الفصل الاول

نظرة عامة في القانون

المقدمة

يعرف القانون بانه (مجموعة القواعد العامة التي تهدف الى تنظيم العلاقات بين الاشخاص ويفرض الجزاء على من يخالفها).

المبحث الاول

خصائص قواعد القانون

أ- القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة: يقصد بـ (القاعدة عامة) انها تخاطب الجميع ولا تقتصر على شخص معين، فهي تسري على كل من يقع ضمن شروطها ولا تخاطبه لأسمة او لشخصه وانما لما يتوفر به من صفات ومؤهلات، إذ الغاية من تعميم القاعدة هي تحقيق العدل عندما يقع الجميع تحت حكمها.

اما صفة (التجريد) فيراد بها ابتعاد القاعدة القانونية عن الدخول بالتفاصيل، لان الدخول بالتفاصيل يعمل على تضخيم النصوص القانونية بصورة يصعب الالمام بتفاصيلها.

ب-انها قاعدة سلوك اجتماعية: فيقصد بانها قاعدة سلوك عندما تهدف القاعدة القانونية الى تنظيم العلاقات داخل المجتمع او علاقة المجتمع بغيره من المجموعة الدولية، اما كونها قاعدة اجتماعية فهي تهدف الى المجتمع وعلاقات الاشخاص فيه ولا تهتم بعلاقة الاشخاص بالخالق او واجب الشخص اتجاه نفسه.

ت-انها قواعد الزامية: وتعني بانها (قواعد الزامية) اي وجوب طاعتها من قبل المخاطبين بها ومن يخرقها ينال الجزاء المقرر لها والذي تفرضه السلطة المكلفة بتنفيذ النصوص القانونية.

١-صور الجزاء على مخالفة القواعد القانونية: تعددت صور الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية فتنوعت بين :-

- ان يكون الجزاء جنائيا": وذلك عند ارتكاب افعال تعد جرائم حيث يكون الجزاء اما بدنيا" كالاعدام او السجن او الغرامة، حسب ما منصوص عليها في قانون العقوبات.
- وقد يكون الجزاء مدنيا والذي يتمثل بالتعويض الذي يكون ماليا او غير مالي كإزاله الضرر.
- وقد يكون جزاءً انضباطياً عندما يخل الموظف او المكلف بواجباته الوظيفية او المهنية.

المبحث الثاني

الفرق بين قواعد القانون وغيرها من القواعد المشابهة

ان الفرق بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاخرى كقواعد الاخلاق وقواعد الدين سوف يتم ايجازها في الجدول التالي:

المطلب الاول

قواعد القانون وقواعد الدين

١-الجزاء: يترتب على مخالفة القاعدة القانونية جزاء توقعه سلطة عامة لها القدرة على فرضه، اما جزاء مخالفة قواعد الدين فيوقعه الله سبحانه وتعالى على المخالف في الاخرة.

٢- من حيث تنظيم علاقة الفرد: قواعد القانون تنظم العلاقات بين افراد المجتمع فقط وهي تخاطب الفرد في سلوكه الخارجي ولا تعتمد النوايا، اما قواعد الدين تنظم علاقة الفرد بخالقه فضلا عن تنظيمها لعلاقته مع الاخرين وتركز على الجانب الباطني والنوايا الكامنة في النفس.

المطلب الثاني

قواعد القانون وقواعد الاخلاق

١- الهدف: قواعد القانون تهدف الى اشاعة الامن الاجتماعي، اما قواعد الاخلاق هدفها التخطيط والنظر الى المستقبل الذي يسعى المجتمع الى الوصول اليه.

٢- الحقوق والحريات: قواعد القانون تترتب حقوق على الواجبات التي يفرضها القانون في معظم قواعده، اما قواعد الاخلاق تفرض واجبات فقط ولا تمنح حقوق مقابلها كالدعوة الى الصدق والامانة.

٣-الجزاء: يترتب على خرق قواعد القانون ايقاع الجزاء من قبل سلطة قادرة على ردع المخالفين، اما خرق قواعد الاخلاق فلا يتعدى تأنيب الضمير والاستهجان.

المبحث الثالث

مصادر القانون

تعني كلمة (مصدر) الاصول والمنابع التي يستقي منها الشيء وجوده وقوته، وتقسم مصادر القانون الى قسمين رئيسين هما :-

القسم الاول:- المصادر الاصلية :- وهي المصادر التي تكون جاهزة لتطبيقها مباشرة". وتتمثل بالاتي وحسب اهميتها بالقانون التجاري وهي:

١- التشريع

٢- العرف

٣- قواعد الشريعة الاسلامية

٤- قواعد العدالة

اولاً: التشريع :- يعرف التشريع بانه القواعد الموضوعة من قبل السلطة المخولة بذلك بموجب الدستور وهو المصدر الاول من مصادر القانون في الوقت الحالي لما اصبحت

تتمتع به الدولة من سيطرة على الافراد في مختلف مجالات الحياة، ويصدر التشريع من جهة مخولة باصداره وهي المجالس المنتخبة من قبل المواطنين والتي تسمى المجالس الوطنية او الجمعيات الوطنية او البرلمانات.

أ- مزايا التشريع:

١- يتميز التشريع بالوضوح وذلك لصدوره من سلطة تضع قواعده.

٢- يتميز التشريع بالمرونة في اصدار القوانين وفي تعديلها وفي الغائها وذلك لمواكبة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تحصل في المجتمع.

٣- التشريع عامل توحيد لابناء الوطن وذلك لانه يصدر مخاطبا" جميع اجزاء الوطن بحكم سيطرة الدولة على هذه الاجزاء مما يعزز التلاحم الوطني بين ابناء الوطن الواحد.

ب-انواع التشريع: تتمثل انواع التشريع بالاتي :-

١-القانون الاساسي:- وهو ما يعرف بالدستور والذي يبين شكل الدولة وحقوق الموطن ويصدر عادة" من مجلس تأسيسي يقوم باعداده فقط وتنتهي مهمته لاضفاء شيء من الاهمية والقدسية والاحترام على الدستور.

٢-القوانين العادية :- تأتي بعد الدستور من حيث الاهمية وهي تنظم جانب من جوانب النشاط الاجتماعي، وتوضع هذه القوانين من قبل جهة مخولة بموجب الدستور وتصدر عادة من قبل البرلمانات العادية.

٣-القوانين الفرعية:- وهي الانظمة والتعليمات التي تصدر من قبل السلطة التنفيذية لتسهيل تطبيق القوانين العادية. وبجميع الانواع اعلاه هي تشريع ولكنها متدرجة من حيث القوة، فالدستور اولا تليه القوانين العادية ثم القوانين الفرعية.

ت-**<u>قاعدة عدم العذر بالجهل بالقانون</u> :** اذا صدرت القوانين فيفترض علم الكافة بها ويعتبر العلم متحققا بنشر هذه القاعدة (التشريع) في الجريدة الرسمية وهي (جريدة الوقائع العراقية) لذلك لابد لسريان التشريع من النشر والذي يتحدد بموجبه تاريخ سريان التشريع

ولا يعذر المرء في عدم علمه بوجود قانون بعد نشره في الجريدة الرسمية الا في حالات محددة جدا كوجود القوة القاهرة.

ثانياً: العرف: وهو قواعد تعارف عليها الناس مع الشعور بالزاميتها. وهو اول القواعد القانونية التي تعارفت عليها البشرية.

أ- مزايا العرف:

١-ان قواعد العرف نابعة بحق من عن ارادة الجماعة فهي تكونت بارادة مجموع الناس المخاطبين بها، لذلك فان الالتزام بالعرف لا يرجع الى قوة الدولة وانما يرجع الى اقتناع الافراد بأهمية هذا العرف.

٢-قواعد العرف تنشا ببطء، فهي تتولد من خلال اعتياد العمل بموجبها ولا تنشأ بقرار من سلطة ما.

٣-تختلف القواعد العرفية من منطقة الى اخرى، فمن الممكن تطبيق قاعدة عرفية في منطقة ما ولكن لا يمكن تطبيق القاعدة ذاتها في منطقة اخرى.

وينشا العرف عندما تثور مشكلة ما فيتم وضع حل لها ومن ثم يتم تطبيق الحل نفسه لاحقا كلما تثار مشاكل مشابهة للمشكلة السابقة. وهنا يجب التذكير ان لا تتعارض القاعدة العرفية مع التشريع لان التشريع يمثل مكان الصدارة بين مصادر القانون .

ب-انواع العرف: يأخذ العرف الانواع الاتية:-

- العرف العام وهو ما يطبق بالقانون العام الدولي والدستوري.
- العرف الخاص والذي يطبق في ميدان القانون الخاص المدني والتجاري.
- العرف المحلي او الوطني وهو الذي يتم تطبيقه على نطاق الوطن او الامة اذا تشابهت الحلول التي تعالج بعض ما يواجهه ابناء الامة .

ثالثاً: قواعد الشريعة الاسلامية: اعتبر القانون المدني العراقي الشريعة الاسلامية المصدر الثالث من مصادر القانون بعد التشريع والعرف، وتقسم قواعد الشريعة الاسلامية الى نوعين هما:

أ- الاحكام التطبيقية المستنبطة من المصادر الاصلية وهما (القران الكريم والسنة النبوية الشريفة) حيث توجد قواعد جاهزة للتطبيق مباشرة كقواعد الزواج والطلاق والميراث.

ب-القواعد المرتبطة بالمعاملات ذات الطبيعة المالية المستنبطة من المصادر الاصلية وهما (القران الكريم والسنة النبوية الشريفة) او من مصادر اخرى تختلف الشريعة الاسلامية في ترجيح احدهما على الاخر.

رابعاً: قواعد العدالة: هي المصدر الرابع من مصادر القانون، ويقصد بها العدل بذاته كما يقره العقل السليم والقانون الفطري المبني على العدل والمنطق. وعليه هي ليست نصوص واجبه التطبيق وانما مبادئ عامة على القاضي عندما لا يجد الحل المباشر في المصادر السابقة ان يتولى مهمة التشريع فيسن قاعدة لمواجهة القضية المعروضة امامه مهتديا بقواعد العدالة لا يحيد عنها والا تعرض حكمه للنقض.

القسم الثاني:- المصادر غير الاصلية (المكملة):- وهي مصادر مكملة او ارشادية يستهدي بها القاضي وهو يطبق المصادر الاصلية وتشمل:

١- احكام القضاء:- وهو ما يصدر عن المحاكم من قرارات يفترض ان تكون عنوان العدل خاصة ما يصدر عن المحاكم العليا كمحكمة التمييز، فيسترشد القاضي بهذه القرارات عندما لا يجد الحل في المصادر الاصلية، فيكون من المفيد ان يستهدي بقرارات المحاكم ولكن ليس لهذه القرارات صفة الالزام.

٢- اراء الفقهاء:- وهي ما يقوله علماء القانون في المسائل القانونية (نصوص او قرارات محاكم) وهي من المصادر غير الاصلية لذلك فلا يتم الرجوع اليها مباشرة وانما يسترشد بها القاضي عند تفسيره للنص المراد تطبيقه، كما يسترشد بها المشرع عند وضع النصوص القانونية.

المبحث الرابع

فروع القانون ومعايير التمييز بينها

يقسم القانون الى قانون عام وخاص وقانون مختلط وتحت كل قسم من هذه الفروع توجد عدة فروع، وقبل البدء بموضوع تقسيم القانون لابد من بيان معاير تقسيم القانون الى عام وخاص:

المعيار	القانون العام	القانون الخاص
اطراف العلاقة	اذا كان احد اطراف العلاقة الدولة او احد اشخاصها كان القانون عام	اما اذا لم تكن الدولة احد الاطراف فان القانون خاص
السيادة	اذا كانت الدولة احد طرفي العلاقة باعتبارها صاحبة السيادة اي قادرة على فرض الالتزامات وتعديلها فان القانون عام	اما اذا جاءت الدولة بمركز مساوي للافراد فان القانون خاص مثل (بيع وشراء اموال الدولة او استأجارها) فان الدولة هنا تكون بمركز مساوي للفرد .
المصلحة المتحققة	اذا كانت طبيعة العلاقة تهدف الى تحقيق مصلحة عامة فان القانون عام	اما اذا كانت طبيعة العلاقة تهدف الى تحقيق مصلحة خاصة بالفرد فان القانون خاص

اولاً: القانون العام :- ويقسم الى

١-قانون عام خارجي:- وهو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول والمنظمات الدولية.

٢-القانون العام الداخلي ويشمل :-

- القانون الاداري:- وهو القانون الذي ينظم علاقة الدولة بجهازها الاداري او كيفية اداء السلطة التنفيذية لواجبها كادارة المرافق العامة وعلاقة السلطة المركزية بالادارات المحلية.
- القانون الدستوري:- وهو القانون الذي يتضمن القواعد التي تبين شكل الدولة او السلطات واختصاص كل منها وما هي حقوق الافراد السياسية ووسائل حمايتها كالحق في الانتخاب والحق في العمل والتنقل والتملك والحريات الفردية .
- القانون المالي:- وهو القانون الذي ينظم الموارد العامة ومصادرها واوجه الانفاق وطرق اعداد الميزانية او الرقابة على التنفيذ، والايرادات والقروض والمنح.

- القانون الجنائي:- وهو الذي يتضمن القواعد الخاصة بتحديد الافعال التي تعتبر جريمة والعقوبات المقررة لها ويقسم الى قسمين هما :-

- قانون العقوبات:- وهو الذي يحدد القسم العام فيه اركان الجريمة وانواع العقوبات، اما قسمه الخاص فهو الذي يبين كل جريمة على حده من حيث اركانها والعقوبة المقررة لها.
- قانون الاجراءات الجنائية:- ويتضمن القواعد التي تبين الاجراءات التي تتبع في حال حصول جريمة من حيث التحقيق مع المتهم والجهة التي تقوم بالتحقيق واجراءات المحاكم وغيرها من الاجراءات .

ثانياً: **القانون الخاص**:- وهو القانون الذي ينظم روابط الافراد ببعضهم او الافراد والدولة عندما تكون الدولة هنا شخصية معنوية غير ذات سيادة او سلطة . ويقسم القانون الخاص الى التالي:

١-القانون المدني :- هو القانون الذي ينظم روابط الاسرة كالزواج والطلاق وغيرها.

٢-القانون التجاري :- هو القانون الذي ينظم نشاط التجار في علاقاتهم المالية.

٣-القانون البحري:- وهو القانون الذي يعمل على تنظيم نشاط الاشخاص العاملين في البحر من حيث عائديه السفن والعمليات المرتبطة بها كالنقل البحري وجميع الانشطة التي تتعلق بعمل الاشخاص في البحر.

٤-قانون العمل:- وهو القانون الذي ينظم علاقات العمل التي تنشأ بين العمال اللذين يؤدون العمل وارباب العمل اللذين يتولون الاشراف والتوجيه.

ثالثاً: **القانون المختلط**: وهو القانون الذي يتضمن بعض خصائص القانون العام وبعض خصائص القانون الخاص. واهم فروع القانون المختلط هو:

١-القانون الدولي الخاص:- وهو القانون الذي ينظم العلاقة الداخلية ذات العنصر الاجنبي كموضوع اكتساب الاجنبي للجنسية وتحديد القانون والمحكمة للنظر في النزاع عندما يكون احد الاطراف اجنبيا". ويعاج هذا القانون حالتين، الاولى: هي موضوع الجنسية

ومركز الاجانب وكيف يمكن للأجنبي الحصول على جنسية دولة اخرى، الثانية: تحديد القانون الواجب تطبيقه على نزاع اطراف من جنسيات مختلفة.

٢-قانون المرافعات المدنية:- هو القانون الذي ينظم عمل المحاكم في الدولة وتدرجها واختصاص كل منها واجراءات التقاضي امام المحاكم المدنية والتجارية ويسمى ايضا (القانون القضائي).

المبحث الخامس

القواعد الامرة والقواعد المكملة

تقسم قواعد القانون الى قواعد امرة واخرى مكملة :-

اولا":- القواعد الامرة:- هي القواعد التي لا يجوز لإرادة الافراد مخالفتها، لانها تعبر عن الصالح العام وترتبط باستقرار وامن المجتمع كقواعد القانون الجنائي التي تحمي المجتمع من الجريمة.

ثانيا:- القواعد المكملة او المفسرة:- هي القواعد التي يمكن للافراد مخالفة احكامها بارادتهم لانها ترتبط بمصالحهم الشخصية.

ولكن هذا لا يعني ان القواعد المكملة تخلو من صفة الالزام لان صفة الالزام خاصة بجميع قواعد القانون الامرة منها والمفسرة ، لان القاعدة القانونية تفقد خاصيتها بغير صفة الالزام في تنظيم العلاقات.

ثالثا:- معيار التفرقة بين القواعد الامرة والمفسرة او المكملة: هناك عدة معايير يمكن من خلالها التمييز بين القواعد الامرة والمكملة وحسب الاتي:

المعيار	القواعد الامرة	القواعد المكملة او المفسرة
الصياغة	اذا وردت القاعدة القانونية بصيغة الوجوب او المنع او البطلان مع قبول الحكم الصادر بموجبها فهي قاعدة امرة	اما اذا خلت صياغة القاعدة من هذه المصطلحات (الوجوب ، المنع ، البطلان) فهي قاعدة مكملة
المصلحة العامة	اذا كان هدف القاعدة القانونية هو تحقيق المصلحة العامة فانها قاعدة امرة	اما اذا كان الهدف من القاعدة القانونية هو تحقيق مصلحة خاصة فهي قاعدة مكملة او مفسرة

الفصل الثاني

مصادر الالتزام

ماهية الالتزام: هو رابطة قانونية بين شخصين يعتبر بمقتضاها احدهما مدين ملتزم بأداء معين اتجاه شخص اخر وهو الدائن.

اما صور الالتزام فيتم تبيانها بالاتي :

١-الالتزام بعمل :- يتعين على المدين الذي تعهد بالقيام بعمل معين لصالح الدائن ان يقوم بإدائه وتنفيذه له وهو (التزام ايجابي) .

٢-الالتزام بالامتناع عن العمل :- وفيه يتعهد المدين عن الامتناع عن عمل معين من الاعمال كان بوسعه ان يأتي بهذا العمل لولا هذا الالتزام (التزام سلبي)

٣-الالتزام بعطاء :- التزام المدين بنقل حق عيني او انشائه سواء كان ذلك بمقابل او بدون مقابل ويتحقق هذا الالتزام بقيام المدين بالأعمال اللازمة لانتقاله او انشاء هذا الحق العيني (نقل الملكية).

ونعني بمصادر الالتزام، من اين او كيف نشأ الالتزام وبموجب اي مصدر من مصادر الالتزام، وعادة تنشا هذ الروابط من الوقائع والتصرفات القانونية التالية :-

١-الوقائع القانونية:- وهي كل حدث مادي يرتب علية القانون اثرا" معينا" كأنشاء حق او نقله او تغييره او زواله كواقعة موت شخص فهي حادث طبيعي يترتب عليه اثر قانوني وهو الحق في الارث، وكالفعل الضار الذي يمثل واقعة مادية يترتب علية اثر قانوني وهو حق المتضرر بالتعويض، وقد تكون الافعال ايجابية تخلق رابطة بين شخصين يكون احداهما دائن والاخر مدين، مثلا" قيام المستأجر باصلاح الدار التي يستأجرها فهو فعل نافع يصدر عنه بين المؤجر والمستأجر يكون بموجبها المؤجر مدينا بمقدار ما انفقه المستأجر.

٢-التصرفات القانونية :- فهي اتجاه ارادة الافراد الى احداث اثار قانونية تنشأ خلالها روابط كأنشاء حق او تعديله او نقله وهذه التصرفات الارادية قد تكون بارادة الطرفين، كحق

البيع مثلا وفيه تنتقل ارادة الطرفين الى نقل ملكية الشيء المباع الى المشتري مقابل انتقال ملكية الثمن الى البائع، او ان تكون التصرفات بارادة منفردة وهي ارادة طرف واحد مثلا كالوعد بجائزة. يضاف الى ذلك ما يخلقه القانون من الروابط المباشرة بغير الاستناد الى حصول واقعه معينة.

ومن كل هذا يتبين لنا ان مصادر الالتزام هي كالاتي :

اولا":- العقد

ثانيا":- الارادة المنفردة

ثالثا" :-العمل غير المشروع

رابعا":- الكسب او الاثراء دون سبب

خامسا:- القانون

اولا":- العقد: عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العقد بانه **(ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)** وعرفه الفقه بانه عبارة عن اتحاد ارادتين على احداث اثار قانونية، فهو اتفاق بين طرفين ولكن يجب ان ينتج عن هذا الاتفاق اثار قانونية فليس كل اتفاق عقد لان بعض الاتفاقات لا تنتج اي اثر قانوني فالعقد اخص من الاتفاق ، فكل عقد اتفاق ولكن ليس كل اتفاق عقد .

١-اركان العقد: كل عقد لكي ينعقد صحيحا" لابد من توافر ثلاثة اركان لأنعقاده وهي ١-رضا صادر من الطرفين ٢-محل ينصب الاتفاق علية ٣-وجود سبب لهذا الاتفاق.

أ- الرضا (التراضي): لما كان العقد توافق ارادتين على احداث اثار قانونية فان هذا التوافق يتطلب تعبير كل من الطرفين عن ارادتهما ويعتبر الرضا الركن الاساس في العقد وبدونه لا يمكن ان ينشأ العقد . وفي هذا المجال سيتم التطرق الى الاتي :

١-وجود الرضا: لا يعتد القانون الا بالارادة التي تظهر الى الخارج اما اذا ظلت الارادة كامنة فلا يرتب عليها القانون اثارا" لانه لا يمكن القول بان الارادة اتجهت الى السلوك

الفلاني اذا لم تتصرف الية فعلا بما يفهم من تعبير خارجي عنها ، ومفاد ذلك ان الارادة يجب ان تظهر الى الخارج.

وان صور التعبير عن الارادة كما ورد في المادة (٧٩) من القانون المدني وهي :

- المشافهه (الكلام) :- وهي الطريقة الشائعة لابرام العقود كالقول بعتك هذا الكتاب باربعة الاف دينار.
- الكتابة:- مثل السلع المعروضة في المتاجر ومثبت عليها اسعارها فهذا يدل على انصراف ارادة البائع في بيع المال المعروض بالثمن المثبت .
- الاشارة المفهومة:- حتى وان كانت هذه الاشارة من غير الاخرس اي بإمكانه الكلام ولكن شاء ان يظهر ارادته بالاشارة كتحريك الراس من الاعلى الى الاسفل ومن اليمين الى الشمال.
- سلوكاً:- وهو الذي يعبر عنه الفقه بالتعاطي ومثالها وضع ثمن الصحيفة اليومية وتناول نسخة منها.

- هل يعتبر السكوت تعبير عن الارادة: السكوت لا يثار كايجاب صادر من شخص، لان العقد يقتضي ان يقترن بالايجاب قبول صادر من الطرف الاخر، المادة (٨١) عالجت المسألة بقولها (لاينسب الى ساكت قول.....) اي السكوت عدم والعدم لا ينتج اي شيء ولكن اذا صاحب السكوت ظروف معينة ويؤخذ السكوت ويفسر على انه قبول وهناك ثلاث حالات يعتبر فيها السكوت قبول وهي:

- اذا كان هناك تعامل مسبق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل.
- اذا تمخض الايجاب الى منفعة خالصة لمن وجه اليه هذا الايجاب.
- تسلم المشتري قائمة السلع واثمانها وبقاءه ساكتا" يفسر سكوته قبولا".

فهذه الحالات الثلاثة التي يفسر فيها السكوت قبولا"، اي ان الارادة تصدر من طرف واحد ويبقى الطرف الاخر ساكتا فيفسر سكوته قبولا".

- صفة الالزام للقبول: يكون الايجاب ملزم للموجب اذا حدد له مدة او ميعاد لحين انقضاء الميعاد كما نصت على ذلك المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي (اذا حدد الموجب ميعاد للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضي الميعاد)، والمادة (٨٢) من القانون المدني العراقي والتي تقضي الى (ان المتعاقدين بالخيار الى اخر المجلس.....) ومجلس العقد هو المكان الذي يجمع الطرفين بحيث ينصرفان الى التباحث في امور العقد. حيث يحق للموجب الرجوع عن الايجاب قبل اقترانه بالقبول كذلك يبطل اذا اظهر احد المتعاقدين قولا او فعلا يفيد اعراضه عن العقد.
- سقوط الايجاب: يسقط الايجاب الصادر من احد الطرفين اذا انتهت المدة المحددة لبقائه دون ان يقترن بقبول، وكذلك يسقط الايجاب في حالة انتهاء المجلس ولم يقترن بقبول، ويسقط اذا رفضه من وجه اليه صراحة او دلالة، كما ينتهي الايجاب اذا عدل عنه الموجب قبل ان يقترن بقبول الطرف الاخر.
- تطابق الايجاب والقبول: تنص المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي (اذا اوجب احد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب). والمادة (٨٦) بينت ان القبول يطابق الايجاب اذا اتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية ، حتى وان تركا بعض المسائل التفصيلية الى اتفاق لاحق ولم يشترط على عدم انعقاد العقد في حال عدم اتفاقهما فيعقد العقد وتترك المسائل التفصيلية لاتفاقهما .

اما اذا لم يتطابق الايجاب مع القبول كما لو قال الموجب بعتك هذا الكتاب بثلاثة الاف دينار فيرد الطرف الاخر بقوله قبلت شرائه بإلفي دينار حيث اختلف القبول عن الايجاب فيسقط الايجاب ويصبح القبول ايجابا" جديدا" يحتاج الى قبول مطابق من الطرف الاول . ولكن مالحكم لو ان من وجه اليه الايجاب فبل الشراء باربعة الاف . فهنى العقد ينعقد بالثمن الاعلى تأسيساً على ان القبول جاء مختلفا عن الايجاب فاسقطه ويتحول هو الى ايجاب ويتمخض عن فائدة لمن وجه الية وهو البائع فيعتبر سكوته قبولا وبالتالي انعقاد العقد.

- التعاقد بين غائبين: في الخطوات السابقة تطرقنا الى التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد اي انهم يتفاوضون حول العقد بصورة مباشرة . لكن مالحكم لو كان المتعاقدان منفصلان زمانيا و مكانيا اي كل واحد منهم في مكن معين وهذا ما نشاهده في ظل التطورات التكنلوجية والاقتصادية الحالية . عالجت هذه المسألة اربع نظريات هي :-

١-نظرية اعلان القبول:- ومفاد هذه النظرية انعقاد العقد لحظة ان يعلن الطرف الثاني قبوله الايجاب الموجه من الطرف الاول ، اي ان العقد ينعقد بمجرد ان تلتقي الارادتين.

٢-نظرية تصدير القبول:- النظرية الاولى (اعلان القبول) تترك الطرف الاول رهينة لمشيئة الطرف الثاني، فان شاء يقول اني اعلنت قبولي وان لم يشأ يقول اني لم اعلن قبولي. لذلك يرى الفقه ان نظرية تصدير القبول اضمن للطرفين ، فالعقد فيها لاينعقد الا اذا اصبح قبول الطرف الثاني نهائي ولا رجعة فيه، اي اذا خرجت من يده موجها" الى الطرف الثاني برسالة والتي يتم ايصالها باي طريقة .

٣-نظرية تسلم القبول:- ينتقد اصحاب هذه النظرية نظرية تصدير القبول بقولهم ان الرسالة يمكن ان تفقد او انها لاتصل الى الموجب . وبذلك فان العقد لا ينعقد وفق هذه النظرية الا تم تسليم القبول الى الموجب.

٤-نظرية العلم بالقبول:- يرى اصحاب هذه النظرية ان العقد لا ينعقد الا اذا علم الطرف الاول (الموجب) بقبول الطرف الثاني، اذ يرون انها الحالة الاكيدة في تلاقي الارادتين وعلم كل طرف بارادة الطرف الثاني. وقد اخذ القانون العراقي بهذه النظرية حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٨٧) ان (يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بذلك .

ب-صحة الرضا: لا يكفي اعراب الطرفين عن ارادتهما وتطابقهما لانعقاد العقد انما يقتضي ان يكون التعبير عن الارادة صحيحا" ، ويكون كذلك اذا صدر عن ذي اهلية وان يكون خاليا عن عيوب الارادة وكالاتي :

- الاهلية: وصف يقوم بالشخص يجعله قابلا" تكون له حقوق وعلية واجبات وتنقسم الاهلية الى نوعان:-

أ- اهلية الوجوب:- هي صلاحية الشخص او قدرته لاكتساب الحقوق وان تكون علية واجبات وكل الاشخاص يتصفون بهذه الاهلية بغض النظر عن عمره .

ب-اهلية الاداء:- هي قدرة الشخص في ان يلتزم بأداء معين ، اي القيام بالتصرفات القانونية وهي تختلف باختلاف الادراك وكالاتي :-

١- الاهلية الكاملة (بلوغ سن الرشد):- وهو من يبلغ سن (١٨) من عمره فهذا شخص كامل اهلية الاداء تصرفاته جميعها صحيحة .

٢- الاهلية الناقصة:- فهو من اكمل السابعة من عمره ولكنه لم يكمل الثامنة عشر . وتنقسم تصرفاته الى ثلاثة انواع:-

- التصرفات النافعة نفعا محضا" تكون صحيحة كقبول الهبات.
- التصرفات الضارة ضررا محضا" تكون باطلة.
- التصرفات الدائرة بين النفع والضر كعقد البيع فهنا (التصرفات) موقوفة على اجازة الولي.

٣- الاهلية المعدومة (عديم التمييز):- فتكون تصرفاته جميعها باطلة وهو من بلغ سن (٧ـ١) سنوات اي لم يكمل السابعة من عمره . وهذه الانواع الثلاث تسمى اهلية قانونية.

أ- الاهلية القضائية :- وهي ان يؤذن للصبي من يبلغ سن (١٥) من عمره ولم يبلغ (١٨) من عمره بالتجارة في حدود مبلغ معين ونوع معين من التجارة وفق الشروط التالية :-

- ان يكمل الصبي (١٥) من عمره.
- ان يقدم ولي الصبي طلب الى المحكمة باصدار قرار على اعتبار الصغير كامل الاهلية فيما هو مأذون له.
- ان يصدر قرار من المحكمة باعتبار الصغير مأذون له بالاتجار وتعتبر تصرفاته كتصرفات بالغ سن الرشد.

- يجوز للمحكمة بناءا" على طلب من الولي ان تسحب الاذن من الصغير فيعود ناقص الاهلية.

وولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة . وفق القانون المدني العراقي اما قانون رعاية احوال القاصرين فحددت الولي بالأب ثم المحكمة.

- عيوب الارادة: قد تصدر الارادة ولكنها مشوبة بعيب من عيوب الارادة فلا ينعقد العقد عند ذلك، وعيوب الارادة اربعة هي:-

١-الاكراه:- وهو اجبار الشخص على اتيان عمل بغير رضاه ، اما اصطلاحا" فهو اجبار الشخص على الدخول في رابطة قانونية بغير رضاه وشروط الاكراه هي :

- ان يقع الاكراه من شخص قادر على ايقاع تهديده.
- ان يؤثر الاكراه في الشخص الذي وقع علية بحيث ما كان ليتعاقد بغير اكراه . ويقسم الاكراه هنا الى ملجئ وغير ملجئ . فالاول هو التهديد بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس او عضو او ضرب مبرح او ايذاء شديد او اتلاف خطير في المال ، ويكون غير ملجئ اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب احوال الناس .
- يختلف الاكراه واثره بحسب جنس الناس وسنهم وحالتهم الصحية ومكان التهديد وزمانه.
- يجب ان يكون الاكراه غير مشروع فاذا كان مشروع فلا يعتبر اكراه

اما حكم العقد الواقع تحت ضغط الاكراه يكون عقد موقوف غير نافذ يحتاج اجازة من قبل من وقع تحت الاكراه ، وخلال ثلاثة اشهر من تاريخ ارتفاع الاكراه يستطيع ان يقر العقد او يبطله خلال هذه المدة .

٢-الغلط: هو توهم الشيء على خلاف حقيقته، وباعتباره عيب في الارادة توهم الشيء على خلاف الحقيقة وبناء" على هذا الوهم يدخل في الرابطة التعاقدية . واحكام الغلط كما وردت في المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي هي :-

- اذا تعلق الغلط في جنس الشيء بطل العقد كمن يشتري قطعة على انها ياقوت وتبين انها زجاج فهنا العقد يكون باطلا" لعدم توافق الارادتين .
- اذا وقع غلط في صفة الشيء وكانت هذه الصفة جوهرية اي لولا هذه الصفة لما تعاقد المتعاقد فهنا يكون العقد موقوفا على اجازة من وقع علية الغلط خلال ثلاثة اشهر من اكتشاف الغلط .
- اذا وقع غلط في شخصية المتعاقد معه كالتعاقد مع شخص على انه مهندس معماري فتبين انه يعرف البناء وليس مهندسا فهنا العقد يكون موقوف ايضا .
- اذا حصل غلط نزاهة التعامل تبيح الرجوع فيه كمن يؤجر دار لاخر متوهما انه منقول الى مدينة اخرى وتبين غير ذلك فهنا ايضا يكون العقد موقوف.
- لا عبرة بالغلط المادي ولا الغلط بالحساب ويقضي تصحيحه .

٣-التغرير مع الغبن: اعتبرت بعض القوانين العربية التغرير لوحده عيب من عيوب الارادة والغبن لوحده عيب اما القانون العراقي فيعتبر الاثنين معا عيبا كما نصت على ذلك المادة (١٢١/٢) من القانون المدني العراقي (اذا غرر احد المتعاقدين بالاخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون) . وللتغرير والغبن احكام اهمها:

- يجب ان يغرر بالمتعاقد، والتغرير معناه استعمال وسائل احتيالية تدفع المتعاقد للدخول بالرابطة القانونية.
- يجب ان يصاحب التغرير غبن فاحش، والغبن هو الفرق في الاداء على غير المألوف.
- الغبن الفاحش لوحده قد يؤدي الى بطلان العقد استثناء" اذا كان المغبون محجوز او ان المال الذي حصل فيه الغبن من اموال الدولة والوقف وحماية المحجور علية، ويعتبر العقد موقوف على اجازة من وقع تحت عيب التغرير مع الغبن وخلال (٣) اشهر من تبين التغرير.

٤-الاستغلال: وهو ان تستغل عدم خبرة الشخص او اندفاعه او هواه او طيشه فيدخل في رابطة تعاقدية يلحقه بموجبها غبن فاحش كما نصت على ذلك المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش .....) . اما حكم القانون العراقي في الاستغلال :-

اذا كان التصرف تبرعا فيحق للمستغل ابطال العقد خلال سنة من تاريخ العقد . اما اذا كان التصرف معاوضة جاز للمستغل ايضا خلال سنة من تاريخ التعاقد ان يطلب من المحكمة رفع الغبن عنه الى الحد المعقول .

ب-محل العقد: الركن الثاني من اركان العقد هو المحل وهو ماتعلق به الالتزام او انصرفت الية ارادة الطرفين كتسليم شيء او قيام او امتناع عن القيام بعمل. شروط المحل هي:

- ان يكون المحل ممكنا" (موجودا او قابل للوجود): يشترط في محل العقد ان يكون ممكنا، ولتوضيح هذا الشرط يجب ان نميز بين ما اذا كان محل العقد تسليم شيء او القيام بعمل. ولكي يتوافر شرط الامكان في الشيء المطلوب تسليمه ان يكون موجودا في المستقبل سواء كان هذا الشيء في مجلس العقد او في مكان اخر ، كان يقول بعتك سيارتي التي تعرفها وهي موجودة في البيت. كذلك يصح ان يكون الشيء سيوجد في المستقبل كبيع منتجات مصنع ستكون جاهزة بعد ثلاثة اشهر مثلا".

اما اذا كان محل العقد القيام بعمل فينبغي ان لا يكون مستحيلا لكي يتوفر في شرط الامكان والاستحالة على النوعين الاستحالة المطلقة اي انها مستحيلة على جميع الناس كعبور المحيط سباحة ، وقد تكون الاستحالة نسبية وهو ما يكون مستحيل على بعض الناس وغير كذلك بالنسبة للبعض الاخر حيث يصح العقد ويلزم المدين بالتعويض لانه يستحيل علية التنفيذ.

- المحل معينا" او قابل للتعيين: يشترط في محل العقد ان يكون معينا تعينا نافيا للجهالة والغرر فاذا كان محل العقد تسليم شيء فيكون تعينه بالاشارة الواضحة الية او اعطاء مواصفاته من حيث النوع والمقدار ، اما اذا كان محل العقد عملا اي انه لاينطوي على تسليم شيء فيكون التعين بيان نوع العمل ومكانه وزمانه ومقدار الاجر .
- محل العقد مشروعاً: ويكون المحل مشروعا اذا لم يكن مخالفا للقانون والنظام العام والاداب، فالعقد يكون باطل اذا كان محل العقد غير مشروع كالمتاجرة بالاسلحة او المخدرات، كذلك يجب ان لا يخالف النظام العام والاداب العامة

ت-السبب: الركن الثالث من اركان العقد هو السبب وهو الباعث الدافع الى التعاقد.

احكام السبب :-

- بكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او سبب ممنوع قانونيا ومخالف للنظام العام والاداب .
- يفترض في كل التزام ان له سبب مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقم الدليل على غير ذلك .
- اما اذا ذكر السبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك .

واذا اردنا ان نميز بين محل العقد وسببه فالمحل هو جواب لسؤال على ماذا تعاقد الطرفين، اما السبب فهو ايضا جواب لسؤال لماذا تعاقد الطرفان.

٢-انواع العقود

ا- العقود المسماة و العقود غير المسماة:

•العقد المسمى : هو عقد ذاع و انتشر في المجتمع، فحرص المشرع على تسميته و وضع أحكام قانونية خاصة به لتحكمه ، مثل عقد البيع و عقد الإيجار.

•العقد غير المسمى : هو عقد غير منتشر في المجتمع ، فلم يحرص المشرع على

إطلاق اسم خاص على هذا العقد، و لا على أفراد أحكام قانونية خاصة لتحكمه، اكتفاءاً بإخضاعها للقواعد العامة للعقود ، مثل تعاقد النزيل مع الفندق .

ب- العقود الرضائية و العقود الشكلية و العقود العينية:

•العقد الرضائي : هو العقد الذي ينعقد بمجرد توافر ثلاثة أركان هي الرضاء و المحل و السبب، مثل عقد البيع و عقد الإيجار، و الأصل في العقود الرضائية .

•العقد الشكلي : هو العقد الذي لا ينعقد إلا بتوافر أركان أربعة هي الرضا والمحل والسبب والشكل الذي يستلزمه القانون،(عقد الهبة) والحكمة من استلزام شكل معين في العقود الشكلية هو تنبيه المتعاقد إلى خطورة العقد الشكلي الذي يقدم على إبرام أي ان يفرغ الرضا باطار شكلي أي كتابة .

•العقد العيني : وهو العقد الذي لا ينعقد إلا بتوافر أركان أربعة هي الرضا والمحل والسبب وتسليم العين محل العقد كعقد الوديعة وعقد الاعارة فلا ينعقد الا اذا سلم المال المودع الى الطرف الاخر .

ت - العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد:

• العقد الملزم للجانبين : هو العقد الذي يولد التزامات على عاتق كل من طرفيه مثاله عقد البيع : فهو يرتب إلزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، ويرتب التزام على عاتق المشتري بدفع الثمن.

•العقد الملزم لجانب واحد: هو العقد الذي يرتب التزامات على عاتق أحد طرفيه دون الطرف الآخر الذي لا يتحمل بأي التزامات ، مثل عقد الوديعة بدون أجر ، أو الوكالة بدون أجر، أو الإعارة، عقد الهبة بدون عوض.

ث- العقد المحدد و العقد الاحتمالي:

•العقد المحدد : هو العقد الذي يعلم فيه الطرفان ما يمكن الحصول علية من العقود أي المنفعة معلومة لدى الطرفين مثل عقد البيع، ففي لحظة ابرامه يستطيع البائع تحديد العين

التي سينتقل ملكيتها إلى المشتري ، و يستطيع المشتري تحديد الثمن الذي سيدفعه مقابلاً لذلك.

•العقد الاحتمالي :- هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل متعاقد – لحظة إبرام العقد- تحديد ما يمكن الحصول علية ماليا من العقد . مثل عقد التأمين ، ففي لحظة إبرامه لا يعلم المؤمن له هل سيقبض مبلغ التأمين من عدمه ، و لا مقدار الاقساط التي سيسددها لشركة التأمين .

ح – العقـــــد الفـــــوري والعقـــــد الزمنـــــي

•العقد الفوري: هو العقد الذي لا يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بمعنى أن التزامات المتعاقد في هذا العقد لا تتحدد عن طريق الزمن . مثل عقد البيع فالتزام البائع بنقل الملكية و التزام المشتري بدفع الثمن ، كلاهما لا يتحدد على أساس عنصر الزمن .

• العقد الزمني : هو العقد الذي يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بمعنى أن الزمن يعد هو المعيار المستخدم لتحديد محل العقد . ففي عقد الإيجار ، تحدد الأجرة على أساس زمن الانتفاع بالعين المؤجرة . فالزمن إذاً هو عنصر لا يستغنى عنه في العقد الزمني.

خ- عقـــــود المعاوضـــــة وعقـــــود التبـــــرع:

• عقد المعاوضة : هو العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلاً لما أعطى من أداء . مثل عقد البيع، فيه يعطي البائع ملكية المبيع ويحصل على الثمن ، بينما يعطي المشتري الـــــثمن يحصـــــل علـــــى ملكيـــــة المبيـــــع .

•عقد التبرع : هو العقد الذي فيه طرف يعطي ولا يأخذ وطرف يأخذ ولا يعطي . مثل عقد الهبة، ففيه يحصل الموهوب له على المال الموهوب دون أن يقدم شيئاً مقابل ذلك ، وبالعكس يقدم الواهب المال الموهوب دون أن يحصل على شيء مقابل ذلك.

ذ- عقـــــــــد المســـــــــاومة و عقـــــــــد الإذعـــــــــان :

•عقد المساومة او (التفاوض): هو العقد الذي يترك فيه للطرفين حرية التفاوض وابداء

الشروط المرتبطة بالعقد . مثل عقد البيع ففيه يتفاوض البائع و المشتري حول شروط العقد و يكون كل منها متساويين اقتصادياً.

•عقد الإذعان : فهي العقود التي تنعقد بان يضع احد الطرفين الشروط الخاصة بالعقد وما على الطرف الثاني سوى ان يقبل بهذه الشروط وليس لديه حرية التفاوض على شروط العقد ، لئن عقود الاذعان لها شروط اهمها :

- ان ينصب العقد على محل لا يمكن الاستغناء عنه بالنسبة للمذعن كعقد ايصال القوة الكهربائية والماء وعقد النقل الجوي وعقد ادخال خدمة التلفون .
- احتكار الشيء المتعاقد علية من قبل الطرف الاول .
- ان تكون شروط العقد موجهه للكافة أي لا تقتصر على شخص معين .

ثانيا:- الارادة المنفردة: المقصود بها ان ينشأ الشخص التزاما في ذمته بإرادته المنفردة وهي تكفي في القانون المدني لانشاء حق عيني كما في الوصية ، وهي تختلف في هذا عن العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين لشخصين مختلفين . فالإرادة المنفردة هي تصرف قانوني من جانب واحد، وهي قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة، كإنشاء المؤسسات الخاصة او الوقف الخاص . كما أنها قادرة على أن تنشئ حقا عينيا كما في النزول عن حق أو رهن، وهي تؤدي إلى إلغاء عقد معين، كما في الوكالة والوديعة والشركة والإيجار والعمل وغيرها. كما أن الإرادة المنفردة قد تؤدي إلى إسقاط حق شخصي أو إنهاء الالتزام، كالإبراء الذي يؤدي إلى انقضاء الدين ، و تستطيع كذلك ان تنشئ حقا شخصيا أو التزاما في ذمة صاحبها كما في الإيجاب الملزم والوعد بجائزة الموجهة إلى الجمهور، وغيرها من الحالات المعينة التي نص عليها القانون .

وتسري على الإرادة المنفردة الأحكام الخاصة بالعقد عدا ما تعلق منها بوجود إرادتين والذي تأباه طبيعة التصرف الأحادي. وعلى هذا الأساس، يجب أن تتوافر في التصرف الذي تنشئه الإرادة المنفردة الشروط التالية:

ـ أن يصدر تصرف الإرادة المنفردة عن إرادة جدية ترمي إلى إنشاء الالتزام.

ـ أن يكون الالتزام الدافع إلى التصرف مشروعاً.

ـ أن يكون المتصرف بإرادته المنفردة، متمتعاً بالأهلية اللازمة لذلك، فلا تُعَدُّ تصرفات المجنون صحيحة لفقدانه أهلية التصرف.

– كما يجب أن تكون إرادته خالية من أي عيب من العيوب التي تعتريها أحياناً، كالإكراه والغلط والتدليس والغبن الاستغلالي فلا يعدّ صحيحاً تصرف الإرادة المنفردة الصادر تحت وطأة الإكراه مثلاً

❖ ومن تطبيقات او امثلة الارادة المنفردة الوعد بجائزة موجه للجمهور

ويقصد بها الوعد بجائزة لمن يقوم باداء خدمة معينة للواعد ولو كان من قام بهذه الخدمة لايعلم بهذا الوعد مثالها الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء ضائع او لمن يفوز في مسابقة .

❖ شروط الوعد بالجائزة

١–ان يوجه الوعد الى الجمهور فان كان موجه الى شخص معين اعتبر ايجاب .

٢–ان يوجه علنا باحدى الطرق المعروفة كالصحف والاذاعة .

٣–ان تكون ثمة جائزة مادية او ادبية يلتزم بها الواعد

ثالثاً: العمل غير المشروع : يقصد به أيضا العمل الضار فقد يحدث الشخص ضررا لشخص أخر نتيجة تقصير منه مما يوجب عليه التعويض. ولتوضيح هذا المصدر يجب الاشارة الى المسؤولية المدنية، حيث ان المسؤولية المدنية: هي بوجه عام التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه شخص آخر. وتقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فتترتب المسؤولية العقدية على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، اما المسؤولية التقصيرية فهي تقوم على التزام قانوني مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول بتعويض المضرور دون علاقة عقدية بينهما ، مثال مسؤولية قائد المركبة عن اصابة احد المارة او عن قتله ومسؤولية الجار عن

تهدم المنزل المجاور اثناء ترميم منزله. وتشترك كل من المسؤوليتين من حيث الأركان العامة وهو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بتعويض.

تتمثل في ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية .

أولاً:- الخطأ :هو قوام المسؤولية المدنية وعليه يتوقف وجودها فإذا انتفى الخطأ فلا مسؤولية ولا تعويض، والخطأ يقع كلما اتى الانسان عملا ينبغي عليه ان يتحاشاه او امتنع عن عمل كان يتعين عليه القيام به.

وهو الركن الاهم لكي تنهض المسؤولية التقصيرية لان وقوع الضرر هو الشرارة الاولى التي تنبعث منها التفكير في مساءلة من تسبب فيه . وقد عرف الخطأ بأنه :- الفعل الذي ينشأ عنه ضرر غير مشروع للغير، سواء كان هذا الفعل عمدا ام غير عمد اذا صدر عن عدم احتياط او تبصر، كما يعرف على انه الاخلال بالتزام قانوني سابق، وهذا الالتزام السابق اوجب قيام المسؤولية التقصيرية هو ما يفرضه القانون على الكافة من عدم الاضرار بالغير اضرارا غير مشروع.

ثانياً:- الضرر: هو الاذى الذي يصيب الشخص في حق او مصلحة مشروعة له وقد يكون هذا الضرر مادي او ضرر معنوي. والقانون المدني العراقي لا يأخذ بعين الاعتبار في مسألة التعويض الا بالضرر، فإذا تعلق الامر بالتعويض فلابد من وجود الضرر لتعويضه، فالدعوى التي يرفعها المتضرر ليست دعوى عامة وانما دعوى خاصة يرفعها المتضرر للمطالبة بتعويض عن ضرر أصابه، فإن لم يصبه ضرر ردت دعواه استنادا للقاعدة القانونية لا دعوى بلا مصلحة.

ويشترط في الضرر لكي يصلح اساسا للمطالبة بالتعويض الشروط التالية-:

-١ان يكون محققا:- فلا يكفي ان الضرر محتملا او جائز الوقوع ،فمثلا مالك المنزل الذي تقع فيه سرقة على المستأجر لا يستحق التعويض من السارق بحجة ان السرقة قد تسببت في احجام الناس عن استئجار المنزل.

-٢ان يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخصياً وليس له ان يطالب بتعويض

عـــــــن ضــــــرر اصـــــــاب غيــــــره.

-٣يشترط في الضرر ان يكون قد اصاب حقاً مكتسباً، والحق هنا هو الفائدة التي يحميهـــــــــــــــــــــــــــا القـــــــــــــــــــــــــــانون

والمسؤولية المدنية او التقصيرية تبقى قائمة لكنها مسؤولية مخففة في حالة الاضطرار فقد راعى المشرع المدني العراقي ما تحدثه الضرورة من خطر محدق بالجاني مما يضطره إلى ارتكاب الفعل غير المشروع لذلك يكون الفاعل ملزماً بتعويض الأضرار التي أحدثها.

ثالثاً :- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:لا يكفي لكي تتحقق المسؤولية ان يقع الضرر على المضرور وان يكون خطأ من شخص ثاني وانما يجب ايضا ان يكون الضرر الذي اصاب المضرور هو نتيجة الخطأ الواقع من الشخص الثاني ، أي ان يكون هناك رابطة تربط الخطأ بالضرر ويعبر عنها بالعلاقة السببية.

وتعني علاقة السببية ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية وان يكون نتيجة مباشرة للاخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية، ولا فرق بين النتيجة الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى، وعلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر فقد يقع الضرر وتنهض علاقة السببية ومع ذلك فقد تنتفي صفة الخطأ عن الفعل الضار وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولا تتحقق علاقة السببية بينهما كما لو قاد شخص سيارة دون اجازة سياقة ودهس شخصاً عبر الطريق فجأة ولم يكن في وسعه تفاديه . ويقع اثبات العلاقة السببية على الدائن(مدعي التعويض) لان مسؤولية اثبات اركان المسؤولية التقصيرية تقع على عاتقه واثباتها يكون في الغالب سهلاً عن طريق قرائن الحال، كما ان على المدين يقع عـــــبء نفيهـــــا ويكــــــون ذلــــــك بإحــــــدى طـــــــريقتين همـــــــا:

-١الطريقة المباشرة:- وهو ان يتم نفيها عن طريق اثبات ان خطاه التقصيري لم يكن الســـــبب فــــي الضـــــرر الــــذي اصـــــاب المـــــدعي.

-٢الطريقة الغير المباشرة:- ويكون عن طريق نفيها بإثبات وجود سبب اجنبي دفع

المدين الى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر، او ان السبب الاجنبي هو الذي الحق الضرر مباشرةً بالمدعي، ويقصد بالسبب الاجنبي كل فعل او حادث لا ينسب الى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر.

رابعاً :- الإثراء بلا سبب: الإثراء يعد مصدرا من مصادر الالتزام، ويقصد به أن كل شخص يثري على حساب شخص آخر يلتزم بتعويض هذا الشخص الذي لحقه من خسارة. مثلا اذا دفع شخص لآخر مبلغا من النقود على أساس أنه يدفع دينا عليه والواقع أنه غير مدين، أو من ناحية أخرى كما لو قام شخص ببناء مسكن في أرض بمواد مملوكة لغيره، ويمكن في هذه الحالة لمن افتقرت ذمته حق الرجوع على الطرف الذي أثرت ذمته بهدف تعويض هذا المفتقر عما أنفقه في شراء تلك المواد فان لم يفعل ذلك أقام عليه دعوى الإثراء

وعلى هذا، فالإثراء بلا سبب يعدُّ واقعة قانونية تشكل مصدراً من مصادر الالتزام، وللإثراء بلا سبب ثلاثة أركان وهي: إثراء المدين، افتقار الدائن وانعدام السبب القانوني وتنشئ واقعة الإثراء التي نجمت عن الافتقار حقاً للمفتقر بإقامة دعوى التعويض، فالتعويض هو جزاء الإثراء بلا سبب ولهذه الدعوى طرفان:

المدعي: وهو الدائن أي المفتقر الذي يحق له إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض ولا يشترط فيه أن يكون صاحب أهلية.

والمدعى عليه: وهو المدين أي المثري، ولا يشترط فيه أيضاً توافر الأهلية. وباستطاعته أن يدفع هذه الدعوى بأحد أمرين: إما إنكار الدعوى ذاتها لفقد أحد أركانها مثلاً، وإما لأن التزامه قد انقضى بالوفاء مثلاً أو ب التقادم . وتتقادم دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بإحدى حالتين: إما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه أن المفتقر بحقه في التعويض أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق بالتعويض.

خامسا :- القانون: إن كل التزام لابد من أن ترد إلى القانون، لأنه انعكاس لما هو موجود في المجتمع، إي أن القانون يعد مصدرا غير مباشر لكل التزام سواء كان ناجم عن العقد أو الإرادة المنفردة أو عن العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب إلى أنه هناك أنواعا من الالتزامات يرتبها القانون مباشرة و يسهر على معالجتها بنصوص خاصة و يرجع إلى هذه النصوص لمعرفة أحكام هذه الالتزامات فهذه هي الالتزامات القانونية التي يكون مصدرها المباشر هو القانون، فحسب المادة ٥٣ من القانون المدني الجزائري: "تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي قررها. و هذا ما تتجه إليه آراء الفقهاء في معظمها، إذ تعتبر القانون مصدرا مباشرا لترتيب الالتزامات في حالات خاصة حيث يكون القانون مصدرا المباشر و الأخير في نفس الوقت.

الفصل الثالث

القانون التجاري

المقدمة والمفهوم

الأنشطة التجارية عرفت تطورا وحركية في مفهومها القانوني، فمفهوم التجارة لغويا ينحصر في معناها الاقتصادي أي عملية الوساطة بين المستهلك والمنتج في حين انه في معناه القانوني يشمل بالإضافة إلى المفهوم الاقتصادي أعمال التحويل والتصنيع وأنشطة الخدمات والأعمال البنكية وكلها أعمال تجارية ينظمها القانون التجاري بل أكثر من هذا هناك مجموعة من الأعمال التي كانت تعتبر بصفتها مدنية ثم تم ضمها إلى العمل التجاري وعلى سبيل المثال: عملية استخراج البترول وعملية بيع العقار، فهذا التوسع في الأعمال التجارية وهذه الحركية في مفهومه جاءت نتيجة للتطور الاقتصادي و الاجتماعي والمالي الذي يشهده العالم اليوم .

وجرى الفقه على تعريف القانون التجاري (**أحد فروع القانون الخاص الذي يضم مجموعة من القواعد التي تسري على طائفة من الاعمال تسمى الاعمال التجارية وعلى طائفة من الاشخاص وهم التجار).**

وكما اسلفنا سابقا فان القانون يقسم إلى قانون عام وقانون خاص، فإن القانون التجاري يأخذ مكانه بين فروع القانون الخاص، والقانون التجاري بهذا التعريف لا ينظم إلا فئة معينة من الأعمال هي الأعمال التجارية ولا ينطبق إلا على طائفة معينة من الأشخاص هم التجار، وهو لذلك أضيق نطاقًا من القانون المدني الذي يعتبر مثابة الشريعة العامة والمتضمن للقواعد القانونية التي تحكم بحسب الأصل الروابط القانونية بين الأفراد بصرف النظر عن صفاتهم وطبيعة أعمالهم.

اولا :- أسباب وجود القانون التجاري:

يمكن تبرير وجود قانون خاص بالتجارة ومستقل عن القانون المدني بالأسباب التالية :-

١ – السرعة: هي روح التجارة، إذ بخلاف الشخص غير التاجر الذي يشتري البضاعة ليستهلكها أو ليحتفظ بها وبالتالي لا يقدم على التصرف إلا بعد تروٍ وتبصر ووزن للأمور من كافة الأوجه، فإن التاجر سعيًا وراء تحقيق الكسب والاستفادة من تقلبات الأسعار وتفاديًا لتلف البضائع يقوم في كل يوم بإبرام العديد من العمليات التجارية، من هنا كانت حاجته إلى قواعد تتفق وطبيعة النشاط الذي يمارسه اي إلى قواعد أكثر مرونة وأقل شكلية من قواعد القانون المدني وذلك سواء فيما يتعلق بإبرام التصرفات القانونية واثباتها وحل ما قد ينشأ عنها من خلافات أو فيما يتعلق بتداول الحقوق التجارية. ومن مظاهر اهتمام القانون التجاري بالسرعة اهتمامه بتبسيط اجراءات تداول الحقوق الثابتة في الصكوك التجارية وهي الكمبيالة والسند الإذني والشيك، فهو يقضي بانتقال الحقوق الثابتة في هذه الصكوك بالتسليم إذا كانت لحاملها، وبالتظهير إذا كانت إذنيه، وذلك خلافًا لحوالة الحقوق الشخصية التي تستلزم في القانون المدني اتباع اجراءات معينة.

٢ – الإئتمان: يهتم القانون التجاري بالائتمان اهتمامًا بالغًا ويتمثل الائتمان في منح المدين أجلاً للوفاء، فالتاجر غالبًا ما يحتاج إلى فترة زمنية أي إلى أجل للوفاء ولتنفيذ تعهداته، إذ انه كثيرًا ما يقوم بشراء بضائع جديدة قبل أن يتمكن من قبض ثمن البضاعة المباعة أو من تصريفها بالكامل، ومن هنا تأتي أهمية الائتمان في الحياة التجارية وبالتالي أهمية القانون التجاري، فهو القانون الذي يحتوي على مجموعة القواعد والأنظمة التي تعنى بخلق أدوات الائتمان ومؤسساته كنظام الأوراق التجارية ونظام البنوك والشركات وفي نفس الوقت بتدعيمه وحمايته كنظام الإفلاس. وهكذا يتضح أن السرعة والائتمان هما أساس ومبرر وجود القانون التجاري وبالتالي استقلاله عن القانون المدني

ثانيا :- مصادر القانون التجاري

هي المرجع الذي يتم البحث فيه عن حكم واجب التطبيق على المنازعات التجارية .

وتقسم هذه المصادر الى الاتي :-

١-المصادر الرسمية:- وتشمل

أ- التشريع التجاري: ويتمثل التشريع التجاري في نظام المحكمة التجارية والانظمة المكملة له مثل نظام الاوراق التجارية ونظام الشركات ونظام السجل العقاري ونظام المعاملات التجارية ونظام الغرف التجارية والصناعية ونظام الدفاتر التجارية وغيرها من الانظمة. وهنا يجب على القاضي الذي يعرض علية النزاع ان يبحث عن حل له باللجوء الى النصوص التجارية ولا يلجأ الى مصدر اخر الا اذا لم يجد نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروض .

ب-مبادئ الشريعة الاسلامية: اذا لم يجد القاضي نصا لحكم النزاع المعروض علية في الانظمة التجارية ، فيجب علية البحث في مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة التي تحكم كافة المعاملات

ت-العرف التجاري: هو مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة التي تنشأ من اطراد سلوك الافراد في مسألة معينة على وجه معين مع اعتقادهم في الزامها وضرورة احترامها. والعرف التجاري هو اعتياد التجار على اتباع قواعد معينة في معاملاتهم التجارية لفترة من الزمن مع الاعتقاد بالزاميتها. والغالبية من قواعد القانون التجاري نشأت كعادات واعراف قبل ان تصبح نصوصا مكتوبة ، وعلى الرغم من دخول القانون التجاري التقنيين الا انه لايزال العرف يقوم بدور لا يمكن اغفاله في تكوين القانون التجاري وتطوير احكامه، بل لاتزال بعض النظم التجارية كالبيوع البحرية والاعتمادات المستندية محكومة بقواعد عرفية. وهنا يجب التأكيد على ان لا يجوز للعرف ان يخالف القواعد التشريعية الامرة او يخالف مبادئ الشريعة .

ث- العادات التجارية: يقصد بالعادات التجارية القواعد التي اعتاد التجار اتباعها في معاملاتهم التجارية دون الاعتقاد بالزاميتها . لذا لا تطبق العادة التجارية الا في حالة اتفاق المتقاعدين عليها .صراحة او ضمنا، لذا تعرف بالعادة الاتفاقية .

وتعرف العادة التجارية بأنها **القاعدة التي شاعت واستقرت في المعاملات التجارية نتيجة اعتياد الافراد الاخذ بها في عقودهم** . ومن امثلتها تقدير البضائع وزنا" او عددا" او قياسا" .

٢-المصادر التفسيرية :- وتشمل

أ- القضاء: يقصد بالقضاء هنا مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من قرارات المحاكم على اتباعها والحكم بها وخاصة القرارات التي لها علاقة بالمعاملات التجارية.

ب- الفقه: ويقصد بالفقه مجموعة الاراء والافكار التي يقدمها اساتذة القانون عند قيامهم بشرح القوانين وبيان شروط تطبيقها وما بها من عيوب او نقص ، مما يؤدي الى تجنب الاخطاء والعيوب في الاحكام القضائية بشكل عام والتجارية منها بشكل خاص مستقبلا.

ت-مبادئ القانون الطبيعي والقواعد العامة للعدالة: تشكل القواعد العامة في القانون ومبادئ الحق والعدالة ومبادئ القانون الطبيعي مخرجا لحل النزاع المعروض اما القاضي والذي لا يجد في المصادر الرسمية ما يمكن ان يعول علية في حل هذا النزاع.

ثالثا :- نطاق القانون التجاري: يقصد بنطاق القانون التجاري ماهية الأعمال أو الأنشطة والأشخاص الذين يخضعون لأحكام القانون التجاري. وهناك نظريتين يستند إليها تطبيق القانون التجاري: هما

١- النظرية الشخصية. ٢- النظرية الموضوعية.

١- النظرية الشخصية : تستند هذه النظرية إلى أن القانون التجاري قد نشأ في الأصل بين التجار من خلال العادات والنظم التي كان يجرى عليها التعامل فيما بينهم. فالقانون التجاري كان في بداية نشأته قانوناً يطبق فقط على التجار. اذا" النظرية تتخذ من التاجر أساساً لتطبيق القانون التجاري. بمعنى : إذا قام الشخص بممارسة النشاط التجاري على وجه الاحتراف، فإنه يكتسب صفة التاجر ويخضع للالتزامات المفروضة على التجار. ويخضع لأحكام القانون التجاري.

٢-النظرية الموضوعية: تعتمد هذه النظرية على طبيعة العمل كأساس لتطبيق القانون التجاري، فالقانون التجاري هو قانون الأعمال التجارية، حيث تخضع الأعمال التجارية للقانون التجاري بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها سواء كان تاجراً أم غير تاجر. المعيار إذن هو موضوع النشاط لا الشخص الذي يقوم به. بمعنى: أن النظرية تحدد سلفاً قائمة بالأعمال ذات الطبيعة التجارية و أي شخص يقوم بأي عمل من هذه الأعمال يخضع لأحكام القانون التجاري.

يظهر مما تقدم ان :

- النظرية الشخصية: تتخذ من التاجر أساساً لتطبيق القانون التجاري.
- النظرية الموضوعية: تعتمد هذه النظرية على طبيعة العمل كأساس لتطبيق القانون التجاري.

رابعا :- معايير التمييز بين الاعمال التجارية وغيرها من الاعمال الاخرى

حاول فقهاء القانون التجاري وضع معايير يتم من خلالها التمييز بين الاعمال التجارية وغيرها من الاعمال الاخرى وفقا" للاتي :

المعايير	عمل التجاري	عمل غير تجاري
المضاربة	المضاربة هي السعي وراء تحقيق ربح، فاذا كان هدف العمل تحقيق ربح فهو تجاري	اما اذا كان العمل لا يهدف الى الربح فهو عمل غير تجاري
التداول	تثبيت الصفة التجارية على العمل في الاحوال التي يتم فيها تحريك السلع والاشياء وتداولها .	اما اذا تناول العمل السلع والاشياء وهي في حالة سكون فهي اعمال غير تجارية ، فالمنتج قبل طرح انتاجه للسوق لا يعد عمل تجاريا وكذلك المزارع
المشروع	اذا تم انجاز العمل من خلال مشروع منظم فهو عمل تجاري، ويقوم المشروع التجاري على عنصرين هما(الاحتراف ووجود تنظيم مسبق، اي الاستعانة بمجموعة من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل).	اما اذا تم انجازه بصورة منفردة فلا يعد عملا تجاريا
الحرفة	اذا اتخذ العمل صيغة الحرفة فهو عمل تجاري ، والحرفة التجارية هي استقلال العمل بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة .وهي تتطلب محل تجاري وقوة عمل واتصال بالزبائن وسمعة تجارية	اما اذا لم يتخذ العمل صيغة الحرفة التجارية فهو عمل غير تجاري
السبب او القصد	يكون العمل تجاريا اذ كان السبب او القصد او الدافع او الحافز تجاري ، وان هذا القصد هو شيء معنوي كامن في النفس .	اما اذا لم يكن السبب او القصد تجاريا فالعمل غير تجاري

ومن خلال ما تقدم يمكن ان نعرف **العمل التجاري** بانه (**العمل الذي يقوم على تبادل الثروات ويهدف الى تحقيق ربح مادي**).

- موقف المشرع من الاعمال التجارية

نصت المادة (٥) من القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) المعدل والتي جاء فيها " تعتبر الاعمال التالية اعمال تجارية اذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد مالم يثبت العكس "

- شراء او استئجار الاموال المنقولة او الثابتة .
- توريد البضائع او الخدمات
- اعمال مكاتب الاستيراد والتصدير
- الصناعات وعمليات استخراج المواد الاولية
- مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة
- خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما
- البيع في محلات المزاد العلني
- نقل الاشياء او الاشخاص
- شحن البضائع
- استيداع البضائع في المستودعات العامة
- التعهد بتوفير متطلبات المناسبات الاجتماعية
- عمليات المصارف
- التامين
- التعامل في اسهم الشركات وسنداتها
- النشر والطباعة والتصوير والاعلان
- الوكالة التجارية
- الوكالة بالنقل

- الدلالية واعمال الوساطة الاخرى
- التعامل بالأوراق التجارية

الفصل الرابع

التاجر شروطه وواجباته

المقدمة

لا يقتصر تطبيق قواعد القانون التجاري على العمل التجاري فقط، بل ان نصوص هذا القانون تسري بنفس الوقت عل كل من يكتسب صفة التاجر. فالقانون التجاري يرتكز على محورين اساسين هما (العمل التجاري والحرفة التجارية، التاجر) كقاعدة مركبة تحدد نطاق تطبيق هذا القانون ولذا فان المشرع لم يألوا جهدا في تفصيل جميع ما يتصل من احكام بالاعمال التجارية وبنظامها القانوني. واهتم بعد ذلك بالاشخاص الذين ينطبق على نشاطهم هذا القانون. فحدد مفهوم التاجر واخضع من ثبت له هذه الصفة لاحكام خاصة ينفرد بها دون غيره ، من حيث التنظيم المهني . فبمقتضى نص المادة السابعة الفقرة – اولا– (**يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه او لحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون**). يتضح من هذه الفقرة ان التاجر بمفهوم هذا القانون قد يكون شخصا طبيعيا (فردا) او شخصا معنويا (شركة تجارية). وهنا سوف يتم استعراض اولا":– التاجر الشخص الطبيعي. وثانيا" :– التاجر الشخص المعنوي (الشركة التجارية). لننتقل الى ثالثا" :– واجبات التاجر

المبحث الاول

التاجر الشخص الطبيعي

يستند القانون التجاري العراقي في تحديد صفة التاجر على فكرة العمل التجاري ويستشف ذلك بوضوح من الفقرة اعلاه ، التي قررت صراحة ان من يمارس الاعمال التجارية بصيغة الاحتراف فانه يكتسب صفة التاجر . بيد ان احتراف الاعمال التجارية

لوحده لا يكفي في واقع الامر لاعتبار الشخص تاجرا . بل يجب فوق ذلك تعاطي الشخص لتلك الاعمال باسمه او لحسابه الخاص وان تتوافر فيه كذلك الاهلية القانونية الازمة لاحتراف التجارة . وعلية فان صفة التاجر لا تثبت للشخص الا اذا توفرت فيه الشروط التالية :

اولا : ان يحترف العمل التجاري

ثانيا: ان يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص

ثالثا: ان يكون متمتعا بالاهلية القانونية اللازمة لاحتراف الاعمال التجارية .

وسيتم استعراض هذه الشروط تفصيلا وحسب الاتي:

اولا : ان يحترف العمل التجاري : ويتم توضيح هذه الشرط من خلال النقاط الاتية:

١-**الاحتراف:** وهو توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين. ويتضمن شرط الاحتراف عنصرين هما : (الحرفة) و (الاعتياد).

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

- مشاريع الانتاج
- مشاريع التوزيع
- مشاريع الخدمات

وأياً كان الامر فليس هناك ما يمنع من ان يزاول الشخص اكثر من حرفة مدنية او تجارية في ان واحد . فلو قام مزارع بممارسة شراء المنقول وبيعه بجانب مهنته كمزارع او قام باستغلال مشروع صناعي بجانب مهنة الزراعة ، فان ممارسة كل من العملين بصورة حرفة لا يحول دون اكتساب المزارع المذكور لصفة التاجر.

اما (الاعتياد) فهو تكرار عمل او مجموعة من الاعمال التجارية. وينظر البعض الى الاعتياد بكونه العنصر المادي للحرفة، وبهه الصورة يندمج بالحرفة. غير ان هذا التصور لا يستقيم وفق 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 بمجرد تكوينها وقيام شخصيتها المعنوية اي قبل ممارستها لاي عمل تجاري طالما ان هدفها هو القيام بالاعمال التجارية احترافا .

ولا يتطلب الاعتياد قيام الشخص بتكرار اعمال تجارية من نوع واحد او ان يكون للشخص محل تجاري. فعنصر الاعتياد يعتبر متوفرا سواء قام الشخص بتعاطي لعمال تجارية مختلفة او متشابهة بل انه يعتبر قائما حتى بالنسبة للشخص المتجول الي يمارس النشاط التجاري متنقلا من مكان الى اخر مادام انه يمارس ذلك النشاط على وجه الاحتراف.

ان توفر الاعتياد لوحده لا يكفي لاعتبار الشخص تاجرا، فقد يعتاد شخص على تعاطي بعض الاعمال التجارية دون ان يقصد احتراف التجارة ومن امثلة ذلك : الشخص الذي اعتاد الاكتتاب في اسهم شركات تجارية لا يعتبر من اجل ذلك تاجرا رغم قيامه بالاعمال التجارية . وكذلك الامر لو قام المزارع من وقت لاخر بشراء محاصيل الغير لغرض بيعها وتحقيق ربح من وراء ذلك. ان ما ورد في اعلاه لا ينفي الصفة التجارية عن العمل، اذ تتوفر الصفة التجارية في العمل دون توفرها في الشخص لانتفاء شرط الاحتراف. هذا ويعتبر توفر عنصر الاعتياد مسألة وقائع تخضع لتقدير القضاء ويجب على من يدعي وجوده اثباته بكافة طرق الاثبات.

وهنا يجب الاشارة الى انه يستثنى من شرط الاحتراف الدولة والاشخاص المعنوية العامة فهي لا تعتبر تاجرة حتى وان احترفت العمل التجاري لان القصد الوحيد من وراء القيام بهذه الاعمال هي تحقيق المصلحة العامة.

٢-الحرفيون: يفرق القانون التجاري بين من يمارس النشاط التجاري على شكل مشروع تجاري مهم من حيث التنظيم المهني وبين من يمارس ذلك النشاط من خلال مهارته

الشخصية. ويطلق الفقه على من يمارس التجارة بهذه الصيغة مصطلح الحرفيين او ارباب الحرف الصغيرة . وقد استثنى القانون التجاري صراحة هذه الفئة من الخضوع لاحكامه وبالتالي من اكتساب صفة التاجر . اذ تنص الفقرة الاولى من المادة الحادية عشر على انه (لا يعتبر تاجر من يمارس حرفة صغيرة).

ان عدم اضفاء المشرع على الحرفي صفة التاجر واستثنائه من احكام القانون التجاري 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 لأعمالهم الا بعدد محدود من العمال وبالات ميكانيكية بسيطة. ولذا فان عنصر المضاربة على العمل او الالة 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 علية وكذلك لحماية التاجر الصغير من ضراوة بعض نظم القانون التجاري.

ثانياً :ان يباشر العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص: لا يكفي احتراف الاعمال التجارية وحده لاعتبار الشخص تاجر بل لابد ايضا من وجوب تعاطي الشخص لهذه الاعمال باسمه او لحسابه الخاص وهذا الشرط بديهي في الواقع لان التجارة انما تقوم على الائتمان الشخصي فيجب اذا على من يتعاطى الاعمال التجارية ان يتحمل جميع الاثار والنتائج التي تترتب من جراء قيامه بهذه الاعمال وقد اقر الفقه عموما هذا الشرط وجعله متما لشرط الاحتراف . وعليه لايمكن ان يكتسب صفة التاجر ما يلي من الاشخاص رغم ممارستهم العمل التجاري :

- موظفو المحلات التجارية ومستخدموها لانهم يعتبرون خاضعون لارادة صاحب المشروع التجاري وغير مسؤولين بصفة شخصية عن الاعمال التي يقومون بها . ولا يمكن ان يكتسب هؤلاء صفة التاجر حتى لو اشتركوا في جزء من الارباح او تولوا ادارة المحل التجاري .لان طبيعة العلاقة تبقى رغم المشاركة علاقة تبعية يحكمها عقد العمل .

- مديرو الشركات المحدودة والمساهمة ، اذ انهم يمارسون العمل التجاري باسم الشركة ولحسابها الخاص بصفة وكلاء لها. وعلية فان صفة التاجر تثبت للشركة دون المديرين

ثالثاً: ان يكون متمتعا بالاهلية القانونية اللازمة لاحتراف الاعمال التجارية (الاهلية التجارية) :

اشترطت المادة الثامنة من قانون التجارة ان يكون التاجر متمتع بالاهلية القانونية والاهلية هي صلاحية الشخص للقيام بالاعمال التجارية وممارستها على وجه الاحتراف. وتقسم الاهلية الى ثلاثة اقسام هي :-

١-كامل الاهلية: وهي بلوغ الشخص سن الثامنة عشر من العمر والخلو من عوارض الاهلية كالجنون والعته، ولكن المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين اعتبرت من اكمل (١٥) من العمر وتزوج باذن المحكمة كامل الاهلية وبموجب هذه المادة يستطيع من اكمل سن (١٥) من عمره ممارسة التجارة .

٢-اهلية الصغير المميز: تبدأ هذه الاهلية من سن السابعة من عمره وحتى الثامنة عشر ففي هذه الفترة يكون الشخص ناقص الاهلية ولا يستطيع مباشرة الا التصرفات النافعة نفعا محضا اما التصرفات الضارة ضررا محضا فانه لا يستطيع مباشرتها في حين تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضر موقوفة على اجازة وليه. ولكن القانون اجاز استثناء من بلغ الخامسة عشر من عمره ولم يبلغ الثامنة عشر مزاولة التجارة على سبيل التجربة بشرط ان يحصل على اذن من ولية وبترخص من القضاء وهي ما تعرف بالاهلية القضائية.

٣-اهلية الصغير غير المميز: الصبي غير المميز يعتبر عديم الاهلية وبالتالي لا يمكنه اطلاقا ممارسة اي عمل او نشاط تجاري حيث تعتبر تصرفاته باطلة بطلان مطلق ويقوم وليه باجراء التصرفات نيابة عنه وبالحدود التي يقرها القانون، واذا مالت اليه حصة في مشروع تجاري او ملكية محل تجاري جاز الاستمرار في النشاط التجاري ولكن عن طريق

النائب اذا كان في ذلك مصلحة للصغير غير المميز والذ ي يتراوح عمره من (٧-١) سنين.

ويذهب الرأي الراجح الى ان الصغير يكتسب صفة التاجر وليس نائبه طالما ان اثار التصرفات المتعلقة باستغلال المحل التجاري تنصرف الى ذمته وليس الى ذمة النائب وبالتالي يمكن اشهار افلاس الصغير في هذه الحالة ولكن هذا الافلاس يقتصر على امواله المستمرة في التجارة فقط كما لا يجوز حبسه او اعتباره مفلسا .

المبحث الثاني

التاجر الشخص المعنوي

لا يقتصر احتراف التجارة على الشخص الطبيعي فقط بل قد يحترف هذا النشاط ايضا الشخص المعنوي وينصرف مفهوم الشخص المعنوي هنا الى الشركات عموما. واذا احترفت الشركة العمل التجاري فانها تكسب صفة التاجر شأنها في ذلك الفرد لا فرق بينهما. ومع ذلك فان الشركة كشخص معنوي قد لا تحترف العمل التجاري، بل قد تمارس العمل المدني، مما يؤدي بالتالي الى صعوبة اعتبارها تاجرا واكسابها لهذه الصفة. ويعتمد الفقه بهذا الصدد معياريين مختلفين للتمييز بين الشركة التجارية والشركة المدنية:

المعيار الاول : المعيار الموضوعي: فبمقتضى هذا المعيار فان الشركة لا تعتبر تاجرا الا اذا احترفت العمل التجاري بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه . وتطبيقا" لذلك تعتبر مدنية، لا تكتسب صفة التاجر الشركات التي تباشر الاستغلال الزراعي والشركات التي تتكون من عدد من افراد مهنة واحدة كشركة تتكون من عدد من المحامين او المهندسين.

المعيار الثاني : المعيار الشكلي: فبمقتضى هذا المعيار تعتبر الشركة تجارية لمجرد اتخاذها شكلا" تجاريا" أيا" كان الغرض منها ، فسواء كان العمل الذي تقوم به تجاريا او مدنيا فان الشركة تعتبر تاجرا من لحظة اتخاذها احد اشكال الشركات التجارية .

والظاهر من نصوص القانون التجاري ان المشرع العراقي قد اعتمد المعيار الموضوعي في تقرير تجارية الشركة من مدنيتها، اذ تنص الفقرة الاولى من المادة السابعة من القانون التجاري على ما يلي (يعتبر تاجر كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون) . والشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية بمقتضى قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ هي : الشركات المساهمة، الشركات المحدودة، الشركات التضامنية، والشركات البسيطة، الشركات المختلطة، المشروع الفردي.

وعليه فان كل شركة اتخذت احد الاشكال الانفة الذكر 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 ان المشرع العراقي استبعد تماما المعيار الشكلي كقاعدة لاضافة صفة التاجر على الشركة التي تتخذ احد صور الشركات المحددة في قانون الشركات والتي لا يكون موضوعها عملا تجاريا" .

المبحث الثالث

واجبات التاجر

كل من يكتسب صفة التاجر يصبح في مركز قانوني متميز من حيث خضوعه لجملة واجبات فرضها القانون لضرورة تنظيم حرفة التجارة تنظيما يتلائم مع واقعها المبني على الأتمان وانسجاما مع هدف الدولة في تنظيم ومراقبة النشاط التجاري . واهم الواجبات التي يفرضها القانون التجاري على التاجر هي ما يلي :-

اولا :- التسجيل في السجل التجاري

ثانيا :- اتخاذ اسم تجاري

ثالثا :- مسك الدفاتر التجارية

رابعا :- الامتناع عن المنافسة غير المشروع / وهذا الواجب اضيف حسب اراء بعض فقهاء القانون

اولا :- التسجيل في السجل التجاري: السجل التجاري نظام اخذت به معظم الدول كاداة لازمة للاشهار في المواد التجارية . ويعرف السجل التجاري بانه **(سجل عام تمسكه جهة رسمية معدة لتدوين جميع البيانات التي تتعلق بالمؤسسات التجارية والتجار، ولأثبات ما يطرأ على هذه المؤسسات وعلى اصحابها من تغيرات مادية وقانونية)** . وهناك من الدول من تعتبر السجل التجاري نظام قانوني موضوعي تكتسب من خلال القيد فيه الصفة التجارية هذا بمفهوم المشرع التجاري الالماني حيث يعتبر القيد في السجل شرطا لاكتساب صفة التاجر ، ويمكن ان يحتج بالبيانات المختلفة والمقيدة فيه على الغير ولو كان يجهلها.

بينما لا ترى بعض القوانين التجارية الاخرى في السجل نظاما اساسيا 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 الفرنسي سوى قرينة قانونية بسيطة على اكتساب الشخص للصفة التجارية ، وترك امر تحديد هذه الصفة الى القواعد المقررة في القانون التجاري .اما البيانات المسجلة فيه فليس لها سوى حجة نسبية بالنسبة للغير، وقد اخذت معظم قوانين الدول العربية ومن جملتها قانون التجارة العراقي بهذا الاتجاه .

ومهما يكن من امره فان للسجل التجاري كتنسيق ونظام قانوني اهمية خاصة يمكن حصرها بما يلي :-

أ- يعتبر السجل التجاري اداة استعلامية هامة : اذ انه يبيح للغير الحصول على المعلومات عن كل مؤسسة تجارية او مشروع تجاري فردي او جماعي لغرض الاطمئنان على سلامة المعاملات والعقود قبل ابرامها مع المؤسسة او المشروع التجاري .

ب-يعتبر السجل التجاري اداة احصائية فاعلة للدولة: اذ تتمكن من خلاله الحصول على احصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث اهمية رؤوس الاموال المستغلة فيها ونسبة المؤسسات التجارية، فردية كانت ام جماعية ،وجنسية كل منها وانواع النشاط التجاري المختلفة ومعرفة حجم المشروعات التي يقوم القطاع الخاص وغيره بتنفيذها .

ت-يؤدي السجل وظيفة اقتصادية: اذ يلعب السجل دورا ملموسا في عملية التخطيط الاقتصادي اذ يستطيع السجل بوصفه اداة احصائية ان يهيئ جميع البيانات اللازمة لعملية التخطيط الاقتصادي وتوجيه النشاط التجاري وفقا لمتطلبات الاقتصاد الوطنية الانية والمستقبلية .

ث-يؤدي السجل وظيفة قانونية :- اذ تعتبر البيانات المدونة فيه، حجة على الغير، وبالمقابل فانه لا يمكن الاحتجاج ببيان لم يقد في السجل على الغير ما لم يكن يعلمه عن طريق الاخر.

لقد افرد قانون التجارة العراقي فرعا خاصا للسجل التجاري حاول المشرع من خلاله رسم صورة كاملة ودقيقة قدر الامكان لمركز التاجر الفرد والمؤسسات التجارية . ولغرض دراسة هذه الاحكام بشكل متكامل فأننا سنستعرض بالتتابع للمواضيع التالية :

١-تنظيم السجل: يقضي القانون التجاري بان (تتولى الغرف التجارية والصناعية المهام المتعلقة بالسجل المنصوص عليها في هذا القانون ويكزن رئيس الغرف التجارية الصناعية المختصة مسجلا" للاسماء التجارية ومسؤولا عن السجل التجاري فيها) . علية فأن جهة الاشراف على السجل هي الغرف التجارية والصناعية في القطر . ويعتبر رئيس الغرفة التجارية والصناعية هو المسؤول المباشر عن السجل . وبمقتضى هذه المادة يكون السجل التجاري على نوعين هما :

أ- السجل الاسمي: وهو السجل الذي يسجل فيه اسماء التجار بأسمائهم ، ويكون هذا السجل مرتبا حسب الحروف الابجدية ويتضمن كافة اسماء التجار افرادا كانوا او شركات .

ب-سجل نوعي: وهو السجل الذي يصنف فيه التجار حسب نوع نشاطاتهم ويتضمن هذا السجل جميع اسماء التجار افرادا او شركات مصنفين حسب نوع النشاط التجاري الذي يمارسونه فيراعى في هذا السجل اضافة لاسماء التجار ، نوع العمل التجاري الممارس من قبلهم وعلى ضوء ذلك يفهرس هذا السجل .

٢-شروط التسجيل في السجل التجاري: تتمثل شروط التسجيل في السجل التجاري بالاتي:-

- اكتساب الشخص لصفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا ولا تمييز في جنسية طالب القيد سواء" كان عراقيا ام اجنبيا فهو ملزم بالتسجيل.
- يشترط بالتاجر الذي يروم التسجيل في السجل التجاري ان يكون لديه محل تجاري اذ ان علية التسجيل في السجل خلال (٣٠) يوم من تاريخ افتتاح او تملك المحل وهذا يعني انه ليس على التاجر المتجول واجب التسجيل لانه لا يملك محلا تجاريا .
- تقديم طلب من قبل التاجر الى دائرة السجل التجاري في غرفة التجارة يتضمن المعلومات التي اوجب القانون ادراجها في الطلب.

٣- البيانات الواجبة التسجيل في السجل: تختلف البيانات الواجب قيدها في السجل التجاري بحسب ما اذا كان التاجر شخصا طبيعيا (فردا) او معنويا (شركة)

أ- البيانات الخاصة بالشخص الطبيعي :- وفي هذه الفقرة سيتم التطرق الى الاتي :-

- اذا كان مركز نشاط التاجر داخل العراق:

فان البيانات التي يجب ان يتضمنها طلب التسجيل في هذه الحالة هي:

- بيانات تتعلق بشخص التاجر : وهي الاسم وتاريخ ومحل الميلاد والجنسية ، واذا كان هناك حكم صادر بفقد اهلية التاجر او نقصانها واذا كان هناك حكم باسترجاع التاجر لاهليته مع بيان اسم من عينه نائبا عنه اذا كان لديه نائب . واذا كان لمحل التاجر فروع

في العراق فان علية ان يبين : اسماء وكلائه (ان وجدوا) وتاريخ ومحل ميلاد كل منهم وجنسيته.

- بيانات تتعلق بالنشاط التجاري: فانها تنصب عل تبيان طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه فعلا، كأن يكون الاستيراد والتصدير مثلا او اعمال النقل او التامين وما الى ذلك من انواع النشاط التجاري المختلفة .
- البيانات تتعلق بالمحل التجاري : فهي تاريخ افتتاح المحل التجاري او تاريخ تملكه ، الاسم التجاري، عنوان مركز التاجر الرئيسي وعناوين الفروع التابعة له سواء كانت في العراق او في خارجه.

ويلزم القانون بتأشير كل بديل او تعديل يطرأ في البيانات المذكورة ، على ان يتم التأشير من خلال طلب يقدم خلال (٣٠) يوما من تاريخ التصرف القانوني او الحكم او الواقعة التي تستلزم هذا التأشير .

- اذا كان مركز نشاط التاجر خارج العراق وله فروع فيه

تقرر الفقرة الثالثة من المادة الثالثة والثلاثون ما يلي:

(اذا كان للتاجر مركز رئيسي في خارج العراق وفع في داخله فعليه ان يشير في الطلب قيد الفرع الى الاجازة الصادرة له بممارسة نشاطه في العراق) ولا يعني هذا النص ان واجب التاجر يقتصر فقط على تأشير الاجازة الصادرة له من السلطة المختصة للممارسة التجارة في العراق، بل يجب علية فوق ذلك ان يؤشر في السجل البيانات التي تتعلق بشخص التاجر (حالته المدنية) من اسم التاجر وتاريخ ومحل ميلاده وجنسيته مع جمع التعديلات التي تطرا لاحقا على هذه البيانات . كما يؤشر في ال السجل الحكم الصادر باعسار التاجر والصلح وانهاء حالة الاعسار والحكم بابطال الصلح وبفقد الاهلية او نقصانها .

ب-البيانات الخاصة بالشخص المعنوي:- وايضا في هذه الفقرة سيتم التطرق الى الاتي:-

- مركز الشركة في العراق ولها فروع فيه: يجب ان طلب التسجيل المقدم من قبل الشركة (مدير الشركة) البيانات التالية : اسم الشركة تاريخ انشائها نوع النشاط التجاري الذي تمارسه ، اسماء مؤسسيها رؤساء مجالس اداراتها ومدرائها المفوضين ومركز ادارتها الرئيسي عناوين الفروع التابعة لها اسماء الوكلاء وتاريخ ومحل ولادة وجنسية كل منهم وتاريخ افتتاح كل فرع والاجازة الصادرة بممارسة النشاط التجاري في العراق .
- الشركة الاجنبية التي لها فروع في العراق: اذا كانت الشركة غير عراقية ولها فروع في العراق فان طلب التسجيل يجب ان يقدم من قبل مدير الشركة او وكيلها او مدير فرعها الى دائرة السجل على ان يتضمن الطلب المذكور جميع البيانات المقررة بشأن الشركة التي يكون مركزها في العراق . مع تأشير كل تعديل يطرا على تلك البيانات لاحقا . وانه يجب ان يؤشر في السجل احكام اشهار الاعسار (الافلاس) واخضاع الشركة للتصفية وغيرها من الاحكام .

ج- البيانات الواجبة التأشير من قبل القضاء: يلزم القانون القضاء اذا صدرت منه احكام معينة بشان التاجر او الشركة التجارية ان يرسل صور من تلك الاحكام الى دائرة السجل خلال (٣٠) يوما.

- اذا تعلق الامر بالتاجر فانه على المحكمة المختصة تأشير الاحكام التالية :-
- حكم اشهار الاعسار (الافلاس) واخضاع التاجر للتصفية
- الحكم الصادر بالصلح وانهاء حالة الاعسار والحكم بابطال الصلح .
- الحكم الصادر بفقد اهلية التاجر او نقصانها مع بيان اسم من عين نائبا عنه والحكم باسترجاع التاجر اهليته.
- اما اذا تعلق الامر بالشركة فانه على المحكمة المختصة تأشير الاحكام الاتية :-
- احكام الاعسار (الافلاس) واخضاع الشركة للتصفية .
- الحكم الصادر بالصلح وانهاء حالة الاعسار والحكم بإبطال الصلح .
- الاحكام الصادرة بحل الشركة او بطلانها .

٤- شطب القيد من السجل التجاري:

يخلو القانون التجاري من احكام خاصة بشطب القيد في السجل علما بان هذا الشطب يستوجبه الواقع العملي وحسن انتظام السجل من حيث مدى مطابقته لحقيقة النشاط التجاري الممارس في العراق . الا ان كثير من فقهاء القانون يرون ان شطب القيد يجب ان يقع في بعض الحالات والتي من اهمها :-

- توقف النشاط التجاري بسبب الترك او الاعتزال - وفاة التاجر - انتهاء تصفية الشركة.

٥- الاثار القانونية للتسجيل

يترتب على التسجيل في السجل التجاري اثار قانونية يمكن اجمالها بما ياتي :-

أ- ان القيد في السجل التجاري يعتبر منشئا لقرينة قانونية على مزاولة الشخص للنشاط التجاري وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر .

ب-ان التسجيل في السجل التجاري امرا لازما لحماية الاسم التجاري .

ت-يعتبر الكثير من فقهاء القانون ان تسجيل البيانات الخاصة بالتاجر في السجل التجاري هي حجة على الغير .

ث-ان التسجيل في السجل التجاري شرطا لازما في بعض الحالات لاكتساب الشركات الشخصية المعنوية او لبدا الاعمال التجارية في العراق .

٦- جزاء الاخلال بالتزام التسجيل

على الرغم من انه يجب على الغرفة التجارية والصناعية المختصة ان تتاكد من صحة البيانات الواردة في السجل وان تراقب مطابقتها لواقع الحال . فاذا وجد ان هذه البيانات تخالف الاحكام القانونية المتعلقة بالتسجيل في السجل التجاري فانها تخضع لنوعين من الجزاءات هما :

١-الجزاء الجنائي: يتخذ صورة غرامة مالية على كل تاجر شخصا طبيعيا كان ام معنويا خالف ايا من الاحكام الخاصة بالقيد في السجل . وان هذه العقوبة تكون واجبة التطبيق في جميع الاحوال التي تقع فيها مخالفة قانونية كمخالفة المدد المقررة لاجراء القيد او عند عدم ذكر مايجب ذكره في جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بالنشاط التجاري او تقديم بيانات ومعلومات وهمية كاذبة لدائرة السجل .

٢-الجزاء المدني: وصور الجزاء المدني هي انه رتب عدم التسجيل في السجل التجاري او القيد الوهمي ضرر للغير فانه يجب التعويض وفقا لاحكام المسؤولية المدنية ولا يمكن من جانب اخر.

ثانيا :- اتخاذ التاجر اسماً تجارياً: يلبي الاسم التجاري في ظل اي نظام اقتصادي حاجة حرفة التجارة الى التنظيم وتهيئة وسائل الحماية للمنتج والمستهلك على حد سواء، والاسم التجاري في الواقع وسيلة للدعاية يمكن ان يصل من خلال وسائل الاعلام المختلفة الى مجمل جمهور المستهلكين فيشكل بالتالي عنصرا مهما في انتاج وتوزيع السلع والخدمات داخليا وخارجيا، لذا تضمنت معظم القوانين التجارية احكاما خاصة بتنظيمه وحمايته من اعمال المنافسة غير المشروعة . وتستوجب دراسة الاسم التجاري استعراض للاتي :-

١- مفهوم الاسم التجاري: يقصد بالاسم التجاري كل تسمية يعرف بها التاجر اثناء ممارسته للنشاط التجاري وذلك لتمييزه عن غيره من التجار، وقد اوجب قانون التجارة بموجب المادة (٢١) على كل تاجر معنوي او طبيعي ان يتخذ اسماً تجارياً مختلفا بوضوح عن غيره من الاسماء التجارية لتمييز نشاطه التجاري .

اما مكونات الاسم التجاري فانه يتألف من كل مصطلح مبتكر يعني بالنسبة للجمهور اي منشاة تجارية يديرها شخص طبيعي او معنوي يمكن التأثير به واستقطابه للتعامل معها كأن يقال مثلا (محلات الازياء الحديثة) او (معرض الرواد لتجارة المواد

الكهربائية). وقد يكون الاسم التجاري هو اسم مستغل المشروع نفسه . ومهما يكن من امر فان الاسم التجاري يعتبر عنصرا موضوعيا يتعلق اساسا بالمنشاة التجارية لغرض تمييزها عن غيرها من المنشآت الاخرى .

- اما ضوابط الاسم التجاري فان القانون لا يسمح بتسجيل الاسماء الاتية:

➢ الاسم الخالي من الصفة المميزة

➢ الاسم الذي يوحي بأنه من مؤسسات الدولة او منشأتها او ان استعماله ممنوع بموجب قوانين اخرى .

➢ الاسم المخالف للنظام العام او الذي يتعارض مع المصلحة العامة .

➢ الاسم غير الملائم او غير المطابق للواقع والذي يؤدي الى تضليل او استغلال الجمهور

➢ الاسماء الاجنبية عدا اسماء فروع الشركات الاجنبية او الاسماء المشهورة التي يقتنع المسجل بضرورة تسجيلها .

➢ الاسماء المشابهة للاسماء المسجلة .

➢ الاسماء غير العربية او العراقية الا ما استثنى بنص خاص .

وعلى اية حال فان استعمال الاسم المدني واللقب كعناصر في الاسم التجاري يلاحظ في الواقع العملي بشكل واسع . مثلا (مكتب احمد محمود للنقل والسياحة) او (معرض زكي ابراهيم) . وغيرها من الامثلة . اما بالنسبة للشركة فان القانون يقتضي بوجوب ان يدل الاسم التجاري للشركة على نوعها وان يحتوي على الاقل اسم احد الشركاء اذا كانت الشركة تضامنية او بسيطة او مشروعا فرديا .

٢- تمييز الاسم التجاري عن ما يشتبه به من اسماء:

من الضروري تمييز الاسم التجاري عن بعض ما يشتبه به دفعا للخلط والغموض فيجب التمييز بين الاتي :

أ- الاسم التجاري عن العنوان التجاري : فالعنوان التجاري هو الاسم الذي يتخذه الشخص – التاجر المفرد – لاجل اجراء معاملاته التجارية والتوقيع به على الاوراق المتعلقة بالنشاط

التجاري. وعناصر العنوان التجاري هي الاسم المدني للشخص واسم اسرته وهذه العناصر ماهي الا وسيلة لتمييز الفرد عن غيره من الافراد ولا يقبلان قطعا التفرغ عنه ولا يمكن تقويمهما بالمال . اما الاسم التجاري فهو عنصرا معنويا من عناصر المحل التجاري له قيمة مالية ويجوز التفرغ عنه وانتقاله مع المتجر في حالة التصرف به للغير .

ب-الاسم التجاري والعلامة التجارية : يختلف الاسم التجاري عن العلامة التجارية، فالعلامة التجارية تتمثل باي رمز من شأنه تمييز السلع المعروضة في السوق من قبل منتج معين. ويستهدف من استعمالها تمكين المستهلكين من التحقق من البضائع والسلع التي يقدر نوعيتها ومن ثم طلبها مرة اخرى .ويجوز ان تكون العلامة التجارية حروف او اشكال هندسية او مجموعة الوان متناسقة .او كلمات او امضاءات وحروف او ارقام ...الخ. وتعتبر العلامة التجارية مالا معنويا وعنصرا من عناصر المحل التجاري تنتقل معه للغير في حالة التصرف به وبيعه.

ت-الاسم التجاري والرسوم والنماذج الصناعية : كذلك الاسم التجاري يختلف عن الرسوم والنماذج الصناعي، فالرسم الصناعي يعنى بكل ما يؤدي الى اكساب الانتاج مظهرا خاصا ويمكن استعماله كتصميم له بطريقة صناعية او حرفية. ومثال ذلك ورق الجدران والرسوم التي توضع على الاواني الخزفية والمواد اللازمة للنسيج والسجاد. اما النموذج الصناعي فهو كل تشكيل يمكن استعماله كتصميم لعمل انتاج صناعي معين، ومثاله نماذج السيارات او السفن او الطائرات ونماذج الساعات، ويتمتع واضع الرسم او النموذج بحق استثماره ويحمي القانون عموما هذا الحق من جميع اوجه الاستغلال الغير مشروع ، وتعتبر الرسوم والنماذج من عناصر المحل التجاري المعنوية فهي تمثل مالا منقولا معنويا وتنتقل للغير عند التصرف بالمحل التجاري وبيعه .

٣-واجب اتخاذ اسم تجاري:

جاءت الفقرة الاولى من المادة الحادية والعشرين من قانون التجارة العراقي بوجوب اتخاذ اسم تجاري للمشروع فقد نصت المادة اعلاه على انه (كل تاجر شخصا طبيعيا كان او

معنويا ان يتخذ لتمييز نشاطه التجاري اسما تجاريا مختلفا بوضوح عن غيره من الاسماء التجارية) ومن هذه المادة فان الاسم التجاري واجب قانوني على المشروع الفردي او الجماعي . اضافة الى ذلك فانه يترتب على اتخاذ الاسم التجاري ما يلي من النتائج :-

- ضرورة تسجيله من قبل مسجل الاسماء التجارية اذا كان موافقا لاحكام القانون ، ورفض تسجيله اذا كان مخالفا لهذه الاحكام .
- ضرورة نشره: على مسجل الاسماء التجارية نشر قرار قيد الاسم التجاري او رفض قيده في النشرة التي تتولى الغرف التجارية او الصناعية المختصة اصدارها .
- ضرورة شطبه اذا كان قد سجل خلافا للقانون : والشطب اما ان يتم بطلب من الغير عند اعتراض هذا الغير لدى المسجل على قيد الاسم واما ان يتم الشطب من ذات المسجل.
- ضرورة تثبيت الاسم التجاري على واجهة المحل التجاري .

٣-حماية الاسم التجاري: يضفي قانون التجارة على الاسم التجاري المسجل وفقا لاحكام القانون حماية تتمثل بحق معارضة من سجل الاسم للغير في استعماله في النشاط التجاري الذي يمارسه اذ تنص الفقرة الاولى من المادة الرابعة والعشرين من قانون التجارة على انه (من قيد في السجل التجاري اسما تجاريا وفقا لاحكام هذا القانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص اخر في نوع التجارة التي يزاولها صاحب الاسم ضمن حدود المحافظة او المحافظات التي تم قيده فيها). ووفق هذه المادة يجوز لمن لحق به ضرر بسبب استعمال الغير لاسمه التجاري ان يطالب بالتعويض طبقا لاحكام المسؤولية المدنية.

ثالثا :- مسك الدفاتر التجارية: الواجب الثالث الذي يفرضه القانون على الشخص ليعتبر تاجراً هو مسك الدفاتر التجارية، اذ من غير المتصور قيام مشروع تجاري فردي او جماعي بنشاطه التجاري دون تنظيم لحساباته ومعرفة ماله من حقوق وما عليه من التزامات اتجاه الغير . ثم تنظيم التوازن المالي وبيان حساب الربح والخسارة يعد في الواقع

التجاري مبدا" جوهريا"، والدفاتر التجارية هي الوسيلة الفعالة لتحقيق مبدا تنظيم الحسابات والتوازن المالي ومن ثم تنظيم سير عمل المشروع التجاري على اسس علمية سليمة .كما تمكن هذه الدفاتر الجهات المختصة وبالذات سلطات الضرائب من معرفة دخل التاجر، ويبرر هذا الالزام القانوني بما للدفاتر التجارية من اهمية تتضح من خلال الوظائف المتعددة التي تؤديها داخل الاطار القانوني وخارجه، ويمكن اجمال تلك الوظائف بالاتي :-

١-تعتبر الدفاتر التجارية الاداة التي تسمح للتاجر تقييم نشاطه التجاري وتحديد مركزه المالي وما لديه من سيولة نقدية لمواجهة التزاماته اتجاه الغير .

٢-اثبات المعاملات التجارية، اذ يمكن الاستعانة بقيودها في حل النزاعات التي قد تنسأ نتيجة التعامل التجاري .

٣-تتمكن الدفاتر التجارية المنتظمة من الوقوف امام التقدير العشوائي للضرائب المالية المقررة على التاجر قانونيا – ضريبة الدخل –

٤-تعتبر الدفاتر التجارية سندا له اهميته عن تعرض التاجر للافلاس، اذ يمكنه اذا كانت دفاتره منتظمة ان يثبت حسن نيته عند توقفه عن ايداء ديونه التجارية، وفي حالة اشهار افلاسه فانه بالامكان اللجوء الى هذه الدفاتر لغرض التخلص من عقوبة الافلاس التقصيري او الاحتيالي اذ اتضح منها ان الافلاس كان نتيجة ظروف طارئة .

وفي موضوع الدفاتر التجارية سيتم تناول الاتي :

أ- انواع الدفاتر التجارية: تقسم الدفاتر التجارية الى قسمين هما : ١- الدفاتر الالزامية ٢- الدفاتر الاختيارية

١-الدفاتر الالزامية : وتشمل الاتي : دفتر اليومية – ودفتر الاستاذ

- دفتر اليومية: يعرف دفتر اليومية بانه ذلك الدفتر الذي تدرج فيه تفصيلا ويوما بيوم جميع العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر الفرد بالإضافة الى ذلك ان يقيد في هذا

الدفتر مسحوباته الشخصية يوما بيوم . اذا يجب ان يحتوي دفتر اليومية على القيود التالية:

- جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر يوميا وبالتفصيل ، كبيان ما اشتراه وباعه او قبله او ظهره من الاوراق التجارية . وعموما تدون في هذا الدفتر كافة العمليات التي باشرها في يومه.
- جميع مسحوباته الشخصية كالمبالغ التي يقررها لحاجته الخاصة ومعاشه او كمرتب او مبلغ ثابت ..... الخ وتدون هذه المسحوبات ويوما بيوم والحكمة من هذا الاجراء تكم في تبيان مدى اهمية هذه المسحوبات وحقيقتها وتأثيرها على التزامات المشروع التجاري وحقوق الغير.

➢ دفتر الاستاذ: لا تقل اهمية هذا الدفتر عن اهمية دفتر اليومية من خلال ما يجب ان يتضمنه من قيود وبيانات، اذ يلزم القانون ان يتضمن هذا الدفتر على تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في نهاية السنة المالية او بيان اجمالي عنها اذا كانت تفصيلات تلك الاموال واردة في دفاتر وقوائم مستقلة. وتعتبر تلك الدفاتر والقوائم لدفتر الاستاذ ، ويجب ان يتضمن هذا الدفتر فوق ذلك صورة من الميزانية السنوية وحسابات الارباح والخسائر، او ترفق به نسخة او صورة منها. والميزانية عبارة عن جدول حسابي يوضح المركز المالي السلبي والايجابي للمشروع التجاري او التاجر في السنة المالية . ويتألف هذا الجدول من جانبين، هما (الموجودات) والاخر (المطلوبات) والواقع ان وجوب تحرير صورة من الميزانية الى دفتر الاستاذ يستهدف تحقيق غرضين اساسيين هما :

الاول : تبيان مقدار راس المال المستغل من قبل التاجر او المشروع التجاري بصورة دقيقة وواضحة.

الثاني : تبيان الكيفية والاوجه التي استثمر فيها راس المال ومقدار الاستثمار في سبيل تحقيق اغراض المشروع التجاري.

مما تقدم يتبين ان دفتر الاستاذ هو دفتر جرد عام يعطي صورة شاملة عن الاموال التجارية المتواجدة في نهاية السنة المالية ويوضح بنفس الوقت المركز المالي الفعلي للمشروع التجاري او التاجر.

٢-الدفاتر الاختيارية: ليس ثمة ما يحول في الواقع دون امساك التاجر دفاتر اخرى غير ما ورد بيانها. فللتاجر الحق في ان يمسك ما يشاء من الدفاتر التي تستلزمها المعاملات التجارية عدا الدفاتر الالزامية المقررة قانونا وقد جرت العادة في الواقع التجاري باستعمال دفاتر اختيارية بجانب الدفاتر الالزامية واهم هذه الدفاتر هي:-

١-دفتر المسودة: يدون في هذا الدفتر جميع العمليات التي يقوم بها التاجر تمهيدا لنقلها بدقة وعناية الى دفتر اليومية بشيء من الاختصار.

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

٣-دفتر الاوراق التجارية : ويسجل في هذا جميع الاوراق التجارية المسحوبة على التاجر او لأمر مع مواعيد استحقاقها.

٤-دفتر المخزن: يتعلق ها الدفتر ببيان التي تدخل وتخرج من المحل التجاري.

وهنا يمكن الاشارة الى انه على التاجر اضافة الى دفتر اليومية ودفتر الاستاذ الاحتفاظ بصورة طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها ويستلمها والمتعلقة بتجارته لما له من اهمية في تأييد الادلة المستمدة من الارقام والبيانات المدونة في الدفاتر التجارية ، كما وقد اجاز القانون للتاجر ان يستعيض عن هذه الدفاتر باستخدام الاجهزة التقنية والاساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي.

ب–قواعد مسك الدفاتر التجارية: يجب ان يكون مسك الدفاتر التجارية وفق القواعد والاصول والضوابط التالية:

- ان تكون هذه الدفاتر خالية من اي فراغ او شطب او محو او كتابة في الهوامش او بين السطور. والقصد من هذا الاجراء تلافي الغش او تدوين العمليات الوهمية ومنعاً لاضافة او تغيير او تقديم التاريخ .
- يتعين قبل استعمال دفتر اليومية الاصلي ان ترقم كل صفحة من صفحاته وان يوقع على كل ورقه فيه كاتب العدل وان يضع عليه ختم الدائرة بعد ان يذكر عدد الصفحات التي يتكون منها الدفتر . والقصد من هذه القاعدة هي منع اخفاء بعض صفحات الدفتر او ان يستبدل بها غيرها او ان يعدم الدفتر باكمله ويبدل به اخر مصطنع .
- يجب تقديم الدفتر التجاري في نهاية السنة المالية الى الكاتب عدل للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال السنة المالية .
- ينبغي على التاجر عند توقف نشاطه التجاري وعلى ورثته عند وفاته تقديم الدفتر التجاري للكاتب عدل للتأشير عليه بما يفيد ذلك .

ج– مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية: يجب على التاجر وورثته في حالة وفته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والمحررات المؤيدة للقيود والواردة فيها مدة سبع سنوات تبدا من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهاء صفحاته او بوقف نشاط التاجر وعلى التاجر وورثته ايضا الاحتفاظ باصول الرسائل والبرقيات والتلكس او صورها مدة سبع سنوات تبدا من تاريخ اصدارها او ورودها . ولا تعتبر المدة المذكورة من قبيل التقادم فلا ينتج عن انقضائها سقوط حق او دين ثابت في الدفاتر بل يترتب على مرورها قيام قرينة على ان التاجر قد اعدم دفاتره بيد ان للخصم ان يثبت ان التاجر لايزال محتفظا بالدفاتر رغم مرور المدة المذكورة .

د– الجزاءات المترتبة على عدم مسك الدفاتر التجارية: رتب المشرع على الاخلال بالاحكام القانونية الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ، كما لو لم تمسك هذه الدفاتر اصلا او

كانت غير كافية ولا تتناسب مع اهمية النشاط التجاري الممارس او كانت غير منظمة وفق للشروط المقررة قانونا او لم يحتفظ بها المدة القانونية المقررة (سبع سنوات) . جزاء جنائي قررته المادة الثامنة والثلاثون من قانون التجارة يتمثل بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد عن الف دينار . بالاضافة الى ما تقدم فان التاجر يتعرض لعقوبة الافلاس بالتقصير عند عدم مسكه دفاتر تجارية تبين حقيقة وواقع وضعه المالي او كون هذه الدفاتر غير منتظمة قانونيا مما يؤدي الى تطبيق العقوبات التي فرضها قانون العقوبات في مثل هذه الحالة وهي عقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنة او غرامة لا تزيد على مائة دينار . كما اوجب قانون العقوبات فرض عقوبة الافلاس بالتدليس وهي الحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات ولا تقل عن سنتين في حالة اعدام او اخفاء الدفاتر التجارية كلها او قسم منها او استبدالها بغيرها.

رابعا :- الامتناع عن المنافسة غير المشروعة: لم يتضمن قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) قواعد تتعلق بالمنافسة غير المشروعة وكما يبدو قد ترك موضوع هذه المنافسة للقواعد العامة والاحكام الخاصة التي وردت بشأنها كقانون العلامات التجارية والبيانات التجارية وقانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية وغيرها ، اضافة الى ذلك فان التجار قد يتفقون فيما بينهم على استبعاد المنافسة غير المشروعة ، وبناءً على ذلك فان المنافسة غير المشروعة من حيث مصدرها على نوعين هما :-

١-المنافسة غير المشروعة قانونا: هذا النوع يقصد به الطرق والاساليب التي يستخدمها التاجر والتي تخالف القوانين والعادات التجارية وتتعارض مع الامانة والصدق في نطاق النشاط الاقتصادي .وتقسم المنافسة غير المشروعة قانونيا الى قسمين هما :-

- جميع الاعمال التي من شانها الاساءة الى سمعة التاجر المنافس وتؤدي الى الالتباس والخلط مع محله التجاري وسلعه ومنتجاته ويدخل ضمن هذه المجموعة من الاعمال تقليد علامة الغير التجارية او رسومه و نماذجه الصناعية ..... الخ
- جميع الاعمال التي من شانها احداث الاضطرابات في السوق او في محل المنافس ويدخل ضمن هذه الاعمال تشويه سمعة التاجر المنافس ومحله بقصد صرف العملاء ، وكذلك تحريض العمال في المحل المنافس على ترك العمل عنده باغرائهم بدفع اجور عالية لهم او محاولة احداث اضطرابات في مشروعه او الاطلاع على اسرار المحل التجاري المنافس كمعرفة اسماء زبائنه او الموردين للمحل ونوع المواد المستخدمة في منتجاته .

٢-المنافسة غير المشروعة اتفاقاً: يحصل في التعامل التجاري ان يتفق التجار فيما بينهم على الابتعاد عن اساليب المنافسة غير المشروعة ، فقد يضع التاجر عند شرائه المحل التجاري شرط في عقد البيع يمنع بموجبه بائع المحل من انشاء محل تجاري اخر مماثل، ومثل هذا الاتفاق صحيح وموافق للقانون بشرط ان لا يكون مطلق فلا يصح ان يكون التزام البائع بعدم فتح محل تجاري مماثل للذي باعه لمدة غير محدودة وفي جميع المناطق ولكل انواع النشاط التجاري بل لابد من تحديد مدة المنع وحدوده المكانية وكذلك نوع النشاط الذي يمنع على بائع المحل مزاولته.

■ الجزاءات المترتبة على المنافسة غير المشروعة:

١-الجزاء المدني : يترتب على المنافسة غير المشروعة قانونا حق التاجر في اقامة دعوى مسؤولية اساسها العمل الضار طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية العامة المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) مدني عراقي التي تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما . اما بالنسبة للمنافسة غير المشروعة اتفاقا فيترتب عليها حق المشتري في اقامة دعوى على بائع المحل التجاري اساسها المسؤولية العقدية اذا اصابه ضرر من جراء مخالفة البائع للاتفاق الحاصل بينهما وله بالاضافة الى ذلك الحق في فسخ العقد او ان يطلب

غلق المحل التجاري الذي اسسه البائع خلافا للاتفاق ، وله ايضا الامتناع عن دفع المتبقي من ثمن المحل التجاري اذا كان هناك باقي وذلك مقابل فقده للمميزات التي كان يحققها شرط المنع.

٢-الجزاء الجنائي: اضافة الى الدعوى المدنية التي يحق للشخص المتضرر اقامتها ، فان على المحكمة تطبيق الجزاءات الجنائية المقررة في قوانين خاصة لحماية الحقوق التي عالجتها هذه القوانين كقانون العلامات والبيانات التجارية رقم (١١) لسنة (١٩٥٧)المعدل وقانون براءات الاختراع رقم (٦٥) لسنة (١٩٧٠) وقانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤).

الفصل الخامس

الشركات

من المعروف بان أي مشروع اقتصادي يتطلب ضم قدرات متنوعه كأن تكون هذه القدرات مالية او فنية او ادارية، وغالبا" ما يعجز الشخص عن تامين هذه المتطلبات بمفرده لذلك يلجأ الى تامين هذه المتطلبات بالاشتراك مع افراد اخرين. من ذلك يمكن تعريف الشركة على انها **(عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة)**. وبما إن الشركة عقد، فإنه يجب أن تتوافر فيها الشروط الموضوعية العامة اللازمة لكل أنواع العقود ألا وهي: الأهلية والرضا والمحل والسبب.

وهناك عدة شروط جاءت في تعريف الشركة، هي: تعدد الشركاء، المساهمة في رأس المال، اقتسام الأرباح والخسائر، نية المشاركة:

١ـ تعدد الشركاء: إن عقد الشركة يستلزم وجود شريكين فأكثر، لأن تدخل عدة أشخاص ضروري لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد وهو جمع الأموال ومباشرة المشروع المشترك.

٢ـ المساهمة في رأس المال: يتكون رأسمال الشركة من مجموع الحصص التي يقدمها الشركاء. ولا يشترط أن تكون الحصص متساوية القيمة. كما لا يشترط أن تكون من نوع واحد. فقد تكون الحصة نقدية أو عينية أو مجرد عمل.

٣. اقتسام الأرباح والخسائر: إن ضرورة اشتراك الشركاء جميعاً في الربح والخسارة تقابلها ضرورة اشتراكهم جميعاً في دفع الحصص التي يتكون منها رأسمال الشركة. ومبدأ تحمل الشركاء جميعاً المساهمة في الأرباح والخسائر يقف حائلاً دون تضمين عقد الشركة شروطاً تقضي بحرمان أحد الشركاء من الأرباح حرماناً مؤبداً، أو إعفاء أحدهم من الخسارة بحيث يمكن له عند انحلال الشركة استرداد حصته كاملة. وقد أقرت غالبية التشريعات القانونية بطلان الشركة إذا ما اتفق في عقدها على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباحها أو خسائرها.

٤. نية الاشتراك في الشركة: ويقصد بذلك الرغبة بالتعاون الإيجابي المثمر بين الشركاء، وعلى قدم المساواة، في إنجاز أغراض الشركة عن طريق الإشراف والرقابة على إدارتها وقبول المخاطر المشتركة.

وتقسم الشركات بحسب طبيعة ملكية رأسمالها إلى ثلاثة أنواع: شركات القطاع الخاص التي ينشئها المال الخاص وحده، وشركات القطاع المختلط وهي التي يكون رأسمالها مشتركاً بين المال الخاص، والمال العام وشركات القطاع الاشتراكي التي تكون فيها جميع وسائل الانتاج بيد الدولة.

اولا :- شركات القطاع الخاص : هنالك تباين في المفاهيم والرؤى حول الكثير من المصطلحات والنعوت وذلك حسب النظم الاقتصادية المطبقة وطبيعة المجتمعات والمدارس الاقتصادية والمقومات المادية لكل دوله على أن هذا التباين لم يكن في حالة

ثبات وجمود نظراً للتطورات التي طرأت على المستوى العلمي والتقني والسلوكي والاجتماعي والمادي. وظهرت في الساحة الفكرية الاقتصادية تحولات هامه تخص دور الدولة والقطاع الخاص في الحياة الاقتصادية وصلت إلى أن هنالك أجماعا على ان القطاع الخاص يعني – ذلك القسم من الاقتصاد الذي يملكه ويديره أصحاب المشاريع الخاصة لا الدوائر الحكومية او الشركات العامة.

من هذه المقدمة نستطيع القول ان القطاع الخاص يعنى(ذلك الجزء من الاقتصاد الذي يديره رجال الأعمال وأصحاب رؤوس الأموال من صناعيين وتجار ومزارعون وأصحاب المرافق الخدمية بالتنسيق مع الجانب الحكومي خدمة لستراتيجية التنمية في البلد).

اما اهم المبررات التي أدت إلى الاهتمام بالقطاع الخاص فهي –:

١ .المساهمة في سد الحاجه لبعض المنتجات.

٢ .السلوك العقلاني والتدبر في العملية الانتاجية.

٣ .استيعاب الأيادي العاملة.

٤ .النهوض بمهام القطاع الإنتاجي الموكل للنشاط الخاص بكفاءة وتنظيم عاليين.

ولبيان اهمية القطاع الخاص فقد أجريت دراسة لعينات مختلفة من القطاعات الاقتصادية فكانت النتائج كالأتي :–

- في استراليا قطاع البنوك –: بنك قطاع خاص واحد من هذه البنوك مقابل بنك واحد قطاع عام كانت دلائل وحجم جميع المؤشرات الدالة على الانتاجية والاستجابة للأخطار والربحية هي في صالح بنك القطاع الخاص.

- ❖ في ألمانيا قطاع خدمات:- كانت نتائج الدراسة في خمس مدن فيها شركات خاصة مقابل مؤسسات عامة ظهرت تكاليف المؤسسات العامة أعلى بكثير بسبب طاقتها الفائضة و اللذين بلغوا أكثر من العدد المطلوب.
- ❖ في الولايات المتحدة الأمريكية نشاط الدراسات المسحية:- دراسة مسحيه لمختلف المدن الأمريكية مؤسسه بلدية عامة مقابل خاصه كانت النتائج تكاليف المؤسسات العامة ٤٥ %أعلى.

المبحث الاول

انواع شركات القطاع الخاص

تقسم شركات القطاع الخاص الى الانواع التالية:-

١-شركات التضامن.

٢-شركات المساهمة.

٣-الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

١-شركات التضامن: تعتبر شركات التضامن من شركات الأشخاص حيث أن الاعتبار الشخصي يلعب دورا أساسيا في هذا النوع من الشركات ذلك أن الشركاء عادة لا يقبلون الدخول في هذه النوع من الشركات . لان غالبا ما تكون المسؤولية عن ديون هذه الأنواع من الشركات تطال الأموال الخاصة بجميع الشركاء في شركة التضامن. اما إدارة الشركة فيقوم بإدارتها جميع الشركاء إلا إذا اجاز نظام الشركة أو وثيقة لاحقة بأن تناط الإدارة بشريك واحد أو بعدة شركاء أو بشخص آخر من غير الشركاء. وفي هذا المجال سوف يتم التطرق الى الاتي:

- تعريف شركة التضامن: هي الشركة التي تتكون من شخصين أو أكثر، يتحملون المسؤولية عند حصول عجز للشركة، في جميع أموالهم واملاكهم الخاصة عن التزامات

الشركة او هي الشركة التي تعمل تحت عنوان معين لها، وتتألف من شخصين أو عدة أشخاص مسؤولون بصفة شخصية وبموجب التضامن عن ديون الشركة.

– اجراءات التأسيس: يتطلب القانون لتأسيس الشركة التضامنية تقديم طلب الى مسجل الشركات من قبل المؤسسين او من ينوب عنهم ويرفق بهذا الطلب عقد الشركة وشهادة من المصرف تثبت ان راس المال المطلوب قد اودع فيه.

على مسجل الشركات ان يوافق على الطلب او يرفضه خلال مدة اقصاها (١٠) ايام من تاريخ تسلمه الطلب فيما عدا الشركات المساهمة، فاذا قبل الطلب على المسجل ان يدعو المؤسسين او من يمثلهم للحضور امامه ليقوم بتوثيق عقد الشركة وتجري المصادقة من قبل المسجل او من يمثله، فان تخلفوا عن الحضور بدون عذر مشروع يجوز للمسجل ان يعتبرهم قد صرفوا النظر عن تأسيس الشركة، اما اذا رفض المسجل هذا الطلب فعليه ان يصدر قراراً خطياً يوضح فيه اسباب رفض الطلب.

وفي حالة الموافقة على تأسيس الشركة ينشر المسجل قرار الموافقة على تأسيسها في النشرة الخاصة التي تنشر بموجب احكام المادة ٢٠٦) من القانون وتكتسب الشركة التضامنية شخصيتها المعنوية من تاريخ صدور شهادة التأسيس.

ولكن المشكلة تثار في حالة ما اذا لم يصدر قرار من قبل المسجل قبول او رفض الطلب؟

اتجه الفقه في ذلك الى رأين:

الاول: ان سكوت المسجل عن طلب التأسيس يعتبر رفض للطلب انسجاماً مع القواعد العامة (لا ينسب الى ساكت قول).

الثاني: ان سكوت المسجل عن طلب التأسيس يعتبر قبولاً للطلب استثناءً من القواعد العامة (لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى بيان يعتبر قبولا).

وقد يبين قانون الشركات البيانات التي يجب ان يشتمل عليها العقد المذكور وهي كالآتي:

١. عنوان الشركة واسمها التجاري اذا وجد.

٢. اسماء الشركاء وجنسية كل منهم وعمره وعنوانه

٣. المركز الرئيسي للشركة.

٤. مقدار رأسمال الشركة وحصة كل شريك فيها.

٥. غايات الشركة.

٦. مدة الشركة اذا كانت محدودة

٧. اسم الشريك المفوض او اسماء الشركاء المفوضين بادارة الشركة والتوقيع عنها.

- **خصائص شركة التضامن: لشركة التضامن الخصائص الاتية:**

١- عدم انتقال حصص الشركاء إلى الغير إلا برضاء جميع الشركاء، أذ تعد حصة الشريك ما يقدمه الشريك في تكوين رأس المال, حيث لا يمكن أن تنتقل الى شخص اجنبي عن الشركة الا اذا وافق الشركاء جميعا ذلك لأن شركة التضامن تقوم على علاقات شخصية بين الشركاء وكذلك علاقات الثقة المتبادلة, لذا لا يمكن اجبار الشركاء على قبول شخص جديد بينهم عن طريق شراء الأخير حصة احد الشركاء.

٢ـ تعمل الشركة تحت عنوان تتخذه لنفسها، ويتألف هذا العنوان من أسماء الشركاء جميعهم أو عدد منهم مع إضافة كلمة: «وشركاؤهم أو شركاؤه» للدلالة على أن هناك شركاء آخرين في الشركة.

٣ـ اكتساب الشركاء صفة التاجر:- يكتسب الشريك في التضامن صفة التاجر ويعتبر ممارسا لأعمال التجارة باسم الشركة"..

٤ـ مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة :- وهذا يعني أنه إذا لم تكفِي أموال الشركة لسداد ديونها فإنه يحق لدائنها أن يعود على أي شريك في كامل أمواله الخاصة الموجودة خارج الشركة، لسداد جميع ديون الشركة.

- **انقضاء شركة التضامن:** تنقضي شركة التضامن في اي من الحالات الاتية:

١. باتفاق الشركاء جميعا على حل الشركة او دمجها في شركة تضامن أخرى.

٢. بانتهاء المدة المحددة للشركة, سواء كانت المدة الأصلية لها أو التي مدت اليها باتفاق جميع الشركاء.

٣. بانتهاء الغاية التي اسست من اجلها.

٤. ببقاء شريك واحد فيها.

٥. بافلاس الشركاء و في هذه الحالة يترتب على افلاس الشركة افلاس الشركاء.

٦. باشهار افلاس احد الشركاء فيها مالم يقرر بقية الشركاء جميعهم استمرار الشركة بينهم.

٧. فسخ الشركة بحكم قضائي.

٨. شطب تسجيل الشركة بقرار من مراقب الشركات بمقتضى احكام القانون.

٢-**<u>الشركات المساهمة:</u>** نتيجة للتطور الاقتصادي الهائل الذي أصبحت معه الحاجة إلى تجميع الأموال لقيام المشاريع الاقتصادية الضخمة ضرورة ملحة ، ولم تعد الأموال المجمعة من الأثرياء كافية، نظرا لقلة عدد هؤلاء الأثرياء، فاتجه البحث عن وسيلة لاستخدام أموال صغار المدخرين نظرا لكثرة عددهم، وهكذا تم اللجوء إلى استعمال أموال الذين يرغبون منهم في استثمار أموالهم، مع ضمان تحديد مسؤولياتهم بمقدار مدخراتهم التي يساهمون بها، فظهرت بذلك شركات المساهمة .ومن هنا سيتم التطرق الى الاتي:

أ- تعريف الشركة المساهمة: هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يكون للشريك فيها مسؤولية عن ديون الشركة إلا بمقدار حصته في رأسمالها.

ب-خصائص الشركة المساهمة: تعتبر شركة المساهمة من شركات الأموال كما ذكرنا سابقا لقيامها على تجميع رؤوس الأموال عن طريق طرح أسهمها للاكتتاب العام, ويكون لرأس المال أهمية كبيرة في نشاطها، ويعد مساهما في الشركة كل من يتقدم للاكتتاب مهما بلغ

عددهم, وبذلك فإن الاعتبار الشخصي بين الشركاء ليس له أهمية بسبب تداول الأسهم أثناء حياة الشركة بالطرق التجارية, وعليه فإنّ وفاة أحد المساهمين أو الحجز عليه أو إفلاسه أو إعساره, لا يؤثر على بقاء الشركة و استمرارها، ومن هنا فأن للشركات المساهمة الخصائص الاتية:

١- **مسؤولية الشريك فيها محدودة بأسهمه:** من أهم خصائص شركة المساهمة هو كون مسؤولية كل شريك عن التزامات الشركة محدودة بقدر ما يملكه من أسهم فيها, وهذا الذي أدى إلى توجه أصحاب المدخرات في توظيف أموالهم إلى شراء الأسهم, لأن المساهم في هذا النوع من الشركات لا يكتسب صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى الشركة, ولا يلزم بالقيد في السجل التجاري أو مسك الدفاتر التجارية أو الالتزام بالتزامات التجار الأخرى, ولا يؤدي إفلاس الشركة إلى إفلاسه كالحال في شركات التضامن.

٢- **الحد الأدنى لعدد الشركاء:** حدّد القانون الحد الأدنى لعدد الشركاء على أنه لا يجوز أن يكون عدد الشركاء في الشركات المساهمة أقل من سبعة شركاء . وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر هذا الحد الأدنى من عدد الشركاء, و لكن لم يستلزم النص أن يكون جميعهم من الأشخاص الطبيعيين الأمر الذي يجوز معه اشتراك الأشخاص المعنوية, في تأسيس شركات المساهمة.

٣- **وجوب توافر حد أدنى لرأسمال الشركة:** إذا كانت مسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص مسؤولية شخصية وتضامنية, الأمر الذي يوفر الاطمئنان في التعامل مع هذه الشركات، نجد أن في شركات المساهمة تتحدد مسؤولية الشريك بقدر ما يملكه من أسهم, الأمر الذي يجعل لرأسمال هذه الشركات أهمية كبيرة باعتباره الضمان الوحيد للمتعاملين معها.لذلك حددت الكثير من القوانين ومنها المشرع الجزائري على الحد الأدنى لرأسمال شركات المساهمة هو (يجب أن يكون رأسمال شركة المساهمة بمقدار (٥) ملايين دينار جزائري.

٤- **اسم وعنوان الشركة:** يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة، ويجب أن تكون مسبوقة أو متبوعة بذكر شكل الشركة ومبلغ رأسمالها. ويجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة.

ج- تأسيس الشركة المساهمة: يتم تأسيس الشركة المساهمة بطريقتين :

الاولى :- باللجوء العلني للادخار أي اللجوء إلى الجمهور قصد الحصول على الأموال وذلك بطرح أسهم الشركة للاكتتاب العام.

الطريقة الثانية :- عدم اللجوء العلني للادخار و ذلك باقتصار الاكتتاب على المؤسسين دون اللجوء إلى الاكتتاب العام.

د- أسباب انقضاء شركات المساهمة: تنقضي شركات المساهمة بذات الأسباب التي تنقضي بها الشركات عموما وهي :-

١-انتهاء الأجل المحدد لها، أو هلاك رأس مالها

٢-انتهاء العمل الذي تأسست من أجله.

٣-اندماجها مع شركة أخرى.

٤-يجوز للمحكمة أن تتخذ قرارا بحل الشركة بناء على طلب كل معني بالأمر إذا كان عدد المساهمين قد خفض إلى أقل من الحد الأدنى القانوني وهو ٧ مساهمين.

٥-كما تنحل شركة المساهمة في حال خسارتها .

٣-الشركات ذات المسؤولية المحدودة:

أ- تعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة: وهي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال ولا يزيد عدد الشركاء في هذه الشركة عادة عن خمسة وعشرين أو خمسين. وأهم خاصيتين لها هما تحديد

عدد الشركاء في الشركة وتحديد مسؤولية الشريك .غير أن هناك خصائص أخرى سيتم التطرق لها لاحقا.

ب- خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي :

١- تحديد عدد الشركاء: الغرض من تحديد عدد الشركاء بشريكين كحد أدنى و٢٥ أو ٥٠ شريكا كحد أقصى هو قصر هذا الشكل من الشركاء على المشروعات الصغيرة والمتوسطة والمحافظة على وجود الاعتبار الشخصي بين الشركاء.

٢- تحديد المسؤولية: لا يسأل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديون الشركة إلا بقدر حصته في رأس المال، وهذه الخاصية هي أساس تسمية هذه الشركة وهي تسمح للشركاء بتحديد مسؤوليتهم عن مخاطر المشروع دون حاجة إلى الالتجاء إلى شكل شركة المساهمة، ومن ثم فهي تجعل الشريك في هذه الشركة في مركز يماثل مركز الشريك في شركة المساهمة .

٣- حظر الالتجاء إلى الاكتتاب العام: لا يجوز تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو زيادة رأسمالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، ومن ثم لا يجوز لها إصدار أسهم أو سندات تطرح لاكتتاب الجمهور والهدف من هذا الحظر هو المحافظة على توافر الاعتبار الشخصي بين الشركاء .

٤- عدم قابلية الحصص للتداول بالطرق التجارية: يقسم رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى حصص متساوية القيمة، غير أن هذه الحصص لا يجوز أن تكون ممثلة في صكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية وذلك مراعاة للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركة. ولكن هذه الحصص ليست محبوسة عن التداول كما هو الشأن بالنسبة للحصص في شركات الأشخاص، فالشريك يجوز له أن يتنازل عن حصته لأحد الشركاء أو للغير وفقًا لشروط عقد الشركة .

٥- اسم الشركة: يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تتخذ اسمًا خاصًا مشتقًا من غرضها كما هو الشأن في شركات الأموال، كما يجوز لها أن تتخذ عنوانًا يتضمن اسم شريك أو أكثر كما هو الحال في شركات الأشخاص.

ج – إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة: يدير الشركة مدير أو أكثر من الشركاء أو غيرهم بمقابل أو بغير مقابل، ويعين الشركاء المديرون في عقد الشركة أو في عقد مستقل لمدة معينة أو غير معينة، ويجوز أن ينص عقد الشركة على تكوين مجلس إدارة من المديرين في حالة تعددهم، ويحدد العقد طريقة العمل في هذا المجلس والأغلبية اللازمة لقراراته، وتلتزم الشركة بأعمال المديرين التي تدخل في حدود سلطتهم.

المبحث الثاني
اموال الشركة

لا بد لكل شركة لكي تستطيع مزاولة نشاطها الاقتصادي والتجاري ان يكون لها رأس مال يوفر السيولة في تغطية نفقاتها ويكون ضماناً لدائنيها، لذلك نجد ان المادة (٢٦) من قانون الشركات العراقي لعام ١٩٩٧ نصت على انه (يحدد راس مال الشركة بالدينار العراقي) وبذلك لا يجوز ان يكون راس المال الشركة عملة اجنبية كالدولار او الجنيه او الين....الخ.

وحدد القانون الحد الادنى لراس المال الواجب توافره لجميع انواع الشركات حيث نص المشرع (لايقل الحد الادنى لراس مال الشركات المساهمة عن مليوني دينار ولا يقل الحد الادنى في الشركات المحدودة عن مليون دينار ولا يقل عن خمسمائة الف دينار لبقية الشركات، اما تحديد الحدود العليا لراس المال فتخضع لمعيار الكفاية التي يشترط توافرها في راس المال لمواجهة اغراض الشركة.

وللحديث اكثر عن اموال الشركة وجب علينا تقسيمه الى المطالب الاتية:

المطلب الاول

تقسيم راس المال

يقسم راس المال في الشركات المساهمة والمحدودة الى اسهم، والسهم : عبارة عن ورقة مالية تمثل جزء من راس المال يمكن صاحبها من ممارسة الحقوق التي يمنحها، ويقسم السهم الى عدة انواع:

١-الاسهم الاسمية: تعني ان الاسهم تصدر باسم شخص معين وتسجل باسمه في سجل المساهمين وفي القسائم التي تصدرها الشركة وتتميز الاسهم الاسمية عن الاسهم لحاملها بالمميزات الاتية:

أ- الاسهم الاسمية تمكن الجهات المعنية من معرفة الاشخاص وملكية راس المال من خلال الاطلاع على سجل المساهمين، بينما من غير الممكن معرفة مالكي الاسهم لحاملها لانها تنتقل بالمناولة اليدوية.

ب- لا خشية من ضياع الاسهم الاسمية او سرقتها لانها مسجلة باسم صاحبها ولا يستطيع من يجدها اجراء التصرفات القانونية عليها، بينما تخلق الاسهم لحاملها متاعب عند ضياعها او سرقتها.

ت- يكون انتقال الاسهم الاسمية عادة وفق اجراءات قانونية مما يقلل من حدوث اشكالات وازمات، بينما قد يؤدي انتقال الاسهم لحاملها بغير تروي الى خلق ازمات اقتصادية.

٢-الاسهم النقدية: وهي الاسهم التي يكون المقابل في الحصول عليها النقد ولا يجوز ان يكون المقابل لها عمل او اموال عينية، وهذا هو الاصل الا ان المشرع العراقي اجاز ان يكون المقابل للسهم ممتلكات عينية ملموسة بشروط عدة منها:

أ- ان تقدم هذه الممتلكات من قبل المؤسسين فقط، أي انها لا تقبل من المكتتبين في الاكتتاب التأسيسي.

ب- ان تكون هذه الاموال العينية مدفوعة كاملة ولا يجوز تقسيطها على شكل دفعات.

ت-لا يجوز بيع الاسهم العينية الا بعد مضي سنة على تاسيس الشركة او اذا حققت الشركة ارباحاً لا تقل عن ٥% من راس المال المدفوع.

ث-تقوم الاعيان من قبل لجنة يشكلها المسجل برئاسة قاضي لا يقل صنفه عن الثاني في محكمة البداءة التي تقع الاعيان المطلوب تقويمها ضمن اختصاصها وتتكون اللجنة من اربعة خبراء مختصين في الشؤون الاقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية.

٣-الاسهم متساوية القيمة: حدد القانون قيمة السهم بدينار عراقي واحد ومنع اصدار سهم بقيمة اعلى من ذلك او ادنى منه، وان تحديد قيمة السهم بدينار واحد من شأنه تشجيع صغار المدخرين على المساهمة في تكوين الشركات المساهمة ولكن يخشى من جانب اخر في زيادة السلبية التي يتصف بها صغار المدخرين بسبب ضآلة القيمة الاسمية للسهم.

٤-عدم قابلية السهم للتجزئة: لا يمكن تقسيم السهم الى اجزاء بحيث يمكن التصرف به بالبيع او الرهن ويكون لها جزءً من الحقوق الممنوحة للسهم كاملاً، الا انه قد يشترك اكثر من شخص في ملكية السهم على سبيل الشيوع وفي هذه الحالة يجب ان يمثل الجميع امام الشركة شخص واحد.

المطلب الثاني

تكوين رأس مال الشركة المساهمة

نظراً للدور الكبير الذي تؤديه الشركة المساهمة في عملية التطور الاقتصادي ولحجم المشاريع التي قد تناط بها وحجم راس المال الموظف لنشاطها ولمنع هيمنة قلة من الافراد المؤسسين على راس المال وبالتالي على الشركة، فقد الزم المشرع اجراء اكتتاب عام لغرض تكوين رأس المال.

ومنع القانون الاكتتاب المغلق او الفوري الذي يجري بين المؤسسين فقط والزم بان يكون الاكتتاب عاماً يعرض على الجمهور مباشرةً، كما حدد المشرع عدد الاسهم التي يحق للمؤسسين اقتنائها فبين ان لا تقل تلك النسبة عن ٣٠% ولا تزيد عن ٥٥% من راس مالها الاسمي وان لا تقل نسبة القطاع الحكومي عن ٢٥% هذا في الشركات المساهمة المختلطة.

اما الشركات المساهمة الخاصة فيساهم مؤسسو الشركة بنسبة لا تقل عن ٢٠% من راس مالها الاسمي.

والاكتتاب: **هو عملية قانونية يقوم المكتتب بموجبها بشراء عدد من اسهم الشركة المعروضة ضمن الشروط التي يتضمنها بيان الاكتتاب**، واختلف الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية للاكتاب فمنهم من ذهب الى انه ارادة منفردة التزم بها المكتتب تجاه الشركة بمجرد شراءه الاسهم، واخرون قالوا بانه عبارة عن التقاء ارادتين بمعنى انه عقد بين المكتتب والمؤسس.

ولاهمية الاكتتاب ينبغي معرفة فقرات كثيرة من الاكتتاب وذلك وفقاً للنقاط الرئيسية الاتية:

١-نشر بيان الاكتتاب: بعد ان يكتتب المؤسسون وفق النسب التي ذكرت تطرح الاسهم المتبقية على الجمهور خلال (٣٠) يوماً من تاريخ الموافقة على تاسيس الشركة، ويقوم المؤسسون بنشر بيان في نشرة المسجل وفي صحيفتين يوميتين في الاقل يتضمن البيان المعلومات الاتية:

- نص عقد الشركة.
- عدد الاسهم المطروحة للاكتتاب .
- قيمة السهم الواحد.
- الحدين الادنى والاعلى لعدد الاسهم التي يجوز الاكتتاب بها.
- مكان الاكتتاب ومدته.
- نفقات تأسيس الشركة.
- العقود والاتفاقات التي التزم بها المؤسسون لمصلحة الشركة.
- اية معلومات اخرى يضيفها المؤسسون.

٢ - الاكتتاب لدى مصرف: يجب ان تجري عملية الاكتتاب في احد المصارف العراقية حفاظاً على اموال المكتتبين، حيث يعيدها المصرف الى اصحابها في حالة فشل الاكتتاب، كما يلزم باعادة الفائض الى المكتتبين وتجري عملية الاكتتاب بموجب استمارة مطبوعة تحمل اسم الشركة وتتضمن المعلومات الاتية:

- طلب الاكتتاب بعدد معين من الاسهم.
- قبول المكتتب لعقد الشركة.

- اسم المكتتب وعنوانه ومهنته وجنسيته.

ويوقع المكتتب على هذه الاستمارة وتسليمها الى المصرف الذي يجري لديه الاكتتاب.

٣-مدة الاكتتاب: يجب ان يبقى الاكتتاب مفتوحاً امام الجمهور مدة لا تقل عن (٣٠) يوماً ولا تزيد على (٦٠) يوماً من تاريخ الاعلان عنه، واذا لم يصل المكتتب به الى الحد الادنى لاعتباره ناجحاً تمدد المدة بما لا يزيد على (٦٠) يوماً ويعيد المسجل نشر بيان الاكتتاب مع الاعلان عن التمديد كما مذكور في (١) اعلاه.

٤-نجاح الاكتتاب او فشله: يشترط القانون لاعتبار الاكتتاب ناجحاً ان يكون مجموع المكتتب به (المؤسسين مع الجمهور) لا يقل عن ٧٥% من راس المال الاسمي فاذا لم يصل الى هذه النسبة رغم تمديده وجب على المسجل تخفيض راس المال بحيث يصبح المكتتب به يساوي ٧٥% من قيمته الاسمية بشرط موافقة المسجل على التخفيض وان لا ينخفض عن الحدود الدنيا التي بينها المشرع لراس مال جميع الشركات.

الفصل السادس

الأوراق 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 ٣٠ لسنة ١٩٨٤النافذ، وذلك بالباب الثالث منه . فخصص الفصل الأول منه لأحكام الحوالة التجارية (السفتجة) وفي الفصل الثاني منه للسند للأمر (الكمبيالة) وفي الفصل الثالث منه للشيك (الصك)، وسنخصص هذه المحاضرة للتعرف الى هذه الأوراق عبر ثلاث مباحث وكالاتي:

المبحث الأول

التعريف بالأوراق التجارية ووظائفها

انطلاقاً من أهمية الأوراق التجارية نجد أن المشرع العراقي وضع تعريفا خاصاً لها وذلك بالمادة (٣٩) من قانون التجارة العراقي النافذ والتي نصت على أنه **(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)**. ومع أن وضع التعاريف يعد من مهام الفقه ولا يدخل في اختصاص المشرع غير أن إيراد المشرع تعريفا لهذه الأوراق نابع من أهمية هذه الأوراق ومن رغبة المشرع في حصر الاوراق التجارية في الحوالة التجارية والسند للأمر والصك وتمييزها عن غيرها من الأوراق ومن ثم استبعاد الاوراق التي لا يكون موضوعها دفع مبلغ معين من النقود يدفع من قبل الملتزم بموجب السند في أجل معين أو عند الاطلاع .

وعرفت ايضاً بانها الورقة التجارية **(هي محرر مكتوب قابل للتداول بالطرق التجارية (التظهير أو التسليم)و يمثل حق موضوعه مبلغ من النقود مستحق الوفاء به بمجرد الاطلاع أو في اجل معين و يجري العرف على قبوله كأداة للوفاء بدلا من النقود)**.

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

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

٢- أن يتضمن السند حق يتمثل بمبلغ من النقود وأن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة وغير معلق على شرط .

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

عند توافر هذه الصفات يعتبر السند الذي استوفى الشكل المطلوب قانونا ورقة تجارية. تسري عليه أحكام قانون الصرف وهذا المصطلح يطلق على القواعد المنصوص عليها في قانون التجارة والخاصة بانشاء الورقة التجارية وقبولها وتحويلها وضمانها و الإجراءات الواجب إتباعها في حال الامتناع عن الوفاء وكذلك الأحكام الخاصة بالدفوع والتقادم ، وتلك القواعد في مجموعها ترمي الى تسهيل قيام الورقة التجارية بوظائفها على وجه السرعة .

وظائف الأوراق التجارية: للورقة التجارية وظائف عدة ، فهي أداة لنقل النقود ، وأداة ائتمان، وأداة وفاء وسنبين هذه الوظائف تباعاً

١ – **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.

وإذا كانت الورقة ما زالت تقوم بهذه الوظيفة، الا أن دورها بهذا الشأن قد تراجع بفعل عوامل عدة منها ظهور النقود الورقية بديلا عن النقود المعدنية التي كانت معروفة في السابق، وظهور أنظمة للوفاء في المعاملات التجارية كالاعتماد المستندي الذي يمثل أهم وسائل الوفاء في معاملات التجارة الدولية . فضلا عن التطور الحاصل في مجال الحاسب الآلي الذي أدى لظهور وسائل للدفع تغني عن حمل النقود كبطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع .

ثانياً : أداة ائتمان: من المعروف أن قواعد القانون التجاري تقوم على دعامتين أساسيتين هما السرعة والائتمان .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 . وهنا تلعب الورقة التجارية دورا مهما في تيسير الحصول على الإئتمان، إذ يمكن للتاجر أن يحرر حوالة تجارية أو سنداً لأمر تستحق في أجل معين فيتمكن من الحصول على البضاعة أو الخدمة . وبالمقابل يكون المستفيد مطمئناً في الحصول على قيمة الورقة التجارية بفعل الضمانات المقررة للورقة المذكورة.

وإذا كانت الحوالة التجارية (السفتجة) والسند للأمر (الكمبيالة) تمثلان أداة ائتمان إلا أن الصك لا يعد كذلك لأنه ورقة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع.

ثالثاً : 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 .

المبحث الثاني

أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون الصرف

ذكرنا أن قانون الصرف يراد به مجموعة القواعد الواردة بقانون التجارة والخاصة بتنظيم أحكام الأوراق التجارية وهذه القواعد تقوم على مبادئ تهدف لتسهيل قيام الورقة التجارية بوظائفها كما أنها تعطي للورقة قوة انشاء الحق الذي تتضمنه :

أولا : الشكلية : نصت القواعد القانونية المتعلقة بالأوراق التجارية على شكل معين لكل ورقة، وذلك بما أوجبته من ذكر بعض البيانات الإلزامية في متن الورقة التجارية. فإذا انتقص أحد تلك البيانات يفقد السند صفة الورقة التجارية ويعتبر سندا عاديا تسري عليه

القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني. أما اذا استوفى السند الشكل المقرر أصبح ورقة تجارية والحق الذي تتضمنه هذه الورقة يستمد وجوده من الورقة نفسها. وعلى هذا الأساس جرت التفرقة بين الحق الناشئ من الورقة التجارية والحق الناشئ من العلاقات التي بسببها حررت الورقة التجارية ومن هذه التفرقة نشأت قاعدة التطهير من الدفوع .كما سيأتي بيانها .

ثانياً : مبدأ استقلال التواقيع : هذا المبدأ يعني أن كل شخص وضع توقيعه على الورقة التجارية يكون ملتزما بوفاء قيمتها متى امتنع المدين الأصلي عن ذلك والتزام كل موقع على الورقة يعتبر مستقلا عن باقي الموقعين . فإذا كان أحد التواقيع باطلا بسبب نقص أو انعدام أهلية الموقع فإن هذا العيب لا يمكن أن يستفيد منه الموقعون الآخرون .

ثالثاً : مبدأ التشدد على المدين للوفاء بقيمة الورقة التجارية: تقوم قواعد القانون التجاري على عدم التسامح في وجوب وفاء المدين لقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها، فالحامل يجب أن يطالب بالوفاء يوم الاستحقاق، ولم يجز القانون اعطاء مهلة للوفاء لصالح المدين بعد تاريخ الاستحقاق. وجعل سريان الفوائد عند امتناعه عن الوفاء تسري من تاريخ المطالبة وليس من تاريخ عمل الاحتجاج الذي ينظمه الحامل .

المبحث الثالث

التمييز بين الأوراق التجارية والأوراق الاخرى

الى جانب الاوراق التجارية توجد في التعامل التجاري أوراق اخرى تؤدي وظائف مماثلة أو مقاربة لوظائفها كالأوراق المالية النقدية مما يقتضي التمييز بينها في الآتي:

أولاً : تمييز الأوراق التجارية عن الأوراق المالية: تتمثل الأوراق المالية بالأسهم والسندات التي تصدرها الشركات المساهمة والتي تمثل حقوقا لأصحابها تجاه الجهة التي أصدرتها وهي تصدر بمجوعات ذات أرقام متسلسلة تمنح أصحابها حقوق متساوية .

ومع أن محل الأوراق المالية يتمثل بمبلغ من النقود يذكر في متن الورقة وتكون قابلة للتداول شأنها شأن الأوراق التجارية إلا أنه توجد بينهما فروقا جوهريا تميز بينهما.

فمن جهة تمثل الأوراق التجارية مبلغا من النقود مستحق الدفع في أجل قصير في حين تعد الأوراق المالية استثمارات طويلة الأجل نسبيا . كما أن الأوراق التجارية قابلة للخصم لدى المصارف بأداء قيمتها قبل حلول ميعاد استحقاقها مقابل عمولة محددة لما تتسم به من ثبات قيمتها فضلا عن أن ميعاد استحقاقها قابلا للتعيين دائما خلافا للأوراق المالية فهي غير قابلة للخصم نظرا لتقلب قيمتها تبعا للمركز المالي للجهة المصدرة لها وكذلك لعدم ثبات ميعاد استحقاقها

والى جانب ذلك تتميز الأوراق التجارية بوفرة الضمانات المقررة للمتعاملين بها فكل موقع عليها يكون ضامنا للوفاء بقيمتها تجاه عاملها سواء كان ساحب أو مظهر أو ضامن احتياطي بخلاف الاوراق المالية فلا يضمن المتعامل بها ملاءة الجهة التي أصدرتها .

<u>ثانيا : تمييز الأوراق التجارية عن الأوراق النقدية:</u> تمثل الورقة النقدية مبلغ معين من النقود يتم تداولها عن طريق المناولة فهي تمثل حق مالي شأنها شأن الوراق التجارية ومع ذلك فهي تختلف عنها من عدة وجوه. فالورقة النقدية تصدر من البنك المركزي بموجب القانون بخلاف الورقة التجارية التي تصدر بدورها من أشخاص القانون العام والخاص بصدد ممارسة نشاطهم التجاري، ويتفرع عن ذلك أن الافراد ملزمين بقبول التعامل بالأوراق النقدية بحكم القانون كونها صادرة من جهة عامة تضمن الوفاء بقيمتها ولا محل لهذا الالتزام بالنسبة للأوراق التجارية فالأفراد يمكنهم رفض التعامل بها بديلا عن النقود. كما أن الوراق التجارية تعد سندات ذات أجل قصير لذا فهي تخضع للتقادم بخلاف الوراق النقدية فهي لا تحمل أي أجل لاقتضاء قيمتها لذا فإن الحق الثابت فيها لا يتقادم ولا يبطل التعامل بها الا بقانون ومن جهة اخرى تتميز الأوراق التجارية عن النقدية

بجواز اشتراط الفائدة على المبلغ الذي تتضمنه وفقا لأحكام القانون بخلاف الأوراق النقدية فلا يمكن اشتراط الفائدة فيها .

المبحث الرابع

أنواع الأوراق التجارية

لقد نص القانون التجاري على أنواع الأوراق التجارية وقسمها الى الانواع الاتية:

اولاً: السفتجة: هي محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون تتضمن أمراً صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بان يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد مبلغا معينا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، وتعتبر السفتجة أهم الأوراق التجارية لأنها تتضمن جميع العمليات التي يدور حولها قانون الصرف و تفترض السفتجة ثلاثة أشخاص:

- الساحب: وهو من يحرر الورقة و يصدر الأمر التي تتضمنه.
- المسحوب عليه: وهو من يصدر إليه الأمر.
- المستفيد: وهو من يصدر الأمر لصالحه

وتفترض السفتجة وجود علاقات سابقة على إنشائها بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة وتعتبر تجارياً بحسب الشكل طبقا للمادة ٣٠ ق.ت التي تنص "يعد عملا تجاريا بحسب شكله، التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص" فاستنادا إلى هذا النص يعتبر التزام كل شخص وقع على السفتجة عملا تجاريا مطلقا سواء كان هذا الشخص تاجرا أو غير تاجر وسواء تعلق تحرير السفتجة أو تحويلها بعملية تجارية أو عملية مدنية .

ثانياً: السند لأمر: هو محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون يتضمن تعهد من رف محرره بدفع مبلغ معين بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين

لأمر شخص آخر هو المستفيد، ويختلف السند لأمر عن السفتجة من حيث الشكل إذ السفتجة تفترض وجود ثلاثة أشخاص عند تحريرها بينما السند لأمر لا يتضمن عند إنشائه إلا شخصين هما المحرر والمستفيد ويستند هو الآخر إلى علاقة سابقة بين هذين الشخصين يصبح فيها المحرر مدينا للمستفيد فنشا لأمره سندا يتعهد فيه بدفع قيمة الدين في تاريخ معين، كما يختلف السند لأمر عن السفتجة من حيث طبيعة الالتزام الثابت في كل منهما إذ يعتبر الالتزام على السفتجة عملا تجاريا مطلقا، أما الالتزام على السند لأمر فلا يون عملا تجاريا إلا إذا كان محرر السند تاجرا أو صدر السند بمناسبة عملية تجارية.

ثالثاً: الشيك : هو محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية ذكرها القانون ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه الذي غالبا ما يكون بنكاً، بان يدفع لشخص ثالث هو المستفيد أو لحامله إذا كان الشيك للحامل مبلغا معينا بمجرد الاطلاع على الشيك.

ويختلف الشيك عن السفتجة في كونه دائما مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع لأنه أداة وفاء فحسب ولا يقوم بوظيفة الائتمان كما لا يعد عملا تجاريا إلا إذا حرر بمناسبة عمل تجاري أو وفاء لدين من بيعة تجارية و سواء قام بتحريره تاجر أو غير تاجر غير انه إذا قام بتحريره تاجر قامت قرينة على أن الشيك يتعلق بشؤون تجارية و من ثم يعد عملا تجاريا غير أن هذه يمكن دحضها بجميع وسائل الإثبات .