغير من ضرر بسبب الأمتعة او الحيوانات المصاحبة للراكب ولا يمنع هذا من قيام الغير ، بمطالبة الناقل بالتعويض عما أصابه من ضرر ولهذا الأخير حق الرجوع على الركب بما دفعه من تعويض " وعلى أية حال فإن على الناقل احتياطاً فحص أمتعة الراكب وبحضوره قبل ابتداء النقل او اثنائه لغرض التحقق من مطابقة الأمتعة لشروط العقد

٢-المحافظة على سلامة الراكب أثناء النقل : على الناقل إيصال المسافر او الراكب سليماً الى جهة الوصول . ويطلق على هذا الالتزام بالتزام السلامة ، وهو التزام أساسي لا يمكن للناقل التملص منه فكل شرط يتضمن إعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذا الالتزام يعد باطلاً . ويتضمن الناقل سلامة الراكب أيا كانت الواسطة المستخدمة في التنقل وحتى لو تم النقل بالمجان . ويجب أن يلاحظ بأن التزام الناقل هذا لا يقتصر على بذل العناية اللازمة من أجل سلامة الراكب فلا يجدي الناقل نفعاً أن يثبت بأنه قام بجميع

الاحتياطيات من أجل نقل الراكب سالماً الى الجهة المقصودة ذلك أن التزام الناقل بتوصيل الراكب سالماً هو التزام بنتيجة وليس التزام بوسيلة ، بمعنى أن الناقل يلتزم بتحقيق غاية معينة هي وصول الراكب سالماً الى الجهة المقصودة وليس التزام بتحقيق عناية عليه اذا أصاب الراكب ضرراً فإن الناقل يكون قد أخل بتنفيذ التزامه لأنه لم يحقق النتيجة المطلوبة ويمتد التزام المحافظة على سلامة الراكب من وقت الشروع في الصعود لواسطة النقل ولغاية النزول منها عند الوصول . وفي حالة تعدد ارصفة وقوف واسطة النقل (تعدد المواقع) فإن الناقل يعتبر مسؤولاً من لحظة دخول الراكب الى تلك الارصفة ولغاية خروجه منها في مكان الوصول . بيد أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يشمل النقل الجوي والنقل البحري . هذا ولا يعد الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الراكب في الحالتين التاليتين:

أ–حالة انتقال الراكب من واسطة الى اخرى بدون حراسة الناقل اذا اقتضى النقل تغيير واسطة النقل في الطريق

ب–حالة تجوال الراكب خارج المحل المعد للاستراحة المعين من قبل الناقل

ب– التزامات الراكب وحقوقه

تقتصر التزامات الراكب على ما يلي: اداء اجرة النقل، اتباع تعليمات الناقل:

١–اداء اجرة النقل

على الراكب أداء أجرة النقل في موعدها المحدد . وينظم الاتفاق بين الطرفين كيفية اداء الاجرة بيد أن الراكب قد يضطر أحياناً الى الوفاء بأجرة النقل قبل القيام بعملية النقل . ويقع هذا الفرض عموماً في حالة كون تعليمات تقضي بالحصول على تذكرة السفر قبل بدء النقل . وغالباً ما يكون تحديد أجرة النقل بمعرفة الناقل بحيث يتعين على الراكب الإذعان لهذا التحديد إذا كان حريصاً على إبرام العقد . ويعلن الناقل عن أجرة النقل بصورة تعريفة محددة للجمهور ولا يقبل المناقشة فيها ، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة للنقل في السكك الحديدية او شركات النقل البري والجوي وعلى أية حال فإن قانون النقل يضع قاعدة عامة بصدد

تحديد الأجرة . إذ تقرر المادة الخامسة عشرة منه ما يلي : " تحدد أجرة نقل الشخص داخل العراق وفقاً للتعريفات المقررة من قبل الجهات المختصة ولا يجوز مخالفتها "

متى تستحق الأجرة؟

تستحق الأجرة ولو لم يحضر الراكب في الوقت المعين للنقل

بيد أن التخلف عن الحضور لا يفقد الراكب حق طلب تنفيذ النقل لاحقاً في حالة دفعه للأجرة مقدماً إذا كان قد أخطر الناقل بتخلفه . ويستثنى من هذه القاعدة النقل الداخلي بالسيارات فلا يمكن للراكب الاتفاق مع الناقل على تنفيذ النقل لاحقاً عند تخلف الأول عن ميعاد النقل ولابد من التنويه الى أن الراكب يتعرض الى نوع من الجزاء فيما إذا : " استقل واسطة النقل دون دفع الاجرة او تهرب من دفعها اذا كانت مستحقة الدفع اثناء النقل ، فيلزم بدفع اجرة مضاعفة على أن لا تقل عن خمسة دنانير "

متى تسقط الاجرة؟

تسقط الاجرة اذا ألغي النقل قبل مباشرته لسبب يعود الى الناقل أو تابعيه او على الوسائط المستعملة في النقل . ونرى ان يصار في هذه الحالة أيضاً الى تعويض الراكب عما يلحق به من ضرر على وجه الخصوص بسبب التأخير . ولا يستحق الناقل أجرة النقل أيضاً اذا عدل الراكب عن النقل قبل مباشرته وأخطر الناقل بعدوله قبل مدة لا تقل عن اربعة وعشرين ساعة من الموعد المعين لتنفيذ النقل ، او عند الضرورة القصوى في اليوم نفسه . ومن البديهي ان الاجرة تسقط كذلك عند قيام قوة قاهرة تحول دون تنفيذ النقل ، أو قيام ظروف معينة تجعل النقل خطراً على سلامة الركاب وأرواحهم . ويجب التمييز بين حالة عدول الراكب عن النقل وتعطل النقل بعد مباشرة تنفيذه فإذا تعطل النقل بعد مباشرته لسبب يعود الى الناقل أو تابعيه او الى الوسائط المستعملة فللراكب الخيار بين العدول عن النقل ويتحمل الناقل هنا مصاريف إيصاله الى المحل المتفق عليه ، أو الانتظار لغاية عودة حركة النقل . ولا يطالب الراكب في هذه الحالة بأي مبلغ إضافي . أما إذا عدل الراكب عن النقل بعد مباشرته فإن الأجرة تستحق كاملة إلا إذا كان العدول بسبب ضرورة قصوى فلا يستحق الناقل إلا أجرة الجزء الذي تم تنفيذه من النقل . بيد أن المشرع يسمح للراكب بالعدول واسترداد كامل الأجرة إذا كان النقل يتم بمواعيد منتظمة ومقررة مسبقاً وتأخر تحرك واسطة النقل عن تلك المواعيد لمدة ساعة في الأقل . هذا ولابد من الإشارة الى ان للراكب الذي دفع الاجرة مقدماً وحصل تبعا لذلك على بطاقة أو تذكرة النقل الحق في التنازل عن هذه التذكرة للغير قبل مباشرة النقل . بيد

أن هذا التنازل لا يعتد به فيما اذا كانت التذكرة قد صرفت باسم الراكب وكانت هناك اعتبارات معينة في تحديد أجرة النقل . فبمقتضى نص المادة الحادية والسبعين من قانون النقل . " يجوز التنازل عن تذكرة النقل قبل مباشرته إلا إذا كانت التذكرة باسم الراكب أو روعي في إعطائها له اعتبارات خاصة " . ومن جملة تلك الاعتبارات الخاصة التي تراعي في صرف تذكرة النقل منح التذكرة للطلبة والمسنين والمتقاعدين والشباب والسفرات الجماعية ... إلخ . ومهما يكن من أمر فإن للناقل ضمان قانوني لاستيفاء أجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة له بسبب النقل . ويتمثل هذا الضمان بحبس أمتعة الراكب واستيفاء تلك المبالغ من ثمنها ما دامت أمتعة الراكب في حيازة الناقل

٢-اتباع تعليمات الناقل

على الراكب مراعاة الناقل الخاصة بالنقل فلا يجوز له الاخلال النظام المقرر للخدمات وحسن انتظام النقل والتعسف في التصرف فمن الضروري مثلاً أن يستعمل الراكب واسطة النقل من الجهة المخصصة للصعود وأن يكون النزول من المكان المخصص لذلك . ويجب أن يراعي راحة غيره من المسافرين وأن يحتفظ بتذكرة النقل لحين انقضاء السفر ، كما ويجب عليه أن يقدمها كلما طلب منه ذلك وأن يستعمل المكان المبين في تذكرة النقل من حيث درجته . والتزام اتباع التعليمات هو التزام عام واجب التطبيق على جميع الأشخاص دون استثناء أو تمييز ، وكل اتفاق خلافه لا ينتج أثره إلا بين أطرافه . ويعد هذا الالتزام من جانب آخر . " التزام أدبي يفرضه واقع حماية المسافرين " ضمان راحتهم والمحافظة على وسائط النقل.

محاضرات(آثار عقد نقل الأشياء)

القانون التجاري/ المرحلة الثانية

كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

الاستاذ الدكتور علاء حسين علي

المرجع

الاستاذ الدكتور باسم محمد/ صالح القانون التجاري

أشخاص عقد نقل الأشياء هم، المرسل والناقل والمرسل اليه إذا كان الأخير غير المرسل. ونتكلم عن التزامات وحقوق كل منهم بالتتابع.

أ- التزامات المرسل وحقوقه:

يلتزم المرسل في عقد نقل الأشياء بتسليم الشيء محل النقل، وبتقديم بيانات عنه وإعداده للنقل وإخطار الناقل باتخاذ استعدادات النقل إذا تطلب النقل ذلك وأخيراً دفع الأجرة والمصاريف. إن تسليم الشيء محل النقل للناقل يعد المرحلة الأولى للنقل. ويتم التسليم في محل الناقل اللهم إلا إذا اتفق على محل آخر. وينصب الالتزام بالتسليم على نقل حيازة البضاعة الى الناقل مع احتفاظ المرسل بوضع يده عليها. ويتم التسليم في الوقت المتفق عليه، واذا لم يحصل اتفاق بصدد ذلك فان التسليم يجب ان يتم في وقت مناسب . وعند التأخير في تسليم الشيء فإن المرسل يتحمل تبعة ذلك مالم يكن التأخير يعود لسبب أجنبي ولكن مالحكم إذا لم يسلم المرسل الشيء محل العقد للناقل؟ يذهب بعض الفقه الى ان للناقل في مثل هذه الحالة الحق في المطالبة بالأجرة المتفق عليها إذا ما أثبت استعداده لإجراء النقل. بيد ان مثل هذا التصور لا يستقيم حسب تقديرنا ، ونرى أن يصار الى فسخ العقد لتخلف أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه، وإذا حصل من جراء عدم التنفيذ ضرر فإن بإمكان الناقل المطالبة بالتعويض. هذا ويعتبر التسليم أثراً من آثار العقد وليس بأي حال من الأحوال شرطاً من شروط الانعقاد لأن العقد كما لاحظنا من العقود الرضائية. يلتزم المرسل بتسليم الوثائق الضرورية لتنفيذ النقل. لم يبين المشرع طبيعة هذه الوثائق وأنواعها وإنما جاء النص القانوني مطلقاً

مما أضفى نوعاً من الغموض الذي قد يثير النزاع. ومع ذلك فإنه يستشف بان المشرع يقصد بتلك الوثائق جميع المستندات والموافقات الإدارية التي من شأنها تسهيل عملية تنفيذ النقل وعلى وجه الخصوص النقل الذي يتم خارج حدود القطر. ولهذا السبب تنص الفقرة الثانية من المادة التاسعة والخمسين على الناقل يكون "مسؤولاً عن ضياع تلك الوثائق الضرورية أو إهمال استعمالها أو إساءة هذا الأستعمال". على المرسل ان يقدم للناقل بيانات بنوع الشيء محل النقل وقيمته ووزنه وحجمه وكيفية حزمه وعدد الطرود المثبته واسم المرسل إليه وعنوانه والمكان المطلوب إرسال الشيء إليه وأية بيانات أخرى يطلبها الناقل لتعيين ذاتية الشيء . وهذا يعني ان يكون الشيء محل النقل مطابقاً لما اتفق عليه في العقد سواء من حيث نوعه أو قيمته أو وزنه أو حجمه ... إلخ . ويترتب على ذلك أنه إذا ظهر بأن هناك عيبا في الشيء أو كان حزمه قد تم بصورة تؤدي الى إلحاق الضرر به فإنه يجوز للناقل رفض القيام بالنقل وتنفيذه . على المرسل ان يعد الشيء للنقل اذا كانت طبيعة الشيء تقتضي تغليفه أو تعبئته أو حزمه لغرض نقله بكيفيه تقيه الهلاك أو التلف ولا تعرض الأشخاص أو واسطة النقل أو الأشياء الأخرى التي تنقل معه الى الضرر . ويلزم المرسل أيضاً بأن يراعي الطريقة المقررة بمقتضى شروط العقد للتغليف أو التعبئة أو الحزم . عليه ، إذا تبين للناقل أن الحزم أو التغليف أو التعبئة غير مطابقة للشروط الواردة في العقد ، فإن له رفض التسليم وتنفيذ النقل . واذا حدث ضرر بسبب عيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم فإن المرسل يكون مسؤولاً عنه . ومن هذا المنطلق قضت محكمة التمييز بأنه لا يسأل الناقل عن النقص الحاصل من رداءة التغليف . " واذا ظهر أن سبب التلف في البضاعة هو رداءة التغليف فلا جناح على الناقل " . بيد أن الناقل يكون مسؤولاً عن الضرر إذا كان على علم مسبق بسوء تغليف البضاعة " . إذا تطلب النقل استعداداً خاصاً فعلى المرسل إخطار الناقل بذلك قبل التسليم بوقت كاف . وتأسيساً على ذلك فإنه لا يجوز للمرسل أن يقوم بتسليم الشيء دون سابق إنذار إذا كان نقله يستلزم أن يهيئ الناقل الوسائل اللازمة سواء من حيث وسائط النقل أو تنفيذ النقل بصورة لا تحلق ضرراً به .كما وأن للناقل في مثل هذه الفرضية رفض تسلم الشيء وتنفيذ النقل ." يلتزم المرسل بدفع أجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة للنقل ما لم يجر الاتفاق على أن يتحملها المرسل إليه . وفي هذه الحالة يكون المرسل والمرسل إليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن " . والأجرة هي المبلغ الذي يجب أداءه مقابل وتحدد الأجرة عموماً بمقتضى تعريفه مقررة ابتداء كما هو الأمر بالنسبة للنقل الجوي أو النقل في السكك الحديدية وغير ذلك من مرافق النقل الأخرى التي تتولاها الهيئات العامة . أما اذا لم تكن

هناك تعريفة محددة فإن الاتفاق هو الذي يحدد مقدار الأجر وميعاد ومكان الوفاء به . والأصل أن المرسل هو المدين بالالتزام . بيد أنه يجوز الاتفاق على ان يتحمل المرسل إليه الأجرة ، وهنا يجب أن يلاحظ بأن مسؤولية المرسل لا تنتفي عن اداء الأجرة . فبمقتضى نص المادة الستون من قانون النقل ، يكون المرسل مسؤولاً بالتضامن مع المرسل إليه بدفع الأجرة . ويبدو أن المشرع أراد تلافي حالة نكول أو امتناع المرسل إليه عن أداء الأجرة فقرر للناقل هذا النوع من الضمان . ويقرر قانون المرسل حقوقاً تقابل التزاماته المختلفة وتعد هذه الوثيقة من أهم الوثائق . فللمرسل وبحكم القانون أن يطلب من الناقل تسليمه صورة من وثيقة النقل في العقد مستندات النقل فهي وسيلة إثبات للعقد وقرينة على تسلم الناقل للشيء محل النقل ، وتعطي هذه الوثيقة فوق ذلك الحق بتسلم الشيء ، فهي بصورة عامة سندا بملكية الشيء ووسيلة للإثبات . ووثيقة النقل من جانب آخر محرر ينشأ باسم شخص معين أو لأمره أو للحامل . عليه فإنها قابلة للتداول سواء بالتظهير أو بالمناولة اليدوية أو وفقاً لأحكام حوالة الحق إذا كانت محررة باسم شخص معين (اسميه) . وتتضمن وثيقة النقل نوعين من البيانات : الأولى بيانات إلزامية ، والنوع الثاني بيانات اختيارية . ومن جملة البيانات الإلزامية اسم الناقل والمرسل والمرسل إليه ، مكان القيام ، ومكان الوصول ، وصف الشيء كاملاً ومن جميع الجوانب إلخ ... أما البيانات الاختيارية فمنها قيمة الشيء الذي يتولى الناقل نقله ، ميعاد مباشرة النقل ، وصف واسطة النقل .... إلخ. وإذا تسلم المرسل صورة من وثيقة النقل وجب أن يقدمها الى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعاً عليها من المرسل وإلا كان للناقل الامتناع عن تنفيذ هذه التعليمات . ويفقد المرسل هذا الحق بمجرد تسلم المرسل إليه وثيقة النقل أو وصول الشيء. إذا لم تحرر وثيقة للمرسل فإن من حقه موقعاً من " الناقل بتسلم الشيء محل النقل على أن يكون الوصل مؤرخاً ومشتملاً عندئذ أن يطلب وصلاً على البيانات الكافية لتعيين ذاتية الشيء وأجرة النقل " . وبهذه الصورة فإن الوصل هو البديل عن وثيقة عند عدم تحرير هذه الوثيقة ، ويترتب عليه نفس الأُثار التي تترتب على وثيقة النقل .للمرسل الحق في توجيه الشيء محل النقل طيلة بقائه في حيازة الناقل ، وبإصدار أوامره إليه سواء بعدم مباشرة النقل أو بوقفه وإعادة الشيء إليه أو بتوجيهه الى شخص آخر غير المرسل إليه الأصلي أو الى مكان آخر أو غير ذلك من التعليمات على ان يدفع المرسل أجرة ما تم من النقل وما ترتب من مصروفات وتعويض ما يلحق الناقل من ضرر بسبب التعليمات الجديدة . بيد أن حق المرسل بتوجيه الشيء ينتفي عند وصول الشيء أو عند طلب المرسل إليه تسلمه الشيء أو بعد إخطاره بالحضور لاستلامه.

ب- التزامات الناقل وحقوقه : والتزامات الناقل هي: تسلم الشيء، نقل الشيء، شحن الشيء، نقل الشيء، المحافظة على الشيء، تسليم الشيء.

١-تسلم الشيء:

إن أول التزام يقع على الناقل هو أن يستلم الشيء محل العقد كي يقوم بتنفيذ النقل بيد أن هذا الالتزام ليس مطلقاً إذ أن بأمكان الناقل رفض التسلم إذا كان الشيء مخالفاً لما هو متفق عليه . لذا فإن على الناقل عند تسلمه الشيء التأكيد من صلاحيته للنقل وبعكسه فإنه يعتبر مسؤولاً عن الأضرار المترتبة نتيجة سوء حالة شيء وقت التسليم فبمقتضى نص المادة الثامنة العشرين من قانون النقل أن " تسلم الناقل الشيء المطلوب نقله دون تحفظ يدل على أنه تسلمه بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل . فإذا ادعى عكس ذلك فعليه الإثبات " وعلى أساس هذا المبدأ سار قضاء محكمة تمييز العراق بهيئتها العامة . والتأكد من صلاحية الشيء للنقل يتم من خلال فحصه ويقرر قانون النقل هذا الحق صراحة فللناقل التأكد من حالة الشيء ومن مدى صحة البيانات التي قدمها المرسل بشأنه . واذا اقتضى فحص الشيء فض الأغلفة أو فتح الأوعية وجب إخطار المرسل لحضور الفحص في موعد معين . فإذا لم يحضر في ذلك الموعد يجوز للناقل إجراء الفحص بغياب المرسل وللناقل الرجوع على المرسل أو المرسل إليه بمصروفات الفحص حسب مقتضى الحال واذا تحقق بعد الفحص بأن حالة الشيء لا تسمح بنقله دون ضرر فله – للناقل الخيار بين:

أ- رفض النقل صراحة

ب-تنفيذه بشرط أن يأخذ الناقل إقرارا من المرسل بعلمه " بحالة الشيء وقبوله بالنقل وفي هذه الحالة يتم تثبيت حالة الشيء وإقرار المرسل على وثيقة النقل.

٢- شحن الشيء

الشحن هو تحميل الشيء على واسطة النقل بمعنى وضعه في المكان المعد أو المناسب له في واسطة النقل تمهيداً لنقله فهو إذن عملية مادية تستلزم في الغالب تهيئة أجهزة مناسبة لتنفيذه . وتتضمن عملية شحن بصورة تكفل عدم تضررة أو تضرر واسطة النقل وما عليها من أشياء أخرى أو إلحاق الضرر الشيء رصه بالغير على وجه العموم . وبخلاف ذلك يعد الناقل مسؤولاً وتاسيساً على ذلك تذهب محكمة تمييز العراق الى أن الناقل يعتبر " مسؤولاً عن الضرر الحاصل في البضاعة نتيجة سوء التحميل والربط بالأسلاك بصورة غير صحيحة " . ومع ذلك فإنه لا يحول أي مانع قانوني دون الاتفاق على قيام المرسل او الغير بتنفيذ هذا الالتزام ، وعندها يكون المرسل أو الغير مسؤولاً عن الأضرار التي تنجم عن الشحن أو الرص . ويستثنى من هذه القاعدة حالة ما اذا قبل الناقل تنفيذ النقل دون تحفظ . اذ يفترض القانون هنا ان الشحن والرص " قد " تما تحت مسؤوليته حتى يقيم الدليل على عكس ذلك

٣- نقل الشيء

على الناقل القيام بنقل الشيء بالصيغة المتفق عليها . غير إن هذا الالتزام يلقي على عاتق الناقل ضرورة مراعاة الوقت اللازم للنقل والطريق المتفق عليه ، والوسائط المستعملة في النقل . فمن حيث الوسائط فإن على الناقل استعمال الوسائط الاعتيادية ما لم يتفق على خلاف ذلك . بيد أن هذه الوسائط الاعتيادية يجب أن تكون صالحة للنقل " من جميع الوجوه " . والمقصود هنا ان تكون الوسائط صالحة حسب المعطيات الفنية اللازمة لها وان لا تحلق اي ضرر في حالة استعمالها لنقل الشيء محل العقد وخلاف ذلك يعد الناقل مسؤولاً ومع ذلك فأن هذه المسؤولية تنتفي فيما اذا حدد المرسل الواسطة التي يتم عليها نقل الشيء فبمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والعشرين : " لا يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب الشيء المنقول بسبب استعمال نوع معين من وسائط النقل أو عربات خاصة تم الشحن عليها بطلب من المرسل " . وعلى الناقل أن يسلك الطريق المتفق عليه وإلا فبأقصر الطرق ما لم تكن هناك ضرورة لاتباع طريق آخر . وتتمثل الضرورة للانحراف عن الطريق " بسبب الاضطرار الى تقديم المساعدة أو لأي شخص مريض أو مصاب أو في خطر " . وفي جميع هذه الفروض لا يكون الناقل مسؤولاً عن التأخير وغيره من الأضرار ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من جانب الناقل أو من جانب تابعيه . أما من حيث الوقت الذي يستغرقه

تنفيذ النقل فإن الناقل يرتبط بالميعاد المتفق عليه في العقد أو الميعاد الذي تحدده ظروف النقل على أن يكون ذلك الميعاد معقولاً يتفق ومقتضى الحال . فإذا حدث تأخير ما فإن الناقل يسأل عنه ويلزم بالتعويض . حسب قواعد وأحكام المسؤولية العقدية

٤-المحافظة على الشيء

يلتزم الناقل بالمحافظة على الشيء من الوقت الذي يكون فيه تحت سيطرته وحيازته لغاية إيصاله على جهة الوصول . وهذا يعني بأن على الناقل أن يبذل العناية اللازمة لضمان سلامة الشيء والعناية المطلوبة هنا التي تشمل ليس لحفظ فقط وإنما كل ما " يلزم البضاعة من هي عناية الرجل المعتاد أي العناية العادية تدخل يومي للصيانة التي تقتضيها عملية النقل ذاتها " . وإذا اقتضت المحافظة على الشيء أثناء الطريق اعادة الحزم او اصلاح الاغلفة او زيادتها او تخفيضها او غير ذلك من التدابير الضرورية فإن على الناقل القيام بها " وإداء ما تستلزمها من مصروفات " بيد أن له الحق هنا بالرجوع بهذه المصاريف على المرسل أو المرسل إليه هذا ولابد من التنويه الى أن الناقل غير ملزم بالقيام بأي تدبير غير معتاد في النقل وتحدد الفقرة الثانية من المادة الثالثة والثلاثين من قانون النقل بعض صور التدابير غير المعتاد " برش النبات بالماء أو ؟ إطعام الحيوان أو سقياه أو تقديم الخدمات الطبية له " اللهم إلا في حالة الاتفاق على أن يقوم بها الناقل

5- تفريغ الشيء

التفريغ هو إخراج الشيء من واسطة النقل تمهيداً لتسليمه . وتعتبر عملية التفريغ جزاء من عملية النقل ، إلا أنها تختلف عن التسليم إذ أن التسليم عملية ينتهي بها عقد النقل والأصل أن يقوم الناقل بالتفريغ على اعتبار أن هذه العملية جزء في عملية النقل ، ويحتمل بنفس الوقت مصاريفه ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولا مانع من أن يتولى المرسل إليه أو أي شخص آخر . عملية التفريغ وعندئذ يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تقع أثناء أو جراء التفريغ

6- تسليم الشيء

لا يعني تفريغ البضاعة أن التزامات الناقل عن سلامتها قد انتفت فالناقل يبقى مسؤولاً قانوناً عن الشيء لحين تسليمه الى المرسل إليه . ويتم التسليم بصورتين إما بصورة فعلية أو حكمية ويقصد بالتسليم الفعلي ذلك التسليم الذي يتم الى المرسل إليه فعلاً وفي المحل المتفق عليه . وتبين الفقرة الأولى من المادة الخامسة والثلاثين من قانون النقل معنى التسليم الحكمي بقولها : " ويعتبر التسليم الى الجهات المختصة او الى الحارس الذي عينته المحكمة تسليماً حكيماً " . وتسليم الشيء يقتضي من الناقل إخطار المرسل إليه بوصوله – وصول الشيء – وأن " يعلمه بالميعاد الذي يستطيع خلال الحضور لتسلمه إذا لم يكن التسليم واجباً في محله ". وقد يختلف المرسل إليه عن الحضور رغم إشعاره او يحضر ويمتنع عن دفع الاجرة والمصروفات المستحقة عليه ، فيجب على الناقل حينئذ إخطار المرسل بذلك وان يطلب تعليماته . وإذا لم تصل تعليمات المرسل خلال فترة مناسبة فإن للناقل الطلب من القضاء " تثبيت حالة الشيء والإذن له بوضعه تحت اشراف حارس قضائي لحساب المرسل وعلى مسؤوليته " . ومن الواضح ان هذا الاجراء يعد وسيلة لضمان حقوق الناقل وتخلصه من المسؤولية التي قد تترتب جراء عدم إرسال تعليمات من المرسل . ويجيز القانون للقضاء مبيع الشيء بالكيفية التي يراها وإيداع ثمنه صندوق المحكمة في الحالات التالية:

1. اذا كان الشيء معرضاً للهلاك أو التلف

2. اذا كان الشيء معرضاً لهبوط القيمة

3. اذا كانت المحافظة على الشيء تقتضي مصروفات باهظة

ولا ريب بأن إجازة القضاء ببيع الشيء في الفروض المذكورة آنفاً أمر تقتضيه الضرورة العملية ، وحماية لمصالح الاطراف المختلفة . بجانب هذه الالتزامات ، فإن للناقل حقوق وتتلخص هذه الحقوق أولاً بالأجرة فحص الشيء محل النقل للتحقق من حالته ومدى صلاحيته للنقل والتأكد من صحة البيانات التي يقدمها

المرسل . وبما أننا سبق وأن تعرضنا للنقطتين الأخيرتين فسنبحث فقط الحق في الأجرة سواء من حيث حالات استحقاقها وسقوطها وضمان استحقاقها الاجرة حق للناقل بمقتضى المعاوضة المعقودة بينه وبين المرسل فهي المقابل لعملية النقل التي يلتزم بتنفيذها الناقل لمصلحة المرسل . ويحدد الاتفاق مقدار الأجرة وميعاد ومكان الوفاء بها . والغالب أن مقدار الأجرة لا يكون موضع نقاش ومفاوضة بين الأطراف إلا عند وخلاف ذلك فإن الأجرة تخضع "تعاقد المرسل مع ناقل من القطاع الخاص أي وكما يطلق عليه " ناقل حر عموماً لتعريفة محددة ابتداء من قبل مؤسسات القطاع الاشتراكي التي تتولى أعمال النقل . ولابد من التنويه الى ان جميع ما ينفقه الناقل من مصروفات اضافية كمصاريف الوزن والعد والقياس وغير ذلك يضاف الى مبلغ الاجرة . والأصل أن المرسل هو الملتزم بدفع الأجرة وتبعاً لذلك فإن الوفاء بها يتم عند تسليم البضاعة . بيد ان المرسل اليه قد يكون الملتزم بدفع الاجرة . وهنا يكون الوفاء بها عند وصول البضاعة . وأيا كان الأمر فإن تحديد الملتزم بدفع الأجرة يستند على اتفاق سابق بين المرسل والمرسل إليه ولا علاقة للناقل بهذا الاتفاق عليه ، فإن للناقل الحق في الرجوع على المرسل عند نكول المرسل إليه عن دفع الاجرة . ويسقط حق الناقل بالأجرة او بجزء منها اذ تحققت حالة مما يلي:

1. اذا هلك الشيء بقوة قاهرة .

2. اذا حالت القوة القاهرة دون مباشرة النقل .

3. اذا باشر الناقل النقل ولكن حالت القوة القاهرة دون الاستمرار فيه فللناقل أجرة ما تم من النقل

ولا حاجة للقول بأن هذه الأحكام تتوافق وقواعد العدالة ، فمن العدالة أن يتحمل كل من الناقل والمرسل نتائج القوة القاهرة . غير أن سقوط الأجرة كلاً أو جزء لا يحرم الناقل من المطالبة بمصروفات الشحن والتفريغ وغيرها من المصروفات الضرورية . والقول بخلاف ذلك يؤدي في الوقع الى نوع من الكسب دون سبب على حساب الناقل . وقد يقع بأن يدفع المرسل أو المرسل إليه مبلغ يتجاوز مقدار الاجرة المتفق عليه . فإذا كانت الزيادة تعود لمبرر مقبول فإنه يصح ذلك . ولا يمكن للمرسل او المرسل اليه استرداد الزيادة وتتجسد

هذه الحالة عندما تكون هناك زيادة في مدة النقل او المسافة عن القدر المتفق عليه . وخلاف ذلك فإن من حق من دفع زيادة على الاجرة ان يسترد ما دفعه من زيادة ، وإلا كان هناك كسب دون سبب لمصلحة الناقل . وللناقل ضمان خاص لاستيفاء اجرة النقل . فله وبحكم القانون حبس الشيء إذا لم يستوف أجرته . إذ تقرر المادة التاسعة والثلاثون من قانون النقل أنه " للناقل حق حبس الشيء الذي يقوم بنقله لاستيفاء اجرة وغيرها من المبالغ المستحقة له بسبب النقل من ثمنه ما دام هذا الشيء في حيازته " . ويستند هذا الحكم على القاعدة التالية : " إن من يصبح دائناً لأخر بسبب حيازته شيئاً يتعين عليه رده يجوز له حبسه حتى يستوفي منه ما هو دائن به له " . ولم يكن هذا الحق مقرراً في قانون التجارة الملغي بل اقتصر ضمان الناقل على حق بالامتياز على ثمن البضاعة . في الوقت الذي لم يتعرض قانون النقل لحق الامتياز او يقرره لمصلحة الناقل . لذا فليس لهذا الأخير حق امتياز على ثمن الشيء ، ولو أن بعض الفقه يميل الى منحه مثل هذا الحق رغم غياب النص ، إلا أن هذا التصور لا يستقيم حسب تقديرنا اذ لا امتياز الا بنص.

ج- التزامات المرسل إليه وحقوقه

لا يعتبر المرسل إليه طرفاً في عقد النقل ومع ذلك فإنه يكتسب من هذا العقد حقوقاً في مواجهة الناقل ويتحمل بنفس الوقت التزامات ويقر الفقه عموماً بأن المرسل إليه هو شخص من أشخاص العقد يكتسب منه حقوقاً ويتحمل التزامات تجاه الناقل والمرسل انطلاقاً من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فهو في مركز المستفيد لا يثبت له الحق الا عند وصول الشيء اليه ، أما الالتزامات فتترتب عليه من لحظة إظهار رغبته في التمسك بالعقد . والظاهر من نصوص احكام قانون النقل ان المشرع العراقي قد اخذ بهذا التصور . اذ : تنص المادة الخامسة والستون من القانون المذكور على أنه:

١-لا تثبت للمرسل اليه الحقوق الناشئة عن عقد النقل ولا يتحمل الالتزامات الناتجة عنه الا اذا قبل هذه . الحقوق والالتزامات صراحة او ضمناً

٢-يعتبر على وجه الخصوص قبولاً ضمنياً من المرسل اليه تسلم وثيقة النقل او الشيء محل النقل او المطالبة بتسليمه او اصداره تعليمات بشأنه . وأيا كان الأمر فإن التزامات المرسل عليه هي تسلم الشيء محل العقد عند وصوله في الميعاد المعين له من قبل الناقل ، وعند تخلفه فإنه يلتزم بمصروفات الخزن ويحق للناقل اذا مضت مدة الميعاد ، نقل الشيء الى محل المرسل اليه مقابل اجرة اضافية . ومتى تقدم المرسل اليه بتسليم الشيء وجب على الناقل تمكينه من اجرائه . بيد أن للمرسل اليه الحق بطلب فحص الشيء لكي يطمئن على سلامته من العيوب الظاهرة والخفية قبل تسلمه له . وعلى الناقل ان يسمح له بالفحص وبخلاف ذلك فإنه يجوز للمرسل إليه رفض تسلم الشيء من جانب آخر فإن على المرسل إليه أن يثبت بعد فحصه الشيء تحفظه على حالة الشيء اذا وجده تالفاً او هالكاً جزئياً واشعار الناقل كتابه بذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه الفعلي " ويعتبر عدم قيامه بذلك قرينة على أنه قد تسلم الشيء بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل " . وعلى هذا الاساس قضت محكمة التمييز انه : " لا يكون الناقل مسؤولاً عن هلاك الشيء او تضرره بعد تسليمه الى المرسل اليه دون تحفظ " .وانه " اذا تسلم المستورد الكائن دون تحفظ ونقلها الى داره وباشر بنصبها وتعذر على الخبير بيان ما اذا كان تضرر البضاعة قد نتج بفعل المستورد او الناقل او الكمارك ... فلا يمكن مساءلة الناقل او الكمارك عن الضرر " وفي قرارها المرقم ٦٩٢/ ١٩٧١ ، تقرر أنه " يسقط حق اقامة الدعوى على الناقل عن التلف او النقص في البضاعة اذا كان المرسل اليه قد استلم البضاعة ولم يجر الفحص عليها لإثبات النقص او التلف قبل استلامها " . وان : " تسلم البضاعة من قبل المرسل اليه وتصرفه بها دليل على عدم حصول اضرار بها خلال خزنها في الكمارك " . ومع ذلك فإن الحاجة الى تثبيت التحفظ كتابة قد تنتفي فيما اذا تم فحص الشيء ومعاينته وقت تسليمه من قبل الناقل و المرسل إليه . وينضوي تحت التزامات المرسل اليه اخيراً اداؤه لأجرة النقل والمصروفات المستحقة للناقل . فإذا كان الأصل هو ان يؤدي المرسل تلك الاجرة مع المصاريف ، فإن من الممكن مع ذلك ان يتفق على تحمل المرسل اليه الاجرة والمصاريف بيد ان مثل هذا الاتفاق لا يبرئ المرسل من التزامه بأداء الاجرة للناقل بصورة مطلقة اذ يكون المرسل في هذه الحالة مسؤولاً بالتضامن مع المرسل اليه عن دفع اجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة.

مسؤولية الناقل

نتعرض في موضوع مسؤولية الناقل الى دراسة احكمها في نقل الاشياء ثم نتعرض بعد ذلك للمسؤولية في نقل الأشخاص .

أ- مسؤولية الناقل في نقل الأشياء .

تقرر مسؤولية الناقل في نقل الأشياء في حالات ثلاثة هي : الهلاك ، التلف ، والتأخير . وتبدأ هذه المسؤولية من وقت تسليم الناقل للشيء وتنتهي بتسليمه الى المرسل إليه وفق أحكام القانون . ولا تقتصر المسؤولية على أفعال الناقل فقط . بل تمتد الى أفعال تابعيه أيضاً . ويعتبر تابعاً للناقل كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المرتبة على عقد النقل وبما أن مسؤولية الناقل تمتد من وقت التسلم لحين التسليم فإنه يسأل عن الضرر الناشئ عن العيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم إذا كان عالماً بالعيب . ويعتبر الناقل عالماً بالعيب إذا كان ظاهراً أو كان مما لا يخفى على النقال المعتاد . أما إذا كان الشيء صالحاً للنقل من جميع الوجوه فإنه مسؤولية الناقل تقوم ... .

1. الهلاك .

يسأل الناقل عن هلاك البضاعة ويقصد بهلاك البضاعة زوالها أو تدميرها وعدم العثور عليها ويمكن أن يقال البضاعة تعتبر هالكة إذا لم تصل الى المرسل إليه في فترة زمنية معينة . والهلك اما كلي أو جزئي والهلاك الكلي هو الذي يتعلق بالبضاعة كلها ، كما لو غرقت أو احترقت اما الهلاك الجزئي فهو الذي يتعلق ببعض البضاعة دون البعض الآخر كما لو وصلت البضاعة ناقصة من حيث الوزن أو من حيث عدد الطرود (الحجم) . وقد يكون الهلاك حكمياً وتحدد الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين من قانون النقل متى يعتبر الشيء في حكم الهالك ، إذ تقول : " يعتبر الشيء في حكم الهالك إذا لم يقم الناقل بتسليمه الى المرسل إليه أو إخطاره الحضور لتسلمه خلال خمسة وأربعين يوماً من انقضاء موعد التسليم " ومع ذلك فإن المشرع قد أورد على هذا الحكم استثنائين :

الأول : يتعلق بنقل الشيء في السيارات إذ تقرر المادة 110 من قانون النقل بهذا الصدد ما يلي : " .... يعتبر الشيء في حكم الهالك في حالة عدم تسليمه بعد مرور خمسة وأربعين يوماً من الموعد المحدد للتسليم وفي حالة عدم تحديد موعد فيعتبر الشيء في حكم الهالك إذا لم يسلم بعد مرور تسعين يوماً على تسلم الناقل الشيء " .

الثاني : قرر في إطار نقل الشيء بحراً . فبمقتضى نص المادة 133 من قانون النقل " يعتبر الشيء في حكم الهالك إذا لم يقم الناقل بتسليمه الى المرسل إليه أو إخطاره بالحضور لتسلمه خلال ستين يوماً من انقضاء موعد التسليم " .

2 . التلف

يسأل الناقل عن تلف البضاعة . ويقصد بالتلف حالة وصول البضاعة كاملة من حيث الوزن أو الحجم أو غيره ولكنها معيبة أو بها عوار معين ، كما لو وصلت الفاكهة أو الخضار في حالة عطب أو كما لو وجد في البضاعة كسر . وقد يشمل العيب البضاعة كلها أو جزء منها تبعاً لطبيعة العوار شاملاً كان أم جزئياً وتعيب البضاعة يعني كونها لم تعد صالحة للاستخدام الذي أعدت له او أن استخدامها لم يكن بالشكل الكامل فيما لو لم تصب بالتلف ومن البديهي أن الناقل لا يسأل عن العوار الذي يوجد في الشيء إذا كان مثبتاً في مستندات النقل من قبل الناقل .

3. التأخير

يسأل الناقل عن التأخير في وصول الشيء ويقصد بالتأخير حالة وصول البضاعة بعد الوقت الذي كان

يجب وصولها فيه . وتحدد المادة 36 من قانون النقل مفهوم التأخير كما يلي : " يعتبر تأخيراً في تسليم الشيء إذا لم يتم في الموعد المحدد وعند عدم تحديد موعد فمن انقضاء الوقت الذي تستغرقه عملية النقل التي يقوم بها الناقل الحريص في الظروف ذاتها " . وتشير المادة 32 من القانون نفسه الى أنه من الممكن ترك تحديد ميعاد الوصول لظروف النقل . إذ يقرر النص المذكور أنه : " يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه ، وإلا في ميعاد معقول تحدده ظروف النقل " . ولما كانت مسؤولية الناقل تمتد بحكم القانون من حين تسلمه للشيء ولغاية تسليمه ، فإنها تنتفي عند تسليم الشيء الى المرسل إليه أو الى من يقوم مقامه ولا تتحقق مسؤولية الناقل أيضاً إذا تم نقل الشيء في حراسة المرسل أو المرسل إليه اللهم إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه إن مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية مبنية على قيامه بتحقيق غاية أو نتيجة لذا فإن تخلف الناقل عن تحقيق تلك الغاية أو النتيجة يؤدي الى تحقيق مسؤولية إذ يعني ذلك دلالة بمفهوم القرينة على تحقيق الخطأ العقدي . وينبغي على ذلك أن على الناقل أن لا يتوانى بأية صورة كانت عن بذل العناية اللازمة للمحافظة على الشيء طيلة النقل ولغاية وصوله الى جهة الوصول . وهذا التصور لأساس المسؤولية يشمل مفهوم ما طرحه البعض من أن مسؤولية النقل سواء في نقل الشيء أو نقل الشيء الشخص ، تقوم على فكرة (العهدة) بمعنى أن مسؤولية الناقل تتقرر ما دام الشيء أو الشخص " تحت سيطرة أو رقابة أو توجيه الناقل " ونحن لا نرى بأن هذا المفهوم يختلف عن فكرة تأسيس الناقل على التخلف عن تحقيق غاية أو نتيجة . فكلا المفهومين يؤدي الى نتيجة واحدة حسب تصورنا ولا خلاف بينهما إلا من حيث استعمال مصطلح العهدة "لا غير . وإذ كان الناقل يعد بحكم القانون مسؤولاً في نقل الشخص من لحظة دخول الراكب الى أرصفة وقوف واسطة النقل ولحين خروجه منها ، فإن امتداد المسؤولية هنا يستند على صلة التزام الناقل بالمحافظة على سلامة الراكب ، بعقد النقل بحيث لا يمكن أن ينفصل عنه . وأنه حالة ضرورية للعقد متأتية نتيجة التطور الكبير الذي شهده قطاع النقل وعلى هذا الأساس مد المشرع العراقي التزام الناقل بسلامة الراكب ليشمل الفترة المبتدأة من دخوله أرصفة النقل ولغاية خروجه منها عدا ما هو مقرر بصدد النقل الجوي والنقل البحري . وإذا كان أساس مسؤولية الناقل هو التزامه بتحقيق نتيجة فإن ذلك لا يعني بأي حال أنه يسأل في نقل الشيء هما يلحق ذلك الشيء عادة بحكم طبيعته من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل وإذا كانت وثيقة النقل تتضمن أشياء مقسمة الى مجموعات او طرود حدد النقص المتسامح فيه على اساس الوزن لكل مجموعة أو كل طرد إذا كان الوزن معينا على وجه الاستقلال في وثيقة النقل ، أو كان من الممكن تعينه من جانب آخر فإن الناقل يعفى من المسؤولية إذا كان الضرر من هلاك أو تلف أو تأخير نتيجة أجنبي لا علاقة لناقل به . ويدخل في مفهوم السبب الجنبي ما يلي :

1. القوة القاهرة : ويقصد بالقوة القاهرة كل حادث خارجي يتسم بطابع الأهمية والاستحالة من حيث دفعه ، أو كل حادث خارجي لا يكون بوسع الرجل الحريص العادي التكهن به أو التغلب عليه ، كالأحوال الجوية الاستثنائية مثلاً أو على الإدارة كالمصادرة . ولا يعتبر حسب هذا المفهوم قوة قاهرة انفجار وسائط النقل أو احترافها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليها أو تصادمها وعموماً كل حادث يرجع الى الأدوات والآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل . وعلى هذا الأساس تقرر محكمة التمييز أنه : " الحريق الذي يقع بالأخشاب المشحونة لا يعد قوة قاهرة تعفي الناقل من المسؤولية إذا كان سببه تطاير الشرر من واسطة النقل . ولا يمكن ان يعد قوة قاهرة كذلك كل حادث يرجع الى وفاة تابعي النقل فجأة .

2- العيب الذاتي في الشيء : ويرجع العيب الذاتي في الشيء للطبيعة الخاصة للبضاعة كما لو كانت حيواناً مريضاً ونفق أو كانت البضاعة فاكهة وتلفت.

3- خطأ المرسل : ويتمثل في عدم تنبيه الناقل الى الطبيعة الخاصة للبضاعة المنقولة مما يترتب عليه عدم قيام الناقل بالعناية اللازمة للمحافظة عليها، أو ارتكابه خطأ في شحن البضاعة عند الاتفاق على أن يقوم المرسل بهذه العملية.

4- خطأ المرسل إليه: ومثاله أن تكون عملية تفريغ الشيء بعد وصوله على عاتق المرسل إليه فيخطئ في تنفيذها. وقد أشارت الى هذه الحالات المختلفة الفقرة الأولى من المادة السادسة والأربعين من قانون النقل .

هذا ولابد من التنويه الى أن الناقل "لا يسأل عن تعويض الضرر الناشئ عن تعطيل النقل أو الانحراف عن الطريق المعين له بسبب الاضطرار الى تقديم المساعدة لأي شخص مريض أو مصاب أو في خطر ، إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانب الناقل أو من جانب تابعية " . وتحدد الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة من قانون النقل مفهوم الغش والخطأ الجسيم كما يلي :

أ- " يقصد بالغش كل فعل او امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر .

ب- يقصد بالخطأ الجسيم كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو تابعيه بطيش مقرون بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر " .

ولكن هل يجوز ان تتضمن وثيقة النقل اتفاقاً أو شرطاً بإعفاء الناقل من المسؤولية ؟

الإجابة على هذا السؤال هي بالنفي فلا يجوز بحكم القانون أن تتضمن وثيقة النقل شرطاً بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على فعل الناقل او أفعال تابعيه في حالتي الهلاك أو التلف . ويعتبر مثل هذا الشرط او الاتفاق باطل بطلاناً مطلقاً حتى لو كان الإعفاء جزئياً . ومع ذلك فإنه يجوز استثناءاً أن يشترط الناقل إعفاءه من المسؤولية عن التأخير إذ تقرر المادة 50 من قانون النقل :

" يجز الاتفاق على إعفاء الناقل من مسؤوليته عن التأخير اذا كان التأخير له مبرر وضمن الحد المعقول " .

وإذا كان لا يجوز للناقل اشتراط إعفاءه من المسؤولية عن الهلاك والتلف . فإن له تحديد مسؤوليته عن الهلاك والتلف والتأخير . وتحديد المسؤولية غير الإعفاء منها إذ أن التحديد يعني أن مسؤولية الناقل قائمة بحدود معينة غير أن تحديد المسؤولية يقتصر على حالة النقل التي تتم بين العراق والخارج . فكل تحديد لمسؤولية الناقل في أطار النقل الداخلي يعد باطلاً . كذلك فإن تحديد المسؤولية يرتبط بعدم صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه ويخضع تحديد المسؤولية أخيراً الى عدم التصريح بقيمة الشيء في وثيقة النقل . فلا يجوز للناقل التمسك بتحديد المسؤولية اذا كانت وثيقة النقل تتضمن تصريحاً بقيمة الشيء . أما سقف التحديد فقد وضع له المشرع ضوابط معينة في كل نوع من أنواع النقل ، بيد أنه أباح للأطراف الاتفاق على تعيين حدود تتجاوز الحدود المقررة بمقتضى تلك الضوابط. جميع الإجراءات القانونية بما في ذلك حق حبس الشيء محل النقل . ولكن ما حكم مسؤولية الناقل في النقل المتعاقب ؟ يقصد بالنقل المتعاقب ذلك النقل الذي يقع على مراحل متعددة متلاحقة من قبل ناقلين متعددين وقد يقع من قبل ناقل واحد على مراحل . وقد اتجه القضاء ابتداء في تحديد المسؤولية في النقل المتعاقب الى التفرقة بين كل من الناقل الأول والمتوسط والأخير . والتشديد على مسؤولية الناقل المتوسط بيد ان قانون النقل يقرر المسؤولية في النقل المتعاقب حسب التفصيل التالي .

1. إن للمرسل الرجوع على الناقل الأول ، وأن للمرسل إليه الرجوع على الناقل الأخير ولكل منهما الرجوع على الناقل الذي حدث الهلاك أو التلف في مرحلة نقله ويكون جميع الناقلين مسؤولين بالتضامن تجاه المرسل إليه .

2. لكل ناقل متعاقب فحص وتثبيت حالة الشيء عند تسليمه إليه من الناقل الذي سبقه ومن الواضح هنا أن هذا الحق وسيلة يتمكن من خلالها الناقل التملص من المسؤولية .

3. يعفى الناقل من المسؤولية إذا أثبت بأن الضرر لم يقع في المرحلة الخاصة به .

4. يكون الناقل الأخير مسؤولاً تجاه الناقلين السابقين له من مطالبة المرسل إليه بالمبالغ المستحقة بسبب النقل والمطالبة بهذه المبالغ تكون على أساس النيابة .

ومن هنا فإن للناقل الأخير الحق باتخاذ .

ب- مسؤولية الناقل في نقل الشخص .

يسأل الناقل في نقل الأشخاص عن الأضرار التي تصيب الراكب وعن التأخير في النقل . على الناقل أولاً إيصال الراكب سالماً الى المكان المتفق عليه بمعنى أن الناقل يعد مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء النقل . وينصرف مفهوم الضرر هنا الى الأضرار البدنية من جروح أو إصابات وما يترتب على ذلك من نفقات العلاج وأيضاً للضرر المادي الذي يتمثل بالبرح الفائت ، وأخيراً للأضرار الأدبية التي تصيب الراكب . فقد ورد الحكم في القانون العراقي بصدد مسؤولية الناقل عن الضرر مطلقاً لا يحتمل التحديد أو التخفيف إذ تقرر الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون النقل أنه : " يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل " وهذا الحكم من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فكل شرط بالإعفاء يعتبر باطلاً بيد أن للناقل دفع مسؤولية عن الضرر اذا أثبت أن ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب أو الى قوة قاهرة. أما اذا أدى حادث النقل الى وفاة الراكب فإن الناقل يعد مسؤولاً عن جميع الأضرار التي تصيب ورثة الراكب وأقاربه في حالة أثبات الضرر المادي والأدبي الذي أصابهم . ويسأل الناقل عن التأخير في إيصال الراكب في الموعد المتفق عليه . والتأخير يسبب عموماً ضرر للراكب . فقد يفوت عليه فرصة معينة أو يرتب خسارة ما . ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يجب لكي يطالب الراكب بالتعويض حصول الضرر فعلاً ، ام أن التأخير يعتبر بحد ذاته ضرر يوجب التعويض دونما حاجة لإثبات الضرر . يذهب البعض الى أن التأخير هو إضاعة للوقت ، وأن اضاعة الوقت هي ضرر محقق ولهذا لا ضرورة لعملية اثبات الضرر . فحق الراكب بالتعويض ثابت من وقت تحقق التأخير . ان هذا الرأي يستقيم حسب تقديرنا من الناحية النظرية . أما من حيث المطالبة الفعلية فإنه يصطدم بعقبات عملية معقدة منها على سبيل المثل ضرورة تكييف طبيعة هذا الضرر وعلى أي أساس يمكن احتسابه وكيف . من جانب آخر فإن التأخير غالباً ما يحصل نتيجة عوامل ليس من اليسير تحديدها بدقة ، كما هو الأمر مثلاً في النقل الجوي . وقد يقع أن يكون سبب التأخير يعود للراكب أو مجمل المسافرين مما يستلزم وبالتقابل اعطاء الحق للناقل في مساءلتهم وهكذا وعلى هذا الأساس يتضح بأنه من العسير نسبياً تقدير التأخير كضرر بحد ذاته يستوجب التعويض دون أن يترتب على ذلك التأخير ضرر يدفع الراكب بالضرورة للمطالبة بتعويضه علماً بأن التشديد في مسؤولية الناقل لا يعد حسب التوجيه القانوني المعاصر محل نظر أو نقاش بل هو توجه مرغوب فيه ومطلوب . وأيا كان الأمر فأنه يجوز حسب تقديرنا الاتفاق على الأعضاء عن التأخير بشرط أن يكون ذلك الاتفاق مكتوباً وان لا يصدر غش أو الخطأ جسيم من الناقل أو تابعيه ولابد من التنويه أخيراً بأن خطأ الراكب لا ينفي مسؤولية الناقل اللهم إلا اذا استغرق هذا الخطأ الضرر الحاصل لذا فإن مساهمة الراكب في احداث الضرر يعني في جميع الأحوال تخفيض مسؤولية الناقل بقدر تلك المساهمة .

عقد الوكالة بالعمولة

لا يتضمن قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 قواعد تنظيم الوكالة بالعمولة رغم أنه – القانون – أورد الوكالة المذكورة ضمن الأعمال التجارية التي حددتها المادة الخامسة منه ومن الضروري ان يتلافى المشرع هذا النقص لما للوكالة بالعمولة من أهمية في النشاط التجاري والاقتصادي وانها اثارت ولا تزال العديد من التساؤلات على صعيد التطبيق العملي . ومن هذا المنطلق عالج قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970 هذا النوع من الوكالة التجارية بفرع خاص من المادة 211 لغاية 221 منه . وبناء على ما تقدم فإن التعرض للوكالة بالعمولة يستوجب الرجوع الى القواعد العامة المقررة للوكالة في القانون المدني والى احكام قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم 11 لسنة 1983 المغلي الذي حل محله قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم 79 لسنة 2017 وفي ضوء هذه الاحكام نوضح ابتداء مفهوم الوكالة بالعمولة وشروط انعقادها . الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بان يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل وواضح من هذا التعريف ان الوكيل يرتبط بعقدين؛ الاول هو عقد الوكالة بالعمولة الذي يتم ابرامه بين الوكيل والاصيل. الثاني هو العقد الذي يبرم بين الوكيل والغير حيث يقوم الاول بالعمل باسم نفسه لحساب موكله ولا يظهر فيه اسم هذا الاخير. وتبعاً لذلك لا تقتصر آثار الوكالة على الوكيل بل إنها ترتب آثاراً بالنسبة للغير كذلك . والوكالة بالعمولة عمل تجاري محترف بحكم القانون ف 160 من المادة الخامسة من قانون التجارة ، ويذهب البعض الى ان الوكالة بالعمولة لا يمكن اعتبارها تجارية الا اذا كان موضوعها تجارياً. بيد ان هذا الرأي محل نظر . والراجح ان تجارية الوكالة لا يرتبط بموضوعها فسواء كان ذلك الموضوع مدنياً ام تجارياً فانها تعد تجارية ويكفي لتجاريتها ان تكون ممارسة بصيغة الاحتراف فقط. وتنعقد الوكالة بالعمولة بتوافر الشروط العامة اللازمة لإبرام العقود من رضاً ومحل وسبب فهي عقد رضائي لا يخضع لأي إجراء شكلي بل انها قد تنعقد ضمناً وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني. فمجرد الاذن والامر يعتبران توكيلا اذا دلت القرينة على ذلك اما الاهلية اللازمة فانه يشترط بالنسبة للموكل الاهلية المقررة في القانون المدني. اي ان يكون قد اتم الثامنة عشرة سنة، او ان يكون مأذوناً له بالإتجار اذا كان مميزاً وبلغ الخامسة عشرة من العمر.

ويعتبر الشخص المعنوي أهلاً للتعاقد بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية، كالشركات والمنشآت وغيرها. اما بالنسبة للوكيل فيجب ان تراعى احكام قانون الوكالة والوساطة التجارية رقم 11 لسنة 1983 الذي حل محله قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم 79 لسنة 2017. ولابد من التوقف قليلاً عند هذا القانون لبيان اهم الاحكام التي تتعلق بالوكالة. الغى هذا القانون . قانون تنظيم الوكالات التجارية رقم 208 لسنة 1969 وتعديلاته، وقانون معاقبة الوساطة غير المشروعة رقم 8 لسنة 1976 ووحد احكامها تحت تسمية جديدة تحمل المعنيين هي : قانون الوكالة والوساطة التجارية. وقد ألغي هذا القانون سنة 2017 وحل محله قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم 79 لسنة 2017 ويتألف القانون سنة 1983 من ثلاث وعشرين مادة مقسمة على اربعة فصول كما يلي:

الفصل الاول : في اهداف القانون ووسائل تحقيقها.

الفصل الثاني : في تنظيم مهنة الوكالة.

الفصل الثالث : في العقوبات.

الفصل الرابع : في الاحكام الختامية.

وقد حصر القانون ممارسة مهنة الوكالة والوساطة بالعراقيين فقط . واذا كان الوكيل شركة فيشترط ان تكون " اسهمها او حصصها كافة مملوكة للعراقيين وان تكون مسجلة في العراق". وتشترط الفقرة (ب) من المادة الرابعة من قانون سنة 1983 ان يكون الوكيل او الوسيط متمتعاً بالأهلية القانونية واكمل الخامسة والعشرين سنة. ومع ذلك فانه يجوز للوزير المختص ان يستثنى من الاحكام السابقة ببيان ينشر في نشرة السجل التجاري، دوائر الدولة والقطاع العام . ويعد هذا الاستثناء أمراً لازماً لكي يقوم هذا القطاع بدوره الرائد على الوجه المطلوب. ولا وجود لمثل هذا الحكم في قانون سنة 2017 بالنسبة لأهلية الوكيل. وتخضع

ممارسة الوكالة التجارية الى نظام الاجازة فيجب على الشخص الذي تتوافر فيه الشروط القانونية السابقة التقدم بطلب الى مسجل الوكالات والوساطات للحصول على اجازة ممارسة اعمال الوكالة. وعلى المسجل أن يبت بالطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه (وفي قانون سنة 2017 أصبحت 10 أيام) ولمقدم الطلب لاعتراض لدى وزير التجارة خلال خمسة عشر يوماً (خلال 30 يوما في قانون سنة 2017)، ويكون قرار الوزير قطعياً بهذا الشأن (أما في قانون 2017 فالقرار يقبل الطعن أمام محكمة القضاء الإداري). ولا بد من التنويه على ان موافقة مسجل الوكالات التجارية على طلب الإجازة لا تمنح صاحبها حقاً مكتسباً فللمسجل شطب او رفض تسجيل الوكالة والغائها وفي اي وقت ، عند انتفاء شرط من الشروط اللازمة لمنحها او اذا تعارضت مع المصلحة العامة. الا أن لذوي الحق الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً (في قانون سنة 2017 خلال 30 يوما) من تاريخ التبليغ بالقرار لدى وزير التجارة ويكون القرار بهذا الشأن قطعياً (وفي قانون سنة 2017 يقبل الطعن أمام محكمة القضاء الإداري). هذا ويصنف الوكلاء والوسطاء حسب التخصص السلعي للمواد التي يتعاملن بها ، وعلى هذا الاساس تمنح الاجازة. ويرتب القانون جملة من الواجبات التي يلزم الوكيل بالقيام بها وهي :

1. أن يجدد الإجازة في نهاية كل سنة ابتداء من تاريخ منحها (وفي قانون سنة 2017 خلال 60 يوما من بداية السنة الجديدة).

2. على الوكيل او الوسيط ان يمسك دفتراً خاصاً خالياً من كل شطب او حكٍ او تحشية أو فراغ، يدون فيه مقدار العمولة المتحققة له داخل العراق وخارجه وان يبين مقدار ما حول منها. الى العراق بتوسط المصارف المجازة ونسبتها الى مبالغ الصفقات المعقودة ، وما تم من عمليات الاستيراد والتصدير لحساب موكليه أو موسطيه مع ذكر اسماء جميع ذوي العلاقة وعناوينهم كاملة. ويعرض هذا الدفتر على الكاتب العدل طبقاً للقواعد المقررة بصدد مسك الدفاتر التجارية .

3. على الوكيل تقديم كشف بأعماله خلال كل سنه مالية. وإذا خالف الوكيل هذه الأحكام فإنه يتعرض لعقوبات شديدة . فلا يجوز مثلاً القيام بعمل من اعمال الوكالة والوساطة التجارية قبل الحصول على الإجازة ولا يجوز للوكيل أيضاً عدم تسجيل جميع وكالاته عن الشركات والمؤسسات الاجنبية وفي حالة مون المخالف شخصاً معنوياً فيعاقب المسؤولون عن إدارته بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت مع الحكم بحله وتصفيته ومصادرة عمولاته. ولا ريب في أن هذه القواعد تحقق من جانب استبعاد جميع العناصر التي لا تدين بالولاء للقطر أو التي تعمل دون مراعاة لمصلحة الاقتصاد القومي وتستهدف من جانب آخر " منع التوسط غير المشروع وتحد من ظواهر الاستغلال ويسد الثغرات التشريعية التي قد تؤدي الى إلحاق ضرر بالمصلحة الوطنية". وفي قانون سنة 2017 لا وجود لمثل هذه العقوبات ففي ظل هذا القانون تلغى الوكالة بالعمولة عند مخالفة الشروط أعلاه وللوكيل التظلم خلال 10 أيام عند وزير التجارة. والسبب في اختلاف أحكام الوكالة بين قانون سنة 1983 وقانون سنة 2017 هو أن فلسفة قانون سنة 2017 الذي صدر في هذه الفترة الراهنة لانفتاح الدولة العراقية وفق طموح الاقتصاد الحر مغايرة لفلسفة قانون سنة 1983 الذي صدر في ظل التوجه الاشتراكي للدولة العراقية آنذاك.

- وأخيرا يجب ألا يخلط بين الوكالة بالعمولة وبين التمثيل التجاري. إذ أن التمثيل التجاري لا يخرج عن كونه اتفاق يتم بين شخصين يتعهد بمقتضاه أحدهما يسمى بالممثل التجاري بإبرام الصفقات باسم ولحساب الطرف الآخر وهو الموكل بصورة مستديمة في منطقة جغرافية معينة. والتمثيل التجاري نوع من الوكالة التجارية بيد انه يختلف عن الوكالة التجارية تماماً . فبينما يخضع الوكيل بالعمولة لتوجيه وتعليمات الاصيل الموكل بحيث لا يجوز له مخالفتها فإن الممثل التجاري يعتبر مستقلاً عن الموكل من حيث اجراء التصرف . بعبارة أخرى أن الوكيل بالعمولة يرتبط بعلاقة تبعية مع الموكل الاصيل ، بينما لا توجد مثل هذه العلاقة في التمثيل التجاري .

القواعد التي تحكم الوكالة بالعمولة

ترتب الوكالة بالعمولة آثاراً قانونية مختلفة بالنسبة لأطرافها ، الوكيل والموكل ، وتمتد الآثار لعقد الوكالة للغير اذ أن الوكيل العمول يرتبط بعقدين ؛ الاول عقد وكالة بالعمولة والثاني عقد مع الغير لحساب الأصيل ويكون الوكيل مسؤولاً عنه شخصياً . من هنا فإنه يجب أن نتعرض أولاً لالتزامات الوكيل والموكل وضماناتها ومن ثم للآثار التي يرتبها العقد بالنسبة للغير .

آثار الوكالة بالعمولة بين المتعاقدين

أولا/ التزامات الوكيل

التزامات الوكيل هي : تنفيذ العمل وفق تعليمات الموكل والمحافظة على أموال الموكل ، وأخيراً اطلاع الموكل على سير الوكالة وتقديم حساب عنها .

1. تنفيذ العمل وفق تعليمات الموكل : على الوكيل بالعمولة القيام بالعمل المكلف به صورة دقيقة لا تجاوز فيها لتعليمات الموكل وخلاف ذلك فإنه يعد مسؤولاً وتقرر المادة 933 من القانون المدني بهذا الصدد أنه : " على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة " ومع ذلك فإنه لا حرج على الوكيل " إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المتعذر إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه التصرفات " بيد أن على " الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة " . وأيا كان الامر فإن الخروج عن تعليمات الوكالة يجب أن لا يكون في حدود التعليمات الآمرة للأصيل . فتعليمات هذا الأخير تتميز في الواقع بسمات ثلاثة هي :

أ. إما أنها تعليمات آمرة إلزامية:

لا يترك للوكيل فيها حرية التصرف وعليه أن يأخذ بها حرفياً وعلى وجه الخصوص اذا تعلقت هذه التعليمات بطبيعة التصرف الموكل بإجرائه فلو كلف الوكيل بالشراء فلا يجوز له القيام بالمقايضة او البيع . بيد أن هذا لا يعني عدم إفساح المجال أمام الوكيل بالقيام بالأعمال التكميلية المتعلقة بالعمل والتي تستلزمها مقتضيات الواقع العملي المتعارف عليه .

ب_ تعليمات توجيهية :

وهذه التعليمات تتخذ صيغة الإرشاد ويبيح الفقه عموماً للوكيل مجاوزتها فيما اذا تم عقد الصفقة بشروط أفضل من تلك التي حددها الأصيل على أن تعود المنفعة المترتبة من جراء ذلك للموكل اما اذا ابرم الوكيل الصفقة بشروط غير ملائمة للموكل ، كأن يشتري بثمن أعلى من الثمن الذي عينه له هذا الأخير أو يبيع بثمن أقل ، كان للموكل رفض الصفقة بشرط ان يعلم الوكيل برفضه وإلا اعتبر قابلاً للثمن وذلك طبقاً لأحكام القواعد العامة التي تقضي بأنه : " ... السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً " .

ج_تعليمات مختلطة :

وتجمع هذه التعليمات بين التعليمات الآمرة والتعليمات التوجيهية وينطبق بشأنها ما تم بيانه آنفاً وعلى أية حال فإن للموكل ، كقاعدة عامة ، رفض الصفقة في جميع الأحوال التي يخالف فيها الوكيل التعليمات واذا ترتب ضرر من جراء ذلك فللموكل اضافة لرفض الصفقة طلب التعويض فإذا اشترى الوكيل بالعمولة بضاعة مخالفة للنوع أو الصنف الذي حدده الموكل ابتداء فلا يلزم بقبول الصفقة. ومع ذلك فإن مخالفة الوكيل للتعليمات قد لا يؤدي بالضرورة الى رفض الصفقة ومثل ذلك إذا كان تصرف الوكيل لا يتعارض مع مصلحة الأصيل أو يلحق به ضرر ما فلو اشترى الوكيل كمية أكبر من كمية البضاعة التي طلبها

الموكل فإن هذا الأخير لا يلزم إلا بالكمية التي طلبها وإذا باع الوكيل العمول المكلف بالبيع بثمن مؤجل بثمن معجل فإنه يلزم بأداء الثمن عند الأجل المقرر بمقتضى التعليمات وإذا منح الوكيل العمول المكلف بالبيع أجلاً للوفاء بالثمن أو تقسيطه بدون إذن الموكل كان لهذا الأخير مطالبة الوكيل بأداء الثمن بأجمعه فوراً وخشية أن يحابي الوكيل نفسه فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه لمصلحة الموكل. وفي جميع الأحوال فإن على الوكيل أن يبذل في الوكالة عناية الرجل المعتاد. عليه فإن الوكيل لا يعد مسؤولاً عن العيوب إذا لم يكن بالإمكان اكتشاف هذه العيوب من قبل الرجل العادي ومسؤولية العيب الخفي الذي ليس من اليسير كشفه تقع ضمن مسؤولية البائع وليس الوكيل.

2. المحافظة على أموال الموكل .

يد الوكيل على أموال الأصيل يد أمانة. فإذا هلك دون تعدَ منه لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك. وتأسيساً على ذلك لا يسأل الوكيل عن الضرر المتأتي من سبب أجنبي كالقوة القاهرة، أو العيب الذاتي في الشيء وغير ذلك مما يندرج ضمن مفهوم السبب الأجنبي. وبما أن يد الوكيل يد أمانة فإنه يمنع عليه استعمال أموال موكله لصالح نفسه. بيد أن السؤال الذي يطرح هو : هل يلزم الوكيل بإجراء التأمين على أموال موكله انطلاقاً من التزامه بالمحافظة على هذه الأموال. الجواب : هو بالنفي. فلا يقع على عاتق الوكيل عبء إجراء التأمين على أموال الموكل إلا إذا كانت تعليمات الموكل بإجراء التأمين صريحة؛ لأن التأمين عملية قائمة بذاتها تستلزم نفقات قد لا يتمكن الوكيل من أدائها. بيد أن الوكيل يكون ملزماً بالتأمين في حالة طلب الموكل إبرام تأمين على الأموال وعندها يقع عبء أداء الأقساط على هذا الخير. وإذا أخل الوكيل في إجراء التأمين فإنه يكون مسؤولاً عن ثمن البضاعة عند هلاكها أما إذا قام الوكيل بإجراء التأمين دون تعليمات صادرة من الأصيل فإن عمله يعد فضالة ولا يلزم الموكل بأداء الأقساط إلا إذا تحقق الخطر المؤمن منه. هذا وإن على الوكيل في حالة ما إذا كانت الأموال التي يحوزها لمصلحة الموكل سريعة العطب أو

حتى لهبوط القيمة أن يطلب تعليمات الأصيل كي يتخلص من المسؤولية وبخلافه يعد مسؤولاً طبقاً لالتزامه بالمحافظة على أموال موكله.

3. اطلاع الموكل على سير الوكالة وتقديم حساب عنها.

تقرر المادة 936 من القانون المدني أنه : "على الوكيل من وقت لآخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً بعد انقضائها". عليه إذن لا يجوز للوكيل إخفاء المعلومات عن الموكل بصدد إجراء الصفقة والتي قد تؤثر على إبرامها الى جانب ذلك فإن الوكيل ملزم بتقديم حساب للموكل عن الوكالة بعد إتمامه العمل الذي وكل به. ويعد هذا الالتزام في الواقع أمراً طبيعياً إذ لا يمكن للموكل الإيفاء بجميع التزاماته تجاه الوكيل مالم يكن على بينة من حجم التكاليف وأبوابها ويجب أن يكون هذا الحساب دقيقاً وخلاف ذلك يكون الوكيل مسؤولاً وقد يؤدي الغش في الحساب الى جريمة خيانة الامانة . ومن الممكن ان يلتزم الوكيل بتقديم حساب جزئي ، وحساب كامل نهائي ختامي ولا يمكن أن يعفى الوكيل من تقديم هذا الحساب النهائي بيد أنه يجوز إعفاء الوكيل من تقديم الحساب الجزئي الدوري انطلاقاً من كونه أقل أهمية من الحساب الاول. والأصل ألا يفضي الوكيل باسم الموكل للغير وألا يفصح عن أسم الغير الذي تعامل معه. والعلة في ذلك تكمن في اعتبارات عملية كما يرى البعض من أهمها أن إخفاء الاسم قد يعتبر عاملاً من عوامل نجاح إبرام الصفقة. والواقع أن هذا التعليل لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. إذ إن عدم الإفشاء باسم الأصيل لا يعد أمراً لازماً للوكالة وقد يكون الإفصاح باسم الموكل ضرورة لمصلحة هذا الأخير ولا يترتب كشف الاسم اي تعديل في الآثار القانونية للوكالة. ولابد من التنويه أخيراً الى أن الوكيل بالعمولة لا يضمن تنفيذ الصفقة . لذا فإنه لا يعد مسؤولاً إذا امتنع عن تنفيذ التزاماته. من جانب آخر فإن الضمان لا يقرر إلا بنص قانوني أو إذا تحمله أحد الأطراف صراحة. فلا ضمان على الوكيل إذن إلا إذا تضمن عقد الوكالة شراً صريحاً بالضمان ويسمى هذا الشرط بشرط الضمان وليس هذا الشرط من ناحية التكييف القانوني كفالة أو تأمين يقوم الوكيل بالعمولة بمقتضاه بدور المؤمن له ، وحق الموكل هو الشيء المؤمن

عليه. بل هو التزام أصلي وفي حالة الاتفاق عليه يتقاضى الوكيل مقابلة زيادة تضاف الى العمولة.

ثانيا/ التزامات الموكل

التزامات الموكل هي: دفع الأجرة أو العمولة، رد المصاريف والنفقات التي تكبدها الوكيل في تنفيذ الوكالة.

1.دفع الأجرة أو العمولة.

الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين وتتم بأجر أو بعمولة وتعتبر العمولة العنصر الجوهري الذي يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية غير التجارية . وتستحق العمولة بمجرد إتمام ابرام الصفقة ودون النظر لتنفيذها من عدمه لأن إبرام الصفقة يعد تنفيذاً لعقد الوكالة . بيد أن الأمر يختلف فيما اذا تضمنت الوكالة شرط الضمان إذ يجب عندئذ ولكي يستحق الوكيل العمول الاجرة أن تنفذ الصفقة فعلاً لان الوكيل يعد ضامناً في هذه الحالة لتنفيذ الصفقة . وقد يقع ألا تبرم الصفقة لخطأ من الوكيل فتسقط الأجرة ولا يحق له المطالبة بها . وقد يقع ألا تبرم الصفقة لأسباب لا دخل للوكيل فيها ، فإن لهذا الأخير الحق بتعويض عما بذله من جهد طبقاً لأهمية ذلك الجهد . هذا وتتخذ العمولة صورة نسبة مئوية من قيمة الصفقة وقد يتفق على أن تكون هذه العمولة بصورة مبلغ معين محدد ابتداء .

2. رد النفقات .

تقضي الفقرة الاولى من المادة 941 من القانون المدني أنه : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها شؤون

الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك " . يتضح من هذا النص أن على الموكل أن يرد ما أنفقه الوكيل من نفقات في تنفيذ الوكالة . ويقدم الوكيل عموماً كشفاً بهذه النفقات الى الموكل ويجب أن تكون هذه النفقات معقولة وضرورية ومشروعة ومثل ذلك دفع الرسوم وأجور النقل وقيمة الطوابع ومصاريف الشحن وغيرها . وللوكيل الحق بالمطالبة بهذه النفقات أياً كانت نتيجة الصفقة . وإذا أصاب الوكيل ضرر من جراء تنفيذ الوكالة ولسبب لا يعود لخطأه فإن له الحق بطلب التعويض . هذا ولا يقتصر الأمر المبالغ المنفقة بل يشمل أيضاً فوائدها ومن وقت الإنفاق .

الضمانات في الوكالة بالعمولة

أولاً : ضمانات الوكيل :

غني عن البيان أن حقوق الوكيل بالعمولة هي الأجرة أو العمولة والمصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة . وضمانات الوكيل لاستيفاء هذه الحقوق هي حقه في حبس البضاعة . ويقصد بحق الحبس امتناع الوكيل عن تسليم المال لغاية ان يستوفي جميع المبالغ المستحقة له قبل الموكل . وهذا الحق يستقي أساسه من القواعد العامة . فبمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة 280 من القانون المدني أنه : " في كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق " . وتقرر الفقرة الأولى من المادة 282 من القانون المدني أيضاً أنه : " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به " . ولكن هل يكون للوكيل حق امتياز ؟ الواقع أن حق الدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه . ويحبذ بعض الفقه اعطاء هذا الحق للوكيل انطلاقاً من فكرة الرهن الحيازي على افتراض ان الموكل قد رهن المال لدى الوكيل العمول ، وبشرط أن يكون حق الامتياز لهذا الأخير تالياً من حيث المرتبة لديون الدولة والمصاريف القضائية والجمركية إلا أنه

يجب أن يلاحظ بأن هذا الحق – حق الامتياز – لا يمكن تقريره وفق أحكام قانون التجارة ، إذ لم يتضمن هذا القانون أي حكم في هذا الصدد وعليه فإنه يجب استبعاده .

ثانياً : ضمانات الموكل :

ضمانات الموكل تتمثل برفض الصفقة في حالة ما اذا نفذ الوكيل الوكالة خلافاً لتعليمات الموكل وان الوكيل يعد مسؤولاً عن الهلاك والضرر بمعناه الواسع اللهم إلا اذا كان قد ترتب نتيجة سبب أجنبي . واذا امتنع الوكيل عن الافضاء باسم الغير الذي تعاقد معه دون مبرر مقبول فإنه يعتبر ضامناً لتنفيذ الصفقة ، اذ ان الامتناع عن الافصاح باسم الغير دون مبرر مقبول لا يمكن تفسيره إلا بوجود مصلحة مشتركة بين الغير والوكيل وعلى هذا الأساس فإنه يجب اعتبار هذا الأخير ضامناً لتنفيذ الصفقة .

آثار الوكالة بالعمولة بالنسبة للغير

الأصل أن لا يكون للغير الرجوع على الموكل كما أنه لا يكون للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة فالأصيل يعد عموماً غريباً عن الغير طالما أن العلاقة المباشرة تكون بين الغير والوكيل . فهذا الأخير يتعاقد باسم نفسه لمصلحة الأصيل ، فهو أمام الغير أصيلاً وليس وكيلاً .

ويرد على هذه القاعدة استثناءات يمكن اجمالها بما يلي :

1- أن للموكل والناقل في الوكالة بالعمولة بالنقل رجوع مباشرة على الآخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل . وفي جميع الأحوال يجب ادخال الوكيل بالعمولة بالنقل في الدعوى وللمرسل إليه رجوع مباشرة على كل من الموكل والناقل والوكيل بالعمولة بالنقل

بالحقوق الناشئة عن عقد النقل . ويمكن أن يضاف الى هذا الاستثناء حالتين أخريين يفرضهما واقع وطبيعة الوكالة بالعمولة هي :

2- في حالة افلاس (اعسار) الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع قبل قبض الثمن من المشتري فإنه يجوز للموكل مطالبة المشتري مباشرة بأداء الثمن .

3. في حالة (اعسار) الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء قبل تسلم المبيع فإنه يجوز للموكل مطالبة البائع مباشرة بتسليم المبيع اليه .

هذا ويجب أن يلاحظ بأن الاقتضاء باسم الموكل للغير ل يرتب إنشاء أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير . على أنه للغير الذي تعاقد مع الوكيل رجوع على هذا الأخير مباشرة .

محاضرات (عقد التأمين)

التأمين ظاهرة حضارية يعزى سبب نشوئها إلى رغبة الفرد في الحماية عما يحيط به من أخطار قد تلحق بشخصه أو بماله في حالة وقوعها، ونتيجة للتطور المتلاحق الذي عرفه مجتمع الفرد وبالذات في إطار التقدم التقني للآلة ازدادت تلك الأخطار بصورة مذهلة فتحولت الرغبة في الحماية إلى حاجة ملحة للحماية فمبدأ المسؤولية، الذي يلزم كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً لغيره بتعويض ذلك الضرر عجز في الواقع عن ضمان الحماية الفعالة للفرد من الأخطار التي تجابهه في حياته اليومية وما تسببه تلك الأخطار عند تحقيقها من نتائج سلبية في الذمة المالية. وتلافياً لهذا العجز ظهرت الحاجة إلى نظام تكميلي لمبدأ المسؤولية يسمح للفرد بالحصول وفي جميع الأحوال على تعويض مناسب من الأضرار التي تلحقه وقد أدى هذا الواقع إلى وضع نظام التأمين .

1- تعريف التأمين وأهميته :

المقصود بالتأمين

التأمين ظاهرة حضارية يعزى سبب نشوئها الا رغبة الفرد في الحماية عما يحيط به من أخطار قد تلحق بشخصيه أو بماله في حالة وقوعها. أضرار متعددة نتيجة للتطور المتلاحق الذي عرفه مجتمع الفرد وبالذات في إطار التقدم التقني ازدادت تلك الأخطار بصورة مذهلة فتحولت الرغبة في الحماية الا حاجة ملحة للحماية فبدأ المسؤولية.

الذي يلزم كل من أحدث بفعله الخاطئ ضررا لغيره لتعويض ذلك الضرر يعجز في الواقع عن ضمان الحماية الفعالة للفرد من الأخطار التي تجابهه في حياته اليومية وما تسببه تلك الأخطار عند تحقيقها من نتائج سلبية في الذمة المالية. تلافيا لهذا العجز ظهرت الحاجة إلى نظام تكميلي لمبدأ المسؤولية يسمح للفرد بالحصول وفي جميع الأحوال على تعويض مناسب من الأضرار التي تلحقه وقد ادى هذا الواقع إلى وضع نظام التأمين.

فالتأمين وسيلة لحماية الفرد. بيد أن هذا لا يعني اقتصار وظيفة التأمين على هذه الناحية فقط فإلى جانب دوره كعامل آمن للفرد فإنه يؤدي من جهة ثانية دورا اجتماعيا متشعب الأبعاد يتجلى بكونه أداة مؤثرة في التنمية الاقتصادية ومظهرا من المظاهر السياسية للدولة التي تسعى عن طريقه إلى رفع المستوى المعاشي لذوي الدخل المحدود وذلك بقيامها بالتأمينات الاجتماعية. ويقوم التأمين على فكرة مؤداها أن توزيع النتائج الضارة لحادثة معينة او لخطر معين على مجموعة من الأفراد بدلا من تلك من ترك من تحل به تلك الحادثة أو يحل به ذلك الخطر يتحمل لوحده الآثار الضارة لوقوعها.

ويتم ذلك من خلال إن شاء رصيد مشترك يساهم فيه كل من يتعرض لخطر معين ومن هذا الرصيد المشترك يعوض من يتحقق الخطر بالنسبة له بمقدار يتناسب مع الخسارة الحاصلة.

وفكرة التأمين هذه تقوم بدورها على علاقتين:

الأولى: علاقة قانونية

والثانية: علاقة فنية
وتتمثل العلاقة القانونية بعقد التأمين فهي إذن علاقة بين طرفين. يقوم الطرف الأول وهو المؤمن، وبمقتضى شروط معينة، بتغطية خطر معين يتعرض له الطرف الثاني، وهو المؤمن له الذي يسعى إلى تأمين شخصه أو ماله من هذا الخطر نظير دفعة مالية محددة يدفعها للطرف الثاني. اما العلاقة الفنية فتمثل بالأسس الفنية التي يستند عليها المؤمن شركة التامين في تغطية الخطر. ومن جملة تلك الاسس، المساهمة في تحمل المخاطر وقواعد الاحصاء واعادة التامين.

تعريف التامين:
يخضع التأمين لعوامل وقواعد مختلفة ومتطورة بذاتها قد تجعل من العسير في نهاية الأمر اعطاءه التعريف الموضوعي الدقيق فالتأمين بمفهومه القانوني القائم على العلاقة القانونية التي تحكم طرفيها عبارة عن:
عقد بمقتضاه يلتزم شخص يدعى المؤمن لشخص آخر يدعى المؤمن له بتحمل المخاطر التي يتعرض لها وتعوضه في حالة تحقيقها وذلك لقاء مبلغ مسمى يدعى قسط التأمين يدفعه المؤمن له للمؤمن. وتبرز الفقرة الأولى من المادة 983 من القانون المدني العراقي هذا المفهوم بقولها:

"التأمين عقد يلتزم به المؤمن بأن يؤدي إلي المؤمن له أو الى المستفيد مبلغا من المال أو ايرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك مقابل أقساط او أية دفعة مالية أخرى يؤدي المؤمن له للمؤمن"
وبما أن للتأمين جانب فني مجرد من العلاقة القانونية التي تحكم طرفيها فان تعريفه قد يقتصر على إبراز هذا الجانب فقط وبهذه الصيغة يمكن القول بأن التأمين: (وسيلة يوزع الضرر الذي يلحق بالفرد على مجموعة من الأفراد أو هو مشاركة المجموع ككل في تحمل الضرر الذي سيصيب بعض أفراده بناء على مبدأ استبعاد عدم التأكد من خلال التعامل مع مجموع من الحالات بدلا من التعامل مع حالات مفردة).

وتبدو أهمية التأمين من خلال الوظائف المتعددة التي يضطلع بأدائها والمتمثلة بمردوداتها الإيجابية ليس بالنسبة للفرد العادي فقط بل لمجتمع الفرد ، وتتضح أهمية التأمين من خلال الوظائف الرئيسية التالية فالتأمين أداة أمان ووسيلة تكوين لرؤوس أموال مهمة تساهم وبالضرورة في عملية التنمية الاقتصادية ويعتبر التأمين أخيراً أداة من أدوات الائتمان المختلفة. ونرى تباعاً كل وظيفة من هذه الوظائف على النحو الاتي :
وظائف التأمين
أ- أداة للأمان :

التأمين حصيلة التدارك والحيطة ومن خلال التأمين يتدارك المؤمن له حلول خطر أو كارثة تلحق به. ويتمثل هذا التدارك بالضمان المسبق للوسائل المادية التي تمكنه من إزالة النتائج الضارة التي يتحملها من جراء تحقيق الخطر، فالفرد بحاجة إلى الأمان أي الشعور بالطمأنينة ومصدر تلك الحاجة تعدد للمخاطر المحيطة به، سواء تلك التي تنجم عن الظواهر الطبيعية التي لا دخل لإرادته فيها أو تلك الناجمة عن التقدم التقني في ميدان الآلة وانتشار استعمالها للأغراض اليومية، والتأمين يوفر هذا الأمان أو الحماية فهو بالتالي يمثل ضمانة للفرد .

ب- أداة تكوين لرؤوس الأموال:

للتأمين وسيلة فعالة في خلق رؤوس أموال مهمة، فتراكم أقساط التأمين يسمح للمؤمن له بالحصول في نهاية مدة التأمين على رأس مال يعتد به ولم يكن في وسعه ادخاره لولا إجراءه للتأمين ومرد ذلك يعود إلى احتمالية استهلاك المؤمن له نفسه لتلك الأقساط نتيجة لاحتياجاته المختلفة، فالتأمين بهذه الصورة وسيلة أكيدة لادخار منظم .

ت- أداة ائتمان:

لوثيقة التأمين قيمة مادية وثمن معين يرتبط بمبلغ التأمين المقرر في وثيقة التأمين وبالشيء المؤمن عليه، وعلى أساس هذه القيمة يستطيع المؤمن له الحصول على القروض أو المبالغ التي قد يكون بحاجة إليها لأغراضه ويتم ذلك عن طريق رهن الوثيقة لدى الغير أو لدى شركة التأمين نفسها .

الأسس الفنية للتأمين

التأمين عملية تستند في الواقع على مؤسس منظمة علميا فهو فن قائم على فكرة المساهمة و توزيع المخاطر وفق قواعد الإحصاء و إعادة التأمين وتستند عملية إجراء التأمين أيضا على ما يتخذ من وسائل الحيطة ألتدارك.

1-**المساهمة:**

تفترض عملية التأمين بالضرورة مجموعة من الأشخاص معرضين الخطر أو اخطار معينة فلا يمكن للمؤمن عمليا التعامل مع حالات مفردة وإلا كنا أمام رهان و مقامرة والكم العددي المفترض يمثل المساهمة المستقلة لكل حالة في تسوية الحوادث أو الأخطار التي قد تقع بالنسبة لبعض المؤمن لهم. فتسوية المخاطر تتم من خلال رصد التغطية المتأتي من الدفاعات المالية اي الأقساط التي يؤديها مجموع المؤمن لهم.
وللمساهمة تأثير إيجابي على معدل العبء المالي الذي يقع على عاتق المؤمن له فكلما كانت المساهمة كبيرة وتعدد المؤمن لهم كلما قلت نسبة العبء المالي الذي يقع على عاتق كل منهم وتم التواصل بالتالي الى اذابة اثار المخاطر وتلافيها.

2-**الاحصاء:**

يقوم الإحصاء على تحليل مجموع معين من الحالات المتجانسة وبما أن التأمين من العقود الاحتمالية فإنه عملية التأمين لا يمكن أن تتم عمليا إلا بناء على تقييم الاحتمالات أي التقدير المسبق لعدد وأهمية المخاطر التي ستقع أو من الممكن تحقيقها خلال فترة زمنية محددة بالنسبة لمجموع المؤمن لهم وحساب الاحتمالية لا يتم إلا بمقتضى قواعد الإحصاء بمعنى تحليل مجموع من الحالات المتشابهة بظروفها وعناصرها المادية لغرض التوصل إلى حصر فرص تحقيق الخطر في المستقبل ومتى تم تحديد فرص تحقيق الخطر المؤمن منه فإنه يكون عندئذ باستطاعة شركة التأمين المؤمن تحديد سعر التامين الذي يستوفى على اساسه قسط التامين. ومن هنا تتضح اهمية الاحصاء في اجراء عملية التامين.

3-الخطر:

لا يمكن تصور عملية التأمين بدون وجود الخطر فهو ركنه الجوهري بل انه محل عقد التأمين نفسه الا أنه لا يمكن إجراء التأمين من خطر معين ما لم تتوفر في هذا الخطر الشروط التالية: أن يكون الخطر أولا موزعا وان يكون متجانسا ومتوترا اي منتظم الوقوع.

ويقصد بالخطر الموزع ألا يكون الخطر ذا طبيعة عامة أو أكيد الوقوع بالنسبة للمجموع الكلي للمؤمن لهم. فلابد من وجود عدم تناسب بين نسبة الحوادث التي يمكن تحقيقها وجمله المخاطر لكي يكون الخطر تأمينا فإذا كان الخطر المراد التأمين منه ظاهرة عامة تصيب المجموع الكلي للمعترضين لها فإنه من غير الممكن عمليا التأمين ضدها. وليذا فلا يجوز التأمين،

مثلا ضد مخاطر الأزمات الاقتصادية أو الأخطار الناجمة عن وقوع الكوارث الطبيعية أو تلك التي يكون مصدرها الحروب الأهلية والدولية وتستبعد بعض القوانين صراحة من إطار التأمين المخاطر الناجمة عن تلك الظواهر اما الخطر المتجانس أو المتماثل فهو ذلك الخطر الذي يتميز بصفة وطبيعة واحدة ويخضع من حيث تحقيقه هو لظروف واحدة وتتمثل اهمية التجانس في تحديد الثمن الذي يقرر على أساسه سعر التأمين لمختلف المخاطر اذ لا يستطيع المؤمن تحديد قيمة القسط الا إذا عرف على وجه الدقة طبيعة الخطر الذي يطلب منه تغطيته وعليه فمن غير الممكن مثلا أن يفرض المؤمن على المؤمن له من خطر الحريق نفسه نسبة الأقساط المقررة على التأمين من خطر السرقة أو من خطر خيانة الأمانة وذلك لخضوع كل من هذه المخاطر لظروف موضوعية مختلفة اما تواتر الخطر فيقصد به أن تكون هناك درجة مألوفة من انتظام وقوعه فإذا كان الخطر نادر الوقوع فإنه لا يعتبر خطر تامينيا لان الندرة في الوقوع تتعارض وقاعدة تكرار الظاهرة وبالتالي لا يمكن تقدير سعر تعريفة التأمين ولذا فإن التأمين ضد مخاطر الطاقة الذرية مثلا غير ممكن عليا لندرة وقوع تلك المخاطر فإذا توفرت هذه الشروط في الخطر فإنه يعتبر حينئذ خطرا تأمينينا قابلا للضمان.

4-اعادة التامين:

تستند عملية التأمين كذلك الى إعادة التأمين وإعادة التأمين وسيلة يتلافى المؤمن من خلالها احتمالية التجاوز او بالأحرى الانحراف في نسبة المخاطرة المتحققة فعلا قياسا بالمخاطر المتوقع تحقيقها استنادا على جداول الإحصاء و تقدير الاحتمالات و لغرض معالجة هذا الانحراف الذي يؤدي إلى زيارة عبء التزامات المؤمن تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين وإعادة التأمين عقد بمقتضاه يحيل المؤمن جميع أو جزءا من المخاطر المغطاة من قبله إلى معيد التأمين الذي يتعهد بقبولها حسب شروط العقد وإعادة التأمين عقد اعتيادي يبرم بين المؤمن الأصلي الذي يصبح بمركز المؤمن له وبين معيد التأمين الذي يعتبر بمثابة المؤمن ولا شان للمؤمن له في العقد الأصلي بالعقد الجديد فهو اجنبي عنه لا يكتسب منه حقا ولا يحتمل التزاما ويبقى المؤمن وحده المسؤول اتجاه المؤمن له بموجب وثيقة التأمين المبرمة فيما بينهما.

5- التدارك:

يعني التدارك جميع ما يتخذ من الإجراءات الوقاية وجميع الوسائل التي من شان استخدامها تلافي وقوع الخطر أو تقليل أهمية أثاره في حالة تحقيقه ويلعب ألتدارك دورا مؤثرا في توسيع أعمال التأمين وذلك من خلال تأثيره المباشر على مقدار قسط التأمين

إذ أنه وجود وسائل التدارك يؤدي إلى تخفيض القسط بصورة تجعل التأمين بالتالي بمتناول المجموع وبغض النظر عن قوة دخل الفرد وتحقيقا لذلك فإن شركات التأمين تأخذ بنظر الاعتبار عند تقرير أقساطها وجود تلك الوسائل لدى طالب التأمين كما هو الحال في التأمين من خطر الحريق أو التأمين من السرقة او على المسؤولية.

2. أطراف عقد التأمين وأبرامه:

أطراف عقد التأمين:

أ. المؤمن :

المؤمن هو الطرف المقابل للمؤمن له في عقد التأمين، والغالب أن المؤمن يتخذ شكل شركة مساهمة (شخص معنوي) منظمة فنياً، وقد يكون المؤمن جمعية تأمين تبادلي تتمثل بصيغة الاتفاق بين مجموع من الأشخاص على تغطية الأضرار التي قد تلحق بأحدهم إذا تحقق خطر معين، ولم يتضمن القانون المدني العراقي أو القوانين الأخرى المنظمة للتأمين تعريفاً للمؤمن، من ذلك فإنه يمكن استنتاج التعريف التالي من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (983) من القانون المدني العراقي: "المؤمن هو الشخص الذي يستلم بدل التأمين ويلزم نفسه بدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن عليه" .

ب. المؤمن له :

هو الطرف الذي يتهدده الخطر المؤمن منه سواء في ماله كحالة التأمين من الأضرار أو في شخصه في حالة التأمين على الأشخاص ويقع على عاتقه أداء بدل التأمين .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التأمين قد يمتد إلى أشخاص آخرين بالإضافة إلى المؤمن له. فقد يساهم في العقد أشخاص لهم مصلحة في إبرام العقد وتنفيذه ولذا فإنه من الضروري أن يميز بين طالب التامين والمؤمن له والمستفيد، فطالب التأمين يعتبر عموماً هو الطرف الذي يوقع العقد ويلتزم تجاه المؤمن بأداء أقساط التأمين، والمؤمن له هو الشخص الذي يهدد الخطر في ماله أو في شخصه، أما المستفيد فهو من تؤول إليه حقوق التامين إذا تحقق الخطر المؤمن منه، وقد تجتمع هذه الصفات الثلاث في شخص واحد. كأن يؤمن شخص على داره من خطر الحريق، فهو أولاً طالب تأمين لأنه يبرم العقد ويتحمل الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن ويعتبر أيضاً مؤمن له لأن الخطر يهدده بالذات وهو من جهة أخرى المستفيد من التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه إذ تؤول إليه حقوق التأمين إلا أنه ليس من المستبعد أن يكون الأمر على خلاف ذلك، فقد تتفرق تلك الصفات على أشخاص مختلفين، فيجوز أن يكون طالب التامين والمؤمن له واحداً ويكون المستفيد شخصاً آخر، كمن يؤمن على حياته لحالة الوفاة لمصلحة أسرته .

ت. المستفيد:

يعتبر المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه هو الطرف الدائن تجاه المؤمن. فهو في الغالب المستفيد من عقد التأمين بيد أن حقوق التأمين قد تؤول إلى شخص آخر غير المؤمن له. ويطلق على هذا الشخص هنا المستفيد في عقد التأمين فالمقصود بالمستفيد كل شخص هنا المستفيد في عقد التامين. فالمقصود بالمستفيد كل شخص غير شخص المؤمن له الذي أبرم العقد أصلاً. ويجوز أن يكون المستفيد شخصاً عادياً (فرداً) أو معنوياً.

ويعين المستفيد من قبل المؤمن له نفسه ويكون ذلك بنص صريح في الوثيقة وعند إبرام العقد. وقد تكون تسمية المستفيد في وقت لاحق.

الشروط القانونية لأبرام عقد التأمين (أركان عقد التأمين)

لا يمكن ابرام عقد التأمين ما لم يكن هناك تراضي ومحل للعقد وسبب له ونتعرض لكل شرط من هذه الشروط تباعا:

أ- التراضي:

الرغبة في التعاقد محور شرط التراضي ولهذه مظهر خارجي يقوم على إتفاق إرادتي الطرفين في تحقيق حالة قانونية معينة تتمثل بالعقد والتأمين من العقود الرضائية . فلا يمكن إبرامه إذن بدون الرضاء أي توافق الإيجاب والقبول ومن خلال توافر إرادتين تشتركان في إحداث الأثر القانوني أي إنشاء عقد التأمين إلا أن التعبير عن الإرادة يجب أن يكون صادراً عن شخص يتمتع بالقدرة القانونية على احداث ذلك الأثر القانوني . بمعنى أن يكون ذلك الشخص في وضع يستطيع ان يقدر فيه النتائج المترتبة على هذا التعبير . ولابد من جهة أخرى أن يكون هذا التعبير خالياً من العيوب التي تشوب الإرادة . فالأهلية القانونية والإرادة السليمة هي الشروط اللازمة لصحة التراضي .

1- الأهلية: هي قدرة الشخص (الصلاحية) على استعمال الحق وصلاحية ذلك الشخص لثبوت الحق له أو عليه . وتشترط الأهلية في التأمين بالنسبة للطرفين وإن كان المؤمن غالباً شخصاً معنوياً . وبهذه الصفة يعتبر متمتعاً بالأهلية بالحدود التي يعنيها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون (1) . والأهلية اللازمة للمؤمن له هي أهلية الإدارة على اعتبار أن التأمين بالنسبة له (المؤمن له) عقد من عقود الإدارة الدائرة بين النفع والضرر . يشترط إذن أن يكون المؤمن له قد أتم سن الثامنة عشر من العمر – م 106 مدني . ويعتبر العقد موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي في الحدود التي يجوز فيها لهذا الأخير التصرف ابتداء فيما اذا أبرم التأمين ناقص أهلية – م 97 مدني . ويجب أن تصدر الإجازة بالتصرف أو نقصه خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذي يعلم فيه الولي بإبرام العقد – ف 3 – م 136 مدني عراقي. أما تصرف المأذون الذي أكمل الخامسة عشر من العمر فإنه يعتبر كتصرف الكامل الأهلية (3) . بينما لا يمكن الاعتداد بتصرف عديم الأهلية حتى وإن لحقته إجازة الولي أو الوصي . فكل تأمين يبرم من قبل عديم الأهلية يعد باطلاً حتى لو أجاز الولي أو الوصي العقد – م 96 مدني .

2- **عيوب الإرادة :** تسري القواعد العامة في عيوب الرضا على عقد التامين . وعيوب الإرادة عموماً هي الإكراه والغلط والاستغلال والغبن مع التغرير . ومن النادر جداً في الواقع أن يشوب ارادة المؤمن له اكراه في إبرام عقد التأمين . فالمؤمن له لا يتعاقد مع المؤمن إلا طائعاً مختاراً . والعكس صحيح كذلك فشركة التأمين تبرم العقد بمحض إرادتها ورغبتها في إحداث الأثر القانوني . وإذ تحقق الإكراه فرضاً فإن العقد يعتبر موقوفاً على إجازة الطرف الذي كان واقعاً تحت تأثير ذلك الإكراه – م 115 مدني – فبإمكان المكره وإجازة العقد أو نقضه على أن يتم ذلك من خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانعقاد – ف 3 م 136 مدني – فإذا مضت تلك المدة ولم يوضح المؤمن رغبته في نقض العقد أو إجازته فإن العقد يعتبر في هذه الحالة نافذاً ف 2 م 13 مدني . يجب ان لا يخلط بين حالة الضرورة وبين الإكراه .. فبمجرد الاضطرار الى التعاقد لا يعد اكراهاً وبالتالي لا يعيب الرضا فالعقود محكومة في الغالب بحلة الضرورة والفرد مضطر في الغالب الى اجراء التعاقد . إلا أن استغلال حالة الضرورة لدى الشخص قد تؤدي الى الإكراه . وعليه لو فرض المؤمن على المؤمن هل الملزم بإجراء التأمين على المسؤولية قانوناً بأن يبرم هذا الأخير عقد تأمين آخر ، على الحريق مثلاً ، وإلا رفض إجراء التأمين على المسؤولية فهنا تتحقق حالة الإكراه ، ويعتبر العقد الثاني ، والتالي موقوفاً على الإجازة . أما الغلط فهو التوهم الغير الواقعي لحالة معينة بحيث يؤدي بالنتيجة الى التعاقد . والغلط يقع إما في الشخص أو في الشيء. والغلط في إطار عقد التأمين ممكن الحصول فقد يقع في الشيء المؤمن عليه كما لو أراد شخص التأمين على بناء منزلة من الحريق فجرى التأمين على أثاث المنزل بدلا من البناء . وقد يحصل الغلط في طبيعية الخطر المؤمن منه . كما طلب شخص التأمين على منزله من خطر الحريق فجرى التأمين على المنزل من خطر السرقة . وقد يقع الغلط أيضاً في صفة جوهرية المشيء المؤمن عليه . كما لو طلب شخص التأمين على إرسالية

من الأصواف الغير منسوجة استوردها من الخارج فجرى التأمين على تلك الإرسالية على أساس أنها أصواف منسوجة وبما أن عقد التأمين من العقود الشخصية فإنه من النادر جداً في رأينا أن يقع الغلط في شخص المتعاقد . وفي جميع الأحوال فإن حكم الغلط إذا وقع ، سواء في صفة جوهرية للشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، هو أن العقد لا يعتبر نافذاً – م 118 مدني عراقي . أما الغلط الواقع في محل التأمين أو في طبيعية الخطر المؤمن منه فإنه يؤدي على بطلان العقد بطلاناً مطلقاً – ف أ م 177 مدني عراقي . غير أن المادة 119 من القانون المدني العراقي تعلق نفاذ هذه الأحكام على شرط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في " نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده " . وعليه يكون من حق من وقع الغلط إما إجازة العقد أو نقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ كشف الغلط . فإذا مضت تلك المدة ولم يبادر من ذلك الشخص ما يدل على نقض أو إجازة العقد فإن العقد يعتبر نافذاً . ف 2 م 136 مدني عراقي . ويعتبر التغرير مع الغبن من الوسائل البعيدة الحصول في التأمين . ويجب أن يلاحظ بأن الغبن لوحده أو التغرير دون الغبن لا يكفي في القانون العراقي ليكون عيباً مفسداً للرضا . فلا بد من اجتماعهما لغرض اعتبارهما من تلك العيوب – م 121 مدني عراقي . وإذا تحقق التغرير مع الغبن فالعقد يعتبر موقوفاً وللمتعاقد المغبون الحرية في إجازة العقد أو نقضه خلال ثلاثة أشهر من انكشاف التغرير مع الغبن . وإلا فإن العقد يعتبر نافذاً .

ب- المحل (الخطر كركن قانوني وليس عاملا فنيا) :

محل العقود يذكر عموماً في العقد ، فهو الشيء الذي يرد عليه العقد ويثبت أثره فيه ويكون ذا قيمة مالية . والتأمين كعقد محله الخطر المؤمن منه يرتبط به وجوداً وعدماً . فانعدامه يلغي بالضرورة وجود التأمين إذ لا حاجة لتأمين دون خطر . فالمؤمن لا يلتزم اقتضاء ألا لأن هناك خطر . وارتباطاً بوجود ذلك الخطر يحدد قسط التأمين . والمؤمن له لا يلتزم بأداء القسط إلا لأن هناك خطر يرغب تجنب أثاره الضارة التي تصيب ذمته المالية اذا تحقق . ولا يقتصر مدلول الخطر . كمحل للعقد على ما يتهدد الشخص من حوادث قد تحل به ، بل قد يكون الخطر حدثاً سعيداً يصيب الشخص . فتأمين الأولاد وتأمين الزواج والتأمين على الحياة لحالة البقاء ترد على أخطار لا تتخذ صيغة الكارثة عند حدوثها . بل تعتبر حوادث سعيدة اذا تحققت وتعتبر بذات الوقت أخطاراً تأمينية . ويتم الخطر ، كمحل للعقد بسمات ثلاثة أو شروط:

<u>سمات الخطر:</u>

(أ-) فهو أولاً واقعة محتملة الوقوع يمكن ان تتحقق أو لا تتحقق . وعليه لا يمكن التأمين على خطر مستحيل الوقوع استحالة مطلقة أو استحالة نسبية فلو تعلق الأمر بتأمين خطر لا يتصور وقوعه طبقاً للقوانين الطبيعية فإن العقد يعد باطلاً . فلا يمكن مثلا التأمين ضد خطر تجمد نهر في منطقة تحكمها ظروف طبيعية يستحيل معها تحقق مثل ذلك الخطر . أما الاستحالة النسبية فإنها تعني أن الحادث المؤمن ضده ممكن الحدوث بذاته بيد أن تحققه يصطدم بظروف خاصة تجعل تحققه مستحيلاً كما هو الحال مثلاً في حالة انعدام الشيء المؤمن عليه : فلو فرضنا أن بضائع

تجارية مؤمن عليها ضد خطر السرقة تتلف تماماً بخطر الحريق . فالخطر هنا السرقة منعدم تماماً . و تجيز بعض القوانين التجارية البحرية أطراف العلاقة القانونية بتحققه أو عدم تحققه ، وإلا كان التأمين باطلاً . بيد أنه لا مجال لإجراء مثل هذا التأمين في إطار التأمين البري . فالعقد يعتبر باطلا اذا تبين ان الخطر كان قد زال او كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد او كان احد الطرفين على الاقل عالماً بذلك (4) ف 2 م مدني عراقي .

(ب-) ويتميز الخطر من جهة ثانية بأنه لا ارادي . فالخطر التأميني واقعة لا يعتمد تحقيقها على ارادة اطراف العلاقة القانونية وبالذات على ارادة المؤمن له . فإذا كان تحقق الخطر يعتمد على فعل ارادي فإن ذلك يعني زوال تأمنيه . وبناء على ذلك لا يجوز التأمين على الخطأ العمدي أو خطأ المؤمن له الإرادي المقصود . فلو أمن شخص على حياة غيره لمصلحته ثم احدث عمداً وفاة المؤمن فإنه يحرم من التأمين ويكون المؤمن متحللا من التزاماته (5) – 994 م مدني . ولو امن شخص على منزله ضد الحريق ثم تعمداً إحداث ذلك الخطر فلا حق له في التأمين – م 1000 مدني عراقي . غير أن وقوع الخطأ العمدي في غير تلك الحالة لا يؤدي الى اعفاء من مسؤوليته تجاه المؤمن له . ويتضح ذلك في الحالتين التاليتين :

1-اذا كان الخطأ العمدي صادراً من الغير اذ ان المحرم تأمينه قانوناً هو الخطأ العمدي الصادر من المؤمن له . فاذا كان الذي صدر منه الخطأ العمدي اجنبياً عن المؤمن له كأن سرق ماله أو ألحق به ضرر فمن الواضح هنا أن هذا الخطأ العمدي جائز التأمين عليه . ويجب ان يلاحظ بأن مصطلح الغير لا ينصرف هنا الى الغير الذي لا تربطه أيه علاقة مع المؤمن له بل تشمل كذلك الغير الذي يكون المؤمن له مسؤولاً عنه مسؤولية مدنية كولده أو تابعه فلا تأثير لعلاقة التبعية على التزام المؤمن طالما أن إرادة المؤمن له لا علاقة لها بتحقيق ذلك الخطر (6)

2- اذا كان الخطأ العمدي صادراً من المؤمن له نفسه لضرورة تبرر وقوعه . كأن يقوم بتحقيق الخطر المؤمن منه لسبب انساني فلو عرض المؤمن له على حياته نفسه للموت إنقاذاً لغيره فمات فعلاً فإن التأمين ينتج آثاره كامله . وينضوي تحت هذه الحالة كذلك تحقيق الخطر المؤمن له منه تحقيقاً لمصلحة عامة كأن يتلف المؤمن له عن عمد أموالاً منقولة مؤمن عليها ليتدارك امتداد الحريق الذي اندلع في داره الى الدور الأخرى وحصره في أضيق مجال ممكن . فالتأمين ينتج آثاره كاملة بالرغم من الفعل العمدي للمؤمن له . وقد تعرض القانون المدني العراقي لهذه الحالة بصورة غير مباشرة . إذ تنص المادة 999 منه على انه : " يكون المؤمن مسؤولاً عن كافة الأضرار الناشئة مباشرة عن الحريق والأضرار التي تكون نتيجة حتمية له . وبالأخص ما يحلق الأشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل للإنقاذ او لمنع امتداد الحريق "

(ج-) أما السمة الثالثة للخطر فهي أن يكون مشروعاً: حسب م 984 مدني عراقي ، أي أن عدم قابليته للتأمين ضده تعود لا الى طبيعته بل الى القانون . فالقانون يخرج أحياناً بعض الأشياء من التعامل – ف 1 م 61 مدني لضرورات تقتضيها المصلحة العامة حسن سير المجتمع . وعليه

لا يجوز أن يكون الخطر محرماً من وجهة نظر القانون أو مخالفاً لقواعد النظام العام والآداب . ولذا يعتبر باطلاً التأمين على الغرامات المالية أو المصادرة التي يمكن أن يحكم بها الشخص جنائياً طالما أن كلا من الغرامة والمصادر عقوبة والعقوبة يجب أن تبقى شخصية مراعاة للنظام العام . ولا يجوز كذلك التأمين على تركة مستقبله بأيلولتها أو عدم أيلولتها لشخص معين – ف 2 م 129 مدني عراقي - . ولا يجوز التأمين على مخاطر الرهان والمقامرة . ويعد باطلاً كذلك التأمين الذي يبرم لغرض تسديد قرض مخصص لشراء محلات القمار أو تأثيثها أو التأمين من خطر حريق هذه الأماكن.

جـ - السبب :

السبب في التأمين هو الدافع الباعث الذي حمل كلا من المؤمن والمؤمن له على ابرام العقد . ومما لا شك فيه ان سبب التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين للمؤمن يرتكز على الحماية التي يقدمها له المؤمن والمتمثلة بإزالة آثار الخطر الذي قد يصيب شيئاً له مصلحة مالية فيه . فوجود السبب بالنسبة للمؤمن من قبل المؤمن له قائم على وجود خطر يتهدده وبالمقابل فإن التزام المؤمن قبل المؤمن له هو سبب التزام الاخير قبل الأول . ولذا فإن انتفاء السبب يؤدي الى بطلان العقد . فانعدام الخطر الذي يهدد الشيء المؤمن عليه أو الشخص المؤمن على حياته يؤدي إلى البطلان . وكذلك الأمر في حالة ما اذا كان السبب ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام . فالتأمين الذي يقصد منه تسهيل عمليات المراهنة والقمار المحرمة قانوناً يعتبر باطلاً لعدم مشروعية السبب ولمخالفته للنظام العام والآداب . والتأمين على دور تنشأ لغرض أن يمارس فيها أعمال منافية للآداب العامة يعد باطلاً كذلك . فلو ابرم عقد تأمين ضد خطر حريق تلك الدور فإن العقد يكون باطلاً لمخالفة سببه للآداب العامة

3. إتمام إبرام عقد التأمين:

إتمام إبرام العقد (قد) يقتضي عموماً صيغة شكلية تعتبر المظهر المادي للعقد، وتتمثل هذه الصيغة في التأمين بتقديم طلب للتأمين، عند قبول هذا الطلب من قبل المؤمن يصدر هذا الأخير مذكرة خاصة تدعى بمذكرة التغطية المؤقتة يعقبها بعد ذلك صدور بوليصة التأمين أو وثيقة التأمين وعليه نعرض بالتتابع لكل صيغة من هذه الصيغ :

أ. طلب التأمين :

طلب التأمين هو الصيغة العملية لتوجيه الإيجاب من طلب التأمين إلى المؤمن، ويأخذ الطلب صورة محرر مطبوع –استمارة- معدة مسبقاً من قبل المؤمن تتضمن بيانات مختلفة يتخذ بعضها صيغة أسئلة موجهة لطالب التأمين الذي يجب عليه الإجابة بصراحة تامة ووضوح، ويمكن تحليل البيانات التي يتضمنها الطلب إلى مجاميع أربعة أساسية.

i. بيانات شخصية خاصة بشخص طالب التأمين.
ii. بيانات تتعلق بالخطر المطلوب التأمين ضده.
iii. بيانات تتعلق بشروط التأمين.

iv. كل بيان قد يرى المؤمن أنه من الضروري إضافته إلى تلك البيانات.

بيد أنه يلاحظ بأن ليس لطلب التامين أي أثر قانوني بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية فهو غير ملزم لكليهما فلا يمكن اعتبار طلب التأمين قبولاً بالنسبة للمؤمن طالما أن هذا الأخير لم يصدر منه الإيجاب اللازم أي الرغبة في التعاقد، وللمؤمن بعد دراسة ما ورد من معلومات في الطلب أن يبت في عرض المؤمن لع سواء بالقبول أو الرفض .

ب. مذكرة التغطية المؤقتة:

إذا صدر قبول المؤمن بعد استلام طلب التأمين فإن هذا الأخير قد يقرن قبوله بتوجيه وثيقة تدعى بمذكرة التغطية المؤقتة، وهذه الوثيقة عبارة عن إشعار شكلي يتضمن تعهداً من قبل المؤمن بتغطيته للخطر التأميني بصورة مبدئية ولفترة تمتد لحين صدور وثيقة التامين.

ولا تصدر هذه الوثيقة في الواقع إلا في حالتين هما :

1- إذا كان المؤمن قد قبل التامين، فيرسل عندئذ مذكرة تغطية مؤقتة لطالب التأمين تمهيداً لإرسال الوثيقة النهائية .

2- إذا كان المؤمن لم يصدر قبوله بعد تقديم طلب التأمين، ولكي يتمكن من دراسة ذلك الطلب بشكل مفصل فإنه يقوم بإرسال المذكرة لغاية البت في الطلب إما بالرفض أو القبول .

وتقوم المذكرة في كلتا الحالتين مقام وثيقة التأمين فإذا تحقق الخطر المؤمن منه خلال فترة سريانها -المذكرة- فإنها تنتج آثارها القانونية كاملة كوثيقة التأمين تماماً .

ت. بوليصة التأمين (وثيقة التامين) :

وثيقة التأمين هي مظهر العقد أو الدليل الشكلي الكتابي على إبرام العقد، فهي إذن وسيلة إثبات يركن إليها في حالة نشوب نزاع قانوني بين أطراف العلاقة القانونية، ويقوم المؤمن لوحده بإعداد هذه الوثيقة وما تضمه من شروط، وتحتوي وثائق التأمين عادةً على نوعين من الشروط :

1- شروط عامة مشتركة لا تختلف من وثيقة لأخرى.

2- شروط خاصة تدرج في الوثيقة بعد الاتفاق عليها من قبل أطراف العلاقة القانونية.

وتتضمن وثائق التأمين عموماً ما يلي من البيانات:

1- أطراف العقد.

2- مبلغ التأمين وقسط التأمين.

3- الخطر المؤمن منه.

4- مدة التامين وتاريخ بدء سريان العقد وانتهائه.

ولا يعني تخلف ذكر البيانات بطلان العقد، بل إن ذلك يؤدي إلى صعوبة في الإثبات. إذ أن وجود البيانات مكتوبة أو مطبوعة أمر ضروري للإثبات فقط، ولا يشترط من جهة أخرى توقيع المؤمن له على وثيقة التأمين لأنه سبق وأن وقع على طلب التأمين بل يجب عليه أن يوقع

المؤمن الوثيقة ويؤرخ توقيعه مع إضافة الختم الرسمي المستعمل من قبله .

4. الآثار القانونية لعقد التأمين :

يترتب على عقد التامين من لحظة إبرامه آثاراً قانونية بالنسبة لأطرافه فينشئ التزامات متقابلة من الضروري الإيفاء بها وتنفيذها وإلا تحمل الطرف المخل بهذه الالتزامات الجزاءات المقررة قانوناً على هذا الخلال، وقد تمتد آثار العقد إلى الغير ونعني بذلك المستفيد من التامين، وسنتناول في هذا الموضوع معالجة الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق أطرافه وعلى النحو الأتي :

1. التزامات المؤمن له :

يلتزم المؤمن له قانوناً بما يلي:

1- أن يؤدي قسط التامين أو الدفعة المالية المتفق عليها في الأجل المقرر في العقد.

2- أن يبين وقت إبرام العقد الظروف المعلومة له عن الخطر وبما يطرأ أثناء سريان العقد من عوامل تؤثر على هذا الخطر.

وبمقتضى وثائق التأمين المعمول بها فإن على المؤمن له كذلك إشعار المؤمن بوقوع الخطر المؤمن منه خلال فترة زمنية محددة .

1- أداء قسط التأمين:

أداء القسط التزام جوهري، فهو سبب التزام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه. وبدون قسط التأمين لا يكون هناك في الواقع عقد تأمين بل هبة مشروطة، فالقسط هو المساهمة المقدرة مالياً لغرض تغطية الخطر، والمدين المباشر بمبلغ قسط التأمين عموماً هو المؤمن له، ويجوز مع ذلك أن يقوم أشخاص آخرون بتنفيذ الالتزام بدلاً من المؤمن له كحالة المستفيد من التأمين، وقد ينتقل عبء الإلتزام إلى أشخاص آخرين نتيجة ظروف معينة بحيث يصبح الغير مديناً بمبلغ القسط بدلاً من المؤمن له.، كحالة انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إلى الغير فيصبح هذا الغير خلفاً للمؤمن له ويكون بالتالي هو المدين المباشر بالالتزام. ويستوي في ذلك الخلف الخاص والخلف العام. فلو توفي المؤمن له أصبح ورثته هم المدينون بالقسط مكانه .

ويؤدي مبلغ القسط إلى المؤمن مباشرة أو إلى الوسيط إذا كان هذا الأخير مفوضاً بالاستلام قبل من المؤمن وفي الأجل المتفق عليه، وقد جرى التعامل على أن يكون أداء القسط سنوياً ، بيد أنه ليس هناك ما يحول دون أداء القسط دفعة واحدة أو أن يقسط القسط نفسه إلى دفعات متعددة على طول مدة التأمين، ويترتب على الإخلال بأداء مبلغ القسط في الأجل المحدد المطالبة بإلغاء العقد وفسخه (م 177 مدني) بعد إعذار المؤمن له بهذا الأداء .

2- تقديم البيانات الخاصة بالخطر عند إبرام العقد وأثناء سريانه:

بما أن محل التأمين هو الخطر فإنه يقع على المؤمن له تقديم البيانات الخاصة بهذا الخطر وتقرير ما يستجد من الظروف المحيطة به، ولا يقتصر فحوى هذا الالتزام في الواقع على ذلك الجانب فقط، بل إنه

يمتد كذلك إلى واجب إحاطة المؤمن بمعلومات تتعلق بشخص المؤمن له وبالذات في إطار التأمين على الأشخاص .

ويتبين من مضمون نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 986 من القانون المدني العراقي بأن على المؤمن له الإدلاء بالبيانات المطلوبة على مرحلتين، الأولى عند إبرام العقد والثانية أثناء سريانه، والبيانات المطلوبة عند الإبرام هي بيانات موضوعية وشخصية .

وتتمثل البيانات الموضوعية بكل ما يتصل بطبيعة الخطر وما يحيط به من ظروف، ويعتبر من ضمن تلك البيانات ما جرى عليه العمل في التأمين من خطر الحريق، بأن يوضح المؤمن له نوعية المادة التي أنشىء بها العقار وطريقة إنشائه ووصف للمكان الذي يوجد فيه وما يجاوره من منشآت، ويدخل أيضاً في إطار هذه المعلومات التزام المؤمن له في التأمين من المسؤولية عن حوادث وسائط النقل بتبيان نوع وساطة النقل المؤمن عليها وتاريخ صنعها والأغراض المخصصة لها، والبيانات الشخصية تتناول شخص المؤمن له من حيث سلوكه الشخصي وصفاته وحالته المادية ومقدار ما يبذله من العناية في شئونه، ويتم تقديم هذه البيانات عن طريق الإجابة على أسئلة مطبوعة يوجهها المؤمن إلى المؤمن له، ويشترط فيها البيانات أن تكون معلومة من قبل المؤمن له فإذا كان على جهل بها عند التعاقد فإنه غير ملزم بالإدلاء بها (ف 2 م 986 مدني) عراقي .

أما البيانات المطلوبة أثناء سريان العقد فإنها تتمثل بكل ما يستجد من أحوال تؤدي إلى زيادة حدة الخطر المؤمن منه (ف 2 م 986 مدني عراقي)، مثال ذلك ترك الدار المؤمن عليها ضد خطر السرقة غير مأهولة لمدة طويلة من شأنه حصول السرقة، ويجب أن يلاحظ هنا أن لزيادة حدة الخطر أثناء سريان العقد آثاراً تتمثل في زيادة قسط التأمين بصورة تتناسب مع هذه الحدة أما إذا لم يبد المؤمن أي اعتراض عند علمه بزيادة حدة الخطر أو لم يتخذ موقفاً معيناً أو قام بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر فإن حقه يسقط بالتمسك بالدفع بزيادة الخطر.

ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام طلب فسخ العقد (ف 1 م 987 مدني عراقي) إلا أن المشرع العراقي يميز بهذا الشأن بين حالتين :

الأولى: حالة ما إذا كان الإخلال قد تم بسوء نية فإن للمؤمن فسخ العقد والاحتفاظ بكامل الأقساط التي استلمها وطالبة المؤمن له بالإضافة إلى ذلك بالأقساط المتبقية .

الثانية: حالة الإخلال بحسن النية فإنه يحق للمؤمن الفسخ على أن يعيد للمؤمن له الأقساط المدفوعة كاملة أو بالقدر الذي لم يتحمل في مقابلة خطر ما .

ت. إشعار المؤمن بتحقيق الخطر المؤمن منه :

إذا تحقق الخطر المؤمن منه وعلم المؤمن له بوقوعه على نحو يستوجب مسؤولية المؤمن بضمانه فإن المؤمن له يلتزم عندئذ بإعلام المؤمن بتحقيق الحادث الذي ينجم عنه وقوع الخطر، وقد يمتد هذا الالتزام فيشمل التزامات أخرى تقع على عاتق المؤمن له، فقد يتفق

المؤمن ومن خلال شروط الوثيقة على أن يقوم المؤمن له حين تحقق الخطر ببذل جهود معينة من شأنها إيقاف امتداد الخطر والحد من آثاره وقد يتفق المؤمن مع المؤمن له أيضاً على أن يقدم هذا الأخير تقريراً مفصلاً عن مجمل الأضرار التي أصابت الشيء المؤمن عليه.

ولا توجد صيغة شكلية محددة للإخبار فقد يتم كتابة أو أن يكون عن طريق شفاهي بيد أنه يجب أن يتم بأسرع ما يمكن تلافياً للنزاع الذي قد يثيره التأخير في الإعلام .

ولكن سقوط الحق كجزاء على عدم الإخبار بوقوع الحادث يعتبر جزاء بالغ الخطورة ولا يمكن الأخذ به إلا إذا توافرت الشروط التالية :

1. أن يكون الشرط الخاص بسقوط الحق مطبوعاً بشكل بارز يجلب انتباه المؤمن له، وإلا عد باطلاً (ف 3 م 985 مدني عراقي).
2. أن يكون المؤمن له فد تعمد وبسوء نية عدم الإشعار عن الحادث، فإذا تخلف المؤمن له عن الإشعار بسبب قوة قاهرة أو لأي سبب آخر لا يد له فيه فلا محل لسقوط الحق[1] .

2. التزامات المؤمن :

تقتصر التزامات المؤمن من حيث المبدأ على أداء مبلغ التأمين عند تحقيق الخطر المؤمن منه أو حلول أجل العقد إذا كان التزام المؤمن مضافاً إلى أجل كما هو الأمر في التأمين على الحياة (المواد 988، 989 مدني عراقي) .

ويؤدى مبلغ التأمين بصورة عامة بالنقد بيد أنه يجوز تنفيذ الالتزام من خلال قيام المؤمن بإصلاح الضرر عيناً، وتلجأ شركات التأمين إلى هذه الوسيلة في حالات التأمين على وسائط النقل والآلات الصناعية والمكائن .

ولما كان مبلغ التأمين يمثل من حيث المبدأ قيمة الشيء المؤمن عليه عند تحقق الخطر، فلا يمكن إذن أن ينصب اهتمام المؤمن على استبدال كامل للشيء في حالة هلاكه كلياً من جراء تحقق الخطر، بشيء آخر جديد يماثله تماماً، بدلاً من دفع مبلغ التأمين المقرر في الوثيقة إلا أنه يجوز استثناء ومن خلال اتفاق المؤمن والمؤمن له أن يلتزم بأداء مبلغ يعادل قيمة تشييد البناء المتهدم بدلاً من أداء مبلغ نقدي يساوي مقدار الخسارة التي لحقت المؤمن له. وعموماً لا يمكن أن يكون مبلغ التأمين مصدراً لإثراء المؤمن له، ولا يجب أن يكون بنفس الوقت مصدر لخسارة أو افتقار المؤمن بمعنى أن التزام هذا الأخير يتحدد بأداء مبلغ يقابل الخسارة الفعلية التي لحق المؤمن له ارتباطاً بقيمة الشيء المؤمن عليه التي حدد بمقتضاها قسط التأمين، فإذا كان مبلغ التأمين المتفق عليه أقل من قيمة الشيء المؤمن عليه، أي أن المؤمن له قد أمن تأميناً بخساً فإن المؤمن لا يكون ملتزماً إلا بحدود المبلغ المتفق عليه. وإذا كان مبلغ التأمين يتجاوز قيمة الشيء المؤمن عليه أي أن المؤمن له قد غالى في التأمين فإن المؤمن لا يلتزم إلا بدفع ما يقابل الخسارة الحقيقية، وتدعى هذه القاعدة بقاعدة النسبية، والدائن بالالتزام هو المؤمن له، فهو المستفيد في الغالب من عقد التأمين، فإذا كان المؤمن له هو المستفيد

1

من العقد فيدفع المبلغ إليه مباشرةً وقد يقع كما بينا أن يكون أداء مبلغ التأمين إلى شخص آخر غير المؤمن له كحالة المستفيد، فيجب عندئذ أن يؤدى مبلغ التأمين إلى هذا الأخير.

3. التزامات المستفيد وحقوقه:

المستفيد هو من تؤول إليه حقوق التأمين، وفي حالة وجود مستفيد في التأمين فإن العقد يرتب على عاتق هذا المستفيد التزامات أهمها أنه يجب عليه الامتناع عن القيام بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الخطر المؤمن منه، وتنص المادة 1000 من القانون المدني العراقي على أنه: ((لا يكون المؤمن مسؤولاً عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمداً أو غشاً)). وبهذا المعنى كذلك تنص المادة 994 من القانون نفسه على أنه: ((إذا كان المستفيد من التأمين على الحياة غير الشخص المؤمن على حياته فإن المؤمن يبرأ من التزاماته إذا تسبب المستفيد عمداً في موت الشخص المؤمن على حياته أو وقع الموت بناءً على تحريض منه)) ، ويقابل هذه الالتزامات حماية قانونية يتمتع بها المستفيد بخصوص حقه بمبلغ التأمين إذا استثنى المشرع مبلغ التأمين من تركة المؤمن له بموجب المادة 995 من القانون المدني العراقي. فبمقتضى هذا النص: ((لا تدخل في تركة المؤمن له المبالغ المشترط دفعها عند موته إما إلى مستفيدين معينين وإما إلى ورثته بوجه عام. وليس لدائني المؤمن له المطالبة بهذه المبالغ لا في حالة إفلاسه ولا في حالة إعساره أو الحجز عليه...)).

انتهاء عقد التأمين

ينتهي عقد التأمين عموما بالطرق التالية:

١-بانتهاء مدته

٢- بفسخ العقد

٣-بزوال الخطر المؤمن منه

٤- بالتقادم

١- انتهاء العقد بانتهاء المدة:

لا يبرم عقد التأمين إلا لمدة محددة يجري الاتفاق عليها بين طرفي العقد وتذكر عموما في عقد التأمين نفسه، فعقد التأمين عقد زمني من عقود المدة فلابد إذن من اقترانه بمدة ينقضي بانقضائها ويغلب العمل في التأمين من الأضرار أن يحدد المتعاقدان مدة العقد بسنة واحدة يبدأ سريانها من وقت تمام العقد اما في التأمين على الأشخاص وبالذات في التأمين على الحياة فإن هذه المدة أطول عموما وإذا لم يحدد المتعاقدان مدة العقد صراحة او ضمنا فيفترض في هذه الحالة أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة العقد في هي المدة الغالبة في الإطار العملي سنة أو أكثر وحسب العرف التأميني. ويجوز أن يتفق الطرفان اتفاقا ضمنيا على أن تكون مدة العقد لاتقل من سنة كما هو الأمر في التأمين من حوادث النقل حيث يستغرق تنفيذ عقد النقل مدة اقل من سنة. وقد تكون مدة العقد غير محددة كما هو الأمر في التامين التأمين التبادلي ذي الطبيعة الخاصة المختلفة عن التأمين التجاري فيرتبط بانتهاء العقد ببقاء او خروج المؤمن له من جمعية التأمين التبادلي.

يبدو انه يجب أن يلاحظ بأن انتهاء المدة لا يعني على كل حال انتهاء العقد بالضرورة فقد يمتد العقد لفترة أخرى بعد انقضاء مدته وامتداد العقد حالة عملية معروفة في التأمين من الأضرار بالذات. غير ان الامتداد او تجديد العقد لا يمكن ان يتم الا بناء على شروط صريحة في الوثيقة.

2-فسخ العقد:

إخلال أحد أطراف العقد بالالتزامات المترتبة عليه يسمح للطرف الآخر بالتنصل من جانبه من تنفيذ التزاماتها ويؤدي إلى طلب فسخ العقد ومن ثم انتهاء عقد التأمين و الفسخ لا يتم في القانون العراقي ألا بعدا أعذار المدين ومن ثم المطالبة القضائية و الحكم بإلغاء العقد ولا يسري الفسخ عموما إلى من تاريخ الحكم القضائي فليس للفسخ أثر رجعي والحالات التي تؤدي إلى الفسخ في التأمين متعددة أهمها اخلال المؤمن بالتزامه بالأدلاء بالبيانات اللازمة م 987 أو عدم أداء القسط وذلك طبقا لنص م 986 من القانون المدني العراقي

3-زوال الخطر المؤمن منه:

التأمين لا يمكن تصوره بدون وجود الخطر وعليه فمن الوقت الذي يزول الخطر فيه فإن عقد التأمين ينتهي. بيد انه يجب التمييز بين بين حالتين:

(أ) زوال الخطر بصورة نهائية.

(ب) زوال الخطر بشكل مؤقت ويعتبر العقد في الحال الأولى منتهيا الا أنه يقع على عاتق المؤمن اعادة جزء من أقساط التأمين كما هو الأمر في التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات فلو فرضنا بأن مالك واسطة النقل مؤمن له ضد مخاطر الإصابة التي تلزم مسؤولية تجاه الغير وهلكت واسطة النقل هذه هلاكا تاما فإن الخطر يكون قد زال عن عاتق المؤمن وينتهي تبعا لذلك العقد. بيد انه يجب على المؤمن اعادة جزء من الأقساط وبالذات الجزء الذي يتعلق بالمدة التي كان يجب عليه تحمل الخطر فيها. اما في حالة الزوال المؤقت فإن العقد يبقى نافذ الأثر ما عدا فترة الزوال المؤقت للخطر بمعنى آخر أن العقد لا ينتهي إلى بصورة مؤقته.

وتظهر هذه الحالة بالمثل التالي: كما لو سافر مالك واسطة النقل في المثل السابق وترك استعمالها ففي هذه الفريضة يحصل المؤمن له على إيقاف لعقد التأمين مدة عدم استعماله لواسطة النقل ويعتبر العقد نافذا بعد انتهاء المدة.

ويتعرض القانون المدني العراقي من خلال نص المادة 984 لموضوع زوال الخطر. اذ تنص هذه المادة على ما يلي: "ويقع العقد عقد التامين باطلا اذا تبين ان الخطر المؤمن ضده كان قد زال او كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد..."

والامثلة على ذلك متعددة منها تحقق خطر الحريق عند ابرام عقد التامين.

4-التقادم:

تنص المادة 990 فقرة 1 من القانون المدني العراقي بخصوص التأمين البري على انقضاء الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى. ومن هذه الدعاوي دعوى المطالبة بالأقساط ودعوى فسخ التأمين وبطلانه. ويرد على هذه القاعدة استثناءان يتعلقان بوقت بدأ التقادم بموجب المادة 990 فقرة 2:

(أ-)حالة إخفاء المؤمن له بعض الحقائق عن المؤمن أو تقديم معلومات كاذبة عن الخطر فيبدأ التقادم بالنسبة لدعوى الفسخ من تاريخ علم المؤمن بأخلال المؤمن له بمبدأ حسن النية وليس من تاريخ هذا الاخلال.

(ب-)حالة المطالبة بمبلغ التأمين فيسري التقادم من تاريخ علم المؤمن والمؤمن له بتحقق الخطر وليس من يوم تحققه.

أما بخصوص التأمين البحري فالتقادم يختلف جذريا حيث بموجب المادة 217 من قانون التجارة البحرية العثماني يسقط الحق في كل دعوى ناشئة عن هذا التأمين بعد مضي خمس سنوات من تاريخ انعقاد العقد لا من تاريخ تحقق الواقعة.

محاضرات (البيوع البحرية)

المرحلة الثانية

كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

الاستاذ الدكتور علاء حسين علي

المرجع

الاستاذ الدكتور باسم محمد/ صالح القانون التجاري

البيوع البحرية نوع من البيوع الدولية لها أهمية كبيرة في التجارية الدولية المعاصرة إذ أن تبادل السلع على صعيد الاستيراد والتصدير يرتبط في الغالب بهذه البيوع.

والبيوع البحرية عبارة عن عقود تجارية ذات طبيعة قانونية خاصة، محلها اموال منقولة(بضائع وسلع) يتم نقلها بحراً من البائع إلى المشتري. فلا يعتبر البيع من البيوع البحرية إلا إذا واجه طرفاه عقد نقل البضاعة المباعة بطريق البحر.

ويتم ابرام هذه العقود بين مؤسسات تجارية او أشخاص تابعين لدول متباعدة عن بعضها بسبب المجال البحري الذي يفصل بينها. وقد عرفت البيوع البحرية منذ ظهورها مراحل تطور مختلفة. وحظت بنفس الوقت بعناية المؤسسات التجارية والقانونية لغرض تنظيمها دولياً. وسنعرض لمراحل تطور هذه البيوع ولتنظيمها الدولي ولبعض أنواعها.

أولاً: تطور البيوع البحرية:

يرتبط ظهور البيوع البحرية بمرحلة النقل التجاري البحري الشرعي فقد عرفت هذه المرحلة نوعاً من البيوع البحرية يطلق عليه بيوع الوصول. ومن سمات هذه البيوع أن ملكية البضائع لا تنتقل إلى المشتري إلا حين وصولها إلى الميناء المعين من قبل هذا الأخير. كما يلتزم البائع إذا تم التعاقد، بشحن تلك البضاعة والتأمين عليها. ويتحمل بنفس الوقت خطر هلاكها أثناء نقلها.

وتتخذه هذه العقود صورتين من البيوع فهي إما بيوع على سفينة معينة، وإما بيوع غلى سفينة غير معينة أو ستعين فيما بعد فإذا عينت واسطة النقل البحري عند إبرام العقد فيطلق عندئذ على البيع: أنه بيع على سفينة معينة.

وإذا تم التعيين لاحقاً على إبرام العقد فيسمى البيع عند ذلك: بأنه بيع على سفينة ستعين فيما بعد. ويترتب على عاتق البائع في هذا النوع من البيوع التزام مهم وهو: وجوب تعيين واسطة النقل البحري التي سيتم شحن البضاعة عليها خلال فترة زمنية محددة. فإذا ما أنقضت تلك الفترة ولم يحصل هذا التعيين جاز للمشتري فسخ عقد البيع.

غير أن التطور النوعي الحاصل في وسائط النقل البحري، من حيث السعة والسرعة. والذي فرضته الظروف التكنلوجية الحديثة منذ بداية هذا القرن كانت له مردوداته الإيجابية على التجارة الدولية بشكل عام وعلى البيوع البحرية بشكل خاص. فقد أبان هذا التطور بأن العقود المتعارف عليها أصبحت لا تفي بأغراضها ولا تنسجم والواقع الفعلي المستجد للتجارة البحرية.

وبناء على ذلك فقد ظهرت في العمل أنواع بديلة لتلك العقود، تتلاءم والمرحلة الجديدة للنشاط التجاري الدولي، تعرف ببيوع القيام أو الشحن وتتميز بانتهاء علاقة المتعاقدين عند انتقال الملكية من البائع للمشتري في ميناء الشحن عكس بيوع الوصول. ولعل من أهم صور هذه العقود عقد البيع(سيف أو كاف) الذي انتشر استعماله بسرعة كبيرة في النشاط التجاري الدولي بحيث أصبح الأداة القانونية الضرورية للتجارة البحرية وقد دفع هذا الواقع الجديد للبيوع البحرية إلى التوجه نحو وضع الضوابط القانونية اللازمة لها، ليس على أساس أنها عبارة عن عقود بيع عادية، بل على اعتبار أنها عقود دولية خاصة بالتبادل التجاري الدولي. ومن هنا كان لهذه البيوع تنظيم دولي متميز.

ثانياً: التنظيم الدولي للبيوع البحرية:

تمثل التنظيم الدولي للبيوع البحرية بادئ الأمر بوضع عقود نموذجية تحتوي على الشروط الضرورية للتعامل والحلول الملائمة للمنازعات التي قد تقع من جراء التعامل. ومن أشهر النماذج العقدية التي وضعت واقرت بعد ذلك دولياً، العقد النموذجي الذي اقرته جمعية لندن لتجارة القمح ونموذج باريس سنة ١٩٢٢. بيد ان هذه العقود وبالرغم من أهميتها لم تكن كافية تماماً وخالية من العيوب. ولعل من أهم عيوبها تحريرها بلغه أجنبية تختلف في أغلب الأحوال عن لغة أطراف العلاقة القانونية وقد حدا ذلك بالمعنين بهذه العقود إلى عقد مؤتمر دولي في وارشوا سنة ١٩٢٨ تم خلاله إقرار قواعد عامة ومبسطة لهذه البيوع ولم تمض فترة زمنية وجيزة على عقد ذلك المؤتمر حتى بادرت جمعية القانون الدولي في نيويورك وأكسفورد إلى عقد مؤتمر دولي آخر سنة ١٩٣٢ استهدف إدخال تعديلات مختلفة على القواعد التي أقرت سابقاً. فاصبح يطلق على هذه القواعد بقواعد وارشو–أكسفورد ١٩٢٨–١٩٣٢.

وقد حاولت غرفة التجارة الدولية من جانبها أن تسهم في تذليل الصعوبات التي قد تعترض تفسير تلك العقود. فوضعت في سنة ١٩٣٦ جملة قواعد تفسيرية للمصطلحات التجارية. وتم من خلال هذه القواعد تحديد فحوى البيوع البحرية من حيث تثبيت التزامات الأطراف المتعاقدة. وقد اصطلح على تسمية هذه القواعد بقواعد الانكوتيرم لعام ١٩٣٦. ثم أدخلت غرفة التجارة الدولية على هذه القواعد جملة تعديلات وقد توالت هذه التعديلات منذ ١٩٥٣ إلى وقتنا الحالي. وقد راعت الغرفة المذكورة عند وضعها لهذه القواعد مجمل الأعراف التجارية الدولية. وامتد نشاط غرفة التجارة الدولية إلى العناية بتنظيم تفسير عقود أخرى غير البيوع البحرية. فقد أصدرت

الغرفة سنة ١٩٦٧ تفسيراً موحداً لبيوع دولية مختلفة في إطار تبادل السلع الاستهلاكية والإنتاجية. كما وأضيفت مصطلحات جديدة أخرى عام ١٩٧٦وعام ١٩٨٠.

وعلى كل حال فإنه من الضروري الإشارة هنا إلى أن قواعد الإنكوتيرم الخاصة بالبيوع البحرية وبالرغم من أهميتها الدولية لا تعتبر قواعد ملزمة إلا إذا أحال عليها أطراف العلاقة القانونية صراحة إذ يجوز للبائع والمشتري مخالفة تلك القواعد واستبعاد ما يشاؤون منها بشرط أن يكون ذلك بنص صريح في العقد. وإذا كانت البيوع البحرية محط اهتمام مؤسسات التجارة الدولية فإن ذلك لا يعني في الواقع إهمال المشرع الوطني(الداخلي) لأمرها فقد نظمت بعض القوانين الوطنية هذه البيوع من الناحية القانونية وحددت لها القواعد اللازمة.

ومن جملة هذه القوانين قانون التجارة العراقي رقم(٣٠)لسنة ١٩٨٤.إذ يتضمن القانون المذكور نصوصاً متعددة بشأن عقد البيع(فوب) وعقد البيع(سيف أو كاف). بوصفهما من الادوات القانونية للتجارة الدولية. وسنعرضها كما يأتي:

البيع الأول/البيع سيف او كاف

أولا/تعريف البيع سيف او كاف:

وكلمة سيف CIF مختصر للمصطلح الانكليزي (Cost. Insurance. Freight) ويرمز على التوالي لثمن البضاعة Cost وقيمة التأمين Insurance وأجرة النقل Freight ويطلق عليه باللغة الفرنسية كاف CAF وهو مختصر للمصطلح (Cat. Assurance. Fnet) ويرمز أيضا لما يقابل الكلمات الانكليزية ثمن البضاعة و وقيمة التأمين وأجرة الشحن فالمصطلحان مترادفان في المعنى وان اختلف اللفظ لاختلاف اللغة التي يأتي منها اللفظ. وينطوي هذا البيع تحت طائفة بيوع القيام او بيوع الشحن ويعني هذا المصطلح ان البيع يتضمن بالإضافة الى ثمن البضاعة محل العقد اجرة نقلها ومصاريف شحنها والتأمين عليها ، بعبارة أخرى ان البائع في هذا النوع من البيوع يلتزم بشحن البضاعة التي قام ببيعها ثم تغطيتها من خلال التأمين عليها ، ضد جميع المخاطر التي تتعرض لها هذه البضاعة اثناء النقل ، وتتم موافقة المشتري على ذلك ابتداء حين ابرام العقد ، فالثمن الذي يقع على عاتق المشتري ثمن اجمالي يضم في آن واحد قيمة البضاعة ومبلغ النقل والتأمين.

ومن هنا فإن البائع في عقد البيع سيف يجمع بين صفات ثلاثة : فهو أولا بائع يلتزم بنقل ملكية البضاعة وتسليمها للمشتري بعد استلامه لثمنها ، وهو ثانيا شاحن للبضاعة يلتزم بمقتضى العقد بعملية شحن وتسليم وثائق الشحن (سند الشحن) ، وهو أخيرا مؤمن على البضاعة يقوم بإبرام عقد التأمين عليها لمصلحة المشتري لدى مؤمن حسن السمعة .

وقد عني قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ بتعريف البيع سيف بصورة تتسق تماما مع مفهومه الدولي ، اذ تنص المادة (٣٠١) من القانون المذكور على ما يلي : ((البيع (سيف) هو البيع الذي يلتزم فيه البائع بإبرام عقد نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء لتفريغ والتأمين عليها ضد مخاطر النقل وشحنها على السفينة وأداء النفقات والمصروفات اللازمة لذلك ثم اضافتها الى الثمن)) .

الخصائص المميزة للبيع ((سيف)) : من التعريف أعلاه للبيع سيف الخصائص الاتية:

١- ينقل البيع ((سيف)) تبعه هلاك البضاعة ونقلها ابتداء من وقت الشحن الى عاتق المشتري .

٢- يستحق البائع ثمن البضاعة أيا كان مصيرها بعد شحنها بمعنى ان مسؤولية البائع تنتهي من تاريخ شحن البضاعة .

٣- يعتبر المشتري مالكا للبضاعة من تاريخ شحنها وبذلك يكون بإمكانه التعامل عليها والتصرف بها بواسطة السندات التي تمثلها ، اذ تعتبر هذه السندات الوسيلة القانونية التي تمثل البضاعة ، فهي أداة لإثبات شحن البضاعة وعقد نقلها .

٤- لا حاجة للمشتري الى ممثل له في ميناء الشحن لأجل ابرام عقدي نقل البضاعة والتأمين عليها .

ثانيا/الطبيعة القانونية لعقد البيع سيف :

البيع (سيف) او (كاف) لا يعدو من ناحية التكييف القانوني عن كونه بيعا محله أموال منقولة ((سلع وبضائع)) يتضمن التزام البائع بتسليم المشتري لسندات معينة كإثبات لتنفيذ البيع ، كقائمة البيع وسند الشحن ووثيقة التأمين على البضاعة .

ان التزام البائع بتسليم هذه الوثائق لا تأثير له اطلاقا على التزامه الرئيسي وهو تسليم البضاعة محل العقد ؛ لان هذه الوثائق كما بينا ما هي إلا أدوات إثبات لقيام البائع بتنفيذ التزامه تجاه المشتري ، ومع ذلك فقد ذهبت بعض الاتجاهات الفقهية الى تكييف عقد البيع سيف بأنه عقد بيع مستندات وليس عقد بيع محله أموال منقولة (بضائع) وذلك استنادا الى ان الوثائق التي يلتزم البائع بتسليمها للمشتري تسمح لهذا الأخير بإجراء شتى التصرفات القانونية على البضاعة قبل استلامها فعلا من البائع ، كبيعها مثلا او رهنها بحيث اصبح تداول هذه الوثائق يعتبر بمثابة تداول للبضاعة نفسها ، لذلك فإن البيع سيف ما هو في واقع الامر إلا بيع مستندات ، بيد ان ما يؤخذ على هذا الرأي هو انه بالإضافة على كون الوثائق المذكورة ما هي إلا وسائل اثبات لوقوع البيع ، فإنه يؤدي بالضرورة الى حرمان المشتري من حين استلامه لتلك الوثائق من حق الادعاء بوجود نقص في البضاعة او اختلاف نوعيتها عن النوعية المثبتة في العقد .

علما بأن هذا الحق يعتبر من الحقوق الثابتة للمشتري في بيوع القيام وقد كراسته صراحة معظم القوانين ضمن نصوصها ويمكن التمسك به في القانون العراقي استنادا للقواعد العامة المقررة بالنسبة للبيع العادي في القانون المدني. ولا يمكن من جهة ثانية القول بأن البيع ((سيف)) هو عقد مركب من عقد بيع وعقد وكالة يلتزم بمقتضاه البائع كوكيل عن المشتري بإبرام عقد النقل وعقد التأمين وإرسالها الى المشتري . وذلك لان البائع في البيع ((سيف)) يلتزم أساسا بصفته ((كبائع)) مقابل ثمن معين ((اجمالي)) بتسليم بضاعة تكون محل عقد النقل ومغطاة بنفس الوقت ضد مخاطره من خلال التأمين عليها. بعبارة أخرى إن البائع عندما يقوم بإبرام عقدي النقل والتأمين إنما ينفذ التزاما من جملة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع بذاته على عاتق البائع ، لذا لا يمكن القول بأن هذا العقد مركب من عمليتين مستقلتين : الأولى عقد بيع بسيط والثانية عقد وكالة يلتزم البائع بموجبه بإبرام عقدي النقل والتأمين لحساب المشتري .

ثالثا/الاثار القانونية للبيع سيف :

يرتب البيع سيف عند ابرامه التزامات مختلفة على عاتق اطراف العلاقة القانونية البائع والمشتري ، وتجدر الإشارة الى ان قانون التجارة لدينا قد استعان كغيره في تحديد مضمون هذه الالتزامات بالأحكام الواردة في قواعد الإنكوتيرم للبيوع التجارية الدولية .

نتناول بالبحث التزامات البائع ، أولا ثم التزامات المشتري بعد ذلك .

أ – التزامات البائع :

يلتزم البائع اتجاه المشتري بما يلي :

١– تسليم كامل البضاعة المتفق عليها في العقد بيد انه يجب ان يلاحظ ان هذا التسليم يتم من خلال المستندات التي تمثل البضاعة ولا ينصب على التسليم المادي للبضاعة نفسها ، وتقرر الفقرة الثالثة عشرة من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة بخصوص هذا الالتزام ما يلي :

على البائع ((ان يرسل الى المشتري دون ابطاء سند شحن نظيفا . قابلا للتداول الى الميناء المعين للتفريغ . وقائمة بالبضاعة المبيعة وقيمتها ووثيقة التأمين ...)) ويترتب على اخلال البائع بهذا الالتزام كما لو كانت كمية البضاعة ونوعيتها غير مطابقة للوصف الوارد في العقد ، حق المشتري بالمطالبة بفسخ العقد وعند رفض طلب الفسخ يكون له الحق في انقاص ثمن البضاعة بصورة تتناسب ومقدار الضرر الحاصل .

٢– يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع ، بإبرام عقد نقل البضاعة واختيار الواسطة الملائمة لنقلها ، ويقوم البائع بهذا التصرف لحساب المشتري فليس له أية مصلحة في تنفيذ عقد النقل اللهم إلا فيما يتعلق بإعلام المشتري باسم السفينة الناقلة وحصول عملية الشحن عليها .

ولذا فإنه يجب التمييز بين عملية البيع والنقل بالرغم من ان العمليتين مرتبطتان بالضرورة من الناحية الاقتصادية ، فكل من العقدين له في الواقع آثاره الخاصة ، فإذا ظهر مثلا بعد وصول

البضاعة ضرر جزئي او كلي في المبيع فإنه يجب تحديد السبب الذي أدى الى حصول ذلك الضرر ، وتبعا لتحديد السبب تتحدد مسؤولية الأطراف المعنية ، فإذا كان سبب الضرر ناشئا عن سوء في شحنها كان البائع مسؤولا عن ذلك الضرر ، بينما يتحمل الناقل المسؤولية اذا تبين بأن الضرر متأت من عملية النقل ، وللمشتري في هذه الحالة وبصفته مرسلا اليه مقاضاة الناقل. ويرتبط بالتزام البائع بإبرام عقد النقل التزام اخر مكمل هو تسوية ما يترتب من مبالغ على النقل والتي قد يشترط دفعها في ميناء الشحن .

٣- على البائع تغليف البضاعة ودفع جميع ما يترتب من نفقات على التغليف ومن مصروفات يتطلبها فحص البضاعة ووزنها او قياسها ثم شحنها على واسطة النقل البحري المعينة لنقلها. فإذا تم ذلك فإنه يجب عليه إعلام المشتري بالسرعة اللازمة باسم السفينة الناقلة وحصول الشحن عليها .

٤- يجب على البائع تامين البضاعة ضد اخطار النقل وعلية دفع الاقساط المترتبة على ذلك ويغطي التامين ثمن البضاعة كاملا ويضاف على هذا المبلغ عشره بالمئة ويمتد الالتزام بالتامين على البضاعة حتى ولو كان المبيع قد شحن على دفعات اذ يجب على البائع في هذه الحالة التامين على كل دفعه على حدة لحين وصولها الى ميناء التفريغ واستلام المشتري لتلك الدفعة بيدا ان التامين على البضاعة لا ينصرف الا الى اخطار النقل العادية فلا يلتزم البائع مثلا بتامين المبيع ضد اخطار الحرب الا في حالة الاتفاق صراحه على ذلك ولكن ليس هنالك ما يحول من جانب اخر قيام البائع نفسة بتغطية البضاعة وتحمل اخطار النقل فيما اذا كان يتمتع بالملائة المالية الكافية بيد ان الغالب في العمل دوليا هو ان البائع يقوم بالتامين على البضاعة لدى مؤمن معين لحساب المشتري.

٥- يقع على عاتق البائع الحصول على اجازة تصدير البضاعة وغيرها من الوثائق الضرورية في الدولة التي يقع فيها شحن البضاعة وذلك بتسهيل خروجها من تلك الدولة او مرورها عبر دول اخرى ودفع جميع الرسوم التي يرتبها تصدير البضاعة.

٦- اذا اتفق البائع والمشتري على ان يقدم الاول للأخير شهادة المنشأ على مصدر البضاعة فان على البائع الحصول على تلك الشهادة وتقديمها الى المشتري.

ب . التزامات المشتري:

يلتزم المشتري في البيع بالالتزامات التالية:

١. دفع ثمن البضاعة: ينصرف هذا الالتزام الى قيمة البضاعة ومبلغ النقل واقساط التامين وجميع المصاريف التي يحدد عادة عقد البيع ويعتبر ثمن البضاعة مستحقا من تاريخ وصول الوثائق والمستندات الى المشتري بغض النظر عن وصول البضاعة الفعلي ويتم الوفاء بثمن البضاعة من خلال مؤسسه مصرفية تصدر بناء على طلب المشتري اعتمادا مستنديا غير قابل

للإلغاء مقابل السندات المتفق عليها فاذا تمت تلك العملية فان البائع يسحب سفتجته يرفق بها المستندات المطلوبة ثم يقوم بخصمها لدى مؤسسة مصرفية (يتعامل معها البائع بصورة معتادة)فيحصل على ثمن البضاعة ، فتحول تلك المستندات عندئذ الى مصرف المشتري الذي لا يقوم بتسليمها الى هذا الاخير الا عند الحصول على الثمن المطلوب منه.

٢- استلام وثائق ومستندات شحن البضاعة: على المشتري استلام وثائق ومستندات شحن البضاعة فلا يجوز له من حيث المبدأ رفض تلك المستندات اذا تم اعلانه بوصولها من قبل المؤسسة المصرفية التي يتعامل معها والتي اصبحت وسيطا في عملية البيع بيد ان المشتري الحق في رفض تلك المستندات اذا كانت غير مطابقة للشروط المتفق عليها في العقد، وقد يستلم المشتري الوثائق والمستندات بالرغم من عدم مطابقتها لشروط العقد وفي هذه الحالة فانه يعتبر قابل بها اذا لم يعترض عليها خلال اربعه ايام من تاريخ تسلمها ويتم الاعتراض من خلال اخطار يرسل الى البائع ويتضمن الطلب منه بأرسال مستندات مطابقه لشروط العقد خلال مدة زمنية مناسبة فاذا انقضت تلك الفترة ولم يرسل البائع وثائق مطابقه لشروط العقد كان للمشتري الحق في الطلب بفسخ البيع مع التعويض ان كان للتعويض مقتضى الا انه لا يجوز للمشتري عند ردة للمستندات لأسباب معينة او عند قبوله اياها بتحفظ ان يبدي بعد ذلك اي اعتراض اخر غير الاسباب والتحفظات التي سبق له وان اوردها ،اما اذا رفض المشتري المستندات دون سبب قانوني مقبول فانه يلزم بتعويض البائع عند حصول ضرر من جراء ذلك الرفض.

٣- استلام البضاعة (المبيع):يلتزم المشتري باستلام البضاعة عند وصولها للميناء التفريغ المعين من قبل الطرفين في عقد البيع ويؤدي مصروفات تفريغ البضاعة ونقلها الى مخازنه الا اذا اتفق على خلاف ذلك ، وقد يظهر عند تسليم البضاعة ان كميتها اقل مما هو متفق عليه او ان بها عيب معين، فللمشتري في هذه الحالة ان يخطر البائع بذلك خلال خمسه عشر يوم من تاريخ تسليم المبيع فعليا واذا تبين للمشتري بعد استلامه للبضاعة عدم صلاحيتها للغرض الذي اعده لها او صوبة تصريفها فان له بمقتضى القواعد العامة الحق في فسخ العقد مالم يوجد اتفاق يقضي بوجوب الفسخ، واذا رفض طلب المشتري بالفسخ فانه يصار الى انقاص الثمن اما اذا تبين ان هنالك زيادة في كمية البضاعة المرسلة الى المشتري فانه يصار الى تكملة ثمنها من الاخير ،فاذا رفض المشتري تكملة الثمن ، فيقضى للبائع عندئذ باسترداد الزيادة الحاصلة في البضاعة

٤- يتحمل المشتري جميع رسوم الاستيراد ورسوم اخراج البضعة من الميناء التفريغ بما فيها نفقات اخراجها من السفينة ورسوم استعمال رصيف ميناء التفريغ

٥- يلتزم المشتري في حالة احتفاظه بحق تعين ميعاد شحن البضاعة او تعين ميناء التفريغ حلال فترة زمنية محددة بان يصدر تعليماته بشان شحن البضاعة وتعين ميناء الوصول فاذا

مضت تلك المدة ولم يصدر تعليماته للبائع بهذا الشأن فانه يلتزم بجميع المصروفات الاضافية التي تنجم عن ذلك ويتحمل ايضا تبعة ما يلحق البضاعة من اضرار حتى تاريخ انقضاء مهلة الشحن.

البيع الثاني/ بيع فوب

اولا: التعريف بالبيع فوب

يعتبر البيع فوب الصورة الثانية من بيوع القيام البحرية والمختصر F.O.B مشتق من المصطلح الانكليزي Free On Board ومعناه ان مسؤولية البائع تنتهي في هذا البيع عند تسليم البضاعة على ضهر السفينة ، ومن المصطلحات جاءت تسمية هذا البيع بالبيع الفوب، فهو بيع تسليم السفينة او تسليم الميناء او تسليم الاقلاع ، وقد يقع هذا البيع بصيغه اخرى يطلق عليها بالبيع فاس F.A.S اختصارا للمصطلح الانكليزي Free Alongside Ship ويعني اقتصار التزام البائع على تسليم البضاعة على رصيف ميناء الشحن.

ويعرف البيع الفوب عموما بانه ذلك البيع الذي تنتقل فيه مليكة البضاعة من البائع الى المشتري بمجرد تسليمها في ميناء القيام على ضهر السفينة ويتحمل المشتري خطر هلاكها او تضررها اثناء النقل ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين يقضي بخلاف ذلك، تعرف المادة ٢٩٨ من قانون التجارة البيع فوب كما يلي: (هو الذي يتم على اساس تسليم البضاعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري في الميناء المعين للشحن) وعليه فان العلاقة القانونية بين اطراف العقد تنتهي من وقت انتقال الملكية المبيع الى المشتري في ميناء الشحن.

ويتشابه البيع فوب في هذا مع البيع سيف اذ ان البيع الاخير يعتبر كما راينا نافذا من حين شحن البيع.

اذا انعقد البيع فوب صحيحا ترتبت اثارة القانونية هذه الاثار تتمثل بالالتزامات كل من البائع والمشتري يقابل بعضها البعض وقد نضم قانون التجارة العراقي هذه الاثار في المواد من ٢٩٩ الى ٣٠٠ وهي نصوص وضعها المشرع في ضوء القواعد الدولية والقوانين الاخرى ونعرض اولا التزامات البائع ثم التزامات المشتري بعد ذلك.

أ- التزا مات البائع

الالتزام الاساسي على عاتق البائع هو بلا ادنى شك تسليم البيع غير ان هناك التزامات اخرى بجانب ذلك الالتزام لابد للبائع من القيام بها تجاه المشتري ومجمل التزامات البائع كما يلي

١. تسليم المبيع: يتم تسليم المبيع عند شحن البضاعة على ضهر السفينة التي عينها المشتري ويترتب على ذلك ان البائع يضل مسؤول عن المبيع لغاية

اجتيازه حاجز السفينة فاذا اصاب البضاعة ضرر او هلكت قبل اجتيازها حاجز السفينة كانت تبعه الضرر او الهلاك على عائق البائع .

٢. حزم المبيع ونقلة الى ميناء القيام ثم شحنه على السفينة التي عينها المشتري ويجب ان تتم عملية الشحن في المدة المتفق عليها لشحن البضاعة فاذا اخل البائع بذلك كان مسؤولا عنها الا اذا كان الاخلال متأتيا من المشتري وذلك عند عدم قيامه بأعلام البائع باسم سفينة الشحن في الميعاد المناسب

٣. على البائع اداء نفقات حزم البضاعة وفحصها ومصاريف القياس والوزن والعد اللازم لشحنها.

٤. يلتزم البائع بعد شحن البضاعة على واسطة النقل البحري التي عينها المشتري بان يعلم هذا الاخير وبالسرعة الازمة يشحن البضاعة على تلك الواسطة وان يرسل له بدون تأخير ووثائق الشحن اللازمة، ولهذا التزام اهمية تتمثل في ضرورة اعطاء المشتري الوقت المناسب لغرض القيام بالتامين على البضاعة فاذا اخل البائع بهذا التزام ثم هلكت البضاعة اثناء نقلها فان علية تبعه هلاكاها مالم يوجد اتفاق بين الاطراف يقضي خلاف ذلك .

٥. على البائع الحصول على موافقه السلطات المعنية بشان تصدير البضاعة والقيام بكل اجراء ضروري من ناحية الادارية بهذا الخصوص مع اداء المصاريف المترتبة على القيام بهذه الاجراءات وبذات المبالغ المستحقة على المبيع والرسوم التصدير.

٦. يلتزم البائع اذا طلب المشتري منه ذلك ان يقدم شهادة المنشأ التي تدل على مصدر البضاعة ومحل انتاجها بعد الحصول عليها واذا ترتب الحصول على شهادة المنشأ مصاريف فأنها تقع على المشتري.

٧. يجب على البائع تمكين المشتري من الحصول على الوثائق والمستندات الضرورية والازم من الدولة التي يقع فيه شحن المبيع واذا كان الطريق البحري للبضاعة يمر بموانئ دول مختلف فان عليه ان يقدم للمشتري العون الازم لغرض الحصول على الوثائق التي تسهل من امر مرور البضاعة في تلك الموانئ.

ب- التزامات المشتري:

-على المشتري في البيع فوب ما يلي من الالتزامات:

١-أبرام عقد نقل البضاعة ودفع أجرة النقل. بمعنى اختيار واسطة النقل البحري التي يتم عليها شحن المبيع ودفع أجرتها. وإذا تم إبرام عقد النقل فإن على المشتري وفي ميعاد مناسب إعلام البائع باسم السفينة التي أختارها وميناء رسوها وتاريخ شحن البضاعة أو الفترة الزمنية التي يرها مناسبة للشحن وتوضح الفقرة الأولى من المادة(٣٠٠) من قانون التجارة هذا الالتزام بقوله:(يلتزم المشتري بأن يستأجر سفينة أو أن يحجز المكان اللازم على ظهرها على نفقته ويخطر البائع في الوقت المناسب باسم السفينة ورصيف التحميل وتواريخ التسليم على ظهرها) ويترتب على إخلال المشتري بهذا الالتزام تحمله لجميع الأضرار التي تلحق البضاعة إذا كانت قد تعينت بذاتها ولجميع المصاريف الإضافية التي تترتب على عدم الأخطار من الوقت الذي تنتهي مدته. وإذا حصل وان تأخر وصول السفينة التي عينها المشتري، لميناء الشحن في الوقت المتفق عليه مع البائع او إذا غادرت تلك السفينة الميناء قبل انتهاء مدة الشحن. أو تعذر عليها شحن المبيع فإنه يقع على المشتري أداء جميع المصاريف الإضافية المترتبة من جراء ذلك ويتحمل بنفس الوقت تبعة هلاك البضاعة إذا كانت معينة بذاتها.

٢-يلتزم المشتري بالتأمين على البضاعة ودفع أقساط التأمين إلا أن للمشتري إنابة غيره لغرض القيام بهذا الأمر. وقد يكلف البائع ومن خلال وكالة خاصة مستقلة عن عقد البيع بإبرام التأمين على البضاعة. فإذا هلكت البضاعة أثناء نقلها فإن للمشتري الحق في استلام مبلغ التأمين مباشرة من المؤمن طالما أن العقد قد أبرم لمصلحته.

٣-على المشتري ان يؤدي مصاريف الإعلام بشحن البائع للبضاعة وما يترتب من مبالغ على إرسال هذا الأخير للوثائق والمستندات الخاصة بتلك البضاعة.

٤-يتحمل المشتري ابتداءً من تاريخ شحن البضاعة على ظهر السفينة المعينة من قبله جميع ما يستحق عليها من مبالغ ويقع عليه من تلك اللحظة أخطار طريق نقلها من هلاك كلي أو تلف جزئي.

أوجه الشبه والاختلاف بين بيعي سيف وفوب:

يتشابه البيع فوب مع البيع سيف في أن علاقة الطرفين المتعاقدين في كلاهما تنتهي من لحظة إنتقال ملكية المبيع للمشتري في ميناء الشحن. فكلاهما من بيوع القيام أو الشحن، الا ان البيع فوب يتميز عن سيف من ناحيتين:

الاولى : ليس على البائع في بيع فوب ابرام عقد نقل البضاعة ولا التأمين عليها ضد مخاطر النقل.

الثانية : ان المشتري فيه هو الذي يتعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول والتامين عليها من مخاطر النقل وعلية تبعا لذلك استلام مستندات شحن البضاعة مباشرة من الناقل ووثيقة التامين على البضاعة من المؤمن .

ومع ذلك فان بإمكان المشتري في بيع فوب تكليف البائع بأبرام عقدي النقل والتامين على البضاعة وهنا تكون امام عقد وكالة او انابة متميزة عن عقد البيع ويجوز للمشتري كذلك ارسال وكيل او نائب عنه للغرض القيام بأبرام عقد النقل البضاعة والتامين عليها. وفي هذه الحالة يتميز عقد الوكالة عن عقد البيع شان ذلك شان الحالة الاولى .

محاضرات (العمليات المصرفية)

القانون التجاري/ المرحلة الثانية

كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

الاستاذ الدكتور علاء حسين علي

المرجع

الاستاذ الدكتور باسم محمد/ صالح القانون التجاري

تلعب المصارف دورا بارزا في النشاط الاقتصادي وتعد أعمالها وما تقوم به من عمليات أعمالا تجارية محترفة قائمة على المضاربة وتحقيق الربح حسب المادة الخامسة من القانون العراقي كما مر بنا.

وأعمال المصارف لها جانبان:

جانب قانوني بوصفها عقود بين أطراف متعاقدة.

جانب أداري يتمثل بأعمال الخدمة والعمولة كتأجير الخزائن الحديدية والاكتتاب بالأسهم.

وتنقسم عمليات المصارف إلى ثلاث مجموعات:

1-عمليات الايداع تتمثل بإيداع النقود والاوراق المالية.

2-عمليات الائتمان كفتح الاعتماد والخصم والحساب الجاري.

3-عمليات ترتبط بفكرة الوكالة كتحصيل الاوراق التجارية وتداولها.

وكل هذه الانواع اعمال محترفة تجارية وسندرس منها نوعين: الحساب الجاري والاعتماد المستندي. كما يأتي:

المبحث الاول/الحساب الجاري

أولا. مفهوم الحساب الجاري:

عرف قانون التجارة العراقي الحساب الجاري في المادة 217) عقد يتفق بمقتضاه شخصان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما من تسليم نقود أو أموال أو أوراق تجارية قابلة للتمليك وغيرها وان يستعيضا عن تسوية هذه الديون على كل دفعة على حده بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند غلقه)

أن الحساب الجاري يتصف بمجموعة من الخصائص من حيث كونه عقد رضائي وملزم للجانبين ومستمر التنفيذ فضلا عن كونه من العقود التجارية المسماة .

ثانيا. مزايا الحساب الجاري :

1.الحساب الجاري يعد عملاً من أعمال الائتمان المصرفي ، لأن العمليات التي تقيد نتائجها كمدفوعات في الحساب الجاري تجري تسويتها محاسبياً بمقاصات متتابعة ، فيغطي الرصيد المدين كلياً أو جزئياً بعملية مقابلة ، من غير أن تسوى كل عملية على حدة .

2.يترتب على الحساب الجاري أن يمتنع على أي من الطرفين مطالبة الآخر بالوفاء بمبلغ صفقة معينة تمت بينهما ، فهو وسيلة تسوية تؤدي إلى التوفير في استخدام النقود حيث لا يقوم المدين بالوفاء للدائن خلال مدة تشغيل الحساب ، وإنما يتم الوفاء بالرصيد عند قفل الحساب ، إذ تقع تسوية جميع العمليات التي تمت بين طرفيه مرة واحدة بطريقة المقاصة عند قفل الحساب .

3.وسيلة قانونية لتسوية العمليات المتبادلة بين طرفيه وتقليل المنازعات، وذلك بفضل المقاصة التي تقع بين هذه العمليات بقيدها في الحساب حتى ولو كان وقوعها غير ممكن وفقاً للقواعد العامة ، فالديون والحقوق التي تدرج في الحساب تفقد ذاتيتها الخاصة وضماناتها.

4.يترتب على الحساب الجاري تجنب بعض مخاطر الإفلاس في حالة إفلاس أحد طرفيه ، فالحساب الجاري – كما تقدم – تدرج فيه جميع العمليات التي تمت بين طرفيه ، لذا يسمح للطرف غير المفلس أن يتمسك بالمقاصة بين ديونه المستحقة الأداء وحقوقه المؤجلة.

ثالثا. الطبيعة القانونية للحساب الجاري : أجمع الفقهاء في الوقت الحاضر على أن الحساب الجاري عقد ، ولكن الخلاف ثار في تكييف هذا العقد ، فمنهم من قال أنه عقد قرض تبادلي ، وهو رأي منتقد لأنه لا يتفق مع حقيقة قصد الطرفين ، إذ لم

ينصرف قصدهما إلى الإقراض والاقتراض . ومنهم من قال أنه عقد قرض ووكالة ، وهذا الرأي منتقد بدوره ذلك لأن فكرتي القرض والوكالة لا تنسجمان معاً ، لأن من تكون له صفة المقترض تثبت له ملكية مبلغ القرض ، وبالتالي تكون له سلطة التصرف فيه ، في حين لا تمكنه صفة الوكيل من التصرف في محل الوكالة .

والراجح ان عقد الحساب الجاري عقد من نوع خاص له ذاتيه المستقلة عن غيره من العقود وقواعده الخاصة التي أنشأها العرف المصرفي وقننتها التشريعات التجارية .

رابعا . تشغيل الحساب الجاري

لما كان الحساب الجاري عقد يبرم بين العميل والمصرف فلا بد في الديون التي تقيد فيه مما يدخل في نطاق هذا العقد،بمعنى مستوفياً للشروط التي يحددها عقد الحساب الجاري ، وبهذا الصدد ، يلاحظ أن اتجاه يذهب إلى توسيع نطاق عقد الحساب الجاري لشمول جميع الديون الناشئة بين طرفي الحساب ما لم يتفق على خلاف ذلك .

ويذهب اتجاه آخر إلى حصر نطاق الحساب الجاري بالديون الناشئة عن علاقات الأعمال التي تتم بين طرفي الحساب ما لم يتفق على خلاف ذلك .ولا خلاف في إمكانية اتفاق طرفي الحساب الجاري على شمولية جميع الديون الناشئة فيما بينهما طيلة فترة تشغيل الحساب الجاري وهذاما يسمى بمبدأ(عمومية الحساب الجاري)

كما لا خلاف بإمكانية اتفاق طرفي الحساب على حصر نطاق الحساب الجاري على ديون معينة دون غيرها وهذا مايسمى(بتخصيص الحساب الجاري .)

هناك قيود ترد علـى مبدأ عمومية الحساب الجاري إذ لا يدخل في الحساب الجاري :

١- الديون الناشئة عن الروابط العائلية ، والأفعال الضارة .

٢- الديون التي يجب أن تتم تسويتها نقداً بسبب ضرورة إيداعها أو تسليم مبالغها أو لأي سبب آخر كدين الشريك بدفع حصة في رأس مال الشركة.

أما عن الشروط الواجب توفرها الدين الداخل في الحساب الجاري (شروط المدفوعات) فهي :

أولا . الوجود المحقق للدين : يشترط لدخول الدين في الحساب الجاري أن يكون ذو

وجود محقق ، لأنه يمثل المحل الذي يرد عليه عقد الحساب الجاري .

ثانيا. التعيين : يشترط لدخول الدين في الحساب الجاري أن يكون معيناً ،ومبنى هذا الشرط ، ابتداءً هو ما تقضي به القواعد العامة من لزوم كون محل العقد معيناً أو قابل للتعيين.

ثالثا. قابلية التعامل : يشترط لدخول الدين في الحساب الجاري أن يكون قابلاً للتعامل طبقاً لما تقضي به القواعد العامة في المحل لكل عقد .

رابعا. التماثل في الماهية : معلوم أن التسوية بين ديون الحساب تتم عن طريق المقاصة وهي عملية تستلزم لتحقيقها وحدة طبيعة الديون المتقاصة، فمن اللازم إذاً أن تكون هذه المدفوعات متماثلة في ماهيتها لتكون المقاصة ممكنة .

خامسا. التسليم على سبيل التمليك :

يستلزم في الدين الذي يقيد في الحساب أن يتم تسليمه على وجه التمليك. فإذا لم يكن على سبيل التمليك لا يعد الحساب جارياً .

ويترتب على انتقال ملكية المدفوع للقابض عدة نتائج قانونية منها :

١. ما دام القابض يتملك المدفوع ، لذا يحق له التصرف فيه ، وبالتالي لا يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة .

٢. لا يجوز للدافع استرداد المدفوع من القابض .

٣. تقع تبعة هلاك المدفوع على القابض باعتباره مالكا له .

سادسا. التبادل : حتى يعد الحساب جارياً بين المصرف وعميله ، يشترط تبادل المدفوعات بينهما ، بحيث يقوم كل طرف منهما بدور الدائن والمدين أحياناً أخرى ، فيتبادل الطرفان صفة الدائن والمدين خلال مدة تشغيل الحساب حتى يقفل وتصفى العمليات المقيدة فيه عن طريق المقاصة، وعلى ذلك إذا احتفظ أحد الطرفين بصفة واحدة في الحساب ، بان يكون (الدائن) بصفة مستمرة أو أن يكون هو القابض (المدين) بالنسبة لجميع المدفوعات ، فلا يعد هذا الحساب حساباً جارياً .

سابعا. التداخل : يشترط في الديون التي تدخل في الحساب الجاري أن تكون متداخلة ، بأن تتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات (ديون) كل من طرفيه محاطة بمدفوعات الطرف الآخر . أما إذا نظم الحساب على أن لا تبدأ مدفوعات أحد

الطرفين إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر فلا يعتبر حساباً جارياً.

خامسا. الآثار المترتبة على دخول الدين في الحساب الجاري:

يخضع الدين الداخل في الحساب الجاري لآثار ثلاثة رئيسية على التفصيل الأتي :

الأثر الأول :- انتقال ملكية المدفوع من الدافع إلى القابض :

القاعدة العامة : أول أثر يترتب على دخول الدين في الحساب الجاري , وهذا ما أشارت إليه المادة (218) من قانون التجارة العراقي حيث قضت بأن تنتقل ملكية النقود والأموال المسلمة والمقيدة ديناً لصاحبها في الحساب الجاري إلى الطرف الذي تسلمها.

ويترتب على التمليك بالنسبة للقابض ، ان هذا الأخير لا يعد مرتكباً جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بالمدفوع للغير ، لأنه يتصرف في شيء هو مالكه ، وكذلك يترتب على تملك القابض للمدفوع تحمله هلاكه.

الاستثناء : ومع ذلك ، فإن هذا الأصل لا يسري على إطلاقه . فثمة استثناء يرد عليه أشار إليه صراحةً القانون العراقي حيث قضى بأنه يعد قيد السند في الحساب الجاري صحيحاً على أن لا يحتسب بدله إذا لم يدفع عند الاستحقاق . وفي هذه الحالة تجوز إعادته إلى صاحبه وعكس قيده . فإذا قيدت حصيلة خصم ورقة تجارية في الحساب الجاري ولم تدفع قيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق جاز لمن خصم الورقة إلغاء القيد بإجراء قيد عكسي.

الأثر الثاني :- تجديد الدين الداخل في الحساب الجاري:

القاعدة العامة : خضوع الدين الداخل في الحساب الجاري للأثر التجديدي أشار إليه القانون العراقي بنص صريح باعتبار الدين قبل عقد الحساب الجاري قد جدد إذا أدخل إلى الحساب الجاري باتفاق الطرفين ، فلا تسري على هذا الدين قواعد التقادم والفوائد التي كانت تسري عليه قبل قيده في الحساب .

الاستثناء : أن قيد الدين في الحساب الجاري إن كان يكسبه صفة عنصر في الحساب الجاري ، فإن ذلك لا يؤدي إلى سقوط ما للطرفين من حقوق بشأن المعاملات التي نشأ عنها هذا الدين ما لم يتفق على غير ذلك . فالقيد لا يمنع من إقامة الدعوى والتقاضي بشأن المعاملات الأصلية التي أدت إلى ظهور الدين.

الأثر الثالث :- عدم تجزئة الديون (المدفوعات) الداخلة في الحساب الجاري :

القاعدة العامة : نصت المادة (221) من قانون التجارة العراقي على أن ((المفردات المقيدة في الحساب الجاري لا تقبل بمجموعها التجزئة قبل غلق الحساب واستخراج الرصيد)) . والمقصود بذلك أن قيد المدفوع في الحساب الجاري يؤدي إلى اندماجه مع بقية المدفوعات المسجلة بالحساب بحيث أن المدفوعات جميعها تشكل وحدة متماسكة قائمة بذاتها غير قابلة للتجزئة أو الانقسام ، ويترتب على هذا التماسك بين المدفوعات المقيدة بالحساب الجاري نتائج اهمها :

١-لا يسري التقادم على المدفوعات الواردة فيه حيث أن التقادم لا يتناول إلا الرصيد بعد استخراجه .

2- لا تجوز المقاصة بين مفرد في الحساب الجاري ومفرد آخر في الحساب ذاته ، لأن المقاصة هي عملية وفاء و لا يمكن إجراؤها إلا بصورة إجمالية لكل المدفوعات لحين غلق الحساب .

3- لا يجوز لأحد طرفي الحساب المطالبة بأحد المفردات الواردة فيه على حدة ، وإنما عليه أن ينتظر إلى حين غلق الحساب واستخراج الرصيد ليطالب بهذا الرصيد إن كان دائناً بالنسبة إليه .

الاستثناء : هناك استثنائين أساسين على قاعدة عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري ، وكما يأتي :

ا. الحق في التصرف بالرصيد الدائن المؤقت :

نصت المادة (224) من قانون التجارة العراقي على ((يجوز لكل طرف في الحساب أن يتصرف في أي وقت من رصيده الدائن ما لم يتفق على غير ذلك .))

ويتضح من خلال ذلك أن النص يكرس حكماً يتعارض قطعاً مع مبدأ عدم تجزئة المدفوعات في الحساب الجاري لأن تطبيق هذا المبدأ يقضي بضرورة بقاء المدفوعات في حالة وحدة متماسكة لحين غلق الحساب واستخراج الرصيد النهائي ، وبالتالي عدم التصرف إلا بالرصيد النهائي .

ولكن لاعتبارات عملية ، جرى العرف المصرفي ، وبدعم من القضاء والفقه في فرنسا ، على إجازة إجراء موازنات دورية واستخراج الرصيد المؤقت أثناء تشغيل الحساب ، مع إقرار إجازة التصرف بهذا الرصيد المؤقت متى كان دائنا لصاحبه .

2. الحجز على الرصيد الدائن المؤقت :

نصت المادة(235) من قانون التجارة العراقي على ((يجوز لدائن أحد طرفي الحساب الجاري توقيع حجز على ما للمدين من رصيده الدائن وقت توقيع الحجز .))

ولكن يلاحظ هنا أيضاً أن هذا الحكم يتعارض قطعاً مع مبدأ عدم تجزئة المدفوعات في الحساب الجاري لأن التطبيق الحرفي لهذا المبدأ يقضي بخضوعها جملة واحدة إلى عملية مقاصة شاملة حين غلق الحساب فلا يمكن تطبيقاً لحرفية مبدأ عدم التجزئة الجزم بما إذا كان أحدهم دائناً أو مديناً ، وبالتالي فلا يمكن القول بأن لأحدهم حقاً لدى الآخر حتى يستطيع دائنوه توقيع الحجز عليه . ولكن مع إجازة إجراء موازنات دورية أثناء تشغيل الحساب واستخراج الرصيد المؤقت الذي أعتبر ((ديناً حقيقياً قابلاً للتصرف ، وليس مجرد معلومات محاسبية)) ، لم يعد بالإمكان الرفض لدائني طرف الحساب الجاري من إيقاع الحجز على الرصيد المؤقت متى كان دائناً . [1]

سادسا. وقف الحساب الجاري :

الأصل أن يستمر الحساب الجاري مفتوحاً وتدرج فيه المدفوعات دون انقطاع إلى وقت قفله، ومع ذلك فقد جرى العمل المصرفي على استخراج الرصيد المؤقت للحساب الجاري بعد قيد كل عملية فيه ، وذلك من أجل تحديد مركز طرفيه في الرصيد المؤقت دائناً كان أم مديناً لهذا الرصيد .

والإيقاف المؤقت للحساب يتم وفق المواعيد المتفق عليها في عقد فتح الحساب وإلا وفق العرف المحلي ، فإذا لم يوجد عرف يكون وفق الحساب كل ستة أشهر،على أن العرف المصرفي جرى في العراق أن تقوم البنوك بوقف الحساب مؤقتاً في نهاية كل عام ميلادي.

سابعا. قفل الحساب الجاري:

أن عقد الحساب الجاري يظل مفتوحاً طوال المدة المتفق عليها ولا يجوز لأحد الطرفين قفله قبل انقضاء هذه المدة إلا بموافقة الطرف الآخر، أما إذا كان عقد الحساب الجاري غير معين المدة ، وهو الذي جرى عليه العمل غالباً ، عد العقد غير معين المدة وبالتالي يجوز لكل من الطرفين إنهاء العقد بإرادته في أي وقت بشرط إخطار الطرف الآخر واختيار الوقت المناسب وإتباع العرف الجاري إن وجد .

---

[1]) وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها الشهير الصادر في ١٣ تشرين الأول من عام ١٩٧٣ من خلال نقضها لقرار صادر من محكمة (Bare Terre) كان قد رفض الحجز تأسيساً على قاعدة عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري . وبعبارة واضحة أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المشار إليه لعام ١٩٧٣ بأن : ((الرصيد المؤقت – الدائن – للحساب الجاري ... لا يمكن استبعاده من الضمان العام للدائن الحاجز ويكون على القاضي البحث عن المقدار القابل للتصرف في الحساب يوم إيقاع الحجز)) .

ولما كان الحساب الجاري ، شأنه شأن كافة الحسابات المصرفية ، يقوم على الاعتبار الشخصي ، أي الثقة المتبادلة بين المصرف والعميل ، وجب قفله عند وفاة العميل أو الحجز عليه أو إفلاس أحد طرفيه .

ومتى تم قفل الحساب ، فلا يجوز بعد ذلك إدراج عمليات جديدة فيه ، وإنما يتعين أن تتم المقاصة بين المفردات المدرجة.

ويعد دين الرصيد الذي ينتج عن قفل الحساب مستحق الأداء , إلا إذا اتفق الطرفان علـى ترحيله إلى حساب جديد ، وينتج دين الرصيد فائدة تسري ابتداء من يوم تصفية الحساب , حسب سعر الفائدة المتفق عليها في عقد فتح الحساب , فإذا لم يتفق على سعر معين , تحسب الفائدة بالسعر القانوني، ويجوز لدائني الدائن في الرصيد توقيع الحجز عليه تحت يد المصرف عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير .

ثامنا. تصحيح الخطأ المادي في الحساب:

متى أُقفل الحساب وتمت تصفيته وتحديد الرصيد النهائي وأقر الطرفان نتيجة التصفية صراحةً أو ضمناً , فلا يجوز بعد ذلك المنازعة ي هذه النتيجة.

على أن عدم جواز المنازعة في الحساب بعد إقراره من الطرفين , لا يحول دون طلب تصحيحه نتيجة خطأ وقـع في بعض مفرداته ، لذا إذا وقعت منازعة في الحساب نتيجة خطأ مادي , تعين على المدعي أن يعين على وجه الدقة المفردات التي وقع فيها الخطأ وأن يقدم المستندات الدالة على صحة ما يدعيه , فلا تقبل الدعوى بمجرد أن يدعي أحد الطرفين أنه يعتقد وجود خطأ في الحساب دون أن يبين المفردات التي وقع فيها هذا الخطأ ، مع ملاحظة أن دعوى التصحيح نتيجة خطأ مادي في الحساب لا تسمع بعد خمسة سنوات من تاريخ غلق الحساب الجاري.

مبحث الثاني/الاعتماد المستندي

أولا. مفهوم الاعتماد المستندي :

الاعتماد المستندي عملية مصرفية ، ذات أهمية اقتصادية كبيرة وخاصة في ميدان التجارة الدولية .

وقد عرفت المادة (1/273) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 ، الاعتماد المستندي كالأتي (الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح

اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الآمر بفتح الاعتماد ، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.)

ثانيا. أطراف الاعتماد المستندي :

1. العميل الآمر : وهو الشخص الذي يوجه طلبا إلى المصرف ويطلب فيه فتح اعتماد مستندي لمصلحة شخص آخر تنفيذا لما تم الاتفاق عليه بينهما في عقد الأساس وهو في أغلب الأحيان يكون عقد بيع يسبق عقد الاعتماد المستندي ويفتح الاعتماد على أساسه لتسوية التزامات الأطراف في هذا البيع، يطلق على هذا الشخص اسم (طالب فتح الاعتماد أو المشتري) .

2. المصرف المصدر : هو أحد الأشخاص الرئيسة في الاعتماد ، ويكون عادةً في بلد العميل الآمر، ويطلب منه هذا الأخير إصدار الاعتماد لمصلحة شخص آخر وأن يبعث له خطاب اعتماد يخبره فيه بوجود اعتماد مستندي فتح لمصلحته ويبين له في هذا الخطاب المستندات المطلوب تقديمها لكي يحصل على مبلغ الاعتماد ، وذلك بحسب التعليمات التي تتلقاها من عميله الآمر و يطلق على هذا المصرف اسم (المصرف المنشيء أو المصرف فاتح الاعتماد) .

3. المستفيد : وهو الشخص الذي تعاقد مع العميل الآمر (المشتري) ، قبل فتح الاعتماد ويتم فتح الاعتماد لمصلحته بناء على هذا العقد ، وقد يطلق عليه اسم (البائع أو مجهز البضاعة)، وان هذا الشخص هو الطرف الذي يستفيد من الاعتماد ، أي يفتح الاعتماد لمصلحته هو، ويجب عليه أن يقوم بإعداد المستندات المطلوبة بحسب خطاب الاعتماد المرسلة إليه عندها يكون المصرف ملزماً تجاهه بشكل مباشر ومستقل عن عقد البيع المبرم بينه وبين العميل الآمر.

ملاحظة : قد يتفق المستفيد من الاعتماد مع العميل الآمر على أن يكون الاعتماد الذي سيفتح من قبل الاخير لمصلحة الاول ، مضمون الدفع من قبل أحد المصارف العاملة في بلده هو ، أي بلد المستفيد من الاعتماد، وتنفيذاً لهذا الاتفاق وبناء على طلب العميل الآمر يقوم المصرف المصدر بالطلب من أي مصرف أخر بإضافة تعزيزه إلى الاعتماد ، ويسمى المصرف الذي يقوم بهذا الدور بالمصرف المعزز.

ثالثا. صور الاعتماد المستندي : تتعدد صور الاعتماد المستندي وعلى التفصيل الأتي :

أ. الاعتماد المستندي القابل للإلغاء : وهو الاعتماد الذي يجوز للمصرف إلغاؤه أو

تعديله في أي وقت سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب العميل الآمر، ويتضح مدى ضعف هذا النوع من الاعتماد المستندي ، حيث لا تقوم بموجبه أية علاقة لها صفة الإلزام بين المصرف والمستفيد ، وأنه لا يوفر الحماية الكافية لأطراف الاعتماد المستندي ، ولذا فان اللجوء اليه في الواقع قليل جداً.

الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء : الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء ويسمى الاعتماد القطعي والبات أيضاً ، هو الاعتماد الذي يصدره المصرف بناء على طلب عميله لمصلحة المستفيد، إذ يلتزم المصرف التزاما قطعيا ونهائيا بدفع مبلغ الاعتماد مقابل تسليم المستندات الممثلة للبضاعة.

رابعا . آثار عقد الاعتماد المستندي:

سنتناول التزامات المصرف من ناحية العميل الأمر والتزام المصرف تجاه المستفيد من الاعتماد وعلى النحو الأتي :

أولا. التزامات المصرف تجاه ناحية العميل الأمر

1. التزام المصرف بفتح الاعتماد :

من أولى الالتزامات التي يفرضها عقد فتح الاعتماد المستندي على المصرف ، هو الالتزام بفتح الاعتماد لمصلحة المستفيد على وفق الشروط المتفق عليها مع العميل الآمر ، لأن الهدف الأساسي من هذا العقد هو قيام المصرف بفتح اعتماد لمصلحة المستفيد، ويتميز التزام المصرف في هذا الخصوص بخاصية جوهرية هي أن يتبع في كل خطواته تعليمات الآمر حرفيا ، فلا يمكن له في فتحه للاعتماد أن ينحرف عما طلبه عميله لأي سبب، مع ملاحظة وللمصرف كل الحرية في قبول فتح الاعتماد من عدمه ، وهناك عدة أمور يجب على المصرف أن يراعيها عندما يفتح الاعتماد لمصلحة المستفيد بناء على طلب العميل الآمر ، وهي :

أ. إعلام العميل بمتطلبات فتح الاعتماد :

يتعين على المصرف إعلام العميل الآمر بمتطلبات فتح الاعتماد ، وذلك تفاديا للمشاكل التي قد تنجم بسبب عدم اكتمال أو عدم وضوح تعليمات العميل الآمر.

ب.فتح الاعتماد في التاريخ المتفق عليه : يجب على المصرف أن يفتح الاعتماد في التاريخ المتفق عليه بينه وبين العميل الآمر ، ، لأنه قد يترتب على إخلال المصرف بهذا الالتزام فسخ عقد البيع من قبل البائع لعدم التزام المشتري أي العميل الآمر بتنفيذ شروط هذا العقد ، وبالتالي يتعرض المصرف للمسؤولية والمطالبة بالتعويض من

قبل العميل الآمر بفتح الاعتماد نتيجة الأضرار التي لحقت به بسبب عدم قيام المصرف بتنفيذ التزامه وإبقائه الاعتماد مفتوحاً طيلة المدة المتفق عليها في عقد الاعتماد .

ج. اسم المستفيد ومحل إقامته ونوع الاعتماد : ينبغي للمصرف توخي الدقة والحذر عند كتابة اسم المستفيد حتى لا يضطر بعد ذلك إلى رفض المستندات المقدمة منه وبالتالي فشل الاعتماد في حال عدم وجود التطابق بين اسم المستفيد في الاعتماد واسمه في المستندات.

ومن الضروري أيضاً تحديد محل إقامة المستفيد في حال موافقة المصرف على فتح الاعتماد ، حتى يستطيع أن يبعث له خطاب الاعتماد، وكذلك يجب على المصرف أن يحدد نوع الاعتماد وأن ينص صراحة على ما إذا كان الاعتماد قابلا للإلغاء أو غير قابل للإلغاء.

د. مكان تنفيذ الاعتماد وتاريخ انتهاء صلاحيته : يجب أن يذكر في عقد الاعتماد مكان تنفيذه أيضاً ، ويقصد بمكان التنفيذ المكان الذي تدفع فيه مبلغ الاعتماد إلى المستفيد ، وكذلك يجب ان يذكر في عقد الاعتماد تاريخ انتهاء صلاحيته.

2. التزام المصرف بإصدار خطاب الاعتماد : ينشأ هذا الالتزام على عاتق المصرف عند إبرام عقد الاعتماد وبمقتضاه يتعين على المصرف أن يخطر المستفيد بخطاب يسمى خطاب الاعتماد بأنه فتح اعتماداً مستندياً لمصلحته بناء على طلب من العميل الآمر .

3. التزام المصرف أمام العميل فيما يتعلق بفحص المستندات:

يمكن القول بصفة عامة أن هناك ثلاثة مستندات جوهرية ورئيسة تطلب في جميع الحالات تقريباً ، ولا يكاد يخلو خطاب اعتماد من اشتراط تقديمها وهي سند الشحن ووثيقة التأمين والقائمة التجارية وإلى جانب هذه المستندات الرئيسة يمكن أن تطلب مستندات أخرى إضافية تختلف بحسب ظروف كل صفقة كشهادة المنشأ وشهادة التحليل وشهادة الوزن والشهادة الصحية،وهذه المستندات الرئيسة والإضافية تسمى بالمستندات التقليدية، ويقع على عاتق المصرف واجب التحري والتثبت من صحة هذا المستندات مع .

4. مسؤولية المصرف تجاه العميل فيما يتعلق بقبول المستندات : يقع على عاتق المصرف ان يقم بفحص المستندات خلال مدة مناسب، وعلى المصرف ان يفحص المستندات بعناية كافية، والمطلوب من المصرف هنا الفحص الظاهري السطحي ،

فإذا لم تكن في ظاهرها مطابقة لبنود وشروط الاعتماد يمكن لهذه المصارف ان ترفضها.

وبعد ان يستلم المصرف المستندات من المستفيد ويتأكد من سلامتها وتطابقها مع شروط ومواصفات الاعتماد ، وقيامه بدفع مبلغ الاعتماد إلى المستفيد يتعين عليه ان يبادر بترجيع المستندات إلى العميل الآمر فوراً ، حتى يتسنى لهذا الأخير اتخاذ القرار إما بقبول المستندات أو رفضها وحتى يتمكن في حالة قبول المستندات من تسلم البضاعة من الناقل بأسرع وقت ممكن ، وذلك تفادياً للمصروفات الإضافية التي قد يسببها التأخير في تسليم المستندات إلى العميل الآمر، وتبدأ إجراءات تسليم المستندات بإخطار يوجهه المصرف إلى عميله بوصول المستندات ودعوته لتسلمها ، ويعد إخطار العميل من قبل المصرف بوصول المستندات ودعوته للمجيء كي يتسلمها ، مبرئاً للمصرف من أي مسؤولية أو من أي ضرر قد تتعرض له البضاعة إذا لم يحضر العميل أو تأخر في تسلم المستندات ، لان الإخطار ينقل تبعة الهلاك إلى العميل، وتنفيذ المصرف لالتزامه بتسليم المستندات إلى العميل مرتبط بالتزام أخر هو قيام العميل بدفع قيمة الاعتماد مع الفوائد إلى المصرف ، ويترتب على هذا الارتباط أن يكون للمصرف الحق في حبس المستندات تحت يده وعدم تسليمها للعميل حتى يستوفي منه حقه، إذا خالف المصرف التزامه تجاه العميل وقام بتسلم مستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد أو أخفق في نقل المستندات إلى العميل وفقا للأحكام الخاصة بذلك ، يكون أمام العميل الآمر خياران أما رفض المستندات أو قبول المستندات مع المطالبة بالتعويض والثاني هو ان العميل الآمر لا يرفض المستندات بل يستلمها ولكن مع هذا يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر .

ثانيا. التزامات المصرف تجاه المستفيد من الاعتماد :

يتمثل التزام المصرف بدفعه مبلغ الاعتماد للمستفيد متى ما قدم له المستندات وفق التعليمات والتوجيهات الصادرة من العميل الأمر ، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام مسؤولية المصرف في حالة عدم الوفاء بالتزامه تجاه المستفيد.

وإذا ما رفض المصرف تنفيذ الاعتماد يكون مخطئاً في قراره ويكون للمستفيد في هذه الأحوال أن يرفع الدعوى على المصرف وأن يقاضيه لهذا الرفض على أساس إخلاله بما تعهد به تجاهه في خطاب الاعتماد ، ومتى تبين للمحكمة خطأ المصرف في الرفض فإنها تقضي بمسؤوليته تجاه المستفيد وتلزمه بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب هذا الرفض.