جامعة شط العرب

كلية الإدارة واقتصاد

قسم المحاسبة

المرحلة الثانية

الكورس الاول

قانون الاعمال

مدرس المادة

الأستاذ

م.م/محمد عبد الكريم

Shatt Ah-Arab University college

محاضرة الاسبوع الاول

التعريف بالقانون واهميته، مصادر القانون

❖ مقدمة

إنّ القانون أساس الوجود فقد وجد لكي تستمر الحياة بشكل جيد ولِيُسهل أمور الحياة بشكل جيد، فمن الصعب تخيل استمرار الحياة دون وجود قانون يعمل على تحقيق السلام في المجتمع، والتوفيق بين المصالح المتعارضة في المجتمع، وتحقيق العدل، فـ القانون بمعنى آخر هو ملح الحياة وأساسها ولا طعم للحياة دون وجود قانون هدفهُ الأساسي رعاية الإنسان من كافة الجوانب.

❖ التعريف بالقانون واهميته

يمكن تعريف القانون **بأنهُ مجموعة من القواعد القانونية والأسس التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي يُجبر الأفراد على اتباعها وبالقوة عند الاقتضاء.** والقانون لغةً **معناه النظام أو القاعدة الثابتة المطردة،** ويقصد بهِ أيضاً تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت، وكلمة القانون ليست عربية الأصل، بل هي كلمة يونانية ولكن تم ادراجها في لغتنا العربية من ألف عام، ومعنى كلمة القانون يتسم بالعموم والشمول مما يجعله ينطبق على الكثير من العلوم كالفلك والاقتصاد بالإضافة الى علم القانون.

اهمية القانون:

1- تحقيق العدل
2- دعم السلام في المجتمع وتحقيق الأمن الفردي والجماعي في المجتمع
3- التوفيق بين المصالح المتعارضة في المجتمع

اهداف القانون:

إن أبرز الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها تتمثل بالأهداف التالية:

1- فرض الأمن والنظام في المجتمع
2- توفير العدالة الاجتماعية
3-العمل على تقدم المجتمع ورقيّه

❖ مصادر القانون

مصادر القانون معنى المصدر / يراد به اللفظ الذي يرجع إليه الشيء أو الينبوع الذي ينبع منه، وهناك أربعة معاني لمصادر القانون هي :

أولا: - المصدر التاريخي / ويقصد به المرجع الذي استقى منه المشرع أحكام تشريعه، والمشرع العراقي استمد أحكام القانون المدني العراقي من مصدرين تاريخيين هما الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري.

ثانياً: - المصدر المادي) الحقيقي، الموضوعي)/ هو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها أي بمادتها، ويعني جميع الأصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الأخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود في المجتمع.

ثالثاً: - المصدر الرسمي / هو الطريق الذي تنفذ منه القاعدة أو الوسيلة التي تخرج بها إلى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق، فيعطيها هذا المصدر صفة الإلزام والرسمية وتصبح واجبة الإتباع لذا يسمى بالمصدر الرسمي.. ويسمى كذلك بالمصدر الشكلي ألن هذا المصدر هو الشكل الذي تظهر منه الإرادة الملزمة للجماعة، فالتشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة تعدُّ مصادر رسمية للقانون .

رابعاً: - المصدر التفسيري / هو المرجع الذي يُستعان به إزالة غموض القاعدة القانونية وتوضيح معناها ولاستكمال نقص أحكامها ولإزالة التعارض بين أحكام القواعد القانونية، والمصادر التفسيرية للقانون هي الفقه والقضاء .

- ❖ مصادر القانون من حيث تسلسل ظهورها الزمني هي ستة مرتبة كالتي / العرف – الدين – التشريع – الفقه – القضاء – قواعد العدالة
- ❖ . مصادر القانون العراقي / حددت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية للقانون بحسب تسلسل أهميتهما هي) التشريع – العرف – مبادئ الشريعة الإسلامية – قواعد العدالة), وحددت الفقرة الثالثة من المادة نفسها المصادر التفسيرية وهي) القضاء والفقه)

المصادر الرسمية للقانون أربعة وهي: اولا: التشريع ثانيا: العرف ثالثا: مبادئ الشريعة الإسلامية رابعا: قواعد العدالة

اولا: التشريع / للتشريع معنيين هما

المعنى الأول/ قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة للقانون .وإعطائها قوة الإلزام والتشريع بهذا المعنى يعتبر مصدراً رسميا

المعنى الثاني/ النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة المتضمن قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة والتشريع بهذا المعنى يعني القانون بمعناه الخاص.

❖ خصائص التشريع

1- قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضعه .
2- اشتماله على قاعدة تتوافر فها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام- وتنظيم سلوك الاشخاص في المجتمع.
3- صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة– .

❖ مزايا التشريع

1- وضوحه /لأن وضع التشريع في نصوص مكتوبة بصياغة فنية دقيقة ولغة غير معقدة تُضفي- عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.
2- سريانه على إقليم الدولة برمته /نتيجة لوضع التشريع من قبل سلطة عامة لها قدرة في الدولة- فيكون من السهل ضمان طاعة التشريع فيعم مفعوله في جميع أرجاء الدولة وهذا يساعد على تبسيط التعامل وتوثيق الروابط بين فئات الشعب وتحقيق الوحدة القانونية في الدولة.
3- سرعة سنه وتعديله /يمكن سَن التشريع بوقت قصير فتكون هناك سرعة في الإنتاج القانوني- الذي يلبي حاجة المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة أو تعديل ما هو قائم منها كلما حدثت تطورات في أوضاع المجتمع.
4- أثره الهام في تطور المجتمع /إن وضع التشريع من قبل سلطة مختصة وسرعة سنه وإسهام- الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه تجعل منه أداة هامة لإصلاح المجتمع وتطوره السريع.

❖ **عيوب التشريع للتشريع عيبين ينشأن من كونه وليد المشرع:**

1- جمود القانون وعدم قدرته على الاستجابة لمتطلبات وتطور المجتمع لكون التشريع في بعض- الأحيان يصدر عن مصالح شخصية للمشرع لا تتفق مع المصلحة العامة، وفي أحيان أخرى يهدف المشرع إلى تحقيق مصلحة المجتمع لكن تشريعه يخيب في ذلك لأنه لم يستلهم العوامل الاجتماعية التي تسهم في تكوين القاعدة مثل الدين والمثل العليا والتقاليد والبيئة.

2- التسبب في اضطراب المعاملات والإخلال بالاستقرار الواجب لها، إن التعجل في وضع- التشريع يجعل عامل السرعة يغلب عامل الدقة في الصياغة فلا يستلهم المشرع جميع المصادر الحقيقية للقاعدة فلذلك يكون التشريع معيبا أو قاصراً أو متعارض ا مع تشريعات أخرى اطمأن لها الناس في روابطهم، فيقوم المشرع بإصدار تعديل لاحق فتكثر التعديلات والتشريعات ومن ثم تثار المشاكل بسبب التنازع فيما بينها من حيث الزمان وتتزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره في المعاملات.

*وسائل تلافي عيوب التشريع وهي ثلاثة- :

1- إحكام صنعة التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة
2- إسهام ممثلي الشعب مع السلطة في سن التشريع لتقليل احتمال سن تشريع لا يحقق مصلحة- المجتمع
3- ملاحقة المشرع له بالتعديل كلما تطورت أوضاع المجتمع بشرط أن يتأنى وأن يلم بجوانب- النقص وأن يستعين بالعوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية وتجنب إصدار تعديلات بفترات قصيرة لأن ذلك يُربك التعامل وينقص من هيبة القانون.

ثانيا: العرف

هو الذي يستند إليه طالما لم يجد القاضي نصاً يفيد التقاضي في أحكام الفقه، والذي يعرف بأنه كل ما هو متعارف عليه بين الأفراد في المجتمع بحيث يشمل معتقدات وسلوكيات معينة تختلف حسب البيئة لا تتخالف مع الشرع فعندما لا نجد دليل بكتاب الله وسنته والاجماع فيعتبر العرف دليل شرعي عند الفقهاء يستند اليه ولا يشترط ان يكون عرفا مدونا فهو متعارف عليه بشكل كامل. بعض من الشروط الواجب توافرها عند الحكم بمقتضى العرف: عام وقديم بحيث يكون ثابت ولا يخل أو يتعارض بما جاء بالنظام العام. ويقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما مستتبعا بتوقيع الجزاء عند مخالفته، كما عرف أيضا بأنه قاعدة تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها.

❖ نستنتج أركان العرف من خلال التعريف المقدم له، المتمثلة في:

أ- الركن المادي: تكرار الناس لسلوك معين في مسالة معينة، أو اعتياد الناس إتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره. ويشترط في هذا الركن مجموعة من الشروط تتمثل في: القدم، الثبات، العموم والشهرة.

ب- الركن المعنوي: يقصد بالركن المعنوي اعتقاد الناس الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا أي شعورهم بإلزاميته، وهو عنصر داخلي نفسي.

❖ مزايا العرف

1- يقوم العرف بسد النقص الحاصل في التشريع، لذا فانه يعد مكملا له.
2- يوصف بأنه التعبير الصادق عن مصالح الافراد في تنظيم علاقاتهم.
3- يتابع المجتمع في تطوره، فهو أكثر مرونة من القانون المكتوب(التشريع).

❖ عيوب العرف

1- غموض قواعده وصعوبة التثبيت من وجودها، والتحقق من مضمونها كما في التشريع.
2- يضعف الوحدة الوطنية، فهو يطبق في أجزاء معينة.
3- بطيء التكوين فهو يحتاج الى فترة زمنية طويلة نسبيا لكي يتكون، في يكون عاجزا عن مواكبة التطورات السريعة.

ثالثا: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد الشريعة الاسلامية اهم مصدر تاريخ لقانون المدني العراقي، وكما تعد المصدر الرسمي الثالث لقواعد القانون العراقي، و تعريف الشريعة الإسلامية هي كل ما شرع الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله صلى الله عليه واله وسلم، سواء أكان بالقرآن أو بسنة رسوله من قول وفعل أو تقرير.

❖ تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام

- علم الكلام: يتعلق بأصول الدين أي العقائد الأساسية للإسلام، كالإيمان بالله ورسله وكل الموضوعات التي تدخل ضمن علم التوحيد.
- علم الأخلاق: الأحكام التي تتناول تهذيب النفس، وما يجب أن يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق والوفاء.
- علم الفقه: مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشأ بين الأفراد من معاملات.

رابعا : قواعد العدالة

وهو مصدر من النادر الاستعانة به من قبل القضاء نظرا لان الاستعانة به دليل على وجود نقص في المنظومة القانونية ينبغي التدخل لسدها .

وتعني قواعد العدالة التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص أي تعني الشعور بالإنصاف.

ان المشرع يحث القاضي للجوء بالاستعانة بقواعد العدالة اذ افتقدت القاعدة القانونية في المصادر الرسمية للقانون للبت في النزاع المعروض أمامه كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه.

المصادر غير الرسمية (التفسيرية)

اولا: القضاء

يعتبر القضاء والفقه من المصادر التفسيرية للقانون العراقي، والتي تسترشد بها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتحديد مفهومها.

1- المقصود بالقضاء: قد يقصد بالقضاء مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومجموعة الأعمال القضائية الصادرة عن الجهاز القضائي، كما قد يقصد منه الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة.

ويتميز القضاء بعدة مزايا منها الواقعية وامكانية التطبيق.

2- مكانة القضاء

اختلفت مكانة القضاء باختلاف الأزمان والشرائع مثله مثل الفقه، ففي القانون الروماني والشريعة الإسلامية اعتبر أحد مصادر الإلزام، أما في الشرائع الحديثة أصبح في أغلبها مصدر تفسيري، في حين في بعضها الآخر يعتبر مصدرا رسميا مثل النظام القانوني الأنجلوسكسونية (قانون القرارات المكتوبة).

ثانيا: الفقه

1- المقصود بالفقه: يقصد بالفقه مجموعة الأعمال التي أنتجها رجال القانون على شكل آراء وشرح وتعليقات وبحوث قانونية هذا من جهة، وقد نعني بها فئة من العلماء اختصوا بدراسة القانون والتعليق عليه.

ويتميز الفقه بعدة مزايا منها النظرة النظرية والشمولية.

2- مكانة الفقه بين مصادر القانون: اختلفت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان مصدرا رسميا في بعض الشرائع القديمة مثل اليونان والرومان، أين كان لفقهاها وفلاسفتها دور كبير في قيامها، نذكر منهم سقراط، أرسطو، أفلاطون، قاوس، بول وسانت أغستين، وأبرز أعمالهم مدونة جستنيان الشهيرة التي تعتبر حجر الزاوية في مجموعة

القوانين الرومانية التي على أساسها تشكلت النظم القانونية الحديثة في أوروبا كالنظام القانوني اللاتيني والجرماني وحتى الأنجلوسكسونية، ونفس الوضع بالنسبة للشريعة الإسلامية حيث تطور دور الفقه نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية هذا ما يفسر ظهور المذاهب المختلفة كالمالكية، الحنفية والحنبلية، لكن في العصر الحديث أصبح الفقه مصدر تفسيري.

محاضرة الاسبوع الثاني

فروع القانون وتقسيم قواعده

أقسام القانون وفروعه:

ينقسم القانون الى عدة أقسام وفقاً للأساس الذي يُبنى عليه هذا التقسيم:

أولاً :من حيث موضوع و العلاقات التي يُنظمها القانون يمكن تقسيمه الى قانون عام وقانون خاص وكل منهم ينقسم الى فروع ثانوية:

- **القانون العام :**هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول نفسها أو بين الدول والأفراد باعتباره صاحبة السلطة والسيادة، وفروع القانون العام هي القانون الدولي العام، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي (قانون الموازنة)، وقانون العقوبات، وقانون أصول المحاكمات الجزائية.
- **القانون الخاص :**هو مجموعة القواعد التي تُنظم العلاقات بين الأفراد، أو بين الدولة والأفراد بحيث لا تكون الدولة في هذه العلاقة صاحبة السلطة والسيادة . وفروع القانون الخاص هي: القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي، وقانون العمل، والقانون الدولي الخاص، وقانون أصول المحاكمات المدنية.

ثانياً :من حيث قوة إلزام يقسم الى قواعد آمره (ناهية)، وقواعد مكملة (مفسرة): أن القواعد القانونية لديها أربع خصائص أساسية وهي العمومية والتجريد، والاجتماعية، والسلوكية، والإلزامية وبالنظر الى خاصية الإلزام نجد أن بعض القواعد القانونية لديها نوع من المرونة على العكس من القواعد القانونية الآمرة التي لا تمنح أي نوع من التساهل في مجال تطبيقها ولذلك تم تقسيم القواعد القانونية الى قواعد آمره وقواعد مكملة

- **القواعد الآمره (الناهية):**هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على خلاف أحكامها، بالتالي هي تُجبر الأفراد على إتباعها وعدم مخالفتها وكل إتفاق على مخالفة القواعد الآمرة ليس سوى إتفاق باطل لا يُعتد بهِ .
- **القواعد المكملة (المفسرة أو المتممة) :**هي القواعد التي يجوز للأفراد الإتفاق على خلافها لأنها لا تشكل مساس بالمصلحة العامة ككل بل تتعلق فقط بالمصالح الخاصة للأفراد على العكس من القواعد الآمره.

ثالثاً :من ناحية أخرى يقسم الى قواعد موضوعية وقواعد إجرائية:

- **القواعد الموضوعية :**هي التي تضع تنظيماً موضوعياً للعلاقات القانونية، فهي تبين الحقوق والواجبات كقواعد القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري.

- **القواعد الإجرائية :** هي التي تبين الإجراءات والأوضاع التي يجب إتباعها للوصول الى احترام القواعد الموضوعية، وهذا ينطبق على قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون أصول المحاكمات المدنية.

القاعدة القانونية

يتألف منها القانون بمعناه العام. القاعدة القانونية هي الخلية الأساسية التي قد عرفها الدكتور سليمان مرقس بأنها خطاب موجه إلى الأشخاص في صيغة عامة له قوة الإلزام.

خصائص القاعدة القانونية:

1- **القاعدة القانونية عامة ومجردة :** إن القاعدة القانونية تتميز بأنها عامة ومجردة، والمقصود بالعمومية أن القاعدة القانونية ليست موجهة الى شخص معين بذات ولا تتناول واقعة معينة بذات، بل تكون موجهة الى الأشخاص بصفة عامة وتشمل كل الوقائع أي أنها تنطبق إذا توافر في الشخص أو الواقعة صفة أو شرط معين ولكن لا يعني عموم القاعدة أنها متعلقة بجميع الأشخاص.

2- **القاعدة القانونية من القواعد الإجتماعية :** القاعدة القانونية لا يتصور وجودها الا حيث يوجد المجتمع فالقاعدة القانونية حقيقة اجتماعية متصلة بحقائق المجتمع، حيث أنّ القانون يتصل بعلم الاجتماع، وعلم النفس، وعلم السياسة، والتاريخ، والاقتصاد، كما أنّ قواعد القانون تهدف الى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، غير أنّ القواعد القانونية لا تستقل وحدها بضبط سلوك الأفراد في المجتمع بل تشاركها في ذلك قواعد اجتماعية اخرى، كقواعد العادات والمجاملات، وقواعد الأخلاق،...الخ.

3- **القاعدة القانونية قاعدة سلوكية :** القاعدة القانونية لا تهتم بالنوايا والمشاعر والأحاسيس الذاتية ما دام أن الشخص لم يظهر سلوك أي أنّ القاعدة القانونية تهتم فقط بالسلوك الظاهر ولا يتدخل القانون لتقويم السلوك الداخلي إلا ما ظهر منه بمعنى أنَ تكون النية والأحاسيس والمشاعر هي التي حركت سلوكاً ظاهراً عند مواجهة الغير سواء أكان سلوك سلبي أم ايجابي.

4- **القاعدة القانونية ملزمة وتقترن بالجزاء المادي :** القاعدة القانونية مفروضة فرضاً يحمل معنى التكليف والأمر وهذا الأمر يُعتبر عنصراً جوهرياً لوجود القاعدة القانونية لأنهُ يُجبر الأفراد على احترامها وطاعتها وهذه الطاعة تكون ناتجة إما عن خوف ورهبة من الجزاء أو نتيجة اقتناع.

محاضرة الاسبوع الثالث والرابع والخامس

مصادر الالتزام العقد، المفهوم، التقسيمات، اركان العقد، نظريات التعاقد

اولا : العقد

لعقود أهمية كبيرة في حياتنا، بحيث تكون العقود ناتجة عن الاتفاق بين أطراف العقد، وقد يتم التعاقد بشكل يومي سواء عقد بسيط كالتنقل بسيارة عمومية، أو عقود يشترط بها الكتابة والتوثيق كضمان لحقوق الأطراف ولحل النزاعات حال وجدت بين المتعاقدين.

يعد العقد التجاري من بين التصرفات التي يمارسها شخص التاجر بصفة دورية الآمر الذي دفع بالمشرع العراقي لحرصه على احاطة هذا النوع من الممارسات بالوضوح والتفصيل الدقيق لعدم ترك أي مجال لبس او الخطأ سعيا منه للإحاطة بكل المستجدات المتعلقة بهذا الموضوع ليضمن بذلك مواكبتنا للتطورات الحالية.

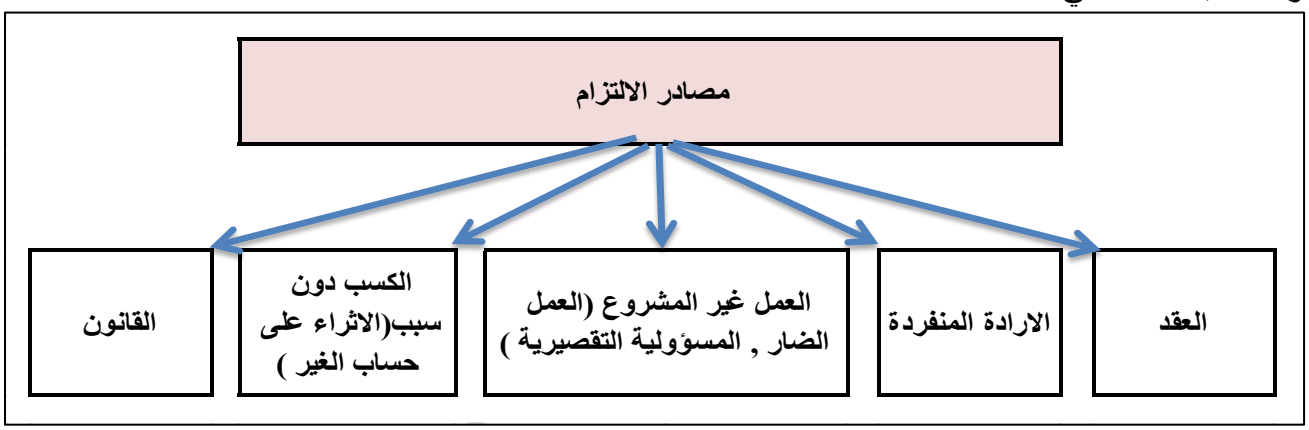
يعرف العقد بأنه : هو أحدى أهم مصادر الالتزام وهو توافق بين إرادتين لإحداث آثار قانونية يترتب عليها حقوق والتزامات، بحيث يصدر من المقبل على التعاقد وثم يظهر وينشأ العقد ويترتب عليه آثار بمجرد قبول الطرف الثاني. بمعنى اخر هي "الاعمال التجارية او الاعمال المختلطة التي يتم صياغتها في الشكل القانوني الخاص بالعقود.

وعرفت المادة 73 من القانون المدني العراقي العقد بأنه(ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود علية)

ثانيا : مصادر الالتزام العقد

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

مصادر الالتزام : وتعني مصادر الالتزام هو كيفية نشوء الالتزامات (اي الروابط بين الاشخاص) , اي المصادر هي المنابع التي تستقي منها الروابط وجودها . وقسمت التشريعات مصادر الالتزام الى خمسة مصادر وهي كما موضحة بالشكل الاتي :



المصادر التي اكتسب العقد قوته في الإلزام منها :

أولاً : الدين: كان للدين دوراً كبيراً في تنظيم سلوكيات الافراد على مر الزمان وكان ذلك أمراً بدهياً لما يتمتع به الدين من أهمية كبيرة ومكانة رفيعة في نفوس الافراد والذين كانوا يخضعون في جل سلوكياتهم الحياتية لتعاليمه.
مشروعية العقد في القرآن قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وكذلك قول الله تعالى (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم).....الخ

ثانياً: الاخلاق : كان للأخلاق دوراً مهماً في منح العقد صفة الالزام إذ كان ينظر إلى الوفاء بالالتزام الذي يرتبه العقد على أنها مسألة أخلاقية تحتم على المدين من خلال شعور داخلي فيه أن يبادر التنفيذ التزامه العقدي - وفي حالة مخالفته لذلك الاعتبار الاخلاقي يكون عرضة لاحتقار الناس في المجتمع له فيبتعدون عنه ويمتنعون عن التعامل معه باي صورة من صور التعامل - إضافة إلى شعوره الدائم بتأنيب ضميره .

ثالثاً : القوة : وفقاً لهذا المصدر الذي ساد في العصور القديمة ، فان القوة هي وحدها التي تحمي الحق وهي وحدها القادرة على إجبار المدين على تنفيذ التزامه، فقد كان الاعتقاد السائد عندهم أن القوة هي التي تنشئ الحق وهي التي تحميه.
رابعاً: العرف : كان العرف واحداً من المصادر التي رفدت العقد بقوة الالزام - حيث ان العرف وهو مجموعة من السلوكيات التي اعتاد الافراد في المجتمع على اتباعها وممارستها وأفراد المجتمع هم من أوجدوه ورضوا به كأداة تنظم علاقاتهم الاقتصادية ومعاملاتهم المالية وساد لديهم شعور أن احترامهم له يعد واجباً واتباعه أمرا ملزماً.

خامساً: القانون : مع تحضر المجتمعات وتطور سبل الحياة فيها ومع ازدياد العلاقات التجارية والمعاملات المدنية فقد زادت الحاجة الى وجود نصوص قانونية تعمل على تنظيم سلوكيات الأفراد من جانب وتمنح العلاقات والمعاملات المدنية والتجارية طابع الرسمية مما يعني اطمئنان اطرافها إلى أن ما يترتب عن تلك المعاملات من آثار اتجهت إرادتهم لإحداثها بموجبها كفله لهم.

ثالثا : التقسيمات

❖ أنواع العقود:

يمكن تقسيم العقود تبعا الى اساس مختلفة كما يأتي :

اولاً: العقود من حيث التكوين (عقد رضائي، عقد شكلي ،عقد عيني):

1- **عقد رضائي :** هو انعقاده بمجرد التراضي، لا داعي للكتابة فيه، وليس له شكلاً معين، ومثاله: عقود البيع والإيجار والكتابة بمثل هذه العقود شرط للإثبات وليس لصحة العقد.
2- **عقد شكلي :** لا ينعقد بمجرد التراضي، يحتاج لشكل وإجراءات معينة يوضحها القانون كالكتابة لصحة العقد أي لا ينعقد إلا باتخاذ رضا العاقدين شكلية معينة حددها القانون كعقد بيع عقار فهو لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة الطابو.
3- **عقد عيني :** هو الذي لا ينعقد إلا بشرط التسليم للمعقود عليه.

ثانياً: العقود من حيث الموضوع (عقد مسمى، عقد غير مسمى):

1- عقد مسمى : هو الذي نظمه القانون وخصصه بتسمية معينة؛ نتيجة كثرة شيوعه بين الناس، مثاله: عقود الهبة والبيع والشركة.
2- عقد غير مسمى : هو من اسمه نصيب غير مسمى أي لم يخصصه القانون باسم معين ولم ينظمه بتفصيلات وتنظيمات خاصة، فهو خاضع للقواعد العامة لأنه غير شائع بين الناس، مثال: عقد بين شركتين يهدف لتدريب الطلبة المتميزين في الشركة مقابل مبلغ مادي يحول للشركة.

ثالثاً: العقود من حيث الأثر (عقد ملزم للجانين، وعقد ملزم لجانب واحد، عقد معاوضة، عقد تبرع:(

1- **عقد ملزم للجانبين :** هو أن يقع على كلا المتعاقدين التزامات مثلاً على المشتري دفع الثمن للبائع وعلى البائع تسليم المبيع للمشتري فالعقد الملزم للجانبين، كعقود البيع .* لا يتم فسخ العقد إلا بموافقة الطرفين.
2- **عقد ملزم لجانب واحد :** يقع التزام على أحدى الأطراف أي في ذمة أحد الأطراف وتكون علاقتهم دائن له حق، ومدين عليه التزام هذا ما يعنيه ملزم لجانب واحد، ومثاله: الوديعة غير المأجورة (هي ما يضعه الشخص المودع بقصد أن يحافظ المودع عنده (الطرف الذي وضعت الوديعة عنده) على المودوع (الشيء التي وضعها المودع) دون أي مقابل. *في هذا العقد يتم الفسخ من طرف واحد.

3- **عقد المعاوضة:** هو العقد الذي يقوم على أساس التعويض أي كل ما قدمه الطرف الأول يأخذ عليه عوضاً من الطرف الثاني (عقد بيع).

4- **عقد الهبة :** هو أن لا يتم التعويض فيه لأنه قائم على الوهب والمنح دون مقابل كعقود التبرعات والهبة.

رابعاً: العقود من حيث الطبيعة (عقد محدد، عقد احتمالي، عقد فوري، عقد زمني):

1- **عقد محدد :** هو الاتفاق بالضبط حول ما أقدم وما آخذ كأن اقول أبيع هذا المنتج باسمه، بسعر 200 دينار فهذا محدد.

2- **عقد الاحتمالي :** هو الذي لا يعلم فيه الشخص مقدار ما يقدم ومقدار ما يأخذ، مثاله: بيع ارض مقابل راتب مدى الحياة.

3- **عقد فوري :** هو الذي لا يكون الزمن ركن جوهري فيه أي قد يكون تراخي وإطالة في تنفيذه، كالبيع يمكن الاتفاق على بيع عقار بمبلغ معين او يمكن الاتفاق على بيعه أقساط... ويتم فسخه ويتم إرجاع الحال التي كانا عليها المتعاقدين قبل التعاقد.

4- **عقد زمني :** وهو عكس العقد الفوري وهو الذي يكون الزمن ركن جوهري كعقود الإيجار، وعقود العمل، ولا يتم فسخه لأنه لا يرجع الحال لما كانا عليه قبل التعاقد إلا أنه يطبق عليه نظرية الظروف الطارئة (هي حدوث حدث غير متوقع أثناء إبرام العقد ويكون استثنائي وسبب ظروف قاهرة للمدين وأصبح يصعب عليه تنفيذ التزاماته فيتدخل القاضي لتعديل الالتزامات بقيمة متساوية بين المتعاقدين).

❖ **الخصائص المميزة للعقود التجارية الدولية**

1- **عقد نموذجي** :يوصف عقد التجارة الدولي انو عقد نموذجي بمعنى إمكانية تعدد نماذج العقد الذي يعالج نفس المحل اذ يمكن لمتعاقدين تبني أي نموذج يروه مناسبا لهم.

2- **الشروط العامة** :حيث ان عقد التجارة الدولي يحتوي على شروط عامة تمثل قانونا خاص يحكم كافة جوانب العقد دون الحاجة الى قانون, وهي بنفس مفهوم عنصر الرضائية في العقد التجاري الوطني فالمتعاقدون مطالبون فقط بالإشارة الى القواعد التي يستعينون بها لإتمام تعاقدهم.

3- **دولية العقد** :تبرم عقود التجارة الدولية بوصفها عقد دولي ذو طابع تجاري تظهر هذه الصفة في حال وقوع تنازع بين القوانين الدولية من حيث اهلية المتعاقدين وشروط التعاقد وموضوع العقد والقواعد التي تحكم شكل العقد وموضوعه

4- **وجود طرف أجنبي** :اذ يقوم العقد التجاري الدولي عمى وجود طرف اجنبي متعاقد عمى الأقل قد يكون هذا الطرف دولة او فرد او شركة.

رابعا : اركان العقد

أركان العقد هي الرضـــا (**التراضـــي**) و (**المحل**) و (**الســـبب**) وقد يتطلب القانون في بعض العقود شكلية معينة ومن هنا كان الشكل ركنا من اركان العقد الشكلي .

اولا : التراضي

يوجد التراضـــي بوجود ارادتين متوافقتين وان تتجه هذه الارادة الى احداث اثر قانوني وان يعبر عنها.

لذا لقيام العقد يجب ان توجد ارادة لدى المتعاقد , فمعدوم الارادة لا تصـدر منه اراده يعتد بها كما هو في المجنون او فاقد الوعي لسـكر او مرض كما ان الارادة يجب ان تحدث اثر قانوني والا فإنها تندرج ضمن اعمال المجاملات كما في حالة قيام احد الاشخاص بتوصيل صديقه الى مكان العمل.

الارادة مســألة كامنة في النفس ولابد من الافصـــاح عنها وهذا التعبير او الافصـــاح عن الارادة يكون صريحا وقد يكون ضمنيا , فقد يكون التعبير الصريح مشافهة باللسان او بواسطة التليفون او بالإشارة كهز الرأس عموديا للقبول وافقيا للرفض , وإذا وقع التعبير باللفظ وجب ان تستخدم صيغة الماضي .

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

أما التعبير الضـــمني فهو الافصـــاح عن الارادة بطريقة غير مباشـــرة اي بوســـيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس, مثاله بقاء المســـتأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الايجار دليل على انه يريد تجديد الايجار .

ثانيا : المحل

محل الالتزام .... هو الأداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصـــالح الدائن , والمحل اما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل .

شروط المحل :

1. يجب ان يكون المحل موجودا او ممكنا .
2. يجب ان يكون المحل معينا او قابلا للتعين .
3. يجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه مشروعا .

الشرط الاول – يجب ان يكون المحل موجودا او ممكنا.

1- محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل.

اذا كان محل الالتزام نقل حق مثل نقل ملكية شـيء او القيام بعمل يتعلق بشـيء معين مثل التزام المؤجر بتمكين المسـتأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لذا يجب ان يكون الشـيء موضـوع الحق موجودا وقت التعاقد وبعكسـه فأن العقد لا ينعقد , علما ان الشـيء موضـوع الحق اذا كان موجودا وقت التعاقد ومن ثم هلك فأن العقد ينعقد ونكون امام حالة (استحالة في التنفيذ).

2- محل الالتزام عملا او امتناع عن عمل:

اذا كان محل الالتزام القيام بعمل او الامتناع عن عمل يجب ان لا يكون محل الالتزام مسـتحيلاً, والاسـتحالة قد تكون (نسـبية) تتعلق بشـخص المدين او قد تكون (مطلقة) اي على شـخص المدين وعلى جميع الملتزمين مثاله التزام المحامي برفع استئناف فات ميعاده.

والاسـتحالة المطلقة قد تكون (طبيعية) كما في حالة التزام الطبيب بأجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد , او قد تكون الاسـتحالة المطلقة (قانونية) مثل التزام محامي بالطعن بالاسـتئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف.

الشرط الثاني – يجب ان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين:

1- محل الالتزام نقل حق عيني:

هنا يجب التفرقة بين الأشـياء القيمية والمثلية , فإذا كان محل الالتزام من (القيميات) يجب ان يتم تعينه تعينا كافيا فإذا كان محل الالتزام أرضـا مثلا يجب ان يتم تحديد الموقع والحدود والمساحة .... أما اذا كان المحل من (المثليات) فيجب تعينه بالنوع والمقدار مثاله بيع خمسين طن من الحنطة الأسترالية .

2- محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل:

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل يجب تحديد العناصـر التي تجعل منه قابلا للتعين مثاله تعهد مقاول بناء مسـتشـفى وجب ذكر مواصـفات هذا المبنى او على الأقل العناصـر اللازمة لتحديد هذا المبنى كإقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الآسرة .

الشرط الثالث – يجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه (مشروعا):

الأصل ان جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها ام بحكم القانون ....فالأشـياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها مثل الماء والهواء كونها غير قابلة للحيازة والاسـتئثار وغير قابلة للتملك , ولكن هذه الاسـتحالة قد تزول كما يحدث للهواء والماء بعد

وضـــعه في القناني , قد يخرج القانون بعض الأشـــياء خدمة للمصـــلحة العامة كالأموال العامة المخصـصـــة للمنفعة العامة فلا يجوز التصـــرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم ولكن يجوز تأجيرها كما يحدث عند تأجير جزء من الأرصفة .

وقد يهدف المشـرع من تحريم التعامل في بعض الأشـياء حماية للنظام العام والآداب مثاله تحريم الاتجار بالمخدرات والتعامل في تركة مستقبلية .

ثالثا : السبب:

السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي قصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه , وهذا هو السبب القصدي مثاله عقد البيع السبب للبائع هو الحصول على (الثمن) والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع .

ولكن قد يفهم السـبب بمعنى اخر وهو (الباعث الدافع على التعاقد) وهو عبارة عن الباعث الدافع للتعاقد اي هو الغرض غير المباشـــر الذي جعل الملتزم يتعاقد , مثاله في عقد البيع قد يكون الباعث للبائع هو انفاق الثمن في أغراض معيشـــته او انفاقه في رحلة والباعث الدافع للمشـــتري قد يكون الحصـــول على الشـــيء المبيع للســـكن او فتح محل للتجارة او نادي للقمار , فالباعث الدافع للتعاقد متغير بالنسبة لكل عقد وبالنسبة لكل شخص.

أولا – النظرية التقليدية للسبب:

تأخذ النظرية التقليدية بالسبب القصدي والذي يكون بمقتضـاها واحد لا يتغير بالنسبة للعقود ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الاخر ففي عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية , وتشـــترط النظرية التقليدية لصـــحة العقد ان يكون الســـبب موجوداً وصـــحيحاً ومشروعاً.

(وجود السـبب) يجب ان يكون السـبب موجودا وقت ابرام العقد ويظل قائما الى وقت تنفيذه, فإذا لم يوجد السبب ابتداءً كان العقد باطلا .

(صـحة السـبب) لصـحة العقد يجب ان يكون السـبب صـحيحا اي غير موهوم مثاله ان يتم عقد قسمة بين الورثة ثم تبين ان الوصية باطلة عندها يبطل عقد التقسيم لأن السبب موهوم .

(مشـروعية السـبب) السـبب المشـروع هو الذي لا يتعارض مع القانون ولا يخالف النظام العام والآداب, والالتزام قد يكون محله مشـروعا ولكن سـببه غير مشـروع مثاله التزام شـخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص اخر بارتكابه جريمة قتل فالتزام الطرف الأول محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود ولكن سـببه غير مشـروع وهو قيام الطرف الثاني بارتكاب جريمة قتل لذا فأن العقد

يبطل لعدم مشـــروعية الســـبب في التزام المتعاقد الأول وعدم مشـــروعية المحل في التزام الطرف الثاني, لقد واجهت النظرية التقليدية نقدا من بعض الفقهاء وعلى رأســـهم (بلا نيول) فقد اعتبرها غير منطقية وغير ذات فائدة.

ثانيا- النظرية الحديثة للسبب (نظرية القضاء):

لمس القضـــاء قصـــور النظرية التقليدية في مواجهة جميع الحالات التي يجب اعتبار العقد فيها باطلا , فالسـبب في عقود التبرعات – طبقا للنظرية التقليدية – هو نية التبرع والسـبب بهذا المعنى دائما مشـروع في حين ان الدافع الى التبرع قد يكون انشـاء علاقة غير مشـروعة بين رجل وامرأة, فإذا اخذنا بالنظرية الحديثة للســبب اي بمعنى الســبب الدافع للتعاقد لأمكن ابطال عقد الهبة في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

لقد أخذ القضـاء بفكرة الباعث الدافع الى التعاقد كسـبب في العقد فأخذ يبحث في التصـرفات عن الباعث الرئيســـي الدافع الى ابرام التصـــرف واشـــترط ان يكون هذا الباعث مشـــروعا والا كان التصـرف باطلا , ولما كان الباعث امرا شـخصـيا كان لابد من وجود ضـابط له ضـمانا لاسـتقرار المعاملات بحيث لا يصـــبح في وســـع اي متعاقد التحلل من التزاماته بدعوى ان الباعث له على التصـرف غير مشـروع لذا اشـترط القضـاء ان يكون الطرف الأخر الذي لم يقم لديه الباعث غير المشـــروع على اتصـــال بهذا الباعث اي كان يعلم به او من الســـهل عليه ان يتبينه مثاله اقتراض شـخص مبلغ من المال من شـخص اخر وذلك لشـراء منزل يدار للقمار فالباعث لدى المقترض غير المشروع فعقد القرض يعد صحيحا ان كان الطرف الأخر المقرض يجهل هذا الباعث غير المشروع وبعكســـه يكون العقد باطلا لأن المقرض كان يعلم بالباعث غير المشـــروع للمقترض او كان من السهل ان يتبينه .

ثالثا- نظرية السبب في القانون المدني العراقي:

يشـترط المشـرع العراقي لصـحة العقد ان يكون لكل التزام سـبب موجود وان يكون هذا السـبب صـحيحا وان يكون مشروعا وذلك طبقا للنظرية التقليدية في السبب لكنه لا يشـترط ان يذكر السبب المشروع في العقد بل يفترض ان لكل التزام سببا موجودا ومشروعا الى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك فإذا اثبت احد المتعاقدين ان ســـبب العقد هو غير الســـبب الحقيقي فأن العقد يبطل مالم يثبت المتعاقد ان للالتزام سـببا اخر مشـروع غير مذكور بالعقد ... كما ان المشـرع العراقي اخذ في ذات الوقت بالنظرية الحديثة للســـبب اي الباعث الدافع للتعاقد فأشـــترط لصـــحة العقد ان يكون الباعث مشـــروعا , ويلاحظ ان المشـــرع العراقي قد دمج بين النظريتين وكان الأجدر به ان يأخذ بالنظرية الحديثة كما فعلت اغلب التقنينات .

❖ إثبات العقود التجارية

تختلف طرق الإثبات العقود التجارية عن غيرها من العقود اذ تمتاز بنوع من التيسير وحرية الإثبات وكثرة وسائلها وتنوعها .يعد الإثبات وسيلة او أداة لضمان استقرار الحياة المدنية والتجارية.

1- إثبات العقود التجارية بالسندات الرسمية(قانونية)والعرفية(خاصة او مكتب تجارية)

2- إثبات العقود التجارية بالفاتورة

3- إثبات العقود التجارية عن طريق دفاتر الطرفين(السجلات التجارية)

❖ اهمية العقد التجاري

العقد التجاري ذو أهمية بالغة تنعكس إيجابا على الاقتصاد الوطني والأطراف العقد. تتمثل في جوانب عديدة أهمها :

1- تعد العقود التجارية وسيلة او أداة اتفاق وربط وتوطيد العلاقات التجارية بين اشخاص يحملون صفة التجار سواء كانوا اشخاص طبيعيين أو معنويين وسواء كانوا من داخل الوطن او خارجه.

2- يعد العقد التجاري وجه من أوجه المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة في التنفيذ باحترام الآجال الواردة في بنود العقد، فكل تأخير يكلف الأطراف اضرار كبيرة والائتمان اذ يحفظ حقوق الأطراف ويضمن احترامها ليمثل بذلك تمهيدا لبناء عنصر الثقة ولإبرام عقود أخرى جديدة مستقبلا.

3- يمثل الية فعالة لتنظيم المعاملات التجارية تساهم في ارتقاء الاقتصاد الوطني من جهة كما تساهم في الجانب الاحصائي عن طريق تحديد جوانب القوة والضعف في الاقتصاد الوطني حسب أنواع ومواضيع العقود التجارية المبرمة، يتم بناء عليها وضع خطط لتدارك مواطن الضعف في قطاعات اقتصادية.

خامسا: نظريات التعاقد

مسك الفقه التقليدي في محاولاته للتأسيس لإلزامية بعض التطبيقات السابقة على ابرام العقد النهائي التي تضمنتها التشريعات المدنية بنصوص قانونية صريحة بالنص عليها، بفكرة العقود المستقلة كأساس تعاقدي تنهل مثل هذه التطبيقات القوة الملزمة منه. ويعرض الفقه المذكور (التقليدي) في هذا المقام قوله: فيما يعني باستقلالية هذه العقود هو الاستقلال القانوني في اركان وشرائط ابرامها عن العقود النهائية، وإن اشتركت مع هذه الأخيرة في ذوات اطرافها أنفسهم أو في الموضوع ذاته المتعاقد عنه، وبعبارة أدق ما هي إلا عقود كاملة . إذ وجد انصار المذهب التقليدي في الفقه القانوني ، من نظرية العقد الحقيقي ما يؤيد ما ذهب اليه راجح آرائهم الفقهية وما استقرت عليه غالبية قراراتهم واحكامهم القضائية في التأسيس لإلزامية الوثائق والمستندات التعاقدية السابقة على ابرام العقد النهائي، لاسيما في المرحلة الممهدة للتعاقد. وإزاء الانتقادات التي وُجّهت إلى نظرية العقد الحقيقي وما قيل بصدد إنها كادت تقضي على مبدأ الحرية التعاقدية وتشكل مصادرة لسلطان ارادتها وعدم استيعابها للبعض الآخر من الاتفاقات السابقة للتعاقد فإنه سرعان ما التف الجانب الآخر من الفقه القانوني الكلاسيكي إلى نظرية فقهية أخرى لا تخرج من النطاق التعاقدي ايضا بل تقوم عليه ولكنها تكون أخف وطأة على المبادئ السائدة في العقود، وقد انتهوا في البحث عن ضالتهم تلك، إلى نظرية العقد الضمني(اتفاق التفاوض) أو نظرية العقد المفترض كما يطلق عليها بعضهم).

1- نظرية العقد الحقيقي

ترجع جذور هذه النظرية في تاريخ الفكر القانوني إلى المبدأ القائل، بأن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني مشترك لا يكون مصدره، إلا عقدا، أي توافق إرادتين . وهي قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. وعُممت على قوانين الاتجاه اللاتيني .ومن هذا الأصل كانت بداية قول الفقه القانوني ذي المنحى الكلاسيكي، بأن أساس أي التزام يتمخض بمناسبة نشوء علاقة قانونية تشتمل على معطيات تعاقدية أو اتفاقية لا يمكن أن يكون إلا عقدا، أو بمعنى أوسع - كما يراه بعضهم - (اتفاقا قانونيا).ويسوغ أنصار هذه النظرية آراءهم بالقول، إنه يجب عند استقصاء البحث عن مفهوم قانوني معين وتحديد الوصف الصحيح له، أن ينظر إلى المفهوم ذاته من دون التوقف على ما سينتجه في المستقبل من آثار قانونية معينة التي قد يثبت لها الوجود أو ينتفي عنها، تبعا للظروف والملابسات المختلفة التي تحيط بذلك المفهوم. وعلى المحاكم كذلك أن تعدل عن الوصف القانوني الذي خلعه الاطراف على المستند المتضمن اتفاقهم على شيء معين، ومن ثم إعطائه الوصف الصحيح الذي يتفق مع مضمونه. على الوجه الذي يجعل للاتفاق أثرا. وفي اطار مستندات قبل التعاقد عموما، ومستندات الاتفاقات التمهيدية على وجه الخصوص، فإن مستندات الوعد بالتعاقد سواء كانت ملزمة لجانب واحد

أم لجانبين، ما هي إلا عقود حقيقية توافرت فيها الاركان العامة للعقود من رضا ومحل وسبب، وإن كان انتاج أثرها القانوني يتوقف على ابداء الرغبة في الأول أو حلول الميعاد في الثاني، وكذلك الحال بالنسبة إلى مستندات قبل التعاقد الأخرى، كمستندات عقد العمل تحت التجربة أو تحت الاختبار ووثيقة التأمين المؤقتة (مستندات المفهوم الضيق). وهذا هو الشأن ايضا بالنسبة إلى بعض خطابات النوايا (في الفقه الانجلوسكسوني) واتفاقات المبادئ (في الفقه اللاتيني) فكلها تعدّ عقودا حقيقية، لاشتمالها على الاركان الأساسية (الجوهرية) للعقد النهائي(مستندات المفهوم الواسع).وإذا كانت النصوص القانونية تنظم مستندات قبل التعاقد ـ من حيث المبدأ ـ كعقود مستقلة بحد ذاتها، وعلى هذا الأساس تثبت القوة الملزمة لها، فإنها قد تباينت وحسب الاتجاه الذي يسودها حيال ذلك، فالقوانين التي تسودها النزعة اللاتينية، وفي مقدمتها مدرسة القوانين الفرنسية لم تشترط سوى توافر العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بالإضافة إلى تحديد عنصر المدة في بعض أنواع هذه المستندات، ولا يمس بالصفة التعاقدية لها أرجاء الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية عند إبرام العقد النهائي، وفي مطلع هذه القوانين القانون المدني العراقي ، التي نصت المادة(1/91) منه على أن : ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحا إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها)). وفي جميع الاحوال يمكن لأطراف مثل هذه الاتفاقات التمهيدية، في ظل القانون الانجليزي تجنب الدخول في أي علاقة تعاقدية ملزمة بمجرد النص على أن العقد سيكون محلا لاتفاق نهائي لاحق. (حيث لا تمثل مستندات الاتفاقات التمهيدية ذات البنود المفتوحة، على هذا النحو عقدا ملزما في القانون الانجليزي). واذا ما انتهينا إلى موقف القضاء من الأساس التعاقدي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، لاسيما موقفه من اعتبارها عقود حقيقية، يثبت لها الالزام القانوني على هذا الأساس. فانه وان حاول جاهدا من خلال قراراته إلى اقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول، بين مبدأ الحرية التعاقدية (الذي لا يلزم الاطراف للتوصل إلى ابرام العقد النهائي) وبين توفير الحد الادنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة ما قبل التعاقد (تقرير مسؤولية المخالف التعاقدية ولو لم يقترن به خطئا أو تقصيرا)، إلا أن هذه المجاراة المتعارضة اوقعته في تناقضات عكستها القرارات القضائية التي اصدرتها المحاكم في هذا الشأن. فبينما قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها على "...ان ما يتناوله الاطراف خلال مرحلة المفاوضات من مستندات اتفاقية، ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي اثر القانوني ملزم، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، دون أن يتعرض لأي مسؤولية". وعلى الرغم من التأييد الذي حظيت به هذه النظرية على الصعيد الفقهي، إلا أن تعرضها المباشر لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الارادة في فترة ما قبل صدور الايجاب أو اقترانه بالقبول، بالإضافة إلى قصور تأسيسها التعاقدي عن استيعاب جميع اشكال مستندات قبل التعاقد، لاسيما تلك التي تأخذ شكل الخطابات والتعهدات الفردية. وغياب السند التشريعي لهذا الأساس، هي جملة من الاسباب التي جعلت من هذه النظرية لم تجد لها تبنيا كافيا على صعيد التشريع والقضاء في الانظمة القانونية الاخرى.

2- نظرية العقد الضمني

على الرغم من وحدة الأساس الذي ترتبط به هذه النظرية مع سابقتها، في تبرير ثبوت الصياغة القانونية للقوة الملزمة لما تتضمنه مستندات قبل التعاقد من التزامات قانونية، فان هذه النظرية كانت أخف وطأة وأقل تعرضا بالمساس بمبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية. وتستند هذه النظرية في جذورها الاولى، إلى ما قاله الفقيه الألماني ايرنج (Ihering) بصدد وجود عقد ابتدائي في مرحلة المفاوضات العقدية. وتعتبر هذه النظرية أساسا لما يسمى - فيما بعد - بعقود أو اتفاقات التفاوض. واذا كان الاصل القانوني لهذه النظرية، كان لبيان مسؤولية المتفاوض عن الخطأ الذي يقترفه اثناء التعاقد ومحاولة لإدخاله في حظيرة المسؤولية التعاقدية عن طريق فكرة (الخطأ عند تكوين العقد). فان هذه النظرية، قد أُتخذت - في ما بعد - أساسا صالحا اصّل عليه الفقهاء التقليديون الالتزامات التي تتمخض عن المفاوضات العقدية، والمستندات المثبتة للاتفاقات المبرمة أثناء قيامها .حيث ينشأ عقد ضمني بين المتفاوضين يكون بمقتضاه ان يضمن كل متفاوض صحة الدخول في العلاقة التعاقدية ,ويُسال الطرف المخلُ تعويض الطرف الأخر إذا كان سبب البطلان آتياً من جهة الأول، أما كيف ينشأ هذا العقد الضمني بين الطرفين؟ فيجيب انصار هذهِ النظرية، بالقول : أن الإيجاب الصادر اثناء التفاوض يمكن تحليلهُ الى ايجابين، أما الإيجاب الأول فموضوعهُ أبرام العقد بين الطرفين، وأما الإيجاب الثاني فيكمن موضوعه في ضمان صحة التعاقد ولما كان هذا الأخير متمخضاً لمصلحة الموجب له فأنه لا يشترط صدور قبول صريح منه. بل ان سكوته كافٍ لأبرام اتفاق ضمني بين الطرفيين وعليه فالمفاوض الذي يقطع المفاوضات لسبب غير مشروع او يخرق الالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية، يكون قد اخل بهذا الاتفاق او العقد الضمني، ومن ثم يُسألْ مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر. إذاً فالمفاوضات ووفقاً لهذه النظرية ليست عديمة الأثر، وإنما ينشأ عنها التزامات مختلفة، استناداً الى التصرف القانوني الذي يوجد بين المتفاوضين والذي ينبغي عدم الأخلال به. لكن مثل هذا الأثر لا ينشأ، إلا بعد صدور ارادة باتة بالتعاقد، اما قبل ذلك، فلا يوجد مثل هذا الاتفاق الضمني، ومن ثم لا يوجد، أي التزام قانوني بالاستمرار فيه. وبعبارة أخرى، أن المفاوضات والمستندات المتبادلة إثناءها بين الأطراف، تبقى خاضعة لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الأرادة، حيثُ ان كل متفاوض حر في الرجوع عنها، متى ماشاء، ولا يُسأل مدنياً عن هذا الرجوع. هذا وتؤيد بعض الأراء الفقهية المعاصرة، الأخذ بهذه النظرية وتعتبر مستندات الدخول في التفاوض او الأستمرار فيه او عدم التفاوض مع الغير او عدم الإفشاء بالمعلومات التفاوضية ((الألتزامات الأيجابية والسلبية)) كلها عقود ضمنية، اتفق عليها الأطراف خلال مرحلة المفاوضات ويكون مناط الألتزام الوارد فيها على ذلك الأساس. أما الفقه الفرنسي فانه وان كانَ متزعماً للأتجاه الرافض لنظرية عقد الضمان، كأساس تعاقدي ملزم لمستندات قبل التعاقد، إلا ان اراء كبار فقهائه قد نمتْ الى تأكيدهم بما جاء في هذه النظرية وبصورة غير مباشرة من خلال تغليفهُم لمستندات قبل التعاقد مثل : (خطابات النوايا، تعهدات الشرف، اتفاقات المبادئ، ... الخ) بغلاف شبه العقود، كذلك غلف أنصار هذه النظرية مستندات العقود والاتفاقات التمهيدية مثل : (الوعد بالتعاقد، الأتفاق الأبتدائي، مشارطة التفضيل، ... الخ) بغلاف عقود ما قبل العقد. ويعلق احد رجالات الفقه القانوني العربي بالقول على موقف الفقه الفرنسي هذا : ((بإنه

موقف غير دقيق، لأن الفقه الفرنسي قد نبذ هذه النظرية لأنها ذات نزعة جرمانية، على الرغم مما جنحت اليه من تبرير كان منسجماً والتوافق الكبير مع توجهاته في عدم التعرض للحرية التعاقدية وسلطان الإرادة وهو الأمر الذي جعله يرفضها ظاهراً ويسلم بها مضموناً)). أما استعراض موقف النصوص القانونية من هذه النظرية – فأنه وكما اسلفت فيما مضى – ان اعتبار مستندات من قبل التعاقد، بمقتضى نظرية العقد المفترض، هي عقود ضمنية، لضمان صحة التعاقد واستمراره فقد جاءت النصوص القانونية في التشريعات المدنية، خالية من أي اشارة على ذلك وهو أمرُ طبيعي في ظل غياب التنظيم التشريعي لهذه المرحلة عموماً.

ويلاحظُ انه على الرغم، من شيوع هذه النظرية بين الأوساط القانونية المختلفة في الفقه القانوني المقارن ,إلا ان انصارها قد وقعوا في تناقض بين إعتبار ما سيتم توقيعه في مرحلة ما قبل التعاقد من اتفاقات، هي عقود ضمنية تلزم اطرافها بما جاء فيها وبين الأثر المترتب على هذه العقود والأتفاقيات كعقود تفاوضية تنتج اثارها على هذا الأساس او تلك الصفة وهي اثار مترتبة من عقد او اتفاق باطل بقدر ما يكون هذا البطلان متعلق بشرط او ركن في العقد او الأتفاق أياً كانت طبيعتهُ.

وأخيراً ان هذه النظرية تتصور ان سبب البطلان او قطع المفاوضات او الأخلال بالألتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية لايكون إلا بعد الأيجاب، وهي وبعبارة اخرى لاتعالج الأخطاء التي تقع قبل ذلك، ولا تؤسس لألزامية الوثائق والمستندات السابقة على ذلك الأيجاب ومن ثم فأن المفاوض يكون في حل من امرهِ قبل تصدير إرادته الأولى(38). وعلى هذا , فنحن - نرى مع الراي الراجح-، بأنه لايمكن التسليم بهذه النظرية كأساس تعاقدي لألزامية الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات ووثائق ماقبل التعاقد، أياً كانت اشكالها الأتفاقية وإن كانت حسنة هذه النظرية انها تجعل قيوداً يسيرة على مبدأ الحرية التعاقدية. إذ أن هذه القيود لا تنشئ إلا بعد مرحلة التعاقد وليس قبلها.

محاضرة الاسبوع السادس والسابع

القانون التجاري، المفهوم، الاسباب التي تبرز وجود قانون خاص بالنشاط التجاري، تاريخ التشريع التجاري في العراقي، نطاق القانون التجاري

, العمل التجاري , النظريات التي تفسر العمل التجاري و الاعمال التجارية وفقا للقانون العراقي

القانون التجاري

لغرض تحديد مفهوم القانون التجاري لابد من تحديد المقصود بكلمة (التجارة)فان مفهوم كلمة (التجارة) في السابق كانت تشمل العمليات المتعلقة بانتقال وتوزيع الثروات دون انتاجها وبالتالي فأنها لا تغطي العمليات الصناعية، لكن التطور الذي شهده المجتمع الانساني في مجال الافكار الاقتصادية والسياسية كان له اثره في توسعة دائرة النشاط التجاري بحيث اصبحت تغطي العديد من النشاطات ومنها العمليات الصناعية والعمليات المصرفية.

لا تخرج التعاريف الواردة في شروحات الفقه قدما وحديثا عن تعريف القانون التجاري : بكونه ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي يطبق على طائفة معينة من الاشخاص وهم التجارة وعلى طائفة معينة من التصرفات القانونية الا وهي الاعمال التجارية .

مصادر القانون التجاري

1- التشريع : وينضم نوعين من القواعد

آ- التقنين التجاري : ويقصد به مجمل النصوص والقواعد الواردة في قانون التجارة (المتن) وهو رقم 30 لسنة1984 وكذلك جميع القوانيين المكملة لهُ أو الملحقة به وإن صدرت بصورة منفردة ، مثل؛ قواعد قانون النقل 80 لسنة 1984 والشركات رقم 21 لسنة 1997 وقانون الوكالة التجارية رقم 79 لسنة 2017 وغيرها.

ب – التقنين المدني : ويضم القواعد العامة في القانون المدني المنظّمه لنشاط الأفراد دون تمييز حيث يتم الرجوع لهذهِ القواعد في الأحوال التي لم يرد فيها نص خاص في المجموعة التجارية.

2- العرف

أن العرف هو اعتياد الناس لسلوك معين ، أي التطبيق العملي الطويل لسلوك معين من النشاط ، ويلجأ إليه عندما يُفتقد النص التشريعي لحل نزاع يثور بمناسبة تعامل ما ولعدم كفاية القانون المكتوب . حالة فقدان النص القانوني التجاري يرجع إلى القانون المدني ، وإذا فقد النص القانوني في ذلك القانون ، يرجع إلى العرّف ويفضل العرّف التجاري على العرّف المدني.

س : إذا حدث تعارض نصوص القانون التجاري مع نصوص القانون المدني ، فأيهما نقدم؟

ج / نقدم بالتطبيق نصوص القانون التجاري كونها قواعد خاصة ويوجب تقديمها على القواعد العامة عند التعارض.

س (مهم) : إذا كانت أغلب قواعد القانون التجاري عبارة عن أعرّاف كانت تطبق بين التجار ، فهل يجوز اللجوء إلى العرّف لتنظيم علاقة ما لم ينظمها المشرّع ؟

ج / لم يتطرق قانون التجارة النافذ ذا الرقم 30 لسنة 1984 إلى العرّف كمصدر من مصادره ، إلاّ أنهُ أشار إلى تطبيق قواعد القانون المدني عند انعدام النص في المجموعة التجارية ، إذ وجدَ أن قواعد القانون المدني تضم الكثير منها إحكاما تسمح بتطبيق قواعد العرّف ، إذ نصت المادة 163 من القانون المدني :

1- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

2- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

وكذلك المادة 164منهُ (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)

وكذلك المادة 174 منهُ (ولا يجوز في اية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال)

الاسباب التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري

وذلك بسبب الخصوصية التي ينفرد بها النشاط التجاري والتي تستلزم وجود قواعد خاصة لتنظيم احكام هذا النشاط وان هذه الخصوصية تتجلى في عنصرين اساسيين يقوم عليهما النشاط التجاري وهما عنصر السرعة وعنصر الائتمان.

1- عنصر السرعة :

في الحياة المدنية لا يقوم الأفراد الا في القليل النادر او في فترات متباعدة بإبرام عمليات مهمة كبيع او شراء عقار او ابرام عقود الزواج ، اما في مجال النشاط التجاري فان الطابع المميز لمعظم الأعمال التجارية بيع شراء ، نقل ، تأمين ، عمليات مصرفية .. الخ) هو تكرارها اليومي في حياة التاجر وابرام الاتفاقات بشأنها بصورة سريعة من خلال وسائل الاتصالات الحديثة (تلكس -فاكس) .ان عنصر السرعة يتطلب تبسيط الاجراءات لإتمام هذه العمليات وتسهيل ما قد يحصل بسببها من منازعات لذلك نشأت الحاجة لوجود قواعد خاصة تنظم ذلك وهذا تتكفل بتحقيقه قواعد القانون التجاري.

2- عنصر الائتمان :

لا يمكن للتجارة ان تنمو وتزدهر بدون توفر عنصر الثقة والائتمان بين اشخاصها ويتمثل الائتمان في منح المدين اجلا للوفاء فالتعامل التجاري يتم في الوقت الحاضر من خلال عمليات البيع والشراء ودون تسديد اقيام المشتريات في الحال وانما يحصل المشتري على ائتمان من البائع بمنحه اجلا لتسديد قيمة المشتريات او يقوم بالاقتراض من احد الاشخاص او المصارف لغرض تمويل عملياته التجارية ، ولعل ابرز القواعد التي تدعم الائتمان التجاري هو نظام الافلاس الذي يسري على طائفة التجار فقط وهو نظام

صارم يتضمن احكاما قاسية تطبق على التاجر الذي يخل بالثقة في الوسط التجاري ، اذ يتضمن هذا النظام تصفية اموال التاجر المتوقف عن الدفع تصفية جماعية وسريعة وتوزيع الناتج من هذه التصفية على الدائنين كل بنسبة دينه بما يكفل المساواة الحقيقية بين الدائنين ويحقق تكافؤ الفرص بينهم في استيفاء حقوقهم من المدين اضافة الى ان نظام الافلاس قد يتضمن عقوبات تصل الى حد حرمان التاجر المفلس من ممارسة بعض الحقوق المدنية والسياسية . ومن الأمثلة الأخرى التي تدعم نظام الائتمان هي العقوبات الرادعة على سحب صك بدون رصيد.

نطاق القانون التجاري

يرتبط تحديد موضوع نطاق قانون التجارة بصورة عامة بنظريتين :

أولاً : النظرية الشخصية أو الذاتية

مقتضى هذه النظرية، إن قانون التجارة هو قانون الاشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري أي (التجارة) عليه فأن قانون التجارة هو قانوناً حرفياً موضوعه التاجر وحرفته وتستمد هذه النظرية أصولها من العوامل التاريخية التي أدت لنشوء قانون التجارة و مما لا شك فيه أن هذه النظرية من شأنها تضييق نطاق قانون التجارة بحيث تطبّق أحكامه على طائفة التجار فقط .

ثانياً : النظرية الموضوعية

و يطلق على هذه النظرية أيضاً النظرية المادية أو العينية و تعتمد في تحديد نطاق قانون التجارة على طبيعة العمل دون اعتبار لمن يباشر هذا العمل ، فالقانون التجاري هو قانون العمل التجاري سواء كان العمل تجارياً لذاته أو لكونه شائع في البيئة التجارية و سواء احترف القائم بالعمل التجاري عمله أم لم يحترف .

موقف القانون العراقي

يتضح من خلال أحكام قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 إنه أعتمد النظرية الموضوعية صراحةً إذ تقر الفقرة الأولى من المادة الأولى إن قانون التجارة العراقي يقوم على (أولاً- تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص وفقاً لمقتضيات خطة التنمية) و تنص المادة الرابعة في فقرتها الأولى على أنه (يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي و المختلط و الخاص) . عليه فأن قانون التجارة العراقي هو قانون الأعمال التجارية أي أنه قانوناً موضوعياً أساسه العمل و النشاط التجاري، ومع ذلك فأنه يبحث في التاجر وعرفه وحدد واجباته المهنية و نظمها قانوناً ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي على إنه (يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه و لحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون) .

تعريف العمل التجاري

أوردت التشريعات عموماً تعداداً للأعمال التجارية دون أن تورد تعريفاً للعمل التجاري و أدى هذا الى أن يبحث الفقه عن معيار يجمع بين هذه الأعمال للتوصل الى معرفة ما هو العمل التجاري و وضع النظريات التي تحدد بموجبها ما هو تجاري و ما لا يعد كذلك و من هذه النظريات :

أولاً – نظرية المضاربة

أخذ جانب من الفقه بفكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري و تعني المضاربة السعي الى تحقيق الربح عبر وضع رأسمال معين في عمل معين ، عليه فأن كل عمل هدفه تحقيق الربح النقدي يعد عمل تجاري و ينسجم هذا القول مع بعض الأعمال التجارية مثل الشراء لأجل البيع .

الانتقادات :

1- توسع من دائرة الأعمال التجارية بحيث تشمل أعمالاً مدنية بطبيعتها فقصد الربح ظاهرة لا تقتصر على العمل التجاري بل هي تلازم جميع أوجه النشاط الانساني و بموجب هذه النظرية يصبح عمل كل من (الطبيب - المحامي) عملاً تجارياً وهذا غير مقبول, إذ أن أعمال ذوي المهن تعد أعمالاً مدنية بطبيعتها و هذا ما أستقر عليه الفقه المدني و التجاري .
2- أنها تخرج بعض الأعمال ذات الطبيعة التجارية من العمل التجاري لأنها لا تتوخى الربح كالأوراق التجارية وفقاً للمادة (6) من القانون التجاري فأن العمل بالأوراق التجارية يعد تجارياً بغض النظر عن صفة القائم به و نيته .

ثانياً – نظرية التداول

التداول يعني تحريك السلع و الخدمات و النقود و الأوراق التجارية, لذا يعد العمل تجارياً بموجب هذه النظرية أذا تضمن تحريك السلع والنقود العكس صحيح . أي يعد العمل مدنياً اذا لم يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات فالوسيط بين المنتج و المستهلك يعد عمله تجارياً في حين أن عمل المنتج الأول يعد مدنياً لأنه لا يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات وهذا معيار اقتصادي بحت.

الانتقادات

1- تؤدي الى استبعاد بعض الأعمال التجارية مثل عمل المنتج الأول لأنه لا يتضمن تحريكاً للسلع و الخدمات في حين هو أول من يضع السلع و البضائع في الحركة لذلك عدّ الفقه عمله تجارياً .
2- إن هذا المعيار يعد أعمال الجمعيات التعاونية عملاً تجارياً كونها تتوسط بين المنتج و المستهلك في حين أن أعمالها هي أعمال مدنية كونها بعيدة عن تحقيق الربح و وجدت لتحقيق نفع عام .

ثالثاً – نظرية المشروع

أصحاب هذه النظرية يرون أن الذي يميز الأعمال التجارية هو الكيفية التي يتم بها العمل، فاذا كان العمل يقوم بصيغة مشروع فهو تجاري و يقوم المشروع التجاري على عنصرين هما (الاحتراف - التنظيم المسبق) أي الاستعانة بمجموعة من الوسائل المادية مثل رأس المال و قوة العمل. لذلك فأن كل عمل يقع بصيغة مشروع تجاري هو عمل تجاري أما العمل القانوني المنفرد يعد عملاً مدنياً.

الانتقادات

1- هناك الكثير من الأعمال التي لا تتم بصيغة المشروع و مع ذلك تعد أعمال تجارية مثل شراء منقول أو عقار لأجل البيع و كذلك الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية .
2- هناك أعمال تقع بصيغة مشروع و لا تعد تجارية مثل أعمال ذوي المهن الحرة كالطبيب و المحامي والحداد و غيرهم .

رابعاً – نظرية الحرفة

تعني الحرفة العمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة و منتظمة و مستقرة و تتطلب بعض المظاهر الخارجية مثل وجود محل تجاري و استخدام عمال و أتصال بالعملاء وسمعة تجارية، وعليه فأن العمل التجاري هو ذلك العمل الذي يمارس ضمن الحرفة التجارية .

الانتقادات

1- هذه النظرية تجعل من القانون التجاري قانوناً مهنياً حرفياً فقط أي لا تصلح لقانون تجاري موضوعي .
2- لم تضع هذه النظرية معياراً للحرفة التجارية و أن استلزمت وجود بعض المظاهر الخارجية لممارسة هذه الحرفة الا أن هذه المظاهر أمراً لازماً لجميع الحرف عموماً المدنية و التجارية .
3- يخرج من أطار هذه النظرية الأعمال التجارية المنفردة التي لا يشترط فيها الاحتراف .

خامساً – نظرية السبب

تأخذ هذه النظرية بالباعث الدافع الى التعاقد أي النظرية الحديثة للسبب و الباعث الدافع هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يؤدي الى التعاقد فأن كان السبب للتعاقد تجارياً فالعمل يكون تجاري و العكس صحيح .

الانتقادات

1- صعوبة الوصول الى الباعث و الدافع بسهولة فالباعث هو أمر معنوي كامن في النفس من العسير الوقوف عليه عند إجراء التصرف.
2- تعجز هذه النظرية عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي أضفى عليها المشروع الصفة التجارية دون اعتبار لنية و قصد القائم بها مثل الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية .

موقف القانون التجاري العراقي

إن المشرع التجاري يعتمد في وصفه الأعمال التجارية على نظرية المضاربة و هذا ما جاء في المادة الخامسة منه حيث اعتبرت العمل تجارياً إذا كان بقصد الربح و أن كان يمزج بين نظرية المضاربة و نظرية السبب في نصوص أخرى .

وقد وقع المشرع العراقي في خطأ تشريعي عند إيراده الأعمال على سبيل الحصر و كان من الأفضل أن يوردها على سبيل المثال كما فعلت التشريعات السابقة في العراق و يترك الحرية للقاضي للقياس عليها .

و لا يمكن تبرير ذلك الا بأن القانون التجاري هو قانون استثنائي من القانون المدني فلا يجوز التوسع في تفسير نصوصه و أحكامه و هذا ما يذهب اليه بعض الشرّاح للقانون التجاري العراقي .

الأعمال التجارية وفقاً لقانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984

لم يتضمن قانون التجارة العراقي تعريفاً للعمل التجاري وإنما اعتمد اسلوب ذكر هذه الأعمال على سبيل التعداد و قد سار في ذلك على خط كل من المشرع التجاري الفرنسي و المصري. ألا أنه من الجانب الأخر خالفهما من خلال تعداده لهذه الأعمال على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال أو الدلالة و مع ذلك فأن المشرع جاء على ذكر بعض الأعمال التجارية على سبيل المثال حيث أجاز القياس عليها كما هو الحال في الفقرات 7- 12 - 16 من المادة الخامسة. و نحن لا نتفق مع المشرع العراقي في نهجه المذكور ذلك إنه لا يمكن حصر جميع الأعمال التجارية الواقعة في التعامل كما لا يمكن التنبوء بما سوف يستجد من أعمال تجارية في المستقبل خصوصاً و أن التطور الصناعي يتقدم بخطوات سريعة الأمر الذي يكون له انعكاس مباشر على النشاط التجاري مما سيبرز الى وجود أعمالاً و صوراً جديدة من النشاط التجاري لم ترد في مخيلة المشرع .

نصت المادة الخامسة من القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل على ما يلي :

(تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية أذا كانت بقصد الربح و يفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس):

أولا : شراء أو استئجار الأموال منقولة كانت أم عقاراً لأجل بيعها أو إيجارها .

ثانياً : توريد البضائع و الخدمات .

ثالثاً : استيراد البضائع أو تصديرها و أعمال مكاتب الاستيراد و التصدير .

رابعاً : الصناعة و عمليات استخراج المواد الأولية .

خامساً : النشر و الطباعة و التصوير و الاعلان .

سادساً : مقاولات البناء و الترميم و الهدم و الصيانة .

سابعاً : خدمات مكاتب السياحة و الفنادق و المطاعم و دور السينما و الملاعب و دور العرض المختلفة الأخرى .

ثامناً : البيع في محلات المزاد العلني .

تاسعاً : نقل الأشياء و الأشخاص .

عاشراً : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها .

حادي عشر : استيداع البضائع في المستودعات العامة .

ثاني عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات و غيرها من المناسبات الاجتماعية .

ثالث عشر : عمليات المصارف.

رابع عشر : التأمين .

خامس عشر : التعامل في أسهم الشركات و سنداتها .

سادس عشر : الوكالة التجارية و الوكالة بالعمولة و الوكالة بالنقل و الدلالة و أعمال الوساطة التجارية الاخرى .

كما أضافت المادة السادسة من القانون نوعاً أخر من الأعمال التجارية حيث نصت على (يكون أنشاء الأوراق التجارية و العمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها و نيته) .

عليه يصبح مجموع الأعمال التجارية (17) نوعاً بعضها يمارس بصيغة منفردة و البعض الأخر يمارس بصيغة المشروع أي يشترط لتجارتها أن تمارس بصيغة المشروع و تظهر من خلال الممارسة الفعلية على شكل مشروع مثل أعمال التأمين .

بعض الاسئلة المهمة عن محاضرة الاسبوع السادس والسابع

س / عرف القانون التجاري , و أجب عما يلي :

1- اشرح بإيجاز مصادر القانون التجاري ؟

2- اذكر اهم الاسباب التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري ؟

س / اشرح نظريات التي تحدد نطاق القانون التجاري , واذكر موقف القانون العراقي منها ؟

س / عدد نظريات العمل التجاري , وقارن بين اثنين منها ؟

س / عدد الاعمال التجارية وفق القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984؟

محاضرة الاسبوع العاشر

التاجر (الشخص الطبيعي) , التاجر (الشخص المعنوي) , واجبات التاجر

التاجر

يطلق القانون صفة التاجر على الشخص الطبيعي او المعنوي عند توافر شروط معينة و لهذا التمييز أهمية قانونية حيث يخضع القانون التاجر لأحكام خاصة لا تطبق على غيره الغرض منها دعم النشاط التجاري الذي يعد أحد مقومات النشاط الاقتصادي للدول.

حيث أن القانون التجاري يلزم التجار دون غيرهم بالتسجيل في السجل التجاري و مسك الدفاتر التجارية و يخضعهم لنظام الافلاس بمقابل هذه الواجبات هناك حقوق خاصة للتجار منها حق الاستيراد و التصدير و الحق في الترشيح لانتخابات عضوية غرفة التجارة .

عرف قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 في الفقرة الأولى من المادة السابعة التاجر بأنه :

" يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه و لحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون ".

يتضح من خلال النص أن التاجر بمفهوم القانون قد يكون شخصاً طبيعي (فرداً) او معنوي (شركة) .

التاجر الشخص المعنوي

لا يقتصر احتراف التجارة ، على الشخص الطبيعي فقط بل قد يحترف هذا النشاط ايضاً الشخص المعنوي وينصرف مفهوم الشخص المعنوي هنا الى الشركة عموماً . ذا احترفت الشركة العمل التجاري فإنها تكسب صفة التاجر شأنها في ذلك شأن الفرد لا فرق بينهما . ومع ذلك فإن الشركة كشخص معنوي قد لا تحترف بالضرورة النشاط التجاري ، بل قد تمارس العمل المدني ، مما يؤدي بالتالي ال صعوبة اعتبارها تاجرا واكتسابها لهذه الصفة . ويعتمد الفقه بهذا الصدد معيارين مختلفين للتمييز بين الشركة التجارية والشركة المدنية.

المعيار الموضوعي : فان الشركة لا تعتبر تاجرا الا اذا احترفت العمل التجاري

المعيار الشكلي : تعتبر الشركة تجارية لمجرد اتخاذها شكلا تجاريا

التاجر الشخص الطبيعي

ينص القانون صراحةً على أن من يمارس الأعمال التجارية بصيغة الاحتراف يكتسب صفة التاجر غير أن الاحتراف وحده لا يكفي فلابد أن يمارس الشخص الأعمال و لحسابه الخاص . وتضيف الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التجارة الى صلاحية الجهة المختصة بالأشراف على النشاط التجاري بتحديد نوع ونطاق العمل التجاري بما يتفق و خطط التنمية ، ويعتبر هذا الأمر بمثابة قيد جوازي على حرية ممارسة الأشخاص للنشاط التجاري في العراق اذ لا تنتفي هذه الصفة في حالة انتفاء هذا القيد. عليه فأن صفة التاجر لا تثبت للشخص الا إذا توافرت فيه الشروط التالية :

أولاً : احتراف العمل التجاري.

ثانياً : أن يباشر العمل التجاري باسمه و لحسابه الخاص.

ثالثاً : أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية.

أولاً – أحتراف العمل التجاري

الاحتراف يعني توجيه النشاط بصفة دائمة ومعتادة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين، ويتضمن الاحتراف عنصرين هما :

الحرفة و الاعتياد:

فالحرفة – تعني تكريس نشاط الفرد لعمل معين و اتخاذه مهنة له . و ليس هناك ما يمنع الشخص من مزاولة أكثر من حرفة مدنية و تجارية في آن واحد .

أما **الاعتياد** – فهو تكرار عمل أو مجموعة من الأعمال التجارية و يمثل الركن المادي للحرفة، ولا يؤدي عدم توفر الاعتياد الى انتفاء الاحتراف و بالتالي انتفاء صفة التاجر فالشركة التجارية بمجرد تكوينها و قيام شخصيتها المعنوية اي قبل ممارسة اي نشاط تعد تاجر.

الاستثناءات الواردة على مبدأ الاحتراف

احتراف العمل التجاري يكسب الشخص صفة التاجر و يخضعه للأحكام الخاصة بالتجار، إلا إن المشرع قد خرج على هذا المبدأ حيث استثنى بعض الأشخاص الطبيعية و المعنوية من هذا الوصف رغم احترافهم للعمل التجاري وذلك لاعتبارات تتعلق بطبيعة العمل المحدد لهؤلاء الأشخاص و هذه الأشخاص هي :

1. الدولة و مؤسساتها

الدولة عبارة عن شخص معنوي يقوم على مجموعة من المؤسسات المختلفة تهدف بمجموعها لتحقيق أغراض معينة، إذ تمارس الدولة النشاط التجاري بصيغ مختلفة بحسب المفهوم الفلسفي و السياسي الذي يستند عليه.

2. الصرفيون (أرباب الحرف)

يميز قانون التجارة بين من يمارس النشاط التجاري على شكل مشروع تجاري من حيث التنظيم المهني و بين من يمارس نشاطه من خلال مهارته الشخصية وبيعه لإنتاج مهارته حيث يطلق عليهم مصطلح الصرفيون أو أرباب الحرف الصغيرة وأستثنى قانون التجارة العراقي صراحةً هذه الفئة من الخضوع لأحكامه، ويعود السبب لحماية هؤلاء من الالتزامات التي يرتبها قانون على من يكتسب صفة التاجر وهي التزامات مرهقة وثقيلة .

ثانياً – أن يباشر العمل التجاري بأسمه و لحسابه الخاص

لا يكفي لاكتساب الشخص صفة التاجر أن يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف بل يجب أيضاً ان يمارسها باسمه و لحسابه الخاص لأن التجارة تفترض الاستقلال التام و هي تقوم على الائتمان الشخصي لذا يجب أن يمارس الشخص الأعمال التجارية باسمه و لحسابه الخاص و بذلك يتحمل جميع الآثار و النتائج المترتبة على مزاولته لهذا النشاط ن لذلك لا يكتسب صفة التاجر الأشخاص التالية :

1. موظفو المحلات التجارية و مستخدميها

إذ يعتبر هؤلاء الأشخاص خاضعين لإدارة صاحب المشروع التجاري و غير مسؤولين شخصياً عن ما يقولون من أعمال و لا يكتسب هؤلاء الأشخاص صفة التاجر حتى و أن اشتركوا في الأرباح او تولوا أدارة المحل التجاري لأن طبيعة العلاقة بينهم رغم مشاركة العلاقة تبعية ليحكمها عقد العمل .

2. مديرو الشركات المحدودة و الشركات المساهمة

هؤلاء يمارسون عملهم باسم الشركة و لحسابها الخاص بصفة وكلاء لها و تثبت صفة التاجر للشركة دون المديرين ، غير أن صفة التاجر تثبت لمديري شركات الأشخاص لأن ممارسة أعمال هذه الشركات تكون بأسماء جميع الشركاء .

ثالثاً – أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية

لا يمكن للشخص الطبيعي أن يلتزم قانوناً الا إذا كان أهلاً للتعاقد فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص لأحداث الأثر القانوني ، عليه فالتجارة تصرف قانوني يجب لمن يباشرها أن يتمتع بالأهلية اللازمة فالتاجر لابد ان تتوافر فيه الأهلية التي ترتبط بالتمييز و الإرادة و كلاهما يتأثران بالسن و أن لا يعتبرهما عارض من عوارض الأهلية لذا سوف نتناول أنواع الأهلية القانونية و تأثر تلك الأهلية بالسن :

أنواع الأهلية

هناك نوعان من الأهلية هما :

- أهلية الوجوب – هي صلاحية الأنسان لثبوت الحقوق له و وجوب الالتزامات عليه فهي ترتبط بالشخصية القانونية لذا فأن كل شخص يتمتع بها حتى الجنين شرطاً ان يولد حياً كثبوت النسب و الحق في الميراث و استحقاق الوصية .

- أهلية الأداء – هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً ، أي هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع والايجار و الوصية و غيرها من التصرفات و مناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، و من نقص تمييزه نقصت أهليته و من فقد التمييز لصغر سنه أو لجنون يذهب بعقله و أدراكه كان عديم الأهلية .

❖ تأثر الأهلية بالسن , يمر الأنسان بأدوار طبيعية ثلاثة من وقت أن يولد الى أن يموت :

1- الصغير غير المميز (عديم الأهلية)

سن التمييز هي سبع سنوات فكل شخص لم يبلغها يعتبر فاقداً للتمييز أي عديم الأهلية و جميع تصرفاته باطلة وأن أذن وليه ، و يلحق به المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية فلا يمكنه مباشرة النشاط التجاري ، الا إن هذا الصغير قد يؤل اليه عن طريق الارث ، الهبه ، الوصية ، ملكية محل تجاري أو حصة في مشروع تجاري .

2-الصغير المميز (ناقص الأهلية)

يعد الصغير مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز (7 سنوات) الى وقت بلوغه (الثامنة عشر) ولا يقصد بوصفه مميزاً أنه أصاب تمييزاً كاملاً فهذا معناه بلوغ الرشد و أنما يقصد توفر بعض أسباب التمييز فهو لا يزال ناقص العقل و عليه فهو ناقص الأهلية .

3-الصغير المأذون

يجيز القانون لمن أكمل الخامسة عشر من العمر تعاطي التجارة في جزء من أمواله شرط الحصول على الأذن من الولي و بترخيص من المملكة وولي القاصر في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 هو الأب ثم المحكمة أما في القانون المدني فهو الأب ثم وصي الأب ثم الجد الصحيح ، ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة ، لقد تناول القانون المدني في مواده الأربعة (98 ، 99 ، 100 ، 101)

4-كامل الأهلية

سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة ، فاذا بلغ الصغير هذه السن غير مجنون و لا معتوه انتهت الولاية عليه و أصبح كامل الأهلية أما أذا بلغها مجنوناً أو معتوهاً فتستمر الولاية أو الوصاية عليه بحسب الأحوال .

و يدخل في هذا الحكم (كامل الأهلية) من كان بعمر (15) سنة و كان متزوجاً بأذن القضاء وكذلك المأذون بالتجارة يعامل معاملة كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة فقط

عوارض الأهلية

عوارض الأهلية اربعة هي/ المجنون – العته – الغفلة – السفه و هي كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص و بالتالي لها تأثير على اهليته .

واجبات التاجر

يفرض القانون مجموعة من الواجبات على التاجر منها :

أولاً : التسجيل في السجل التجاري .

ثانياً : اتخاذ أسم تجاري .

ثالثاً : مسك دفاتر تجارية .

رابعاً : الامتناع عن المنافسة غير المشروعة .

أولاً – التسجيل في السجل التجاري

عرفت المادة 27 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 السجل التجاري بأنه (سجل عام تنظمه الغرف التجارية و الصناعية لقيد ما أوجب القانون على التاجر أو ما أجاز له قيده من بيانات تحدد هويته و نوع النشاط الذي يمارسه و التنظيم الذي يجري أعماله بموجبه و كل ما يطرأ على ذلك من تغيير).

وللسجل التجاري أهمية تختلف في الواقع باختلاف الفكرة التي أدت الى وضعه واختلاف الأنظمة القانونية من بلد لأخر فهناك من الدول من تعد التسجيل التجاري بمثابة نظام قانوني موضوعي من خلاله يكتسب الشخص الصفة التجارية كالتشريع الألماني الذي يعد القيد في السجل شرطاً لاكتساب الشخص صفة التاجر و البيانات المقيدة فيه حجة على الغير ولو كان يجهلها و بعض الدول لا تعتبر السجل التجاري نظاماً أساسياً من نظم القانون التجاري كالقانون الفرنسي الذي ينص على أن التسجيل في السجل التجاري لا يعدو كونه قرنية قانونية بسيطة على اكتساب الشخص الصفة التجارية و البيانات المقيدة في هذا السجل لها حجة نسبية للغير و بهذا اخذ القانون التجاري .

❖ **أهمية ووظائف السجل التجاري**

1- أداة استعلامية – حيث أجاز المشرع للأفراد الاطلاع و التزود بالمعلومات عن كل مؤسسة تجارية

2- أداة احصائية – تتمكن الدولة من خلاله الحصول على إحصاءات دقيقة عن حالة التجارة .

3- وظيفة اقتصادية - فهو يوفر لمخطط التنمية الاقتصادية بيانات مهمة تعد منطلقاً للخطط الاقتصادية لتوجيه النشاط الاقتصادي وفقاً لمتطلبات الاقتصاد الوطني الأنية و المستقبلية.

4- أداة إشهار قانونية – تجتمع بيانات المدونة فيه علة حجة نسبية على الغير باعتبار أن المشرع أجاز لكل فرد الاطلاع على محتوياته و بالمقابل لا تعد البيانات غير المقيدة حجة ما لم يثبت علم الغير عن طريق آخر .

❖ **البيانات الواجبة التسجيل في السجل التجاري**

يحتوي السجل التجاري على بيانات الزامية واخرى اختيارية تعكس حالة التاجر المدنية و التجارية و تنصب هذه المعلومات على :

1- بيانات تخص التاجر

و هي الاسم و التاريخ و المحل الخاص بميلاد التاجر و جنسيته و محل الاقامة و أسماء وكلائه و حدود صلاحيته ، كذلك جنسية الوكلاء و محل إقامتهم و أسماء القائمين على أدارة الشركة و صلاحيتهم و جنسياتهم . و تأثير الحكم المتعلق بأهلية التاجر أو نقصها و بيان أسم من عين نائباً عنه و الحكم باسترجاع الأهلية .

2- بيانات تتعلق بالنشاط التجاري

بيان طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه فعلاً مشغل المشروع التجاري مثل الاستيراد و التصدير و النقل و التأمين ..... الخ و كذلك انواع الأنشطة التجارية الأخرى و العلامة التجارية التي يستخدمها

3- بيانات تتعلق بالمحل التجاري

تاريخ افتتاح المحل التجاري أو تاريخ تملكه و عنوان مركز التاجر الرئيسي وعنوان الفروع التابعة له في العراق و خارجه .

ثانيا- اتخاذ اسم تجاري

تعريف الاسم التجاري : كل تسمية يزاول النشاط التجاري بموجبها اي شخص طبيعي او معنوي .

و يتألف من كل مصطلح مبتكر يعني للجمهور اية نشأة تجارية يديرها شخص طبيعي او شخص كأن يقال مثلاً (محلات الأنيق لتجارة الأزياء الحديثة) و قد يكون عبارة عن الاسم المدني للشخص او لقبه و يختلط بذلك مع الخواص التجاري فيصبح من العسير التفرقة بينها لآن الاسم المدني او اللقب وسيلة لتمييز الفرد عن غيره و لا يمكن التنازل عنها و لا تقويمها بالمال ، في حين أن الاسم التجاري هو عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري له قيمة مالية و يمكن انتقاله للغير متى انتقلت ملكية المحل التجاري الى الغير. لذلك فأن القول بأن الاسم المدني او اللقب من ضمن عناصر الاسم التجاري يؤدي الى الارباك و الخلط .

❖ شروط الاسم التجاري

1. يجب أن يكون من الأسماء العراقية و العربية و يحق للشركات الأجنبية استخدام أسمائها مع أضافة (فرع العراق) .
2. أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، كأن يتضمن تحدي سافر للأديان السماوية أو يتضمن نوعاً من الألحاد .
3. أن يكون واضحاً ولا يؤدي للإيهام بأنه تابع للقطاع العام في حين أنه تابع للقطاع الخاص.

ثالثاً – مسك الدفاتر التجارية

لقد جعل المشرع إمساك الدفاتر التجارية واجباً قانونياً بالنسبة للتاجر سواء كان فرداً او شركة و ذلك بما للدفاتر التجارية من اهمية عملية تتضح من خلال الوظائف المحددة التي تؤديها في تنظيم عمل المشرع التجاري و التاجر على اسس عملية سلمية و يمكن اجمال تلك الوظائف بما يلي :

1- تنظيم النشاط التجاري .

2- تحديد المركز المالي للتاجر من خلال معرفة السيولة النقدية للتاجر .

3- تساعد خصوم التاجر في أثبات المعاملات المدونة .

4- تحمي التاجر من عقوبة الافلاس من خلال طلب التاجر منحة الصلح الواقي من الافلاس.

5- تحمي التاجر من التقدير للضرائب .

6- تساعد التاجر على تحديد تركته .

❖ أنواع الدفاتر التجارية

ان للتاجر امساك ما يشاء من الدفاتر التجارية غير انه ملزم بنفس الوقت ان يكون لديه دفتران كحد ادنى عند ممارسة النشاط التجاري هما (دفتر اليومي و دفتر الاستاذ) و يمكن القول بأن الدفاتر التجارية على نوعين هما دفاتر تجارية الزامية ودفاتر تجارية اختيارية.

1. الدفاتر الالزامية وتشمل:

أ. دفتر اليومية : و يعد من اهم الدفاتر التجارية و يميز القانون بين نوعين من الدفتر اليومية هما دفتر اليومية الأصلي و دفتر اليومية المساعد ، و يراد بدفتر اليومية الأصلي هو الذي تدرج فيه بشكل تفصيلي يومي جميع العمليات التجارية التي تقوم بها التاجر فضلاً عن مسحوباته الشخصية مثل البيع و الشراء والمبالغ التي يقررها لحاجاته الخاصة و معاشه و يلاحظ ان قيد جميع العمليات التجارية التي تقع في يوم واحد في دفتر واحد يؤدي للإرباك و خاصة في المنشآت الكبيرة لذا يكمن استعمال دفتر يومية مساعد مختص ببيان تفصيلات الأنواع المختلفة من العمليات التجارية كأن يوجد دفتر للمشتريات و آخر للمبيعات.

ب. دفتر الأستاذ : هذا الدفتر لا يقل اهمية عن دفتر اليومية و تقيد/ فيه تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في نهاية السنة المالية او بيان اجمالي اذا كانت تفاصيل هذه الموال واردة في دفتر و قوائم مستقلة و يتضمن صورة من الميزانية السنوية و حساب الأرباح و الخسائر .

ت. ملف صور المراسلات و الوثائق : يجب على التاجر الاحتفاظ بصورة من مراسلاته التجارية و ذلك للتعرف على الأشخاص الذين يتعامل معهم التاجر أضافة للتحقق من صحة البيانات المدونة في الدفاتر التجارية من خلال المقارنة مع ما ورد في تلك المراسلات.

2. الدفاتر الاختيارية

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

أ. دفتر المسودة : هو دفتر الذي يسجل فيه التاجر جميع عملياته التجارية تمهيداً لنقلها الى الدفاتر الالزامية.

ب. دفتر الصندوق : هو الدفتر الذي يبين حركة النقود من والي الصندوق اي التي يقرضها او يقترضها التاجر و هي تساعد على تحديد المركز المالي للتاجر وسيولته النقدية .

ت. دفتر الأوراق التجارية : يتضمن تفاصيل الأوراق التجارية التي يتعامل معها التاجر كأسماء الأشخاص و عناوينهم و المبالغ و مواعيد الاستحقاق .

ث. دفتر المخزن : هذا الدفتر يؤشر فيه حركة السلع من والي المخزن مثل البيانات المتعلقة بالبضائع التي تسلمها او يسلمها التاجر .

أصول مسك الدفاتر التجارية

هناك مجموعة من الأسس والضوابط على التاجر مراعاتها عند مسك الدفاتر التجارية منها :

1. يجب على التاجر قبل استعماله للدفاتر التجارية تقديمها الى الكاتب العدل لترقيم كل صفحة بأرقام متسلسلة و ختمها بختمة خاصة .

2. مراعاة الدقة من قبول التاجر و ذلك بالامتناع عن الشطب او الملك او الكتابة بين السطور .

3. يجب على التاجر عند نفاذ اوراق الدفتر قبل نهاية السنة الحالية او انتهاء السنة المالية قبل نفاذ الدفتر تقديم الدفتر التجاري الى الكاتب العدل لتأشير ذلك .

4. يجب على التاجر عند توقفه عن النشاط التجاري تقديم الدفتر التجاري الى الكاتب العدل لتأشير ذلك.

5. يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية مدة (7) سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفاتر بانتهاء عدد صفحاته او توقف التاجر عن نشاطه، وهذه المدة قرينة على أن التاجر أعدم الدفاتر لذا يجوز للخصم ان يثبت ان هذه السجلات لا زالت موجودة بعد المدة المذكورة اعلاه .

رابعاً- الامتناع عن المنافسة غير المشروعة

إن حرية الأشخاص في ممارسة النشاط التجاري ليست مطلقة بل لابد من وجود قيود تفرضها الضرورات العملية و المصلحة العامة و منع الغش او تضليل المستهلك و تحقيق أهداف وطنية او قومية عليه ان جميع هذه العوامل تقرر عدم أطلاق حرية الأشخاص فلابد من تدخل المشرع في توجيه الأموال و الأعمال على نمو يوفر الحماية اللازمة للمشرع التجاري من الصراع و المنافسة في البيئة التجارية بأساليب غير قانونية و المنافسة غير المشرعة من حيث المصدر تكون على نوعيين هما :

1. **المنافسة غير المشروعة قانونياً:**

تعريفها – هي كل فعل يشكل مخالفة للممارسات و القواعد و الأعراف المدعية في المعاملات التجارية .

2. المنافسة غير المشروعة قانوناً تكون على عدة صور منها :

أولاً – الأعمال التي تسيء الى سمعة المنافس و تخلق الالتباس مع او سلعة او نشاطه التجاري مثل الاعتداء على علامة الغير تجارية او رسومه و النماذج الصناعية او الاعتداءات على براءات الاختراع .

ثانياً – العمال التي تحدث الاضطراب في المحل التجاري المنافس مثل تحريض العمال الذين يعتمد عليهم في محل تجاري ما على ترك العمل من أجل استخدامهم لديه أو أغراضهم لإفشاء أسرار المحل التجاري .

3. المنافسة غير المشروعة أتفاقاً

يلجأ التاجر عادةً الى تضمين العقود التي يبرمونها شروطاً يمنع فيها بائع المحل التجاري من أنشاء محل تجاري آخر مماثل ، و يعد هذا الشرط موافقاً للقانون شرط ان لا يكون مطلق المدة او شامل لكل أنواع التجارة بل لا بد لصحته ان يكون المنع مقتصر على ممارسة ذات النوع من التجارة التي باعها و خلال مدة محددة و بحدود المنطقة التي يوجد فيها المحل التجاري ، و يترتب على مخالفة شروط هذا الاتفاق قيان المسؤولية العقدية فأن خالف البائع شروط الاتفاق للمشتري طلب التعويض او فسخ العقد او غلق المحل و الامتناع عن دفع المتبقي من ثمن المحل التجاري الذي أشتراه .

محاضرة الاسبوع الاخير

الشركات التجارية

ادارة التعاقدات الحكومية

الاوراق التجارية

الشركات التجارية

لا تقتصر مزاولة النشاط الاقتصادي على الشخص الطبيعي بل يمكن أن يتعداه الى الأشخاص المعنوية المتمثلة بالشركات, لذا فإن الشركة تعد أداة لممارسة النشاط التجاري, وبذلك تكتسب صفة التاجر.

تعد الشركة علامة للنظام الرأسمالي وأداة فعالة في تكوين مال مؤثر يخشى منه أن يتحول لوسيلة استغلال اقتصادي, لكنه بالإمكان أن تكون (الشركة) أداة لخدمة النظام الاشتراكي إذا تم النظر إليها باعتبارها أداة قانونية تصلح لتركيز الجهد وايجاد المال اللازم للقيام بالهدف الانتاجي والتنموي في ظل خطة الدولة الاقتصادية.

❖ الشركات التجارية في العراق

أولت القوانين العراقية للشركات عموماً اهتماماً خاصاً مرتبطاً بأهميتها, ومن كونها نوعاً من أنواع المعاملات التي تستوجب التنظيم, فقد أفردت مجلة الأحكام العدلية المستقاة أحكامها من الشريعة الاسلامية الغراء للشركة كتاباً خاصاً مستقلاً معنوناُ بـ (كتاب الشركة) عالجت فيه أنواع الشركات وصورها المختلفة ... فقد تضمن قانون التجارة العثماني سنة 1850, قواعد خاصة بشركات التضامن والتوصية والمساهمة والمحاصة, وتولى قانون 1882, الذي جاء معدلاً للقانون السابق تنظيم وضع الشركات المساهمة, وأبان فترة الاحتلال البريطاني للعراق صدر سنة 1919, بيان الشركات الذي قضى بتطبيق قانون الشركات الهندي الصادر سنة 1913 المنقول عن القانون الانكليزي للشركات عام 1908 ... إلا أن واقع الحال لم يستمر هكذا, إذ صدر قانون التجارة العراقي رقم 60 لسنة 1943 وكان صدور هذا القانون مرحلة مهمة من مراحل التنظيم القانوني في العراق, بيد أن هذا القانون جاء خالياً عموماً من تنظيم الشركات وتلافياً لهذا النقص خصص القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 فصلاً مستقلاً للشركات هو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة ...

وبقيت أحكام الشركات في العراق متعددة المصادر غير مقننة لحين صدور قانون الشركات التجارية رقم 31 لسنة 1957, وقد استوعب هذا القانون جميع الشركات التجارية باختلاف صورها المعروفة في الواقع العراقي, وهي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة وشركة المساهمة وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالاسم. وظهرت لهذا القانون عيوب كثيرة وتم تعديله عدة مرات بحيث أصبح لا يتلاءم ومتطلبات التنمية الاقتصادية, وفي ضوء هذا المنظور , تم إلغاء قانون الشركات التجارية رقم 31 لسنة 1957 وتعديلاته اللاحقة لحين صدور القانون 36 لسنة 1983, الذي عُدل لأكثر من مرّة وفي العام 1997 صدر قانونان هما: قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 و قانون الشركات العامة رقم 22 لسنة 1997. ويُلاحظ

أن الشركات لاتعد تجارية بمقتضى القانون العراقي إلا إذا كانت تُمارس نشاطاً تجارياً, وبخلافه فأنها تنطوي تحت التصرفات المدنية, إذ أن القانون العراقي اعتمد للتمييز بين الشركات المدنية والتجارية, المعيار المادي الموضوعي واستبعد المعيار الشكلي ...

❖ التعريف بالشركة وخصائصها

تعريف الشركة

عرفت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون الشركات الشركة بأنها " عقد يلتزم به شخصان أو أكثر, بأن يُساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة " ...

خصائص الشركة

يتضح من خلال التعريف السابق بأن الشركة عقد يميزه القانون عن غيره من العقود بسمات خاصة يمكن حصرها بما يلي:

1. تعدد الشركاء.
2. مساهمة كل شريك بحصة من مال أو عمل.
3. المساهمة في الربح والخسارة.
4. نية المشاركة.

أولاً: تعدد الشركاء

بما ان الشركة عقد, فإنه يستلزم بالضرورة وجود أكثر من طرف واحد, ففكرة العقد تقوم على (ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه). فإن قانون الشركات وضع بهذا الخصوص القواعد التالية وحسب نوع الشركة, عدا شركة المساهمة التي يمكن أن يكون حدها الأعلى غير محدد...

الشركة المحدودة, الحد الأعلى (25) عضواً.
الشركة البسيطة, الحد الأعلى (5) أعضاء.
شركة التضامن, الحد الأعلى (25) عضواً.

ثانياً: مساهمة كل شريك بحصة من مال أو عمل

الشركة تهدف الى استغلال مشروع اقتصادي معين, فيجب اذن أن يساهم كل شريك بنصيب يطلق عليه (الحصة) لتكوين رأس مال الشركة اللازم لتحقيق ذلك الهدف, وهذه الحصة المقدمة من قبل الشريك قد تكون نقود , موجودات ثابته , سمعة التجارية...الخ

ثالثاً: المساهمة في الربح والخسارة

الأصل في توزيع الربح والخسارة بين الشركاء يكون عن طريق الاتفاق, فللشركاء الحرية في وضع الأسس التي يتم بمقتضاها توزيع الربح والخسارة فيما بينهم, لذا فقد تكون الأنصبة في الأرباح أو الخسائر متساوية أو مختلفة تبعاً للاتفاق أو تبعاً لحصة كل منهم في رأس المال.

رابعاً: نية المشاركة في تكوين الشركة

إن نية المشاركة تنصرف من حيث المدلول الى معنى دقيق يتحدد (بموقف نفسي) هو الرغبة لدى الشركاء في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة التي تترتب على استغلال مشروع اقتصادي معين, ولهذا الموقف النفسي مظهران هما:

الأول – التعاون الجاد بين الشركاء, لغرض بلوغ الهدف الذي تسعى الشركة لتحقيقه.

الثاني – مساهمة الشركاء المتكافئة على قدم المساواة في إدارة الشركة والرقابة على أعمالها وحساباتها.

❖ التقسيمات المختلفة للشركات

هناك تقسيمات مختلفة للشركات بحسب الجهة التي تولت هذا التقسيم, حيث قام كل من الفقه والمُشرّع بدراسة تقسيم الشركات ... لذا سوف نوضح تقسيمات الشركات بحسب ما جاء في الفقه, ومن ثم ننتقل الى تقسيمات قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدّل.

أولاً: أنواع الشركات بحسب الفقه

1. تقسيم الشركات الى مدنية وتجارية: يحدد طبيعة العمل الذي تمارسه والشكل
2. تقسيم الشركات الى شركات أشخاص وشركات أموال:(مشروع فردي , المساهمة)
3. تقسيم الشركات تبعاً لملكية رأس المال: (خاصة , عامة)

ثانياً: تقسيم الشركات طبقاً لأحكام القانون رقم 21 لسنة 1997

1. **الشركة المساهمة:**

وهي التي تتألف من عدد من الشخاص لا يقل عن خمسة يكتتبون بأسهم في اكتتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار حصة الأسهم التي اكتتبوا بها.

2. **الشركة المحدودة:**

وهي التي تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن شخصين ولا يزيد عن خمسة وعشرين يكتتبون فيها بأسهم ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا.

3. **الشركات التضامنية:**

وهي التي تتألف من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عن شخصين ولا يزيد عن خمسة وعشرين, يكون لكل منهم حصة في رأس المال ويتحملون متضامنين المسؤولية الشخصية غير المحدودة عن جميع التزامات الشركة.

4. **المشروع الفردي:**

وهو الذي يتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكاً للحصة ومسؤولاً مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.

❖ تأسيس شركات الأموال

إن تأسيس الشركة يتطلب جملة من المستلزمات الشكلية والموضوعية, وقد يترتب تخلف أي منها بطلان الشركة ومسؤولية المؤسسين قبل المكتتبين والغير.

إجراءات تأسيس الشركة المساهمة والمحدودة

تبدأ إجراءات تأسيس الشركة عامة ,وفق التفصيل الآتي:

أولاً: عقد الشركة: إن فاتحة اجراءات التأمين قيام المؤسسين بإعداد عقد الشركة وتوقيعه من قبلهم, ويجب أن يتضمن العقد (اسم الشركة) المستمد من نشاطها يذكر فيه نوعها مع اضافة كلمة (مختلطة) إذا كانت الشركة مختلطة, ويمكن اضافة أية تسمية مقبولة الى اسم الشركة المساهمة المحدودة ...

ثانياً: في الشركات المساهمة الخاصة, يجب أن يكتتب المؤسسون بنسبة لا تقل عن 20% من الأسهم ولا تزيد على 51% من رأسمالها الاسمي ...

وعلى المؤسسين في الشركة المساهمة المختلطة الاكتتاب بنسبة لا تقل عن 55% ولا تزيد على 75% من رأسمالها الاسمي, بضمنها الحد الأدنى المقرر للقطاع العام البالغ 25%.

ثالثاً: تقديم طلب التأسيس الى مسجل الشركات, ويرفق به عقد الشركة ووثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة المساهمة بالنسبة المطلوبة قانوناً من الأسهم, كما يرفق به أيضاً شهادة المصرف الذي يتولى عملية الاكتتاب بإيداع النسبة القانونية من رأس المال في الشركة المساهمة او إيداع كامل رأس المال في الشركة المحدودة قبل صدور شهادة التأسيس.

رابعاً: يتولى مسجل الشركات مفاتحة الجهة الاقتصادية القطاعية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع خطة التنمية القومية, كما يحق له مفاتحة أية جهة أخرى يوجب القانون مفاتحتها.

خامساً: إذا وافق المسجل على طلب التأسيس لتوافر شروطه, وجب عليه دعوة المؤسسين أو من يمثلهم لتوثيق عقد الشركة أمامه أو أمام من يخوله, ولتسديد رسوم التسجيل خلال مدة (30) يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك, وإذا لم يحضروا بدون عذر مشروع جاز للمسجل اعتبارهم صرفوا النظر عن الطلب ويقرر حفظه.

سادساً: بعد استكمال إجراءات التوثيق يدعو المسجل المؤسسين لتسديد رسوم التأسيس خلال (30) يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ طالبي التأسيس, فإن تخلفوا عن ذلك دون عذر مشروع جاز للمسجل اعتبارهم قد صرفوا النظر عن الطلب ويقرر حفظه.

سابعاً: إجراءات الاكتتاب, فقد أوجب قانون الشركات على المؤسسين الاكتتاب بنسبة من أسهم الشركات المساهمة, وطرح المتبقي على الجمهور للاكتتاب بها, وذلك خلال مدة (60) يوماً من تاريخ موافقة المسجل على التأسيس.

ثامناً: خاتمة إجراءات التأسيس, هي الدعوة الى اجتماع الهيئة العامة من قبل مؤسسي الشركة لغرض عقد الاجتماع التأسيسي خلال (30) يوماً من تاريخ صدور شهادة التأسيس وفق الإجراءات القانونية.

❖ أسباب التصفية

لقد نظم المشرع عملية تصفية الشركات وأشبعها الفقهاء بحثاً ودراسةً وحاول الإحاطة بجميع أحكامها، وكذلك دراسة الأسباب التي تستدعي تصفية الشركة والتي تم تقسيمها إلى مجموعين رئيسيتين وهما

1 -أسباب عامة: أي تلك الأسباب التي تنطبق على جميع الشركات على اختلاف أنواعها ومسمياتها , ومن تلك الاسباب مايلي :

أ- صعوبة الاستمرار باستغلال الشركة وتوقف عملها
ب- تفاق الشركاء على حل الشركة وتصفيتها
ت- تحقيق الأمر الذي أنشئت الشركة من أجله أو استحالة تحقيقه
ث- -حلول الأجل
ج- بقاء شريك واحد في الشركة
ح- فلاس الشركة

2 -.أسباب خاصة: تخص كل نوع من الشركات على حده، فالأسباب النوعية لتصفية شركات الأشخاص غير تلك الأسباب التي تحكم تصفية شركات الأموال. ومن تلك الاسباب مايلي :

أ- تصفية الشركة المساهمة اختياري

ب- تصفية الشركة المساهمة العامة إجبارياً إذا عجزت عن دفع ديونه او إذا ارتكبت مخالفات جسيمة للقانون أو لنظامها

❖ تكوين شركات القطاع العام

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

النظام القانوني لشركات القطاع العام

يرتكز النظام القانوني لشركات القطاع العام على أسس مركزية محدودة, هي أن لهذه الشركات شخصية معنوية أولاً, واستقلال مالي ثانياً, وإدارة لا تخضع للقوانين والأنظمة المتبعة في دوائر الدولة ثالثاً.

أولاً: الشخصية المعنوية:

لشركات القطاع العام شخصية معنوية مستقلة ليس فقط عن الأشخاص الذين يتولون إدارتها, ولكن عن الدولة او الشخص المعنوي العام الذي قام بتأسيسها. لذا تكتتب شركات القطاع العام الشخصية المعنوية بقانون انشائها أو بمقتضى قوانين التأمين في حالة ما إذا كانت من شركات القطاع الخاص ونقلت ملكيتها الى الشعب. إن استقلال الشخصية المعنوية لهذه الشركات ليس مطلقاً بل أنها تخضع عموماً لرقابة الدولة.

ثانياً: الاستقلال المالي:

يترتب على الاعتراف لشركات القطاع العام بالشخصية المعنوية, أن يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة, أو الشخص المعنوي العام المنشئ لها.

وعناصر هذه الذمة هي الأموال المنقولة وغير المنقولة التي خصصتها الدولة للشركة عند إنشائها أو تركتها لها في حالة تأميمها, فالاستقلال المالي, يعني إذاً وجود أموال تحت تصرف الشركة كي تتمكن من إجراء التصرفات القانونية المتعلقة بنشاطها بصورة مستقلة, عليه فإن استقلال الذمة المالية لشركات القطاع العام تؤدي إلى :-

1. أن الشركة تعد مسؤولة عن ديونها والتزاماتها بصفة شخصية, فذمتها ضمان لدائنيها.
2. أنها تعتمد على مواردها الذاتية – التمويل الذاتي – في تسيير نشاطها, ولها في ذلك اقتراض المبالغ من المؤسسات المصرفية أو تحويل الاحتياطي الى رأسمال.

3. لشركات القطاع العام نظام محاسبي ومالي خاص تراعى فيه قواعد المحاسبة التجارية, أي أنها لا تخضع للنظم الحالية المتبعة في دوائر الدولة, والعلّة في ذلك , هو مرونة قواعد المحاسبة التجارية انطلاقاً من الطبيعة الخاصة للنشاط التجاري الذي يستلزم السرعة في ايقاع التصرف والائتمان في المعاملات.

ادارة التعاقدات الحكومية

ان من اسمى الوظائف التي تقوم بها الجهات الإدارية هو اشباع الحاجات العامة للمواطنين وكفل لها المشرع تحقيق هذه الغاية لذا تلجأ الإدارة الى العقود الإدارية لتنفيذ مشروعاتها وتسيير مرافقها العامة وتحقيق غاياتها . والعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني ، من حيث العناصر الأساسية لتكوينه وان يكون توافق ا رادتين بإيجاب وقبول الإنشاء الالتزامات التعاقدية بين الطرفين قائمة على التراضي.

تعتبر مشروعات البنية الاساسية ومنشآتها عصب التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مختف دول العالم , اما وقد اصبحت الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب ايجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول وخاصة الدول النامية , فبدون بنية اساسية جيدة لا يمكن السير في عملية التنمية المطلوبة , لذا فأن هذا العقد يعد نافذة لمدخول الحياة المدنية بكل متطلباتها العصرية بل انه بمثابة الخلاص للدول والحكومات لتحقيق ما تطلبه الحياة المدنية لإيجاد البنية التحتية من شبكات المياه والصرف الصحي وغيرها كالمستشفيات والمطارات دون ان ترهق ميزانياتها بالديون, لذلك فقد اتجه العالم بمختلف دوله المتقدمة منها , وتلك التي تسير في طريق النمو الى تنفيذ المشروعات بنظام عقود (B.O.T) هذا النظام العقدي الذي يحقق هدفين في نفس الوقت هما:

- ❖ تنفيذ المشروعات الكبرى بالكفاءة المطلوبة وفي الوقت المحدد .
- ❖ الاعتماد في التمويل على القطاع الخاص المحلي والاجنبي من جهة اخرى ومن هنا تبرز اهمية هذه العقود.

❖ ماهية عقد (B.O.T)

يعني مصطلح البوت هو مختصر لكلمات ثلاثة باللغة الانكليزية

- ❖ (B) تشير الى كلمة (Build) والتي تعني يبني او يشيد اي اقامة المشروع.
- ❖ (O) تشير الى الحرف الاول من كلمة (Operate) تعني يشغل او يدير اي تشغيل المشروع.
- ❖ (T) تشير الى الحرف الاول من كلمة (Transfer) تعني نقل اي اعادة او نقل ملكية المشروع من المستثمر (شركة المشروع) الى الجهة المتعاقدة معها (الدولة او احدى هيئاتها).

و يعرف عقد (B.O.T)

بانه العقد الذي تعهد الدولة الى المستثمر (وطني كان ام اجنبي) لإنشاء مشروع على نفقته الخاصة وادارة هذا المشروع فترة معينة من الزمن, ويحصل خلال تلك الفترة على ارباح تغطي التكاليف التي انفقها على المشروع مع

تحقيقه نسبة من الارباح له ويكون المشروع تحت اشراف الدولة او احدى دوائرها, ويلتزم المستثمر بنقل حيازة المشر وع الى الدولة في نهاية مدة العقد.

❖ مزايا عقد B.O.T

1- تخفيف العبء المالي عن الموازنة العامة للدولة

يساهم التعاقد بعقد B.O.Tفي الحد من الاعباء التي ترهق الموازنة الامة للدولة المانحة وذلك عن طريق تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة

2- خلق فرص عمل جديدة

ان تنفيذ عقود B.O.T يؤدي الى اقامة مشروعات مرافق جديدة من خلال الاستعانة بشركات المقاولات الوطنية لتنفيذ تلك المشروعات مما يؤدي الى زيادة عدد الايدي العاملة ومن ثم خلق قاعدة صناعية تعد الاساس في تخفيف نسبة البطالة في البلد المانح

3- الاستفادة من خبرة القطاع الخاص

أن القطاع الخاص له مصلحة مباشرة في رفع مستوى الخدمات المقدرة للجمهور بكفاءة عالية اذ ان ذلك يحقق لها اكبر ربح مالي وهذا يؤدي بدوره الى اشباع الحاجات العامة للمستهلك

4- يوفر البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية

ان لعقد B.O.T ميزة هامة حيث يوفر البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية من خلال نقل الاساليب التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية الى الدول خاصة عندما تكون من الدول النامية

❖ عيوب عقد B.O.T

1- الاضرار بالعملة الوطنية

ان الدول التي طبقت وتعاقدت بنظام B.O.Tوممارساتها عمليا نلاحظ فيها لجوء المستثمر سواء كان اجنبيا ام وطنيا الى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلا من الخارج واستخدام هذا التمويل الداخلي في استيراد الاجهزة والمعدات من الخارج ذلك يؤدي الى زيادة الطلب على العملات الاجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق المحلية.

2- سريان عقد البوت لمدة طويلة

تشير عقود B.O.T المبرمة ببعض الدول الى انها تمتد لسنوات طويلة وهذا الامر لا يخلو من مخاطر بما فيها من تقييد لحرية السلطات المتعاقدة ويرتب اوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل فيها.

❖ اشكال عقد B.O.T

اولاً : البناء والتشغيل ونقل الملكية - B.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Build - Operate - Ownership – Transfer وفي هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء المرفق و ادارته وتشغيله طول فترة العقد. ويختلف هذا العقد عن عقد البوت في انها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد ثم ينقلها مرة اخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز.

ثانياً : البناء والايجار ونقل الملكية (B.L.T)
وهو اختصار للكلمات Build Lease Transfer وفي هذه الصورة من العقود تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتكمله مدة العقد ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها او بتشغيله عن طريق آخرين.

ثالثاً : عقود التشييد والتسليم والاستغلال(B.T.O)

وهي اختصار لكلمات Build - Transfer – Operate تقوم الادارة بهذا العقد بالتعاقد مع المستثمر لتشييد المرفق وتسليمه للإدارة أولاً ومن ثم تقوم الادارة بأبرام عقد مع المستثمر مرة ثانية لاستغلال المرفق حتى يتمكن بدوره من تحصيل النفقات التي انفقها أن التشييد مع حصوله على ربح مناسب طوال مدة العقد المتفق عليه.

رابعاً : عقد التحديث والتمليك والتشغيل ونقل الملكية - M.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Modemize – Own – Operate – Transfer ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية العامة مع أحدى شركات القطاع الخاص على تحديث أحد المشروعات مقابل تملك المشروع وتشغيله فترة معينة والحصول على إي ايرادات المشروع على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام

خامساً : عقد البناء والتمليك والتأجير والتحويل - B.O.L.T

اختصار للكلمات Build- Own – Lease – Transferوبهذا العقد تعيد الدولة إلى المستثمر بأنشاء مشروع على نفقة الخاصة وتشغيله وتأجيره لغير خلال فترة العقد بحيث يستطيع تغطية تكاليف المشروع وتحقيق نسبة من الارباح من قيمة الايجار على أن يلتزم في نهاية العقد بنقل المشروع إلى الدولة المتعاقدة.

سادساً : عقد التصميم والبناء وتمويل وتشغيل (D.B.F.O)

وهو اختصار للكلمات Design – Bulid –Finance – Operate وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه وتمويله تشغيلُه بمبادرة منه بعد الاتفاق

سابعاً : عقد التأجير والتجديد والتشغيل ونقل الملكية - L.R.O.T

وهو اختصار لكلمات Lease – Renovate – Operate and Transfer وفيه تستأجر الجهة المنفذة المشروع وتتولى تجديدهُ وتشغيلهُ والحصول على عوائدهُ (ارباح المشروع) ثم تنفيذ حيازة المشروع للدولة في نهاية مدة العقد.

ثامناً : أعادة التأهيل التشغيل و نقل الملكية (R.O.T)

اختصار لكلمات Rehabitate – own – transfer تستخدم هذه الصورة من العقود في مشاريع متعثرة حيث يتولى القطاع الخاص اعادة هيكلها وتشغلها وهي تشبه عقد(D.B.F.O)

اوراق التجارية

تحظى الأوراق التجارية باهتمام واسع في المجال القانوني نظرا لأهميتها العلمية في ميدان النظرية والتطبيق من جهة ونظرا لأهميتها الاقتصادية في ميدان التجارة الداخلية والخارجية الأمر الذي جعلها مناط اهتمام المشرع على الصعيد المحلي والدولي , وقد عالج المشرع العراقي القواعد المنظمة للأوراق التجارية بقانون التجارة رقم 30 لسنة 1984النافذ، وذلك بالباب الثالث منه .

المفهوم

إنطلاقا من أهمية الأوراق التجارية نجد أن المشرع العراقي وضع تعريفا خاصا لها وذلك بالمادة (39) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت على أنه (الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصا اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو المناولة) .

ومن خلال التعريف الذي أورده المشــرع لهذه الأوراق يلاحظ أنه لكي يعتبر الســند ورقة تجارية فإنه يجب أن تتوافر فيه الصفات الآتية :

1- أن يكون الســـند قابلا للتداول بالطرق التجارية (أي بالتظهير والمناولة اليدوية) دون اتباع طريقة حوالة الحق المنصـــوص عليها في القانون المدني وما تقتضـــيه من اجراءات مطولة لا تستجيب لمقتضيات التعامل التجاري الذي تعد السرعة عنصرا جوهريا فيه .

2- أن يتضـــمن الســـند حق يتمثل بمبلغ من النقود وأن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة وغير معلق على شرط .

3- أن يكون الحق الذي يتضمنه السند وهو مبلغ من النقود مستحق الدفع في زمان ومكان معينين

الاحكام العامة للآوراق التجارية

ومع أن المشرع عرف الورقة التجارية بمفهوم واحد أيا كان نوعها غير أنه يمكن إعطاء تعريف لكل نوع منها استنادا لما تتضمنه من خصوصية من حيث الأطراف أو ميعاد الإستحقاق . فالحوالة التجارية (السفتجة) يمكن تعريفها بأنها محرر وفق شروط شكلية نص عليها القانون يأمر بموجبها شخص يسمى الساحب شخصا اخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث يسمى المستفيد مبلغ معين من النقود في ميعاد معين أو لدى الإطلاع . أما السند لأمر (الكمبيالة) فيمكن تعريفه

بأنه محرر وفق شروط شكلية نص عليها القانون يتعهد بموجبه شخص يسمى الساحب أو المتعهد بدفع مبلغ معين من النقود لشخص اخر يسمى المستفيد في تاريخ معين أو لدى الإطلاع . أما الصك فيمكن تعريفه بأنه محرر وفق شروط شكلية نص عليها القانون يأمر بموجبه شخص يسمى الساحب شخصا اخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث يسمى المستفيد مبلغ معين من النقود لدى الاطلاع .

الوظائف

1- أداة لنقل النقود

تعد الورقة التجارية أداة لنقل النقود ، أي وسيلة يستعاض بها عن حمل النقود ، وتجنب نقلها وذلك للمخاطر الناشئة عن ذلك . وتعد هذه الوظيفة أقدم وظائف الورقة التجارية . إذ استخدمت الحوالة التجارية (السفتجة) كوسيلة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب . وصورته أن يسلم التاجر نقود ه للصراف في بلده ويحصل منه على ورقة تتضمن أمر من الصراف الى وكيله في البلد الذي يروم التاجر الذهاب اليه بدفع ما يعادل قيمة ما دفعه بعملة البلد الذي سيباشر فيه شؤون تجارته .

2- **أداة إئتمان**

من المعروف أن قواعد القانون التجاري تقوم على دعامتين أساسيتين هما السرعة والإئتمان .وقد أقرت قواعد القانون المذكور بأحكام كثيرة تعمل على تدعيم الائتمان في نطاق المعاملات التجارية وتيسير الحصول عليه ، إذ أن من الملاحظ أن غالبية التجار قد لا تتوفر لديهم الأموال الكافية للوفاء بالإلتزامات الناشئة عن معاملاتهم التجارية لأسباب عدة , فيحصلون على آجال للوفاء بالديون المترتبة في ذممهم. وإذا كانت الحوالة التجارية (السفتجة) والسند للأمر (الكمبيالة) تمثلان أداة ائتمان إلا أن الصك لا يعد كذلك لأنه ورقة مستحقة الوفاء لدى الإطلاع .

3- **أداة وفاء**

تقوم الأوراق التجارية بأنواعها الثلاثة (الحوالة والكمبيالة والصك) بوظيفة الوفاء في المعاملات التجارية ، فإذا اشترى أحد الأشخاص سلعة أو بضاعة من شخص اخر يمكن للمشتري بدلا من دفع ثمن البضاعة نقدا أن يحرر ورقة تجارية لحسابه كأن يحرر صكا بإسم البائع يتضمن المبلغ المساوي للثمن وبذلك يكون قد أوفى القيمة بإحالة البائع لتسلم المبلغ من المصرف .

❖ التمييز بين الأوراق التجارية والأوراق الاخرى

	الأوراق المالية	الأوراق التجارية
من حيث الاصدار	هيئات حكومية أو شركات مساهمة	شركات او مؤسسات او افراد
التعليق على شرط	قد تكون معلقة على شرط .	تكون غير معلقة على شرط والا فقدت صفتها كأوراق تجارية
الهدف من الاصدار	الاستثمار و التمويل	تحرر لتسوية التزام معين، ناتج من مبادلات تجارية؛ كدفع قيمة بضاعة، أو مقابل خدمات
قيمة الإصدار	متساوية في القيمة عند كل إصدار	تختلف قيمتها عند كل إصدار
من حيث أسواق للتداول	قابلة للتداول، لها سوق تباع وتشترى فيه	لا يوجد سوق لها و لكن يمكن بيعها للبنك و الاقتراض بضمانها
جواز الفائدة استرداد القيمة	للسندات فائدة و للسهم ربح لا يضمن بائع السهم استرداد القيمة و لكن يضمن السند استرداد القيمة و الفائدة	يجوز الاتفاق بين المدين والدائن على احتساب فائدة تضمن الورقة التجارية الوفاء بقيمتها، في ميعاد الاستحقاق – بخلاف ما إذا حال ذلك من افلاس المصدر.
التقادم	السهم لس لهم تاريخ استحقاق و لا مدة و لكن السند له تاريخ الاستحقاق و يتقادم على حسب القوانين في الدولة	الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية تكون عرضة للتقادم، بعد مرور فترة زمنية طويلة، يحددها النظام التشريعي لكل دولة

بعض الاسئلة المهمة عن محاضرة الاسبوع العاشر والاسبوع الاخير

س/ عرف مفهوم التاجر , وبين ما يلي :

1- مفهوم التاجر الشخص المعنوي
2- مفهوم التاجر الشخص الطبيعي
3- ماهي الشروط الواجب ان تتوفر في التاجر (تعدد فقط)
4- اذكر اهم عنصرين في الاحتراف العمل التجاري

س/ عرف مفهوم التاجر , وبين اربعة فقط مما يلي :

1- عدد واجبات التاجر
2- عدد اهمية ووظائف السجل التجاري
3- عدد اهم انواع البيانات الواجبة التسجيل في السجل التجاري
4- اذكر اهم وظائف مسك الدفاتر التجارية
5- عدد انواع الدفاتر التجارية

س/ عرف عقد (B.O.T) , وبين مما يلي :

1- ماذا يعني مصطلح (B.O.T)
2- مزايا عقد (B.O.T)
3- عيوب عقد (B.O.T)
4- عدد فقط اشكال عقد (B.O.T)

س/ عرف مفهوم الاوراق التجارية , وبين مما يلي :

1- صفات الواجب ان تتوفر في الاوراق التجارية
2- عرف كل من مفهوم السفتجة والكمبيالة
3- عدد وظائف الاوراق التجارية (تعدد فقط)
4- قارن بين الاوراق التجارية والاوراق الاخرى

س/ تكلم عن الشركات التجارية في العراق , وبين مما يلي :

1- عرف مفهوم الشركة
2- عدد خصائص الشركة
3- اشرح بإيجاز تقسيم الشركات طبقا لأحكام قانون رقم 21 لسنة 1997

س/ اشرح اجراءات تأسيس الشركة المساهمة والمحدودة , وبين اسباب التصفية