الفصل الاول

فروع القانون

يقصد به " مجموعة القواعد التي تحكم حقلا واحدا من حقول الحياة الاجتماعية وتنظيم روابط ذات طبيعة واحدة كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري" .

لقد استقر في الفقه تقسيم تقليدي للقانون إلى قسمين هما ، القانون العام والقانون الخاص . وقد عرف الرومان هذا التقسيم ،فقد كانوا ينظرون إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام الذي يعلو على المصالح الخاصة ، وتترك الحرية للأفراد لتحقيق مصالحهم عند عدم تعارضها مع السلطة العامة . لذلك يعرف القانون العام " بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة في المجتمع .

اما القانون الخاص هو " مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الناشئة بين الأفراد او بينهم وبين الدولة ، باعتبارها شخصا معنويا عاديا .

اولا / فروع القانون العام : أن الروابط التي تحكمها قواعد القانون العام تبدو في صور شتى ، فقد تنشأ الروابط بين دولة ودولة أخرى ، وقد تنشأ الرابطة بين دولة وفرد، وقد تنشأ بين هيئات الدولة الواحدة ، لذا فإن القانون العام يتفرغ إلى فرعين رئيسيين هما : القانون العام الخارجي ، والقانون العام الداخلي علما ان معيار التميز بينهما هو ، دائرة نشوء هذه الرابطة ، فإن تجاوزت الرابطة حدود اقليم الدولة اعتبرت من روابط القانون العام الخارجي ، بينما إذا نشأت في نطاق اقليم الدولة ، خضعت لقواعد القانون العام الداخلي .

أ- القانون العام الخارجي : هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط التي تبدو فيها الدولة طرفا ، والتي يتجاوز حدود اقليمها . وينظم القانون العام الخارجي فرعا واحدا من فروع القانون هو القانون الدولي العام . والذي يُعرف بأنه " مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الدول في حالتي السلم والحرب ، ويحكم نشوئه الى الفقيه الهولندي " جروسيوس " ، الذي وضع جملة من القواعد التي تنظم الروابط بين الدول ، والتي استمدها من مبادئ القانون الطبيعي والاعراف الدولية وإصدرها في كتابه الشهير(قانون الحرب والسلم) سنة ١٦٢٥ ، ثم تنامت قواعده و تعددت مصادره .

ب- القانون العام الداخلي : ويشمل القانون العام الداخلي و فروع القانون الآتية :-

١- القانون الدستوري :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ونوع الحكومة وكيفية تنظيم سلطاتها العامة في تكوينها واختصاصها وعلاقتها فيما بينها ، وتقرر حقوق الأفراد الأساس وعلاقتهم بالدولة وسلطاتها العامة . وينسب الفضل في نشوء القانون الدستوري إلى بعض فلاسفة القرن الثامن عشر الذين اتخذوا من القانون الطبيعي أساسا لتنظيم الروابط بين الحكام وبين افراد شعوبهم .

٢- القانون الإداري :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حركة السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها الإدارية وتحدد الوسائل التي تمكن الافراد من حمل هذه السلطة على أداء واجبها في هذا المجال . وينسب الفضل في نشوئه إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأته الدولة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر يختص بها القضاء الإداري .

٣- القانون المالي :

هو مجموعة القواعد المنظمة لإيرادات الدولة وهيئاتها العامة ومصروفاتها وأجراء الدولة بينها . لقد كان القانون المالي حتى عهد قريب ملحقا بالقانون الإداري على اعتبار انه ينظم الجانب المالي لنشاط الادارة باعتبارها سلطة عامة ، ثم استقل بعدئذ ليبدو فرعا من فروع القانون بالنظر لتعدد موضوعاته وتشعبها .

٤-القانون الجنائي او القانون الجزائي :

يقسم القانون الجزائي إلى قسمين هما ، قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية . وسيتم توضيح ذلك :
أ- قانون العقوبات : هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال المحرمة التي تعتبر جرائم ، وكيفية تحقق المسؤولية الجنائية وتحديد العقوبة المقررة لكل جريمة . ويشتمل قانون العقوبات قسمين هما :

 # القسم العام : الذي يتناول القواعد العامة التي تسري على الجرائم كافة وتدور هذه القواعد حول الجريمة والمجرم والعقوبة بانواعها وهي (الجناية ، والجنحة ، والمخالفة) كما يعرض لبيان أركان الجريمة .

 # القسم الخاص : الذي يتناول بيان الجرائم المختلفة سواء وقعت على الدولة أو على إحدى هيئتها اوعلى الأفراد في اجسامهم أو اعراضهم او اموالهم ، وهو يتناول كل جريمة أو مجموعة من الجرائم المختلفة من حيث طبيعتها بالأحكام على انفراد .

ب- قانون أصول المحاكمات الجزائية : هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة حتى تمام تنفيذ الحكم الصادر فيها تطبيقا لاحكام العقوبات .

ثانيا / فروع القانون الخاص : يتضمن القانون الخاص فروعا كثيره أهمها ما يأتي :

١-القانون المدني :

يعتبر القانون المدني وقد أطلق عليه الرومان هذه التسمية عماد القانون الخاص واصل فروعه ، ولذلك فإنه يُعرّف في الغالب بنفس تعريف القانون الخاص. ويعرف القانون المدني " بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الخاصة بين الأفراد او بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصا معنويا عاديا سواء كانت روابط أسرة او معاملات مالية "

٢-القانون التجاري :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية وروابط التجار، في قواعده لا تطبق إلا بين التجار وفي العلاقات التجارية ، وهي تقوم على الرغبة في التبسيط توخيا للسرعة وعلى الائتمان لقيام التجارة على الثقة ، وقد

ادى اتساع التجارة الخارجية إلى الرغبة في توحيد قواعد القانون التجاري ، مما أدى إلى قيام اتفاقات دولية تتعلق ببعض مسائله .

٣- القانون البحري :

هو القانون الذي ينظم نشاط الأشخاص في البحر ، وهو القانون الذي ينظم استغلال السفينة والعمليات المرتبطة بها كالنقل البحري وانواعه ، وكذلك البيوع البحرية فضلا عن القواعد التي تبين ملكية السفينة وتسجيلها ورهنها والحجز عليها وغير ذلك من الموضوعات .

٤- قانون العمل :

وهو القانون الذي ينظم علاقات العمل ، اي العلاقات التي تنشأ بين العمال الذين يؤدون العمل وبين أرباب العمل الذين يتولون الأشراف والتوجيه.

٥- القانون الجوي :

وهو القانون الذي ينظم العلاقات الناشئة عن استغلال الطائرة وما يرتبط بذلك من موضوعات جنسيتها والنقل الخاص بالركاب والبضائع ومعالجة الأضرار الناجمة عن النقل وهو موضوع حديث النشاة.

ثالثا / فروع القانون المختلط / يتضمن القانون المختلط الفروع التالية :

١ - قانون المرافعات :

هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي يتبعها الفرد للوصول عن طريق السلطة العامة إلى حماية حقوق الخاصة المقررة في القانون المدني او تجاري ، لذا يعد قانونا شكليا او إجرائية .

٢- القانون الدولي الخاص :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحددها المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في نزاع نشاء بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر اجنبي فيها سواء كان طرفا في الرابطة أو كان محلها او كان السبب المنشيء لها . كما أنه قواعد القانون الدولي الخاص تحكم القانون القواعد المتعلقة بمسائل الجنسية ومركز الأجانب في الدولة . والحق أن القانون الدولي بمعناه الدقيق يقتصر على مسألة التنازع ، اما موضوعي الجنسية ومركز الأجانب وقانون المواطن فق ألحقا به لان التنازع يثيرها ، فتطبيق قانون الجنسية وقانون المواطن يثير مسألتي الجنسية والمواطن ، دون أن يعني ذلك ، أنها من صميم موضوعات القانون الدولي الخاص .

مدخل تعريفي للقانون والقانون التجاري

أولا / تعريف القانون وأهميته

يعيش الافراد وسط لمجتمع، وتقتضي مصلحة المجتمع تنظيم العلاقات بين الأفراد فيه وبخلافه سوف يكون هناك فوضى بسبب تعارض المصالح . وهنا يبرز دور القانون في التوفيق بين المصالح المتعارضة وتحقيق الأمن

الاجتماعي . ويمكن تعريف القانون بشكل عام بأنه "مجموعة القواعد التي تهدف إلى تنظيم العلاقات بين الأشخاص ويفرض على من يخالفها جزاءا" . ومن خلال تعريف القانون السابق يتبين لنا أن القانون عبارة عن مجموعة قواعد هدفها تنظيم حياة الأفراد في المجتمع ، ويفرض على المخالفين لهذه القواعد جزاء .

ولكلمة القانون معان متعددة ، فقد تطلق على فرع من فروعه كان يقال "القانون الدستوري" و"القانون الجنائي"، وقد يطلق على قانون دولة من الدول مثل "القانون العراقي" و "القانون المصري" و "القانون الفرنسي " ....إلخ.

ثانيا / تعريف القاعدة القانونية وخصائصها

يمكن تعريف القاعدة بشكل عام بأنها "حصول فعل معين كلما تحققت ظروف محددة" ، اما القاعدة القانونية فهي تعني " تطبيق في مقابل حدوث نشاط معين" فمثلا وبهدف تحقيق العدالة ، القاعدة القانونية تقضي (بأن من يثري على حساب غيره بلا وجه حق مسؤول عن رد ما اثرى به). وأن من أهم خصائص القاعدة القانونية ما يأتي :-

القاعدة القانونية عامة ومجرده: والمقصود بالقاعده القانونية كونها عامة اي تشمل جميع من يقع ضمن شروطها ، فمثلا القاعدة القانونية تقضي بأن يلتزم بالتعويض كل شخص يسبب لغيره ضررا نتيجة لخطئه وهي موجهة لكافة الأفراد في المجتمع ، والغاية من ذلك هو تحقيق العدل . كما أن القاعدة القانونية مجردة أي أنها لا تدخل في التفاصيل ولا تخاطب واقعه معينة بذاتها أو شخصا بعينه ، وإنما تشمل كافة الوقائع المراد خضوعها لحكمها.

تاريخ التشريع التجاري في العراق : خضع العراق لقانون التجارة البرية العثماني الصادر عام ١٨٥٠ ، وقانون التجارة البحرية العثماني الصادر عام ١٨٦٥ ، وقانون الشركات المساهمة العثمانية الصادر في عام ١٨٨٢ ، وذلك لكون العراق ولاية تابعة للدولة العثمانية في ذلك الوقت وحتى احتلال العراق من قبل القوات البريطانية ، حيث تم إلغاء محاكم التجارة عام ١٩١٧، وتم إلغاء قانون الشركات المساهمة العثماني الصادر عام ١٨٨٢ ليحل محله قانون الشركات الهندي الصادر عام ١٩١٣ . وقد استمر الوضع على هذه الصورة حتى عام ١٩٤٣ ، اذ أصدر في العراق أول تشريع لقانون التجارة هو القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ ، وبعد أن تم العمل بموجبه لفترة من الزمن ، الغي في العام ١٩٧٠ ليحل محله قانون التجارة رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، وتم إلغاءه أيضا وحل محله قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل الذي لا يزال نافذ المفعول لحد الوقت الحاضر.

٢- القواعد القانونية عبارة عن قواعد سلوك اجتماعية : تهدف قواعد القانون إلى تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع وعلاقة المجتمع مع غيره من المجتمعات الأخرى ، وبذلك فإن قواعد القانون تعبر عن السلوك المطلوب في علاقات الأفراد من خلال تكرار العمل بتلك القواعد ، كما يقال أن قواعد القانون بأنها قواعد اجتماعية ، اي هدفها المجتمع وعلاقات الأشخاص فيه ، وهذه القواعد تتداخل في بعض الأحيان مع قواعد الدين ومع قواعد الأخلاق مما يزيد من احترام الأفراد لقواعد القانون .

ان أبرز الفروق بين قواعد القانون وقواعد الدين هي موضوع الجزاء ، ففي حالة خرق قواعد كل منهما فإن جزاء خرق نصوص قانونية محددة فيه توقعها سلطة لها القدرة على فرضها ، وتكون ممثلة للمجتمع الذي يحرص على احترام قواعد القانون ويعاقب كل من يتعدى عليها . اما جزاء خرق قواعد الدين فلا يوكل إيقاعه إلى سلطة دنيوية ، إنما يوقعه الخالق سبحانه وتعالى وفي الآخرة ، رغم ان بعض قوانين الدول تعاقب على المخالفات الدينية . اما

الاختلاف الثاني ، فيتمثل في أن قواعد الدين تنظم علاقات الفرد بخالقه وبنفسه ، فضلا عن تنظيمها لعلاقاته مع الآخرين ، لذلك ينظر إلى الجانب الباطني المرتبط بها ، أي نوايا في حين تهدف قواعد القانون إلى تنظيم علاقات الفرد مع غيره داخل المجتمع فهي تنظر إلى واقع المجتمع وما تريد لهذا الواقع أن يسوده من نمط العلاقات بين الأفراد . كما أن قواعد القانون تخاطب الفرد في سلوكه الخارجي الموجه إلى الآخرين وبذلك فلا تعتد بالنوايا ، أو التفكير الباطني . كما أن القانون وهو يهدف إلى تنظيم حياة الجماعة ، قد يخرج على قواعد الدين في بعض الأحيان ، ومثال ذلك اباحته الفوائد على القروض (الديون المؤجلة) في حين تحرم ذلك الأديان .

اما الفرق بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق ، فالأخلاق تنظر إلى المستقبل الذي يريد المجتمع الوصول إليه في حين يهدف القانون إلى إشاعة الأمن الاجتماعي من خلال تنظيم علاقات الأفراد بداخله ، كما أن الأخلاق تفرض واجبات فقط ، ولا تمنح حقوقا في مقابلها ، فهي تدعو إلى الفضيلة وإلى التعفف والأمانة ، بينما مقابل ما يفرضه القانون من واجبات تتولد حقوق في كثير من قواعده ، فالقاعدة التي تلزم الأشخاص في عقودهم تخلق حقوقا هي ما يولد العقد من مزايا . كما أن الجزاء لخرق قواعد الأخلاق لا يتعدى تأنيب الضمير والاستهجان من قبل الآخرين بخلاف القانون الذي تتولى سلطة قادرة على ردع الخارجين على قواعده.

٣- **قواعد القانون تعد قواعد الزامية :** تتصف قواعد القانون بصفة الالزام ، اي وجود طاعتهم من قبل المخاطبين بها ، ومن يخرق هذه القاعدة أو تلك ينال الجزاء المقرر لها والذي تفرضه السلطة المكلفة بالإشراف على تنفيذ النصوص القانونية . وأساس التزام الأشخاص بنصوص القانون قد يكمن بالشعور العام بعدالتها أو بضرورتها لتحقيق أمن المجتمع . وصور الجزاء متعددة أبرزها الجزاء المشدد المتعلق بالجرائم ، مثل الإعدام والسجن بأنواعه (المؤبد والمؤقت ، والمقترن بالأشغال الشاقة) وغيرها ، وقد يكون الجزاء ماليا كالغرامات المفروضة على بعض المخالفات أو القضاء ببطلان التصرف في بعض العقود إذا لحقها عيوب قانونية .

ثالثا / تعريف القانون التجاري وتطور تشريعه في العراق

تعريف القانون التجاري : يعرف القانون التجاري بأنه " أحد فروع القانون الخاص الذي يضم مجموعة القواعد التي تسري على طائفة من الأعمال التجارية وعلى طائفة من الأشخاص الذين يتصفون بكونهم تجار" . ومن ذلك نستنتج بأن القانون التجاري أضيق نطاقا من القانون العام الذي يضم القواعد العامة التي تحكم العلاقات ما بين الأفراد بغض النظر عن طبيعة المهن أو نوع المعاملات التي يقومون بها . وينفرد القانون التجاري بخصوصيته واختلافه عن القانون المدني ويتمثل هذا الاختلاف بوجود قواعد خاصة لتنظيم أحكام النشاط التجاري يتجلى في عنصرين أساسيين يقوم عليهما النشاط التجاري وهما : ١- السرعة في العمل . ٢- و توفر عنصر الثقة والائتمان بين أشخاصها .

مصادر القانون/

مصادر القانون ويقصد بها الأصل الذي يرجع إليه أو الينبوع الذ ينبع منه ، ويمكن تقسيم مصادر القانون إلى :-

 # مصادر رسمية (شكلية) وهي :-

١- التشريع ٢- العرفي ٣- الشريعة الإسلامية ٤- مبادئ العدالة

 # مصادر غير رسمية (تفسيرية) وهي :

١- القضاء ٢- الفقه

 # المصادر الرسمية (الشكلية) :

أولا / التشريع : هو عملية وضع القواعد القانونية من قبل السلطة المختصة ، وهي السلطة التشريعية بشكل قواعد مكتوبة ومنحها صفة الالتزام . ويعد التشريع في الوقت الحاضر المصدر الأول من مصادر القانون بعد تراجع العرف والسبب في اعتبار التشريع المصدر الأول ، نتيجة تدخل الدولة بشكل كامل في حياة الأفراد، فمنذ ولادة الإنسان يُمنح وثيقة ميلاد تصدرها الدولة ، وعند وفاة الشخص ، تقوم الدولة بإصدار وثيقة الوفاة ، كما أن للدولة الدور الأكبر في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد بعد أن شاعت المبادئ الاشتراكية التي أدت إلى تراجع المبادئ الفردية .

مزايا وعيوب التشريع :

يتميز التشريع بجملة من المزايا، تجعله يتقدم على غيره من المصادر الرسمية للقانون ، كما أن للتشريع عيوب يمكن أن نوضحها وكما يلي : -

أ-مزايا التشريع

١- **الوضوح** : يتميز التشريع بوضوح أحكامه وقواعده لأنها صادرة عن سلطة مختصة ، فالمشرع يجهد نفسه لتكون الصياغات سهلة وواضحة يسهل التعرف عليها .

٢- **السرعة والمرونة** : يتصف التشريع بالمرونة في الإصدار وفي الالغاء والتغيير وسرعة وضعه ليواكب التطورات التي تحدث في الحياة الاجتماعية .

٣- **الوحدة القومية للمبادئ القانونية** : بما أن التشريع يُطبق على جميع أرجاء البلاد ، فهو بذلك يوحد المبادئ القانونية والتي يطبقها جميع افراد المجتمع ، مما يعزز التلاحم الوطني على خلاف قواعد العرف ، مثلا التي تطبق في منطقة معينة أو على أبناء مهنة معينة .

ب- عيوب التشريع :

١-الجمود : إذا لم يواكب المشرع المتغيرات التي تطرأ على العلاقات داخل البلد ، ويرى ما يناسبها من التشريعات ، ويعدل ويلغي القديم منها لتفي بالغرض ، عندها يصاب التشريع الجمود .

٢- **سرعة الصياغة :** وضع التشريع بشكل مستعجل وغير دقيق ، دون الأخذ بنظر الاعتبار حاجات الناس الحقيقية ، يؤدي إلى أن تسود الفوضى ، فيكون التشريع عامل اختلال بدلا من كونه عامل انسجام .

ثانيا / العرف : هو القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها ، وساد الاعتقاد بأنها ملزمة . فالعرف ، يعني الاعتياد على سلوك معين في مسألة من المسائل القانونية والتي تولد الشعور لدى الأفراد بأنها ملزمة ، أي واجبة الأتباع ، وإن مخالفة تلك القاعدة تعرّض الأشخاص للجزاء من قبل السلطات العامة . وتنشأ القاعدة العرفية بدافع الحاجة إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية ، فإذا اراد طرفي العلاقة الاحتكام إلى شخص للفصل في المنازعة وقضى لهم بحل اقبل الناس على اتباع هذا الحل لتنظيم حياتهم الاجتماعية بدافع حب التقليد ، عندها تنشأ لدينا عادة يستقر الناس على تصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى زمن على شيوع هذه العادة ،وثباتها يولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها إلى دائرة العرف.

وعليه فإن القاعدة العرفية تعتمد على عنصرين : العنصر الأول هو العنصر المادي ، ومفاده تكرار العمل وفق قاعدة معينة ولا حدود لهذا التكرار ، أي كم المدة المطلوب تكرار العمل بهذه القاعدة ، لتصبح قاعدة قانونية إلزامية . القضاء هو الذي يحدد اعتياد العمل وفق مضمونها . أم العنصر الثاني فهو العنصر النفسي ، أي ما تولد بأذهان المخاطبين في إلزامية الحل الذي جرى العمل بموجبه ، وهذا يقدره القضاء أيضا . ويفترض في القاعدة العرفية أن لا تتعارض مع النصوص القانونية المكتوبة . أخيرا العرف قد يكون عام وهو ما يطبق في ميدان القانون العام الدولي الدستوري . وقد يكون خاص يطبق في ميدان القانون الخاص ، المدني ، التجاري . وقد يكون العرف محلي او وطني يشمل الوطن كاملا ، أو الأمة كاملة إذا تشابهت الحلول التي تعالج بعض ما يواجه ابناء الأمة من العلاقات التي تتطلب التنظيم.

مزايا وعيوب العرف :

للعرف مجموعة من المزايا كما يحتوي على بعض العيوب وهي : -

أ- مزايا العرف

١-يقوم العرف بسد النقص الحاصل في التشريع ، لذا فإنه يعد مكملا له .

٢-يوصف بأنه التعبير الصادق عن مصالح الأفراد في تنظيم علاقاتهم .

٣-يتابع المجتمع في تطوره ، فهو أكثر مرونة من القانون المكتوب (التشريع) .

ب- عيوب العرف

١-غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها ، والتحقق من مضمونها كما في التشريع .

٢-يضعف الوحدة الوطنية ، فهو يطبق في أجزاء معينة .

٣-بطيء التكوين فهو يحتاج إلى فترة زمنية طويلة نسبيا لكي يتكون ، فيكون عاجزا عن مواكبة التطورات السريعة .

ثالثا / مبادئ الشريعة الإسلامية : تعد الشريعة الإسلامية اهم مصدرين تاريخيين للتقنين المدني العراقي وثانيهما هو القانون المدني المصري ، كما تعد المصدر الرسمي الثالث لقواعد القانون العراقي . ان تأثير الشريعة الإسلامية يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية ، وينحصر في دائرتي الأحوال الشخصية والقانون المدني ، الذي يحكم الأحوال العينية ، ولا نجد لها تأثير في نطاق القوانين الأخرى التي غالبا ما يحكمها التشريع ومصادر مكملة أخرى . ويقصد بالأحوال الشخصية ، مجموعة القواعد التي تحكم علاقة الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانة والرضاعة والنسب والطلاق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف .

أما الأحوال العينية (المعاملات المالية) ،فيقصد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص ، فتحدد معنى المال وأنواعه ، والحقوق التي ترد عليه سواء كانت حقوق عينية او شخصية أو معنوية.

رابعا / قواعد العدالة : العدالة ، تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية ، لا المجردة ، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف الجزيئات في كل حالة ، وبالنسبة لكل شخص . ويمكننا القول، أنها تعني الشعور بالانصاف ، وهو شعور كامن في النفس يمليه الضمير النقي والعقل السليم ويوصي بحلول تسري على الأشخاص والحالات ، مراعية دقائق الظروف والجزيئات . اما قواعد العدالة ، فيقصد بها مجموعة من القواعد التي تصدر عن مثل اعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوصي به من حلول منصفة.

أن المشرع غالبا ما يحيل القاضي إلى قواعد العدالة ،إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية للقانون للبت في النزاع المعروض أمامه كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه . أن قواعد العدالة ليست واضحة المعالم إلا أنه على القاضي الاجتهاد برأيه لحسم النزاع ، وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس ، وعلى القاضي في رجوعه لقواعد العدالة أن يصدر أحكامه بناءا على إعتبارات موضوعية وليست بناءا على اعتقاده الشخصي وأفكاره الخاصة وإلا اصبحا مشرعا .

 # المصادر غير الرسمية (التفسيرية)

يعد القضاء والفقه من العناصر التي تسترشد بها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتحديد مفهومها ، وانهما مصدران تفسيريان للقانون العراقي ، لا تتوفر لهما قوة الالتزام ، بل هما مصادر يمكن للقاضي أن يسترشد بها دون أن تكون له قوة الالزام .

اولا / القضاء : عبارة عن مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها .

مميزات القضاء : يتمتع القضاء بمجموعة من المميزات هي :

١- القضاء يتميز بطابعه الواقعي ، فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما يتبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها.
٢- القضاء أقدر على تطبيق ما يراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفته، فهي التي تتولى تطبيق القانون على منازعات وتخرج ما تراه مناسبا إلى حيز الوجود.

٣- القضاء يشمل الجانب القانوني العملي للقانون، فيتولى تطبيق القواعد القانونية ، ويضع الحلول العملية لتلك القضايا .

منزلة القضاء في المجتمع : في العصور القديمة وكذلك الإسلامي كان للقضاء دور مهم وفعال ، وبذلك يعد المصدر الرسمي للقانون . أما في وقتنا الحاضر ، فيختلف التعامل مع هذا المصدر (القضاء) بحسب طبيعة النظام القانوني للدولة ، ففي النظام الأنكلوسكسوني ، يعد القضاء ملزما وذلك لوجود مبدأ السوابق القضائية ، ففي حالة صدور حكم قضائي من إحدى المحاكم ، فإن هذا الحكم يكون ملزما لنفس المحكمة في المستقبل ولبقية المحاكم الأخرى . اما في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني مثل اغلب الدول العربية، ومنها العراق ، فلا تعد الأحكام القضائية السابقة ملزمة حتى بالنسبة للمحكمة التي أصدرت الحكم ، وإنما يسترشد بها القاضي .

ثانيا / الفقه : ويقصد بها مجموعة الآراء والأفكار والنظريات التي تصدر من رجال القانون عند التصدي بالدراسة لقانون معين .

مميزات الفقه : يتمتع الفقه بمجموعة من المميزات هي :

١-يتميز الفقه بطابعه النظري من خلال التصور والافتراض والتنقيب عن اتجاهات جديدة ابتغاءا لاسباب التطور
٢-الفقه يشمل الجانب العلمي للقانون ، بخلاف القضاء الذي يمثل الجانب العملي ، لأن الفقه يقوم بمناقشة قواعد القانون بصورة علمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع النظريات لها .

٣-الفقه لا يخرج إلى التطبيق العملي ، وبالتالي فهو يتجرد من الصبغة الرسمية ولا يتمتع بقوة الزام ذاتية بالنسبة للقضاء .

منزلة الفقه في المجتمع : مر الفقه في المجتمع بعدة مراحل ، حيث ظهرت المدارس الفقهية التي اتصفت بروح التجديد سواء في مرحلة العهد أو العصر العلمي ، الذي يوصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني ، حيث أصبح مصدرا رسميا للقانون ، إلا أنه في نهاية العهد العلمي ، اخذت أهمية الفقه بالانكماش ، وأخذ التقليد يحل محل الاجتهاد، مما ادى إلى جمود القانون . ولم يلعب الفقه دورا في المجتمعات الأخرى كمصدر القانون ، بل بقي رأيي الفقيه تفسيري ولا يتمتع بالقوة الملزمة .

تقسيمات قواعد القانون

تقسم قواعد القانون إلى أقسام تتعدد بتعدد الزوايا التي تنظر منها إلى هذه القواعد فهي تقسم :

- من حيث المصدر إلى (قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة)
- من حيث النطاق إلى (قواعد القانون الخارجي وقواعد القانون الداخلي)
- من حيث الموضوع إلى (قواعد موضوعية وقواعد شكلي)

إلا أن اهم تقسيم للقواعد القانونية هو تقسيمها من حيث درجة إلزامها ، اذ تقسم إلى طائفتين هما :-

القواعد الآمرة والقواعد المكملة او المفسرة / وتعرف القواعد الآمرة بأنها القواعد التي تلزم الكافة باحترامها، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها . مثالها القاعدة التي تُحرّم القتل .

اما القواعد المكملة فتُعرف بأنها القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها على خلاف حكمها ، فهي القواعد التي تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها أو سكتوا عن الإشارة إلى موضوعها .

أساس التميز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة : ان أساس التميز يبدو في مدى أهمية القاعدة واتصالها بكيان المجتمع ومدى ما يترك للإدارة من سلطان حرية في إنشاء وحكم الروابط القانونية .

أن القاعدة الامرة ، تمثل الارادة العليا للمجتمع في تنظيم أمر بالغ الأهمية على نحو معين ، وتتضمن أمرا ونهيا يشكل قيدا على إرادة الأفراد ، فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفه .

أما القاعدة المكملة ، فهي لا تمثل إرادة المجتمع العليا ، وإنما تمثل الإرادة المفترضة للأفراد لتعلقها بالنشاط الحر لهم . ويترتب على التمييز بين القواعد الآمرة وبين القواعد المكملة او المفسّرة نتيجتان هامتان :

الأولى / ان مدى سلطان الإرادة اتجاه القواعد القانونية، يختلف تبعا لما إذا كانت هذه القواعد آمرة او كانت مكملة ، فإرادة الافراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الآمرة ، فيبطل كل اتفاق يقع على خلاف حكمها ، بينما تكون حرية الارادة مطلقة في نطاق القواعد المكملة ، فيجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها والنص على حكم يخالفها .

الثانية / على القاضي الالتزام بحكم القواعد الآمرة من تلقاء نفسه دون اتفاق الخصوم ولكن عليه احترام هذا الاتفاق إذا كان مخالفا للقواعد المكملة للإرادة . علما ان القواعد المكملة قواعد قانونية ملزمة ابتداءا وانتهاء ، لأنها قواعد قانونية كاملة يجب العمل بمقتضاها عند توافر شروط تطبيقها وهو عدم الاتفاق على استبعادها .

معيار التميز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة / يوجد معياران للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة هما :

الأول / المعيار المادي أو الشكلي أو اللفظي ، ويعني أن القاعدة تتضمن لفضا يصرح بطبيعتها الآمرة او بكونها مكملة أو مفسره للإرادة ، فتعد القاعدة آمرة إذا صيغت في صيغة الأمر أو النهي كاستعمال لفظ يجب أو يلزم او او لا يجوز . أو أن يرد في القاعدة نص يقتضي ببطلان ما يخالفها من اتفاق وقد تُصرح القاعدة بأنها مكملة من خلال جواز الاتفاق على ما يخالفها .

الثاني / المعيار المعنوي ، ويعني معنى النص وفحواه ، فإذا افاد معنى النص أن القاعدة التي يتضمنها لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كانت القاعدة آمرة ، وبعكسه تعد القاعدة مكملة وينبغي الاستهداء دائما بنوع المصلحة ، فإذا كانت المصلحة التي تتعلق بها من المصالح الأساسية في الدولة اعتبرت القاعدة آمرة ، وإن لم تكن كذلك كانت القاعدة من القواعد المكملة للإرادة ، وقد استقر التعبير على المصالح الأساس للمجتمع التي تعتبر القاعدة التي تحكمها قاعدة آمرة اسم النظام العام والآداب.

النظام العام / يمكن تعريف النظام العام ، " بأنه مجموعة المصالح الأساس للجماعة والأساس التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت هذه المصالح والاسس سياسية أو اجتماعية او اقتصادية او خلقية والتي يعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار " . ان فكرة النظام العام فكرة نسبية من حيث نطاقها تختلف باختلاف أنظمة الحكم التي تسود المجتمعات ، فيتسع مفهومها في ظل الفكر الاشتراكي ، ويضيق إلى مدى بعيد في ظل الفكر الفردي . كما أنها فكرة مرنة يتفاوت مداها بتفاوت الزمان اختلاف المكان ، فما يعتبر من النظام العام في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر. فما يعتبر في النظام العام في المجتمع الإسلامي ، حيث يعتبر تعهد الزواج بعدم الزواج بأكثر من واحدة باطلا لمخالفة النظام العام . بينما التعدد يعتبر مخالفا للنظام العام في اغلب الدول الغربية.

الآداب العامة / رأى بعض الفقهاء أقامه الآداب العامة على أساس ديني فرأى فيها قواعد خلقيه تتحدد بالقواعد الدينية. ورأى البعض الآخر أقامتها على أساس اجتماعي مع واقع وتقاليد وفكر خلقي سائد ، لذا يمكن أن تُعرف قواعد الآداب العامة بأنها " مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة ، وما جرى به العُرف وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه " . أن لقواعد الآداب العامة مصادر كثيره منها الدين والتقاليد الموروثة ومقتضيات الحياة . أن قواعد الآداب في اغلبها قواعد نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان ، فما يعتبر من الآداب العامة في مجتمع ما قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر . أن قواعد الآداب العامة تمثل الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازمة لحفظ كيان الجماعة والتي يترتب على عدم مراعاتها اختلال كيان المجتمع وعدم سلامته ، لذلك ينبغي على الجميع احترامها وعدم المساس بها أو خرقها وإلا بطل كل تصرف ينحرف عن تلك القواعد.

التقسيم العلمي لمصادر الالتزام

اجتهد الفقه في رد مصادر الالتزام الى أساس منطقي ، فالسبب الذي يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو (واقع قانونية) قد تكون هذه الواقعة امر إيجابيا أو سلبيا ، عملا او امتناعا ، كحالة امتناع المدين عن تنفيذ العقد فيتولد للدائن الحق في التعويض .

والواقع القانونية اما أن تكون من صنع الطبيعة مثل نزول صاعقة تحرق المبيع فينقضي التزام البائع بتسليم المبيع والتزم المشتري بدفع الثمن ، واما أن تكون من فعل الإنسان الذي قد يكون عمله ماديا أو قانونيا .... .

فالعمل المادي ، قد يكون فعلا ضارا عليه يلتزم على مرتكبه بتعويض الضرر أو فعلا نافعا فيرد من انتفع قيمة ما اثرى به ،

اما العمل القانوني ، فهو التصرف القانوني وهو اتجاه إلارادة الإرادة لإحداث أثر قانوني وقد يكون هذا التصرف صادرا من جانبين أي (عقد) وقد يكون تصرفا صادرا من جانب واحد أي (إرادة منفرده) . إذا (العمل غير المشروع) و (الإثراء بلا سبب) و (العقد) و (الإرادة المنفردة) هي المصادر الأربعة الرئيسية لإنشاء الحقوق أو تعديلها أو انقضائها ، ويوجد إلى جانب تلك المصادر الأربعة العديد من الوقائع التي يرتب عليها القانون مباشرة أثر قانوني مثل واقعة القرابة التي تولد التزاما بالنفقة أو تحرم الزواج بين المحارم .

الفصل الثاني

نظرية الالتزام والعقود

أولا/ تعريف الالتزام

يعرف الالتزام بأنه "رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين ، يحق بمقتضاها للدائن أن يلزم المدين بأداء معين" أو هو " رابطة بين شخصين يلزم أحدهما وهو الدائن باداء معين.

فالالتزام، إذا سلطة تثبت لشخص معين حق الحصول على أداء معين من شخص آخر، ومحل الالتزام كما يتضح من تعريفه دائما عمل محدد من جانب مدين معين ، سواء كان العمل ايجابيا او سلبيا ، ومثال العمل الإيجابي التزام المقترض مبلغ المقترض برد مبلغ القرض إلى الدائم (المقرض) ، وإلتزام البائع بتسليم المبيع ، والتزام الطبيب بمعالجة المريض .

أمام مثال العمل السلبي (الامتناع عن القيام بعمل) ، كامتناع بائع المحل التجاري عن منافسة المشتري بفتح محل مشابه في نفس منطقة المحل المباع وهو ما يعرف بالامتناع عن المنافسة غير المشروعة ، وأيضا التزام كاتب بعدم الكتابة في غير الصحيفة المتعاقد معها طيلة مدة العقد.

والحق الشخصي والالتزام وجهان لرابطة قانونية واحدة ، فالحق الشخصي يمثل سلطة مطالبة الدائن للمدين ، اما الالتزام فهو متعلق بالتزام المدين تجاه الدائن .

ثانيا/ مصادر الالتزام : وتعني مصادر الالتزام هو كيفية نشوء الالتزامات (اي الروابط بين الأشخاص) ، أي أن المصادر هي المنابع التي تستقي منها الروابط وجودها. وقد جرت التشريعات على تقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر موزعة حسب الترتيب الذي اعتمدته غالبية هذه التشريعات وهي كما يأتي :

١- العقد

تعريف العقد : تعرف المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي العقد بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " .

انواع العقد : يمكن تقسيم العقود تبعا لحيثيات مختلفة وكما يأتي: -

أ- **تقسيم العقود من حيث إنشاءها :**

- العقود الرضائية والشكلية والعينية :

والعقود الرضائية: هي العقود التي يكفي لانعقاها تراضي الطرفين ، اما العقود الشكلية : فهي العقود التي يشترط القانون شكلا معينا لتراضي الطرفين فيها ، اي ان الرضا يقتضي أن يعبر عنه بالكتابة كما يبين القانون عادة ، ويسجل في الدائرة المختصة ، اما العقود العينية : فهي تلك العقود التي تقتضي أن يصاحب الرضا فيها تسليم العين محل العقد كما هو حاصل في الوديعة وعقد الإعارة .

- عقود المعاوضة وعقود الاذعان :

عقود المعاوضة : هي تلك العقود التي يكون فيها للطرفين حرية التفاوض وابداء الشروط المرتبطة بالعقد ، بينما تمثل عقود الاذعان : تلك العقود التي يضع فيها احد الطرفين الشروط ، وليس للطرف الآخر سوى قبول هذه الشروط وعدم مناقشتها.

ب- تقسيم العقود من حيث آثارها:

- عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد:

والعقود الملزمة لجانبين : هي تلك العقود التي يفرض بانعقادها التزامات على الطرفين كعقد البيع ، بينما العقود الملزمة لجانب واحد: تفرض التزامات على أحد الطرفين الطرف الآخر لا التزام عليه كما في عقد الإعارة. وعقد الوديعة (اذ يترتب على المودع فقط التزام بالمحافظة على الشيء المودع ورده عينا عند انتهاء العقد) .

- عقود المعاوضة وعقود التبرع : هي العقود التي يؤدي فيها كلا المتعاقدين عوضا مقابل ما ياخذ كعقد البيع ، اما عقود التبرع : فهي تلك العقود التي يعطي فيها احد الطرفين ولا يأخذ ، بينما الطرف الآخر يأخذ فقط دون أن يعطي كعقد الإعارة.

ج- تقسيم العقود من حيث طبيعتها :

- العقود المحددة و العقود الاحتمالية : العقود المحددة : هي تلك العقود التي يعلم فيها الطرفان اثنا التعاقد ما يمكن الحصول عليه من العقد ، مثل عقد البيع . اما العقود الاحتمالية : فهي تلك العقود التي لا يستطيع فيها الطرفان تحديد ما يمكن الحصول عليه ماليا من العقد اثنا التعاقد ، إنما أمر ذلك متروك لاحتمالات قد تحصل وقد لا تحصل ، ومثالها عقد التأمين .
- العقود الفورية والعقود الزمنية : فهي تلك العقود القابلة للتنفيذ حال انعقادها ، حتى إذا تأخر التنفيذ فيها بناءا على إرادة العاقدين ، كعقد البيع ، وبذلك فهي عقود لا يمثل الزمن فيها عنصرا جوهريا في تنفيذها، بينما العقود الزمنية : تمثل العقود التي لا يمكن تنفيذها بغير عنصر الزمن كعقد الإيجار وعقد العمل.

اركان العقد

اركان العقد هي الرضا (التراضي) و (المحل) و (السبب) وقد يتطلب القانون في بعض العقود شكلية معينة ومن هنا كان الشكل ركنا من اركان العقد الشكلية :

المبحث الأول

التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وان يعبر عنها . لذا لقيام العقد يجب أن توجد إرادة لدى المتعاقد، فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها كما هو في المجنون او فاقد الوعي لسكر او مرض ، كما أن الإرادة يجب أن تحدث أثر قانوني وإلا فإنها تندرج ضمن أعمال المجاملات كما في حال قيام أحد الأشخاص بتوصيل صديقه إلى مكان العمل . ان الارادة مسألة كامنة في النفس ولابد من

الإفصاح عنها وهذا التعبير او الأفصاح عن الإرادة يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، فقد يكون التعبير الصريح مشافهة باللسان أو بواسطة التليفون او بالإشارة كهز الراس عموديا للقبول وافقيا للرفض ، وإذا وقع التعبير باللفظ ويجب أن تستخدم صيغة الماضي .

كذلك يمكن أن يكون التعبير الصريح عن طريق اتخاذ موقف لا يحتمل أي شك ، كما لو عرضت بضاعة مكتوب عليها الثمن أو وضع آلات اوتوماتيكية في الطريق لبيع بعض السلع بحيث يستطيع افراد الجمهور أن يقبلوا الإيجاب بوضع قطعة من النقود ويحصلوا على السلعة .

اما التعبير الضمني فهو الأفصاح عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس ، مثاله بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار دليل على أنه يريد تجديد الإيجار.

سؤال / هل يصح أن يكون السكوت تعبير عن الإرادة في القبول ؟

الجواب / القاعدة العامة أن السكوت رفض ، لأن السكوت عدم كما يقول الفقهاء المسلمين ، ولا يصح أن يترتب على ما هو لا شيء شيء ، أو القول بأنه لا ينسب إلى ساكت قول كما وردا في القانون المدني العراقي . لكن هناك حالات يكون فيها السكوت قبولا طبقا لاحكام القانون المدني العراقي المدني (استثناءات) وذلك في الحالات التالية :
أولا / إذا ارتبط الإيجاب الموجه بتعامل سابق بين الطرفين ، أي أن توجد صفقات سابقة تتضمن شروطا اتفقا عليها. ووجه من البائع إيجاب جديد للطرف الآخر ، والإيجاب الجديد ذو علاقة بالمعاملات السابقة ، كأن يكون دفعات من المبيع ، وظل الطرف الآخر ساكتا ، فإن سكوته يفسر على كونه موافقة على ما كان بينهما من شروط ، إذ لو أراد الاعتراض على الشروط الجديدة لعبّر عن إرادته برفض الإيجاب حيث لا يحول دون ذلك شيء.

ثانيا / أن يتمخض الإيجاب عن منفعة خالصة لمن وجه إليه ، أي الإيجاب لا ينطوي على أي ضرر لمن وجه إليه ، إنما الإيجاب نافع له نفعا خالصا ، ففي هذه الحالة يفسر السكوت على كونه قبولا من الطرف الآخر. والمثال على الإيجاب النافع نفعا خالصا لمن وجه اليه ، هي أن يهب شخص مالا لآخر وظل الموهوب له ساكتا ، فيفسر على انه قبول ، لأن الأمر نافع له نفعا محضا ولا ينطوي على شيء من الضرر.

المبحث الثاني

المحل

محل الالتزام ...هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، والمحل إما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

شروط المحل :

١- يجب أن يكون المحل موجودا أو ممكنا
٢- يجب أن يكون المحل معينا او قابلا للتعيين
٣- يجب أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه مشروعا

الشرط الأول// يجب أن يكون المحل موجودا أو ممكنا

أولا / محل التزام نقل حق عيني أو القيام بعمل

إذا كان محل الالتزام نقل حق مثل نقل ملكية شيء أو القيام بعمل يتعلق بشيء معين مثل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة لذا يجب أن يكون الشيء موضوع الحق موجودا وقت التعاقد وبعكسه فإن العقد لا ينعقد ، علمن ان الشيء موضوع الحق إذا كان موجودا وقت التعاقد ومن ثم هلك فإن العقد ينعقد ونكون أمام حالة (استحالة في التنفيذ) . كما يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، كما في حالة بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدار جزافا وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما في حالة بيع صاحب مصنع مقدارا معينا مصنوعاته قبل أن يبدأ صنعها ، إلا أن القانون يحرم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة لمخالفته للآداب إذا صدر من الوارث وللنظام العام إذا صدر من الموروث نفسه ، ومثاله أن يبيع الوارث أو يرهن ما يمكن أن يحصل عليه من ميراث بعد وفاة موروثه والتحريم جاء بسبب وجود نوع من المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب إضافة إلى الخشية من شبهة وقوع التصرف تحت استغلال المرابين .

ثانيا / محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل

إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يجب أن لا يكون محل الالتزام مستحيلا ، و الاستحالة قد تكون (نسبية) تتعلق بشخص المدين أو قد تكون (مطلقة) أي على شخص مدين وعلى جميع الملتزمين ، مثاله التزام المحامي برفع استئناف فات ميعاده. والاستحالة المطلقة قد تكون (طبيعية) كما في حالة التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد ، أو قد تكون الاستحالة المطلقة (قانونية) مثل التزام محامي بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف.

الشرط الثاني // يجب أن يكون المحل معينا او قابلا للتعيين

أولا / محل الالتزام نقل حق عيني

هنا يجب التفرقة بين الأشياء القيمية والمثلية ، فإذا كان محل الالتزام من (القيميات) يجب أن يتم تعينه تعينا نافيا كافيا تعيينا كافيا فإذا كان محل الالتزام ارضا ، مثلا يجب أن يتم تحديد الموقع والحدود والمساحة . أما إذا كان المحل من (المثاليات) فيجب تعيينه بالنوع والمقدار ، مثاله بيع (٥٠) طن من الحنطة الأسترالية .

وإذا كان محل الالتزام موجودا وقت العقد عندها يكون تعيينه بالإشارة مثاله إذا كانت هناك حنطة معلومة لطالب الشراء في مخزن معين فقال صاحبها بعتك الحنطة الموجودة في هذا المخزن ، تم العقد صحيحا ، ويكفي أن يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه، كما لو كان لشخص سيارة يعرفها شخص آخر معرفة كافية تعاقد عليها بيعا دون أن يذكر أوصافها تم العقد صحيحا .

ثانيا / محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل يجب تحديد العناصر التي تجعل منه قابلا للتعيين مثاله تعهد مقاول ببناء مستشفى وجبة ذكر مواصفات هذا المبنى او على الاقل العناصر اللازمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة.

الشرط الثالث // يجب أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه (مشروعا)

الاصل أن جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها ام بحكم القانون. فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها مثل الماء والهواء كونها غير قابلة للحيازة والاستئثار وغير قابلة للتملك ، ولكن هذه الاستحالة قد تزول كما يحدث للهواء والماء بعد وضعه في القناني، قد يخرج القانون بعض الأشياء خدمة للمصلحة العامة كالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ولكن يجوز تأجيرها كما يحدث عند تأجير جزء من الأرصفة. وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الأشياء حماية للنظام العام والآداب ، مثاله تحريم الاتجار بالمخدرات والتعامل في تركة مستقبلية.

المبحث الثالث

السبب

السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي قصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، وهذا هو السبب القصدي ، مثاله عقد البيع، السبب للبيع هو الحصول على (الثمن) ، والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع. ولكن قد يفهم السبب بمعنى آخر وهو (الباعث الدافع على التعاقد) وهو عبارة عن الباعث الدافع للتعاقد اي هو الغرض غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد ، مثاله في عقد البيع قد يكون الباعث للبيع هو أنفاق الثمن في انفاق معيشته او إنفاقه في رحلة والباعث الدافع للمشتري قد يكون الحصول على الشيء المبيع للسكن أو فتح محل للتجارة أو نادي للقمار ، فالباعث الدافع للتعاقد متغير بالنسبة لكل عقد وبالنسبة لكل شخص .

اولا / النظرية التقليدية للسبب

تأخذ النظرية التقليدية بالسبب القصدي والذي يقوم بمقتضاها واحد لا يتغير بالنسبة للعقود ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الآخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية ، وتشترط النظرية التقليدية لصحة العقد أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا.

(وجود السبب) يجب أن يكون السبب موجودا وقت إبرام العقد ويظل قائما إلى وقت تنفيذه ، فإذا لم يوجد السبب ابتداءا كان العقد باطلا . وإذا تخلف السبب بعد ذلك اصبح العقد مهددا بالزوال ويجب أن يظل قائما إلى وقت تنفيذ العقد فإذا وجد السبب وقت إبرامه ثم تخلف فإن ذلك يؤثر في بقائه ويظهر ذلك بصفة خاصة في العقود الملزمة للجانبين.

(صحة السبب) لصحة العقد يجب أن يكون السبب صحيحا أي غير موهوم ،مثاله أن يتم عقد قسمة بين الورثة ثم تبين أن الوصية باطلة عندها يبطل عقد التقسيم لأن السبب موهوم .

(مشروعية السبب) السبب المشروع هو الذي لا يتعارض مع القانون ولا يخالف النظام العام والآداب ، والالتزام قد يكون محله مشروعا ولكن سببه غير مشروع مثاله التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكابه جريمة قتل فالتزام الطرف الأول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود ولكن سببه غير مشروع وهو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة قتل لذا فإن العقد يبطل لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الأول وعدم مشروعية المحل في التزام الطرف الثاني ، لقد واجهت النظرية التقليدية نقدا من بعض الفقهاء وعلى راسهم (بلا نيول) فقد اعتبرها غير منطقية وغير ذات فائدة.

ثانيا/ النظرية الحديثة للسبب (نظرية القضاء)

لمس القضاء قصور النظرية التقليدية في مواجهة جميع الحالات التي يجب اعتبار العقد فيها باطلا ، فالسبب في عقود التبرعات- طبقا للنظرية التقليدية - هو نية التبرع والسبب بهذا المعنى دائما مشروع في حين أن الدافع إلى التبرع قد يكون إنشاء علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة ، فإذا أخذنا بالنظرية الحديثة للسبب ، أي بمعنى السبب الدافع للتعاقد لأمكن أبطال عقد الهبة في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

لقد أخذ القضاء بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب في العقد فأخذ يبحث في التصرفات عن الباعث الرئيسي الدافع إلى إبرام التصرف واشترط أن يكون هذا الباعث مشروعا وإلا كان التصرف باطلا ، ولما كان الباعث أمرا شخصيا كان لابد من وجود ضابط له ضمانا لاستقرار المعاملات بحيث لا يصبح في وسع اي متعاقد التحلل من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التصرف غير مشروع لذا اشترط القضاء أن يكون الطرف الآخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع على اتصال بهذا الباعث أي كان يعلم به او من السهل عليه أن يتبينه ، مثاله إقتراض شخص مبلغ من المال من شخص آخر وذلك لشراء منزل يدار للقمار، فالباعث لدى المقترض غير المشروع فعقد القرض يعد صحيحا إن كان الطرف الآخر المقرض يجهل هذا الباعث غير المشروع وبعكسه يكون العقد باطلا لأن المقرض كانا يعلم بالباعث غير المشروع للمقترض أو كان من السهل أن يتبينه.

ثالثا / نظرية السبب في القانون المدني العراقي

يشترط المشرع العراقي لصحة العقد أن يكون لكل التزام سبب موجود وأن يكون هذا السبب صحيحا وأن يكون مشروعا وذلك طبقا للنظرية التقليدية في السبب لكنه لا يشترط أن يذكر السبب المشروع في العقد بل يفترض أن لكل التزام سببا موجودا ومشروعا إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك فإذا اثبت أحد المتعاقدين أن سبب العقد هو غير السبب الحقيقي فإن العقد يبطل معلم يثبت المتعاقد أن للالتزام سببا آخر مشروع غير مذكور بالعقد . كما أن المشرع العراقي أخذ في ذات الوقت بالنظرية الحديثة للسبب أي الباعث الدافع للتعاقد فإشترط لصحة العقد أن يكون الباعث مشروعا ، ويلاحظ أن المشرع العراقي قد دمج بين النظريتين وكان الاجدر به أن يأخذ بالنظرية الحديثة كما فعلت أغلبه التقنيات .

٢- الإرادة المنفردة

الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد وهي اي الإرادة تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية كالإيجاب الملزم وأجازة العقد الموقوف كما يمكن أن تكون سببا في كسب الحقوق العينية كما في (الوصية) وسببا

في سقوطها كما في النزول عن حق رهن او إرتفاق، ويستطيع الموكل أن يعزل الوكيل كما يستطيع الوكيل أن يعزل نفسه .

سؤال/ هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشيئ الحق الشخصي والالتزام ؟ و للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين حالتين :

الأولى / إنشاء الحق من صدرت عنه الإرادة أو إنشاء الالتزام على عاتق الغير وهذا غير ممكن فلا يستطيع الإنسان أن ينشيء لنفسه حقا على عاتق غيره بإرادته المنفردة .

الثانية / إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الإرادة أو الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة وقد اختلفت الآراء في ذلك ، وهناك نظريتان في هذا الصدد فرنسية وألمانيا :

النظرية الفرنسية // بموجبها لأيمكن للإرادة المنفردة أن تنشيء التزاما كون الالتزام مصدره توافق الارادتين اي عقد . وقد ورث القانون المدني الفرنسي هذه القاعدة عن القانون الفرنسي القديم وهي ترقى بجذورها إلى القانون الروماني .

النظرية الألمانية // مفادها أن الإرادة المنفردة تستطيع أنشاء الالتزام على عاتق صاحبها ، فمن يتعاقد انما يلتزم بالارادة الصادرة عنه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر. ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده يكون ملزما فلا يستطيع من صدر عنه الإيجاب أن يرجع عنهم.

تقدير النظريتين // النظرية الفرنسية ترفض الأخذ بالإرادة المفردة كمصدر للالتزام رفضا باتا ، في حين أن الأخذ بالنظرية الألمانية يؤدي للقضاء على العقد كمصدر للالتزام لتحل محله الإرادة المنفردة مصدرا لكل التزام ارادي ولا يخلو اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام من فائدة فهي تساعدنا في تفسير بعض الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة ،اما ما تؤدي إليه النظرية الألمانية من القضاء على العقد كمصدر للالتزام واحلال الارادة المنفردة محله فهذا لا يمكن التسليم به فلواجب إذن أن يبقى كل من العقد والإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، العقد باعتباره المصدر الأول والإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها . لقد دمج المشرع العراقي بين النظريتين موافقا لما سار عليه الاتجاه في التشريعات الحديثة .

متى تلزم الإرادة المنفردة نفسها ؟

هناك حالات تلزم فيها الإرادة المنفردة صاحبها ، كذلك توجد بعض الاحكام تطبق على الإرادة المنفردة ، وهذا ما سوف نبحثه بالتفصيل :

المطلب الأول

الحالات التي تلزم الأرادة المفردة فيها صاحبها

الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة صاحبها هي الإيجاب الملزم وأنشاء المؤسسات وتحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا والوعد بجائزة ، فالوعد بجائزة يكون ملزما إذا حدد الموجب ميعادا للقبول وأنشاء المؤسسات يقوم بسند رسمي أو بوصية ، وتحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا يكون بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بأيفاء الديون المقيدة الى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار و ينشأ الالتزام على عاتقه بمجرد إعلانه رغبته في تحرير العقار من الديون المرهون فيها وذلك بتوجيهه إلى الدائنين إعلانات نصت على محتوياتها .

المطلب الثاني

الأحكام التي تطبق على الإرادة المنفردة

تطبق أحكام العقد على الإرادة المنفردة إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين ، أي لابد للإرادة المنفردة لتنتج آثارها هو توافر الشروط والأركان العامة للعقد من تراضي ومحل وسبب ، فيجب أن يتوفر لها محل مشروع وأن يتمتع صاحب الإرادة بالأهلية اللازمة أي اهلية الأداء وأن يكون رضاؤه صحيحا غير مشوب بعيب ، ويجب أن يكون هناك سبب مشروع .

والالتزام هنا يقع على الشخص المسبب للضرر الذي يلحق الغير، وقد يكون الحاق الضرر متعمدا ، وهنا يطلق على الفعل جريمة ويعاقب طبقا لأحكام قوانين العقوبات . وقد يكون إلحاق الضرر غير متعمد ، لذا يسأل مسببه عن تعويض ما الحق من ضرر.

٣- العمل غير المشروع (العمل الضار ، المسؤولية التقصيرية)

وينتج هذا العمل نتيجة لتزايد مصادر الخطر التي يمكن أن تلحق الضرر ، كالمصانع والسيارات والطائرات وغيرها من مصادر الخطر التي لا غنى عنها. ومعنى المسؤولية / هي التزام يقع على الشخص مقابل ضرر يلحق الغير. لانه يحق للشخص أن يمارس نشاطه بما لا يلحق الضرر بغيره . وقد يكون الحاق الضرر متعمدا : وهنا يطلق على الفعل جريمة ويعاقب طبقا لاحكام قانون العقوبات . وقد يكون الحاق الضرر غير عمديا، حيث يسأل مسببه عن تعويض ما الحق من ضرر. وتنقسم المسؤولية الى مسؤولية جزائية ومدنية ، تمثل الأولى حق المجتمع في الاقتصاص من مرتكبي الأفعال الضارة ، فضلا في كونها تمثل حقا شخصيا لمن وقع عليه الفعل الضار. لذلك لا يجوز التنازل في المسؤولية الجزائية . عدا حالات استثنائية . اما المسؤولية المدنية ، وهي ضرر يلحق الشخص فيجوز فيها تنازل .

المسؤولية المدنية / هي حالة الشخص الملتزم بتعويض ضرر لحق الغير ، فتقسم إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية . وتنشأ الأولى عندما يكون سبب الضرر ، إخلال بتنفيذ العقد . أما في **المسؤولية التقصيرية /** فتنشأ عن الإخلال بواجب قانوني. لأن القانون يفرض واجبات عامة على الأشخاص بعدم الاعتداء على سلامة بدن شخص آخر او سمعته او أمواله، فأي فعل يلحق الضرر بالشخص يوجب التعويض إذا لم يكن عمديا كما بينا ،لأن الجزاء في الحالة الأخيرة قد يقترن بحرمان الشخص من حريته (الحبس) . أو أكثر من ذلك حرمانه من الحياة (الإعدام). وأن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان : الخطأ الضرر والرابطة السببية بينهما.

٤-الكسب دون سبب (الاثراء على حساب الغير)

المصدر الرابع من مصادر الالتزام ، حسب الترتيب الذي ورد في القانون المدني هو الكسب دون سبب أو الأثراء على حساب الغير ، ويعني أن يقوم شخص بفعل نافع يؤدي إلى خلق رابطة يلتزم بموجبها شخص أن يؤدي مقدار ما كسبه على حساب الغير . وقد ورد في المادة ٢٤٣ تنص على إنه " كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه الضرر بسبب هذا الكسب ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد".

ولكي يتحقق الكسب بدون سبب الذي يبيح المطالبة بالرد لابد من توافر اركان أربعة هي :
١- شخصي يثري (يكسب) اغتناء ذمة . ٢- شخص آخر يفتقر ، افتقار ذمة . ٣- وجود رابطة بين الاثراء والافتقار . ٤- أن يكون الكسب بدون وجه حق .
فيجب أن يكون الكسب بدون وجه حق ، أي أنه غير مشروع ، أما إذا كان مشروعا فلا مساغ للمطالبة. وعقود التجارة فيها كسب لكنه مشروع لأنه ثابت في عقود عادة . وهناك حالات يكون فيها الكسب مشروعا وهي :
١- أن يكون بناء على عقد / ومثاله هو عقد التأمين ، فعند التأمين على السيارة من الحوادث فإذا اصيبت السيارة بأضرار نتيجة لحادث اصطدام ، فإنه إصلاح الضرر من قبل الشركة يؤدي إلى كسب صاحب السيارة بمقدار افتقار شركة التأمين ، فيكون صاحب السيارة قد كسبه مقدار ما افتقرت له الشركة .
٢- أو بناء على الإرادة المنفردة / ومثاله الوصية ، فيكون الموصى له قد أثرى بمبلغ ما افتقر إليه الورثة.
٣- أو بناء على نص القانون / ومثاله بقاء المال بذمة المدين بالتقادم ، لأنه لا يحق للدائن المطالبة بدين بعد مرور ١٥ سنة كاملة على ثبوت الدين بدون عذر مشروع أي الحماية القانونية لهذا الدين تنتهي ولا يجبر المدين قضائيا على رد الدين بعد ذلك . فيكون المدين قد الثراء بمقدار هذا الدين ، والدائن قد افتقر لانه فقد مبلغ الدين.

٥-القانون

المصدر الآخر من مصادر الالتزام كما بينها القانون المدني العراقي ، هو القانون حيث تنص المادة ٢٤٥ على أن " الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها " وعندما نقول أن القانون مصدر من مصادر الالتزام فإننا نعني بذلك أن القانون ينشيء التزامات على أشخاص ، بغير أن يكون ذلك مسبوقا بواقعة ، وخير مثال على ذلك التزامات النفقة على الأقارب وكذلك التزامات الجوار.

نطاق القانون التجاري

يرتبط تحديد موضوع نطاق قانون التجارة بصورة عامة بنظريتين :

أولا / النظرية الشخصية أو الذاتية : مقتضى هذه النظرية ، أن قانون التجارة هو قانون الأشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري . أي (التجارة) عليه فإن قانون التجارة هو قانونا حرفيا موضوعه التاجر وحرفته ، وتستمد هذه النظرية أصولها من العوامل التاريخية التي أدت لنشوء قانون التجارة ومما لا شك فيه أن هذه النظرية من شأنها تضييق نطاق قانون التجارة بحيث تطبق أحكامه على طائفة التجار فقط .

ثانيا / النظرية الموضوعية : ويطلق على هذه النظرية أيضا النظرية المادية أو العينية وتعتمد في تحديد نطاق قانون التجارة على طبيعة العمل دون اعتبار لمن يباشر هذا العمل ، فالقانون التجاري هو قانون العمل التجاري سواء كان العمل تجاريا لذاته أو لكونه شائع في البيئة التجارية وسواء احترف القائم بالعمل التجاري عمله إم لم يحترف.

موقف القانون العراقي// يتضح من خلال أحكام قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ انه اعتمد النظرية الموضوعية صراحة. اذ تقر الفقرة الأولى من المادة الأولى ان قانون التجارة العراقي يقوم على (أولا- تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص وفقا لمقتضيات خطة التنمية) وتنص المادة الرابعة في فقرتها الأولى على أنه (يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص) .عليه فإنه قانون التجارة العراقي هو قانون الأعمال التجارية أي أنه قانونا موضوعيا اساسه العمل والنشاط التجاري ، ومع ذلك فإنه يبحث في التاجر وعرفه وحدد واجباته المهنية ونظمها قانونا ، اذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي على أنه (يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفقا أحكام هذا القانون) .

الاسباب التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري / إذا كان القانون المدني هو التشريع العام في كل النظم القانونية المشتقة من النظام اللاتيني وان قواعده تنظم أحكام معظم الفعاليات والعلاقات القانونية بغض النظر عن صفتها فيما إذا كانت مدنية او تجاريه فإن التساؤل يثور حول العلة أو الأسباب التي تقتضي وجود قواعد خاصة بالنشاط التجاري مستقلة تماما عن قواعد القانون المدني . أن القانون التجاري باعتباره أحد فروع القانون الخاص يستعين كثيرا بالأحكام العامة الواردة في القانون المدني وفي مقدمة ذلك النظرية العامة للالتزامات ولكن بالرغم من هذه القاعدة المشتركة بين القانونيين إلا أن القانون التجاري يبتعد في مجالات عديدة عن أحكام القانون المدني وذلك بسبب الخصوصية التي ينفرد بها النشاط التجاري والتي تستلزم وجود قواعد خاصة لتنظيم أحكام هذا النشاط . أن هذه الخصوصية تتجلي في عنصرين أساسيين يقوم عليها النشاط التجاري وهما (السرعة في العمل والائتمان في التعامل) وكذلك ضرورة أن تتلائم او تتكيف هذه القواعد مع المتغيرات الخارجية التي تؤثر في هذا النشاط.

١- **السرعة في العمل /** في الحياة المدنية لا يقوم الأفراد الا في القليل النادر أو في فترات متباعدة بإبرام عمليات مهمة مثل بيع او شراء العقارات أو إبرام عقود الزواج ، على سبيل المثال لذلك فإن لديهم الوقت الكافي للتفكير واستشارة الآخرين قبل إبرام العقود المتعلقة بها. أما في مجال النشاط التجاري مع أن هناك عمليات مهمة جدا و تتطلب التفكير والمفاوضات الطويلة وتستوجب مشاركة أطراف عديدة ولكن الطابع المميز لمعظم الأعمال التجارية (بيع ، شراء، تأمين، عمليات مصرفية)هو تكرارها اليومي في حياة التاجر وإبرام الاتفاقيات بشأنها بصورة سريعة من خلال وسائل الاتصالات الحديثة ذلك أن العمل يتعلق بأموال معرضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف مما ينبغي معه إبرامها بسرعة. أن عنصر السرعة يتطلب تبسيط الإجراءات لإتمام هذه العمليات لتسهيل ما قد يحصل بسببها من منازعات لذلك نشأت الحاجة لوجود قاعدة خاصة تنظم ذلك وهذا ما تتكفل به قواعد القانون التجاري ومن هذه القواعد العامة ، قاعدة (حرية الاثبات في المواد التجارية) فإذا كانت القاعدة العامة للأثبات في المسائل المدنية هي وجوب توفر دليل كتابي يثبت التصرف القانوني ، فالإثبات في القوانين التجارية حر طليق من

كل قيد ، وهذا يعني أن التصرفات التجارية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات ولا يشترط فيها وجود دليل كتابي بذلك .

أن هذه الحرية في مجال الاثبات في المسائل التجارية تشكل حافزا كبيرا لرجال الأعمال إلى الإسراع في عقد الصفقات وإبرام العقود المتعلقة بها لا عن طريق الكتابة فقط بل حتى عن طريق المشافهة او عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة.

٢- **الائتمان في التعامل /** لا يمكن للتجارة أن تنمو وتزدهر بدون توفر عنصر الثقة والائتمان بين أشخاصها ، ويتمثل الائتمان في (منح المدين من أجل الوفاء) فالتعامل التجاري يتم في الوقت الحاضر من خلال عمليات البيع والشراء دون تسديد اقيام المشتريات المشتريات في الحال وإنما يحصل المشتري على ائتمان من البائع بمنحه اجلا لتسديد قيمة المشتريات او يقوم بالاقتراض من أحد الأشخاص أو المصارف لغرض تمويل عملياته التجارية وهو اي المشتري يقوم بدوره بتصريف بضائعه إلى الآخرين، أي يمنحهم آجالا لتسديد مبالغ مشترياتهم وهذا يعني أن العملية التجارية ما هي إلا سلسلة من حلقات تتصل الواحدة منها بالأخرى ، ولذلك فإن أي خلل أو ضعف يصيب أحد هذه الحلقات سوف يؤثر على الحلقات الأخرى و تتأثر بذلك العملية التجارية . ولمواجهة هذا الواقع فإن الأمر يتطلب وجود قواعد قانونية تدعم الائتمان في التعامل التجاري وهذا ما تتكفل به قواعد القانون التجاري ولعل أبرز هذه القواعد التي تدعم الائتمان التجاري هو (نظام الإفلاس) الذي يسري على طائفة التجار فقط . وهو نظام صارم تتضمن أحكاما قاسية تنطبق على التاجر الذي يخل بالثقة في الوسط التجاري اذ يتضمن هذا النظام تصفية أموال التاجر المتوقف عن الدفع تصفية جماعية وسريعة وتوزيع الناتج من هذه التصفية على الدائنين لاستيفاء حقهم من المدين . إضافة لنظام الإفلاس هناك قواعد تدعم الائتمان وتشكل ضمان للدائنين من ذلك مبدأ (التضامن المفترض بين المدنيين بدين تجاري) عنده تعددهم دون الحاجة إلى اتفاق صريح او نص في القانون بحيث تمكن كل دائن من ملاحقة أي مدين لاستيفاء دينه بأكمله دون أن يدفع ذلك المدين بوجوب تجزئة الدين ، أو أن يدفع بعدم النص على تضامنه مع بقية المدينين . ومن القواعد الأخرى التي تدعم الائتمان هي القواعد الخاصة بفرض عقوبات رادعة على حسب المادة ٤٥٩ عقوبات عراقي . كذلك مبدأ التشدد علي المدين للوفاء بمبلغ الورقة التجارية حيث لا يجوز إعطائه مهلة للوفاء بعد تاريخ المطالبة .

الفصل الثالث

نظرية الأعمال التجارية وأنواعها

أولا / مفهوم الأعمال التجارية : اختلف الفقهاء في مجال القانون في تحديد مفهوم الأعمال التجارية ، ولكن بشكل عام طرح هؤلاء خمس نظريات تفسر مفهوم الأعمال التجارية ، يمكن إستعراضها كما يأتي :

١- **نظرية المضاربة:** تعد نظرية المضاربة من أهم النظريات التي تم طرحها من قبل فقهاء القانون، ويعرف العمل التجاري على وفق هذه النظرية بأنه " العمل الذي يهدف إلى تحقيق الربح من خلال المضاربة على تغيير أو تبادل البضائع والمنتجات ". والمضاربة ،تعني السعي وراء تحقيق الربح ، وينصرف هذا المفهوم لكل عمل من شأنه

تحقيق فائدة مادية أو أرباح نقدي . علما بأن المضاربة تتضمن عنصر الصدفة والمخاطرة ، فالتاجر وفي سبيل تحقيق هدفه في الحصول على الربح المادي يحاول استغلال الفرص ويتعرض من جراء ذلك للمخاطرة . أن هدف الحصول على الربح يعد بالنسبة لهذه النظرية وحده كافيا سواء تحقق الربح فعلا أم كانت نتيجة العمل الخسارة ، فالتاجر الذي يبيع بخسارة لغرض استبعاد المنافسين له ، فإنه يضحي بالفوائد الفورية بهدف تحقيق فوائد عالية في المستقبل ، فإن عمله هذا يعد عملا تجاريا بالرغم من خسارته . وعلى وفق نظرية المضاربة فإن كافة الأعمال التي لا تهدف إلى الربح لا تعد ضمن الأعمال التجارية ، فالأعمال التي تؤدى على سبيل التبرع وكذلك أعمال الجمعيات الخيرية والتعاونية التي لا تستهدف الربح لا تعد أعمالها تجارية .
ومن سلبيات هذه النظرية : أنها تعتمد على الحصول على الربح كمعيار لأسباغ الصفة التجارية على العمل . وان قصد الربح لا يقتصر فقط على العمل التجاري بل انه متوفر في كافة الأعمال الأخرى ، كأعمال الزراعة وذوي المهن الحرة ، كما أن هذه النظرية تعجز عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي لا صلة لها بعنصر المضاربة كالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية.

٣- نظرية التداول : وعلى وفق هذه النظرية عرف الفقهاء العمل التجاري بكونه " العمل الذي يتضمن تداولا للثروة بين المنتج والمستهلك" ، ومحصلة هذه النظرية تشير إلى أن العمل التجاري لا يحمل هذه الصفة الا إذا تم في تحريك السلع والأشياء وتداولها . لذا وعلى وفق نظرية التداول فإن المنتج قبل طرح إنتاجه للسوق لا يعد عمله عملا تجاريا ، وكذلك الحال بالنسبة إلى المزارع الذي يحصد مزروعاته ، اذ يعد عمله مدنيا وليس تجاريا، وكذلك المستهلك الذي يشتري الأشياء لغرض استهلاكها مع أفراد عائلته، ولكن صفة هذه الأعمال تتغير إذا انتقلت بين عدد من الوسطاء بين تاجر الجملة تاجر المفرد الذين يقومون بشراء المواد لغرض بيعها حيث يعد عملهم عند ذلك تجاريا" .

ومن سلبيات هذه النظرية : أن معيار التداول لا يمكن الركون إليه لوحده لمنح الأعمال صفة التجارية ، فهي منجها لا تضفي هذه الصفة على عمل المنتج الأول (المزارع) مع العلم بأنه أول من يضع السلع أو البضائع في الحركة ، وكذلك فإن الأعمال الخيرية وأعمال الجمعيات التعاونية الاستهلاكية رغم أنها تتضمن تداول للسلع والبضائع فإن المشرع على وفق هذه النظرية لا يعدها أعمالا تجارية، ومن جهة أخرى فإن الأعمال المتعلقة باستخراج المواد الأولية رغم أنها لا تتضمن تداولا للثروات فإن المشرع يعتبرها رغم ذلك من الأعمال التجارية.

٣- نظرية المشروع : وعلى وفق هذه النظرية عرف الفقهاء العمل التجاري بكونه " العمل الذي يتم تأديته من خلال مشروع منظم ، أما إذا تمت تأديته بصورة منفرده فلا يعد حينذاك عملا تجاريا" ، ويقوم المشروع التجاري على عنصرين هما (الاحتراف ووجود تنظيم مسبق) اي الاستعانة بمجموعة من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل .

ومن سلبيات هذه النظرية : عجزها عن تفسير أعمال تودي بصورة منفرده وليس بصيغة المشروع ، إذ عدها الفقه والتشريعات التجارية الحديثة أعمالا تجارية كاعمال الدلالة والتعامل بالأوراق التجارية وشراء العقارات بهدف البيع والإيجار ، كما لا تعد النظرية بعض المشاريع كالمؤسسات الزراعية التي تتميز بتنظيم حديث ومعقد كأعمال تجارية .

٤- نظرية الحرفة : وعلى وفق هذه النظرية عرف الفقهاء العمل التجاري بكونه" العمل الذي يتخذ صيغة الحرفة التجارية " وحسب هذه النظرية فان الحرفة تعني (العمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة)، كما ان الحرفة تتطلب وجود بعض المظاهر الخارجية كمحل تجاري واستخدام قوة عمل واتصال بالعملاء وسمعة تجارية .

ومن سلبيات هذه النظرية : أنه لا يمكن اعتماد مفهوم الحرفة الذي تطرحه هذه النظرية معيارا صالحا لتعريف العمل التجاري ، لكون هذه النظرية علاوة على أنها لم تضع معيارا للحرفة التجارية فإنها تميل بالقانون التجاري نحو الذاتية وتجعل منه قانونا مهنيا حرفيا فقط . كما أن هناك بعض الأعمال التي عدها المشرع تجارية دون أن يتوافر فيها شرط الحرفة .

٥-نظرية السبب : وعلى وفق هذه النظرية عرف الفقهاء العمل التجاري بكونه " العمل الذي يكون الباعث او القصد من وراءه والحافز تجاريا " ، علما ان القصد أو الدافع الذي اعتمدته هذه النظرية أساسا لها لا يمكن التعرف عليه بسهولة فهو شيء معنوي كامن في النفس .

ومن سلبيات هذه النظرية : كونها لا تغطي لوحدها الأعمال التجارية ، فالتعامل بالأوراق التجارية يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن من يقوم به.

واخيرا ، ينبغي ملاحظة أن أي من هذه النظريات لا تقدم لوحدها معيارا كافيا لتميز العمل التجاري عن العمل المدني، ولكنها جميعا قد ساهمت في توضيح مفهوم العمل التجاري .

ومن خلال النظريات السابقة يمكن أن نطرح تعريفا شاملا للعمل التجاري وهو " العمل الذي يتم من خلاله تبادل الثروات والذي يتم بهدف الحصول على ربح مادي.

ثانيا / انواع الأعمال التجارية :

يقسم الفقه الأعمال التجارية إلى أربعة أنواع وكما يأتي :

١ - الأعمال التجارية الاصلية : وهي الأعمال التي خصها المشرع بوصف التجارية ، كما هي الأعمال التجارية التي ذكرها المشرع في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤. وتقسم إلى قسمين : أعمال تعد تجارية ولو وقعت منفردة أي مرة واحدة ، واعمال لا تعد تجارية الا إذا اتخذت صيغة المشروع .

٢- الاعمال التجارية بالتبعية : وهي أعمال تعد في الاصل أعمالا مدنية ولكنها تكتسب الصف التجارية من صفة الشخص الذي يقوم بها وهو التاجر، لذا فإن تجارية هذه الأعمال لا يستند إلى طبيعتها وإنما إلى مهنة القائم بها. فالتاجر الذي يشتري وقودا وآلات لاستعمالها في مصانعه أو يشتري أثاثا لمكتبة أو سيارات لنقل بضائعه وهي للاستهلاك وليس للبيع ، وهو يعد عملا تجاريا بالتبعية لأنه تابع لتجارته.

٣- الأعمال التجارية الشكلية : وهي الأعمال التي تكتسب الصفة التجارية بسبب شكليتها وليس بسبب محتواها ولا بسبب صفة القائم بها . ومثالها التعامل بالأوراق التجارية التي عدها قانون التجارة العراقي عملا تجاريا.

٤- الأعمال التجارية المختلطة : وهي الأعمال التي تعد تجارية بالنسبة لطرف ومدنية للطرف الآخر كما لو باع تاجر بضاعة لآخر بقصد استهلاكها.

الأعمال التجارية وفقا لقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ //

لم يتضمن قانون التجارة العراقي تعريفا للعمل التجاري وأنما اعتمد اسلوب ذكر هذه الأعمال على سبيل التعداد وقد سار في ذلك على خطى كل من المشرع الفرنسي والمصري . إلا أنه من الجانب الآخر خالفهما من خلال تعداد لهذه الأعمال على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال او دلالة ومع ذلك فإن المشرع جاء على ذكر بعض الأعمال التجارية على سبيل المثال حيث أجاز القياس عليها كما هو الحال في الفقرات ٧ ، ١٢ ، ١٦ من المادة الخامسة . ونحن لا نتفق مع المشرع العراقي في نهجه المذكور ذلك أنه لا يمكن حصر جميع الأعمال التجارية الواقعة في التعامل، كما لا يمكن التنبؤ بما سوف يستجد من أعمال تجارية في المستقبل خصوصا وأن التطور الصناعي يتقدم بخطوات سريعة الأمر الذي يكون له انعكاس مباشر على النشاط التجاري مما سيبرز إلى وجود أعمالا وصورا جديدة من النشاط التجاري لم ترد في مخيلة المشرع . نصت المادة الخامسة من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل على ما يلي: (تعتبر الأعمال التالية أعمالا تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس) .

اولا/ شراء او استئجار الأموال منقولة كانت أم عقارا لأجل بيعها أو أيجارها

ثانيا / توريد البضائع والخدمات

ثالثا / التعامل بالأوراق التجارية

رابعا / الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية

خامسا / النشر والطباعة والتصوير والإعلان

سادسا / مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة

سابعا / خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى

ثامنا / البيع في محلات المزاد العلني

تاسعا / نقل الأشياء والأشخاص

عاشرا / شحن البضائع أو تفريغها أو إخراجها

الحادي عشر / استيداع البضائع في المستودعات العامة

الثاني عشر / التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الإجتماعية

الثالث عشر/ عمليات المصارف

الرابع عشر / التأمين

الخامس عشر / التعامل في أسهم الشركات وسنداتها

السادس عشر / الوكالة تجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى

كما إضافت المادة السادسة من القانون نوعا آخر من الأعمال التجارية حيث نصت على (يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته) .

عليه يصبح مجموع الأعمال التجارية ١٧ نوعا بعضها يمارس بصيغة منفردة والبعض الاخر يمارس بصيغة المشروع ـ اي يشترط طلبتي لتجارتها أن تمارس بصيغة المشروع وتظهر من خلال الممارسة الفعلية على شكل مشروع مثل أعمال التأمين .

* **الأعمال التجارية المنفردة /** وهي تلك الأعمال التي تعد تجارية وأن مارسها الشخص لمرة واحدة أو بشكل عرضي وسواء صدرت من أشخاص يتمتعون بالصفة التجارية أم لم يكتسبوا الصفة التجارية ، وهي ثلاث أعمال :

اولا / شراء او استئجار الأموال منقولة كانت عقارا لأجل بيعها أو أيجارها

ثانيا/ التعامل بأسهم الشركات وسنداتها

ثالثا / التعامل بالأوراق التجارية

اولا / شراء او استئجار الأموال منقولة كانت عقارا لأجل بيعها أو أيجارها

أن القانون جعلها تشمل الشراء أو الاستئجار وكما تشمل العقارات والمنقولات لغرض البيع والإيجار حيث أصبحت تجارة العقارات ظاهرة شديدة الوقوع في السوق التجارية العراقية . ولتسهيل دراسة هذه الفقرات سوف نقسمها إلى قسمين :

١- الشراء لغرض البيع او الإيجار
٢- الاستئجار لأغراض الإيجار ثانية بربح

١- **الشراء لغرض البيع او الشراء :** وهو الصورة الواضحة في العمل التجاري وأقدمها حيث كان الناس يشترون المنقولات او العقارات لغرض بيعها ويشترط لتجارية هذا العمل ثلاث شروط وهي :-
أ- أن يكون هناك شراء لمنقول أو عقار لأجل البيع او الإيجار
ب- أن يرد الشراء على مال منقول أو عقار
ج- أن يتحقق قصد الربح

أ- **أن يكون شراء لمنقول أو عقار لأجل البيع او الإيجار/** وهذا الشرط يمكن تحليله إلى شقين هما :
الشق الاول / أن يكون هناك شراء

الشق الثاني / أن يكون هناك عملية بيع او ايجار

الشق الأول/ أن يكون هناك شراء. أي أن يكون الحصول على المنقول أو العقار بمقابل ، أي ان اقتناء الشيء بمقابل متفق عليه بين البائع والمشتري سواء كان المقابل نقدا أو عينا ، فإذا تم الحصول على المال بدون عوض انتفت عنه الصفة التجارية ، وبناءا على ذلك لا تعتبر الأعمال والنشاطات التالية أعمال تجارية طالما لم تسبقها عملية شراء وهذه الأعمال هي :

*** أعمال الزراعة /** العمليات الزراعية تعتبر مدنية بطبيعتها لأن الاستغلال الزراعي اسبق من الاستغلال التجاري ومن أجل نشاء القانون المدني وعمليات زراعة تنصب على استغلال الطبيعة استغلالا مباشرا ، فالمزارع الذي يبيع إنتاج ارضه يعد عمله مدنيا ويعتبر كل عمل يتعلق بتسهيل عملية الاستغلال الزراعي عملا مدنيا مثل شراء الآلات والأدوات والبذور والأسمدة ، اذ ان شرائها ليس لأجل البيع بل للانتفاع بها في تسهيل أعمال الزراعة . أما اذا اقترن الاستغلال الزراعي بعمليات تمويل الإنتاج الزراعي صناعيا فالتحول يدخل ضمن مفهوم الصناعة ، والصناعة عمل تجاري بحكم القانون ، فلو قام المزارع بتحويل قصب السكر إلى سكر، والقمح إلى دقيق فعمله هذا يعد عملا تجاريا .

***الإنتاج الفكري والفني /** ويتمثل بأعمال الكاتب والمؤلفين الملحنين فإنها تخرج من دائرة الأعمال التجارية لأنها ناتجة عن الفكر والذهن وغير مسبوقة بعملية شراء فمن يؤلف كتابا يقوم بطبعه بنفسه أو عن طريق ناشر لا يعد عمله تجاريا ولو حقق ربحا في حين عمل الناشر أو المتعهد بالطبع يعد عملا تجاريا ، لانه يقوم بشراء حق التاليف بقصد البيع والحصول على الربح . فهو وسيط بتداول الأفكار بين المؤلف والجمهور اضافة لتوفير المضاربة في عمله. كذلك بالنسبة للرسام او النحات فما يقوم به هو إنتاج موهبة شخصية لم تقترن بشراء .

***اصحاب ذوي المهن الحرة /** أعمال هؤلاء تأتي نتيجة استغلال لما سبق أن حصل عليها الإنسان من خبرة(الطبيب ، المحامي) وخبرته لم تأتي من عمليات شراء سابق بل هي إستغلال لما سبق ان حصل عليه الإنسان من معرفة وبالتالي تنتفي عنه صفة العمل التجاري . إن ذوي المهن يستثمرون ملكاتهم الفكرية وخبراتهم العلمية التي تتطلب كفاءة علمية وفنية خاصة كالأطباء والمهندسين والمحامين ، فعملهم لم يسبقه شراء او من يمارس هذه الأعمال لا يحصل على أرباح بل مقابل للخدمات التي يؤديها ، كما تقوم هذه المهن في معظم الأحيان على الثقة الشخصية بين من يمارسها وعملائه.

أما عمل الصيدلي / فقد كان يعد سابقا عملا مدنيا وليس تجاريا ، إلا ان النظرة قد تغيرت بشأنه حتى استقر كل من الفقه والقضاء على اعتبار مهنته تجارية وذلك لأن الصيدلي يقوم بشراء المواد الطبية لتركيبها وإعادة بيعها ، فضلا عن قيامه بشراء وبيع أدوية جاهزة من مؤسسات وشركات متخصصة . على ان عمل أصحاب المهن الحرة يفقد صفته المدنية ليصبح عملا تجاريا إذا تجاوز طبيعة العمل المهني كما لو قام الطبيب ببيع الأدوية على نطاق واسع لغير مرضاه او قيامه بتأسيس مصح او مستشفى بقصد المضاربة على إيواء المرضى وتغذيتهم يكون عمله عندئذ عملا تجاريا وياخذ صيغة المشروع القائم على شراء المنقول بقصد بيعه وتوريد الخدمات.

الشق الثاني / أن تكون هناك عملية بيع او ايجار. فشراء الأموال لأجل الاستعمال أو الاستهلاك لا يعد عملا تجاريا لأنه لا يعقبه بيع او ايجار ولا يشترط لاعتبار العمل تجاريا تحقق البيع او الإيجار فعلا لأن العبرة بقصد

البيع ، مثال لو اشتريت سيارة بقصد استعمالها الشخصي اي لم يتوفر قصد البيع عند الشراء ولكن حصل ان دفع لك أحد الأشخاص سعرا مغريا فبعتها فإن عملك هذا يعد مدنيا لان قصد البيع لم يتوفر عند الشراء.

ب- أن يرد الشراء أو الإيجار على مال منقول أو عقار / اي أن يرد الشراء على أموال منقولة وعقارات.

المنقول / هو كل شيء يمكن نقله دون تلف او كلفة باهضه مثل النقود والحيوانات والموجودات والمنقول نوعان (مادي ومعنوي) .

العقار/ هو كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله دون تلف او كلفة باهضه ، مثل المنازل والبنايات والجسور والمزارع.

ج- أن يتحقق قصد الربح . ينصرف مفهوم هذا الشرط إلى الباعث التجاري ويتجسد بنزل بنية المضاربة لتحقيق الربح اذ لا يتصور تجارية شراء المنقول أو العقار لأجل البيع او الإيجار دون هذا القصد . وعليه يعد عملا مدنيا شراء الجمعيات التعاونية والنقابات للبضائع والسلع وبيعها للمواطنين بسعر منخفض لانتفاء نية المضاربة وتحقيق الربح . ويلاحظ أنه لا يشترط تحقيق الربح فعلا فقد تهبط الأسعار للظروف الاقتصادية وتلحق بالشخص خسارة فلا يفقد العمل تجاريته طالما توفر الباعث التجاري ابتداءا عند الشراء . وفي بعض الأحوال تقوم المؤسسات التجارية ببيع السلع للجمهور بثمن أقل من ثمن الشراء أو بتقديم بعض الهدايا العينية دون مقابل، تبقى هذه الأعمال تجارية رغم تحقق الخسارة لتوفر الباعث التجاري فيها ، فجلب العملاء وزيادة قيمة المحل التجاري يعد دون شك مردودا ايجابيا يسمى بالربح الآجل.

٢- الاستئجار لغرض الإيجار ثانية بربح . ويلحق بعملية شراء المنقول أو العقار لأجل بيعه عملية استئجاره لغرض تأجيره ثانية بقصد الربح ، ذلك أن المستأجر يهدف من وراء ذلك المضاربة عن طريق إعادة التأجير ثانية لغرض الحصول على مردود مادي وهو الربح**. اي** تتحقق تجارية هذا العمل لأن المستأجر يهدف او يسعى من وراء المضاربة عن طريق إعادة التأجير ثانية إلى الحصول على مردود وهو الربح الذي سوف يتحقق من خلال عمله .

ثانيا / التعامل بأسهم الشركات وسنداتها

لا خلاف في أن جميع الأعمال التي تقوم بها الشركات التجارية تعد أعمالا تجارية . إذا أن هذه الشركات تهدف لاستغلال نشاط تجاري بنية المضاربة وتداول الاموال . والشركات أشخاص معنوية تعد قانونا تاجرا لاحترافها القيام بالأعمال التجارية، والشركات في القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ قانون الشركات المعدل هي شركات الأشخاص وتشمل (الشركات التضامنية - البسيطة - المشروع الفردي). ويراد بالتعامل بالأسهم والسندات كل بيع أو شراء او رهن أو أي تصرف آخر يراد به المضاربة وتحقيق الربح ، ومن هنا تتحقق تجارية هذه الأعمال . ويذهب جانب من الفقه للقول بامتداد الصفة التجارية لتشمل عمليات تأسيس الشركات التجارية او الإكتتاب باسهمها او الاشتراك يها انطلاقا من القول أن تأسيس الشركات لا يقوم إلا على (باعث تأسيس) الذي يتمثل باستغلال رؤوس الأموال استغلالا تجاريا عن طريق المضاربة لتحقيق الربح.

ثالثا / التعامل بالأوراق التجارية

تعرف الورقة التجارية بأنها" محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معين ويكون قابلا للتداول بالتظهير او بالمناولة " ومفهوم المادة السادسة من القانون اعتبر التعامل بالأوراق التجارية من الأعمال التجارية الشكلية تتحقق تجاريتها ولو لم يتحقق قصد الربح فهي تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته سواء مارسها تاجر أو غير تاجر ، وسواء كانت نيته الربح أم لا ، فيعد عمله تجاري .

الأوراق التجارية المعروفة بالتعامل هي:

١- السفتجة (الحوالة التجارية) ٢- الكمبيالة (السند الأمر) ٣- الصك

***الأعمال التجارية بصيغة المشروع /** وهي مجموعة من الأعمال التجارية التي يباشرها الشخص بصورة متكررة بحيث تصبح حرفة معتادة تتطلب تنظيم مسبق ولا يتصور قيامها دون توفر قصد الربح ولكنها قرينه بسيطة تقبل إثبات العكس وهذه الأعمال هي :

أولا / توريد البضائع والخدمات

التوريد: عقد يلتزم به شخص بتجهز شخص آخر ببعض الأموال المنقولة على شكل دفعات متتالية خلال فترة زمنية معينة مقابل ثمن أو أجر بحسب الأحوال. ويسمى الملتزم بالتوريد (الموارد) مثل توريد الملابس والأغذية. وقد يكون المتعهد بالتوريد من أشخاص القانون العام اي الدولة ومؤسساتها أو من أشخاص القانون الخاص مثل الأفراد والشركات .

يذهب اتجاه فقهي للقول بأن التوريد لا يعد عملا تجاريا الا إذا اشترى المورد الاموال التي يقوم بتوريدها وذلك اعتمادا على أن التوريد ما هو إلا شراء بقصد البيع . ويذهب رأي آخر للقول بأن التوريد يعد عملا تجاريا سواء تم شراء الأموال الموردة ام لم يكن هناك شراء لأن إشتراط الشراء يحول التوريد إلى شراء منقول بقصد البيع ويجعل من النص القانوني زيادة لا ضرورة لها. ومثال ذلك التعهد بتوريد الأغذية إلى المستشفيات أو توريد الملابس والأغذية الى الجيش . وهذا العمل في حقيقته يمثل نوعا آخر من عمليات الشراء لأجل البيع ولكن البيع يتم فيها قبل الشراء . ولا يهم في عملية التوريد صفة من يقوم به ، فقد يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص . ولا يقتصر التوريد على توريد البضائع فقط ، وإنما يشمل ذلك عمليات توريد الخدمات وتتمثل هنا بعمليات توزيع الماء والكهرباء والغاز وخدمات الهاتف وغيرها.

ثانيا / استيراد البضائع أو تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير

استيراد البضائع وتصديرها هي من المرتكزات الأساسية للتجارة الخارجية والتجارة الدولية بشكل عام إذ لا يتصور قيام هذه الأخيرة دون عمليات الاستيراد والتصدير. أن الاستيراد / هو شراء وكل تصدير هو بيع والعكس صحيح بالنسبة للطرف الآخر ولا يمكن قيام هذه الأعمال دون مشروع ، سواء كان القائم بها شخص طبيعي أو معنوي أذ يتطلب القيام بها الحصول على إذن الجهات المختصة ويكتسب من يحترفها صفة التاجر . ويضاف إلى هذه الأعمال ، أعمال أخرى هي ، أعمال مكاتب الاستيراد والتصدير وهي التي تقوم بتقديم خدمات لقاء عرض

واجرة ، اذ تقدم المشورة عن أماكن الإنتاج واستهلاك السلع والبضائع وأسعارها في الدول المختلفة ، وتعد أعمال هذه المكاتب تجارية لأنها تقوم على فكرة التوسط لتحقيق الربح .

ثالثا / الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية

يقصد بالصناعة ، عملية تحويل المواد الأولية إلى مواد مصنعة او نصف مصنعة لقضاء حاجات الإنسان ولا يشترط أن تكون المواد التي تستخدم في الصناعة أن تكون من المواد الخام بل ان الصناعة تمثل كذلك عملية تحويل المواد نصف المصنعة إلى مواد مصنعة من خلال تغييرها إلى مواد مصنعة ومثالها غزل الصوف ونسجه وتحويله إلى قماش او تحويل الأخشاب إلى أثاث . ولذلك فإن كل عمل صناعي يعد عملا تجاريا . وتقوم تجارية العمل الصناعي من كونه عملا يتضمن فكرة تداول السلع والبضائع بين المنتج والمستهلك ، فضلا عن توافر عنصر المضاربة على رأس المال وقوة العمل بقصد الربح . كذلك اعتبر المشرع العمليات المتعلقة باستخراج المواد الأولية أعمالا تجارية وهي الأعمال التي تتضمن استخراج المواد من باطن الأرض أو قاع البحر ومثالها عمليات استخراج النفط السائل والغاز والفحم وتجارية هذه العمليات تعود إلى أنها تتم بشكل محترف وتقوم على فكرة المضاربة بقصد الربح.

رابعا / النشر والطباعة والتصوير والإعلان

النشر هو كل عمل الغاية منه عرض الإنتاج الفني والذهنية على الجمهور فالناشر يشتري حقوق التأليف والإنتاج الأدبي والعلمي لعرضه على الجمهور، أي أن هناك توسط في تداول الأموال لتحقيق ربح مادي .

الطباعة والتصوير/ فهي شكل من أشكال الصناعة ، وهي عبارة عن تغيير في المادة بطريقة معينة تقوم على المضاربة في قوة العمل وشراء المواد الأولية اللازمة لمباشرة العمل. اما الإعلان / فتأتي تجاريته من كونه يهدف إلى تنشيط التداول للسلع عن طريق تعريف الجمهور بها وحثه على اقتنائها وبذلك يدخل ضمن مفهوم المضاربة الذي أخذ به مشرعنا في المادة الخامسة كمعيار للعمل التجاري .

خامسا / مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة

تشمل هذه الفقرة جميع التعهدات المتعلقة بالعقار مهما كان الغرض منها ، اي سواء كان أنشاء عقار لتحقيق غرض خاص مثل إنشاء المباني لسكن الأفراد أو أنشاء العقار لتحقيق غرض مثل أنشاء الجسور. ويلحق بالإنشاء عمليات الترميم والهدم والصيانة ، وهذه الأعمال لا تقوم الا من خلال مشروع تجاري محترف سواء قام المقاول بهذه الأعمال بنفسه وقدم مواد العمل اللازمة او اقتصر عمله على تقديم الأيدي العاملة فقط وفي كلتا الحالتين يعد العمل تجاريا . وتجارية هذا العمل متأتية من كونه عملا يتم تأديته بصيغة الاحتراف والدافع من وراءه دائما هو الحصول على الربح .

سادسا / خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى

تقوم مكاتب السياحة بتسهيل مهمة الأفراد وتقديم الخدمات لهم لقاء عوض مالي ينصب على ترفيه وتسلية وتقديم المواد إلى الجمهور وهو يتضمن فكرة المضاربة على خدمات الأشخاص وعملهم وتنطوي على شراء بقصد

الربح. وتعد أعمالها تجارية بغض النظر عن طبيعة العمل الذي تقوم به مدنيا كان أم تجاريا . ففي كلتا الحالتين تتحقق الصفة التجارية للخدمات التي تؤديها هذه المكاتب. اما أعمال الفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب هي أعمال تنصب على ترفيه وتسلية الجمهور لقاء عرض مالي واستنادا للعبارة الواردة بالنص (دور العرض المختلفة الأخرى) ، وعليه فأعمال المسارح ومدن الألعاب وحدائق الحيوان والسيرك والملاهي وأماكن الترفيه الأخرى المعدة لتقديم مثل هذه الخدمات لقاء عرض ، إذ أن هذه الأعمال تقوم على المضاربة على خدمات الأشخاص وعملهم وتنطوي على شراء بقصد البيع.

سابعا / البيع في محلات المزاد العلني

يقصد بمحلات المزاد العلني / الصالات المخصصة للعرض والبيع عبر بيع المواد المنقولة بطريق المناداة والمزايدة العلنية ، وتعد هذه الأعمال تجارية بغض النظر عن صفة البائع او المشتري وعن طبيعة الصفقة التي يتم إبرامها فيها.

إن الذي يحدد تجارية هذه الأعمال هو مزاولتها على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع التجاري ، ولا تعد تجارية المزايدات العلنية التي تقوم بها الدوائر الرسمية على أموال تملكها أو تشرف على بيعها مثل تصفية الشركات والتنفيذ على أموال المدينيين او بيع الأموال المهربة التي تصادرها الجمارك لأن هذه الأعمال تقع بصورة عرضية غير منتظمة . ويكتسب البيع في محلات المزاد العلني الصفة التجارية لأنه عمل على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع التجارية وبهدف الحصول على الربح .

ثامنا / نقل الأشياء أو الأشخاص

النقل / هو تغيير مكان الأشياء أو الأشخاص . ويخضع النقل لقانون خاص هو قانون النقل رقم ٨ لسنة ١٩٨٣ . والنقل / عبارة عن اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل شيء او شخص من مكان إلى آخر لقاء اجر معين.

انواع النقل هي :

النقل البري/ هو النقل الذي يحصل على الأرض بصرف النظر عن الوسيلة التي تستخدم فيها النقل.

النقل النهري/ هو نقل الشخص أو الشيء بواسطة الزورق او المراكب او الجنائب التي تعمل بجهد بدني أو آلي مسحوبة أو مدفوعة التي تجوب الأنهار والجداول والبحيرات .

النقل الجوي / هو نقل الأشخاص أو الأشياء جوا .

النقل البحري/ هو اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شيء بسفينة بحرا من مكان إلى لآخر لقاء أجر.

ويعد النقل عملا تجاريا أيا كان ألقائم بالنقل من أشخاص القانون العام كالدولة ومؤسساتها ، أو من أشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات الخاصة ويعد نقل الأمتعة والأثاث تجاريا كصور النقل الأخرى . وتجارية عمل النقل تتأتى من كونه عملا يتم بصيغة الاحتراف وبصيغة المشروع في الغالب ويهدف الى الحصول على الربح.

تاسعا/ شحن البضائع أو تفريغها او إخراجها

الشحن / هو وضع الأشياء المراد نقلها في الأماكن الخاصة بها في واسطة النقل

التفريغ / هو انزال البضائع وإخراجها من واسطة النقل لتسليمها للجهة المرسلة إليها ، وهذه النشاطات مكملة للنقل وتعتبر نشاطات محترفة لا يتصور أن يقوم بها الشخص عرضا ، والنقل المختلط يتم عن طريق حاوية في البر والبحر والجو.

الإخراج/ يقصد به تخليص البضائع من حوزة سلطات الكمارك وتسليمها إلى الجهة المرسلة إليها وهذه الأعمال تتم على وجه الاحتراف وبهدف الحصول على الربح .

عاشرا / استيداع البضائع في المستودعات العامة

يقصد بالمستودعات العامة : الأماكن التي تودع فيها الأموال المنقولة كالبضائع أو المحاصيل الزراعية لفترة زمنية قصيرة أو طويلة حسب مقتضى الحال . وعملية الاستدعاء : عملية منظمة وفق قواعد القانون حيث لا يمكن للمستودع التصرف بالأموال المودعة لديه أو نقل حيازاتها الا لمن له الحق فيها . اما الإيداع في المستودعات العامة : فإنه عقد يتعهد بمقتضاه المودع لديه ، شخصا طبيعيا كان أو معنويا بتسلم بضائع وحفظها لحساب المودع أو لمن تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى السندات التي يمتلكها . وعملية الاستيداع : تتم لقاء أجر يتم الاتفاق عليه وتصدر من عملية الاستيداع وثائق حددها القانون وهي شهادة الإيداع التي تثبت حق ملكية البضاعة للمودع وكذلك وثيقة الرهن في حالة رهن البضاعة . ويمكن للمودع التصرف في الأموال المنقولة كالبيع والرهن خلال فترة الاستيداع وذلك من خلال تظهير الوثائق المذكورة للغير لغرض بيعها أو رهنها ثانية . ويشترط لاعتبار هذا العمل تجاريا أن تتم مزاولته على وجه الاحتراف.

حادي عشر / التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية

تنصب هذه الأعمال على تسهيل مهمة الأفراد وتتولاها مكاتب خاصه تأخذ على عاتقها توفير المستلزمات الضرورية للمناسبات والحفلات التي تقام من قبل أشخاص القانون الخاص مثل حفلات الأفراد أو أشخاص القانون العام مثل حفلات المؤتمرات ، ولا تمييز حول طبيعة المناسبة او صفتها ، فالأصل ان عمل المتعهد على سبيل الاحتراف لقاء عرض فهو يضارب على بيع الجهد والخبرة الشخصية.

ثاني عشر / عمليات المصارف

ويقصد بها الأعمال التي ترد على النقود أو الأوراق المالية والتجارية والائتمان وألقى بهذه الأعمال إنما يتوسط في تداول الثروة ويبغي من وراء ذلك تحقيق مردود ايجابي (الربح) ، وتتم هذه الأعمال من قبل مؤسسات مصرفية متخصصة وأعمالها تجاريه سواء كانت مملوكة للأفراد أو للدولة ومؤسساتها العامة .ان كافة الأعمال التي تقوم بها المصارف أعمالا تجارية سواء كانت بمقابل أو بدون مقابل وسواء صدرت عن مصارف في القطاع العام أو مصارف القطاع الخاص وبغض النظر عن صفة الشخص الذي يتعامل مع هذه المصارف . أن العمل

المصرفي عمل يتم على وجه الاحتراف ويتضمن المضاربة على رأس المال والعمل بقصد الحصول على الربح . ومن عمليات المصارف ما يلي :

عمليات الصرف / يرد بالصرف مبادلة النقد بالنقد ، مثل استبدال النقد من عملة معينة بنقود من عملة أخرى، كمبادلة النقد الوطني بنقد اجنبي او استبدال نقود ذهبية بأخرى فضية او من أي معدن آخر.

خطاب الضمان / يتمثل بمنح ائتمان للعمل من قبل احد المصارف وذلك لمن يرغب في المشاركة في تنفيذ المشاريع العامة التي تعلن عنها الدولة تشترط على من يشترك في هذه المشاريع تقديم تأمين نقدي لضمان حسن تنفيذ العمل في الوقت المحدد ، تمنح المصارف بناء على طلب العميل خطاب ضمان بدفع مبلغ معين خلال مدة معينة بمجرد الطلب .

تأجير الخزائن الحديدية /هو عقد يتعهد المصرف بمقتضاه مقابل أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة معينة . وكل هذه العمليات المصرفية تعتبر تجارية من جانب المصرف ، اما العميل قد يكون تجاري إذا كان القائم بالتعامل مع المصرف تاجر أو مدني .

ثالث عشر / التأمين

عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغ من المال أو إيراد مرتب او أي تعويض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك مقابل أقساط او أية دفعة مالية أخرى يوديها المؤمن له للمؤمن. ويتضمن التأمين أنواع عديدة تختلف باختلاف نوع الخطر المؤمن ضده. فهناك التأمين ضد الحريق والسرقة والإصابات والتأمين من المسؤولية والتأمين على الحياة ....إلخ. والتأمين عمل تجاري يتم بصيغة الاحتراف حيث يقوم به في الاغلب شركات متخصصة تحترف هذا العمل وتهدف من وراء عملها الحصول على الربح الذي تحصل عليه جراء الفرق بين ما تحصل عليه من أقساط من قبل المؤمنين والذي يتجاوز الأعباء المالية التي تتحملها نتيجة الأخطار المؤمن ضدها في حالة تحققها . والتأمين على نوعين هما :

التأمين بالأقساط / وهو يقوم على فكرة الربح وهو التأمين الاعتيادي الذي تلتزم فيه شركة التأمين دفع مبلغ مقطوع أو إيراد مرتب للمؤمن له أو للشخص الذي يعينه في العقد في حالة تحقق الخطر المؤمن ضده ويتم تحديد مقابل التأمين من قبل شركة التأمين وفق أسس فنية تأخذ بنظر الاعتبار نسبة احتمالات تحقق الخطر. أما النوع الثاني فهو التأمين التبادلي / الذي يقوم على فكرة التعاون والذي يكون عادة بين مجموعة من الأشخاص يتعرضون لمخاطر متشابهة ، فيتعهد كل واحد منهم بدفع مبلغ من المال في صورة اشتراكات شهريه او سنوية تكون رصيدا موحدا يخصص لتغطية الخطر الذي يمكن أن يتعرض له أحدهم فبدلا من تحمل أحدهم الأعباء المالية نتيجة تعرضه للخطر لوحده يساهم كل فرد منهم أي جميعهم بذلك.

يعد التأمين على اختلاف أنواعه عملا تجاريا إذا تمت مزاولته على وجه الاحتراف وبهدف الحصول على الربح .

رابع عشر/ الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى

يطلق على هذه الأعمال اسم أعمال التوسط وتتم مزاولتها على وجه الاحتراف وبهدف الحصول على الربح ومنها:

الوكالة التجارية / هي عبارة عن قيام الفرد بإجراء المعاملات التجارية باسم ولحساب الغير (الموكل) ويعتبر الوكيل التجاري نائبا عن الأصيل وتنصرف أثار الوكالة إلى الموكل مباشرة فتقترب من الوكالة المدنية التي يقيم فيها شخص آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ، وتختلف الوكالة التجارية عن الوكالة المدنية ، أن الأولى من عقود المعاوضة التي تتم باجر ، بينما الثانية فهي من عقود التبرع .

الوكالة بالعمولة / هو عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة بإجراء التصرف القانوني باسمه الخاص لحساب الموكل، فلا يظهر اسم الموكل في العقد المبرم مع الغير ويترتب على ذلك ما يلي :

١- أن الوكيل بالعمولة هو الملتزم دون غيره تجاه من يتعاقد معه اي الغير طالما انه يجري التصرف باسمه وليس باسم موكله .
٢- ليس للمتعاقد مع الوكيل بالعمولة دعوى مباشرة قبل الموكل . فليس بإمكان الغير إقامة الدعوى مباشرة على الموكل لغرض مطالبته بدفع ثمن البضاعة التي باعها الى الوكيل بالعمولة او مطالبته بتسليم البضاعة التي اشتراها من الوكيل بالعمولة ،وإنما ترفع الدعوى على الوكيل بالعمولة مباشرة باعتباره المسؤول قانونا عن ذلك .

الوكالة بالنقل / هي عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بالقيام بالتصرفات القانونية باسم الناقل ولحسابه ، وهي أعمال تنظيمية لتقديم خدمات للناقل وتابعيه بمقابل عمولة .

الوكالة بالعمولة بالنقل / عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل لقاء عمولة أن يبرم باسمه ولحساب موكله الراكب أو المرسل عقد نقل ، وأن يقود عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بالنقل.

التمثيل التجاري/ هو اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه طرف يسمى الممثل التجاري بإبرام الصفقات باسم ولحساب الطرف الآخر وهو الموكل بصيغة مستديمة في منطقة معينة، والممثل التجاري نوع من انواع الوكالة التجارية الا انه يختلف عن الوكالة بالعمولة في أن الممثل التجاري يقوم بإجراء التصرفات القانونية باسم ولحساب الجهة التي يمثلها وليس باسمه كما هو الحال في الوكالة بالعمولة.

الدلالية أو السمسرة / هي عبارة عن عملية التقريب بين شخصين كي يتعاقدا لقاء عمولة يقبضها الدلال من كليهما وهي نسبة معينة من قيمة الصفقة او بنص القانون ، والدلال ليس وكيل بل وسيط يقتصر دوره على التقريب والتوفيق بين طرفين يرغبان بإجراء تصرف قانوني معين ولا يكون مسؤولا عن تنفيذ العقد الا إذا كان ضامنا في تنفيذ العقد اما إذا كلفه احد عملائه بإبرام العقد فيعد بذلك وكيلا وسمسارا في نفس الوقت.

الفصل الرابع

التاجر

يطلق القانون صفة التاجر على الشخص الطبيعي أو المعنوي عند توافر شروط معينة ولهذا التمييز أهمية قانونية حيث يخضع القانون التاجر لأحكام خاصة لا تطبق على غيره الغرض منها دعم النشاط التجاري الذي يعد أحد مقومات النشاط الاقتصادي للدول . حيث أن القانون التجاري يلزم التجاري دون غيرهم بالتسجيل في السجل

التجاري ومسك الدفاتر التجارية ويخضعهم لنظام الإفلاس بمقابل هذه الواجبات. هناك حقوق خاصة للتجار منها حق الاستيراد والتصدير والحق في الترشيح لانتخابات عضوية غرفة التجارة . لقد عرف قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في الفقرة الأولى من المادة السابعة التاجر بأنه " يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون "

يتضح من خلال النص أن التاجر بمفهوم القانون ، قد يكون شخصا طبيعيا (فردا) ، أو معنوي (شركة).

التاجر الشخص الطبيعي /

ينص القانون صراحة على أن من يمارس الأعمال التجارية بصيغة الاحتراف يكتسب صفة التاجر ، غير أن الاحتراف وحده لا يكفي فلابد أن يمارس الشخص الأعمال ولحسابه الخاص . وتضيف الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التجارة إلى صلاحية الجهة المختصة بالإشراف على النشاط التجاري بتحديد نوع ونطاق العمل التجاري بما يتفق وخطط التنمية ، ويعتبر هذا الأمر بمثابة قد جوازي على حرية ممارسة الأشخاص للنشاط التجاري في العراق . اذ لا تنتفي هذه الصفة في حالة انتفاء هذا القيد. وعليه فإن صفة التاجر لا تثبت لشخص الا إذا توافرت فيه الشروط التالية :

أولا / احتراف العمل التجاري ثانيا / أن يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص ثالثا / أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية .

أولا/ احتراف العمل التجاري /

الاحتراف / يعني توجيه النشاط بصفة دائمة ومعتادة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين ويتضمن الاحتراف عنصرين هما : الحرث و الاعتياد .

فالحرف / تعني تكريس نشاط الفرد لعمل معين واتخاذه مهنة له . وليس هناك ما يمنع الشخص من مزاولة اكثر من حرف مدنية وتجارية في أن واحد .

اما **الاعتياد/** فهو تكرار عمل أو مجموعة من الأعمال التجارية ويمثل الركن المادي للحرفة ، ولا يؤدي عدم توفر الاعتياد إلى انتفاء الاحتراف وبالتالي انتفاء صفة التاجر ، فالشركة التجارية بمجرد تكوينها وقيام شخصيتها المعنوية أي قبلة ممارسة أي نشاط تعد تاجر. ولا يتطلب الاعتياد قيام الشخص بعمل من نوع واحد او أن يكون له محل تجاري ، فعنصر الاعتياد يعتبر متوفرا سواء قام الشخص بتعاطي أعمال تجارية مختلفة او متشابهة بل انه يعتبر قائما حتى بالنسبة للشخص المتجول مادام انه يمارس ذلك النشاط على وجه الاحتراف.

الاستثناءات الواردة على مبدأ الاحتراف /

احتراف العمل التجاري يكتسب الشخص صفة التاجر ويخضعه للأحكام الخاصة بالتجار، إلا أن المشرع قد خرج على هذا المبدأ حيث استثنى بعض الأشخاص الطبيعية والمعنوية من هذا الوصف رغم احترافهم العمل التجاري وذلك لاعتبارات تتعلق بطبيعة العمل المحدد لهؤلاء الأشخاص وهذه الأشخاص هي :

١) الدولة ومؤسساتها

٢) الحرفيون

أولا / الدولة ومؤسساتها / الدولة عبارة عن شخص معنوي يقوم على مجموعة من المؤسسات المختلفة تهدف بمجموعها لتحقيق أغراض معينة ، اذ تمارس الدولة النشاط التجاري بصيغ مختلفة بحسب المفهوم الفلسفي والسياسي الذي يستند عليه ، فقد تهيمن على النشاط التجاري هيمنة تامة يستخدم دور القطاع الخاص فيها وقد تشترك مع أشخاص القطاع الخاص وقد يقتصر دورها على الرقابة دون الممارسة الفعلية للتجارة فيكون للقطاع الخاص الدور الرئيسي في الحياة التجارية . أن العلة في عدم اكتساب الدولة صفة التاجر يرتبط في الهدف الذي تسعى إليه وهو خدمة الصالح العام الذي يتمثل بتقديم أفضل الخدمات للمواطنين وتأمين حاجاتهم الأساسية بعيدا عن هدف الربح الذي يسعى إليه القطاع الخاص. وإذا كانت الدولة ومؤسساتها لا تكتسب صفة التاجر استثناءا فإن الأعمال التجارية التي تزاولها تخضع لاحكام قانون التجارة . كما أن الشركات العامة تكتسب الصف التجارية وتعتبر تاجرا بالرغم من تبعية هذه الشركات للدولة بشرط أن لا يتعارض ذلك مع طبيعة الخدمات التي تؤديها . وهذا يعني عدم امكانية تطبيق بعض أنظمة القانون التجاري على هذه الشركات ، مثل نظام الإفلاس التجاري الذي يتعارض تطبيقه والخدمات التي تقدمها هذه الشركات للمواطنين. فالدولة ضامنة لنشاط هذه الشركات وخضوعها للإفلاس يعني إفلاس الدولة وهذا لا يمكن قبوله ولا يمكن أن ينص عليه المشرع.

ثانيا / الحرفيون / يميز قانون التجارة بين من يمارس من يمارس النشاط التجاري على شكل مشروع تجاري من حيث التنظيم المهني وبين من يمارس نشاطه من خلال مهاراته الشخصية وبيعه لإنتاج مهاراته حيث يطلق عليهم مصطلح الحرفيون او أرباب الحرف الصغيرة . وتعتبر حرف صغيرة : كل حرفة ذات كلفة زهيدة يمارسها الشخص مقتصرا في ذلك على نشاط البدني أو على استخدام الآت ذات قوة متحركة صغيرة . اما أرباب الحرف الصغيرة : - فهم الصناع اليدويون - يمكن وصفهم في طبقة وسط بين طبقة التجار والعمال الإجراء.

ومع ذلك فإن الحرفي قد يتحول إلى تاجر إذا ما توسع في مجال عمله واستخدم عددا كبيرا من الآلات والعمال بصورة تزيد على متطلبات حرفته. إن استثناء أرباب الحرف الصغيرة رغم قيامهم بأعمال ذات طابع تجاري وعلى وجه الاحتراف يعود إلى رغبة المشرع في تحريرهم من الالتزامات المرهقة التي يخضع لها التاجر، منها على سبيل المثال ، الضرائب والتسجيل في السجل التجاري وغيرها.

ثانيا / أن يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص / لا يكفي لاكتساب الشخص صفة التاجر أن يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف بل يجب أيضا أن يمارسها باسمه ولحسابه الخاص لأن التجارة تفترض الاستقلال التام وهي تقوم على الائتمان الشخصي لذا يجب أن يمارس الشخص الأعمال التجارية باسمه ولحسابه الخاص وبذلك يتحمل جميع الآثار والنتائج المترتبة على مزاولته لهذا النشاط لذلك لا يكتسب صفة التاجر الأشخاص التالية :-

١- موظفو المحلات التجارية ومستخدميها / اذ يعتبر هؤلاء الأشخاص خاضعين لإدارة صاحب المشروع التجاري وغير مسؤولين شخصيا عن ما يقولون من أعمال ولا يكتسب هؤلاء الأشخاص صفة التاجر حتى وأن

اشتركوا في الأرباح أو تولوا إدارة المحل التجاري لان طبيعة العلاقة بينهم رغم مشاركة العلاقة تبعية ليحكمها عقد العمل .

٢- مديرو الشركات المحدودة والشركات المساهمة / هؤلاء يمارسون عملهم باسم الشركة ولحسابها الخاص بصفة وكلاء لها وتثبت صفة التاجر للشركة دون المديرين ، غير أن صفة التاجر تثبت لمديري شركات الأشخاص لان ممارسة أعمال هذه الشركات تكون بأسماء جميع الشركاء . وتجدر الإشارة إلى أن صفة التاجر يثبت للوكيل بالعمولة والممثل التجاري والدلال او السمسار رغم أن هؤلاء يمارسون أعمالهم التجارية لحساب الغير وليس لحسابهم الخاص ، والسبب في اكتسابهم صفة التاجر يعود إلى أن ممارسة هذه الأعمال يتطلب الاستقلال التام عن الغير في أعمال محترمة لذاتها يمارسها الشخص لحسابه الخاص وعلى وجه الاستقلال وتنصرف له جميع الحقوق والالتزامات.

سؤال / ما الحكم لو تعاطى شخص النشاط التجاري مستترا وراء شخص آخر ؟

الجواب / عندما يقوم شخص باحتراف الأعمال التجارية ولكن لحساب غيره ، كأن يكون صاحب المحل أو المشروع التجاري الحقيقي غير قادر على ممارسة التجارة أو ممنوع عليه احترافها بمقتضى بعض القوانين والأنظمة الخاصة بمهن معينة فيستتر وراء شخص آخر للقيام بالأعمال التجارية ، فلا نزاع في اكتساب المستتر صفة التاجر رغم عدم قيامه بالأعمال التجارية بنفسه والعله في هذا الحكم هي ان الساتر لا يمارس النشاط التجاري إلا لحساب المستتر الذي يتحمل فعلا مخاطر المشروع وتنصرف إليه جميع آثار التصرفات التي يجريها . أما الشخص الذي اعار اسمه (الشخص الظاهر) او الساتر فقد انكر الفقه عليه الصفة التجارية لانه لا يقوم بالعمل التجاري لمصلحته الشخصية ولا يتحمل فعليا مخاطر المشروع ، ويذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن ظهوره بصفة التاجر وارتباطه مع الغير بهذه الصفة دون الإعلان عن صفته الاصلية كله ذلك يؤدي إلى الزامه بصفة التاجر وتحميله جميع النتائج التي رتبها القانون على محترف التجارة ، اذ لا يتخلص من أحكام القانون من استعمل الغش في علاقته مع الغير خصوصا أن التجارة تقوم على مبدأ الائتمان الشخصي وبهذا أخذ قانون التجارة العراقي الملغي في حين لم يتعرض القانون الحالي إلى هذه المسألة.

ثالثا / أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية / لا يمكن للشخص الطبيعي أن يلتزم قانون الا إذا كانا أهلا للتعاقد . فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص لأحداث الأثر القانوني ، عليه فالتجارة تصرف قانوني يجب لمن يباشرها أن يتمتع بالأهلية اللازمة. فالتاجر لابد أن تتوافر فيه الاهلية التي ترتبط بالتمييز والإدارة وكلاهما يتأثران بالسن وأن لا يعتريها عارض من عوارض الاهلية لذا سوف نتناول انواع الاهلية القانونية وتأثر تلك الأهلية بالسن :

انواع الاهلية / هناك نوعان من الاهلية هما :-

- **اهلية الوجوب /** هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه فهي ترتبط بالشخصية القانونية لذا فإن كل شخص يتمتع بها حتى الجنين شرطا أن يولد حيا كثبوت النسب والحق في الميراث واستحقاق الوصية .

- **اهلية الأداء /** هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا ، اي هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والوصية وغيرها من التصرفات ، ومناط هذه الاهلية هو العقل والتمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن فقد التمييز لصغر سنه او لجنون يذهب بعقله وإدراكه كان عديم الأهلية .

تأثير الأهلية بالسن / يمر الإنسان بأدوار طبيعية ثلاثة من وقت أن يولد إلى أن يموت :

أولا / الصغير غير المميز (عديم الأهلية) / سن التمييز هي سبع سنوات فكل شخص لم يبلغها يعتبر فاقدا للتمييز ، أي عديم الأهلية وجميع تصرفاته باطلة وان أذن وليه ، ويلحق به المحجور عليه لعارض من عوارض الاهلية فلا يمكنه مباشرة النشاط التجاري ، إلا أن هذا الصغير قد يؤل إليه عن طريق الأرث ، الهبة ، الوصية ملكية محل تجاري أو حصة في مشروع تجاري .

بالنسبة لامتلاكه أسهم شركة تجارية عن طريق الإرث او الوصية او الهبة فقد أجاز المشرع على الصغير غير المميز الاستمرار في الشركة بشرط :

١- أن تكون هناك مصلحة للصغير . ٢- ان يكون له نائب يتولى إدارة هذه الاسهم. ٣- لا يسأل الصغير عن إفلاس الشركة الا في حدود حصته .

بالنسبة لامتلاكه محل تجاري عن طريق الإرث او الوصية أو الهبة ، فقد أجاز للمشرع للصغير غير المميز الاستمرار بالنشاط التجاري بشرط : ١- أن تكون هناك مصلحة للصغير غير المميز تقررها دائرة رعاية القاصرين بقرار رسمي . ٢- تعيين نائب للصغير تحدد صلاحياته .

هل يكتسب الصغير صفة التاجر؟

انقسم الفقه إلى قسمين :

الأول / يرى عدم اكتساب الصغير صفة التاجر لعدم بلوغه سن التمييز وان قواعد الاهلية من النظام العام.

الثاني / يرى أن صغير يكتسب صفة التاجر . وهذا هو الرأي الراجح ، فأنه يكتسب هذه الصفة وليس النائب طالما ان أثار التصرفات المتعلقة باستغلال المحل التجاري تنصرف إلى الذمة المالية للصغير وليس إلى النائب ، وبناء على ذلك فإنه يخضع لنظام الإفلاس ويمكن بالتالي اشهار إفلاسه على أن الإفلاس يقتصر أثره هنا على الأموال المستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الأخرى ، وذلك استثناءا من مبدأ وحدة الذمة المالية . كما لا تأثير للإفلاس على شخصه فلا يجوز حبسه او اعتباره متفالسا.

ثانيا/ الصغير المميز (ناقص الأهلية) / يعد الصغير مميزا من وقت بلوغه سن التميز (سبع سنوات)إلى وقت بلوغه (الثامنة عشر) ولا يقصد بوصفه مميزا انه اصاب تمييزا كاملا فهذا معناه بلوغ الرشد وإنما يقصد توفر بعض أسباب التمييز فهو لا يزال ناقص العقل وعليه فهو ناقص الأهلية . فهو يمارس الأعمال النافعة نافعا محضا

. اما الضارة ضرا محضا فإنه لا يستطيع لا هو ولا وليه مزاولتها . أما الدائرة بين النفع والضر فإنه يستطيع مزاولتها بإذن من وليه.

الصغير المأذون / يجيز القانون لما اكمل الخامسة عشر من العمر تعاطي التجارة في جزء من أمواله شرط الحصول على الإذن من الولي بترخيص من القضاء . وولي القاصر في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ هو الاب ثم المحكمة . أما في القانون المدني فهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة . أما بشأن اكتساب القاصر المأذون له بممارسة العمل التجاري صفة التاجر، فإنه يكتسب هذا الوصف ويتمتع بما يتمتع به التاجر من مزايا ، ويخضع بنفس الوقت للواجبات التي يفرضها القانون على التاجر فعليه التسجيل في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، ويجوز إشهار إفلاسه في حالة توقفه عن دفع ديونه التجارية أسوة بالتاجر كامل الأهلية .

ويرى جانب آخر من الفقهاء ، بأن أثار إشهار الإفلاس لا تشمل جميع أموال القاصر وإنما فقط الأموال الداخلة في الأذن وذلك حماية للقاصر واسوة بما قرره القانون للصبي غير المميز . بينما يرى البعض الآخر، أن آثار الإفلاس يجب أن تمتد إلى جميع أموال القاصر لان حضر آثار الإفلاس بالأموال الداخلة في الأذن فقط يؤدي إلى اضعاف الثقة بالقاصر وتقليل الائتمان بتجاريته.

شروط الأذن بالتجارة/

١- ألا يكون سن الصغير اقل من ١٥ سنة
٢- إن يصدر ترخيص من المحكمة للولي بأن يأذن للصغير وللمحكمة منح الاذن الصغير عند امتناع الولي عن ذلك وليس للولي حجر الصغير بعد إذن المحكمة بل للمحكمة وحدها أن تعيد عليه الحجر بإلغاء اذنها ، كما أنه وفاة الولي او فقدان أهليته لا يؤثر على الأذن الممنوح .
٣- أن يكون الأذن في بادئ الأمر مقصورا على جزء من أمواله لأن المال الذي يدفع للصغير يكون على سبيل التجربة فإذا تحقق رشد الصغير جاز للمحكمة أن ترخص للولي بأن يأذن للصغير التصرف بجميع أمواله.
والاذن اما يكون مطلقا بحيث يسمح للصغير بممارسة جميع صور النشاط التجاري أو مقيد بحيث لا يمكنه إلا مزاولة بعض الأعمال التجارية الاستيراد والتصدير أو التعامل بأسهم الشركات وسنداتها .

ثالثا / كامل الأهلية / سن الرشد هي ١٨ سنة كاملة، فإذا بلغ الصغير هذه السن غير مجنون ولا معتوه انتهت الولاية عليه وأصبح كامل الأهلية ، إما اذا بلغها مجنونا او معتوها فتستمر الولاية أو الوصايا عليه بحسب الأحوال. ويدخل في هذا الحكم (كامل الأهلية) من كان بعمر ١٥ سنة وكان متزوجا بإذن القضاء ، وكذلك المأذون بالتجاره يعامل معاملة كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة فقط ويفرق القانون العراقي في تعاطي التجارة بين العراقي والأجنبي .

اهلية الأجنبي / اهلية الأجنبي يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته ويستثنى من ذلك التصرفات المالية التي تبرم في العراق وتترتب آثارها فيه وكان أحد الأطراف اجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع لسبب في خفاء لا يسهل تبينه. فالأجنبي هنا يعتبر كامل الأهلية ، مثلا القانون الأجنبي يحدد سن اهلية

أعلى من القانون العراقي أو كان الأجنبي محجورا عليه لعارض من عوارض الاهلية مثلا والعراقي الذي يتعامل مع الأجنبي حسن النية لا علم له ، فالأجنبي يعتبر هنا كامل الأهلية.

شروط ممارسة الأجنبي للنشاط التجاري /

١-أن يكون بالغا لسن الرشد ١٨ سنة كاملة.

٢-أن يكون حاصلا على إذن من الجهات المختصة لممارسة النشاط التجاري .

٣-أن يكون نشاطها متفقا مع متطلبات التنمية .

شروط ممارسة المرأة الأجنبية للنشاط التجاري /

١-أن تكون بالغة ١٨ سنة كاملة .

٢-أن تكون حاصل على اذن الجهات المختصة لممارسة النشاط التجاري .

٣-أن يكون نشاطها التجاري متفقا مع متطلبات التنمية .

٤-الحصول على إذن بمقتضى قانون بلدها.

٥-التأشير في السجل التجاري حدود صلاحياتها لممارسة النشاط التجاري .

٦-بيان فيما إذا كان ذمتها المالية متحدة مع زوجها ام منفصلة عنه.

ب-اهلية العراقي / توجد قاعدة تحكم موضوع أهلية العراقي الذي يمارس النشاط التجاري :

- **القاعدة العامة /** أهلية قانونية ، وهي أن كل شخص اتم الثامنة عشر سنة من العمر ولم يتأثر بعارض من عوارض الاهلية يكون كامل الأهلية وأهلا لممارسة النشاط التجاري.
- **القاعدة الخاصة /** اهلية قضائية ، وهي أن كل شخص أتم الخامسة عشر سنة من العمر وكان متزوج فهو في حكم كامل الأهلية ، وللقصر الذي أتم الخامسة عشر من العمر ودفع له جزء من امواله لممارسة التجارة على سبيل التجربة بإذن الولي أو إذن المحكمة يعتبر كامل الأهلية، ولم يفرق القانون العراقي بين الرجل والمرأة بصدد الاهلية اللازمة لممارسة التجارة.

* **عوارض الاهلية /** عوارض الاهلية أربعة هي (المجنون ، المعتوه ، الغفلة ، السفه) وهي كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص وبالتالي لها تأثير على اهليته ، وسنوضح بإيجاز كل عارض ونذكر حكمة:

أولا/ المجنون / هو من فقد عقله او انعدام تمييزه ، فلا يعتد بأقواله وأعماله ، والمجنون المطبق عديم الأهلية لأنه فاقد التمييز فهو في حكم الصغير غير المميز ، جميع تصرفاته باطلة ، اما المجنون غير المطبق تصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل .

ثانيا / المعتوه / هو من ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون . والمعتوه في حكم الصغير المميز .

ثالثا / السفيه / هو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير ولابد من صدور قرار من المحكمة للحجر على السفيه عندئذ تصبح تصرفاته كتصرفات الصغير المميز.

رابعا / الغفلة / هو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الرابحة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغبن في المعاملات لسذاجته وسلامة نيته . وذو الغفلة تصرفاته كتصرفات الصغير المميز .

واجبات التاجر / يفرض القانون مجموعة من الواجبات على التاجر منها :

١) التسجيل في السجل التجاري ٢) اتخاذ اسم تجاري ٣) مسك دفاتر تجارية ٤) الامتناع عن المنافسة غير المشروعة.

اولا / التسجيل في السجل التجاري /

عرفت المادة ٢٧ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ السجل التجاري بأنه " سجل عام تنظمة الغرف التجارية والصناعية لقيد ما اوجب القانون على التاجر ، وما أجاز له قيده من بيانات تحدد هويته ونوع النشاط الذي يمارسه والتنظيم الذي يجري أعماله بموجبه وكل ما يطرأ على ذلك من تغير" . وللسجل التجاري أهمية تختلف في الواقع باختلاف الفكرة التي أدت إلى وضعه واختلاف الأنظمة القانونية من بلد لآخر . فهناك من الدول من تعد التسجيل التجاري بمثابة نظام قانوني موضوعي من خلاله يكتسب الشخص الصفة التجارية كالتشريع الألماني الذي يعد القيد في السجل شرطا لاكتساب الشخص صفة التاجر والبيانات المقيدة فيه حجة على الغير ولو كان يجهلها وبعض الدول لا تعتبر السجل التجاري نظاما أساسيا من نظام القانون التجاري كالقانون الفرنسي الذي ينص على أن التسجيل في السجل التجاري لا يعدو كونه قرينه قانونية بسيطة على اكتساب الشخص الصفة التجارية والبيانات المقيدة في هذا السجل لها حجية نسبية للغير وبهذا أخذ القانون التجاري .

*** شروط التسجيل في السجل التجاري /**

يشترط التسجيل في السجل التجاري الشروط التالية :

١-اكتساب الشخص لصفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، عراقيا او اجنبيا.

٢- يشترط في التاجر أن يكون لديه محل تجاري في العراق ، إذ ان عليه واجب التسجيل في السجل خلال مدة ٣٠ يوما من تاريخ افتتاح المحل التجاري وبناء على ذلك لا يقع واجب التسجيل على التاجر المتجول الذي لا يملك محلا تجاريا .

٣- تقديم طلب من قبل التاجر إلى غرفة التجارة يتضمن المعلومات المطلوبة قانونا .

*** البيانات الواجبة القيد في السجل التجاري /**

تدون في السجل التجاري بيانات معينة حددها القانون وحسب طبيعة التاجر إذا كان (فردا) أو (شركة).

أ- البيانات المتعلقة بالشخص الطبيعي (افراد) / وتصنف إلى ثلاثة أصناف هي :

- بيانات تتعلق بشخص التاجر : مثل اسم التاجر وتاريخ ومحل ولادته وجنسيته وتأشير الاحكام الصادرة بحقه مع بيان اسم الشخص الذي نائبا عنه.
- بيانات تتعلق بالنشاط التجاري : ويتضمن ذكر نوع النشاط التجاري الذي يزاوله التاجر كالاستيراد والتصدير والنقل وغيرها .
- بيانات تتعلق بالمحل التجاري : ويتضمن تاريخ افتتاح المحل التجاري أو تاريخ تملكه والاسم التجاري و عنوان المركز الرئيس وعناوين الفروع إن وجدت .

ب- البيانات المتعلقة بالشخص المعنوية (الشركة التجارية) / وتتضمن المعلومات 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 اكانت في العراق أو خارجه.

- أسماء الوكلاء وتاريخ ومحل ميلاد كل منهم وجنسيته .

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسجيل في السجل التجاري /

يقع على الغرفة التجارية والصناعية المختصة التثبت من صحة البيانات الواردة في السجل وان تراقب مطابقتها لواقع الحال . ومع ذلك فقد تخالف هذه البيانات الأحكام القانونية المتعلقة بالتسجيل في السجل ومع ذلك فإنه مخالفة أحكام التسجيل ترتب نوعين من الجزاءات :

أ- **الجزاء الجنائي /** في حال مخالفة المدة المقررة لإجراء القيد أو عند عدم ذكر ما يجب ذكره في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري أو تقديم بيانات ومعلومات وهمية كاذبة ، فالجزاء هو غرامة مالية لا تقل عن ١٠٠ دينار ولا تزيد عن ١٠٠٠ دينار . اما قانون الشركات فقد فرض عقوبة الحبس او الغرامة أو العقوبتين معا على كل شركة تعطي عن عمد بيانات ومعلومات غير صحيحة إلى جهة رسمية حول نشاط الشركة.

ب- الجزاء المدني/ يترتب على عدم التسجيل في السجل التجاري أو القيد الوهمي الكاذب ضررا للغير يجب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية.

الأهمية القانونية للسجل التجاري في القوانين التجارية / تتجلي أهمية السجل التجاري كنظام قانوني بما يأتي:

- يعتبر السجل التجاري أداة إستعلامية هامة يقوم على مبدأ العلانية ،ويمكن لكل شخص الاطلاع على محتوياته لقاء رسم محدد يدفع لغرفة التجارة.

- يعتبر السجل التجاري أداة إحصائية فعاله ، يعطي معلومات إحصائية دقيقة عن حالة التجارة المتعلقة برؤوس الأموال الموظفة والجهات الممارسة للأنشطة المختلفة.

- يؤدي التسجيل التجاري وظيفة اقتصادية فالمعلومات الإحصائية المأخوذة من السجل تساعد على إعطاء صورة واضحة وتقريبية للنشاط التجاري .

-يؤدي السجل التجاري وظيفة قانونية من حيث الاثبات فالمعلومات التي تدون فيه يمكن التمسك بها كحجة على الغير.

تنظيم السجل التجاري / أناط قانون التجارة بالغرف التجارية في المحافظات القيام بالمهام المتعلقة بالسجل التجاري المنصوص عليها في القانون . ويكون رئيس الغرفة التجارية المختصة مسؤولا عن مسك السجل التجاري فيها ، ويكون السجل التجاري على نوعين: ١) سجل اسمي / ويسجل فيها أسماء التجار في المحافظة ويكون هذا السجل الاسمي مرتبا حسب الحروف الأبجدية ، ويتضمن أسماء التجار كافة أفرادا أو شركات .

٢) وسجل نوعي / ويصنف فيها التجار بالمحافظة حسب نوع النشاط الذي يمارسوه . واوجب قانون التجارة على الغرفة التجارية نشر خلاصة عما يقيد في السجل من بيانات في نشرة خاصة تتولى إصدارها لهذا الغرض.

شطب القيد من السجل التجاري/ جميع المعلومات المتعلقة بالنشاط التجاري مدونه في السجل التجاري وعند توقف التاجر عن نشاطه التجاري فإن ذلك يؤثر في السجل ، أن شطب القيد في السجل التجاري يكون في الحالات الآتية :

١- ترك او اعتزال التاجر عن ممارسة نشاطه التجاري .
٢- وفاة التاجر
٣- انتهاء (تصفية الشركة)

شطب القيد يكون من قبل المسجل بناءا على طلب من التاجر في حالة اعتزال او ترك النشاط التجاري ومن ورثة التاجر عند الوفاة . ومن يصفي في الشركات وطلب الشطب يكون خلال ٣٠ يوما على الاقل . اما في حالة تصفية الشركة فإن على المصفى اشعار دائرة السجل التجاري عند انتهاء أعمال التصفية. وينبغي أن يقدم طلب الشطب في الحالات المذكورة خلال مدة معقولة كأن تكون ٣٠ يوما مثلا.

ثانيا / اتخاذ اسم تجاري /

تعريف الاسم التجاري : كل تسمية يزاول النشاط التجاري بموجبها أي شخص طبيعي أو معنوي . ويتألف من كل مصطلح مبتكر يعني للجمهور أية منشأه تجارية يديرها شخص طبيعي أو شخص كأن يقال مثلا، (محلات الأنيق لتجارة الأزياء الحديثة) ، وقد يكون عبارة عن الاسم المدني للشخص أو لقبه ويختلط بذلك مع الاسم التجاري فيصبح من العسير التفرقة بينهما ،لأن الاسم المدني او اللقب وسيلة لتمييز الفرد عن غيره ولا يمكن التنازل عنها ولا تقويمها بالمال ، في حين أن الاسم التجاري هو عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري له قيمه مالية ويمكن انتقاله للغير متى انتقلت ملكية المحل التجاري إلى الغير. لذلك فإن القول بأن الاسم المدني أو اللقب من ضمن عناصر الاسم التجاري يؤدي إلى الارباك والخلط .

شروط الاسم التجاري/

١- يجب أن يكون من الأسماء العراقية والعربية ويحق للشركات الأجنبية استخدام اسمائها مع اضافة(فرع العراق)
٢- أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، كان يتضمن تحدي سافر للأديان السماوية أو يتضمن نوعا من الإلحاد.
٣- أن يكون واضحا ولا يؤدي للإيهام بأنه تابع للقطاع العام في حين أنه تابع للقطاع الخاص.

تمييز الاسم عن غيره من المصطلحات /

١- تميز الاسم التجاري عن العلامة التجارية .

يقصد بالعلامة التجارية :كل ما يتخذ شكلا مميزا من الكلمات والإمضاءات والحروف والأرقام والرسوم والعناوين والأختام والتصاوير والنقوش او أي مجموع منها إذا استعمل او طلب استعماله لبضاعة تخص صاحب العلامة بسبب صنعها أو إنتاجها أو الاتجار بها او عرضها للبيع . اي هي كل رمز من شانه تمييز السلع المعروضة في السوق من قبل منتج معين لتمكين المستهلك من التحقق من البضائع والسلع التي يقدر نوعيتها ليتم طلبها مرة أخرى ، والعلامة التجارية تتكون من حروف او اشكال هندسية أو مجموعة ألوان متناسقة وهي عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري تنتقل للغير عند انتقال الملكية للغير. وتعتبر العلامة التجارية كالاسم التجاري مالا منقولا معنويا وعنصرا من عناصر المحل التجاري تنتقل معه للغير في حالة التصرف به وبيعه.

٢- تميز الاسم التجاري عن الرسوم والنماذج الصناعية .

الرسم الصناعي / هو كل ما يؤدي لكسب الإنتاج مظهرا خاصا ويمكن استعماله كتصميم له بطريقة صناعية أو حرفية مثال ذلك ورق الجدران أو الرسوم التي توضع على الأواني الخزفية والمواد اللاصقة للنسيج والسجاد . اما النموذج الصناعي / فهو كل تشكيل يمكن استعماله كتصميم لعمل إنتاج صناعي معين كنماذج السيارات والسفن والطائرات ، ويتمتع واضع الرسم والنموذج الصناعي بحماية القانون من الاستغلال غير المشروع لحقه .

النتائج المترتبة على اتخاذ الاسم التجاري/ يتم تسجيل الاسم التجاري من قبل مسجل الأسماء التجارية (رئيس غرفة التجارة) عند موافقة القانون ورفض تسجيله إذا كان مخالفا لأحكام القانون . وينبغي نشر قرار التسجيل او رفضه في نشرة الأسماء التجارية التي تتولى غرفة التجارة إصدارها ، ويكون قرار التسجيل او الرفض قابلا للاعتراض لدى محكمة البداءة خلال مدة ٣٠ يوما من التبليغ بالقرار. ويتم شطب الاسم التجاري إذا كان مخالفا للقانون ويكون الشطب بطلب من الغير، أو من قبل المسجل ذاته اذا تحقق لديه انه مخالفا للقانون ، وينبغي تثبيت الاسم التجاري على واجهة المحل التجاري .

ثالثا / مسك الدفاتر التجارية /

لقد جعل المشرع إمساك الدفاتر التجارية واجبا قانونيا بالنسبة للتاجر سواء كان فردا أو شركة وذلك بما للدفاتر التجارية من أهمية عملية تتضح من خلال الوظائف المحددة التي تؤديها في تنظيم عمل المشرع التجاري والتاجر، وقد فرض المشرع هذا الواجب على التاجر لما تقدمه هذه الدفاتر من فوائد عملية للتاجر وللغير وللخزينة العامة وعلى النحو الآتي :-

- يستطيع التاجر ومن خلال الدفاتر التجارية معرفة حقيقة مركزه المالي من حيث أصوله وخصومه وما لديه من سيولة نقدية .

- تمكن الدفاتر التجارية الجهات المختصة في الدولة وبلذات سلطات الضرائب من معرفة دخل التاجر و الأرباح التي حققها خلال السنة المالية لغرض تقدير الضريبة.
- في حالة توقف التاجر عن دفع ديونه وإشهار إفلاسه فإن دفاتره التجارية تساعد على التعرف على مدى صحة وسلامة اعماله التجارية.
- تقدم الدفاتر التجارية فائدة من الناحية القانونية حيث أنها تعتبر دليلا لاثبات المعاملات التجارية .

وتجدر الإشارة إلى أن التاجر يحق له حسب القانون بمسكك نوعين من الدفاتر التجارية الدفاتر التجارية هما :

أ- دفاتر تجارية إلزامية / وهي تتألف من :

- دفتر اليومية : وهو من اهم انواع الدفاتر التجارية ، حيث يقيد فيه تفصيلا ويوما بيوم كافة العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر ، وان يقيد في هذا الدفتر مسحوباته الشخصية يوما بيوم ، أي المبالغ التي ينفقها على منزله وشؤونه الخاصة . ان قيد جميع العمليات التجارية من بيع وشراء وقبض ودفع وغير ذلك من الأعمال بصورة مفصلة وبدفتر واحد قد يكون مدعاة للارتباك خصوصا في المنشآت الكبيرة التي تكثر فيها هذه العمليات وتتنوع مما يحسن معه تخصيص دفاتر مساعدة تتعدد تبعا لطبيعة العمليات التي يقوم بها التاجر . وبناءا على هذا الواقع أجاز المشرع للتاجر مسك دفاتر يومية مساعدة لقيد تفصيلات الأنواع المختلفة من العمليات التجارية التي يقوم بها مثل المشتريات والمبيعات والصندوق وأوراق الدفع وأوراق القبض .....وغيره . وفيها يكتفي بقيد إجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي شهرا بشهرا . وإذا لم يستطيع التاجر نقل المعلومات إلى دفتر اليومية الأصلي فإن القانون اعتبر كل دفتر مساعد دفترا أصليا . ويخضع بالتالي لما يخضع له دفتر اليومية الأصلي من الأحكام القانونية .
- دفتر الأستاذ : لا يقل دفتر الأستاذ أهمية عن دفتر اليومية ، الذي ينبغي أن يتضمن هذا الدفتر تفصيلات الأموال التي خصصها التاجر لتجارته ، علاوة على الميزانية السنوية للتاجر وحساب الأرباح والخسائر، وإذا تعذر تدوينها في الدفتر فينبغي أن ترفق به نسخة أو صورة منها . وينبغي على التاجر القيام في نهاية كل سنة بإجراء جرد للبضاعة الموجودة لديه وتقييمها وتقييدها في الدفتر.

والميزانية السنوية / تتضمن جدول حسابي يوضح المركز المالي الإيجابي والسلبي للتاجر حيث تتألف من جانبين : جانب الأصول / لما يملكه التاجر من أموال نقدية وآخرى منقولة وغير منقولة وحقوقه المالية لدى الغير، والجانب الثاني / جانب الخصوم الذي تثبت فيه جميع الديون المترتبة على التاجر علاوة على رأس المال بوصفه أول دين يحسب على ذمة التاجر وبعد إجراء الموازنة بين صافي الموجودات والديون يكون الفرق بينهما هو حساب الأرباح والخسائر.

- ملف صور المراسلات التجارية : ينبغي على التاجر أن يحتفظ بصور طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها او يستلمها والمتعلقة بتجارته وعليه أن يحفظ هذه المحاضرات بطريقة منظمة وواضحة تسهل معها المراجعة.

وهنا ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أنه أجاز القانون للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر اليومية المساعدة وعن ملف المراسلات وصورها باستخدام الأجهزة التقنية مثل الحواسيب والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي .

ب-الدفاتر التجارية الاختيارية / يسمح للتاجر مسك أية دفاتر أخرى غير الدفاتر الإلزاميه السابقة الذكر على تحقيق الغرض المذكور وهو ما يطلق عليها فقها بالدفاتر الاختياريه ذلك أن المشرع لم يخصها باسم

معين ولم يحدد عددها كما فعل بالنسبة للدفاتر الإلزامية . وكمثال على هذه الدفاتر هي دفتر المسودة الذي يدون فيه التاجر جميع العمليات التي يقوم بها التاجر تمهيدا لنقلها إلى دفتر اليومية بدقة واختصار. والقانون وضع أحكاما خاصة ينبغي على التاجر اتباعها في مسك الدفاتر التجارية وهي:-

* يجب أن تكون الدفاتر التجارية خاليه من كل فراغ أو شطب أو محو أو كتابة في الهوامش أو بين السطور.

*يجب على التاجر قبل استعمال دفتر اليومية الأصلي أن ترقم كل صفحة من صفحاته وإن يوقع على كل صفحة الكاتب العدل ويضع عليه ختم الدائرة بعد ان يذكر عدد صفحات الدفاتر .

*ينبغي على التاجر في نهاية السنة المالية تقديم دفتر اليومية الأصلي إلى الكاتب العدل للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال تلك السنة المالية.

* ينبغي على التاجر في حالة توقف نشاطه التجاري لأي سبب كان ، وعلى ورثته في حالة وفاته تقديم دفتر اليومية الأصلي إلى كاتب العدل للتأشير عليه بما يقيد ذلك .

للتاجر الحق في مسك ما يشاء من الدفاتر التي تحقق له القدر الكافي من التنظيم ، وهذه الدفاتر هي : -

أ- **دفتر المسودة /** هو دفتر الذي يسجل فيه التاجر جميع عملياته التجارية تمهيدا لنقلها إلى الدفاتر الإلزامية.

ب- **دفتر صندوق /** او الدفتر الذي يبين حركة النقود من وإلى الصندوق ، أي التي يقرضها او يقترضها التاجر وهي تساعد على تحديد المركز المالي للتاجر وسيولته النقدية.

ت- **دفتر الأوراق التجارية /** يتضمن تفاصيل الأوراق التجارية التي يتعامل معها التاجر كأسماء الأشخاص وعناوينهم والمبالغ ومواعيد الاستحقاق.

ث- **دفتر المخزن /** هذا الدفتر يؤشر في حركة السلع من وإلى المخزن مثل البيانات المتعلقة بالبضائع التي تسلمها او يسلمها التاجر.

حجية الدفاتر التجارية في الاثبات الاصل أن البيانات المدون في الدفاتر التجارية تقع في حجية نسبية وعليه يحق لكل شخص إثبات العكس وهذه ال حجية تختلف باختلاف الشخص الذي يستعين بها سواء كان تاجر أم غير تاجر وكما يلي حجية الدفاتر التي يستعين بها التاجر عند شخص ضد خصومه هنا لا تتمتع الدفاتر التجارية بأي شيء حجية قانونية سواء كانت إلزامية أو اختيارية منتظمة او غير منتظمة سواء كان الخصم تاجر أم غير ذلك سواء كانت الدعوة تجارية أو مدنية والعلة تتمثل بالقاعدة القانونية ليس لشخص أن يضع الدليل بنفسه .

حجية الدفاتر التجارية في الاثبات / الاصل ان البيانات المدونة في الدفاتر التجارية تقع بحجية نسبية ويحق لكل شخص اثبات العكس ، وهذه الحجية تختلف باختلاف الشخص الذي يستعين سواء كان تاجرا ام غير تاجرا وكما يلي :-

١- **حجية الدفاتر التي يستعين بها التاجر ضد خصومه /** هنا لا تتمتع الدفاتر التجارية باية حجية قانونية سواء كانت الزامية او اختيارية ، منتظمة ام غير منتظمة ، سواء كان الخصم تاجرا أم غير ذلك ، وسواء كانت الدعوى تجارية ام مدنية ، والعلة تتمثل بالقاعدة القانونية (ليس للشخص ان يضع الدليل لنفسه) .

٢- **حجية الدفاتر التي يستعين بها الغير ضد التاجر /** تختلف الحجية باختلاف نوع الدفاتر التجارية وكما يلي :-

أ- **حجية الدفاتر الالزامية /** يجوز لخصوم التاجر التمسك بتلك الدفاتر باعتبارها اقرار كتابي من التاجر سواء كانت منتظمة ام غير منتظمة وسواء كان الخصم تاجرا ام غير تاجر وسواء كانت الدعوى مدنية ام تجارية شرط أن يكون الإقرار موجودا فلا يجوز لخصوم التاجر التمسك بجزء من الإقرار واستبعاد جزء آخر ، فلو كانت الخصومة متعلقة بعقد قرض وفيه فوائد اتفاقية فليس للخصم أن يتمسك بالبيان الخاص بمقدار القرض ويستبعد البيان المتعلق بالفوائد الاتفاقية .

ب- **حجية الدفاتر الاختيارية /** الاصل أنها لا تتمتع بأية حجية قانونية إلا أن هذا الأصل يرد عليه الاستثنائين التاليين : -

* إذا ذكر التاجر صراحة انه توفى دينا .
* إذا ذكر التاجر أن البيان المذكور بالدفاتر الاختياريه يقوم مقام السند لمن تقرر الحق لمصلحته.

رابعا / الامتناع عن المنافسة غير المشروعة /

التجارة : هي نشاط اقتصادي يقوم على الثقة والأمانة والنزاهة في التعامل وعلى التاجر الالتزام الدقيق بذلك وإلا تعرض للمسؤوليتين المدنية والجزائية . ان حرية الأشخاص في ممارسة النشاط التجاري ليست مطلقة بل لابد من وجود قيود تفرضها الضرورات العملية والمصلحة العامة ومنع الغش أو تضليل المستهلك وتحقيق أهداف وطنية أو قومية . عليه أن جميع هذه العوامل تقرر عدم إطلاق حرية الأشخاص فلابد من تدخل المشرع في توجيه الأموال والأعمال على نحو يوفر الحماية اللازمة للمشرع التجاري من الصراع والمنافسة في البيئة التجارية بأساليب غير قانونية. والمنافسة غير المشروعة من حيث المصدر تكون على نوعين هما :-

١- **المنافسة غير المشروعة قانونا /** وهي كل فعل يشكل مخالفة للممارسات والقواعد والأعراف المدعية في المعاملات التجارية . اي هي الطرق او الأساليب التي يستخدمها التاجر والتي تخالف القوانين والعادات التجارية وتتعارض مع الأمانة والصدق في نطاق النشاط التجاري . والمنافسة غير المشروع قانونا تكون على عدة صور منها :

أولا / الأعمال التي تسيء إلى سمعة المنافس وتخلق الالتباس معه سلعه أو نشاطه التجاري مثل الاعتداء على علامة الغير التجارية أو رسومه والنماذج الصناعية أو الاعتداءات على براءات الاختراع او اتخاذ اسم تجاري مشابه لاسم محل تجاري آخر ونشر الإدعاءات الكاذبة التي تشوه الحقائق عن السلع والخدمات التي يقدمها التاجر على نحو يصرف عنه عملائه .

ثانيا / الأعمال التي تحدث الاضطراب في المحل التجاري المنافس مثل تحريض العمال الذين يعتمد عليهم في محل تجاري ما على ترك العمل من أجل استخدامهم لديه أو أغرائهم لإفشاء أسرار المحل التجاري.

٢- **المنافسة غير المشروعة اتفاقا /** يلجأ التاجر عادة إلى تضمين العقود التي يبرمومنها شروطا يمنع فيها بائع المحل التجاري من أنشاء محل تجاري آخر مماثل ، ويعد هذا الشرط موافقا للقانون شرط أن لا يكون مطلق المدة او شامل لكل أنواع التجارة بل لابد لصحته أن يكون المنع مقتصر على ممارسة ذات النوع من التجارة التي باعها وخلال مدة محددة وبحدود المنطقة التي يوجد فيها المحل التجاري، ويترتب على مخالفة شروط هذا الاتفاق قيام المسؤولية العقدية. فإن خالف البائع شروط الاتفاق للمشتري طلب التعويض أو فسخ العقد أو غلق المحل أو الامتناع عن دفع المتبقي من ثمن المحل التجاري الذي اشتراه.

الجزاء المترتب على القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة / لابد من توافر شروط دعوى المسؤولية التقصيرية من الخطأ الذي يتمثل بصدور فعل ضار يحرمه القانون او أي فعل يتنافى والأصول المتعارف عليها في البيئة التجارية ويتحقق الخطأ بمجرد وقوع الفعل المادي سواء صدر بنية الأضرار أو نتيجة الإهمال وعدم التحرز، والضرر هو عبارة عن الأذى الذي يصيب التاجر نتيجة للفعل الضار سواء كان الضرر مادي أو معنوي ، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر أي ان الضرر هو نتيجة للخطأ ، لذا تقضي المحكمة بالتعويض الذي قد يكون عيني مثل الحكم بحظر استخدام الاسم التجاري أو العلامة التجارية والتعويض قد يكون بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف المحلية كنوع من رد الاعتبار للمدعي ، فضلا عن الجزاءات الجنائية المقررة في القوانين الخاصة مثل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (١) لسنة ١٩٥٧ ، وقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠.

الفصل الخامس

مفهوم الشركات بوجه عام و أنواعها

أولا / مفهوم الشركة و خصائصها / تعني الشركة بمعناها العام " اشتراك عدة اشخاص في مشروع اقتصادي لأن المشاريع تتطلب ضم قدرات متنوعة : مالية ،فنية ،إدارية، يعجز الشخص منفردا عن تأمينها في الغالب" . وقد وجدت الشركة بهذا المفهوم منذ القدم، منذ أن وجد الإنسان الحاجة للتعاون مع غيره، وادى تزايد حاجات الأفراد والمجموعات البشرية إلى تزايد الحاجة للتعاون ، وأن الشركة عرفت في شريعة حمورابي وفي الشريعتان اليونانية والرومانية وغيرها من الشرائع .

وفي العراق عالج قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤ كل شيء يخص الشركات حيث تم تعريف الشركة وفقا للمادة ٤/اولا منه على أنها " عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة". ومن التعريف يمكن أن نحدد خصائص الشركة الآتية للشركة :

١- أن الشركة عقد : تتوفر فيه أركان العقد الثلاث وهي ، التراضي والمحل والسبب وهذه أركان عامة مطلوبة في كل العقود ، إلا أن عقد الشركة يتميز بخصائص مميزة يجب أجمالها بما يأتي:-

أ-عقد الشركة من العقود الشكلية التي تتحدد بالكتابة ، وعند تسجيل الشركة يتطلب الأمر تقديم العقد مرفقا بالطلب إلى مسجل الشركات ، إلى الشركات البسيطة والتي لا تتطلب إجازة ، فيقتضي أن يودع عقد تأسيسها المصادق عليه لدى مسجل الشركات قبل مباشرتها بالعمل.

ب- عقد الشركة من عقود المعاوضة ، أي أن كل طرف فيه لابد أن يعطي مقابلا لما يقدمه الأطراف الآخرين.

ج-عقد الشركة عقد مستمر، أي أن له امتداد زمني ، اي (ينفد بعنصر الزمن)، مثل عقد الإيجار .

د-تطابق مصلحة الأطراف، يتميز عقد الشركة بتطابق مساء مصلحة أطرافه ، وهو الحصول على الربح ، وينهار العقد إذا دب الخلاف بين أفراده. على خلاف العقود الأخرى ، اذ تكون المصالح متضاربة ، ويمثل العقد ترتيب لتلك المصالح .

و-يمكن تعديل عقد الشركة بقرار الأغلبية ، وذلك بعكس العقود الأخرى ، اذ لا يمكن تعديله او الغائه الا بقرار من جميع أطراف العقد .

٢- اشتراك اكثر من شخص : صفقة الشركة لا تتحقق إلا بالتقاء اكثر من إراداة ، لكن قانون الشركات العامة العراقي أجاز تكوين شركة من شخص طبيعي واحد وتدعى فيما بعد ب (المشروع الفردي)، ويكون هذا الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.
٣- تقديم حصة من مال أو عمل : من خصائص الشركة مشاركة الشريك في رأس المال ، بتقديم حصة ، وهذه قد تكون مالا أو عملا . والحصة المالية تنقسم بدورها إلى نقود او اعيان، فإذا كانت نقودا، فلا يثير الأمر مشكلة ، ولكن إذا كانت اعيان ، فتبرز مشكلة تقدير قيمة هذه الاعيان، لان حصة الشريك تكون مقابلا نقديا، ويمكن أن تكون الحصة المقدمة عملا وهي ما تعرف بالحصة الصناعية، كأن يقدم مهندس خبرته.
٤- اقتسام الأرباح والخسائر: من المعلوم أنه هدف الاشتراك في تكوين الشركة هو الحصول على الربح. ولكن قد لا يؤول نشاط المشروع لهذه النتيجة ، انما تنجم عنه خسارة ، فيقتضي أن يوزع الربح أو الخسارة على الشركاء . ويجري التوزيع عادة بناء على اتفاق الأطراف بشرط عدم استئثار البعض بالأرباح، أو أن يتحمل البعض كل الخسارة، وإلا كان الاتفاق باطلا. أما إذا خلا عقد الشركة من الاتفاق فيكون توزيع الأرباح والخسائر طبقا لمقدار حصة الشريك في رأس المال .

ثانيا/ بطلان الشركة / يعد عقد الشركة البسيطة باطلا حسب قانون الشركات العراقي في احد المواقف الآتية:-
- إذا لم يوثق عقد الشركة البسيطة ويصدق من الكاتب العدل ولم تودع نسخة منه لدى المسجل، ولم يتم نشره في نشرة او صحيفة يومية.
-إذا تتفق على أن احد الشركاء لا يسهم في الربح أو الخسارة .
-إذا لم يعين كيفية الادارة في العقد.

ثالثا/ الشخصية المعنوية للشركة / يقصد بها أن يبرز من عقد الشركة بعد استيفاء الشروط القانونية كائن قانوني مستقل عن الأشخاص المكونة له . اذ تنص المادة (٥) من قانون الشركات العراقي على " أن تكتسب الشركة الشخصية المعنوية وفق أحكام هذا القانون" وتكتسب الشركة البسيطة الشخصية المعنوية من تاريخ إيداع نسخة من عقدها لدى المسجل ، بينما الشركات الأخرى فتكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة تأسيسها". ومن المعلوم أن الشركات المحدودة والتضامنية والمشروع الفردي، تصدر شهادة تأسيسها خلال ١٥ يوما من نشر الموافقة على تأسيس الشركة ، أما في الشركات المساهمة فلا تصدر شهادة التأسيس

إلا بعد نجاح الاكتتاب وتقديم المؤسسين المعلومات بذلك ، وخلال ١٥ يوم من هذا التاريخ . اما تاريخ إنتهاء الشخصية المعنوية ، فيتحقق من تاريخ صدور قرار شطب اسمها لدى مسجل الشركات .

رابعا/ نتائج اكتساب الشركة الشخصية المعنوية/ يمكن توضيح نتائج اكتساب الشركة الشخصية المعنوية كما يأتي :-

١- **اتخاذ الشركة اسم /** ألزم قانون الشركات العراقي أن يكون لكل شركة اسم مستمد من نشاطها ، يذكر فيه نوعها مع اضافة كلمة (مختلطة) إن كانت مختلطة ، واسم أحد أعضائها في الاقل أن كان تضامنية أو مشروعا فرديا ، ويجوز إضافة أي تسمية مقبولة إن كانت مساهمة او محدودة . فيقال مثلا، شركة النقل التضامنية لمحمد عبد الجبار وشريكه ، او شركة النقل التضامنية لمحمد عبد الجبار ومحمود عبد الخالق ، وشركة الثقة المساهمة للنقل، أو شركة النقل الوطنية المحدودة ، مع اضافة كلمة مختلطة في الحالتين أن كانت الشركتان مختلطة.

٢- **جنسية الشركة /** تمنح الجنسية للجمعيات والشركات لغرض إخضاعها لرقابة الدولة من خلال الرابطة التي تتولد بين الدولة والشخص المعنوي ، علاوة على الاعتبار القانوني الذي يتجلى بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع الذي يكون فيه الشخص طرفا أو موضوعا له . واعتمد قانون الشركات العراقي اكتساب الشركة جنسية الدولة التي أجيزت بموجب قوانينها ، كما يشترط القانون أن يكون المقر الرئيس للشركة في العراق.

٣- **موطن الشركة /** موطن الشركة هو المكان الذي فيه المركز الرئيسي لها ، ويقتضي أن يكون في العراق بالنسبة للشركات المؤسسة فيه ، حيث نص القانون على أنه " يعتبر عنوان مركز إدارة الشركة المسجل عنوانا لمراسلاتها وتبليغاتها ، وعلى شركة اشعار المسجل بكل تغيير يطرأ على هذا العنوان، خلال سبعة أيام الحصول التغير" .

٤- **للشركة ذمة مالية مستقلة /** من النتائج المهمة لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية ، استقلالها بذمة مالية منفصلة عن ذمة الشركاء، مما يمكنها من التعامل مع الغير، ويترتب على استقلال الذمة المالية للشركة نتائج أبرزها : -

- لا يعد الشركاء مالكين لراس المال ، إنما يكون مملوكا للشركة.
- أموال الشركة تمثل ائتمان الشركة وبالتالي ضمان لدائنيها.
- إعسار احد الشركاء لا يؤدي إلى اعسار الشركة.
- أن المقاصة لا تجري بين دين الشركة وديون الشركاء.

٥- **اكتساب الشركة الأهلية /** تتمتع الشركات بالأهلية ، بمجرد اكتسابها الشخصية المعنوية ، والأهلية بنوعيها : اي صلاحية الشخص المعنوي لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ، وصلاحيات ممارسة التصرفات القانونية ، أي ان القانون يعترف بالتصرفات التي تمارسها ، كالبيع والشراء والرهن والتأمين وغيرها من التصرفات الضرورية لنشاطها ، وينوب عن الشركة مديرها المفوض او وكيلها. وتمتعها بالأهلية يعطيها حق التقاضي ، فتقيم الدعاوي على الغير ، وتقام عليها الدعاوى ، وتصدر بحقها الاحكام إلا ما ارتبط بالأشخاص الآدميين أيضا ، كالعقوبات السالبة للحرية.

خامسا / انواع الشركات / قبل أن نبين أنواع الشركات طبقا لأحكام قانون الشركات العراقي ، لابد من توضيح ما يقوله الفقه من تقسيمات مختلفة للشركات . والتقسيمات الشائعة هي :

١- **تقسيم الشركات إلى مدينة وتجارية /** تقسم الشركات الى تجارية ومدنية . ويتم تحديد صفة الشركة لأحد معيارين . المعيار الأول / هو معيار موضوعي (مادي) وبموجبه يتم النظر إلى طبيعة الأعمال التي تمارسها الشركة وفيما إذا كانت من طبيعة تجارية أم مدنية . وبناء عليه تكون الشركة تجارية متى كانت أعمالها تجارية، وتكون مدنية متى كانت طبيعتها كذلك . فمثلا ، الأعمال الزراعية حسب قانون التجارة تعد مدنية ، ولكن الفقه القانوني يرى أن الأعمال الزراعية وهي مدنية تصبح تجارية إذا مارستها شركات لها اسمها الخاص وعلامتها التجارية لأنه تحول إلى مشروع.

اما المعيار الثاني / لتحديد طبيعة الشركة فهو معيار شكلي ، وبموجبه تعد شركة تجارية إذا اخذت شكل شركة مساهمة او ذات مسؤولية محدودة او شركة تضامن وغيرها من الأنواع الشائعة في قانون الشركات عدا شركات المحاصصة .

٢- **تقسيم الشركات إلى شركات الأشخاص والشركات الأموال /** من المعلوم أن في بعض الشركات يغلب العنصر الشخصي على عنصر المال ، وبذلك يطلق على هذا النوع من الشركات شركات الأشخاص ، وفي البعض الآخر، يغلب العنصر المالي على العنصر الشخصي ، فيطلق عليها حينئذ شركات الاموال . وعلى وفق قانون الشركات العراقية ، فإن شركات الأشخاص هي (التضامنية ، شركة المشروع الفردي ، وشركة البسيطة) ، اما شركات الاموال فهي (الشركات المساهمة ، والشركات المحدودة). ويترتب على تقسيم الشركات إلى شركات اشخاص وشركات أموال نتائج هامة هي :-

أ- تقسيم رأس المال في شركات الأشخاص إلى حصص قد تكون متساوية أو غير متساوية ، بينما يقسم رأس المال في شركات الاموال إلى أجزاء متساوية يدعي كل منها سهما.

ب- خروج شركة من شركات الأشخاص أو دخول شريك جديد إليها ، تحيطه صعوبات ، وتوضع قيود على ذلك ، كاشتراط موافقة جميع الشركاء أو غالبيتهم ، كما هو واضح في قانون الشركات العراقي ، حيث نص على أنه " في الشركة (الخاصة) التضامنية، للشريك نقل ملكية حصته أو جزء منها إلى شريك آخر ولا يجوز نقلها إلى الغير الا بموافقة الهيئة العامة بالإجماع يطلق عليها بالشركات المغلقة . أما في شركات الاموال فإنه بإمكان العضو نقل ملكية أسهمه إلى الغير دون إشتراط موافقة الآخرين يطلق عليها الشركات المفتوحة .

ت- في شركات الأشخاص ، تكون مسؤولية الشركاء مطلقة وتضامنية اي أنها تمتد إلى جميع أموال الشركاء ، حتى ما كان منها خارج الشركة . أما في شركات الاموال فإن مسؤولية الشركاء محدودة بمقدار مساهمتهم برأس المال. فإذا كان المساهم قد سددت قيمة الأسهم التي يمتلكها، فليست عليه مسؤولية مهما بلغت ديون الشركة.

ث- في شركات الأشخاص فان اعسار الشركة يؤدي إلى اعسار الشركاء كما نص عليه قانون الشركات العراقي، علما بأن اعسار احد الشركاء في شركات الأشخاص قد يؤدي إلى انحلال الشركة. بينما في شركات الاموال لا يؤدي اعسار الشركة الى اعسار الشركاء، ولا يؤدي اعسار الشركاء الى اعسار الشركة.

٣- **تقسيم الشركات تبعا لملكية راس المال /** تقسم الشركات طبقا للجهة المالكة لراس المال إلى:

أ- **شركات خاصة /** يكون فيها رأس مال الشركة مملوكة بكاملها للأفراد

ب- **شركات مختلطة /** وفيها يتقاسم الأفراد والدولة رأس المال . والشركات المختلطة هي الشركات (المساهمة والمحدودة) فقط ، وهي شركات الاموال المعروفة في القانون العراقي . ولا تكون شركات الأشخاص شركات مختلطة بسبب المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء. ويجب أن تبلغ مساهمة القطاع الحكومي ٢٥% فأكثر من رأس مال الشركة المختلطة حسب قانون الشركات العراقي . وتكون الشركة خاصة إذا كانت نسبة مساهمة الدولة اقل من ٢٥% . كما أجاز القانون استثناء بعض الشركات واعتبارها خاصة حتى إذا وصل نسبة مساهمة الدولة فيها أكثر من ٢٥% ، وذلك حسب الاتفاق ، مثل شركة التأمين وإعادة التأمين ودائرة العمل والضمان الاجتماعي ، فممكن أن يساهمون بما يتجاوز ٢٥% لكنها تظل خاصة.

ت- **شركات عامة /** وفيها يكون رأس المال مملوكا بأكمله للدولة .

سادسا / تقسيم الشركات طبقا لأحكام القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤ / :

١- **الشركة المساهمة /** وهي شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن خمسة يكتتب فيها المساهمون باسهم في اكتتاب عام ويكونون مسؤولون عن ديون الشركة بمقدار القيمة الأسمية للأسهم التي اكتتبوا بها . واشار قانون الشركات العراقي إلى أنه يجب أن يأخذ شكل شركة مساهمة كل من يمارس أيا من النشاطات الآتية : المصارف ، التأمين وإعادة التأمين ، الاستثمار المالي . وعرف القانون شركات الاستثمار المالي " بأنها شركة يكون نشاطها الأساسي توجيه المدخرات نحو التوظيف والاستثمار في الأوراق المالية العراقية من أسهم وسندات وحوالات خزينة وفي ودائع ثابتة ".

وشركات الاستثمار المالي تخضع لاشراف البنك المركزي ، ولا يجوز لها أن تستثمر اكثر من ٥ % من رأس مالها في أسهم شركة واحدة. ولا يجوز لها أن تمتلك ما يجاوز ١٠% من رأس مال الشركة . ولا تقل السيولة النقدية في كل الأوقات عن ١٠% من رأس المال المدفوع .

٢- **الشركات المحدودة /** وهي شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن شخصين ولا يزيد عن ٢٥ يكتتبون فيها باسهم ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الأسمية للأسهم التي اكتتبوا بها.

٣-الشركة التضامنية / وهي شركة تتألف من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عن شخصين ولا يزيد عن ٢٥ يكون لكل منهم حصة منها ، ويكونون مسؤولين على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة .

٤- **المشروع الفردي /** شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكا للحصة الواحدة فيها ومسؤولا مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.

تأسيس شركات الاموال / تتابين الاتجاهات التشريعية للشركات بشأن تحديد النظام المطلوب لتأسيس الشركة على النحو الذي يلائم دورها المهم والخطير في الحياة الاقتصادية ، فأخذت بعض القوانين بنظام الحرية ، ومقتضاه ، أن الشركة عقد ينظمه القانون ، وتؤسس الشركة إذا ما قام بها المؤسسون بما يقرره من إجراءات وتبطل اذا ما اقترن بأحد اسباب البطلان كعدم مشروعية المحل . أن تأسيس الشركة يتطلب جملة من

المستلزمات الشكلية والموضوعية ، وقد يترتب تخلف أي منها بطلان الشركة ومسؤولية المؤسسين قبل المكتتبين والغير .

إجراءات تأسيس الشركة المساهمة المحدودة / تبدأ إجراءات تأسيس الشركة عامة بتقديم طلب بهذا المعنى إلى مسجل الشركات ، ويرفق به (عقد الشركة) الذي يعده المؤسسون موقعًا من قبلهم مع وثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة المساهمة بالأسهم المطلوبة مواقعة منهم . كما تقدم شهادة المصرف بإيداع كامل رأس المال في الشركة المحدودة او بالنسبة القانونية منه في الشركة المساهمة (الخاصة والمختلطة) ويصّدر مسجل الشركات قراره بقبول او رفض الطلب ، بعد مفاتحة الجهة القطاعية المعنية ، ويكون قراره قابلا للطعن أمام رئيس جهاز تسجيل الشركات ، وفق التفصيل الآتي :

أولا / عقد الشركة / ان فاتحة إجراءات التأمين قيام المؤسسين بإعداد عقد الشركة وتوقيعه من قبلهم ، ويجب أن يتضمن العقد (اسم الشركة) المستمد من نشاطها يذكر فيه نوعها مع اضافة كلمة (مختلطة) إذا كانت الشركة مختلطة ، ويمكن إضافة اية تسمية مقبولة الى اسم الشركة المساهمة أو المحدودة . ويجب أن يذكر في العقد المركز الرئيس للشركة (على أن يكون في العراق) وهدفها ورأسمالها وعدد الأعضاء المنتخبين في مجلس إدارة الشركة وأسماء المؤسسين وجنسياتهم ومهنهم ومحل اقامتهم ، وكذلك عدد أسهمهم ..... ويجب أن يكون العقد مستوفيا للأركان المطلوبة لانعقاد العقد من رضا ومحل وسبب ، اي يجب أن يكون الشريك كامل الأهلية لكين ينتج التراضي أثره القانوني.... ومن المهم أن نشير إلى ما نص عليه قانون المحاماة من عدم جواز تسجيل عقود تأسيس الشركة مهما كان نوعها الا إذا كانت منظمة من قبل محامي....

ثانيا / تقديم طلب التأسيس إلى مسجل الشركات ، ويرفق به عقد الشركة ووثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة المساهمة بالنسبة المطلوبة قانونا من الأسهم ،كما يرفق به أيضا شهادة المصرف الذي يتولى عملية الاكتتاب بايداع النسبة القانونية من رأس المال في الشركة المساهمة أو ايداع ا كامل راس المال في الشركة المحدودة قبل صدور شهادة التأسيس .

ثالثا / يتولى مسجل الشركات مفاتحة الجهة القطاعية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع خطة التنمية القومية ، كما يحق له مفاتحة أي جهة أخرى يوجب القانون مفاتحتها . وعلى جهة القطاعية المذكورة أبداء رأيها بالموافقة او الرفض ، خلال مدة ٣٠ يوما من تاريخ كتاب المسجل . ويجب على المسجل إصدار قراره بالموافقة على طلب التأسيس او رفضه خلال ٦٠ يوما من تاريخ تقديمه. ولوزير التجارة بناءا على طلب المسجل تمديد مدة الطلب ٣٠ يوما أخرى إذا اقتضت ذلك إجراءات مفاتحة الجهات القطعية .

رابعا / اذا وافق المسجل على طلب التأسيس لتوافر شروطه ، وجب عليه دعوة المؤسسين او من يمثلهم لتوثيق عقد الشركة أمامه او امام من يخوله ، ولتسديد رسوم التسجيل خلال مدة ٣٠ يوما من تاريخ تبليغهم بذلك ، وإذا لم يحضروا بدون عذر مشروع جاز للمسجل اعتبارهم صرفوا النظر عن الطلب ويقرر حفظه. إن قانون الشركات لم يشير إلى فرض حضور بعض الشركات وتخلّف البعض الآخر، ولا نرى مانعا من أن يتم التوثيق على التعاقب ولا يكون عندها هذا الإجراء قد استكمل الا بعد حضور جميع الشركاء.

خامسا / إجراءات الاكتتاب ، فقد اوجب قانون الشركات عن المؤسسين الاكتتاب بنسبة من أسهم الشركات المساهمة ، وطرح المتبقي على الجمهور للاكتتاب بها ، وذلك خلال مدة ٦٠ يوما من تاريخ موافقة المسجل على التأسيس .

سادسا / خاتمة إجراءات التأسيس ، هي الدعوة إلى اجتماع الهيئة العامة من قبل مؤسسي الشركة لغرض عقد الاجتماع التأسيسي خلال ٣٠ يوما من تاريخ صدور شهادة التأسيس وفق الإجراءات القانونية.

الطعن أو الاعتراض على قرار المسجل / اذا رفض مسجل الشركات طاب تأسيس الشركة المقدم إليه من قبل المؤسسين ، وجب عليه بيان سبب الرفض . ولطالبي التأسيس الاعتراض على قرار المسجل لدى وزير التجارة خلال مدة ٣٠ يوما من اليوم التالي لتبليغهم به ، ويجب البت في الاعتراض خلال مدة ٣٠ يوما من تقديمه ، فإذا رفض الوزير طلب مؤسس الشركة يحق لمقدم الطلب الطعن في قرار الوزير أمام محكمة مختصة خلال ٣٠ يوم. ان حق الاعتراض عند رفض طلب التأسيس يثبت قانونا لمقدم الطلب وبالتالي ، ليس لغيره حق الاعتراض ، ومع ذلك نرى جواز قبول طعن أو اعتراض طعن كل ذي علاقة ، استنادا لما ورد في الأحكام العامة من قانون الشركات ، حيث جوزّت المادة ١٩٧ من الاعتراض على قرارات المسجل لدى وزير التجارة خلال مدة ٣٠ يوما من تاريخ التبليغ بها .

الشركات العامة

الشركات العامة ، وهي وحدات تجارية اقتصادية تتسم بسمات خاصة تميزها عن غيرها من الشركات التجارية الأخرى. فهي تعد من أدوات تطبيق عملي للفكر الاشتراكي ، وصيغة لتوجيه النشاط التجاري والاقتصادي نحو تنظيم مبرمج ، يتسق مع مقتضيات الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تحكم عملية التحول الاشتراكي ، وتعد هذه الشركات مظهرا قانونيا جديدا يختلف عموما عن المفهوم التقليدي للشركات التجارية التي ترتبط من حيث كونها أدوات قانونية بمبدأ الفلسفة الفردية القائم على حماية المصالح الخاصة ورعايتها كهدف محدد . ان شركات القطاع العام في العراق تمارس مختلف أوجه النشاط التجاري ، بجانب شركات القطاع المختلط والخاص سواء على صعيد الخدمات أو في إطار التجارة في السلع الإنتاجية أو مجال التجارة الاستهلاكية أو في غير ذلك من مجالات التجارية الواسعة.

تكوين شركات القطاع العام / تنشأ شركات القطاع العام وفق اسس قانونية وفنية، تستمد طبيعتها من المفاهيم المبدئية للفكر الاشتراكي ، فلا يخضع تأسيس هذه الشركات عموما لاحكام قانون الشركات الخاصة، حيث ان إنشاء شركات القطاع العام تتولاه الدولة بنفسها مباشرة أو من خلال هيئاتها العامة ، ويتم ذلك بصيغة إصدار قانون خاص يتضمن جملة القواعد الأساسية التي يرتكز عليها إنشاء الشركة ، سواء فيما يتعلق بالمؤسسين وراس المال أو بالإدارة وبكيفية الاستغلال ، وتحقيق الأغراض ، وبهذه الصورة تم إنشاء معظم شركات القطاع العام ، مثل الشركة العامة للسيارات ، والشركة العامة لتجارة المواد الغذائية وغيرها من شركات القطاع العام.

يجب أن يكون لكل شركة عقد تأسيس يتضمن البيانات الخاصة بأغراض الشركة وصلاحياتها كشخص قانوني، من حيث التعاقد وإجراء الصفقات مع الغير ، ويتضمن العقد أيضا أساس الادارة وحجم رأس مالها الذي تستغله

ومدى مسؤولياتها تجاه الغير. ويعتبر العقد نافذ المفعول من لحظة التصديق عليه ، بيد انه يجب نشره في الجريدة الرسمية .

وتتخذ شركات القطاع العام كصيغة للتأسيس شكل شركة المساهمة الخاصة إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن عدد المؤسسين لا يخضع لحد أدنى معين كما هو عليه الأمر بالنسبة للشركة الأخيرة التي تستلزم قانونا لغرض تأسيسها توافر ٥ اشخاص في الاقل ، لذا فإن شركة القطاع العام قد تقوم دون مشاركة، ولا يوجد عادة سوى شخص عام واحد يتكفل بإنشائها ويقع عليه وحده رصد راس المال المناسب مع أهمية أغراض المشروع . لذا فإن شركة القطاع العام لا تلزم بتقسيم رأس مالها إلى اسهم متساوية القيمة ومن ثم طرحها للاكتتاب العام على الجمهور، فرأس المال ، اما أن يكون مملوكا بتمامه لشخص عام واحد ، وعلي لاحاجة لتقسيمه أصلا ، وأما ان يشترك اكثر من شخص عام واحد بتقديمه ، وهنا يلتزم كل شريك بتقديم نسبة معينة منه عن طريق (الأكتتاب المغلق) الذي فيما بين المؤسسين فقط دون مشاركة الجمهور.

النظام القانوني لشركات القطاع العام/ يرتكز النظام القانوني لشركات القطاع العام على أسس مركزية محدودة، هي أن لهذه الشركات شخصية معنوية أولا، واستقلال مالي ثانيا ، وإدارة لا تخضع للقوانين والأنظمة المتبعة في دوائر الدولة ثالثا.

اولا / الشخصية المعنوية / لشركة القطاع العام شخصية معنوية مستقلة ليس فقط عن الأشخاص الذين يتولون إدارتها ، ولكن عن الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي قام بتأسيسها. لذا تكتسب شركات القطاع العام الشخصية المعنوية بقانون إنشائها أو بمقتضى قوانين التأمين في حالة ما إذا كانت من شركات القطاع الخاص ونقلت ملكيتها إلى الشعب . أن استقلال الشخصية المعنوية لهذه الشركات ليس مطلقا ، بل أنها تخضع عموما لرقابة الدولة ، وليس بإمكانها تجاوز الأغراض المحددة لها قانونا ، فهي محكومة بمبدأ التخصص العام القائم على قصر نشاط الشخص المعنوي على الغرض الذي أنشئ من أجله ، فإذا حصل وان اجرت تصرفات خارج تلك الأغراض ، فإنها تعد باطلة .

ثانيا / الاستقلال المالي / يترتب على الاعتراف لشركات القطاع العام بالشخصية المعنوية ، أن يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة ، أو الشخص المعنوي العام المنشئ لها . وعناصر هذه الذمة هي الأموال المنقولة وغير المنقولة التي خصصتها الدولة للشركة عند إنشائها أو تركتها لها في حالة تأميمها ، فالاستقلال المالي ، يعني إذا وجود أموال تحت تصرف الشركة كي تتمكن من اجراء التصرفات القانونية المتعلقة بنشاطها بصورة مستقلة ، وعليه فان استقلال الذمة المالية لشركات القطاع العام تؤدي إلى:-

١- أن الشركة تعد مسؤولة عن ديونها والتزاماتها بصفة شخصية ، فذمتها ضمان لدائنيها .
٢- أنها تعتمد على مواردها الذاتية - التمويل الذاتي - في تسيير نشاطها، ولها في ذلك إقتراض المبالغ من المؤسسات المصرفية أو تحويل الاحتياطي إلى رأسمال .
٣- لشركات القطاع العام نظام محاسبي ومالي خاص تراعى فيه قواعد المحاسبة التجارية ، اي أنها لا تخضع للنظم الحالية المتبعة في دوائر الدولة ، والعلة في ذلك ، هو مرونة قواعد المحاسبة التجارية انطلاقا من الطبيعة خاصة للنشاط التجاري الذي يستلزم السرعة في إيقاع التصرف الائتمان في المعاملات .

ثالثا / إدارة شركات القطاع العام / تعتمد شركات القطاع العام أسلوبا أداريا يتلائم وطبيعتها القانونية الخاصة، وتتولى قوانين إنشاء هذه الشركات أو قوانين تأميمها وانظمتها بيان اسس الجهاز الإداري الذي تقع عليه مهمة تسييرها. ان مهمة إدارة شركات القطاع العام بمجلس الإدارة الذي يتكون من عدد معين من الأعضاء يتم اختيارهم وفقا للنظام الداخلي لكل شركة على حدة وعلى أن يكون لهذه الشركات مدير عام تتولى الجهة المختصة التي ترتبط بها الشركة مهمة تعيينه ، ويتألف جهاز كل هيئة من الهيئات مما يلي :-

مدير عام الشركة أو وكيله / ورئيسا

مدير المعمل الفني / عضوا

مدير الإنتاج / عضوا

مدير الحسابات / عضوا

مدير المخازن / عضوا

عامل / عضوا

عامل / عضوا

تتمثل صلاحية هيئات الادارة بصفة عامة بوضع سياسة المشروع وتصريف شؤونه واتخاذ القرارات اللازمة لإدارته ماليا وفنيا ، وتطويره ومناقشة ميزانيته وحساباته الختامية .

إن أسلوب ادارة شركات القطاع العام يخضع للنظام الإدارية الخاصة التي تلتزم بالأصول التجارية ، وتخضع بنفس الوقت للضرائب التجارية والصناعية ، والواقع أن هذا النمط من الادارة يتلائم مع طبيعة نشاط هذه الشركات باعتبارها وحدات اقتصادية تقوم على تنفيذ مشاريع حيوية وفقا لخطة التنمية القومية.

الفصل السادس

إدارة الشركات

مقدمة / غالبا ما تتمثل ادارة الشركات في هيئتها العامة باعتبارها اعلى سلطة فيها وهي المسؤولة عن رسم خطط الإنتاج وكيفية تحقيق الأهداف المحددة في العقد ، في حين يتولى مجلس الإدارة في الشركات المساهمة، والمدير المفوض في الشركات الأخرى المهمة التنفيذية بترجمة السياسات التي أقرتها الهيئة العامة إلى خطوات تنفيذية . وعلى هذا الأساس سيتم معالجة الموضوع في فرعين وكما يأتي :

أولا/ الهيئة العامة / تعد الهيئة العامة أعلى سلطة في الشركة، ويطلق عليها أحيانا (الجمعية العامة) وتتكون الهيئة العامة من (جميع أعضاء الشركة)، وسنتناول أحكامها بالبحث على الشكل الآتي:-

١-اجتماعات الهيئة العامة / للهيئة العامة ثلاثة أنواع من الاجتماعات هي :-

أ- **الاجتماع التأسيسي /** حسب القانون يلزم المؤسسون للشركة بالدعوة لانعقاد اجتماع التأسيس خلال ٣٠ يوما من تاريخ صدور شهادة التأسيس للشركة ، وإذا تخلف المؤسسون عن الدعوة لهذا الاجتماع ، يتولى مسجل الشركات هذه المهمة.

ب- الاجتماعات العادية / وهو الاجتماع الدوري عادة الذي يعقد لمراجعة نشاط الشركة خلال فترة معينة يحددها القانون، وقد الزم القانون الهيئة العامة في الشركة المساهمة مرة واحدة الاقل في كل سنة. وفي الشركات الأخرى مرة واحدة في الاقل كل ستة أشهر. وسبب التمييز بين الشركات هو كلفة الاجتماع العالية بالنسبة للشركة المساهمة مقارنة بالشركات الأخرى بسبب عدد الأعضاء الكبير فيها . وتجري الدعوة لعقد الاجتماع العادي من قبل رئيس مجلس الإدارة بقرار من المجلس في الشركات المساهمة ، ومن المدير المفوض في الشركات الأخرى ، وإذا تخلف هؤلاء عن الدعوة يقوم بها المسجل.

ج- الاجتماع غير العادي / وهو الاجتماع الذي اوجب المشرع انعقاده بحضور عدد معين من مالكي الأسهم أو الحصص في الشركة نظرا لخطورة الموضوعات المطلوب مناقشتها في الاجتماع . كزيادة رأس المال أو تخفيضه او اندماج الشركة أو تحولها او تصفيتها . ويدعو لعقد الاجتماع ، اما مجلس الإدارة أو المدير المفوض او بناء على طلب أعضاء في الشركة يملكون ما لا يقل عن ١٠% من رأس المال المدفوع ، أو بطلب من الجهة القطاعية المختصة أو مراقب الحسابات . وجدير بالذكر أن الدعوة للاجتماع تكون بالإعلان في النشره وفي صحيفتين يوميتين وفي سوق بغداد للأوراق المالية بالنسبة للشركات المساهمة ، وهي الشركات ألاخرى تكون الدعوة بوسائل مسجلة ترسل للشركاء عن عناوينهم المسجلة لدى الشركة ، ويحدد في الدعوة مكان الاجتماع وزمانه على أن لا تقل المدة ١٥ يوم بين موعد الاجتماع وآخر إعلان او التبليغ بالاجتماع. كما تتضمن الدعوة للاجتماع جدولا بالأعمال .

٢- شرعية الاجتماعات / تعني الشرعية استيفاء الاجتماع للشروط التي تطلبها القانون ، والتي تتضمن وجوب الإعلان عن موعد الاجتماع ومكانه وزمانه ، والجهة التي تدعو لعقد الاجتماع ، ويجب توافر النصاب القانوني في الاجتماع ، اذ يختلف النصاب القانوني في الاجتماعات العادية عنه في الاجتماعات غير العادية . فمثلا اذا اقتصر الاجتماع وبالتالي جدول الأعمال على مناقشة الميزانية ، وخطة الإنتاج ، فحينئذ يكون النصاب مكتملا عندما يحضره عددا من الأعضاء يملكون أكثرية الأسهم أو الحصص المكونة لرأس المال . وإذا لم يتحقق هذا العدد فيؤجل الاجتماع إلى الموعد نفسه في الأسبوع التالي وفي نفس المكان . ويكون النصاب في هذه الحالة متحققا بحضور أي عدد من حملة الأسهم والحصص . أما إذا كان المطلوب من الاجتماع تعديل عقد الشركة او زيادة رأس مالها أو تخفيضه او اقالة مجلس إدارتها او أي عضو فيه أو دمجها أو تحويلها او تصفيتها ، حيث يعتبر الاجتماع غير عادي ، فلا ينعقد الاجتماع الا بحضور النسبة المطلوبة في الاجتماع الأول العادي ، أي أكثرية حملة الأسهم أو الحصص . ولم يعالج قانون الشركات حالة ما إذا لم يتحقق النصاب المطلوب.

٣- الحضور إلى اجتماعات الهيئة العامة / من حق الأفراد المالكي لعدد من أسهم الشركة أو الحصص فيها ، الحضور في الاجتماعات والتصويت ، لذا فان اي حرمان للشريك من هذا الحق يكون بغير حق حسب القانون . ولم يحدد القانون في الشركات المساهمة حدا أدنى من الأسهم يقتضي أن يملكها الشريك ليكون له الحق في التصويت ، وقانون الشركات يبين ان لكل مساهم عدد من الاصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها. واجاز

القانون الإنابة في حضور اجتماع الهيئة العامة ، اذ بين القانون بأن للعضو توكيل الغير بوكالة مصدقة للحضور والتصويت في اجتماعات الهيئة العامة ، كما يجوز له أنابه غيره من الأعضاء لهذا الغرض .

٤- **اختصاصات الهيئة العامة /** نص قانون الشركات العراقي على مهام الهيئة العامة للشركات وكما يأتي:-

- مناقشة وإقرار تقرير المؤسسين حول إجراءات تأسيس الشركة عند عقد الاجتماع التأسيسي
- انتخاب ممثلي المساهمين غير القطاع العام في مجلس إدارة الشركة المختلطة من قبلهم ، وممثلي جميع المساهمين في مجلس إدارة الشركة المساهمة الخاصة واقالتهم .
- مناقشة تقارير كل من مجلس الإدارة في الشركة المساهمة والمدير المفوض في الشركات الأخرى واتخاذ القرارات اللازمة .
- مناقشة الحسابات الختامية لشركة والمصادقة عليها مناقشة وإقرار الخطة السنوية المقترحة والموازنة التخطيطية للسنة التالية في غير الشركات المساهمة .
- تعيين مراقب الحسابات وتحديد اجوره في الشركات الخاصة .
- مناقشة الاقتراحات الخاصة بالاقتراض والرهن والكفالة واتخاذ القرارات بشأنها في الشركات المحدودة والتضامنية .
- اقرار نسبة الأرباح الواجب توزيعها على الأعضاء وتحديد نسبة الاحتياطي الزامي واية احتياطات أخرى تراها مناسبة .
- تحديد مكافآت رئيس وأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة والمختلطة الخاصة بما يتناسب والجهد المبذول في إنجاز المهام وتحقيق الخطط والأرباح .
- اقرار قواعد الخدمة في الشركة المساهمة المختلطة المعدة من مجلس الإدارة بالتنسيق مع الجهات القطاعية المختصة.

ثانيا / مجلس الإدارة والمدير المفوض /

١- **مجلس الإدارة /** في شركات المساهمة بين القانون كيفية تكوين مجلس الإدارة واختصاصاته ، وأوضح بأنه يقتضي أن يكون أعضاء مجلس الإدارة مالكين لجزء من رأس المال ، واجاز قانون الشركات العراقي اشراك العاملين في الشركة بالإدارة لكونهم أحد أطراف العملية الإنتاجية .

أ- **تكوين مجلس الإدارة في الشركات /** يختلف مجلس الإدارة في الشركات المختلطة عنه في الشركات الخاصة :

- **مجلس الإدارة الشركات المساهمة المختلطة /** يتكون مجلس الإدارة في الشركات المساهمة المختلطة من سبعة أعضاء اصليين يتم اختيارهم كما يأتي :

- اثنين أعضاء يمثلون قطاع الدولة ، يعينون بقرار من الوزير المختص للقطاع الذي تنتمي إليه الشركة أو من يخوله .
- خمسة أعضاء يمثلون المساهمين من غير قطاع الدولة تنتخبهم الهيئة العامة للشركة .
- سبعة أعضاء احتياط يختارون بالطريقة والنسب المقررة للأعضاء الاصليين .

* **مجلس الإدارة في الشركة المساهمة الخاصة /** يتكون مجلس الإدارة في الشركة المساهمة الخاصة على الشكل الآتي :-

- انتخاب عدد من الأعضاء من قبل الجمعية العمومية لا يقل عددهم عن خمسة ولا يزيد عن تسعة .
- يكون لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة الخاصة أعضاء احتياط يختارون بالطريقة والنسب المقررة للأعضاء الأصليين .

ب- شروط العضوية في مجلس الإدارة / بين القانون عدة شروط لأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة المختلطة او الخاصة وتتمثل بالآتي :-

- أن يكون كامل الأهلية .
- ان لا يكون ممنوعا من إدارة الشركات .
- أن يكون مالكا لعدد من الأسهم لا يقل عن الفي سهم . وممثلي قطاع الدولة لا يشترط فيهم العدد المطلوب من الأسهم ، انما يكون ضمانهم من قبل الجهة التي رشحتهم لهذه المنصب .
- لا يحق للشخص أن يكون عضوا في مجالس إدارة اكثر من ثلاث شركات .

ج- مدة العضوية في مجلس إدارة الشركة / حدد القانون مدة عضوية الأفراد في مجلس الإدارة لا يتعدى ثلاث سنوات من تاريخ أول اجتماع لهم وتكون المدة قابلة للتجديد . أي أن مدة المجلس القانونية ثلاث سنوات بانتهائها ينحل وتجري انتخابات لاختيار مجلس جديد . ويجوز إعادة انتخاب أعضاء المجلس السابق جميعهم أو بعضهم لمرات عديدة بلا تحديد . وتتخذ قرارات المجلس بالأكثرية المطلقة للأعضاء الحاضرين ، وفي الشركات المختلطة يشترط تصويت اثنان من الأعضاء من قطاع الدولة إلى جانب القرار لكي يتم إقراره .

د- انتهاء العضوية في مجلس إدارة الشركة / بإمكان المساهم الذي ينتخب عضوا في مجلس الإدارة ، الاعتذار عن منصبه على أن يبلغ المجلس خلال سبعة أيام من تاريخ انتخابه . كما يحق لعضو مجلس إدارة الاستقالة من العضوية ، على أن يقدم الطلب تحريريا إلى المجلس ، ولا يعد مستقيلا الا من تاريخ قبول استقالته من المجلس. أما حالات انتهاء العضوية فهي :-

- إذا فقد العضو أحد الشروط المطلوب توافرها من الشخص لكي يكون عضوا في مجلس الإدارة .
- تنتهي العضوية بانتهاء دورة المجلس .
- إذا تغيب عن حضور ثلاث اجتماعات متوالية دون عذر مشروع . اعتبر مستقيلا ، وكذلك إذا تغيب لمدة ستة شهور حتى إذا كان التغيب بعذر مشروع .

و- اختصاصات مجلس إدارة الشركة / يتولى مجلس الإدارة مهام عديدة : الإدارية والمالية والتخطيطية والتنظيمية والفنية اللازمة لسير نشاط الشركة ، وأشار القانون إلى عدة مهام لمجلس الإدارة تتمثل بالاتي :-

- يعني مجلس الإدارة المدير المفوض للشركة ويحدد اجوره ومكافأته واختصاصاته وصلاحياته ،والأشراف على أعماله وإعفائه .

- تنفيذ القرارات التي اتخذتها العامة ويسال امامها عن عدم التنفيذ أو عدم المتابعة .

- يضع المجلس الحسابات الختامية للسنة السابقة ، كما يعد تقريرا شاملا عن الحسابات وعن تنفيذ الخطة السنوية . والحسابات تتمثل بالميزانية العامة وحساب الأرباح والخسائر .

- يعد خطة سنوية لنشاط الشركة للسنة القادمة .

- يتابع المجلس تنفيذ الخطة السنوية ، ويعد الدراسات والإحصائيات .

٢- المدير المفوض / حدد قانون الشركات العراقي وجوب أن " يكون لكل شركة مدير مفوض من أعضائها أو من الغير من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال نشاط الشركة يعين وتحدد اختصاصاته وصلاحياته وأجوره ومكافآته من مجلس الإدارة في الشركة المساهمة والهيئة العامة في الشركات الأخرى " وفي الشركات غير المساهمة ، يتولى المدير المفوض ، الاختصاصات التي يتولاها مجلس الإدارة في الشركة المساهمة. ومنعت مواد قانون الشركات الجمع بين رئاسة مجلس الإدارة أو نيابة رئيس مجلس الإدارة في شركات المساهمة وتولي منصب المدير المفوض ، كما لا يجوز للشخص الواحد أن يكون مديرا مفوضا لأكثر من شركة مساهمة واحدة .