القصد التجاري " دراسة معمقة لتحديد ماهية العمل التجاري ".

Commercial intent An in-depth study to determine what a business is.

بحث مقدم من قبل
المدرس الدكتور احمد صبري كاظم عبد السعدي
جامعة وارث الانبياء (ع) / كلية القانون

الخلاصــة.
ان تحديد الضابطة التي بموجبها يتحدد العمل التجاري من المسائل التي كانت وما تزال تشكل سجالا فقهيا وقانونيا واسعا ، لذلك لم تسر اغلب التشريعات على معيار ثابت في تحديد ما يعد تجاريا من عدمه ، اذ تتجه بعض التشريعات الى ايراد بعض الاعمال على سبيل المثال، في حين يذهب البعض الاخر منها الى تحديد الاعمال التي تعد تجارية على سبيل الحصر ، فضلا عن اختلاف رؤى فقهاء القانون التجاري في وضع ضابطة محددة ، وهذا الوضع ادى الى غموض النطاق الموضوعي للقانون التجاري ، والحال يستلزم ان نكون امام معيار منضبط يقاس به العمل الذي يعد تجاريا .
الكلمات المفتاحية : القصد ، التجاري ، العمل.

Abstract.
Determining the control under which the commercial work is determined is one of the issues that were and still constitute a wide jurisprudential and legal debate, so most of the legislations did not follow a fixed standard in determining what is considered commercial or not, as some legislations tend to revenue some business, for example, while it goes Some of them refer to the definition of businesses that are considered commercial exclusively, in addition to the different views of commercial law jurists in setting a specific control, and this situation has led to ambiguity of the objective scope of commercial law, and the situation requires that we be in front of a disciplined standard by which to measure the work that is considered commercial.

Key words : commercial, intent, business.

المقدمة.

أولًا- موضوع البحث :

ان التطور الذي اكتنف القانون التجاري جعل منه قانونا شخصيا وموضوعيا في آن واحد ، فهو يعنى بتنظيم الاعمال التجارية و الاشخاص الذين يحترفونها ، فقد شاعت الكثير من الاعمال التي تزاول في بيئة التجار ،وعرفت حينئذ اعمال تجارية بطبيعتها واعمال تجارية حسب شكلها واعمال تجارية بالتبعية ، بيد ان التطور المتلاحق للتجارة يؤدي بطبيعة الحال الى عدم الاقتصار على ما عُرِف من اعمال تجارية يعنى القانون بتنظيمها وتدخل في نطاقه الموضوعي ، اذ لابد من سريانه على اعمال تشترك في الصفة والغاية مع الكثير من الاعمال التي عدت تجارية ، بيد ان تحديد الضابطة التي يقاس بها العمل ومن ثم تحديد نظامه القانوني لم يكن من السهل معرفته ، ومن ثم يلقى على القضاء عبء تحديد المعيار الذي يقاس به العمل التجاري ومن ثم تحديد النطاق الموضوعي للقانون التجاري .

واذا نظرنا الى تلك المهمة نجد ان تحديد ما يعد تجاريا من عدمه يشكل عبئا كبيرا ، فقد لا يتيسر له الوقوف على ماهية الاعمال التجارية وما يترتب على تحديدها من ركونها الى نظام قانوني قائم على السرعة .

ثانيًا – اهمية البحث :

إن تحديد المعيار الذي بموجبه يتحدد العمل التجاري ، يعد من اهم المسائل التي شغلت الفكر القانوني ، فأمام صعوبة وضع تعريف محدد للعمل التجاري ، ادى الى تبني نظريات كل منها تفسر العمل التجاري من وجهة نظر مختلفة ، ومن ثم عدم الاستقرار على معيار موحد لما يعد تجاريا من عدمه ، فمعرفة العمل التجاري على وجه التحديد يعني بالضرورة تحديد نطاق القانون التجاري ، لذلك تبرز اهمية البحث في وضع ضابطة او معيار قانوني يتحدد بموجبه العمل التجاري يترتب عليه بالضرورة تحديد النطاق الموضوعي للقانون التجاري ، والذي اصبح رهينة آراء فقهية .

ثالثا – اشكالية البحث :

ان اغلب التشريعات التجارة لم تضع معيارا لتحديد العمل التجاري ، فقد اكتفت بتعداد الكثير من الاعمال على سبيل المثال ، بيد ان المشرع العراقي في قانون التجارة انفرد بنهج مغاير لما سلكته تلك التشريعات ، اذ جعل العمل مرتبطا بمرتكز غير مادي ، وهو القصد التجاري ، فما هو المراد به ؟ ، وهل ان الاعمال التجارية المحددة من قبل المشرع متوقفة عليه ام انها تجارية بطبيعتها ؟ ، واذا كانت كذلك فهل ان تحديد القصد التجاري كمعيار منضبط يترتب عليه اضافة اعمال اخرى ام ان المشرع اكتفى بما تم سرده من اعمال تجارية ؟ ، واذا قلنا بان جميع الاعمال التي سردها المشرع متوقفة عليه من حيث صفتها ، فما هو الضابط الذي يتحدد به القصد التجاري الذي بموجبه يتحدد العمل التجاري ؟ ، كل هذه التساؤلات تمثل اشكاليات قانونية سنحاول ان نجيب عنها في طيات البحث .

رابعا – منهجية البحث :

سنعتمد في دراستنا المنهج التحليلي لنصوص قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام1984، ومن ثم سنحاول اعطاء مفهوم قانوني للقصد التجاري ، وتبيان معالمه من خلال تمييزه عن غيره ، فضلا عن تحديد ضوابطه ، ومن ثم امكانية الخروج به كمعيار منضبط يقاس به العمل التجاري .

خامسا – هيكلية البحث :

للوقوف على القصد التجاري ، استلزم الحال تقسيم الدراسة على ثلاثة مباحث ، تطرقنا في الاول الى ماهية القصد التجاري ، في حين بينا في الثاني نتائج ومبررات القصد التجاري ، اما الثالث فقد خصص لتبيان ضوابط تحديد القصد التجاري ، ثم ختمنا بحثنا بخاتمة سجلنا فيها اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وما نراه من مقترحات .

المبحث الاول/ ماهية القصد التجاري .

إن المشرع التجاري كان قد جعل العمل بما هو تجاري ، ومرتبط بمرتكز غير مادي، بل معلقا عليه اسباغ الصفة التجارية ، وهو القصد ، فما المراد به وما هو الضابط الذي يقاس به القصد ، هذا الحال جعل التذبذب في تبيان المراد بماهية العمل التجاري . ومتى يكون كذلك ، فالوقوف على ماهية القصد ،

يحتاج الى تبيانه واجلاء الغموض الذي اصبح العقبة الكبيرة امام الفقه لمعرفة الضابطة الحاكمة في تحديد النطاق القانوني للقانون التجاري من حيث الموضوع ، وعلى ذلك سنتطرق الى ماهية القصد التجاري وذلك في مطلبين نبين في الاول تعريف القصد التجاري ، في حين نتناول في الثاني تمييزه عما يلابسه من انظمة قانونية.

المطلب الاول / التعريف بالقصد التجاري .

اولا – القصد لغة : من الفعل الثلاثي قصد ، اذ يقال قصد يقصد قصدا فهو قاصد ، والمفعول مقصود - للمتعدي – [1] ، وقد يقال ان القصد هو الاعتدال او الارادة والاختيار ، أي التعمد [2] . والقصد يراد به ايضا الاستقامة اذ يقال طريق قصد أي سهل مستقيم او يراد به الاتجاه كقول هو قصدك أي اتجاهك وله معنى القليل كقول اعطاه قصدا أي قليلا [3] .

ثانيا – اما القصد اصطلاحا : ففيه من الضبابية تجعل عدم معرفة المراد منه على النحو السليم، لكن يثار تساؤل هل ان القصد التجاري هو الغرض المباشر من ممارسة العمل ، ام انه الغرض غير المباشر أي الباعث الدافع لإبرام العمل ، ام يراد به معنى اخر ؟.

ان المشرع العراقي في المادة الخامسة من قانون التجارة رقم (30) لعام 1984 والتي نصت على انه ((تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح ...)) ، قد جعل في مستهل حديثه عن تعداد الاعمال التجارية ، ضابطا لماهيتها ، محكومة به دون اعطاء تعريف له. وهذا التوجه لم تأخذ به اغلب القوانين [4] .بالرجوع لمؤلفات فقه العمل التجاري نجد انهم لم يأتوا بتبيان للقصد التجاري ، إذ لم يتطرق الى الاذهان ماهية القصد المحدد للعمل ، والذي بوجوده تتعين تجاريته ، فأمام هذا الحال طرح الفقه ضوابط يتحدد على اساسها العمل التجاري [5] ، وليس في ذلك تبياناً لماهية القصد التجاري ، فمن هذه الضوابط نظرية المضاربة و الحرفة والمشروع والتداول والسبب ، والحق ان كل ما قدم من ضوابط لتمييز العمل التجاري ، لم تعط صورة واضحة لماهية العمل التجاري فضلا عن القصد التجاري ، فهي محاولات قيمة في سبيل تحديد نطاق القانون التجاري ليس الا . وكيف كان يثار تساؤل ، ما هو المراد بالقصد التجاري (قصد الربح) في المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي؟ .

يذهب رأي في الفقه الى ان المشرع العراقي قد اخذ بنظرية المضاربة ، الا انه لم يُهمل النظريات الاخرى كضابط محدد لماهية العمل التجاري [6] ، فهذا الرأي يجعل من نظرية المضاربة هي المراد بالقصد التجاري (قصد الربح) في المادة الخامسة من قانون التجارة .لكن مما يؤخذ على هذا الرأي ان نظرية المضاربة هي المظهر الخارجي للتجارة او لمن يمارس عملا تجاريا ، فضلا عن ذلك فقد فات هذا الرأي مسألة هي ان المشرع في المادة الخامسة قد افترض القصد في الاعمال جميعا ، إذ لو سلمنا جدلا بان قصد الربح المراد في المادة الخامسة من قانون التجارة هو المضاربة معنى ذلك ان المشرع استبعد النظريات الاخرى ، في حين ان الرأي الفقهي المتقدم قال بشمول المشرع للنظريات ككل . في حين يذهب رأي آخر الى ان مفهوم مضاربة يراد به قصد الربح ، ذلك ان " العمل التجاري هو كل عمل يهدف الى تحقيق الربح عن طريق المضاربة " [7] . بيد ان هذا المفهوم لا يمكن التسليم به ابتداءً اذا ما عرض على ميزان قانون التجارة العراقي ، فليس كل عمل بقصد الربح هو عملا تجاريا ، كعمل المزارع تارة ، وليس كل عمل لم يقصد من ورائه تحقيق ربح هو عمل مدني تارة اخرى ، كالتعامل بالأوراق التجارية ، فضلا عن ذلك ، ان المراد بقصد الربح حسب تقديرنا يشتمل على مسألتين ، الاولى باطنة هي القصد ، والثانية ذات شكل مادي تتمثل بتحقيق الربح او المضاربة عليه ، فهذه الاخيرة هي الشكل الظاهر للمضارب ، ولا تكفي لوحدها كأساس لتبيان مفهوم كلي للقصد التجاري . ولتجلي الحقيقة الكاملة يحتاج الحال الى تبيان المفهومين ، القصد والربح ، على اساس من ان المشرع قد جعل العمل متوقفا على قصد الربح في المادة الخامسة ، فاستعماله لأداة الشرط – اذا – يفيد التقييد هنا ، وعلى ذلك سنبين المفهومين .

فبالنسبة للقصد نقول هو النية أي العزم على الاتيان بعمل معين يكون نابعا من الارادة ذاتها. بمعنى ان المراد به هو اتجاه الارادة الباطنة الى احداث اثر قانوني ، يمكن التعرف على ماهيتها بارتباطها ببعض المظاهر الخارجية ، اذ ان فكرة الباعث الدافع كإحدى النظريتين اللتين تنازعان فكرة السبب ليس لها حسب تقديرنا وجودا مستقلا ، فهي انما تختلط بركن الرضا أي بالإرادة الباطنة ومن ثم تتجه هذه الاخيرة

الى احداث اثر عن طريق التعبير عنها بالإرادة الظاهرة . اما المراد بالربح المشار اليه في نص المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ، فله معنيان، تارة معنى اقتصادي ويراد به " العائد من المخاطرة او الابتكار او الاحتكار " [8]، وتارة معنى محاسبي يراد به " الفرق بين الايراد الكلي للسلعة والتكاليف الكلية " [9] ، فهذه التعاريف ذات مدلول واحد هو الزيادة الإيجابية على رأس المال . فيتحصل لدينا بالجمع الدلالي ، لكل من القصد والربح بانه اتجاه الإرادة الى تحصيل زيادة في رأس المال . بيد ان المراد من قصد الربح بما تقدم ليس بما هو قصد ، أي باعتباره باعثا على التعاقد ، بل حسب تقديرنا ان المراد به يستبطن فكرتين ، الاولى تتمثل بالعزم على الاتيان به ، اما الثانية انه يستبطن فكرة التوسط بين المنتج والمستهلك . وهذا المدلول الجمعي يرتب نتائج غير منطقية وقع المشرع بها ، سنبينها في محلها .على ما تقدم نقول ان القصد التجاري المراد بالمدلول الظاهر من ترابط نص المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ، هو ((اتجاه الارادة الى تحصيل زيادة في رأس المال سواءً بتوسط او تحويل او تداول)) ، فمن جانب ان الشكل الظاهر على مدلول القصد هو التوسط او التحويل او التداول ، في حين ان الشكل الباطن هو انصراف الإرادة الى تحقيق زيادة في راس المال بمزاولة الاعمال التي شاعت تجاريتها او من الممكن مزاولتها لتحصيل النماء بطريق القياس اذا كان ذلك ممكناً للتشابه في الغاية او الصفة .بمعنى ان المشرع لم يجعل القصد كمعيار محدد لماهية العمل التجاري منحصر بماهية النفس الانسانية ، أي ان تحديد العمل التجاري لا يخضع برمته لماهية القصد الانساني ، وبالمفهوم المخالف لذلك لأصبح العمل متوقف على رغبات الانسان وميوله ، ولأهدر في سبيل ذلك كل المحاولات الفقهية او القانونية في وضع ضوابط على اساسها يتحدد العمل التجاري ، وهذا ما يأبناه المشرع بل لم يرده في وضع هذا المعيار من باب اولى ، وانما قصد حسب تقديرنا ان تتجه الارادة الباطنة الى الظهور بمظهر تجاري بالمنظور القانوني ، بمعنى ان تحديد العمل لا يترك للإرادة وحدها ، بل يتدخل المشرع ويحل ارادته محل ارادة الاشخاص في تبيان ما يعد تجاريا من عدمه ، فيجعل اتجاه الارادة مقيدا بتصرفات يرى المشرع انها محلا للربح الاقتصادي او شاعت كعرف بين طائفة معينة وهم التجار ، او من الممكن عدها تجارية لاشتراكها في الغاية او النتيجة من باب القياس ، واستبعاد ما يراه غير تجاري كالأعمال التجارية بالتبعية وإن اتجهت اليها الارادة [10] ، هذا ويتحصل لدينا امراً في غاية الاهمية عند تحديدنا لروح نص المادة الخامسة ، يتمثل بإخراج الكثير من الاعمال التي يقصد من ورائها تحقيق ربحا ولم يُردها المشرع ، فهذا التبيان لماهية القصد التجاري اصبح هو المائز بين الاعمال التي تكون مقصودة لذاتها مع غاية تحقيق الربح ، وبين الاعمال التي لا تقصد لذاتها بل لغيرها ، كالتعامل بالأوراق التجارية المستثناة بالمادة السادسة من قانون التجارة العراقي والخارجة على اصل الربح المراد بالمادة الخامسة منه ، فنكون عندئذ امام عملا تجاريا . بمعنى لو سقط عنصر المضاربة او التوسط او التداول على الثمن فيكون ذلك كافيا لكشف المراد بالتجارية ، ولأخرج السعي لتغليب عنصر العمل لتحقيق مردوا ايجابيا من المفهوم التجاري، فيكون بذلك العمل الحرفي والمدني خارج تخصصا من نطاق القانون التجاري [11] .

المطلب الثاني / تمييز القصد التجاري عما يلابسه من انظمة قانونية.

قد يتبادر لأول وهلة ان القصد التجاري هو السبب القصدي او ينسبق الى الذهن انه الباعث الدافع الى التعاقد . لذلك وجب الحال تبيان المائز بين هذه الانظمة والقصد الذي عناه المشرع التجاري ، وكلا في فقرة مستقلة .

اولا – تمييز القصد التجاري عن السبب القصدي .

ان المراد بالسبب القصدي هو " الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه " [12] ، فالسبب بهذا المعنى هو الغاية التي يورمها الملتزم ، فهو ثابت في العقود ولا يتغير بتغير الدوافع ، ومن ثم يشترط فيه ان يكون موجودا وصحيحا ومشروعا ، طبقا للنظرية التقليدية. بمعنى ان سبب التزام احد اطراف التعاقد هو سبب التزام المتعاقد الاخر [13] . لو افترضنا ان الغرض المباشر هو الحصول على الربح من جراء أي عمل ، بمعنى الزيادة الايجابية في رأس المال ، فهذا الحال هو قاسم مشترك بين العمل التجاري والمدني او النشاط الانساني بشكل عام ، فقد تكون بعض الاعمال بقصد الربح ولا تكون تجارية كما مثلها البعض بحالة الموظف [14] ، فسبب التزام الاطراف المتعاقدة ليس بالضرورة الحصول

على الربح دائما ، وليس ممارسة الاعمال التي شاعت بين طائفة معينة .واذا كان الحال هكذا ، بان الغرض المباشر هو الحصول على الربح دون معيار لماهية العمل ، لا يصلح بطبيعة الحال لاعتباره معيارا منضبطا يقاس به العمل التجاري . لسبب ان الحصول على الربح كان مقصودا من قبل المشرع لغيره ، وليس للفقه او القضاء مناصا لاستخلاص ذلك التوجه من خلال التحليل المنطقي لماهية كل عمل ، لان وضع ضابط قانوني لماهيتها ، يحول دون امكان افتراض الربح من عدمه بالنسبة للمشرع في التعداد الحاصل من قبله . فضلا عن ان الغرض المباشر منتقد في تبيان ماهية السبب اصلا ، على اعتبار ان القول بان الغرض المباشر هو السبب في الالتزامات المتقابلة أي ان سبب التزام احد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الاخر غير صحيح ، اذ يذهب رأي في الفقه الى ان هذا يعني الاستحالة المنطقية ، فالتزامات الاطراف انما تتحقق في آن واحد ، فضلا عن انها غير ذي فائدة ، لان فكرة الارتباط بين الالتزامات العقدية تغني عنه [15]. فالبحث يرتكز في القصد من وراء الالتزام وليس الالتزام بذاته وشتان ما بين الاثنين . فضلا عن ذلك ، مما يتميز به الغرض المباشر انه من السهل تحديده وكشفه عند التعاقد[16] ، فكيف يتم ذلك في بعض الاعمال التي تعد تجارية رغم عدم امكانية معرفة الغرض المباشر منها لأول وهلة ، كتقديم سلعة او خدمة بشكل مجاني دون أي مقابل لها ، والتي يسعى القائم بها الى تحقيق ربح آجل ، ويورد لها البعض امثلة كما في " نقل شخصيات عامة على سبيل الدعاية لمشروع نقل او نقل اثاث منزل احد عملاء الناقل المعتادين على سبيل المجاملة او هبة سلعة مما يتم الاتجار فيها حفاظا على اواصر العلاقة بين العملاء في مناسبات خاصة " [17] ، ففي هذه الفروض لا يمكن التعرف بشكل دقيق على القصد من وراء القيام بها اذا قلنا ان القصد هو الغرض المباشر . ونحن نحتاج الى معيار منضبط لتحديد العمل . لذلك وحسب تقديرنا نجد ان القصد التجاري ليس هو الغرض المباشر او الغاية القريبة التي يرمي المتعاقد الوصول اليها من وراء التزامه .

ثانيا – تمييز القصد التجاري عن الباعث الدافع .

يراد بالباعث الدافع هو " الغرض البعيد او غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد"[18]. فالباعث بهذا الوصف نظرية حديثة للسبب ، انشأها القضاء الفرنسي ، مدلولها ان الباعث امر نفسي يختلف باختلاف شخص المتعاقد ، فيتميز بعدم ثباته ، و يتغير تبعا لذلك في العقود كافة، فضلا عن كونه عنصرا خارجيا وليس ذاتيا في العقد ، نابعا من الإرادة الباطنة للشخص [19].

بيد انه يثار تساؤل في هذا الصدد، هو هل ان القصد التجاري هو الباعث ؟ .

يذهب رأي الى ان القصد هو شرط معنوي لماهية العمل التجاري ، أي انه لابد من توافر قصد خاص هو الحصول على الربح وان لم يتم [20] ، بمعنى ان تحقق الصفة التجارية متوقفة على الباعث الدافع ، بل ضرورته تجعل من العمل عملا تجاريا [21] ، بيد ان هذا الرأي محل نظر، فإذا كان من الثابت ان الباعث الدافع مما يخالج النفس الانسانية، والذي يتميز بعدم ثباته وتغيره ، إذ كيف يمكن التسليم به وجعل العمل التجاري محكوما به ، ولو سلمنا جدلا بهذا الرأي لكنا امام مرتكز غير مادي ، فضلا عن عدم معرفة الضابط الدقيق المميز للعمل التجاري . مما يصعب والحال الوقوف عليه وتحديد هذا الاخير مع الاخذ بنظر الاعتبار السرعة كأحد مرتكزات التجارة .وحسب تقديرنا ان المشرع العراقي لم يرد بالقصد التجاري ، الباعث الدافع ؛ لعلمه بتذبذب هذا الامر ، وانما قصد وضع معيار ثابت يقاس به العمل ومن ثم يتحدد نطاقه من حيث الموضوع ، والقول بخلاف ذلك يهدم القيمة القانونية للمراد بقصد تحقيق الربح في مطلع نص المادة الخامسة من قانون التجارة ، زد على ذلك ، لحملنا النص ما لا يحتمل ، واذا كانت التشريعات التجارية قد تجاوزت مسألة وضع ضابط محدد لماهية العمل التجاري ، ولم تجعل من القصد حاكما عليها ، فان المشرع قد تجاوز الخلاف الفقهي الذي طال امده في معرفة العمل التجاري ، باعتماده على معيار اساسي يقاس به هذا الاخير . فضلا عن ذلك ان المشرع لم يشأ ان يعلق النشاط التجاري على ماهية الدوافع المختلفة للأشخاص ، بصريح العبارة عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة الاولى من قانون التجارة العراقي والتي نصت على انه ((الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية)) [22] ، بمعنى ان المشرع يحل ارادته في ترتيب الالتزامات بالقدر الذي يحد من مبدأ سلطان الارادة ، فلا يعلق تحديد العمل التجاري على ارادة الاطراف وحدها ، بل يتدخل ليحدد ما يعد

تجاريا وما لا يكون كذلك .والدليل على ان المشرع العراقي لم يقصد الباعث الدافع في المادة الخامسة ، هو استبعاده من الالتزام الصرفي في نص المادة السادسة من قانون التجارة والتي جعل فيها الاوراق التجارية ككل عملا تجاريا لا يتوقف على القصد فقد نصت المادة السادسة على انه ((يكون انشاء الاوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته)) ، فالالتزام الصرفي يكتفي في نشوئه بتوافر اركانه الشكلية المنصوص عليها في المادة (40) من قانون التجارة العراقي . وهذا يعني احلال ارادة المشرع محل ارادة الاطراف في ترتيب الالتزامات التجارية ، لذلك لا محل للبحث عن سببه او الغرض منه ، فهذه الالتزامات على حد تعبير البعض " التزامات فرضتها ارادة الشارع ، فإذا اردنا البحث عن الغرض فيها فلنتوجه الى ارادة الشارع ولنبحث الغرض الذي رمي اليه الشارع من تقرير هذا الالتزام " [23] .فضلا عن ذلك ، ان التجارة قائمة على مبدأ السرعة ، فان البحث في النوايا من حيث الوجود او المشروعية ، يؤدي بطبيعة الحال الى تعثر هذا المبدأ ان لم نقل تعطيله .

المبحث الثاني / النتائج المترتبة على اشتراط القصد التجاري ومبرراته.

ان جعل القصد حاكم لماهية العمل التجاري ، تترتب عليه نتائج قانونية جمة ، كما ان توجه المشرع في وضعه كضابط يقاس به العمل التجاري ، له ما يبرره من جوانب عدة . كل ذلك سنبينه في مطلبين ، نتناول في الاول النتائج المترتبة على اشتراط القصد التجاري ، في حين نوضح في الثاني مبررات اشتراط القصد التجاري .

المطلب الاول/ النتائج المترتبة على اشتراط القصد التجاري .

ان الخلاف الفقهي في تبيان العمل التجاري ومن ثم تحديد نطاق القانون التجاري من الناحية الموضوعية طال امده ، بل الى الآن ، فقد عمد المشرع العراقي الى تجاوز الخلاف الفقهي باعتماده كمعيار لتجارية العمل ، وهو القصد التجاري ، وهذا التوجه تترتب عليه نتائج قانونية جمة ، تتمثل بما يأتي :

1- جعل المشرع العراقي في المادة الخامسة من قانون التجارة قصد الربح ، هو المعيار المميز لماهية العمل التجاري . وحسنا فعل ، لسبب ان القيام بأي عمل دون توافر هذا القصد يعني مزاولة عمل مدني ، وهو السابق في الظهور . فضلا عن ان مزاولة هذا الاخير يعد قاسما مشتركا بين اوجه النشاط الانساني ككل . كما ان سلوك المشرع هذا يدل وبصريح العبارة تجاوز الخلاف الفقهي في تحديد تجارية العمل ، والذي لم تسلكه اغلب القوانين ان لم نقل جميعها ، لعدم بلورة فكرة ما يعد تجاريا من عدمه . فضلا عن تجاوز ما يمكن ان يقدم من نقد للنظريات الفقهية المحددة لماهية العمل التجاري . والذي ينعكس ايجابا على موقف القضاء ، من سهولة تحديد العمل التجاري .

2- ان وضع ضابطة القصد التجاري ، تفتح المجال امام القضاء في تحديد الاعمال التي اغفل المشرع النص على تجاريتها ، او التي لم تكن موجودة عند تحديد الاعمال التجارية ، فهي وعلى حد تعبير البعض اعمالا " لم يدركها المشرع لاستحداثها بعد صدور القانون " [24] . فنجد ان الكثير من الاعمال لم ينص عليها المشرع وبالرغم من كونها تجارية بحتة ، كالاستثمار ، التعاقدات الالكترونية ، او التأجير التمويلي او عقد الترخيص .

3- بعض الاعمال حسم المشرع في اغلب الدول تجاريتها ، نظرا لاستقرار العمل بها بين طائفة التجار ، فضلا عن شيوعها في هذا الوسط ، ومن ثم ان القيام بأحد هذه الاعمال دون توافر قصد الربح ، كما لو كان القيام بها عرضيا وليس مقصودا لذاته ، يؤدي بطبيعة الحال الى عدم الاقرار بتجارية هذا العمل مع ان قصد الربح هو الضابط المشترط لكافة الاعمال [25] .

4- ان جعل المشرع القصد هو الحاكم لماهية الاعمال التجارية ، تترتب عليه نتيجة هامة جدا ، تتمثل باستبعاد الاعمال التجارية بالتبعية ، فهي اعمال مدنية بطبيعتها ومن ثم تكتسب الصفة التجارية تبعا لصدورها من التجار او تبعا للعمل التجاري بطبيعته[26] ، فالبعض يذهب الى ان تجارية هذه الاعمال تتطلبها اعتبارات عملية اكثر من كونها قانونية ، اذ يتوافر فيها عنصر المضاربة كما هو الحال بالنسبة الى الاعمال التجارية بطبيعتها ، فالتاجر يأخذ في الحسبان ماهية هذه الاعمال عند النظر الى مبدأ ربحيته [27] في حين يرى البعض الاخر انه هذه الاعمال التي تعد تجارية بالتبعية لا تنحصر بالأعمال الصادرة

من قبل التجار فحسب ، بل من الممكن ان تصدر من قبل شخص غير محترفا لعمل تجاري ، ومن ثم تكتسب الصفة التجارية تبعا لأعماله التجارية ، استنادا لقاعدة الفرع يتبع الاصل [28] . صحيح ان لهذه النظرية جانبا مشرقا في السعي الى تحديد بعض الاعمال بغية تحديد ماهيتها التجارية . بيد ان الاخذ بها لم يكن دقيقا وموفقا من الناحية التأصيلية ، فهي من جانب تعد نظرية فقهية وقضائية ترتبط بمعيار شخصي محض ، فالذي يحدد تجارية العمل شخص التاجر ، فضلا عن انه من المحذور جعل تجارية العمل متوقفةً على تصرف التاجر ، فليس كل تصرف يقوم به هذا الاخير يعد تجاريا كشراء سلعة او شيئا معينا لاستعماله الخاص او بعض التصرفات المتعلقة بأحواله الشخصية . فكيف يمكن ان تتحول هذه الاعمال المدنية بطبيعتها الى تجارية وهي لم تكن مقصودة لغاية تجارية ، كما هو الحال بالنسبة للأعمال التجارية بطبيعتها؟، ومن جانب اخر ان الاخذ بها يؤدي الى اتساع نطاق القانون التجاري[29] ، ومن ثم لا يمكن تحديده بشكل دقيق ، وعلى ذلك تترتب نتيجة اخرى ، مفادها ، سلخ الكثير من الاعمال التي تعد مدنية من نطاقها ، لتدور في فلك القانون التجاري ، وهذا ما لم يقل به المشرع [30] عند وضع ضابط القصد ، وحسنا فعل. فضلا عن ذلك ان الفقه العمل التجاري حسب تعبير البعض قد " عجز في وضع المعيار الذي تندرج تحته الاعمال التجارية الموضوعية " [31] ، فإذا كان الاصل – أي الاعمال التجارية بطبيعتها - قد عجز الفقه عن معرفة الضابط المحدد لها فكيف بالفرع ؟ اذ كيف يمكن معرفة هذا الاخير وقياسه على الاصل الذي عُجز عن تحديده ، فانت ترى ما وقع في التصورات العقلية الفقهية من تناقض .

5- ان التعداد الوارد في المادة الخامسة من قانون التجارة هو تعداد على سبيل الحصر [32]، وليس في ذلك استنتاجا ، اذ لم يجعل المشرع طريقا للفقه او القضاء في تبيان مراده في معرفة التعداد سواء كان على سبيل الحصر او المثال ، بل صرح في الاسباب الموجبة لقانون التجارة . بيد انه – المشرع – وقع في تناقض مخل ، اذ لا يمكن الاعتماد على ضابط محدد لماهية العمل التجاري ، وجعل التعداد الوارد في نص المادة الخامسة على سبيل الحصر ، فوجود القصد التجاري يتعارض مع فكرة ايراد الاعمال على سبيل الحصر ، لان تحديد الاعمال التي يسري عليها القانون يجعل من وجود القصد التجاري كضابط يعد ضربا من العبث ، فالأعمال التي وردت في المادة الخامسة لها قاسم مشترك هو جني الربح ، فيصبح وضع الضابط لا محل لوجوده . فضلا عن ذلك لو سلمنا جدلا بتوجه المشرع ، لترتب على ذلك نتائج هامة ، منها استبعاد القياس كمنهج يمكن الاستدلال به لتحديد تجارية بعض الاعمال التي اغفل المشرع عنها والتي تكفي القضاء مهمة ذلك ، من جانب اخر لتعذر على الفقه تفسير نصوص القانون ، بدليل ان الفقه القائل بانها على سبيل الحصر لم يكن موفقا ، اذ انهم برروا ذلك بأن القانون التجاري هو قانون استثنائي من القانون المدني ، بيد انهم واجهوا فكرة عدم امكان التوسع في تفسيره ، فقد انقسموا الى قسمين ، فمنهم من ذهب الى انه وإن كان القانون استثنائيا بيد انه يجب ان يؤخذ بالتفسير الموسع له ، وهذا السلوك لأول وهلة مضطرب بما سلم به ، فمن جانب قالوا بان القانون استثناء ، ومن جانب يؤكدون على الاخذ بالتفسير الموسع للقانون ، وفي ذلك تناقض مخل ، في حين ان القسم الاخر منهم يذهب الى رفض القياس والقول بان على القاضي الاجتهاد في اضافة بعض الاعمال التي لم يرد ذكرها في تعداد القانون [33] فأنت ترى في التناقضات التي وقع فيها اصحاب هذا الرأي في امكانية تبرير التعداد بانه على سبيل الحصر، فضلا عن ذلك ان الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى نتيجة تتمثل بأن الاستثناء يؤدي الى سلخ القانون التجاري من خواصه الاصلية كالاستقرار كأي قانون اخر ، فضلا عن جموده [34] ، في حين ان الاتجاه الراجح يذهب الى القول بان الاعمال التي وردت هي على سبيل المثال لتفادي النتائج السابق ذكرها ولترتب على ذلك عدم الاقرار بتجارية بعض الاعمال التي عرفت بذلك عرفا وعملا [35] ، فضلا عن ان المشرع لم يستطع حصر الاعمال بإيرادها جميعا ، فالأعمال التجارية لا يمكن حصرها فضلا عن امكان استحداث اعمال تشترك في الصفة والغاية مع الاعمال التجارية الاصلية ، وهذا الحال نتيجة طبيعية لتطور النشاط التجاري، ومن ثم لا يمكن القول بحصر الاعمال التجارية .ومما تجدر الاشارة اليه ، ان سلوك المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في جعل الاعمال التجارية واردة على سبيل الحصر ، له ما يبرره ، سواء ادرك التناقض في هذا السلوك ام لا . فتبرير هذا السلوك هو التأثر بالفكر الاشتراكي ، فنجد ان الفقرة اولا من المادة الاولى من قانون التجارة والتي نصت على انه (تنظيم النشاط الاقتصادي

للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص وفقا لمقتضيات خطة التنمية) ، جعلت من النشاط الاقتصادي محكوما بخطة التنمية الاقتصادية ، ومن ثم حسب تعبير البعض يعتبر قانون الخطة الاقتصادية " قانون فوق القوانين ومصدرا اولا لها " [36] ، فالنشاط الاقتصادي في فلسفة الفكر الاشتراكي ، يقوم على الايمان بان الدولة تملك الدور الرئيس في توجيه النشاط بما يتلاءم مع اهدافها ، وهي تحقق هذه الاخيرة عن طريق خطة التنمية [37] . فالمشرع التجاري يجد ان تحقيق اهداف خطة التنمية الاقتصادية من خلال هذه الانشطة الاقتصادية فقط ، وهذا يتعارض مع معيار القصد المحدد لماهية الانشطة الاقتصادية المعتمد من قبله .وعلى ذلك ندعو المشرع الى تعديل نص المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ، بالشكل الذي يجعل من الاعمال الواردة فيها على سبيل المثال وليس الحصر ، لما قدم من تبرير .كما ندعو المشرع الى النص على اعتماد القياس كمنهج يمكن من خلاله تحديد تجارية بعض الاعمال التي تشترك مع التعداد الحاصل من قبل المشرع في المادة الخامسة وذلك في الصفة والغاية لتكون كالآتي (يعد من الاعمال التجارية كل عمل يمكن قياسه على الاعمال الواردة في المادة الخامسة من هذا القانون لاشتراكه معها في الصفات و الغايات) [38] .

المطلب الثاني/ مبررات اشتراط القصد التجاري.

إن اعتماد ضابط القصد التجاري له ما يبرره ، فنجد تارة مبررات تاريخية ،وتارة مبررات قانونية . كل ذلك سنتناوله في الفقرات الآتية .

اولا - المبررات التاريخية .

ان الذي ارسى قواعد العمل التجاري هو العرف [39] ، أي اطراد التجار على اتباع انماط اقتصادية معينة في مزاولة الاعمال التجارية . ثم انه لا يمكن للمشرع ان ينكر ذلك ، لسبب ، انها من ابتكار طائفة خاصة هم التجار ، فضلا عن انها استقرت على الشكل الذي أراده اصحابه .فمن المعلوم ان استقرار العرف يمثل انعكاس إرادة واضعيه ، مما يوجب مراعاته حفاظا على استقرار المعاملات المالية [40] ، فضلا عن ان الكثير من الاعمال التجارية كانت وما تزال محكومة بالعرف التجاري ، والذي يحدد ماهيتها كالصكوك والبيوع البحرية والاعتمادات المستندية والحسابات الجارية [41] ، فضلا عن الاوراق التجارية [42] .

واذا كان المرجع في صياغة قواعد قانون التجارة العراقي في الاصل هو القانون التجاري الفرنسي [43]، فإن المشرع الفرنسي في ذلك الوقت كان ملما بما استقر وشاع في بيئة التجار من اعراف او عادات عند تعداده للأعمال التجارية [44] والتي لم يعرف سواها آنذاك ، فمجرد صدور العمل ينسبق الى الاذهان اختصاصه بطائفة معينة من التجار ، بل ينسبق ايضا اقتران قصد الربح معه ، ومن ثم فلا انفصام بين القصد التجاري والعمل ، على عكس العمل المدني . على ما تقدم فان الدور الفعال للعرف في تبيان معالم العمل التجاري ، لم ينكره المشرع العراقي عند صياغة نصوص قانون التجارة ، اذ صرح ان العمل الشائع في بيئة التجار مستبطنا لقصد الربح ، فافترض القصد التجاري فيها بنص المادة الخامسة منه ، فيكون العرف التجاري عندئذ كاشفا عن قصد الربح بعده معيارا لتحديد تجارية العمل ، اذ ان الاعمال التجارية ليست مقصودة لذاتها ، بل مقصودة لغيرها ، أي جَنيُ الربح ، لذلك يعزى للعرف كمبرر تأريخي لاعتماد القصد التجاري بوصفه ضابطاً لماهية العمل التجاري .

ثانيا – المبررات القانونية .

ادى الاختلاف بين فقهاء قانون التجارة ، الى التذبذب في تحديد ماهية العمل التجاري، اذ برزت الكثير من النظريات والآراء ، التي تعد من اجزل ما قدم في سبيل تحديد معيار منضبط لما يعد تجاريا ومن ثم الدخول في نطاق القانون التجاري ، وازاء ذلك فقد حاول المشرع اعتماد معيار يحسم الخلاف الفقهي ويكون حاكما لماهية العمل التجاري ، ويعد هذا التوجه منطقيا الى حدٍ بعيد ، اذ يكون المشرع بتوجهه هذا قد سهل الطريق امام القضاء في تبيان ما يمكن عده تجاريا ، وحسم ما قد يثور من عقبات في سبيل تحديد ماهية نطاق القانون التجاري، فاعتماد القصد بوصفه معيارا يجاوز تلك العقبات .

المبحث الثالث /ضوابط تحديد القصد التجاري

لم يتفق فقه التجارة على معيار منضبط يقاس به القصد الدال على العمل التجاري، إذ قدم ضوابط عديدة تخص كل منها جانبا معينا من الاعمال التجارية ، فهي في ذاتها قاصرة في تبيان القصد التجاري ، ناهيك

عن ذلك فإن هناك بعض الضوابط التي يمكن من خلالها الكشف عن ماهية القصد المحدد لتجارية العمل ، ويتوقف على هذا التحديد ، تحديد العمل التجاري . وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبين في الاول الضوابط الفقهية ، في حين نتطرق في الثاني الى الضوابط القانونية .

المطلب الاول/ الضوابط الفقهية.

طرح فقه التجارة خمس نظريات تفسر كل منها جانبا معينا من العمل التجاري ، فهذه النظريات قائمة على تصورات فقهية بحتة ، تمثل انعكاساً لما واجهته تلك التصورات من عجز في اعطاء معيار ثابت لتحديد تجارية العمل ، ومن ثم تحديد النطاق الموضوعي للقانون التجاري، ولتحقيق الغاية المنشودة ، علينا ان نستعرض ما قدم من نظريات و البحث في مضامينها لإمكانية الاستدلال بها في تبيان ضابطة القصد التجاري ، وذلك في فقرات ، نتناول اولا عرض النظريات الفقهية ، في حين نوضح استجلاء القصد التجاري منها ثانيا .

اولا–عرض النظريات الفقهية:سنتطرق هنا الى النظريات التي قيلت في صدد العمل التجاري بشكل وجيز.

1 – نظرية المضاربة :

يراد بالمضاربة [45] " القصد الى تحقيق ربح مادة بصورة عامة " [46] او هي " كل عمل يهدف الى تحقيق الربح " [47] ، لكن هذه النظرية منتقدة ، فهي قاصرة على تفسير ماهية العمل التجاري بصورة دقيقة ، اذ ان المضاربة تمثل قاسما مشتركا بين اوجه النشاط الانساني ككل ، فضلا عن ذلك هناك من الاعمال التي لا تقوم على المضاربة ومن ثم تعد تجارية [48] ، كالتعامل بالأوراق التجارية [49] ، فضلا عن ذلك انه اذا كان لهذه النظرية الفضل في تفسير ماهية الاعمال التجارية بيد ان الاخذ بهذه النظرية على اطلاقها لأدى ذلك الى اتساع نطاق القانون التجاري من حيث الموضوع [50] .

2– نظرية التداول :

اتجه بعض الفقه الى الاعتماد على معيار آخر ، بموجبه يمكن تحديد ماهية العمل التجاري ، يتمثل هذا المعيار بالتداول ، ويراد به " حركة السلع والنقود والاوراق التجارية " [51] ، فالحركة هي المعيار المحدد لما يكون تجاريا ، ومن ثم يستبعد من نطاق القانون التجاري الاعمال التي تكون في حالة ركود [52] .

ومما يحسب لهذه النظرية الكشف عن الاعمال التجارية التي تكون في حالة حركة والتي تعد من اهم الاعمال التجارية ، كالنقل ، بيد ان هذ النظرية لم تسلم من النقد ، اذ تؤدي الى اضفاء الصفة التجارية على اعمال لم تعد تجارية فقها وقانونا وعرفا كأعمال الجمعيات التعاونية التي تتوسط الشراء والبيع لأعضائها [53] ، زد على ذلك ان اعتمادها يؤدي الى حصر مفهوم التجارة في اضيق نطاق ، اذ تخرج من نطاقها الصناعة [54] ، فضلا عن انها لا تشمل في مفهومها بعض الاعمال التي نص عليها المشرع كما في الاعمال الاستخراجية للثروة الطبيعية[55]، كما ان هناك من الاعمال التجارية التي تنتفي فيها فكرة التوسط بين المنتج والمستهلك كما في الاوراق التجارية [56] ، وهي اعمال تجارية بطبيعتها غير قائمة على القصد التجاري ، بمعنى ان المشرع العراقي قد استثنى الاوراق التجارية من معيار القصد التجاري ، اذ يعد التعامل بها عملا تجاريا بغض النظر عن صفة القائم بها ونيته [57] .واذا كانت النظرية لم تسلم من الانتقادات الموجهة اليها باعتبارها احد المعايير المحددة لماهية العمل التجاري ، بيد انها وحسب تعبير احدهم " يجب ان تكون احد عناصره الجوهرية"[58] .

3– نظرية المشروع :

يراد بهذه النظرية انها " تكرار للأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناءً على تنظيم مهيأ مسبقاً " [59] ، فحسب هذه النظرية ان المائز بين العمل المدني والتجاري هو مزاولة العمل بصيغة المشروع التجاري ، فإذا تم مزاولة العمل بصيغة منفردة يعد عملا مدنيا . بيد ان هذه النظرية تعرضت للنقد ، اذ يؤدي الاخذ بها الى استبعاد الكثير من الاعمال التي شاعت تجاريتها عرفا وان لم تزاول بصيغة المشروع ، فضلا عن انه يدخل في نطاق القانون التجاري اعمالا مدنية كما هو الحال بالنسبة للمشاريع الزراعية [60] .

4- نظرية الحرفة :

يراد بهذه النظرية بانها " العمل باستغلال تجاري بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة " [61] ، بمعنى ان " العمل التجاري هو ذلك الذي يصدر من التاجر لمزاولة حرفته التجارية " [62] ، فما يصدر من التاجر ويتعلق بحرفته التجارية يعد عملا تجاريا ، وما يتعلق بحرفة مدنية يعد عملا مدنيا ، بيد ان القائل بهذه النظرية استثنى بعض الاعمال والتي تعد تجارية دون ان يشترط لتجاريتها ان تصدر من تاجر ومتعلقة بتجارته ، كالأعمال التجارية المنفردة [63] . فهذه النظرية منتقدة ، لسبب ان جعل تجارية العمل مرتبطة بالحرفة يتطلب التعريف بماهية هذه الاخيرة ، وهذه الاخيرة متوقفة على التعريف بالأعمال المكونة لها [64] ، وهذا الحال يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة [65] .فضلا عن ذلك ان هذه النظرية غير قائمة على اساس منطقي ، اذ لا يمكن ان يتحقق مفهوم الاحتراف دون ان يكون هناك عملا تجاريا [66] ، فهذا الشرط (أي ان شرط الاحتراف متعلق بمزاولة عمل تجاري) هو شرط قانوني بحت [67] ، فضلا عن انها تخرج من نطاق القانون التجاري الاعمال التي استقر العرف على اعتبارها تجارية حتى لو وقعت لمرة واحدة[68] .

5 – نظرية السبب :

تقوم هذه النظرية على الاعتداد بالباعث الدافع الى التعاقد ، اي الى السبب بمفهومه الحديث ، اذ يمكن تحديد تجارية العمل بناءً على الباعث الدافع ، فإذا كان هذا الاخير تجاريا ، كان العمل تجاري [69] ، والعكس صحيح .وهذه النظرية لم تسلم من النقد ، اذ انها تعجز عن تفسير بعض الاعمال التجارية بطبيعتها والتي لا تقوم على معيار القصد اصلا كالتعامل بالأوراق التجارية ، فضلا عن انه من العسير تحديد قصد القائم بالعمل التجاري [70] .

ثانيا – استجلاء القصد التجاري من النظريات الفقهية :

امام ما قدم من جهود علمية قيمة في سبيل تحديد ماهية العمل التجاري ، نجد الوقوف من قبل الفقهاء على هذه النظريات والقول بعدم امكانية اعطاء معيار كمي او نوعي يمكن قياس العمل التجاري بموجبه [71] ، لذا لابد من استجلاء القصد التجاري من مضامين النظريات التي طرحت .نقول ان التحليل المنطقي للنظريات يدل على ان النظرة الفقهية لكل نظرية قدمت ، انما ارتكزت على تحليل ما شاع في بيئة شخصية (اي ما درج التجار على مزاولته) ، وهذا المنطق ان صح تاريخيا ، فهو لا ينسجم مع التطور المتلاحق للتجارة ، فليس من الصحيح اعطاء معيار موضوعي منضبط ومنسلخ من معيار شخصي كما حصل مع واضعي النظريات ، فلا بد من الابتعاد عن النظرة الشخصية لقانون التجارة ومن ثم تأسيس نطاقه وفق رؤية موضوعية .فقد وجدنا ان نظرية المضاربة انما اقيمت على الهدف اي تحقيق الربح ، لكن هذه النظرية مرت بمرحلتين ، الاولى يراد بها معنى تحقيق ربح شمولي على سبيل التحويل والتبادل ، اما الثانية فقد اريد بها معنى السبب اي الباعث الدافع [72] ، وكلا المعنيين لا يختلف في مضمونه وهو الربح غايةً، فهذه النظرية تشترك مع نظرية التداول ، في ان هذه الاخيرة تقوم على جميع الاعمال التي تكون في حالة حركة [73] ، فهذه الاعمال التي اريد بها الخضوع لنطاق قانون التجارة برؤية مختلفة تبتعد عن غايتها والاكتفاء بالنظر الى اشخاص هذه الاعمال ، وهو الحال كذلك بالنسبة الى نظرية المشروع والحرفة . فانت ترى التأثر بالجانب الشخصي لتحديد الاعمال ، فمجموع النظريات قائم في حقيقته على التحليل السلوكي لأشخاص العمل بشكل مباشر ، وليس في ذلك ادعاء دون دليل ، فما قيل من نظريات ما هو الا استنباط لسلوك التجار ومحاولة وضع معيار موضوعي لعمل اسبغ عليه الصفة التجارية تأثرا بأشخاص هذا العمل ، وليس لانفراده بخصائص مميزة لنظيره المدني ، فهذه الجهود الفقهية لم تأت بمرتكزات يقوم عليها العمل سوى محاولة استخلاص كيفية ممارستها ووضع ضابط لها ، وأياً كان ذلك الضابط فهو لا يخرج عن كونه ضابطا شخصيا .

المطلب الثاني/ الضوابط القانونية .

بعد ان تعرضنا لماهية النظريات الفقهية والقول بانها لم تضع ضابطا يقاس به العمل التجاري بشكلٍ دقيق ، بل هي استنبطت معايير تعد شخصية ، فضلا عن انها لم تعد صالحة للركون اليها في معرفة العمل التجاري ، فإن ذلك دفع بالمشرع العراقي الى وضع هذا الضابط وهو القصد التجاري ، تجاوزا منه لكل

خلاف فقهي، فضلا عن دفع كل ما يمكن ان يقع من نزاع بشأن المعيار المحدد ، بيد ان هذا الضابط يمكن الوقوف عليه وتحديده بطرق عدة ، نبينها فيما يأتي .

اولا – من حيث السياسة التشريعية للقانون :

ان المتتبع للسياسة التشريعية لقانون التجارة العراقي يجد ان هذا القانون كغيره من القوانين [74] ، قد صدر تطبيقا لمبادئ قانون اصلاح النظام القانوني العراقي رقم (35) لعام 1977[75]، فالسياسة التشريعية لقانون التجارة تدل وبصريح العبارة الى ان سياسة الدولة الاقتصادية تمثلت بتدخلها في تحديد العمل التجاري ، بما يخدم خطط التنمية الاقتصادية [76] ، وخير مثال على ذلك ما جاءت به المادة الاولى منه ، من حيث تنظيم النشاط لمختلف القطاعات الاشتراكية والمختلطة والخاصة ، بما يوافق خطة التنمية الاقتصادية ، بل ان النشاط الاقتصادي لكل من القطاع الخاص والمختلط يكون مكملا لنشاط القطاع الاشتراكي ، فضلا عن ان تدخل الدولة يكون من خلال الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية[77] .وعليه نجد ان السياسة التشريعية لقانون التجارة وبقية قوانين التجارة ، تتمثل بالسيطرة الكاملة للدولة على النشاط الاقتصادي ، لذا فان ما يعد تجاريا هو اتجاه ارادة الفرد الى مزاولة الاعمال المحددة على سبيل الحصر ، فالتعبير عن الارادة يجب ان يظهر بمظهر معين لكي يعد تجاريا ، حسب فلسفة المشرع في قوانين التجارة [78] .وعليه فمن خلال السياسة التشريعية للقانون يستطيع القضاء والفقه معرفة الضابطة المحددة للعمل والتي تمثلت بالقصد التجاري ، ومن ثم لا اعتبار لضوابط اخرى ، فالرجوع الى سياسة التشريع رجوعا بقصد التحديد لما يكون تجاريا وما لا يكون كذلك ، فالأساس في اسباغ الصفة التجارية التقيد بالنص القانوني ، وكنا قد عرفنا ان الصفة الاشتراكية هي من جعلت العمل مقيدا بالقصد ، فضلا عن ان تطبيقها يؤدي بطبيعة الحال الى ان يكون التحديد الوارد للأعمال التجارية على سبيل الحصر لا المثل .

ثانيا – من حيث الوضع الظاهر :

ان استقرار المعاملات المالية بشكل عام يتطلب الاخذ بما هو كائن ، وتحقيقا لذلك انه لا مناص من الاعتداد بالوضع الظاهر ، واعتماد هذا الاخير يمثل عنصرا رئيسا في تحقيق استقرار المراكز القانونية والمالية ، ومن ثم التطبيق السليم لقواعد القانون التجاري ، على اساس من ان تحديد العمل من حيث تجاريته ام لا ، يترتب عليه تحديد النظام القانوني الذي يسري عليه .وعلى ذلك ان الاعتداد بالوضع الظاهر كأحد ضوابط تحديد القصد التجاري ، يكون من خلال تحليل طبيعة التصرف او العقد المراد تحديد تجاريته من حيث الكم او النوع ، وهو ما ذهب اليه بعض الفقه بالقول انه " يمكن استنتاج هذا القصد من الظروف الملازمة لعمل الشراء وبالأخص من كمية البضاعة كمشتريات ونوعها ومن صفة المتعاقدين " [79] ، وبذلك سيتعرف القضاء على القصد التجاري ومن ثم تحديد تجارية العمل من خلال الظروف الملازمة للتصرف المبرم .فالأخذ بالوضع الظاهر كأحد ضوابط تحديد القصد التجاري ، ليس تطفلا على القانون التجاري ، بمعنى ان للوضع الظاهر تطبيقات يعرفها القانون ، فمن تطبيقات الاعتماد على الوضع الظاهر في قانون التجارة العراقي ، الفقرة الثالثة من المادة (91) من قانون التجارة العراقي والتي نصت على انه ((ومن اوفى في ميعاد الاستحقاق دون معارضة صحيحة برئت ذمته الا اذ وقع منه غش او خطأ جسيم ...))، ذلك ان " الاصل عدم قبول المعارضة في الوفاء بالسفتجة وذلك من اجل دعم الثقة فيها باعتبارها اداة وفاء وتسيل تداولها ومن اجل دفع المعارضة الكيدية او التعسفية التي تزعزع الائتمان والتي قد تكون بمناورة من المسحوب عليه من اجل تأخير الوفاء " [80] ، فانت ترى الاخذ من قبل المشرع بالوضع الظاهر لصحة الوفاء بهذه الصورة . وعلى ذلك ندعو المشرع العراقي الى النص على امكانية الاعتماد على الوضع الظاهر في تحديد القصد التجاري من خلال التعرف على مظاهره الخارجية ، على غرار بعض النصوص التي اوردها ، كالمادة (91) سالفة الذكر .

ثالثا – من حيث الاثبات :

المبدأ الذي يحكم الاثبات في جميع المسائل المدنية والتجارية ، هو ان كل تصرف تزيد قيمته على خمسة الاف دينار لا يجوز اثباته الا بدليل كتابي [81] ، بيد ان هذا المبدأ يتعارض مع مقتضيات التجارة القائمة

على السرعة في تحقيق الارباح ، لذلك ان تقييد الاثبات بالكتابة يهدم ما تقوم عليه التجارة من سرعة التداول او انجاز المعاملات ، ولابد من تحرير المسائل المتعلقة بالتجارة من هذا القيد [82] .
وعلى ذلك يمكن الاستدلال بكل وسائل الاثبات لتحديد القصد التجاري ، دون التقيد بقيمة التصرف وجعلها قيدا على الاثبات ، فحرية الاثبات في التجارة هي المبدأ العام ، لذا ندعو المشرع العراقي الى النص في قانون الاثبات على استثناء المسائل التجارية من كل قيد [83] .

الخاتمة.

بعد دراستنا للقصد التجاري بعده المعيار المحدد لما يعد تجاريا من عدمه ، فقد توصلنا فيها الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات التي نرى انها جديرة بالأخذ بها بعين الاعتبار ، وهي كما يأتي :

اولا / الاستنتاجات : توصلنا في دراستنا هذه الى جملة من الاستنتاجات ، نوجز اهمها فيما يأتي :

1- لم نجد هناك تعريفا للقصد التجاري ، بل ان فقهاء القانون التجاري اوردوا مجموعة نظريات كل منها تفسر العمل من وجهة واساس مختلف .

2- توصلنا الى ان للقصد التجاري مفهوم مغاير عن المباشر او ما يسمى السبب القصدي ، فلا يمكن القول بانه الاثنين ذات مفهوم واحد وان هناك تداخلا ما بينهما .

3- لم يرد المشرع العراقي بالقصد التجاري بانه الباعث الدافع الى التعاقد ، لعلمه بتذبذب هذا الامر ، بل اراد وضع معيار ثابت يقاس به العمل .

4- ان جعل العمل محكوما بالقصد التجاري ، يتعارض مع فكرة ايراد العمل التجاري على سبيل الحصر

5- ان الايمان بالفكر الاشتراكي كان له الاثر الكبير على صياغة مفردات قانون التجارة ، اذ نجد ان هذه الصبغة جلعت من المشرع مقيد بمبادئ النظام الاشتراكي ، وما ادل على ذلك هو المادة الاولى والثانية والخامسة .

6- لم يتفق فقهاء القانون التجاري على معيار منضبط يقاس به العمل التجاري ، بل ان كل منهم ابتدع معيار يحدد العمل التجاري من وجهة نظر خاصة به ، وازاء هذا الاختلاف لم نجد معيار ثابت يتحدد بموجبه العمل التجاري .

ثانيا / المقترحات والتوصيات : توصلنا في دراستنا هذه الى جملة من المقترحات ، نوجز اهمها فيما يأتي:

1- اقترحنا تعريفا للقصد التجاري بانه ((اتجاه الارادة الى تحصيل زيادة في رأس المال سواءً بتوسط او تحويل او تداول)) .

2- ندعو المشرع الى تعديل نص المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي ، بالشكل الذي يجعل من الاعمال الواردة فيها على سبيل المثال وليس الحصر ، لما قدمناه من تبرير .

3- ندعو المشرع الى النص على اعتماد القياس كمنهج يمكن من خلاله تحديد تجارية بعض الاعمال التي تشترك مع التعداد الحاصل من قبل المشرع في المادة الخامسة وذلك في الصفة والغاية لتكون كالاتي ((يعد من الاعمال التجارية كل عمل يمكن قياسه على الاعمال الواردة في المادة الخامسة من هذا القانون لاشتراكه معها في الصفات و الغايات)) .

4- وعلى ذلك ندعو المشرع العراقي الى النص على امكانية الاعتماد على الوضع الظاهر في تحديد القصد التجاري من خلال التعرف على مظاهره الخارجية ، على غرار بعض النصوص التي اوردها ، كالمادة 91 آنفة الذكر .

5- ندعو المشرع العراقي الى النص في قانون الاثبات على استثناء المسائل التجارية من كل قيد واتاحة الفرصة امام القاضي في اعتماد اي طريق يمكنه من الوصول الى القصد المحدد للعمل التجاري .

الهوامش.

(1) احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، القاهرة ، 2008 ، ص 1819.
(2) محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، الطبعة الثانية ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 1988 ، ص 541 .
(3) إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، دون مكان نشر ، 2008 ، ص 738 .
(4) اذ لم يتضمن قانون التجارة الفرنسي لعام 1807 المعدل هكذا نص في المادة (L. 110-1) وانما سرد لما يعد عملا تجاريا ، وهو الحال بالنسبة لقانون التجارة المصري رقم (17) لعام 1999 هكذا نص ، وانما جاءت المواد (4-5-6-7) بتعداد للأعمال التي تعد تجارية ، وقانون التجارة الاردني رقم (12) لعام 1966 في مواده (6-7- 8) .
(5) انظر د. طالب حسن موسى ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الثانية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ،1976، ص 9.
(6) انظر د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 ، ص 38 .
(7) انظر د. فريد العريني ، القانون التجاري اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، 2000، ص 72 .
(8) د. رفيق يونس المصري ، اصول الاقتصاد الاسلامي ، الطبعة السادسة ، دار القلم – دمشق ، 2012 ، ص279 . في حين يرى البعض ان مفهوم الربح في القانون ذات مدلول اوسع من معناه اقتصاديا ، اذ انه يستبطن المعنى الاخير ، فضلا عن شموله على الصناعة ، انظر في تفصيل ذلك د. يوسف البستاني ، د. علي شعلان عواضة ، الوافي في اساسيات قانون التجارة والتجار ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2011 ، ص25 .
(9) عبد الحليم غربي ، قياس توزيع الارباح في بنوك المشاركة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة فرحات عباس -سطيف - ، 2006-2007 ، ص 8 .
(10) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة العراقي .
(11) انظر د. هاني دويدار ، الاعمال التجارية بالقياس ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2003 ، ص392-393 ، انظر ايضا في تفصيل ذلك :

LYON-CAEN et Renault , Traité du droit commercial, T.I,p89 .

(12) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 169 .
(13) د. عبد المجيد الحكيم ، أ عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، دون مكان نشر ، دون سنة نشر ، ص 102 ، والجدير بالذكر ان القانون المدني الفرنسي قد هجر فكرة السبب ، ومن ثم لم يجعله ركنا في الالتزام ، وجعل العقد يقتصر على الرضا والاهلية والمحل ، انظر النص باللغة الفرنسية :

((Aritcl : 1128 :Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
1° Le consentement des parties ;
2° Leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain)) .

(14) د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص 57 .
(15) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 174-175 .
(16) المصدر نفسه ، ص 169 .
(17) انظر د. هاني دويدار ، المصدر السابق ، ص444 .
(18) د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري ، أ. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص 101 .
(19) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 85 .
(20) د. سلمان بو ذياب ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 2003 ، ص 67 .
(21) د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص 97-99 .
(22) ويبدو ان المشرع لم يقصر فكرة تغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية في قانون التجارة العراقي فقط ، بل سبق النص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون النقل العراقي رقم 80 لعام 1983 والتي نصت على انه (تغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية) .
(23) انظر د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات – نظرية العقد – مطبعة نوري ، القاهرة ، 1943 ، ص158 . انظر في تفصيل ذلك اطروحتنا للدكتوراه : احمد صبري كاظم عبد السعدي - الحماية الصرفية لحامل السفتجة – دراسة مقارنة ، جامعة كربلاء ، 2020 ، ص 49 -56 .
(24) د. هاني دويدار ، الاعمال التجارية بالقياس ، المصدر السابق ، ص 9 .
(25) د. هاني دويدار ، القانون التجاري ، المصدر السابق ، ص44 . انظر ايضا ، د. محمد صالح بك ، القانون التجاري المصري ، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده ، مصر ، 1938 ، ص 37 .
(26) انظر د. عبد السلام ذهني بك ، في القانون التجاري ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، 1927 ، ص 109 .
(27) د. علي الزيني ، اصول القانون التجاري – النظرية العامة وعقد البيع ، الجزء الاول ، مطبعة الاميرية ببولاق ، القاهرة ، 1935 ، ص 135 .
(28) د. محمد صالح بك ، المصدر السابق ، ص 53 .

(29) كان احد الفقهاء متخوفا من اتساع نطاق القانون التجاري ، لسبب ان المشرع الفرنسي آنذاك لم يضع معيارا لماهية الاعمال التجارية بالتبعية ، عند ذكره لتعهدات التجار، انظر د. علي الزيني ، المصدر السابق ، ص135.

(30) فقد ادلى المشرع بدلوه وذلك باستبعاد نظرية الاعمال التجارية بالتبعية في الاسباب الموجبة لقانون التجارة العراقي ، اذ صرح " فإن القانون لم يشأ ان يأخذ بنظرية العمل التجاري التبعي والتي تجعل من بعض الاعمال التي يقوم بها التاجر والمرتبطة بتجارته عملا تجاريا " . فالمشرع لم يأخذ بالأعمال التي تصدر من التاجر والمتعلقة بتجارته ، فكيف بالأعمال التي لم تتعلق بتجارته . فضلا عن عدم معرفة الضابط المحدد لما يدخل بتجارته وما يخرج منها .

(31) انظر د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص 146 .

(32) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة العراقي .

(33) انظر في تفصيل ذلك ، د . علي الزيني ، المصدر سابق ، ص 67 .

(34) انظر في تفصيل ذلك ، د . عبد السلام ذهني بك ، المصدر السابق ، ص31 .

(35) د. علي الزيني ، المصدر السابق ، ص 67 . انظر أيضا د . محمد صالح بك ، المصدر السابق ، ص33.

(36) انظر في تفصيل ذلك ، د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص 18 .

(37) انظر د . رحيم كاظم حسن الشرع ، د. محمد حسن رشم ، التخطيط الاقتصادي ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، 2015 ، ص 15 .

(38) فقد تبنى هذا المنهج المشرع العراقي في قانون التجارة السابق رقم (149) لعام 1970 في المادة السادسة منه ، وهو الحال ذاته بالنسبة الى المشرع المصري اذ اشار الى ذلك بنصٍ صريح في المادة السابعة من قانون التجارة لعام 1999 .

(39) يذهب البعض الى ارجاع اساس القانون التجاري الى الاعراف التجارية ، لسبب ان التقنين دائما يكون لاحقا للأحداث ، انظر د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص35 . وهو في ذلك يعكس منطق سليم الى حد بعيد ، وبهذا الرأي انظر ج – ريبير – ر. روبلو ، المطول في القانون التجاري ، ترجمة منصور القاضي ، المجلد الاول، الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، 2007 ، ص17.

(40) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، علم اصول القانون ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، 1936 ، ص74 .

(41) د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص 34 .

(42) انظر الاسباب الموجبة لقانون التجارة العرقي .

(43) فالمعاملات التجارية كانت محكومة بقواعد قانون التجارة البرية العثماني 1850 والذي استوحى نصوصه من قانون التجارة الفرنسي ، انظر د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص 32 ، وانظر ايضا د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص 12 .

(44) د. عبد السلام ذهني بك ، المصدر السابق ، ص 32 .

(45) عرفت المادة 13 من قانون التجارة العراقي الاسبق رقم 60 لعام 1943 المضاربة بانها " هي توخي الكسب بطريقة تداول المعاملات سواء اكان الشخص تاجرا او غير تاجر وتتألف المضاربة من عمليتين مفترقتين تجريان على المضارب به وتؤديان اما الى خسار يتجنبه المضارب او ربح يسعى اليه وهي الغاية المتوخاة من المضاربة ويجب على كل حال ان يقصد المضارب اجراء هاتين العمليتين بالتعاقب منذ الابتداء " .

(46) د. اكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1966 – 1967، ص 56 . انظر ايضا المعنى ذاته د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص61 ، د. باسم محمد صالح ، المصدر سابق ، ص 33 ، د. علي الزيني ، المصدر السابق ، ص 70 .

(47) انظر د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص 72 ، انظر ايضا

JEAN VAN RYN : PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL , TABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT , Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques , 67, RUE DE LA RÉGENCE , 1 9 5 4 , p 15 .

(48) د. اكرم ياملكي ، المصدر سابق ، ص 56 . انظر ايضا د. سميحة القليوبي ، المصدر سابق . ص 62 ، د. باسم محمد صالح ، المصدر سابق ، ص 33 ، انظر ايضا :

JEAN VAN RYN, op cit, p 63 .

(49) انظر نص المادة 6 من قانون التجارة العراقي .

(50) د. مصطفى كمال طه ، مبدئ القانون التجاري ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1962 ، ص30 .

(51) د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص 34 .

(52) د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص 63 .

(53) د. محمد السيد الفقي ، مبادئ القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت – لبنان ، 2002، ص34.

(54) د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص 71 ، في حين ان المشرع العراقي قد جعل الصناعة عملا تجاريا وذلك في الفقرة رابعا من المادة الخامسة من قانون التجارة .

(55) د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص 35 .

(56) د. اكرم ياملكي ، المصدر السابق ، ص 57 .

(57) انظر المادة 6 من قانون التجارة العراقي .

(58) د. مصطفى كمال طه ، المصدر السابق ، ص31 .

(59) انظر د. اكرم ياملكي ، المصدر سابق ، ص 55 .
(60) د. محمد السيد الفقي ، المصدر سابق ، ص36 .
(61) انظر د. باسم محمد صالح ، المصدر سابق ، ص 36 .
(62) انظر د. فريد العريني ، المصدر سابق ، ص 74 .
(63) انظر د. سميحة القليوبي ، المصدر سابق ، ص 65 .
(64) د. فريد العريني ، المصدر سابق ، ص 74 .
(65) انظر د. محمد السيد الفقي ، المصدر سابق ، ص 35 .
(66) د. اكرم ياملكي ، المصدر سابق ، ص 55 .
(67) نصت الفقرة اولا من المادة 7 من قانون التجارة العراقي على انه " يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون " .
(68) د. محمد السيد الفقي ، المصدر سابق ، ص35-36 .
(69) انظر في تفصيل ذلك ، د. باسم محمد صالح ، المصدر سابق ، ص 37 .
(70) د. اكرم ياملكي ، المصدر سابق ، ص 54 .
(71) يذهب الدكتور باسم محمد صالح الى ان " وضع ضابط دقيق ومحدد للعمل التجاري ليس بالأمر اليسير ، ولعل السبب في ذلك كما نرى هو التطور الاقتصادي السريع في الواقع المعاصر والذي انعكست اثاره على الهيكل القانوني برمته " المصدر سابق ، ص 37 - 38 .
(72) د. هاني دويدار ، المصدر سابق ، ص 460 -464 ،
(73) د. سميحة القليوبي ، المصدر سابق ، ص 63 .
(74) كقانون النقل العراقي رقم 80 لعام 1983 ، وقانون الشركات العراقي رقم 21 لعام 1997 المعدل ، وقانون الاثبات رقم 107 لعام 1979 المعدل .
(75) فالأسباب الموجبة لهذا القانون وورقة العمل المقدمة من وزارة العدل تشير الى ان النظام السياسي الاشتراكي للدولة يحتم " إجراء تغيير حاسم وشامل في التشريعات السابقة وإقامة دولة عصرية ذات سلطة ثورية تسعى إلى بناء مجتمع اشتراكي منسق " .
(76) يراد بالتخطيط الاشتراكي بانه " العمل الذي تقوم به الدولة من خلال السعي الى حصر كافة الموارد المادية والمالية والبشرية واستخدامها بشكل كفء من اجل تحقيق الاهداف المرسومة " انظر د. رحيم كاظم حسن الشرع ، د. محمد حسن رشم ، المصدر السابق ، ص15 .
(77) وهذا التوجه نلاحظه بقوانين اخرى صدرت تطبيقا لمبادئ قانون اصلاح النظام القانوني، اذ نصت الفقرة الثالثة من المادة الاولى من قانون النقل على انه ((المساهمة في تحقيق متطلبات خطط التنمية القومية)) ، في حين نصت المادة الثانية منه على انه ((يقوم هذا القانون على الاسس الاتية: اولا – توحيد القواعد التي تحكم النقل. ثانيا – تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية. ثالثا – ضمان قيام القطاع الاشتراكي بقيادة وتوجيه نشاط النقل)) .
(78) بيد انه يجب ملاحظة ان التعارض الحاصل باعتماد القصد التجاري والتعداد الحاصل للأعمال التجارية ، يحتاج لحل قانوني ، ونعتقد بان الحل يمكن في اعادة النص على ان التعداد الوارد في المادة الخامسة من قانون التجارة وارد على سبيل المثل ، ورفع النص الذي يشير الى ان ايرادها على سبيل الحصر ، وبذلك يكون قد تم التحرر من الصفة الاشتراكية لقانون التجارة ، خاصة وان الدستور العراقي لعام 2005 قد نص في المادة (25) منه على انه ((تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته)) ، فالمعنى المراد من الاصلاح الاقتصادي يتمثل بالتحرر من الصفة الاشتراكية التي طغت على اغلب القوانين الاقتصادية .
(79) د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص 63 .
(80) د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد، 1973 ، ص 466 .
(81) انظر المادة 77 من قانون الاثبات العراقي .
(82) د. فريد العريني ، المصدر السابق ، ص57 .
(83) تبنى هذا المبدأ قانون التجارة البرية اللبناني لعام 1942بنصٍ صريح في المادة 254 والتي نصت على انه (ليس اثبات العقود التجارية خاضعا مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز مع الاحتفاظ بالاستثناءات الناتجة عن الاحكام القانونية الخاصة اثبات العقود المشار اليها بجميع طرق الاثبات التي يرى القاضي وجوب قبولها بحسب العرف والظرف) .

المصادر.

اولًا / الكتب والبحوث باللغة العربية .

1- إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد ، المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، دون مكان نشر ، 2008 .
2- احمد صبري كاظم عبد السعدي ، الحماية الصرفية لحامل السفتجة – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2020 .
3- احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، القاهرة ، 2008 .
4- د. اكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1966 – 1967، ص 56 .

5- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 .
6- ج – ريبير – ر. روبلو ، المطول في القانون التجاري ، ترجمة منصور القاضي ، المجلد الاول، الطبعة الاولى ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، 2007 .
7- د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات – نظرية العقد – مطبعة نوري ، القاهرة ، 1943.
8- د. رحيم كاظم حسن الشرع ، د. محمد حسن رشم ، التخطيط الاقتصادي ، الطبعة الاولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، 2015.
9- د. رفيق يونس المصري ، اصول الاقتصاد الاسلامي ، الطبعة السادسة ، دار القلم – دمشق ، 2012 .
10- د. سلمان بو ذياب ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 2003 .
11- د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 .
12- د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 .
13- د. طالب حسن موسى ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الثانية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976 .
14- عبد الحليم غربي ، قياس توزيع الارباح في بنوك المشاركة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة فرحات عباس -سطيف - ، 2006-2007.
15- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
16- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، علم اصول القانون ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، 1936 .
17- د. عبد السلام ذهني بك ، في القانون التجاري ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، 1927 .
18- د. عبد المجيد الحكيم ، أ عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، دون مكان نشر ، دون سنة نشر.
19- د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد، 1973 .
20- د. علي الزيني ، اصول القانون التجاري – النظرية العامة وعقد البيع ، الجزء الاول ، مطبعة الاميرية ببولاق ، القاهرة ، 1935.
21- د. فريد العريني ، القانون التجاري اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، 2000 .
22- د. محمد السيد الفقي ، مبادئ القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت – لبنان ، 2002 .
23- د. محمد صالح بك ، القانون التجاري المصري ، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده ، مصر ، 1938 .
24- محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، الطبعة الثانية ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 1988 .
25- د. هاني دويدار ، الاعمال التجارية بالقياس ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2003 .
26- د. يوسف البستاني ، د. علي شعلان عواضة ، الوافي في اساسيات قانون التجارة والتجار ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2011 .

ثانيًا / الكتب باللغة الاجنبية :

1- JEAN VAN RYN : PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL , TABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT , Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques , 67, RUE DE LA RÉGENCE , 1 9 5 4.
2- LYON-CAEN et Renault , Traité du droit commercial, T.I, .

ثالثًا / القوانين .

1- قانون التجارة العراقي الاسبق رقم (60) لعام 1943 .
2- قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لعام 1970 .
3- وقانون الاثبات رقم 107 لعام 1979 المعدل .
4- قانون النقل العراقي رقم 80 لعام 1983.
5- قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لعام 1984 .
6- قانون الشركات العراقي رقم 21 لعام 1997 المعدل .
7- الدستور العراقي لعام 2005.
8- قانون التجارة المصري رقم (17) لعام 1999
9- لقانون التجارة الاردني رقم (12) لعام 1966
10- قانون التجارة البرية اللبناني لعام 1942.
11- القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المعدل لعام 2018.
12- قانون التجارة الفرنسي لعام 1807 المعدل لعام 2018 .