الأكاديمية العربية الدولية

المقررات الجامعية

www.aiacademy.info | care@aiacademy.info

مقدمـــــة عامـــــة

اولا : تطـور القانون التجـــاري

١ ــ القانون التجاري وليد البيئة التجارية والتجارة • والتجارة مارسهـا الانسان منذ أقدم العصور ، فعرفت تبعا لذلك قواعد خاصة بها • ويدلنـــــا التاريخ على أن شعوب العراق القديم وسكنة حوض البحر الابيض المتوسط قـــد اختصوا بنشاط تجاري كبير • فالاشوريون والكلدانيون تعاملوا بالنقـــد والاقراض ورتبوا سعد الفائدة وكيفية احتسابها،وبينوا أحكام الايداع وتعارفوا على استعمال بعض الصكوك التي تشبه الى حد ما السفنجة والسند للامر •وقد تضمنت شريعة حمورابي البابلية أحكاما خاصـــــة بالقرض Prêt بفائدة والوديعة DéPôt وعقـــــد الشركة Comtrat de Société وعقود التوسط (السمره)(١) •

٢ ــ أما الفينيقيون والاغريق فقد ابتدعوا قواعد مهمة في اطـــــــار التجارة البحرية • فقد وضع الفينيقيون نظام الرمي في البحر الذي يمـــــــكن اعتباره أصل نظرية الخسارة العمومية أو المشتركة ، L avarie Commune

---

(١) انظر

HAMEL Et LAGARDE : Traite de droit Commercial. 1953. F 2 ets. tahler et percereau: traite elementaire de droit commercial P.38 ets.

علي حسن يونس ، القانون التجاري ، ١٩٧٩ ص ١٩ ف ١٤ • د • اكتـم الخولي،دروس في القانون التجاري ،١٩٦٨ص١١ وما يليها• د•أكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، ج ١ ط ٣ ١٩٧١ ص ٢١ وما يليها • د • حافظ ابراهيم : القانون التجاري العراقي النظرية العامة ، ط ١ بدون سنة طبع ص ٤ وما يليها • د • سميحة القليـوبي ، الموجز في القانون التجاري ، ١٩٧٢ ص ٢٨ وما يليها •

المعروفة في التجارة البحرية حاليا والتي تعد من أهم قواعد القانون البحري(٢) ومفهوم هذه النظرية أو القاعدة أنه في حالة القاء بضاعة أحد الشاحنين الى البحر لتخفيف حمولة السفينة وانقاذها من الخطر الذي يهددها فانه يقع على عاتق مالك السفينة ومالكي البضائع التي انقذت بفضل هذه التضحية تعويض صاحب البضاعة التي القيت تعويضا عادلا يتناسب مع مقدار الخسارة التي تحملها ٠

٣ ـ وترك الاغريق (اليونانيون) نظام قرض المخاطرة الجسيمة Pret a la grosse ٠ ومحصلة هذا النظام هي اتفاق بين مالك سفينة أو ربانها مع أحد الاشخاص على أن يقدم هذا الاخير قرضا للاول لغرض شراء البضائع وتجهيز السفينة بما يلزم لتمام الارسالية البحرية ٠ فاذا وصلت السفينة سالمة الى ميناء الوصول ، فان المقرض يستوفي ما اقرضه بالاضافة الى فائدة مرتفعة عموما ، وبخلاف ذلك ، أى في حالة هلاك السفينة والبضائع فان المقرض لا يسترد شيئا ٠ ويرى البعض في هذا النظام أصل التأمين البحري(٣) فالمقرض مؤمن ، ومالك السفينة مؤمن له ، مع اختلاف واحد ان هذا الاخير لا يحق له تسلم مبلغ التأمين الا بعد تحقق الخطر المؤمن منه ـ الهلاك ـ ، في حين أن المقترض في الحالة الاولى كان يحصل على المبلغ ـ القرض ـ مقدما من المقرض ٠

٤ ـ وساهم الرومانيون ، وعلى خلاف ما يعتقد البعض،(٤) مساهمة

---

(٢) HAMEL et LAGARDE: op. cit. p. 3.

د ٠ محمود سمير الشرقاوي ، القانون البحري ، ١٩٧٨ ص ١١ ف ١ وما يليها ٠

(٣) د ٠ محمود سمير الشرقاوي ، القانون البحري ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٣٣ ٠ بينما يرى البعض الاخر في عقد قرض المخاطرة (النواة الاولى لشركة التوصية) ٠ انظر مؤلفه القانون التجاري ، ١٩٧٩ ص ١٩ف١٤٠

(٤) Hamel et lagarde : op. cit. p.7

د ٠ محسن شفيق ، الموجز في القانون التجاري ، ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ ص ١٢٠
د ٠ محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، ١٩٧٨ ، ص ١٨/١٩ ٠
د ٠ أحمد ابراهيم البسام ، مبادىء القانون التجاري ، جـ ١ ١٩٦١ ،
←

غير ضئيلة في نشوء وتطور القانون التجاري • فقد مارسوا التجارة من خـــلال رقيقهم وتابعيهم • ومن هذا الواقع تم وضع قواعد الممثل التجاري وتابعي التاجر Le Prepose et les representant de commeree اضافة على ذلك

فقد تضمن القانون الروماني بعض الاحكام المتعلقة بالتجارة البحرية ، كقواعـد القرض البحري والخسائر البحرية التي اقتبسوها من الفينيقيين والاغريـق •(٥) ويضيف بعض الفقه(٦) ، بـأن نظـــام الافـــلاس La faillite مرده القاعدة الرومانية التي تقضي للدائن بوضع يده على أموال المـــدين وتصفيتها بعد ان كانت القاعدة اعطاء الدائن حق الاستيلاء على شخص المدين واستعباده وتشغيله في مقابل الدين وقتله اذا لزم الامر •

٥ ــ وأثر انهيار الامبراطورية الرومانية على أيدي القبائل الجرمانيـــة تكونت دويلات صغيرة مستقلة سميت بالجمهوريات الايطالية ، كالبندقية وفلورنسا وجنوه ، وأتسمت هذه المدن بالصفة التجارية البحته • فظهرت طوائف التجار التي ما لبثت وبسبب ضعف أنظمة الحكم ، ان هيمنت على السلطتين السياسية والاقتصادية •(٧) ولم تتقيد هذه الطوائف بأحكام القانون الروماني ، بل اصطلحت ، وحسب اجتهاداتها ، على عادات وقواعد جديدة ، وأخضعـــت نفسها لاحكامها • أكثر من ذلك ، فان هذا النظام الفئوي اتجه اتجاها اخـــرا يتمثل بحصر النظر في المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الطائفة بمناسبة التعامـــل

ص ١٤ • انظر خلاف ذلك : السباعي وانطاكي ، الوجيز في الحقـــوق التجارية ١٩٦٣ ص ٧ • د • فريد مشرقي ، اصول القانون التجـــاري المصري ، ١٩٥٤ • ص ٦ • د • أكرم باملكي ، مصـــدر ســـابق ذكـــره ص ٢٥ •

(٥) Thaller et percereau: op. cit. p. 39

Hamel et lagarde : op. cit. p. 7 et s.

(٦) د • علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ٢١ •

(٧) د • محمد حسني عباس ، القانون التجـــاري ، ج ١١ ١٩٦٦ ف ٢٦ • د • مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ١٩٦٦ ص ١٦ و ١٧ •

التجاري ، أو غيره ، بشخص يدعي بالقنصل Consul يتم اختياره من بين أعضاء الطائفة بالانتخاب ويتولى هذا الشخص فض تلك المنازعات على ضوء ما اصطلحت عليه فئة التجار من أعراف وقواعد وعادات • ويعتبر قضاء اولئك القناصل البداية في نشوء القضاء التجاري(٨) •

ولم يمض وقت طويل حتى دونت تلك الاعراف والعادات والقواعد واصدرت على شكل لوائح Statuts • ثم تلى ذلك ظهور قانون التجار • Jus Macartorum الذي استمد مصادره من اللوائح المدونة •

وعالجت أحكام هذا القانون العقود التجارية على اختلاف أنواعها ، وسادت قواعده النشاط التجاري في اوربا وساعد على ظهور بعض أشكال الاوراق التجارية كالكمبياله التي سهلت في اجراء العمليات التجارية بصورة كبيرة •

٦ ــ واهتم العرب بالتجارة اهتماما خاصا ، وكان تعاملهم التجاري ، ومنذ الجاهلية ، يمتد ما بين بلاد الشام واليمن •(٩) وقد توسعت حركة هذا التعامل عند قيام دولة الاسلام وأتساع رقعتها • وترتب على ذلك ان تناول الفقهاء المسلمين بالشرح والتحليل قواعد المعاملات وأولوا بعض أنظمة القانون التجاري ، كالافلاس وعقد الشركة وبعض صور الاوراق التجارية ، كالسفاتج ، أهمية بارزه•(١٠) بيد ان الشريعة الاسلامية الغراء لم تميز بين المعاملات المدنية والتجارية ، بل عالجتها ككل ، كما وانها خالية من القواعد الشكلية التي سادت القانون الروماني •

---

(٨) د • حافظ ابراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٠ •
د • أكرم باملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، جـ ١ مـ ٣ ١٩٧١ ص ٢٨ •

(٩) انظر بخصوص دور العرب د • علي الزيني ، اصول القانون التجاري جـ١، بدون سنة طبع ، ص ٣٣ ، د • محمد حسني عباس ، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري ، ١٩٦٩ ، ص ١٦ •

(١٠) د • صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، جـ ١ ١٩٥٣ ص ٢٥ و ٢٦ • د • علي سليمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، جـ ١ ١٩٧٣ ــ ١٩٧٤ ص ٤٨ ف ٣٢ • د • أحمد ابراهيم البسام مصدر سابق ذكره ص ١٥ • د • محمد كامل أمين ملش ، الشركات ١٩٥٠ ، ص ٥ •

٧ ـ ولعبت الكنيسة والحروب الصليبية دورا فعالا في تكوين قواعد القانون التجاري • فالحروب الصليبية كانت عامل لقاء حضارتين مختلفتين هما حضارة الاسلام وحضارة المسيحية ، وأدت بالتالي الى قيام صلات تجارية واسعة بين الشرق والغرب كان من آثارها ابتداع بعض نظم التبادل التجاري عن طريق الوكلاء والسماسره • أما الكنيسة فقد ساهمت في ارساء قواعد استثمار الاموال • فالقانون الكنيسي يحرم القرض بفائدة كوسيلة من وسائل استثمار الاموال • وبسبب هذا التحريم تم التوصل الى ابتداع نظام لتوصية Le Commenda كوسيلة مشروعة لاستثمار الاموال • وبموجب هذا النظام يقدم أحد الاشخاص مالا لشخص اخر بقصد الاتجار مقابل جزء من الارباح على ان لا يسأل المقرض ، فيحالة الخسارة ، الا بحدود ما قدمه من مبلغ • ومن هذا النظام نشأت شركة التوصية La Société en commandite (١١) • ولازم هذا التطور ظهور الاسواق التجارية في بعض دول اوروبا الغربية ، كفرنسا وبلجيكا وانكلترا ،(١٢) فساعدت هذه الاسواق على تحديد قواعد القانون التجاري واكسابه سماته المميزة • كما وظهر في هذه الحقبة ايضا القضاء التجاري الذي تولى حسم المنازعات التي تثور بمناسبة اجراء المعاملات التجارية دون غيرها • وكرس استقلال القضاء التجارى تشريعيا حيث نظمت القوانين المختلفة في اوربا وجود هذه المحاكم الى جانب المحاكم المدنية وغيرها •

٨ ـ وبحلول القرن الخامس عشر عرف العالم تطورات جديدة على الصعيد الجغرافي والاقتصادي والسياسي انعكست اثارها على أحكام القانون التجاري وأدت في نهاية الامر الى تدوينه وتقنينه بتشريعات شاملة •

فجغرافيا تم اكتشاف أميركا وطريق رأس الرجاء الصالح وتم التوصل الى

---

(١١) د • علي حسن يونس ، القانون التجاري ، مصدر سابق ذكره ص ٢٣ •

(١٢) كأسواء باريس في فرنسا، وأسواق أنفرس في بلجيكا، وأسواق نيوكامل وبورك في انكلترا : انظر :

Jean Escarra :Principes de droit Commercial. 1934 p.20 ets.

الهند ودول الشرق الاقصى • وسياسيا فقد شهدت تلك الفترة سقوط القسطنطينية على أيدي العثمانين الذين أخضعوا بعد ذلك لسلطتهم دول منطقة البحر الابيض المتوسط فتغيرت بالتالي بعض النظم الاقتصادية والتجارية القائمةحينذاك • وكانمن آثار هذه التغيرات النتائج التالية :

أولا : فقدان الجمهوريات الايطالية لسيادتها التجارية وانتقالهذه السيادة الى دول المحيط الاطلسي ، كفرنسا واسبانيا وهولندا والبرتغال وانكلترا • وقد سارعت هذه الدول في انشاء المستعمرات في المناطق المكتشفة بأعتبارها مصدرا للثروات وسوقا تجارية جديدة للانتاج • ثم ظهرت الشركات الرأسمالية الكبيرة كشركة خليج هدسن وشركة الهند الشرقية وغيرها • وكانت رؤوس أموال هذه الشركات تتألف من مساهمة البيوتات المالية الكبيرة وبعض رؤوس الاموال الفردية • ومن هنا ظهرت شركات المساهمة • La Société Anonyme. ونشطت اضافة لذلك عملية أيداع النقود واستثمارها عن طريق المؤسسات المصرفية ، والتعامل بالسندات والاوراق المالية •

ثانيا : الاتجاه نحو تدوين شامل لاحكام النشاط التجاري ووضع قواعد جديدة تقابل ما استجد من نظم تجارية • فما ان حل القرن السابع عشر حتى شرعت فرنسا تشريعين أساسيين • أولهما سنة ١٦٧٣ في تنظيم مواد الشركات والصرف والبوالص والافلاس واختصاص المحاكم التجارية والثاني صدر سنة ١٦٨١ منظما التجارة البحرية•(١٣)

---

(١٣) انظر بخصوص احكام التجارة البحرية : R. Rodiere : Droit maritime 6é. 1979; P.4 et s. Auguste, R. Werner: Traite de droit maritime, 1964. p. 5 et s

د • محمود سمير الشرقاوي ، القانون البحري ، مصدر سابق ذكره ص ١٠ وما يليها • د • علي البارودي ، في مبادىء القانون البحري ١٩٧٠ ، ص٣ ومـا يليهـا •

وقد نظم هذا القانون أحكامـــــا خاصة بالقانون الدولي كالاحكام المتعلقة بالغنائم البحرية • ثم الغت الثورة الفرنسية ـ ١٧٨٩ ـ هذين القانونين واستعيض عنهما بقانون التجارة الصادر سنة ١٨٠٧ الذي جمع بين دفتيـــــه قواعد التجارة البرية والبحرية وأحكام الافلاس والقضاء التجاري اضافة للقواعد العامة •(١٤) ويعتبر هذا القانون من القوانين المهمة وقد أثرت أحكـــــامه تأثيرا ملموسا في أغلب القوانين التجارية سواء في اوربا او في آسيا ، علمـــــا بأن فلسفة هذا القانون تستند على مبدأ حرية التجارة انطلاقا من مفهوم الفلسفة الفردية السائدة آنذاك •

٩ ـ واذا كان القرن الثامن عشر قد شهد حركة تدوين واســـعة للقانون التجاري ، فان القرن التاسع عشر وبداية القرن الحالي قد تميز بظهور المذاهب الاشتراكية التي تستند على أسس اقتصادية جديدة تناقض الفلسفة الفردية السائدة • وما لبثت هذه المبادىء الجديدة حتى سادت الكثير من المجتمعـــات وأثرت بالتالي على منطلقات القانون التجاري • وكان من أبرز هـــذه الاثـار تدخل الدولة المباشر في الحياة التجارية وتوجيهها بما يتســق وتلـــك المبادىء(١٥)• وقد تجسد هذا التدخل بالمظاهر التالية :

١ ـ السيطرة على وسائل الانتاج بتأميم المشروعات الكبيرة والرئيســة وتحويلها من نطاق الملكية الخاصة الى نطاق الملكية العامة •

٢ ـ تحديد أسعار السلع والخدمات •

٣ ـ تنظيم التجارة الداخلية والخارجية من خلال فرض رقابة فعالـــة على الاستيراد والتصدير •

٤ ـ فرض نظام قانوني ملزم لبعض أنواع الشركات التجارية •

ومن هنا اضمحلت الفلسفة القائمة على الحرية المطلقة للافراد في ممارسة

---

(١٤) اجريت على هذا القانون تعديلات عديدة سواء فيما يختص بأحكـــام التجارة البحرية أو البرية •

(١٥) انظر د • علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ٢٩ •

النشاط التجاري بشكل كبير وتحول دور الدولة غالبا من الموجه عـــن طريـــق التشريع الى احلال نفسها محل الافراد في القيام بالمشاريع التجارية ·(١٦) ·

ان هذا التطور أدى بالضرورة الى توسع دائرة النشاط التجاري بصـــورة كبيرة من حيث شمولها لكثير من النشاطات التي كانت تخضع من حيث المبـــدأ لاحكام القانون العام · وقد قاد هذا التوسع بدوره الى اتساع نطاق القانـــون التجاري ولهذا فقد نادى بعض الفقه الى الغاء القانون التجاري باعتباره فرعا من فروع القانون الخاص والاستعاضة عنه بقانون اقتصادي droit econo mique يضم أحكام المعاملات كافة ، بل ان فريقا اخر من الفقه يرى ضرورة دمج القانون التجاري بالقانون المدني وتوحيدهما في قانون واحد·(١٧) ·

بيد أن هذه الرؤيا التي لاقت بعض القبول لا يمكن الاعتداد بها ولا يمكن ان تلائم طبيعة النشاط التجاري ومتطلبات التعامل العملي وحماية المصالـــح بوجه عام · اذ ان طبيعة هذا النشاط تستلزم وجود قواعد خاصـــة بهـــا · فالتعامل التجاري يتميز ومهما طرح من آراء بهذا الصـــدد بسمات خاصـــة به دون غيره · ولعل من أهم هذه السمات التي ينفرد بها التعامل التجاري السرعة La rapidte في ايقاع التصرف القانوني ،والائتمان Le Credit الذي بدونه لا يمكن أن يقوم النشاط التجاري ، وتميز البيئة التجارية بأنظمـــة خاصة كالمؤسسات المصرفية ومخازن الايداع ونظم الاستيراد والتصدير الـــتي اصطلح على تسميتها بالتجارة الخارجية وكذلك نظم التعامل التجاري الداخلي أي التجارة الداخلية وغير ذلك · ومن هذه المنطلقات والضرورة تم تقنين القواعد

---

(١٦) يلاحظ مدى سعة هذا التدخل عموما منذ الربع الاول من هذا القـــرن ، واستمراره لغاية الوقت الحاضر · انظر : كاتزروف ، نظرية التأميـــم ، ترجمة د · عباس الصراف ١٩٧٢ ص ٤ وما يليها · د · اسماعيـــل صبري عبد الله القطاع العام بين الرأسمالية والاشتراكية ، بحث منشور في مجلة الطليعة ١٩٦٦ · د · محسن شفيق ، القانون التجـــاري ١٩٦٧ ص ٢٩٢ وما يليها ·

(١٧) انظر بهذا الصدد د · أكرم باملكي ودكتور باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، ١٩٨٢ ، ص ١٢و١٣ · د · علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ١٥ ·

القانونية الخاصة بالتجارة ، واصبحت هذه القواعد ، وبمرور الوقت حاجة تستلزمها مصلحة المجتمع ومن خلالها مصلحة الافراد في آن واحد ٠

١٠ـ ومهما يكن من أمر فان القانون التجاري وعلى طوال المدى التاريخي لتطوره مر بالمراحل المختلفة التالية :

اولا : في البداية ، لم يكن لهذا القانون كيان مستقل ولم تتميز قواعده عن قواعد التعامل المدني ٠

ثانيا : بيد أن قانون التجارة ، وبمرحلة ثانية ، وهي مرحلة العصور الوسطى ، اكتسب طابعا مميزا وذاتية مستقلة عن القانون المدني ، اذ أصبح قانونا مهنيا يعني بالحرف التجارية متسما بطابع شخص بحت

ثالثا : وتلي هذه المرحلة ، مرحلة ثالثة هي مرحلة العصر الحديث ، حيث عرف قانون التجارة ولا يزال تحولا جوهريا في اسسه اذ غلب الطابع المادي دون الشخصي على قواعده واحكامه ، واعتبر العمل التجاري الاساس والمرتكز لموضوعات قانون التجارة دون اهمال للعوامل السياسية والاقتصادية التي حتمت تدخل الدولة المباشر في الحياة التجارية بكل أبعادها(١٨)٠

ثانيا : واقع القانون التجاري في العراق واصلاح النظام القانوني فيه :

١١ـ العراق من مراكز الحضارات الاولى(١٩)٠ وحضارة العراق شمولية تناولت شتى أوجه المجتمع وساهمت على وجه الخصوص في تطور الفكر القانوني(٢٠)٠ فقد ضمت المدونات القانونية للعصور القديمة ومنها شريعة

---

(١٨) يقسم الفقه حاليا القوانين التجارية في المجتمع الدولي لاربع مجاميع كالاتي :
١ ـ المجموعة اللاتينية ، ٢ ـ المجموعة الجرمانية ، ٣ ـ المجموعة الانكلو سكسونية ، ٤ ـ المجموعة السوفيتية ٠

(١٩) انظر بخصوص حضارة العراق القانونية : د ٠ فوزي رشيد ، الشرائع العراقية القديمة ، ١٩٧٩ ط ٢ ، ص ٢٥ وما يليها ٠

(٢٠) انظر د ٠ فوزي رشيد ، مصدر سابق ذكره ص ١٢، ١٣، ١٤ ٠

حمورابي قواعد مختلفة كمظاهر تشريعية تعالج الكثير من أوجه النشاط التجاري ، كالقروض بفائدة والشركة والايداع وغيرها · وسرت منذ الفتح الاسلامي أحكام الشريعة الاسلامية على المعاملات دون تمييز · وبقيت هذه الاحكام تنظم الحياة التجارية في العراق حتى الحقبة الاخيرة من العهد العثماني ولوقت ليس بالبعيد · فلم تلغ مجلة الاحكام العدلية التي استمدت أحكامها من الشريعة الا عام ١٩٥١ عند صدور القانون المدني العراقي(٢١) ·

بيد أن أول قانون وضعي عرفه العراق في العصر الحديث في موضوع التجارة هو قانون التجارة البرية العثماني الصادر سنة ١٨٥٠ ، الذي تضمن أحكاما بالشركات التجارية والاوراق التجارية والعقود والافلاس التجاري · وقد استمد هذا القانون مجمل قواعد أحكامه من قانون التجارة الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ ، وكانت تشوبه الركاكه والتعقيد والاغلاط والنواقص ولم يكن ملائما لمقتضيات النشاط التجاري(٢٢) · وتم الغاؤه في نهاية الامر بقانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ · ثم صدر بعد ذلك قانون التجارة البحرية العثماني سنة ١٨٦٥ ، وعالجت أحكام هذا القانون المركن القانوني للسفينة وايجارها واستئجارها ،وبوالص الشحن وعقد القرض والضمان والخسائر البحرية · وقد عدل مرات عديدة الى ان تم الغاء الجزء الاكبر منه بقوانين مختلفة(٢٣) ·

١٢ــ وبعد استقلال العراق سياسيا وانفصاله عن الدولة العثمانية ، صدرت قوانين مختلفة عنيت بمختلف المسائل التجارية الملحة ، من هذه القوانين ، قانون غرف التجارة الصادر سنة ١٩٢٦ ، قانون مراقبة المصارف لسنة ١٩٣٦ ، قانون شركات التأمين لسنة ١٩٣٦ ، قانون الدلالين لسنة ١٩٣٥ وغيرها(٢٤) ·

---

(٢١) انظر نص م ١٣٨١ من القانون المدني ·
(٢٢) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي ·
(٢٣) انظر على سبيل المثل قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ ·
(٢٤) للتفصيل انظر : د ، صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ذكره ص ٢٧ · وما يليها ·د · نوري طالباني : القانون التجاري العراقي ، ١٩٧٣ص٣٠·

الا أن أهم هذه القوانيين في المرحلة المعاصرة هو في الواقع قانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي · اذ نظم هذا القانون الاحكام العامة للاعمال التجارية والتاجر وواجباته اضافة للعقود التجارية والاوراق التجارية · ومع ذلك فانه جاء خاليا من معالجة جوانب جوهرية من جوانب النشاط التجاري كالشركات التجارية وبعض أوجه المحل التجاري ، وكان يتسم فوق ذلك بعيوب فنية للسبك القانوني واستعمال للمصطلحات الاعجمية الغربية بصورة مخلة(٢٥) ·

وللضرورة الملحة وسدا لبعض ثغرات قانون ١٩٤٣ تم تشريع قانون الشركات التجارية المرقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ المعدل والملغي(٢٦) والذي عالج باقسام أربعة ، الاحكام العامة للشركات التجارية ثم أحكام الشركات المختلفة ، كشركات التضامن ، والتوصية ، والمساهمة ، ذات المسؤولية المحدودة وشركات المحاصة · وتبع هذا القانون ، قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي(٢٧) بالقانون الجديد قانون التجارة الجديد المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ المفعول حاليا ·

١٣ـ بيد ان العراق ومنذ ثورة ١٧ ـ ٣٠ تموز ١٩٦٨ القومية والاشتراكية عرف تحولا نوعيا عميقا في اسس بنية مجتمعه ، يستند على ضرورة بناء مجتمع اشتراكي منسق(٢٨)· ومن القطاعات التي انعكس عليها هذا التحول هو قطاع التجارة ونشاطاته المختلفة ، الذي : (كان من أكثر القطاعات فسادا

---

(٢٥) انظر على سبيل المثل ما ورد من هذه المصطلحات في نصوص المواد : ١٤،١٣ ف ٤،٨٥،٩٩ ف٥. ١٥٠،١٥٢ـ ١٨٣ ـ ١٩٠ ـ ٢٦٨ ـ ٢٧٦ وغيرها ·

(٢٦) بقانون الشركات الجديد رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ·

(٢٧) يضم القانون الملغي رقم ١٤٢ لسنة ١٩٧٠ ، ٧٩٥ مادة مقسمة على خمسة أبواب عالجت الاعمال التجارية والتاجر وواجباته والالتزامات التجارية والعمليات المصرفية والاوراق التجارية وأحكام الافلاس ·

(٢٨) انظر قانون اصلاح النظام القانوني ص ٥ ، كذلك التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي الباب الخاص بالتحولات الاشتراكية ص ١١٤ وما يليها ·

وعجزا وكانت تعشعش فيه وحوله الفئات والعناصر الطفيلية التي تجني الارباح غير المشروعة بشتى أساليب التواطؤ والاحتيال»(٢٩) . فقد أتخذت اجراءات حاسمة نحو « استكمال سيطرة الدولة على التجارة الخارجية وتوسيع رقعة سيطرتها على التجارة الداخلية وتخطيط أوضاع التجارتين الخارجية والداخلية بالشكل الذي يتناسب مع مهمات تحقيق الاستقلال الاقتصادي وتعزيزه ومع متطلبات التنمية» .(٣٠) وعلى أساس هذه المنطلقات حددت ورقة اصلاح النظام القانوني ، التي أصبحت بعد ذلك قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، تضمنت مبادىء التشريعات والقوانين التجارية اللازمة لمرحلة التحول الاشتراكي في القطر . وهذه المبادىء هي :

اولا : وضع التجارة الخارجية تحت سيطرة الدولة ، والسيطرة بصورة مركزية على التجارة الداخلية ، وان يكون دور القطاعين التعاوني والخاص في التجارة الداخلية دورا تكميليا ينسجم مع متطلبات التنمية الاقتصادية ولا يخرج عن حدودها .

٢ ـ تخطيط نشاط القطاع التجاري وربطه بخطط التنمية القومية ، وضمان قيامه بتوفير السلع والخدمات للمواطنين .

٣ ـ اعتبار مزاولة التجارة بأى وجه من الوجوه ، من قبل من حظر عليهم ذلك بمقتضى القوانين والانظمة الخاصة ، جريمة يعاقب عليها القانون ، لما يؤدي اليه ذلك من أرباك في التخطيط الاقتصادي والاضرار بالمصلحة العامة .

٤ ـ اناطة اصدار القواعد المنظمة للدفاتر التجارية والسجل التجاري وشروط المتجر بالهيئة المختصة بتنظيم التجارة ، بأعتبار ذلك من مهامها الاساسية .

---

(٢٩) التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي ص ١٢١ وما يليها .

(٣٠) التقرير السياسي المصدر السابق ص ١٢١ .

٥ ـ توحيد الاحكام المتعلقة بالاهلية في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني ، ابتغاء التنسيق فيما بين المسائل المتماثلة ٠

٦ ـ توحيد الاحكام العامة للالتزامات والعقود في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني ٠

٧ ـ الحد من نظام الوساطة وتوحيد أحكام الوكالات وصوغها في القانون المدني ٠

٨ ـ الغاء الاحكام المتعلقة بسوق المضاربة ـ البورصة ـ باعتبار المضاربة مصدرا من مصادر الاستغلال الذي يقوم عليه النظام الرأسمالي ويتجافى مع النهج الاشتراكي(٣١)٠

٩ ـ تنظيم عمليات الخزن السلعي وأناطة وضع الاحكام المتعلقة بالايداع في المستودعات العامة بالهيئة المختصة بتنظيم التجارة ، باعتبارها الجهة ذات الاختصاص في تعيين محلات ومستودعات الخزن ، وتنظيم ادارتها وتشغيلها من قبل الدولة مباشرة أو من قبل جهة تعينها لهذا الغرض٠

١٠ـ وضع القواعد المنظمة لكل من النقل البحري والنهري والجوي والبري وذلك بالنظر لاهمية هذه المرافق في عملية التطور الاقتصادي للقطر(٣٢)٠

١١ـ وضع القواعد المنظمة للعمليات المصرفية والاوراق التجارية بما ينسجم مع متطلبات التحول الاشتراكي وتنفيذ خطط التنمية القومية ٠

١٢ـ استبعاد أحكام الافلاس التجاري وتوحيد الاحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر ، سواء كان تاجرا أو غير تاجر ، وصوغها في قواعد تهدف الى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في اطار المصلحة العامة(٣٣) ٠

---

(٣١) تم الغاء هذه الاحكام فعلا ، اذ لم يضم قانون التجارة الجديد رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ أي حكم بهذا الخصوص ٠

(٣٢) انطلاقا من هذا المبدأ تم تشريع قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ الذي نظم أنواع النقل المختلفة من بري وجوي وبحري ونهري ٠

(٣٣) لا تزال أحكام الافلاس والصلح الواقي منه التي يتضمنها قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ سارية المفعول ، لحين تنظيم أحكام الاعسار بقانون٠ انظر نص المادة ٣٣١ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤٠

١٣ـ توحيد أحكام الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خـــاص يتوخى تبسيط الشكليات واقرار مبدأ المساواة(٣٤)٠

١٤ـ وضع القواعد المنظمة والمنسقة للمسائل المالية والحسابية للمؤسسات والمنشآت والشركات التابعة للقطاعات الاقتصادية المختلفة ٠

١٥ـ وضع أحكام تفصيلية لتنظيم ادارة المؤسسات التجارية العامة ومنشـــآت القطاع العام وذلك لقصور الاحكام القانونية النافذة عن معالجة هـــذه الامـــور ٠

١٦ـ وضع قواعد موحدة تسري على مؤسسات ومنشآت القطاع العام كافـــة ، تزيل عنها الارباك وتوضح لها الهدف وتساعد في تنفيذ خطة التنميـــة بحيث تبتعد عن رأسمالية الدولة وتتجنب مساوىء البيروقراطية ٠

١٧ـ وضع قواعد تفصيلية لشركات القطاع المختلط بما يضمن دعمها واسنادها للقطاع العام في المرحلة الراهنة(٣٥)٠

١٨ـ تبسيط اجراءات تأسيس شركات القطاع الخاص والمختلط وتيسير ممارسة أعمالها تشجيعا لاستثمار رأس المال الوطني(٣٦)٠

١٩ـ قيام الدولة بتحديد أهداف كل شركة من شركات القطاع الخـــاص ، تطبيقا لمبدأ التخصص ومنعا لها من التحول في أعمالها بصورة لا تتناسـب مع التطور الاقتصادي المخطط ٠

---

(٣٤) بهذا الصدد صدر قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ٠

(٣٥) انظر بهذا الصدد قانون الشركات التجارية رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الـذي يضم أحكام شركات القطاع المختلط ٠

(٣٦) انظر قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ٠

٢٠ـ وضع قواعد تؤكد اشراف ورقابة الدولة على ادارة شركات القطـــــاع الخاص وتحديد نطاق أعمالها وتوجيهها وفقا للتخطيط الاقتصادي ٠

٢١ـ وجوب أخذ الاشراف على شركات القطاع الخاص شكله التنظيمي المتكامل، بما يضمن حركتها ضمن أهدافها وأهداف خطة التنمية ولا يعيق مبادراتها ويحول بينها وبين الحصول على تسهيلات أو اعفاءات دون عمل ، او القيام باعمال غير مشروعة ٠

٢٢ـ وضع أحكام مركزة لشركات القطاع الخاص التي تضاءلت أهميتهـــا في السنوات الاخـــيرة ٠

٢٣ـ وضع الاحكام الكفيلة باخضاع الشركات الاجنبية لرقابة الدولة وضمـــان قيامها بالأعمال المناطة بها ضمن السياسة الاقتصادية العامة للدولة ٠

١٣ـ وتجسيدا لهذه المبادىء صدرت تشريعات وقوانين تجارية اخرى مختلفـــة أهمهـــا :

١ ـ قانون الاستثمار الصناعي للقطاع المختلط والقطاع الخاص رقـــم ١١٥ لسنة ١٩٨٢ ٠

٢ ـ قانون تنظيم التجارة رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ المعدل بالقوانين : رقـــم ٦٣ لسنة ١٩٧٨ ، رقم ١٩٢ لسنة ١٩٧٨، رقم ١٦٦ لسنة ١٩٧٥ ، رقـــم ١١٨ لسنة ١٩٧٢ ، ورقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٥ ، ورقم ٨٧ لسنة ١٩٧٦ ، ورقـــم ٩٨ لســـنة ١٩٧٥ ، وغيرها ٠

٣ ـ قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ ٠

٤ ـ قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ٠

٥ ـ قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ٠

٦ ـ قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ٠

٧ ـ قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ٠

ومهما يكن فان المشرع العراقي ، ومن خلال القوانين المذكورة انفـــا قد ادخل تغييرا عميقا في الهيكل القانوني للنشاط التجاري ، تغييرا يعطي فهمـــا جديدا للروابط القانونية في هذا الاطار ·

ثالثا : مصـادر القانون التجـــاري :

١٤ـ يعتبر قانون الخطة الاقتصادية في الدول ذات النهج الاشتراكي المطـــلق حيث لا يكون للقطاع الخاص أى دور في النشاط الاقتصادي ، المصـــدر الاساس للحقوق والالتزامات كافة · فهو قانون فـــوق القوانـــين(٣٧) Super—Ioi ' ومصدرا اولا لهـــا . Super—Source.

بيد ان الامر يختلف فيما اذا كان للقطاع الخاص دورا معينـــا في النشاط التجاري والاقتصادي · اذ يصار هنا الى توجيه هذا القطـــاع بما يتلائم واسس التخطيط ، سواء على صعيد فرض الالتزامات الايجابية بأسباغ الصفة الامرة على أحكام العقود والالتزامات انطلاقا من مفهـــوم العقد الموجه Contrat dirigè أو الزام الافراد بأبرام عقود معينـــة حيث ينشأ ما اصطلح على تسميته بالعقد المفروض contrat impose · وعلى هذا فانه من الضروري عند النظر في موضوع تحديد مصادر أحكـام المعاملات التجارية التمييز بين حالة وجود قانون تجاري وضعي وحالـــة عدم وجود مثل هذا القانون ·

وبصورة عامة ، فان مصادر القانون التجاري الوضعي لا تخرج عـن التشـــريع La Legislation والعـــرف La Coutume (٣٨)· ويضيف البعض الى هذه المصادر كلا من الفقـــه La doctrine

---

(٣٧) انظر د · اكثم الخولي ، دروس في القانون التجاري ، ١٩٦٨ ، ص ٢٧

(٣٨) يجب ان يلاحظ بأن قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لم يأخـــذ بالعرف كمصدر للقانون التجاري · انظر نص المادة الرابعـــة مـــن هـــذا القانـــون

والقضـــــاء La jurisprudence (٣٩) · بيد ان كلا من الفقـــه والقضاء ليسا في الواقع الا مصادر تفسير وتقدير فقط لاحكام القانون · اذ ان مهمة القضاء تنصب على تطبيق القانون وتفسيره على نحو يتفق مـــع غرض واضعه · أما وظيفة الفقه فهي استخلاص المبادىء العامة مـــــن القواعد التشريعية وتقييم الحلول التفصيلية التي يقدمها المشرع أو القضاء وتبيان مواضع النقص أو الخلل فيها · صحيح ان القضاء أو الفقـــه قـــد يلجئان أحيانا أمام عدم كفاية النص الى وضع قواعد قانونية جديـــــدة من خلال التفسير · غير ان لا الفقه أو القضاء يمكنهما الادعاء بأيـــــــة صورة كانت بأن هذه القواعد من وضعهما ، بل يحيلان استنباط مثل تلك القواعد الى تفسير النص التشريعي القائم · من جانب اخر فان القواعـــد المستنبطة لا تلزم القضاء أو الفقه بالاخذ بها ، فلكل منهما الاخذ بهـــــا أو غض النظر عنها والاخذ بقواعد اخرى غيرها اذا كانت أكثر ملائمة مع النص التشريعي القائم · وعلى هذا فان القضاء أو الفقه ليس بمصدرين منشئين للقاعدة القانونية ، بل مصادر تفسيرية مكملة فقط · لذا سنتعرض في دراسة مصادر القانون التجاري لتلك التي تنشأ القاعدة القانونية ، وهي كلا من التشريع والعرف ·

١ـ التشـــــريع : La Legislation

ويضم التشريع التقنين التجاري والتقنين المدني ·

التقنين التجـــــاري :

ويقصد به مجمل النصوص والقواعد الواردة في متن القانون التجاري وكذلك جميع نصوص القوانين المكملة له أو الملحقة به وان صدرت بصورة

---

(٣٩) انظر :

Hamel et Lagarde: op. cit, P. 40. No.31 J. Escarra: Cours de droit commercial. 1986 pp. 25. 61 No . 20 , 45 ets.

د · علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ٣٤ ·

منفردة اي على شكل قوانين مستقلة . يضاف الى ذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة والقرارات واللوائح التنظيمية الصادرة لتنفيذ القوانين التجارية أو التي تنظم جانبا من جوانب النشاط التجاري(٤٠) .

التقنين المدني :

وهو المجموعة المدنية التي التي تضم القواعد العامة المنظمة لنشاط الافراد دون تمييز . ويتم الرجوع الى هذه القواعد في كل الاحوال التي لم يرد فيها نص خاص في المجموعة التجارية . ويشير قانون التجارة ذاته الى ذلك صراحة في نص المادة الرابعة الفقرة الثانية منه بقوله : « يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أى قانون خاص اخر» . على أنه يجب ان لا يكون هناك تعارض بين النصوص المدنية والتجارية ، فاذا حصل تعارض فالعبرة بالنص التجاري اذ لا محل لتطبيق النص المدني وهو القاعدة العامة عند وجود نص تجاري وهو القاعدة الخاصة .

١٦ـ العرف La Coutume

ينشأ العرف جراء التطبيق العملي الطويل المرتبط بنوع معين من النشاط . ويصار اليه فيما اذا افتقد النص التشريعي لحسم نزاع يثور بمناسبة تعامل ما . من هنا ، ولعدم كفاية القانون المكتوب ، سواء كان تجاريا أم مدنيا أم غير ذلك بالاحاطة بجميع صور المعاملات وجزئياتها وتحديد آثارها ووضع حلولها اللازمة فقد اجاز المشرع اللجوء الى قواعد

---

(٤٠) انظر على سبيل المثل البيان رقم (٣) لسنة ١٩٨٣ الصادر عن وزارة التجارة والخاص بوكلاء المنشآت التسويقية المتعاملين في تجارة الجملة والمفرد كافة . انظر كذلك البيان رقم (٤) لسنة ١٩٨٣ الصادر ايضا عن وزارة التجارة والمتعلق بأصحاب المعامل والمنتجين كافة . ان كلا البيانين صادر في ٢٤ـ١٢ـ١٩٨٣ .

التطبيق العملي التي اصطلح على تسميتها « بالعرف » . الا ان الرجوع الى هذه القواعد لا يمكن ان يقع الا بارادة المشرع وفي الاحوال التي يقررها دون غموض . وبخلاف ذلك فلا مجال لاعتباره مصدرا للقانون . من جانب اخر ، فانه يجوز الرجوع الى قواعد التطبيق العملي عند عدم وجود نص مخالف .

١٧ـ والظاهر من نصوص قانون التجارة العراقي انه لا مجال لاعتبار العرف مصدرا للقانون . فلم تشر المادة الرابعة التي حددت صراحة مصادر القانون لقواعد التطبيق العملي وامكانية الرجوع اليها عند انتفاء النص القانوني في المجموعة التجارية ، بل أحالت في مثل هذه الفرضية الى القانون المدني . ومع ذلك فان هذا التصور لا يمكن ان يؤخذ على اطلاقه . اذ ان القانون المدني وهو موطن القواعد العامة يضم أحكاما تسمح رغم سكوت أحكام قانون التجارة بالرجوع الى التطبيقات العملية . فبمقتضى نص المادة ١٦٣ من القانون المدني ان : « ١ ـ المعروف عرفا كالمشروط شرطا . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . ٢ ـ والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم . ٣ ـ والمتنع عادة كالممتنع حقيقة » . وتقرر الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ على انه : « ٢ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها » . وتقضي المادة ١٧٤ من القانون نفسه بأنه : « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » . عليه نرى واستنادا الى أحكام القانون المدني القائم الاخذ بقواعد التطبيق العملي عند غياب النص في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية . هذا ولا بد من الاشارة الى ان قواعد التطبيق العملي لا يركن اليها الا عند غياب النص التشريعي وعدم وجود قاعدة تشريعية مخالفة .

١٨ـ تدرج مصادر القانون التجاري العراقي :

تنص المادة الرابعة من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وبفقرتين، على أنه : « اولا : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص . ثانيا : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أى قانون خاص اخر » . والملاحظ ان حكم هذا النص يختلف بشكل كبير عن حكم نص المادة الثانية من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠(٤١). اذ ان ترتيب المصادر الرسمية للقانون الحالي قد تم طبقا للمبادىء الاساسية التي جاء بها قانون اصلاح النظام القانوني التي أشرنا اليها آنفا والتي جسد المشرع مضمونها من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة الاولى التي تقضي بأنه « يقوم هذا القانون على . . . . . ثالثا : الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية ».

وهذا يعني صراحة بأن التشريع هو المصدر الرئيسي للقانون وأن على القضاء الرجوع عند نشوب نزاع ما الى أحكام القانون التجاري أولا ومن ثم الى أحكام القانون المدني .

١٩ـ بيد ان السؤال الذي قد يطرح هو : ما الحكم اذا لم نجد نصا يمكن تطبيقه في المجموعتين التجارية والمدنية ؟ هل بأمكان القضاء الرجوع مثلا الى قواعد التطبيق العملي أو لاحكام الاتفاق الخاص المبرم بين أطراف

---

(٤١) تضمنت المادة الثانية من قانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ كلا من العرف والاتفاق الخاص كمصادر صريحة لقانون التجارة . اذ نصت هذه المادة على ما يلي : « ١ ـ تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين ، فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري. ويرجع العرف الخاص أو المحلي على العرف العام .
٢ ـ اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني .
٣ ـ لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري اذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة » .

العلاقة القانونية ؟ قد يتصور البعض بأن الجواب يجب ان يكون بالنفي طالما ان المشرع لم يتعرض لهذه المصادر او لامكانية الرجوع اليها . لكن مثل هذه الرؤيا قد تؤدي في الواقع الى نتائج خطيرة تتمثل بتعليق حسم المنازعات وعدم ايجاد الحلول اللازمة لها ، وهو أمر لا يجيزه المشرع ولا تقره قواعد العدالة والمبادىء العامة للقانون . وقد أشرنا في الفقرة السابقة لامكانية الرجوع لاحكام التطبيق العملي استنادا الى القواعد القانونية العامة . ويؤخذ بنفس الحكم واستنادا على مبادىء القانون العامة ايضا . بخصوص الاتفاق الخاص . عليه فمن الجائز والحالة هذه اذن اللجوء الى قواعد التطبيق العملي وأحكام الاتفاقات الخاصة فيما اذا انعدم النص التشريعي في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية . فلا تعارض كما نرى وحسبما يبدو ، بين ما ورد في نص المادة الرابعة من قانون التجارة وبين جواز الرجوع لقواعد التطبيق العملي والاتفاق الخاص، بشرط ان لا تخالف هذه القواعد نصا تشريعيا أو تتنافى مع أهداف القانون . من هنا فانه يمكن ترتيب مصادر قانون التجارة كما يلي :

أولا : التشريع التجاري سواء كانت قواعده آمرة أو مفسرة(٤٢) .

ثانيا : القواعد الامرة في المجموعة المدنية(٤٣) .

---

(٤٢) المثل على قواعد التشريع التجاري الامرة ضرورة ذكر لفظ « حوالة تجارية » أو «سفنجة» مكتوبا على متن الورقة وباللغة التي كتبت بها الورقة . م٤ف١ من قانون التجارة . كذلك ضرورة ان لا يقل عدد الشركاء المساهمين عن خمسة أشخاص . م ٦ ف ١ من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ . أما القواعد المفسرة فمثالها : أن يتم شحن الشيء في نقل الاشياء على وسائط النقل الاعتيادية ما لم يتفق على خلاف ذلك . م ٢٩ ف ٢ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

(٤٣) مثال القواعد الامرة في المجموعة المدنية ، عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يزيد على ٧٪ . م ١٧٢ ف ١ مدني .

ثالثا : قواعد القانون المدني المفسرة والمنظمة(٤٤) ٠

رابعا : قواعد التطبيق العملي(٤٥) ٠

خامسا : قواعد الاتفاقات الخاصة ٠

---

(٤٤) مثال على القواعد المفسرة في المجموعة المدنية ان دفع العربون يعتبر دليلا على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٠ م ٩٢ مدني ٠

(٤٥) مثال على قواعد التطبيق العملي من ان لاطراف العلاقة القانونية الحث في البيوع الدولية بالاتفاق على سريان قواعد تقتضيها متطلبات التعامل الدولي ٠ م ٢٩٥ من قانون التجارة ٠

البـــــاب الاول

الاعمـــال التجارية والتاجـــر

٢٠ ـ تمهيد وتقســـيم :

ان نطاق القانون التجاري يمكن تحديده في شكله العام من خلال النظـــر الى الاسس التي يقوم عليها هذا القانون • وبهذا الصدد، وضعت نظريتين متميزتين يرتبط بهما تحديد موضوع اطار قانون التجارة • وهاتين النظريتين همـــا :

اولا : النظريـــة الذاتيـــة : La theorie subjective

ويطلق على هذه النظرية ايضـــا بالمفهوم أو النظـــام الشخصي Systeme sufjectif (١) • وبمقتضى هذه النظرية ان قانون التجـــارة هو قانون الاشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري اي « التجار » • فهو والحالة هذه قانونا حرفيا موضوعه التاجر وحرفته لا غير • لذا فان مهمة القانوني تنصب بالدرجة الاساس على تحديد من هو التاجر ، وما هو مفهوم الحرفة التجارية • وعلى ضوء ذلك يتم تحديد نطاق تطبيـــق القانون • والواقع أن هذه النظرية تستمد اصولها من العوامل التاريخيـــة التي أدت الى نشوء قانون التجارة • وهذه العوامل هي ، كما لاحظنا انفا ، عوامل ذاتية ارتبطت بدء بطائفة من الاشخاص اصطلحت على وضع قواعد تحكم التعامل الذي ينشأ بينها وتهتم بتنظيم حرفة التجارة • ولا ريـــب في ان هذه النظرية تجعل من نطاق تطبيق قانون التجارة ضيقا طالما انقواعده لا يمكن تطبيقها الا على طائفة التجار وبصدد المعاملات المتعلقـــة بنشاطهم التجـــاري •

---

(١) انظـــر :

Hamel et Lagrade : op. cit. p. 163 No. 139. Jean Guyenot Cours de droit commercial . 1968 p. 63 ets . No. 6 ets.

ثانيا : النظرية الموضوعيـــة : La theorie Objective

ويطلق على هذه النظرية ايضا بالنظرية المادية او العينية(١) ، وتستند في تحديدها لنطاق تطبيق قانون التجارة على طبيعة العمل دون اعتبـــار لمن يباشر ذلك العمل • فقانون التجارة حسب هذه النظرية هو قانون العمل التجاري L' acte de Commerce • عليه فان أحكام هذا القانون تطبق على جميع الاعمال التي تعتبر تجارية سواء كانت موصوفة بذاتها أو كانت شائعة في البيئة التجارية ، ولو لم يحترفها القائم بهـــا حتى لو وقعت لمرة واحدة وبصورة عرضية •

التجـــاري • اذ لا يقتصـــر تطبيـــق هـــذا القانـــون علـــى الاعمال الموصـــوفة بـــذاتها قانـــونا بانهـــا اعمـــال تجارية بل يمتد تطبيقه على تلك التي تعتبر مـــن ضـــمن اعمـــال الحياة التجارية وبغض النظر عن صفة القائم بها • عليه فأن القانـــون التجاري هو قانون التجارة بشكلها الواسع وليس قانون التجـــار (الاشخاص) •

٢١ــ والظاهر من أحكام قانون التجارة ان المشرع العراقي قد اعتمد النظريـــة الموضوعية المادية صراحة • اذ تقرر الفقرة الاولى مـــن المـــادة الاولى ، ان قانون التجـــارة يقـــوم على : « أولا : تنظيـــم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخـــاص وفقا لمقتضيات خطة التنمية » • وتنص المادة الرابعة من خـــلال فقرتها الاولى على أنه : « يسري هذا القانون على النشاط الاقتصـــادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص » • وعليه فان قانون التجارة هـــو قانون الاعمال التجارية ، أى قانونا موضوعيا ماديا أساسه العمل التجاري • ومع ذلك فان الشرع لم يهمل تماما حرفة التجارة والاشخـاص الذيـــن

---

(٢) انظر : د • محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٨ •

يمارسونها • فقد وضع اولا مفهوما معينا للتاجر • فبمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة السابعة « يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يزاول بأسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون » • ثم حدد بعد ذلك واجبات التاجر المهنية ونظمها قانونا (٣) •

٢٢ـ وبناء على ما تقدم فاننا سندرس وبفصلين متتابعين الاعمال التجارية اولا والتاجر بعد ذلك •

---

(٣) انظر الفصل الثالث من القانون من المادة ١٢ـ٣٧ •

الفصـــــل الاول

الاعمـــــال التجاريـــــة

٢٣ـ تمهيـــد وتقسيم : :

تنص المادة الخامسة من قانون التجارة على أنه :« تعتبر الاعمال التالية تجارية اذا كانت بقصـد الربح • ويفـــترض هذا القصد ما لم يثبت العكس » :

اولا : شراء أو استئجار الاموال منقولة كانت أم عقارا لاجل بيعهـا أو ايجارها•

ثانيا : توريد البضائع والخدمـــات •

ثالثا : استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير •

رابعا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية •

خامسا : النشر والطباعة والتصوير والاعلان •

سادسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة •

سابعا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور الســـينما والملاعـــب ودور العرض المختلفة الاخرى •

ثامنا : البيع في محلات المزاد العلني •

تاسعا : نقل الاشياء أو الاشخاص •

عاشرا : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها •

حادىعشر: استيداع البضائع في المستودعات العامة •

ثانيعشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية •

ثالثعشر : عمليات المصارف •

رابععشر : التـــأمين •

خامسعشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها •

سادس عشر: الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة بالنقل والدلالة وأعمال اوساطة اتجارية الاخرى » :

وتقرر المادة السادسة من نفس القانون على انه: « يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بهـــا ونيته » .

٢٤ـ ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يعتمد عند وصفه للاعمال التجارية معيارا أو تعريفا واضحا شاملا لهذه الاعمال . فبينما تستند الصفة التجارية للاعمال التي وردت في المادة الخامسة على نظريـــة المضاربـــة La theorie de Speculation بقصد تحقيق الربح ، نجـــد ان ما حددته المادة السادسة من أعمال تجارية اخرى لا يمكن ان يقوم على مثـل هذه النظرية ولا يمكن ان يعتبر الا من قبيل الاعمال التجارية الشكـــلية المطلقة بغض النظر من صفة القائم بها ونيته . من جانب اخر فان مـــا ورد من سرد للاعمال التجارية في المواد المشار اليها انفا جاء ، وكما توضـح المذكرة التفسيرية لقانون التجارة ، على سبيل الحصر والتحديد لا على سبيل المثل والدلالة(٤) . هذا بالاضافة الى ان قانون التجارة استبعد صراحة الاخذ بنظرية الاعمال التجارية النسبية أو بالتبعية(٥) .

والواقع ان التعداد الحصري للاعمال التجارية لا يمكن تبريـــره الا اذا أخذنا بنظرية ان القانون التجاري هو قانون استثنائي ـ استثناء مـــن القانون المدني ـ لا يجوز تبعا لذلك التوسع في تفسير نصوصه وأحكامـــه، لكي لا يتسع نطاق تطبيقه . وهذا هو اتجاه المشرع العراقي كما يبـــدو

---

(٤) تقول المذكرة التفسيرية بهذا الصدد ما يلي : فاقام « القانون » نظريـــة الاعمال التجارية على أساس من تعداد وارد على سبيل الحصر مراعيا في ذلك ان تشتمل على جميع الاعمال التجارية التي تقع في حدود التصور والمعقول اخذا بالاعتبار حقائق الاوضاع التجارية والاقتصاديـــة في القطر » ، ص ١٣٧ .

(٥) المذكرة التفسيرية لقانون التجارة ص ١٣٧ .

صراحة من اسس قانون التجارة واحكامه • ومع ذلك فانه لا بد من التنويه الى ان غالبية التشريع المقارن وحسب رأي فقه القانون الراجح • لم يقم نظرية الاعمال التجارية الا على أساس تعداد الاعمال التجارية الـــواردة على سبيل الدلالة والمثل لا على سبيل الحصر والتحديد(٦) • ويبرر هـــذا الاتجاه انطلاقا من غياب السبب المحدد لوجود العمل التجاري أولا ،وللصعوبة البالغة في تصور جميع الاعمال التجارية التي تقع في العمل عند وضـــع التشريع التجاري(٧)•

وايا كان الامر فان نظرية الاعمال التجارية أثارت ولا تزال نقاشا قانونيا عميقا وصعوبات مختلفة سواء بخصوص تحديد ماهية العمـــل التجاري أو انواعـــه •

وانطلاقا من تحديد طبيعة العمل القانوني يمكن في الواقع تحديـد النظام القانوني للعمل التجاري • وعلى هذا نعرض في فروع ثلاثة للمقصود بالعمل التجاري ولنظامه القانوني ولانواع الاعمـــال التجاريـــة •

---

(٦) انظر على سبيل المثل : القانون الفرنسي م٦٣٢ من قانون التجارة قانون التجارة المصري م(٢) ، قانون التجارة الكويتي م (٧و٩و١٠) ، قانـــون التجارة الجزائري م (٢) ، قانون التجارة الاردني م (٦ و ٧) ، القانـون التجاري المغربي م (٢ و ٣) ، قانون التجارة التونسي م (٢) •قانـون التجارة السوري م (٦ و ٧) •

(٧) انظـر :
HAMEL et Lagarde : op. cit. p. 172-173 Dejuclart et Ippolito:op cit.p.159 ets.

د • محمود سمير الشرقاوي ، مصدر سابق ص ٤٢ و ٤٣ ، د • رزق اللـه انطاكي القانون التجاري ١٩٧٦ ص ٦٥ •

الفـــــرع الاول

المقصـــــود بالعمل التجـــاري

٢٥ـ تخلو القوانين التجارية عموما من تعريف اصطلاحي للعمـــــــل التجـــــاري(٨) · وقـد اكتفـــــت القـــــوانين المذكورة بايراد تعداد ترتيبي معين للاعمال التجارية · ولهذا حاول الفقه استنادا عـــلى التعداد التشريعي للاعمال التجارية ان يضع قاعدة أو مفهومـــــا يتميز بموجبه ما يعتبر تجاريا ومالا يعتبر كذلك من الاعمـــــال · الا ان اجتهاد الفقه لم يستخلص فكرة عامة شاملة للعمل التجاري · بل طرح نظريات مختلفة يستند بعضها على العوامل الاقتصاديـــة ويستندالبعض الاخر على العوامل القانونية(٩) · وفيما يلي عـــرض لكل نظرية من هذه النظريات ·

٢٦ـ نظريـــة المضاربـــة La theorie de speculation

اتجه بعض الفقه الى فكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري(١٠)·

---

(٨) انظرمع ذلك نص م ١٣ من قانون التجارة العراقي رقـــم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي · اذا اوردت هذه المادة تعريفا للعمل التجاري يقوم على فكرة المضاربة ، وكذلك نص م ٦ من قانون التجـــارة الكـــويتي ·

(٩) انظر د · محمد حافظ ابراهيم ، القانون التجاري العـــراقي ، النظرية العامة ، بدون سنة طبع ص ٧٣ ·

(١٠) انظر

Rene Roblot: Droit commercial. 1964 .p. 161. No. 300.
Hamel et Lagarde:op. cit. p.172.

والمضاربة تعني السعي وراء تحقيق الربح، أو بعبارة اخرى هي وضع رأسمال معين في عمل معين بقصد الحصول على ربح من ورائه . وينصرف هذا المفهوم لكل فعل من شأنه تحقيق فائدة مادية ـ ربح نقدي ـ اضافة للعوامل التي تتضمن عنصر الصدفة والمخاطرة . وجدير بالملاحظة ان هذه النظرية التي تعتمد معيارا اقتصاديا تتفق مع طبيعة أغلب الاعمال التجارية كالشراء لاجل البيع وغيره . الا انها وباجماع الفقه لا تكفي لوحدها كمعيار للعمل التجاري .

فهي توسع أولا من دائرة الاعمال التجارية بحيث تشمل أعمالا مدنية بطبيعتها . اذ ان قصد تحقيق الربح ليس ظاهرة تقتصر فقط على العمل التجاري ، بل تمتد لجميع أوجه النشاط الانساني، وهي عامل مشترك بين المهن دون تمييز .

وتعجز نظرية المضاربة ، من جهة اخرى ، عن تفسير تجارية بعض الاعمال التي لا صلة لها بعنصر المضاربة كالاعمال المتعلقة بالسفاتج والسندات للامر « الكمبيالات والشيكات »(١١) .

ولا ريب اخيرا في ان هذه النظرية لم تعد مقبولة في الاتجاه المعاصر لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والتجاري ، هذا التدخل الذي لا يهدف الى تحقيق الربح بالمعنى التقليدي(١٢) . ومع ذلك فان لهذه النظرية جانبا ايجابيا يتمثل كما يوضح هاميل ولاكارد(١٣) باستبعاد كافة الاعمال التي لا تهدف الى الربح من النطاق التجاري .

---

(١١) انظر نص المادة السادسة من قانون التجارة .
(١٢) انظر د . اكثم الخولي ص ١٦٩ .
(١٣) مصدر سابق ص ١٧٣ .

٢٧ـ نظرية التـــداول La theorie de ciroulation

اقترح البعض الاخر التداول كمعيار للعمل التجـــــاري(١٤)٠ ويقصد بالتداول حركة السلع والنقود والاوراق التجاريـة(١٥)٠ ومحصلة هذه النظرية ان العمل القانوني تثبت له الصفة التجاريـة في جميع الاحوال التي يكون فيها الغرض منه تحريك الســـــلع والاشياء وتداولها ٠ فاذا تناول العمل القانوني السلع والاشـــياء وهي في مرحلة السكون فان هذا العمل يخرج من دائرة الاعمـــال التجارية ٠ عليه تكون الاعمال القانونية التي يقوم بها الناقـل في نقل الاشياء ، أو عمل الصناعي الذي يشترى المادة الاولية ويتناولها بالتغيير والتبديل لغرض تحويلها الى سلع وايصـــالها الى المستهلك وجميع الاعمال المساعدة على حركة الاموال كاعمال التوســـط أو الاوراق التجارية ، أعمالا تجارية ٠ أما الاعمال القانونية التي يأتيها المنتج الاول والاعمال التي يقوم بها المستهلك فانها تعـــتبر من قبيل الاعمال المدنية طالما لا يترتب عليها تحريك الثـــروة وتداولهـــا ٠

وعلى الرغم من أن هذه النظرية تفسر الكثير من الاعمـــال التجارية الاأنها لا تصلح كذلك لوحدها ان تكون معيارا مطلقـــا للاعمال التجارية ٠ فهي من جهة لاتضفي صفة التجارية على عمـــل المنتج الاول علما بان المنتج الاول هو أول من يضع السلع والبضائع في الحركة ٠ وهناك من جهة اخرى بعض الاعمال القانونية الـــتي تدفع السلع الى التداول ومع ذلك فانها لا تعتبر تجاريـــة بـل أعمالا مدنية ، كاعمال الجمعيات التعاونية الاستهلاكية ، وجمعيات

---

(١٤) انظر :
THALLER et PERCEROU : Principes de droitCommerial. t, I, 1931. P. 5. Nos 6 et 14.

(١٥) انظر : د ٠ علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ١٢٦ ٠

النقابات · ويعاب على هذه النظرية اخيرا انها لا تحتوي جميع الاعمال التجارية التي سردها القانون دون ان يتوافر فيها مفهوم التداول ، كالاعمال المتعلقة بالعقارات والعمليات الاستخراجية للثروة الطبيعية(١٦) ·

٢٨ـ نظرية المشروع La theoric d' éntreprise Commercial

ويرى اجتهاد فقهي اخر ان الذي يميز الاعمال التجارية هو الكيفية La Maniere التي يتم بها العمل(١٧)· فاذا كان العمل يقوم على صورة مشروع فهو تجاري · ويقوم المشروع التجاري على عنصرين هما الاحتراف ووجود تنظيم مسبق ، أى الاستعانة بمجموع من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل· وتطبيقا لهذه النظرية يعد تجاريا كل عمل يقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري ، وبغض النظر عن التعداد القانوني للاعمال التجارية · أما العمل القانوني المنفرد فانه يعتبر من الاعمال المدنية طالما انه لا يتم بصيغة المشروع · ويؤخذ على هذه النظرية ان هناك كثير من الاعمال التي لا يشترط في تجاريتها ان تكون مباشرة على شكل مشروع ، اذ يكفي ان تقع منفردة حتى تعتبر تجارية كما هو الشأن في أعمال شراء المنقول أو العقار لاجل البيع أو الاجارة ، والاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية · كذلك ، فان النظرية تخرج من اطار العمل التجاري جميع الاعمال التي يقوم بها الافراد بصورة (مستترة تهربا من دفع الضرائب)(١٨)، أو

---

(١٦) انظر ف ١ من م ٥ ، ف ٤ من م ٥ من قانون التجارة ·

(١٧) انظر

Escarra et Rault : Principes de droit Commercial. t . I No. 102. J. Escarra. Cours de droit Commercal. 1962. P. 91. No 36. HAMEL et Lagarde : op. cit. p. 174 No. 1488

(١٨) انظر : د · رزق الله الانطاكي ، مصدر سابق ص ٥٨ · أو

اكتساب الصفة التجارية نتائجها • يضاف الى ذلك اخيرا أن هناك كثير من الاعمال التي تمارس على شكل مشروع ومع ذلك فانها لا يمكن أن تعد تجارية ، كاعمال ذوي المهن • عليه فان معيار المشروع لا يكفي لوحده اذن ان يكون قاعدة مطلقة للعمل التجاري •

٢٩ـ نظرية الحرفة : La theorie de la profession

وحاول بعض الفقه ايضا الاستناد الى الحرفة التجارية في تحديد مفهوم الاعمال التجارية(١٩)• ومحصلة هذه النظرية ان الاعمال التي تزاول ضمن الحرفة التجارية تعتبر أعمالا تجارية •

ويوضح العميد ريبير Ripert مفهوم الحرفة بالعمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة(٢٠) • وعلى هذا تستلزم الحرفة بعض المظاهر الخارجية ، كوجود محل تجاري واستخدام قوة عمل واتصال بالعملاء وسمعة تجارية(٢١)• فاذا ما توافرت هذه المستلزمات عند مزاولة النشاط التجاري نكون عندئذ أمام الحرفة التجارية وبالتالي يعد تجاريا كل عمل يقع في اطارها • يتضح ان هذه النظرية تميل بالقانون التجاري نحو الذاتية وتجعل منه قانونا مهنيا حرفيا فقط ، بمعنى ان هذه النظرية لا تصلح لقانون تجاري موضوعي(٢٢)• ويعاب على نظرية الحرفة كذلك أنها لم تضع معيارا للحرفة التجارية • فلا يكفي في الواقع الاشارة الى المظاهر الخارجية التي تتطلبها الحرفة ، اذ ان هذه المظاهر لا تخرج عن كونها أمرا لازما لجميع الحرف عموما ، المدنية منها والتجارية • هذا اضافة

---

(١٩) انظر Ripert et Roblot : Traite elementaire de droit Commercial, t, I. 1968. p. 154 No. 360.

(٢٠) انظر Droit Commercial : cit.p.154 et s

(٢١) انظر بهذا المعنى ، فريد مشرقي ، اصول القانون التجاري المصري ، ١٩٥٤ ص ٢٣ •

(٢٢) انظر د • الخولي ص ١٤٤ •

الى أنها تخرج بالضرورة من اطارقانون التجارة العمل التجاري المنفرد الذي يعتبر تجاريا بطبيعته دون ما حاجة لشرط الاحتراف ·

٣٠ـ نظرية السبب La theorie de la Cause

تأخذ هذه النظرية التي نادى بها الفقيه ريفيران Reverand (٢٣) بالسبب بمفهوم الباعث الدافع الى التعاقد والذي يطلق عليه بالنظرية الحديثة للسبب(٢٤)· وينظر الى هذا الباعث الدافع من خلال الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يؤدي الى التعاقد · لذا فان تحديد الصفة التجارية للعمل القانوني يستلزم استقصاء الباعث (الحافز) الموجه للعمل · فاذا كان الحافز تجاريا فالعمل تجاريا والعكس صحيح ·

والواقع ان المشرع العراقي يقيم وزنا للغرض أو القصد لاضفاء الصفة التجارية للعمل القانوني ، كما هو الامر في الشراء لاجل البيع او الاجارة(٢٥)· فقصد البيع اوالاجارة للاموال بعد شراءها يضفي على العمل صفته التجارية · ومع ذلك فان هذه النظرية لاتسلم من النقد والماخذ ·فمن العسير أولا تحديد القصد أو الباعث على العمل · فالقصد عبارة عن عنصر معنوي كامن في النفس ومن الصعوبة استخلاصه والوقوف عليه عند اجراء التصرف · ثم الى جانب ذلك تعجز النظرية المذكورة عن تفسير تجارية بعض الاعمال التي أضفى عليها المشرع صفة التجارية دون ما اعتبار لنية وقصد القائم بها ، كالاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية مثلا ·

٣١ـ واضح مما تقدم ان وضع ضابط دقيق ومحدد للعمل التجاري ليس بالامر

---

(٢٣) انظر
Reverand: L acte de Commerce, son criterium Juridique et L' obligation. Preface H. Capitant. Paris 1937.

(٢٤) انظر :
H. Capitant: De La Cause des obligations, 3 ed. 1928. Droit civil, t. II, No 292.

(٢٥) ف ١ م ٥ من قانون التجارة ·

اليسير • ولعل السبب في ذلك كما نرى هو التطور الاقتصادي السريع في الواقع المعاصر والذي انعكست اثاره على الهيكل القانوني للنشاط التجاري ، والذي دفع الفقه بالتالي الى مراجعة اسس القانون التجاري برمته ومحاولة ارساء قواعده على مبادىء جديدة تختلف جوهريا عن اسسه التقليدية(٢٦) • الا ان عدم وجود نظرية شاملة في ماهية العمل التجاري لا يعني بأن ما اقترح من مقاييس بهذا الخصوص يعتبر عديم الاثر في تطور الفكرة القانونية عن ماهية العمل التجاري • فكل عمل تجاري ينطوي في الواقع على فكرة المضاربة والسعي وراء تحقيق الربح • ومن يمارس العمل التجاري فانما يقوم به عادة على سبيل الاحتراف ، وان النشاط التجاري لا يمكن تصوره بدون مفهوم التداول للثروة أو قيام مشروع تجاري منظم فنيا وعلميا •

وعلى الرغم من ان المشرع العراقي اعتمد من خلال نص المادة الخامسة من قانون التجارة معيار المضاربة« قصدتحقيق الربح»كأساس للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني ، الا أنه من جانب اخر قرر تجارية أعمال اخرى بالنظر لطبيعتها وبصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته ، كالاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية(٢٧)• هذا الى جانب كون الاعمال التجارية التي تمارس بقصد الربح والتي سردها القانون يتضمن أغلبها وبالضرورة مفهوم المشروع التجاري وتداول الثروة ، مما يجعلنا بالتالي نقول ان المشرع العراقي أخذ بأكثر من معيار للعمل التجاري ، آخذا بالاعتبار متطلبات الواقع العملي والتطور المتلاحق للنشاط التجاري •

---

(٢٦) بهذا المعنى د • الخولي ص ٢٣ •

(٢٧) انظر نص المادة السادسة من قانون التجارة •

الفـــرع الثـــاني

النظـــام القانوني للعمل التجاري

٣٢ـ يعتبر قانون التجارة العراقي قانونا موضوعيا بالدرجة الاولى ، فهو قانون الاعمال التجارية، مع الاخذ بنظر الاعتبار الحرفة التجارية • وعلى هذا فان العمل التجاري يخضع لاحكام لا يخضع لها العمل المدني • ومجمل هذه الاحكام هي ما يطلق عليه بالنظام القانوني للعمل التجاري • وينظر الى تطبيق هذا النظام دون مراعاة للشخص القائم بالعمل ، أى سواء كان محترفا للنشاط التجاري ـ تاجر ـ أم غير محـــترف لهذا النشاط • وتتمثل أوجه هذا النظام بما يلي :

اولا : من حيث الاختصاص القانوني :

يخضع العمل التجاري لقواعد وأحكام التشريع التجاري ، وبعبارة اخرى للمجموعة القانونية التجارية ، بينما يخضع العمل المدني للمجموعـــة القانونية المدنية • ومع ذلك فقد تطبق قواعد القانون المدني عند خـلو المجموعة التجارية مـــن حكم خاص بالعمل التجاري وذلـــك انطلاقا من كون القانون المدني مصدرا من مصادر القانون التجاري •

ثانيا : من حيث اكتساب الصفة التجارية •

ان مزاولة الاعمال التجارية احترافا يكسب الشخص طبيعيا كان ام معنويا الصفة التجارية ، أى يعتبر تاجرا • وتقرر المادة السابعة من قانـــون التجارة ذلك صراحة بقولها : «اولا : يعتبر تاجرا كل شـــخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريـــا وفق أحكام هذا القانون» • ويترتب على اكتساب هذه الصفة نتـــائج قانونية هامة من حيث المركز القانوني للشخص كما وتترتب عليـــه واجبات لا تطلب من غير التاجر كما سنرى لاحقا •

ثالثا : من حيث الافلاس :

الافلاس نظام لا يسري الا على من يحترف النشاط التجاري أى التاجر • والافلاس وسيلة خاصة للتنفيذ في الديون التجارية • اذ يمكن من خلاله تصفية أموال التاجر المتوقف عن اداء ديونه التجارية تصفية جماعية لغرض توزيع المبالغ المترتبة عن هذه التصفية على الدائنين بصورة متساوية كي لا يتزاحم بعضهم مع بعض في التنفيذ على أموال المدين واستيفاء حقوقهم كاملة على حساب الاخرين • ويترتب على حكم الافلاس جملة نتائج أهمها منع المفلس من ادارة أمواله والتصرف بها ،وسقوط جميع اجال الديون النقدية التي عليه ، وحرمانه من الحقوق المدنية وغير ذلك(٢٨) • ولا مجال لتطبيق هذا النظام على غير التاجر المتوقف عن اداء ديونه العادية ــ المدنية ــ اذ يخضع غير التاجر عند تخلفه عن الوفاء بديونه المدنية لنظام الاعسار المقرر في القواعد العامة(٢٩) •

ومع ذلك فان التوجه في التشريع العراقي يسير نحو استبعاد نظام الافلاس التجاري وتوحيد الاحكام الخاصة بالمدين المعسر سواء أكان تاجرا أم غير تاجر ، وصوغها في قواعد تهدف الى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في اطار المصلحة العامة(٣٠) •

رابعا : من حيث الفوائد :

الفوائد أما قانونية أو اتفاقية أو مركبة • وتفرق القواعد العامة بين سعر الفائدة القانوني في المواد التجارية عنه في المواد المدنية • اذ تنص المادة ١٧٢ من القانون المدني على أنه: « اذا كان مبلغ الالتزام مبلغا

---

(٢٨) انظر الباب الخاص من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي ، الخاص بالافلاس والذي لا يزال نافذا بحكم المادة ٣٣١ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ •

(٢٩) انظر المواد من ٢٧٠ ــ ٢٧٩ من القانون المدني •

(٣٠) انظر قانون اصلاح النظام القانوني القسم الخاص بالتشريعات التجارية •

من النقود • وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفـــاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونيـــة قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية » • عليه فان سعر الفائدة القانوني في المواد التجارية ٥٪ بينما هو في المـــواد المدنية ٤٪ • ويمكن تعليل الفرق في سعر الفائدة القانوني في ان المبالغ التي تستثمر في النشاط التجاري تكون ذات مردود ايجابي أوفر فيما لو اســـتغلت في مجال اخر • كما وان الدين التجاري يكون اكثر عرضة للخطر من الدين المدني ، وبهذا اعتبر المشرع فرق سعر الفائدة القانوني في المواد التجارية عنه في المـــواد المدنية ، بمثابة تعويض للدائن •

وقد أباح لمشرع للمتعاقدين الاتفاق على سعر اخر للفوائد التي تسري بينهما، الا انه لم يترك لارادتهما سلطة مطلقة في تقرير سعر الفائدة خشيـــة التعسف والاستغلال • فبمقتضى نص المادة ١٧٢ من القانون المدني : (يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر اخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة • فـاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر) • ومع ذلك فان المشرع قد استثنى البنـــك المركزي في القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٧٠ المعدل للقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ ، حاليا القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ ، من أحكام المادة السابقة(٣١) • وتعلـــل المذكرة التفسيرية للقانون هذا الاستثناء « بالارتفاع المستمر في أسعار الفوائـــد التي تستوفيها المصارف والمؤسسات المالية الاجنبية والـــتي وصلت الى نسب تزيد كثيرا عن نسب الفوائد التي تستوفيها المصارف والمؤسسات المالية العراقية والمحددة بموجب المادة ١٧٢ من القانون المدني • ولغرض تجنب الخسائر التي تتحملها المصارف والمؤسسات المالية العراقية نتيجـــة للفرق بين سعري الفائدة في الداخل والخارج » •

أما الفوائد المركبة،(٣٢) فالاصل عدم جوازها ، والاستثناء أباحتها في المواد التجارية اذا كانت ثابته بحكم القواعد والعادات التجارية • اذ تقرر المـــادة ١٧٤ من القانون المدني انه : « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز

---

(٣١) انظر المادة الاولى من القانون المذكور أعلاه •

(٣٢) المقصود بالفوائد المركبة تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد المضافة لراس المـال •

في أية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية» ٠وتطبيقا لهذه القاعدة تنص المادة ١٧٥ من القانون المدني على أنه ق « الفوائد التجارية الئتي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني بأختـــلاف الجهات ويتبع في طريقه احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجـاري ما يقضي به العرف التجاري » ٠

خامسا : من حيث صفة الأستعجال :

ان بعض الدعاوي المتعلقة بالالتزامات التجارية ينظرها القضاء بصـورة مستعجلة فلا تخضع للعطل ، ومن ذلك دعاوي الافلاس ٠ اذ تقـــرر المادة ٥٨٤ من قانون التجارة والمتعلقة بالافلاس على ما يلي :« تنظـــر دعاوي الافلاس على وجه السرعة ٠٠٠ » ٠

سادسا : من حيث النفاذ المعجل :

الاصل انه لا يجوز تنفيذ الاحكام القضائية الا بعد اكتسابها الدرجـــة القطعية وتحوز قوة الشيء المحكوم به ، أى أنها لا تقبل التنفيذ الا بعد مرور مدد الطعن المقرر قانونا ٠ وتستثني بعض القوانين من هـــذه القاعدة القرارات الصادرة ٠ في المسائل التجارية حيث تجيز نفاذها المعجل حتى لو كانت قابلة للطعن ،كالقانون الفرنسي وللبلجيكي(٣٣) والمصري(٣٤) وبشرط تقديم كفالة ٠ ولم يتعرض المشرع العراقي صراحة لهذه القرارات ٠ فلم يتعرض قانون المرافعات المدنية للنفاذ المعجـــل الا لاحكام النفقات والقرارات المستعجلة والاوامر الصادرة على العرائض دون الاشارة للاحكام التي تصدر في المواد التجارية(٣٥) ٠ الا ان الاحكام

---

(٣٣) انظر د٠ اكرم ياملكي ، د٠ باسم محمد صالح ، مصدر سابق ذكره ، ص ٤٨ ٠

(٣٤) انظر نص المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات المصري ٠

(٣٥) أنظر المواد ١٦٤ و ١٦٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩ المعـــدل ٠

الصادرة في دعاوي الافلاس تكون واجبة التنفيذ المعجل ودون تقديم كفالة ممن صدر الحكم لصالحه(٣٦) ٠

سابعا : من حيث التنفيذ المباشر :

تقرر الفقرة الاو من المادة الرابعة عشرة من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ان الاوراق التجارية القابلة للتداول قابلة للتنفيذ في دوائر التنفيذ كالاحكام القضائية ، بشرط ان لا يكون المدين مظهرا ٠ واذا كان المطلوب التنفيذ بحقه كفيلا فيجب تبليغ المدين للوقوف على ما لديه من اعتراضات ٠

ثامنا : من حيث الاختصاص القضائي :

يختص القضاء التجاري بنظر المنازعات المتعلقة بالمواد التجارية ، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية فانها من اختصاص القضاء المدني ٠ بيد ان المشرع العراقي لم يأخذ بمبدأ تخصص المحاكم ٠ اذ يقوم القضاء المدني عندنا بنظر المنازعات دون تميز بين المسائل التجارية والمدنية ، فهو جهة تطبيق القانون التجاري والقانون المدني في ان واحد(٣٧) ٠

٣٣ـ وفيما عدا ذلك فقد تم ، وانطلاقا من مبادىء قانون اصلاح النظام القانوني ، توحيد كثير من الاحكام التي كانت تميز المسائل التجارية عن المدنية ، كما هو الامر مثلا بالنسبة لقواعد الاهلية(٣٨) ٠ أو قواعد الاثبات ٠ فقد وحد قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ أحكام الاثبات في المسائل المدنية والتجارية ٠ والغي لهذا السبب باب اثبات الالتزام في القانون المدني وقواعد الاثبات في القانون التجاري وقانون المرافعات المدنية ٠

---

(٣٦) انظر المادة ٥٨٤ من قانون التجارة (باب افلاس النافذ المفعول) ٠
(٣٧) انظر المواد ٢٩و٣٢ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
(٣٨) قارن مع المواد من ١٠ـ١٦ من قانون التجارة الملغي ، التي كانت تقرر قواعد خاصة بالاهلية ٠

وتتفق المسائل التجارية والمدنية ايضا من حيث مدد التقادم مع مراعاة(٣٩) بعض صور التعامل التجاري كمدد التقادم الخاصة بدعـــاوي الاوراق التجارية(٤٠) • وتخضع المسائل التجارية كالمدنية لمبادىء واحـــدة بصدد المهل القضائية • فيجوز كقاعدة عامة منح المدين بدين تجـــاري أو مدني مهلة للوفاء بالتزامه اذا استدعت حالته ذلك(٤١) • ومع هذا فلا بد من ملاحظة ان المشرع يمنع في المعاملات المتعلقة بالاوراق التجاريـــة منح المدين مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية او للقـــيام بأى اجـــراء متعلق بها الا في الاحوال التي ينص عليها القانون(٤٢)•

---

(٣٩) انظر نص المادة ١٠٢ من قانون التجارة الملغي ، التي كانت تقرر مـدة قصيرة للتقادم •

(٤٠) انظر نص المادة ١٣٢ من قانون التجارة •

(٤١) انظر نص المادة ٢٩٧ من القانون المدني

(٤٢) انظر نص المادة ١٨٣ من قانون التجارة •

الفـــــرع الثـــــالث

انواع الاعمال التجاريـــــة

٣٤ـ تمهيد وتقســـيم :

يقسم الفقه(٤٣) عموما الاعمال التجارية الى طوائف ثلاثـــــة هي :
الاعمال التجارية المطلقة أو بالطبيعـة أو الاصليـــــــة ،
Actes de Commerce Par nature ou absolu.
وهي الاعمال التي اعتبرها المشرع تجارية لذاتها Par eux — memes.
واعمال تجارية حسب شـــكلها Par Leur forme وهي أعمـــال
اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها . واعمال تجارية بالتبعية أو نسبية .
وهي اعمال مدنية في الاصل بيـــــد Accessoires ou relatifs

---

(٤٣) انظر :

R. Houin et R. Rodiere: Cours elementaire de droit commercial.
4e ed. 1971 pp. 24-33.

A. Jauffret: Manuel de droit Commercial. 15e ed. 1975 pp. 19-21.

F. Lemeunier: Principes et Pratiques du droit commercial. 7 ed. 1972. p. I ets.

J. Guyenot : Cours de droit commercial. 1968 p. 140.

R. Barraine : Droit commercial 1973. p. 17.

G. Hamonic : Cours de droit commercial. 3 ed. 1947. p 14

G. Brulliard et D. Laroche: Principes de droit commercial 1950. p. 9 et s.

CH. Lyon- Caen et L. Renault: op. cit. P. 115 et s.

Y. Escarra: op. cit. P. 119 et s.

Hamel et Lagarde: op. cit. P. 174 et s.

أنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر لحاجاته التجارية • وهنـــاك من يضيف الى هذه الطوائف طائفة رابعة هي الاعمال التجارية المختلطة (٤٤)• Actes Mixtes أو من جانب واحد ، وهي الاعمال التي تعد تجاريـــة بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة لطرف اخر من أطراف العلاقة القانونية •

هذا ويجمع الفقه المقارن على ان التعداد الذي أورده المشرع للاعمـــال التجارية في قوانين التجارة المختلفة لم يأت على سبيل الحصر بل على سبيل الدلالة والمثل • ولهذا لم يتوان الفقه أو القضاء عن اضافة أعمال تجارية اخرى الى ما ورد من تعداد لهذه الاعمال •

٣٥ـ ومن ملاحظة الاعمال التجارية التي سردها المشرع العـراقي في قانـــون التجارة يتبين ان هذه الاعمال جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل الدلالة • وتوضح الاسباب الموجبة للقانون ذلك صراحة بالقـــول ان المشرع أقام : « نظرية الاعمال التجارية على أساس من تعداد وارد على سبيل الحصر مراعيا في ذلك ان تشتمل على جميع الاعمال التجارية الـتي تقع في حدود التصور المعقول اخذا بالاعتبار حقائق الاوضاع التجـــارية والاقتصادية في القطر(٤٥) •

ويمكن ان يضاف الى هذا التبرير، في تقديرنا ، تبرير اخر هـــو ان المشرع العراقي يرى في قانون التجارة استثناءا من القـــانون المدني ، والاستثناء لا يجوز ، كما هو مقرر ، التوسع فيه وفي أحكامه •

ومع ذلك فان الظاهر من متن النصوص القانونية هو ان المشرع نفســه لم يستطع حصر هذه الاعمال تماما • فلو أمعنا النظر مثـــلا في نص الفقرة السابعة من المادة الخامسة من القانون التي تقرر ما يلي :« خدمـات مكاتـــب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى»

---

(٤٤) انظـر R. Houin et R. Rodiere : op. cit. p. 26 et s.
F. Lemeunier: op. cit. p. 5.

(٤٥) الاسباب الموجبة للقانون ص ١٣٧ •

لظهر لنا جليا ان مصطلح « دور العرض المختلفة الاخرى » يعني ان من المستطاع اضافة أعمال تجارية أخرى مشابهة بالغاية والهدف للاعمال المذكورة في الفقرة المبينة انفا • ويؤخذ بنفس الملاحظة بصدد ما ورد في الفقرتين الثانية عشرة والسادسة عشرة من المادة الخامسة من القانون • فالصياغة التي أفرغت بها هذه النصوص تسمح وعن طريق القياس اضافة أعمال تجارية لم يحددها المشرع بالذات • من ناحية اخرى ، فان القانون «لم يشأ أن يأخذ بنظرية العمل التجاري التبعي»(٤٦) • ولم يتعرض ايضا للعمل التجاري المختلط • هذا اضافة الى ان التعداد القانوني يفتقد الترابط • اذ تتضمن المواد ٥و ٦ أعمالا يستند بعضها على نظرية المضاربة « قصد الربح » بينما لا تقوم تجارية البعض الاخر على هذا المعيار • وعلى ضوء ما ورد في الفقرات التي تتضمنها المواد المذكورة أعلاه فأن الاعمال التجارية تقسم ، حسب تقديرنا ، الى قسمين هما :

اولا : أعمال تجارية منفرده

Actes de Commerce isoles

ثانيا : أعمال تجارية بصيغة المشروع التجاري •

Actes de commerce Par entreprise

وهذان القسمان ينضويان في الواقع تحت طائفة الاعمال التجارية المطلقة • ونتولى فيما يلي وبالتتابع أعمال كل طائفة من هذه الطوائف •

---

(٤٦) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة ص ١٣٧ •

المبحث الاول :

الاعمـــال التجارية المنفردة

٣٦ـ الاعمال التجارية المنفردة هي تلك الاعمال التي تعتبر تجارية ولو وقعت لمرة واحدة أو عرضا سواءا وقعت من قبل أشخاص يتمتعون بالصفة التجارية أم لم يكتسبوا هذه الصفة • وانطلاقا من مضمون نص المادتين الخامسة والسادسة من قانون التجارة فأنه يمكن تحديد هذه الاعمال بما يلي :

- شراء المنقول أو العقار لاجل البيع أو التأجير بقصد الربح •
- الاستئجار لاجل التأجير ثانية بربح •
- التعامل في أسهم الشركات وسنداتها •
- انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها •

اولا : شراء المنقول أو العقار لاجل البيع أو التأجير بقصد الربح •

٣٧ـ يعتبر شراء المنقول لاجل البيع أو التأجير من أكثر الاعمال التجارية وقوعا في الحياة العملية ومن أهم أوجه النشاط التجاري الذي يهدف الى تحقيق ربح عن طريق المضاربة • ويلحق بشراء المنقول لاجل بيعه ، شراء العقار بقصد البيع ، فقانون التجارة لم يحصر في الواقع الشراء ذا الصفة التجارية بالمنقول فقط بل أضاف اليه شراء العقار الذي يتم لاغراض تجارية • وسبب ذلك في رأينا ان ملكية العقار أصبحت تنتقل بين الاشخاص بسهولة بفضل القوانين العقارية الحديثة وانشاء السجلات العقارية لدى معظم الدول، وأصبحت المضاربة على الاموال غير المنقولة أمرا اعتياديا يتم بصورة تجارية بين الاشخاص(٤٧) •

---

(٤٧) قارن مع القانونين المصري والفرنسي بخصوص الاموال العقارية •

ويستشف من مضمون نص الفقرة الاولى من المادة الخامسة ان القانون يشترط لاعتبار شراءالمنقول او العقار لاجل البيع او التأجير عملا تجاريا شروطا ثلاثة هي :

١ ـ أن يكون هناكشراء للمنقول أو العقار لاجل البيع أو الايجار.

٢ ـ ان ينصب الشراء على مال منقول او عقار .

٣ ـ ان تكون الغاية المتوخاة من الشراء لاجل البيع او التاجير هي تحقيق مردود ايجابي (ربح) .

وسنتعرض بالتتابع لكل شرط من هذه الشروط .

الشرط الاول :

ان يكون هناك شراء للمنقول أو العقار لاجل البيع أو الايجار .

٣٧ـ يتكون هذا الشرط من عمليتين مترابطتين هما : ان يكون هناك اولا عملية شراء يتبعها بعد ذلك عملية بيع .

اولا : عملية الشراء : **L' achat**

٣٨ـ تعتبر عملية الشراء ركنا جوهريا لاعتبار العمل تجاريا . ونعني بعملية الشراء هنا ان يكون الحصول على المنقول أو العقار بمقابل أوبعوض(٤٨) أو بعبارة اخرى اقتناء الشيء بمقابل متفق عليه بين البائع والمشتري(٤٩) على ان يفهم ذلك المقابل بالمعنى الواسع ، أى سواء كان نقودا أم عينا ، كما هو الامر بالنسبة للمقايضة أو العقود الناقلةللملكية بعوض كالشركة(٥٠) . وتأسيسا على ذلك ، اذا باع شخص مالا لم يحصل عليه بالشراء بل تلقاه دون مقابل فلا يعد عمله تجاريا لانتفاء عنصر المضاربة .

(٤٨) انظر Lyou Caen et Renault : op. cit. T. I. no106

(٤٩) انظر د . الخولي مصدر سابق ذكره ص ٧٧ .

(٥٠) انظر بنفس المعنى د . أحمد ابراهيم البسام ، مبادىء القانون التجاري جـ ١ ١٩٦١ ص ٥٤ وما يليها .

وتنتفي عملية شراء المال ، بصورة عامة ، في حالات الارث والهبة والوصية أو اذا كان البيع ينصب على الانتاج الاول . لذا يجب ان يستبعد من ميدان النشاط التجاري كل بيع لمنقول أو لعقار آل للشخص عن طريق الارث أو الهبة أو الوصية . فالارث والهبة والوصية عبارة عن تصرفات قانونية يكتسب الشخص بموجبها ملكية شيء بدون عوض . عليه لو باع شخص عقارا أو منقولا آل اليه بالارث أو عن طريق الهبة أو الايصاء ، فلا يعتبر عمله تجاريا لان البائع لم يحصل على ذلك المال بالشراء . ويؤخذ بالحكم نفسه حتى ولو قصد من البيع اجتناء الربح أو تحقق الربح فعلا من وراء البيع .

أما الانتاج الاول فيتمثل حسب تقديرنا بعمليات الزراعة وأعمال ذوى المهن الحرة والانتاج الذهني(٥١) . فعمليات الزراعة اعتبرت ومنذ القدم اعمالا مدنية بطبيعتها وأخضعت ابتداء للقانون المدني . لان الاستغلال الزراعي اسبق تاريخا من الاستغلال التجاري ، ومن أجله نشأ القانون المدني ، فلا يمكن ان ينتزع من هذا القانون ميدانه(٥٢) . وعمليات الزراعة ، تنصب من جانب اخر ، على استغلال الطبيعة استغلالا مباشرا . فمصدر الانتاج المتأتي من هذه الاعمال هو اذن الطبيعة وليس نتيجة شراء سابق . فالمزارع الذى يبيع انتاج أرضه التى يملكها او انتاج الارض المنتفع بها يعد عمله والحالة هذه مدنيا(٥٣) . ويعتبر مدنيا أيضا كل عمل يتعلق بتسهيل عملية الاستغلال الزراعي ، كشراء الالات والادوات والبذور والاسمدة . فلا يغير من طبيعة العمل شراء تلك اللوازم اذ أن ما يقوم المزارع ببيعه بعد ذلك ليس هو ما اشتراه بعينه ، فشراء البذور أو المهمات أو الاسمدة لا يقترن بنية بيعها ، بل قصد به الانتفاع بها في تسهيل أعمال الزراعة والحصول على الانتاج الزراعي . ومع ذلك فان الحكم يختلف اذا ما اقترن الاستغلال الزراعي بعمليات تحويل الانتاج الزراعي صناعيا . اذ أن التحول هنا يدخل في مفهوم الصناعة ، والصناعة عمل تجاري بحكم

---

(٥١) انظر البسام ، مصدر سابق ذكره ص ٥٥ وما يليها .
(٥٢) انظر د. الخولي مصدر سابق ذكره ص ١٣٢ .
(٥٣) تعرض قانون التجارة الملغي لهذه الحالة صراحة من خلال نص المادة الثامنة الفقرة الاولى واعتبر أعمال المزارع مدنية مطلقة .

القانون(٥٤) · عليه لو حول المزارع قمح أرضه صناعيا الى دقيق أو قصب السكر الى سكر أو استخرج صناعيا الزيوت من أشجار مزارعه واستخدم لهذا الغرض الات ومهمات وغير ذلك من القوى الصناعية والايدي العاملة (قوة العمل) · فان عمله يعتبر تجاريا اذ اننا أمام مشروع تجاري هو مشروع الصناعة(٥٥) · ويؤخذ بنفس الحكم فيما اذا قام المزارع بتربية الدواجن أو الماشية على أرضه بقصد بيعها أو بيع انتاجها · فلو اشترى شخص أرضا بقصد زراعتها ثم عدل عن قصده هذا الى تربية الماشية والدواجن وبيع انتاجها فان العمل يعد تجاريا ·

أما الانتاج الذهني فانه يخرج بدوره من دائرة العمل التجاري · ويقصد بهذه الاعمال تلك التي تنتج من اعمال الفكر والذهن · وهذا الانتاج كما هو واضح غير مسبوق بعملية شراء · فمن يؤلف كتابا ثم يقوم بطبعه بنفسه أو عن طريق ناشر لا يعتبر عمله تجاريا ولو حقق ربح من وراء ذلك، لكون ما يقوم ببيعه ليس الا ثمرة انتاجه الذهني ، فهو بيع لم يقترن بشراء · غير أن عمل الناشر أو المتعهد بالطبع (الطباعة) يعد عملا تجاريا · فالناشر أو من يشتري حق الطبع يقوم بالمضاربة على فرق سعر طبع الكتاب والاعلان عنه او حفظه وبين سعر بيعه · ويعد عملا تجاريا ايضا عمل الكتبي الذي يشتري المؤلفات والكتب ثم يقوم ببيعها ، طالما أنه يضارب على فرق سعر الشراء والبيع · بينما يعد مدنيا عمل الفنان الذي يقوم ببيع لوحة من انتاجه أو بيع تمثال نحته أو لحن الفه على أساس ان ما يقوم به ما هو الانتاج موهبة شخصية لم تقترن بعملية شراء ·

ولو نظرنا الى أعمال ذوى المهن الحرة فانه يمكن ملاحظة ان هذه الاعمال تقوم على استثمار واستغلال ما اكتسب من علم وفن وخبرة · ويدخل ضمن مفهوم المهن الحرة المحاماة والطب والهندسة والمحاسبة وغيرها(٥٦) ·

---

(٥٤) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة ·

(٥٥) قارن مع نص م ٨ف ٢من قانون التجارة الملغي ، رقم٤٩لسنة ١٩٧٠ ·

(٥٦) ان هذه المهن تخضع عموما لقوانين خاصة كقانون المحاماة وقوانين ممارسة الطب والهندسة والصيدلة . الخ ·

فكل من المحامي والطبيب والمهندس والمحاسب يقوم بتقديم خدمات اساسها الخبرة للجمهور دون أن تتدخل عملية شراء سابق لهذه الخبرات . من هنا تعتبر هذه الاعمال مدنية . ومع ذلك فان اعمال هذه المهن قد تفقد صفتها المدنية وتتحول الى أعمال تجارية عند تجاوز العمل أو النشاط الجانب العلمي أو القدر اللازم لممارسة المهنة . فالطبيب الذي يعمد الى بيع الادوية والاجهزة الطبية الى مرضاه يعتبر عمله مدنيا حيث نكون في هذه الحالة أمام عمل ثانوي تابع لعمله الرئيسي وهو معالجة المرضى . أما اذا تعدى مرضاه الى غيرهم في بيع الادوية والاجهزة أو أنشأ مصحا أو مستشفى بحيث يطغى هذا العمل على الجانب العلمي المهني ففي مثل هذا التصور يكون العمل تجاريا ويأخذ صيغة المشروع القائم على شراء المنقول بقصد بيعه وتوريد الخدمات(٥٧) . ويؤخذ بنفس الحكم بالنسبة لعمل المهندس الذي يتعدى ضرورات المهنة الى التعهد بانشاء المرافق وتوريد المهمات اضافة لوضع التصاميم والاشراف على العمل .

ويناقش الفقه تكييف طبيعة عمل الصيدلي . فمهنة الصيدلي تستلزم بالضرورة خبرة علمية وفنية للقيام بتحضير الادوية . ومن هذا المنطلق اعتبرت أعمال المهنة المذكورة مدنية . بيد ان هذا التصور اصبح محل نظر سيما وأن تصنيع الدواء وتجهيزه اصبح يتم من قبل هيئات ومؤسسات وشركات متخصصة بحيث اقتصر دور الصيدلي على شراء الدواء وبيعه وتحقيق ربح من فرق السعر والعمولة . من جانب اخر فان محلات الصيادلة تتخذ حاليا والى حد كبير صورة المحلات التجارية . لهذا يرى البعض ان عمل الصيادلة يعد عملا تجاريا وليس مدنيا(٥٨).

ثانيا : عملية البيع او الاجارة : revente ou Location

٣٨ـ الا ان عملية الشراء لوحدها لا تكفي لاضفاء الصفة التجارية على

---

(٥٧) قارن مع د . مصطفى كامل طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٦٦ ص ٤٧ و ٤٨ .

(٥٨) انظر بهذا الصدد وحول موقف كل من القضاء المصري والفرنسي : د . علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ٧٢ .

شراء المنقول أو العقار • بل يجب ان تتبع هذه العملية ، عمليـــة اخرى هي بيع المنقول او العقار او تأجيرهما • فاذا تم الشراء لا لغرض البيع وانما للاستعمال والاستهلاك فان العمل لا يعد تجاريا بل مدنيا. فيجب والحالة هذه اذن ان تتوافر نيةالبيع أو الاجارةعند الشراء • لذا فان من يشتري واسطة نقل بنية بيعها ثم يعدل عـن ذلـــك ويستبقيها لاستعماله الخاص ثم يتولى بعد مدة بيعها ويحقق ربحـا من هـــذا البيع فان عمله يبقى محتفظا بالصفة التجاريـــة •

اذ لا يتطلب القانون وقوع البيع بالفعل ومباشـــرة بعد الشـــراء • وترتيبا على ذلك ، اذا اشترى شخص شيئا لاستعماله الخاص ثـم عدل عن ذلك فباعه وحقق ربحا من وراء هذا البيع فان عمله يعد مدنيا لانتفاء نية البيع وقت الشراء • فاعتبار الشراء عملا تجاريا يتوقف اذن على اثبات نية البيع عند المشترى وقت الشراء و•يقـع عبء الاثبات على عاتق من يدعي تجارية العمل بكافة طرق الاثبات .

بيد أنه لا يشترط أن يكون البيع لاحقا على الشراء . فقد يكـــون سابقا عليه • اذ أنه من الممكن ان يتعاقد شخص على بيع بضاعـــة قبل شرائها فعلا ثم يلي هذا الشراء البيع • ويقع هذا التصور عمومـا في عمليات البيوع الاجلة(٥٩) • وقد تعقب عملية شراء المنقـــول أو العقار عملية ايجار المنقول او العقار ، بدلا من بيعه • ومثل هـــذه الاعمال تقع كثيرا في الواقع العملي . مثال ذلك شراء وسائط النقـل والاثاث والملابس والرقوق السينمائية وغيرها لاجل اجارتها بعـــد شراءها • أو شراء العقارات بقصد اجارتها لا بيعها • كاجارة الدور والشقق والغرف المؤثثة أو غير المؤثثة • فمن يشتري منقولا او عقـارا لاجل ايجاره يعتبر عمله تجاريا • وعلى هذا فانه يشترط قيام عمل مزدوج « شراء + تأجير » لكي يعتبر العمل تجاريا •وتشير الفقرة

(٥٩) انظر د • محمد حسني عباس ، الوجيز في النظرية العامة للقانـــون التجاري ، ١٩٦٩ ، ص ٦٥ • د . مصطفى كمال طه ، مصـــدر سابق ذكره ، ص ٥١ .

الاولى من المادة الخامسة من قانون التجارة الى تجارية هذا الاعمال بصراحة .

الشرط الثاني :

ان يرد الشراء او الاجارة على مال منقول او عقار :

٣٩ـ ويشترط لكي يعتبر العمل تجاريا ان يرد الشراء على مال منقول او عقار . والمال المنقول قد يكون ماديا أو معنويا . ويتمثل المال المنقول المادي عموما بالبضائع والسلع على اختلاف انواعها سواء اكانت على شكل مواد اولية او مواد نصف مصنعة او مواد تامة الصنع . أما الاموال المنقولة المعنوية فقد يكون بعضها «حسيا» فتتمثل بالاسهم والسندات وحقوق الملكية الصناعية والفنية ، كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمحل التجاري Fond de Commerce وحقوق الملكية الادبية . وقد يكون المال منقولا حسب المآل، كمن يشتري العقار بقصد هدمه وبيعه أنقاضا .

وينصرف مفهوم العقار الى كل ما هو مستقر ثابت، كالارض والبناء والغراس(٦٠) . فكل شراء لهذه الاموال منقولة كانت او غير منقولة لاجل بيعها او اجارتها يعتبر بحكم القانون من الاعمال التجارية .

الشرط الثالث : توافر قصد الربح

٤٠ـ ينصرف مفهوم هذا الشرط كما نرى » للباعث التجاري « . والباعث التجاري كمعنى قانوني يتجسد بنية المضاربة المقرونة بتحقيق ربح(٦١) . ولا يمكن في الواقع تصور تجارية شراء المنقول والعقار لاجل البيع أو الاجارة دون توفر هذا الباعث ، فهو عنصره الجوهري

---

(٦٠) انظر نص م ٦٢ من القانون المدني .

(٦١) انظر بهذا الصدد : د . علي الزيني ، مصدر سابق ذكره ص ٩٠ . د . مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ذكره ص ٥٢ . د . محمد حسني عباس ، مصدر سابق ذكره ص ٦٤ .

وبانتفائه تنعدم الصفة التجارية للعمل المذكور . وتأسيسا على ذلك يعتبر مدنيا شراء الجمعيات التعاونية والنقابات للبضائع والسلع وبيعها بسعر الكلفة على أعضائها ، أو شراء الدولة للمحاصيل الاساسية وبيعها للمواطنين بسعر منخفض ، لانتفاء نية المضاربة وتحقيق الربح. ولا يختلف الحكم اذا ورد العمل على العقار وغير المنقول . فلا يكفي اذن ان تكون لدى المشتري نية البيع مجردة ليكون شراؤه تجاريا ، بل يلزم أيضا ان يكون « الباعث على العمل تجاريا » .

بيد انه لا يشترط ان يتحقق الربح فعلا كي يعتبر العمل تجاريا . فقد تهبط الاسعار بعد الشراء لظروف اقتصادية معينة فتتحقق خسارة . فلا يفقد العمل تجاريته ، لهذا السبب طالما وجد الباعث التجاري ابتداءا عند الشراء . وقد يقع ايضا ان يتم الشراء بنية تحقيق خسارة دون ان يفقد العمل صفته التجارية . ولعل في قيام المؤسسات التجارية بين اونة واخرى بيع بعض السلع للجمهور بثمن أقل من ثمن الشراء،أو تقديم بعض الهدايا العينية بدون مقابل مثلا على ذلك . اذ تبقى هذه الاعمال تجارية رغم تحقق الخسارة وذلك لتوافر الباعث التجاري فيها . فجلب العملاء وزيادة قيمة المحل التجاري يعتبر بدون شك مردودا ايجابيا يتمثل بما يسمى » بالربح الاجل « وهو صورة اخرى للمضاربة بقصد تحقيق الربح .

ومهما يكن من أمر فان المشرع العراقي يشترط صراحة ومن خلال نص المادة الخامسة من قانون التجارة ان تكون الغاية المتوخاة من الشراء هي تحقيق الربح .

ثانيا : الاستئجار لاجل التاجير ثانية بربح .

٤١ـ استئجار الاموال المنقولة او العقار لاجل ايجارها ثانية بربح يخضع لاحكام الشراء لاجل البيع او الايجارة التي تقدم بيانها . الا انه يجب ان يلاحظ ان الشيء المستأجر لا يخرج عن كونه حقا عينيا واجارة لهذا الحق من الباطن . فالمستأجر يقوم في الواقع بعملية شراء لمنفعة

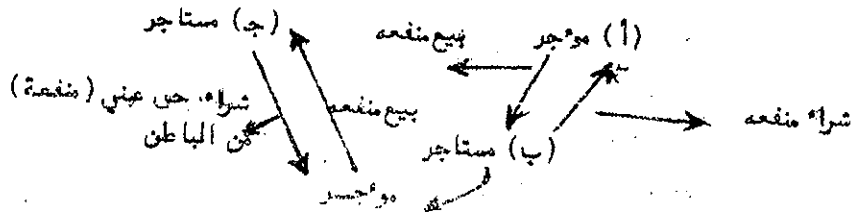
عند استئجار المال المنقول أو العقار · والمنفعة حق عيني يمكن أن يكون محلا للاجارة ثانية · ومثل الاستئجار لاجل التأجير ، مستأجر الفنادق وما شابهها ، أو استئجار وسائط النقل أوالرقوقالسينمائية بقصد تأجيرها ثانية ·

٤٢ــ ومع ذلك فانه من الضروري ان تتوافر في مثل هذا العملكي يعتبر تجاريا الشروط التالية :

١ ــ ان يكون هناك عقد اجارة ·

٢ ــ ان يقع الايجار على مال منقول أو عقار « منفعة » ·

٣ ــ ان تتوافر لدى المستأجر الاول نية المضاربة ، عن طريق اعادة التأجير بقصد تحقيق ربح من جراء العملية وسواء تحقق هذا الربح أم لم يتحقق · ويمكن ان يمثل لهذا العمل بالمخطط التالي :



يتضح من هذا المخطط ان المستأجر الاول يجمع بين صفتين : الاولى كونه مستأجر لمنفعة ، والثانية كونه مؤجر لهذه المنفعة من الباطن . أما المستأجر الثاني فهو في مركز المشترى لهذه المنفعة من الباطن ·

ثالثا : الاعمال المتعلقة بالتعامل في اسهمالشركات وسنداتها :(٦٢) ·

٤٣ــ لا خلاف اولا في ان جميع الاعمال التي تتعاطاها الشركات التجارية تعد اعمالا تجارية(٦٣)· اذ ان هذه الشركات تهدف الى الاستغلال

---

(٦٢) انظر : نص الفقرة الخامسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة ·

(٦٣) انظر De Juclart et Ippolito : op. cit.t.I,1975;p.156

التجاري من خلال المضاربة وتداول الاموال اضافة لكونها اشخاصا معنوية تعد بحكم القانون تاجرا لاحترافها القيام بالاعمال التجارية(٦٤) . والشركات التجارية التي تحترف النشاط التجاري في العراق لا تخرج صورها عن ما يلي : شركات المساهمة ، شركات المحدودة ، شركات التضامن ، المشروع الفردي ، شركات المختلطه ، مساهمة كانت أم محدودة ، الشركات البسيطة(٦٥) . وتخضع هذه الشركات لقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الذي تسري أحكامه ليس فقط على الشركات التجارية ، بل تمتد هذه الأحكام لتشمل ايضا الشركات المدنية ، في حين ان قانون الشركات رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغي كان قانون الشركات التجارية دون المدنية وذلك لتسميته بـ « قانون الشركات التجارية » . وعلى أية حال فان الفرض هنا هو التعرض للشركات التجارية وعلى وجه الخصوص لاعمال التعامل في أسهم هذه الشركات وسنداتها . وبهذا الصدد لا بد من الاشارة الى ان مفهوم « التعامل » بالاسهم والسندات ينصرف حسب تقديرنا الى كل شراء أو بيع أو اى تصرف اخر يرد عليها اذا كان بقصد المضاربة وتحقيق الربح . ومن هذا المنطلق يعتبر تجاريا شراء شركة اسهما وسندات من الغير او بيعها له . ويؤخذ بنفس الحكم عند اجراء التعامل بهذه القيم المنقولة بين الافراد . أما اذا كان تداول الاسهم والسندات يتم لمجرد الاستثمار فان لعمل يعد عندئذ مدنيا لعدم توفر شروط تجاريته . فالاستثمار لا يعدو عن كونه توظيفا بسيطا للمال تنتفي فيه شروط المضاربة .

٤٤ـ وقد يتصور البعض واستنادا على ما جاء في منطوى نص الفقرة الخامسة عشرة من المادة الخامسة من القانون ، ان تجارية العمل تقتصر على التعامل بأسهم وسندات الشركات حصرا . غير ان مثل هذا

---

(٦٤) انظر نص المادة السابعة الفقرة الاولى من قانون التجارة .
(٦٥) انظر المواد ٦ و ١٧٤ من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ .

التصور قابل للنقاش . فمن المحبذ كما نرى عد الصفة التجارية لتشمل عمليات تأسيس الشركات التجارية أو الاكتتاب بأسهمها أو الاشتراك بها . اذ أن تأسيس الشركات التجارية لا يقوم في الواقع الا على « باعث التأسيس » وهذا الباعث يتمثل بأستغلال رؤوس الاموال استغلالا تجاريا عن طريق المضاربة بقصد تحقيق الربح مما يضفي بالتالي وبالضرورة الصفة التجارية على العمل . هذا فضلا عن ان القول بخلاف ذلك لا ينسجم في الواقع مع المبادىء العامة التي درج فقه القانون التجاري على استخدامها للتعرف على ماهية العمل التجاري والتي اخذ بها قانون التجارة صراحة(٦٦) .

رابعا : الاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية(٦٧) .

٤٥ـ الاوراق التجارية Les effets de Commerce

أوراق ذات أشكال خاصة معينة قانونا تتضمن حق الحاملها أو المستفيد منها يتمثل بمبلغ من النقود يدفع من قبل الملتزم بموجبها في أجل قصير أو عند الاطلاع(٦٨) . وتمتاز الاوراق التجارية بكونها قابلة للتداول بالتظهير أو بالمناولة اليدوية . وقد عالج قانون التجارة هذه الاوراق في باب خاص هو الباب الثالث منه وبأربعة فصول من المادة ٣٩ الى المادة ١٨٥، وبأنواع ثلاثة هي : الحوالة التجارية أو السفتجه Lettre de change ou traite والسند للامر أو الكمبياله Billet a ordre والشيك Le Cheque .

والحوالة التجارية أو السفتجه عبارة عن سند محرر وفق شروط

---

(٦٦) انظر نص المادة الخامسة من قانون التجارة التي تحدد قصد الربح كمعيار للتجارية . انظر كذلك نص الفقرة الاولى من المادة السابعة من قانون التجارة التي تعتبر تاجرا الشخص المعنوي الذي يزاول بأسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام قانون التجارة .

(٦٧) انظر نص المادة السادسة من قانون التجارة .

(٦٨) وقد أورد المشرع ولاول مرة تعريفا للاوراق التجارية بأنواعها المختلفة انظر نص المادة ٣٩ من قانون التجارة .

نص عليها القانون (٦٩) ، بموجبه يأمر شخص يسمى بالساحب Tire شخصا اخر يسمى بالمسحوب عليه Tireur بأن يؤدى لشخص اخر يسمى بالمستفيد Beneficiaire مبلغا من المال في ميعاد معين أو عند الاطلاع . واشخاص الحوالة التجارية في الاصل ثلاثة هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد . على انه يجوز أن تقتصر السفتجة على شخصين كما لو اتحد شخص الساحب والمستفيد اذا حررها الساحب لمصلحته . وتنص الفقرة الاولى من المادة الثانية والاربعين من قانون التجارة على ذلك بقولها « يجوز سحب الحوالة لامر الساحب نفسه » . وتقع مثل هذه الحالة بالصيغة التالية : ادفعوا الى او لامري في الاول من شهر مايس ١٩٨٧ مبلغا ... » ، أو كما لو اتحد شخص الساحب والمسحوب عليه بأن حررها الساحب على نفسه كأن يسحب على فرعه الكائن في مدينة اخرى أو بالعكس ان يسحب الفرع سفتجه على المركز الرئيسي . وتقرر الفقرة الثانية من المادة الثانية والاربعين من قانون التجارة ذلك صراحة بقولها : « ويجوز سحبها » «السفتجه »على الساحب .

أما السند للامر أو « الكمبيالة » فهو تعهد مكتوب وفق شروط حددها القانون(٧٠) ، يتعهد فيه شخص يسمى « بالمحرر » . بدفع مبلغ معين لشخص اخر يسمى بالمستفيد أو لامره لدى الاطلاع أو عند

---

(٦٩) انظر نص المادة الاربعون من قانون التجارة التي تتضمن البيانات الالزامية لهذه الورقة .

(٧٠) انظر نص المادة ١٣٣ من قانون التجارة .

بحلول أجل معين · فالسند للامر يختلف عن السفتجه في أنه لا يتضمن في الاصل أكثر من شخصين هما المحرر والمستفيد ·

والنوع الثالث هو الشيك · والشيك عبارة عن محرر منظم وفق شروط نص عليها القانون(٧١) ، بموجبه يأمر الساحب شخصا « المسحوب عليه » بان يدفع مبلغا معينا من النقود لشخص اخر أو لحامله « المستفيد »(٧٢) · ويشبه الشيك السفتجه من حيث أشخاصه ، فأطرافه ثلاثة هم الساحب والمسحوب عليه الذي يكون عادة مؤسسة مصرفية ، والمستفيد · وتلعب الاوراق التجارية على اختلاف أنواعها دورا هاما في الحياة التجارية والاقتصادية · فهي تقوم أولا مقام النقود وتعتبر من أهم وسائل الائتمان عدا الشيك ، لانها غالبا ما تكون مضافة الى أجل · اضافة الى ذلك فانها اوراق قابلة للتداول عن طريق التظهير والمناولة اليدوية(٧٣) ·

٤٦ـ وبمقتضى نص المادة السادسة من قانون التجارة ، تعتبر الاعمال المتعلقة باوراق التجارية اعمالا تجارية وبغض النظر عن صفة القائم بها ونيته . ويترتب على ذلك ان الساحب عند توقيعه لورقة تجارية يكون قد تعاطى عملا تجاريا ، وبعد قبول هذه الاوراق L' acceptation عملا تجاريا ايضا ، ويؤخذ بنفس الحكم عند تظهير L' endossement الورقة التجارية للغير وضمانها ضمانا اصليا او ضمانا احتياطيا · وكقاعدة عامة ، في الواقع ، فان كل شخص وبغض النظر عن صفته

---

(٧١) انظر نص المادة ١٣٨ من قانون التجارة ·

(٧٢) انظر R.Rodiere: Droit Commercial, 7 ed. 1975, p.95

(٧٣) للتفصيل انظر : د · فوزي محمد سامي ، د · فائق الشماع ، الاوراق التجارية ، ١٩٨٢ ص ٦ وما يليها · د · علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ١٩٧٤ ص ١٧ وما يليها · د · أكرم باملكي ، الاوراق التجارية ط٢ ١٩٧٨ ، ص ٣ وما يليها ·

يقوم بتحرير الورقة التجارية وتوقيعها وتظهيرها وضمانها ووفائهـــا يخضع من حيث قيامه للعمل لاحكام قانون التجارة(٧٤) • ولـــكن ما هو السبب ولماذا ؟ هناك في الواقع ســـببان ، الاول لعوامل ذات طبيعة اقتصادية • اذ ان المشرع أفترض وعلى أساس ان هذه الاوراق من ادوات التعامل الخاص بالحياة التجارية والاقتصـــــــادية ، وان من يستعملها يفترض فيه وبصورة مطلقة يقوم بعمل تجاري • الثـاني بحكم التعامل والتقاليد Par tradition فالاوراق التجاريـــة اعترت دائمات ذات صفة تجارية(٧٥) .

وعلى أية حال فانه يجب ان يلاحظ بأن من يعتاد توقيع الاوراق التجارية لا يكتسب الصفة التجارية ، أى لا يعتبر تاجرا •

---

(٧٤) انظر قرارات محكمة التمييز التالية :٨١٨/ حقوقية ثالثة /١٩٧٠ ، ٩٣٢ حقوقية ثالثة ـ ١٩٧٠ .

(٧٥) انظـــر : R. Rodiere: op. cit. p. 3 et S.
De Juclart et Ippolito : op. cit. p.153.

المبحث الثاني :

الاعمال التجارية الواردة بصيغة المشروع

التجاري « الاعمال المحترفة »

٤٧ـ تستلزم هذه الاعمال وقوع العمل بناء على تنظيم مهيأ مسبقا ، بعبارة اخرى هي تلك الاعمال التي يباشرها الشخص بصورة متكررة بحيث تصبح حرفة معتادة . ويحدد المشرع بعض هذه الاعمال من خلال نص المادة الخامسة من قانون التجارة وكما يلي :

(١) توريد البضائع والخدمات .
(٢) استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير
(٣) الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية .
(٤) النشر والطباعة والتصوير والاعلان .
(٥) مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة .
(٦) خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى .
(٧) البيع في محلات المزاد العلني .
(٨) نقل الاشياء أو الاشخاص .
(٩) شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها .
(١٠) استيداع البضائع في المستودعات العامة .
(١١) التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية .
(١٢) عمليات المصارف .
(١٣) التأمين .
(١٤) الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الاخرى .

ونعرض بالتتابع لكل عمل من هذه الاعمال .

اولا : توريد البضائع والخدمات(٧٦) Emtreprise de Fournitures

٤٨ـ التوريد عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص اخر ببعض الاموال المنقولة على دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن أو اجرة متفق عليها حسبما اذا كان تسليم الاموال على سبيل البيع او الاجارة ـ الاستعمال ـ . ومثال ذلك التعهد بتوريد مقدار معين من الاغذية الى المستشفيات او الملاجىء ، أو توريد الملابس والوقود للسفن والطائرات ووسائل النقل الاخرى . فالتوريد يفترض من جانب المتعهد المورد القيام بسلسلة من عمليات تسليم أموال وبضائع ليست لديه ساعة العقد وانما يلتزم بالحصول عليها وتوريدها فيما بعد . ولا يهم في عملية التعهد بالتوريد صفة المتعهد الذي يمكن ان يكون من اشخاص القانون الخاص كالافراد والشركات او من اشخاص القانون العام اى الدولة ومؤسساتها .

ويذهب بعض الفقه (٧٧) الى ان التوريد لايمكن أعتباره تجاريا الا اذا كان المتعهد قد قام بعملية شراء للاموال التي تعهد بتوريدها .اى ان الشراء شرط اساسي لتجارية التوريد بانتفائه يعد عملا مدنيا . ويستند هذا الرأى على تبرير مفاده ان التوريد ليس في حقيقته الا شراء بقصد البيع ، وكل ما هنالك ان البيع أو الوعد بالبيع يحصل بالتوريد قبل الشراء. بينما يرى بعض اخر من الاجتهاد الفقهي(٧٨).

---

(٧٦) انظر الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون التجارة .

(٧٧) انظر د . الزيني ، مصدر سابق ذكره ص ٩٩ . د . محسن شفيق، مصدر سابق ذكره ٦٥ . د . مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ذكره ص ٦٦ .د . صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ذكره ص ٨١ .

(٧٨) انظر د . الخولي ، مصدر سابق ذكره ص ٩٩ ، د . علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ١١٩ ـ ١٢٠ . د . اكرم باملكي ، مصدر سابق ذكره ص ٧١ .

بأن التوريد يعد تجاريا سواء كان هناك شراء للاموال المـــــوردة أم لم يكن هناك شراء لهذه الاموال • لان أشتراط الشراء يحول عملية التوريد الى عملية شراء منقول لاجل البيع ويجعل من النص القانوني زيـــادة لا ضرورة لهـــا .

والواقع من الامر أن التوريد عبارة عن عمليات بيع متعاقبة، بيد انه يأخذ شكلا خاصا له أحكامه وأسسه التي تميزه عن البيع بصورتـــه العادية ، هذا الى ان ربط تجارية التوريد بعملية الشراء يخرج أعمال المنتج الاول من نطاق التجارية وهو أمر يلائم توجه المشرع بهذا الخصوص • ومع ذلك فاننا نرى بأن نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة جاء مطلقا ، والمطلق يجري على اطلاقه ، فلا ضرورة والحالة هذه اذن اشتراط الشـــراء لتجارية التوريد ، على ان يستثنى من ذلك بالطبع التوريد الذي يقع بصورة منفردة . وترتيبا على ذلك يعد مدنيا توريد المزارع لمحاصيله أو لجزء منها اذا وقع لمرة واحدة ، اذ لا نكون في هذه الحالة أمام مشروع احتراف التوريد• ولكن لو تكررت عملية التوريد وقام المزارع بتوريد الانتاج في فترات منتظمة فاننا نكون عندئذ أمام مشروع توريد يخضع لاحكام قانون التجارة •

أما توريد الخدمات فيتمثل ، حسب تقديرنا ، بالتوريد الصنـــاعي ، كتوزيع المياه والكهرباء والغاز وخدمات التلفون وغيرها • ويخضع هذا التوريد لنفس الاحكام السابقة •

ثانيا : استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير(٧٩)
Entreprise d'importion et d'exportation ... etc ...

٤٩ـ استيراد البضائع او تصديرها هي المرتكزات الاساسية التي تقوم عليها التجارة الخارجية والتجارة الدولية عموما • فلا يمكن تصور التبـــادل التجاري الخارجي أو الدولي دون عمليات استيراد البضائع أو تصديرها• وتقوم هذه التجارة على سوق عالمية كبيرة وعلى التفاوت الدولي في نوعية

(٧٩) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون التجارة •

الانتاج وكميته(٨٠) . واستيراد البضائع أو تصديرها يندرج ضمن البيوع الدولية . اذ ان كل استيراد هو في الواقع شراء ، وكل تصدير هو بيع ، والعكس صحيح بالنسبة للطرف الاخر . وهذه الاعمال لا تتسم في صيغة مشروع ، فلا يمكن في الحقيقة تصور عملية استيراد او تصدير منفرد اللهم الا اذا كانت للاغراض الخاصة ، بل ان هذه الاعمال تقع عموما بشكل محترف من قبل القائم بها ، سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا . ولا بد من التنويه الى ان القيام بعمليات الاستيراد والتصدير لا يمكن ان تتم الا بعد الحصول على اجازة سابقة من الجهات المختصة . أضافة لذلك فان القائم بهذه الاعمال يكتسب الصفة التجارية ويصبح بحكم القانون تاجرا .

٥٠ـ ويضاف الى هذه الاعمال ، أعمال اخرى ترتبط بها هي أعمال مكاتب الاستيراد والتصدير Buraux d affaires . وهذه المكاتب تقدم خدماتها لقاء عوض واجرة . وتتمثل هذه الخدمات بالمشورة عن أماكن الانتاج واستهلاك السلع والبضائع ومستوى اسعارها في الدول المختلفة وغير ذلك من الاعمال التي تقتضيها عمليات اسيراد وتصدير البضائع .وتقوم تجارية هذه الاعمال على فكرة التوسط بقصد تحقيق الربح .

ثالثا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الاولية(٨١) .

Enttreprise de manufactures et exploitations minieres.

٥١ـ يقصد بالصناعة تحويل المواد الاولية الى سلع تامة الصنع أو سلع نصف مصنعة لقضاء حاجة الفرد المستهلك ، كتحويل الحديد الخام الى صلب صناعة او الرمل الى اسمنت او تحويل القطن الى نسيج واقمشة . وقد يشتري من يباشر الصناعة المواد لغرض تحويلها أو ادخال التعديلات عليها «في الهيئة أو الغرض الذي خصصت من أجله »ثم يقوم ببيعها بعد ذلك. وتذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى اعتبار هذه الحالة من الحالات التي

---

(٨٠) انظر د . محمد علي رضا الجاسم ، القواعد الاساسية في الاقتصاد التطبيقي ، ١٩٦٩ ، ص ٣٩٠ وما يليها .

(٨١) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة .

لا تدخل ضمن مفهوم الصناعة وانما ضمن مفهوم شراء المنقول لاجل البيع(٨٢) • بيد أنه لا يمكن التعويل، حسب تصورنا على هذا الرأى بقدر تعلق الامر بالتشريع العراقي • لان الشرع عندنا لم يميز بين صور الصناعة المختلفة • فقد جاء النص القانوني مطلقا بهذا الخصوص ، بحيث يستحيل معه اجراء تفرقة بين صورة واخرى من صور الصناعة • لذا فالصناعة يجب ان تعد عملا تجاريا سواء اشترى المتعهد بالصنع المواد التي يتولى صنعها أو كانت هذه المواد تقدم من قبل الاخرين • ومع ذلك فانه يجب التفريق بين من يمارس الصناعة في نطاق محدود وبين من يمارسها على قدر من الاهمية بحيث تتجلى في صورة مشروع يخضع لنوع من التنظيم المهني • اذ قد يقع ان يزاول الشخص العمل بمفرده اعتمادا على جهده الذاتي وجهد بعض الافراد ، كمن يقوم بالصياغة او الخياطة او الحدادة او صناعة الاحذية وغيرها ، فلا يعتبر عمل هؤلاء تجاريا يدخل في اطار الصناعة ، بل عمل مدني لانه بيع انتاج ومهارة يقوم به من يطلق عليهم بالحرفيين Artisans او ذوى الحرف البسيطة • عليه فان مدلول الصناعة يمكن حصره بفرضيتين :

الاولى : ادخال تعديل معين على المادة يرفع من قيمتها أو يزيد من استخداماتها ، كورش اصلاح السيارات وورش اصلاح الالات الكهربائية وورش اصلاح الاجهزة الدقيقة وغير ذلك •

الثانية : من يجري تغييرا صناعيا جوهريا على المادة الاولية سواء حصل عليها المشروع بطريق الشراء أو قدمها من عنده أو قدمت له من الغير ، كصناعة التعدين التي تنصب على تحويل الحديد الخام الى صلب وفولاذ وما يتبع ذلك من صناعات مشتقة ، أو صناعة تكرير النفط وما يستخرج منه من مشتقات اخرى . وهذه الفرضية تقودنا للتعرض للنشاط

---

(٨٢) انظر HAMEL et Lagarde: op. cit. p. 185. No. 158.
د . احمد البسام ، مصدر سابق ذكره ص ٧٧ • د • مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ذكره ص ٦٢ •

الصناعي المقترن بالزراعة • الاصل هنا ان هذا النشاط يعتبر مدنيا اذا كان مكملا للانتاج الزراعي ومزاولا بطريقة عرضية تستخدم فيه وسائل قليلة الاهمية • ولكن اذا باشر المزارع الصناعة التحويلية من خـــلال مشروع مستقل لتعليب الفواكه التي تنتجها مزرعته مثلا، أو مصنعالانتاج الالبان ، أو السكر من البنجر الذي تنتجه أرضه ، فنه يقوم عندئذبنشاط صناعي يدخل في حكم الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة، بمعنى ان نشاطه بهذه الصورة يعد تجاريا وليس مدنيا(٨٣) •

٥٢ـ أما عمليات استخراج المواد الاولية ، فهي تلك العمليات التي تتـــم بأستعمال وسائل مهمة ورؤوس أموال ضخمة وايدي عاملة كثـــيرة• ولا يمكن ان يقوم بهذه الاعمال الا شركات متخصصة في هذا المجال ، وبعد استحصال امتياز وموافقة خاصة . الا انه يجب النظر لغـــرض تكييف هذه الاعمال تجاريا لا الى استخراج هذه المواد بحد ذاتهـــا ، وانما الى الوسائل والامكانات التي تقود الى الحصول على هـــــذه الثـــــروات •

رابعا : للنشر والطباعة والتصوير والاعلان (٨٤) •

Entrprises d' edition. d' imprimerie. de photographie et de publicite'

٥٣ـ تنصب جميع هذه الاعمال على عرض النتاج الذهني أو الفني للافراد على الجمهور • فالناشر أو دور النشر تقوم بشراء حقوق التاليـــف والانتاج الادبي أو العلمي من الغير وعرضه بعد ذلك على الجمـهور .

فهناك اذن عملية توسط في تداول الاموال بقصد تحقيق ربح مادي • أما الطباعة والتصوير فهي شكل من أشكال الصناعة ، اذ تقوم على ادخـال تغيير على المادة بصورة معينة وتظهر فيها بنفس الوقت فكرة المضاربة على قوة العمل والالة وشراء المواد الاولية اللازمة لمباشرة العمل • واعتبـــــار

---

(٨٣) قارن مع د . البسام ، مصدر سابق ذكره ص ٧٨ •
(٨٤) انظر نص الفقرة الخامسة من قانون التجارة .

الاعلان عملاً تجاريا متأتي من أن عملية الاعلان تهدف الى تنشيط تداول الثروة عن طريق تعريف الجمهور بانواع الانتاج المختلفة وما يجره هذا التعريف من زيادة في تصريف البضائع والاقبال عليها من قبل الجمهور .

خامسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة(٨٥) .

Entreprises de reparation de construction, dedemolission et de construction.

٥٤ـ وتشمل هذه الفقرة جميع التعهدات المتعلقة بالعقار وايا كان الغرض منها . فيعد تجاريا التعهد بانشاء العقار سواء كان الانشاء لتحقيق غرض خاص ، كانشاء المباني للسكن وما اليها من الممتلكات العقارية التي تعود للافراد ، أو كان الانشاء لتحقيق غرض عام كاقامة المنشآت والجسور وتعبيد الطرق وغيرها . ويلحق بعمليات الانشاء عمليات الترميم والهدم والصيانة للاموال العقارية . ولا تتم هذه الاعمال في الواقع الا من خلال مشروع تجاري واحتراف للعمل . ولا يشترط لاضفاء سمة التجارية على هذه الاعمال ان يتولى المقاول بنفسه تقديم مواد العمل اللازمة لهذه المقاولات . فعمل المقاول يعد تجاريا سواء قدم مواد العمل أو اقتصر عمله على تقديم الايدي العاملة فقط . ففي كلتا الحالتين يضارب المقاول أما على مواد العمل أو على عمل العمال الذين يستخدمهم لهذا الغرض .

سادسا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى(٨٦) .

Entreprises de spectacls public, Entreprises hoteilerie Cinema, restaurants...etc...

٥٥ـ تقوم مكاتب السياحة بتسهيل مهمة الافراد وتقديم الخدمات لهم . وتعتبر أعمال هذه المكاتب تجارية بغض النظر عن طبيعة العمل الذي

---

(٨٥) انظر نص الفقرة السادسة من المادة الخامسة من قانون التجارة .
(٨٦) انظر نص الفقرة السابعة من المادة الخامسة من قانون التجارة .

تقوم به ، فقد يكون مدنيا او تجاريا ، وفي الحالتين تتحقق الصفة التجارية للخدمات التي تؤديها هذه المكاتب لعملائها · ويرى البعض ان تجارية هذه الاعمال اساسها الضرورة والاعتبارات العملية المتمثلة في حماية من يتعامل مع هذه المكاتب كي يأمن عبثها بالثقة التي يوليها لها(٨٧) . وعلي اية حال ، فانه كان من المحبذ ، حسب تقديرنا ، ان توحد اعمال هذه المكاتب مع اعمال مكاتب الاستيراد والتصدير الواردة في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة ، ومع اعمال التعهد بتوفير متطلبات الحفلات الواردة في الفقرة الثانية عشرة من المادة الخامسة ايضا · لان هذه الاعمال المختلفة شكلا متحدة موضوعا لانها تقوم جميعا على مفهوم تقديم الخدمات للغير لقاء أجر تتقاضاه ، وتدخل جميعها ضمن مفهوم مكاتب الاعمال Bureeaux d affaires.

أما اعمال الفنادق ودور السينما والملاعب فهي أعمال تنصب على ترفيه وتسلية الجمهور لقاء عوض مالي · ويمكن ان يضاف الى اعمال هذه المحلات اعمال كل مؤسسة اخرى اعدت لتسلية الجمهور · فنص الفقرة السابعة يبيح القياس صراحة على الاعمال التي وردت فيه اذ يقول النص المذكور : « دور العرض المختلفة الاخرى » · عليه نرى بأن اعمال المسارح ومدن الالعاب وحدائق الحيوان والسيرك والمقاهي واماكن الترفيه الاخرى المعدة لتقديم مثل هذه الخدمات لقاء عوض ومقابل هي اعمال تجارية بطريق القياس · وتجدر الاشارة هنا الى ان جميع اعمال هذه المحلات تتضمن فكرة المضاربة على خدمات الاشخاص وعملهم وتنطوي على شراء بقصد البيع(٨٨) .

---

(٨٧) انظر د · طالب حسن موسى ، مبادىء القانون التجاري ١٩٧٥ / ١٩٧٦ . ص ٩٠ · د · حافظ ابراهيم ، مصدر سابق ذكره ص ١١٥ .

(٨٨) انظر : De Juglart et Ippolito, op. cit. p.168.

سابعا : البيع في محلات المزاد العلني :

Entreprise de Ventes a I' encan.

٥٦- تنص الفقرة الثامنة من المادة الخامسة على تجارية اعمال محال البيع في المزاد العلني . ويجري في هذه المحلات ، وهي صالات متخصصة للعرض والبيع ، بيع الاموال المنقولة بطريقة المنادات والمزايدة العلنية. وتعد أعمال هذه الصالات تجارية بصرف النظر عن صفة البائع او المشتري وعن طبيعة الصفقة التي تم ابرامها فيها . اذ ان الذي يحدد تجارية أعمال هذه المحلات هو مزاولة هذه الاعمال على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع التجاري . لذا لا تعد تجارية أعمال المزايدات العلنية التي تقوم بها بعض الدوائر الرسمية على أموال تملكها أو تقوم بالاشراف على بيعها ، كما في تصفية بعض التركات أو التنفيذ على أموال المدينين أو بيع الاموال المهربة التي تصادرها الكمارك أو تلك المودعة في مخازنها في حالة عدم تقدم أصحابها لاستلامها أو دفع المبالغ المطلوبة عليها . فالمزايدة التي تحصل في مثل هذه الفرضيات تعد من الاعمال المدنية ، لانها لا تقع الا بصورة عرضية وغير منتظمة(٨٩) .

ولا بد من الاشارة هنا الى انه كان بأمكان المشرع تماما ادراج أعمال هذه المحلات ضمن أعمال مكاتب الاعمال وترويج الاشغال . اذ ليس هناك ضرورة في الواقع ، في تخصيص فقرة مستقلة قائمة بذاتها لاعمال هذه المحلات ، سيما وان المشرع لم يفرد لها في قانون التجارة أحكاما خاصة بها ضمن أحكام العقود التجارية ، كما فعل قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

ثامنا : نقل الاشياء او الاشخاص(٩٠) .

Entreprise de transport des choses ou des Personnes

٥٧- النقل هو تغيير مكان الاشياء او الاشخاص . ويخضع النقل لقانون

---

(٨٩) انظر بهذا المعنى د . طالب حسن موسى ، مصدر سابق ذكره ص ٨٩ .

(٩٠) انظر الفقرة التاسعة من المادة الخامسة من قانون التجارة .

خاص مستقل هو قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ الذي يضم احكاما تنظم كافة صور النقل من بري او نهري أو بحري . وتعرف المادة الخامسة من قانون النقل ، النقل بأنه :«اتفاق يلزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص أو شيء من مكان الى اخر لقاء أجر معين » ٠

ويراد بالنقل البري هو النقل الذي يحصل على الارض وبصرف النظر عن الوسيلة التي تستخدم في النقل ٠ أما النقل النهري فهو النقل الذي يجري في المياه الاقليمية الداخلية . وتعرف المادة ١٥١ من قانون النقل ، النقل النهري بأنه : « نقل الشخص أو نقل الشيء بواسطة الزوارق أو المراكب أو الجنائب التي تعمل بجهد بدني أو آلي سواء كانت مسحوبة أو مدفوعة والتي تجوب الانهار والجداول والترع والبحيرات وغيرها من المسالك المائية ضمن اراضي الجمهور العراقية » ٠

أما النقل الجوي فهو : « نقل الشخص ونقل الشيء جوا متى قام به ناقل محترف»(٩١) ٠ ويقصد بالنقل البحري كل : « اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص أو شيء بسفينة أو ما شاكلها بحرا من مكان الى أخر لقاء اجر»(٩٢) ٠

وايا كانت الوسائط المستعملة في النقل فانه يعتبر عمل تجاري محترف بالضرورة ٠ عليه اذا قام شخص لا يحترف النقل بنقل اشخاص أو اشياء في الواسطة التي يملكها فان العمل يعتبر مدنيا حتى لو تقاضي هذا الشخص عن ذلك النقل اجرة معينة ٠ وينصرف هذا التصور طبعا لعملية النقل المنفردة التي قد تقع في فترات متفاوتة. ويعد عمل مالك سيارة الاجرة تجاريا ، على الرأى الراجح ، اذ انه يضارب على راس المال والمصاريف التي يتكفلها في صيانة واسطة النقل والمحافظة عليها(٩٣) ٠

---

(٩١) انظر نص المادة ١٢٥ من قانون النقل ٠
(٩٢) انظر نص المادة ١٢٩ من قانون النقل ٠
(٩٣) انظر خلاف ذلك : د ٠ الخولي ، مصدر سابق ذكره ص ١٠١ .
د . مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ذكره ص ٧٦ ٠

٥٨ـ ويعتبر النقل تجاريا أيا كانت صفة القائم به ، أى سواء كـــان من أشخاص القانون العام كالدولة والمؤسسات العامة ، أو من أشخاص القانون الخاص كالافراد والشركات الخاصة • ولا يعد النقل بالنسبة للشاحن أو المسافر تجاريا الا اذا كان يتصل بالنشاط التجاري ، أما بالنسبة للناقل فهو تجاري في جميع الاحوال . واختلف الرأى حول تجارية بعض انواع النقل ، كنقل الاثاث والامتعة على اعتبار أنه التزام ثانوي بالنسبة لالتزامات الناقل وكذلك بخصوص نقل الجنائز • بيد ان الرأى الراجح هو ان هذه الصور من النقل تجارية كصور النقل الاخـــرى(٩٤) •

تاسعا : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها(٩٥) •

Entreprise de chargement et de dechargement

٥٩ـ تدخل هذه الاعمال في اطار النقل • والمقصود بالشحن هو وضـــع الاشياء المراد نقلها في الاماكن الخاصـــة بها في واسطة النقل • أما التفريغ فهو أنزال البضائع واخراجها من واسطة النقل لتسليمها للجهة المرسلة اليها • وتتم هذه الاعمال بصيغة الاحتراف وتعتبر تجارية أيا كانت صفة القائم بها •

عاشرا : استيداع البضائع في المستودعات العامة(٩٦) •

Entreprise de Magasins generaux.

٦٠ـ عمليات الاستيداع تتم في مستودعات تسمى بالمستودعات العامـــة • وتتولى هذه المستودعات خزن وحفظ الاموال المادية المنقولة من سلع وبضائع بصورة حيازة مادية لفترة زمنية مؤقته قصيرة او طويلة حسب مقتضى الحال • وحفظ هذه الاموال هو حفظ قانوني ، أى أنـــه

---

(٩٤) انظر د • علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ١١٧ ، بنفس المعنى د • البسام مصدر سابق ذكره ص ٧٤ •

(٩٥) انظر نص الفقرة العاشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة •

(٩٦) انظر نص الفقرة الحادية عشرة من نص المادة الخامسة مـــن قانون التجارة •

لايمكن للمستودع العام التصرف في الاموال او نقل حيازتها الا لمن له الحق « القانوني » فيها وبمقتضى أحكام القانون . وليست المستودعات العامة سوى محلات للودائع تعد الاموال المودعة فيها « وديعة » بمقتضى عقد تجاري هو عقد الاستيداع(٩٧) ، الذي يتضمن جملة التزامات يتخذ بعضها صيغة ضمانات للمودع . ويكون الايداع لقاء اجره . وتصدر عند الايداع وثائق معينة تمثل البضائع المودعة وهي شهادة الايداع(٩٨) Recepisse التي تتضمن تفصيلات معينة وافية عن الاموال المنقولة بخصوص : وزنها ، قيمتها، وصفها وكميتها اضافة الى بيانات تتعلق بشخص المودع : اسمه ، مهنته ، موطنه ... الخ . وبيانات عن المستودع الذي تم فيه الايداع: اسم المستودع واسم الجهة المؤمنة على البضاعة ان وجدت وبيان ما اذا كانت الرسوم والضرائب المستحقة على البضاعة قد أديت(٩٩) .

ويرفق بهذه الوثيقة ، وثيقة اخرى تسمى بوثيقة الرهن Warrant . وتشتمل هذه الوثيقة على نفس البيانات المذكورة في شهادة الايداع (١٠٠) . ويمكن المودع وعن طريق هذه الوثائق ان يجري على الاموال المودعة تصرفات قانونية من بيع أو رهن لهذه الاموال ، من خلال تظهير تلك الوثائق للغير(١٠١) . اذ ان هذه الوثائق بالاضافة الى كونها وسائل اثبات وائتمان ، فانها تعتبر كذلك سندات ملكية ورهن للبضائع والاموال المودعة(١٠٢) .

والامثلة على المستودعات العامة كثيرة منها مستودعات المحاصيل

---

(٩٧) عالج المشرع العراقي المستودعات العامة ضمن العقود التجارية ، انظر الفصل الاول من الباب الرابع من قانون التجارة .

(٩٨) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٢ من قانون التجارة .

(٩٩) انظر الفقرة الاولى من المادة ٢٠٦ من قانون التجارة .

(١٠٠) انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٠٦ من قانون التجارة .

(١٠١) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ من قانون التجارة ، ونص الفقرة الاولى والثانية من المادة ٢٠٩ من نفس القانون .

(١٠٢) انظر د . عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، ١٩٥٤ ، ص٢٨٣ .

وسايلوات الحبوب ومخازن الايداع في الموانىء ومخازن ايداع الاثاث. بيد أنه يجب ان يلاحظ بأنه لا يعتبر من المستودعات العامة المحلات التي تودع فيها البضائع دون أن تعطي لقاءها شهادات ايداع أو وثائق رهن(١٠٣) .

٦١ـ وقد تناول المشرع العراقي موضوع الاستيداع في المستودعات العامة ضمن العقود التجارية في الفرع الثاني من الفصل الاول من الباب الرابع من قانون التجارة ومن المادة ٢٠٢ ولغاية المادة ٢١٦ ، وتعرف المادة ٢٠٢ الايداع بأنه : « عقد يتعهد بمقتضاه المودع لديه ، شخصا طبيعا كان أو معنويا ، بتسلم بضائع وحفظها لحساب المودع او لمن تؤول اليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى السندات التي تمثلها » . وتعالج بقية المواد التزامات اطراف العلاقة القانونية وما يترتب عليها من آثار .

احدى عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية(١٠٤) .

٦٢ـ تنصب هذه الاعمال على(تسهيل مهمة الافراد وتتولاها مكاتب خاصة تأخذ على عاتقها توفير المستلزمات الضرورية للمناسبات والحفلات التي تقام من قبل أشخاص القانون الخاص كحفلات الافراد أواشخاص القانون العام ، كالحفلات التي تقام بمناسبة المؤتمرات أو المناسبات الوطنية المختلفة . فلا تمييز بهذا الخصوص حول طبيعة المناسبة او صفتها . وتطبيقا لذلك يعتبر التعهد بتوفير تلك المتطلبات تجاريا ولو كان التعهد قد تم لتأدية خدمة مدنية . من جانب اخر ، فأن هذه الاعمال لا تتم الا على سبيل الاحتراف ، فمن يتولى التعهد بتقديم تلك الخدمات انما يقوم بذلك لقاء عوض ومقابل ويضارب على العمل وبيع الجهد والخبرة الشخصية .

---

(١٠٣) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٢ من قانون التجارة .
(١٠٤) انظر نص الفقرة الثانية عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة.

٦٣ـ ولا بد من الاشارة الى ان اصطلاح التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها ، الذي ورد في النص القانوني ، اصطلاح واسع مطاط يشمل كل ما يستجد بهذا الصدد من متطلبات وغيرها من الاعمال التي تتضمن فكرة المضاربة او التوسط ، لفرض القيام بها ودون اعتبار لطبيعتها · وربما قصد المشرع ذلك ، لصعوبة تحديد تلك المتطلبات وصورها ·

ثاني عشر : عمليات المصارف(١٠٥): Operations de banques·

٦٤ـ تؤلف هذه العمليات مجموعة كبيرة مختلفة من الاعمال ارتباطا بالنشاط الواسع للمؤسسات المصرفية · ويقصد بهذه الاعمال جميع العمليات التي ترد على النقود او الاوراق المالية والتجارية والائتمان · والقائم بهذه الاعمال انما يتوسط في تداول الثروة ويبغي من وراء ذلك تحقيق مردود ايجابي ـ ربح ـ(١٠٦) · وتتم عمليات المصارف من قبل مؤسسات صيرفية متخصصة ، وتعد أعمالها تجارية سواء كانت تلك المؤسسات خاصة تعود للافراد ام عامة من ضمن مؤسسات القطاع العام ، وبغض النظر عن صفة المتعامل(١٠٧) . ومن عمليات المصارف ما يلي :

عمليات الصرف Le change . ويقصد بالصرف مبادلة النقد بالنقد · ومثاله ان يستبدل شخص نقودا من عملةمعينة بنقود من عملة اخرى ، كاستبدال النقد الوطني بنقد اجنبي ، او استبدال النقود الذهبية باخرى فضية اومن اى معدن اخر · والصرف اما يدوي او صرف مسحوب · والصرف اليدوي change Manuel او كما يسمى أيضا بالصرف المحلي ، هو تغيير النقد في ذات المكان نظير عمولة معينة ، ويحصل عن طريق المناولة اليدوية كمن يستبدل العملة العراقية بعملة اجنبية مباشرة في المصارف · اما الصرف المسحوب change tire فهو الصرف الذي

---

(١٠٥) انظر الفقرة الثالثة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة ·

(١٠٦) تنظر د . علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، ١٩٨٣ ص ٢٤٥ ·

(١٠٧) انظر : Barraime : op. cit. p.22

يتم بتسليم النقد على أن يقدم ما يقابله نقودا اجنبية في بلد آخر لقاء عمولة معينة • وينفذ هذا الصرف من خلال شيك مسحوب او رسالة اعتماد « خطاب موجه » او حوالة مصرفية • ولا تعتبر عملية الصرف تجارية اذا حصلت مجانا بدون مقابل • وتقوم المصارف بعمليات الاقراض بفائدة وبعمليات ايداع النقود • وتعتبر عمليات ايداع النقد من أهم العمليات المصرفية • وهذه العملية عبارة عن « عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع(١٠٨) • وتتلقى البنوك الاوراق المالية من أسهم وسندات لحفظها أو لفتح حساب بها يطلق عليه حساب الصكوك Compte des titres .

وبمقتضى هذه العملية يلتزم المصرف بالمحافظة على الاوراق المالية المودعة لديه وعدم استعمالها بدون موافقة المودع وردها اليه بعينها عندما يطلب منه ذلك •

وللمصارف دور مهم في عمليات الائتمان . اذ تمنح الائتمان عن طريق فتح الحسابات الجارية Les comptes Courants

وتقديم القروض بدون ضمان شخصي او عيني • وتقدم هذا الائتمان أيضا عن طريق الخصم L' escompte الذي يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع قبل موعد الاستحقاق قيمة الورقة التجارية مقابل نقل ملكيتها اليه لقاء اقتطاع عمولة معينة . ويتمثل ائتمان المصارف كذلك في منح العميل خطاب الضمان Lettre de garantie الذي يسهل للعميل وسيلة الاشتراك في تنفيذ المشاريع العامة التي تعلن عنها الدولة أو الشركات وتشترط عند الاعلان عنها ، على من يرغب بالاشتراك في تنفيذ العمل تقديم تأمين نقدي لضمان حسن تنفيذ العمل في الموعد المحدد • وقد يتعذر على البعض تقديم ذلك التأمين فيلجأ الى أحد المصارف الذي يصدر بناء على طلبه خطاب ضمان بدفع مبلغ معين خلال مدة معينة بمجرد الطلب •

كذلك تقوم المؤسسات المصرفية بتقديم خدمات للجمهور تتمثل في

---

(١٠٨) انظر نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة •

تأجير الخزائن الحديديـــــة Location des coffres forts

مقابل اجرة معينة · وتأجير الخزائن الحديدية عبارة عن « عقد يتعهـــد المصرف بمقتضاه مقابل اجرة يوضع خزانة معينة تحت تصرف المســـتأجر للانتفاع بها مدة معينة(١٠٩) · وتقوم البنوك العامة بتقدم خدمات من نوع خاص كاصدار أوراق النقد « البنكنوت » كما هو الامر بالنسبة للمبنـــك المركزي العراقي مثلا ·

٦٥ـ وقد عالج قانون التجارة العراقي مختلف أعمال المصارف وحســب أهميتها ، وذلك في فصل خاص هو الفصل الثاني من الباب الرابع ومـــن المادة ٢٣٩ ولغاية المادة ٢٩٣ · وتعتبر جميع أعمال المصارف التي ذكرهـــا المشرع والتي لم يشر اليها تجارية على وجه الاحتراف بالنسبة للمصـرف · اما من جانب العميل فان العمل قد يكون تجاريا او مدنيا . فيكون تجاريـــا اذا تعلق بعروض التجارة والا فانه مدني · وفي هذه الحالة يعتبر العمـــل تجاريا مختلطا أو من جانب واحد ، ويخضع حسب تقديرنا لاحكام قانـون التجارة رغم أنه تجاري من جانب المؤسسة التجارية فقط(١١٠) ·

ثالث عشر : التـــأمين : Entreprise d assurance

٦٦ـ تقرر الفقرة الرابعة عشرة من المادة الخامسة تجارية التأمين . وقـــد اضفى المشرع الصفة التجارية على التأمين متى وقع بصيغة مشـــروع تجاري منظم فنيا·والتأمين عملية ضمان Operation de garantie الى جانب كونه تصرفا قانونيا ، لم يظهر حسب راى البعـــض الا في نهاية القرون الوسطى حيث عرف بصيغة تغطية المخاطر البحرية نتيجة

---

(١٠٩) انظر نص المادة ٢٤٨ من قانون التجارة .

(١١٠) يجمع الفقه عموما علـى خضوع العمـل التجاري المختلط لاحكـــام القانون التجاري حسما للخلاف ولملائمة الحل لكلا طرفي العلاقـــة القانونية · وقد اخضع قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة١٩٧٠ العمل المختلط لاحكام قانون التجارة (م٨٠) ولم يتعرض القانون الحالي للعمل المختلط أو الاشارة اليه دون بيان المبرر لذلك ·

لتطور النشاط التجاري البحري(١١١)· بينما تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الاخرى الى ان التأمين لم يدخل اطار التعامل القانوني الا منذ القرن الثاني عشر في ميدان التجارة البحرية(١١٢)، ثم تطور بعد ذلك بصورة متلاحقة فظهر ومنذ نهاية النصف الاول للقرن السادس عشر التأمين البري كنظام متكامل ارتبط بمعطيات التقدم الصناعي والتكنولوجي وما أفرزته هذه المعطيات من مخاطر جديدة وليس من المبالغة بشيء القول بأن التأمين أصبح في الواقع المعاصر حاجة Necessite تستلزمها مختلف أوجه حياة الافراد والمجتمع بسبب تنوع المخاطر التي تواجه في الحياة اليومية ، سواء أكانت تلك المخاطر ناتجة من أسباب لا دخل لارادة الافراد في وقوعها ، او تلك التي تقع بتدخل من هذه الارادة · وايا كان الامر ، فان اغلب الاجتهادات الفقهية تميز بصدد تقرير تجارية التأمين بين التأمين بقسط ثابت Assurance a Primefixe وبين التأمين التبادلي L'assuraance Mutuelle (١١٣)· ويقصد بالتأمين بقسط ثابت، تعهد شخص يسمى بالمؤمن Assureur بان يؤدي الى شخص اخر يسمى بالمؤمن له Assure مبلغا من المال عند تحقق الخطر المؤمن منه في مقابل قسط التأمين Prime الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن(١١٤)· ويعتبر هذا الضرب من التأمين تجاليا

---

(١١١) انظر :

Picard et Besson : Les assurances terrestresen droit Francais 1964. p.3 et s.

(١١٢) انظر : البشير زهرة : التأمين البري ، دراسة تحليلية وشرح لعقود التأمين ، ١٩٧٥ ، ص ١٤ .

(١١٣) انظر :

J. Guyenot: op.cit. P.122.

Hamel et Lagarde: op.cit. p.192.

د · محمد فريد العريني : القانون التجاري اللبناني ،١٩٨٣ص١٤٦ و ١٤٧ د . مصطفى كمال طه : القانون التجاري ، ١٩٨٢ص١٠١ ·

(١١٤) انظر : د · محمد فريدالعريني ، مصدر سابق ذكره ص ١٤٧ ·
د . مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ذكره ص ١٠٢ .

لانه يقع بصورة مشروع يستند على فكرة التوسط بقصد تحقيق الربح .

أما التأمين التبادلي فهو اتفاق Convention يتم بين مجموعة من الاشخاص يتعرضون لخطر معين متشابه بقصد تغطية الاضرار الناجمة عن تحقق هذا الخطر اذا لحق احدهم ، وذلك من خلال المساهمة المالية المدفوعة من قبل كل منهم لصندوق يتكون لهذا الغرض . ويعتبر التأمين التبادلي من حيث المبدأ عملا مدنيا لانه عبارة عن تعاون مشترك تنعدم فيه فكرة التوسط والمضاربة بقصد الربح ، ولذلك لا يعد هذا النوع من التأمين عملا تجاريا(١١٥) .

٦٧- ومع ذلك ، فانه يجب حسب تقديرنا ان لا ياخذ هذا الرأى على اطلاقه . صحيح ان التأمين التبادلي ينعدم فيه التوسط والمضاربةوان العضو فيه يجمع بين صفتي المؤمن والمؤمن له ، الا أنه يجب ملاحظة حالة التأمين التبادلي الذي يتم بين مجموعة من التجار ولمتطلبات النشاط التجاري الذي يمارسونه ، ففي مثل هذه الحالة فان التأمين التبادلي يعد عملا تجاريا على أساس نظرية التجارية بالتبعية . من جانب اخر ، وكما يذهب الاستاذ العريني فان نسبة الاقساط التى تؤدى في التأمين التبادلي ارتفع حاليا بحيث أصبح ثابتا يصل للحد الاعلى المعين للاقساط مقدما « وفي جميع الفروض »، بحيث أصبح التأمين التبادلي يقترب في شكله من التأمين بقسط ثابت ولا يفرق بينهما الا الغرض من كل منهما(١١٦) مما يضفي عليه بالتالي الصفة التجارية .

ويعتبر المشرع العراقي وكما يبدو من صيغة الفقرة الرابعة عشرة من المادة الخامسة التأمين بكافة انواعه عملا تجاريا . اذ ان النص المذكور مطلقا لا يميز بين نوع واخر من أنواع التأمين .

---

(١١٥) انظر : د . اكرم باملكي ، د . باسم محمد صالح ، مصدر سابق ذكره ص ٧٠ .

(١١٦) د . محمد فريد العريني ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٤٥ و ١٤٦ .

رابع عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الاخرى(١١٧) ٠

Entreprise de commission et operation de courtage...etc.

٦٨ـ يطلق على هذه الاعمال باعمال التوسط ، او مشاريع التوسط ٠ ويقصد بالوكالة التجارية عموما ، قيام الفرد بأجراء المعاملات التجارية باسم ولحساب الغير (الموكل) ٠ وتعرف الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ، الوكالة التجارية بانها : « كل عمل تجاري يقوم به في العراق شخص بصفة وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي ، سواء كانت وكالة تجارية أو وكالة بالعمولة أو تمثيلا تجاريا ٠٠٠» ٠ ويعتبر الوكيل التجاري نائبا عن الاصيل ، ولذا تنصرف آثار الوكالة الى الموكل مباشرة فتقترب بذلك من الوكالة المدنية التي تعرفها المادة ٩٢٧ من القانون المدني بأنها «عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » ٠

الا أن الوكالة التجارية تختلف مع ذلك عن الوكالة المدنية في ان الاولى تعتبر من عقود المعاوضة ٠ اذ يفترض انها تمت باجر وبمقابل الا اذا اتفق على غير ذلك ، بينما تعتبر الوكالة المدنية ، كقاعدة عامة من عقود التبرع(١١٨) ٠ ومن أنواع الوكالة التجارية ، الوكالة بالعمولة ، والوكالة بالعمولة بالنقل والوكالة بالنقل ، والتمثيل التجاري وغير ذلك من أعمال التوسط الاخرى ٠

٦٩ـ وتعد الوكالة بالعمولة من أهم أعمال الوساطة ٠ ولم يعط قانون التجارة تعريفا للوكالة بالعمولة رغم ذكره لها ضمن التعداد القانوني للاعمال التجارية الذي اوردته المادة الخامسة من القانون ، ورغم انه لم يضع لها أحكاما خاصة بها ضمن باب العقود التجارية . هذا

---

(١١٧) انظر : نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة ٠

(١١٨) انظر نص المادة ٩٤٠ من القانون المدني ٠

اضافة الى ان قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ جاء خاليا ايضا من أى تحديد لمفهوم هذا النوع من الوكالات . ومع ذلك فالوكالة بالعمولة ما هي الا عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة بأن يجري باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل مقابل اجر يطلق عليه بالعمولة Commission (١١٩) . ويستشف هذا التعريف من نص المادة ٧٦ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ الذي يحدد مفهوم الوكالة بالعمولة بالنقل بـ « عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل لقاء عمولة ان يبرم باسمه لحساب موكله .... عقد ... » . فالوكيل بالعمولة هو من يقوم اذن بابرام العقود باسمه الخاص لحساب شخص اخر هو الاصيل . كالوكيل الذي يتولى بيع السلع التي تنتجها المصانع التي يمثلها او شراء المواد الاولية اللازمة لهذه المصانع ، او الوكيل الذي يقوم بأبرام عقود النقل لحساب شركات النقل التي يمثلها . فاذا اشترى أو باع بضاعة لحساب الاصيل او أبرم عقد النقل المشركات التي يمثلها فانه ـ ـ الوكيل بالعمولة ـ يشتري ويبيع ويبرم العقود لحساب الغير ، ولا يظهر اسم الموكل في العقود المبرمة بينه وبين الغير ، ولا تكون هناك صلة بين هذا الاخير والموكل . ويترتب على ذلك ما يلي :

أ ـ ان الوكيل بالعمولة هو الملتزم دون غيره تجاه من يتعاقد معه ، أي الغير . وهذا يعني بأن الوكيل بالعمولة يعتبر أصيلا في التعاقد مع الغير فيلتزم في مواجهة هذا الغير بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبوم بينهما ، ويتلقى بالمقابل كافة الحقوق التي تترتب على هذا التعاقد . ولكن في علاقته بالموكل فانه يعتبر وكيلا عنه في مباشرة التصرف ويلزم في مواجهته بتنفيذ مضمون الوكالة .

ب ـ ليس للمعاقد مع الوكيل بالعمولة دعوى مباشرة قبل الموكل . لذا

---

(١١٩) انظر كذلك نص المادة ٢١١ ف ١ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغى . ولا بد من التنويه بأن هذا القانون وضع أحكاما خاصة بالوكالة بالعمولة والتمثيل التجاري . انظر المواد ٢١١ ـ ٢٤١ من القانون المذكور .

فليس بامكان الغير مثلا ان يرفع الدعوى على الموكل لغرض مطالبته بدفع ثمن البضاعة التي باعها الى الوكيل أو تسليمه البضاعة التي باعها هذه الاخير لذمة الموكل ، وانما ترفع الدعوى على الوكيل باعتباره الوحيد المسؤول عن التصرف .

وتعتبر الوكالة بالعمولة عملا تجاريا اذا كانت ممارسة على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع . عليه فان من يقوم بوكالة بالعمولة لمرة واحدة فانها لا تعد عملا تجاريا ولا تدخل ضمن مفهوم نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة . فتجارية الوكالة بالعمولة ترتبط في مباشرة هذه الوكالة بشكل مشروع والا اعتبرت عملا مدنيا(١٢٠). ولذلك فانه ليس من المهم ان يكون موضوع الوكالة القيام بعمل تجاري لكي يضفي الوصف التجاري على الوكالة بالعمولة . فسواءا كان العمل المعهود به للوكيل من طبيعة مدنية أو تجارية ، وسواءا كان محل هذا العمل من عروض التجارة ام من غيرها فان الوكالة بالعمولة تعتبر تجارية بشرط ممارستها في شكل مشروع(١٢١) .

٧٠ـ أما الوكالة بالنقل فهي : « عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بالتصرفات القانونية وما يتعلق بها بأسم الناقل ولحسابه(١٢٢) . وأعمال هذه الوكالة هي أعمال « تنظيمية » منها تقديم الخدمات للناقل وتابعيه بمقابل ـ عمولة ـ(١٢٣) . ويعتبر قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ « الاعمال والخدمات التي يقوم بها القطاع الاشتراكي أو أية جهة اخرى في مجال النقل نيابة عن الناقل بمثابة الوكالة بالنقل»(١٢٤) .

---

(١٢٠) انظر د . محمد فريد العريني : القانون التجاري اللبناني ١٩٨٣ ، ص ١٣٠ .

(١٢١) انظر د . العريني . مصدر سابق ذكره ص ١٢٩ .

(١٢٢) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٨٣ من قانون النقل .

(١٢٣) للتفصيل راجع د . مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي ـ المبادىء والاحكام ـ ١٩٨٤ ص ٥١ .

(١٢٤) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٨٣ من قانون النقل .

٧١ـ ويراد بالتمثيل التجاري كل اتفاق يتم بين طرفين يتعهد بمقتضاه طرف يسمى بالممثل التجاري بابرام الصفقات باسم ولحساب الطرف الاخر وهو الموكل ، بصيغة مستديمة في منطقة معينة • والتمثيل التجاري نوع من الوكالة التجارية ، بيد أنه يختلف عن الوكالة بالعمولة من ان الممثل التجاري يحتفظ بتنظيم واستقلال خاصين ، بينما يخضع الوكيل بالعمولة لنوع من التوجيه وبضرورة الالتزام بتعليمات الاصيل الموكل ، أى ان هناك رابطة تبعية بين الوكيل والموكل(١٢٥)•

ويمثل الممثل التجاري بصفة عامة محلا من المحلات التجارية الكبرى او شركة من الشركات التجارية ، ويتولى ابرام الصفقات لحساب هذا المحل أو الشركة بدون انتظار موافقة خاصة بذلك(١٢٦) • وللممثل عمولة معينة تقدر بنسبة مئوية بحسب قيمة الصفقة التي تبرم لحساب الموكل • ويستحق العمولة عن كل صفقة تبرم فيما اذا كان الوكيل هو (الوكيل العام) للموكل في منطقة معينة بذاتها حتى لو تمت الصفقة من قبل الموكل أو عن طريق شخص اخر غير الممثل التجاري الا اذا كان هناك اتفاق بخلاف ذلك(١٢٧) .

وقد يتصور البعض بأن التمثيل التجاري لا يعدو عن كونه عملا مدنيا ، لان الممثل التجاري ليس في الواقع الا تابعا أو مستخدما للموكل وان العلاقة بين الطرفين ما هي الا من قبيل عقود ايجارة الاشخاص • بيد ان مثل هذا التصور لا يستقيم برأينا مع الطبيعة الخاصة للتمثيل التجاري • اذ ان الممثل التجاري يحتفظ بتنظيم واستقلال خاص ،كما بينا انفا ، ويتخذ عمله شكل المشروع التجاري الحقيقي ، فتنتفي بذلك صفة التبعية التي قد تتراءى للوهلة الاولى انها قائمة بين الطرفين• وعلى أية حال فان الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون تنظيم

---

(١٢٥) انظر بهذا المعنى د • مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ١٩٨٢ ص ٩٨ •

(١٢٦) بهذا المعنى د • محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٦٧ .

(١٢٧) لاحظ نص المادة ٢٢٤ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي •

الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ادخلت التمثيل التجاري في عداد الوكالة التجارية دون تقيد او استثناء ٠

٧٢- وتتضمن اعمال التوسط ايضا الدلالة او السمسرة Courtage ٠

والدلالة هي التقريب بين شخصين لكي يتعاقدان معا نظير عمولة يقبضها الدلال من كليهما . وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من قيمة الصفقة أو بمقتضى نص قانوني ٠ والاصل ان الدلال ليس وكيلا يقوم بأبرام العقود بأسم طرف او اخر من أطراف العلاقة القانونية ٠ بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب والتوفيق بين طرفين يرغبان في اجراء تصرف قانوني معين ٠ فهو يتوسط بين البائع والمشتري في عقد البيع ويقرب بين المستأجر والمؤجر في عقد الايجار وهكذا٠ وتأسيسا على ذلك فان الدلال يكون بمنأى عن الالتزامات والحقوق الشخصية التي تتولد عن العقد ٠ فلا يكون مسؤولا عن تنفيذ العقد بأية صورة كانت اللهم الا اذا كان ذو مصلحة في اتمام الصفقة ، فيعد عند ذلك ضامنا في تنفيذ العقد(١٢٨) . أما اذا « كلف » من أحد عملائه بأبرام العقد الذي توسط فيه فانه يعتبر في هذه الحالة وكيلا وسمسارا في آن واحد(١٢٩) .

ولا تعتبر الدلالة عملا تجاريا الا اذا كانت ممارسة على وجه الاحتراف ٠ فمن يقوم بعمل منفرد من اعمال الدلالة لا يعتبر عمله تجاريا ٠ ولا يشترط ، من جانب اخر ، تجارية الدلالة ان يكون موضوعها عملا تجاريا ٠ فلا أهمية لطبيعة الصفقة المراد ابرامها ، من الناحية المدنية او التجارية ٠ والقول بخلاف ذلك لا يستقيم وعموم نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة . اذ ان النص جاء عاما مطلقا ، فلا مجال اذا للتخصيص امام عمومية النص واطلاقه . عليه فان الدلالة المرتبطة بعمل مدني ، كالدلالة في عقد ايجار ، تعد عملا تجاريا وليس مدنيا ٠

---

(١٢٨) لاحظ نص المادة ٢٣٧ من قانون التجارة الملغي .
(١٢٩) انظر د ٠ العريني ، مصدر سابق ذكره ص ١٣٠ ٠

الفصل الثاني

التاجر

تمهيد وتقسيم :

٧٣ـ لا يقتصر تطبيق قواعد قانون التجارة على العمل التجاري فقط ، بل ان نصوص هذا القانون تسري بنفس الوقت على كل من يكتسب صفة التاجر • فقانون التجارة يرتكز على محورين أساسين هما العمل التجاري والحرفة التجارية ، كقاعدة مركبة تحدد نطاق تطبيق هذا القانون • ولذا فان المشرع لم يألوا جهدا في تفصيل جميع ما يتصل من أحكام بالاعمال التجارية وبنظامها القانوني • واهتم بعد ذلك بالاشخاص الذين ينطبق على نشاطهم هذا القانون• فحددمفهوم التاجر وأخضع من تثبت له هذه الصفة لاحكام خاصة ينفرد بها دون غيره ، من حيث التنظيم المهني • فبمقتضى نص المادة السابعة الفقرة ـ أولا ـ : « يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول بأسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق أحكام هذا القانون » •

يتضح من هذا النص ان التاجر بمفهوم القانون قد يكونشخصا طبيعيا (فردا) أو شخصا معنويا (شركة تجارية) • وبما انالمشرع يخضع ، كما قدمنا ، التاجر لنظام قانوني ، فاننا سنتعرض أولا لدراسة الشخص الطبيعي التاجر لننتقل بعد ذلك الى دراسة الشخص المعنوي أو الشركة التجارية ، ثم نخصص اخيرا فرعا ثالثا لدراسة القواعد التي وضعها القانون في تنظيم الحرفة التجارية •

الفـــــرع الاول

الشخص الطبيعي التاجـــر

٧٤ـ يستند قانون التجارة في تحديده لصفة التاجر على فكرة العمـــل التجاري • ويستشف ذلك بوضوح من منطوق الفقرة الاولى مـــن المادة السابعة التي تقرر صراحة ان من يمارس الاعمال التجارية بصيغة الاحتراف فانه يكتسب صفة التاجر • وتبعا لذلك فقـــد أورد المشرع من خلال الفقرات العديدة للمواد التي تختص بالاعمال التجارية سردا للاعمال التي يترتب على احترافها اكتساب الشخص لصفة التاجر(١) •

بيد ان احتراف الاعمال التجارية لوحده لا يكفي في واقع الامر لاعتبار الشخص تاجرا • بل يجب فوء ذلك تعاطي الشخص لتلـك الاعمال بأسمه ولحسابه الخاص(٢) • وان تتوافر فيه كذلـــك الاهلية القانونية اللازمة لاحتراف التجارة • ولا بد من التنويـــه هنا ، وطبقا لما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة السابعة مـــن قانون التجارة ، الى صلاحية الجهة المختصة بالاشراف على النشاط التجاري بتحديد نوع ونطاق العمل التجاري الذي يمكن انيمارسه التاجر بما يكفل تنفيذ خطة التنمية • فلا يمكن ان تعـــد هذه الصلاحية الممنوحة قانونا بتحديد نوع ونطاق العمل التجـــاري

---

(١) انظر فقرات المادة الخامسة من قانون التجارة •

(٢) انظر في القانون المقارن :

J.P. Le Gall, Droit commercial. 1985' 2e ed., mementos Dalloz, p.23 et S.

بمثابة شرط لاكتساب الصفة التجارية ، بل هي قيد جوازي ، على حرية الاشخاص المطلقة في ممارسة النشاط التجاري في العـــراق . فلا تنتفي الصفة المذكورة في حالة انتفاء هـذا القـيد كما سـوف نرى ذلك لاحقا . عليه فان صفة التاجر لا تثبت للشخص الا اذا توفرت فيه الشروط التالية :

١ ـ ان يحترف العمل التجاري .
٢ ـ ان يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص .
٣ ـ ان يكون متمتعا بالاهلية القانونية اللازمـة لاحتراف الاعمـال التجارية .

اولا : الاحـتراف Profession habituelle

٧٥ـ يعني الاحتراف توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمـل معين لتحقيق غرض معين . ويتضمن شرط الاحتراف عنصرين هما : الحرفـه Profoession والاعتيـاد Habitude . (٣) ويتمثل مفهوم الحرفة في تكريس نشاط الفرد لعمل معين واتخاذه مهنة له(٤) . وقد حاولت بعض الاجتهادات الفقهية وضع معيار فقهي للحرفـة يرتبط بالطبيعة الاقتصادية للعمل التجاري . ومن هـذا المنطلق حددت القطاعات الاقتصادية التي يمكن ان تمارس مـن خلالهـا الحرفة التجارية(٥)، وهي :

---

(٣) انظر :

Hamel et Lagarde : Traite de droitCommercial t.I. 1954. P. 411.

(٤) انظر : السباعي وانطاكي : الوجـيز في الحقوق التجـارية ١٩٦٣ ص ٦٠ .

(٥) انظر :

J. Guyenot : op. cit. p. 167. No3. De Juclart et Ippoli- T. I. op. cit. P.222. No 95.

أ) مشاريع الانتاج · ب) مشاريع التوزيع ·
جـ) مشـــاريع الخدمـــات

وأيا كان الامر فليس هناك ما يمنع مـــن أن يزاول الشخص أكثر من حرفة مدنية وتجارية في ان واحد · فلو قام مزارع بممارســـة شراء المنقول وبيعه بجانب مهنته كمزارع أو قام باستغلال مشروع صناعي بجانب مهنة الزراعة ، فان ممارسة كل من العملين بصورة حرفة لا يحول دون اكتساب المزارع المذكور لصفة التاجر · ويؤخذ بالحل المتقدم ولو كانت الحرفة التجارية تقترن بمهنة اخـــــرى محظور على أصحابها ، بمقتضى قوانين خاصة ، ممارسة النشاط التجاري · كحالة الموظف الاداري أو المحامي أو الطبيب · اذ يكتسب هؤلاء صفة التاجر متى ما احترفوا النشاط التجاري · فلا يحـول دون اكتسابهم لهذه الصفة المنع الوارد في القوانين الخاصة الـــتي يخضعون لها · بيد أنهم يتعرضون للعقوبات التأديبية المترتبة على مخالفتهم للحظر الوارد في تلك القوانين(٦) ·

اما الاعتياد فهو تكرار عمل أو مجموعة من الاعمال التجـــارية(٧) · وينظر البعض الى الاعتياد بكونه ، العنصر المادي للحرفـــة(٨) · وبهذه الصورة يندمج بالحرفة · بيد ان هذا التصور لا يســـتقيم حسب تقديرنا مع بعض المعطيات القانونية · اذ لا يؤدي عدم توفر عنصر الاعتياد ، في بعض الحالات ، الى انتفاء الاحتراف وبالتالي الى انتفاء صفة التاجر · فالشركة التجارية تعتبر تاجرا بمجـــرد

---

(٦) انظر قانون اصلاح النظام القانوني · ولاحظ نص المادة ١٨ من قانون التجارة الملغي · ولم يتعرض قانون التجارة لهذه الحالة ، ومع ذلك فان غياب النص لا يعني اختلاف الحكم ·

(٧) انظر : De Juclart et lppolito : op. cit - P.140.

(٨) انظر : د · العريني ، مصدر سابق ذكره ص ١٧٤ ·

تكوينها وقيام شخصيتها المعنوية ، أى قبل ممارستها لاى عمـــــل تجاري ، طالما ان هدفها هو القيام بالاعمال التجرية احترافا ٠

ولا يتطلب الاعتياد قيام شخص بتكرار أعمال تجارية من نـــوع واحد أو أن يكون للشخص محل تجاري ٠ فعنصر الاعتياد يعتبـــر متوفرا سواء قام الشخص بتعاطي أعمال تجاريـــــة مختلفة أو متشابهة ٠ بل أنه يعتبر قائما حتى بالنسبة للشخص المتجـــــول الذي يمارس النشاط التجاري متنقلا من بلد لاخر ما دام أنـــه يمارس ذلك النشاط على وجه الاحتراف ٠

بيد ان توفر الاعتياد لحده لا يكفي لاعتبار الشخص تاجـــرا ٠ فقد يعتاد شخص تعاطي بعض الاعمال التجارية دون أن يقصـــد من ذلك احتراف التجارة ٠ والامثلة على ذلك كثيرة : فالشـــخص الذي اعتادالاكتتاب في أسهم شركات تجارية لا يعتبر من أجل ذلـك تاجرا رغم قيامه باعمال تجارية ٠ وكذلك الامر لو قام المـــزارع من وقت لاخر بشراء محاصيل الغير لغرض بيعها وتحقيق ربح من وراء ذلك(٩) ٠ على ان ما ورد في أعلاه لا ينفي الصفة التجارية عن العمل ، اذ تتوفر الصفة التجارية في العمل دون توفرها في الشخص لانتفاء شرط الاحتراف ٠ هذا ويعتبر توفر عنصر الاعتياد مسألة وقائع تخضع لتقدير القضاء ويجب على من يدعـــي وجـــوده اثباته بكافة طرق الاثبات ٠

٧٦ــ ولكن ما الحكم فيما لو مارس شخص النشاط التجاري مستترا وراء شخص اخر أو تعاطى هذا النشاط خلف اسم مستعار ؟ وهل تشترط من جهة اخرى ، الممارسة الفعلية للنشاط التجاري لكي يكتســـب

---

(٩) للتفصيل انظر : د ٠ أكثم الخولي ، مصدر سابق ذكره ص ١٨٥ ٠

الشخص صفة التاجر ؟ تواجه الحالة الاولى عندما يقوم شخص باحتراف الاعمال التجارية ولكن لحساب غيره ، كأن يكون صاحب المشروع التجاري الحقيقي غير قادر على ممارسة التجارة أو ممنوعا عليه احترافها بمقتضى بعض القوانين والانظمة الخاصة بمهن معينة ، فيستعير اسم غيره أو يستتر وراء شخص اخر للقيام بالاعمال التجارية .

لا نزاع اولا في اكتساب المستتر لصفة التاجر رغم عدم قيامه بالاعمال التجارية بنفسه . وتعليل هذا الحكم يكمن في ان الساتر لا يمارس النشاط التجاري الا لحساب المستتر الذى يتحمل فعلا مخاطر المشروع وتنصرف اليه جميع اثار التصرفات التي يجريها الاول ، فيتحقق من خلال ذلك شروط اكتسابه لصفة التاجر بالرغم من تستتره . ولا يختلف حكم الفقه بهذا الصدد(١٠) . أما الشخص الذي أعار اسمه (الشخص الظاهر) أو الساتر فقد انكر عليه بعض الفقهاء الصفة التجارية على اعتبار انه لا يقوم بالعمل التجاري لمصلحته الشخصية ولا يتحمل فعليا مخاطر المشروع(١١) . ولكننا نرى ان ظهوره بصفة التاجر وارتباطه مع الغير بهذه الصفة ، دون الاعلان عن صفته الاصلية ، كل ذلك يجب ان يؤدي الى الزامه بصفة التاجر وتحميله جميع النتائج التي رتبها القانون على محترفي التجارة . اذ لا يجوز ان يتخلص من أحكام القانون من استعمل الغش في علاقاته مع الغير ، خصوصا

---

(١٠) انظر : د . سميحة القليوبي الموجز في القانون التجاري ،١٩٧٢، ص ١١٢ ــ ١١٣ . د . محمد حسني عباس ، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري ١٩٦٩ ، ص ١١٦ . د . اكتم الخولي، مصدر سابق ذكره ص ١٨٧ .

(١١) انظر د . محسن شفيق ، الموجز في القانون التجاري ١٩٦٧ص٨٥

وان التجارة انما بنيت على الائتمان الشخصي(١٢)· وقد ذهب المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي هذا المذهب،(١٣) ولم يتعرض قانون التجارة الحالي لهذه الحالة الا أننا نرى بأن الحكم واحد ولا خلاف فيه ·

٧٧ـ بيد أنه يجب التمييز بين حالة الاستتار وبين حالة الانتحال لصفة التاجر · فحالة الانتحال تحصل عندما يدعي شخص ، عن طريق وسائل النشر والاعلام أو بوصف نفسه مباشرة بصفة التاجر عند ابرامه العقود أو قيامه بأجراء المعاملات · ويطلق على المنتحل صفة التاجر الظاهر ·

وحكم الانتحال هو اعتبار المنتحل في حكم التاجر الى ان يثبت عكس ذلك · اذ لايكفي اقرار الشخص بصفته التجارية لاعتباره تاجرا ، لان هذه الصفة مستمدة من القانون ، فلا تكتسب بمجرد الاقرار فقط اذا لم تتوافر بعض الشروط القانونية(١٤) · وعليه فالانتحال لا يعدو عن كونه قرينه قابلة للنقض بكافة طرق الاثبات· وبأمكان المنتحل نفسه ان يقوض تلك القرينة بمجرد تبيان ان الامر لا يعدو في الواقع عن كونه تظاهرا وان من يتظاهر بكونه تاجرا لم يزاول النشاط التجاري فعلا(١٥) ·

---

(١٢) انظر :

G- Ripert : Traite de droit commercial· P.84:Leon Julliot de la Morandiere : Droit Commercial· t· I· 1968, P· 54·

(١٣) انظر نص المادة التاسعة عشرة من قانون التجارة الملغي ·

(١٤) انظر :

R. Houim et R· Rodiere: Co urs elementaire de droit Commercial 1971· P· 35·

(١٥) لاحظ نص المادة الثرون من قانون التجارة الملغي ·

ومع ذلك تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى ضرورة اعتبار المنتحل تاجرا • لان « ظهوره كما يرى الدكتور العريني ، بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الاساس يجب ان يؤدي الى اكتسابه صفة التاجر بما تستتبعه هذه الصفة من اثار تطبيقا لنظرية الظاهر وحماية لثقة الغير المشروعة(١٦) • يستشف من هذا الرأى ان اضفاء صفة التاجر على المنتحل ليس الا عقوبة لهذا الاخير • ولانرى حسب تقديرنا ان هذا التصور يلائم حقيقة طبيعة الانتحال • اذ ان المنتحل نادرا ما يتعامل مع الغير على أساس اكتساب الصفة التجارية بقدر ما يكون تعامله لغرض الاستفادة من بعض نظم قانون التجارة والحصول على ائتمان معين • لهذا نرى بأنه من الملائم ان يكون حكم الانتحال هو اعتباره ـ الانتحال ـ قرينه على اكتساب الصفة التجارية الى ان يثبت عكس ذلك ، أي قرينه قابلة لاثبات العكس بكافة طرق الاثبات •

مما تقدم يتضح اذن ان الاحتراف الفعلي للاعمال التجارية هو شرط أساسي لاعتبار الشخص تاجرا •

٧٨ـ واذا كان قانون التجارة يشترط احتراف النشاط التجاري لكي يكتسب الشخص صفة التاجر ، فانه ـ القانون ـ لا يرتب من جهة اخرى ، في بعض الحالات استثناء ، وبالرغم من توافر شرط الاحتراف فعلا ، الصفة المذكورة • فلاتثبت بحكم القانون صفة التاجر لمؤسسات القطاع الاشتراكي اذا تعارضت هذه الصفة مع طبيعة الخدمات التي تؤديها(١٧) والمقصود هنا حسب تقديرنا

---

(١٦) مصدر سابق ذكره ص ١٧٧ • انظر بنفس المعنى د • علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، جـ ١ ١٩٧٢ ص ١٣٥ •

(١٧) انظر نص المادة العاشرة من قانون التجارة •

الدولة L Etat . ويستثنى من اكتساب تلك الصفة ايضا أرباب الحرف الصغيرة(١٨) .

١ ـ الدولة والاشخاص المعنوية العامة :

L Etat et les Personnes morales de droit Public.

٧٩ـ الدولة شخص معنوي يقوم هيكله على مؤسسات مختلفه تهدف بمجموعها تحقيق أغراض معينة . وتمارس الدولة في الواقع المعاصر النشاط التجاري بصيغ مختلفة تبعا للمفهوم الفلسفي والسياسي الذي تستند عليه . فقد تهيمن الدولة على النشاط التجاري هيمنة تامة بحيث ينعدم كليا دور المشروع الخاص في الحياة التجارية(١٩) . وقد تتعاطى هذا النشاط اشتراكيا مع أشخاص القانون الخاص فتمارس من خلال ذلك الرقابة وتعاطي التجارة . وقد يقتصر دور الدولة على الرقابة دون الممارسة الفعلية للتجارة . فيكون للمشروع الخاص الدور الرئيسي في الحياة التجارية(٢٠) .

وأيا كان دور الدولة في النشاط التجاري فان الفقه مجمع على عدم اعتبارها تاجرا . ولا يختلف حكم القانون عن هذا الاتجاه اللهم الا في بعض الجزئيات(٢١) . والعله في عدم ثبوت صفة التاجر للدولة أو لمؤسساتها العامة يكمن في ان أكتساب هذه الصفة يتعارض عمليا مع مفهوم الوظيفة التي تقوم بها . فعندما تمارس الدولة أو احدى مؤسساتها المعنوية العامة النشاط التجاري فانها

---

(١٨) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الحادية عشرة من قانون التجارة .
(١٩) يلاحظ ذلك في الدول ذات النظام الاشتراكي المغلق .
(٢٠) يلاحظ ذلك في الدولة ذات النظام الرأسمالي أو الاقتصاد السوقي .
(٢١) انظر مثلا نص ٢١ من قانون التجارة الملغي .

تستهدف أساسا من وراء ذلك تقديم خدمة أفضل وتأمين الحاجات العامة بعيدا عن مفهوم الربحية الذي يميز المشروع الخاص(٢٢)٠ وتشير المادة العاشرة من قانون التجارة الى ذلك صراحة بقولهـــا : « تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الاحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعـــة الخدمات التي تؤديها » ٠

ويلاحظ على تبرير هذا الاستثناء أنه يستند على مفهـــوم المصلحة العامة L interet Public علما بأن هذا المفهـــوم يعتبر فكرة واسعة يختلف تحديد فحواها سعة وضيقا تبعا للمعيار الموضوعي أو التنظيمي الذي ترتكز عليه هذه المصلحة(٢٣)، مما يضفي بالتالي نوعا من الغموض في تحديد أبعاد نطاق ممارســـة الدولة للنشاط التجاري ٠ واذا كانت الدولة لا تكتسب صفـــة التاجر استثناءا ، للاسباب التي ذكرت انفا ، فان ذلـــك لا يعـــني ان الاعمال التجارية التي تزاولها لا تخضع لاحكام قانون التجارة ٠ فأعمال المؤسسات المصرفية وأعمال التأمين والصناعة والنقـــل وغير ذلك من الاعمال الاخرى التي نص عليها قانون التجارة تبقى محتفظة بطابعها التجاري ، حتى لو مارستها الدولة ، وتخضع بالتالي للنظام القانوني للعمل اتجاري ٠ ويجب ان يلاحظ من جهة اخرى ان شركات القطاع الاشتراكي تكتسب الصفة التجاريةوتعتبر تاجرا بالرغم من تبعية هذه الشركات للدولة ، بشـــرط ان لا تتعارض

---

(٢٢) انظر :

J. Guyenot : Cours de droit Commercial. 1968. pp.167-168.
Hamel et Lagarde:op.cit. p. lll.

(٢٣) انظر : د ٠ أحمد البسام ، مبادىء القانون التجـــاري ،١٩٦١ ص ١٢٩ ٠

أحكام هذه الصفة مع طبيعة الخدمات التي تؤديهـــا تلـــك الشركات(٢٤) • ويستشف ذلك صراحة من نص المادة العاشرة من قانون التجارة • والواقع ان هذه الشركات تزاول نشاطها التجاري وفق المعطيات والمستلزمات التجارية المعتادة والمعتمدة من قبـــل المنشآت التجارية الاخرى ، فمن المنطقي اذن اكتسابها صفة التاجر وخضوعها لجميع الواجبات التي تترتب على اكتساب هذه الصفة •

على ان ذلك لا يعني ان تخضع شركات القطاع الاشتراكي لجميـــع أنظمة القانون التجاري • فمن الضروري مثلا استثنائهـــا مـــن نظام الافلاس التجاري لان هذا النظام يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها هذه الشركات وقيامها على مرافق حيوية أو ضروريـــة للمجتمع وخطط التنميـــة القومية مما يبرر تمامـــا استثناءهـــا من أحكام ذلك النظام(٢٥) • علما بأن الدولة هي الضامنة لهـــذا النمط من الشركات ، وأفلاس هذه الاخيرة يعني أفلاس الدولـــة وهذا لا يمكن ان ينص عليه المشرع •

٢ ـ الحرفيـــون Les artisans

٨٠ـ يفرق قانون التجارة بين من يمارس النشاط التجاري على شـكل مشروع تجاري مهم من حيث التنظيم المهني وبين من يمارس ذلـك النشاط من خلال مهارته الشخصية وبيعه لانتاج مهارتـــه(٢٦) •

---

(٢٤) شركات القطاع الاشتراكي تنشأ اما ابتداء بقانون أو من خـلال تأميم بعض شركات القطاع الخاص ونقل ملكيتها الى ملكية الدولة •

(٢٥) قارن مع نص المادة العشرون من قانون التجارة الملغي ، ومـــع ما ورد بهذا الصدد في المذكرة التفسيرية لهذا القانون ـ ص ١٦٦ •

(٢٦) انظر :

J. Derrupe: Actes de Commerce, Commercants et Fonds de commerce. Rev. Tri. de dr. Com. et de dr. eco. no 4. 1983. P. 545ets. Le Gall ; op. cit., p. 29 .

ويطلق الفقه على من يمارس التجارة بهذه الصيغة مصطلح الحرفيين أو أرباب الحرف الصغيرة(٢٧) . وقد استثنى قانون التجارة صراحة هذه الفئة من الخضوع لاحكامه وبالتالي من اكتساب صفة التاجر . اذ تنص الفقرة الاولى من المادة الحادية عشرة على أنه : «لا يعتبر تاجرا من يمارس حرفة صغيرة » .انعدم اضفاء المشرع على الحرفي صفة التاجر واستثناءه من أحكام قانون التجارة له ، في الواقع ، ما يبرره . فمن يستعرض الاعمال التي يقوم بها الحرفيون يتبين له ان هؤلاء انما يبيعون انتاجهم الشخصي ولا يستعينون عموما في تعاطيهم لاعمالهم الا بعدد محدود من العمال وبالات ميكانيكية بسيطة . ولذا فان عنصر المضاربة على العمل أو الاله يكاد يكون معدوما بالنسبة لاعمالهم . عليه استثنى الحرفي من اكتساب صفة التاجر حماية له من الالتزامات التي يرتبها القانون على من يكتسب تلك الصفة ، التزامات غالبا ما تكون مرهقة وثقيلة عليه ، وكذلك لحماية التاجر الصغير من « ضراوة » بعض نظم القانون التجاري . وانطلاقا من كل ذلك وخشية ان يختلط الحرفي بغيره فقد وضع المشرع ، من خلال نص الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من قانون التجارة معيارا يميز بمقتضاه ذو الحرفة عن غيره . اذ تنص تلك الفقرة على أنه : « تعتبر حرفة صغيرة كل حرفة ذات كلفة زهيدة يمارسها الشخص مقتصرا في ذلك على نشاطه البدني او على استخدام الات ذات قوة محركة صغيرة » . ويستخلص من المفهوم المخالف لهذه القاعدة ان الحرفي قد يتحول

---

(٢٧) انظر :

George Hubrecht: notion essentielle de droit Commercial. 1976. p. 30. Alfred-Jauffret : Manuel de droit Commercial. 1975. P. 41-42.

الى تاجر متى ما وسع بشكل ملموس في حرفته من حيث استعماله لالات وأجهزة مهمة أو استخدامه لرأسمال مؤثر أو لعدد كبير من الايدي العاملة ·وعليه لة أخذ صاحب ورشه بسيطة للنجارة بشراء كميات وافرة من المواد الاولية اللازمة لصناعته وأستخدم عددا مهما من العمال فانه يكتسب صفة التاجر ولا محلعندئذ لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة الحادية عشرة من قانون التجارة ·

ثانيا : ممارسة النشاط التجاري بأسم الشخص ولحسابه الخاص ·

Actes effectues en son nom et pour son compte

٨١ـ لا يكفي احتراف الاعمال التجارية وحده لاعتبار الشخص تاجرا بل لا بد أيضا من وجوب تعاطي الشخص لهذه الاعمال بأسمه ولحسابه الخاص · وهذا الشرط بديهي في الواقع · لان التجارة انما تقوم على الائتمان الشخصي فيجب اذن على من يتعاطى الاعمال التجارية ان يتحمل جميع الاثار والنتائج التي تترتب من جراء قيامه بهذه الاعمال · وقد أقر الفقه عموما هذا الشرط وجعله متمما لشرط الاحتراف(٢٨) ·

وعليه لا يمكن ان يكتسب صفة التاجر ما يلي من الاشخاص رغم ممارستهم للعمل التجاري :

---

(٢٨) انظر : A. Jauffret : op cit P. 39.
Francis. Lemeunier : Principes et Pratique, du droit Commercial. 1968. P.7.

انظر كذلك : د · علي الزيني ، اصول القانون التجاري · ص ١٥٨ د · محمد حسني عباس ، مصدر سابق ذكره ص ١٩٢ · د · أكتم الخولي ، مصدر سابق ذكره ص ١٨٥ د · محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٨٣ ·

اولا : موظفو المحلات التجارية ومستخدميهـا لانهـم يعتـبرون خاضعين لارادة صاحب المشروع التجاري وغـير مسؤولـين بصفة شخصية عن الاعمال التي يقومون بها · ولا يمكن ان يكتسـب هؤلاء صفة التاجر حتى لو اشتركوا في جزء من الارباح او تولـوا ادارة المحل التجاري · ذلك لان طبيعة العلاقة تبقى رغم المشـاركة علاقة تبعية يحكمها عقد العمل ·

ثانيا : مديرو الشركات المحدودة والشركات المساهمة · اذ انهـم يمارسون العمل التجاري بأسم الشركة ولحسابها الخاص بصفـة وكلاء لها(٢٩) · وعليه فان صفة التاجر تثبت للشـركة دون المديرين · بيد ان صفة التاجر تثبت لمديري شركـات التضامن انطلاقا من ان ممارسة أعمال هـذا النوع من الشـركات يتم بأسم جميع الشركات المتضامنين ولا تتحدد مسؤولية هـؤلاء الشركاء بالحصص المقدمة للشركة بل تتعداها الى جميع أموالهم · ومن هنا فان نشاط الشركة التجاري ليس الا نشـاط الشـريك نفسه · ولذا تكتسب الشركة والشريك في ان واحد صفة التاجر · غير ان الامر قد يدق في تحديد توفر شرط العمل بأسم الشخص ولحسابه الخاص عند مزاولة بعض الاعمال التجارية التي تتميـز بخصوصية معينة كالوكالة بالعمولة والتمثيل التجاري وأعمـال الدلالة أو السمسرة(٣٠) · فكل من الوكيل بالعمولة والممثـل

---

(٢٩) انظر : Francis Le meunier : op. cit. P. 7.

(٣٠) وقد يثور التساؤول ايضا بخصوص الممثلين التجاريين للـدول الاجنبية لدى بعضها البعض والاتجاه المعتمد بهذا الصدد هـو أنه لا تثبت لهؤلاء الممثلين الصفة التجارية وان المكاتب الـتي يديرونها تخضع لقواعد القانون العام · أما العمليات التجارية التي يقومون بها من خلال هذه المكاتب فانها تخضـع حسـب ←

التجاري والسمسار يقوم في الواقع بأبرام الصفقات لحساب الغير لا لحسابه الخاص · ومع ذلك فان كلا من هؤلاء تثبت له صفة التاجر(٣١) · وتحليل ذلك يكمن في ان ممارسة هذه الاعمال يستلزم بالضرورة الاستقلال التام عن الغير · فهي أعمال محترفة لذاتها يمارسها الشخص لحسابه الخاص وعلى وجه الاستقلال ، وتنصرف اليه آثارها حقوقا وديونا(٣٢) ·

ثالثا : الاهلية التجارية La Capacite

٨٢ـ لا يمكن للشخص الطبيعي ، كقاعدة عامة ، ان يلتزم قانونا الا اذا كان اهلا للتعاقد . فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص في احداث الاثر القانوني · وبما ان الاعمال التجارية نوع من التصرفات القانونية فانه يجب لمن يباشرها أن يتمتع بالاهلية اللازمة لها · وعلى هذا لا يكتسب الشخص صفة التاجر ما لم تتوافر فيه الاهلية اللازمة للقيام بالاعمال التجارية .

وبما ان الاهلية ترتبط بالتمييز والارادة ، وان كلا من التمييز والارادة تتأثر بالسن وبما يعترضهما من عوارض ـ عوارض الاهلية ـ

→

رأى بعض الفقه لاحكام قانون التجارة وتنظر من قبل القضاء التجاري في حالة النزاع · ومع ذلك فان هذا التصور لا يمكن ان يعتد به بصورة مطلقة · اذ ان من المعروف هو ان تسوية المنازعات عند قيامها بمناسبة النشاط التجاري لهذه المكاتب يكون سجل اتفاقيات دبلوماسية · للتفصيل بهذا الصدد انظر :
J. Guyenot : Cours de dr. com. 1968.P.170.

(٣١) انظر في تفصيل ذلك : د · علي حسن يونس ، القانون التجاري ١٩٧٠ ص ١١٣ · د · مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ١٩٦٦ ص ٩٢ ·

(٣٢) انظر :
R. Houin et R. Rodiere : op. cit. 1971. pp. 36.-37.

قد تؤدي أما الى نقصان في الاهلية أو تعدمها حتى بعد كمال التمييز ، فانه من اللازم ان نتعرض بنقاط ثلاثة لكامل الاهلية ، وغير المميز (الصغير) وأخيرا لناقص الاهلية ·

١ ـ كامل الاهليـــة : Le majeur

٨٣ـ لم يحدد قانون التجارة سنا معينة للاهلية التجاريـة · اذ تنص المادة الثامنة من القانون المذكور على أنه : « يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالاهلية ···»·ومن الواضح ان حكم هذا النص انما جاء طبقا للمبادىء التي قررها قانون اصلاح النظام القانوني عندنا رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ التي تقرر :

« توحيد الاحكام المتعلقة بالاهلية في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني ابتغاء التنسيق فيما بين المسائل المتشابهة »· عليه والحالة هذه اذن الرجوع الى احكام القانون المدني الخاصة بالاهلية · وبمقتضى نص المادة ١٠٦ من القانون المدني ان : « سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة » · ولا بد من الاشارة هنا الى ان المشرع العراقي يفرق بهذا الصدد بين الاجنبي والعراقي في تعاطي التجارة · فلا يحق للاجنبي ممارسة النشاط التجاري الا وفق القواعد الخاصة التي يقررها قانونه الشخصي La Loi nationale أى قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته(٣٣) · فاهلية الاجنبي لا تخضع لقانون الموطن La Lon du domicile (٣٤) · وانما تخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته · اذ تقرر

---

(٣٣) الجنسية صلة سياسية تربط الفرد بدولة معينة وتقوم على فكرة الولاء ·

(٣٤) الموطن يعني الصلة بين الفرد ومكان معين يتخذه محلا دائما لاقامته أو مركزا رئيسيا لاعماله ·

الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشرة من القانون المدني انه :ـ «الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليهـــا الشـخص بجنسيته » ومع ذلك فان المشرع العراقي يورد اســتثناء بهــذا الخصوص هو :ـ « في حالة التصرفات المالية التي تعقد في العـراق وتترتب اثارها فيه ، اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصـرف كامـل الاهلية»(٣٥) · ويتفق الرأى على ان من جملة الاسباب الخفيـة التي ينصرف اليها مفهوم النص أن يكون الاجنبي مثلا « محجـورا عليه لعارض من عوارض الاهلية التي أنشأها قانونه الشخصي » · أو ان القانون الاجنبي يحدد لبلوغ الرشد سنا أعلى من تلـك التي حددها القانون العراقي(٣٦) · ففي مثل هذه الفرضيـات يعتبر الاجنبي المتعاقد مع العراقي كامل الاهلية اللهم الا اذا ثبت سوء نية من تعاقد مع الاجنبي (٣٧)· بمعنى ان القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون الموطن وليس قانون جنسية الاجنبي ·

ويبرر هذا الاستثناء كما يرى بعض الفقه بمعطيات متعددة اهمهـا ان « فرض العلم لا يلازم القانون الاجنبي كما يلازم القانون الوطني» وعليه ينزل «الاول من مرتبة القواعد القانونية الى مرتبة الوقائع» وان

---

(٣٥) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة من القانون المدني ·

(٣٦) ومثل ذلك القانون المصري ، القانون الـكويتي ، القانـون الانكليزي والقانون البلجيكي التي تحدد سن الرشد بـأحدى وعشرين عاما ·

(٣٧) انظر بهذا الصدد : د · أحمد البسام ، مصدر سابق كـره ص ١١٨ ·

من الضروري حماية مصلحة وحقوق المتعاقد الوطني وعدم الاخلال بأستقرار التعامل(٣٨) .

على أنه يجب ان لا يستخلص مما تقدم بأن توفر شرط الاهلية لوحده في الاجنبي يمكنه من ممارسة النشاط التجاري في العراق . اذ يجب فوق ذلك وبحكم القانون ان يحصل الاجنبي الذي يرغب المتاجرة في العراق على أذن وموافقة الجهة الادارية المختصة في القطر، وان لا يتعارض نشاطه التجاري فوق ذلك مع متطلبات خطط التنمية . اذ يقرر الشطر الثاني من المادة الثامنة من قانون التجارة أنه « ويجوز لغير العراقي ان يمارس لعمل التجاري وفقا لمتطلبات خطة التنمية وبأذن من الجهة المختصة » . ودون الاخلال ايضا بالقواعد الواردة في القوانين الاخرى التي تنظم مزاولة العمل والمهن في العراق . كقانون العمل مثلا(٣٩) .

٨٤ـ واذا كانت القاعدة ان من اتم الثامنة عشرة سنة ولم يتأثر بعوارض الاهلية ، يكون كامل الاهلية ، وأهلا للاتجار ،فأن القانون العراقي يعتبر ، من جهة اخرى ، واستثناء ان من أتم الخامسة عشرة من العمر وكان متزوجا في هذه السن ، في مرتبة كامل الاهلية . فبمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ انه : « يعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية » . وعلى هذا فان بأمكان المتزوج بهذه السن بأذن من القضاء أن يمارس جميع صور النشاط التجاري دون استثناء أو تمييز شأنه في ذلك شأن البالغ سن الرشد المقرر قانونا .

هذا ولا مجال للتمييز في الحكم عندنا ـ في التشريع التجاري أو

---

(٣٨) انظر د . جافظ ابراهيم ، مصدر سابق ذكره ص ٤٧ ـ ٤٨ د . أحمد البسام ، مصدر سابق ذكره ص ١٢٠ .

(٣٩) انظر على سبيل المثل نص المادة ١٨١ المعدلة من قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ .

المدني ـ بين الرجل والمراة بصدد الاهلية اللازمة لتعاطي التجـارة · فيحق للعراقية متى ما أتمت الثامنة عشرة، متزوجة كانت ام غير متزوجة احتراف النشاط التجاري واكتساب صفة التاجر · ولا يعتبر هـذا الحكم في الواقع الا تطبيقا لقواعد الشريعة الاسلامية الغراء الـتي اعترفت للزوجين عند الزواج باستقلال مالي تام عن الاخر واحتفاظ كل منهما بملكيته لامواله وادارتها بحرية واستقلال كاملين ·

الا ان الامر يختلف من جهة أهلية ممارسة الاجنبية المتزوجة للتجارة في العراق · فبالاضافة للشروط التي ذكرناها انفا ـ حصول الاذن من الجهة المختصة في العراق وان يكون النشاط التجاري ملائما لمتطلبات خطة التنمية ـ فانه يجب الرجوع الى قانونها الشخصي لتحديد مدى أهليتها لممارسة التجارة · فاذا كان ذلك القانون يمنحها كامل الحرية لممارسة التجارة كان لها ان تمارسها في العراق · اما اذا كان قانون جنسيتها يقيدها بوجوب الحصول على اذن من الزوج أو من غيره ـ كاذن القضاء مثلا ـ وجب استيفاء تلك الشروط لتتمكن من تعاطي التجارة في العراق(٤٠) · ولا بد فيما اذا استوفيت هذه الشروط من تسجيلها في السجل التجاري لغرض اشهارها لكي تسري بحق الغير · واذا طرأ اى تعديل عليها فانه يلزم ايضا تاشير ذلك التعديل واشهاره كي يمكن الاحتجاج به على الغير · والواقع ان من شأن التسجيل والاشهار لهذه القيود الكشف للغير اولا عن مدى حرية الاجنبية في التعاقد ، وعن مدى ضمان الدائنين على أموال مدينهم ، من جهة اخرى ، وفيما اذا كانت الاجنبية المتزوجة قد تزوجت وفقا

---

(٤٠) انظر على سبيل المثل القانون اللبناني م ١١ـ١ تجاري ، القانون الفرنسي قبل تعديله بالقانونين رقم ٢٢ لسنة ١٩٤٢ والقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٦٥ · وانظر في انتقاد حكم نقص أهلية المرأة بعد زواجها . د · مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، ١٩٨٢ ص ٢٠٦ · د · علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ١٩٧٢ ص ١٤١ ·

لنظام انفصال الاموال .
La separation de biens
او اختلاط الامـــــوال (٤١)
La Communaule Legale

٢ – الصغير غير المميز
Le mineur non - emancipe

٨٥– الصغير غير المميز (ويلحق بحكمه المحجور عليه) لا يمكنه اطلاقـــا مباشرة النشاط التجاري . وتعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا . ومع ذلك فقد يؤول للصغير غير المميز (ممن لا يجوز له الاذن) عن طريق الارث أو الهبة أو الوصية ، ملكية محل تجاري او حصة في مشـــروع تجاري . فهل يجوز الاستمرار في النشاط التجـــاري المترتب على استغلال الملكية للصغير ؟

تعرض قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ لهذه الحالة بصـورة غير مباشرة. فبمقتضى نص المادة٦٧منه:« اذا توفي المساهم في الشركة المساهمة والمحدودة انتقلت ملكية اسهمه الى ورثته بحسب انصبتهم في القسام الشرعي..» «وتقرر الفقرة الاولىمن المادة ٧٠ انـــه : « اذا توفي الشريك في الشركة التضامنية تستمر الشركة مـــع ورثته . أما اذا عارض الوارث او من يمثله ان كان قاصرا ، او سائر الشركـاء

(٤١) والواقع ان قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ كـــان يتضمن احكاما تفصيلية بصدد أهلية الاجنبي والمرأة الاجنبيـــة المتزوجة . فقد اخضع هذا القانون أهلية الاجنبي من حيث المبدأ للقانون العراقي (قانون الموطن) وليس لقانونه الشخصي (انظر المادة العاشرة من القانون المذكور) . واستثنى من هذه القاعـــدة الاجنبي الذي اكمل سن الخامسة عشرة ، اذ اجاز له الاتجـــار في العراق وفق أحكام قانونه الشخصي . (لاحظ نص الفقـــرة الثانية من المادة العاشرة من القانون المذكور) . واخضع أهلية المرأة الاجنبية المتزوجة لقانون جنسيتها وللقيود الواردة فيه ســـواء من حيث اشتراط اذن الزوج لممارسة النشاط التجاري او مـــن حيث طبيعة نظام المشارطات المالية الذي تم الزواج بمقتضـــاه ، وضرورة تسجيل تلك القيود واشهارها . (راجع المادتان الخامسة عشرة والسادسة عشرة من قانون التجارة الملغي) .

الاخرين أو حال دون ذلك مانع قانوني فان الشركة تستمر بين الشركاء الباقين ولا يكون للوارث الا نصيب مورثه في أموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع اليه نقدا . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق للشركة الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة . وفي كل الاحوال يجب تعديل عقد الشركة بما يتفق ووضعها الجديد أو تحويلها الى مشروع فردي اذا لم يبق غير شريك واحد» . وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على انه : « اذا توفي مالك الحصة في المشروع الفردي وكان له اكثر من وارث يرغب في المشاركة فيها ولم يكن هناك مانع قانوني ، وجب تحويله الى اى نوع اخر من الشركات المنصوص عليها في هذا القانون » . وعلى هذا فانه يجوز اذن الاستمرار في النشاط التجاري في حالة تملك الصغير غير المميز حصة في مشروع تجاري (شركة تجارية) على ان يكون للصغير نائبا عنه ، وبشرط ان يكون في الاستمرار بالنشاط التجاري تحقيق مصلحة الصغير(٤٢) . ولا بد من التنويه هنا الى ان قانون الشركات التجارية الملغي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ ومن خلال نص المادة ٢١٦ كان يقرر بانه : « يجوز اذا ورث الصغير حصة في شركة تضامن استمرار الشركة معه على ان يعتبر شريكا موصيا (غير متضامن) ، ولا يسأل عن التزامات الشركة الا في حدود الحصة التي ورثها » . وطبقا لاحكام شركة التوصية ، في القانون المذكور ، فان الصغير لا يعد تاجرا رغم استمرار النشاط التجاري ، ولا يعد مسؤولا الا في حدود الحصة التي يملكها(٤٣) .

اما اذا كانت الملكية التي آلت للصغير عن طريق الارث هي ملكية فردية محضة (ملكية محل تجاري) فانه لا يمكن الاستمرار في الاستغلال التجاري أو ايقافه الا بناء على قرار من مديرية رعاية القاصرين يستند في الحالتين على الظروف التي تفرضها مصلحة الصغير

(٤٢) انظر المادة ٧٨ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .
(٤٣) انظر نص المادة ١٩ من قانون الشركات الملغي .

L' interet de mineueur فللمديرية المذكورة هنا سلطة تقديرية اساسها التحري عن مصلحة الصغير . وعلى ضوء تلك المصلحة تقرر أما الاستمرار في الاستغلال التجاري او ايقافه وتصفية تلك الملكية . ويستشف ذلك من أحكام قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ اذ تقرر الفقرة الاولى والفقرة الثانية من المادة ٧٨ على ان طلب تملك المال المنقول من قبل احد الورثة الكبار أو طلب من يقوم مقام القاصر تمليك القاصر مالا منقولا في تركة لا يمكن ان يتخذ قرار بشأنه الا اذا لم يوجد في ذلك ضرر للقاصر (٤٤) .

٨٦ـ واذا تقرر ان مصلحة القاصر تستوجب الاستمرار بالاستغلال التجاري فانه يجب ان يعين عندئذ نائبا عن القاصر . وللقضاء ، في نفس الوقت، وحسب مقتضى الحال ، ان يمنح النائب تفويضا مطلقا أو مقيدا بالاعمال التي يفرضها الاستغلال التجاري ، على ان يؤخذ بنظر الاعتبار القيود المقررة في نص المادة الثالثة والاربعين من قانون رعاية القاصرين. فلا يجوز مثلا للولي أو الوصي أو القيم مثلا مباشرة « حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين» أو « الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر » الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة .

---

(٤٤) وتقترب هذه الاحكام من القواعد المقررة في قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، وفي القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧١ المعدل لقانون ادارة أموال القاصرين الملغي رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٩ . اذا كانت الفقرة الاولى من المادة الحادية عشرة من قانون التجارة الملغي تقرر انه : « اذا كان للصغير أو المحجور عليه مال في تجارة جاز للمحكمة ان تامر باخراج ماله منها او باستمراره فيها وفقا لما تقضي به مصلحته » . ولا يختلف حكم الفقرة الثالثة من المادة الاولى من قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧١ المعدل لقانون ادارة أموال القاصرين الملغي عن حكم المادة السابقة . اذ أنها كانت تنص على ما يلي : « اذا وجد بين التركة مشروع تجاري او صناعي او اقتصادي .. واتفق الورثة الكبار والاوصياء على الاستمرار على العمل فللمحكمة المختصة ان تقرر ذلك اذا وجدت ان ذلك في مصلحة القاصر » .

« الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة الثالثة والاربعين من قانون رعاية القاصرين » . بيد أن للقضاء سحب التفويض الممنوح للنائب أو تقييده اذا تبين ان ادارة النائب تؤدي الى الاضرار بمصلحة الصغير (٤٥) ، على أن لا يخل القرار المتخذ بالحقوق التي اكتسبها الغير الحسن النية .

ومهما يكن من أمر ، وأيا كان رأى القضاء فانه يجب حسب تقديرنا ، تسجيل القرار المتخذ بشأن الصغير في السجل التجاري (٤٦) . والحكمة من عملية التسجيل هي ضمان لحقوق القاصر ولحقوق المتعاملين ابتداء مع من يمثل القاصر وذلك لان عملية التسجيل في السجل التجاري ما هي في الواقع الا عملية اشهار يتم من خلالها التعريف بمسؤولية القاصر المحدودة .

واذا كان من الممكن الاستمرار في استغلال الملكية التجارية للقاصر ، فان السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الاثار التي تترتب على استغلال النائب لهذه الملكية . هل يكتسب النائب ام القاصر صفة التاجر ؟ الاصل في القواعد العامة ان جميع اثار التصرفات التي يقوم بها الوكيل او النائب تنصرف الى ذمة الاصيل المالية ويلزم بها . وبما ان تصرفات النائب في استغلاله للملكية التجارية تنصرف الى ذمة الصغير المالية فانه لا يترتب على ذلك الاستغلال اكتساب النائب عن الصغير لصفة التاجر طالما انه يزاول العمل التجاري بأسم ولحساب شخص اخر . وصفة التاجر تقتضي ، كما قدمنا ، تعاطي العمل

---

(٤٥) انظر على سبيل المثل : م ٣٢ من قانون رعاية القاصرين التي تقرر : ان للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه » . ونص المادة ٣٨ الذي يقضي بضرورة عزل الوصي اذا لم يعد أهلا لممارسة شؤون الوصاية .. وما جاء في الفقرة الرابعة من المادة الثانية والستين التي تنص بان لمديرية رعاية القاصرين .. ان تطلب من المحكمة المختصة عزل الولي او الوصي أو القيم اذا تحقق ان مصلحة القاصر تقضي بذلك » .

(٤٦) لاحظ نص المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة الملغي .

التجاري بأسم الشخص نفسه ولحسابه الخاص . عليه لا يمكن ان يكتسب النائب عن الصغير صفة التاجر . اما الصغير فانه يكتسب صفة التاجر لكونه أصيلا ، ولو ان بعض الاجتهادات الفقهية تذهب الى عدم اعتبار الصغير تاجرا لنقص في أهليته ولان قواعد الاهلية تتعلق بالنظام العام(٤٧) . لان من الواضح ان جميع التصرفات التي يقوم بها النائب لا تنصرف الا لذمة الصغير المالية ، وسوف يكون من غير المنطقي ، ايضا ، عدم اعتبار أى منهما تاجرا في الوقت الذي يعتبر فيه العمل تجاريا بطبيعته وممارسا باستمرار . عليه فاننا نرى اكتساب الصغير صفة التاجر ويمكن بالتالي شهر افلاسه . على ان الافلاس يقتصر أثره هنا على الاموال المستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الاخرى ، وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية . كما لا تأثير للافلاس على شخصه . فلا يجوز حبسه أو اعتباره متفالسا بالتقصير(٤٨) .

٣ ـ القاصر المأذون Le mineur emancipe

٨٧ـ يجيز القانون لمن أكمل الخامسة عشرة سنة ، ولم يبلغ الثامنة عشرة ، تعاطي التجارة في جزء من أمواله ، بشرط ان يحصل على اذن من وليه وترخيص من القضاء . ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٩٨ من القانون المدني ، التي تقضي من خلال فقرتها الاولى بأن : « للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربه له . ويكون الاذن مطلقا أو

---

(٤٧) انظر بهذا الصدد : مصطفى رضوان ، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري ، ج ١ ١٩٧٢ ص ٧٠ . د . سميحة القليوبي ، مصدر سابق ذكره ص٢١٧ . د . فريد مشرقي، مصدر سابق ذكره ص ٦٣ . د . محمد حسني عباس ، مصدر سابق ذكره ص ١٧٤ .

(٤٨) لاحظ نص المادة ١٤ من قانون التجارة الملغي .

مفيدا»(٤٩) . ومن فحوى هذا النص يتضح ، اولا ، ان القاصر الذي أكمل الخامسة عشرة لا يستطيع ممارسة النشاط التجاري الا اذا أذنه وليه بالاتجار . وولي القاصر بمقتضى نص المادة السابعة والعشرون من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ هو « أبوه ثم المحكمة » ، وبمقتضى القانون المدني هو ابوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة(٥٠) . ويجوز للولي اذا اقتضى الامر ذلك ان يسحب الاذن الذي منحه للصغير لممارسة التجارة(٥١) . الا ان وفاة الولي او عزله عن ولايته لا يؤدي الى ابطال الاذن الممنوح للقاصر(٥٢) . واذا امتنع الولي عن منح الاذن اللازم للقاصر فان للمحكمة عندئذ ان تأذن له . وفي هذه الحالة يكون من اختصاصها فقط ابقاء الاذن أو سحبه(٥٣). واذن الولي لوحده لا يكفي ، في الواقع ، لممارسة القاصر العمل التجاري بل لا بد بالاضافة على ذلك من اذن المحكمة(٥٤) . والتشدد هنا لا يحتاج الى تأويل نظرا لما ينطوي عليه النشاط التجاري من مخاطر

---

(٤٩) تعرف الكثير من التشريعات الاهلية التجارية الناقصة أو ما يطلق عليه ازدواج الاهلية . اذ تجيز بعض القوانين للقاصر ، اذا توفرت فيه بعض الشروط ان يمارس العمل التجاري في الحدود التي يرسمها القضاء (الاهلية القضائية) . انظر بهذا الصدد : قانون التجارة الفرنسي(م٢) قانون التجارة الكويتي رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ ف ٢ م ٨ . القانون المصري (قانون الولاية على المال رقم١١٩ لسنة ١٩٥٢ (م٥٧) .

(٥٠) انظر نص المادة ١٠٢ من القانون المدني .

(٥١) انظر نص المادة ١٠٠ من القانون المدني .

(٥٢) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٩٨ من القانون المدني .

(٥٣) نص المادة ١٠١ من القانون المدني .

(٥٤) وقد كان قانون التجارة الملغي يوجب تأشير الاذن بمزاولة التجارة أو سحبه أو تقييده . يلاحظ نص المادة ٤٤ و ٤٧ من القانون المذكور .

قد تلحق بالقاصر . ولذا فانه لا يمكن ان يسمح له به الا اذا حصلت موافقة القضاء اضافة لاجازةالولي .

ويكون الاذن الممنوح للقاصر مطلقا أو مقيدا . فيجوز ان يكون الاذن مطلقا يشمل جميع صور النشاط التجاري دون استثناء أو تخصيص . وقد يكون مقيدا بنوع معين من النشاط التجاري. كان يقتصر الاذن على ممارسة القاصر لاعمال شراء المنقول وبيعه أو اعمال التوريد دون غيرها من انواع الاعمال التجارية .

غير أنه لا يجوز ان يرد الاذن ، مطلقا كان أمقيدا على جميع أموال القاصر . بل ينصرف في جميع الاحوال الى جزء محدد من امواله حماية للقاصر وتجربة له . فاذا بلغ سن الرشد تدفع له حينئذ جميع أمواله ويكون في امكانه عند ذاك استغلال تلك الاموال دون قيد في الميدان التجاري(٥٥) . وتعليل هذا الحكم يكمن في ضرورة حماية مصلحة القاصر طبقا للغرض المقصود من وضع نص المادة ٩٨ من القانون المدني . ذلك ان المشرع قد توخى من خلال النص المذكور (أعطاء الفرصة) القاصر لتعاطي التجارة بجزء من أمواله (تجربة له) . فلا يمكن والحالة هذه اذن منح القاصر حرية استخدام جميع امواله لممارسة التجارة والا نكون قد فوتنا على المشرع الغرض الذي يهدف اليه ، الا وهو حماية القاصر .

وأيا كان نطاق الاذن فان القاصر المأذون يصبح بمنزلة كامل الاهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة(٥٦). وعلى ذلك فان

---

(٥٥) قارن مع د . اكرم باملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ط ٣ ج ١ ١٩٧١ ص ١٢٥ .

(٥٦) بيد ان القاصر المأذون يبقى ناقص الاهلية بالنسبة للاعمال الغير المتصلة بالتجارة . انظر : د . صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ط ٣ ج ١ ص ١٣٢ . انظر خلاف ذلك ، د . احمد البسام ، مصدر سابق ذكره ص ١١٦ .

جميع اعماله من بيع وشراء واقتراض وتقاضي وصلح وتحكم ، تعتبر صحيحة دون حاجة الى اجازة من وليه ، ولا تعتبر هذه التصرفات باطلة حتى لو لحقه من جراءها غبن فاحش . واذا احترف احد الاعمال التجارية فانه يكتسب صفة التاجر ، ويخضع عندها لجميع الالتزامات والقيود التي تترتب على اكتساب تلك الصفة . فتطبق قرينة التجارية على أعماله ، كما يجوز اشهار افلاسه اذا ما توقف عن اداء ديونه التجارية .

وقد أثار مدى مسؤولية القاصر المأذون عن الديون التجارية ـ مدى اثار اشهار الافلاس ـ خلافا فقهيا متميزا . اذ يذهب البعض الى ان مسؤولية القاصر عن تلك الديون لا يمكن ا نتتعدى دائرة الاموال الداخلة في الاذن . وعليه فان اثار الافلاس لا يمكن ان تمتد الى أمواله الاخرى وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية . كما لا يمكن ان تشمله اثار الافلاس الشخصية كالحبس والحرمان من الحقوق المهنية حماية للقاصر ورأفة به(٥٧). بينما يرى البعض الاخر بان اثار الافلاس يجب ان تمتد الى جميع أموال القاصر شأنه في ذلك شأن كامل الاهلية . ويستند هذا الرأى على حجتين اساسيتين :

الاولى : ان حصر اثار الافلاس بالاموال الداخلة في نطاق الاذن يؤدي الى اضعاف الثقة بالقاصر وتقليل الائتمان بتجارته(٥٨) .

الثانية : لا يجوز اعطاء نفس الحكم المقرر بشأن حالة الصغير الذي الت اليه ملكية تجارية ، والذي يقصر اثار الافلاس على أموال الصغير المستثمرة فقط في التجارة حماية ورأفة به . اذ ان تلك الحالة استثناء، وبما أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الاستثناء ، فمن الواضح اذن

---

(٥٧) انظر د . أحمد البسام ، مصدر سابق ذكره ص ١١٦ .
(٥٨) انظر د . أكرم ياملكي ، مصدر سابق ذكره ص ١٢٧ .

عدم « مد حكم » هذه القاعدة على حالة المأذون بالتجارة(٥٩) .

والراجح كما نرى ، بهذا الصدد ، ان مسؤولية القاصر المأذون عن الديون يجب ان تكون مقيدة بحدود امواله الداخلة في نطاق الاذن . صحيح ، في الواقع ، ان مثل هذا الحل قد يؤدي الى اضعاف الائتمان القاصر لدى الغير . بيد انه يجب ان يلاحظ بأن ذلك الائتمان ضعيف في واقع الامر بطبيعته « ولو كان الاذن مطلقا» . طالما ان سحب الاذن الممنوح للقاصر جائز في كل وقت . من جهة اخرى ، فان نص المادة ٩٨ من القانون المدني ، الذي يحكم بالتخصيص حالة الصغير المأذون وضع لغرض حماية ذلك الصغير . اذ لم يجز النص المذكور ، كما رأينا ، ممارسة الصغير للنشاط التجاري الا على سبيل التجربة وبجزء من أمواله . ولذا فأن حصر آثار الافلاس بالاموال المستغلة في التجارة دون غيرها يعد أكثر تماشيا مع روح النص المذكور وأكثر تحقيقا لغرض المشرع من حماية القاصر المأذون .

٨٨ـ اذا توافرت الشروط المتقدمة فان الشخص يكتسب الصفة التجارية بحكم القانون . بيد ان قانون التجارة اورد حكما بمقتضاه اجاز للسلطة تحديد نوع العمل التجاري الذي يمكن ان يمارسه التاجر ، وتحديد نطاق ذلك العمل على ضوء مستلزمات خطة التنمية . اذ تقرر الفقرة الثانية من المادة السابعة على انه : « للوزير المختص ان يحدد نوع ونطاق العمل التجاري الذي يمكن ان يمارسه التاجر بما يكفل تنفيذ خطة التنمية » .

ان مضمون هذا النص ليس شرطا من شروط اكتساب الصفة التجارية وانما هو نوع من القيود الضرورية التي ترد على حرية ممارسة النشاط التجاري . وهذا القيد له ما يبرره في الواقع . اذ لا يمكن ان يتم تعاطي لتجارة دونما ضابط وبصورة عشوائية ، في الوقت

---

(٥٩) انظر بهذا المعنى د . نوري طالباني ، القانون التجاري . النظرية العامة ط ٢ ١٩٧٩ ص ٢٠٢ .

الدولة من خلاله الى تنظيم الاقتصادوكفالة سيره بما يخـــدم فهو اذن صورة من صور تدخل الدولة في النشاط التجاري ، تسعى الخطط المقررة • وهو من جانـــب اخر صورة من صـــور ان اطراد اتساع القطاع التجاري الاشتراكي عندنا بشكل جذري القانونية التي تمارسها الدولة بعد Control الرقابـــه ومهـــم •

ويترتب على ما تقدم ان للوزير المختص السلطة في رفض العمل التجاري أو تحديد نطاق ذلك العمل اذا تبين ان المصلحـــة العامة توجب ذلك الرفض او تستلزم ذلكالتحديد • وعلى التاجر تبعا لذلك ان يأخذ بنظر الاعتبار مستلزمات التخطيط الاقتصـــادي بجانب الاعتبارات الاخرى عند ممارسته للنشاط التجاري • ولا بد من الاشارة اخيرا الى انه لا تأثير لهذا القيد على الصفـــة التجارية للتاجر •

الفـــرع الثـــاني

الشخص المعنوي التاجر ـ الشركة التجارية ـ

La Personne moralc de droit Commercial - La Societe--

٨٩ـ لا يقتصر احتراف التجارة ، كما قدمنا ، على الشخص الطبيعي فقـط بل قد يحترف هذا النشاط ايضا الشخص المعنوي • وينصرف مفهوم الشخص المعنوي هنا الى الشركة عموما • واذا احترفت الشـــركة العمل التجاري فانها تكسب صفة التاجر شانها في ذلك شأن الفـــرد لا فرق بينهما • ومع ذلك فان الشركة كشخص معنوي قد لا تحترف بالضرورة النشاط التجاري ، بل قد تمارس العمل المدني ، ممـــــا يؤدي بالتالي الى صعوبة اعتبارها تاجرا واكتسابها لهذه الصفـــة . ويعتمد الفقه ، بهذا الصدد ، معيارين مختلفين للتمييز بين الشركة التجارية والشركة المدنية(٦٠) •

فبمقتضى المعيار الاول ـ وهو معيار موضوعي ـ فان الشركة لا تعتبر تاجرا الا اذا احترفت العمل التجاري بغض النظر عن الشـــكل الذي تتخذه(٦١) • وتطبيقا لذلك تعتبر مدنية ولاتكتسب صفة التاجر الشركات التي تباشر الاستغلال الزراعي والشركات الي تتكون بـــين عدد من أفراد مهنة واحدة ، كشركة تتكون من عدد من المحامـــين او المهندســـين .

---

(٦٠) انظر :

R. Houin et R. Rodiere : op cit. 1971, P. 106 : leon Julliot de la Morandiere : op. cit. 1968.P.112 et 113.A. Jacquemont: Annales de Dr. Com. et des Societes 1985 2e ed., p.107 et S.

(٦١) انظر د . محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري • الجـــــزء الاول ١٩٧٨ ص ١٩٤ •

أما المعيار الثاني ـ وهو معيار شكلي ـ فبمقتضاه تعتبر الشركة تجارية لمجرد اتخاذها شكلا تجاريا ، أيا كان الغرض منها • فسواء كان العمل الذي تقوم به تجاريا أم مدنيا فأن الشركة تعتبر تاجرا من لحظة اتخاذها احد اشكال الشركات التجارية(٦٢) .

والظاهر من نصوص قانون التجارة ان المشرع العراقي قد اعتمد المعيار الموضوعي في تقرير تجارية الشركة من مدنيتها . اذ تنص الفقرة الاولى من المادة السابعة من قانون التجارة على ما يلي : « يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون »(٦٣) • والشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية بمقضى قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ هي:(٦٤) الشركات المساهمة ، الشركات المحدودة ، الشركات التضامنية ، والشركات البسيطة التي تم من خلالها الغاء شركات التوصية البسيطة(٦٥) واستثناء يعتبر المشروع الفردي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد(٦٦)• يضاف الى ذلك الشركات المختلطة •

ويعد هذا القانون ، كما بينا انفا ، قانون الشركات عموما من

---

(٦٢) انظر : Hamel et lagarde : op. cit. 1954. p. 524

(٦٣) قارن مع أحكام قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ • اذ ان هذا القانون كان يعتمد المعيارين الموضوعي والشكلي في ان واحد ، في تقرير تجارية الشركة من مدنيتها . انظر الفقرة الاولى والفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون المذكور •

(٦٤) انظر نص المادة السادسة من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ •

(٦٥) انظر نص المادة ١٧٤ من قانون الشركات •

(٦٦) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الشركات •ومن المعذور في الحقيقة تبرير اعتبار المشروع الفردي شركة . لان المشروع الفردي يفتقد للعناصر القانونية المكونة للشركة هذا بالاضافة الى ان بعض القوانين المقارنة لا تعتبره شركة الا على سبيل الاستثناء ولمدة زمنية محددة .

تجارية ومدنية ، وليس قانون بعض الشركات التجارية الخاصة والمختلطة كما يذهب البعض(٦٧) · عليه فان كل شركة اتخذت أحد الاشكال المبينة انفا لا تعتبر بحكم القانون شركة تجارية وتاجرا الا اذا كان موضوعها تجاريا · فلو كانت الشركة مثلا شركة زراعية مساهمة فانها لا تكتسب الصفة التجارية لان موضوعها هنا موضوعا مدنيا .

يستخلص مما تقدم اذن ان المشرع العراقي قد استبعد تماما المعيار الشكلي كقاعدة لاضفاء صفة التاجر على الشركة التي تتخذ احد صور الشركات المحددة في قانون الشركات والتي لا يكون موضوعها عملا تجاريا(٦٨) ·

---

(٦٧) انظر خلاف ذلك د · طالب حسن موسى : ملاحظات في قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ، بحث منشور في مجلة الفضاء الاعداد ١،٢،٣،٤، ١٩٨٣ ص ٥١ و ٥٢ ·

(٦٨) انظر خلاف هذه القاعدة قانون الشركات الفرنسي الجديد الصادر في ٢٤ تموز ١٩٦٦ ، الذي يعتد بشكل الشركة في اضفاء الصفة التجارية عليها بغض النظر عن طبيعة موضوعها · ولاحظ أيضا نص المادة التاسعة الفقرة الثانية من التقنين التجاري اللبناني ، التي تقرر بان الشركات التي يكون موضوعها مدنيا ولكنها اتخذت شكل شركات المساهمة أو شركات التوصية المساهمة تخضع لالتزامات التاجر الخاصة بالدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري ولاحكام الافلاس والصلح الواقي · وراجع كذلك قانون الشركات التجارية العراقي الملغي ، ف ب م ٢٢ ، ونص المادة ٩ ف٢ من قانون التجارة العراقي الملغي ·

الفـــرع الثـــالث

واجبـــات التاجـــر

Les obligations du commercant.

٩٠ــ كل من يكتسب صفة التاجر يصبح في مركز قانوني متميز من حيـــث خضوعه لجملة واجبات فرضها القانون لضرورة تنظيم حرفـــة التجارة تنظيما يتلائم مع واقعها المبني على الائتمان وانسجاما مـــع هدف الدولة في تنظيم ومراقبة النشاط التجاري .

وأهم الواجبات التي يفرضها التقنين التجـاري على التاجـــر هي ما يلي :

أولا : التسجيل في السجل التجاري .

ثانيا : اتخاذ اسم تجاري .

ثالثا : مسك الدفاتر التجارية .

وطبقا لاحكام القواعد العامة وبعض القوانين الخاصة كقانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٣ وبعض الاحكام الخاصة بالاسم التجاري ، والقواعد المتعلقة ببراءات الاختراع ، فانه من الضـــروري حسب تقديرنا التعرض للمنافسة غير المشروعة من خلال كونها عمـــلا يستوجب على مستغل المشروع التجاري الفـــردي أو الجمـــاعي الامتناع عنـــه .

ونتعرض تباعا لكل واجب من هذه الواجبات .

المبحث الاول

التسجيل في السجل التجاري
L' inscription au registre du Commeroe.

تمهيد : مفهوم السجل التجاري ·

٩١ـ السجل التجاري نظام اخذت به معظم الدول كأداة لازمة للاشهار في المواد التجارية . ولو اننا اردنا تعريف السجل التجاري بشكل عام وشامل لامكننا القول بأنه عبارة عن : « سجل عام تمسكه جهة رسمية، معد لتدوين جميع البيانات التي تتعلق بالمؤسسات التجارية والتجار ، ولاثبات ما يطرأ على هذه المؤسسات وعلى أصحابها من تغييرات مادية وقونونية » · وتعرف المادة السابعة والعشرون من قانون التجارة وضمن السياق الوارد اعلاه السجل التجاري بأنه : « سجل عام تنظمه الغرف التجارية والصناعية لقيد ما أوجب القانون على التاجر أو ما اجاز له قيده من بيانات تحدد هويته ونوع النشاط الذي يمارسه والتنظيم الذي يجري أعماله بموجبه وكل ما يطرأ على ذلك من تغيير » ·

وللسجل التجاري أهمية تختلف ، في الواقع بأختلاف الفكرة التي ادت الى وضعه والاخذ بنظامه في بلد عن اخر ·

فهناك من الدول من تعتبر السجل التجاري كنظام قانوني موضوعي تكتسب من خلال القيد فيه الصفة التجارية · فبمفهوم المشرع التجاري الالماني مثلا ، يعتبر القيد في السجل شرطا لاكتساب صفة التاجر · ويمكن ان يحتج بالبيانات المختلفة والمقيدة فيه على الغير ولو كان يجهلها(٦٩) ، بينما لا نرى بعض القوانين التجارية الاخرى في السجل

---

(٦٩) انظر بهذا لصدد
G. Ripert et R. Roblot : Traite elementaire de droit commercial 1972. p. 122.
R. Rodiere et R. Houin : Droit commercial. 1970. p. 95.

نظاما أساسيا من نظم القانون التجاري . فلا يؤدي التسجيل ، بحكم القانون الفرنسي مثلا ، الى اسباغ الصفة التجارية على كل شخص سجل في السجل . بل ان القيد في السجل لا يعتبر ، بمفهوم القانون المذكور ، سوى قرينة قانونية بسيطة على اكتساب الشخص للصفة التجارية ، وترك امر تحديد هذه الصفة الى القواعد المقررة في القانون التجاري . أما البيانات المسجلة فيه فليس لها ، كذلك سوى حجية نسبية بالنسبة للغير(٧٠) . وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية ، ومن جملتها قانون التجارة العراقي ، بهذا الاتجاه(٧١) .

٩٢ــ ومهما يكن من أمره فان للسجل كتنسيق ونظام قانوني أهمية خاصة يمكن حصرها بمايلي :ــ

١ ــ السجل التجاري يعتبر أولا ، اداة استعلامية هامة Moyen d information . اذ انه يبيح للغير الحصول على معلومات عن كل مؤسسة تجارية او مشروع تجاري فردي أو جماعي لغرض الاطمئنان على سلامة المعاملات والعقود قبل ابرامها مع المؤسسة أو المشروع التجاري . وتقرر المادة الثلاثون من قانون التجارة هذه الوظيفة صراحة بقولها : «يقوم السجل التجاري على مبدأ العلانية فيجوز لكل مواطن ان يطلب الاطلاع على محتوياته وان يحصل على صورة مصدقة من هذه المحتويات مقابل رسم يحدده الجدول

---

(٧٠) انظر : Didier : Droit commercial. 1970. p. 222.
Rodiere et houin : op. cit. p.98.

(٧١) قانون التجارة المصري ــ م ١٧ من قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ . قانون التجارة اللبناني م٢٢ . قانون التجارة السوري ف٢م٢٢ . قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ ، م ٢٢ . قانون التجارة الكويتي م ٥٥ . انظر ايضا المرسوم الكويتي رقم ٦ مالية لسنة ١٩٥٩ الخاص بنظام السجل . قانون التجارة المغربي م ١٢ . قانون التجارة الجزائري ، طبعة ٢ لسنة ١٩٨١ ، م ٢١ .

الملحق بهذا القانون» ٠

٢ ــ يعتبر السجل التجاري ، من جهة ثانية ، اداة احصائية فعالة للدولة ، Moyen de statistique ٠ اذ تتمكن من خلاله الحصول على احصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث أهمية رؤوس الاموال المستغلة فيها ونسبة المؤسسات التجارية ، فردية كانت أو جماعية ، وجنسية كل منها وأنواع النشاط التجاري المختلفة ، ومعرفة حجم المشروعات التي يقوم القطاع الخاص وغيره بتنفيذها ٠

٣ ــ يؤدي السجل كذلك وظيفة اقتصادية Fonction économique تلعب دورا ملموسا في عملية التخطيط الاقتصادي ٠ اذ يستطيع السجل بوصفه اداة احصائية ان يهيىء جميع البيانات اللازمة لعملية التخطيط الاقتصادي وتوجيه للنشاط التجاري وفقا لمتطلبات الاقتصاد الوطني الانية والمستقبلة (٧٢) ٠

٤ ــ يؤدي السجل التجاري اخيرا وظيفة اشهار في المواد التجارية « الوظيفة القانونية Fonction juridique » ٠ اذ تعتبر البيانات المدونة فيه ، بالضرورة ، حجة على الغير ، وبالمقابل فانه لا يمكن الاحتجاج ببيان لم يقيد في السجل على الغير ما لم يكن يعلمه عن طريق اخر (٧٣) ٠

٩٣ــ ولقد افرد قانون التجارة لدينا فرعا خاصا للسجل التجاري ، هو الفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الثاني ، مؤلفا من اثنتي عشرة مادة قانونية ، حاول المشرع من خلالها رسم صورة كاملة دقيقة قدر الامكان لمركز التاجر الفرد والمؤسسات التجارية ٠

---

(٧٢) انظر د ٠ محمد حسني عباس ، مصدر سابق ذكره ص ١٤٠ ٠

(٧٣) قارن مع نص المادة الستين من قانون التجارة الملغى ٠ وسوف نتعرض بالتفصيل لهذه الفقرة عند الكلام عن الاثار القانونية للسجل لاحقا ٠

ولغرض دراسة هذه الاحكام بشكل متكامل فاننا سنتعرض بالتتابع للمواضيع التالية :

١ ـ تنظيم السجل ٢ ـ شروط التسجيل

٣ ـ البيانات الواجبة التسجيل ٦ ـ شطب القيد في السجل

٥ ـ الاثار القانونية للتسجيل ٦ ـ الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة أحكام السجل ·

اولا : تنظيم السجل التجاري ·

L organisation du registre du commerce·

٩٤ـ يقضي قانون التجارة بان : « تتولى الغرف التجارية والصناعية المهام المتعلقة بالسجل المنصوص عليها في هذا القانون · ويكون رئيس الغرف التجارية والصناعية المختصة مسجلا للاسماء التجارية ومسؤولا عن السجل التجارى فيها»(٧٤) · عليه فان جهة الاشراف على السجل هي الغرف التجارية والصناعية في القطر · ويعتبر رئيس الغرفة التجارية والصناعية هو المسؤول المباشر عن السجل · فهو المسجل التجارى ومسجل الاسماء التجارية في آن واحد(٧٥) ·

وبمقتضى نص المادتين ٢٨و ٢٩ من قانون التجارة يكون السجل التجاري للتجار على نوعين :

---

(٧٤) انظر نص المادة ٢٦ من قانون التجارة ·

(٧٥) لا بد من التنويه الى ان مسؤولية الاشراف على السجل انيطت باكثر من جهة · فقد كانت هذه المسؤولية مناطة ابتداء بمحاكم البداءة ثم تغيرت هذه الجهة فاصبحت جهة ادارية ترتبط بوزارة التجارة ، هي مديرية الرقابة التجارية العامة · وبصدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٣٧٦ المؤرخ في ١٩٧٩/١/١٨ أصبحت الجهة المسؤولة عن الاشراف على السجل هي غرف التجارة ، وأصبح رئيس الغرفة التجارية هو المسؤول المباشر عن السجل ، فهو المسجل التجاري ومسجل الاسماء التجارية في ان واحد ·

اولا : سجل اسمي ويسجل فيه التجار بأسمائهم ٠

ويكون هذا السجل الاسمى حسب تقديرنا مرتبا حسب الحروف الابجدية ، ويتضمن اسماء كافة التجار افرادا أو شركات ٠

ثانيا : سجل نوعي يصنف فيه التجار حسب نوع نشاطاتهم ٠ ويتضمن هذا السجل جميع أسماء التجار أفرادا وشركات مصنفين حسب نوع النشاط التجاري الذي يمارسونه٠ فيراعي في هذا السجل اضافة لاسماء التجار ، نوع العمل التجاري الممارس من قبلهم وعلى ضوء ذلك يفهرس السجل(٧٦) ٠

ويجب فوق ذلك وبحكم القانون ، على الاتحاد العام للغرف التجارية والصناعية العراقية الاحتفاظ بسجلات اسمية ونوعية عامة ومركزية تتضمن البيانات المقيدة في سجلات الغرف التجارية والصناعية المختصة(٧٧)٠ ويعتبر هذا السجل المركزي في الواقع ذو أهمية كبيرة ٠ اذ يمكن عن طريقه الحصول على المعلومات المتعلقة بالنشاط التجاري الذي يمارس على كافة انحاء القطر ٠

وتلزم غرف التجارة والصناعة المذكورة أعلاه بعملية نشر خلاصة للبيانات التي نص القانون على تدوينها في صحيفة دائرة السجل التجاري ٠ فبمقتضى نص المادة الحادية والثلاثون من قانون التجالة « على الغرفة التجارية والصناعية المختصة القيام بنشر خلاصة عما يقيد في السجل من بيانات في نشرة تتولى اصدارها لهذا الغرض » ٠

ويخول قانون التجارة المسجل ، من جهة اخرى ، السلطة في ان

---

(٧٦) انظر نص المادة ٢٩ من قانون التجارة ٠

(٧٧) قارن مع أحكام السجل الواردة في قانون التجارة الملغي ،حيث كانت تعليمات وزارة التجارة تلزم بمسك ثلاث فهارس مرتبة حسب نسق معين وتتضمن كافة التجار افرادا وشركات ٠

يتحقق من صحة البيانات الواردة في السجل ومطابقتها للحقيقة وواقع الحال(٧٨) • بمعنى أنه لا يجوز تدوين البيانات كما هي دون تدقيق وفحص ، اذ قد تكون تلك البيانات وهمية غير حقيقية مما يستوجب بالتالي رفض قيدها أو تعديلها • وتأسيسا على ذلك نستطيع القول بأن لمسجل الشركات سلطة في ان يتحقق من توافر الشروط اللازمة للقيد ، أى ان له الحق في رفض القيد في السجل ، على ان يكون الرفض مسببا • بيد ان السؤال الذي يطرح هنا هو هل يجوز لذوي العلاقة الطعن في قرار المسجل اذا كان هذا القرار سلبيا ؟ • لا تبيح أحكام قانون التجارة بالاجابة على هذا السؤال بالايجاب(٧٩) • وانما يتضح من هذه الاحكام بأن قرار المسجل بالرفض متى ما ظهر له بأن طلب القيد غير موافق للقانون هو قرار قطعي لا يمكن الطعن فيه أمام أى جهة من الجهات ادارية كانت أم قضائية •

٩٥ـ ويجوز بحكم القانون لاى شخص ان يحصل من دائرة السجل على صورة من القيد • اذ تقرر المادة الثلاثون من قانون التجارة على ما يلي : « يقوم السجل التجارى على مبدأ العلانية فيجوز لكل مواطن ان يطلب الاطلاع على محتوياته وان يحصل على صورة مصدقة من هذه المحتويات مقابل رسم يحدده الجدول الملحق بهذا القانون » •

ولكن ما الحكم عند عدم وجود قيد في السجل ؟ •

لم يتعرض قانون التجارة في الواقع لهذه الحالة ، بينما خول

---

(٧٨) انظر نص المادة الثانية والثلاثين من قانون التجارة •

(٧٩) قارن مع نص المادة ٥٦ من قانون التجارة الملغي ، التي كانت تجيز لطالب القيد الطعن بقرار الرفض أمام محاكم البداءة خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلامه بقرار الرفض أو من تاريخ انقضاء ستين يوما من تقديم الطلب دون البت به •

قانـون التجـارة الملغى دائرة السجل التجارى عند عـدم القيـد اعطاء شهادة سلبية بعدم حصول القيد(٨٠) • ونرى حسب تقديرنا بأن يؤخذ بهذا الحكم • فلا ضير من أن تصدر دائرة السجل شهادة بعدم حصول القيد عندعدم القيد فيه فعلا ، وذلك مراعاة وحفظا لمصلحة الغير • هذا ولا بد اخيرا من التنويه الى ان المشرع لـــم يكتف بأعطاء الغير حق الاطلاع على محتويات السـجل التجاري ، بل أوجب على التاجر والمؤسسات التجارية الملزمة بالتسجيل ذكر رقم القيد في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري المقيد فيـه • (٨١)

ثانيا : شروط التسجيل في السجل التجاري •

Les conditions d' insciption.

٩٦ـ لا يلتزم بالقيد في السجل التجاري الا الشخص الذي اكتسب صفـة التاجر(٨٢) • فلا يقع هذا الواجب على الافراد الذين يمارسون النشاط التجاري عرضا • ويستوي الامر هنا بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي ـ الشركة التجارية ـ ، وسواء أكانت الشركة من شركات القطاع الخاص أو المختلط أو من شركات القطاع الاشتراكي ، ما عدا شركـات المحاصة فانها لا تخضع لنظام السجل ولو كانت تجارية • لان هـذه الشركات مستترة وليس لها الشخصية المعنوية(٨٣) • ولاتمييز كذلك في جنسية طالب القيد • فسواء كان عراقيا أم اجنبيا فانه ملزم بالقيد في السجل التجاري •

---

(٨٠) لاحظ نص المادة ٥٨ من قانون التجارة الملغي •

(٨١) انظر نص المادة ٣٧ ف ١ من قانون التجارة •

(٨٢) انظر نص المادة التاسعة من قانون التجارة .

(٨٣) لم يعالج قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ هذا النوع من الشركات، علما بأن هذا النوع من الشركات يقع عموما في الواقع العملي .

ويشترط من ناحية ثانية ان يكون لمحترف النشاط التجاري محل تجاري في العراق(٨٤) . فاذا لم يكن له محل في العراق فلا التزام عليه بالقيد في السجل . ولذا لا يقع واجب التسجيل على التاجر المتجول .

ويشترط اخيرا ان يتم التسجيل وفق طلب خطي يقدم من ذوي العلاقة الى دائرة السجل وفقا للصيغة الي نص عليها القانون ، وخلال ثلاثين يوما من تاليخ افتتاح المحل التجاري أو من تاريخ تملك المحل التجاري(٨٥) .

فاذا كان الطلب موافقا من حيث الشكل والصيغة لاحكام القانون وكانت البيانات المذكورة فيه صحيحة وجب عندئذ على المسجل قبول الطلب وتاشيره في السجل حسب الاصول .

ثالثا : البيانات الواجبة التسجيل في السجل .

Les mentions de L' inscription.

٩٧ـ كل طلب يقدم الى دائرة السجل يجب ان يتضمن بيانات معينة تعكس بمجملها وضع طالب التسجيل من حيث حالته المدنية والتجارية . والتعرض لهذه البيانات يقتضي التفريق بين الحالات التي يكون فيها طالب التسجيل شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا . ويقع على عاتق القضاء ايضا واجب تاشير بعض البيانات التي تترتب نتيجة اصدار احكام من قبله بحق الشخص الطبيعي أو المعنوي بمناسبة النشاط التجاري .

أ ـ البيانات الخاصة بالشخص الطبيعي .

٩٨ـ يجب ان يميز هنا بين ما اذا كان مركز نشاط التاجر الفرد في العراق وله فروع في انحاء القطر ، وبين حالة ما اذا كان مركز النشاط في الخارج وله فروع في العراق .

---

(٨٤) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الثالثة والثلاثين من قانون التجارة .
(٨٥) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الثالثة والثلاثين من قانون التجارة .

١ ـ مركز نشاط التاجر في العراق .

٩٩ـ يمكن تقسيم البيانات التي يجب ان يتضمنها طلب التسجيل في هـذه الحالة الى اقسام ثلاث :

ا ـ بيانات تتعلق بشخص التاجر .

ب ـ بيانات تتعلق بالنشاط التجاري .

ج ـ بيانات تتعلق بالمحل التجاري .

والبيانات التي تتعلق بشخص التاجر هي : الاسم وتاريخ ومحل الميلاد والجنسية ، مع تأشير الحكم الصادر بفقد أهلية التاجر أو نقصانها مع بيان اسم من عين نائبا عنه ، والحكم باسترجاع التاجر أهليته(٨٦). واذا كان للتاجر فروع لمحله التجاري في العراق فأن عليه ان يبين ما يلي : اسماء وكلاءه « ان وجدوا » وتاريخ ومحل ميلاد كل منهم وجنسيته »(٨٧) . وعند قيامه بأفتتاح فرع فيجب تسجيل اسم مدير الفرع تاريخ ومحل ميلاده وجنسيته(٨٨) . اما البيانات التي تتعلق بالنشاط التجاري فأنها تنصب على تبيان طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه فعلا مستغل المشروع التجاري ، كان يكون الاستيراد والتصدير مثلا أو اعمال النقل او التأمين وما الى ذلك من أنواع النشاط التجاري المختلفة(٨٩) .

اما البيانات التي تتعلق بالمحل التجاري فهي : تاريخ افتتاح المحل التجاري أو تاريخ تملكه ، الاسم الجاري ، عنوان مركز التاجر الرئيسي وعناوين الفروع التابعة له سواء كانت في العراق أو في خارجه ، وعناوين

---

(٨٦) انظر نص الفقرة جـ من المادة السادسة والثلاثين من قانون التجارة.

(٨٧) انظر نص الفقرة ومن المادة الثالثة والثلاثين من قانون التجارة .

(٨٨) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة والثلاثين من قانون التجارة.

(٨٩) انظر نص المادة ٣٣ من قانون التجارة .

المحال التجارية الاخرى التي تعود للتاجر ونوع التجارة التي يمارسها في كل منها(٩٠) .

ويلزم القانون بتاشير كل تبديل او تعديل يطرا في البيانات المذكورة انفا على ان يتم التاشير من خلال طلب يقدم خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصرف القانوني او الحكم أو الواقعة التي تستلزم هذا التاشير(٩١) .

٢ ـ مركز نشاط التاجر خارج العراق وله فروع فيه .

١٠٠ـ تقرر الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والثلاثين ما يلي :

« اذا كان للتاجر مركز رئيسي في خارج العراق وفرع في داخله فعليه ان يشير في طلب قيد الفرع الى الاجازة الصادرة له بممارسة نشاطه في العراق » . ولا يعني هذا النص ، حسب تقديرنا، ان واجب التاجر يقتصر هنا على تاشير الاجازة الصادرة له من السلطة المختصة لممارسة التجارة في العراق ، كما قد يتراى للوهلة الاولى من النص ، بل يجب عليه فوق ذلك ان يؤشر في السجل البيانات التي تفيد بالنسبة لشخص التاجر (بحالته المدنية) من اسم وتاريخ ومحل ميلاده وجنسية .. الخ ، وجميع التعديلات التي تطرأ لاحقا على هذه البيانات(٩٢) . وينبغي ايضا ان يؤشر في السجل جميع الاحكام المتعلقة بالاعسار . من حكم وشهر واجراءات والغاء وصلح وابطال صلح ، وبفقد الاهلية أو نقصانها(٩٣) ، اذا كانت صادرة في العراق او اكتسبت صيغة التنفيذ من احدى محاكمه .

ب ـ البيانات الخاصة بالشخص المعنوي ـ الشركة التجارية ـ

١٠١ـ يجب ان يميز بخصوص هذه البيانات كذلك بين حالة ما اذا كان

---

(٩٠) انظر نص الفقرة الاولى وبنودها من المادة الثالثة والثلاثين من قانون التجارة .

(٩١) انظر نص المادة الخامسة والثلاثين من قانون التجارة .

(٩٢) انظر نص المادة الخامسة والثلاثين من قانون التجارة .

(٩٣) انظر نص المادة السادسة والثلاثين من قانون التجارة .

مركز نشاط الشركة الرئيسي في العراق ولها فروع فيه وحالة ما اذا كان مركز النشاط خارج العراق وللشركة فروع في العراق ·

١ ـ مركز الشركة في العراق ولها فروع فيه ·

١٠٢ـ يجب ان يتضمن طلب التسجيل المقدم من قبل الشركة (من قبل مدير الشركة) البيانات التالية : اسم الشركة ، تاريخ انشائها ، نوع النشاط التجاري الذي تمارسه ، اسماء مؤسيسها ورؤساء مجالس ادارتها ومديريها ، المفوضين ، مركز ادارتها الرئيسي(٩٤) ، عناوين الفروع التابعة لها سواء أكانت في العراق أو في خارجه ، اسماء الوكلاء وتاريخ ومحل ميلادكل منهم وجنسيته ، اسم مدير الفرع وتاريخ ومحل ميلاده وجنسيته وتاريخ افتتاح الفرع ، الاجازة الصادرة بممارسة النشاط التجاري في العراق(٩٥) ·

ومع ذلك فان الظاهر من احكام قانون التجارة ، بهذا الصدد ، وعلى خلاف ما ورد في قانون التجارة الملغي ، ان المشرع قد تجاوز بعض البيانات التي تعتبر في الواقع مهمة وضرورية ، كالعنوان التجاري للشركة وفروعها ، مقدار رأس المال والمبالغ المؤداة منه ، أسماء الشركاء مع صورة من عقد تأسيس الشركة ونظامها(٩٦) · ولا ندري ما هو سبب عدم الاشارة الى هذه البيانات والى عدم قيدها في السجل ، علما بانها ضرورية سواء من ناحية الوقوف على مدى مسؤولية الشركة ، أو من حيث معرفة تنظيمها الداخلي . وعلى اية حال فان الشركة ملزمة بحكم القانون تأشير جميع التعديلات التي تطرأ على البيانات المذكورة انفا على ان يقدم طلب التأشير خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصرف القانوني أو الحكم أو الواقعة التي تستلزم هذا التأشير(٩٧) ·

---

(٩٤) انظر نص المادة الرابعة والثلاثين من قانون التجارة ·
(٩٥) انظر نص المادة الثامنة والثلاثين بدلالة الفقرة الثانية من المادة ٣٤ من قانون التجارة ·
(٩٦) لاحظ نص المادة التاسعة والاربعين من قانون التجارة الملغي ·
(٩٧) انظر نص المادة الخامسة والثلاثين من قانون التجارة ·

٢ ـ الشركة الاجنبية التي لها فروع في العراق .

١٠٣ـ اذا كانت الشركة غير عراقية ولها فرع في العراق، فان طلب التسجيل يجب ان يقدم من مدير الشركة أو وكيلها أو مدير فرعها الى دائرة السجل ، على ان يتضمن الطلب المذكور جميع البيانات المقررة بشأن الشركة التي يكون مركزها في العراق(٩٨) . وان يؤشر كذلك كل تعديل يطرأ على تلك البيانات لاحقا ، وخلال المدة المقررة في الفقرة السابقة . ولا بد من التنويه الى ان القانون لم يوجد تأشير مقدار رصيد فرع الشركة أو المؤسسة الاجنبية ، أو ضرورة ان يرفق بالطلب صورة من عقد تأسيس الشركة ونظامها رغم ما تؤديه هذه البيانات من فائدة(٩٩). بيد أنه يجب ان يؤشر في السجل أحكام اشهار الاعسار واخضاع الشركة للتصفية والاحكام الصادرة بالصلح وبانهاء حالة الاعسار وبابطال الصلح(١٠٠) .

ج ـ البيانات الواجبة التأشير من قبل القضاء .

١٠٤ـ يلزم القانون القضاء اذا صدرت منه احكام معينة بشأن التاجر الفرد او الشركة التجارية ان يرسل صورة من تلك الاحكام الى دائرة السجل خلال ثلاثين يوما من صيرورتها باتة . فبمقتضى نص الفقرة الاولى من المادة السادسة والثلاثين من قانون التجارة يجب على المحكمة المختصة تأشير الاحكام التالية اذا صدرت ضد التاجر الفرد :

١ ـ حكم اشهار الاعسار « الافلاس » واخضاع التاجر للتصفية .

٢ ـ الحكم الصادر بالصلح وبانهاء حالة الاعسار « الافلاس » والحكم بأبطال الصلح .

---

(٩٨) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والثلاثين من قانون التجارة .

(٩٩) لاحظ نص المادة ٤٩ و ٥٣ من قانون التجارة الملغي .

(١٠٠) انظر نص الفقرة الاولى من المادة السادسة والثلاثين من قانون التجارة .

٣ ـ الحكم الصادر بفقد أهلية التاجر أو نقصانها مع بيان اسم من عين نائبا عنه والحكم باسترجاع التاجر اهليته ٠

١٠٥ـ أما اذا تعلق الامر بشركة تجارية فانه يجب على قلم المحكمة ان يرسل الى دائرة السجل صورة من الاحكام الخاصة بما يلي وخلال ثلاثين يوما من صيروتها باتة :(١٠١) ٠

١ ـ أحكام الاعسار واخضاع الشركات للتصفية ٠

٢ ـ الحكم الصادر بالصلح وبانتهاء حالة الاعسار والحكم بأبطال الصلح ٠

٣ ـ يضاف الى ذلك ، حسب تقديرنا ، واستنادا الى مضمون الفقرة(١) و (٢) أعلاه ، الاحكام الصادرة بحل الشركة أو بطلانها أو تعيين المصفين أو عزلهم ٠

رابعا : شطب القيد من السجل : La radiation

١٠٦ـ يخلو قانون التجارة من أحكام خاصة بشطب القيد في السجل ، علما بأن هذا الشطب يستوجبه الواقع العملي وحسن انتظام السجل من حيث مدى مطابقته لحقيقة النشاط التجاري الممارس في العراق ٠ ومع ذلك فانه يستشف من بعض احكام قانون التجارة ان شطب القيد يجب ان يقع في بعض الحالات . فبمقتضى بعض القواعد المقررة بصدد الدفاتر التجارية انه يجب على التاجر عند توقف نشاطه التجاري ، « وعلى ورثته عند وفاته » تقديم دفتر اليومية الاصلي للكاتب العدل للتاشير عليه بما يفيد ذلك(١٠٢) ٠ عليه نرى وقياسا على القاعدة المتقدمة انه اذا كان من الواجب التسجيل في السجل التجاري ، فانه

---

(١٠١) انظر نص المادة ٣٦ من قانون التجارة .

(١٠٢) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة السابعة عشرة من قانون التجارة ٠

من الضروري ايضا شطب القيد فيه اذا تحققت احدى الحالات التالية :(١٠٣) .

أ ـ توقف النشاط التجاري بسبب الترك او الاعتزال .

ب ـ وفاة التاجر .

جـ ـ انتهاء تصفية الشركة .

وتقرر هذه الفرضيات في الواقع حالة مشتركة واحدة هي انقطاع النشاط التجاري وانتهاؤه فعلا ، مما يؤدي بالضرورة الى محو القيد من السجل . ويتم الشطب في الحالة الاولى والثانية من خلال تقديم طلب الى دائرة السجل من قبل التاجر نفسه عند توقف نشاطه التجاري او من ورثته في حالة الوفاة اذا تقرر اغلاق المحل التجاري نهائيا . فلو استمر الورثة في الاستغلال التجاري فلا محل عندئذ لشطب القيد(١٠٤) .

أما حالة تصفية الشركة فان الالتزام بطلب الشطب يقع على المصفي الذي يتولى التصفية وبعد الانتهاء من عملية التصفية . فلا يمكن شطب قيد الشركة بعد انحلالها وقبل تصفيتها . لان الشركة تبقى محتفظة من حين الانحلال ولغاية التصفية بشخصيتها المعنوية أي بوجودها القانوني.

وايا كانت الحالة التي ادت الى توقف النشاط التجاري فان طلب الشطب يجب ان يقدم خلال فترة زمنية محددة (شهر مثلا) من تاريخ تحقق الواقعة التي تستوجب الشطب . فاذا لم يقدم الطلب المذكور خلال تلك المدة كان للمسجل الحق في شطب القيد من تلقاء نفسه(١٠٥) .

وتستهدف هذه الاجراءات تلافي اهمال البعض في عدم طلب شطب القيد رغم توقف النشاط التجالي ، مما قد يؤدي عملا الى بقاء قيود غير حقيقية بعد زوال المشاريع التجارية نفسها زوالا تاما .

---

(١٠٣) قارن مع نص ف ١ من المادة ٥٥ من قانون التجارة الملغي .

(١٠٤) انظر د . محسن شفيق : الوجيز في القانون التجاري ١٩٦٧ ص١١٨

(١٠٥) قارن مع نص ف ٢ من المادة ٥٥ من قانون التجارة الملغي .

خامسا : الاثار القانونية للتسجيل · Les effets de L' inscription

١٠٧ـ يترتب على التسجيل في السجل التجاري جملة اثار قانونية يمكن اجمالها بما يلي :ـ

ان القيد في السجل التجاري يعتبر اولا منشئا لقرينة قانونية على مزاولة الشخص للنشاط التجاري ، وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر · ويتضح ذلك صراحة من نص المادة الاسعة من قانون التجارة التي تلزم كل تاجر بتسجيل اسمه في السجل التجاري · بيد أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس بكافة طرق الاثبات .

من جانب اخر ، فان قانون التجارة جعل من القيد في السجل امرا لازما لحماية الاسم التجاري · اذ تنص الفقرة الاولى من المادة الرابعة والعشرين على أنه : «من قيد في السجل التجاري اسماتجاريا وفقا لاحكام هذا لقانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص اخر فىنوع التجارة الذي يزاولة صاحب الاسم ضمن حدود المحافظة او المحافظات التي تم قيده فيها » · وهذا يعني بانه لايمكن للغير من استعمال الاسم التجاري المسجل باسم شخص اخر ، ويحق لصاحب الاسم التجاري المسجل قانونا معارضة اى شخص يستعمل اسمه التجاري ·

١٠٨ـ ولكن هل تعتبر البيانات المدونة في السجل حجة على الغير ، وهل يجوز الاحتجاج باى بيان لم يتم تسجيله في السجل ؟ لم يتعرض مشرع قانون التجارة ، في الواقع ، وعلى خلاف ما ورد فى القانون الملغي(١٠٦) لهذه الفرضية ·

وقد يستخلص البعض من ذلك بان المشرع لم يعط للقيد في السجل مثل هذا لاثر · بمعنى ان قانون التجارة لا يضفي على البيانات المدونة في السجل أية حجية في مواجهة الغير · بيد ان مثل هذا التصور

---

(١٠٦) انظر نص المادة ٦٠ من قانون التجارة الملغي ·

لايمكن حسب تقديرناالاخذ به٠وسندناهوأن للسجلالتجاري وظيفة اشهار قانوني في المواد التجارية ٠ ويقوم من جانب اخر ، وبحكم القانون على مبدأ العلانية(١٠٧) ٠ من هذا فأنه لا بد من اعتبار القيودوالبيانات المدونة في السجل حجية على الغير . والقول بخلاف ذلك يعدم وظيفة الاشهار للسجل ويهدم أهميته القانونية ٠وعلى هذاالاساس بيننا انفا بأن(١٠٨) البيانات المدونة في السجل لها حجية على الغير ، وبالمقابل لا يجوز الاحتجاج على هذا الغير بأى بيان واجب القيد في السجل ولم يتم قيده ، اللهم الا اذا ثبت علم الغير بمضمون البيان ٠

هذا ولا بد من التنويه اخيرا الى ان قانون الشركات التجارية الملغي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ ، جعل القيد في السجل التجاري شرطا لازما في بعض الحالات لاكتساب الشركات الشخصية المعنوية أو لبدء الاعمال التجارية في العراق(١٠٩) .

سادسا: جزاء الاخلال بالتزام التسجيل ٠ La sonction

١٠٩ـ على الرغم من أنه يجب على الغرفة التجارية والصناعية المختصة أن تتثبت من صحة البيانات الوارادة في السجل وأن تراقب

---

(١٠٧) انظر نص المادة ٣٠ من قانون التجارة ٠

(١٠٨) انظر ص ١١٩ ف ٤ من هذا المؤلف ٠

(١٠٩) تقرر المادة ٢٩٦ من قانون الشركات الملغي عدم الاعتراف لفروع الشركات الاجنبية ووكالاتها بالشخصية المعنوية الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ويؤخذ بنفس الحكم المتقدم بالنسبة للشركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة التي يتم تأسيسها ابتداء في العراق (انظر نص الفقرة الثانية من م٤٣ من قانون الشركاتالملغي)٠ اذ لا يمكن لهذه الشركات الاحتجاج بوجودها ونفاذ تصرفاتها تجاه الغير الا بعد تمام التسجيل في السجل التجاري واكتسابها للشخصية المعنوية (انظر نص م ٤٤ من قانون الشركات التجارية الملغي) ٠

مطابقتها لواقع الحال(١١٠) ، فانه قد يقع مع ذلك ان تخالف هذه البيانات الاحكام القانونية المتعلقة بالتسجيل في السجل • وفي هذه الحالة ، اى عند عدم مراعاة أحكام التسجيل ، فانه يترتب نوعين من الجزاءات: جزاء جنائي ، وجزاء مدني ••

١ ـ الجزاء الجنائي :

١١٠ـ يتخذ هذا لجزاء صورة غرامة مالية حدها الادنى لا يقل عن مائة دينار وحدها الاعلى لا يزيد على الف دينار ، على كل تاجر شخصا طبيعيا كان أم معنويا خالف أيا من الاحكام الخاصة بالقيد في السجل(١١١) • عليه فان العقوبة المذكورة تكون واجبة التطبيق في جميع الاحوال التي تقع فيها مخالفة لاى حكم قانوني مقرر للتسجيل • فيؤخذ بالعقوبة المذكورة عند مخالفة المدد المقررة لاجراء القيد ، أو عند عدم ذكر ما يجب ذكره في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري للتاجر(١١٢) أو كانت المخالفة في صورة تقديم بيانات ومعلومات وهمية كاذبة لدائرة السجل •

ويقرر قانون الشركات عقوبة أشد عند تعمد تقديم بيانات ومعلومات غير مطابقة للحقيقة • اذ تنص المادة ٢١٣ من قانون الشركات على انه «كل مسؤول في شركة أعطى عن عمد بيانات أو معلومات غير صحيحة الى جهة رسمية حول نشاط الشركة •••• يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على السنة أو بغرامة لا تقل عن الف دينار ولا تزيد على ثلاثة الاف دينارا أو بالعقوبتين معا » •

٢ ـ الجزاء المدني •

١١١ـ وصورة الجزاء المدني هي انه رتب عدم التسجيل في السجل

---

(١١٠) انظر نص المادة ٣٢ من قانون التجارة •
(١١١) انظر نص المادة ٣٨ من قانون التجارة •
(١١٢) انظر نص ف ١ من المادة ٣٧ من قانون التجارة •

التجاري ، أو القيد الوهمي الكاذب ضررا للغير فانه يجـــب التعويض وفقا لاحكام المسؤولية المدنية • ولا يمكن من جانب اخر، وطبقا لما بيناه في الفقرة السابقة ، الاحتجاج على الغير بأى بيان واجب التسجيل ولم يدون في السجل .

المبحث الثـــاني :

الاســم التجاري :

L' enseigne ou le nom commercial

تمهيـــــد :

١١٢ـ يلبي الاسم التجاري في ظل اى نظام اقتصادي حاجة حرفة التجـارة الى التنظيم وتهيئة وسائل الحماية للمنتج والمستهلك على حد ســواء• والاسم التجاري ، في الواقع ، وسيلة للدعاية يمكن ان يصل ، مـــن خلال وسائل الاعلام المختلفة ، الى مجمل جمهور المستهلكين ، فيشـكل بالتالي عنصرا مهما في انتاج وتوزيع السلع داخليا وخارجيا • ولـــذا فقد تضمنت معظم القوانين التجارية أحكاما خاصة بتنظيمه وحمايتـــه من أعمال المنافسة غير المشروعة .

وخضع الاسم التجاري في العراق لاحكام متعددة في قوانين مختلفة • فقد تعرض له قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وقانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ ، ونظمه قانون خاص ، هو قانون الاسماء التجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٥ • بيد ان هذه القوانين قد الغيت بصدور قانون التجارة رقم ٣٠ لســـنة ١٩٨٤ ، وقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ، وأصبح الاســـــم التجاري ضمن المواضيع التي نظمها قانون التجارة ، وبعض أحكـــام قانون الشركات ، المذكورين •

وتستوجب دراسة الاسم التجاري التعرض لمفهومه أولا ومن ثـــم تمييزه عن بعض الصور الاخرى التي تشتبه به • ثم نتطرق بعدهـــا لواجب اتخاذه والى الحماية القانونية المقررة له •

اولا : المقصود بالاسم التجاري La notion.

١١٣ـ يقصد بالاسم التجاري كل تسمية يزاول النشاط التجاري بموجبها اي شخص طبيعي أو معنوي . ويتألف الاسم التجاري من كل مصطلح مبتكر يعني بالنسبة للجمهور أية منشأة تجارية يديرها شخص طبيعي أو شركة يمكن التأثير به واستقطابه للتعامل معها(١١٣) . كأن يقال مثلا «محلات الازياء الحديثة» أو « معرض الرواد لتجارة المواد الكهربائية » . وقد يكون اسم مستغل المشروع التجاري نفسه أو لقبه ، ويتضح ذلك صراحة من نص المادة الثانية والعشرين من قانون التجارة ، الذي يقرر : «يجوز للتاجر الفرد ان يتخذ من اسمه الثلاثي أو لقبه أو أية تسمية اخرى ملائمة اسما تجاريا» . بيد ان الاسم التجاري يندمج في هذه الحالة مع العنوان التجاري .

ومهما يكن من أمر فان الاسم التجاري يعتبر عنصرا موضوعيا يتعلق اساسا بالمنشأة التجارية لغرض تمييزها عن غيرها من المنشآت الاخرى(١١٤) .

١١٤ـ وقد تعرض المشرع التجاري لمفهوم الاسم التجاري وعناصره من خلال نص المادة الحادية والعشرين من قانون التجارة . اذ يجب ان يكون الاسم المذكور بمقتضى هذه المادة وسيلة لتمييز النشاط التجاري للتاجر أو المنشأة التجارية(١١٥) . وانه «لا يجوز للتاجر ان يتخذ اسمه

---

(١١٣) انظر

Ripert et Roblot: thaite elementaire de droit commercial 1972. p. 487.

De Juglart et Ippolito; op. cit. 1970. p.292.

(١١٤) انظر :

R.Houin et R.Rodiere: droit commercial. 1970. P: 76.

(١١٥) لاحظ نص الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين من قانون التجارة .

التجاري من الاسماء غير العربية أو غير العراقية أو ان يضمنه بيانا مخالفا للنظام العام أو بيانا من شانه تضليل الجمهور أو ايهامه بواقع حاله أو بحقيقة نشاطه التجاري» ومع ذلك فانه يجوز ان يكون الاسم التجاري من الاسماء غير العربية والوطنية اذا كان ذلك الاسم يعود لفرع شركة أو مؤسسة أجنبية أو لتاجر أجنبي مجاز في العراق بشرط ان يضاف الى هذا الاسم مصطلح «فرع العراق» (١١٦) .

يتبين من الاحكام المتقدمة ان الاسم الشخصي للتاجر أو لقبه يمكن ان يكونا من ضمن العناصر المكونة للاسم التجاري . وبهذه الصورة قد يختلط الاسم المذكور والعنوان التجاري بحيث لايمكن اجراء التفرقة بينهما ، وهو أمر من العسير ، في الواقع ، قبوله . ذلك لان الاسم المدني أو اللقب ما هما الا وسيلة لتمييز الفرد عن غيره من الافراد . والاسم المدني أو اللقب ، لا يقبلا قطعا التفرغ عنها ولا يمكن تقويمهما بالمال بينما يعتبر الاسم التجاري عنصرا معنويا من عناصر المحل التجاري ، له قيمة مالية ويجوز التفرغ عنه وانتقاله مع المتجر في حالة التصرف به للغير . ويجوز بحكم القانون « ان تنتقل اليه ملكية محل تجاري ان يستعمل اسم سلفه اذا اذن له المتنازل أو من الت اليه حقوقه في ذلك . على ان يضاف الى الاسم بيان يدل على انتقال الملكية» ،(١١٧) وعلى هذا فان اعتبار الاسم المدني او اللقب من ضمن عناصر الاسم التجاري يعد امرا يؤدي للارتباك والخلط ، وكان من الاولى تلافيه . ولعل ما يؤيد وجهة نظرنا هذه ما ورد في قانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٥ الملغي ، الذي جاء معدلا لقانون الاسماء التجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٩ ، اذ تنص المادة الثانية من القانون المذكور على ما يلي :

« لا يسجل اسما تجاريا لغرض هذا القانون :

---

(١١٦) انظر الفقرة الثالثة من المادة الحادية والعشرين من قانون التجارة .

(١١٧) انظر الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين من قانون التجارة .

١ ــ الاسم الخالي من الصفة المميزة ٠

٢ ــ الاسم الذي يوحي بأنه من مؤسسات الدولة أو منشآتها او ان استعماله ممنوع بموجب قوانين اخرى ٠

٣ ــ الاسم المخالف للنظام العام او الذي يتعارض مع المصلحة العامة ٠

٤ ــ الاسم غير الملائم أو غير المطابق للواقع والذي يؤدي الى تضليل أو استغلال الجمهور ٠

٥ ــ الاسماء الاجنبية عدا أسماء فروع الشركات الاجنبية أو الاسماء المشهورة التي يقتنع المسجل بضرورة تسجيلها ٠

٦ ــ الاسماء المشابهة للاسماء المسجلة ٠

٧ ــ الاسماء غير العربية أو الوطنية الا ما استثنى بنص خاص ٠

اذ يتضح من هذا النص صراحة بان الاسم الشخصي أو اللقب غير لازمين لتكوين الاسم التجاري(١١٨) ٠

وعلى أية حال فان استعمال الاسم المدني واللقب كعناصر في الاسم التجاري يلاحظ في الواقع العملي بشكل واسع ٠ ومثاله كان يقال : مكتب احمد محمود للنقل والسياحة أو معرض زكي ابراهيم ٠٠٠الخ٠

١١٥ــ أما بالنسبة للشركة التجارية فان قانون التجارة يقضي « بوجوب ان يدل الاسم التجاري للشركة على نوعها وان يحتوي على الاقل اسم احد الشركاء ان كانت شركة تضامنية او بسيطة او مشروعا فرديا » (١١٩) ٠

وتضيف الفقرة الاولى من المادة الثالثة عشرة من قانون الشركات ضرورة ان « يعد المؤسسون عقدا للشركة ٠٠يحتوي اولا : اسم الشركة المستمد من نشاطها ، يذكر فيه نوعها مع اضافة كلمة (مختلطة) ان كانت

---

(١١٨) للتفصيل انظر د ٠ اكرم ياملكي ، د ٠ باسم محمد صالح ، مصدر سابق ذكره ص ١٣٥ ٠

(١١٩) انظر نص المادة الثالثة والعشرين من قانون التجارة ٠

مختلطة واسم أحد اعضائها في الاقل ان كانت تضامنية أو مشروعا فرديا ، ويجوز اضافة اية تسمية مقبولة ان كانت مساهمة او محدودة » . وفي جميع الاحوال فانه يجب ان يثبت الاسم المذكور على محل ادارة الشركة الرئيسي ، وان يطبع على اوراقها وشهاداتها ووثائقها « وكل ما يصدر عنها على ان (يكون) باللغة العربية مع جواز استعمال لغة أجنبية على سبيل الاضافة(١٢٠)» .

ثانيا : تمييز الاسم التجاري عن ما يشتبه به .

١١٦ـ من الضروري تمييز الاسم التجاري عن بعض ما قد يشتبه به دفعا للخلط والغموض . فينبغي اولا تمييز الاسم التجاري عن العنوان التجاري . La raison de commerce ' فالعنوان التجاري هو الاسم الذي يتخذه الشخص ـ التاجر الفرد ـ لاجل اجراء معاملاته التجارية والتوقيع به على الاوراق المتعلقة بالنشاط التجاري . وعناصر العنوان التجاري هي الاسم المدني للشخص واسم اسرته . ويجب ان يكون العنوان التجاري مختلفا عن العناوين المسجلة قبلا . فلو وقع وان تشابه عنوان تجاري مع عنوان اخر فانه يجب ان يضاف الى احدهما ما يميزه عن العنوان الاخر(١٢١) .

عليه فان العنوان التجاري عبارة عن عنصر ذاتي ينصرف الى الشخص ليميزه عن غيره من الاشخاص ، لا يمكن التصرف به للغير وليست له قيمة مالية(١٢٢) . فهو توقيع لصاحبه على خلاف ما رأينا بالنسبة للاسم التجاري .

---

(١٢٠) انظر نص المادة ١٩٤ من قانون الشركات .

(١٢١) لاحظ نص المادة ٣٦ من قانون التجارة الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ . ولم يتعرض قانون التجارة في الواقع للعنوان التجاري ولم يتناوله بالتنظيم .

(١٢٢) انظر د . احمد البسام ، مصدر سابق ذكره ص ١٦٨ . وكما يذهب الدكتور البسام فان العنوان التجاري « انعكاس شخصية المرء في ميدان التجارة بكل ما تتسم به تلك الشخصية من استقامة او التواء وما يصحبها من ذكر حسن او سيىء » . مصدره اعلاه ص ١٩٦٢ .

١١٧ـ كذلك ينبغي ان لا يخلط بين الاسم التجاري والعلامة التجارية ، Marque de commerce . فهذه الاخيرة تتمثل بأى رمز من شأنه تمييز السلع المعروضة في السوق من قبل منتج معين . ويستهدف من استعمالها تمكين الغير ـ المستهلك ـ من التحقق من البضائع والسلع التي يقدر نوعيتها ومن ثم طلبها مرة اخرى(١٢٣) .

ويجوز ان تكون العلامة التجارية من حروف أو أشكال هندسية أو من مجموعة الوان متناسقة . وتعرف المادة الاولى من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل ، العلامة التجارية بقولها : « يعتبر علامة تجارية كل ما يتخذ شكلا مميزا من الكلمات والامضاءات والحروف والارقام والرسوم والعناوين والاختام والتصاوير والنقوش أو أى مجموع منها اذا استعمل أو طلب استعماله لبضاعة ما أو كان له تعلق بها للدلالة على ان تلك البضاعة تخص صاحب العلامة بسبب صنعها او انتاجها او الاتجار بها اوعرضها للبيع » . وتعتبر العلامة التجارية مالا معنويا وعنصرا من عناصر المحل التجاري تنتقل معه للغير في حالة التصرف به وبيعه(١٢٤) .

١١٨ـ ويختلف الاسم التجاري ايضا عن الرسوم والنماذج الصناعية Les dessins et modeles industriels . فالرسم الصناعي يعني بكل

---

(١٢٣) انظر :

Paul - didier: droit commercial. 1970.p.645.
Ripert et roblot. : op. cit. p.306.

(١٢٤) انظر نص المادة ١٧ من قانون العلامات والبيانات التجارية . وتنص الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشرة من القانون المذكور على أنه « تنتقل العلامة تبعا لملكية المحل التجاري ما لم يتفق على خلاف ذلك واذا نقلت ملكية المحل التجاري بدون العلامة لناقل الملكية الاستمرار في صناعة المنتجات التي سجلت العلامة عليها وانتاجها والاتجار بها ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

ما يؤدي الى اكساب الانتاج مظهرا خاصا ويمكن استعماله كتصميم له بطريقة صناعية او حرفية(١٢٥) . ومثال ذلك ورق الجدران والرسوم التي توضع على الاواني الخزفية والمواد اللازمة للنسيج والسجاد . وبهذا يختلف الرسم الصناعي عن الرسم الفني الذي يستخدم كنوع من الدعاية والاعلان لانتاج تجاري معين . فالرسم الفني «يقوم على تنظيم الخط واللون لاعطاء صورة كاللوحة الفنية » . وتظهر بهذا النوع من الرسوم « شخصية الفنان المبتكر المبدع للرسم . . . ويستحق عليها الحماية القانونية »(١٢٦) .

أما النموذج الصناعي فهو كل تشكيل يمكن استعماله كتصميم لعمل انتاج صناعي معين . ومثاله نماذج السيارات او السفن والطائرات ونماذج الساعات(١٢٧) . ويتمتع واضع الرسم او النموذج الصناعي بحق استثماره . ويحمي القانون عموما هذا الحق من جميع أوجه الاستغلال الغير المشروع(١٢٨) . وتعتبر الرسوم والنماذج من عناصر المحل التجاري المعنوية . فهي تمثل مالا منقولا معنويا وتنتقل للغير عند التصرف بالمحل التجاري وبيعه(١٢٩) .

---

(١٢٥) انظر :

Ripert et roblot: op. cit. p. 301.
Guyenot : cours de droit commercial. p. 298.

(١٢٦) انظر د . حسن الهداوي : الحماية القانونية للرسوم والنماذج الفنية مجلة القضاء ، الاعداد ١،٢،٣،٤ . ١٩٨٣ ص ١٣ .

(١٢٧) يعرف قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ في الفقرة السابعة من المادة الاولى ، النموذج الصناعي بأنه « كل ترتيب جديد للخطوط والاشكال ملونة أو غير ملونة يستخدم في الانتاج الصناعي » . ولا يختلف هذا التعريف عن التعريف الوارد أعلاه في الواقع الا من حيث التنفيذ الفعلي .

(١٢٨) انظر المواد العقابية في قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ . وقانون ١٤ اب لسنة ١٩٠٩ الفرنسي .

(١٢٩) انظر المواد ٨و ١٦و٤٠ من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .

ثالثا : واجب اتخاذ اسم تجاري .

١١٩ـ حسم قانون التجارة بهذا الصدد تساؤولا كان محل نقاش سببه النقص الذي كان يشوب قانون الاسماء التجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٩ الملغي وتعديلاته المختلفة ، وقانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ من حيث عدم الاشارة سلبا أو ايجابيا على وجوب اتخاذ المشروع التجاري اسما تجاريا . ونتيجة هذا لنقص ذهب البعض الى ان اتخاذ الاسم التجاري لا يعد واجبا بل حقا ان شاء الشخص اتخذه وان شاء صرف النظر عنه دون ان يترتب على ذلك اى اثر قانوني ، على الرغم من ان الواقع العملي لممارسة النشاط التجاري يوجب فعلا ان يكون للمشروع التجاري اسم تجاري لغرض تمييزه عن غيره وتلافي المنافسة غير المشروعة(١٣٠) . بينما ذهب راى اخر الى اعتبار الاسم التجاري واجبا قانونيا استنادا على ظاهر بعض أحكام السجل التجاري التي تلزم تسجيل هذا الاسم عند اتخاذه(١٣١) . وعلى أية حال فأن قانون التجارة النافذ قد حسم هذا لنقاش وازال كل غموض بهذا الصدد . اذ تقرر الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين من القانون المذكور ، أنه : «على كل تاجر ، شخصا طبيعيا كان اومعنويا ،ان يتخذ لتمييز نشاطه التجاري اسما تجاريا مختلفا بوضوح عن غيره من الاسماء التجارية » . عليه اذن فان الاسم التجاري واجب قانوني على المشروع التجاري الفردي أو الجماعي اتخاذه ومراعاة احكامه ، وخلاف ذلك يتعرض لجزاء يتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على الف دينار(١٣٢) .

---

(١٣٠) انظر د . نوري طالباني ، مصدر سابق ذكره ص ٢٨٨ . د. أكرم ياملكي ، د . باسم محمد صالح ، مصدر سابق ذكره ص ١٣٨ .

(١٣١) انظر : د . طالب حسن موسى ، مبادىء القانون التجاري، ١٩٧٦، ص ١٨٠ .

(١٣٢) انظر نص المادة ٣٨ من قانون التجارة .

اضافة على ذلك فانه يترتب على اتخاذ الاسم التجاري ما يلي من النتائج :

أ ـ ضرورة تسجيله من قبل مسجل الاسماء التجارية اذا كان موافقا لاحكام القانون ، ورفض تسجيله اذا كان مخالفا لهذه الاحكام(١٣٣) ٠

ب) ضرورة نشره ٠ على مسجل الاسماء التجارية نشر قرار قيد الاسم التجاري أو رفض قيده في النشرة التي تتولى الغرفة التجارية والصناعية المختصة اصدارها(١٣٤) ٠ ويكون قرار التسجيل أو الرفض قابلا للاعتراض والطعن أمام الجهات القضائية ـ محاكم البداءة ـ وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ ذوي العلاقة بالقرار(١٣٥) ٠

جـ) ضرورة شطبه اذا كان قد سجل خلافا للقانون ٠ والشطب أما ان يتم بطلب من الغير عند اعتراض هذا الغير لدى المسجل على قيد الاسم(١٣٦) ٠ وأما ان يتم من ذات المسجل ٠ في أى وقت اذا تحقق لديه أنه مخالف للقانون ٠ ويكون قرار الشطب في جميع الاحوال خاضعا للنشر في نشرة الاسماء التجارية (١٣٧) ٠ وقابلا

---

(١٣٣) انظر الفقرة الاولى من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠

(١٣٤) انظر الشطر الثاني من الفقرة الاولى من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠

(١٣٥) انظر الشطر الاول من الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠

(١٣٦) يتم الاعتراض خلال خمسة عشر يوما من تاريخ نشر الاسم٠ انظر نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠

(١٣٧) انظر الشطر الاخير من الفقرة الثانية من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠

من جانب اخر للطعن أمام الجهات القضائية ـ محاكم البـــداءة ـ خلال ثلاثة يوما من تاريخ تبلغ ذوي العلاقة بالقرار (١٣٨) ٠

د) ضرورة تشبيته « الاسم التجاري » على واجهـــــة المحـــل التجاري(١٣٩) ٠

رابعـا : حماية الاسم التجاري ٠

١٢٠ـ يضفي قانون التجارة على الاسم التجاري المسجل وفقا لاحكام القانون حماية تتمثل بحق معارضة من سجل الاسم ، تنغير في ستعمالـــه في النشاط التجاري الذي يمارسه ٠ اذ تنص الفقرة الاولى من المادة الرابعة والعشرين من قانون التجارة على أنه: « من قيد في السجل التجاري اسما تجاريا وفقا لاحكام هذا القانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص اخر في نوع التجارة الذي يزاوله صاحب الاســـم ضمن حدود المحافظة أو المحافظات التي تم قيده فيها » ٠ ويؤخـذ بنفس الحكم ،حسب تقديرنا ، عند استعمال الغير لاسم مشـــابه للاسم التجاري المسجل قبلا بحيث يؤدي ذلك التشـــابه الى الخلط بينهمـــا ٠

من جهة اخرى ، يتعرض من يتخذ اسما تجاريا غير ملائم لواقـــع النشاط التجاري أو مؤديا الى تضليل الجمهور أو مخالفا للنظـام العام ، أو كان من الاسماء غير العربية لعقوبة جزائية تتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على الف دينار(١٤٠) ٠

ويجوز اخيرا لمن لحقه ضرر بسبب استعمال الغير لاسمه التجاري ان يطالب بالتعويض طبقا لاحكام المسؤولية المدنية ٠

---

(١٣٨) الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والعشرين من قانون التجارة ٠
(١٣٩) انظر الفقرة الثانية من المادة السابعة والثلاثين من قانـــون التجـــارة ٠
(١٤٠) انظر نص المادة الثامنة والثلاثين من قانون التجارة ٠

المبحث الثالث :

الدفاتر التجارية

Les livres de commerce.

تمهيد :

١٢١ـ من غير المتصور قيام مشروع تجاري فردي أو جماعي بنشاطه التجاري دون تنظيم لحساباته ومعرفة ماله من حقوق وما عليه من التزامات تجاه الغير . ثم ان تنظيم التوازن المالي وبيان حساب الربح والخسارة يعد ، في الواقع التجاري ، مبدأ جوهريا . والدفاتر التجارية هي الوسيلة الفعالة لتحقيق مبدأ تنظيم الحسابات والتوازن المالي ومن ثم تنظيم سير عمل المشروع التجاري أوالتاجر على اسس علمية سليمة . فهي في الواقع نوع من أنواع الرقابة الحسابية ، تطور أمساكها تدريجيا من «عمل بسيط الى علم دقيق هو علم المحاسبة » وضبط الحسابات(١٤١) .

وقد جعل المشرع أمساك الدفاتر التجارية واجبا قانونيا بالنسبة للتاجر سواء كان فردا أو شركة . ويبرر هذا الالتزام القانوني بما للدفاتر التجارية من أهمية عملية تتضح من خلال الوظائف المتعددة التي تؤديها داخل الاطار القانوني وخارجه . ويمكن اجمال تلك الوظائف بما يلي :

١ ـ تعتبر الدفاتر التجارية ، اولا ، الاداة التي تسمح للتاجر تقييم نشاطه التجاري وتحديد مركزه المالي وموقف اصوله وخصومه وما لديه من سيولة نقدية لمواجهة التزاماته تجاه الغير .

---

(١٤١) انظر : Paul . didier : op. cit p. 260 et s.

د . محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، ١٩٧٨ ص١٤٤

د . اكثم الخولي ، دروس في القانون التجاري ، ١٩٦٨ ص٢١٢

٢ ـ تفيد الدفاتر التجارية في اثبات المعاملات التجارية • اذ يمكن الاستعانة بقيودها ومندرجاتها في حل النزاعات التي قد تنشأ نتيجة التعامل التجاري •

٣ ـ تمكن الدفاتر التجارية المنتظمة من التقدير الغير الاعتباطي للضرائب المالية المقررة على التاجر قانونا ـ ضريبة الدخل ـ فتحول بذلك دون التقدير الجزافي لهذه الضرائب في حالة عدم وجودها •

٤ ـ تعتبر الدفاتر التجارية ، اخيرا ، سندا له أهميته عند تعرض التاجر للافلاس (الاعسار بمفهوم قانون التجارة النافذ) • اذ يمكنه اذا كانت دفاتره منتظمة ان يثبت حسن نيته عند توقفه عن اداء ديونه التجارية وطلب منحه الصلح الواقي • وفي حالة اشهار افلاسه فان في امكانه اللجوء الى هذه الدفاتر لغرض التخلص من عقوبة الافلاس التقاصيري أو الاحتيالي اذ اتضح منها ان الافلاس كان نتيجة ظروف طارئة •

ونتناول بالتتابع بحث أنواع الدفاتر التجارية وقواعد مسكها وكيفية تقديمها للقضاء ثم نعالج حجيتها في الاثبات •

اولا : أنواع الدفاتر التجارية :

١٢٢ـ وفقا لمنطوق المادة الثانية عشرة من قانون التجارة : «على التاجر الذى لايقل رأس ماله عن (٣٠٫٠٠٠) ثلاثين الف دينار ان يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي • وعليه في جميع الاحوال ان يمسك الدفترين الاتيين ،ـ

١ ـ دفتر اليومية • ٢ ـ دفتر الاستاذ •

وتلزم المادة السادسة عشرة من القانون التاجر بـأن : « يحتفظ بصور طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها مـن المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته • وعليه ان يحفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة » •

يلاحظ من هذه الاحكام ان في امكان التاجر امساك ما يشـاء من الدفاتر التجارية • بيدانه ملزم بنفس الوقت ان يكون لديـه دفتران كحد أدنى عند ممارسة النشاط التجاري • وعليه فيمـكن القول ان الدفاتر التجارية على نوعين : دفاتر تجارية الزاميـة ودفاتر تجارية اختيارية • ونعرض فيما يلي لكل نوع مـن هذه الانواع :ـ

أ ـ الدفاتر الالزامية : Les livres obligatoires

١٢٣ـ الدفاتر التجارية الالزامية ، بمقتضى نص المادة الثانية عشـرة من قانون التجارة ، اثنان :

١ ـ دفتر اليومية •
٢ ـ دفتر الاستاذ •

ويجب على التاجر ، حسب أحكام المادة السادسة عشرة ، ان يحتفظ بصور طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته •

١ ـ دفتر اليومية Le livre Journal.

١٢٤ـ يعتبر دفتر اليومية من أهم الدفاتر التجارية • ويميز قانـون التجارة بين دفترين لليومية : دفتر اليومية الاصلي ودفتر اليومية المسـاعد(١٤٢) •

(١٤٢) انظر نص المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة •

وتعرف المادة الثالثة عشرة دفتر اليومية الاصلي بأنه ذلك الدفتر الذي تدرج فيه : « تفصيلا ويوما بيوم جميع العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر · وعلى التاجر الفرد بالاضافة الى ذلك ان يقيد في هذا الدفتر مسحوباته الشخصية يوما بيوم » ·

يتبين من هذا النص ان دفتر اليومية هو الاساس الذي ترتكز عليه جميع أعمال المشروع التجاري أو التاجر ، وأنه المحضر اليومي المفصل الذي يتضمن جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر أثناء يومه التجاري · ويستخلص من النص المذكور ان دفتر اليومية الاصلي يجب ان يحتوي على القيود التالية :

١ ـ جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر يوميا وتفصيلا · كبيان ما اشتراه وباعه أو قبله أو ظهره من الاوراق التجارية · وعموما تدون في هذا الدفتر كافة العمليات التي باشرها في يومه ·

٢ ـ جميع مسحوباته الشخصية · كالمبالغ التي يقررها لحاجاته الخاصة ومعاشه أو كمرتب أو مبلغ ثابت ···· الخ · وتدون هذه المسحوبات بصورة تامة ويوما بيوم · والحكمة من هذاالاجراء تكمن في تبيان مدى أهمية هذه المسحوبات وحقيقتها وتأثيرها على التزامات المشروع التجاري وحقوق الغير(١٤٣) ·

على ان قيد جميع العمليات التجارية التي تقع في يوم واحد في

---

(١٤٣) قارن مع نص المادة ٣٢ ف ٢ من قانون التجارة الملغي التي كانت لا تلزم التاجر بتدوين المسحوبات الشخصية الا شهرا فشهرا ، وذلك على أساس الاعتبارات الادبية التي تقوم على عدم التعرض لحياة الفرد الخاصة والخوض في خصوصياته · وهذا التبرير قابل للنقاش في الواقع لكون الامر يتعلق بمركز قانوني ·

دفتر واحد قد يكون مدعاة للارتباك وبالذات في المنشآت الكبيرة التي تكثر فيها وتختلف هذه العمليات • وتلافيا للارتباك اجاز القانون استعمال دفاتر يومية مساعدة بجانب دفتر اليومية الاصلي يختص كل واحد منها بتبيان تفصيلات الانواع المختلفة من العمليات التجارية(١٤٤) • كأن يوجد دفتر للمشتريات واخر للمبيعات وثالث للصندوق واخر لاوراق القبض وخامس لاوراق الدفع • واذا تم مسك هذه الدفاتر فلا حاجة عندئذ الى قيد العمليات التجارية بالتفصيل في دفتر اليومية الاصلي انما يكتفي بترحيل اجمالي هذه العمليات في دفتر اليومية الاصلي في مواعيد منتظمة• ويحدد القانون هذه المواعيد بفترة شهر ، أى شهرا فشهرا(١٤٥)• واذا لم تتم عملية الترحيل هذه اعتبر كل دفتر مساعد دفتر يومية أصلي ، وبالتالي يجب ان تتبع فيه جميع الشروط التي يتطلبها القانون في تنظيم الدفاتر التجارية(١٤٦) •

٢ ــ دفتر الاستاذ • grand livre.

١٢٥ــ لا تقل أهمية هذا الدفتر عن أهمية دفتر اليومية • وتبدو هذه الاهمية من خلال ما يجب ان يتضمنه من قيود وبيانات • اذ يلزم القانون أن يتضمن هذا الدفتر على تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في نهاية السنة المالية أو بيان اجمالي عنها اذا كانت تفصيلات تلك الاموال واردة في دفاتر وقوائم مستقلة • وتعتبر

---

(١٤٤) انظر نص المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة •

(١٤٥) انظر الشطر الثاني من المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة •

(١٤٦) انظر الشطر الاخير من المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة•

تلك الدفاتر والقوائم مكملة لدفتر الاستاذ(١٤٧) . ويجب ان يتضمن هذا الدفتر فوق ذلك صورة من الميزانية السنوية Bilan وحسابات الارباح والخسائر ،، أو ترفق به نسخة أو صورة منها»(١٤٨) .

والميزانية عبارة عن جدول حسابي يوضح المركز المالي السلبي والايجابي للمشروع التجاري أو التاجر في سنةماليـة . ويتألف هذا الجدول من جانبين : احدهما لمفردات الاصول وهي الاموال الثابتة والمنقولة وحقوق التاجر قبل الغير . والاخر لمفردات الخصوم ، يستخلص منه مقدار الديون التي على المشروع التجاري أو التاجر للغير علاوة على رأس المال بوصفه أول دين على الذمة . والواقع ان وجوب تحرير صورةمن الميزانيةفيدفتر الاستاذ يستهدف تحقيق غرضين أساسيين :

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

الثاني : تبيان الكيفية والاوجه التي استثمر فيها رأس المالومقدار الاستثمار في سبيل تحقيق اغراض المشروع التجاري(١٤٩) .

دفتر الاستاذ ، اذن ، دفتر جرد عام يعطي صورة شاملة عن

---

(١٤٧) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الخامسة عشرة من قانون التجارة .

(١٤٨) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من قانون التجارة .

(١٤٩) انظر : شريف وحجازي وشحاته ، المحاسبة المالية وتنظيم الدفاتر التجارية ، ١٩٥٥ ص ١١٥ ، نقلا عن د . محمد حسني عباس، مصدر سابق ذكره ص ١٢٧ .

الاموال التجارية المتواجدة في نهاية السنة المالية ويوضح بنفس الوقت المركز المالي الفعلي للمشروع التجاري أو التاجر ٠

٣ ـ ملف صور المراسلات والوثائق Dossier des copies.

١٢٦ـ تنص المادة السادسة عشرة من قانون التجارة انه :

« على التاجر ان يحتفظ بصور طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته ٠ وعليه ان يحفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة» ٠

يتبين من هذا النص أنه يجب على التاجر ان يمسك « ملف » Dossier أو « فايل » لحفظ صور كافة المستندات التي لها أهمية في تحديد علاقته بمن يتعامل معه تجاريا ٠ ولهذا الملف أهمية خاصة في تأييد الادلة المستمدة من الارقام والبيانات المقيدة في الدفاتر التجارية بالمعنى الدقيق ٠ ويتعين تفسير ملف صور المراسلات بالمعنى الواسع ، أى أنه يجب ان يشمل جميع صور المستندات التي تتصل بالاعمال التجارية ٠ ولا جدال في ان صور المستندات لها أهميتها من ناحية الاثبات عند تقديم المستندات والمراسلات الاصلية ومقارنتها بعضها ببعض، ومقارنتها بالقيود الحسابية المدونة في الدفتر التجاري لاثبات الوقائع المتنازع عليها ٠

ب ـ الدفاتر الاختيارية ٠ Les livers Facultatifs

١٢٧ـ ليس ثمة ما يحول ، في الواقع ، دون امساك التاجر دفاتر اخرى غير ما ورد بيانها ٠ فله كما أوضحنا وكما تقرر المادة الثانية عشر من قانون التجارة ، ان يتخذ ما يشاء من الدفاتر التي تستلزمها المعاملات التجارية ، عدا الدفاتر الالزامية المقررة قانونا ٠ وقد

جرت العادة ، في الواقع التجاري ، بأستعمال دفاتر اختياريـــــة بجانب الدفاتر الالزامية • وأهم هذه الدفاتر هي :

١ ــ دفتر المسودة : Liver Brouillard.

يدون في هذا الدفتر جميع العمليات التي يقوم بها التاجـــر تمهيدا لنقلها بدقة وعناية الى دفتر اليومية بشيىء من الاختصار •

٢ ــ دفتر الصندوق : Livre de coisse.

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

٣ ــ دفتر الاوراق التجارية • Liver de traites et billets

ويسجل في هذا الدفتر جميع الاوراق التجارية المسحوبة عـــلى التاجر أو لامره مع مواعيد استحقاقها •

٤ ــ دفتر المخزن •

يتعلق هذا الدفتر ببيان البضائع التي تدخل وتخرج من المحـل التجـــاري •

هذا وتجدر الاشارة الى أنه يجوز للتاجر ان يستعيض عن دفتر اليومية المساعد وعن دفتر المراسلات وصورها ، بأستخدام الاجهزة التقنية والاساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيـــان مركزه المالي(١٥٠) •

---

(١٥٠) انظر نص المادة التاسعة عشرة من قانون التجارة •

ثانيا : القواعد الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ٠

١٢٨ــ الدفاتر التجارية كما قدمنا اداة تقييم للنشاط التجاري وطريق من طرق الاثبات في المعاملات التجارية ٠ ومن هنا فان المشرع قد أخضع مسك هذه الدفاتر لاحكام خاصة يجب مراعاتها ، ورتب بنفس الوقت عقوبات رادعة على الاخلال بهذه الاحكام ٠

نتعرض أولا لاصول مسك الدفاتر ثم نوضح بعد ذلك الجزاءات المترتبة على الاخلال بالقواعد الخاصة بمسك هذه الدفاتر ٠

أ ــ اصول مسك الدفاتر التجارية ٠

١٢٩ــ يجب ان يكون مسك الدفاتر التجارية وفق القواعدالتالية :

١ ــ ان تكون هذه الدفاتر خالية من أى فراغ أو شطب أو محو أو كتابة في الهوامش أو بين السطور(١٥١)٠ ومعنى ذلك أنه يجب مراعاة الدقة التامة في مسك الدفاتر التجارية ٠ والقصد من هذا الاجراء تلافي الغش أو تدوين العمليات الوهمية ومنعا للاضافة أو التغيير أو تقديم التاريخ ٠ وعليه لا يجوز تصحيح بيان كان قد أدرج خطأ في الدفتر التجاري في نفس الحقل ٠ وانما يقتضي تصحيح هذا الخطأ بكتابة معاكسة بتاريخ اكتشافه ٠

٢ ــ يتعين قبل استعمال دفتر اليومية الاصلي ان ترقم كل صفحة من صفحاته وان يوقع كل ورقة فيه الكاتب العدل وان يضع عليه ختم الدائرة بعد ان يذكر عدد الصفحات التي يتكون منها الدفتر(١٥٢) ٠ والحكمة من هذه القاعدة هي صنع اخفاء بعض

---

(١٥١) انظر الفقرة الاولى من المادة السابعة عشرة من قانون التجارة ٠
(١٥٢) انظر الشطر الاول من الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة من قانون التجارة ٠

صفحات الدفتر أو ان يستبدل بها غيرها أو ان يعدم الدفتر باكمله ويبدل به اخر مصطنع.

أما اذا كان المشروع التجاري يستعمل بطاقات لتنظيم حساباته، وتستعمل هذه البطاقات في الواقع في مؤسسات القطاع الاشتراكي، فانه يجب تصديقهـــا وفق التعليمـــات التي تصـدرها وزارة التجـــارة(١٥٣) .

٣ ـ يجب تقديم الدفتر التجاري في نهاية السنة الماليةالى الكاتب العدل للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال الســـنة المالية . وعند انتهاء العمل بالدفتر التجاري يتعـــين ان يقـــدم للكاتب العدل للتأشير بما يفيد ذلك(١٥٤) .

٤ ـ ينبغي على التاجر عند توقف نشاطه التجاري ، وعـــلى ورثته عند وفاته تقديم الدفتر التجاري للكاتب العدل للتأشـــير عليه بما يفيد ذلك(١٥٥) .

ومما يجب الاشارة اليه انه لا أثر علىمدى انتظام الدفـــتر التجاري اذا لم تدرج القيود بخط يد التاجر ، وذلك لان مااشترطه المشرع هو القيام باجراءات معينة ليس من ضمنها اشتراط تدوين العمليات التجارية بخط يد التاجر . ويتضح ذلـــك من منطـوق المادة الثانية والثلاثين من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لســـنة ١٩٧٩ . اذ تنص هذه المادة على ما يلي :ـ « ـ اولا ـ القيود المدونه في الدفاتر

---

(١٥٣) انظر الشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة من قانون التجارة .

(١٥٤) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة السابعة عشرة من قـــانون التجـــارة .

(١٥٥) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة السابعة عشرة من قانـــون التجـــارة .

الالزامية المنتظمة وغير المنتظمة من قبل العاملين مع صاحب الدفاتر المأذونين في ذلك ، تعتبر في حكم القيود المدونة من قبله ٠

ثانيا ـ يفترض في القيود الواردة ذكرها في الفقرة (أولا) انها دونت بعلم صاحبها ورضاه الى ان يقيم الدليل على عكس ذلك»(١٥٦) ٠

مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ٠

١٣٠ـ يضاف الى ما تقدم من القواعد السابقة بيانها لمسك الدفاتر انه يجب على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر والمحررات المؤيدة للقيود الواردة فيها مدة سبع سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهاء صفحاته أو بوقف نشاط التاجر ٠ وعلى التاجر وورثته ايضا « الاحتفاظ بأصول الرسائل والبرقيات والتلكس أو صورها مدة سبع سنوات تبدأ من تاريخ اصدارها أو ورودها »(١٥٧) ٠ ويسمح المشرع للتاجر بأن يحتفظ بالصور بدلا من الاصل خلال المدة المذكورة (سبع سنوات)(١٥٨) ٠

ولا تعتبر المدة المذكورة من قبيل التقادم ٠ فلا ينتج عن انقضائها سقوط حق أو دين ثابت في الدفاتر ٠ بل يترتب على مرورها قيام قرينة على ان التاجر قد أعدم دفاتره ٠ بيد ان التاجر القرينة قابلة لاثبات العكس ٠اذ يجوز للخصم ان يثبت ان التاجر

---

(١٥٦) لا يختلف نص المادة المذكورة أعلاه من قانون الاثبات عن نص المادة ٣٧ الملغاة من قانون التجارة ، بالقانون المذكور ، الا من ناحية الصياغة اللغوية فقط ٠ اذ تتضمن المادة الملغاة نفس الاحكام تماما ٠

(١٥٧) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الثامنة عشرة من قانون التجارة ٠

(١٥٨) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة من قانون التجارة ٠

لا يزال محتفظا بالدفاتر رغم مرور المدة المذكورة · فاذا امتنع التاجر عن تقديمها بالرغم من اثبات وجودها ، كان للخصم الحق في اثبات مضمونها بأى طريق من طرق الاثبات وجاز للمحكمة تحميل التاجر الممتنع مصروفات ذلك لاثبات مهما كانت نتيجة الفصل في الدعوى(١٥٩)·

ب ـ الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة قواعد القانون الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ·

١٣١ـ رتب المشرع على الاخلال بالاحكام القانونية الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ، كما لو لم تمسك هذه الدفاتر أصلا أو كانت غير كافية ولا تتناسب مع أهمية النشاط التجاري الممارس ، أو كانت غير منظمة وفقا للشروط المقررة قانونا ، أو لم يحتفظ بها المدة القانونية المقررة ـ سبع سنوات ـ ـ جزاء جنائيا قررته المادة الثامنة والثلاثة من قانون التجارة يتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيدعلى الف دينار ·

بالاضافة الى ما تقدم فان التاجر يتعرض لعقوبة الافلاس بالتقصير عند عدم مسكه دفاتر تجارية تبين حقيقة وواقع وضعه المالي أو كون هذه الدفاتر غير منتظمة قانونا · مما يؤدي الى تطبيق العقوبات التي فرضها قانون العقوبات في مثل هذه الحالة ، وهي عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنة أو غرامة لا تزيد على مائة دينار(١٦٠) · كما أوجب قانون العقوبات فرض عقوبة الافلاس بالتدليس وهي الحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات ولا تقل عن

(١٥٩ انظر نص المادة ٥٦ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة١٩٧٩ ·

(١٦٠) انظر نص المادة ٤٧٠ من قانون العقوبات رقم ١٢١ لسنة ١٩٦٩ ·

سنتين في حالة اعدام او اخفاء الدفاتر التجارية كلها أو قسم منها أو استبدالها بغيرها(١٦١) ٠

ثالثا : تقديم الدفاتر التجارية للقضاء ٠

Production des livers de commerce en justice.

١٣٢ـ للقضاء اذا ما عرض عليه نزاع ان يطلب تقديم الدفاتر التجارية لغرض استخلاص الادلة من القيود المدونة فيها لغرض المساعدة على حل النزاع المعروض ٠ كما يستطيع الخصم ايضا ان يطالب من القضاء تكليف الطرف الاخر في الدعوى بتقديم الدفاتر التجارية لغرض اعتبارها دليلا في الاثبات ٠ وأيا كانت الجهة التي تطلب ابراز الدفاتر التجارية فان عملية الرجوع اليها لا يمكن ان يكون الا بطريقتين ، هما التقديم أو الاطلاع الجزئي والتسليم أو الاطلاع الكلي ٠

الطريقة الاولى ق التقديم أو الاطلاع الجزئي ٠

La representation

١٣٣ـ يقصد بالتقديم او الاطلاع الجزئي ابراز الدفاتر التجارية للمحكمة نفسها للاطلاع عليها بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها لغرض استخراج القيود التي تتعلق بالنزاع المعروض ٠ وتمتاز طريقة التقديم بعدم تخلي مقدم الدفتر التجاري عن حيازته ٠ اذ تقتصر هذه العملية على قيام المحكمة بفحص الدفتر بحضور صاحبه وتحت اشرافه ٠ وتنص الفقرة الاولى من المادة الثالثة والخمسين من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ (١٦٢) ، بهذا

---

(١٦١) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٤٦٨ من قانون العقوبات ٠

(١٦٢) يقابل هذا النص ، نص المادة ٣٨ من قانون التجارة الملغاة بالقانون الجديد ، ولا يختلف حكم النص الحالي عن حكم النص الملغي الا من حيث جواز لجوء المحكمة الى خبير لاستخلاص الادلة من الدفتر التجاري بدلها ٠

الصدد على مايلي :ـ «للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد طرفي الدعوى تكليف الطرف الاخر بتقديم الدفاتر ... الموجود في حيازته اوتحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيها » .

ويبني على هذا النص ان التقديم لا ينحصر على نوع معين من الدعاوي . فيجوز طلب تقديم الدفاتر سواء كان النزاع ذاطبيعة تجارية أو مدنية وسواء كانت الدعوى مقامة من قبل تاجر على تاجر أو من قبل غير تاجر .

على ان طلب تقديم الدفاتر من قبل احد أطراف النزاع يجب ان يتضمن ، تحد تحت طائلة الرد(١٦٣) ، ما يلي :ـ

أ ـ أوصاف الدفتر أو السند الذي يتمسك به .

ب ـ فحوى الدفتر أو السند بقدر مايمكن من التفصيل .

جـ ـ الواقعة التي يستدل بها عليه .

د ـ الدلائل والظروف التي تؤيد بان الدفتر أو السند في حوزة الخصم أو تحت تصرفه .

هـ ـ وجه الزام الخصم بتقديمه(١٦٤) .

فاذا أثبت الخصم الطلب أمرت المحكمة عندئذ بتقديم الدفتر اليها للاطلاع عليه(١٦٥) .

---

(١٦٣) تقضي الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من قانون الاثبات بما يلي : « على المحكمة رد الطلب اذا لم يستوف الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة » .

(١٦٤) حددت الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من قانون الاثبات هذه الشروط صراحة .

(١٦٥) انظر نص المادة ٥٤ من قانون الاثبات .

الطريقة الثانية: التسليم أو الاطلاع الكلي

La communication.

١٣٤ـ لم يحدد مشرع قانون التجارة أو قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ معنى التسليم اوالاطلاع الكلي على الدفاترالتجارية. وقد جرى الفقه على تحديد معنى ذلك بما يفيد : « وضع الدفاتر تحت تصرف الخصم فيتخلى صاحبها عن حيازتها له ، أو ايداعها قلم المحكمة ليبحث الخصم فيها بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه ويستخرج منها ما يشاء من قيود أو بيانات»(١٦٦) .

وبديهي ان هذا النوع من الاطلاع يسمح للخصم معرفة اسرار المشرع التجاري أو التاجر . كالوقوف علىمركزه المالي ووضعه التجاري وأسماء عملائه ، الامر الذي يؤول الى ايقاع الضرر به وسلب ثقة العملاء منه . وتقصر القوانين التجارية المختلفة عموما التسليم أو الاطلاع الكلي على حالات معينة لا يجوز تجاوزها حتى على سبيل القياس . وهذه الحالات هي :ـ

الارث أو التركة ، قسمة الاموال المشتركة ، تصفية الشركات ، وحالة الافلاس والصلح الواقي منه(١٦٧) .

---

(١٦٦) انظر : De Juglart et Ippolito : op. cit. P.213

د . محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، ١٩٧٨ ص ١٥٩ .

(١٦٧) انظر نص ١٦ من قانون التجارة المصري ، م ٢١ من قانون التجارة اللبناني ، م ٢٠ من قانون التجارة الاردني ، م ١٦ من قانون التجارة المغربي ، م ١٢ من قانون التجارة التونسي ، م ١٥ من قانون التجارة الجزائري ، م ٢٠ من قانون التجارة السوري ، م ١٤ من قانون التجارة الفرنسي .... الخ .

ويلاحظ أنه في هذه الحالات لا ضرر ولاخشية من الاطـــلاع على الدفاتر ذلك لان الامر يتعلق بتصفية الذمة الماليـة للتاجر ، ولان الدفاتر تصبح من جهة اخرى ملكا مشتركا لجميع الاطراف ، كما هو الحال في تصفية الشركة . أو أنه لم تعد هناك ثمـــة فائدة من الاحتفاظ بأسرار النشاط التجاري كما هو الامـــر في حالة الافلاس .

ولم يتعرض قانون التجارة عندنا للاطلاع الكلي أو التسليم ، بيد ان ذلك لا يعني ، حسب تقديرنا ، ان المشرع يمنع اللجـــوء الى هذه الوسيلة فيما اذا استلزمتها الضرورة وحسن سير الدعوى وحسمها ، بشرط ان يقتصر هذا الاطلاع فقط على الاحـــوال التي تتعلق بتصفية الذمة المالية للمشروع التجاري أو التاجر . فلا يحول دون ذلك أى مانع قانوني(١٦٨) .

١٣٥ــ ولكن ما الحكم لو امتنع التاجر عن تلبية المحكمة بتقديم دفاتره التجارية اليها ؟ .

تقرر المادة التاسعة من قانون الاثبات مبدأ عاما هو أنـــه : « للقاضي ان يأمر أيا من الخصوم بتقـــديم دليل الاثبـــات الذي يكون بحوزته ، فان امتنع عن تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجـــة عليه » . وتنص المادة الخامسة والخمسون من نفس القانون عـــلى انه : « اذا أنكر الخصم وجود الدفتر او السند في حوزته او تحـت تصرفه ، ولم يقدم طالب الدفتر أو السند اثباتا كافيا بوجـــوده

---

(١٦٨) لاحظ نص المادة التاسعة والثلاثين من قانونن التجارة الملغي ، التي كانت تجيز للمحكمة ان تأمر التاجر بتسليم دفاتره التجارية لاطلاع خصمه في المنازعات المتعلقة بالشـــركات والشـركـات وقسمة الاموال المشتركة ، ولها ــ المحكمة ــ ان تطلع عـــلى هذه الدفاتر في حالة الافلاس والصلح الواقي منه .

لدى ذلك الخصم ، فعلى المحكمة تحليف الخصم المنكر بان الدفتر أو السند المطلوب بتقديمه لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده وأنه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » ٠

وعند الامتناع عن اداء اليمين المذكورة اعلاه فانه يحق للخصم اثبات مضمون الدفتر ٠٠ بأى طريق من طرق الاثبات»(١٦٩) ٠

ومع ذلك تذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى جواز اللجوء للغرامة التهديدية عند امتناع التاجرعن تقديم دفاتره للقضاء ، وذلك لغرض اجباره على الامتثال لامرها(١٧٠) ٠ كان يحكم عليه بمبلغ من المال عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ أمر المحكمة ٠ ويستند هذا الرأى على تطبيق القواعد العامة الواردة في التشريع المدني ، والتي تقرر ان متناع لمدين عن تنفيذ التزامه عينا يجيز فرض الغرامة المالية عليه الى ان يقوم بهذا التنفيذ(١٧١) ٠ غير ان ما يؤاخذ عليه هذا الرأى هو ان المشرع لم يتعرض بأى صورة من الصور للغرامة التهديدية كأجراء لاجبار صاحب الدفتر التجاري على تقديمه للمحكمة بناء على أمرها ٠ بالاضافة على ذلك فسان الدفاتر التجارية ليست لها حجية مطلقة في الاثبات(١٧٢) ، وان القضاء غير ملزم بالاخذ بما ورد فيها من قيود ، مما يجعل اللجوء الى التهديد المالي لغرض تقديم الدفتر للمحكمة امرا ضئيل الاهمية ولا ينسجم مع حكم القانون ٠

---

(١٦٩) انظر نص المادة ٥٦ من قانون الاثبات ٠

(١٧٠) انظر : د ٠ نوري طالباني ، مصدر سابق ذكره ص ٢٥٠ ، السباعي وانطاكي ، مصدر سابق ذكره ص ٨١ ، د ٠ سميحة القليوبي ، مصدر سابق ذكره ص ١٤٥ ، د ٠ علي حسن يونس ، مصدر سابق ذكره ص ٢٥٨ ٠

(١٧١) انظر نص المادة ٢٥٣ من القانوني المدني ٠

(١٧٢) انظر نصوص المواد : ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١ من قانون الاثبات ٠

رابعا : الدفاتر التجارية وحجيتها في الاثبات ٠

La Force probante des livres de commerce.

١٣٦ـ يحدد قانون الاثبات ، وهو القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، القواعد الخاصة بدور الدفاتر التجارية في الإثبات ٠وتجدر الاشارة هنالى ان هذا القانون قد صدر تنفيذا لاحكام قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، الذي أوجب توحيد قواعد الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص ٠ وقد الغي القانون المذكور أعلاه الباب السادس من الكتاب الاول من القانون المدني ـ من المادة ٤٤٤ ـ ٥٠٥ ـ المتعلق بأثبات الالتزام ، بالاضافة الى بعض الاحكام التي يتضمنها قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٩٧٠ (المواد : ٣٧ و ٣٨ و ٤١ والمواد ١٠٣ ـ ١٠٧ والمادة ٥٦٤) وقانون المواقعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المادتان ٩ و ٨ والباب الرابع المتضمن المواد ٩٨ ـ ١٤٠) ٠

ويتضمن قانون الاثبات تعديلات مهمة بخصوص دور الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في الاثبات ٠ ويتضح من القواعد الخاصة التي وردت بهذا الشأن ، ان قيمة الدفاتر التجارية في الاثبات تختلف تبعا لما اذا كان الاثبات لمصلحة صاحبها (التاجر) أو ضده، وذلك حسب التفصيل التالي :

١ ـ الاحتجاج بالدفاتر التجارية على الغير ٠

١٣٧ـ تنص الفقرة الاولى من المادة ٢٨ من قانون الاثبات على أنه : « لاتكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة أم غير منتظمة حجة لصاحبها» ٠ وتقضي الفقرة الاولى من المادة ٢٩ من القانون نفسه بما يلي : « لا تكون القيود الواردة

في الدفاتر غير الالزامية والدفاتر والاوراق الخاصة حجة لصاحبها » .

يتبين من هذه النصوص أنه ليس للدفاتر التجارية ـ الالزامية وغير الالزامية ـ حجة على الغير وليس فيها قوة الاثبات سواء كان هذا الغير تاجرا أم غير تاجر . وللقضاء رفضها في حالة تقديمها من قبل صاحبها لغرض الافادة من القيود المدونة فيها في الاثبات ضد خصمه . ومن غير المتصور ، كما نرى . ان تكون الدفاتر التجارية بداية دليل للاثبات . استنادا الى المفهوم المخالف لنص المادة ٧٧ من القانون التي تقول : « يجوز اثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لاتزيد على خمسين دينارا»(١٧٣) . صحيح ان هذا النص قد يعطي انطباعا بأنه من الممكن الاستعانة بالدفاتر التجارية للاثبات في جميع الاحوال التي تتجاوز فيها قيمة التصرف القانوني خمسين دينارا ، الا ان هذا الحكم لا يمكن ان يعارض بأي حال نصوص الفقرة الاولى من المادتين ٢٨ و ٢٩ من القانون ، وهي نصوص امرة وواضحة تمنع صراحة امر التمسك بالدفاتر التجارية الالزامية وغير الالزامية ، منظمة كانت أم غير منظمة ، ضد الغير . فالمانع القانوني هنا لا يحتاج الى تأويل أو تحفيف أو استنباط . فهو منع بات ، والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي الى خلق استثناء يتعارض مع القاعدة ويخالف مبرراتها القائمة على المبادىء العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص ان ينشيء أو يصطنع دليلا لنفسه . وبناء عليه فانه لا يمكن في ضوء أحكام

---

(١٧٣) انظر خلاف ذلك : د . طالب حسن موسى ، الاثبات التجاري وقانون الاثبات العراقي ، ١٩٧٩ ص ١٠ .

قانون الاثبات ان يحتج بالدفاتر التجارية على الغير سواء كان هذا الغير تاجرا أم شخصا عاديا(١٧٤) ٠

٢ ـ احتجاج الغير بالدفاتر التجارية ٠

١٣٨ـ للغير ان يتمسك بما ورد من قيود في الدفاتر التجارية الالزامية لخصمه ، منتظمة كانت أم غيرمنتظمة لغرض اثبات التصرف القانوني سواء كان هذا التصرف تجاريا أم مدنيا وسواء كانت الدعوى بين تاجر وتاجر ام بين تاجر وغير تاجر ٠ اذ تقرر الفقرة الثانية من المادة التاسعة والعشرين من قانون الاثبات أنه يجوز ان تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة أم غير منتظمة « حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الاقرار المثبت فيها »(١٧٥) ٠ وعلة ذلك ان القيود التي تكون واردة في الدفاتر التجارية تقوم مقام الاعتراف (الاقرار) الكتابي ، فيجوز اذن تمسك الغير بهذا الاعتراف لمصلحته ، فيطلب من القضاء الزام صاحب الدفاتر بتقديمها لاستخلاص ما ورد فيها من أدلة لمصلحته ٠ بيد أنه لا يمكن للخصم الذي يحتج بالدفاتر تجزئة هذا الاقرار بحيث يتمسك بما ورد فيها لمصلحته ويستبعد ما كان في غير مصلحته، فلو ذكر في الدفتر التجاري ان التاجر قد اشترى بضاعة من شخص ما ودفع الثمن ، فلا

---

(١٧٤) يختلف هذا الحكم تماما عن حكم المادة ١٠٥ الملغاة من قانون التجارة والتي كانت تجيز للتاجر التمسك بدفاتره ضد خصمه التاجر ، وعن حكم المادة ٤٥٨ الملغاة من القانون المدني والتي كانت تسمح استثناء للتاجر التمسك بدفاتره ضد غير التاجر ، على أن توجه المحكمة اليمين المتممة له ٠

(١٧٥) يقابل هذا النص حكم نص الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ الملغاة من قانون التجارة الملغي ٠

يجوز لهذا الاخير أن يقبل بالقيد الاول ويرفض القيد الثاني . بل عليه أن يقر بما جاء في الدفتر كاملا أو يطرحه كاملا .

أما بالنسبة للدفاتر غير الالزامية « الاختيارية » فلا يكون للبيانات الواردة فيها حجة على صاحبها الا في حالتين(١٧٦) :

أ ـ اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا .

ب ـ اذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دون فيها ان تقوم مقام السند لمن اثبتت حقا لمصلحته .

وعليه يجوز للغير اذا تحقق شرط الحالة الاولى « استيفاء دين ما » أو شرط الحالة الثانية ان يتمسك بالدفاتر الغير الالزامية لخصمه ويستخلص منها دليلا لمصلحته في الاثبات . بيد ان للمحكمة ، اذا رأت ذلك ضروريا لاستكمال قناعتها بشأن ما ورد في الدفاتر التجارية من قيود ، ان توجه اليمين المتممة لمن يتمسك بتلك الدفاتر وقيودها(١٧٧) . ويجوز كذلك لصاحب الدفاتر التجارية ، الزامية كانت أم اختيارية ، ان يثبت عكس ما ورد في القيود التي يتمسك بها خصمه عليه ، بكافة طرق الاثبات(١٧٨) .

---

(١٧٦) انظر نص المادة ٢٩ من قانون الاثبات .

(١٧٧) انظر نص المادة ٣١ من قانون الاثبات .

(١٧٨) انظر نص المادة ٣٠ من نفس القانون .

المبحث الرابع :

الامتناع عن المنافسة غير المشروعة
La Concurrence illicite ou deloyale

تمهيد :

١٣٩ـ لا يمكن ان تكون حرية الاشخاص في ممارسة النشاط التجاري مطلقة ، بل لا بد من أن ترد عليها قيود تفرضها الضرورة العملية والمصلحة العامة . فحماية الاداب أو منع الغش وتضليل المستهلك أو صيانة الامن ، أو تحقيق أهداف وطنية وقومية ، جميع هذه العوامل وغيرها ، تفرض عدم اطلاق الحرية التامة للاشخاص عند ممارسة النشاط التجاري(١٧٩) . ومن هذا المنطلق فقد تدخلت الدولة ، بما لها من سلطة ونفوذ ، ومن خلال التشريع ، في هذا الميدان لغرض توجيهه وجهة تتفق مع أهميته ودوره المؤثر في الحياة الاجتماعية العامة . والامثلة على ذلك متعددة . فالقوانين المتعلقة بالنقل والصناعة والتجارة في المواد الغذائية ، والوكالات التجارية ، وكذلك القوانين المتعلقة بالعلامات والاسماء التجارية والبيع بالمزايدة العلنية وغيرها ، لدلائل واضحة على مدى نطاق هذا التدخل في الحياة التجارية .

الا ان المشرع قد وفر بنفس الوقت الحماية اللازمة للمشروع التجاري الفردي أو الجماعي من الصراع « المنافسة » الذي قد يقع في البيئة التجارية بأساليب غير قانونية . وتتمثل الحماية المذكورة بجزاءات قانونية ، مدنية وجنائية . فلا يجوز بحكم

---

(١٧٩) انظر د . محسن شفيق ، الموجز في القانون التجاري ،ص١٢٣ .

القانون ان يتبع المشروع التجاري أو التاجر أساليب من المنافسة لا تتفق والممارسات المألوفة ونزاهة التعامل التي تقتضيها الحياة التجارية ، وتؤدي الى الاضرار بالاخرين الذين يمارسون ذات النشاط ٠

١٤٠ـ والمنافسة الغير المشروعة تخضع من حيث المبدأ للاحكام العامة المتعلقة بالالتزامات التجارية ٠ ومن هذا المنطلق عالجها قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، فوضع لها قاعدة عامة (١٨٠) حدد من خلالها مفهوم المنافسة الغير المشروعة وبعض صورها والجزاءات المترتبة عليها ٠ بيد ان قانون التجارة الحالي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٤ الغي باب الالتزامات التجارية ، وترك كما يبدو موضوع هذه المنافسة للقواعد العامة ، وللاحكام الخاصة التي وردت بشأنها في بعض القوانين ، كقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ، وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ ، وبعض القواعد الخاصة بالاسم التجاري التي يتضمنها قانون التجارة ٠

من جانب اخر ، فانه يجب ملاحظة ان الحماية من المنافسة الغير المشروعة قد لا تقف عند تدخل المشرع فقط ٠ فعلاوة على ذلك فانه يمكن الاتفاق بين أطراف العلاقة القانونية على استبعاد هذه المنافسة ، كما هو شائع ، مثلا ، في استعمال الشروط التي يفرضها مشتري المحل التجاري على البائع لتلافي ما قد يقع بينهما من مزاحمة غير مشروعة ٠

عليه فان المنافسة تكون غير مشروعة أما قانونا وأما اتفاقا ٠

أولا : المنافسة غير المشروعة قانونا ٠

---

(١٨٠) انظر نص المادة ٩٨ من قانون التجارة الملغي ٠

١٤١ــ المنفسة غير المشروعة قانونا هي تلك المنافسة التي تقع جـــراء أى فعل يتعارض مع معطيات التعامل التجاري سواء كانت تلـــك المعطيات مقررة بحكم القواعد القانونية أم بحكم القواعد المتعارف عليها في البيئة التجارية · بهذا المعنى ذهب قانون التجـــارة الملغي من خلال نص المادة الثامنة والتسعين التي تقرر بأنه : « يعـــتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والاصـــول الشريفة المرعية في المعاملات التجاريـــة ····» ·

وبناء عليه فان أى فعل يقع مخالفة للممارسات والقواعد المرعية في المعاملات التجارية يعد منافسة غير مشروعـــة ويعتبر هـــذا المفهوم واسعا يسمح بالاحاطة بجميع صور المنافسة قدر الامكان ·

وللمنافسة غير المشروعة صور مختلفة واذا تحققت فانها ترتب جزاءات قانونية ·

١ ــ صور المنافسة الغير المشروعة ·

١٤٢ــ يمكن رد صور المنافسة غير المشروعة الى مجموعتين :

الاولى : جميع الاعمال التي من شأنها بأية وســـيلة كانت أن تسيىء الى سمعة المنافس وان تخلق الالتباس مع محله التجاري أو سلعه او نشاطه · ويعتبر من ضمن هـــذه الاعمال الاعـــتداء عـــلى علامة الغير التجارية أو رسومه أونماذجه الصناعيـــة(١٨١) او الاعتداء على براءات الاختراع(١٨٢) ، أو اتخاذ المحل المنافـــس

---

(١٨١) انظر المواد ٣٥و ٣٦ من قانون العلامات والبيانات التجاريـــة رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ ·

(١٨٢) انظر المواد ٤٤و٤٧ من قانون براءة الاختـــراع والنمـــــاذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ·

اسما تجاريا مشابها لاسم المحل المنافس • وينضوي تحت هـــذه المجموعة كذلك ، بث ونشر الادعاءات الكاذبة التي تستهدف تشويه الحقائق عن البضائع والسلع التي ينتجها ، حتى ينصرف عنـــه جمهور عملائه وزبائنه ويتحطم بالتالي مركزه المالي •

الثانية : جميع الاعمال التي من شأنها ، بأية وســيلة كانت ، ان تحدث الاضطراب في محل منافس • ويدخل ضمن هذه المجموعة: تحريض العمال الذين يعتمد عليهم محل تجاري اخر منافس ، أمـا بترك العمل أو بأغرائهم بشتى الطرق ، للعمل لديـــه لغرض استقطاب عملاء المنافس • اذ كثيرا ما يرتبط اقبال المستهلك على متجر معين بما يتحلى به القائمون بأدارته والخدمة فيه من صفات شخصية وخبرة ومهارة في التعامل ، بحيث يؤدي ترك هؤلاء للخدمة فيه الى صرف جمهوره عنه والتاثير بشكل ملموس على نشـاطه • وقد يعمد المنافس الى اغراء العاملين بالمحل لاجل الوقوف عـــلى اسرار أعمال منافسه ، كمعرفة أسماء الموردين أو طريقة البيـــع للعملاء والتسهيلات التي يقدمها لهم أو التوصل الى معرفة اسرار صناعة معينة أو تركيب معين للمواد التي يقوم موضـــوع التجارة عليها • ويعتبر القيام بمثل هذه الافعال منافسة غير مشروعـــة لانها تؤدي الى خلق الاضطراب في محل منافس ومن ثم الاضرار به•

٢ ـ الجـــزاءات :

١٤٣ـ يترتب على القيام بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة دعوى مسؤولية أساسها الفعل الضار ، وذلك طبقا للقواعد العامـــة القانونية المقررة في نص المادة ٢٠٤ من القانـــون المدني ، والـتي تقضي بأن : « كل تعد يصيب الغير بأى ضرر ••••• (فانـــه)

يستوجب التعويض » . اذ لم يضع المشرع التجاري عندنا حكما خاصا بهذا الشأن . عليه اذن فان دعوى المنافسة هي دعوى مسؤولية تقصيرية شروط قيامها خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

ويتحقق الخطأ بصدور فعل من الافعال التي يحرمها القانون ، أو بصدور أى فعل يتنافى والاصول المتعارف عليها في البيئة التجارية . ويتحقق الخطأ بمجرد وقوع الفعل المادي . وعليه فيعتبر الخطأ قائما سواء صدر بنية الاضرار أو وقع نتيجة الاهمال وعدم التحرز . ولا تمييز هنا بين الضرر المادي أوالمعنوي. فكلاهما يستلزم التعويض . ويجب اخيرا قيام علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر . فلا تجوز مسألة المخطىء الا اذا كان الضرر الذي أصاب الغير هو نتيجة لفعله الضار وبسببه .

فاذا توفرت هذه الشروط في الدعوى كان على المحكمة ان تحكم بالتعويض المتناسب مع الضرر الحاصل ، ماديا كان أم معنويا . ولها ان تقضي ايضا ، وفي حدود الممكن ، بازالةالضرر عينا ، كأن تأمر بحظر استخدام الاسم التجاري أو العلامة التجارية . ويجوز للمحكمة كذلك ان تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف المحليةكنوع من رد الاعتبار للمدعي .

١٤٤ـ بيد أن هذه الدعوى لا تحول دون قيام الجزاءات الجنائية المقررة في قوانين خاصة . فبمقتضى نص المادة الرابعة والاربعين من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ : « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامةلا تزيد علىالف دينار أو بكلتا العقوبتين : « كل من قلد اختراعا منحت عنه براءة » « وكل من قلد نموذجا صناعيا » « وكل من حاز بغير وجه حق براءة أو شهادة نموذج صناعي سبق وسجل في داخل العراق أو خارجه » . وتقضي المادة الخامسة والثلاثين من قانون العلامات

والبيانات التجارية رقم٢١ لسنة ١٩٥٧ بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بأحدى العقوبتين ،على كلمن زور علامة تجارية أو قلدها ، أو وضع بسوء نية علامة مملوكة للغير ٠٠٠ ، ويقرر قانون التجارة أخيرا عقوبة الغرامة من مائة دينار الى الالف دينار في حالة الاعتداء على الاسم التجاري المسجل قانونا ٠ ـ م ٣٨ قانون التجارة ـ ٠

ثانيا : المنافسة الممنوعة اتفاقا :

١٤٥ـ الحماية من المنافسة غير المشروعة لا تقتصر فقط على ما قرره المشرع منأحكام في هذا الموضوع ٠ فغالبا ما يحتاط التجار من هذه المنافسة عن طريق الاتفاق الخاص او بتضمين الشروط في العقود التي يبرمونها فيما بينهم(١٨٣) ٠ ومن الامثلة على ذلك ما درج عليه التعامل عند بيع المحل التجاري من وضع شرط يمنع البائع من انشاء محل تجاري اخر مماثل ٠

ويعتبر مثل هذا الشرط موافقا للقانون ، ومن الممكن ان يتفق على خلافه ٠ فاذا تضمن الاتفاق مثل هذا الشرط فليس للبائع عندئذ ان ينشيء متجرا مماثلا أو مشابها للمحل الذي باعه وذلك خشية ايذاء المشترى وصرف عملائه عنه ٠ من جهة اخرى ، فان شرط التحريم لا يمكن ان يكون مطلق المدة ، وعليه يعتبر باطلا الشرط الذي يتضمن منعا زمنيا غير محدد أو يقرر مدة غير مقبولة (طويلة نسبيا) ٠ ويجب كذلك ان لا يرد شرط التحريم عاما لكل أنواع التجارة والا كان باطلا ٠ بلا بد ، لصحته ، من ان يقتصر

---

(١٨٣) انظر : De Juglart etIppolito: op. cit. p. 341.

على منع البائع من ممارسة ذات نوع التجارة التي باعهـــا أو من نوع شبيه بها ٠

ويترتب على مخالفة البائع لاحكام الاتفاق أو الشروط دعوى لمصلحة المشترى أساسها المسؤولية العقدية ، فيما اذا أصاب هذا الاخير ضرر أكيد من جراء مخالفة البائع الاتفاق أو للشـــــرط٠ فيحق للمشتري عندها طلب التعويض للضرر الحاصل ٠ وللمشتري بالاضافة الى ذلك الحق في طلب فسخ العقد أو أن يطلب غلق المحل التجاري الذي اسسه البائع خلافا للاتفاق ٠ وله أيضا الامتنـــاع عن دفع المتبقي من ثمن المحل التجاري الذي اشتراه ، وذلك مقابل فقده للميزات التي كان يحققها شرط المنع(١٨٤) ٠

أما اذا انقضت مدة شرط التحريم ، فان للبـــائع كل الطرق المشروعة في انشاء محل تجاري جديد مشابه ، وان يباشر نـــوع التجارة التي يرغب فيها حتى لو كان ذلك في ذات المكان الـــذي حرم عليه الاشتغال فيه ٠

---

(١٨٤) انظر : د٠ محسن شفيق ٠ مصدر سابق ذكره ص ١٣٠ ٠

البـــــاب الثـــاني

العقـــود التجارية والعمليات المصرفيـــة

Les comtrats commerciaux et les Operations des banques

مقدمة وتقســـــيم :

١٤٦ــ العقود التي تقع في البيئة التجارية لا حصر لها · فمن يمـــارس النشاط التجاري يجراعتياديا انماطا شتى من العقود ، سواءا تلك التي يذكرها القانون صراحة وينظمها ــ العقـود المســـــماة ــ أو تلك التي لم يتعرض لها ــ العقود غير المسماة ــ ·فالبيع والاجارة والكفالة والرهن والتأمين والنقل وما الى ذلك من صور العقـــود الاخرى ، تعد واقعا يوميا اعتياديا في الميـــــدان التجـاري · ولا يختلف الامر في الحقيقة بصدد العمليات المصرفية · فالحســـــاب الجاري وخطاب الضمان ووديعة النقود والاعتماد المستندي واجارة الخزائن وغيرها ، عمليات تقع يوميا وبصورة مستمرة من قبـــل المؤسسات المصرفية وعملائها ارتباطا بمستلزمات التجارةالخارجية والداخلية أو بمستلزمات الاستثمار والادخار ·

١٤٧ــ وتخضع العقود التجارية والعمليات المصرفية ، بصفتها العقديـة لاحكام « الالتزامات التجارية » كقاعدة عامة · بيـد ان المشـــرع ١٩٨٤ لاحكام هذه الالتزامات · بل انتقى بعضا من العقـــــود التجارية والعمليات المصرفية ووضع لهاقواعد تفصيلية خاصة بها· فقد أفرد المشرع الباب الرابع من قانون التجارة لمعالجة العقـــود

التجارية والعمليات المصرفية · ومن خلال أحكام هذا الباب تناول القانون عقد الرهن التجاري وعقد الاستيداع في المستودعات العامة وعقد الحساب الجاري ، في فصل أول ، بينما خصص الفصل الثاني للعمليات المصرفية ، كوديعة النقد واجارة الخزائن والنقل المصرفي والاعتماد المستندي وخطاب الضمان وغيرها من العمليات الاخرى(١) ·

بيد أنه يجب ان يلاحظ بأن قانون التجارة لم يستوعب كما أشرنا في أعلاه جميع العقود التجارية التي اصطلح على نعتها بهذه الصفة وجرى العمل على ادراجها ضمن هذه الطائفة من العقود(٢) · فعقد التأمين وعقد النقل والوكالة التجاريةوغيرها · قد جرت معالجتها أما ضمن قوانين اخرى ، كالقانون المدني ، أو شرعت لها قوانين خاصة بها(٣) · وسوف يقتصر هذا الباب على دراسة بعض العقود التجارية وبعض العمليات المصرفية التي تتميز بالاهمية على الصعيد العملي والتطبيقي ·

---

(١) راجع الفصل الثاني من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ·

(٢) يرى بعض الفقه أنه ليس هناك عقود تجارية أصلا ، بل ان الاصل في العقود هو أنها مدنية وتكتسب بعد ذلك الصفة التجارية تبعا لصفة من يبرمها وتبعا للبواعث التجارية · ويذهب الدكتور الزيني الى ان أحكام المعاملات عموما واحدة في أساسها ومغزاها · للتفصيل انظر :

Ripert : op. cit. p. 898 No. 2234

د · علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ١٩٨٣ ص ٥ وما يليها ·

(٣) انظر أحكام عقد التأمين في القانون المدني من م ٩٨٣ـ١٠٠٧ · انظر قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ · انظر قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ·

الفصـــل الـــثالث

العقـــود التجاريـــة

١٤٨ـ نتناول في هذا الفصل بالتحليل عقد النقل أولا والوكالة بالعمولة بعد ذلك ، فعقد التأمين والبيوع البحرية اخيرا ٠

الفـــرع الاول

عقـــد النقـــل

تمهيـــد : Le contrat de transport

١٤٩ـ النقل عمل تجاري بحكم القانون(٤) ٠ ويتجسد هـــذا العمـــل بتغيـــير Deplacement مكان الاشياء أو الاشخاص ٠ فهو يشتمل والحالة هذه اذن على فكرة الحركة والتداول ٠ والنقـــل عقد يبرم بين الناقل وبين طرف اخر يبغي تحقيق غرض معين ٠ ويخضع عقد النقل لقانون خاص به مستقل عن قانـــون التجارة ، هو قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣(٥) ٠ وقد جاء هذا القانون تطبيقا لمبادىء قانون اصلاح النظام القانوني ٠ وتبعا لذلك فقد حددت مرتكزاته بما يضمن توفير أفضل الخدمات في مجالي نقل الاشخاص والاشياء ، وايجاد التوازن بين التزامـــات الاطراف المختلفـــة ، والمساهمة في تحقيق متطلبات خطط التنمية القومية ، وتوحيـــد

---

(٤) انظر الفقرة التاسعة من المادة الخامسة من قانون التجارة ٠

(٥) كان عقد النقل ضمان العقود التجارية التي عالجها قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ٠ فقد خصص له المشرع بابا خاصا به هو الباب السادس من القانون المذكور (من م٢٤٢ ـ ٣٣٥)٠ وقد الغي هذا الباب من قانون التجارة بعد صدور قانون النقـل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ ٠ انظر المادة ١٥٧ من هذا القانون ٠

القواعد التي تحكم جميع صور النقل المختلفة ، وتغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية ، مع ضمان قيام القطاع الاشتراكي بقيادة وتوجيه نشاط النقل(٦)٠

١٥٠ـ ويشتمل قانون النقل على مائة وثمان وخمسين مادة موزعة على أبواب أربعة كما يلي :

الباب الاول : أهداف وأسس وسريان القانون من م ١ـ٤ ٠

الباب الثاني : أحكام النقل من م ٥ـ٩٣ ٠

الباب الثالث : أحكام النقل الخاصة من م ٩٤ـ١٥٤ ٠

الباب الرابع : أحكام ختامية من م ١٥٥ـ١٥٨ ٠

وتسري أحكام هذا القانون على جميع صور النقل بحريا كان أم جويا ، وبريا كان أم نهريا وبغض النظر عن صفة الناقل على أن تراعي عند تطبيقه أحكام الاتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفا فيها(٧) ٠ وتعرف المادة الخامسة من القانون عقد النقل بأنه : « اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص أو شيىء من مكان الى اخر لقاء اجر معين » ٠ وقد ورد هذا التعريف ضمن أحكام النقل العامة ، فهو اذن تعريف شامل لجميع أنواع النقل لا تمييز بينها اللهم الا من حيث خصوصية الوسيلة المستعملة في النقل وطبيعة طرق تنفيذه ٠ ويختلف المفهوم المتقدم لعقد النقل عن التعريف الوارد في قانون التجارة الملغي من حيث الصياغة القانونية والتحديد الدقيق للمعنى الشامل ٠ اذ عرفت المادة ٢٤٢ من قانون التجارة الملغي عقد النقل بأنه : « اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل

---

(٦) انظر الاسباب الموجبة للقانون وبابه الاول ٠

(٢) انظر المواد ٣ و ٤ من القانون ٠

مقابل اجرة بأن يقوم بوسائطه الخاصة بنقل شيىء أو شخص الى مكان معين » . فمن حيث الصياغة القانونية حدد المشرع بدقة المصطلح القانوني المطلوب وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بعدم ذكر « الوسائط الخاصة » للناقل . اذ ان هذا الاخير قد يلجأ ، وغالبا ما يقع ذلك ، نتيجة ظروف معينة ، لغيره من الناقلين لتنفيذ عقد النقل ، سواء باجارة وسائطهم أو بالاتفاق معهم مباشرة للقيام بالنقل ،ما ينفي بالضرورة استعمال الناقل « المتعاقد » في هذه الحالات لوسائطه الخاصة في النقل(٨).

١٥١ـ والنقل عقد رضائي ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة والاذعان . فهو عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين(٩) لا يتطلب انعقاده ، كقاعدة عامة ، ان يفرغ في شكل معين . ونرى لا جدال في رضائية العقد رغم ما قد يستلزمه اتمام الابرام من وجود شكلية معينة ، كوثيقة النقل أو تذكرة النقل أو سند الشحن . والنقل عقد معاوضة ملزم للجانبين ، اذ بموجبه يلتزم الناقل بعملية النقل المتفق عليها في المواعيد المحددة لقاء اجرة يلتزم بدفعها الشاحن أو المسافر .

أما صفة الاذعان في عقد النقل ، فانها تتمثل في ان النقل يتولاه عموما أحد الاشخاص المعنوية العامة « كما هو الامر في مرافق السكك الحديدية والخطوط الجوية .. الخ » وفي هذه الحالة فان هذه الاشخاص المعنوية العامة هي التي تتولى وضع شروط العقد وبنوده ولا مجال فيه للمناقشة أو المفاوضة . بجانب ذلك

---

(٨) يشير قانون النقل صراحة لحالة الناقل المتعاقد والناقل الفعلي من خلال نص المادة الثامنة وبفقرات ثلاثة .

(٩) انظر نص الفقرة الاولى من المادة السادسة من القانون .

فان الدولة تتدخل حتى في حالة تولي النقل أحد أشخاص القانون الخاص ، ومن خلال القانون لتضع شروط العقد وتنظم علاقة أطرافه بصورة قانونية ملزمة(١٠) • هذا ويجب ان يلاحظ أيضا ان الناقل ملزم بحدود امكانيات النقل بقبول طلبات النقل • فليس له رفض طلب شاحن أو مسافر طالما أبدى أيمنهما استعداده لدفع الاجرة وتنفيذ شروط العقد(١١) •

١٥٢ــ ولدراسة عقد النقل فاننا نعرض اولا لاهميته ولاحكامه المختلفة تبعا لاساليب النقل ، ومن ثم نحدد أنواعه وأطرافه وكيفية أبرامه ، ونحلل أخيرا أثاره القانونية والمسؤولية التي يرتبها •

أولا : أهمية عقد النقل : L' importance de transport

١٥٣ــ للنقل في الواقع المعاصر أهمية كبرى • فهو شريان التبادل التجاري والاقتصادي وأساس التجارة الدولية • فلولاه لما قامت هذه التجارة ولما ازدهرت ولم يكن بالمستطاع تلبية حاجة الدول والاشخاص لمختلف صور المادة الاولية وغيرها • أكثر من ذلك فان للنقل أثر مباشر في تبادل الخبرات والافكار وهو ، كما يرى بحق العميد جوسران Josserand الحياة : حياة الافراد وحياة الشعوب(١٢) •

---

(١٠) انظر : على سبيل المثال نص المادة الاولى ، والفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون النقل •

(١١) انظر على سبيل المثال نص الفقرة الاولى من المادة السادسة والعشرين ، ونص المادة الخامسة والتسعين من قانون النقل •

(١٢) انظر : Les transports , 2 eme ed 1929. p. let 2
انظر كذلك : د • محسن شفيق ، العقود التجارية ، الاوراق التجارية ، الافلاس ، ١٩٧٢ ص ٦٦ • د • محمود سمير الشرقاوي ، القانون البحري ، ١٩٧٨ ص ٢٤١ •

ونظرا لهذه الاهمية تدخلت الدولة وحماية منها للمصالح المختلفة في تنظيم النقل ووضع القواعد القانونية الملائمة له . فانشات المؤسسات العامة لشؤون النقل ومارست بنفسها دورالناقل. ولا يخلو الواقع القانوني لدول المجتمع الدولي عموما من مظاهر تدخل الدولة في وضع القواعد اللازمة لضبط هذا النمط من النشاط . وسار المجتمع الدولي ، نتيجة شعوره بأهمية النقل المتزايدة ، وعلى وجه الخصوص تزايد أثره المباشر في الجانب الاقتصادي باعتباره ذو طابع انتاجي ، يتجسد بتوفير الخدمات وتصريف الانتاج ، في وضع الاتفاقيات الخاصة بالنقل منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن الحالي . فتم وضع اتفاقية برن سنة ١٨٩٠ لنقل البضائع في السكك الحديدية ثم اتفاقية نقل الاشخاص والأمتعة عام ١٩٣٣ ، التي كان اخر تعديلاتها عام ١٩٦٩ الذي أصبح نافذ المفعول عام ١٩٧٤(١٣) . وفي اطار النقل الجوي تم اقرار اتفاقية وارشو سنة ١٩٢٩ في مسؤولية الناقل الجوي . وعدلت هذه الاتفاقية مرات عديدة لعل من أهمها اتفاقية مونتريال عام ١٩٦٦(١٤) . أما بخصوص النقل البحري فقد وضعت اتفاقية بروكسل سنة ١٩٣٤ الخاصة بنقل البضائع ثم اتفاقية هامبورغ عام ١٩٧٨ ، وتم اقرار اتفاقية بروكسل لنقل الاشخاص عن طريق البحر عام ١٩٦١(١٥) .

---

(١٣) أصبح العراق عضوا في اتفاقيتي برن منذ سنة ١٩٦٦ . انظر الوقائع عدد ٢٤٢٥ عام ١٩٧٥ ، وقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٦.

(١٤) للتفصيل : انظر ، فيصل عذب حاجم ، مسؤولية الناقل الجوي في نقل الاشخاص ، رسالة ماجستير ١٩٨٣ ، كلية القانون والسياسة .

(١٥) للتفصيل انظر د . محمود سمير الشرقاوي ، القانون البحري ، ١٩٧٨ ص ٢٨٠ و ٣١٧ .

ثانيـــا : اختلاف أحكام النقل باختلاف وسائل النقل ·

١٥٤ـ وسائل النقل لا تخرج عموما في الواقع المعاصر عن وسائط النقل البحري ، السفينة ، والنقل الجوي ، الطائرة ، والســـــيارات والسكك الحديدية كوسائل أساسية في عملية النقل البري · أمـــا النقل النهري فيتم عن طريق « مراكب » ذات سمات فنية خاصـــة تجعلها تختلف عن وسائل النقل البحري من جوانب كثيرة ·

وتختلف القواعد القانونية للنقل تبعا للوسائل المستعملة فيه · فأحكام النقل البحري تختلف عن أحكام النقل الجوي ، وأحـــكام هذا النوع الاخير تختلف عن أحكام كل من النقل البري والنهري وهكذا · صحيح ان هناك قواعد عامة يؤخذ بها في موضوع النقل دون تمييز ، الا أنه توجد الى جانب هذه الاحكام قواعـــد اخرى خاصة استلزمتها الطبيعة الخاصة لوسائل النقل المختلفة · وبهـذا الاتجاه جاء قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ · اذ يتضمن هـذا القانون أحكاما عامة للنقل يؤخذ بها أيا كانت الوسائل المستعملة فيه وأيا كانت صورة النقل · بيد أن بجانب هذه القواعد العامـة جاء القانون بقواعد خاصة لكل من النقل الجوي والبحري والنهري والبري بنوعية ، بالسكك الحديدية والسيارات(١٦) ·

ثالثـا : أنواع عقد النقل · Sortes de transport

١٥٥ـ يرتبط عقد النقل بالوسائل المختلفة التي يتم من خلالها تنفيذ النقل · فقد يكون عقد النقل ، عقد نقل بحري أو نهـــري أو بالسكك الحديدية أو عقد نقل جوي · وتبعا لذلك فان أحكام كل عقد من هذه العقود تختلف بالقدر الذي تتطلبه طبيعة الوســـائل

---

(١٦) انظر الفصل الاول والثاني والثالث من الباب الثالث من قانـون النقـــل ·

المستعملة وطريقة التنفيذ . فالنقل الجوي يخضع لاحكام عقد النقل الجوي سواء من حيث الاثار التي يرتبها العقد المذكور أو من حيث كيفية تنفيذه . ولا يختلف الامر بالنسبة لعقد النقل البحري أو النهري أو النقل بالسكك الحديدية أو بالسيارات. فأنواع النقل لا تحكمها قواعد قانونية واحدة . هذا ولا بد من الاشارة الى ان النقل قد يكون دوليا International . وهنا يخضع لاحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي أشرنا الى قسم منها في الفقرات السابقة . والى جانب النقل الدولي قد يكون النقل داخليا Interne يتم في الحدود الجغرافية الاقليمية للدولة . وهنا يخضع النقل للقانون الداخلي أى الى قانون الدولة التي يتم فيها مع الاخذ بنظر الاعتبار أحكام الاتفاقيات الدولية التي تحكم كل نوع من أنواع النقل .

وبهذا الصدد يقرر قانون النقل الاحكام التالية :

« تطبق على النقل الدولي للشخص والشيىء والامتعة بالسكك الحديدية أحكام اتفاقية نقل البضائع واتفاقية نقل المسافرين والامتعة بالسكك الحديد الدوليتين والبروتوكول الملحق بهما المصادق عليها بالقانون رقم (٣٦) لسنة ١٩٦٦ أو أية اتفاقية تحل محلها ويصادق عليها بقانون .(١٧) . « تطبق على نقل الشخص والشيىء والامتعة بطريق الجو ، حتى لو كان النقل داخليا ، أحكام اتفاقية النقل الجوي الدولي الموقعة في وارشو بتاريخ ١٢/ تشرين الاول / ١٩٢٩ والاتفاقيات الملحقة بها والمعدلة لها والمصادق عليها بالقوانين ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ لسنة ١٩٧٣ أو أية اتفاقية تحل محلها ويصادق عليها بقانون،(١٨) .

(١٧) المادة ١٣ من قانون النقل .
(١٨) المادة ١٢٦ من قانون النقل .

المبحث الاول :

أطراف عقد النقل والشروط اللازمة لابرامه ٠

أولا : أطراف عقد النقل ٠

١٥٦ــ لا يقصد بأطراف عقد النقل الا أشخاصه ، أى أشخاص عقد النقل ٠ ويدور العقد ، كقاعدة عامة بين شخصين أو طرفين هما : الناقل Transporteur والراكب Voyageur في عقد نقل الاشخاص ، والناقل والمرسل Expediteur في عقد نقل الاشياء ٠ بيد أن أشخاص هذا العقد الاخير قد يزيدون على ذلك ٠ اذ قد يدخل في العلاقة الثنائية شخص اخر هو المرسل اليه Le destinateur . فقد يكون المرسل على صلة عقدية سابقة مع هذا الاخير (المرسل اليه) ، كما لو اتفق معه على تسلم البضاعة بدلا منه ، عند وصولها ٠ فيدور العقد حينئذ بين أشخاص ثلاثة هم : الناقل ، المرسل ، والمرسل اليه ٠ وقد يتحد شخص المرسل والمرسل اليه ، كما لو أرسلت شركة بضائع تنسخها لفرع لها في مكان اخر ، أو أرسل المرسل الشيىء محل النقل الى نفسه ، فلا يقع العقد هنا الا بين طرفين ٠ الا ان الواقع العملي في النقل هو ان يكون المرسل اليه شخص ثالث تربطه بالمرسل صلة عقدية سابقة تتجسد عموما في عقد بيع ، يكون البائع بمقتضاه مرسلا يتولى ابرام عقد النقل مع الناقل على أن يتسلم المشترى المرسل اليه البضاعة عند وصولها ٠

ثانيا : انعقاد عقد النقل Conclusion du Contrat

١٥٧ـ ينعقد النقل اذا توفرت شروط ابرامه وهي ، الرضا ،الاهلية والمحل والسبب .

١ ـ الرضـــا : Le Consentement

١٥٨ـ النقل عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الايجاب والقـــبول دون التوقف على أى اجراء اخر لاحق . وتقرر الفقرة الاولىمن المـادة السادسة من قانون النقل بقولها : « يتم عقد النقل بمجـــرد الاتفاق ويجوز اثباته بجميع الطرق » . ومع ذلك فانه يجب ان يلاحظ بأن تسليم البضاعة للناقل يكون نوعا من القبول للايجاب الصادر من الاول ، في عقد نقل الاشياء ، أو صعود الراكب الى واســطة النقل يعد قبولا للايجاب الصادر من الناقل(١٩) . بيـــد ان هذا لا يعني ان العقد يفقد صفته الرضائية .فالتسليم والصعود لا يلزمان للانعقاد بل للتنفيذ ، بمعنى ان كلا من التسليم والصعود هما قرينتين للانعقاد وليس شـــرطا له . بعبـــارة اخـــرى ان التسليم والصعود ما هما الا نوعا من التنفيذ للعقد(٢٠) . من جانب اخر فان قانون النقل يقرر من خلال المادة السابعة أنـــه : « اذا كان للناقل أكثر من نموذج واحد للعقود التي يبرمها ، العقد عقد النقل بمقتضى النموذج الذي يتضمن الشروط العامة الا اذا اتفق على اتباع نموذج اخر وفي هذه الحالة لا يجوز تجزئة الشروط المذكورة في هذا النموذج » .

---

(١٩) انظر نص كل من الفقرة الثانية والثالثة من المادة الســـادسة من قانون النقل .

(٢٠) انظر بهذا المعنى : د . عبد الحي حجازي ، العقود التجاريـــة ص ١٨٨ .

والظاهر من هذا النص ان المشرع اراد اضفاء نوع من الحماية للطرف المقابل للناقل في عقد النقل ، وتلافيا للشروط الخاصة التي قد يفرضها الناقل والتي قد لا تتلائم مع مصلحة ذلك الطرف ، وتخفيفا لسمة الاذعان في العقد · كذلك ، فانه لا يجوز للناقل وبحكم القانون ان يرفض طلبات النقل ، في نقل الشيء ، اذا كانت ضمن امكانات النقل ، اللهم الا اذا كان ذلك الرفض مبررا ، كأن يكون عدم تلبية الطلب مثلا راجع لسبب أجنبي لا دخل لارادة الناقل فيه · وعليه ايضا في حالة تجاوز طلبات النقل طاقة وسائط النقل ان يحترم التسلسل التاريخي لهذه الطلبات ، مع اعطاء الاولوية للمواد الضرورية التي تمس حياة المواطنين ·(٢١) ولا حاجة للقول بأن هذا النهج التنظيمي تستلزمه أولويات المصلحة العامة وضرورة تلافي الرفض التعسفي أو التحكمي للناقل ·

٢ ـ الاهلية La Capacite

١٥٩ـ النقل لا يعد نوعا من أنواع التصرفات التي ترد على ملكية شيء ما · لذا فان الاهلية المشترطة بالنسبة للمرسل أو الراكب هي سن التمييز · علما بان ليس بأمكان الناقل عموما التحقق من أهلية جميع الاشخاص الذين قد يبرم معهم العقد· ونقص أهلية المرسل أو الراكب لا يرتب حسب رأى بعض الفقه ضرر ما ، طالما ان شروط العقد واحدة بالنسبة لجميع الاشخاص(٢٢) · أما

---

(٢١) انظر الفقرة الاولى والفقرة الثانية من المادة السادسة والعشرين من قانون النقل ·

(٢٢) انظر د · عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٨٩ ، د · أكثم الخولي ،العقود التجارية ص ٢٨٨ نقلا عن د · علي البارودي ، مصدر سابق ص ١٤٦ هامش(٢) · انظر خلاف ذلك ، د · علي البارودي مصدر سابق ذكره ، ص ١٤٦ ·

بالنسبة للناقل فالاهلية المطلوبة هي بلوغ سن الرشد ، اذا كان الناقل شخصا طبيعيا ، اما اذا كان هذا الاخير شخصا معنويا وهي الحالة الغالبة ، فانه يكفي لتوافر الاهلية ان يكون من أغراض هذا الشخص المعنوي القيام بالنقل ٠

أما عيوب الرضا فانها قد تقع في اطار عقد نقل الشيىء ، ومن غير المتصور عموما ان تثار في نقل الاشخاص ٠ فقد يرد الغلط مثلا في طبيعة الشيىء المراد نقله ، كأن يسلم للناقل اشياء على أنها من طبيعة معينة وتظهر بعد ذلك خلاف تلك الطبيعة ٠ فالعقد يكون هنا موقوفا ، وتطبق بشأنه القواعد العامة المقررة بصدد اجازته وعدم اجازته ٠

٣ ـ المحل L' objet

١٦٠ـ يعتبر كل منقول مادي محل عقد نقل الاشياء بشرط ان يكون هذا المنقول المادي من بين الاشياء القابلة للتعامل فيها ٠ اما في عقد نقل الاشخاص فان محل العقد هوشخص الراكب اضافة الى أمتعته ٠ ويتضح ذلك بوضوح من نص المادة الخامسة من قانون النقل التي تقرر ان عقد النقل « اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل شخص أو شيىء من مكان الى اخر لقاء أجر معين » ٠ وتقرر الفقرة (د) من ثانيا من المادة ٧٣ من نفس القانون ضرورة بيان « قيمة الشيىء محل عقد النقل » ، هذا بالنسبة للناقل أما بالنسبة للمرسل والشاحن فان محل العقد هو « اجرة النقل المحددة أو المتفق عليها في العقد »(٢٣) ٠

---

(٢٣) انظر د ٠ أكرم باملكي . د ٠ باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، ١٩٨٢ ص ١٧٥ ٠

ومع ذلك فانه يجب التنويه بأن المحل ركن للعقد وركن في الالتزام الذي يترتب على الاطراف في ان واحد · اذ لا حاجـــة للنقل في الواقع اذا انعدم المحل ،وانعدام المحل يعني ببساطة وبحكم القواعد العامة بطلان العقد · والقول بأن المحل ركن في الالتزام صحيـح ، بيد ان ذلك لا يعني حسب تقديرنا اقتصار أهمية محل النقل على الالتزام دون اعتباره ـ المحل ـ ركنا جوهريا للعقد(٢٤) · وأيا كان الامر فان العقد يعتبر باطلا اذالم يكن المحـــل موجودا أو مشروعـــا ·

٤ ـ السبب La Cause

١٦١ـ يتحدد السبب كركن من أركان عقد النقل بمحل التزام كـــل طرف من أطرافه · عليه فان التزام الناقل بالقيام بعملية النقل، سواء بنقل الشيىء أو الشخص ، هو السبب لالتزام الطرف المقابل، المرسل أو الراكب ، بدفع مقابل النقل أى الاجرة · وان التـــزام كل من المرسل أو الراكب بدفع الاجرة هو السبب لالتزام الناقل بالقيام بعملية النقل · ويجب أن يكون السبب مشروعا والا كان العقد باطلا · ومن أمثلة السبب الغير المشروع الاتفاق على نقل شيىء مسروق أو شخص مختطف(٢٥) ·

---

(٢٤) راجع خلاف ذلك ، د · مجيد حميد العنبكي ، مصدر ســـابق ذكره ، ص ١٦ · والواقع ان الدكتور العنبكي يذهب الى ان : للعقد ركنان : التراضي والسبب ، أما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد · ثم يعود عن قوله هذا فيقول أركان العقد هي : ١ ـ التراضي ٢ ـ المحل ٣ ـ السبب ، انظر ص ١٦ ، ثـــم يؤكد ما ذهب اليه قائلا : ان المحل ركن ضروري من أركـــان العقد التي لا بد من توافرها لوجود العقد ، انظر ص ١٩ ·

(٢٥) انظر : د · أكرم ياملكي ، د · باسم محمد صالح ، مصـــدر سابق ذكره ص ١٧٦ ·

المبحث الثاني

الاثـــــار القانونية لعقد النقل

١٦٢ــ اذا تم ابرام عقد النقل بصورة قانونية صحيحة فانه ينتـــج اثاره القانونية بالنسبة لاطرافه ، فتنشأ عنه التزامات مختلفـــة لا بد من تنفيذها والا تعرض المخل بها للمسؤولية ، وتترتـــب بنفس الوقت حقوق مقابل تلك الالتزامات • وتختلف الالتزامـات والحقوق تبعا لموضوع عقد النقل ، أى فيما اذا كان النقل ينصب على نقل شيىء أو شخص •

اولا : اثار العقد في نقل الشيىء :

١٦٣ــ أشخاص عقد نقل الاشياء هم ، كما قدمنا ، المرسل والناقـــل والمرسل اليه اذا كان هذا الاخير غير المرسل • ونتكلم عن التزامات وحقوق كل منهم بالتتابع •

أ ــ التزامات المرسل وحقوقه :

١٦٤ــ ينتزم المرسل في عقد نقل الاشياء بتسليم الشيىء محل النقل . وبتقديم بيانات عنه واعداده للنقل ، واخطـــار الناقل بأتخاذ استعدادات النقل اذا تطلب النقل ذلك ، واخيرا دفع الاجـــرة والمصاريف •

١٦٥ــ أن تسليم الشيىء محل النقل للناقل يعد المرحلة الاولى للنقل • ويتم التسليم في محل الناقل اللهم الا اذا اتفق على محل اخر(٢٦)•

---

(٢٦) انظر : نص الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من قانون النقل •

وينصب الالتزام بالتسليم على نقل حيازة البضاعة الى الناقل مع احتفاظ المرسل بوضع يده عليها(٢٧) · ويتم التسليم في في الوقت المتفق عليه ، واذا لم يحصل اتفاق بصدد ذلك فان التسليم يجب ان يتم في وقت مناسب · وعند التأخير في تسليم الشيىء فان المرسل يتحمل تبعة ذلك ما لم يكن التأخير يعود لسبب أجنبي · ولكن ما الحكم اذا لم يسلم المرسل الشيىء محل العقد للناقل ؟ يذهب بعض الفقه الى ان للناقل في مثل هذه الحالة الحق في المطالبة بالاجرة المتفق عليها اذا ما ثبت استعداده لاجراء النقل(٢٨) · بيد ان مثل هذا التصور لا يستقيم حسب تقديرنا، ونرى ان يصار الى فسخ العقد لتخلف أحد الاطراف عن تنفيذ التزامه ، واذا حصل من جراء عدم التنفيذ ضرر فان بأمكان الناقل المطالبة بالتعويض · هذا ويعتبر التسليم أثرا من أثار العقد وليس بأى حال من الاحوال شرطا من شروط الانعقاد .لان العقد كما لاحظنا من العقود الرضائية ·

١٦٦ـ يلتزم المرسل بتسليم الوثائق الضرورية لتنفيذ النقل(٢٩) · لم يبين المشرع طبيعة هذه الوثائق وأنواعها ، وانما جاء النص القانوني مطلقا مما اضفى نوعا من الغموض الذي قد يثير النزاع · ومع ذلك فانه يستشف بأن المشرع يقصد بتلك الوثائق جميع المستندات والموافقات الادارية التي من شأنها تسهيل عملية تنفيذ النقل وعلى وجه الخصوص النقل الذي يتم خارج حدود القطر · ولهذا السبب تنص الفقرة الثانية من المادة التاسعة والخمسين على أن الناقل يكون « مسؤولا عن ضياع تلك الوثائق الضرورية أو أهمال استعمالها أو اساءة هذا الاستعمال » ·

---

(٢٧) انظر : د · عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ذكره ص ١٩٠ ·
(٢٨) انظر : د · حافظ محمد ابراهيم ، مصدر سابق ذكره ص٤٦٩ ·
(٢٩) انظر الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من قانون النقل ·

١٦٧ـ على المرسل ان يقدم للناقل بيانات بنوع الشيىء » محـــل « النقل وقيمته ووزنه وحجمه وكيفية حزمه وعدد الطرود المثبتـــه واسم المرسل اليه وعنوانه والمكان المطلوب ارسال الشيىء اليـــه وأية بيانات اخرى يطلبها الناقل لتعيين ذاتية الشيىء(٣٠) ٠وهذا يعني ان يكون الشيىء محل النقل مطابقا لما اتفق عليه في العقـد سواء من حيث نوعه أو قيمته أو وزنه أو حجمه ٠٠٠ الـــخ ٠ ويترتب على ذلك انه اذا ظهر بأن هناك عيب في الشيىء أو كـان حزمه قد تم بصورة تؤدي الى الحاق الضرر به فانـه يجوز للناقل رفض القيام بالنقل وتنفيذه(٣١) ٠

١٦٨ـ على المرسل ان يعد الشيىء للنقل اذا كانت طبيعـــة الشيىء تقتضي تغليفه أو تعبئته أو حزمه لغرض نقله بكيفيـة تقيـــه الهلاك أو التلف ولا تعرض الاشخاص أو واسطة النقل أوالاشياء الاخرى التي تنقل معه الى الضرر ٠ ويلزم المرسل ايضا بان يراعي الطريقة المقررة بمقتضى شروط العقد للتغليف أو التعبئـــة أو الحزم(٣٢) ٠ عليه ، اذا تبين للناقل ان الحـــزم أو التغليف أو التعبئة غير مطابقة للشـروط الواردة في العقـــد ، فان له رفض التسلم وتنفيذ النقل ٠ واذا حدث ضرر بســـبب عيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم فان المرسل يكون مسؤولا عنه(٣٣) ٠ ومـــن هذا المنطلق قضت محكمة التمييز بأنه : لا يسأل الناقل عنالنقص

---

(٣٠) انظر نص الفقرة الاولى من المادة التاسعة والخمسين من قانون النقـــل ٠

(٣١) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة والثلاثين من قانـون النقـــل ٠

(٣٢) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٦١ من قانون النقل ٠

(٣٣) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٦١ من قانون النقل ٠

الحاصل من رداءة التغليف(٣٤) · « واذا ظهر أن سبب التلف في البضاعة هو رداءة التغليف فلا جناح على الناقل »(٣٥) · بيد ان الناقل يكون مسؤولا عن الضرر ، اذا كان على علم مسبق بسوء تغليف البضاعة »(٣٦) ·

١٦٩ـ اذا تطلب النقل استعدادا خاصا فعلى المرسل اخطار الناقل بذلك قبل التسليم بوقت كاف(٣٧) · وتأسيسا على ذلك فانه لا يجوز للمرسل ان يقوم بتسليم الشيىء دون سابق انذار اذا كان نقله يستلزم ان يهيأ الناقل الوسائل اللازمة سواء من حيث وسائط النقل أو تنفيذ النقل بصورة لا تلحق ضررا به · كما وان للناقل في مثل هذه الفرضية رفض تسلم الشيىء وتنفيذ النقل ·

١٧٠ـ « يلتزم المرسل بدفع اجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة للنقل ما لم يجر الاتفاق على ان يتحملها المرسل اليه · وفي هذه الحالة يكون المرسل والمرسل اليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن »(٣٨) · والاجرة هي المبلغ الذي يعد اداءه مقابل النقل وتحدد الاجرة عموما بمقتضى تعريفه مقررة ابتدا ٧ ا هو الامر بالنسبة للنقل البري أ النقل في السكك الحديدية وفي ذلك من مواد عن النقل الاخرى التي تتولاها الهيئات العامة · اما اذا لم تكن هناك تعريفة محددة ، فان الاتفاق هو الذي يحدد مقدار الاجر وميعاد ومكان الوفاء به ·

---

(٣٤) حقوقية ٢٠٥٩ ، ١٩٦٥ ·
(٣٥) حقوقية ١٨٥ ، ١٩٦٧ ·
(٣٦) مدنية رابعة ١٩٧٦/٢٠٣٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ١٩٧٧ ·
(٣٧) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٦١ من قانون النقل ·
(٣٨) انظر نص المادة ٦٠ من قانون النقل ·

والاصل ان المرسل هو المدين بالالتزام • بيد أنه يجوز الاتفاق على ان يتحمل المرسل اليه الاجرة ، وهنا يجب ان يلاحظ بأن مسؤولية المرسل لا تنتفي عن اداء الاجرة • فبمقتضى نص المادة الستون من قانون النقل ، يكون المرسل مسؤولا بالتضامن مع المرسل اليه يدفع الاجرة • ويبدو ان المشرع اراد تلافي حالة نكول أو امتناع المرسل اليه عن اداء الاجرة فقرر للناقل هذ النوع من الضمان •

وسوف نتعرض بالتفصيل لموضوع الاجرة عند الكلام عن حقوق الناقل •

١٧١ـ ويقرر قانون النقل للمرسل حقوق تقابل التزاماته المختلفة • فللمرسل وبحكم القانون ان يطلب من الناقل تسليمه صورة من وثيقة النقل(٣٩) . La Lettre de Voiture .

وتعد هذه الوثيقة من أهم مستندات النقل • فهي وسيلة اثبات للعقد وقرينة على تسلم الناقل للشيء محل النقل ، وتعطي هذه الوثيقة فوق ذلك الحق بتسلم الشيء(٤٠) ، فهي بصورة عامة سندا بملكية الشيء ووسيلة للاثبات • ووثيقة النقل من جانب اخر محرر ينشأ بأسم شخص معين أو لامره أو للحامل • عليه فانها قابلة للتداول سواء بالتظهير أو بالمناولة اليدوية أو وفقا لاحكام حوالة الحق اذا كانت محررة بأسم شخص معين (اسميه)(٤١) • وتتضمن وثيقة النقل نوعين من البيانات : الاولى بيانات الزامية ، والنوع الثاني بيانات اختيارية(٤٢) • ومن جملة البيانات

---

(٣٩) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٦٣ من قانون النقل •
(٤٠) انظر نص المادة ٧٢ من قانون النقل •
(٤١) انظر نص المادة ٧٤ من قانون النقل •
(٤٢) انظر الدكتور مجيد العنبكي ، مصدر سابق ذكره ص ٣٣ •

الالزامية ، اسم الناقل والمرسل والمرسل اليه . مكان القيـــــام ومكان الوصول ، وصف الشيء كاملا ومن جميع الجوانب الخ ...

أمـــا البيانات الاختيارية فمنها . قيمـــة الشيء الـــذي يتولى الناقل نقله ، ميعاد مباشرة النقل ، وصف واسطة النقـــل .... الخ(٤٣) . واذا تسلم المرسل صورة من وثيقـــة النقـــل وجب أن يقدمها الى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعـا عليها من المرسل والا كان لناقل الامتناع عن تنفيـــذ هـــذه التعليمات(٤٤) . ويفقد المرسل هذا الحق بمجرد تسلم المرســـل اليه وثيقة النقل أو وصول الشيء(٤٥) .

١٧٢ــ اذا لم تحرر وثيقة نقل للمرسل فان من حقه عندئذ ان يطلـــب وصلا re'cipisse' موقعـا من « الناقـل بتسلم الشيء محل النقل على ان يكون الوصل مؤرخا ومشتملا على البيانـــات الكافية لتعيين ذاتية الشيء واجرة النقل»(٤٦) . وبهذه الصورة فان الوصل هو البديل عن وثيقة النقل عند عدم تحرير هـــذه الوثيقة ، ويترتب عليه نفس الاثـــار التي تترتب على وثيقة النقـــل .

١٧٣ــ للمرسل الحق في توجيه الشيء محل النقل طيلة بقائه في حيـازة الناقل ، وبأصدار أوامره اليه سواء بعدم مباشرة النقل أو بوقفه واعادة الشيء اليه أو بتوجيهه الى شخص اخر غير المرسل اليـــه الاصلي او الى مكان اخر أو غير ذلك من التعليمات على ان يدفع

---

(٤٣) انظر نص الفقرة الاولى والثانية من المادة ٧٣ من قانون النقل .
(٤٤) انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٤ من قانون النقل .
(٤٥) انظر نص المادة ٦٧ من قانون النقل .
(٤٦) انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٣ من قانون النقل .

المرسل اجرة ما تم من النقل وما ترتب من مصروفات وتعويض ما يلحق الناقل من ضرر بسبب التعليمات الجديدة(٤٧) . بيد ان حق المرسل بتوجيه الشيىء ينتفي عند وصول الشيىء أو عندطلب المرسل اليه تسلمه الشيىء أو بعد اخطاره بالحضور لاستلامه(٤٨).

ب ـ التزامات الناقل وحقوقه .

١٧٤ ـ التزامات الناقل هي ما يلي :ـ

١ ـ تسلم الشيىء
٢ ـ شحن الشيىء
٣ ـ نقل الشيىء
٤ ـ المحافظة على الشيىء
٥ ـ تفريغ الشيىء
٦ ـ تسليم الشيىء

١ ـ تسلم الشيىء

١٧٥ـ ان أول التزام يقع على الناقل هو ان يستلم الشيىء محل العقد كي يقوم بتنفيذ النقل . بيد ان هذا الالتزام ليس مطلقا. اذ ان بأمكان الناقل رفض التسلم اذا كان الشيىء مخالفا لما هو متفق عليه . لذا فان على الناقل عند تسلمه الشيىء اتأكد من صلاحيته للنقل ، وبعكسه فأنه يعتبر مسؤولا عن الاضرار المترتبة نتيجة سوء حالة الشيىء وقت التسلم . فبمقتضى نص المادة الثامنة والعشرين من قانون النقل ان : « تسلم الناقل الشيىء المطلوب نقله دون تحفظ يدل على أنه تسلمه بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل . فاذا ادعى عكس ذلك فعليه الاثبات » . وعلى أساس هذا المبدأ سار قضاء محكمة تمييز العراق بهيئتها العامة(٤٩) .

---

(٤٧) انظر الفقرة الاولى من المادة ٦٤ من قانون النقل .
(٤٨) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٤ من قانون النقل .
(٤٩) انظر قرار الهيئة العامة الاولى ، ١٩٧٦/١٤٢ ، مجموعة الاحكام العدلية ١٩٧٦ .

والتأكد من صلاحية الشيىء للنقل يتم من خلال فحصه • ويقرر قانون النقل هذا الحق صراحة • فللناقل التأكد من حالة الشيىء ومن مدى صحة البيانات التي قدمها المرسل بشأنه(٥٠) • واذا اقتضى فحص الشيىء فض الاغلفة أو فتح الاوعية وجب اخطار المرسل لحضور الفحص في موعد معين • فاذا لم يحضر في ذلك الموعد يجوز للناقل اجراء الفحص بغياب المرسل ، وللناقل الرجوع على المرسل أو المرسل اليه بمصروفات الفحص حسب مقتضى الحال(٥١) • واذا تحقق بعد الفحص بأن حالة الشيىء لا تسمح بنقله دون ضرر ، فله ـ للناقل ـ الخيار بين :

١ ـ رفض النقل صراحة •

٢ ـ تنفيذه بشرط ان يأخذ الناقل اقرارا من المرسل بعلمه « بحالة الشيىء وقبوله بالنقل ، وفي هذه الحالة يتم تثبيت حالة الشيىء واقرار المرسل على وثيقة النقل»(٥٢) •

٢ ـ شحن الشيىء : Le chargement

١٧٦ـ الشحن هو تحميل الشيىء على واسطة النقل ، بمعنى وضعه في المكان المعد او المناسب له في واسطة النقل تمهيدا لنقله • فهو اذن عملية مادية تستلزم في الغالب تهيئة اجهزة مناسبة لتنفيذه • وتتضمن عملية شحن الشيىء رصه L' arrimage بصورة تكفل عدم تضرره أو تضرر واسطة النقل وما عليها من أشياء اخرى ، او الحاق الضرر بالغير على وجه العموم • وبخلاف ذلك يعد الناقل مسؤولا • وتأسيسا على ذلك تذهب محكمة

(٥٠) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٨ من قانون النقل •
(٥١) الفقرة الثانية من المادة ٣٨ من قانون النقل •
(٥٢) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٨ من قانون النقل •

تمييز العراق الى ان الناقل يعتبر « مسؤولا عن الضرر الحاصل في البضاعة نتيجة سوء التحميل والربط بالاســـلاك بصـورة غير صحيحة »(٥٣) · ومع ذلك فأنه لا يحول أى مانـــع قانوني دون الاتفاق ، على قيام المرسل أو الغير بتنفيذ هذا الالتزام ، وعندها يكون المرسل أو الغير مسؤولا عن الاضرار التي تنجم عن الشحن أو الرص(٥٤) · ويستثنى من هذه القاعدة حالة ما اذا قبـــل الناقل تنفيذ النقل دون تحفظ · اذ يفترض القانون هنا انالشحن والرص «قد تما تحت مسؤوليته حتى يقيم الدليل على عكـــس ذلـــك »(٥٥) ·

٣ ــ نقل الشيىء Mise en route

١٧٧ــ على الناقل القيام بنقل الشيىء بالصيغة المتفق عليها · غـير ان هذا الالتزام يلقيعلى عاتق الناقل ضرورة مراعاة الوقت الـلازم للنقل ، والطريق المتفق عليه ، والوسائط المستعملة في النقل ·

فمن حيث الوسائط ، فان على الناقل استعمال الوسيـــائط الاعتيادية ما لم يتفق على خلاف ذلك · بيد ان هذه الوســـائط الاعتيادية يجب ان تكون صالحة للنقل « من جميع الوجود»(٥٦) ·

والمقصود هنا ان تكون الوسائط صالحة حسب المعطيات الفنيـــة اللازمة لها وان لا تلحق أى ضرر في حالة استعمالها لنقل الشيىء محل العقد ، وخلاف ذلك يعد الناقل مسؤولا · ومع ذلك فان هذه المسؤولية تنتفي فيما اذا حدد المرسل الواسطة التي يتم عليهـــا

---

(٥٣) مدنية ثانية ١٩٧٢/٥٦٦ ، النشرة القضائية ، العده الاول ، السنة الرابعة ١٩٧٣ ·
(٥٤) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٠ من قانون النقل ·
(٥٥) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون النقل ·
(٥٦) انظر نص الفقرة الاولى والثانية من المادة ٢٩ من قانون النقل ·

نقل الشيىء • فبمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والعشرين : « لا يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب الشيىء المنقول بسبب استعمال نوع معين من وسائط النقل أو عربات خاصة تم الشحن عليها بطلب من المرسل » •

وعلى الناقل ان يسلك الطريق المتفق عليه والا فباقصر الطرق ما لم تكن هناك ضرورة لاتباع طريق اخر(٥٧) • وتتمثل الضرورة للأنحراف عن الطريق « بسبب الاضطرار الى تقديم المساعدة لاى يعد صالحا لسبب اجنبي كالقوة القاهرة ، وكذلك اذا كان الانحراف عن الطريق « بسبب الاضطرار الى تقديم المساعدة لاى شخص مريض أو مصاب أو في خطر »(٥٨) • وفي جميع هذه القروض لا يكون الناقل مسؤولا عن التأخير وغيره من الاضرار ما لم يكن

اما من حيث الوقت الذي يستغرقه تنفيذ النقل فان الناقل يرتبط بالميعاد المتفق عليه في العقد أو الميعاد الذي تحدده ظروف النقل على ان يكون ذلك الميعاد معقولا يتفق ومقتضى الحال • فاذا حدث تأخير ما فان الناقل يسأل عنه ويلزم بالتعويض حسب قواعد وأحكام المسؤولية العقدية •

٤ ــ المحافظة على الشيىء :

١٧٨ــ يلتزم الناقل بالمحافظة على الشيىء من الوقت الذي يكون فيه تحت سيطرته وحيازته لغاية ايصاله الى جهة الوصول • وهذا يعني بأن على الناقل أن يبذل العناية اللازمة لضمان سلامة

---

(٥٧) انظر نص المادة ٣١ من قانون النقل •
(٥٨) انظر نص الفقرة الاولى من المادة السابعة عشرة من قانون النقل •
(٥٩) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٤٦ من قانون النقل •

الشيىء • والعناية المطلوبة هنا هي عناية الرجـــل المعتـــاد أى العناية العادية Soins normaux التي تشـــمل ليس الحفظ فقط وانما كل ما « يلزم البضاعة من تدخل يومي للصيانة التي تقتضيها عملية النقل ذاتها »(٦٠) • واذا اقتضت المحافظـة على الشيىء أثناء الطريق اعادة الحزم أو اصلاح الاغلفـــة أو زيادتها أو تخفيضها أو غير ذلك من التدابير الضروريـــة فـأن على الناقل القيام بها « واداء ما تستلزمها من مصروفات»، بيد ان له الحق هنا بالرجوع بهذه المصاريف على المرسـل أو المرســـل اليـه•(٦١) هذا ولا بد من التنويه الى ان الناقل غـــير ملـزم بالقيام بأى تدبير غير معتاد في النقل • وتحدد الفقـــرة الثانيـــة من المادة الثالثة والثلاثين من قانون النقل بعض صور التدابير غير المعتاد « برش النبات بالماء او اطعام الحيوان او سقياه او تقـــديم الخدمات الطبية له » اللهم الا في حالة الاتفاق على أن يقـــوم بها الناقـــل •

٥ ــ تفريغ الشيىء : Le dechargement

١٧٩ــ التفريغ هو اخراج الشيىء من واسطة النقل تمهيدا لتسليمه •

وتعتبر عملية التفريغ جزءا من عملية النقل ، الا أنها تختلف عن التسليم ، اذ ان التسليم عملية ينتهي بها عقد النقل • والاصل ان يقوم الناقل بالتفريغ ، على اعتبار ان هذه العملية جزء فيعملية النقل ، ويتحمل بنفس الوقت مصاريفه ما لم يتفق على خـــلاف ذلك(٦٢) • ولا مانع من ان يتولى المرسل اليه أو أى شخص اخر

(٦٠) انظر د • علي البارودي مصدر سابق ذكره ص ١٧٤ •
(٦١) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٣ من قانون النقل •
(٦٢) انظر الشطر الاول من المادة ٣٤ من قانون النقل •

عملية التفريغ ، وعندئذ يكون مسؤولا عن الاضرار التي تقع أثناء أو جراء التفريغ(٦٣) ٠

٦ ــ تسليم الشيىء : La Livraisom

١٨٠ــ لا يعني تفريغ البضاعة ان التزامات الناقل عن سلامتها قد انتفت ٠ فالناقل يبقى مسؤولا قانونا عن الشيء لحين تسليمه الى المرسل اليه ٠ ويتم التسليم بصورتين أما بصورة فعلية أوحكمية٠

ويقصد بالتسليم الفعلي ، ذلك التسليم الذي يتم الى المرسل اليه فعلا وفي المحل المتفق عليه(٦٤) ٠ وتبين الفقرة الاولى من المادة الخامسة والثلاثين من قانون النقل معنى التسليم الحكمي بقولها : « ويعتبر التسليم الى الجهات المختصة أو الى الحارس الذي عينته المحكمة تسليما حكميا » ٠

وتسليم الشيىء يقتضي من الناقل اخطار المرسل اليه بوصوله ــ وصول الشيىء ــ وان « يعلمه بالميعاد الذى يستطيع خلاله الحضور لتسلمه اذا لم يكن التسليم واجبا في محله »(٦٥) ٠ وقد يتخلف المرسل اليه عن الحضور رغم اشعاره ، أو يحضر ويمتنع عن دفع الاجرة والمصروفات المستحقة عليه ، فيجب على الناقل حينئذ اخطار المرسل بذلك وان يطلب تعليماته(٦٦) ٠ واذا لم تصل تعليمات المرسل خلال فترة مناسبة فان للناقل الطلب من القضاء « تثبيت حالة الشيىء والاذن له بوضعه تحت اشراف حارس قضائي

---

(٦٣) انظر الشطر الثاني من المادة ٣٤ من قانون النقل ٠
(٦٤) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٥ من قانون النقل ٠
(٦٥) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون النقل ٠
(٦٦) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٥٥ من قانون النقل ٠

لحساب المرسل وعلى مسؤوليته »(٦٧) · ومن الواضح أن هـــذا الاجراء يعد وسيلة لضمان حقوق الناقل وتخلصه من المسؤوليـــة التي قد تترتب جراء عدم ارسال تعليمات من المرسل ·

ويجيز القانون لقضاء مبيع الشيىء بالكيفية التي يراهـــا وايداع ثمنه صندوق المحكمة في الحالات التالية(٦٨) ·

١ ــ اذا كا نالشيىء معرضا للهلاك او التلف ·
٢ ــ اذا كان الشيىء معرضا لهبوط القيمة ·
٣ ــ اذا كانت المحافظة على الشيىء تقتضي مصروفات باهضة ·

ولا ريب بأن اجازة القضاء ببيع الشيىء في الفروض المذكورة ، انفا أمر تقتضيه الضرورة العملية وحمايـــة لمصالح الاطراف المختلفـــة ·

١٨١ــ بجانب هذه الالتزامات ، فان للناقل حقوق · وتتلخص هـــذه الحقوق أولا بالاجرة ، وفحص الشيىء محل النقل للتحقق مـــن حالته ومدى صلاحيته للنقل ، والتأكد من صحة البيانات الـــتي يقدمها المرسل · وبما أننا سبق وان تعرضنا للنقطتين الاخيرتين ، فسنبحث فقط الحق في الاجرة سواء من حيث حالات استحقاقهـــا وسقوطها وضمان استحقاقها· الاجرة حق للناقل بمقتضى المعاوضة المعقودة بينه وبين المرسل · فهي المقابل لعمليـــة النقل التي يلتزم بتنفيذها الناقل لمصلحة المرسل · ويحدد الاتفاق مقـــدار الاجرة وميعاد ومكان الوفاء بها · والغالب ان مقدار الاجرة لا يـــكون موضع نقاش ومفاوضة بين الاطراف الا عند تعاقد المرسل مـــع ناقل من القطاع الخاص أى وكما يطلق عليه « ناقـــل حـــر »

---

(٦٧) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة ٥٥ من قانون النقل ·
(٦٨) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة ٥٥ من قانون النقل ·

Transporteur Libre · وخلاف ذلك فان الاجرة تخضع عموما لتعريفة محددة ابتداء من قبل مؤسسات القطاع الاشتراكي التي تتولى أعمال النقل · ولا بد من التنويه الى ان جميع ما ينفقه الناقل من مصروفات اضافية ، كمصاريف الوزن والعد والقياس وغير ذلك ، يضاف الى مبلغ الاجرة ·

والاصل ان المرسل هو الملتزم بدفع الاجرة ، وتبعا لذلك فان الوفاء بها يتم عند تسليم البضاعة · بيد ان المرسل اليه قد يكون الملتزم بدفع الاجرة ، وهنا يكون الوفاء بها عند وصول البضاعة · وأيا كان الامر فان تحديد الملتزم بدفع الاجرة يستند على اتفاق سابق بين المرسل والمرسل اليه ، ولا علاقة للناقل بهذا الاتفاق · عليه فان لناقل الحق في الرجوع على المرسل عند نكول المرسل اليه عن دفع الاجرة ·

ويسقط حق الناقل بالاجرة أو بجزء منها اذا تحققت حالة مما يلي :(٦٩) ·

١ ـ اذا هلك الشيىء بقوة قاهرة ·

٢ ـ اذا حالت القوة القاهرة دون مباشرة النقل ·

٣ ـ اذا باشر الناقل النقل ولكن حالت القوة القاهرة دون الاستمرار فيه فللناقل اجرة ما تم من النقل ·

ولا حاجة للقول بأن هذه الاحكام تتوافق وقواعد العدالة ، فمن العدالة ان يتحمل كل من الناقل والمرسل نتائج القوة القاهرة· غير ان سقوط الاجرة كلا أو جزء لا يحرم الناقل من المطالبة بمصروفات الشحن والتفريغ وغيرها من المصروفات الضرورية(٧٠)

---

(٦٩) انظر المواد : ٤٠ و ٤١ بفقراتها ، من قانون النقل ·

(٧٠) انظر نص المادة ٤٢ من قانون النقل ·

والقول بخلاف ذلك يؤدي في الواقع الى نوع من الكسب دون سبب على حسا ب الناقل • وقد يقع بان يدفع المرسل أو المرسل اليه مبلغ يتجاوز مقدار الاجرة المتفق عليه • فاذا كانت الزيادة تعود لمبرر مقبول فانه يصح ذلك • ولا يمكن للمرسل أو المرسل اليه استرداد الزيادة • وتتجسد هذه الحالة عندما تكون هناك زيادة في مدة النقل أو المسافة عن القدر المتفق عليه • وخلاف ذلك فان من حق من دفع زيادة على الاجرة ان يسترد ما دفعه من زيادة(٧١)، والا كان هناك كسب دون سبب لمصلحة الناقل •

وللناقل ضمان خاص لاستيفاء اجرة النقل • فله وبحكم القانون حبس الشيىء اذا لم يستوف اجرته • اذ تقرر المادة التاسعة والثلاثون من قانون النقل انه « للناقل حق حبس الشيىء الذي يقوم بنقله لاستيفاء اجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة له بسبب النقل من ثمنه ما دام هذا الشيىء في حيازته » • ويستند هذا الحكم على القاعدة التالية : « ان من يصبح دائنا لاخر بسبب حيازته شيئا يتعين عليه رده يجوز له حبسه حتى يستوفى منه ما هو دائن به له »(٧٢) • ولم يكن هذا الحق مقررا في قانون التجارة الملغي . بل اقتصر ضمان الناقل على حق بالامتياز على ثمن البضاعة(٧٣) ، في الوقت الذي لم يتعرض قانون النقل لحق الامتياز أو يقرره لمصلحة الناقل • لذا فليس لهذا الاخير حق امتياز على ثمن الشيىء ، ولو ان بعض الفقه يميل الى منحه

---

(٧١) انظر نص المادة ٤٣ من قانون النقل •

(٧٢) انظر د • عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ذكره ص ٢٠٢ •

(٧٣) انظر المواد : ٢٧٣ و ٢٩٧ من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ •

مثل هذا الحق(٧٤) ، رغم غياب النص ، الا ان هذا التصـــور لا يستقيم حسب تقديرنا اذ لا امتياز الا بنص ٠

ج ــ التزامات المرسل اليه وحقوقه :

١٨٢ــ لا يعتبر المرسل اليه طرفا في عقد النقل ، ومع ذلك فأنه يكتسب من هذا العقد حقوقا في مواجهة الناقل ويتحمل بنفـــس الوقت التزامات ٠ ويقر الفقه عموما بأن المرسل اليه هو شخص من أشخاص العقد ، يكتسب منه حقوقا ويتحمل التزامات تجاه الناقل والمرسل انطلاقا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير(٧٥) ٠ فهـــو في مركز المستفيد لا يثبت له الحق الا عند وصول الشيىء اليه ٠ أما الالتزامات فتترتب عليه من لحظة اظهار رغبته في التمسك بالعقد ٠

والظاهر من نصوص أحكام قانون النقل ان المشرع العـــراقي قد أخذ بهذا التصور ٠ اذ تنص المادة الخامسة والستون من القانون المذكور على أنه : «

١ ــ لا تثبت للمرسل اليه الحقوق الناشئة عن عقد النقل ولا يتحمل الالتزامات الناتجة عنه الا اذا قبل هـــذه الحقوق والالتزامـــات صراحة أو ضمنا ٠ ٢ ــ يعتبر على وجه الخصوص قبولا ضمنيا من المرسل اليه تسلم وثيقة النقل أو الشيىء محل النقل أو المطالبـــة بتسليمه أو اصداره تعليمات بشأنه ٠

وأيا كان الامر فأن ألتزامات المرسل اليه هي تسلم الشيىء محـل العقد عند وصوله في الميعاد المعين له من قبل الناقل ، وعنـد تخلفه فأنه يلتزم بمصروفات الخزن ، ويحق للناقل اذا مضـــت مـدة

---

(٧٤) انظر د ٠ عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ذكره ص ٢٠٢ ٠
(٧٥) انظر د ٠ علي البارودي ، مصدر سابق ذكره ص ١٦٨ مـــع مختلف الاراء التي قيلت بهذا الصدد ٠

الميعاد ، نقل الشيىء الى محل المرسل اليه مقابل اجرةاضافية(٧٦) ٠ ومتى تقدم المرسل اليه بتسلم الشيىء وجب على الناقل تمكينه من اجرائه ٠ بيد ان للمرسل اليه الحق بطلب فحص الشيىء لكي يطمئن على سلامته من العيوب الظاهرة والخفية قبل تسلمه له ٠

وعلى الناقل ان يسمح له بالفحص ، وبخلاف ذلك فانه يجوز للمرسل اليه رفض تسلم الشيىء ٠ من جانب اخر ، فان على المرسل اليه ان يثبت بعد فحصه الشيىء تحفظه على حالة الشيىء اذا وجده تالفا أو هالكا جزئيا وأشعار الناقل كتابة بذلك خلال ثلاثين يوما من تأريخ تسلمه الفعلي ٠ « ويعتبر عدم قيامه بذلك قرينة على أنه قد تسلم الشيىء بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل»(٧٨) ٠ وعلى هذا الاساس قضت محكمة التمييز أنه : « لا يكون الناقل مسؤولا عن هلاك الشيىء أوتضرره بعد تسليمه الى المرسل اليه دون تحفظ »(٧٩) ٠ وانه « اذا تسلم المستورد المكائن دون تحفظ ، ونقلها الى داره وباشر بنصبها وتعذر على الخبير بيان ما اذا كان تضرر البضاعة قد نتج بفعل المستورد أو الناقل أو الكمارك ٠٠٠٠ فلا يمكن مساءلة الناقل أو الكمارك عن الضرر »(٨٠) ٠ وفي قرارها المرقم ١٩٧١/٦٩٢، تقرر أنه « يسقط حق اقامة الدعوى على الناقل عن التلف أو

---

(٧٦) انظر نص المادة ٦٦ من قانون النقل ٠
(٧٧) انظر نص المادة ٦٨ من قانون النقل ٠
(٧٨) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٦٩ من قانون النقل ٠
(٧٩) مدنية ثالثة ١٩٧٥/١٢٠١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ١٩٧٦ ٠
(٨٠) هيئة عامة ١٩٧٥/٣٣٢ ، مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السابعة ١٩٧٦ ٠

النقص في البضاعة اذا كان المرسل اليه قد استلم البضاعة ولم يجر الفحص عليها لاثبات النقص أو التلف قبل استلامها»·(٨١) · وان : « تسلم البضاعة من قبل المرسل اليه وتصرفه بها دليل على عدم حصول اضرار بها خلال خزنها في الكمارك·· »(٨٢) · ومع ذلك فان الحاجة الى تثبيت التحفظ كتابة قد تنتفي فيما اذا تم فحص الشيىء ومعاينته وقت تسليمه من قبل الناقل والمرسل اليه(٨٣) ·

وينضوي تحت التزامات المرسل اليه اخيرا أداؤه لاجرة النقل والمصروفات المستحقة للناقل · فاذا كان الاصل هو ان يؤدي المرسل تلك الاجرة مع المصاريف ، فان من الممكن ، مع ذلك ، ان يتفق على تحمل المرسل اليه الاجرة والمصاريف · بيد ان مثل هذا الاتفاق لا يبرىء المرسل من ألتزامه بأداء الاجرة للناقل بصورة مطلقة · اذ يكون ـ المرسل ـ في هذه الحالة مسؤولا بالتضامن مع المرسل اليه عن دفع اجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة(٨٤) ·

ثانيا : اثار العقد في نقل الاشخاص :

١٨٣ـ يختلف عقد نقل الاشخاص عن عقد نقل الاشياء في ان النقل الاول لا يوجد فيه غير طرفين هما : الراكب والناقل · فطبيعة

---

(٨١) انظر النشرة القضائية ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ ص ٧٩ ·
(٨٢) انظر هيئة عامة ١٩٧٢/٥٣ ، النشرة القضائية العدد الاول ، السنة الرابعة ١٩٧٣ ص ١٤٨ ·
(٨٣) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٩ من قانون النقل ·
(٨٤) انظر الشطر الثاني من المادة ٦٠ من قانون النقل ·

العقد لا تسمح بالاطراف الثلاثة الذين عرفناهم في عقـــد نقـــل الاشياء ، لان الراكب يقوم مقام المرسل والمرسل اليه معا ٠ونظرا للالتزامات المختلفة التي يرتبها عقد نقل الاشخاص بالنسبةلاطرافه فاننا نتعرض أولا لالتزامات وحقوق النـــــاقل ومن ثم لالتزامات وحقوق الراكب ٠

١ ـ التزامات الناقل وحقوقه :

يقع على الناقل في نقل الاشخاص التزامان أساسيان هما : نقـــل الراكب وأمتعته ، والمحافظة على سلامته أثناء النقل ٠

١ ـ نقل الراكب وأمتعته ٠

١٨٤ـ يجب على الناقل ايصال الراكب الى الجهة المقصودة في الميعـــاد المتفق عليه ٠ ويتحدد هذا الميعاد أما باتفاق الطرفين أو من خلال نشرات دورية يعلنها الناقل للجمهور ويلتزم بتنفيذهـــا ، كما هو الامر بالنسبة للنشرات التي تصدرها منشأة السكك الحديدية أو منشأة نقل المسافرين(٨٥) ٠ فاذا أخل الناقل في تنفيذ مـــا ورد في تلك النشرات وتأخر وصول الراكب عن الميعاد المحدد كـــان الناقل مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب من جـراء ذلـــــك ٠

ويتم نقل ، الراكب بوسائط صالحة للنقلمنجميعالوجوه(٨٦)٠ وارتباطا بهذا الالتزام ، فانه يجب على النـــاقل ان يوفر للراكب مكانا في الدرجة التي تعاقد عليها ، فاذا ازدحمت واسطة النقـــل

---

(٨٥) والواقع ان مواعيد النقل أصبحت تحدد عموما في جميع أنواع النقل دون تميز ٠

(٨٦) انظر نص الفقرة الاولى من المادة التاسعة من قانون النقل ٠

بحيث لم يتمكن الراكب من الحصول على هذا المكان ، أو أضطر الى الركوب في درجة أدنى من درجته ، فان له حق العدول عن النقيل (٨٧) ، وفي حالة عدم عدوله فان الناقل يكون مسؤولا عن دفع الفرق في اجرة النقل للراكب فضلا عن تعويض الضرر ان كان له مقتضى ٠(٨٨) وعلى الناقل أيضا ان يهيأ للمسافر الراحة المناسبة أثناء السفر ٠ واذا التزم أن يقدم للراكب ، مقابل اجرة اضافية ، خدمات اخرى ، فان عليه القيام بهذه الخدمات وتقديمها والا كان مسؤولا عن رد المقابل(٨٩) ، بالاضافة للتعويض ان كان التعويض مقتضى ٠

أما بخصوص أمتعة الراكب ، فان الناقل يلتزم بأيصال تلك الامتعة الى المكان المقصود ٠ وينصرف مفهوم الامتعة الى اللوازم الشخصية مضافا اليها « الحيوانات المرخص للناقل بنقلها »(٩٠)٠

ويميز قانون النقل بين نوعين من الامتعة :

اولا : الامتعة المسلمة للناقل ـ الحقائب ـ وتخضع للاحكام الخاصة بنقل الاشياء(٩١) ٠

ثانيا : الامتعة المرافقة التي يحتفظ بها الراكب معه وتكون في حراسته فان الراكب يكون مسؤولا عنها وعن الاضرار التي تسببها للغير أو لواسطة النقل اللهم الا اذا أثبت صدور خطأ من الناقل أو من

---

(٨٧) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٣ من قانون النقل ٠
(٨٨) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من قانون النقل ٠
(٨٩) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣ من قانون النقل ٠
(٩٠) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ١٩ من قانون النقل ٠
(٩١) تقضي الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من قانون النقل أنه : « يخضع نقل الامتعة التي تسلم للناقل للاحكام الخاصة بنقل الشيىء » ٠

أحد تابعيه . ومع ذلك فان للغير مطالبة الناقل بالتعويض عن الضرر ، ويكون للناقل حق الرجوع على الراكب بما أداه من تعويض . اذ تقرر كل من الفقرة الثانية والثالثة من المادة التاسعة عشرة ما يلي : « ثانيا : لا يكون الناقل مسؤولا عن ضياع الامتعة التي يحتفظ بها الراكب أو هلاكها أو تلفها ولا عما يلحق بالحيوانات المصاحبة له من اضرار الا اذا أثبت الراكب خطأ الناقل أو خطأ تابعيه .

ثالثا : يسأل الراكب عما يلحق الناقل أو الغير من ضرر بسبب الامتعة أو الحيوانات المصاحبة للراكب ، ولا يمنع هذا من قيام الغير ، بمطالبة الناقل بالتعويض عما اصابه من ضرر ، ولهذا الاخير حق الرجوع على الراكب بما دفعه من تعويض » .

وعلى أية حال فان على الناقل احتياطا فحص أمتعة الراكب وبحضوره قبل ابتداء النقل أو أثناءه لغرض التحقق من مطابقة الامتعة لشروط العقد(٩٢) .

٢ ـ المحافظة على سلامة الراكب أثناء النقل :

١٨٥ـ على الناقل ايصال المسافر أو الراكب سليما الى جهة الوصول. ويطلق على هذا الالتزام بالتزام السلامة(٩٣)، وهو التزام

---

(٩٢) يمنح قانون النقل هذا الحق للناقل صراحة . انظر نص المادة السادسة عشرة منه .

(٩٣) ضمان السلامة من الالتزامات التي عرفت تطورا تاريخيا مهما منذ بداية انتشار استعمال الاله . اخضع ابتداء لاحكام المسؤولية التقصيرية ثم لاحكام المسؤولية التعاقدية الى ان استقر القضاء على اعتباره التزاما عقديا يخضع بالتالي لاحكام المسؤولية العقدية . للتفصيل راجع د . عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ذكره ص ٢٥٢ وما يليها .

أساسي لا يمكن للناقل التملص منه ، فكل شرط يتضمن أعفاء الناقل كليا أو جزئيا من هذا الالتزام يعد باطلا(٩٤) . ويضمن الناقل سلامة الراكب أيا كانت الواسطة المستخدمة في النقل وحتى لو تم النقل بالمجان(٩٥) .

ويجب أن يلاحظ بأن التزام الناقل هذا لا يقتصر على بذل العناية اللازمة من أجل سلامة الراكب . فلايجدي الناقل نفعا ان يثبت بأنه قام بجميع الاحتياطات من أجل نقل الراكب سالما الى الجهة المقصودة . ذلك أن التزام الناقل بتوصيل الراكب سالما هو التزام بنتيجة وليس التزام بوسيلة ، بمعنى أن الناقل يلتزم بتحقيق غاية معينة هي وصول الراكب سالما الى الجهة المقصودة ، وليس التزام بتحقيق عناية(٩٦) . عليه اذا أصاب الراكب ضرر فأن الناقل يكون قد أخل بتنفيذ التزامه لانه لم يحقق النتيجة المطلوبة . ويمتد التزام المحافظة على سلامة الراكب من وقت الشروع في الصعود لواسطة النقل ولغاية النزول منها عند الوصول .

وفي حالة تعدد أرصفة وقوف واسطة النقل(تعدد المواقع) فأن الناقل يعتبر مسؤولا من لحظة دخول الراكب الى تلك الارصفة

---

(٩٤) انظر نص الفقرة الاولى من المادة العاشرة من قانون النقل .
(٩٥) انظر نص الفقرة الثانية من لمادة العاشرة من قانون النقل .
(٩٦) انظر د . محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، ٧٢ ص ٩٧ .
د . حافظ ابراهيم ، مصدر سابق ، ذكره ص ٥١٠ وما يليها . بهذا المعنى أيضا د . مجيد العنبكي ، مصدر سابق ذكره ص ٧٤ وما يليها .

ولغاية خروجه منها في مكان الوصول(٩٧) · بيد أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يشمل النقل الجوي والنقل البحري(٩٨) · هـذا ولا يعد الناقل مسؤولا عن الضرر الذي يصيب الراكب في الحالتين التاليتين(٩٩) :

١ ـ حالة انتقال الراكب من واسطة الى اخرى بدون حراسة الناقل اذا اقتضى النقل تغيير واسطة النقل في الطريق ·

٢ ـ حالة تجوال الراكب خارج المحل المعد للاستراحة المعين من قبل الناقل ·

ب ـ التزامات الراكب وحقوقه :

١٨٦ـ تقتصر التزامات الراكب على ما يلي :

١ ـ اداء أجرة النقل ·

٢ ـ اتباع تعليمات الناقل ·

١ ـ اداء الاجـرة ·

١٨٧ـ على الراكب اداء اجرة النقل في موعدها المحدد(١٠٠) ·

---

(٩٧) انظر نص الفقرتين ٣ و ٤ من المادة العاشرة نقل · ومما تجدر الاشارة اليه أن بعض الفقه يرى بأن مسؤولية الناقل تقتصر على الحوادث التي تقع للراكب أثناء السفر من لحظة اتخاذ الراكب مكانه في العربة لغاية وصوله ومغادرته لها · أمـا ما يحدث قبل ذلك أو بعد الوصول فأن مسؤولية الناقـل هي مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية · انظر د · حافظ محمد ابراهيم مصدر سابق ذكره ص ٥١١ ·

(٩٨) انظر المواد ١٢٧ و ١٣٠ نقل ·

(٩٩) الفقرة الخامسة من المادة العاشرة نقل ·

(١٠٠) الفقرة أ من أولا من المادة ١٨ نقل ·

وينظم الاتفاق بين الطرفين كيفية اداء الاجرة • بيـــد أن الراكب قد يضطر أحيانا الى الوفاء بأجرة النقل قبل القيـــام بعملية النقل ، ويقع هذا الفرض عموما في حالة كـــون تعليمـــات الناقل تقضي بالحصول على تذكرة السفر قبل بدء النقل •

وغالبا ما يكون تحديد أجرة النقل بمعرفة الناقل بحيث يتعين على الراكب الاذعان لهذا التحديد اذا كان حريصا على ابـــرام العقد • ويعلن الناقل عن اجرة النقل بصورة تعريفـــة محددة للجمهور ولا يقبل المناقشة فيها ، كما هو الامر مثلا بالنسبة للنقل في السكك الحديدية أو شركات النقل البري والجوي • وعلى أيـة حال فان قانون النقل يضع قاعدة عامة بصدد تحديد الاجرة • اذ تقرر المادة الخامسة عشرة منه ما يلي :« تحدد اجرة نقل الشخص داخل العراق وفقا للتعريفات المقررة من قبل الجهات المختصـــة ولا يجوز مخالفتها » •

متى تستحق الاجرة ؟

تستحق الاجرة ولو لم يحضر الراكب في الوقت المعين للنقـــل • بيد أن التخلف عن الحضور لا يفقد الراكب حق طلب تنفيذالنقل لاحقا في حالة دفعه للاجرة مقدما ، اذا كان قـــد أخطر الناقل بتخلفه • ويستثنى من هذه القاعدة النقل الداخلي بالسيارات فلا يمكن للراكب الاتفاق مع الناقل على تنفيذ النقل لاحقا عنـــد تخلف الاول عن ميعاد النقل(١٠١) • ولا بد من التنويـــه الى ان الراكب يتعرض الى نوع من الجزاء فيما اذا : « استقل واســـطة النقل دون دفع الاجرة أو تهرب من دفعهـــا اذا كانت مستحقه

(١٠١) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون النقل •

الدفع أثناء النقل ، فيلزم بدفع اجرة مضاعفة على ان لا تقل عن خمسة دنانير »(١٠٢) ٠

متى تسقط الاجرة ؟

تسقط الاجرة اذا الغي النقل قبل مباشرته لسبب يعود الى الناقل أو تابعيه أو الى الوسائط المستعملة في النقل(١٠٣) ٠ ونرى أن يصار في هذه الحالة أيضا الى تعويض الراكب عما يلحق به من ضرر على وجه الخصوص بسبب التأخير ٠

ولا يستحق الناقل اجرة النقل أيضا ، اذا عدل الراكب عن النقل قبل مباشرته وأخطر الناقل بعدوله قبل مدة لا تقل عن أربعة وعشرين ساعة من الموعد المعين لتنفيذ النقل ، أو عند الضرورة القصوى في اليوم نفسه(١٠٤) ٠

ومن البديهي أن الاجرة تسقط كذلك عند قيام قوة قاهرة تحول دون تنفيذ النقل ، أو قيام ظروف معينة تجعل النقل خطرا على سلامة الركاب وأرواحهم(١٠٥) ٠

ويجب التمييز بين حالة عدول الراكب عن النقل وتعطل النقل ، بعد مباشرة تنفيذه ٠ فاذا تعطل النقل بعد مباشرته لسبب يعود الى الناقل او تابعيه او الى الوسائط المستعملة فللراكب الخيار

---

(١٠٢) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون النقل ٠
(١٠٣) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٢٢ من قانون النقل ٠
(١٠٤) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٢٠ من قانون النقل ٠
(١٠٥) عالج قانون التجارة الملغي هذه الحالة من خلال نص المادة ٢٩١ الفقرة الاولى ٠

بين العدول عن النقل ، ويتحمل الناقل هنا مصاريف ايصاله الى المحل المتفق عليه ، او الانتظار لغاية عودة حركة النقل · ولا يطالب الراكب في هذه الحالة بأى مبلغ اضافي(١٠٦) · أما اذا عدل الراكب عن النقل بعد مباشرته فأن الاجرة تستحق كاملة ، الا اذا كان العدول بسبب ضرورة قصوى ، فلا يستحق الناقل الا اجرة الجزء الذي تم تنفيذه من النقل(١٠٧) · بيد أن المشرع يسمح للراكب بالعدول واسترداد كامل الاجرة اذا كان النقل يتم بمواعيد منتظمة ومقررة مسبقا وتأخر تحرك واسط النقل عن تلك المواعيد لمدة ساعة في الاقل(١٠٨) ·

هذا ولا بد من الاشارة الى ان للراكب ، الذي دفع الاجرة مقدما وحصل تبعا لذلك على بطاقة أو تذكرة النقل ، الحق في التنازل عن هذه التذكرة للغير قبل مباشرة النقل · بيد ان هذا التنازل لا يعتد به فيما اذا كانت التذكرة قد صرفت بأسم الراكب وكانت هناك اعتبارات معينة في تحديد أجرة النقل · فبمقتضى نص المادة الحادية والسبعين من قانون النقل : « يجوز التنازل عن تذكرة النقل قبل مباشرته ، الا اذا كانت التذكرة بأسم الراكب أو روعي في اعطائها له اعتبارات خاصة » ·

ومن جملة تلك الاعتبارات الخاصة التي تراعي في صرف تذكرة النقل منح التذكرة للطلبة والمسنين والمتقاعدين والشباب والسفرات الجماعية ··· الخ ·

---

(١٠٦) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من قانون النقل ·
(١٠٧) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون العمل ·
(١٠٨) انظر نص المادة ٢١ من قانون العمل ·

ومهما يكن من أمر فأن للناقل ضمان قانوني لاستيفاء أجـــــرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة له بسبب النقل · ويتمثـــل هذا الضمان بحبس أمتعة الراكب وأستيفاء تلك المبالغ من ثمنها ما دامت أمتعة الراكب في حيازة الناقل(١٠٩) ·

٢ ـ أتبـــاع تعليمات الناقل ·

١٨٨ـ على الراكب مراعاة تعليمات الناقل الخاصة بالنقـل(١١٠) · فلا يجوز له الاخلال بالنظام المقرر للخدمات وحسن انتظام النقل والتعسف في التصرف · فمن الضروري مثلا أن يستعمل الراكـب واسطة النقل من الجهة المخصصة للصعود ، وان يكون النزول من المكان المخصص لذلك ·

ويجب أن يراعى راحة غيره من المسافرين ، وان يحتفظ بتذكرة النقل لحين انقضاء السفر ، كما ويجب عليه ان يقدمها كلمـــا طلب منه ذلك ، وأن يستعمل المكان المبين في تذكرة النقل مـــن حيث درجتـــه ·

والتزام أتباع التعليمات هو التزام عام واجب التطبيق عـــلى جميع الاشخاص دون استثناء أو تمييز ، وكل اتفاق خلافه لاينتج اثره الا بين أطرافه ·

---

(١٠٩) انظر نص المادة الرابعة عشرة من قانون النقل · والواقـع ان حق الحبس لا يرتب امتيازا للناقل ، لان الامتياز لا يثبت الا بنص قانوني ، وحق الحبس يشمل حسب الرأى الراجح الامتعة المسلمة للناقل وتلك التي تكون بحيازة الراكب أثناء النقل ·

(١١٠) انظر البند (ب)من الفقرة الاولى من المادة ١٨ من قانـــون النقـــل ·

ويعد هذا الالتزام ، من جانب اخر ، التزام أدبي يفرضه واقع حماية المسافرين « وضمان راحتهم والمحافظة على وسائط النقل » ٠

ثالثا : مسؤولية الناقل :

١٨٩ـ نتعرض في موضوع مسؤولية الناقل الى دراسة أحكامهـــا في نقل الاشياء ثم نتعرض بعد ذلك للمسؤولية في نقل الاشخاص ٠

أ ـ مسؤولية الناقل في نقل الاشياء ٠

١٩٠ ـ تتقرر مسؤولية الناقل في نقل الاشياء في حالات ثلاثة هي : الهلاك ، التلف ، والتأخير(١١١) ٠ وتبدأ هذه المسؤولية من وقت تسـليم الناقل للشيىء وتنتهي بتسليمه الى المرسل اليـــه وفق أحـــكام القانون(١١٢) ٠ ولا تقتصر المسؤولية على أفعال الناقـل فقط ، بل تمتد الى أفعال تابعية ايضا ٠

ويعتبر تابعا للناقل كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذالالتزامات المترتبة على عقد النقل ٠ وبما أن مسؤولية الناقل تمتد مـــن وقت التسلم لحين التسليم ، فانه يسأل عن الضرر الناشىء عـــن العيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم ، اذا كان عالما بالعيب ٠

ويعتبر الناقل عالما بالعيب اذا كان ظاهرا أو كان ممـــا لا يخفي على الناقل المعتاد(١١٣) ٠ أما اذا كان الشيىء صالحـــا للنقل من جميع الوجوه فأن مسؤولية الناقل تقوم ، كما بينـــا في حالة الهلاك ، والتلف والتأخير ٠

---

(١١١) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٤٦ من قانون النقل ٠
(١١٢) انظر الفقرة الاولى من المادة ٢٧ من قانون النقل ٠
(١١٣) انظر المادة ٤٥ من قانون النقل ٠

١ ـ الهـــلاك ٠ La Perte

١٩١ـ يسأل الناقل عن هلاك البضاعة ٠ ويقصد بهلاك البضـــــاعة زوالها أو تدميرها وعدم العثور عليها ، ويمكن ان يقال بـــأن البضاعة تعتبر هالكة اذا لم تصل الى المرسل اليه في فترة زمنيـــة معينة ٠ والهلاك أما كلي Total أو جزئي Partiel والهلاك الكلي هو الذى يتعلق بالبضاعة كلها ، كما لو غـــرقت او احترقت ٠ أما الهلاك الجزئي ، فهو الذي يتعلق ببعض البضاعة دون البعض الاخر ، كما لو وصلت البضاعة ناقصة من حيث الوزن أو من حيث عدد الطرود (الحجم) ٠

وقد يكون الهلاك حكميا ، وتحدد الفقرة الثانية من المـــادة السادسة والثلاثين من قانون النقل متى يعتبر الشيىء في حـــكم الهالك ، اذ تقول ، « يعتبر الشيىء في حكم الهالك اذا لم يقم الناقل بتسليمه الى المرسل اليه أو أخطاره بالحضور لتسلمه خلال خمسة وأربعين يوما من انقضاء موعد التسليم » ٠ ومع ذلك فان المشرع قد أورد علي هذا الحكم أستثنائين :

الاول : يتعلق بنقل الشيىء في السيارات ٠ اذ تقرر المادة ١١٠ من قانون النقل بهذا الصدد ما يلي « ٠٠٠٠ يعتبر الشيىء في حكم الهالك في حالة عدم تسليمه بعد مرور خمسة وأربعين يوما من الموعـــد المحدد للتسليم ٠ وفي حالة عدم تحديد موعد فيعتـــبر الشيىء في حكم الهالك اذا لم يسلم بعد مرور تسعين يوما على تسلم الناقل الشيىء » ٠

الثاني : قرر في اطار نقل الشيىء بحرا ٠ فبمقتضى نص المـادة ١٣٣ من قانون النقل « يعتبر الشيىء في حكم الهالك اذا لم يقم الناقـل

بتسليمه الى المرسل اليه أو اخطاره بالحضور لتسليمه خلال ستين يوما من انقضاء موعد التسليم » ٠

٢ ـ التلـــف L.Avarie

١٩٢ـ يسأل الناقل عن تلف البضاعة ٠ ويقصد بالتلف حالة وصـــول البضاعة كاملة من حيث الوزن أو الحجم أو غيره ولكنها معيبـــة أو بها عوار معين ، كما لو وصلت الفاكهة او الخضار في حـــالة عطب أو كما لو وجد في البضاعة كسر ٠ وقد يشمل العيـــب البضاعة كلها أو جزء منها تبعا لطبيعة العوار شـــاملا كان أم جزئيا ٠ وتعيب البضاعة يعني كونها لم تعد صالحة للاستخـــدام الذي أعدت له ، أو أن استخدامها لم يكن بالشكل الكامل فيمـــا لو لم تصب بالتلف ٠ ومن البديهي أن الناقل لا يسأل عن العوار الذي يوجد في الشيىء ، اذا كان مثبتا في مستندات النقـــل من قبل الناقل(١١٤) ٠

٣ ـ التأخـــير Le Retard

١٩٣ـ يسأل الناقل عن التأخير في وصول الشيىء ٠ ويقصد بالتأخير حالة وصول البضاعة بعد الوقت الذي كان يجب وصولها فيـــه ٠ وتحدد المادة ٣٦ من قانون النقل مفهوم التأخير كما يلي :ـ

« يعتبر تأخيرا في تسليم الشيىء اذا لم يتم في الموعد المحـــدد ، وعند عدم تحديد موعد فمن انقضاء الوقت الذي تستغرقه عملية النقل التي يقوم بها الناقل الحريص في الظروف ذاتهـــا » ٠

---

(١١٤) أنظر تمييز حقوقية ثالثة ٤٨٣/١٩٧٠ ، النشرة القضـائية ، العدد الثاني ١٩٧١ ٠

وتشير المادة ٣٢ من القانون نفسه الى أنه من الممكن ترك تحديد ميعاد الوصول لظروف النقل . إذ يقرر النص المذكور أنه : « يلتزم الناقل بتوصيل الشيىء في الميعاد المتفق عليه ، والا في ميعاد معقول تحدده ظروف النقل » .

ولما كانت مسؤولية الناقل تمتد بحكم القانون من حين تسلمه للشيىء ولغاية تسليمه له ، فانها تنتفي عند تسليم الشيىء الى المرسل اليه أو الى من يقوم مقامه . ولا تتحقق مسؤولية الناقل أيضا اذا تم نقل الشيىء في حراسة المرسل أو المرسل اليه ، اللهم الا اذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه(١١٥) .

أن مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية مبنية على قيامه بتحقيق غاية أو نتيجة . لذا فأن تخلف الناقل عن تحقيق تلك الغاية أو النتيجة يؤدي الى تحقق مسؤوليته ، اذ يعني ذلك دلالة بمفهوم القرينة على تحقق الخطأ العقدي .

وينبغي على ذلك ان على الناقل ان لا يتوانى بأية صورة كانت عن بذل العناية اللازمة للمحافظة على الشيىء طيلة النقل ولغاية وصوله الى جهة الوصول(١١٦) .

وهذا التصور لاساس المسؤولية يشمل مفهوم ما طرحه البعض من أن مسؤولية الناقل ، سواء في نقل الشيىء أو نقل الشخص ، تقوم على فكرة (العهدة) بمعنى أن مسؤولية الناقل تتقرر ما دام الشيىء أو الشخص « تحت سيطرة أو رقابة أو توجيه الناقل»(١١٧) . ونحن لا نرى بأن هذا المفهوم يختلف عن فكرة

---

(١١٥) انظر المادة ٤٧ من قانون النقل .

(١١٦) انظر نص المادة ٣٣ بفقراتها ، من قانون النقل .

(١١٧) انظر د . مجيد حميد العنبكي ، مصدر سابق ذكره ص ٧١ وما يليها .

تأسيس مسؤولية الناقل على التخلف عن تحقيق غاية أو نتيجة · فكلا المفهومين يؤدي الى نتيجة واحدة حسب تصورنا ولا خلاف بينهما الا من حيث استعمال مصطلح « العهدة » لا غير · واذ كان الناقل يعد بحكم القانون مسؤولا في نقل الشخص من لحظة دخول الراكب الى أرصفة وقوف واسطة النقل ولحين خروجه منها(١١٨) ، فأن امتداد المسؤولية هنا يستند على صلة التزام الناقل بالمحافظة على سلامة الراكب ، بعقد النقل بحيث لا يمكن ان ينفصل عنه ، وأنه حالة ضرورية للعقد متأتية نتيجة التطور الكبير الذي شهده قطاع النقل · وعلى هذا الاساس مد المشرع العراقي التزام الناقل بسلامة الراكب ليشمل الفترة المبتدأة من دخوله أرصفة النقل ولغاية خروجه منها ، عدا ما هو مقرر بصدد النقل الجوي والنقل البحري ، كما بينا ذلك انفا ·

واذا كان أساس مسؤولية الناقل هو التزامه بتحقيق نتيجة ، فأن ذلك لا يعني بأى حال أنه يسأل في نقل الشيىء هما يلحق ذلك الشيىء عادة بحكم طبيعته من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل · واذا كانت وثيقة النقل تتضمن أشياء مقسمة الى مجموعات أو طرود ، حدد النقص المتسامح فيه على أساس الوزن لكل مجموعة أو كل طرد اذا كان الوزن معينا على وجه الاستقلال في وثيقة النقل ، أو كان من الممكن تعينه · من جانب اخر فان الناقل يعفى من المسؤولية اذا كان الضرر من هلاك أو تلف أو تأخير نتيجة سبب أجنبي لا علاقة للناقل به · ويدخل في مفهوم السبب الاجنبي ما يلي :

---

(١١٨) انظر نص المادة العاشرة بفقرتيها الثالثة والرابعة ، مع الاخذ بنظر الاعتبار ما ورد في نص المادة ١٣٠ بخصوص النقل البحري ، والمادة ١٢٧ بخصوص النقل الجوي ·

١ ـ القوة القاهرة : ويقصد بالقوة القاهرة كل حادث خارجي يتسم بطابع الاهمية والاستحالة من حيث دفعه ، او كل حادث خارجي لا يكون بوسع الرجل الحريص العادي التكهن به أو التغلب عليه ، كالاحوال الجوية الاستثنائية مثلا أو عمل الادارة كالمصادرة • ولا يعتبر حسب هذا المفهوم قوة قاهرة انفجار وسائط النقل أو احترافها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليها أو تصادمها ، وعموما كل حادث يرجع الى الادوات والالات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل • وعلى هذا الاساس تقرر محكمة التمييز أنه : « الحريق الذي يقع بالأخشاب المشحونة لايعد قوة قاهرة تعفي الناقل من المسؤولية اذا كان سببه تطاير الشرر من واسطة النقل(١١٩) •

ولا يمكن ان يعد قوة قاهرة كذلك كل حادث يرجع الى وفاة تابعي النقل فجأة •

٢ ـ العيب الذاتي في الشيىء : ويرجع العيب الذاتي في الشيىء للطبيعة الخاصة للبضاعة ، كمالو كانت حيوانا مريضا ونفق أو كانت البضاعة فاكهة وتلفت •

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

---

(١١٩) حقوقية ١٩٦٩/٧٨٣ ، قضاء محكمة تميز العراق المجلد السادس •

٤ ــ خطأ المرسل اليه : ومثاله أن تكون عملية تفريغ الشيىء بعد وصوله على عاتق المرسل اليه فيخطىء في تنفيذها ٠

وقد أشارت الى هذه الحالات المختلفة الفقرة الاولى من المادة السادسة والاربعين من قانون النقل ٠

هذا ولا بد من التنويه الى أن الناقل« لا يسأل عن تعويض الضرر الناشيء عن تعطيل النقل أو الانحراف عن الطريق المعين له بسبب الاضطرار الى تقديم المساعدة لاى شخص مريض أومصاب أو في خطر ، الا اذا ثبت الغش أوالخطأ الجسيم من جانب الناقل او من جانب تابعية »(١٢٠) ٠

وتحدد الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة من قانون النقل مفهوم الغش والخطأ الجسيم كما يلي :

أ ــ « يقصد بالغش كل فعل او امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه بقصد أحداث الضرر ٠ ب ــ يقصد بالخطأ الجسيم كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو تابعيه بطيش مقرون بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر » ٠

١٩٤ــ ولكن هل يجوز أن تتضمن وثيقة النقل اتفاقا أو شرطا بأعفاء الناقل من المسؤولية ؟ ٠

الاجابة على هذا السؤال هي بالنفي ٠ فلا يجوز بحكم القانون ان تتضمن وثيقة النقل شرطا بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على فعل الناقل أو أفعال تابعيه في حالتي الهلاك أو التلف(١٢١) ٠

---

(١٢٠) الفقرة الاولى من المادة السابعة عشرة من قانون النقل ٠
(١٢١) الفقرة الثانية من المادة السادسة والاربعين من نفس القانون ــ النقل ــ

ويعتبر مثل هذا الشرط أو الاتفاق باطل بطلانا مطلقا ، حتى لو كان الاعفاء جزئيا • ومع ذلك فانه يجوز استثناءا أن يشترط الناقل اعفاءه من المسؤولية عن التأخير • اذ تقرر المادة ٥٠ من قانون النقل :

« يجوز الاتفاق على اعفاء الناقل من مسؤوليته عن التأخير اذا كان التأخير له مبرر وضمن الحد المعقول » •

١٩٥ـ واذا كان لا يجوز للناقل اشتراط اعفاءه من المسؤولية عن الهلاك والتلف ، فأن له تحديد مسؤوليته عن الهلاك والتلف والتأخير • وتحديد المسؤولية غير الاعفاء منها • اذ أن التحديد يعني أن مسؤولية الناقل قائمة بحدود معينة • غير ان تحديد المسؤولية مقتصر على [illegible]

فمل تحديد لمسوولية الناقل في اطار النقل الداخلي يعد باطلا • كذلك ، فأن تحديد المسؤولية يرتبط بعدم صدور غش أو خطأ جسيم منه او من تابعيه • ويخضع تحديد المسؤولية اخيرا الى عدم التصريح بقية الشيىء في وثيقة النقل • فلا يجوز للناقل التمسك بتحديد المسؤولية اذا كانت وثيقة النقل تتضمن تصريحا بقيمة الشيىء •

أما سقف التحديد فقد وضع له المشرع ضوابط معينة في كل نوع من أنواع النقل ، بيد أنه أباح للاطراف الاتفاق على تعيين حدود تتجاوز الحدود المقررة بمقتضى تلك الضوابط(١٢٢) •

جميع الاجراءات القانونية بما في ذلك » حق حبس الشيء » محل النقل •

---

(١٢٢) انظر الجدول المرفق بالقانون وفقراته المختلفة •

١٩٦ــ ولكن ما حكم مسؤولية الناقل في النقل المتعاقب ؟

يقصد بالنقل المتعاقب ذلك النقل الذي يقع على مراحل متعددة متلاحقة من قبل ناقلين متعددين ، وقد يقع من قبل ناقل واحد على مراحل • وقد اتجه القضاء ابتداء في تحديد المسؤولية في النقل المتعاقب الى التفرقة بين كل من الناقل الاول والمتوسط والاخير ، والتشديد على مسؤولية الناقل المتوسط • بيد أن قانون النقل يقرر المسؤولية في النقل المتعاقب حسب التفصيل التالي(١٢٣) •

١ ــ أن للمرسل الرجوع على الناقل الاول ، وان للمرسل اليه الرجوع على الناقل الاخير • ولكل مهنما الرجوع على الناقل الذي حدث الهلاك أو التلف في مرحلة نقله • ويكون جميع الناقلين مسؤولين بالتضامن تجاه المرسل اليه •

٢ ــ لكل ناقل متعاقب فحص وتثبيت حالة الشيء عند تسليمه اليه من الناقل الذي سبقه • ومن الواضح هنا أن هذا الحق وسيلة يتمكن من خلالها الناقل التملص من المسؤولية •

٣ ــ يعفى الناقل من المسئولية اذا اثبت بأن الضرر لم يقع في المرحلة الخاصة بـــه •

٤ ــ يكون الناقل الاخير مسؤولا تجاه الناقلين السابقين له عن مطالبة المرسل اليه بالمبالغ المستحقة بسبب النقل • والمطالبة بهذه المبالغ تكون على أساس النيابة • ومن هنا فان للناقل الاخير الحق بأتخاذ

ب ــ مسؤولية الناقل في نقل الشخص •

---

(١٢٣) انظر المواد ٥٦و ٥٧و٥٨ نقل •

١٩٧ـ يسأل الناقل في نقل الاشخاص عن الاضرار التي تصيب الراكب وعن التأخير في النقل ٠

على الناقل اولا ايصال الراكب سالما الى المكان المتفق عليه ، بمعنى ان الناقل يعد مسؤولا عن الاضرار التي تصيب الراكب أثناء النقل ٠ وينصرف مفهوم الضرر هنا الى الاضرار البدنية من جروح أو اصابات وما يرتب ذلك من نفقات العلاج ، وايضا للضرر المادي الذي يتمثل بالربح الفائت ، واخيرا للاضرار الادبية التي تصيب الراكب ٠

فقد ورد الحكم في القانون العراقي بصدد مسؤولية الناقل عن الضرر مطلقا لا يحتمل التحديد او التخفيف ٠ اذ تقرر الفقرة الاولى من المادة العاشرة من قانون النقل انه :

« يسأل الناقل عن الاضرار التي تصيب الراكب اثناء تنفيذ عقد النقل » ٠ وهذا الحكم من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ٠ فكل شرط بالاعفاء يعتبر باطلا(١٢٤) ٠ بيد ان للناقل دفع مسؤوليته عن الضرر اذا أثبت ان ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب أو الى قوة قاهرة(١٢٥) ٠

أما اذا أدى حادث النقل الى وفاة الراكب ، فان الناقل يعد مسؤولا عن جميع الاضرار التي تصيب ورثة الراكب وأقاربه في حالة اثبات الضرر المادي والادبي الذي أصابهم(١٢٦) ٠

ويسأل الناقل عن التأخير في ايصال الراكب في الموعد المتفق

---

(١٢٤) المادة ١٠ نقل ف ١ ٠
(١٢٥) المادة ١١ نقل ٠
(١٢٦) انظر نص المادة ٢٤ نقل ٠

عليه(١٢٧) · والتأخير يسبب عموما ضرر للراكب · فقد يفوت عليه فرصة معينة أو يرتب خسارة ما · ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يجب لكي يطالب الراكب بالتعويض حصول الضرر فعلا ، ام ان التأخير يعتبر بحد ذاته ضرر يوجب التعويض دونما حاجة لاثبات الضرر ·

يذهب البعض الى ان التأخير هو اضاعة لنوقت ، وان اضاعة الوقت هي ضرر محقق · ولهذا لا ضرورة لعملية اثبات الضرر(٢٨) · فحق الراكب بالتعويض ثابت من وقت تحقق التأخير ·
ان هذا الرأى يستقيم حسب تقديرنا من الناحية النظرية · أما من حيث المطالبة الفعلية فانه يصطدم بعقبات عملية معقدة منها على سبيل المثل ضرورة تكييف طبيعة هذا الضرر ، وعلى أى أساس يمكن احتسابه وكيف ·

من جانب اخر فان التأخير غالبا ما يحصل نتيجة عوامل ليس من اليسير تحديدها بدقة ، كما هو الامر مثلا في النقل الجوي . وقد يقع ان يكون سبب التأخير يعود للراكب أو مجمل المسافرين مما يستلزم وبالتقابل اعطاء الحق للناقل في مسائلتهم وهكذا · وعلى هذا الاساس يتضح بأنه من العسير نسبيا تقدير التأخير كضرر بحد ذاته يستوجب التعويض دون ان يترتب على ذلك التأخير ضرر يدفع الراكب بالضرورة للمطالبة بتعويضه · علما بأن التشديد في مسؤولية الناقل لا يعد حسب التوجه القانوني المعاصر محل نظر أو نقاش · بل هو توجه مرغوب فيه ومطلوب ·
وأيا كان الامر فانه يجوز حسب تقديرنا الاتفاق على الاعفاء عن التأخير بشرط ان يكون ذلك الاتفاق مكتوبا وان لا يصدرغش

---

(١٢٧) ف ١ المادة التاسعة نقل ·
(١٢٨) انظر د · مجيد حميد العنبكي ، مصدر سابق ذكره ص ٨٤ ·

أو خطأ جسيم من الناقل أو تابعيه • ولا بد من التنويه اخيرا بأن خطأ الراكب لا ينفي مسؤولية الناقل اللهم الا اذا استغرق هذا الخطأ الضرر الحاصل • لذا فأن مساهمة الراكب في احداث الضرر يعني في جميع الاحوال تخفيض مسؤولية الناقل بقدر تلك المساهمة •

الفـــرع الثـــاني

الوكالـــــة بالعمولة

Le Contrat de Commission

تمهيـــــد :

١٩٨ـ لا يتضمن قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ قواعد تنظـــم الوكالة بالعمولة رغم أنه ـ القانون ـ أورد الوكالة المذكـــورة ضمن الاعمال التجارية التي حددتها المادة الخامسة منه ٠

ومن الضروري أن يتلافى المشرع هذا النقص لما للوكالة بالعمولة من أهمية في النشاط التجاري والاقتصادي ، وانها أثارت ولا تـــزال العديد من التساؤولات علىصعيد التطبيق العملي ٠

ومن هذا المنطلق عالج قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩في لســنة ١٩٧٠ هذا النوع من الوكالة التجارية بفرع خاص من المـــادة ٢١١ ولغاية المادة ٢٢١ منه ٠ وبناء على ماتقدم فأن التعـــرض للوكالة بالعمولة يستوجب الرجوع الى القواعد العامة المقررة للوكالـــة في في القانون المدني والى أحكام قانون تنظيم الوكالة والوســـاطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ٠ وفي ضوء هذه الاحكام نوضـــح ابتداء مفهوم الوكالة بالعمولة وشروط انعقادها ٠

١٩٩ـ الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري بأسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل ٠ وواضح من هذا التعريف ان الوكيـــل يرتبط بعقدين ، الاول هو عقد الوكالة بالعمولة الذي يتم ابرامه بين الكيل والاصيل ، الثاني هو العقد الذي يبرم بين الوكيـــــل والغير حيث يقوم الاول بالعمل بأسم نفسه لحســـاب موكله ولا يظهر فيه أسم هذا الاخير ٠

وتبعا لذلك لاتقتصر اثار الوكالة على الوكيل ، بل أنها ترتب اثار بالنسبة للغير كذلك كما سوف نرى ذلك لاحقا ٠

والوكالة بالعمولة عمل تجاري محترف بحكم القانون ٠ ف ١٦ من المادة الخامسة من قانون التجارة ـ ٠ ويذهب البعض الى ان الوكالة بالعمولة لا يمكن اعتبارها تجارية الا اذا كان موضوعها تجاريا ٠ بيد أن هذا الرأى محل نظر ٠ والراجح أن تجارية الوكالة لا يرتبط بموضوعها ٠ فسواء كان ذلك الموضوع مدنيا أم تجاريا فانها تعد تجارية ، ويكفي لتجاريتها ان تكون ممارسة بصيغة الاحتراف فقط ٠

وتنعقد الوكالة بالعمولة بتوافر الشروط العامة اللازمة لابرام العقود ، من رضا ومحل وسبب ٠ فهي عقد رضائي لا يخضع لاى اجراء شكلي ، بل أنها قد تنعقد ضمنا وذلك طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني(١٢٩) ٠

فمجرد الاذن والامر يعتبران توكيلا اذا دلت القرينة على ذلك ٠ أما الاهلية اللازمة ، فانه يشترط بالنسبة للموكل الاهلية المقررة في القانون المدني ، أى أن يكون قد أتم الثامنة عشرة سنة ، أو أن يكون ماذونا له بالاتجار اذا كان مميزا وبلغ الخامسة عشرة من العمر ٠ ويعتبر الشخص المعنوي أهلا للتعاقد بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية ، كالشركات والمنشئات وغيرها ٠

أما بالنسبة للوكيل فيجب ان تراعى أحكام قانون الوكالةوالوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ ٠ ولا بد من التوقف قليلا عند هذا هذا القانون لبيان أهم الاحكام التي تتعلق بالوكالة ٠

---

(١٢٩) انظر المواد ٩٢٨ و ٩٢٩ من القانون المدني ٠

الغي هذا القانون ، قانون تنظيم الوكالات التجارية رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته ، وقانون معاقبة الوساطة غير المشروعة رقم ٨ لسنة ١٩٧٦ ، ووحد أحكامها تحت تسمية جديدة تحمل المعنيين ، هي : قانون الوكالة والوساطة التجارية • ويتألف هذا القانون من ثلاث وعشرين مادة مقسمة على اربعة فصول كما يلي :

الفصل الاول : في أهداف القانون ووسائل تحقيقها •

الفصل الثاني : في تنظيم مهنة الوكالة •

الفصل الثالث : في العقوبات •

الفصل الثالث : في العقوبات •

الفصل الرابع : في الاحكام الختامية •

وقد حصر القانون ممارسة مهنة الوكالة والوساطة بالعراقيين فقط • واذا كان الوكيل شركة فيشترط ان تكون « اسهمها او حصصها كافة مملوكة للعراقيين وان تكون مسجلة في العراق » (١٣٠) •

وتشترط الفقرة (ب) ن المادة الرابعة من القانون ان يكون الوكيل او الوسيط متمتعا بالاهلية القانونية واكمل الخامسة والعشرين سنة • ومع ذلك فانه يجوز للوزير المختص أن يستثني من الاحكام السابقة ببيان ينشر في نشرة السجل التجاري ، دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي(١٣١) • ويعد هذا الاستثناء امرا لازما لكي يقوم هذا القطاع بدوره الرائد على الوجه المطلوب •

٢٠٠ـ تخضع ممارسة الوكالة التجارية الى نظام الاجازة • فيجب على

---

(١٣٠) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الرابعة من القانون المذكورة أعلاه •

(١٣١) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الوكالة والوساطة التجارية •

الشخص الذي تتوفر فيه الشروط القانونية السابقة التقدم بطلب الى مسجل الوكالات والوساطات للحصول على اجازة ممارسة أعمال الوكالة(١٣٢) . وعلى المسجل أن يبت بالطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديمه ، ولمقدم الطلب الاعتراض لدى وزير التجارة خلال خمسة عشر يوما ، ويكون قرار الوزير قطعيا بهذا الشأن(١٣٣) .

ولا بد من التنويه الى ان موافقة مسجل الوكالات التجارية على طلب الاجازة لا تمنح صاحبها حقا مكتسبا . فللمسجل شطب أو رفض تسجيل الوكالة وألغائها ، وفي أي وقت ، عند انتفاء شرط من الشروط اللازمة لمنحها ، أو اذا تعارضت مع المصلحة العامة . الا ان لذوي الحق الاعتراض خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ التبليغ بالقرار لدى وزير التجارة ، ويكون القرار بهذا الشأن قطعيا(١٣٤) .

هذا ويصنف الوكلاء والوسطاء حسب التخصص السلعي للمواد التي يتعاملون بها ، وعلى هذا الاساس تمنح الاجازة(١٣٥) .

٢٠١ـ ويرتب القانون جملة من الواجبات التي يلزم الوكيل بالقيام بها ، وهي(١٣٦) :

١ ـ أن يجدد الاجازة في نهاية كل سنة ابتداء من تاريخ منحها .

---

(١٣٢) انظر نص الفقرة الاولى من المادة الخامسة من قانون الوكالة والوساطة التجارية .
(١٣٣) انظر نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من نفس القانون .
(١٣٤) المادة الثامنة وكالات .
(١٣٥) انظر الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون الوكالة والوساطة التجارية .
(١٣٦) المادة ١٢ من نفس القانون .

٢ ـ على الوكيل او الوسيط ان يمسك دفترا خاصا خاليا من كل شطب أو حك أو تحشية أو فراغ ، يدون فيه مقدار العمولة المتحققة له داخل العراق وخارجه ، وأن يبين مقدار ما حول منها الى العراق بتوسط المصارف المجازة ونسبتها الى مبالغ الصفقات المعقودة ، وما تم من عمليات الاستيراد والتصدير لحساب موكليه أو موسطيه مع ذكر أسماء جميع ذوي العلاقة وعناوينهم كاملة ٠

ويعرض هذا الدفتر على الكاتب العدل طبقا للقواعد المقررة بصدد مسك الدفاتر التجارية ٠

٣ ـ على الوكيل تقديم كشف بأعماله خلال كل سنة مالية ٠

واذا خالف الوكيل هذه الاحكام فانه يتعرض لعقوبات شديدة(١٣٧) ٠ فلا يجوز مثلا القيام بعمل من أعمال الوكالة والوساطة التجارية قبل الحصول على الاجازة ، ولا يجوز للوكيل ايضا عدم تسجيل جميع وكالاته عن الشركات والمؤسسات الاجنبية ، وفي حالة كون المخالف شخصا معنويا فيعاقب المسؤولون عن ادارته بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت مع الحكم بحله وتصفيته ومصادرة عمولاته(١٣٨) ٠

ولا ريب في أن هذه القواعد تحقق من جانب استبعاد جميع العناصر التي لا تدين بالولاء للقطر أو التي تعمل دون مراعاة لمصلحة الاقتصاد القومي ، وتستهدف من جانب اخر ، « منع التوسط غير المشروع وتحد من ظواهر الاستغلال وبسد الثغرات التشريعية التي قد تؤدي الى الحاق ضرر بالمصلحة الوطنية(١٣٩) ٠

---

(١٣٧) تصل العقوبة في بعض الحالات للسجن المؤبد : انظر المادة ١٥ من نفس القانون ٠

(١٣٨) انظر المواد : ١٥و١٦و١٧و١٨ وكالة ووساطة تجارية ٠

(١٣٩) المادة الاولى من قانون الوكالة والوساطة التجارية ، في أهداف القانون ٠

٢٠٢ـ يجب ان لا يخلط بين الوكالة بالعمولة وبين التمثيل التجاري ٠

اذ أن التمثيل التجاري لا يخرج عن كونه اتفاق يتم بين شخصين يتعهد بمقتضاه احدهما يسمى بالممثل التجاري بأبرام الصفقات بأسم ولحساب الطرف الاخر وهو الموكل ، بصورة مستديمة في منطقة جغرافية معينة ٠

والتمثيل التجاري نوع من الوكالة التجارية ، بيد أنه يختلف عن الوكالة التجارية تماما ٠ فبينما يخضع الوكيل بالعمولةلتوجيه وتعليمات الاصيل الموكل بحيث لا يجوز له مخالفتها ، فأن الممثل التجاري يعتبر مستقلا عن الموكل من حيث اجراء التصرف ٠بعبارة اخرى أن الوكيل بالعمولة يرتبط بعلاقة تبعية مع الموكل الاصيل ، بينما لا توجد مثل هذه العلاقة في التمثيل التجاري(١٤٠) ٠

٢٠٣ـ القواعد التي تحكم الوكالة بالعمولة ٠

ترتب الوكالة بالعمولة اثارا قانونية مختلفة بالنسبة لاطرافها ، الوكيل والموكل ، وتمتد الاثار لعقد الوكالة للغير ، اذ أن الوكيل العمول يرتبط بعقدين الاول عقد وكالة بالعمولة والثاني عقد مع مع الغير لحساب الاصيل ، ويكون الوكيل مسؤولا عنه شخصيا ٠من هنا فانه يجب أن نتعرض أولا لالتزامات الوكيل والموكل وضماناتهما ومن ثم للاثار التي يرتبها العقد بالنسبة للغير ٠

---

(١٤٠) راجع ما سبق بيانه آنفا الفقرة ٧١ من هذا المؤلف ٠

المبحـــث الاول :

التزامات الوكيل :

٢٠٤ـ التزامات الوكيل هي : تنفيذ العمل وفق تعليمات الموكل والمحافظة على اموال الموكل ، واخيرا اطلاع الموكل على سير الوكالة وتقديم حســـاب عنها ٠

أولا ـ تنفيذ العمل وفق تعليمات الموكل ٠

٢٠٥ـ على الوكيل بالعمولة القيام بالعمل المكلف به بصورة دقيقـــة لا تجاوز فيها لتعليمات الموكل وخلاف ذلك فانه يعد مســـؤولا ٠ وتقرر المادة ٩٣٣ من القانون المدني بهذا الصدد أنه :

« على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومـــة » ٠ ومع ذلك فانه لاحرج على الوكيل « اذا خرج في تصرفه عن هـــذه الحدود متى كان من المتعذر اخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات » ٠ بيد ان على « الوكيل في هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة »(١٤١ ٠

وأيا كان الامر فأن الخروج عن تعليمات الوكالة يجب ان لا يكـــون في حدود التعليمات الامره للاصيل ٠ فتعليمات هذا الاخير تتميـــز في الواقع بسمات ثلاثة هي :

١ ـ أما أنها تعليمات امرة الزامية Impiratives

لا يترك للوكيل فيها حرية التصرف وعليه أن يأخذ بها حرفيـــا

---

(١٤١) انظر الشطر الثاني من نص المادة ٩٣٣ مدني ٠

وعلى وجه الخصوص اذا تعلقت هذه التعليمات بطبيعة التصرف الموكل بأجرائه · فلو كلف الوكيل بالشراء فلا يجوز له القيـــام بالمقايضة او البيع · بيد ان هذا لا يعني عدم افساح المجـــال امـام الوكيل بالقيام بالاعمال التكميلية المتعلقة بالعمل والتي تستلزمها مقتضيات الواقع العملي المتعارف عليه ·

٢ ـ تعليمات توجيهية Indicatives

وهذه التعليمات تتخذ صيغة الارشاد · ويبيح الفقه عمومـــا للوكيل مجاوزتها فيما اذا تم عقد الصفقة بشروط أفضل من تلك التي حددها الاصيل ، على أن تعود المنفعة المترتبة من جراء ذلك للموكل(١٤٢) · أما اذا أبرم الوكيل الصفقة بشروط غير ملائمة للموكل ، كان يشترى بثمن اعلى من الثمن الذي عينه له هـــذا الاخير او يبيع بثمن اقل ، كان للموكل رفض الصفقة بشـــرط ان يعـــلم الوكيل برفضه ، والا اعتبر قابلا للثمن وذلك طبقـــا لاحـكام القواعد العامة التي تقضي بأنه : « ·· السكوت في معرض الحاجـــة الى البيان يعتبر قبولا »(١٤٣) ·

٣ ـ تعليمات مختلطة Mixtes

وتجمع هذه التعليمات بين التعليمات الامرة والتعليمات التوجيهية وينطبق بشأنها ما تم بيانه انفا ·

وعلى أية حال فان للموكل ، كقاعدةعامة ، رفض الصفقـــة في جميع الاحوال التي يخالف فيها الوكيل التعليمات ، واذا ترتب

---

(١٤٢) أنظر د · صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ذكره ص ٢٩٧ ، د · محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، ١٩٧٢ ص ٢٨٠

(١٤٣) المادة ٨١ مدني ·

ضرر من جراء ذلك فللموكل اضافة لرفض الصفقة طلب التعويض · فاذا اشترى الوكيل بالعمولة بضاعة مخالفة للنوع أو الصنف الذي حدده الموكل ابتداء فلا يلزم بقبول الصفقة ·

ومع ذلك فأن مخالفة الوكيل للتعليمات قد لا يؤدي بالضرورة الى رفض الصفقة · ومثل ذلك اذا كان تصرف الوكيل لا يتعارض مع مصلحة الاصيل او يلحق به ضرر ما · فلو اشترى الوكيل كمية اكبر من كمية البضاعة التي طلبها الموكل فأن هذا الاخير لا يلزم الا بالكمية التي طلبها · واذا باع الوكيل العمول المكلف بالبيع بثمن مؤجل ، بثمن معجل فأنه يلزم بأداء الثمن عند الاجل المقرر بمقتضى التعليمات · واذا منح الوكيل العمول المكلف بالبيع ، أجلا للوفاء بالثمن أو تقسيطه بدون اذن الموكل كان لهذا الاخير مطالبة الوكيل بأداء الثمن بأجمعه فورا · وخشية أن يحابي الوكيل نفسه فأنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه لمصلحة الموكل ·

وفي جميع الاحوال فأن على الوكيل ان يبذل في الوكالة عناية الرجل المعتاد(١٤٤) ·

عليه فأن الوكيل لا يعد مسؤولا عن العيوب اذا لم يكن بالامكان اكتشاف هذه العيوب من قبل الرجل العادي · ومسؤولية العيب الخفي الذي ليس من اليسير كشفه تقع ضمن مسؤولية البائع وليس الوكيل ·

ثانيا : المحافظة على أموال الموكل ·

٢٠٦ـ يد الوكيل على اموال الاصيل يد امانة · فاذا هلك دون تعد

---

(١٤٤) انظر نص المادة ٩٣٤ مدني ·

منه لم يلزمه الضمان ، وللموكل أن يطلب اثبات الهلاك(١٤٥) ٠ وتأسيسا على ذلك لا يسأل الوكيل عن الضرر المتـــاتي من سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيىء وغير ذلك ممـا يندرج ضمن مفهوم السبب الاجنبي ٠

وبما أن يد الوكيل يد أمانة فانه يمنع عليه استعمال أمـوال موكله لصالح نفسه(١٤٦) ٠

بيد ان السؤال الذى يطرح هو هل يلزم الوكيل بأجراء التأمـين على اموال موكله انطلاقا من التزامه بالمحافظه على هذه الاموال ٠

الجواب هو بالنفي ٠ فلا يقع على عاتق الوكيل عبء اجراء التأمين على اموال الموكل الا اذا كانت تعليمات الموكل بأجراء التأمين صريحة ٠ لان التأمين عملية قائمة بذاتها تستلزم نفقات قد لايتمكن الوكيل مـن ادائها ٠

بيد أن الوكيل يكون ملزما بالتأمين فيحالة طلب الموكل ابرام تأمين على الاموال ، وعندها يقع عبء اداء الاقساط على هذا الاخير ٠ واذا أخل الوكيل في اجراء التأمين فانه يكون مسؤولا عن ثمن البضاعـة عند هلاكها ٠ أما اذا قام الوكيل بأجراء التأمين دون تعليمـات صادرة من الاصيل ، فأن عمله يعد فضالة ولا يلزم الموكـل بأداء الاقساط الا اذا تحقق الخطر المؤمن منه(١٤٧) ٠

هذا وأن على الوكيل في حالة ما اذا كانت الاموال التي يحوزها لمصلحة الموكل سريعة العطب او حتى لهبوط القيمة ان يطلب تعليمـات الاصيل كي يتخلص من المسؤولية وبخلافه يعد مسؤولا طبقا لالتزامـه بالمحافظة على اموال موكله ٠

---

(١٤٥) المادة ٩٣٥ مدني ٠
(١٤٦) المادة ٩٣٧ مدني ٠
(١٤٧) انظر د ٠ صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ذكره ص ٣٠٢ ٠

ثالثا : أطلاع الموكل على سيير الوكالة وتقديم حساب عنها ٠

٢٠٧ـ تقرر المادة ٩٣٦ من القانون المدني أنه : « على الوكيل من وقت لاخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل اليها في تنفيذالوكالة، وان يقدم له حسابا بعد انقضائها » ٠

عليه اذن لا يجوز للوكيل اخفاء المعلومات عن الموكل بصدد اجراء الصفقة والتي قد تؤثر على ابرامها ٠ الى جانب ذلك فأن الوكيل ملزم بتقديم حساب للموكل عن الوكالة بعد اتمامه العمل الذي وكل به ٠

ويعد هذا الالتزام في الواقع أمرا طبيعيا ، اذ لا يمكن للموكل الايفاء بجميع التزاماته تجاه الوكيل ما لم يكن على بينة من حجم التكاليف وأبوابها ٠ ويجب ان يكون هذا الحساب دقيقا وخلاف ذلك يكون الوكيل مسؤولا ، وقد يؤدي الغش في الحساب الى جريمة خيانة الامانة(١٤٨) ٠ ومن الممكن ان يلتزم الوكيل بتقديم حساب جزئي Partiel وحساب كامل نهائي ختامي ، **Final** ٠ ولا يمكن ان يعفى الوكيل من تقديم هذا الحساب النهائي ، بيد أنه يجوز اعفاء الوكيل من تقديم الحساب الجزئي الدوري انطلاقا من كونه أقل أهمية من الحساب الاول ٠

والاصل ان لا يفضي الوكيل بأسم الموكل للغير وأن لا يفصح عن أسم الغير الذي تعامل معه ٠٠ والعلة في ذلك تكمن في اعتبارات عملية كما يرى البعض ، من أهمها أن أخفاء الاسم قد يعتبر عاملا من عوامل نجاح ابرام الصفقة(١٤٩) ٠

---

(١٤٨) انظر د ٠ محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٣٤ ٠
(١٤٩) انظر د ٠ حافظ محمد ابراهيم مصدر سابق ذكره ص ٤٢٣ ٠

والواقع ان هذا التعليل لا يمكن الاخذ به على اطلاقه • اذ أن عدم الافشاء بأسم الاصيل لا يعد أمرا لازما للوكالة • وقد يكون الافصاح بأسم الموكل ضرورة لمصلحة هذا الاخير • ولا يرتب كشف الاسم أى تعديل في الاثار القانونية للوكالة •

ولا بد من التنويه اخيرا الى أن الوكيل بالعمولة لا يضمن تنفيذ الصفقة • لذا فنه لا يعد مسؤولا اذا امتنع الغير عن تنفيذ التزاماته •

من جانب اخر فأن الضمان لا يقرر الا بنص قانوني أو اذا تحمله أحد الاطراف صراحة • فلا ضمان على الوكيل اذن الا اذا تضمن عقد الوكالة شرطا صريحا بالضمان • ويسمى هذا الشرط بشرط الضمان Clause du Croire وليس هذا الشرط من ناحية التكييف القانوني كفالة Caution أو تأمين Assurance يقوم الوكيل بالعمولة بمقتضاه بدور المؤمن له ، وحق الموكل هو الشيىء المؤمن عليه(١٥٠) • بل هو التزام أصلي وفي حالة الاتفاق عليه يتقاضى الوكيل مقابلة زيادة تضاف الى العمولة •

---

(١٥٠) انظر بهذا المعنى • د • محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٣٤ •

المبحث الثـــاني :

التزامـــات الوكـــل

٢٠٨ـ التزامات الموكل هي : دفع الاجرة أو العمولة ، ورد المصـاريف والنفقات التي تكبدها الوكيل في تنفيذ الوكالة ٠

اولا : دفع الاجرة أو العمولة ٠

٢٠٩ـ الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين وتتم بأجـر أو بعمولة ٠ وتعتبر العمولة العنصر الجوهري الذي يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية غير التجارية ٠ وتستحق العمولـة بمجرد اتمام ابرام الصفقة ودون النظر لتنفيذها من عدمه ، لان ابرام الصفقة يعد تنفيذا لعقد الوكالة ٠ بيـد أن الامر يختلف فيما اذا تضمنت الوكالة شرط الضمان ، اذ يجب عندئذ ولكي يستحق الوكيل العمول الاجرة أن تنفذ الصفقة فعلا ، لان الوكيل يعد ضامنا في هذه الحالة لتنفيذ الصفقة ٠ وقد يقع ان لا تبـرم الصفقة لخطأ من الوكيل ، فتسقط الاجرة ولا يحق له المطالبـة بها ٠ وقد يقع ان لا تبرم الصفقة لاسباب لا دخل للوكيل فيها ، فأن لهذا الاخير الحق بتعويض عما بذله من جهد طبقا لاهميـة ذلك الجهد ٠

هذا وتتخذ العمولة صورة نسبة مئوية من قيمة الصفقة وقـد يتفق على أن تكون هذه العمولة بصورة مبلغ معين محدد ابتداء ٠

ثانيا : رد النفقـات ٠

٢١٠ـ تقضي الفقرة الاولى من المادة ٩٤١ من القانون المدني انـه : « على الوكيل ان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيـذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل مـن

النجاح في مهمته • فاذا اقتضى تنفيذ الوكالة ان يقدم الموكـــل للوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكـــل أن يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك » •

يتضح من هذا النص أن على الموكل أن يرد ما أنفقه الوكيـــل من نفقات في تنفيذ الوكالة • ويقدم الوكيل عموما كشفا بهـذه النفقات الى الموكل • ويجب ان تكون هذه النفقات معقولة وضرورية ومشروعة ، ومثال ذلك دفع الرسوم وأجور النقل وقيمة الطوابـع ومصاريف الشحن وغيرها • وللوكيل الحق بالمطالبة بهذه النفقات أيا كانت نتيجة الصفقـة • واذا أصـــاب الوكيل ضرر مـــن جراء تنفيذ الوكالة ولسبب لا يعود لخطأه ، فان له الحق بطلـــب التعويض • هذا ولا يقتصر الامر على المبالغ المنفقة بل يشـــمل أيضا فوائدها ومن وقت الانفاق •

المبحث الثالث :

الضمانات

اولا : ضمانات الوكيل ·

٢١١ـ غني عن البيان أن حقوق الوكيل بالعمولة هي الاجرة أوالعمولة والمصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة · وضمانات الوكيل لاستيفاء هذه الحقوق هي حقه في حبس البضاعة · ويقصد بحق الحبس امتناع الوكيل عن تسليم المال لغاية ان يستوفي جميع المبالغ المستحقة له قبل الموكل · وهذا الحق يستقي اساسه من القواعد العامة ·

فبمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ من القانون المدني أنه : «في كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق » · وتقرر الفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ من القانون المدني ايضا أنه : « لكل من التزم بأداء شيىء ان يمتنع عن الوفاء ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » ·

ولكن هل يكون للوكيل حق امتياز ؟ الواقع أن حق الدائن في حبس الشيىء لا يعطيه حق امتياز عليه(١٥١) · ويحبذ بعض الفقه أعطاء هذا الحق للوكيل انطلاقا من فكرة الرهن الحيازي على افتراض أن الموكل قد رهن المال لدى الوكيل العمول ، وبشرط أن يكون حق الامتياز لهذا الاخير تاليا من حيث المرتبة لديون الدولة والمصاريف القضائية والكمركية · الا انه يجب ان يلاحظ بأن هذا الحق ـ حق الامتياز ـ لا يمكن تقريره وفق أحكام

(١٥١) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٢٨٣ مدني ·

قانون التجارة ، اذ لم يتضمن هذا القانون أى حكم في هذا الصدد وعليه فأنه يجب استبعاده ٠

ثانيا : ضمانات الموكل ٠

٢١٢ـ ضمانات الموكل تتمثل برفض الصفقة في حالة ما اذا نفذالوكيل الوكالة خلافا لتعليمات الموكل ٠ وأن الوكيل يعد مسؤولا عن الهلاك والضرر بمعناه الواسع اللهم الا اذا كان قد ترتب نتيجة سبب أجنبي ٠ واذا امتنع الوكيل عن لافضاء بأسم الغير الذي تعاقد معه دون مبرر مقبول فأنه يعتبر ضامنا لتنفيذ الصفقة ، اذ أن الامتناع عن الافصاح باسم الغير دون مبرر مقبول لا يمكن تفسيره الا بوجود مصلحة مشتركة بين الغير والوكيل وعلى هذا الاساس فأنه يجب اعتبار هذا الاخير ضامنا لتنفيذ الصفقة ٠

المبحث الرابع :

اثار الوكالة بالنسبة للغير

٢١٣ـ الاصل أنه لا يكون للغير الرجوع على الموكل ، كما أنه لايكون للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ، فالاصيل يعد عموما غريبا عن الغير طالما ان العلاقة المباشرة تكون بين الغير والوكيل ٠ فهذا الاخير يتعاقد بأسم نفسه لمصلحة الاصيل ، فهو أمام الغير أصيلا وليس وكيلا ٠

ويرد على هذه القاعدة استثناءات يمكن اجمالها بما يلي :

١ ـ أن للموكل والناقل في الوكالة بالعمولة بالنقل رجوع مباشر على الاخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل ٠ وفي جميع الاحوال يجب ادخال الوكيل بالعمولة بالنقل في الدعوى(١٥٢) ٠ وللمرسل اليه رجوع مباشر على كل من الموكل والناقل والوكيل بالعمولة بالنقل بالحقوق الناشئة عن عقد النقل(١٥٣) ٠

ويمكن أن يضاف الى هذا الاستثناء حالتين اخريتين يفرضهما واقع وطبيعة الوكالة بالعمولة ، هي :

١ ـ في حالة افلاس (أعسار) الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع قبل قبض الثمن من المشتري فانه يجوز للموكل مطالبة المشتري مباشرة بأداء الثمن ٠

---

(١٥٢) الفقرة الاولى من المادة ٨١ نقل ٠
(١٥٣) الفقرة الثانية من المادة ٨١ نقل ٠

٢ ـ في حالة أفلاس (أعسار) الوكيل بالعمولة المكلف بالشـــراء قبـل تسلم المبيع فأنه يجوز للموكل مطالبة البائع مباشرة بتســـليم المبيـــع اليه ٠

هذا ويجب أن يلاحظ بان الافضاء بأسم الموكل للغـير لا يرتب أنشاء أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير ٠ على أنه للغير الـــذي تعاقد مع الوكيل رجوع على هذا الاخير مباشرة ٠

الفرع الثالث

عقـــد التأمـــين

Le Contrat d: assurance

المقصود بالتامين : La notion d assurance

٢١٤ـ التأمين ظاهرة حضارية يعزى سبب نشوئها الى رغبة الفـــرد في الحماية عما يحيط به من أخطار قد تلحق بشخصه أو بمالـــه، في حالة وقوعها ، أضرار متعددة ٠ ونتيجة للتطور المتلاحق الـــذي عرفه مجتمع الفـــرد ، وبالذات في اطـــار التقـــدم التقنـــي للاله ، أزدادت تلك الاخطار بصورة مذهلة ، فتحولت الرغبة في الحمايـة الى حاجة ملحة للحماية ٠ فمبدأ المسؤولية

Le Principe de responsabilite

الذي يلزم كل من أحدث بفعله ـ الخاطىء ـ ضررا لغيره ، بتعويض ذلك الضرر ، عجز في الواقع ، عن ضمان الحماية الفعالة للفـــرد من الاخطار التي تجابهه في حياته اليومية وما تسببه تلك الاخطار عند تحققها من نتائج سلبية في الذمة المالية ٠ وتلافيا لهـــــذا العجز ، ظهرت الحاجة الى نظام تكميلي Complementaire

لمبدأ المسؤولية يسمح للفرد بالحصول وفي جميع الاحوال عـــلى تعويض مناسب من الاضرار التي تلحقه ٠ وقد أدى هذا الواقـــع الى وضع نظام التأمين ٠

فالتأمين وسيلة لحماية الفرد • بيد أن هذا لا يعني اقتصـــار وظيفة التأمين على هذه الناحية فقط • فالى جانب دوره كعـــامل أمن للفرد ، فانه يؤدي من جهة ثانية ، دورا اجتماعيا متشعـــب الابعاد يتجلى بكونه اداة مؤثرة في التنمية الاقتصادية ومظهرا من المظاهر السياسية للدولة التى تسعى عن طريقه الى رفع المستوى المعاشي لذوي الدخل المحدود وذلك بقيامها بالتأمينات الاجتماعية •

ويقوم التأمين على فكرة مؤداها أن توزيع النتائج الضـــارة لحادثة معينة او لخطر معين على مجموعة من الافراد بدلا مـــن ترك من تحل به تلك الحادثة او يحل به ذلك الخطر يتحمل لوحـــده الاثار الضارة لوقوعها •

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

وفكرة التأمين هذه تقوم بدورها على علاقتين :

الاولـــى : علاقة قانونية Raport Juridique

والثانيـــة : علاقة فنية Raport technique

وتتمثل العلاقة القانونية بعقد التأمين • فهي اذن علاقة بـــين طرفين • يقوم الطرف الاول وهو المؤمن ، وبمقتضى شـــروط معينة ، بتغطية خطر معين يتعرض له الطرف الثاني ، وهو المؤمن له الذي يسعى الى تأمين شخصه أو ماله من هذا الخطر نظـــير دفعة مالية محددة يدفعها للطرف الثاني • أما العلاقة الفنيـــة فتتمثل بالاسس الفنية Les bases techniques التي يستند عليها المؤمن ــ شركة التأمين ــ في تغطية الخطر • ومن جملة تلك الاسس ، المساهمة في تحمل المخاطر وقواعد الاحصاء ، واعـــادة التأمـــين •

تعريف التأمين : Definition de L assurance

٢١٥ـ يخضع التأمين لعوامل وقواعد مختلفة ومتطورة بذاتها قد تجعل من العسير في نهاية الامر ، أعطاءه التعريف الموضوعي الدقيق . فالتأمين بمفهومه القانوني القائم على العلاقة القانونية التي تحكم طرفيها عبارة عن :

عقد بمقتضاه يلتزم شخص يدعي المؤمن ، لشخص اخر يدعى المؤمن له ، بتحمل المخاطر التي يتعرض لها ، وتعويضه في حالة تحققها ، وذلك لقاء مبلغ مسمى يدعى قسط التأمين يدفعه المؤمن له الى المؤمن(١٥٤) .

وتبرز الفقرة الاولى من المادة ٩٨٣ من القانون المدني العراقي هذا المفهوم بقولها :

« التأمين عقد يلتزم به المؤمن بأن يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيد مبلغا من المال أو ايرادا أو أى عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك مقابل أقساط أو أية دفعة مالية اخرى يؤدي المؤمن له للمؤمن » .

وبما أن للتأمين جانب فني مجرد عن العلاقة القانونية التي تحكم طرفيها فأن تعريفة قد يقتصر على ابراز هذا الجانب فقط ، وبهذه الصيغة يمكن القول بأن التأمين (وسيلة يوزع بها الضرر الذي يلحق بالفرد على مجموعة من الافراد(١٥٥) ، او هو مشاركة المجموع ككل في تحمل الضرر الذي سيصيب بعض أفراده بناء على مبدأ استبعاد عدم التأكد من خلال التعامل مع مجموع

---

(١٥٤) انظر :
Planiol: Traite du droitcivil, 4e t,II. P. 902. 142

(١٥٥) انظر : Dinsdal : Element of insurance. P.5.

من الحالات بدلا من التعامل مع حالات مفرده(١٥٦) ٠

الا أن هذه الثنائية في التعريف تعتبر عيبا من الضروري تلافيه ٠ فمن غير المنطقي أهمال تحديد جانب من الجوانب المميزة للتأمين والاقتصار في التعريف على جانب فقط وسواء كان ذلك الجانب قانونيا أم فنيا ، والا كنا أمام مفهوم ضيق لا يفي بالغرض المتوخى ، الا وهو اعطاء فكرة شاملة واضحة تبرز السمات الرئيسة لهذه الظاهرة ٠ لذا ولغرض الاحاطة بتلك الجوانب التي تحدد خصائصه المميزة فأن التأمين ، عملية يحصل بمقتضاها احد المتعاقدين ، وهو المؤمن له ، في نظير مقابل يدفعه ، على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير اذا تحقق خطر معين ، المتعاقد الاخر ، وهو المؤمن ، الذي يأخذ على عاتقه مجموعا من الاخطار يجري مقاصه بينها طبقا لقواعد الاحصاء(١٥٧) ٠

وينطبق هذا التعريف على جميع صور التأمين المختلفة وأيا كانت طبيعة الخطر الذي يغطيه ٠ فلا تمييز بهذا الشان بين التأمين البحرى او التأمين البرى ، وبين التأمين الجوى او النهرى ولا يختلف الامر كذلك سواء كان التأمين ينصب على الاشياء أو على الاشخاص او كان تأمينا من المسؤولية او من المرض أو كان التأمين بقسط ثابت أم تأمينا تبادليا ٠

أهمية التأمين : I'inportance de L'assurance

٢١٦ـ للتأمين وظائف متعددة لها مردوداتها الايجابية ليس بالنسبة للفرد العادي فقط بل لمجتمع الفرد كذلك ٠ وتتضح أهمية

---

(١٥٦) انظر د ٠ سلامة عبد الله : الخطر والتأمين ، الاصول العلمية والعملية ١٩٧٦ ص ١٠٧ ٠

(١٥٧) انظر : Josephe Hemard : Theorie et pratique des assurances trrrestres. t ,I,P. 73

التأمين من خلال الوظائف الرئيسية التالية · فالتامين اداة أمـان ووسيلة تكوين لرؤوس أموال مهمة تساهم وبالضرورة في عمليـة التنمية الاقتصادية · ويعتبر التأمين اخيرا اداة من أدوات الائتمان المختلفة · ونرى تباعا كل وظيفة من هذه الوظائف ·

٢١٧ ـ اداة للامـان Moycn de Securite

التأمين حصيلة التدارك والحيطة · ومن خلال التامين يتدارك المؤمن له حلول خطر أو كارثة تلحق به · ويتمثل هذا التـدارك بالضمان المسبق للوسائل المادية التي تمكنه من ازالة النتـائج الضارة التي يتحملها من جراء تحقق الخطر · فالفرد بحاجـة الى الامان ، أى الشعور بالطمأنينة · ومصدر تلك الحاجة تعـدد المخاطر المحيطة به ، سواء تلك التي تنجم عن الظواهر الطبيعيـة التي لا دخل لارادته فيها أو تلك الناجمة عن التقـدم التقني في ميدان الالة وانتشار استعمالها للاغراض اليومية · والتأمين يوفر هذا الامان أو الحماية · فهو بالتالي ضمانة للفرد وعامل مـن عوامل بعث الثقة بالنفس والتشجيع على زيادة الطاقة الانتاجيـة والاستثمارية التى يتوقف عليها بشكل محسوس النمو الطبيعـي للاقتصاد الوطنى · ولا يقتصر الامر على هذه الناحية · فالتأمين يساهم أيضا في توفير الحماية اللازمة لمشاريع التنميـة الـتي تمر بظروف صعبة كتعرضها مثلا لخطر الحريق · فمن خـلال مبالغ التأمين (التعويض) تستطيع مواصلة أعمالها وانتاجها ·

٢١٨ ـ ب ـ اداة تكوين لرؤوس الاموال :

Moyen de constitution des Capiteaux

التأمين وسيلة فعالة في خلق رؤوس أموال مهمة · فتراكم أقساط التامين يسمح للمؤمن له بالحصول ، في نهاية مدة التأمين ، على رأس مال يعتد به ولم يكن في وسعه ادخاره لولا اجراءه للتأمين · ومرد ذلك يعود الى احتمالية استهلاك المؤمن له نفسـه لتلـك

الاقساط نتيجة لاحتياجاته المختلفة · فالتأمين بهذه الصـــورة وسيلة أكيدة لادخار منظم(١٥٨) ·

وتراكم الاقساط يعتبر من جهة اخرى رؤوس امـــوال جـديدة تساهم شركات التأمين بها في عملية تطوير التنمية الاقتصاديـــة وذلك من خلال استثمار تلك الاموال في المشاريع العامة صناعيـــة كانت أم عقارية · كذلك ، فان في امكان شركات التأمين توفيـــر المبالغ اللازمة ، على شكل قروض تقدم الى بعض المشاريع الحيوية التي قد تعاني من الصعوبات المالية ، فتساعد بذلك على استئناف عمليات الانتاج بصورة منتظمة ، وتستثمر بنفس الوقت مـــا لديها من أموال ·

٢١٩ـ جـ ـ اداة ائتمان Moyen de Credit

لوثيقة التأمين قيمة مادية وثمـــن Prix معين يرتبـط بمبلغ التأمين المقرر في وثيقة التأمين وبالشيىء المؤمن عليـه · وعلى أساس هذه القيمة يستطيع المؤمن له الحصول على القروض أو المبالغ التي قد يكون بحاجة اليها لاغراضه · ويتم ذلك عـــن طريق رهن الوثيقة لدى الغير أو لدى شركة التأمين نفسها · ويجد الدائنون حاليا في التأمين صورة فعالة للائتمان · اذ يلجـأ الدائن الى تأمين الديون التي له قبل الغير أما بتأمين كفالة الوفاء به Assurance — Caution أو التأمين من أعسار المدين Assurance d'insoivabilite

(١٥٩) الاسس الفنية للتأمين ،

Les bases techniques de L. assurance

٢٢٠ـ التأمين عملية تستند في الواقع على مؤسسة منظمة علميا · فهو فن قائم على فكرة المساهمة La Mutulite وتوزيع المخـــاطر

---

(١٥٨) تلمس هذه الوظيفة الادخارية في التأمين على الحياة لحالة البقاء ·

(١٥٩) انظر : Picard et Besson : Les assurances terrestres en droit francais, 1970, T. I. P. 17.

وفق قواعد الاحصاء وأعادة التأمين · وتستند عملية أجـــــراء التأمين ايضا على ما يتخذ من وسائل الحيطة والتدارك ·

٢٢١ ـ أ ـ المساهمة : La Mutualite

تفترض عملية التأمين بالضرورة مجموعة من الاشخاص معرضين لخطر أو أخطار معينة · فلا يمكن للمؤمن عمليا التعامل مع حالات مفردة والا كنا أمام رهان ومقامرة · والـــكم العددي المفترض يمثل المساهمة المستقلة لكل حالة في تسوية الحوادث اوالاخطـــار التي قد تقع بالنسبة لبعض المؤمن لهم · فتســـوية المخاطـــر تتـــم من خلال رصيد التغطية المتأتي من الدفعات المالية أي الاقســـناط التي يؤديها مجموع المؤمن لهم · وللمساهمة تأثير ايجابي عـــلى معدل العبء المالي الذي يقع على عاتق المؤمن له · فـكلما كانت المساهمة كبيرة وتعدد المؤمن لهم كلما قلت نسبة العبء المـــالي الذي يقع على عاتق كل منهم وتم التوصل بالتالي الى اذابـــــة اثار المخاطر وتلافيها(١٦٠) ·

٢٢٢ ـ ب ـ الاحصـاء : Les donnes statistiques

يقوم الاحصاء على تحليل مجموع معين من الحالات المتجانسة · وبما أن التأمين من العقود الاحتمالية فان عملية التـــأمين لا يمكن أن تتم عمليا الا بناء على تقييم الاحتمالات أى التقـــدير المسبق لعدد وأهمية المخاطر التي ستقع أو من الممكن تحققهـــا خلال فترة زمنية محددة بالنسبة لمجموع المؤمن لهم · وحســـاب الاحتماليـــــة L' evaluation de Probabilité

لا يتم الا بمقتضى قواعد الاحصاء ، بمعنى تحليل مجموع مـــن الحالات المتشابهة بظروفها وعناصرها المادية لغرض التوصـــل الى حصر فرص تحقيق الخطر في المستقبل · ومتى تـم تحـديد فرص

---

(١٦٠) انظر : Maurice Fauque : Les assurances. 1965, P. 14

تحقيق الخطر المؤمن منه ، فانه يكون عندئذ باستطاعة شـــركة التامين ـ المؤمن ـ تحديد سعر التامين الذي يستوفي على أساسه قسط التامين • ومن هنا تتضح أهمية الاحصاء في اجراء عمليـــة التأمين(١٦١) •

٢٢٣ ـ ج ـ الخطـــر : Le risque

لا يمكن تصور عملية التامين بدون وجود الخطر • فهو ركنـــه الجوهري بل أنه محل عقد التامين نفسه(١٦٢) • الا انه لا يمكن اجراء التامين من خطر معين ما لم تتوفر في هذا الخطر الشـــروط التالية : أن يكون الخطر اولا موزعا وان يكون متجانسا ومتواتـــر أى منتظم الوقوع :

ويقصد بالخطر الموزع Dispersé أن لا يكون الخطر ذا طبيعة عامة general أو أكيد الوقوع بالنسبة للمجموع الكلي للمؤمن لهم •

فلا بد من وجود عدم تناسب بين نسبة الحوادث التي يمـــكن تحققها وجملة المخاطر لكي يكون الخطر تامينا • فاذا كان الخطر المراد التامين منه ظاهرة عامة تصيب المجموع الـكلي للمتعرضين لها فانه من غير الممكن عمليا التامين ضدها • ولذا فلا يجـــوز التامين ، مثلا ضد مخاطر الازمات الاقتصـــادية او الاخطـــار الناجمة عن وقوع الكوارث الطبيعية أو تلك التي يكون مصـــدرها الحروب الاهلية والدولية • وتستبعد بعض القوانين صراحة من اطار التامين المخاطر الناجمة عن تلك الظواهر(١٦٣) •

أما الخطر المتجانس homogene أو المتماثل فهـــو ذلك الخطر الذي يتميز بصفة وطبيعة واحدة ويخضع من حيث تحققـه

---

(١٦١) انظر : Maurice Fauque : Ibid P. 14 — 15.

(١٦٢) انظر : Picard et Besson : ibid. P. 3et 32.

(١٦٣) انظر المواد ٤٥،٣٤ من القانون الفرنسي الصادر في تموز ١٩٣٠

لظروف واحدة · وتتمثل أهمية التجانس في تحديد الثمن الـــذي يقرر على أساسه سعر التامين لمختلف المخاطر · اذ لا يســـتطيع المؤمن تحديد قيمة القسط الا اذ عرف على وجه الدقة طبيعة الخطر الذى يطلب منه تغطيته · وعليه فمن غير الممكن ، مثلا ، ان يفرض المؤمن على المؤمن له من خطر الحريق نفس نسبة الاقساط المقـــررة على التامين من خطر السرقة أو من خطر خيانة الامانة وذلـــــك لخضوع كل من هذه المخاطر لظروف موضوعية مختلفة ·

أما تواتر الخطر La Frequence فيقصد به أن تكون هناك درجة مألوفة من انتظام وقوعه · فاذا كان الخطر نادر الوقـــــوع se realise rarement فانه لا يعتبر خطرا تامينيا لان النـــدوة في الوقوع تتعارض وقاعدة تكرار الظاهرة وبالتالي لا يمكـــن تقـــدير سعر تعريفة التامين · ولذا فان التامين ضد مخاطر الطاقـــــة الذرية مثلا غير ممكن عمليا لندره وقوع تلك المخاطر(١٦٤) ·

فاذا توفرت هذه الشروط في الخطر فانه يعتبر حينئذ خطـــرا تامينيا قابلا للضمان ·

٢٢٤ ــ د ــ أعادة التامين : La reassurance

تستند عملية التامين كذلك على اعادة التامين · وأعادة التامين وسيلة يتلافي المؤمن من خلالها احتمالية (التجاوز) او بالاحرى الانحراف (L. ecart) في نســـبة المخاطر المتحققة فعلا قياســـــــا بالمخاطر المتوقع تحققها استنادا على جداول الاحصـــــاء وتقديـــــر الاحتمـــــالات ·

ولغرض معالجة هذا الانحراف الذي يؤدي الى زيادة عـــــبء

---

(١٦٤) انظر :
Fourastie : Les assurances au point de vue economique .P. 41 et S.

التزامات المؤمن تلجأ شركات التأمين الى اعادة التأمين(١٦٥) . واعادة التأمين عقد بمقتضاه يحيل المؤمن جميع La totalite أو جزء Une Partie من المخاطر المغطاة من قبله الى معيد التأمين الذي يتعهد بقبولها حسب شروط العقد . واعادة التأمين عقد اعتيادى يبرم بين المؤمن الاصلي الذى يصبح بمركز المؤمن له وبين معيد التأمين الذي يعتبر بمثابة المؤمن . ولا شأن للمؤمن له في العقد الاصلي بالعقد الجديد . فهو أجنبي عنه لا يكتسب منه حقا ولا يتحمل بقيامه التزاما . ويبقى المؤمن وحده المسؤول تجاه المؤمن له بموجب وثيقة التأمين المبرمة فيما بينهما .

٢٢٥ـ هـ ـ التدارك : La Prevention

يعني التدارك جميع ما يتخذ من اجراءات الوقاية وجميع الوسائل التي من شأن استخدامها تلافي وقوع الخطر او تقليل أهمية اثاره في حالة تحققه . ويلعب التدارك دورا مؤثرا في توسيع أعمال التأمين وذلك من خلال تأثيره المباشر على مقدار قسط التأمين(١٦٦) . اذ ان وجود وسائل التدارك يؤدي الى تخفيض القسط بصورة تجعل التأمين ، بالتالي بمتناول المجموع وبغض النظر عن قوة دخل الفرد . وتحقيقا لذلك فان الشركات التأمين تاخذ بنظر الاعتبار عند تقرير اقساطها وجود تلك الوسائل لدى طالب التأمين كما هو الحال في التأمين من خطر الحريق أو التأمين من السرقة أو على المسؤولية ....

٢٢٦ـ وبعد هذه المقدمة في بيان المقصود بالتأمين ، سنتناول دراسة عقد التأمين في ثلاث نقاط كما يلي :

---

(١٦٥) انظر : Le Blanc La reassurance du point de vue economique. P. 40. et s.

(١٦٦) انظر : Maurice Fauque : op. cit. P. 15.

اولا ـ ابرام عقد التأمين ·

ثانيا ـ الاثار القانونية لعقد التامين ·

ثالثا ـ انتهاء عقد التأمين ·

المبحث الاول :

أبرام عقد التأمين

La Conclusion du Contrat d assurance

٢٢٧ـ يبرم عقد التأمين اعتياديا بين طرفين : المؤمن والمؤمن له ·

ومع ذلك فقد يقع ان يقوم الغير بأبرام العقد لمصلحة شخص اخر من خلال وكالة عادية Mandat الا ان العقد يعتبر وكأنه أبرم من قبل الاصيل طالما ان اثاره والالتزامات المترتبة على ابرامه لا تنصرف الا الى الاصيل · وقد يحدث ايضا ان يتم ابرام العقد فضاله Gestion d affaires · ولا بد هنا من تطبيق القواعد العامة للفضالة · وعليه فان الفضولي يعتبر المدين المباشر بتنفيذ الالتزام ـ اداء الاقساط ـ للمؤمن ويعتبر بنفس الوقت الدائن المباشر قبل هذا الاخير بمبلغ التأمين اذا تحقق الخطر المؤمن منه حتى لو صدرت اجازة لعمل الفضولي من قبل الشخص الذي تصرف هذا الاخير لمصلحته ·

وقد يبرم العقد كذلك لمصلحة شخص مستفيد Pour compte بحيث يلتزم من قام بأبرام العقد بدفع الاقساط بينما يتخذ المستفيد صفة المؤمن له الذى تنصرف اليه حقوق التأمين · كحالة المودع الذي يؤمن على الشيء المودع لمصلحة المودع لديه وحالة التامين من المسؤولية ·

وسواء تم ابرام العقد من قبل اطرافه مباشرة أو تم بصورة اخرى فان انشاء (العقد) لا يمكن ان يكون صحيحا الا اذا توفرت الشروط القانونية لانعقاده · وتوفر تلك الشروط يعني ان العقد أصبح تاما · الا ان المظهر الخارجي لتمام ابرام العقد يتخذ

صيغة شكلية تتمثل أما بطلب التأمين أو مذكرة التغطية المؤقتة أو بوثيقة التأمين ·

ولذا فاننا سوف نتعرض اولا الى تحديد أطراف عقد التأمين ومن ثم نحلل الشروط القانونية للابرام ونعالج اخيرا الصيغة الشكلية لتمام الابرام والتي تعتبر المظهر المادي لعقد التأمين ·

اولا : أطراف عقد التأمين Les Contractants

٢٢٨ـ أطراف العقد كما بينا انفا المؤمن والمؤمن له · ومع ذلك فقد يقع (ويحدث ذلك غالبا) أن يكون المؤمن له غير الشخص الذي أجرى العقد · او قد تؤول حقوق التأمين الى شخص اخر غير المؤمن له ، أو كما يسمى عادة بالمستفيد Le beneficiaire ·

وقد يختلف ايضا مفهوم المؤمن تبعا لشكل هيئة التأمين التي تباشر التأمين فلا بد اذن من توضيح المقصود بكل من المؤمن والمؤمن له والمستفيد ·

٢٢٩ ـ أ ـ المؤمن : L assurcur

المؤمن هو الطرف المقابل للمؤمن له في عقد التأمين · والغالب ان المؤمن يتخذ شكل شركة مساهمة (شخص معنوي) منظمة فنيا · وقد يكون المؤمن جمعية تأمين تبادلي تتمثل بصيغة الاتفاق بين مجموع من الاشخاص على تغطية الاضرار التي قد تلحق بأحدهم اذا تحقق خطر معين · وغالبا ما يكون المؤمن هو الطرف المباشر في ابرام العقد · الا ان ابرام العقد قد يتم ايضا من قبل الوكلاء والوسطاء ، ويعتبر الوكيل بمنزلة المؤمن · فهو مفوض ، ومقابل عمولة محددة ، من قبل هذا الاخير في ابرام العقود مع الاغيار ·

وقد يتغير المؤمن بعد تحويل اثار العقد الى شخص اخر طبقا لاحكام حوالة الحق وحوالة الدين · فيصبح المحال اليه ومن تاريخ

الحوالة المؤمن الجديد تجاه المؤمن له . وقد يتغير المؤمن كذلك بسبب الاندماج fusion كما لو اندمجت شركة التأمين بشركة تأمين اخرى . ولا تاثير لهذا التغيير على حقوق المؤمن له والتزاماته الا في حالة رغبة هذا الاخير في فسخ العقد .

ولم يتضمن القانون المدني العراقي أو القوانين الاخرى المنظمة لنتأمين تعريفا للمؤمن . من ذلك فانه يمكن أستنتاج التعريف التالى من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٩٨٣) من القانون المدني العراقي(١٦٧) :(المؤمن هو الشخص الذي يتسلم بدل التامين ويلزم نفسه بدفع مبلغ التامين الى المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه) .

ويعتبر هذا التعريف ، في الواقع معيبا ، لعدم ابرازه الوظيفة الاقتصادية والفنية للمؤمن . وبما ان تلك الوظيفة تعتبر عنصرا مميزا للمؤمن فان تعريف المؤمن يمكن ان يكون بالصيغة التالية : (المؤمن هو الشخص الذي يمتلك القدرة الاقتصادية والكفاءة المالية على تحمل أعباء المخاطر وازالتها اذا تحققت وفقا لشروط العقد القانونية) .

٢٣٠ ـ ب ـ المؤمن له : L. assure

هو الطرف الذى يتهدده الخطر المؤمن منه سواء في ماله ، كحالة التامين من الاضرار ، أو في شخصه ، كحالة التأمين على الاشخاص ويقع على عاتقه اداء بدل التامين(١٦٨) .

وتجدر الاشارة الى ان عقد التأمين قد يمتد الى أشخاص اخرين

---

(١٦٧) تنص ف ٢ من م ٩٨٣ مدني عراقي على ان المؤمن له هو (الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن .) ومن هذه الفقرة يمكن استنتاج التعريف الذي قدم أعلاه بخصوص المؤمن .

(١٦٨) انظر كذلك نص ف ٣ من المادة ٩٨٣ مدني عراقي .

بالاضافة الى المؤمن له · فقد يساهم في العقد أشخاص لهم مصلحة في ابرام العقد وتنفيذه · ولذا فانه من الضروري ان يميز بين طالب التأمين Le souscripteur والمؤمن له L assure والمستفيد Le bencficiaire ·

فطالب التأمين يعتبر عموما هو الطرف الذي يوقع العقد ويلتزم تجاه المؤمن بأداء أقساط التأمين · والمؤمن له هو الشخص الذى يهدده الخطر في ماله أو في شخصه · أما المستفيد فهو من تؤول اليه حقوق التأمين اذا تحقق الخطر المؤمن منه · وقد تجتمع هذه الصفات الثلاث في شخص واحد · كان يؤمن شخص على داره من خطر الحريق · فهو أولا طالب تأمين لانه يبرم العقد ويتحمل الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن · ويعتبر ايضا مؤمن له لان الخطر يهدده بالذات · وهو من جهة اخرى المستفيد من التأمين اذا تحقق الخطر المؤمن منه ، اذ تؤول اليه حقوق التأمين(١٦٩) · الا انه ليس من المستبعد ان يكون الامر على خلاف ذلك · فقد تتفرق تلك الصفات على أشخاص مختلفين · فيجوز أن يكون طالب التأمين والمؤمن له واحدا ويكون المستفيد شخصا اخر · كمن يؤمن على حياته لحالة الوفاة لمصلحة اسرته · فالمؤمن على حياته هنا هو طالب التأمين لانه يتعاقد مع المؤمن ويلتزم بدفع أقساط التأمين · ويعتبر بنفس الوقت مؤمنا له لانه أمن على حياته · أما المستفيد فهو من تنتقل اليه حقوق التأمين من أفراد اسرته أو ورثته · وقد يكون طالب التأمين والمستفيد شخصا واحدا ويكون المؤمن له شخصا اخر · كمن يؤمن على حياة مدينة لمصلحة نفسه · فاذا توفي المدين قبل سداد الدين تقاضى الدائن مبلغ التأمين · فالدائن هنا يجمع بين صفتي طالب التأمين والمستفيد · أما المدين فهو مؤمن له لان حياته هي موضوع

(١٦٩) انظر : Picard et Besson: op. cit . p. 69 ·

العقد • وقد يكون المؤمن له والمستفيد شخصا واحدا ويكون طالب التأمين شخصا اخر • كما هو الامر في التأمين لحساب ذي مصلحة أو لحساب من يثبت له الحق فيه • كمن يؤمن على مسؤوليته من حوادث السيارات لمصلحة أى شخص يقود واسطة النقل التي يملكها • فمالك الواسطة يعتبر طالب تأمين • ويعتبر الذي يقود واسطة النقل مؤمنا له ومستفيدا في ان واحد • فهو مؤمن له لان التأمين قد ابرم ضد خطر يهدده وهو مسؤوليته عن حوادث النقل • وهو مستفيد لانصراف حقوق التأمين اليه• ويمكن اخيرا أن يكون طالب التأمين غير المؤمن له ويكون كلاهما غير المستفيد • كما لو أمن شخص على حياة غيره لمصلحة شخص ثالث، مثلا أو أبرم شخص عقد التأمين على حياة والده لحالة الوفاة ولمصلحة والدته • فهنا يعتبر الاول طالب تأمين ، ويعتبر الثاني مؤمنا له طالما ان حياته هي المؤمن عليها ، ويعتبر الشخص الثالث المستفيد من العقد(١٧٠) •

٢٣١ـ جـ ـ المستفيد : Le beneficiaire :

يعتبر المؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه هو الطرف الدائن تجاه المؤمن • فهو في الغالب المستفيد من عقد التأمين • بيد ان حقوق التأمين قد تؤول الى شخص اخر غير المؤمن له • ويطلق على هذا الشخص هنا المستفيد في عقد التأمين • فالمقصود بالمستفيد كل شخص غير شخص المؤمن له الذي أبرم العقد أصلا • ويجوز أن يكون المستفيد شخصا عاديا (فردا) أو معنويا • فلا يحول دون أن يكون الشخص المعنوي المستفيد في عقد التأمين ، أى مانع قانوني •

ويعين المستفيد من قبل المؤمن له نفسه • ويكون ذلك بنص

---

(١٧٠) انظر د • عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المجلد الثاني ص ١٧٣ •

صريح في الوثيقة وعند ابرام العقد • وقد تكون تسمية المستفيد في وقت لاحق(١٧١) •

وتجدر الاشارة الى ان حق تعيين المستفيد يعتبر حقا من الحقوق الشخصية للمؤمن له ، طالما أنه يرتبط ، في الواقع ، بأعتبارات خاصة بالمؤمن له وتتصل بشخصه اتصالا وثيقا • وعليه فليس من حق الورثة في التأمين على الحياة مثلا تسمية مستفيد في عقد التأمين اذا لم يكن هناك مستفيد بالاصل أو كان هناك مستفيد معين بالاسم من قبل المؤمن له وأراد الورثة تغييره(١٧٢) • ويترتب على ذلك ايضا ان بأمكان المؤمن له ، بشرط أن لا يكون قبول المستفيد من العقد قد صدر منه ، ابطال التسمية وأستبدال المستفيد بمستفيد اخر أو ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من التأمين • بيد ان قبول المستفيد وأعلان رغبته في الاستفادة من التأمين يحول دون امكانية استعمال المؤمن له حقه في ابطال التسمية السابقة وتعيين مستفيد اخر •

فصدور القبول يكسب المستفيد حقا غير قابل للنقض • اذ ان التأمين يصبح في هذه الحالة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير(١٧٣) •

ثانيا : الشروط القانونية اللازمة لابرام عقد التأمين :

Les conditions juridiques du contrat d assurance

٢٣٢ــ لا يتم ابرام عقد التأمين ما لم يكن هناك تراضي ومحل للعقد وسبب له • ونتعرض لكل شرط من هذه الشروط بالتتابع •

---

(١٧١) المادة ٩٧٧ من القانون المدني العراقي •
(١٧٢) انظر ف ١ من م ١٥٣ من القانون المدني العراقي •
(١٧٣) انظر الفقرة الاولى من المادة ١٥٣ التي لا تجيز نقض المشارطة بعد اعلان المنتفع للمتعهد رغبته في الاستفادة من المشارطة •

٢٣٣ـ أ ـ التراضي : Le consetement

الرغبة في التعاقد محور شرط التراضي · ولهذه الرغبة مظهر خارجي يقوم على اتفاق ارادتي الطرفين في تحقيق حالة قانونية معينة تتمثل بالعقد · والتأمين من العقود الرضائية · فلا يمكن ابرامه اذن بدون الرضاء أى توافق الايجاب والقبول ومن خلال توافر ارادتين تشتركان في أحداث الاثر القانوني أى انشاء عقد التأمين · الا ان التعبير عن الارادة يجب ان يكون صادرا عن شخص يتمتع بالقدرة القانونية على أحداث ذلك الاثر القانوني · بمعنى أن يكون ذلك الشخص في وضع يستطيع ان يقدر فيه النتائج المترتبة على هذا التعبير · ولا بد من جهة اخرى ان يكون هذا التعبير خاليا من العيوب التي تشوب الارادة · فالاهلية القانونية والارادة السليمة هي الشروط اللازمة لصحة التراضي ·

٢٣٤ـ ا ـ الاهلية : La Capacite

الاهلية هي قدرة الشخص (الصلاحية) على استعمال الحق وصلاحية ذلك الشخص لثبوت الحق له أو عليه · وتشترط الاهلية في التأمين بالنسبة للطرفين وان كان المؤمن غالبا شخصا معنويا · وبهذه الصفة يعتبر متمتعا بالاهلية بالحدود التي يعينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون(١٧٤) ·

والاهلية اللازمة للمؤمن له هي أهلية الادارة على اعتبار ان التأمين بالنسبة له (المؤمن له) عقد من عقود الادارة الدائرة بين النفع والضرر · يشترط اذن ان يكون المؤمن له قد اتم سن الثامنة عشر من العمر ـ م ١٠٦ مدني · ويعتبر العقد موقوفا على اجازة الولي أو الوصي في الحدود التي يجوز فيها لهذا

---

(١٧٤) انظر ف ٤م ٤٨ مدني عراقي · انظر كذلك المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من قانون شركات ووكالات التأمين رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٠ ·

الاخير التصرف ابتداءا فيما اذا أبرم التأمين ناقص أهليه ـ م ٩٧ مدني ـ ٠ ويجب إن تصدر الاجازة بالتصرف او نقضه خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذي يعلم فيه الولي بابرام العقد ـ ف ٣ ـ م ١٣٦ مدني عراقي ـ(١٧٥) ٠

أما تصرف المأذون الذي أكمل الخامسة عشر من العمر فانه يعتبر كتصرف الكامل الاهلية(١٧٦) ٠ بينما لا يمكن الاعتداد بتصرف عديم الاهلية حتى وان لحقته اجازة الولي أو الوصي ٠ فكل تأمين يبرم من قبل عديم الاهلية يعد باطلا حتى لو أجاز الولي أو الوصي العقد ـ م ٩٦ مدني ـ ٠

٢٣٥ـ٢ـ عيوب الارادة : Les Vices de consentement

تسرى القواعد العامة في عيوب الرضا على عقد التأمين ٠ وعيوب الارادة عموما هي الاكراه والغلط والاستغلال والغبن مع التغرير ٠ ومن النادر جدا في الواقع ان يشوب ارادة المؤمن له اكراه في ابرام عقد التأمين ٠ فالمؤمن له لا يتعاقد مع المؤمن الا طائعا مختارا ٠ والعكس صحيح كذلك فشركة التأمين تبرم العقد بمحض ارادتها ورغبتها في احداث الاثر القانوني ٠ واذ تحقق الاكراه فرضا فان العقد يعتبر موقوفا على اجازة الطرف الذي كان واقعا

---

(١٧٥) يجيز البعض مباشرة المميز البالغ من العمر خمسة عشر عاما التأمين (حتى ولو لم يكن الصغير المميز مأذونا) على أساس ان عقد التأمين تصرف تتوفر فيه شروط (النفع المحض) وبأمكان المحجور عليه لسفه والمجنون جنونا غير مطبق في حالة الافاقة اجراء التأمين ، حسب هذا الرأى كذلك ، اذا استطاع كل منهم ادراك المنافع التي سيحصلون عليها في حالة اجراء التأمين ٠
انظر : د ٠ سعدون القشطيني : محاضرات في التأمين ٧٤/٧٥٠ ص ٨٦ ـ ٨٧ ٠

(١٧٦) انظر م ٩٩ مدني عراقي ٠

تحت تأثير ذلك الاكراه ـ م ١١٥ مدني ـ . فبأمكان المكره اجازة العقد أو نقضه على أن يتم ذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريـــخ الانعقاد ـ ف ٣م ١٣٦ مدني ـ فاذا مضت تلك المدة ولم يوضح المؤمن رغبته في نقض العقد او اجازتـه فان العـــقد يعتبر في هذه الحالة نافذا ـ ف ٢ م ١٣ مدني ـ .

ويجب أن لايخلط بين حالة الضرورة La necessité وبين الإكراه . La Violence . فمجرد الاضـــطرار ألى التعاقد لايعد أكراها وبالتـالي لايعـــيب الرضـــا . فالعـــقود محكومـــة في الغالب بحالة الضرورة والفرد مضطر في الغالب الى اجراء التعاقد . الا ان استغلال حالة الضرورة لدى الشـخص قد تؤدي الى الاكراه . وعليه لو فرض المؤمن على المؤمن له الملزم بأجراء التأمين عـلى المسؤولية قانونا ، بأن يبرم هذا الاخير عقد تأمين اخر ، عـــلى الحريق مثلا ، والا رفض اجراء التامين على المسؤولية فهناتتحقق حالة الاكراه ، ويعتبر العقد الثاني ، بالتالي موقوفا على الاجازة .

اما الغلط L' erreur فهو التوهم الغير الواقعي لحالة معينة بحيث يؤدي بالنتيجة الى التعاقد . والغلط يقع اما في الشخص en la personne أو في الشيىء en la chose . والغلط في اطار عقد التأمين ممكن الحصول فقد يقع في الشيىء المؤمن عليه كما لو ارادشخص التأمين على بناءمنزله من الحريق فجرى التأمين على اثاث المنزل بدلا من البناء . وقد يحصـــل الغلط في طبيعة الخطر المؤمن منه . كما لو طلب شـــخص التأمين على منزله من خطر الحريق فجرى التأمين على المنزل من خطر السرقة . وقد يقع الغلط أيضا في صفة جوهرية المشـــيء المؤمن عليه . كما لو طلب شخص التأمين على ارسالية من الاصواف الغير منسوجة اسـتوردها من الخرج فجرى التأمين على تلك الارسالية على اساس انها اصواف منسوجة وبما ان عقد التأمين من العقود الشخصية Contrat personnel

فانه من النادر جدا في رأينا ان يقع الغلط في شخص المتعاقد · وفي جميع الاحوال فان حكم الغلط اذاوقع ، سواء في صفة جوهرية للشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، هو ان العقد لا يعتبر نافذا ـ م ١١٨ مدني عراقي · أما الغلط الواقع في محل التأمين أو في طبيعة الخطر المؤمن منه فانه يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا ـ ف أم ١١٧ مدني عراقي · غير ان المادة١١٩ من القانون المدني العراقي تعلق نفاذ هذه الاحكام على شرط ان يكون المتعاقد الاخر قد وقع في « نفس الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبين وجوده » · وعليه يكون من حق من وقع في الغلط أما اجازة العقد أو نقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ كشف الغلط · فاذا مضت تلك المدة ولم يبدر من ذلك الشخص ما يدل على نقض او اجازة العقد فان العقد يعتبر نافذا · ف ٢ م ١٣٦ مدني عراقي ·

ويعتبر التغرير مع الغبن من الوسائل البعيدة الحصول في التأمين · ويجب ان يلاحظ بان الغبن لوحده أو التغرير دون الغبن لا يكفي في القانون العراقي ليكون عيبا مفسدا للرضا · فلا بد من اجتماعهما لغرض اعتبارهما من تلك العيوب ـ م١٢١ مدني عراقي ـ · واذا تحقق التغرير مع الغبن فالعقد يعتبر موقوفا ، وللمتعاقد المغبون الحرية في اجازة العقد او نقضه خلال ثلاثة أشهر من انكشاف التغرير مع الغبن · والا فان العقد يعتبر نافذا ·

٢٣٦ ـ ب المحل : L' objet

محل العقود يذكر عموما في العقد ، فهو الشيء الذى يرد عليه العقد ويثبت اثره فيه ويكون ذا قيمة مالية · والتأمين كعقد محله الخطر المؤمن منه Le risque assuré يرتبط به وجودا وعدما · فانعدامه

يلغي بالضرورة وجود التامين اذ لاحاجة لتامين دون خطر · فالمؤمن لايلتزم اقتضاءا الا لان هناك خطر · وارتباطا بوجود ذلك الخطر يحدد قسط التامين · والمومن له لا يلتزم باداء القسط الا لان هناك خطر يرغب تجنب اثاره الضارة التي تصيب ذمته المالية اذا تحقق ·

ولايقتصر مدلول الخطر ، كمحل للعقد ، على مايتهدد الشخص من حوادث قد تحل به ، بل قد يكون الخطر حدثا سعيدا يصيب الشخص ·

فتامين الاولاد وتامين الزواج والتامين على الحياة لحالة البقاء ترد على اخطار لاتتخذ صيغة الكارثة عند حدوثها · بل تعتبر حوادث سعيدة اذا تحققت وتعتبر بذات الوقت اخطارا تامينية ·

ويتسم الخطر ، كمحل للعقد ، بسمات ثلاثة · فهو اولا واقعة محتملة الوقوع evenement incertain يمكن ان تتحقق أو لا تتحقق · وعليه لايمكن التامين على خطر مستحيل الوقوع استحالة مطلقة او استحالة نسبية · فلو تعلق الامر بتامين خطر لايتصور وقوعه طبقا للقوانين الطبيعية فان العقد يعد باطلا · فلا يمكن مثلا التامين ضد خطر تجمد نهر في منطقة تحكمها ظروف طبيعية يستحيل معها تحقق مثل ذلك الخطر · اما الاستحالة النسبية فانها تعني ان الحادث المؤمن ضده ممكن الحدوث بذاته بيد ان تحققه يصطدم بظروف خاصة تجعل تحققه مستحيلا · كما هو الحال مثلا في حالة انعدام الشيء المؤمن عليه : فلو فرضنا ان بضائع تجارية مؤمن عليها ضد خطر السرقة تتلف تماما بخطر الحريق · فالخطر هنا ـ السرقة ـ منعدم تماما · وتجيز بعض القوانين التجارية البحرية (١٧٧) التامين على الخطر الظني Risque Putatif أي ذلك الخطر الذى لايعلم أطراف العلاقة القانونية بتحققه او عدم تحققه ، والا كان التامين باطلا · بيد انه لامجال لاجراء مثل هذا التامين في اطار التامين البرى ·

---

(١٧٧) انظر م ٣٦٥ ، ٣٦٧ من القانون الفرنسي · انظر كذلك · م ٢١٠ ، ٢١١ من قانون التجارة البحرية العثماني انظر ايضا م٦ من قانون التامين البحرى الانكليزى الصادر في ١٩٠٦ ·

فالعقد يعتبر باطلا اذا تبين ان الخطر كان قد زال او كان قد تحقق في الوقت الذى تم فيه العقد او كان احد الطرفين على الاقل عالما بذلك(١٧٨) ف ٢ م مدني عراقي ٠

ويتميز الخطر من جهة ثانية بانه لاارادى ٠ فالخطر التأميني واقعه لايعتمد تحققها على ارادة اطراف العلاقة القانونية وبالذات على ارادة المؤمن له ٠ فاذا كان تحقق الخطر يعتمد على فعل ارادى فان ذلك يعني زوال عنصر الاحتمالية عن الخطر ويعتبر بالتالي خطرا اكيد الوقوع فتنتفي امكانية تامينه ٠ وبناء على ذلك لايجوز التأمين على الخطأ العمدى Assurance de dol او خطأ المؤمن له الارادى المقصود ٠ فلو امن شخص على حياة غيرة لمصلحته ثم احدث عمدا وفاة المومن فانه يحرم من التأمين ويكون المومن متحلا من التزاماته (١٧٩) ــ م ٩٩٤ م مدني ــ ٠ ولو امن شخص على منزله ضد الحريق ثم تعمدا احداث ذلك الخطر فلا حق له فيالتأمين ــ م ١٠٠٠ مدني عراقي ٠ غير ان وقوع الخطأ العمدى في غير تلك الحالة لايؤدي الى اعفاء المؤمن من مسؤوليته تجاه المؤمن له ٠ ويتضح ذلك في الحالتين التاليتين :

١ ــ اذا كان الخطأ العمدى صادرا من الغير ٠ اذ ان المحرم تامينه قانونا هو الخطأ العمدى الصادر من المؤمن له ٠ فاذا كان الذى صدر منه الخطأ العمدى اجنبيا عن المؤمن له ، كان سرق ماله او الحق به ضرر فمن الواضح هنا ان هذا الخطأ العمدى جائز التامين عليه ٠ ويجب ان يلاحظ بان مصطلح

---

(١٧٨) انظر قرار محكمة التمييز الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٦/١١ في العدد الثاني من النشرة القضائية السنة الاولى ــ ص ١٦٨ ٠

(١٧٩) يرد على هذه القاعدة استثناء يتمثل في أنتحار المؤمن لــه على حياته ٠ اذ يكون مــن حق من يؤول اليهم الحق ، مبلغ يســاوى قيمــة احتياطي التامين ف ١م ٩٩٣ مدني عراقي ٠ واحتــياطي التأمين ، هو نسبة معينة تقتطع من الاقساط المخصصة للادخار ، اماالإنتحار الذى يعود سببــه الى مرض عقلي فلا يؤثر على التزام المؤمن اطلاقا ف ١ م ٩٤٣ مدني عراقي ٠

الغير لاينصرف هنا الى الغير الذى لاترتبطه اية علاقة مع المؤمن له بـــل تشمل كذلك الغير الذى يكون المؤمن له مسؤولا عنه مسؤولية مدنية كولده او تابعه فلا تاثير لعلاقة التبعية على التزام المؤمن طالما ان اراده المؤمـــن له لا علاقة لها بتحقيق ذلك الخطر(١٨٠) ٠

٢ ـ اذا كان الخطأ العمدى صادرا من المؤمن له نفسه لضرورة تبرر وقوعـــه ٠ كان يقوم بتحقيق الخطر المؤمن منه لسبب انساني
Devoir humanitaire

فلو عرض المؤمن له على حياته نفسه للموت انقاذا لغيره فمات فعلا فان التأمين ينتج اثاره كاملة ٠ وينضوى تحت هذه الحالة كذلك تحقيق الخطر المؤمن منه تحقيقا لمصلحة عامة realiser un intèret general كان يتلف المؤمن له عن عمد اموالا منقوله مؤمن عليها ليتدارك امـــتداد الحريق الذي اندلع في داره الى الدور الاخرى وحصـــره في اضـــيق مجال ممكن ٠ فالتامين ينتج اثاره كاملة بالرغم من الفعل العمدى للمؤمن له ٠ وقد تعرض القانون المدني العراقي لهذه الحالة بصورة غير مباشرة ٠ اذ تنص المادة ٩٩٩ منه على انه : « يكون المؤمن مسؤولا عن كافة الاضرار الناشئة مباشرة عن الحريق والاضرار التي تكون نتيجـــة حتميه له ٠ وبالاخص ما يلحق الاشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائـــل للانقاذ او لمنع امتداد الحريق » ٠

اما السمة الثالثة للخطر فهي ان يكون مشروعا
Legalement assurable

ـ م ٩٨٤ مدني عراقي ، اى ان عدم قابليته للتأمين ضده تعود لا الى طبيعتـــه بل الى القانون ٠ فالقانون يخرج احيانا بعض الاشياء من التعامل ـ ف ١ م ٦١

---

(١٨٠) انظر بهذا الصدد كذلك ف ٢ من م ١٠٠٠ من القانون المدني العراقـــي التي تقضي بما يلي : « يكون المؤمن مسؤولا ايضا عن الحريق الـــذى يتسبب فيه تابعوا المستفيد ولو كانوا متعمدين » ٠

مدني ـ لضرورات تقتضيها المصلحة العامة وحسن سير المجتمع · وعليه لايجوز ان يكون الخطر محرما من وجهة نظر القانون او مخالفا لقواعد النظام العـــام والاداب · ولذا يعتبر باطلا التأمين على الغـــــرامات المالية او المصـــــادرة La conFiscation التي يمكن ان يحكم بها الشخص جنائيا طالما ان كلا من الغرامة والمصادر عقوبه Peine والعقوبـة يجب ان تبقى شخصية Personnelle مراعاة للنظام العام · ولا يجوز كذلك التأمين على تركة مستقبله بايلولتها او عدم ايلولتها لشخص معين ـ ف ٢ م ١٢٩ مدني عراقي ـ · ولايجوز التأميـن على مخاطر الرهان والمقامرة والمقامرة · ويعد باطلاً كذلك التأمين الذي يبرم لغرض تسـديد قرض مخصص لشراء محلات القمار او تأثيثها او التأمين من خطر حريق هذه الاماكن ··· الخ ·

٢٣٧ ـ ج ـ السبب : La Cause

السبب في التأمين هو الدافع الباعث الذى حمل كلا من المؤمن والمؤمن له على ابرام العقد · ومما لاشك فيه ان سبب التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين للمؤمن يرتكز على الحماية التي يقدمها له المؤمن والمتمثلة بازالـة اثار الخطر الذى قد يصيب شيئا له مصلحة مالية فيه · فوجود السـبب بالنسبة للمؤمن قبل المؤمن له قائم على وجود خطر يتهدده · وبالمقابـل فان التزام المؤمن قبل المؤمن له هو السبب التزام الاخير قبل الاول · ولذا فان انتفاء السبب يؤدى الى بطلان العقد · فانعدام الخطر الذى يهدد الشيء المؤمن عليه او الشخص المؤمن على حياته يؤدى الى البطلان · وكذلك الامر في حالة ما اذا كان السبب ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام · فالتأمين الذى يقصد منه تسهيل عمليات المراهنة والقمار المحرمة قانونا يعتبر باطلا لعدم مشروعية السبب ولمخالفته للنظام العام والاداب · والتامين على دور

تنشأ لغرض ان يمارس فيها اعمال منافية للاداب العامة يعد باطلا كذلك ٠ فلو ابرم عقد تامين ضد خطر حريق تلك الدور فان العقد يعد باطـــــلا لمخالفة سببه للاداب العامة ٠

ثالثا : ــ في اتمام ابرام عقد التأمين :

La Perfection du contrat d' assurance

٢٣٨ ــ أتمام ابرام العقد (قد) يقتضي عموما صيغة شكلية تعتبر المظهر المادى للعقد ٠ وتتمثل هذه الصيغة في التامين بتقديم طلب التامين ٠ وعند قبول هذا الطلب من قبل المؤمن يصدر هذا الاخير مذكرة خاصة تدعي بمذكرة التغطية المؤقتة ، يعقبها بعد ذلك صدور بوليصة التامين او وثيقة التأمين٠ وعليه نعرض بالتتابع لكل صيغه من هذه الصيغ ٠

٢٣٩ ــ أ ــ طلب التامين La ProPosition d' assurance

طلب التامين هو الصيغة العملية لتوجيه الايجاب من طالب التامين الى المؤمن ٠ ويأخذ الطلب صورة محرر مطبوع ــ استمارة ــ معدة مسبقا من قبل المؤمن ، تتضمن بيانات مختلفة يتخذ بعضها صيغة اسئلة موجهـــــة لطالب التامين الذى يجب عليه الاجابة عليها بصراحة تامة ووضـــوح ٠ ويمكن تحليل البيانات التي يتضمنها الطلب إلى مجاميع اربعة اساسية ٠

١ ــ بيانات شخصية خاصة بشخص طالب التامين ٠ ٢ ــ بيانات تتعـلق بالخطر المطلوب التأمين ضده ٠ ٣ ــ بيانات تتعلق بشروط التاميـــن ٠

٤ ـ كل بيان قد يرى المؤمن انه من الضرورى اضافته الى تلك البيانات ٠

وبعد اعطاء الاجابة على محتويات الطلب يجب على المؤمن له ان يؤيد بتوقيعه صحة المعلومات التي دونها ٠ ويتم هذا التأييد من خلال التوقيع على صيغة شكلية معينة تسمى بالتصريح La declaration ملحق في اسفل استمارة الطلب ٠(١٨١)

بيد انه يجب ان يلاحظ بان ليس لطلب التأمين اى اثر قانوني بالنسبة لاطراف العلاقة القانونية ٠ فهو غير ملزم لكليهما ٠ فلا يمكن اعتبار طلب التأمين قبولا بالنسبة للمؤمن طالما ان هذا الاخير لم يصدر منه الأيجاب اللازم ، اى الرغبة في التعاقد ٠ وللمؤمن بعد دراسة ماورد من معلومات في الطلب ان يبت في عرض المؤمن له سواء بالقبول او الرفض ٠ فالطلب عبارة عن وسيلة اعلامية للمؤمن تتمثل اهميتها في منحه ـ المؤمن ـ الفرصة لتقييم الخطر الذى سوف يلتزم بتغطيته وكشف جدية طالب التأمين في اجراء التعاقد ٠ لذا فان المؤمن يثبت عموما ، كما هو الامر بالنسبة لشركة التأمين الوطنية ، التحفظ التالي على استمارة طلب التأمين : « ان استلام شركة التأمين لهذه الاستمارة لايعني قبولها اجراء التأمين » ٠

---

(١٨١) انظر النموذج التالي المعد من قبل شركة التأمين الوطنية :

« اني ٠٠٠٠٠٠٠٠ اصرح بان التفاصيل المذكورة في هذه الاستمارة صحيحة واوافق على ان يكون هذا الطلب اساسا للتعاقد بيني وبين شركة التأمين ٠٠٠٠٠٠ وفق شروط الوثيقة ٠ ٠ ٠ ٠ المعتاد العمل بها في الشركة للمدة من / /١٩٧ الى / /١٩٧ واتعهد بتسديد قسط التأمين اذا قبلت الشركة هذا الطلب واصدرت وثيقة التأمين » ٠

التوقيع

وتاريخ التوقيع

اما بالنسبة للمؤمن له فان طلب التأمين قابل للالغاء من قبله مالم يصدر قبول بات من المؤمن · اذ ان الطلب يعتبر ايجابا من قبل طالب التأميـــن وعليه يكون من حقه الرجوع عن ايجابه وسحب طلبه مالم يصدر قبـــول بات من المؤمن ·

٢٤٠ ـ ب ـ مذكرة التغطية المؤقته : La note de Couverture

اذا صدر قبول المؤمن بعد استلام طلب التأمين فان هذا الاخير قـــد يقرن قبوله بتوجيه وثيقة تدعى بمذكرة التغطية المؤقتة · وهذه الوثيقـــة عبارة عن اشعار شكلي يتضمن تعهدا من قبل المؤمن بتغطيته للخطـــر التأميني بصورة مبدئية ولفترة تمتد لحين صدور وثيقة التأمين · وليس لهذه المذكرة شكل خاص · فقد تكون رسالة عادية موجهة الى المؤمن او اية صورة يرى المؤمن ان من المناسب اتخاذها لذلك الغرض (١٨٢) ·

ولاتصدر هذه الوثيقة في الواقع الا في حالتين هما :

١ ـ اذا كان المؤمن قد قبل التأمين · فيرسل عندئذ مذكرة تغطية مؤقتـة لطالب التأمين تمهيدا لارسال الوثيقة النهائية ·

---

(١٨٢) لاحظ النموذج التالي لمذكرة التغطية المؤقتة :

السيد / السادة الجهة المصدرة ···

التاريخ ·····

الموضوع : كتاب تغطية

بعد التحية :

يسرنا ان نعلمكم باستلامنا لطلب التأمين المقدم من قبلكم ····· والخاص بتأمين ···· من ····· ونود ان نبين لكم بان التأميـن اصبح ساري المفعول من ····· ولغاية ····· حسب التفاصيـل المذكورة في الطلب وبموجب شروط وثيقة التأمين ····· المعتاد العمل بها في الشركة والتي ستقوم باعدادها وارسالها اليكم ·

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ·

ع · شركة التأمين

٢ ـ اذا كان المؤمن لم يصدر قبوله بعد تقديم طلب التأمين • ولكي يتمكن من دراسة ذلك الطلب بشكل مفصل فانه يقوم بارسال المذكرة لغاية البت في الطلب اما بالرفض او القبول •

وتقوم المذكرة في كلتا الحالتين مقام وثيقة التامين • فاذا تحقق الخطر المؤمن منه خلال فترة سريانها ـ المذكرة ـ فانها تنتج اثارها القانونية كاملة كوثيقة التأمين تماما •

٢٤١ ـ جـ ـ بوليصة التأمين (وثيقة التأمين) La Police d' assurance

وثيقة التأمين هي مظهر العقد او الدليل الشكلي الكتابي على ابرام العقد Procede normal de Preuve • فهي اذن وسيلة اثبات يركن اليها في حالة نشوب نزاع قانوني بين اطراف العلاقة القانونية •

ويقوم المؤمن لوحده باعداد هذه الوثيقة وما تضمه من شروط • وتحتوى وثائق التأمين عادة على نوعين من الشروط •

١ ـ شروط عامة مشتركة Conditions generales لا تختلف من وثيقة لاخرى •

٢ ـ شروط خاصة Conditions Particulieres تدرج في الوثيقة بعد الاتفاق عليها بين اطراف العلاقة القانونية •

وتجدر الملاحظة بان الشروط بنوعيها تؤلف كلا واحدا لايتجزأ وتعتبر بهذه الصورة ذات قوة ملزمة للطرفين بحيث لايمكن لاحدهما الاخلال بها والا تعرض للجزاءات القانونية التي تترتب على هذا الاخلال • ويجب ان يلاحظ من جهة اخرى الكيفية التي دونت بها تلك الشروط • اذ يجب ان تكون الشروط عامة كانت ام خاصة مكتوبة او مطبوعة بوضوح تام لاغموض فيها بحيث يسهل معه قراءتها واستيعاب محتواها • ويرتب القانون المدني العراقي ، كبقية القوانين الاخرى (١٨٣) ، بهذا الخصوص

---

(١٨٣) انظر المواد ٥ ، ٨ ، ٩ من قانون ١٩٣٠ • الفرنسي •

جزاء يتمثل ببطلان : ، « كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الاحوال التى تؤدى الى البطلان والسقوط » ٠ ف ٣ م ٩٨٥ ٠

وتتضمن وثائق التأمين عموما ما يلي من البيانات :

١ ـ اطراف العقد

٢ ـ مبلغ التأمين وقسط التأمين ٠

٣ ـ الخطر المؤمن منه

٤ ـ مدة التأمين وتاريخ بدء سريان العقد وأنتهائه ٠

ولايعني تخلف ذكر البيانات بطلان العقد ، بل ان ذلك يؤدى الى صعوبة في الاثبات ٠ اذ ان وجود البيانات مكتوبة او مطبوعة امر ضرورى للاثبات فقط ٠ ولايشترط من جهة اخرى توقيع المؤمن له على وثيقة التأمين لانه سبق وان وقع على طلب التأمين بل يجب ان يوقع المؤمن الوثيقة ويؤرخ توقيعه مع اضافة الختم الرسمي المستعمل من قبله ٠ اما اذا اتفق الطرفان على ان لايتم العقد الا عند تثبيت توقيعهما على الوثيقة ، فان العقد لايعتبر قائما الا عند تثبيت توقيعهما على الوثيقة ، ويصبح حينئذ من العقود الشكلية لاالرضائية ٠ (١٨٤)٠

---

(١٨٤) د ٠ عبد الناصر توفيق العطار : احكام التأمين في القانون المدني والشريعة ص ٥٩ ٠

المبحث الثاني

الاثار القانونية لعقد التامين

Les effets juridiques du contrat d' assurance

٢٤٢ ـ يرتب عقد التأمين من لحظة ابرامه اثارا قانونية بالنسبة لاطـــــرافه • فينشىء التزامات متقابلة من الضروري الايفاء بها وتنفيذها والا تحمـل الطرف المخل بهذه الالتزامات الجزاءات المقررة قانونا على هذا الاخلال • وقد تمتد اثار العقد الى الغير ونعني بذلك المستفيد من التأمين •

وسنتناول في هذا الموضوع معالجة الالتزامات التي يرتبها العقد علـى عاتق اطرافه •

اولا : التزامات المؤمن له : Les obligations de L' assuré

٢٤٣ ـ يلتزم المؤمن له قانونا (١٨٥) بما يلي :

ا ـ ان يؤدي قسط التأمين او الدفعة المالية المتفق عليها في الاجل المقرر في العقد •

---

(١٨٥) م ٩٨٦ من القانون المدني العراقي •

ب – ان يبين وقت ابرام العقد الظروف المعلومة له عن الخطر وبما يطرأ أثناء سريان العقد من عوامل تؤثر على هذا الخطر .

وبمقتضى وثائق التأمين المعمول بها(١٨٦) فان على المؤمن له كذلك اشعار المؤمن بوقوع الخطر المؤمن منه خلال فترة زمنية محددة .

٢٤٤– أ – اداء قسط التامين : paiement de la prime

اداء القسط التزام جوهري . فهو سبب التزام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه . وبدون قسط التأمين لا يكون هناك في الواقع عقد تأمين بل هبة مشروطة donnation conditionnelle .

فالقسط هو المساهمة المقدرة ماليا لغرض تغطية الخطر . والمدين المباشر بمبلغ قسط التأمين ، عموما ، هو المؤمن له . ويجوز مع ذلك أن يقوم أشخاص اخرون بتنفيذ الالتزام بدلا من المؤمن له كحالة المستفيد من التأمين . وقد ينتقل عبء الالتزام الى أشخاص اخرين نتيجة ظروف معينة بحيث يصبح الغير مدينا بمبلغ القسط بدلا من المؤمن له ، كحالة انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه الى الغير فيصبح هذا الغير خلفا للمؤمن له ويكون بالتالي هو المدين المباشر بالالتزام . ويستوي في ذلك الخلف الخاص والخلف العام . فلو توفي المؤمن له أصبح ورثته هم المدينون بالقسط مكانه . ولو تصرف المؤمن له بالشيء المؤمن عليه ، بالبيع مثلا ، أصبح المشترى هو المدين بالقسط مكان البائع .

ويؤدي مبلغ القسط الى المؤمن مباشرة أو الى الوسيط اذا كان هذا الاخير مفوضا بالاستلام من قبل المؤمن ، وفي الاجل المتفق عليه . وقد جرى التعامل على أن يكون اداء القسط سنويا

---

(١٨٦) وثائق التأمين ضد الحريق الصادرة عن شركة التأمين الوطنية العراقية .

Annuel . (١٨٧) بيد أنه ليس هناك ما يحول دون اداء القسط دفعة واحدة Assurnce à parime unique أو ان يقسط القسط نفسه الى دفعات متعددة على طول مدة التأمين(١٨٨) ، وذلك مقابل زيادة يجريها المؤمن على القسط نفسه . وطبقا للقواعد العامة للوفاء ـ ٣٩٦ مدني ـ فان على المؤمن ان يسعى الى مكان المؤمن له لاستيفاء القسط ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك . فاذا اتفق المؤمن والمؤمن له على ان يكون اداء القسط في محل اقامة وكيله أو في محل وكيل أو وسيط المؤمن فان مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحا(١٨٩) .

ويترتب على الاخلال بأداء مبلغ القسط في الاجل المحدد المطالبة بالغاء العقد وفسخه ـ م ١٧٧ مدني ـ بعد اعذار المؤمن له بهذا الاداء. وتتضمن وثائق التأمين شروطا خاصة بهذا الصدد . مثال ذلك ما تتضمنه المادتان الرابعة والخامسة من وثيقة التأمين على الحياة الصادرة عن الشركة العراقية للتأمين على الحياة ، التي تقرر ما يلي : « تعطي مهلة إمدها ثلاثون يوما لتسديد كل قسط

---

(١٨٧) انظر الفقرة (أ) من المادة الثانية من وثيقة التأمين على الحياة الصادرة من شركة التأمين العراقية .

(١٨٨) تنص الفقرة (ب) من المادة الثانية من وثيقة التأمين على الحياة على انه : « يجوز للشركة بناء على طلب من المؤمن له أن يجزىء القسط السنوي الى أكثر من دفعة واحدة لقاء فائدة تحددها الشركة وذلك دون الاخلال بوحدة القسط .. » .

(١٨٩) انظر الفقرة (أ) من المادة الثانية من الوثيقة أعلاه التي تتضمن ما يلي :
« يكون القسط السنوي واجب الدفع فورا في المركز الرئيسي للشركة أو في فروعها أو مكاتبها أو وكالاتها ... ولا يعتبر تنازلا عن هذا الشرط قيام الشركة او فروعها او مكاتبها او وكلائها بجباية الاقساط في مركز معاملات المؤمن له او محل اقامته الدائم بواسطة أي من منتسبي الشركة المخولين من قبلها ... » .

من الاقساط التي تلي القسط الاول ، ويبقى التأمين خـــلال هذه الفترة ساري المفعول » . « واذا لم يقم المؤمـــن له بتســـديد القسط السنوي المستحق أو أية دفعة مستحقة منه بعد انتهـــاء مهلة الثلاثون يوما فعلى الشركة ان تخطره بالبريد المسجل .... بوجوب التسديد خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما اعتبـــارا من تاريخ ارسال الاخطار ، فأن لم يقم بالوفاء خلال الموعد المحدد فأنه يعتبر متحللا من العقد » . ولايمكن الطعن بمثل هذه الشـــروط على أساس أنها تعسفية بل انها تعتبر في الواقع موافقة للقواعـــد العامة وبالذات للمادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنه : « يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقـــاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقـــدان صراحة على عدم ضرورته » .

٢٤٥ ـ ب ـ تقديم البيانات الخاصـــة بالخطر عند ابرام العقد وأثناء سريانه : Declaration du risque par L' assuré

بما ان محل التامين هو الخطر فانه يقع على المؤمن له تقديـــم البيانات الخاصة بهذا الخطر وتقرير ما يستجد من الظروف المحيطة به . ولا يقتصر فحوى هذا الالتزام ، في الواقع عـــلى ذلك الجانـــب فقط . بل انه يمتد كذلك الى واجب احاطة المؤمن بمعلومـــات تتعلق بشخص المؤمن له وبالذات في اطار التأمين على الاشخاص . ومن هنا فأن هذا الالتزام يكتسي أهمية خاصة .

ويتبين من مضمون نص الفقـــرتين الثانية والثالثة مـــن المادة ٩٨٦ من القانون المدني العراقي بأن على المؤمن له الادلاء بالبيانات المطلوبة على مرحلتين . الاولى عند ابرام العقد والثانية اثنـــاء سريانه . والبيانات المطلوبة عند الابرام هي بيانات موضوعية .

faits objectifs وشخصية risques subjestifs .

وتتمثل البيانات الموضوعية بكلما يتصل بطبيعة الخطر وما يحيط به من ظروف . ويعتبر من ضمن تلك البيانات ما جرى عليه العمل في التأمين من خطر الحريق ، بأن يوضح المؤمن له نوعية المادة التي انشىء بها العقار وطريقة انشائه ووصف للمكان الذي يوجد فيه وما يجاوره من منشآت . ويدخل ايضا في اطار هذه المعلومات التزام المؤمن له في التأمين من المسؤولية عن حوادث وسائط النقل بتبيان نوع واسطة النقل المؤمن عليها وقوتها وتاريخ صنعها والاغراض المخصصة لها . أما في التأمين على الحياة فان من جملة هذه البيانات كل ما يتعلق بسن المؤمن على حياته وحالته الصحية وفيما اذا كان مصابا أو قد اصيب بمرض أو أمراض معينة . والبيانات الشخصية تتناول شخص المؤمن له من حيث سلوكه الشخصي وصفاته وحالته المادية ومقدار ما يبذله من العناية في شئونه . ويتم تقديم هذه البيانات عن طريق الاجابة على أسئلة مطبوعة يوجهها المؤمن الى المؤمن له . ويشترط فيها ـ البيانات ـ ان تكون معلومة من قبل المؤمن له فاذا كان على جهل بها عند التعاقد فانه غير ملزم بالادلاء بها ـ ف٢م ٩٨٦ مدني عراقي ـ .

اما البيانات المطلوبة اثناء سريان العقد فانها تتمثل بكل ما يستجد من أحوال تؤدي الى زيادة حدة الخطر المؤمن منه ـ ف٣م ٩٨٦ مدني عراقي ـ . مثال ذلك ترك الدار المؤمن عليها ضد خطر السرقة غير مأهولة لمدة طويلة من شأنه حصول السرقة .

أو تنازل المؤمن له من خطر الاصابة ، عن حقه في الرجوع على الغير الذي احدث بفعله الخاطىء الخطر المؤمن منه . ويجب ان يلاحظ هنا ان لزيادة حدة الخطر اثناء سريان العقد اثار تتمثل في زيادة

قسط التأمين بصورة تتناسب مع هذه الحدة(١٩٠) . أمـــا اذا لم يبد المؤمن أي اعتراض عند علمه بزيادة حدة الخطر أو لم يتخذ موقفا معينا أو قام بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر فـــأن حقه يسقط بالتمسك بالدفع بزيادة الخطر وحدته .

ويترتب على الاخلال بهذا الالتزام طلب فسخ العقد ـف١م ٩٨٧ مدني عراقي ـ . الا ان المشرع العراقي يميـــز بهذا الشـــأن بين حالتـــين :

الاولى : حالة ما اذا كان الاخلال قد تم بســـوءنية ، فان للمؤمـــن فسخ العقد والاحتفاظ بكامل الاقساط التي استلمها ومطالبـــة المؤمن له بالاضافة الى ذلك بالاقساط المتبقية . ف١ م ٩٨٧ مونى .

الثانية : حالة الاخلال بحسن نية ، فانه يحق للمؤمن الفســـخ على ان يعيد للمؤمن له الاقساط المدفوعة كاملة أو بالقدرالذي لم يتحمل في مقابله خطر ما ـ ف٢م ٩٨٧ مدني عراقي ـ(١٩١) .

ويذهب ديوان التدوين القانوني(١٩٢) في أحد قراراته الى أنه لا يجوز للمؤمن أن يدخل ضمن شروط وثيقة التأمين شرطـــا يقضي بأعتبار العقد مفسوخا تلقائيا (بدون حكم قضائي) .اذا تبين بأن المعلومات التي أدلى بها المؤمن له كاذبة ومغايرة للحقيقة

---

(١٩٠) لم يتعرض القانون العراقي لهذه الحالة . بيـــد ان وثائق التأمين المعمول بها في العراق تعتبر العقد موقوفا . انظر الشرط الثاني من وثيقة التأمين ضد خطر الحريق .

(١٩١) لاحظ مع ذلك الشرط الاول من وثيقة التأمين ضد خطـــر الحريق الصادرة عن شركة التأمين العراقية ، الـــذي يرفـــع مسؤولية المؤمن تجاه المؤمن له اذا تبين كذب المعلومات المقدمة من قبل المؤمن له ومغايرتها للحقيقة .

(١٩٢) القرار المرقم ١٠٢ـ١٩٧٤ في ١٩ـ٥ـ١٩٧٤ المنشور في مجلة العدالة العدد الثاني السنة الاولى ١٩٧٥ .

وذلك استنادا الى نص م ٩٩١ مدني عراقي التي تقضي ببطلان كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة بشأن عقد التأمين والتي لايجيز الفسخ التلقائي • م ١٨٧ مدني •

٢٤٦ ـ جـ ـ اشعار المؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه :

Declaration du sinistre

اذا تحقق الخطر المؤمن منه وعلم المؤمن له بوقوعه على وجه يستوجب مسؤولية المؤمن بضمانه فان المؤمن له يلتزم عندئذ باعلام المؤمن بتحقق الحادث الذي نجم عنه وقوع الخطر • وقد يمتد هذا الالتزام فيشمل التزامات اخرى تقع على عاتق المؤمن له • فقد يتفق المؤمن ، ومن خلال شروط الوثيقة على أن يقوم المؤمن له حين تحقق الخطر ببذل جهود معينة من شانها ايقاف امتداد الخطر والحد من أثاره(١٩٣) • وقد يتفق المؤمن مع المؤمن له ايضا على ان يقدم هذا الاخير تقريرا مفصلا عن مجمل الاضرار التي أصابت الشيء المؤمن عليه(١٩٤)• وقد يلتزم المؤمن له كذلك في بعض أنواع التأمين ، كالتأمين من السرقة مثلا ، بأن يقدم شكوى قانونية لدى السلطات المختصة اذا تحققت السرقة •

ولم تتضمن أحكام القانون المدني العراقي الخاصة بعقد التأمين ، وعلى خلاف ما قرره المشرع بخصوص الالتزامات الاخرى،

---

(١٩٣) انظر :

Deschamps: article publie sur la police type incendie. 1959. R. G. A. T. 1959. 294.

(١٩٤) انظر :

L. article 12 de La policle type incendie Francaise .

نصوصا تنظم هذا الالتزام(١٩٥)· بيد ان وثائق التأمين تنظم من خلال شروطها العامة واجب الاشعار ومدته(١٩٦) ·

ولا توجد صيغة شكلية محددة للاخبار ، فقد يتم كتابه أو يكون عن طريق شفاهي· بيد أنه يجب ان يتم بأسرع ما يمكن تلافيا للنزاع الذي قد يثيره التأخير في الاعلام · ويتضمن قانون التجارة البحرية العثماني نصوصا تحدد مدة الاخبار بثلاثة أيام من تاريخ تسلم المؤمن له المعلومات المتعلقة بوقوع الحادث م ٢٣٤،٢١٨ ـ · واذا اخل المؤمن له بهذا الالتزام فأنه قد يتعرض الى سقوط حقه بالتأمين **decheance** . ولكن سقوط الحق كجزاء على عدم الاخبار بوقوع الحادث يعتبر جزاء بالغ الخطورة ولا يمكن الاخذ به الا اذا توافرت الشروط التالية :

١ ـ ان يكون الشرط الخاص بسقوط الحق مطبوعا بشكل بارز يجلب انتباه المؤمن له ، والا عد باطلا ·ـف٣م ٩٨٥ مدني عراقي·

٢ ـ أن يكون المؤمن له قد تعمد وبسوء نية عدم الاشعار عن الحادث· فاذا تخلف المؤمن له عن الاشعار بسبب قوة قاهرة أو لاى سبب اخر لا يد له فيه فلا محل لسقوط الحق · وبهذا المعنى تقرر الفقرة الثانية من م ٩٨٥ مدني عراقي · اذ تقضي بـ (بطلان الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف ان التأخير كان لعذر مقبول » ·

---

(١٩٥) نظمت بعض القوانين صراحة هذا الالتزام : انظر ف٤ من م ١٥ من القانون الفرنسي لسنة ١٩٣٠ · انظر كذلك م ٩٧٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ·

(١٩٦) انظر الشرط الحادي عشر من وثيقة التأمين ضد خطر الحريق ، وكذلك الشروط الواردة بهذا الخصوص في وثيقة التأمين ضد خطر السرقة وضد الحوادث الشخصية ·

وقد يترتب على عدم الاخبار تحقق ضـــرر للمؤمن فيترتب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية ٠

ثانيا : التزامات المؤمن :

Les obigations de L' assur

٢٤٧ــ تقتصر التزامات المؤمن من حيث المبدأ على اداء مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه أو حلول أجل العقد اذا كان التزام المؤمن مضافا الى أجل كما هو الامر في التأمين على الحياة ٠ ــ انظر المواد ٩٨٨ ، ٩٨٩ مدني عراقي ــ ٠ ويؤدى مبلغ التأمين بصورة عامة بالنقد ٠ بيد أنه يجوز تنفيذ الالتزام من خلال قيام المؤمن بأصلاح الضرر عينا ٠ وتلجأ شركات التأمين الى هذه الوسيلة في حالات التأمين على وسائط النقل والالات الصناعية والمكائن ٠

ولما كان مبلغ التأمين يمثل من حيث المبدا قيمة الشيىء المؤمن عليه عند تحقق الخطر ، فلا يمكن اذن ان ينصب التزام المؤمن على استبدال كامل للشيىء في حالة هلاكه كليا من جراء تحقق الخطر ، بشيىء اخر جديد يماثله تماما ، بدلا من دفع مبلغ التأمين المقرر في الوثيقة ٠ الا أنه يجوز استثناء ومن خلال اتفاق المؤمن والمؤمن له ان يلتزم بأداء مبلغ يعادل قيمة تشييد البناء المتهدم بدلا من اداء مبلغ نقدي يساوي مقدار الخسارة التي لحقت المؤمن له ٠ وعموما لا يمكن ان يكون مبلغ التأمين مصدرا لاثراء المؤمن له ولا يجب ان يكون بنفس الوقت مصدرا لخسارة أو افقار للمؤمن ٠ بمعنى ان التزام هذا الاخير يتحدد بأداء مبلغ يقابل الخسارة الفعلية التي لحقت المؤمن له ارتباطا بقيمة الشيىء المؤمن عليه التي حدد بمقتضاها قسط التأمين ٠ فاذا كان مبلغ التأمين المتفق عليه أقل من قيمة الشيىء المؤمن عليه ، أى ان المؤمن له قد أمن تامينا بخسا ، فأن المؤمن لا يكون ملتزما

الا بحدود المبلغ المتفق عليه . واذا كان مبلغ التأمين يتجاوز قيمة الشيء المؤمن عليه أي ان المؤمن له قد غالى في التأمين . فان المؤمن لايلتزم الا بدفع ما يقابل الخسارة الحقيقية . وتدعى هذه القاعدة بقاعدة النسبية La regle proportionnelle .

والدائن بالالتزام هو المؤمن له . فهو المستفيد في الغالب من عقد التأمين . فاذا كان المؤمن له هو المستفيد من العقد فيدفع المبلغ اليه مباشرة . وقد يقع ، كما بينا ، أن يكون اداء مبلغ التأمين الى شخص اخر غير المؤمن له كحاله المستفيد . فيجب عندئذ ان يؤدي مبلغ التأمين الى هذا الاخير .

ثالثا : التزامات المستفيد وحقوقه :

Droits et obligations du beneFiciaire

٢٤٨ـ المستفيد هو من تؤول اليه حقوق التأمين . وفي حالة وجود مستفيد في التأمين فأن العقد يرتب على عاتق هذا المستفيد التزامات اهمها انه يجب عليه الامتناع عن القيام بأي فعل من شأنه ان يؤدي الى وقوع الخطر المؤمن منه . وتنص المادة ١٠٠٠ من القانون المدني العراقي على أنه : « لا يكون المؤمن مسؤولا عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمدا او غشا » . وبهذا المعنى كذلك تنص المادة ٩٩٤ من القانون نفسه على أنه : « اذا كان المستفيد من التأمين على الحياة غير الشخص المؤمن على حياته فان المؤمن يبرأ من التزاماته اذا تسبب المستفيد عمدا في موت الشخص المؤمن على حياته او وقع الموت بناء على تحريض منه » .

ويقابل هذه الالتزامات حماية قانونية يتمتع بها المستفيد بخصوص حقه بمبلغ التأمين . اذا استثنى المشرع مبلغ التأمين من تركه المؤمن له بموجب المادة ٩٩٥ من القانون المدني العراقي . فبمقتضى هذا النص : « لا تدخل في تركه المؤمن له المبالغ المشترط دفعها

عند موته أما الى مستفيدين معينين واما الى ورثته بوجه عـــــام ٠ وليس لدائني المؤمن له المطالبة بهذه المبالغ لا في حالة افلاســـه ولا في حالة أعساره او الحجز عليه ٠٠ » ٠

المبحث الثالث :ـ انتهاء عقد التأمين ٠

٢٤٩ ـ ينتهي عقد التأمين عموما بالطرق التالية :

١ ـ بأنتهاء مدته ٠

٢ ـ يفسخ العقد ٠

٣ ـ بزوال الخطر المؤمن منه ٠

٤ ـ بالتقـــادم ٠

٢٥٠ ـ ١ ـ انتهاء العقد بأنتهاء المدة :

لا يبرم عقد التأمين الا لمدة محددة يجري الاتفاق عليهـــا بين طرفي العقد وتذكر عموما في عقد التأمين نفسه ٠ فعقد التأمـــين عقد زمني من عقود المدة ٠ فلا بد اذن من اقترانه بمـدة ينقضي بأنقضائها ٠ ويغلب العمل في التأمين من الاضرار ان يحـــدد المتعاقدان مدة العقد بسنة واحدة يبدأ سريانها من وقت تمـــام العقد ٠ أما في التأمين على الاشخاص وبالذات في التأمين عـــلى الحياة فأن هذه المدة أطول عموما ٠ واذا لم يحدد المتعاقدان مـــدة العقد صراحة أو ضمنا فيفترض في هذه الحالة ان المتعاقدان قـد قصدا ان تكون مدة العقد هي المدة الغالبة في الاطار العملي (سنة أو أكثر) وحسب العرف التأميني ٠ ويجوز ان يتفق الطرفان اتفاقا ضمنيا على ان تكون مدة العقد لاقل من سنة ٠ كما هـــو الامر فـــي التأمين من حوادث النقل حيث يستغرق تنفيذ عقد النقل مدة اقـــل من ســـنة ٠

وقد تكون مدة العقد غير محددة · كما هو الامـــر في التأمين التبادلي ذى الطبيعة الخاصة المختلفة عن التأمين التجاري فيرتبط بأنتهاء العقد ببقاء أو خروج المؤمن له من جمعية التأمين التبادلي· بيد أنه يجب ان يلاحظ بأن انتهاء المدة لا يعني على كل حـــال أنتهاء العـقد بالضـــرورة · فقد يمتد العقد لفتـــرة أخرى بعد انقضاء مدته · وامتداد العقد حاله عملية معروفة في التأمـــين من الاضرار بالذات · غير ان الامتداد أو تجديد العقد لا يمـــكن ان يتم الا بناء على شروط صريحة في الوثيقة ·

٢٥١ ـ ٢ ـ فسخ العقد :

اخلال أحد الاطراف العقد بالالتزامات المترتبة عليه يســـمح للطرف الاخر بالتنصل من جانبه من تنفيذ التزاماته ويـــؤدي الى طلب فسخ العقد ومن ثم انتهاء عقد التأمين · والفسخ لا يتم في القانون العراقي الا بعد اعذار المدين ومن ثم المطالبة القضائية والحكم بالغاء العقد ·ولا يسري الفسخ عموما الا من تاريخ الحكم القضائي ، فليس للفسخ أثر رجعي · والحالات التي تـؤدي الى الفسخ في التأمين متعددة اهمها اخلال المؤمـــن له بالتزامـــه بالادلاء بالبيانات اللازمة م ٩٨٧ ، او عـــدم اداء القسط وذلك طـــبقا لنص م ٩٨٦ من القانون المدني العراقي ·

٢٥٢ ـ ٣ ـ زوال الخطر المؤمن منه :

التأمين لا يمكن تصوره بدون وجود الخطر · وعليه فمـــن الوقت الذي يزول الخطر فيه فأن عقد التأمين ينتهي · بيد أنـــه يجب التميز هنا بين حالتين :

أ) زوال الخطر بصورة نهائية ·

ب) زوال الخطر بشكل مؤقت ·

ويعتبر العقد في الحالة الاولى منتهيا الا أنه يقع على عاتق المؤمن اعادة جزء من أقساط التأمين ، كما هو الامر في التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات · فلو فرضنا بأن مالك واسطة النقل مؤمن له ضد مخاطر الاصابة التي تلزم مسؤوليته تجاه الغير ، وهلكت واسطة النقل هذه هلاكا تاما فأن الخطر يكون قد زال عن عاتق المؤمن وينتهي تبعا لذلك العقد · بيد أنه يجب على المؤمن اعادة جزء من الاقساط وبالذات الجزء الذي يتعلق بالمدة التي كان يجب عليه تحمل الخطر فيها · أما في حالة الزوال المؤقت فأن العقد يبقى نافذ الاثر ما عدا فترة الزوال المؤقت للخطر · بمعنى اخر ان العقد لا ينتهي الا بصورة مؤقتة · وتظهر هذه الحالة بالمثل التالي : كما لو سافر مالك واسطة النقل ، في المثل السابق ، وترك استعمالها ففي هذه الفرضية يحصل المؤمن له على ايقاف لعقد التأمين مدة عدم استعماله لواسطة النقل · ويعتبر العقد نافذا بعد انتهاء المدة ·

ويتعرض القانون المدني العراقي من خلال نص المادة ٩٨٤ لموضوع زوال الخطر · اذ تنص هذه المادة على ما يلي : « ويقع العقد ـ عقد التأمين ـ باطلا اذا تبين ان الخطر المؤمن ضده كان قد زال او كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد ···· » · والامثلة على ذلك متعددة منها تحقق خطر الحريق عند ابرام عقد التأمين ·

٢٥٣ ـ ٤ ـ التقادم :

تنص المادة ٩٩٠ من القانون المدني العراقي على أنه : «تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بأنقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى » · من

هذه الدعاوي التي تتقادم بمرور تلك المدة : دعوى المطالبة بالاقساط المستحقة ودعوى بطلان العقد ودعوي الفسخ . ويبدأ مرور الوقت على الدعوى من حين تحقق الواقعة التي نشأت عنها . ويرد على هذه القاعدة استثناءان :

الاول : حالة اخفاء المؤمن له بعض الحقائق الجوهرية عن المؤمن أو تقديم بيانات كاذبة عن الخطر المؤمن منه . في هذه الحالة يبدأ التقادم بالنسبة لدعوى الفسخ من تاريخ علم المؤمن بالاخلال بمبدأ حسن النية وليس من تأريخ هذا الاخلال . ـ ف ٢ م ٩٩٠ مدني عراقي ـ .

الثاني : حالة التقادم بحق مطالبة المؤمن له في مبلغ التأمين . فسريانه (التقادم) يبدأ لا في يوم تحقق الخطر المؤمن منه بل من وقت علم المؤمن والمؤمن له بتحققه . ـ ف٢م٩٩٠ مدني عراقي ـ .

ولا بد من الاشارة هنا الى ان مدة التقادم في التأمين البحري تختلف اختلافا تاما عن المدة المشار اليها أعلاه بصدد التأمين البري . فبموجب المادة ٢٧١ من قانون التجارة البحرية العثماني « كل دعوى قاشئة .. عن عقد التأمين يسقط الحق فيها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ العقد » . فسقوط دعوى المطالبة في التأمين البحرى يبدأ من تاريخ انعقاد العقد لامن تاريخ تحقق الوقعة .

الفرع الرابع

البيـــــوع البحرية

تمهيـــــد :

٢٥٤ـ البيوع البحرية نوع خاص من أنواع البيوع الدولية ، تحتـــل حيزا مهما في واقع النشاط التجاري الدولي المعصر(١٩٧) · اذ ان تبادل السلع على صعيد الاستيراد والتصدير يرتبط في الغالـب بهذه البيـــوع ·

والبيوع البحرية عبارة عن عقود تجارية ذات طبيعة قانونيـــة خاصة ، محلها أموال منقولة « بضائـــع وسلـــع » يتم نقـــلها بحـرا من البائع الى المشتري ، ويدخل في اعتبارها « العقود » الطريقـة التي تنقل بها هذه الاموال · فلا يعتبر البيع من البيوع البحريـة الا اذا واجه طرفاه عقد نقل البضاعة المباعة بطريق البحـــر ·

ويتم ابرام هذه العقود بين مؤسسات تجارية او اشخاص تابعين لدول متباعدة عن بعضها بسبب المجال البحرى الذى يفصـــل بينهـــا ·

وقد عرفت البيوع البحرية ، منذ ظهورها في الحياة التجاريـــة والقانونية مراحل تطور مختلفة · وحظت بنفس الوقـــت بعنايـــة المؤسسات التجارية والقانونية لغرض تنظيمها دوليا · لذا ولاجل استيعاب الواقع الحالي لهذه البيوع ، نعرض بايجاز فيما يلي التطور الذي مرت به ، والجهود القانونية التي بذلت لتنظيمها دوليا ·

---

(١٩٧) انظر : د · ثروت حبيب : دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، ١٩٧٤ ص ٥١ · د · أحمد حسني ، البيوع البحرية دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية « سيف وفوب » ١٩٨٣ ص ٧ وما يليها ·

اولا : ـ تطور البيوع البحرية :

evolution des ventes maritimes

٢٥٥ـ يرتبط ظهور البيوع البحرية بمرحلة النقل التجاري البحري الشراعي(١٩٨) . فقد عرفت هذه المرحلة نوعا من البيوع البحرية يطلق عليه بيوع الوصول ventes a l arrivee . ومن سمات هذه البيوع ان ملكية البضائع لا تنتقل الى المشتري الا حين وصولها الى الميناء المعين من قبل هذا الاخير . كما ويلتزم البائع ، اذا تم التعاقد ، بشحن تلك البضاعة والتأمين عليها . ويتحمل بنفس الوقت خطر هلاكها أثناء نقلها(١٩٩) . وتتخذ هذه العقود صورتين من البيوع : فهي أما بيوع على سفينة معينة vente par navire designe ، وأما بيوع على سفينة غير معينة أو ستعين فيما بعد vente par navire a designer

فاذا عينت واسطة النقل البحري عند ابرام العقد فيطلق عندئذ على البيع انه بيع على سفينة معينة . واذا تم التعيين لاحقا على ابرام العقد فيسمى البيع عند ذلك بأنه بيع على سفينة ستعين فيما بعد . ويترتب على عاتق البائع في هذا النوع من البيوع التزام مهم هو : وجوب تعيين واسطة النقل ابحري التي سيتم شحن البضاعة عليها خلال فترة زمنية محددودة . فاذا انقضت تلك

---

(١٩٨) انظر :

Auguste. Raynald werner : traite de droit maritime general . 1964 . p. 287 etc.

(١٩٩) انظر :

paul chauveau : traite de droit maritime 1958. p. 615-616.

الفترة ولم يحصل هذا التعيين جاز للمشتري فسخ عقد البيع(٢٠٠) ٠

غير ان التطور النوعي الهائل في وسائط النقل البحري ، من حيث السعة والسرعة ، والذي فرضته الظروف التكنولوجية الحديثة منذ بداية هذا القرن ، كانت له مردوداته الايجابية على التجارة الدولية بشكل عام وعلى البيوع البحرية بشكل خاص ٠ فقد أبان هذا التطور بأن العقود المتعارف عليها أصبحت لا تفي بأغراضها ولا تنسجم والواقع الفعلي المستجد للتجارة البحرية(٢٠١) ٠

وبناء على ذلك فقد ظهرت في العمل أنواع بديلة لتلك العقود، تتلائم والمرحلة الجديدة للنشاط التجاري الدولي ، وأصبحت بالتالي الصيغة الحديثة لبيوع البحرية ٠ ولعل من أهم صور هذه العقود عقد البيع سيف C. I. F. أو كاف C. A. F. الذي انتشر استعماله بسرعة كبيرة في النشاط التجاري الدولي بحيث أصبح الاداة القانونية الضرورية للتجارة البحرية ٠ وقد دفع هذا الواقع الجديد للبيوع البحرية الى التوجه نحو وضع الضوابط القانونية اللازمة لها ، ليس على اساس انها عبارة عن عقود بيع عادية ، بل على اعتبار انها عقود دولية خاصة بالتبادل التجاري الدولي ٠ ومن هنا كان لهذه البيوع تنظيم دولي متميز ٠

ثانيا : التنظيم الدولي للبيوع البحرية :

٢٥٦ـ تمثل التنظيم الدولي للبيوع البحرية بادىء الامر بوضع عقود نموذجية contrats — types تحتوي على الشروط الضرورية للتعامل والحلول الملائمة للمنازعات التي قد تقع من

---

(٢٠٠) انظر د ٠ محمد كامل ملش : محاضرات عن مبادىء التشريع البحري العربي الموحد للامة العربية ١٩٥٧ ـ ١٩٥٨ ص٧٦٠

(٢٠١) انظر :

Rene rodiere : droit maritime. 6é . 1974, p. 356.

جراء التعامل · ومن أشهر النماذج العقدية التي وضعت ، وأقرت بعد ذلك دوليا ، العقد النموذجي الذي أقرته جمعية لندن لتجارة القمح ونموذج باريس سنة ١٩٢٢ (٢٠٢) · بيد ان هـذه العقـود وبالرغم من أهميتها ، لم تكن كافية تماما وخالية من العيـوب · ولعل من أهم عيوبها تحريرها بلغة أجنبية تختلف ، في اغلب الاحوال ، عن لغة اطراف العلاقة القانونية · وقـد حـدا ذلك بالمعنيين بهـذه العقود الى عقد مؤتمر دولي في وارشو سنة ١٩٢٨ تـم خلالـه اقرار قواعد عامة ومبسطة لهذه البيوع · ولم تمض فترة زمنية وجيزة على عقد ذلك المؤتمر حتى بادرت جمعية القانون الدولي في نيويورك واكسفورد الى عقد مؤتمر دولي اخر سـنة ١٩٣٢ استهدف ادخال تعديلات مختلفة على القواعد التي أقرت سابقـا · فأصبح يطلق على هذه القواعد بقواعد وارشو ـ اكسـفورد ١٩٢٨ ـ ١٩٣٢ ·

وقد حاولت غرفة التجارة الدولية

La chambre internationale de commerce

من جانبها ان تساهم في تذليل الصعوبات التي قد تعترض تفسير تلك العقود · فوضعت في سنة ١٩٣٦ جملة قواعـد تفسيريـة للمصطلحات التجارية · وتم من خلال هذه القواعد تحديد فحـوى البيوع البحرية من حيث تثبيت التزامات الاطراف المتعاقدة(٢٠٣)· وقد اصطلح على تسمية هذه القواعد بقواعـد الانكوتـيرم Incotermes لعام ١٩٣٦ · وهذه التسمية ما هي الا اختصار للمصطلح التالي : Internationales commercial termes

---

(٢٠٢) انظر :

G. ripert : droit maritime. t. II. no 1173

(٢٠٣) انظر نص الفقرة الرابعة من مقدمة الانكوتيرم لعام١٩٥٣·

« المصطلحات التجارية الدولية » · ثم أدخلت غرفة التجارة الدولية على هذه القواعد جملة تعديلات وأصدرت سنة ١٩٥٣ مجموعة من القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية تعرف بأسم الانكوتيرم ١٩٥٣ Incotermes 1953 · وقد راعت الغرفة المذكورة عند وضعها لهذه القواعد أو السابقة عليها مجمل الاعراف التي لها صفة الشمول في النشاط التجاري الدولي ، وكذلك تحديد التزامات اطراف لعلاقة القانونية بوضوح تام (٢٠٥) · وامتد نشاط غرفة التجارة الدولية الى العناية بتنظيم تفسير عقود اخرى غير البيوع البحرية · فقد أصدرت الغرفة سنة ١٩٦٧ تفسيرا موحدا لبيوع دولية مختلفة في اطار تبادل السلع الاستهلاكية والانتاجية(٢٠٦) · كما وأضيفت مصطلحات جديدة اخرى عام ١٩٧٦ وعام ١٩٨٠ ·

وعلى كل حال فأنه من الضروري الاشارة هنا الى ان قواعد الانكوتيرم ، الخاصة بالبيوع البحرية ، وبالرغم من أهميتها الدولية ، لا تعتبر قواعد ملزمة الا اذا أحال اليها أطراف العلاقة القانونية صراحة · اذ يجوز للبائع والمشترى مخالفة تلك القواعد واستبعاد ما يشاؤون منها بشرط ان يكون ذلك بنص صريح في العقد ·

---

(٢٠٤) انظر : حسن النجفي : البيوع الدولية · ١٩٧٣ جـ ١ ص ٢٦ـ٢٧ ·

(٢٠٥) انظر : د · عزيز عبد الامير العكيلي : دور سند الشحن في عقد البيع كاف او سيف · رسالة دكتوراة ، القاهرة ١٩٧١ ، ص ٧١ ·

(٢٠٦) انظر : د · ثروت حبيب · مصدر سابق ذكره ص ٥٣ ·

واذا كانت البيوع البحرية محط اهتمام مؤسسات التجـــارة الدولية فان ذلك لا يعني ، في الواقع ، اهمال المشـــرع الوطني (الداخلي) لامرها • فقد نظمت بعض القوانين الوطنية هـــذه البيوع من الناحية القانونية وحددت لها القواعد اللازمة(٢٠٧)• ومن جملة هذه القوانين قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لســـنة ١٩٨٤ • اذ يتضمن القانون المذكور نصوصا متعددة بشـــــأن عقد البيع فوب F.O.B. وعقد البيع سيف او كاف C. I. F. Ou C. A. F (٢٠٨) •

وبما ان هذه العقود تعتبر حاليا الادوات القانونية ، الـــتي تتم من خلالها عمليات الاستيراد والتصدير وتبادل السلع دوليا ، فاننا سنتناول كلا منها ببحث مستقل •

---

(٢٠٧) انظر : القانون الفرنسي الصادر في ٣ كانون الثاني سنة ١٩٦٩ القانون الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ • القانون الانكليـــزي (قانون بيع البضائع) الصادر سنة ١٨٩٣ •

(٢٠٨) انظر : بهذا الصدد ، الفصل الثاني والفصل الثالث من الباب الخامس من قانون التجارة العراقي من المادة ٢٩٨ـ٣٠٠ ومـن م ٣٠١ ـ ٣٠٦ • وقد عالج القانون بالاضافة الى هذه البيـــوع بيوعا اخرى هي :

البيع سي • اند • أف •

ـ البيع بشرط التسليم بجانب السفينة (فاس) •

ـ البيع بشرط التسليم في مكان العمل •

ـ البيع بشرط التسليم في المطار المعين للانطلاق (فوب مطار)•

ـ البيع بشرط الوصول بسلامة •

ـ البيع بشرط التسليم على عربة قطار (فور) أوموكبه(فوت)•

ـ انظر الفصل الرابع ـ الخامس ـ الســـادس ـ الســـابع ـ الثامن ـ التاسع ـ من الباب الخامس من قانون التجارة •

المبحـــث الاول :

البيع سيف او كاف : La vente C.I.F. ou C.A.F.

اولا : ـ تعريف البيع سيف : Definition

٢٥٧ـ البيع سيف أو كاف بيع ينضوي تحت طائفة بيوع القيـــام Vente sur embarquement أو بيوع الشحن Vente ou deport (٢٠٩)، وان مصطلح (سيف) أو (كاف) ما هو الا اختزالا للعبـــارة التالية :

Cost. insurance et fright.	بالانكليزيـــة
ou cout, Assurance. fret.	وبالفرنسية

ويعني هذا المصطلح ان البيع يتضمن بالاضافة الى ثمـــن البضاعة محل العقد ، أجره نقلها ومصاريف شحنها والتأمين عليهـــا · بعبارة اخرى ان البائع في هذا النوع من البيوع يلتزم بشـــحن البضاعة التي قام ببيعها ثم تغطيتها من خلال التأمين عليهـــا ، ضد جميع المخاطر التي تتعرض لها هذه البضاعة أثنـاء النقل · وتتم موافقة المشتري على ذلك ابتداء حين ابرام العقد · فالثمن الذي يقع على عاتق المشتري ثمن اجمالي يضم في ان واحـــد قيمة البضاعة ومبلغ النقل والتأمين(٢١٠) · ومن هنا فـــان

---

(٢٠٩) ان سبب هذه التسمية يعود الى كون التزام البائع في هـــذه البيوع ينصب على تسليم البضاعة المبيعة بعد تعيينها في ميناء القيام « ميناء التصدير أو الشحن » وتنقل ملكيتها بعد ذلك مباشرة الى المشترى · انظر بهذا الصدد :

P. Codert : Le contrat de vente, cout, assurance fret. vente C.A.F. these, paris , 1925. p. 7.

R. rodere : op. cit. p. 356.

(٢١٠) انظر :

د· علي البارودي : مبادىء القانون البحرى ، ١٩٧٠ ص ٢٧٢ ·

البائع في عقد البيع سيف يجمع بين صفات ثلاثة : فهو أولا بائع Vendeur يلتزم بنقل ملكية البضاعة وتسليمها للمشتري بعد استلامه لثمنها . وهو ثانيا شاحن للبضاعة freteur يلتزم بمقتضى العقد بعملية الشحن وتسليم وثائق الشحن « سند الشحن » . وهو اخيرا مؤمن على البضاعة assureur يقوم بأبرام عقد التأمين عليها لمصلحة المشتري لدى مؤمن حسن السمعة .

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

من هذا التعريف يمكن تحديد الخصائص المميزة للبيع« سيف » بما يلي :

اولا : ينقل البيع « سيف » تبعه هلاك البضاعة ونقلها ابتداء من وقت الشحن الى عاتق المشتري .

ثانيا : يستحق البائع ثمن البضاعة أيا كان مصيرها ، بعد شحنها بمعنى ان مسؤولية البائع تنتهي من تاريخ شحن البضاعة(٢١١) .

ثالثا : يعتبر المشتري مالكا للبضاعة من تاريخ شحنها ، وبذلك يكون بأمكانه التعامل عليها والتصرف بها بواسطة السندات التي

---

(٢١١) انظر :

G. Ripert : op. cit no 1910.

تمثلها • اذ تعتبر هذه السندات الوسيلة القانونية التي تمثـــل البضاعة • فهي أداة لاثبات شحن البضاعة وعقد نقلها (٢١٢) •

رابعا : لا حاجة للمشتري الى ممثل له في ميناء الشحن لاجل ابرام عقدي نقل البضاعة والتأمين عليها •

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد البيع سيف :

La nature juridique

٢٥٩ـ البيع (سيف) أو (كاف) لا يعدو من ناحية التكييف القانوني عن كونه بيعا محله أموال منقولة « سلع وبضائع » يتضمن التزام البائع بتسليم المشترى لسندات معينة كاثبات لتنفيذ البيع (٢١٣) ، كقائمة البيـع La facture وسند الشحن Le connaissement ووثيقة التأمين على البضاعة La police d assurance • ان التزام البائع بتسليم هذه الوثائق لا تأثير له اطلاقا على التزامه الرئيسي وهو تسليم البضاعة محل العقد • لان هذه الوثائق كما بينا مـا هي الا أدوات اثبات لقيام البائع بتنفيذ التزامه تجاه المشترى • ومع ذلك فقد ذهبت بعض الاجتهادات الفقهية الى تكييف عقـــد البيع سيف بأنه عقد بيع مستندات Vente de documents وليس عقد بيع محله أموال منقولة « بضائع » • وذلك اســـتنادا الى ان الوثائق التي يلتزم البائع بتسليمها للمشتري تسمح لهذا الاخير بأجراء شتى التصرفات القانونية على البضاعة قبل استلامها

---

(٢١٢) انظر : د • عزيز عبد الامير العكيلي : مصدر سابق ذكره ص ٦ • ذكره ص ٦ •

د • احمد حسني ، البيوع البحرية ، دراسة لعقود التجارة الدوليـة « سيف وفوب » ، ١٩٨٣ ، ص ١١٤ وما يليها •

(٢١٣) انظر : Paul chauveau : op. cit. p. 616.

ولاحظ كذلك نص المادة ١٥٢ من قانون التجارة •

فعلا من البائع ، كبيعها مثلا أو رهنها بحيث أصبح تداول هـذه الوثائق يعتبر بمثابة تداول للبضاعة نفسها • لذا فان البيـع سيف ما هو في واقع الامر الا بيع مستندات(٢١٤) • بيـد ان ما يؤاخذ عليه هذا الرأى هو أنه بالاضافة الى كون الوثائقالمذكورة ما هي الا وسائل اثبات لوقوع البيع ، فانه يؤدي بالضـرورة الى حرمان المشتري ، من حين استلامه لتلك الوثائق ، من حقالادعاء بوجود نقص في البضاعة أو اختلاف نوعيتها عن النوعية المثبتـه في العقد • علما بأن هذا الحق يعتبر من الحقوق الثابتة للمشتري في بيوع القيام وقد كرسته صراحة معظم القوانين ضمننصوصها، ويمكن التمسك به في القانون العراقي استنادا للقواعد العامـة المقررة بالنسبة للبيع العادي • اذ تنص المادة ٥٤٣ مدني انـه : « اذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أوالمذروعات ••• ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا كان المشـترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن» •

ولا يمكن من جهة ثانية القول بان البيع « سيف » هو عقـد مركب من عقد بيع وعقد وكالة يلتزم بمقتضاه البائع كوكيل عن المشترى بأبرام عقد النقل وعقد التأمين وأرسالها الى المشترى • وذلـك لان البائـع فـي البيـع « سـيف » يلـتزم أساسا بصفته « كبائع » ومقابل ثمن معين « اجمـالي » بتسليم بضاعة تكون محل عقد النقل ومغطاة بنفس الوقت ضد مخاطره

---

(٢١٤) انظر :

R. Bellot : traite theorique et partique de al vente C. A. F. no 5 .

من خلال التأمين عليها(٢١٥) . بعبارة اخرى ان البائع عندما يقوم بأبرام عقدي النقل والتأمين انما ينفذ التزاما من جملة الالتزامات التي يرتبها عقد البيع بذاته على عاتق البائع . لذا لا يمكن القول بأن هذا العقد مركب من عمليتين مستقلتين : الاولى عقد بيع بسيط والثانية عقد وكالة يلتزم البائع بموجبه بأبرام عقدي النقل والتأمين لحساب المشتري .

ثالثا : الاثار القانونية للبيع سيف :

Les effets juridiques

٢٦٠ـ يرتب البيع سيف عند ابرامه التزامات مختلفة على عاتق أطراف العلاقة القانونية ، البائع والمشتري . وتجدر الاشارة الى ان قانون التجارة لدينا قد استعان ، كغيره ، في تجديد مضمون هذه الالتزامات ، بالاحكام الواردة في قواعد الإنكوتيرم للبيوع التجارية الدولية(٢١٦) .

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

---

(٢١٥) انظر :
Jaubert : vente maritimes . J.C.C. 1967. fas. 5. no 11 et no 13 .
Cheron : elements de droit commercial froncais no 83.
Godert : op. cit. p. 9.

(٢١٦) ورد في المذكرة التفسيرية لقانون التجارة الملغي بشأن البيوع البحرية ما يلي : « واستعان القانون فيما وضعه من أحكام بشأن البيع (سيف) و (فوب) بالقواعد التي جمعتها الغرفة التجارية الدولية عام ١٩٥٣ .. » انظر ص ١٧٦ من المذكرة التفسيرية المذكورة . انظر كذلك الاسباب الموجبة لقانون التجارة الحالي ص ١٣٨ .

أ ـ التزامات البائع :

Les obilgations de vendeur

٢٦١ـ يلتزم البائع تجاه المشتري بما يلي :ـ

١ ـ بتسليم كامل البضاعة المتفق عليها في العقد :

La livraison de marchandises

بيد أنه يجب ان يلاحظ ان هذا التسليم يتم من خلال المستندات التي تمثل البضاعة ولا ينصب على التسليم المادي للبضاعة نفسها(٢١٧) · وتقرر الفقرة الثالثة عشرة من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة بخصوص هذا الالتزام ما يلي :

على البائع « ان يرسل الى المشترى دون ابطاء سند شحن نظيفا(٢١٨) · قابلا للتداول الى الميناء المعين للتفريغ ، وقائمة بالبضاعة المبيعة وقيمتها ووثيقة التأمين ·· » · ويترتب على اخلال البائع بهذا الالتزام . كما لو كانت كمية البضاعة ونوعيتها غير مطابقة للوصف الوارد في العقد ، حق المشترى بالمطالبة بفسخ العقد وعند رفض طلب الفسخ يكون له الحق في انقاص ثمن البضاعة بصورة تتناسب ومقدار الضرر الحاصل ·

---

(٢١٧) انظر :

thaller et percereau : traite elementaire de droit commercial · no 1022

A· jauffret : manuel de droit commerciai· 1975·p· 247·

(٢١٨) يقصد بسند شحن نظيف خلو السند من التحفظات التي يدرجها الناقل عن حالة البضاعة وشكلها الظاهر ، لكي يكون هذا السند اداة فعالة للتداول والائتمان على البضاعة ·

انظر : د · عزيز عبد الامير العكيلي · مصدر سابق ذكره ص ٥٢٣ ·

٢ ــ يلتزم البائع ، بمقتضى عقد البيع ، بأبرام عقد نقل البضاعة واختيار الواسطة الملائمة لنقلها(٢١٩) · ويقوم البائع بهذا التصرف لحساب المشتري فليس له أية مصلحة في تنفيذ عقد النقل اللهم الا فيما يتعلق بأعلام المشترى بأسم السفينة الناقلة وحصول عملية الشحن عليها(٢٢٠) ·

ولذا فأنه يجب التمييز بين عملية البيع والنقل بالرغم من ان العمليتين مرتبطتان بالضرورة من الناحية الاقتصادية · فكل من العقدين له في الواقع أثاره الخاصة · فاذا ظهر ، مثلا ، بعد وصول البضاعة ضرر جزئي او كلي في المبيع فانه يجب تحديد السبب الذي أدى الى حصول ذلك الضرر · وتبعا لتحديد السبب تتحدد مسؤولية الاطراف المعنية · فاذا كان سبب الضرر ناشئا عن سوء في شحنها كان البائع مسؤولا عن ذلك الضرر · بينما يتحمل الناقل المسؤولية اذا تبين بأن الضرر متأت من عملية النقل · وللمشتري في هذه الحالة وبصفته مرسلا اليه مقاضاة الناقل ·

ويرتبط بالتزام البائع بأبرام عقد النقل التزام اخر مكمل هو تسوية ما يترتب من مبالغ على النقل والتي قد يشترط دفعها في ميناء الشحن ·

٣ ــ على البائع تغليف البضاعة ودفع جميع ما يترتب من نفقات على هذا التغليف ومن مصروفات يتطلبها فحص البضاعة ووزنها أو قياسها ، ثم شحنها على واسطة النقل البحري المعينة لنقلها · فاذا تم ذلك فأنه يجب عليه أعلام المشتري بالسرعة اللازمة بأسم السفينة الناقلة وحصول الشحن عليها (٢٢١) ·

---

(٢١٩) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة ·
(٢٢٠) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة ·
(٢٢١) انظر الفقرة ٨ من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة ·

٤ ـ يجب على البائع تأمين البضاعة ضد اخطار النقل وعليه دفع الاقساط المترتبة على ذلك · ويغطي التأمين ثمن البضاعة كاملا ويضاف الى هذا المبلغ عشرة بالمائة · ويمتد الالتزام بالتأمين على البضاعة حتى ولو كان المبيع قد شحن على دفعات · اذ يجب على البائع في هذه الحالة التأمين على كل دفعة على حدة لحين وصولها الى ملقاء التفريغ واستلام المشترى لتلك الدفعة (٢٢٢) · بيد ان التأمين على البضاعة لا ينصرف الا الى اخطار النقل العادية · فلا يلتزم البائع مثلا بالتأمين على المبيع ضد اخطار الحرب الا في حالة الاتفاق صراحة على ذلك(٢٢٣) · ولكن ليس هناك ما يحول ، من جانب اخر ، قيام البائع نفسه بتغطية البضاعة وتحمل أخطار النقل فيما اذا كان يتمتع بالملاءة المالية الكافية · بيد أن الغالب في العمل دوليا هو ان البائع يقوم بالتأمين على البضاعة لدى مؤمن معين لحساب المشتري(٢٢٤) ·

٥ ـ يقع على عاتق البائع الحصول على اجازة تصدير البضاعة وغيرها من الوثائق الضرورية في الدولة التي يقع فيها شحن البضاعة وذلك بتسهيل خروجها من تلك الدولة ، او مرورها عبر دول اخرى(٢٢٥) · ودفع جميع الرسوم التي يرتبها تصدير البضاعة(٢٢٦) ·

٦ ـ اذا اتفق البائع والمشتري على أن يقدم الاول للاخير شهادة المنشأ Certeficat d'origine الدالة على مصدر البضاعة

---

(٢٢٢) انظر نص الفقرة ٥ و ٦ من المادة ٣٠٢ من نفس القانون ·
(٢٢٣) انظر نص م ٣٠٣ من نفس القانون ·
(٢٢٤) انظر : A— Raynald werner : op. cit p. 292.
(٢٢٥) انظر نص الفقرة ٣ من المادة ٣٠٢ من القانون نفسه ·
(٢٢٦) انظر نص الفقرة العاشرة من المادة ٣٠٢ من قانون التجارة ·

فأن على البائع الحصول على تلك الشهادة وتقديمها الى المشتري ٠

ب- التزامات المشتري :

Les obligation de L' achete ur

٢٦٢- يلتزم المشتري في البيع سيف بالالتزامات التالية :

١ - دفع ثمن البضاعة :

ينصرف هذا الالتزام الى قيمة البضاعة ومبلغ النقل وأقساط التأمين وجميع المصاريف التي يحددها عادة عقد البيع(٢٢٧) ٠ ويعتبر ثمن البضاعة مستحقا من تاريخ وصول الوثائق والمستندات الى المشترى بغض النظر عن وصول البضاعة الفعلي ٠ ويتم الوفاء بثمن البضاعة من خلال مؤسسة مصرفية تصدر بناء على طلب المشترى اعتمادا مستنديا غير قابل للالغاء مقابل السندات المتفق عليها ٠ فاذا تمت تلك العملية فأن البائع يسحب سفتجه يرفق بها المستندات المطلوبة ثم يقوم بخصمها لدى مؤسسة مصرفية « يتعامل البائع معها بصورة معتادة » فيحصل على ثمن البضاعة٠ فتحول تلك المستندات عندئذ الى مصرف المشترى الذى لا يقوم بتسليمها الى هذا الاخير الا عند حصوله على الثمن المطلوب منه(٢٢٨) ٠

٢ - استلام وثائق ومستندات شحن البضاعة :

على المشتري استلام وثائق ومستندات شحن البضاعة ، فلا يجوز له من حيث المبدأ رفض تلك المستندات اذا تم اعلامه بوصولها من قبل المؤسسة المصرفية التي يتعامل معها والتي أصبحت وسيطا في عملية البيع ٠ بيد ان للمشتري الحق في رفض تلك المستندات اذا كانت غير مطابقة للشروط المتفق عليها في العقد ٠

---

(٢٢٧) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من قانون التجارة ٠

(٢٢٨) انظر د ٠ محمد كامل مرسي : مصدر سابق ذكره ص ٧٦ ٠

وقد يستلم المشتري الوثائق والمستندات بالرغم من عدم مطابقتها لشروط العقد • وفي هذه الحالة فانه يعتبر قابلا بها اذا لم يعترض عليها خلال أربعة أيام من تاريخ تسلمها • ويتم الاعتراض من خلال اخطار يرسل الى البائع ويتضمن الطلب منه بأرسال مستندات مطابقة لشروط العقد خلال فترة زمنية مناسبة • فاذا انقضت تلك الفترة ولم يرسل البائع وثائق مطابقة لشروط العقد كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع مع التعويض ان كان للتعويض مقتضى • الا انه لا يجوز للمشتري عند رده للمستندات لاسباب معينة ، أو عند قبوله اياها بتحفظ ان يبدي بعد ذلك أى اعتراض اخر غير الاسباب والتحفظات التى سبق له وان اوردها • اما اذا رفض المشتري المستندات دون سبب قانوني مقبول فانه يلزم بتعويض البائع عند حصول ضرر من جراء ذلك الرفض(٢٢٩)•

٣ ـ استلام البضاعة « المبيع » :

يلتزم المشتري بأستلام البضاعة عند وصولها الى ميناء التفريغ المعين من قبل الطرفين في عقد البيع(٢٣٠) • ويؤدي مصروفات تفريغ البضاعة ونقلها الى مخازنه الا اذا اتفق على خلاف ذلك • وقد يظهر عند تسليم البضاعة ان كميتها أقل مما هو متفق عليه أو ان بها عيبا معينا • فللمشتري في هذه الحالة ان يخطر البائع بذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المبيع فعليا • واذا تبين للمشتري بعد استلام البضاعة عدم صلاحيتها للغرض الذي أعده لها أو صعوبة تصريفها فان له بمقتضى القواعد العامة ، الحق في فسخ العقد ما لم يوجد اتفاق

---

(٢٢٩) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٠٥ من قانون التجارة •

(٢٣٠) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٥ من قانون التجارة •

يقضي بوجوب الفسخ ، واذا رفض طلب المشتري بالفسخ فانه يصار الى انقاص الثمن . أما اذا تبين ان هناك زيادة في كمية البضاعة المرسلة الى المشترى فانه يصار الى تكملة ثمنها من قبل هذا الاخير . فاذا رفض المشتري . تكملة اليمن ، فيقضي للبائع هذا الاخير . فاذا رفض المشترى ، تكملة الثمن ، فيقضي للبائع عندئذ بأسترادد الزيادة الحاصلة في البضاعة .

٤ ـ يتحمل المشتري جميع رسوم الاستيراد ورسوم اخراج البضاعة من ميناء التفريغ ، بما فيها نفقات اخراجها من السفينة ورسوم استعمال رصيف ميناء التفريغ(٢٣١) .

٥ ـ يلتزم المشتري في حالة احتفاظه بحق تعيين ميعاد شحن البضاعة أو تعيين ميناء التفريغ ، خلال فترة زمنية محددة ، بأن يصدر تعليماته بشأن شحن البضاعة وتعيين ميناء الوصول . فاذا مضت تلك المدة ولم يصدر تعليماته للبائع بهذا الشأن فانه يلتزم بجميع المصروفات الاضافية التي تنجم عن ذلك ويتحمل ايضا تبعه ما يلحق البضاعة من أضرار حتى تاريخ انقضاء مهلة الشحن(٢٣٢) .

---

(٢٣١) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة ٣٠٥ من قانون التجارة .
(٢٣٢) انظر نص المادة ٢٠٦ من قانون التجارة .

المبحث الثـــاني :

البيع فـوب La vente F.O.B.

اولا : التعريف بالبيع فوب La definition

٢٦٣ـ يعتبر البيع فوب الصورة الثانية من بيوع القيام البحريـــة ٠ وترمز احروف F.O.B. الى معنى خاص هو ان مسؤولية البائع تنتهي في هذا البيع عند تسليم البضاعة على ظهر السفينـــة ٠ (بالفرنسية ou franco Board بالانكليزية Free on board) .

ومن هذا المصطلح جاءت تسمية هذا البيع بالبيع فوب ٠ فهو بيع « تسليم السفينة » أو (تسليم الميناء) أو تسليم الاقلاع(٢٣٣) ٠ وقد يقع هذا البيع بصيغة اخرى يطلق عليها بالبيع فاس F. A. S. ويعني هذا البيع اقتصار التزام البائع على تسليم البضاعة على رصيف ميناء الشحن(٢٣٤) ٠

free alongside ship. ou franco long du navir

ويعرف البيع فوب عمـــوما بانه ذلك البيع الذي تنتقـــل فيـــه ملكية البضاعة من البائع الى المشتري بمجرد تسليمها في مينـــاء القيام على ظهر السفينة ، ويتحمل المشتري خطر هلاكها أو تضررها أثناء النقل ما لم يوجد اتفاق بين الطرفـــين يقضي بخـــلاف ذلك(٢٣٥) ٠ وتعرف المادة ٢٩٨ من قانون التجارة البيع فـــوب

---

(٢٣٣) انظر : Thaller et pereereau : op. cit. no 116

(٢٣٤) انظر : A. Jauffret : op. cit. p. 248.

(٢٣٥) انظر : R.Rodiere : op. cit. p. 353.

وقارن مع د ٠ صلاح الدين الناهي : الوسيط في شرح القانـون التجاري العراقي ٠ جـ ١ ط ٣ ، ١٩٥٣ ، ص ٢٠٨ ٠

كما يلي : (البيع (فوب) هـو الذى يتم على اساس تسليم البضاعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري في الميناء المعين للشحن • وعليه فان العلاقة القانونية بين أطراف العقد تنتهي من وقت انتقال ملكية المبيع الى المشتري في ميناء الشحن • ويتشابه البيع فوب في هذا مع البيع سيف • اذ أن البيع الاخير يعتبر ، كما رأينا ، نافذا من حين شحن البيع •

الا أن البيع (فوب) يتميز وعلى الرغم من أنه ينضوي ، كالبيع سيف ، تحت طائفة بيوع القيام ، عن هذا الاخير من ناحيتين :

الاولى : أنه ليس على البائع ابرام عقد نقل البضاعة ولا التأمين عليها ضد مخاطر النقل •

الثانية : ان المشتري هو الذي يتعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء الوصول ، والتأمين عليها ضد مخاطر النقل • وعليه، تبعا لذلك ، استلام مستندات شحن البضاعة مباشرة من الناقل ووثيقة التأمين على البضاعة من المؤمن •

ومع ذلك فان في امكان المشتري تكليف البائع بأبرام عقدي النقل والتأمين على البضاعة • وهنا نكون امام عقد وكالة أو انابة متميزة عن عقد البيع(٢٣٦) • ويجوز للمشتري كذلك ارسال وكيل أو نائب عنه لغرض القيام بأبرام عقد نقل البضاعة والتأمين عليها • وفي هذه الحالة يتميز عقد الوكالة عن عقد البيع شأن ذلك شأن الحالة الاولى •

ثانيا : ـ الاثار القانونية للبيع فوب Les effets Juridiques

٢٦٤ـ اذا انعقد البيع فوب صحيحا ترتبت اثاره القانونية • هذه

---

(٢٣٦) انظر : د • علي البارودي : مبادىء القانون البحري ١٩٧٠ • ص ٢٧٩ •

الاثار تتمثل بالتزامات كل من البائع والمشتري ، يقابل بعضها البعض • وقد نظم قانون التجارة العراقي هذه الاثار في المواد من ٢٩٩ الى ٣٠٠ وهي نصوص وضعها المشرع في ضوء القواعد الدولية والقوانين الاخرى • ونعرض أولا التزامات البائع ثم التزامات المشتري بعد ذلك •

أ ـ التزامات البائع : Les obligations de vendeur

٢٦٥ـ الالتزام الاساسي على عاتق البائع هو بلا أدنى شك تسليم المبيع • غير ان هناك التزامات اخرى ، بجانب ذلك الالتزام ، لا بد للبائع من القيام بها تجاه المشتري • ومجمل التزامات البائع كما يلي :

١ ـ تسليم المبيع : La livraison des marchoudises

يتم تسليم المبيع عند شحن البضاعه على ظهر السفينه التي عينها المشتري(٢٣٧) • ويترتب على ذلك ان البائع يظل مسؤولا عن المبيع لغايه اجتيازه حاجز السفينه • فاذا أصاب البضاعه ضرر أو هلكت قبل اجتيازها حاجز السفينه كانت تبعه الضرر أو الهلاك على عاتق البائع(٢٣٨) •

٢ ـ حزم المبيع L' arrimage ونقله الى ميناء القيام ثم شحنه على السفينه التي عينها المشتري • ويجب أن تتم عملية الشحن في المدة المتفق عليها لشحن البضاعة • فاذا اخل البائع بذلك كان مسؤولا عنه الا اذا كان الاخلال متأتيا من المشتري وذلك عند عدم قيامه بأعلام البائع بأسم سفينه الشحن في الميعاد المناسب(٢٣٩) •

(٢٣٧) انظر نص المادة ٢٩٨ من قانون التجارة •
(٢٣٨) انظر نص الفقرة ٩ من المادة ٢٩٩ من نفس القانون •
(٢٣٩) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٣٠٠ من نفس القانون •

٣ ـ على البائع اداء نفقات حزم البضاعة وفحصها ومصاريف القياس والوزن والعد اللازم لشحنها(٢٤٠) ٠

٤ ـ يلتزم البائع بعد شحن البضاعة على واسطة النقل البحري ، التي عينها له المشتري ، بأن يعلم هذا الاخير وبالسرعة اللازمة، بشحن البضاعة على تلك الواسطة ، وان يرسل له بدون تأخير وثائق الشحن اللازمة(٢٤١) ٠ ولهذا الالتزام أهمية تتمثل في ضرورة اعطاء المشتري الوقت المناسب لغرض القيام بالتأمين على البضاعة (٢٤٢) ٠ فاذا أخل البائع بهذا الالتزام ثم هلكت البضاعة اثناء نقلها فان عليه تبعه هلاكها ما لم يوجد اتفاق بين الاطراف يقضي بخلاف ذلك(٢٤٣) ٠

٥ ـ على البائع الحصول على موافقة السلطات المعنية بشأن تصدير البضاعة والقيام بكل أجراء ضروري من الناحية الادارية بهذا الخصوص مع اداء المصاريف المترتبة على القيام بهذه الاجراءات ، وبالذات المبالغ المستحقة على المبيع ورسوم التصدير(٢٤٤) ٠

٦ ـ يلتزم البائع ، اذا طلب المشترى منه ذلك ، ان يقدم شهادة المنشأ التي تدل على مصدر البضاعة ومحل انتاجها ، بعد الحصول

---

(٢٤٠) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة ٢٩٩ من قانون التجارة ٠
(٢٤١) انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من قانون التجارة ، والفقرة السادسة من المادة ٢٩٩ من نفس القانون ٠
(٢٤٢) انظر د ٠ حافظ ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، ١٩٦٠ ص ٣١٤ ٠
(٢٤٣)
Arthur—Curti : Manuel de droit civil et commercial. p. 159. .
(٢٤٤) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٩ من قانون التجارة ٠

عليها ، واذا رتب الحصول على شهادة المنشأ مصاريف فانها تقع على المشتري (٢٤٥) ٠

٧ ـ يجب على البائع تمكين المشتري من الحصول على الوثائق والمستندات الضرورية واللازم استخراجها من الدولة التي يقع فيها شحن المبيع ٠ واذا كان الطريق البحري للبضاعة يمر بموانيء دول مختلفة فأن عليه أن يقدم للمشتري العون اللازم لغرض الحصول على الوثائق التي تسهل من أمر مرور البضاعة في تلك الموانيء(٢٤٦) ٠

ب ـ التزامات المشتري : Les obligatious de L' acheteur

٢٦٦ـ على المشترى في البيع فوب ما يلي من الالتزامات :

١ ـ ابرام عقد نقل البضاعة ودفع اجرة النقل ٠ بمعنى اختيار واسطة النقل البحري التي يتم عليها شحن المبيع ودفع اجرتها ٠ واذا تم ابرام عقد النقل فأن على المشتري ، وفي ميعاد مناسب، اعلام البائع بأسم السفينة التي اختارها وميناء رسوها وتاريخ شحن البضاعة أو الفترة الزمنية التي يراها مناسبة للشحن٠وتوضح الفقرة الاولى من المادة ٣٠٠ من قانون التجارة هذا الالتزام بقولها: « يلتزم المشتري ٠٠بأن يستأجر سفينة أو أن يحجز المكان اللازم على ظهرها على نفقته ، وان يخطر البائع في الوقت المناسب بأسم السفينة ورصيف التحميل وتواريخ التسليم على ظهرها »٠ويترتب على اخلال المشتري بهذا الالتزام تحمله لجميع الاضرار التي تلحق بالبضاعة اذا كانت قد تعينت بذاتها ، ولجميع المصاريف الاضافية التي تترتب على عدم الاخطار من الوقت الذي تنتهي مدته(٢٤٦)٠

---

(٢٤٦) انظر نص ف ٤ م ٣٠٠ من قانون التجارة ٠
(٢٤٦) انظر نص ف ٤ م ٣٠٠ من قانون التجارة ٠

واذا حصل وان تأخر وصول السفينة التي عينهـــا المشـــتري ، لميناء الشحن في الوقت المتفق عليه مع البائع ، أو اذا غـــادرت تلك السفينة الميناء قبل إنتهاء مدة الشحن ، أو تعذر عليها شـــحن المبيع ، فانه يقع على المشترى اداء جمـــيع المصـــاريف الاضـــافية المترتبة من جراء ذلك ، ويتحمل بنفس الوقت تبعه هلاك البضاعة اذا كانت معينة بذاتها(٢٤٧) ٠

٢ ــ يلتزم المشتري بالتأمين على البضاعة ودفع اقساط التأمين ٠ الا أن للمشتري أنابة غيره لغرض القيام بهذا الامر ٠ وقد يكلف البائع ومـــن خلال وكالة خاصة مستقلة عن عقـــد البيـــع بأبـــرام التأمـــين على البضاعة ٠ فاذا هلكت البضاعة أثناء نقلها فأن للمشـــتري الحق في استلام مبلغ التأمين مباشرة من المؤمن ، طالمـــا ان العقد قد أبرم لمصلحته(٢٤٨) ٠

٣ ــ على المشتري أن يؤدي مصاريف الاعلام بشحن البائع للبضاعة وما يترتب من مبالغ على ارسال هذا الاخير للوثائق والمســـتندات الخاصة بتلك البضاعة(٢٤٩) ٠

٥ ــ يتحمل المشتري ابتداءا من تاريخ شحن البضاعة على ظهـــر السفينة المعينة من قبله ، جميع ما يستحق عليها من مبالغ ويقـــع عليه من تلك اللحظة اخطار طريق نقلها ، مـــن هـــلاك كلي او تلـــف جـــزئي(٢٥١) ٠

---

(٢٤٧) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٠ من قانون التجارة ٠

(٢٤٨) انظر بهذا الصدد : د ٠ علي الزيني : اصول القانون التجـــاري جـ ١ ص ٣٨٨ ٠

(٢٤٩) انظر الشطر الاول من الفقرة الثانية مـــن المادة ٣٠٠ مـــن قانـــون التجـــارة ٠

(٢٥٠) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة ٣٠٠ من قانون التجارة ٠

(٢٥١) انظر الفقرة الثانية من المادة ٣٠٠ من قانون التجارة ٠

الفصل الرابع

العمليـــــات المصرفيـــــة

Les operations de banques

تمهيـــــد :

٢٦٧- للمؤسسات المصرفية دور مؤثر في النشاط الاقتصادي ، فهـــي أداة تمويل للمشروعات العامة ، تمنح الاعتماد « بمفهـــوم الائتمان »(١) ، وبعبارة اخرى ، فهي عماد الاقتصاد القومي لاي دولة من الدول(٢) .

وأعمال المؤسسات المصرفية عمليات ذات جوانب وسمات متعددة .

فهي من جانب أعمال مالية Financieres لان المصارف تمارس عملية توظيف المال واستثماره لاجال متفاوته ، وتمارس بنفـــس الوقت مراقبة كيفية تنفيذ ذلك التوظيف . كما هو الامر بالنســـبة لاصدار الاوراق المالية ، أو تمويل المشاريع الاقتصادية المختلفة .

وهي من جانب اخر اعمال تجارية Commerciales لانها تقـــوم على فكرة التداول والتحويل والمضاربة . فالمؤسسات المصرفيـــة تتولى أعمال نقل النقد ، والصرف بأنواعه « فـــكرة التـداول ، وتستثمر المدخرات الفردية » « المال الغير المنتج » ، عن طـــريق الادخار ، فتحوله بذلك الى مال منتج « فكرة التحويل » . وتسعى

---

(١) الائتمان يعني تقديم مال حاضر لقاء مـــال مستقبل . ويعرف اقتصاديا بأنه المال المدفوع بأجل . انظر بهـــذا الصـــدد : د . محمد علي رضا الجاسم القواعد الاساسية في الاقتصـــاد التطبيقي . ١٩٦٩ ص ١٤٤ .

(٢) للمزيد من التفصيل انظر د . أدور عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف ١٩٦٨ ص ٤٦٣ .

بنفس الوقت الى تحقيق مردود ايجابي « ربح » من خلال القيام بأعمال الاقراض ، يتمثل بالفرق بين نسبة الفوائد التي يدفعها الى دائنيه « المودعين » وتلك التي يتقاضاها من مدينيه « المقترضين » « فكرة المضاربة » ٠

ولاعمال المصارف جانب قانوني أو « حقوقي » كذلك ٠ اذ ان هذه الاعمال تأخذ عموما صيغة العقود التي تربط أطرافها بعلاقات حقوقية والتزامات قانونية متقابلة(٣) ٠

وللعمليات المصرفية اخيرا جانب اداري Administratif (٤) يتمثل بأعمال الخدمة والعمولة، كتأجير الخزائن الحديديةوالاكتتاب بالاسهم لمصلحة العملاء ٠

٢٦٨ـ وتقسم العمليات المصرفية عموما الى ثلاث طوائف :

أ ـ عمليات الايداع وتنصب على ايداع النقد « الوديعةالنقدية» ووديعة الاوراق الماليـــة ٠

ب ـ عمليات الائتمان كفتح الاعتمادات ، والخصم ، والحساب الجاري ، والتسليف ٠

ج ـ عمليات ترتبط بفكرة الوكالة ، كأعمال تحصيل الاوراق التجارية وتداولها ٠

وأيا كانت الطائفة التي تنضوي تحتها هذه العمليات فأنها تعتبر أعمالا تجارية محترفة(٥) ٠ ويكون أحد أطراف تلك العمليات

---

(٣) انظر الباب الرابع من قانون التجارة ٠

(٤) لا يقصد بهذا المصطلح مفهوم القانون الاداري ، وانما ينصرف لاعمال الخدمات المختلفة التي يقدمها المصرف لعملائه ، والتي تأخذ صيغة التنظيم الاداري ٠

(٥) الفقرة ١٣ من المادة الخامسة من قانون التجارة ٠

محترفا بالضرورة للنشاط التجاري ـ المؤسسات المصرفية ـ أما الطرف الاخر فقد يكون شخصا عاديا ـ غير تاجر ـ وفي هذه الفرضية يعد العمل تجاريا مختلطا ويخضع بهذا التكييف للاحكام التجارية(٦) ٠

وقد تناول قانون التجارة تنظيم عمليات المصارف في فصل خاص هو الفصل الثاني من الباب الرابع وبسبع فروع مستقلة ، من المادة ٢٣٩ ولغاية المادة ٢٩٣(٧) ٠ ولا نتناول بالبحث ، في هذا الفصل، سوى عمليتين من العمليات المختلفة التي عالجها القانون ، الاوهما: الحساب الجاري Le compte courant والاعتماد المستندي Le Credit documentaire

الفـــرع الاول

الحســـاب الجـــاري

Le Compte Courant

تمهيـــد :

٢٦٩ـ الحسات الجاري نوع خاص من الحسابات المصرفية ، ونظام من الاهم الانظمة التجارية ، ابتدعه التعامل التجاري ـ العرف ـ ووضع بعض أحكامه القضاء ثم تناوله المشرع بالتنظيم بعد ان

---

(٦) يخضع العمل المختلط حسب الراى الراجح لاحكام قانون التجارة ٠

(٧) عالج قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ العمليات التالية :

١ ـ وديعة النقود ٢ ـ اجاره الخزائن ٠

٣ ـ النقل المصرفي ٤ ـ الاعتماد للسحب على المكشوف

٥ ـ الاعتماد المستندي ٦ ـ الخصم

(٧) خطاب الضمان ٠

انتشر في العمل وأستقرت قواعده وأصبح من أدق مواضيع القانون التجـــــاري(٨) ٠

وقد خصص قانون التجارة للحساب الجاري الفـــرع الثالث مـــن الفصل الاول من الباب الرابـــع منه (مـــن المادة ٢١٧ ولغاية المادة ٢٣٨) ٠ وعلى ضوء ما ورد في القانون من أحكام فاننا نتولى بحث الحساب الجاري من حيث مفهومه وطبيعته القانونية ، ثم نبين كيفيـــة فتحه ونوضح اخيرا اثاره بالنسبة لاطرافه ٠

اولا : تعريف الحساب الجاري : Definition

٢٧٠ـ يفترض الحساب الجاري وجود عمليات متصلة متواليـــــة Successives بين طرفين « شخصين » يكون أحدهمـــــا في الغالب مؤسسة مصرفية ، يتفقان على تسوية تلك العمليات الناشئة بينهما، بعد مدة معينة ، وتصبح نتيجة التسوية ، وهي الرصيد Le Solde دينا مستحقا للطرف الذي ظهر هذا الرصيد لصلحته ٠

وتعرف المادة ٢١٧ من قانون التجارة الحساب الجاري بانـــه : « عقد يتفق بمقتضاه شخصان على ان يقيدا في حساب عن طريـــق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون الناشئة عن العمليات الـــتي تتم بينهما من تسليم نقود او اموال او اوراق تجارية قابلة للتمليـــك وغيرها ، وان يتسعيضا عن تسوية هذه الديون عن كل دفعة عـــلى حدة بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند غلقه » ٠

يستفاد من هذا التعريف ان الحساب الجاري عبارة عن عملية دائنية مديونية مستمرة بين طرفيـــن ، يتألف بالضرورة من جدولين أو حقلين

---

(٨) انظر د ٠ حافظ محمد ابراهيم : القانون التجاري العـــراقي « النظرية العامـــة » ٠ ص ٣٥٤ ٠

أحدهما مخصص لقيد الخصوم Doit أو « المطاليب » ، كما يطلق عليه البعض(٩) ، والحقل الثاني مخصص للاصول أو « الموجودات » Avoir . ويتوحد هذان الحقلان عند غلق الحساب ليستخلص منهما بعد توحيدهما الرصيد المستحق . ويستفاد من المفهوم المذكور كذلك ان كلا من الطرفين قد يكون في فترة ما دائنا وفي فترة اخرى من الحساب مدينا . وعليه لا يمكن أن يكون أحد الاطراف دائنا او مدنيا بصورة دائمة مستمرة طوال مدة الحساب فاذا كان الامر على خلاف ذلك فاننا لا نكون أمام حساب جاري لانتفاء تبادل المدفوعات والعمليات فيه . ويستخلص من التعريف القانوني اخيرا ، أن المعاملات في الحساب الجاري ليس فقط عمليات متصلة متبادلة ، وانما يجب ان تكون ايضا متداخلة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات أحد الاطراف محاطة بمدفوعات الطرف الاخر . ولذا لا نكون أمام حساب جاري اذا كانت مدفوعات أحد الاطراف لا تبدأ الا حين انتهاء مدفوعات الطرف الثاني(١٠) .

ويرد الحساب الجاري عموما على مدفوعات نقدية ، بيد ان هذا لا يعني أن لا تكون تلك المدفوعات اشياء مثلية ، كالبضائع والاوراق التجارية . فاذا كانت المدفوعات على شكل بضائع فانها لا تدخل بذاتها في الحساب ، بل تحتسب على أساس ثمنها وتدخل بهذه الصيغة فيه . أما اذا كان الاتفاق حاصلا على أن تكون المدفوعات

---

(٩) انظر السياعي وانطاكي . موسوعة الحقوق التجارية جـ ٣ المصارف والاعمال المصرفية ١٩٥٨ ص ٢٨٤ .

(١٠) انظر تعريف الحساب الجاري حسب المادة ٢١٧ من قانون التجارة .

من الاشياء المثلية من نوع واحد ، كان تكون من المعادن الثمينة مثلا ، فيتم التبادل ـ التسليم والتسلم بها لغاية نهاية الحساب(١١) . اما اذا كانت المدفوعات في صورة اوراق تجارية Effets de Commerce فلا تدرج في الحساب الا بعد تحصيلها أو خصمها .

وعلى أية حال فان المدفوعات التي يسلمها احد الاطراف لا بد من ان تكون على وجه التمليك . فمن غير المتصور اعتبار احد أطراف الحساب دائنا والاخر مدينا ما لم تكن لهذا الاخير حرية التصرف بما يسلمه اليه الاول . لذا فان المدفوعات التي تسلم على وجه غير وجه التمليك ـ على سبيل الوديعة أو الرهن مثلا ـ لايمكن اعتبارها مدفوعات ومن ثم لا يجوز قيدها في الحساب .

ثانيا : الطبيعة القانونية للحساب الجاري : La nature juridique

٢٧١ـ قد يرى البعض في الحساب الجاري نوعا من انواع القرض انطلاقا من أن الدفعات التي يقدمها أحد الاطراف لا تخرج في واقع الحال عن كونها قرضا للطرف الاخر(١٢)، بيد ان مثل هذا الرأى يجب استبعاده . ذلك لان الحساب الجاري ، وكما توضحه صراحة المادة ٢١٧ من قانون التجارة ، قد يتضمن دفعات من غير النقد ، كالبضائع او الاوراق التجارية ، مما ينفي بالتالي كونه قرضا .

---

(١١) ويجيز القانون عند تضمن مفردات الحساب دين نقدي مقوم بعملة مختلفة أو أشياء غير متماثلة ، للطرفين ادخالها في الحساب وبحقول مستقلة يراعي فيها التماثل ، وعلى ان تكون أرصدة تلك الحقول قابلة للتحويل لغرض اجراء المقاصة عند غلق الحساب لغرض استخراج الرصيد .انظر نص المادة ٢٢٩ بفقرتيها الاولى والثانية .

(١٢) للتفصيل راجع د . حافظ محمد ابراهيم : مصدر سابق ذكره ص ٣٥٦ .

وتذهب بعض الاجتهادات الفقهية الى تكييف الحساب الجاري بأنه: « تسوية لعلاقات متتابعة كل منها يؤدي ـ نتيجة تصفيتها ـ الى قيد في الحساب سواء لصالح المصرف أو لصالح العميل نفسه » ومن هذا المنطلق فان الحساب الجاري « وان كان عقدا قائما بذاته » فانه ذو صفة تبعية يرتبط بالضرورة بتطور العمليات التي ادت الى اجراء القيد فيه(١٣) · ان هذه الرؤيا للحساب الجارى ليست بالجديدة(١٤)· وقد طغت منذ طرحها على معظم الافكار الفقهية · الا أنه من الضروري اعطاء التصور الواضح لهذا التحليل وتبيان هذه «الصفة التبعية » للحساب بالعمليات المرتبطة به ·

صحيح في الواقع ان العمليات المتتابعة هي التي تؤدي الى اجراء القيد في الحساب وبدونها لا يمكن تصور وجوده · فهي عنصره المادي او بعبارة ادق « العنصر الجوهري للحساب الجاري » تمثل الحقوق التي « تكون للدافع على القابض »(١٥) · الا ان ذلك لا يعني بأى حال تلاشي الصيغة « العقدية ، للحساب في عمليات الاطراف المتوالية التي تنتج عنها علاقة « الدائنية والمديونية المستمرة » بينهم · فهذه العمليات او الدفعات لا تتولى الا بعد نشوء العلاقة القانونية « التعاقد » بين طرفي الحساب · لذا فان هناك « ارتباطا وثيقا » وليس

---

(١٣) د · رزق الله انطاكي : الحسابات والاعتمادات المصرفية ١٩٦٩ ص ٣١ ·

(١٤) راجع د · محمد صالح : شرح القانون التجاري ١٩٣٤ ص ٢٠٩ · اذ يحلل المؤلف المذكور الحساب الجاري فيقول : « ويعتبر الحساب الجاري عقدا تبعيا أى أنه يلزم لانعقاده حصول عمليات بين المتعاقدين ، ويتوقف الحساب الجاري على وجود هذه العمليات » ·

(١٥) انظر د · مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ١٩٧١ ص ٤٧٦ ·

علاقة تبعية ، كما نتصور ، بين الحساب الجاري « كعقد » وبين عمليات الحساب ·ومن لايمكن تكييف الحساب بأنه طريقة من طرق تسوية الحسابات وانما عقد قانوني مستقل وقائم بذاته (١٦)· وهو بهذه الصفه من عقود المعاوضة الثنائية الرضائية لا يتطلب انعقاده سوى توافق الارادتين ·

وفوق ذلك فان الحساب الجاري عمل تجاري محترف(١٧) · غير أنه لا يستمد الصفة التجارية من طبيعة العمليات المتبادلة · وعليه لو كانت العمليات الجارية (١٨) بين طرفي الحساب ذات طبيعة مدنية فلا تاثير لذلك على صفة الحساب التجارية · أما صفة أطرافه فانها تعد عموما قرينة على صفة العقد · لذا فان الحساب الجاري القائم بين طرفين لا يحترفان النشاط التجارى لا يعد من الاعمال التجارية · واذا كان الحساب بين مؤسسة مصرفية وعميل لها غير تاجر فأن الحساب يأخذ صفة العمل المختلط ويخضع بالتالي لاحكام قانون التجارة(١٩) ·

---

(١٦) تشير المادة ٢١٧ من قانون التجارة صراحة للصفة العقدية للحساب · وقد اعتبر قانون التجارة الحسات الجاري من العقود المسماة · فقد اورده المشرع ضمن الباب الرابع الخاص بالعقود التجارية وأفرد لاحكامه فرعا مستقلا هو الفرع الثالث من الفصل الاول من الباب المذكور ، ومن المادة ٢١٧ ولغاية المادة ٢٣٨ ·

(١٧) الفقرة ١٣ من المادة الخامسة من قانون التجارة ·

(١٨) قارن مع د · مصطفى كمال طه : مصدر سابق ذكره ص ٤٧٥ ·

(١٩) انظر نص المادة ٨٠ من قانون التجارة الملغي ·
ولم يضع قانون التجارة الحالي حكما بهذا الصدد · بيد أنه وحسب الرأى الغالب الراجح فان العمل المختلط يخضع لاحكام قانون التجارة ·

ثالثا : احكام الحساب الجاري :

٢٧٢ـ أحاط قانون التجارة الحساب الجاري بجملة قواعـــد تفصيلية تستهدف وضع الحلول الملائمة للصعوبات والمنازعات التي قد تطرأ أثناء «عمل» أو تشغيل الحساب

Le fonctionnement du compte

ويلمس ذلك بوضوح من جملة نصوص المواد القانونيـــة التي وضعها مشرع القانون للحساب الجاري . فقد حددت المـادة ٢١٧ من قانون التجارة الوصف القانوني للحســاب وبينت المادة ٢١٨ اثاره بصورة عامة ثم تعرض المشرع لكيفية فتح الحساب وغلقه ـ المواد ٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ ـ ووضحـــت المـــواد ـ ٢٢٦ و ٢٢٧ و ٢٢٩ و ٢٣٥ ـ ـ حكم الديون الناشئة بين طرفي الحساب عند ادراجها فيه ، وحكـم الديون المضمونة بتأمين اتفاقي وحالة ايقاع الحجز على الحساب . وتناول المشرع في هذه الاحكام احتساب الفوائد ـ المواد ٢٢٥ الفقرة الاولى والثانية ومتى يجب الغاء القيد في الحساب او ابطاله ـ م ٢٣٧ وحاله اعسار أحد أطراف الحساب ـ م ٢٣٦ ـ وما يترتب عنـــد ادخال قيمة الاوراق التجارية اذا لم يستطع المصرف الحصول على قيمتها م ٢٣٧ . وحددت المواد القانونية للحساب كيفيـــة تقادم الرصـــيد وشروط الدعاوي التي تقام لغرض تصحيح الحساب عند الفـــلط والفترة الزمنية التي يجب ان تقام خلالها تلك الدعاوي (المادة ٢٣٨) .

رابعا : فتح الحساب الجاري :

٢٧٣ـ يتم فتح الحساب الجاري بمقتضى عقد بين طرفيه . ومـــن لحظة ابرام العقد يكون لكل من الطرفين كامل الحرية في اجـــراء

عمليات التسليم والتسلم أي تبادل المدفوعات ٠

وقد يفتح الحساب الجاري لمدة زمنية محددة حسب رغبة أطرافه٠ فاذا تم الاتفاق على ان يستمر الحساب لفترة معينة وأنتهت فانه يجب ختم الحساب وتصفيته دون اتباع اجراء خاص لذلك(٢٠) ٠ بيد أنه يحق لاطراف الحساب غلقه وتصفيته قبل انتهاء المدة المتفق عليها للحساب ، على أن يحصل اتفاقهم ابتداء بهذا الخصوص(٢١)٠ وقد يحصل أن يستمر التعامل بالرغم من انتهاء المدة المقررة لتصفيته ٠ فيعد الاستمرار هنا في حكم الاتفاق الضمني على تمديد الفترة المقررة ابتداء عند فتح الحساب ٠ واذا لم يحدد الطرفان مدة للحساب فيكون عندئذ لاى منهما الحق في وضع حد له بأرادته المنفردة على أن يقوم بأخطار الطرف الثاني خلال مدد الاخطار المتفق عليها ٠ وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٣٠ من قانون التجارة بهذا الصدد على أنه : « اذا لم تحدد مدة للحساب الجاري جاز اغلاقه في كل وقت بأرادة أحد الطرفين مع مراعاة مواعيد الاخطار المتفق عليها » ٠

ويجب ملاحظة ان الحساب الجاري اذا كان مفتوحا بين مؤسسة مصرفية ،وهذا هو الغالب ، وشخص اخر ، فانه يعتبر « مقفلا » في نهاية السنة المالية بيد ان ذلك لا يعني تصفية الحساب او ختمه وانما يعني منح المؤسسة المصرفية الفرصة لتحديد حالة العلاقة القانونية بين طرفي الحساب(٢٢) ٠

---

(٢٠) الشطر الاول من الفقرة الاولى من المادة ٢٣٠ من قانون التجارة٠
(٢١) الشطر الثاني من الفقرة الاولى من المادة ٢٣٠ من نفس القانون ٠
(٢٢) انظر د ٠ رزق الله أنطاكي : مصدر سابق ذكره ص ١٧٧ ٠

وتشير المادة ٢٣١ من قانون التجارة الى ذلك بقولها (اذا كان الحساب مفتوحا بين مصرف وشخص اخر اعتبر مقفلا في نهاية السنة المالية للمصرف . ولا يعني هذا القفل غلقا للحساب ويظل مفتوحا ويرحل رصيده الى الحساب ذاته ويستأنف حركته في اليوم التالي) .

وفتح الحساب الجاري بين مصرف وشخص اخر يستلزم بالضرورة القيام ببعض الاجراءات الخاصة التي يتعين على المصرف القيام بها . فمن الواجب اولا معرفة هوية الشخص الذى يرغب بفتح الحساب . والتأكد من جهة ثانية من مدى صلاحيته للتعاقد مع الحصول على توقيعه الشخصي .

وقد جرت العادة على ان يقدم المصرف للعميل الراغب في فتح حساب جاري استمارة خاصة ـ مطبوعة ـ تحتوي على الشروط التي يستلزمها فتح الحساب ويوقع عليها العميل (٢٣) . ويحق للمؤسسة المصرفية التي تتولى فتح الحساب تقاضي عمولة معينة لقاء تلك الخدمة المقدمة من قبلها .

وينتهي عقد فتح الحساب اذا توفي احد الطرفين ، وليس من حق الورثة في هذه الحالة او الطرف الثاني التمسك باستمرار الحساب للمدة المتفق عليها في العقد . ذلك لان عقد فتح الحساب من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي . ويؤخذ بنفس الحكم المتقدم عند فقد احد الطرفين الاهلية القانونية او صدر عليه حكم بالاعسار (٢٤) . وانتهاء عقد فتح الحساب هنا لا يحتاج الى تأويل ، اذ أنه من الضروري معرفة مقدار رصيد الحساب لمساس هذا الامر بحقوق الاغيار (الدائنين) .

---

(٢٣) للتفصيل انظر د . فائق محمود الشماع : العمليات المصرفية . محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ١٩٧٩ ـ ١٩٨٠ ص ٤٠٧ .

(٢٤) الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٠ من قانون التجارة .

خامسا : آثار الحساب الجاري : Les effets juridiques

٢٧٤ـ يرتب عقد الحساب الجاري ، متى ما استوفى شروط انعقاده القانونية ما يلي من الاثار ٠

١ ـ انتقال ملكية النقود او الاموال المستلمة للطرف الذي استلمها(٢٥) ٠ ويعني ذلك ان للمستلم كامل الحرية في التصرف بما استلمه من نقود أو أموال من المودع من لحظة ادراجها مفردا في الحساب ٠ بيد ان المشرع قد قيد من اطلاق هذه القاعدة في حالة تلقي المستلم اوراقا تجارية على سبيل الخصم بعد تظهيرها اليه تظهيرا ناقلا للملكية ٠ فاذا لم تدفع قيمة تلك الاوراق عند الاستحقاق يسقط القيد او يلغى بقيد عكسي(٢٦) ٠ وعلى هذا فان الورقة التجارية تعتبر مدفوعا معلقا على شرط فاسخ ، هو شرط تحصيلها من الغير ٠ ويستفاد هذا الحكم صراحة من نص المادة ٢٢٠ من قانون التجارة التى تقرر ما يلي : « يعد قيد السند في الحساب الجاري صحيحا على أن لا يحتسب بدله اذا لم يدفع بالاستحقاق ، وفي هذه الحالة تجوز اعادته الى صاحبه وعكس قيدة ٠٠٠ » ٠

٢ ـ تتحول المدفوعات الى قيود مجردة في الحساب الجاري ٠ بمعنى أنها تفقد صفتها واستقلالها وذاتيتها ٠ ويطلق الفقه على هذه القاعدة الاثر«التجديدي» أو«تجديدالمدفوع » ٠ Effet novatoire ٠

وتنص المادة ٢١٩ من قانون التجارة بهذا الصدد على أنه«يعتبر

---

(٢٥) انظر نص المادة ٢١٨ من قانون التجارة ٠
(٢٦) يقصد بالقيد العكسي قيد مبلغ يعادل قيمة الورقة التجارية مضافا اليها الفوائد ٠ والمصاريف في الجانب المدين من الحساب الجاري ٠
انظر : نص الفقرة الثنية من المادة ٢٣٧ من قانون التجارة ٠

الدين قبل عقد الحساب الجاري قد جدد اذا ادخل الى الحساب الجارى باتفاق الطرفين ٠٠ » ٠ فلا اهمية اذن لطبيعة المدفوعات من الناحية التجارية أو المدنية ، واذا كان الدين مرفقا بتأمين قانوني أو اتفاقي ـ كان يكون مقترنا برهن أو بكفالة ـ فان تلك التأمينات تسقط ما لم يرد اتفاق صريح على خلاف ذلك ٠ فاذا اتفق طرفا الحساب على ادراج الدين وتأميناته في الحساب فانه يدرج في الحساب وتعتبر التأمينات ضمانا للرصيد(٢٧) ٠

ويترتب على الاثر التجديدي للمدفوعات ، كذلك ، عدم سريان مدد التقادم ونسب الفوائد التي كانت تسري على هذه المدفوعات قبل ادخالها في الحساب(٢٨) ٠ بيد أن ادخال المدفوعات في الحساب لا يؤثر على حقوق الطرفين المترتبة على العقود والمعاملات التي نشأت عنها تلك المفردات ما لم يتفق على خلاف ذلك(٢٩) ٠

٣ ـ انتفاء صفة الدائن والمدين لاطراف الحساب لحين اختتامه وتصفيته نهائيا ٠ بمعنى عدم قابلية الحساب الجارى للتجزأة ٠ اذ أن جميع الديون التي تقيد في الحساب تتحول ، كما رأينا ، الى بنود تندمج تماما في كل واحد ٠ لذا فانه من غير المتصور اعتبار احد الطرفين دائنا أو مدينا الا بعد غلق الحساب وتصفيته ٠ وتؤكد المادة ٢٢١ من قانون التجارة مبدأ عدم التجزأة بقولها : « المفردات المقيدة في الحساب الجاري بمجموعها لا تقبل التجزأة قبل غلق الحساب واستخراج الرصيد » ٠ وعليه لا يجوز اجراء المقاصة بين بند دائن وبند مدين طالما ان المقاصة نوع من الوفاء ، والقيد في الحساب الجاري لا يعد من قبيل الوفاء(٣٠) ٠ بيد أنه يجوز استثناء للطرف الذي يكون رصيد الحساب دائنا لمصلحته ان يتصرف في رصيده الدائن الا اذا اتفق على خلاف ذلك ٠ فبموجب نص المادة

---

(٢٧) انظر المادة ٢٢٦ ف١/٢ من قانون التجارة ٠
(٢٨) انظر الشطر الثاني من المادة ٢١٩ من نفس القانون ٠
(٢٩) انظر نص المادة ٢٢٣ من نفس القانون ٠
(٣٠) انظر نص المادة ٢٢٢ من قانون التجارة ٠

٢٢٤ من قانون التجارة : « يجوز لكل طرف في الحساب الجاري ان يتصرف في اي وقت في رصيده الدائن مالم يتفق على غير ذلك » ٠ ويجوز من جهة اخرى ان يجري الدائن لاحد طرفي الحساب الحجز على ما للمدين لدى الغير ٠ ويوقع الحجز بالطبع على الرصيد المؤقت الدائن عند قطع الحساب وقت الحجز(٣١) ٠

٤ ـ انتفاء سريان الفوائد على المدفوعات الا اذا اتفق على خلاف ذلك ٠ وعند الاتفاق فان الفائدة تسري في الحساب مع المدفوع ذاته على أن لا تتجاوز الحد القانوني المقرر لنسب الفوائد ٠ بيد أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد الا اذا كان الحساب الجاري قد تم فتحه بين مصرف وشخص اخر ٠ وفي هذه الحالة فان الفائدة المركبة لا تحتسب الا وفق الفترات الزمنية التي يحددها المصرف لقيدها في الحساب أثناء بقاء الحساب مفتوحا(٣٢)٠

٢٧٥ـ ولا بد من الاشارة ، قبل الانتهاء من بحث الجوانب القانونية للحساب ، الى ان جميع الدعاوي التي تتعلق بالحساب الجاري تتقادم بمرور خمس سنوات من تاريخ غلق الحساب ٠ فلا تسمع الدعوى المترتبة على الاغلاط الحسابية « دعوى التصحيح » أو تلك الناجمة عن تصفية الحساب او غيرها اذا مضت تلك المدة (٣٣) ٠ غير ان دين الرصيد الناتج عن تصفية الحساب لا يخضع من حيث التقادم لنفس المدة المذكورة اعلاه ، بل يخضع للمدد المقررة في القواعد العامة(٣٤) ٠

---

(٣١) انظر المادة ٢٣٥ من قانون التجارة ٠
(٣٢) انظر الفقرة الثانية من م ٢٢٥ من القانون المذكور ٠
(٣٣) انظر نص المادة ٢٣٨ من قانون التجارة ٠
(٣٤) انظر نص المادة ٢٣٣ من القانون نفسه ٠

الفـــــرع الثاني

الاعتمـــــاد المستندي

تمهيـــــد : Le Credit documentaire

٢٧٦ـ الاعتماد المستندي من العمليات المصرفية التي تلعب دورا كبيرا في التبادل التجاري والدولي ، وعلى وجه الخصوص في اطار البيـــوع البحرية • فلا يمكن ، في الغالب ، القيام بهذه البيوع ما لم تتـــم عملية فتح اعتماد مستندي لمصلحة أحد أطراف العلاقة في هـــذه البيوع(٣٥) • والاعتماد المستندي نوع من الائتمان تمنح بمقتضاه مؤسسة مصرفية ، لاحد عملائها ، المال اللازم مقابل ضمانات معينة • وتتمثل هذه الضمانات بوثائق أو مستندات تمثل أموالا منقولـــة ـ بضائع ـ يقدمها البائع للمؤسسة المصرفية • ومن حين حـــيازة المؤسسة المصرفية لتلك الوثائق فانها تصبح بمركز المرتهن للبضاعة محل العقد المبرم بين طرفيه •

وتستمد أحكام الاعتماد المستندي من الاعراف الدولية والقواعـد التي وضعتها المؤسسات التجارية الدولية التي اضطلعت بمهـــة تنسيقه قانونيا بعد أن برز دوره المؤثر في التجارة الخارجية على صعيد الاستيراد والتصدير(٣٦) •

---

(٣٥) راجع الفرع الرابع من الباب الثاني من هذا المؤلف •

(٣٦) للتفصيل راجع

G. — Ripert : Droit maritime. 1952. P. 770 ets.

انظر كذلك الوثيقة التي أصدرتها غرفة التجارة الدوليـــة عام ١٩٧٤ وأصبحت مطبقة منذ عام ١٩٧٥ ، وقد أوصت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في نيسان ١٩٧٥ باســـتعمال النصوص المذكورة في المعاملات الخاصة بالاعتماد المستندي •

وقد عنى المشرع التجاري بالاعتماد المستندي ، فنظم أحكامه في الفرع الرابع من الفصل الثاني من الباب الرابع الخاص بالعقود التجارية والعمليات المصرفية ، وبالمواد من ٢٧٣ الى ٢٨٢ من قانون التجارة ٠ وبتسبق ما وضعه المشرع من احكام بهذا الخصوص مع التطورات التجارية العالمية(٣٧) ٠

ونتناول الاعتماد المستندي من حيث المقصود به وفتحه وآثاره القانونية ٠

اولا : تعريف الاعتماد المستندي : Definition

٢٧٧ـ الاعتماد المستندي عقد تلتزم بمقتضاه مؤسسة مصرفية ـ مصرف ـ تجاه أحد عملائها بفتح اعتماد معين تنفيذا لامره لمصلحة شخص ثالث يطلق عليه « المستفيد من الاعتماد » مقابل ضمان للاعتماد يتمثل بمستندات او وثائق معينة(٣٨) ٠ والى هذا المعنى يشير نص المادة ٢٧٣ من قانون التجارة بقوله : « الاعتماد المستندي عقد بتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل »٠

وبصفته العقدية هذه فان الاعتماد المستندي من العقود الرضائية التي يتم ابرامها بمجرد توفر رضا الطرفين ، الامر بفتح الاعتماد ، والمؤسسة المصرفية ٠ وهو عقد ثنائي ملزم للجانبين ، يرتب على عاتق طرفيه التزامات متقابلة ٠ فلا يلتزم المصرف بفتح الاعتماد الا مقابل التزام الامر بفتحه بدفع جميع مبالغ ذلك الاعتماد ٠ ولا يلتزم العميل بأداء تلك المبالغ الا اذا قام المصرف بفتح الاعتماد ودفع للمستفيد مبلغه ٠

وهو كذلك من عقود المعاوضة التي تنتفي فيها نية التبرع ٠ فقيام المصرف بفتح الاعتماد لا يتم الا لقاء عمولة معينة يؤديها العميل ٠

---

(٣٧) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة ص ١٣٨ ٠

(٣٨) أهم هذه المستندات هي سند الشحن ووثيقة التأمين وقوائم بيع البضاعة ٠ راجع بهذا الصدد الفرع الرابع من الباب الثاني من هذا المؤلف ٠

وقيام هذا الاخير بدفع العمولة لا يتم الا مقابل فتح الاعتماد وتقديم الخدمة للعميل(٣٩) ٠

وللاعتماد المستندي عمليا صيغتان ٠ فهو أما أن يكون باتا أو قطعيا ، irrevocable ، أو قابلا للالغاء ـ غير بات ، Revocable (٤٠) ٠ ويقصد بالاعتماد المستندي البات أو القطعي ذلك الاعتماد الذي تلتزم بمقتضاه المؤسسة المصرفية التزاما غير قابل للالغاء تجاه البائع ـ المستفيد من الاعتماد ـ بدفع قيمة الاعتماد ولا يكون بأمكان المؤسسة المصرفية الغاء الاعتماد أو تعديله الا بأتفاق جميع ذوي الشان فيه(٤١) ٠ أما الاعتماد المستندي القابل للالغاء فهو ذلك الاعتماد الذي يكون فيه التزام المؤسسة تجاه المستفيد ليس أكيدا « واهيا أو ضعيفا » ٠ ويكون من حق المؤسسة المصرفية الغاءه أو تعديله تلقائيا أو بناء على طلب « الامر بفتح الاعتماد»(٤٢) ٠ وعليه فان الاعتماد القابل للالغاء يتخذ صيغة الوكالة العادية بين المشتري ـ الامر بفتح الاعتماد ـ والمؤسسة المصرفية ، ويقتصر دور هذه الاخيره فيها على اشعار البائع ـ المستفيد ـ بأنها تلتزم بمقتضى التعليمات الصادرة لها من عميلها ـ المشتري ـ بمبلغ معين ، مع بيان حقها بالرجوع عن الاعتماد أو الغائه ٠

ثانيا : فتح الاعتماد المستندي : Ouverture du Credit

٢٧٨ ـ يتم فتح الاعتماد المستندي لوجودة علاقة قانونية سابقة بين طرفين ٠ وتتخذ هذه العلاقة القانونية السابقة على فتح الاعتماد عادة صورة بيع البيوع البحرية ـ سيف أو فوب ـ وتجري عملية فتح الاعتماد ، بناء على تلك العلاقة ، كما يلي :

---

(٣٩) للتفصيل راجع د ٠ فائق محمود الشماع : مصدر سابق ذكره ص ٣٥١ ٠

(٤٠) انظر الفقرة الاولى من المادة ٢٧٥ من قانون التجارة ٠

(٤١) انظر نص الفقرة الثانية المادة ٢٧٧ من قانون التجارة ٠

(٤٢) انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٢٧٦ من القانون نفسه ٠

بائع ومشتري ومؤسسة مصرفية . فلو تصورنا ان المشتري – المستورد – لبضاعة ما عراقي الجنسية ، والبائع – المصدر للبضاعة – فرنسي . فان على المشتري – العراقي – ان يطلب من المؤسسة المصرفية التي يتعامل معها اعتياديا – وغالبا ما تكون تلك المؤسسة عراقية كذلك – فتح اعتماد مستندي له بمبلغ معين يعادل قيمة البضاعة التي اشتراها . ويقوم المشتري بعد ذلك بأبرام عقد يحدد بمقتضاه قيمة الاعتماد والصفقة التي فتح الاعتماد بسببها والوثائق والمستندات التي يجب أن تقدم للمصرف لغرض الدفع .

فاذا تم ابرام العقد فان مصرف المشترى يقوم عندئذ باشعار البائع – الفرنسي من خلال كتاب اعتماد يحتوي على جميع الشروط التي تم الاتفاق عليها مع المشتري . يرسل عن طريق أحد فروع ذلك المصرف الموجود في بلد البائع . ومتى استلم هذا الاخير كتاب الاعتماد فانه يسحب سفتجة مستندية على مصرف المشتري ، يرفق بها وثائق البضاعة .

ثم يقوم بخصم تلك السفتجة لدى المصرف الذي يتعامل معه فيحصل على ثمن البضاعة . يتعين عندئذ على مصرف البائع – الفرنسي – تقديم السفتجة لمصرف المشتري لقبولها . وهنا يجب على مصرف المشتري قبولها ، بعد فحص المستندات بدقة والتحري عن مدى مطابقة بياناتها لتعليمات عميله ، ثم دفع قيمتها ، فتكون السفتجة والمستندات في حيازته .

فاذا كانت البضاعة قد وصلت ميناء المشتري ، فانه لايمكن لهذا الاخير استلامها ما لم يحصل على تلك المستندات من مصرفه .

ولغرض الحصول عليها فان عليه دفع قيمة السفتجة للمصرف المذكور . وعند امتناعه عن دفع ذلك المبلغ يكون من حق المصرف الذي يحتفظ بمستندات البضاعة ، التنفيذ عليها – بطريق البيع – لاستيفاء دينه(٤٣) .

---

(٤٣) انظر :
Pierre Coppens : cours de droit commercial, 4 em. V.
1985 p. 643 ets

يتضح مما تقدم ان فتح الاعتماد المستندي ينشأ علاقة مركبة ومتعددة الاطراف • فهناك من جهة علاقة بين البائع والمشتري • واخرى بين هذا الاخير والمؤسسة المصرفية التي يتعامل معها • وتترتب من ناحية ثالثة صلة بين البائع ـ المستفيد من الاعتماد ـ وبين المؤسسة المصرفية التى يتعامل معها المشتري • الا انه ينبغي عدم الخلط بين عقد فتح الاعتماد المستندي وبين العقد الذي تم ـ ابتداء ـ بين البائع والمشتري والذى تم بموجبه فتح الاعتماد • فعقد فتح الاعتماد المستندي عقد قائم بذاته ومستقل تمام الاستقلال عن عقد البيع •

وعليه فأن المؤسسة المصرفية التي تولت فتح الاعتماد تبقى اجنبية عن العقد الذي كان سببا بفتح الاعتماد • وهذا ما تؤكده صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ من قانون التجارة بقولها : « عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى، المصرف اجنبيا عن هذا العقد » •

ثالثا : الاثار القانونية للاعتماد المستندي :

Les effets juridipues

٢٧٩ـ ينبغي النظر الى هذه الاثار من خلال ارتباط عقد البيع الذي فتح الاعتماد المستندي بسببه ، بعملية فتح الاعتماد نفسه • صحيح ان الاعتماد المستندي عقد قائم ومستقل بذاته عن عقد البيع ، الا أن عملية فتح الاعتماد تنشأ بالضرورة صلة معينة بين أطراف العقدين • ومن هذا المنطلق فانه يجب تحديد التزامات هذه الاطراف الناجمة عن العلاقة التي ينشئها الاعتماد المستندي • وهذه العلاقة متعددة مختلفة • فهناك علاقة البائع مع المشتري • ثم العلاقة الناشئة بين هذا الاخير مع المصرف • واخيرا علاقة المصرف مع البائع المستفيد من الاعتماد •

٢٨٠ـ فمن جهة العلاقة الناشئة بين البائع ـ المستفيد من الاعتماد ـ والمشتري ـ الامر بفتح الاعتماد ـ فهي علاقة يحكمها أساسا العقد المبرم ابتداء ـ قبل فتح الاعتماد ـ بين الطرفين • ومن هنا فانه

يتعين على البائع تسليم المبيع للمشتري الذي يتعين عليه بالتقابل تسديد الثمن • بيد ان تنفيذ تلك الالتزامات لا يمكن أن يتم الا من خلال فتح اعتماد مستندي • وعليه فانه يجب على المشتري ، لغرض دفع ثمن المبيع ، فتح اعتماد مستندي ، في مدة يتفق عليها طرفا العقد ، لدى مؤسسة مصرفية يتعامل معها • ويترتب على الاخلال بهذا الالتزام حق للبائع في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى • ويقع على البائع ـ المستفيد من فتح الاعتماد ـ تسليم المبيع من خلال تقديم الوثائق والمستندات التي تمثل المبيع ـ البضاعة • والا كان للمشتري الحق في فسخ العقد •

٢٨١ـ أما بالنسبة للعلاقة الناشئة بين المشتري ـ الامر بفتح الاعتماد ـ والمؤسسة المصرفية ، فانها محكومة بعقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بين الطرفين • ومن هنا يرتب العقد المذكور على عاتق الطرفين التزامات متقابلة • فالتزامات المشتري هي :

١ ـ ان يسدد كافة المبالغ التي دفعها المصرف تنفيذا للعقد • ويشمل هذا الالتزام ، بالاضافة الى مبلغ الاعتماد ، جميع المصاريف الاخرى التي قد يؤديها المصرف لتسهيل تنفيذ الاعتماد ، كمصاريف البرقيات والمراسلات ••• الخ • واذا أخل المشتري بهذا الالتزام كان للمؤسسة المصرفية الفاتحة للاعتماد الحق بعدم تسليم مستندات البضاعة ، بعد استلامها من البائع ، ومن ثم بيع تلك البضاعة لغرض استيفاء مبلغ الاعتماد • وتقرر الفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ من قانون التجارة ، بهذا الصدد ، ما يلي : « اذا لم يدفع الامر بفتح الاعتماد المستندي قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات ، فللمصرف بيع

البضاعة بالمزاد العلني بعد تبليغ الامر بموعد البيع ومحله»(٤٤) ·

٢ ــ على المشتري ــ الامر بفتح الاعتماد ــ أن يدفع عمولة المصرف المترتبة على فتح الاعتماد · وتستحق هذه العمولة في جميع الاحوال· فلا يمكن للمشتري مثلا ان يمتنع عن دفع العمولة بحجة عدم استخدام الاعتماد ·

٢٨٢ــ أما التزامات المصرف فانها تنحصر بما يلي :

١ ــ فتح الاعتماد المستندي طبقا لتعليمات المشتري ، ثم اشعار البائع ــ المستفيد بفتح الاعتماد لمصلحته مع بيان قيمته ومدته الزمنية وكافة شروطه وفيما اذا كان قابلا للالغاء أم قطعيا ·

٢ ــ على المؤسسة المصرفية تدقيق مستندات البضاعة والتأكد من صحتها عند تقديمها اليها من المستفيد · ويعني هذا الالتزام ضرورة تحقق المصرف من مطابقة المستندات المقدمة اليه من البائع للتعليمات التي تلقاها من المشتري بصدد فتح الاعتماد · فبموجب الفقرة الاولى من المادة ٢٧٩ من قانون التجارة « على المصرف ان يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الامر بفتح الاعتماد » · ويترتب على هذا الالتزام النتيجة التالية : ان للمؤسسة المصرفية الحق في رفض المستندات التي يقدمها المستفيد من الاعتماد اذا اتضح بأنها لا تطابق التعليمات الصادرة من الامر بفتح الاعتماد · على أنه يتوجب على المصرف في هذه الحالة اعلام المشتري ــ الامر بفتح الاعتماد ــ بهذا الرفض وأسبابه(٤٥) ·

---

(٤٤) لايطبق الحكم المذكور اذا كان الامر بفتح الاعتماد الدولة أو المؤسسات شبه الرسمية أو شركات القطاع الاشتراكي · وانما يجوز للمصرف عند امتناع تلك المؤسسات عن الدفع وضع اليد على البضاعة بصفة مرتهن ·
انظر بهذا الصدد : الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ من قانون التجارة·

(٤٥) الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ من قانون التجارة ·

وينبغي الاشارة هنا الى ان التزام المصرف بفحص المستندات لايعني قيام هذا الاخير بفحص البضاعة محل العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ، أو تفسير ما احتوت عليه التعليمات أو الوثائق من بيانات أو شروط · بل يقتصر الامر على التأكد من المطابقة الظاهرية بين الوثائق المقدمة اليه وتعليمات الامر بفتح الاعتماد(٤٦) ·

٣ ـ على المؤسسة المصرفية بعد التأكد من صحة مستندات البضاعة دفع مبلغ الاعتماد · ويستفاد هذا الحكم صراحة من نص المادة ٢٧٤ من قانون التجارة التي تقضي بما يلي : « يلتزم المصرف الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الاعتماد ما دامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات وشروط » ·

٤ ـ يجب على المؤسسة المصرفية اخيرا تسليم مستندات البضاعة الى المشتري ـ الامر بفتح الاعتماد ـ لكي يتمكن من استلام البضاعة فعليا · ويعد هذا الالتزام مقابلا لالتزام المشتري بدفع مبالغ الاعتماد ·

٢٨٣ـ واذا ما نظرنا للصلة المترتبة على فتح الاعتماد بين المؤسسة المصرفية والبائع ـ المستفيد من الاعتماد ـ فانه يمكن استخلاص الاثار التالية :

١ ـ على المستفيد ـ البائع تقديم وثائق البضاعة للمؤسسة المصرفية في الوقت المحدد بالاتفاق ، ويجب ان تكون الوثائق مطابقة لتعليمات العقد وشروطه فاذا كانت على خلاف ذلك فللمصرف رفضها وعدم تنفيذ الاعتماد ·

٢ ـ للمستفيد التنازل عن الاعتماد أو تجزأته على ان يصدر تعليمات واضحة للمصرف بهذا الصدد · بيد ان هذا الحق لا يمكن ان يقع الا لمرة واحدة وبعد حصول موافقة المصرف على ذلك(٤٧) ·

---

(٤٦) المادة ٢٨٠ من قانون التجارة ، بفقرتيها الاولى والثانية ·
(٤٧) المادة ٢٨١ من قانون التجارة ·

٣ ــ على المؤسسة المصرفية ، اذا كان الاعتماد باتا ، دفع قيمةالاعتماد للمستفيد(٤٨) · أما اذا كان الاعتماد قابلا للالغاء فلا يكون التزام المصرف بالدفع باتا · اذ يكون لهذا الاخير الحق في الغاء او تعديل الاعتماد(٤٩) · بيد أن للبائع ــ المستفيد ــ ، في حالة تقديمه خلال مدة العقد وقبل طلب الغاء الاعتماد ، مستنداتمطابقة لبيانات وشروط العقد ، الحق في اجبار المؤسسة المصرفية أو الامر بفتح الاعتماد على تنفيذ الالتزام بالدفع(٥٠) ·

---

(٤٩) الفقرة الاولى من المادة ٢٧٧ من قانون التجارة ·

(٤٩) انظر نص الفقرة الاؤو من المادة ٢٧٦ من القانون نفسه ·

(٥٠) انظر نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه من قانون التجارة ·

البـــــاب الثالـــث

القطـاع التجـــاري الاشتراكي

٢٨٤ـ يعالج هذا الباب بفصول ثلاثة ، مفهوم القطـــاع الاشـــتراكي ونشأته ونظام وحداته القانوني ، ودوره ، من خلال الاساليب المتبعة، في ممارسة النشاط التجاري والاقتصادي ٠

الفصل الخامس

مفهـــوم ونشـــأة القطاع الاشتراكي

تمهيـــــد :

٢٨٥ـ التجارة بمفهومها العام ، نشاط يتعلق بتداول وتوزيع الثروة وبعمليات الانتاج(١) . وقد ارتبطت ممارسة هذا النشاط ابتـداء بالمبادرات الفردية وعلى قوة استغلال رأس المال الخاص المحـكوم

بالمبادرات الفردية وعلـى قـوة اسـتغلال رأسـى المـال الخاص المحكوم

النظام الرأسمالي القائم على سياسة الاقتصاد المفتوح . بيـــد ان عيوب النظام الرأسمالي ، في العصر الحديث ، ما لبثـــت ان بـــدت ، بشكل حاد ، على جميع الاصعدة ، وثبت عجزه عن معالجة الازمـات المختلفة التي تجابه عملية التطور اللازم في الحياة الاجتماعيـــة . نتيجة ذلك برزت ، في مختلف الدول ، ظاهرة الاقتصاد الموجه(٢) .

---

(١) يضم هذا التعريف الجانب القانوني والاقتصادي للتجـــارة . انظر بهذا الصدد .

Ripert et Robolot : op. cit. p. 1et S.
Gerard Lyon Can : Comtribution a la recherche d' une deFintion du droit commercial.
R. Trim. de. dr. Com. 1949. P. 577.

(٢) يقصد بالاقتصاد الموجه تدخل الدولة بانتظام لغرض توجيـــه الاقتصاد نحو أهداف معينة ، يلزم على القائمين بالمشاريـــع الفردية أو الخاصة تحقيقها دون ان تحدد الدولة لهذه المشاريع الوسائل التي يتم من خلالها تحقيق تلـــك الاهداف » .
انظر د . محمد دويدار : اقتصاديات التخطيط الاشـــتركي . ١٩٦٧ ص ٨٦ .

ـ التدخلي ـ Le dirigisme ثم انتشر الفكر الاشتراكي Le Socialisme الذي يهدف الى تحقيق أفضل رعاية لمصلحة المجموع وتقديمها على مصلحة الفرد ٠

وقد سادت المبادىء الاشتراكية ، الكثير من الدول ، ولكن بقدر تختلف بأختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل منها ٠ وتبعا لذلك تطورت بالضرورة ، وظيفة وفحوى التجارة ٠ فلم تعد نشاطا مصلحيا يستهدف من خلال استغلال رأس المال الخاص والملكية الفردية الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح والعمل ، بل فعاليات ترتبط بقيم جديدة تعنى بتحقيق اغراض مرسومة سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية ٠ وكوسيلة للوصول الى هذا الهدف فقد انشىء القطاع الاشتراكي في جميع الدول ذات الاقتصاد الاشتراكي ٠

ويحتل القطاع الاشتراكي لدينا في العراق ، انطلاقا من خصوصية التطبيق الاشتراكي في القطر ، موقع الريادة ، ويعد الدعامة الرئيسية للانتاج ٠ ومن هذا المنطلق ولغرض الاحاطة بأبعاد مضمون القطاع المذكور ، فأننا نتعرض في بداية هذا الفصل لمفهوم القطاع الاشتراكي ، ونتبعه ببحث كيفية نشوءه ٠

الفرع الاول

مفهوم القطاع الاشتراكي

٢٨٦ـ القطاع الاشتراكي يعني جميع الوحدات الخدمية والاقتصادية والتجارية التي تسيطر عليها الدولة وتسيرها في اطار الملكية

الاشتراكية العامة(٣) · ويعد القطاع الاشتراكي ، بـــلا أدنى شك ، انعكاسا لتبلور الفكر الاشتراكي ، وانقلابا على اثار التخلف بصورها التى اوجدتها سيطرة القطاع الخاص مـن خـلال منشئاتـه وأطره كمرتكز لجني الربح « غير المشروع بشتى وسـائل التواطؤ والاحتيـال » (٤) · فالقطـاع الاشـتراكي بهـذه الصيغـة وسـيلة للتطبيق الاشـتراكي · ومـن هـذا المنطلق فانـه لايجـوز الخلط بيـن مفهوم القطاع الاشتراكي بما اصطلح على تسميته بالقطاع العـام Le Secteure Public في دول الاقتصاد الرأسمالي المعاصر ·

فقد يتصور البعض بأن هذا القطاع والقطاع الاشتراكي ما همـــا الا صيغة واحدة على أساس أن الدولة تمسك في الحالتين بناصيـة مشاريع عامة مختلفة · الا ان مثل هذا التصور خاطئ من اساسه · اذ ان الاختلاف بين القطاعين له جوانب كثيرة مختلفة ·

فالقطاع العام في النظام الرأسمالي نتيجة ترتبت على تدخـــل الدولة في النشاط التجاري والاقتصادي تحت ضغط الفـــكر الاصلاحي(٥) · بينما يعد القطاع الاشتراكي صيغة متقدمة للتطبيق الاشتراكي كفكر وايدلوجية محددة ·

---

(٣) انظر ايضا بخصوص هذا المفهوم ما ورد في الدراسة المركـزة في القطاع التجاري في الجمهورية العراقية المنشور من قبـل وزارة التجارة عام ١٩٧٨ ، والتي تحدد القطاع الاشتراكي بـ« القطاع التجاري ، القطاعات الانتاجية ، الدوائر والاجهزة الحكومية »· لاحظ ص ٧ من تلك الدراسة · وقد أضافت الفقرة الثانية من من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٣٧٣ ، الذي غير تســمية القطاع العام الى القطاع الاشتراكي ، القطاع التعاوني وجميـع النشاطات التي تتولى الدولة تمويلها وادارتها تماما · انظـر الوقائع العراقية عدد ٢٥٨٠ في ٤ نيسان ١٩٧٧ ·

(٤) التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العـربي الاشتراكي ص ١١٠ ·

(٥) بهذا المعنى د · محسن شفيق ق القانون التجاري ١٩٦٧ص٢٩٥·

من جهة ثانية ـ ان القطاع العام ظهر بفعل عوامل تتميز من حيث الصيغة والفحوى عن تلك التي يقوم عليها القطاع الاشتراكي ، فظهور القطاع العام يرتبط بضرورات عملية اوجدتها ظروف مرحلية معينة ، منها مثلا عدم قدرة رأس المال الخاص على الاضطلاع بأعباء بعض الوحدات الاقتصادية والخدمية الضخمة ، كما هو الحال في اطار المشاريع الصناعية ومرافق النقل ، أو للحد من توسع نفوذ الافراد الاقتصادي وتحكمهم بالاسعار ، أو بقصد تأمين موارد ضرورية للدولة تغذي بها خزينتها العامة . بحيث يؤدي مجمل هذه العوامل الى ما يطلق عليه الاقتصاديون الحاليون بـ « نظام رأسمالية الدولة الاحتكارية »(٦) . بينما الامر على النقيض من ذلك تماما بالنسبة للقطاع الاشتراكي . اذ يرتكز هذا القطاع على مفهوم التحول الاشتراكي لبيئة الاجتماعية والاقتصادية من خلال خلق ملكية عامة مهيمنة على قوى الانتاج في ظل تخطيط شامل(٧) .

وينبغي ، اخيرا ، ان يلاحظ بأن صيغة القطاع العام في النظام الرأسمالي تقتصر على سيطرة الدولة على بعض المؤسسات والمنشآت الحيوية لغرض ايجاد توازن معين ـ معقول ـ بين الملكية العامة والملكية الفردية الخاصة انطلاقا من مبدأ أن هذه الملكية الاخيرة ما هي الا من مؤسسات المجتمع الرئيسية . بينما يعتبر

---

(٦) انظر د . اسماعيل صبري عبد الله: القطاع العام بين الرأسمالية والاشتراكية . بحث منشور في مجلة الطليعة ١٩٦٦ ص ٤٩ .

(٧) انظر الفصل الثاني من التقرير السياسي المتعلق بالتحولات على طريق الاشتراكية من ص ١١٤ ـ ١٤١ .

القطاع الاشتراكي قطاعا قياديا من حيث دوره ومهامه واسلوبه على صعيد الحياة العامة(٨) .

ويتضح هذا التمايز بدقة من خلال النظر الى الواقع القانوني الذي يحكم نشاط القطاع العام والاشتراكي .

فالقطاع العام في النظام الرأسمالي يخضع لقواعد ـ قوانين ـ تفتقر الى الشمولية ولا تعبر الا عن مصالح فئوية ـ فكر السلطة ـ وتستهدف في الغالب تكريس راسمالية الدولة بغض النظر عن واقع المجتمع وتطلباته . اما القطاع الاشتراكي فانه يخضع لقواعد ذات صفة شمولية ، تعبر عن مصلحة الجماهير وتستهدف ابتداء خلق توازن بناء داخل المجتمع من خلال تحديدها للعلاقات الاجتماعية للافراد ، أي العلاقات في مجال الانتاج والتوزيع والتبادل والاستهلاك(٩) .

مما تقدم يظهر ، اذن ، ان القطاع الاشتراكي لا يتسق كمفهوم مع فكرة القطاع العام ، ولا مجال بالتالي للمقارنة بينهما من هذا المنطلق . وازاء ذلك فانه لا بد من تبيان اهداف القطاع الاشتراكي ووسائله .

---

(٨) تمثل نصيب القطاع التجاري الاشتراكي لدينا في العراق سنة ١٩٧٦ ، ب ٩٣٪ من معدل الناتج الصناعي العام للقطر . وسيطرت الدولة خلال النصف الاول من عام ١٩٧٨ على ٩٩٫٦٪ من اجمالي حجم التجارة الخارجية .
انظر دور القطاع الاشتراكي في الزراعة والصناعة والتجارة ، دراسة لمديرية الابحاث والنشر للاتحاد العام والغرف التجارية العراقية . مجلة التجارة ١٩٧٩ عدد ٣ ص ١٨ .
انظر ايضا : القطاع الاشتراكي ومسيرة السنوات العشر . لقاء مع السيد وزير التجارة نشر في جريدة الثورة بعدد ٣٠٦٢ في ١٨ـ٧ـ١٩٧٨ ص ٣ .

(٩) انظر بهذا الصدد ما ورد في التقرير السياسي ص ١٦٣ ـ ١٦٤ .

المبحث الأول

أهـــداف القطاع الاشتراكي

٢٨٧ـ أهداف القطاع الاشتراكي هي ذات الاهداف التي يسعى اليهـــا النظام الاشتراكي ، مع وجوب النظر ، بالضرورة ، لهذه الاهـداف من خلال خصوصية التطبيق الاشتراكي تبعا للظروف الاجتماعيـــة والاقتصادية والقومية لكل دولة اختطت هذا الطريق • ومن هـــذا الواقع فان النهج العلمي « العام » للتطبيق الاشتراكي يبين لنـــا بأن القطاع الاشتراكي يرتكز عموما على جملة أهداف ، بمعـــنى « بواعث » ، حيوية تتجسد بالامور التالية :ـ

١ ـ الوصول الى تنمية اقتصادية عالية وسريعة ، قدر الامكان انطلاقا من استغلال الثروة العامة الوطنية استغلالا فعالا وجديا بعيدا عـــن التسيب والسلبية •

٢ ـ الحيلولة دون هيمنة نظام السوق المفتوح ـ سيطرة رأس المـال الخاص ـ وما تسببه هيمنة ذلك النظام من اضطراب اقتصـــادي وتخلف أو أفتعال أزمات مؤقتة تنعكس إثارها الوخيمـة على الحياة العامة • الا ان ذلك لا يعني بالضرورة انتفاء نشاط القطاع الخاص أو المختلط كعامل دعم للقطاع الاشتراكي •

فقد حظي هذان القطاعان لدينا في العراق بدعم ملموس عـــلى صعيد النشاط التجاري الداخلي • فبمقتضى قانون تنمية وتنظيـــم الاستثمار الصناعي رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٣ ، منحت الكثير من الامتيازات والمحفزات للاستثمارات الصناعية الخاصة بعد تحديد دورهـــا في اقامة المشروعات الصناعية الصغيرة والمتوسطة والمكملة لمشروعـــات

القطاع الصناعي الاشتراكي . وقد وضعت خطة التنمية القومية ٧٦ ـ ١٩٨٠ في اعتبارها مبلغ ٦ر٢٤٢ مليون دينار للقطاعين الخاص والمختلط تبلغ حصة القطاع الخاص منها ٧٣٪ تقريبا وزعت على ٢٩٦٨ مشروع صناعي . ويساهم المصرف الصناعي حاليا بفعالية في دعم وتسهيل أعمال هذين القطاعين من خلال تقديم القروض بفوائد ضئيلة وشروط سهلة ، بالاضافة الى مشاركته في انشاء شركات قطاع مختلط(١٠) . بيد ان كل ذلك لا يؤثر اطلاقا على مبدأ تبعية القطاع الخاص للقطاع الاشتراكي على اعتبار دور القطاع الاول « دورا تكميليا ينسجم مع متطلبات التنمية الاقتصادية ولا يخرج عن حدودها » (١١) .

٣ ـ حماية الاقتصاد الوطني من الاستثمارات الاجنبية المباشرة التي تتخذ عموما صور فروع شركات أجنبية أو شركات متعددة الجنسية ، وما يؤديه ذلك الاستثمار من انتقال جزء مهم من قوى الانتاج الوطني الى السيطرة الاجنبية وتعويق للتنمية . ولعل في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١ـ١١ـ١٩٨٠ برقم ١٦٤٦ ، المتضمن عدم جواز مشاركة الاجنبي في رؤوس أموال شركات القطاع الخاص والمختلط في العراق ، ووجوب وقف الاجانب المساهمين لنشاطهم الصناعي والتجاري وتصفية استثماراتهم في القطر دلالة واضحة على ضرورة اتباع مختلف السبل اللازمة لحماية الاقتصاد الوطني من جميع صيغ الاستثمارات المقنعة(١٢) .

---

(١٠) انظر دراسة مديرية الابحاث والنشر للاتحاد العام للغرف التجارية العراقية . مصدر سابق ذكره ص ١٨ .

(١١) قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ص ٢٩ .

(١٢) انظر جريدة الجمهورية عدد ٤٠٩٨ في ٢٠ـ١١ـ١٩٨٠ . انظر بخصوص ما ورد في الفقرة الثالثة : التقرير السياسي ص ٦٧ ـ ٦٨ .

٤ ـ السيطرة على التجارة الخارجية على صعيد الاستيراد والتصدير سيطرة مركزية وذلك ضمن اطار خطة علمية مبرمجة تربط هذه التجارة بالاحتياجات الفعلية للمجتمع(١٣) ٠

٥ ـ الهيمنة على التجارة الداخلية وقنواتها من شركات ووكلاء ضمانا لتوفير السلع لجمهور المستهلكين وتثبيت أسعارها تلافيا للاستغلال ومحاربة العشوائية في الاستهلاك(١٤) ٠ وقد تجسدت هذه الهيمنة لدينا في القطر ، مثلا ، من خلال قوانين متعددة منها ، على سبيل الدلالة لا الحصر ، قانون تنظيم التجارة المعدل رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ الذي تضمن انشاء مجلس لتنظيم التجارة مع تحديد اختصاصاته وبين الجرائم ـ الاقتصادية ـ وما يترتب عليها من عقوبات ٠ وكذلك قانون تشكيل الجهاز المركزي للاسعار رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٤ الذي حددت المادة السابعة منه مهمته بـ « اقتراح السياسات السعرية بما يحقق أهداف الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ويتمشى مع سياسة الدولة في رفع مستوى المعيشة للجماهير وزيادة الكفاءة الانتاجية في فروع النشاط الاقتصادي كافة » ٠

٦ ـ تنمية الكفاءات المتخصصة للكوادر العاملة في القطاع الاشتراكي بما يتلائم وأهمية النشاط الذي يمارسه هذا القطاع(١٥) ٠

---

(١٣) قانون اصلاح النظام القانوني ص ٢٩ ٠

(١٤) انظر همام عبد الغني : معالجات في التجارة الداخلية ٠ ١٩٧٧ ص ٢٨و ٧٢و ٧٥ ٠

(١٥) انظر دراسة مديرية الابحاث والنشر للاتحاد العام للغرف التجارية العراقية مصدر سابق ذكره ص ٢٢ ٠

المبحث الثـــاني :

وســـــائل القطاع الاشتراكي

٢٨٨ـ وسائل القطاع الاشتراكي هي الادوات القانونية التي يتـــم بها ممارسة هذا القطاع نشاطه · وتتخذ هذه الادوات صيغا مختلفة فقد تكون على شكل مؤسسة عامة تضم مجموعة من المنشـــآت التجارية تشرف عليها اشرافا مباشرا ، كما هو الامر مثلا بالنســبة للمؤسسة العامة لتجارة السلع الانتاجية التي تمارس نشاطها مـــن خلال شركات عدة أهمها الشركة العامة للسيارات والشركة العامـــة لاستيراد المواد الانشائية والشركة العامة لاستـــيراد المـــكائن والمعـدات(١٦) ·

وتدار المؤسسة من قبل مجلس ادارة عام معين من قبل الدولـة · ولهذا المجلس عموما صلاحيات بأحداث تشكيلات المؤسسة وفروعهـــا ووضع قواعد الخدمة والقواعد المالية والحسابية وطريقة تنظيـــم الميزانية وما الى ذلك من الاختصاصات التي تحدد قانونا(١٧) ·

---

(١٦) راجع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٥ المعدل ، المنشور في الوقائع العراقية عدد ٢٤٧٨ في ٣٠ـ٦ـ١٩٧٥ · وقد الغي هذا القانون المؤسسة العامة للتجارة التي كانت من ضمن المؤسسات النوعيـــة للقطر التي حددها قانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٧٥ وهي بالاضافـة الى المؤسسة المذكورة ـ المؤسسة العامة للتأمين ، المؤسسة العامة للصناعة، والمؤسسة العامة للمصارف · وقد حل بدل المؤسسة الملغـــاة ـ المؤسسة العامة للتجارة ـ المؤسسة العامـــة لتجارة الســـلع الانتاجية ، والمؤسسة العامة لتجارة السلع الاستهلاكية · وتضم هذه الاخيرة جملة شركات من ضمنها شركة المخازن العراقيـة ، والشركة العامة لتجارة المواد الغذائية ·

(١٧) للتفصيل انظر : سعيد عبود السامرائي : القطاع العام في العراق ١٩٧١ ص ١٧١ ، د · غريب الجمال : المنشآت الاقتصاديـــة العامة ١٩٦٧ ص ١٦٧ ـ ١٧١ ·

وقد تكون اداة القطاع الاشتراكي على شكل شركة تنشأ ابتداء بقانون · كما هو الامر مثلا بالنسبة لشركة التأمين الوطنية التي انشئت بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٠ ، وشركة النفط الوطنية التي انشئت بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٤ ، والمنشاة العامة لنقل المسافرين التي تم انشاؤها بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٦ · وقد تكون الوحدة الاقتصادية والتجارية شركة حولت من الملكية الخاصة الى الملكية العامة ـ القطاع الاشتراكي ـ عن طريق التاميم · كما هو الامر مثلا بالنسبة للشركات التي امتها الدولة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ ومنها شركات للغزل والنسيج وشركات التأمين(١٨) · وكما حدث بموجب القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ الذي نقلت بموجبه ملكية الشركات النفطية الاحتكارية العاملة في العراق الى الشعب وقد صدرت بعد هذا القانون قوانين التاميم التالية ، التي تم من خلالها السيطرة التامة على الثروة النفطية في العراق وتأسيس الشركة العراقية للعمليات النفطية : القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ الذي أمم حصص الشركات الامريكية والقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٣ الذي تم بموجبه تأميم حصة هولندا · واخيرا القانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٧٥ المتعلق بنقل ملكية الحصص الشائعة في شركة نفط البصرة الى ملكية القطاع الاشتراكي(١٩) ·

٢٨٩ـ ويمكن ان يلحق بهذه الادوات اخيرا الشركة المختلطة أو شركات القطاع المختلط Les SoCietes Mixtes التي يكون للدولة فيها النصيب المتفوق من المساهمة المالية قياسا الى نسبة مساهمة القطاع

---

(١٨) بموجب القانون المذكور تم تأميم ثلاثين شركة تجارية وصناعية مختلفة ·

(١٩) انظر الوقائع العراقية بأعدادها : ٢١٤٦ في ١ـ٦ـ١٩٧٢ و ٢٢٨٣ في ٧ـ١٠ـ١٩٧٣ و ٢٢٨٧ في ٢١ـ١٠ـ١٩٧٣ ·

الخاص · فشركة القطاع المختلط تعرف بانها نوع من التعاون بين الدولة ورأس المال الخاص تؤسس عموما بقانون يجيز انشاءها وينص على القواعد الخاصة المتعلقة بها فضلا عن الإحكام العامة المنصوص عليها في قانون التجارة · بيد ان في الاحوال التي تكون فيها نسبة مساهمة الدولة في رأس المال أكبر من نسبة مساهمة القطاع الخاص يكون للدولة عندئذ السيطرة التامة على الشركة من حيث الادارة والتوجيه ، وبالتالي لا يمكن ادراجها فعليا الا تحت طائفة شركات القطاع الاشتراكي ·

الفـــرع الثاني

نشـــأة القطاع الاشتراكي

٢٩٠ـ للقطاع الاشتراكي من حيث النشأة مصدران · الاول هو التأميم La nationalisation · ويقصد بالتأميم نقل ملكية مشروع صناعي وتجاري من ملكية الاشخاص الى الملكية العامة ـ ملكية الشعب ـ · أو بمعنى أكثر دقة وشمولية « عبارة عن نقل ملكية الاموال وقوة العمل التي تسمى بوسائل الانتاج والمبادلة الى الجماعة، واستعمال تلك الوسائل لمصلحة هذه الاخيرة بدلا من استعمالها للمصلحة الخاصة »(٢٠) ·

ويعد التأميم ترجمة للتطبيق الاشتراكي وضمانا للسير بخطة التنمية القومية نحو تحقيق أهدافها المرسومة ، ومن أهم وسائل القانون الاشتراكي وأعلى درجات التدخل في القطاع الخاص · فهو

(٢٠) كاتزروف : نظرية التأميم · ترجمة د · عباس الصراف ١٩٧٢ ص ٢٨ ·

ليس بأسلوب مرحلي تفرضه ضرورة طارئة ، بقدر ما هو سمة مميزة للنظام الاشتراكي · لذا فانه من الطبيعي أن ترسي قوانين التأميم في دول الاقتصاد الاشتراكي اسس المجتمع الاشتراكي ، يتولى فيه القطاع الاشتراكي دور قيادة التقدم في جميع المجالات ليحقق بصفة خاصة التنمية الاقتصادية اللازمة ·

وبما ان التأميم وسيلة لتحويل استعمال الملكية وفق منظورسياسي واقتصادي معين ، فانه يختلف تماما عن المصادرة La ConFiscation وعن نزع الملكية للمصلحة العامة :

L exproPriation Pour Cause d utilite Publique

فالمصادرة نوع من العقوبة الشخصية التي تلجأ اليها السلطة العامة ضد شخص معين ، دون ما حاجة لتحديد طبيعة الاشياء المصادرة · اما التأميم فهو اجراء لا شخصي ولا يحمل معنى العقوبة ، بل هو « عدم التعسف » « ووسيلة لاصلاح الطبيعة المطلقة للملكية الخاصة »(٢١) ·

أما اختلاف التأميم عن نزع الملكية للمصلحة العامة فانه يتجلى في ان نزع الملكية يتم ، عموما ، نتيجة عوامل اقتصادية يحددها المشرع بدقة ، وينصب في الغالب على مال معين « منفرد ومحدد بوضوح تام » ، كنزع ملكية عقارية معينة · ولا يمكن حسب المفهوم الفقهي المعاصر التوسع المفرط في نزع الملكية · بينما يتميز التأميم بصفته العامة ، فهو ليس مجرد السيطرة على ملكية معينة من القطاع الخاص ، بل عملية متكاملة للتطبيق الاشتراكي(٢٢)

---

(٢١) د · عادل سيد فهيم : نظرية التأميم ١٩٦٦ ص ١١٤ـ١١٥ ·

(٢٢) كاتزروف : مصدر سابق ذكره ص ٣٦٦ ـ ٣٦٧ ·

واذا كان نزع الملكية كالتأميم يتم لقاء تعويض indemmisation فأن ذلك لا يمكن ان يؤدي الى تصور تشابه النظامين · ذلك لاختلاف الهدف من التعويض في كلتا الحالتين · فالهدف من التعويض في الحالة الاولى قائم على أساس مصلحة الفرد وعدم غبنها ،ويكون هذا التعويض سابقا وكاملا · بينما التعويض في التأميم لا يتم الا بعد ترجيح مصلحة المجتمع ، بمعنى أن يكون مناسبا لظروف المجتمع من حيث التقدير ــ القيمة ــ ومن حيث المدة الزمنية لدفعه ·

ويتم التأميم عن طريق اصدار قانون خاص يتضمن جميع اجراءات نقل ملكية المشروع المؤمم وكيفية ادارته وتنظيمه(٢٣) · وقد يرد التأميم ، ليس على مشروع اقتصادي وتجاري معين بالذات ،بل شاملا لقطاع كامل · كتأميم قطاع الصناعة أو نشاط عام كالنقل بصوره المختلفة ــ بري ، بحري ، وجوي ــ أو هيئات التمويل « المؤسسات المصرفية »(٢٤) ·

ولا يؤثر التأميم على الشكل القانوني للمشروع بعد تأميمه او على مزاولة نشاطه المعتاد أو على طبيعة هذا النشاط · أما التزامات المشروع السابقة على صدور القانون فانها تنتقل من تاريخ التأميم الى الدولة(٢٥) · ويحتفظ المشروع او الشركة المؤممة بالشخصية المعنوية اللهم الا اذا كان قانون التأميم يتضمن ما يفيد تحويل ذلك المشروع الى مرفق عام أو دمجه في منشأة اخرى · فتنقضي في هذه الحالة شخصيته المعنوية نهائيا وتنشأ بعد عملية التأميم شخصية معنوية جديدة ·

---

(٢٣) انظر القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ ·

(٢٤) انظر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الذي تم بموجبه تأميم جميع المصارف لدينا في القطر ــ الوقائع العراقية عدد ٩٧٥ في ١٤ــ٧ــ١٩٦٤ ·

(٢٥) انظر الفقرة أ من المادة الرابعة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ ·

أما المصدر الثاني للقطاع الاشتراكي فهو القانون La Lio . فقد تاخذ الدولة على عاتقها ، من خلال التشريع « اصدار قانون » صياغة وحدة القطاع الاشتراكي . وتتخذ هذه الصياغة القانونية أما شكل شركة ـ عامة ـ أو مؤسسة ذات طابع صناعي او تجاري .

ويتضمن قانون انشاء وحدة القطاع الاشتراكي ، ايا كان شكلها سمات المشروع واهدافه ممارسه لنشاطه وادارته (٢٦) .

بموجب القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٦٥ تم انشاء المؤسسات العامة النوعية في القطر ، وهي المؤسسة العامة للتجارة والمؤسسة العامة للتأمين والمؤسسة العامة للصناعة والمؤسسة العامة للمصارف . **وقد أجاز القانون المذكور لكل مؤسسة من المؤسسات أن تؤسس** شركات تجارية وفق أحكام قانون الشركات ، **والمساهمة في** الشركات التجارية التي من أغراضها ممارسة النشاط **الاقتصادي** . ولها الاستقراض من المؤسسات والمصارف وعقد القروض العامة الداخلية وأقراض الشركات التابعة لها وضمان قروضها . ومن اغراض كل مؤسسة النهوض بالتنمية الاقتصادية في حقل اختصاصها وتكون لها من الاساليب الفنية ما يلائم طبيعة نشاطها ويتفق مع تخصصها الاقتصادي . ويقوم بأدارتها مجلس ادارة خاص(٢٧) .

وبمقتضى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٠ تم انشاء المؤسسات الانتاجية العامة التابعة لوزارة الصناعة . وهي : المؤسسة العامة للصناعات الانشائية ، والمؤسسة العامة للصناعات الهندسية

---

(٢٦) للتفصيل راجع د . محمد مدحت عزمي علاقات المشروع العام بالعملاء والموردين . ١٩٧١ . ص ٣١ وما يليها .

(٢٧) انظر الانظمة الداخلية للمؤسسات المذكورة في الوقائع العراقية عدد ١٢٥١ في ٣٠ـ٣ـ١٩٦٦ .

والمؤسسة العامة للصناعات الكيمياوية والغذائية ـ والمؤسسة العامة لصناعة الالبسة والجلود ، والمؤسسة العامة لصناعة الغزل والنسيج ٠

وتوضح المادة الثانية من القانون المذكور الكيفية التي يتم بها انشاء هذه المؤسسات مع بيان ان لكل منها شخصية معنوية واستقلال مالي وادارى ، ولها حق التعاقد وتملك الاموال والتصرف فيها بجميع التصرفات القانونية التي تتفق مع أغراضها ٠ ويضع مجلس ادارتها نظاما ماليا وحسابيا تراعى فيه قواعد المحاسبة التجارية دون التقيد بالقواعد المالية المطبقة في الدوائر الحكومية ٠ ويرتبط بكل مؤسسة من تلك المؤسسات عدد من الشركة والمنشئات العامة ٠

ويتبع المشروع المنشأ ابتداء بقانون الوسائل التجارية في ادارته لكي يتمكن من تحقيق اغراضه ٠ ويتبين ذلك من كثير من النصوص التى تتضمنها القوانين الصادرة بانشاء هذه المشروعات ٠ فبمقتضى نص المادة الرابعة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٠ ، مثلا ، لمجلس الادارة في كل مؤسسة الحق في اصدار القرارات المتعلقة بالشؤون المالية الفنية والحسابية وان يقر الميزانية ويصدق على حسابات الارباح والخسائر ، كما ان له تعيين أوجه استثمار أموال المؤسسة وعقد القروض الداخلية للمنشآت التابعة لها وتوجيه نشاطها وفق القوانين ٠ بما يفيد في نهاية الامر ، التزام المؤسسة بالاصول التجارية مراعاة لطبيعة نشاطها ولكي تتسنى لها حرية الحركة بعيدا عن القيود الادارية التقليدية ٠

٢٩١ـ ويتخذ مشروع القطاع الاشتراكي عموما شكل مساهمة ٠ واذا كان يمارس نشاطا تجاريا فلا تتغير طبيعة هذا النشاط فيخضع لاحكام قانون التجارة ، كما هو الامر مثلا بالنسبة لاعمال الصناعة

والمؤسسات المصرفية والتأمين والنقل(٢٨) ، بغض النظر عن الصيغة التي انشىء بها المشروع ، سواء كان بالتأميم أو بقانون خاص .

(٢٨) انظر الفقرات ٤و ١٣ و ١٤ و٩ من المادة الخامسة من قانون التجارة .

الفصل السادس

النظـــام القانوني لوحدات القطاع الاشتراكي

تمهيـــــد

٢٩٢ـ يعني النظام القانوني لوحدات القطاع الاشتراكي مجمل القواعد القانونية المقررة التي تعطي لهذه الوحدات سماتها الخاصـة وتحدد أيضا طابعها الموضوعي ، سواء من حيث سلطة التصرف القانوني أو من حيث طبيعة هذا التصرف · من هنا لا بد اذن التعرض تباعـا للشخصية المعنوية لهذه الوحدات ولاستقلالها المالي وادارتها وكيفية الرقابة عليها ، واخيرا لطبيعة هذه المنشآت وصفة التاجر ·

الفرع الاول

الشخصية المعنويـــة والاستقلال المـــالي

٢٩٣ـ وحدة القطاع التجاري الاشتراكي لا تعدو ان تكون من حيـــث التحليل القانوني سوى صيغة جديدة تضاف الى الصيغ القانونيـــة القائمة في الواقع العملي مع الاخذ بنظر الاعتبار الخصوصية الـتي تتميز بها عن بقية الاشخاص القانونية الاخرى من حيث الهدف المحدد لها ومن حيث مدى سلطتها في اجراء التصرف القانوني · بيـد أنه لا خلاف في أن لهذه الوحدة وأيا كانت صفتها شخصية معنويـــة Personnalite morale وينظر الى هـــذه الشخصيـة على أساس أنها تمثل كيانا مستقلا بذاته يجسد مصالح محـــددة مسبقا تستوجب حماية معينة أملتها معطيات التخطيط الاشـــتراكي والمصلحة العامة · وتقرر أحكام القوانين المختلفة التي تنظم قطاعات

التجارة والاقتصاد في القطر هذه المعطيات صراحة · فبمقتضى نص المادة الاولى من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ انه « يقوم هذا القانون على : اولا ـ تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص وفقا لمقتضيات خطة التنمية » · وتنص المادة الاولى من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على أنه « يهدف هذا القانون الى تنظيم النقل بما يضمن : أولا ـ توفير أفضل الخدمات في مجالي نقل الشخص ونقل الشيء · ثانيا ـ ايجاد التوازن العادل بين التزامات أشخاص عقد النقل · ثالثا ـ ـ المساهمة في تحقيق متطلبات خطة التنمية القومية » · وتقضي المادة الاولى من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ أنه « يهدف هذا القانون الى تنظيم الشركات وتطوير نشاطها وفق مقتضيات خطط التنمية القومية ومستلزمات مرحلة البناء الاشتراكي » ·

وتستمد هذه الاحكام المختلفة اصولها من قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧(١) ، الذي اعتمد الاسس الفلسفية للفكر الاشتراكي وخصوصية تطبيقه في القطر(٢) · ومن منطلق هذه المعطيات فانه يجب ان ينظر الى مفهوم الشخص المعنوي لوحدة القطاع الاشتراكي نظرة تختلف تماما عن المعنى العام المتعارف عليه للشخصية المعنوية · اذ لا يخرج مفهوم الشخصية المعنوية ،

---

(١) انظر ص ٢٥ وما يليها من القانون المذكور ·

(٢) انظر : التقرير المركزي للمؤتمر القطري التاسع لحزب البعث العربي الاشتراكي ، ١٩٨٢ ص ٨٩ وما يليها · التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن ١٩٧٤ ص ١٠٣ وما يليها · انظر كذلك : سعد محمد عثمان ، الاسس النظرية للتطبيق الاشتراكي في العراق ومكامن خصوصيتها القومية في منظور حزب البعث العربي الاشتراكي ، ١٩٨١ ص ٢٠٧ و ٢٧٣ وما يليها ·

حسب الفكر الفقهي التقليدي والعام(٣) ، من أنها تتكون أمـــا من مجموعة من الاشخاص فيكون العنصـــر الشخصـــي عندئذ سمتها الاساسية ، أو من مجموعة أموال تخصص لتحقيق غرض معين فيكون العنصر المالي هنا السمة الجوهرية لهذه الشخصية • والشخصـــية المعنوية لوحدة القطاع التجاري الاشتراكي لا يمكن ان تنضوي تحت أى من هذين التصورين • فهي ليست أولا مجموعا من الاشـــخاص وليس لها بالتالي سمة شخصية • اذ أن هذه الوحدة ملكا للدولـــة ابتداء وأنتهاء ، وللدولة سلطة التحكم المطلقة بها ، سواء من حيث الادارة والتوجيه والتمويل والانقضاء وغير ذلك(٤) •

ومع هذا فقد يصار الى القول بأن السمة الشخصية قائمة في شركات القطاع التجاري الاشتراكي ومنشآته التي تنشأ عموما من مجمـــوع أشخاص معنوية عامة • ان هذا التصور لا يستقيم حسب رأينـــا • صحيح في الواقع ان مدلول الشخصية المعنوية لا يقتصر فقط عـــلى كل مجموع كمي من الاشخاص الطبيعية الحقيقية ، بل أنه ينصرف أيضا لكل مجموع معين من الاشخاص المعنوية • [redacted] القول بأن هناك مجموع حقيقي لاشخاص معنوية وأطرافا فعلية حقيقيـــة تلتقي لغرض انشاء شخصٍ معنوي مستقل يتمثل بوحدة القطـــاع الاشتراكي • فليس هناك صيغة عقدية تقليدية تمثل مصالح مختلفة

---

(٣) انظر Andre Jacquemont. Annales de Dr . Comm. et de Dr. des Societes . 1982. P. 107 ets

انظر ايضا : دينس لويد ، فكرة القانون ، تعريب سليـــم الصويص ، مراجعة سليم بسيسو ـ ١٩٨١ ، ص ٢٥٩ وما يليها •

(٤) انظر بهذا المعنى ، كاتزروف ، مصدر سابق ذكره ص ٤٥٢ وما يليها • دكتور عادل سيد فهيم ، مصدر سابق ذكـــره ص ١٢٥ ومـــا يليها •

لاطراف متعددة تخضع بالضرورة لاحكام القانون الخاص ، المدني أو التجاري ، بل ان كل ما في الامر هو ان التعدد المذكور لا يخرج عن كونه تعددا ظاهريا شكليا لطرف واحد هو الدولة التي تتولى من خلال أشخاصها المعنوية المختلفة ـ شركات أو منشآت ـ انشاء وحدة جديدة معينة(٥) · من هنا تنتفي اذن السمة الشخصية للشخص المعنوي لوحدات القطاع الاشتراكي ·

أما السمة المالية فانه من العسير ايضا القول بتوافرها في مثل هذه الوحدات · فعلى الرغم من ان لوحدات القطاع الاشتراكي وبحكم القانون أو عقود التأسيس ذمة مالية مستقلة(٦) · الا ان هذه الذمة مقيدة في واقع الحال بقيود عديدة مختلفة على صعيد التصرف المطلق أو الاستعمال · من جانب اخر ، فأن المالك الحقيقي للذمة المالية ليس الا الدولة نفسها فهي ـ الدولة ـ « تضع الشروط الملائمة لاستعمال الاموال » « وترسم حدود ذلك الاستعمال،وتستطيع الدولة على وجه العموم ان تصدر قرارا بأنقاص الذمة المالية للمشروع أو بسلبها منه أو بمنحه ذمة اضافية بصرف النظر عن النشاط الذي يؤديه أو الارباح التي يحققها أو الخسارة التي

---

(٥) انظر : دكتور اكرم ياملكي ، دكتور باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الثاني ، الشركات التجارية ، ١٩٨٣ ، ص ٣٠١ · علما أنه يجب أن يلاحظ أن ما ذكر أعلاه لا يتناقض مع امكانية الدولة في منح وحدات المرافق العامة شخصية معنوية بحكم قوانين انشائها ، طالما ان الضرورة تستوجب ذلك ·

(٦) الذمة المالية المستقلة ما هي الا نتيجة تترتب على وجود الشخصية المعنوية لوحدات القطاع الاشتراكي والمرافق العامة ، ومع ذلك فأن هذه الذمة تتميز بسمات معينة ارتباطا بطبيعة هذه الوحدات ·

يتعرض لها ومن دون ان يكون للمشروع حق الاعتراض على ذلك الا بشكل استشاري »(٧) ٠

عليه اذن فان السمة المالية التي تتميز بها الاشخاص القانونية المادية في القانون الخاص لا تتوافر في الشخص المعنوي لوحدة القطاع الاشتراكي ، وان هذه الوحدة ليست حسب تقديرنا الا « ذمة تخصيص » Patrimoine d'affectation ذات طبيعة وخصائص معينة تميزها عن غيرها من المراكز القانونية العادية ، وان ذمة التخصيص هذه تضفي على الشخص المعنوي لهذه الوحدات سمته الاساسية التي تميزه عن المفهوم القانوني العام المتعارف عليه للشخصية المعنوية(٨) ٠ وبهذه الصورة لا بد من تبيان التبرير القانوني لمنح الشخصية المذكورة لهذه الوحدات ٠

٢٩٤ ـ ان أول هذ المبرارات هو الضرورة العملية ،

La necessite Pratique

اذ لا بد من أن يكون لوحدة القطاع الاشتراكي شخصية قانونية طالما أنه يجب عليها اتخاذ القرار مباشرة « امتلاك السلطة » لغرض ادارة المشروع(٩) ٠ وان تكون قادرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات طبقا لما تمليه الضرورات القانونية

---

(٧) كاتزروف ، مصدر سابق ذكره ص ٤٥٥ ٠

(٨) انظر : د ٠ أكرم ياملكي ، د ٠ باسم محمد صالح ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٠٣ ٠ ويذهب الاستاذ كاتزروف الى ان الوحدات المؤممة ما هى الا « شكل جديد من أشكال وظائف الدولة يهدف الى تولي عمليات التبادل الاقتصادية » ٠
نظرية التأميم ص ٤٥٣ ٠

(٩) انظر : Delion : Le statut des entrePrises Publics 1963 . P. 16 .

La necessite Juridique · من جانب اخر ، فان منح الشخصية المعنوية لهذه الوحدات يستجيب لضرورات اقتصادية Les necessites economiques (١٠) · اذ أنها تمارس عموما نشاطا اقتصاديا وتجاريا يتطلب ان يكون لها بالضرورة نوعا من حرية الحركة بعيدا عن سلطة الدولة المطلقة وقيودها الادارية(١١) ·

وحرية الحركة هذه تعطي الوحدات المذكورة استقلالية معينة · وعلى أية حال فان الشخصية المعنوية لهذه الوحدات ما هي الا اداة فنية يحتاه يركن اليها كي يتمكن المشروع من الاستجابة للمتطلبات القانونية والعملية(١٢) · هذا ولا بد من التنويه اخيرا الى ان ليس لهذه الشخصية المعنوية سوى استقلال نسبي indipendance relative وذلك لارتباطها العضوي بالدولة ·

٢٩٥ـ ولوحدات القطاع التجاري الاشتراكي ذمة مالية مستقلة عن ذمة الاشخاص المكونين لها ، وتتكون هذه الذمة من مجمل التخصيص المقرر لها كي تتمكن من القيام بنشاطها وممارسة أعمالها ، أو من انتقال مجمل أموال المشروع قبل تأميمه لتكون الذمة المالية له بعد التأميم لغرض الايفاء بكافة التزاماته السابقة واللاحقة · والذمة المالية

---

(١٠) انظر : د · فتحي عبد الصبور ، الشخصية المعنوية للمشروع العام ، ١٩٧٣ ص ٢٦٦ ·

(١١) انظر : د · اسماعيل صبري عبد الله ، مصدر سابق ذكره ص١١٧ ويطلق الدكتور عبد الله علي « حرية الحركة » هذه لوحدة الانتاج بـ « مجال حركة وحدة الانتاج » وان هناك دائما حد أدنى لحركة وحدة الانتاج « يفرضه واقع وجودها حتى فيما وراء نصوص القوانين » ص ١١٧ ·

(١٢) تستمد وحدات القطاع التجاري الاشتراكي شخصيتها المعنوية من القانون مباشرة أو من عقود تأسيسها ·

للمشروع تتجسد عموما بأموال التداول وغيرها التي للمشـــروع حق الانتفاع بها واستغلالها وفق الاهداف المقررة لـــه سلفـــا . بيد أنه يجب ان يلاحظ بأن الاستقلال المالي لوحدات القطـــاع التجاري الاشتراكي يختلف بصورة جوهرية عن الاســـتقلال المالي لوحدات القطاع الخاص . ومرد ذلك ما يلي :

١ ـ ان الذمـــة المالية للمشـــروع هي مـــلك للدولة اولا واخـــيرا . فحق التصرف بالاموال من قبل وحدة القطاع الاشتراكي لا ينصرف الا الى حق الانتفاع Droit d' usufruit بملك الاموال .

٢ ـ ان حق التصرف بالامـــوال Droit d' alienation عند اعتراف الدولة به للمشروع يخضع لارادة الدولة ورقابتهـــا الفعلية ، بمعنى أنه حق مقيد يخضع لتوجيهات الدولـــة الاشتراكية(١٣) .

الفرع الثاني

الادارة والرقابـــة

٢٩٦ـ لوحدات القطاع الاشتراكي ادارة تختلف من حيث الصيغـــة والتركيب عن الادارة المقررة في منشآت القطاع الخاص(١٤) . اذ ان ادارة القطاع الخاص تخضع لشروط الانشاء العقد المبرم بين الاشخاص التي تتفق على انشاء وحدة ية واقتصادية

---

(١٣) انظر بخصوص حق التصرف واشكاله . د . التصفية والضرورق د . اسماعيل صبري عبد الله ، مصدر ســـ ذكره ص ١٠٢ وما يليهـــا .

(١٤) انظر محمد علي شتا ، القطاع العام ، النظرية والتـــ ، ١٩٧٨ ص ١٧ .

معينة · فهي ادارة تخطط وفق ارادة الاعضـــاء ـ الشـــركاء ـ · بينما تكون ادارة وحدات القطاع الاشتراكي وفق معطيات محـــددة من قبل الدولة · على أنه من الوهم التصور بأن هذه الادارة تأخـذ بالصيغ التقليدية للادارة ، بل انها تستند على المفهوم الايديولوجي للدولة الاشتراكية الذي يجسد العلاقات الديمقراطية التي يجـــب أن تسود بين العاملين في المشاريع المختلفة(١٥) ·

وتأخذ ادارة القطاع الاشتراكي صورا مختلفة · فقد تكون قائمة على أساس حق العاملين المطلق في ادارة المشروع(١٦) · أو بصورة المشاركة بجانب ممثلي الدولة في مجالس الادارة والهيئات الاخـــرى · وقد تتمثل أيضا بالتسيير الذاتي Auto — gestion للمشروع ، أو بالاجهزة الاستشارية والمديرين المعينين من قبل الدولة · وأيـا كان الامر فان ادارة القطاع الاشتراكي هي بالدرجـــة الاولى اداة تنظيم وتسيير لشؤون الوحدة ، سواء من حيث العناية بجودة الانتاج والاداء أو من حيث وضع سياسات تنفيذ برامج المشـــروع ·

اضافة لذلك فأن على هذه الادارة عبء توزيع الاختصاصات ارتباطا بضرورة تحديد مسؤولية العاملين في المشروع · وعلى هـــذا فأن اسس ادارة القطاع الاشتراكي هي :

اولا : التخطيط ويتناول تحديد الكوادر اللازمة لتحمل اعباءالمشروع ومدى الاداء ومعدلاته والانتاج وكفاءته ·

---

(١٥) ومع ذلك يرى البعض ان مفهوم الادارة « لا يختلف من الناحيـة العلمية بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي ، ذلـــك ان مهمة الادارة هي تنظيم العمل ، وتخطيط مراحله نحو هـدف معين ··· » · انظر محمد علي شتا مصدر سابق ذكره ،ص١٤·

(١٦) انظر : د · غريب الجمال ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٢٨ ·

ثانيا : تحديد المسؤولية والاختصاصات المختلفة . بيد ان هذه المعطيات ترتبط بمجمل الخطة الشاملة للدولة .

٢٩٧ـ ولا يمكن للادارة ان تؤدي دورها بصورة سليمة وان تصل الى هدفها دونما رقابة Control على الاداء والتنفيذ . فالرقابة اداة الادارة ووسيلتها الفعالة في تسيير المشروع . وتعتبر من جانب اخر اداة للتخطيط ووسيلة كشف لعيوب التطبيق وبيان الخلل في مجالات أنشطة المشروع(١٧) . والرقابة وسيلة عامة لا تقتصر على مجالات وحدات القانون العام دون الخاص . ففي القانون الخاص يحدد المشرع وسائل الرقابة بما يتلائم والسمات القانونية للمشروع الخاص ، كما هو الامر مثلا في تحديد هيئات مجالس الادارة والهيئات العامة وصلاحياتها وهيئات التفتيش أو مراقبي الحسابات للشركات المساهمة والمختلطة وغيرها من أنواع الشركات المدنية والتجارية(١٨) . أما في القانون العام فأن الرقابة تأخذ صيغة الوصاية الاقتصادية Tutelle economique والتوجيه المباشر لنشاط المشروع وفقا لاسس الخطة المقررة(١٩) .

والرقابة على وحدات القطاع الاشتراكي تأخذ انماطا مختلفة . فقد تكون رقابة على الاداء ، أى تقييم مدى تنفيذ المشروع لاهدافه طبقا للخطة(٢٠) . وتكون رقابة تنفيذية تتولاها السلطة التنفيذية

---

(١٧) انظر محمد علي شتا ، مصدر سابق ذكره ص ١٥ .

(١٨) انظر المواد ٧٧و ٩٤ و ٩٥ و ١٠٩ و ١١٧ و ١٢٥ و ١٣٢ من قانون الشركات العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ .

(١٩) انظر د . اكتم الخولي . الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام . مجلة ادارة قضايا الحكومة ، عدد ١٩٦٩ ص ٥٧ .

(٢٠) انظر د . غريب الجمال ، مصدر سابق ذكره ص ٢٤١ .

من خلال مؤسساتها ووزاراتها المختلفة ، أو تأخذ صيغةرقابة تشريعية تقوم بها السلطة التشريعية من خلال المجالس الوطنية المتشكلة بسلطة هذه المجالس في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية · وقدتتولى الرقابة المنظمات الشعبية والتنظيمات السياسية · ومهما يكن من أمر فانه يجب أن لا تكون الرقابة عامل اعاقة للنشاط الذي تمارسه وحدات القطاع الاشتراكي وعامل تحديد لحرية العمل ، والاانقلب دورها البناء في اتخاذ القرارات الموضوعية المقومة للمشروع الى عامل شل لحركته واختناقه في نهاية الامر ·

الفرع الثالث

طبيعة منشأة القطاع الاشتراكي وصفة التاجر

٢٩٧ـ تمارس وحدات القطاع الاشتراكي على وجه العموم نشاطا تجاريا واقتصاديا · بهذه الصفة فان النشاط المذكور يخضع لاحكام قانون التجارة باعتباره قانون الاعمال التجارية · وتذهب اغلبية الفقه الحديث هذا المذهب(٢١) · وعلى أساس ذلك ومن مفهوم احتراف العمل التجاري ، فان هذه الوحدات تكتسب صفة التاجر لا فرق بينها وبين أشخاص القانون الخاص · بيد أن بعض الفقه

---

(٢١) انظر : د · غريب الجمال ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٣٠ اذ يرى الدكتور الجمال ان « أعمال هذه الوحدات تجارية وتخضع بالتالي للنظام القانوني للاعمال التجارية ولقواعد القانون التجاري » · ويرى الدكتور أكثم الخولي بأن « جوهر نظم القانون التجاري ··· (هو أنه) صالح تماما للاقتصاد الاشتراكي لان هذا القانون في حقيقته قانون كل نشاط اقتصادي » · انظر ص ٣٨٩ من مصدر الاستاذ الخولي السابق ذكره ·

يرى أن الوحدات المذكورة وعلى الرغم من ممارستها نشاطا تجاريا واقتصاديا لا يمكن ان تعد الا من اشخاص القانون العام ، ولا يمكن ان تكتسب بالتالي صفة التاجر « بالمعنى المعروف في القانون الخاص »(٢٢) . وينطلق هذا الرأى من أن هذه الوحدات تستعمل في تعاملها أساليب القانون العام والسلطة العامة . وينصرف الامر على وجه الخصوص للمؤسسات العامة ، اذ ان هذه المؤسسات تمنح عموما « اختصاصات السلطة العامة »(٢٣) ، سواء من حيث الاشراف على الوحدات التابعة لها أو من حيث اسلوب العمل الاداري . هذا اضافة الى ان المؤسسات المذكورة ما هي في الواقع الا اداة الدولة لتطبيق سياستها ومفاهيمها العامة . فليس من المقبول اذن والحالة هذه ان تكتسب وحدات القطاع الاشتراكي صفة التاجر حسب مفهوم قانون التجارة . ان هذا التصور لا يمكن الاخذ به على أطلاقه . فقانون التجارة ينظم النشاط التجاري وبهذا يتميز بذاتية خاصة والتغيير الذي يقع بالضرورة على هذا القانون نتيجة تدخل لدولة وتوجيه النشاط الاقتصادي وفق أهداف وأسس التحول الاشتراكي لا يعني سوى تطور قواعد وأحكام القانون التجاري بما يلائم هذا التحول ، فهو تغيير لا يستهدف الغاء أحكام الالتزامات أو قواعد المقد القانونية ، بل ينصب بصورة أساسية على توجيه أحكام القانون نحو الجماعية ، اى تلبية حاجات المجتمع ومن ثم تلبية حاجة الفرد كمواطن . بعبارة اخرى ، ان التحول الاشتراكي لا يستدعي الغاء القانون التجاري (قانون موضوعي) وانما يحوله الى قانون المبادلات التجارية . عليه وحدات القطاع

---

(٢٢) انظر : د . محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري العربي ، ١٩٦٧ ص ٢٩٦ .

٢٣) انظرد . محسن شفيق ، مصدر سابق ذكره ص ٤٣٨ .

الاشتراكي تخضع من حيث ممارسة نشاطها لاحكام قانون التجارة انطلاقا من كونها أشخاصا قانونية ذات طبيعة خاصة . وعلى أساس هذا التصور حسم المشرع العراقي عندنا هذا الامر صراحة من خلال نص الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون التجارة ، التي تقرر أنه : « يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص » . وتنص الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون نفسه على ما يلي : « يقوم قانون التجارة على :

أولا : تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص وفقا لمقتضيات خطة التنمية » .

واذا كانت وحدات القطاع الاشتراكي تمارس نشاطا تجاريا حسب المفهوم المتقدم فانها تستطيع أن تكتسب صفة التاجر ، طالما ان هناك تمييز بين العمل المدني والتجاري . فالتاجر كمفهوم قانوني هو الشخص الذي يمارس النشاط التجاري احترافا . وبما ان هذه الوحدات تمارس النشاط التجاري بهذه الصيغة وبشكل معتاد فانها تكتسب الصفة التجارية . فلا يحول دون اكتساب هذه الوحدات لتلك الصفة من الناحية الموضوعية أى مانع قانوني .

ويستقيم نهج المشرع العراقي مع هذا التصور . اذ تنص المادة العاشرة من قانون التجارة على ما يلي : « تسري على مؤسسات القطاع الاشتراكي الاحكام المتعلقة بالتاجر المنصوص عليها في القانون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها » .

والظاهر ان المشروع العراقي يعامل المؤسسة كالمنشأة دون تمييز بينهما علما بأن التماثل غير مطلق . صحيح في الواقع ان المؤسسة كالمنشأة تمارس نشاطا تجاريا واقتصاديا من ذات الطبيعة ، الا ان المؤسسة تمارس نشاطها عموما من خلال الوحدات المرتبطة بها والتي

قد تتولى انشائها حسب الصلاحية الممنوحة لها قانونا ، وان مركزهـا القانوني يتحدد في الغالب بالاشراف والرقابة على هذه الوحـدات والتخطيط لها ضمن خطة التنمية • ولهذا السبب نرى أن قانـون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ استثنى المؤسسات العامة مـن اكتساب صفة التاجر(٢٤) ، بينما منح الصفة المذكـورة (لشـركات القطاع العام) ، مع استثنائها من احكام الافـلاس (٢٥) • وعـلى أية حال فان اكتساب وحدات القطاع الاشتراكي لصفة التاجر يرتـب النتيجة التالية وهي خضوعها للنظام القانوني لمن يكتسب هـذه الصفة ، من تسجيل في السجل التجاري ومسك دفاتر تجارية••الخ •

(٢٤) انظر نص المادة ٢١ من قانون التجارة الملغي •
(٢٥) انظر : نص المادة ٢٢ من نفس القانون •

الفصل السابع

القطـاع التجاري الاشتراكي العـــراق

تمهيـــــد :

٢٩٨ـ يخضع النشاط التجاري في العراق لتخطيط علمي يقوم عـــلى اسس الفلسفة الاشتراكية وخصوصية تطبيقها في القطر . ومـــن اسس هذه الفلسفة اخضاع التجارتين الخارجية والداخلية لهيئـــة الدولة « وجعل القطاع العام في التجارة الداخلية القطاع القائد مع الاخذ بالاعتبار الضرورات الملحة لانجاز خطة التنمية وما تتطلبـــه من اجراءات خاصة في هذا الميدان »(٢٦) . ويحدد قانون اصـــلاح النظام القانوني أهداف المبدأ أعلاه بضرورة اسهام التشـــريعات الاقتصادية « بشكل فعال في عملية التنمية الثورية الجارية في القطر وفي تنظيم وتوجيه وادارة العلاقات الاقتصادية في المجتمع من خـــلال أجهزة الدولة المختلفة وتحديد صلاحياتها وواجباتها ورسم افـــاق التطور الاقتصادي والاجتماعي اللاحق ووضع مقدمات الانتقـــال الى الاشتراكية » . ويضيف القانون المذكور بخصوص التشـــريعات التجارية أنه « يتعين اعادة النظر في التشريعات المتخلفة عن مواكبة التحول الاشتراكي في القطر ... »(٢٧) . وفي ضوء هذه المنطلقات تم تشريع العديد من القوانين لعل من أهمها في القطاع التجـــاري ، قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وقانون النقل رقـــم ٨٠ لســـنة ١٩٨٣ ، وقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ، وقانون تنظيـــم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ .

---

(٢٦) التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن ص ٢٣٠ .
(٢٧) قانون اصلاح النظام القانوني ص ٢٩ وما يليها .

٢٩٩ـ ولا بد من التنويه الى ان القطاع الاشتراكي مفهوم ينصرف ليس فقط الى المؤسسات التجارية بل يضم اضافة الى ذلك جميع صور الوحدات ذات النشاطات التي تتولى الدولة تمويلها وادارتها والاشراف عليها ، كالقطاع التعاوني من زراعي وصناعي وخدمي وغيره . ولا بد من التنويه ايضا الى ان مصطلح القطاع الاشتراكي دخل المفهوم القانوني بقرار لمجلس قيادة الثورة برقم ٣٧٣ في ٢٨ـ٣ـ١٩٧٧ ليحل بدلا من مصطلح « القطاع العام » الذي أصبح قاصرا من حيث الفحوى والمضمون عن اعطاء التصور الدقيق لمجمل التحولات التي تمت في القطر . ومع ذلك فأن من الضروري القول ان للقطاع الخاص مهام ذات طبيعة معينة ومسؤولية محددة عليه القيام بها . فهو ليس ذلك القطاع الملغي أو المنعزل عن مجمل النشاط التجاري والاقتصادي الذي يؤديه القطاع الاشتراكي . فللقطاع الخاص دور مكمل أو تكميلي لدور القطاع الاشتراكي . ويؤكد التقرير المركزي للمؤتمر القطري التاسع ذلك انطلاقا من « ان تكون الملكية الخاصة موضوعة في خدمة الاتجاهات والقوانين العامة للمجتمع من خلال البناء الاشتراكي والعلاقات الاشتراكية وان حجم النشاط الخاص واتجاهاته تحددها ظروف التغيير ... » ويضيف التقرير ان « التملك والنشاط الخاص ... انما يقوم بدور محدد ومرسوم مركزيا وليس أساس مشروعيته مجرد عدم تعارضه مع المسار الاشتراكي والحركة الاشتراكية لبناء المجتمع الجديد وحسب ، وانما يجب ان يكون في خدمة ذلك ايضا وان يتناسق معه في الفعاليات والصيغ والاهداف وفق ما تستلزمه طبيعة المراحل المتعاقبة ومستلزمات التطور والتغيير المنشودين ....»(٢٨) . وتجسدا

---

(٢٨) التقرير المركزي ص ١١٩ و ١٢٠ .

لهذه المبادىء قـــرر قانون التجارة رقـــم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ : « جعل دور القطاعين المختلط والخاص مـــكملا لنشـــاط القطـــاع الاشتراكي »(٢٩) · وتقضي المادة الثانية من قانون الشـــركات انه : « تتحقق أهداف القانون وفق الاسس الاتية اولا ـ تشـــجيع استثمار رأس المال الوطني في الشركات ودعمها ورعايتهـــا وفق ضوابط ومؤشرات خطط التنمية القومية والقرارات التخطيطية » ·

٣٠٠ـ وبناء على ماتقدم فان دراسة القطاع الاشتراكي تستلزم اولا التعرض ومن خلال وحداته المختلفة ، لنشأته ونظامه القانوني ومن ثم تبيان دورة في النشاط التجاري ونعرض اخيرا بعض الصيغ القانونية لوحداته ·

الفـرع الاول

نشأة القطاع التجاري الاشتراكي في العراق

ونظامـــه القانـوني

٣٠١ـ لم ينشأ القطاع التجاري الاشتراكي الا وفق المنظـــور الاشـــتراكي وخصوصية تطبيق هذا المنظور في القطر · وقد امتد هذا القطـاع فـــي جميع مفاصل النشاط التجاري والاقتصادي عموما وبما يؤمن تدعيـــم تنمية مخطط لها ابتداء ، واتخذ بنفس الوقت صيغا قانونية مختلفـة ، كصيغة المؤسسة والمنشأة والشركة والمصلحة · ويمكن ان ندرج من هذه الصيغ مايلي :

المؤسسة العامة للصناعات الهندسية · المؤسسة العامة للغزل والنسيج المؤسسة العامة للصناعات الغذائية · المؤسسة العامة للصناعات الكيمياوية والغذائية · المؤسسة العامة لتجارة السلع الاستهلاكية · المؤسسة العامة

---

(٢٩) انظر : نص الفقرة الثانية من المادة الاولىمن القانون المذكور ·

لتجارة السلع الانتاجية ، شركة النفط الوطنية ، شركة التصدير العراقية ، المؤسسة العامة للادوية ، مصلحة تسويق التمور ، المنشأة العامة لنقل المسافرين ، المنشأة العامة لنصب وصيانة الاجهزة الطبية ، المنشأة العامة للصناعات البتروكيمياوية ، الشركة العامة لصناعات الدراجات والانابيب ، الشركة الوطنية للاستثمارات السياحية ، شركة التأمين الوطنية ، الشركة العراقية للتأمين على الحياة ، المؤسسة العامة للسياحة ، الشركة العامة لمقاولات المشاريع الصناعية ، الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية وغيرها ، ولا بد من ان يضاف الى هذه الواحدات شركات القطاع المختلط التي تمارس النشاط التجاري ضمن مفهوم القطاع الاشتراكي .(٣٠) ومن هذه الشركات على سبيل المثال شركة الصناعات الالكترونية ، شركة الهلال الصناعية وشركة الاغطية والاكياس البلاستيكية .

وتتحدد المصادر القانونية لنشأة القطاع التجاري الاشتراكي بالتأميم اولا ، وبالتشريع ثانيا . ويقصد بالتشريع هنا اصدار قانون خاص يتم بموجبه انشاء وحدة القطاع التجاري الاشتراكي .(٣١) كما هو الامر مثلا بقانون المؤسسة العامة للمشاريع الصناعية رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٢ ، وقانون ٦٩ لسنة ١٩٨٢ الذي تم بمقتضاه تأسيس الشركة العربية لصناعات المضادات الحيوية ومستلزماتها وقانون المؤسسة العامة للتصميم والانشاء الصناعي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٢ وتعديله بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٨٤ (٣٢) . ويلحق بقانون التأسيس عموما عقد تأسيس الشركة او المنشأة التي ترتبط بالمؤسسة التي تضمها او اذا انشئت بصورة مستقلة . وقد يتم تأسيس شركات القطاع المختلط والتي تعتبر

---

(٣٠) انظر في موضوع القطاع المختلط عبد الجبار علي المشهداني : النظام القانوني لشركات القطاع المختلط ، دراسة مقارنة ، ١٩٨١ .

(٣١) انظر بند ٢٩٠ من هذا الباب .

(٣٢) انظر الوقائع العراقية : عدد ٢٨٩٨ في ١٩٨٢/٨/٢٣ ، عدد ٢٨٩٤ في ١٩٨٢/٧/٢٦ ، عدد ٢٨٩٧ في ١٩٨٢/٨/١٦ ، عدد ٢٩٨٦ في ١٩٨٤/٣/٢٦ .

من ادوات القطاع الاشتراكي ايضا بالصيغة ذاتها اي اصدار قانون خاص بتأسيسها . (٣٣) ويقتصر قانون التأسيس عموما على تحديد البيانات الجوهرية للتأسيس تاركا امر التفاصيل الخاصة بالحياة الداخلية للوحدة لنظامها الداخلي .

٣٠٢ـ وانطلاقا من ان وحدات القطاع التجاري الاشتراكي ما هي الا صيغا قانونية ذات طبيعة خاصة ، فان نظامها القانوني قد يختلف من بعض الاوجه عن نظام وحدات القطاع الخاص . صحيح ان هناك نوعا من تشابه القواعد العامة لنظام وحدات القطاع الخاص ووحدات القطاع الاشتراكي ، سواء من حيث الشخصية المعنوية ومايترتب عليها من استقلال للذمة المالية واكتساب جنسية وموطن واهلية قانونية ... الخ وكذلك من حيث الادارة والرقابة ، الا ان هذا التشابه لا يعني باية حال تطابق تلك القواعد . ويتمثل الاختلاف في القواعد المذكورة اساسا بمدى استقلالية وحدة القطاع الاشتراكي في التصرف من حيث كونها شخصا معنويا له ذمة مالية مستقلة واهلة قانونية او من حيث ادارة الوحدة وصيغ هذه الادارة . وقد سبق وان تعرضنا تفصيلا لهذه الجوانب(٣٤)

الفرع الثاني

دور القطاع التجاري الاشتراكي في النشاط التجاري

٣٠٣ـ يهيمن القطاع التجاري الاشتراكي على اهم المفاصل الرئيسية والحيوية للنشاط التجاري في القطر . فهو قطاع قائد في اطار هذا النشاط . اذ

---

(٣٣) انظر قانون شركة بابل للانتاج السينمائي والتلفزيوني رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٠ . الوقائع العراقية عدد ٢٧٨٥ في ١٩٨٠/٧/٢١ .

(٣٤) ان النظام القانوني لوحدات القطاع التجاري الاشتراكي يتجسد بان لهذه الوحدات شخصية معنوية يترتب عليها ذمة مالية مستقلة واهلية قانونية وجنسية وموطن ، وان لها جهاز اداري وتخضع لرقابة الدولة راجع بهذا الصدد ما تم بيانه في الفقرات ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٢٩٥ و ٢٩٦ و ٢٩٧ من الفصل السادس .

تمتد قاعدة هذا القطاع لتشمل اغلب جوانب التجارتين الداخليـــة والخارجية ، اضافة لاوجه الخدمات الاخرى التى لها علاقة مباشـــرة باهداف خطة التنمية القومية • ويشير التقرير المركزي للمؤتمر القطرى التاسع الى هذه الحقيقة بالقول :

((خطة التنمية بكاملها توظف لتوسيع وتطوير القطاع الاشتراكي فـــي الصناعة والزراعة والثقافة والخدمات العامة ، ومن اجل زيادة رفاهيـة الشعب • • • • انها تنمية اشتراكية تماما • • • •)) (٣٥) • وقد اتخذ هذا المبدأ في اطار التجارة صيغة التطبيق العملي منذ صـــدور قوانين التأميم وانشاء المؤسسات النوعية المتخصصة •(٣٦) فلا يقتصر نشاط وحدات القطاع التجارى الاشتراكي حاليا على جانب معين بذاته من جوانب النشاط التجارى ، بل انه نشاط عام وشمـــولي يرتبـط بضرورة تحقيق اهداف خطة التنمية انطلاقا مـــن ان عـــلى الدولة ((تخطيط وتوجيه وقيادة الاقتصاد الوطني بهدف : ١ ــ اقامة النظام الاشتراكي على اسس علمية ثورية)) •(٣٧)

ولايستلزم ادراك اهمية دور القطاع التجارى الاشتراكي في النشاط التجارى سوى ملاحظة مدى سعة المهام التي تتولاها وحداته في اوجـه التجارة المختلفة • فالى جانب المؤسسات النوعية المتخصصة في اطـــار الصناعة ، فان القطاع التجارى الاشتراكي يهيمن على قطاع التأمـــين وقطاع المصارف ومعظم قطاع النقل وقطاع التجارة الخارجية بمفهومـــا الواسع واغلب المفاصل الاساسية للتجارة الداخلية • فقد بلغت نسبـة تخصيصات القطاع الصناعي مثلا في خـــطة التنمـــية ١٩٧٦ ــ ١٩٨٠ (١٢٥٠٠) مليون دينار • وتهيمن الدولة من خلال وزارة التجارة على منافذ التجارة الداخلية كالاسواق المركزية والوكلاء ، اضافة لتوليهـــا مهمة تخطيط عمليات الاستيراد والتصدير وتحديد اهداف المؤســـسات

---

(٣٥) ص ١٢٦ من التقرير المركزى •
(٣٦) انظر الفقرة ٢٨٧ ومايليها من هذا الباب •
(٣٧) المادة ١٢ من الدستور •

النوعية المتخصصة من استهلاكية او انتاجية او غيرها ٠(٣٨) ويقع على عاتق وزارة الصناعة وضع سياسة التصنيع موضع التنفيذ من خلال المؤسسات النوعية والمنشات والشركات المرتبطة بها او التي تتولى انشائها ٠ وكذلك الامر بالنسبة لوزارة المالية التي يرتبط قطاع التأمين بها ، او وزارة النقل والمواصلات او وزارة الاعلام ٠٠٠ الخ ٠ من هنا فانه يجب ان يلاحظ بان وحدات القطاع التجاري الاشتراكي لاترتبط كقاعدة بجهة مركزية واحدة بل ان هناك جهات ارتباط متعددة تبعا لطبيعة ونوع النشاط الذي تمارسه ٠ بعبارة اخرى ، ان وحدات القطاع التجاري الاشتراكي تمارس نشاطها موزعة على مؤسسات نوعية متخصصة ترتبط كل مؤسسة منها بالوزارة التي تلائم النشاط النوعي المتخصص الذي تمارسه لتكون تحت اشراف سلطة الادارة المتمثلة بتلك الوزارة ٠ ولابد من الاشارة ايضا الى ان بعض وحدات القطاع التجاري الاشتراكي ، وعلى الرغم من انها تمارس نشاطا تجاريا من طبيعة واحدة ، فانها ترتبط باكثر من جهة قطاعية واحدة ٠(٣٩)

٣٠٤ـ ويجب ان يلاحظ كذلك ، وانطلاقا من ان وحدات القطاع التجاري الاشتراكي ما هي الا ادوات عملية التحول الاشتراكي ، تخضع لقوانين ذات سمات اشتراكية ٠ وقد حدد قانون اصلاح النظام القانوني ذلك بضرورة اعادة النظر في التشريعات (التجارية) المختلفة عن مواكبة التحول الاشتراكي في القطر ، وابرز التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن هذه الضرورة بالقول ((ان الموقف الطبيعي بعد قيام الثورة وتوطدها وتشييدها نظاما ثوريا يعبر عن مصالح الطبقات الكادحة ويستند

---

(٣٨) انظر على سبيل المثال نظام المؤسسة العامة لتجارة السلع الانتاجية رقم ١٩ لسنة ١٩٨٢ ، الوقائع العراقية عدد ٢٩١٠ في ١٩٨٢/١١/٨ ونظام المؤسسة العامة لتجارة السلع الاستهلاكية رقم ٢١ لسنة ١٩٨٢ الوقائع العراقية عدد ٢٩١١ في ١٩٨٢/١١/١٥ ٠

(٣٩) فعملية الاستيراد مثلا غير محدودة بجهات مركزية ، رغم ان مناهج الاستيراد مركزية ٠٠٠ ((فهناك ٢٣ جهة تابعة للقطاع الاشتراكي تقوم بمهمة الاستيراد)) للتفصيل انظر ، سعد محمد عثمان ، مصدر سابق ذكره ص ٣٠٣ ٠

الى نظرية قومية واشتراكية وديمقراطية هو اعادة النظر في القوانين والتشريعات الموروثة لتغيير ما يتطلب التغيير واصلاح ما يتطلب الاصلاح والغاء ما يستوجب الالغاء)) ٠(٤٠) وجاء التقرير المركزى للمؤتمر القطرى التاسع ليؤكد حتمية وضع قوانين تلائم مراحل التحويل الاشتراكي في القطر ((وتعكس درجة التطور الفعلي الذى بلغه المجتمع في الميادين الاقتصادية والديمقراطية والاجتماعية ، وتحقق مبدا وحدة التشريع وضمان سلامة ودقة التنفيذ والمتابعة)) (٤١) ٠ وفي ضوء هذه الاسس تم تشريع قوانين مختلفة لتنظيم النشاط التجارى لعل من اهمها كما نوهنا سابقا ، قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، وقانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ، وقانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ ، وقانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ وغيرها من القانين الاخرى ٠(٤٢)

٣٠٥ـ واذا كان دور القانون التجارى الاشتراكي في النشاط التجارى بالاهمية التى اشرنا اليها فان ذلك لايعنى وكما سبق لنا بيانه انتفاء دور القطاع الخاص تماما في التجارة ٠ فهناك في الواقع نوع من التعايش بين القطاعين بيد ان هذا التعايش يخضع لمبدأ قيادة القطاع الاشتراكي للنشاط التجارى في العراق(٤٣) ٠

الفرع الثالث

نماذج من وحدات القطاع التجارى الاشتراكي

في العراق

٣٠٦ـ سوف لن ندرج هنا سوى ثلاثة نماذج من نماذج وحدات القطاع التجارى الاشتراكي ٠ الاول للمؤسسة العامة للمشاريع الصناعية ،

---

(٤٠) التقرير السياسي ص ٢٤١
(٤١) التقرير المركزى ص ١٦٣ ٠
(٤٢) انظر الفقرة ١١ من مقدمة هذا المؤلف ٠
(٤٣) انظر التقرير المركزى ، فقرة مهمات القطاع الاشتراكي ومهمات القطاع الخاص ، من الفصل الثالث ، والصفحات ١١٨ و ١١٩ وما يليها ٠

والثاني للشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية ونظامهـا الداخـلي ، والثالث لعقد تاسيس المنشأة العامة لصناعة الاكياس البلاستكية .

٣٠٧- النموذج الاول : قانون تاسيس المؤسسة العامة للمشاريع الصناعيـة رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٢ .(٤٤)

المادة الاولى – يراد بالتعابير التالية لاغراض هذا القانون المعاني المبينـة ازاءها :

١ – الوزير : وزير الصناعات الخفيفة .

٢ – الوزارة : وزارة الصناعات الخفيفة .

٣ – وكيل الوزارة : وكيل الوزارة الذى ترتبط به المؤسسة .

٤ – المؤسسة : المؤسسة العامة للمشاريع الصناعية .

٥ – مجلس الادارة : مجلس ادارة المؤسسة .

٦ – الرئيس : رئيس المؤسسة .

٧ – المنشأة : اية منشأة عامة ملحقة بالمؤسسة .

٨ – الهيئة الاستشارية : الهيئة الاستشارية لاية منشأة .

٩ – المشاريع : المشاريع الصناعية الخفيفة التي يقرر مجلس التخطيط او من يخوله انشاءها في الوزارة او الحاقها بها وكذلك المشاريع التى تقـرر المؤسسة دراستها .

المادة الثانية – اولا – تنشا بموجب هذا القانون مؤسسة عامة باسم (المؤسسة العامة للمشاريع الصناعية) وتكون لها شخصية معنوية واستقلال مالي وادارى وتتمتع بالاهلية الكاملة لتحقيق اغراضها المنصوص عليها في هذا القانون ولهـا نظام مالي وحسابي خاص بها يقرره مجلس الادارة تراعى فيه قواعد المحاسبة

---

(٤٤) انظر الوقائع العراقية عدد ٢٨٩٨ في ١٩٨٢/٨/٢٣ . ويتالف هـذا القانون من اربع وعشرين مادة .

التجارية دون التقيد بالقوانين والانظمة المالية والحسابية المطبقة في الدوائر الحكومية وتضاف هذه المؤسسة الى المؤسسات الوارد ذكرها في المادة الاولى من قانون المؤسسات العامة رقم ١٦٦ لسنة ١٩٦٥ المعدل ٠

ـ ثانيا ـ تتكون المؤسسة مما يلي :ـ

١ ـ هيئة الدراسات ٠

٢ ـ هيئة التصاميم ٠

٣ ـ هيئة المشاريع ٠

٤ ـ دائرة التنظيم والاساليب ٠

٥ ـ دائرة الشؤون الادارية ٠

٦ ـ الدائرة القانونية ٠

٧ ـ الدائرة المالية ٠

٨ ـ دائرة المخازن والمشتريات ٠

٩ ـ المنشأة العامة للتنفيذ المباشر للصناعات الخفيفة ٠

١٠ ـ اية منشأة اخرى او هيئة او دائرة قائمة او تنشأ تقرر الوزارة الحاقها بالمؤسسة ٠

ـ ثالثا ـ تقوم المؤسسة بجمع الاعمال والتصرفات القانونية التي تحقق اغراضها والتى تشمل القضايا الادارية والمالية والتوسع في الفعاليات الصناعية ولها حق التعاقد والتملك والتصرف وتتولى المهام التالية :ـ

١ ـ جمع المعلومات والاحصائيات عن المشاريع وتنسيقها ٠

٢ ـ القيام بالدراسات الصناعية المختلفة ٠

٣ ـ القيام بدراسات الجدوى الفنية والاقتصادية للمشاريع لتحديد مدى مردودها واختيار افضل الطرق الصناعية لها ٠

٤ ـ القيام بالدراسات التفصيلية والتصاميم للمشاريع ٠

٥ ـ القيام بالدراسات لتطوير وتوسيع المشاريع ابتغاء زيادة كفاءتها ومردودها الانتاجي بما يتلاءم والتطوير العلمي والصناعي ٠

٦ ـ تهيئة اوراق المناقصات للمكائن والمعدات واعمال الهندسة المدنية لطرح تلك الاعمال في المناقصات او لطلب العروض وتنفيذها امانة او بأية طريقة مناسبة اخرى ٠

٧ ـ الاشراف على تنفيذ المقاولات واعمال المقاولين ومتابعة التزاماتهم ٠

٨ ـ دراسة العروض المستلمة وتقديم التوصيات بذلك ٠

٩ ـ القيام بمراقبة الصنع والانشاء والاشراف على الاستلام الأولي والنهائي ٠

١٠ ـ التنسيق مع الجهات المنتفعة في اعداد الاسس والمتطلبات اللازمة للتشغيل الأولي للمشاريع ٠

١١ ـ تنفيذ المشاريع والاعمال تنفيذا مباشرا ٠

المادة الثالثة ـ يجوز للمؤسسة في سبيل مهامها التعاقد مع المؤسسات أو الشركات الاستشارية العراقية والعربية والاجنبية او الاستعانة بالخبراء ومن مختلف الجنسيات ٠

المادة الرابعة ـ يتولى ادارة المؤسسة مجلس ادارة مستقل في شؤونه الادارية والمالية ويتألف من :ـ

١ ـ رئيس المؤسسة ـ رئيسا لمجلس الادارة ٠

٢ ـ رئيس المؤسسة العامة للتصميم والانشاء الصناعي في وزارة الصناعة والمعادن ـ عضوا ٠

٣ ـ رئيس المؤسسة العامة للكهرباء ـ عضوا ٠

٤ ـ المدراء العاملون ورؤساء الهيئات في المؤسسة ـ اعضاء ٠

٥ ـ عضوان من ذوى الخبره يعينهما الوزير ٠

٦ ـ عضوان من اتحاد نقابات العمال ٠

المادة الخامسة ـ يكون مجلس الادارة السلطة العليا للمؤسسة وهو الذي يتولى ادارتها ضمن خطة الوزارة وله في سبيل ذلك :ـ

١ ـ تحديد سياسة المؤسسة في مجال تصميم وتشييد المشاريع بالتعاون مع الجهات الاخرى ٠

٢ ـ اعداد الخطة الاولية للمؤسسة بعد مناقشتها ورقابة تنفيذهـــا بعد اقرارهـــا ٠

٣ ـ اقرار الميزانية التخمينية والملاك لمركز المؤسسة والمنشآت التـابعة لهـــا ٠

٤ ـ اقرار الحسابات الختامية لمركز المؤسسة والمنشآت التابعة لها ٠

٥ ـ تعيين أوجه استثمار أموال المنشآت التابعة لها وتوحيـــد وتنسيق نشاطها وفق القوانين النافذة ٠

٦ ـ الموافقة على عقد القروض الداخلية للمؤسسة والمنشآت التابعـــة لهـــا وفق القوانين النافذة ٠

٧ ـ تعيين ممثلين في ادارات المنشآت والمؤسسات التي تمتلك المؤسسة جزءا من راسمالها وانهاء عضويتهم وابدالهم ٠

٨ ـ الموافقة على العقود والاتفاقيات المتعلقة باعمال المؤسسة والمنشآت التابعة لهـــا ٠

٩ ـ اصدار التعليمات فيما له علاقة بالامور الفنية والمالية والادارية والمحاسبة وشؤون الافراد وقواعد الخدمة والانضباط في المؤسســـة والمنشآت التابعة لها ٠

١٠ـ دراسة التطوير والتوسعات المقترحة من قبل المنشـآت التـــابعة للمؤسسة وأصدار التوصية المقتضية بشأنها ٠

١١ـ القيام بجميع التصرفات والاجراءات القانونية لتحقيق أغـراض المؤسسة وفقا للقانون ٠

١٢ـ بحث أى موضوع له علاقة بالمؤسسة والمنشآت التابعة لها وأصـدار القرار اللازم بشأنه ٠

١٣ـ تخويل بعض صلاحياته لرئيس المؤسسة أو للمدراء العامين ٠

١٤ـ اقرار تشكيلات المؤسسة وفتح فروع لها داخل العراق وخارجه وتبديل هذه التشكيلات حسب مقتضيات العمل ٠

١٥ـ تحديد صلاحيات وواجبات المدراء العامين ورؤساء الهيئات والدوائر ٠

المادة السادسة ـ رئيس مجلس ادارة المؤسسة هو الرئيس الاعلى لها وتصدر الاوامر والقرارات بأسمه وهو الذي يمثل المؤسسة أمام المحاكم واللجان وفي كل ما له علاقة بالدوائر الرسمية والاشخاص الطبيعية والمعنوية وله توكيل غيره في هذا الخصوص ٠ ومن واجباته :

١ ـ تعيين الموظفين والعمال في ديوان المؤسسة ضمن الملاكات المصدقة ٠

٢ ـ تنفيذ قرارات مجلس ادارة المؤسسة ٠

٣ ـ اعداد مشروع الميزانية السنوية للمؤسسة ومراقبة تنفيذها واقتراح المشاريع التي يرى أن تقوم بها المؤسسة ورفعها الى الجهات المختصة لمناقشتها ٠

٤ ـ تقديم الميزانية الختامية لكل سنة مع حساب الارباح والخسائر مشفوعا بتقرير سنوي عن نتائج أعمالها متضمنا ايضاحات وافية لما تظهره تلك الحسابات من النتائج المالية خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من انتهاء السنة المالية التي تعود اليها تلك الحسابات ٠

٥ ـ الاشراف على شؤون منتسبي المؤسسة والمنشات والهيئات والدوائر التابعة لها ٠

٦ ـ تقديم تقارير فصلية عن سير أعمال المؤسسة واقتراح الحلول لمعالجة شؤونها الى مجلس الادارة ٠

المادة السابعة ـ تمول المشاريع التي تنفذها المؤسسة من تخصيصات خطة التنمية القومية اذا كانت تلك المشاريع ضمن القطاع الحكومي المركزي ،

أما المشاريع التي ضمن القطاع الممول ذاتيا فتمول من قبل المؤسسات ذات العلاقة ·

المادة الثامنة ـ ١ ـ تمول ميزانية النفقات الجارية لمركز المؤسسة كاملة من خطة التنمية القومية ·

٢ ـ توزع النفقات الجارية والرأسمالية للمنشأة العامة للانشاء المباشر للصناعات الخفيفة من تخصيصات المشاريع التي تقوم المنشأة بتشييدها وحسبما يقرره مجلس الادارة ·

المادة التاسعة ـ تتمتع المؤسسة بالامتيازات التالية : ـ

١ ـ اعتبارها من المؤسسات ذات النفع العام لغرض الاستملاك ·

٢ ـ تملك ما تحتاجه للقيام بأغراضها من العقارات والاراضي العائدة للدولة بدون بدل وفقا للقوانين المرعية ·

٣ ـ عدم خضوعها لاحكام قانون مخصصات موظفي الدولة رقم (٩٣) لسنة ١٩٦٧ ·

٤ ـ اعفاء جميع معاملاتها من رسم الطابع ·

٥ ـ اعفاء جميع المواد التي تستوردها واللازمة لتحقيق أغراضها من رسم الوارد الكمركي بما في ذلك العدد والالات والمكائن والاجهزة وأجزاؤها والمواد الاحتياطية والمختبرية والانشائية والمواد الاولية ووسائط النقل بمختلف أنواعها سواء كان الاستيراد قد تم من قبل المؤسسة أو بواسطة مؤسسات القطاع الاشتراكي ·

٦ ـ اعتبار أموال المؤسسة من الاموال العامة وتستوفى ديونها وفق قانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧ أو أى قانون يحل محله ·

المادة العاشرة ـ تحل المؤسسة العامة للمشاريع الصناعية محل المؤسسة العامة للتصميم والانشاء الصناعي في كافة التزاماتها وحقوقها بالنسبة للمشاريع التي يتقرر الحاقها بالوزارة ·

المادة الحادية عشرة ـ تكون مدة العضوية في مجلس الادارة سنتين قابلة للتجديد وينتخب مجلس الادارة من بين أعضائه نائبا للرئيس ويتولى رئاسة مجلس الادارة في حالة غياب الرئيس ويتم النصاب بحضور ثلثي الاعضاء بضمنهم الرئيس أو نائبه ٠

المادة الثانية عشرة ـ لمجلس الادارة أن يخول رئيس المجلس بعض صلاحياته الى كبار موظفي المؤسسة والى المدراء العاملين للمنشآت التابعة لها والهيئات والدوائر كل فيما له علاقة بوظيفته وللمجلس ان يعيد النظر في صلاحيات رئيس المجلس كما له أن يعيد النظر في صلاحيات كبار موظفي المؤسسة والمدراء العاملين للمنشآت ورؤساء الهيئات والدوائر التابعة لها ٠

المادة الثالثة عشرة ـ ١ ـ يجتمع مجلس الادارة مرة واحدة في الشهر على الاقل بدعوة من الرئيس ويجوز عقد الجلسة بناء على طلب تحريري موقع من ثلث اعضاء مجلس الادارة في الاقل يبين فيه اسباب دعوة مجلس الادارة للاجتماع خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسلمه الطلب ٠

٢ ـ يدير الرئيس أو نائبه جلسات مجلس الادارة ٠

٣ ـ تدون محاضر جلسات مجلس الادارة وقراراته في سجل خاص يوقع عليها الرئيس والاعضاء الحاضرون ويكون سكرتير مجلس الادارة مسؤولا عن تنظيم السجل المذكور والمحافظة عليه ٠

٤ ـ يعد الرئيس جدول أعمال جلسات مجلس الادارة ويرسله الى وكيل الوزارة الذي ترتبط به المؤسسة والاعضاء قبل انعقاده بثلاثة أيام على الاقل وللرئيس أو أحد أعضاء المجلس طلب بحث أى موضوع له علاقة بأعمال المؤسسة واصدار القرار اللازم بشأنه ٠

٥ ـ يجوز عقد جلسات استثنائية عند الضرورة على ان يقوم الرئيس بتبليغ الاعضاء قبل انعقاده بـ (٢٤) ساعة ٠

المادة الرابعة عشرة ـ ١ ـ يعين الوزير وكيلا لرئيس المؤسسة يقـــوم باعماله عند غيابه أو شغور وظيفته ·

٢ ـ للوزير أو الوكيل دعوة مجلس الادارة للاجتماع وله ان يحضر أيا من اجتماعاته ·

وعندئذ تكون له رئاسة المجلس ويصوت على القرارات التي يصوت عليها الوزير أو الوكيل بالايجاب مصدقة من قبله ·

المادة التاسعة عشرة ـ ١ ـ ترسل قرارات المجلس الى الوكيل قبـــل تنفيذها واذا لم يعترض عليها خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه تعتبر مصدقة وقابلة للتنفيذ ·

٢ ـ اذا اعترض الوكيل على اي قرار من قرارات المجلس يعرض اعتراضه على المجلس في أول جلسة يعقدها فاذا أصر على قراره يعرض الخلاف على الوزير ويكون قراره نهائيا ·

٣ ـ مع مراعاة أحكام الفقرة (١) من هذه المادة للوكيل تخويل المجلس تنفيذ قراراته المستعجلة دون حاجة لانتظار تصديقها من قبله ويعين في كتاب التخويل ماهية هذه القرارات على أن ترسل نسخ منهـــا للوكيل للاطلاع ·

المادة العشرون بعد المائة ـ يمارس الوزير صلاحية مجلس الادارة الى حين تشكيله ·

المادة الحادية والعشرون بعد المائة ـ للوزير فك ارتباط منشأة أو مؤسسة أو دائرة بأخرى حسب مقتضيات العمل وبعد عرض الموضوع على المجلس الاستشاري لشؤون التصنيع ·

المادة الثانية عشرة ـ ١ ـ يتم تعيين المدراء العامين للمنشآت وتحديد رواتبهم بقرار من مجلس قيادة الثورة ·

٢ ـ يتم نقل المدراء العاملين من منشاة او اخرى باقتراح من الرئيس وبقرار من الوزير ٠

المادة التاسعة عشرة ـ تحدد تشكيلات المؤسسة ومنشآتها وواجباتها واختصاصاتها بنظام داخلي يصادق عليه الوزير وينشر في الجريدة الرسمية ٠

المادة العشرون ـ تخضع المؤسسة المحدثة بموجب هذا القانون والمنشآت التابعة لها وهيئاتها ودوائرها الى احكام قانون المؤسسات العامة رقم ١٦٦ لسنة ١٩٦٥ المعدل فيما لم ينص عليه في هذا القانون والتي تتعارض وأحكامه ٠

المادة الحادية والعشرون ـ تبقى قواعد الخدمة في المؤسسة الاقتصادية الملغاة والمطبقة في المؤسسة العامة للصناعة الملغاة وتعديلاتها والتعليمات الصادرة بموجبها نافذة المفعول وتطبق على كافة موظفي المؤسسة ٠

المادة الثانية والعشرون ـ لا يعمل بالنصوص القانونية التي تتعارض صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون ٠

المادة الثالثة والعشرون ـ للوزير أصدار أنظمة وتعليمات لتسهيل تنفيذ أحكام هذا القانون ٠

المادة الرابعة والعشرون ـ ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتبارا من ١ـ١ـ١٩٨٣ ٠

٣٠٨ـ النموذج الثاني : قانون تأسيس الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية رقم(١) لسنة ١٩٧٩،(٤٥) ونظامها الداخلي رقم (٣) لسنة ١٩٧٩(٤٦) ٠

---

(٤٥) انظر الوقائع العراقية عدد ٢٦٩٣ في ٢٢ـ١ـ١٩٧٩ ٠
(٤٦) انظر الوقائع العراقية عدد ٢٦٩٧ في ١٢ـ٢ـ١٩٧٩ ٠

يتألف قانون تأسيس الشركة المذكورة أعلاه من اثنتي عشرة مادة كالاتي :

المادة الاولى ـ ١ ـ تؤسس بموجب هذا القانون شركة عامة باسم (الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية) ، ويشار اليها فيما بعد بـ(الشركة) .

٢ ـ ترتبط الشركة بوزير الاسكان والتعمير .

٣ ـ يكون المركز الرئيسي للشركة في بغداد ، ولها فتح فروع داخل العراق أو خارجه ، اذا اقتضت أعمالها ذلك .

المادة الثانية ـ للشركة شخصية معنوية واستقلال مالي واداري .

المادة الثالثة ـ تختص الشركة بالاعمال الهندسية والانشائية المتعلقة ببناء المدارس والمنشآت التربوية بصفة مقاول ، ولها في سبيل ذلك القيام بما يلي :ـ

١ ـ القيام بجميع التصرفات القانونية ، التي تتفق مع أهداف الشركة .

٢ ـ المساهمة مع الشركات والمؤسسات الوطنية والاجنبية في تنفيذ أعمال مقاولات ذات علاقة بأهداف الشركة .

٣ ـ تهيئة الكوادر الفنية وانشاء مراكز التدريب لها ، وجلب الخبرات لهذا الغرض .

٤ ـ الاقتراض بفائدة أو بدونها من المصارف ، أو من أية جهة اخرى .

المادة الرابعة ـ ١ ـ للشركة مجلس ادارة يحدد نظام الشركة الداخلي عدد أعضائه وواجباته ، يصدره وزير الاسكان والتعمير .

٢ ـ تحدد تقسيمات الشركة وواجبات كل منها ، بموجب النظام الداخلي المشار اليه في الفقرة (١) أعلاه .

المادة الخامسة ـ ١ ـ يرأس الشركة ، رئيس بدرجة رئيس مؤسسة ، ويحدد راتبه بقرار من مجلس قيادة الثورة ، بناء على اقتراح وزير الاسكان والتعمير .

٢ ــ رئيس الشركة ، هو الرئيس الاعلى لها ، وتصـــــدر القرارات والاوامر بأسمه ، وهو الذي يمثلها أمام المحاكم واللجان والدوائر الرسمية وشبه الرسمية والاشخاص المعنوية والطبيعية ، وله تخويل صلاحياته ، الى رؤساء التقسيمات التابعة للشركة ٠

المادة السادسة ــ تسري على الشركة الاحكام وقواعد الخدمةوالاستثناءات المنصوص عليها في قانون الشركة العامة للمقاولات الانشائية رقم (٧) لسنة ١٩٧٤ ، مما لا يتعارض وأحكام هذا القانون ٠

المادة السابعة ــ ١ ــ يكون رأسمال الشركة (عشرة ملايين دينـــار) ، يعتمد ويدفع من تخصيصات خطة التنمية القومية ٠

٢ ــ يجوز ، بأقتراح من وزير الاسكان والتعمير ، وموافقة مجلـــس التخطيط زيادة رأسمال الشركة ، اذا اقتضت الضرورة ذلك ٠

المادة الثامنة ــ تتالف الموارد المالية للشركة ، مما يلي :ــ

١ ــ راس المال المقرر ، بموجب المادة السابعة من هذا القانون ٠

٢ ــ واردات الشركة من الارباح ٠

٣ ــ المنح والهبات ، واية واردات اخرى تخصص بقانون ٠

المادة التاسعة ــ تخضع حسابات الشركة لرقابة ديوان الرقابة المالية ٠

المادة العاشرة ــ لايعمل بالنصوص القانونية التى تتعارض مع احكام هـــذا القانون ولاغراضه ٠

المادة الحادية عشرة ــ لوزير الاسكان والتعمير ، اصدار تعليمات لتسهيـــل تنفيذ هذا القانون ٠

المادة الثانية عشرة ــ ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويتولى الوزراء تنفيذه ٠

٣٠٩ــ النظام الداخلي للشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية رقـــم (٣) لسنة ١٩٧٩ ٠

استنادا لاحكام المادة الرابعة من قانون الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية رقم (١) لسنة ١٩٧٩ ٠

اصدرنا النظام الاتي :ــ

الفصل الاول

التعاريف

المادة الاولى – يقصد بالتعابير التالية الواردة في هذا النظام ، المعاني المبينة ازاءها :–

١ – القانون – قانون الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية .
٢ – الشركة – الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية .
٣ – الوزير – وزير الاسكان والتعمير .
٤ – الوزارة – وزارة الاسكان والتعمير .
٥ – الرئيس – رئيس الشركة ورئيس مجلس ادارتها .
٦ – المجلس مجلس ادارة الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية .
٧ – العضو – عضو مجلس ادارة الشركة العامة لمقاولات الابنية المدرسية .

الفصل الثاني

تشكيلات الشركة

المادة الثانية – تتكون الشركة ، من التشكيلات التالية :–

١ – سكرتارية مجلس الادارة .
٢ – مكتب رئيس الشركة .
٣ – دائرة التخطيط والمتابعة .
٤ – دائرة التنفيذ .
٥ – الدائرة المالية .
٦ – الدائرة القانونية .
٧ – الدائرة الادارية .
٨ – قسم التنظيم والاساليب .

المادة الثالثة ـ سكرتارية مجلس الادارة ـ يراسها موظف بعنوان (سكرتير) حاصل على شهادة ذات اختصاص ، يعاونه عدد من الموظفين ، وتقوم بالاعمال التالية :ـ

١ ـ تنظيم مناهج جلسات المجلس وايصالها الى الرئيس والاعضاء وحفظ السجلات والاوراق الخاصة بذلك ٠

٢ ـ تدوين محاضر جلسات المجلس وقراراته في سجل خاص يوقع عليه الاعضاء الحاضرون ٠

٣ ـ تبليغ قرارات المجلس الى الجهات ذات العلاقة ٠

المادة الرابعة ـ مكتب رئيس الشركة ـ يتولى اعماله موظف حاصل على شهادة جامعية اولية ، يرتبط بالرئيس مباشرة ، ويكون مسؤولا عن تنظيم مخابرات مكتب رئيس الشركة وعن اعمال القلم السرى ، ويعاونه عدد من الموظفين ٠

المادة الخامسة ـ دائرة التخطيط والمتابعة ـ يراسها مهندس له ممارسة لاتقل عن (عشر سنوات) ، ويعاونه عدد من المهندسين والموظفين ، وتقوم بالمهام التالية :ـ

١ ـ اعداد الخطة السنوية وخطة القوى العاملة وبرامج الاستيراد ٠
٢ ـ جمع البيانات الاحصائية وتحليلها ٠
٣ ـ متابعة تنفيذ المشاريع واعداد الدراسات الفنية للمشاريع الجديدة وتسعير المقاولات ٠
٤ ـ اعداد التقارير الشهرية والفصلية ٠
٥ ـ اعداد الجداول التفصيلية بالمواد المطلوبة للمشاريع ، وفق البرامج المعدة لها ٠
٦ ـ تقديم المشورة الفنية لرئيس الشركة ودوائرها ٠

المادة السادسة ـ دائرة التنفيذ ـ يراسها مهندس له ممارسة لاتقل عن (عشر سنوات) في تنفيذ المشاريع ، ويعاونه عدد من المهندسين والموظفين ، وتقوم بالمهام التالية :ـ

١ ـ تنفيذ مشاريع الشركة وتامين كل المتطلبات اللازمة لذلك .

٢ ـ صيانة وادامة كافة مكائن ومعدات الشركة .

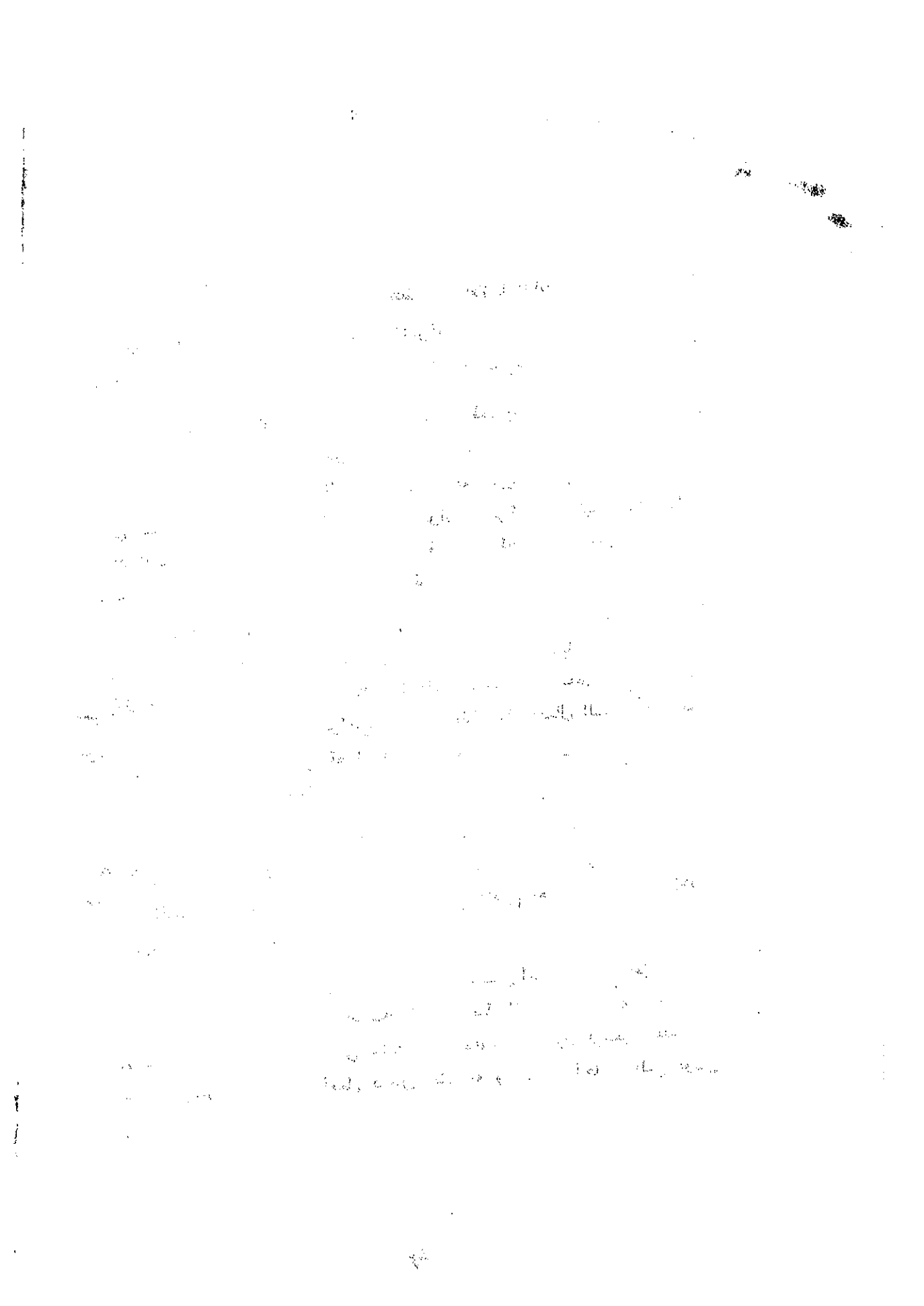
٣ ـ اعداد المناهج لتدريب الكوادر الفنية داخل المشاريع .

المادة السابعة ـ الدائرة المالية ـ يرأسها موظف بدرجة مدير من حملة الشهادات الجامعية الاولية ومن ذوى الخبرة والاختصاص . ويعاونه عدد من الموظفين ، ويقوم بكافة الامور المالية والتجارية والحسابية والمخزنية للشركة ، وتتولى تنظيم ماله مساس بحفظ وصيانة اموال الشركة ومعداتها وموادها ومسك السجلات اللازمة لها ، وترتبط بها اقسام التكاليف والرواتب والاجور والمشتريات المحلية والخارجية والمخازن .

المادة الثامنة ـ الدائرة القانونية ـ يراسها موظف بدرجة مشاور قانوني ، يعاونه عدد من الموظفين ، ويقوم هو او من ينوب عنه ، بتخويل من الرئيس ، بتمثيل الشركة لدى المحاكم والهيئات والمجالس ذات الاختصاص ، ويكون مسؤولا عن دراسة وتدقيق النواحي القانونية الخاصة باعمال الشركة وتقديم المشورة بهذا الشأن وتدقيق قضايا العقود وتنظيمها وتطبيق شروطها ، وكذلك اعداد اللوائح القانونية او اعادة دراستها .

المادة التاسعة ـ الدائرة الادارية ـ يراسها موظف بدرجة مدير من حملة الشهادات الجامعية الاولية ، ويعاونه عدد من الموظفين ، وتتولى تنظيم الامور المتعلقة بشؤون الادارة والافراد ، وتقوم بتنظيم ملاكات وسجلات واضابير موظفي وعمال الشركة .

المادة العاشرة ـ قسم التنظيم والاساليب ـ يراسه موظف لاتقل درجته عن رئيس ملاحظين من حملة الشهادات الجامعية الاولية ومن ذوى الخبرة والاختصاص . يرتبط بالرئيس مباشرة ، ويعاونه عدد من الموظفين للقيام بدراسة وتطوير اساليب العمل داخل الشركة واقتراح الحلول التي تؤدى الى تبسيطها .



الفصل الثالث

مجلـــس الادارة

المادة الحادية عشرة ـ ١ ـ المجلس ـ هو السلطة العليا في الشركة ، ويتولى ادارة شؤونها المالية والادارية والفنية • ويرسم سياستها ضمن اهداف القانون والاطار العام لخطط التنمية القومية ، ويقوم بجميع التصرفات القانونية لتنفيذ اغراض الشركة ، وفقا للقوانين والقرارات والتعليمات المرعية ، وله في سبيل ذلك القيام بما يلي :ـ

١ ـ ١ ـ وضع السياسة العامة للشركة •

١ ـ ٢ ـ وضع الاسس المالية والاصول الحسابية لها •

١ ـ ٣ ـ وضع الميزانية والملاك السنوي واقرار الحسابات الختامية لها •

١ ـ ٤ ـ تعديل تشكيلات الشركة واقسامها وشعبها بالاحداث او التغيير او الالغاء •

١ ـ ٥ ـ ابرام العقود داخل العراق وخارجه والقيام بالبيع والشراء او الاقتراض والرهن بضمان او بدونه او الايجار او الاستئجار وغير ذلك من التصرفات المالية والقانونية ، بشرط ان يكون ذلك في حدود الاعتمادات المرصدة في ميزانية الشركة •

١ ـ ٦ ـ شطب المواد والمعدات والاموال التي تفقد او تتلف على ضوء احكام القوانين المرعية •

١ ـ ٧ ـ بيع المواد والمعدات الفائضة عن الحاجة او المستهلكة او المشطوبة • وفقا للتعليمات المالية والحسابية والمخزنية التي يصدرها المجلس ، بمقتضى القانون •

٢ ـ يتالف المجلس ، من :ـ

٢ ـ ١ ـ رئيس الشركة ـ رئيسا •

٢ ـ ٢ ـ رئيس دائرة التخطيط والمتابعة ـ عضوا •

٢ ـ ٣ ـ رئيس دائرة التنفيذ ـ عضوا ٠

٢ ـ ٤ ـ رئيس الدائرة القانونية ـ عضوا ٠

٢ ـ ٥ ـ ممثل عن وزارة التربية بدرجة مديـر عام او رئيس مهندسيـن ـ عضـوا ٠

٢ ـ ٦ ـ ممثل عن وزارة الداخلية بدرجة مدير عام مهندسين ـ عضوا ٠

٢ ـ ٧ ـ ممثلين عن الاتحاد العام لنقابات العمال ـ عضوين ٠

٢ ـ ٨ ـ عضوين او اكثر من ذوى الخبرة والاختصاص ، يختارهم الوزير ٠

٣ ـ ينوب عن العضو في اجتماعات المجلس عند غيابه ، وكيله الذى يقـوم بذات اعماله ، ويتمتع بحقوقه ويلتزم بواجباته ٠

٤ ـ ينتخب المجلس من بين اعضائه ، نائبا للرئيس في اول جلسته من كـل سنة مالية ٠

٥ ـ للمجلس تخويل الرئيس بعض صلاحياته ، وللرئيس تخويل رؤوساء الدوائر والاقسام بعض صلاحياته ٠

٦ ـ يتم تعيين العضو بامر من الوزير ، بعد ترشيحه من قبل الجهة التـي يمثلها ، لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ٠

٧ ـ يجتمع المجلس مرة واحدة في الشهر على الاقل ، بدعوة من الوزير او الرئيس او خمسة اعضاء على الأقل ٠ ويتم النصاب بحضور ثلثـي الاعضاء ، على ان يكون الرئيس او نائبه من بينهم ٠

٨ ـ تصدر القرارات باغلبية اصوات الحاضرين ، وعند التساوى ، يرجـح الجانب الذى فيه الرئيس ٠

٩ ـ للمجلس ان يدعو لحضور اجتماعاته بقصد الاستفادة من معلـومـاته وخبرته من يرى من الاشخاص ، وليس لهؤلاء حق التصويت ٠

المادة الثانية عشرة ـ

١ ـ تعرض قرارات المجلس على الوزير للمصادقة عليها ، وتعتبر المصادقة حاصلة مالم يعترض عليها خلال (عشرة ايام) من تاريخ تسجيلها في ديوان الوزارة ٠

٢ ــ اذا اعترض الوزير على القرار ، يعاد للمجلس للنظر فيه ، فاذا اصر المجلس على قراره ولم يصادق عليه الوزير ، يعاد عرضه على المجلس باجتماع يرأسه الوزير ، ويعتبر القرار الذى يصدر نهائيا ٠

المادة الثالثة عشرة ــ ينشر هذا النظام في الجريدة الرسمية ويعتبر نافذا من تاريخ نشره ٠

٣١٠ــ النموذج الثالث : عقد تأسيس المنشأة العامة لصناعة الاكياس البلاستيكية ٠(٤٧)

المادة الاولى :ــ تؤسس بموجب الفقرة (الثانية) من المادة (الرابعة) من قانون المؤسسات العامة التابعة لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ ، واستنادا الى قرار مجلس ادارة المؤسسة العامة لصناعات الغزل والنسيج المرقم (٢٤) المتخذ بالجلسات (١٤٣) الاستثنائية المنعقدة بتاريخ ٢٤ ــ ٣/٥ ــ ٦ ــ ١٩٧٩ المصادق عليه من قبل وزارة الصناعة والمعادن بكتابها المرقم (م ح / ١٤٣ / ٢٨٨٤) المؤرخ في ١٩٧٩/٦/١٢ لنشأة باسم (المنشأة العامة لصناعة الاكياس البلاستيكية في تكريت) تكون لها شخصية معنوية مستقلة وتتمتع بالاهلية الكاملة لتحقيق اغراضها ٠

المادة الثانية ــ تكون اغراض المنشأة :ــ

١ ــ انتاج الاكياس البلاستيكية ومادتها الاولية حبيبات البولي بروبلين ٠

٢ ــ استيراد المواد والعدد والمكائن والاجهزة المقتضية لهذه الصناعة على اختلاف انواعها ٠

٣ ــ للمنشأة حق التعامل ببيع وتصدير انتاجها وما يتصل بها وتوزيعها في الداخل ، واعادة تصديرها ومقايضتها مع منشات القطاع الاشتراكي والمختلط والخاص والشركات الاجنبية داخل العراق وخارجه وصناعتها كليا او جزئيا ، ولها استعمال جميع الطرق والخبرة المتوفرة والتي ستتوفر في المستقبل ، بغية تحقيق هذه الاغراض ٠

---

(٤٧) انظر الوقائع العراقية عدد ٢٧٢٣ في ١٩٧٩/٧/٣٠ ٠

المادة الثالثة ـ للمنشأة ان تحصل على الوكالات الخاصة بالمواد الواردة في المادة (الثانية) اعلاه من الشركات الاجنبية ، وان تمثل هذه الشركات في العراق بالنسبة للمواد المذكورة ، ولها ان تحصل على جميع الوكات التجارية والصناعية التي لها علاقة بتحقيق اغراضها ·

المادة الرابعة ـ للمنشأة ان تمتلك بطريقة الشراء وبالاستملاك وبالطرق القانونية الاخرى ، وان تحصل على جميع الاموال المنقولة وغير المنقولة والحقوق العقارية لبناء المخازن والمعامل والمرافق الاخرى التي تحتاجها ، وشراء جميع الاجهزة والمكائن والمعدات لتحقيق اغراضها ، ولها ان تتاجر وتتصرف بهذه الاموال بكافة التصرفات القانونية والتجارية المعتبرة عرفا وقانونا ·

المادة الخامسة ـ للمنشأة ان تتعاقد وتدخل في جميع عقود المعارضة وغيرها لعقد جميع الصفقات كأصيل او وكيل بالعمولة او وكيل تجاري او ممثل تجاري ، ولها ان تعين الوكلاء بالعموله والوكلاء التجاريين لتمثيلها داخل العراق وخارجه ·

المادة السادسة ـ للمنشأة ان تفتح باسمها المخازن والمحلات والمعارض والمراكز في مختلف انحاء العراق · مع مراعاة احكام القوانين المرعية ، ولها ان تشترى الاراضي لتشييد بنايات لمخازنها ومعارضها ودوائرها ومعاملها ومحلاتها ومراكزها ولاى غرض اخر يتعلق بتوزيع المواد المبينة في المادة (الثانية) اعلاه ·

المادة السابعة ـ للمنشأة ان تحصل وتشترى وتستأجر باجازة او بغيرها من الطرق القانونية اية براءة اختراع او امتيازا او تركيبات او اختراعات وطرق سرية للانتاج واية علامة او اسماء تجارية او صناعية ونماذج او اى حق امتياز من حقوق الملكية الصناعية بأية طريقة تعتبرها مناسبة لتحقيق اغراضها ·

المادة الثامنة ـ

أ ـ للمنشأة ان تقترض وان تحصل على اية مبالغ من النقود من المصارف والمؤسسات المالية بالطرق التى تعينها قوانين المؤسسات العامة التابعة

لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ ، والمؤسسات العامة رقم (١٦٦) لسنة ١٩٦٥ ، والشركات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ ، بغية تحقيق اغراضها ٠

ب ـ للمنشأة حق التعامل واستعمال جميع الاوراق التجارية والمالية ، ولها ايداعها مع موجوداتها غير الثابتة لدى المصارف ، ولها حق السحب والقبول والتظهير والرهن والتنفيذ اجرائيا لاية سندات اذنية او كمبيالات او اوراق شحن او وصولات مخازن او صكوك ، ولها حق التعامل باسهم وسندات الشركات ومنشأة القطاع الاشتراكي والمختلط والخاص ، مع مراعاة الاحكام القانونية بهذا الصدد ٠

المادة التاسعة ـ للمنشأة بغية التوصل لتحقيق اغراضها ، ان تشترك في تاسيس شركات تابعة او حمولة من قبلها ، ولها ان تشترى اسهم هذه الشركات وسندات استقراضها وان تقبل موجوداتها ومطلوباتها وان تحصل على الاكثرية فيها باية طريقة تراها مناسبة ، مع مراعاة الاحكام الواردة في قوانين المؤسسات العامة التابعة لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٦٥ ، والشركات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ ٠

المادة العاشرة ـ

أ ـ يكون راسمال المنشأة الاسمي (١١٫٠٠٠٫٠٠٠) احد عشر مليون دينار ٠

ب ـ تكون مسؤولية المنشأة محدودة براسمالها الاسمي ٠

المادة الحادية عشرة ـ تضم المنشأة ، الى المؤسسة العامة لصناعات الغزل والنسيج وتشكل فيها هيئة استشارية تساعد مديرها العام في ادارتها ، مع مراعاة احكام قانون المؤسسات العامة التابعة الوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ ، والنظام الداخلي للمؤسسات العامة الانتاجية ، وتعتبر الاحكام الواردة في هذا النظام ، بمثابة النظام القانوني الاساس لهذه المنشأة ٠

المادة الثانية عشرة ـ يكون مركز المنشأة في تكريت ، ولها فتح فروع داخل العراق وخارجه ، مع مراعاة الاحكام الواردة في قوانين المؤسسات العامة

التابعة لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ ، والنظام الداخلي الصادر بموجبه ٠

المادة الثالثة عشرة ـ لاتخضع المنشاة لاحكام قانون الشركات التجارية ، الا في الحالات التي ينص عليها في هذا العقد ٠

المادة الرابعة عشرة ـ مع مراعاة احكام قانون المؤسسات العامة التابعة لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ ، والنظام الداخلي للمؤسسات العامة الانتاجية بموجبها وتعديلها ، يعتبر هذا العقد نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ٠

المصـــادر

اولا ـ باللغـة العـربية

١ ـ الدكتور احمد ابراهيم البسام :

ـ مبادىء القانون التجارى ، الجزء الاول ، بغداد ، ١٩٦١ ٠

٢ ـ الدكتور احمد حسني :

ـ البيوع البحرية ، دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية (سيف وفوب) الاسكندرية ، ١٩٨٣ ٠

٣ ـ الدكتور ادور عبد :

ـ العقود التجارية وعمليات المصارف ، بيروت ، ١٩٦٨ ٠

٤ ـ الدكتور اسماعيل صبرى عبد الله :

ـ القطاع العام بين الراسمالية والاشتراكية ، مجلة الطليعة ، القاهرة ، ١٩٦٦ ٠

٥ ـ الدكتور اكثم امين الخولي :

ـ دوروس في القانون التجارى ، القاهرة ، ١٩٦٨ ٠

ـ الموجز في القانون التجارى ، القاهرة ، ١٩٧٠ ٠

٦ ـ الدكتور اكرم ياملكي :

ـ الوجيز في شرح القانون التجارى العراقي ، بغداد ج١ ط٣ ١٩٧١ ٠

٧ ـ الدكتور اكرم ياملكي والدكتور باسم محمد صالح :

ـ القانون التجارى ، القسم الاول ، بغداد ، ١٩٨٢ ٠

٨ ـ البشير زهرة :

ـ التامين البرى ، دراسة تحليلية لعقود التامين ، تونس ، ١٩٧٥

٩ ـ الدكتور حافظ محمد ابراهيم :

ـ القانون التجارى العراقي ـ النظرية العامة ، بغداد بدون سنة طبـــع ٠

١٠ ـ الدكتور حسن الخطيب :
ـ مبادىء القانون التجاري العراقي ، البصرة ، ١٩٦٧ .

١١ ـ حسن النجفـــي :
ـ البيوع الدولية ، بغداد ، ١٩٧٣ .

١٢ ـ الدكتور حسن الهداوي :
ـ الحماية القانونية للرسم والنماذج الفنية ، مجلة القضـــاء ، بغداد ، ١٩٨٣ .

١٣ ـ دينس لويد :
ـ فكرة القانون ، تعريب سليم الصويص ، مراجعة سليم بسيسو الكويت ١٩٨١ .

١٤ ـ الدكتور ثروت حبيب :
ـ دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، القاهرة ، ١٩٧٤ .

١٥ ـ الدكتور رزق الله انطاكي :
ـ الحسابات والاعتمادات المصرفية ، دمشق ، ١٩٦٩ .

١٦ ـ الدكتور رزق الله انطاكي ونهاد السباعي :
ـ الوجيز في الحقوق التجارية ، دمشق ، ١٩٦٣ .
ـ موسوعة الحقوق التجارية ، الجزء الثالث ، المصارف والاعمـال المصرفية ، دمشق ، ١٩٥٨ .

١٧ ـ سعد محمد عثمان :
الاسس النظرية للتطبيق الاشتراكي في العـــراق ومكامـــن خصوصيتها القومية في منظور حزب البعث العربي الاشتراكي ، بغداد ، ١٩٨١ .

١٨ ـ الدكتور سعدون القشطيني :
ـ محاضرات في التأمين ، بغداد ، ١٩٧٤ ـ ١٩٧٥ .

١٩ ـ سعيد عبود السامرائي :
ـ القطاع العام في العراق ، بغداد ، ١٩٧١ .

٢٠ ـ الدكتور سلامة عبد الله :
ـ الخطر والتامين ، الاصول العلمية والعملية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ٠

٢١ ـ الدكتورة سميحة القليوبي :
ـ الموجز في القانون التجاري ، القاهرة ، ١٩٧٢ ٠

٢٢ ـ الدكتور صلاح الدين الناهي :
ـ الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، جا ، ٢ ط٤ ، بغداد ، ١٩٦٢ ٠

٢٣ ـ الدكتور طالب حسن موسى :
ـ مبادىء القانون التجاري ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٧٦ ٠
ـ الاثبات التجاري وقانون الاثبات العراقي ، ١٩٧٩ ٠
ـ ملاحظات في قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ، القضاء ، بغداد ، ١٩٨٣ ٠

٢٤ ـ الدكتور عادل سيد فهيم :
ـ نظرية التاميم ، القاهرة ، ١٩٦٧ ٠

٢٥ ـ عبد الجبار المشهداني :
ـ النظام القانوني لشركات القطاع المختلط ، دراسة مقارنة ، بغداد ، ١٩٨١ ٠

٢٦ ـ الدكتور عبد الحي حجازي :
ـ العقود التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ٠

٢٧ ـ الدكتور عبد الرزاق السنهوري :
ـ الوسيط ، المجلد الثاني ، القاهرة ، ١٩٦٤ ٠

٢٨ ـ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار :
ـ احكام التامين في القانون المدني والشريعة ، القاهرة ، ١٩٦٤ ٠

٢٩ ـ الدكتور عزيز عبد الامير العكيلي :
ـ دور سند الشحن في عقد البيع كاف او سيف ، رسالة دكتوراة القاهرة ، ١٩٧١ ٠

٣٠ ـ الدكتور علي البارودى :
ـ العقود وعمليات البنوك التجارية ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ .
ـ القانون التجارى اللبناني ، بيروت ، ١٩٧٢ .
ـ العقود وعمليات البنوك التجارية ، الاسكندرية ، ١٩٦٦ .

٣١ ـ الدكتور علي الزيني :
ـ اصول القانون التجارى ، النظرية العامة والشركات ، القاهرة ١٩٤٥ .

٣٢ ـ الدكتور علي حسن يونس :
ـ القانون التجارى ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

٣٣ ـ الدكتور علي سلمان العبيدى :
ـ الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ، ١٩٧٤ .

٣٤ ـ الدكتور غريب الجمال :
ـ المنشآت الاقتصادية العامة ، خصائصها في الاقتصاد الاشتراكي الاسكندرية ، ١٩٦٧ .

٣٥ ـ الدكتور فائق محمود الشماع :
ـ العمليات المصرفية ، محاضرات على الالة الكاتبة ، بغداد ، ١٩٧٩ ـ ١٩٨٠ .

٣٦ ـ الدكتور فتحي عبد الصبور :
ـ الشخصية المعنوية للمشروع العام ، ١٩٧٣ .

٣٧ ـ الدكتور فريد مشرقي :
ـ اصول القانون التجارى المصرى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

٣٨ ـ الدكتور فوزى رشيد :
ـ الشرائع العراقية القديمة ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٧٩ .

٣٩ ـ الدكتور فوزى محمد سامي والدكتور فائق الشماع :
ـ الاوراق التجارية ، بغداد ، ١٩٨٢ .

٤٠ ـ فيصل عذب حاجم :
ـ مسؤولية الناقل الجوى في نقل الاشخاص ، بغداد ، ١٩٨٣ .

٤١ ـ كاتـــزروق :
ـ نظرية التأميم ، ترجمة الدكتور عباس الصراف ، بغداد ، ١٩٧٢

٤٢ ـ الدكتور محسن شفيق :
ـ القانون التجارى الكويتي ، الكويت ، ١٩٧٢ .
ـ الموجز في القانون التجارى ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٤٣ ـ الدكتور محمد حسني عباس :
ـ الوجيز في النظرية العامة للقانون التجارى ، الاسكـــندرية ، ١٩٦٩ .

٤٤ ـ الدكتور محمد دويدار :
ـ اقتصاديات التخطيط الاشتراكي ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٤٥ ـ الدكتور محمد صالح :
ـ شرح القانون التجارى ، المصرى ، الجزء الاول ، القاهـــرة ، ١٩٣٣ ـ ١٩٣٤ .

٤٦ ـ الدكتور محمد فريد العريني :
ـ القانون التجارى اللبناني ، بيروت ، ١٩٨٣ .

٤٧ ـ الدكتور محمد فؤاد مهنا :
ـ القانون الادارى العربي ،القاهرة ، ١٩٦٧ .

٤٨ ـ الدكتور محمد علي شتا :
ـ القطاع العام النظرية والتطبيق ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

٤٩ ـ الدكتور محمد علي رضا الجاسم :
ـ القواعد الاساسية في الاقتصاد التطبيقي ، بغداد ، ١٩٦٩ .

٥٠ ـ الدكتور محمد ملش :
ـ محاضرات عن مبادىء التشريع البحرى الموحد للامة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٧ ـ ١٩٥٨ .

٥١ ـ الدكتور محمد مدحت عزمي :
ـ علاقات المشروع العام بالعملاء والموردين ، دراسة قانونية مقارنة ، الاسكندرية ، ١٩٧١

٥٢ ـ الدكتور محمود سمير الشرقاوى :
ـ القانون التجارى ، الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
ـ القانون البحرى ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

٥٣ ـ مصطفي رضوان :
ـ مدونة الفقة والقضاء في القانون التجارى ، الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

٥٤ ـ الدكتور مصطفي كمال طه :
ـ الوجيز في القانون التجارى ، الجزء الاول ، الاسكندرية ، ١٩٦٤ .
ـ القانون التجارى ، ١٩٨٢ .

٥٥ ـ الدكتور مجيد حميد العنبكي :
ـ قانون النقل العراقي ، المبادىء والاحكام ، بغداد ، ١٩٨٤ .

٥٦ ـ الدكتور نورى طالباني :
ـ القانون التجارى ، الجزء الأول ، النظرية العامة ـ الطبعة الثانية ، بغداد ١٩٧٩ .

٥٧ ـ همام عبد الغني :
ـ معالجات في التجارة الداخلية ، منشورات الثورة ، بغداد ، ١٩٧٧ .

ثانيا ـ باللغة الفرنسية

١ ـ اسكار : Escarra

ـ محاضرات في القانون التجارى ، ١٩٦٩ ، باريس ٠

٢ ـ رينية روبلو : R. Robolot

ـ القانون التجارى ، باريس ، ١٩٦٤ ٠

٣ ـ ريفيران : Reverand

ـ العمل التجارى ،معياره القانوني ،والالتزام ،باريس،١٩٣٧٠

٤ ـ كابتان : H. Capitant

ـ في سبب الالتزامات ، الطبعة الثالثة ، باريس ، ١٩٢٨ ٠

٥ ـ بارين : R. Barraine

ـ القانون التجارى ، باريس ، ١٩٧٣ ٠

٦ ـ هامونك : G. Hamomic

ـ محاضرات في القانون التجارى ، باريس ،١٩٤٧ ٠

٧ ـ بروبار ولاروش : G. Brulliard et D. Laroche

ـ مبادىء القانون التجارى ، باريس ، ١٩٥٠ ٠

٨ ـ لكال : J. P. Le Gall

ـ القانون التجاري ، باريس ، ١٩٨٥ ٠

٩ ـ دروب : J . Derrupe

ـ العمل التجاري ، التجار ، والمحل التجاري ، المجلة الفصلية للقانون التجارى ، العدد ٤ ، باريس ، ١٩٨٣ ٠

١٠ ـ جاك مون : A. Jacquemont

ـ فصلية القانون التجارى والشركات ، الطبعة الثانية ،باريس، ١٩٨٥ ٠

١١ ـ ديليون : Delion

ـ نظام المنشات العامة ، باريس ، ١٩٦٣ ٠

١٢ ـ بيللو : R. Bellot

ـ الشرح النظرى والعملي للبيع كاف ، باريس ،بدون سنةطبع.

١٣ ـ شاستنيه : CHASTENIER

ـ تقرير عن مشروع القانون الخاص بالتأمين على الحياة ،ملحق الجريدة الرسمية ، باريس ، ١٩٠٣ .

١٤ ـ بول شوفو : Paul CHALIVEAU

ـ شرح القانون البحرى ، باريس ، ١٩٥٨ .

١٥ ـ شيرون : CHERON

ـ ميادىء القانون التجارى الفرنسي ،باريس ،بدون سنة طبع.

١٦ ـ ارتوكورتي : Arthur CURTI

ـ موجز القانون المدني والتجارى ، بدون سنة طبع .

١٧ ـ دشام : DESCHAMPS

ـ وثيقة حريق نموذجية منشورة في المجلة العامة للتأمين البرى. باريس ، ١٩٥٩ .

١٨ ـ بول ديديه : Paul DIDIER

ـ القانون التجارى ، باريس ، ١٩٧٠ .

١٩ ـ مورس فوك : Maurice FAUQUE

ـ التأمين ، باريس ، ١٩٦٥ .

٢٠ ـ فوارستيه : FOURASTIE

ـ التأمين من الناحية الاقتصادية ، باريس ، بدون سنة طبع . باريس ، ١٩٥٩ .

٢١ ـ كودير : GODERT

ـ عقد بيع ((ثمن ، تأمين ،نقل)) بيع كاف ، باريس ، ١٩٢٥.

٢٢ ـ جان كينو : Jean GUYENOT

ـ دروس في القانون التجارى ، ١٩٦٨ .

٢٣ ـ هاميل ولاكارد : HAMET et LAGARDE

ـ شرح القانون التجارى ، الجزء الاول ، باريس ، ١٩٥٤ .

٢٤ ـ جوزيف هيمار : Joseph HEMARD

ـ التأمين البرى نظرية وتطبيقا ، الجزء الاول ، باريس ،١٩٢٤ ٠

٢٥ ـ هوان ورودييير : HOUIN et RODIERE

ـ دروس اولية في القانون التجارى ، ١٩٧١ ٠

٢٦ ـ جورج هوبرشت : Jeorge HUBRECHT

ـ المفهوم الاساسي للقانون التجارى ، ١٩٧٦ ٠

٢٧ ـ جوبير : JAUBERT

ـ البيوع البحرية ، بحث منشور في المجموعة القانونية التجارية ، باريس ، ١٩٦٧ ٠

٢٨ ـ الفريد جوفويه : ALFRED JAUFRET

ـ موجز القانون التجارى ، باريس ، ١٩٧٥ ٠

٢٩ ـ جوكلار وابيوليتو : JUGLART et IPPOLITO

ـ دروس القانون التجارى ، الجزء الاول الطبعة الرابعة ، باريس ، ١٩٧١ ٠

٣٠ـ ليون جوليو دلاموارندير Leon JULIOT De la MORANDIERE

ـ القانون التجارى ، الطبعة السادسة ، باريس ، ١٩٣٦ ٠

٣١ ـ لاكـــور : LACOUR

ـ الوجيز في القانون التجارى ، الطبعة السادسة ، باريس ، ١٩٣٦ ٠

٣٢ ـ لافارج : LAFARGE

ـ تقرير عن قانون ١٩٣٠ في التأمين ، باريس ، ١٩٣٦ ٠

٣٣ ـ لبلان : LE BLANC

ـ التامين من الناحية الاقتصادية ، بدون سنة طبع ٠

٣٤ ـ فرانسي لمونييه : Francis LEMEUNIER

ـ مبادىء وتطبيقات القانون التجارى ، ١٩٧٨ ٠

٣٥ ـ جيرارليون ـ كان : Gerard LYON — CAEN

ـ مساهمة في البحث عن مفهوم القانون التجاري ، المجلة الفصلية للقانون التجاري ، باريس ٩٤٩ .

٣٦ ـ ليون كان ورنيو : LYON — CAEN et RENAUIT

ـ القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، باريس ، ١٩٢١ والجزء الثالث ، ١٩٣٣ .

٣٧ ـ بيكارو بسون : PICARD et BESSON

ـ التأمين البرى في القانون الفرنسي ، الجزء الاول ، باريس ، ١٩٧٠ .

٣٨ ـ بلانيول : PLANIOL

ـ شرح القانون المدني ، الطبعة الرابعة ، الجزء الثاني ،باريس، ١٩٥٧ .

٣٩ـ اوكست رينال وبرنز : A.R. WERNER

ـ شرح القانون البحرى العام ، ١٩٦٤ .

٤٠ ـ ريبير وروبلو : RIPERT et ROBLOT

ـ الوجيز في القانون التجارى ، باريس . الجزء الاول . الطبعة الرابعة ، ١٩٦٣ والطبعة السادسة ، ١٩٧٢ .

٤١ ـ رينيه روديير : Rene RODIERE

ـ القانون البحرى ، الطبعةة السادسة ، باريس ، ١٩٧٤ .

٤٢ ـ تالر وبيرسرو : THALLER et PERCEROU

ـ شرح القانون التجارى ، الطبعة الثامنة ، الجزء الاول ،باريس ، ١٩٣١ .

٤٣ ـ بيير كوبنس : Pierre Coppens

ـ محاضرات في القانون التجاري ، ط٤ ، باريس ١٩٨٥ .

ثالثا ـ باللغة الانكليزية

١ ـ دينسدال : DINSDAL

ـ مبادىء التأمين ، لندن ، ١٩٦٥ .

فهـــرس

	الصفحة
مقدمة عامـة	٣
اولا : تطور القانون التجاري	٣
ثانيا : واقع القانون التجاري في العراق واصلاح النظام القانوني فيه	١١
ثالثا : مصادر القانون التجاري	١٨
البـــاب الاول	
الاعمال التجارية والتاجـــر	٢٥
تمهيـد وتقسـيم	٢٥
نطاق تطبيق القانون التجاري	٢٥
النظرية الذاتيـة	٢٥
النظرية الموضوعيـة	٢٦
الفصـــل الاول	
الاعمـــال التجاريـــة	٢٨
تمهيد وتقســـيم	٢٩
الفـــرع الاول	
المقصود بالعمـل التجـاري	٣٢
التعريف بالعمل التجاري	٣٢
نظرية المضاربـة	٣٢
نظرية التـداول	٣٤
نظرية الشـــروع	٣٥
نظرية الحرفـة	٣٦
نظرية السبب	٣٧

الصفحة

الفـــرع الثانـــي

النظام القانوني للعمل التجارى ٣٩

تمهيد وتقسيم : ٣٩

اولا : من حيث الاختصاص القانوني ٣٩

ثانيا : من حيث اكتساب الصفة التجارية ٣٩

ثالثا : من حيث الافلاس ٤٠

رابعا : من حيث الفوائد ٤٠

خامسا : من حيث صفة الاستعجال ٤٢

سادسا : من حيث النفاذ المعجل ٤٢

سابعا : من حيث التنفيذ المباشر ٤٣

ثامنا : من حيث الاختصاص القضائي ٤٣

الفـــرع الثالـــث

انواع الاعمال التجارية ٤٥

تمهيد التقسيم ٤٥

المبحث الاول

الاعمال التجارية المنفردة ٤٨

اولا : شراء المنقول او العقار لاجل البيع او التأجير بقصد الربح ٤٨

١ ـ شرط الشراء لاجل البيع ٤٩

اولا : عملية الشراء ٤٩

ثانيا : عملية البيع او الاجارة ٥٢

٢ ـ شرط البيع ٥٤

٣ ـ شرط توفر قصد الربح ٥٤

ثانيا : الاستئجار لاجل التأجر ثانية بربح ٥٥

ثالثا : الاعمال المتعلقة بالتعامل في اسهم الشركات وسنداتها ٥٦

رابعا : الاعمال المتعلقة بالاوراق التجارية ٥٨

الصفحة

المبحث الثاني

الاعمال التجارية الواردة بصيغة المشروع التجري
(الاعمال المحترفة) ٦٢

اولا : توريد البضائع ٦٣

ثانيا : استيراد البضائع او تصديرها واعمال الاستيراد والتصدير ٦٤

ثالثا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية ٦٥

رابعا : النشر والطباعة والتصوير والاعلان ٦٧

خامسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة ٦٨

سادسا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم
ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى ٦٨

سابعا : البيع في محلات المزاد العلني ٧٠

ثامنا : نقل الاشياء او الاشخاص ٧٠

تاسعا : شحن البضائع او تفريغها او اخراجها ٧٢

عاشرا : استيداع البضائع في المستودعات العامة ٧٢

احدى عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية . ٧٤

ثاني عشر : عمليات المصارف ٧٥

ثالث عشر : **التامين** ٧٧

رابع عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل واعمال الوساطة التجارية الاخرى . ٨٠

الفصل الثاني

التاجر ٨٥

تمهيد وتقسيم ٨٥

الفرع الاول

الشخص الطبيعي للتاجر ٨٦

اولا – الاحتراف ٨٧

الصفحة

١ ـ الدولة والاشخاص المعنوية العامة ٩٣
٢ ـ الحرفيـــون ٩٥
ثانيا : ممارسة النشاط التجارى باسم الشخص ولحسابه الخاص ٩٧
ثالثا : الاهليـة التجاريـة ٩٩
١ ـ كامل الاهلية ١٠٠
٢ ـ الصغير غير المميز ١٠٤
٣ـ القاصـر المـأذون ١٠٨

الفـــرع الثانـــي

الشخص المعنوى التاجر ـ الشركة التجارية ١١٤

الفـــرع الثالـــث

واجبات التاجر ١١٧

المبحث الاول

التسجيل في السجل التجاري : ١١٨
تمهيـد : مفهوم السجل التجارى واهميته ١١٨
١ ـ تنظيم السجل التجارى ١٢١
٢ ـ شروط التسجيل في السجل التجارى ١٢٤
٣ ـ البيانات الواجبة التسجيل في السجل ١٢٥
أ ـ البيانات الخاصة بالشخص الطبيعي ١٢٥
ب ـ البيانات الخاصة بالشخص المعنوي ـ الشركة التجارية ـ ١٢٧
جـ ـ البيانات الواجبة التأشير من قبل القضاء ١٢٩
٤ ـ شطب القيد من السجل ١٣٠
٥ ـ الاثار القانونية للتسجيل ١٣٢
٦ ـ جزاء الاخلال بالتزام التسجيل ١٣٣
١ ـ الجزاء الجنائى ١٣٤
٢ ـ الجزاء المدني ١٣٤

الصفحة

أ ـ حالة اهمال التسجيل والتشطب وذكر مايفيد التسجيل في السجل ١٣٤

ب ـ حالة الادلاء ببيانات وهمية كاذبة ١٣٤

المبحث الثاني

الاسم التجاري ١٣٥

تمهيد ١٣٥

١ ـ المقصود بالاسم التجاري ١٣٦

٢ ـ تميز الاسم التجاري عن مايشتبه به ١٣٩

٣ ـ واجب اتخاذ اسم تجاري ١٤٢

٤ ـ حماية الاسم التجاري ١٤٤

المبحث الثالث

الدفاتر التجارية ١٤٥

تمهيد ١٤٦

١ ـ انواع الدفاتر التجارية ١٤٦

١ ـ الدفاتر الالزامية ١٤٧

١ ـ دفتر اليومية ١٤٧

٢ ـ دفتر الاستاذ ١٤٩

٣ ـ ملف صور المراسلات والوثائق ١٥١

ب ـ الدفاتر الاختيارية ١٥١

١ ـ دفتر المسودة ١٥٢

٢ ـ دفتر الصندوق ١٥٢

٣ ـ دفتر الاوراق التجارية ١٥٢

٤ ـ دفتر المخزن ١٥٢

٢ ـ القواعد الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ١٥٣

١ ـ اصول مسك الدفاتر التجارية ١٥٣

الصفحة

ب ـ الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاة قواعد القانون الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ١٥٦ ١٥٧
٣ ـ تقديم الدفاتر التجارية للقضاء ١٥٧
الطريقة الاولى التقديم او الاطلاع الجزئي ١٥٩
الطريقة الثانية التسليم او الاطلاع الكلي
٤ ـ الدفاتر التجارية وحجيتها في الاثبات ١٦٢
١ ـ الاحتجاج بالدفاتر التجارية على الغير ١٦٢
٢ ـ احتجاج الغير بالدفاتر التجارية ١٦٤

المبحث الرابع

الامتناع عن المنافسة غير المشروعة ١٦٦
اولا : المنافسة غير المشروعة قانونا ١٦٧
١ ـ صور المنافسة غير المشروعة ١٦٨
٢ ـ الجزاءات ١٦٩
أ ـ الجزاء المدني ١٧٠
ب ـ الجزاء الجنائي ١٧٠
ثانيا : المنافسة الممنوعة اتفاقا ١٧١

الباب الثاني

العقود التجارية والعمليات المصرفية ١٧٣
تمهيد وتقسيم ١٧٣

الفصل الثالث

العقود التجارية ١٧٥
تمهيد ١٧٥

الفرع الاول

عقد النقل

تمهيد ١٧٥

الصفحة

اولا : اهمية عقـد النقـل ١٧٨
ثانيا : اختلاف احكام النقل باختلاف وسائل النقـل ١٨٠
ثالثا : انواع عقـد النقـل ١٨٠

المبحث الاول

اطراف عقد النقل والشروط اللازمة لابرامه : ١٨٢
اولا : اطراف عقـد النقـل ١٨٢
ثانيا :انعقاد عقـد النقل ١٨٣
١ ـ الرضـــا ١٨٣
٢ ـ الاهليـــة ١٨٤
٣ ـ المحـــل ١٨٥
٤ ـ الســـبب ١٨٦

المبحـث الثانـي

الاثار القانونية لعقد النقل : ١٨٧
اولا : اثار العقد في نقل الشـيء ١٨٧
أ ـ التزامات المرسل وحقوقه ١٨٧
ب ـ التزامات الناقل وحقوقه ١٩٣
١ ـ تسلم الشيء ١٩٣
٢ ـ شحن الشـيء ١٩٤
٣ ـ المحافظة على الشيء ١٩٦
٤ ـ نقل الشيء ١٩٥
٥ ـ تفريغ الشيء ١٩٧
٦ ـ تسـليم الشيء ١٩٨
ب ـ حقـوق الناقـل ١٩٩
الحـق بالاجـرة ١٩٩
فحـص الشيـء ١٩٩
التأكد من صحة البيانات التي يقدمها المرسل ١٩٩
ج ـ التزامات المرسل اليه وحقوقه ٢٠٢

	الصفحة
ثانيا :اثار العقد في نقل الاشخاص	٢٠٤
أ ـ التزامات الناقل وحقوقه	٢٠٥
١ ـ نقل الراكب وامتعته	٢٠٥
٢ ـ المحافظة على سلامة الراكب	٢٠٧
ب ـ التزامات الراكب وحقوقه	٢٠٩
١ ـ اداء اجـرة النقـل	٢٠٩
٢ ـ اتباع تعلميات الناقل	٢١٣
ثالثا : مسؤولية الناقـــل	٢١٤
أ ـ مسؤولية الناقل في نقل الاشياء	٢١٤
ـ المسؤولية في النقل المتعاقب	٢٢٢
ب ـ مسؤلية الناقل في نقل الشخص	٢٢٣
الفـــرع الثانـــي	
الوكالة بالعمولـة	٢٢٦
تمهيـــد	٢٢٦
التعريف بالوكالة بالعمولة والتمييز بينها وبين التمثيل التجارى	٢٢٦
تجارية عقد الوكالة بالعمولة	٢٢٧
القواعد التي تحكم عقد الوكالة بالعمولة	٢٣١
المبحث الاول	
التزامات الوكيل :	٢٣٢
اولا : تنفيذ العمل وفق تعلميات الوكيل	٢٣٢
ثانيا المحافظة على اموال الموكل	٢٣٤
ثالثا : اطلاع الموكل على سير الوكالة وتقديم حساب عنها	٢٣٦

	الصفحة
المبحث الثاني	٢٣٨
التزامات الموكل :	٢٣٨
اولا : دفع الاجرة او العمولة	٢٣٨
ثانيا : رد المصاريف	
المبحث الثالث	٢٤٠
الضمانات :	٢٤٠
اولا : ضمانات الوكيل	٢٤٠
ثانيا : ضمانات الموكل	٢٤١
المبحث الرابع	
اثار الوكالة بالنسبة للغير :	٢٤٢
الفرع الثالث	
عقد التامين	٢٤٣
المقصود بالتامين	٢٤٣
تعريف التامين	٢٤٥
اهمية التامين :	٢٤٦
أ ـ اداة للامان	٢٤٧
ب ـ اداة تكوين لرؤوس الاموال	٢٤٧
ج ـ اداة ائتمان	٢٤٨
الاسس الفنية للتامين :	٢٤٨
أ ـ المساهمة	٢٤٩
ب ـ الاحصاء	٢٤٩
ج ـ الخطر	٢٥٠
د ـ اعادة التأمين	٢٥١
هـ ـ التدارك	٢٥٢

	الصفحة
المبحث الاول	
ابرام عقد التامين :	٢٥٣
١ ـ اطراف عقد التامين	٢٥٤
أ ـ المؤمـــن	٢٥٥
ب ـ المؤمن له	٢٥٦
ج ـ المستفيـــد	٢٥٧
٢ ـ الشروط القانونية اللازمة لابرام عقد التامين	٢٥٨
أ ـ التراضـــي	٢٥٩
١ ـ الاهليـــة	٢٥٩
٢ ـ عيـوب الارادة	٢٦٠
ب ـ المحـــل	٢٦٢
ج ـ الســـبب	٢٦٦
٣ ـ في اتمام ابرام عقد التامين	٢٦٧
ا ـ طلب التاميـن	٢٦٧
ب ـ مذكرة التغطية المؤقتة	٢٦٩
ج ـ بوليصة التامين (وثيقة التامين)	٢٧٠
المبحث الثاني	
الاثار القانونية لعقد التامين	٢٧٢
١ ـ التزامات المؤمن له :	٢٧٢
ا ـ اداء قسط التامين	٢٧٣
ب ـ تقديم البيانات الخاصة بالخطر عند ابرام العقد واثناء سريانه	٢٧٥
ج ـ اشعار المؤمن بتحقيق الخطر المؤمن	٢٧٨
٢ ـ التزامات المؤمن	٢٨٠
٣ ـ التزامات المستفيد وحقوقه	٢٨١

	الصفحة
ثالثا ـ انتهاء عقد التاسيس	٢٨٢
١ ـ انتهاء العقد بانتهاء المدة	٢٨٢
٢ ـ فسخ العقد	٢٨٣
٣ ـ زوال الخطر المؤمن منه	٢٨٣
٤ ـ التقادم	٢٨٤
الفرع الرابع	
البيوع البحرية	٢٨٦
تمهيد	٢٨٦
اولا : تطور البيوع البحرية	٢٨٧
ثانيا : التنظيم الدولي للبيوع البحرية	٢٨٨
المبحث الاول	
البيع سيف او كاف	٢٩٢
اولا : تعريف البيع سيف	٢٩٢
ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد البيع سيف	٢٩٤
ثالثا : الاثار القانونية للبيع سيف	٢٩٦
أ ـ التزامات البائع	٢٩٧
ب ـ التزامات المشترى	٣٠٠
المبحث الثاني	
البيع فوب	٣٠٣
اولا : تعريف البيع فوب	٣٠٣
ثانيا : الاثار القانونية للبيع فوب	٣٠٤
أ ـ التزامات البائع	٣٠٥
ب ـ التزامات المشترى	٣٠٧

	الصفحة
الفصل الرابع	٣٠٩
العمليات المصرفية	٣٠٩
تمهيد	٣٠٩
الفرع الاول	
الحساب الجاري	٣١١
تمهيد	٣١١
اولا : تعريف الحساب الجاري	٣١٢
ثانيا : الطبيعة القانونية للحساب الجاري	٣١٤
ثالثا : احكام الحساب الجاري	٣١٧
رابعا : فتح الحساب الجاري	٣١٧
خامسا : اثار الحساب الجاري	٣٢٠
الفرع الثاني	
الاعتماد المستندى	٣٢٣
تمهيد	٣٢٣
اولا : تعريف الاعتماد المستندى	٣٢٤
ثانيا : فتح الاعتماد المستندي	٣٢٥
ثالثا : الاثار القانونية للاعتماد المستندى	٣٢٧
الباب الثالث	
القطاع التجاري الاشتراكي	٣٣٣
تمهيد	٣٣٣
الفصل الخامس	
مفهوم ونشاة القطاع الاشتراكي	٣٣٥