محاضرات القانون التجاري
المحاضرة الثالثة
مصادر القانون التجاري

من المعروف أن للقانون التجاري، شأنه شأن باقي فروع القانون، مصادر ينبغي الرجوع إليها لمعرفة الحكم الواجب تطبيقه على المنازعة ، إلاّ أن قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ اختط منهجاً مغايراً لمنهج سلفه قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠، إذ لم يتضمن القانون الحالي أية أحكام بشأن المصادر التي يستقي منها القاضي الحكم عند نظره في المنازعات التجارية التي تثار بين الأشخاص باستثناء ما أشار إليه في الفقرة ثانياً . المادة ٤ من أنه " يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر " [١] خلافاً لما حدده قانون التجارة الملغي من أحكام بشأن مصادر هذا القانون ، وما هو الترتيب الذي يتبعه القاضي عند تعدد هذه المصادر . ومما لا شك فيه أن مثل هذا الابتسار في معالجة موضوع مصادر القانون من شأنه أن يثير العديد من الأسئلة ، ومنها ما هي المصادر التي يمكن للقاضي الرجوع إليها في الفصل في المنازعات المعروضة عليه ؟ وما هي القاعدة التي ينبغي على القاضي تقديمها على غيرها في حال تعدد المصادر التي تحكم موضوع النزاع ؟ سنحاول الإجابة على التساؤل الأول المتعلق بتحديد مصادر القانون التجاري العراقي في (مطلب أول) على أن نبحث بعد ذلك في مشكلة أولوية تطبيق مصادر القانون التجاري (مطلب ثانٍ) .

المطلب الأول : مصادر القانون التجاري العراقي

تتمثل مصادر القانون التجاري العراقي بالمجموعة التجارية (فقرة أولاً) والمجموعة المدنية (فقرة ثانياً) والعرف (فقرة ثالثاً) ونتولى بيانها تباعاً :

الفقرة أولاً: المجموعة التجارية

تضم هذه المجموعة طائفة واسعة من القواعد القانونية التي تنظم المعاملات التجارية، وهي تتمثل بما يأتي :

أولاً: الأحكام الواردة في قانون التجارة والقوانين الملحقة به أو المكملة له .

---

[١] نصت المادة الثانية من قانون التجارة الأسبق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ على أن ١- " تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد اتفاق سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري . ويرجح العرف الخاص أو المحلي على العرف العام .

٢- فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني .

٣- لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة " .

ثانياً: أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتجارة .

ثالثاً: الأنظمة والتعليمات التي تصدر عن السلطة التنفيذية والمتعلقة بتنظيم شأن من شؤون التعامل التجاري .

ونبين هذه المصادر تباعاً :

أولاً: الأحكام الواردة في قانون التجارة والقوانين المكملة له أو الملحقة به

تُعدُّ الأحكام الواردة في قانون التجارة أهم مصادر القانون التجاري بما تضمه من قواعد عامة تتعلق بشؤون النشاط التجاري على وجه العموم . ويضم قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ٣٢٣ مادة . وهو مقسّم على خمسة أبواب موزعة بالشكل الآتي :

الباب الأول : أسس القانون ونطاق سريانه .

الباب الثاني : الأعمال التجارية والتاجر .

الباب الثالث : الأوراق التجارية .

الباب الرابع : العقود التجارية والعمليات المصرفية .

الباب الخامس : البيوع الدولية .

إلاّ أن القانون أعلاه ، وإن كان ألغى أحكام قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ، إلاّ أن المادة ٣٢١ منه نصت على بقاء الباب الخامس من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ المتضمن أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه (المواد ٥٦٦-٧٩١) لحين تنظيم أحكام الاعسار بقانون .

ولا تقتصر أحكام المجموعة التجارية على الأحكام الواردة في قانون التجارة ، وإنما يدخل بضمنها الأحكام التي تقررها القوانين المكملة أو الملحقة بقانون التجارة ، التي تنظم نشاطاً محدداً من الأنشطة التجارية عندما تستدعي الحاجة إلى تنظيم أحكام هذا النشاط بقواعد خاصة، فعلى سبيل المثال كان قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ ينظم أحكام عقد النقل ضمن أحكام العقود التجارية ، إلاّ أن المشرّع العراقي . وإدراكاً منه لأهمية النقل كأحد أبرز الأنشطة التجارية التي تتعلق بحياة الأفراد . أصدر قانوناً خاصاً بالنشاط المذكور هو قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ . وكذلك قد يستدعي التطور العلمي . ولاسيّما في ظل الثورة العظيمة التي يشهدها عالمنا المعاصر في ميدان الاتصالات وشيوع استخدام الحاسب الآلي بوصفه ضرورة من الضرورات الملازمة لمجمل الأنشطة الإنسانية ، وبضمنها النشاط التجاري . إصدار قوانين جديدة تنظم مثل هذه الأنشطة ، وهذا ما حصل بالفعل ، إذ أصدر المشرّع العراقي أخيراً قانوناً للتوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بالرقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ . ويلاحظ على المجموعة

التي تضم القوانين المكملة أو الملحقة بقانون التجارة أنها تضم طائفة واسعة من القوانين [٢] ، وهذه القوانين في اتساع مستمر بفعل تدخل المشرّع المستمر في تنظيم ما يستجد من صور التعامل التجاري بقواعد قانونية.

ثانياً: أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتجارة

سبقت الإشارة إلى أن أحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة تُعدُّ مصدراً من مصادر القانون التجاري . وقد انضم العراق منذ تأسيس الدولة العراقية إلى العديد من المعاهدات والاتفاقيات التي نظمت بعض أنواع النشاط التجاري ، بل أنه عمل على تقنين بعض أحكام المعاهدات ضمن أحكام قانون التجارة ، كما هو الحال في تنظيم أحكام الأوراق التجارية ضمن قواعد القانون المذكور والمأخوذة عن اتفاقية جنيف للقانون الموحد للأوراق التجارية لعام ١٩٣٠ وعام ١٩٣١.

ثالثاً: الأنظمة والتعليمات التي تصدر عن السلطة التنفيذية والمتعلقة بتنظيم شأن من شؤون التعامل التجاري

من المعروف أن التشريع الذي يصدر عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة يتضمن في كثير من الأحيان تفويضاً إلى السلطة التنفيذية بإصدار أنظمة أو تعليمات بقصد تيسير تطبيق أحكام هذا التشريع ، أو تفصيل الإجراءات الواجب اتخاذها بشأن تنفيذه ، وقد أضحت مثل هذه الظاهرة أمراً مألوفاً في نطاق الأنشطة التجارية ، بل أمراً ضرورياً لمواجهة ما يستجد من أوضاع جديدة [٣] . إلاّ أنه يجب التنبيه إلى أمر في غاية الأهمية بصدد ما تقرره هذه الأنظمة أو التعليمات من قواعد ، وهو غياب الحدود الفاصلة أحياناً ، بين ما تضعه هذه

---

[٢] نذكر منها على سبيل المثال قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل أحكامه بموجب الأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ ، وقانون الاستثمار الصناعي رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٨ وقانون الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ ، وقانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ ، وقانون الاستثمار الأجنبي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، وقانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ ، والقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ إلى غير ذلك من قوانين .

[٣] فعلى سبيل المثال ، فإن مجمل القواعد التي تحكم التعاملات التي تتم في سوق العراق للأوراق المالية هي عبارة عن أنظمة أو تعليمات قامت بوضعها الجهة المشرفة على عمل السوق المذكور . الهيئة العراقية للأوراق المالية . التي تمارس اختصاصاتها على وفق القواعد التي قررها القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ ، ولا يقتصر الأمر على العراق فحسب ، بل أن = =القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية في أغلب الدول تعهد إلى الجهة المشرفة على عمل السوق صلاحية إصدار مثل هذه التعليمات أو الأنظمة بقصد تنظيم العمل في السوق المذكور ، كما هو الحال بالنسبة للصلاحيات الممنوحة في القانون الفرنسي للجنة عمليات البورصة COB أو الهيئة العامة لسوق المال بمقتضى قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

الأنظمة والتعليمات من قواعد ، وبين ما يمكن أن تتصدى له أو تنظمه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، إذ أن من الملاحظ أن بعض هذه الأنظمة أضحت تقرر قواعد موضوعية تتعلق بمراكز أو أوضاع قانونية كان ينبغي أن يتصدى المشرّع لتنظيمها من دون أن يترك تنظيمها لمثل هذه القواعد [٤] .

الفقرة ثانياً: المجموعة المدنية

تتمثل بقواعد القانون المدني والقوانين المدنية الخاصة، إذ أشارت المادة (٤) من قانون التجارة إلى تطبيق قواعد القانون المدني عند عدم وجود نص خاص في قانون التجارة أو أي قانون تجاري خاص آخر.

الفقرة ثالثاً: العرف

كان قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ . وكما سبقت الإشارة . يُعدُّ العرف مصدراً من مصادر القانون التجاري [٥] ، إلاّ أن قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ اتخذ موقفاً مغايراً من القانون السابق بإغفاله الإشارة إلى العرف كأحد المصادر التي ينبغي الرجوع إليها لحسم المنازعات التجارية . فما هي الأسباب التي دعت المشرّع العراقي إلى اتخاذ مثل هذا الموقف ؟ وهل إن الإغفال المذكور من شأنه أن يهدر قيمة العرف بوصفه أحد المصادر المهمة في تنظيم المعاملات التجارية ؟ فيما يتعلق بالتساؤل الأول ، فإن الأسباب التي دعت إلى الإغفال المتعمد للعرف يمكن أن تتمثل بتقديرنا بكون أن نطاق تطبيق العرف بدأ يضيق شيئاً فشيئاً بفعل تفوق التشريع ، ورغبة المشرّع في الإحاطة . قدر الإمكان . بتنظيم مختلف الأوضاع أو التصرفات التي تهم حياة الأفراد ، ويشهد على ذلك وفرة النصوص التشريعية في العصر الحديث ، وقدرتها على الاستجابة لمقتضيات التطور الاجتماعي والاقتصادي ، ومن ثم فلا يبدو دقيقاً إدعاء البعض من الفقهاء بأن العرف هو أكثر قدرة على ملاحقة متطلبات الحياة التجارية القائمة على السرعة [٦] ، بل على العكس فأنَّ العرف . وهو مصدر بطيء التكوين . يحتاج إلى

---

[٤] يُنظر بهذا الصدد : النقد الموجه إلى بعض التعليمات الصادرة عن الهيئة العراقية للأوراق المالية التي نظمت عمل سوق العراق للأوراق المالية وما يجري فيه من تعاملات ، وكون البعض منها يدخل في صميم عمل المشرّع بما تنظمه من مراكز أو أوضاع قانونية .. مؤلفنا الأُطر القانونية لسوق الأوراق المالية سابق الإشارة إليه ، ص ١٨٤.

[٥] يُنظر : نص المادة الثانية من القانون المشار إليه أعلاه التي سبق ذكرها في موضع سابق ، ص ١٩.

[٦] يُنظر : الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٤.

مدة زمنية طويلة لكي يستقر العمل به فكيف يكون قادراً على ملاحقة متطلبات الحياة التجارية [٧] .

هذا ما يتعلق بالتساؤل الأول ، أما بشأن التساؤل الثاني المتعلق بالقيمة القانونية للعرف، بوصفه أحد مصادر القانون التجاري في ظل موقف القانون العراقي منه ؟ مع إقرار البعض من الفقهاء بالموقف المتشدد من المشرّع العراقي إزاء العرف ، إلاّ أن ذلك لا ينفي إمكانية الرجوع إليه كمصدر من مصادر القانون التجاري، ليس بالاستناد إلى القواعد الواردة في قانون التجارة، وإنما إلى القواعد الواردة في القانون المدني ، فالأخير هو " موطن القواعد العامة ويضم أحكاماً تسمح على الرغم من سكوت قانون التجارة بالرجوع إلى التطبيقات العملية " [٨] أي العرف ، إلاّ أن هذا الرجوع لا يكون إلاّ عند غياب النص التشريعي وعدم وجود قاعدة تشريعية مخالفة[٩] .

ولكن هل تسمح نصوص قانون التجارة بمثل هذا التصور ، أي بالرجوع إلى قواعد العرف بوصفها مصدراً من مصادر القانون التجاري استناداً إلى نصوص القانون المدني في ظل الموقف المتشدد [١٠] من العرف الذي قرره قانون التجارة الحالي؟ نرى أن مثل هذا الرجوع قد يمثل مخالفة لإرادة المشرّع الذي استبعد تطبيق القواعد العرفية بشكل واضح في نطاق المعاملات التجارية . ويقيناً أن مثل هذا الموقف يمثل تطرفاً وتشدداً غير مقبول من شأنه . في حال غياب النص التشريعي الذي ينظم الواقعة أو النزاع . أن يؤدي إلى تعطيل حسم المنازعات

---

[٧] إلاّ أن استجابة المشرّع لتنظيم الأوضاع الجديدة التي يفرزها التعامل هي لا تتحقق بشكل آني ، وإنما يتطلب الأمر أن يستقر العمل بهذه الأوضاع لمدة ما ، عندئذٍ يتدخل المشرّع لتنظيمها إن كان في ذلك مصلحة .

[٨] يُنظر : أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣ . ومن هذه القواعد "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .. المادة ١٦٣ مدني . وكذلك " العادة محكمة عامة كانت أو خاصة ، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها " المادة ١٦٤ مدني . وما نصت عليه المادة ١٧٤ مدني من أنه " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك من دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية .. " . وكذلك ما أشارت إليه المادة ١٧١ مدني والتي حددت سعر الفائدة في المعاملات المدنية بأربعة في المائة (٤%) وخمسة في المائة (٥%) في المسائل التجارية ، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخراً لسريانها ..

[٩] المصدر نفسه، ص ٢٣ وبالمعنى نفسه الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، إذ يرى بجواز تطبيق العرف استناداً إلى المادة الأولى من القانون المدني العراقي بدلالة الفقرة ثانياً من المادة ٤ من قانون التجارة الحالي الذي أشارت إلى تطبيق القانون المدني في حالة عدم وجود نص تشريعي في القانون المذكور أو أي قانون خاص آخر .. ص ٣٠.

[١٠] ويبرز هذا التشدد في إغفال القانون المشار إليه أعلاه استخدام لفظ العرف في جميع الأحكام التي قررها .

وإنكاراً للعدالة. ومن ثم فإن الرجوع إلى العرف يمثل أمراً لا بُدَّ منه لحسم النزاع وذلك عن طريق الشهادة الصادرة عن الغرف التجارية التي أوكل إليها القانون بمهمة " تحديد العرف والعادة السائدين في الشؤون التجارية ضمن المنطقة الجغرافية لاختصاصات الغرفة"[١١].

المطلب الثاني : مشكلة أولوية تطبيق مصادر القانون التجاري

يثير تعدد مصادر القانون التجاري خلافاً حول أولوية تطبيق بعض هذه المصادر وترجيح أي منهما قبل الآخر . وخلافاً للتعداد الملزم لمصادر القاعدة القانونية الوارد في القانون المدني [١٢]، فإن البعض من القوانين المنظمة للتجارة أشارت فحسب إلى هذه المصادر دون أن تبين أولوية أي منهما في التطبيق ، بينما أشارت قوانين أُخرى إلى وجوب مراعاة ترتيب معين في تطبيق هذه المصادر [١٣] ، ومع ذلك فليس هنالك ثمة اتفاق نهائي بين الفقه بشأن أولوية تطبيق هذه المصادر حتى في ظل وجود مثل هذا التحديد التشريعي .

وعلى أية حال فإنه يظهر من استقراء أحكام التشريعات وآراء الفقه أن هنالك اتجاهين في تحديد أولوية تطبيق مصادر القانون التجاري يقوم أولهما على تقديم النصوص التشريعية الواردة في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية على باقي المصادر المتمثلة بالعرف والمصادر التفسيرية [١٤] . بينما يقوم الاتجاه الثاني على تقديم أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين وجعله في مقدمة هذه المصادر وتليه نصوص المجموعة التجارية ، فقواعد الأعراف والعادات ، ثم نصوص المجموعة المدنية [١٥].

أما بشأن ترتيب مصادر القانون التجاري العراقي ، فإن البعض من شراح هذا القانون يذهب إلى إمكانية الأخذ بهذا التدرج :

١- القواعد الآمرة في قانون التجارة أو أي قانون خاص آخر .
٢- القواعد الآمرة في القانون المدني .
٣- أحكام الاتفاق بين المتعاقدين غير المخالف للقواعد الآمرة .

---

[١١] الفقرة ثانياً ، المادة ٧ من قانون اتحاد الغرف التجارية رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٩.

[١٢] المادة الأولى من القانون المدني العراقي .

[١٣] يُنظر على سبيل المثال : المادة الثانية من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي التي تقدّم ذكرها في موضع سابق ، وكذلك المادة الثانية من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[١٤] يُنظر : الدكتور عيد ، أدور ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩ وما بعدها ، الدكتور البسام ، أحمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣١ ، الدكتور البارودي ، علي ، الدكتور العريني ، محمد فريد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٧.

[١٥] يُنظر : الدكتور عبد الرحيم ، ثروت ، مصدر سبق ذكره ، الدكتور أبو صالح ، سامي عبد الباقي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٠ ، الدكتور مخلوف ، أحمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٩.

٤- الأحكام المفسرة في قانون التجارة أو أي قانون خاص آخر .

٥- الأحكام المفسرة في القانون المدني .

٦- قواعد العرف .

٧- مبادئ الشريعة الإسلامية من دون التقيد بمذهب معين .

٨- قواعد العدالة [١٦] بينما يشير البعض الآخر من الشراح إلى ترتيب آخر يختلف بعض الشيء عما ذكر أعلاه ، يعطي الأولوية إلى :

١- قواعد التشريع التجاري الآمرة أو المفسرة .

٢- القواعد الآمرة في المجموعة المدنية .

٣- قواعد القانون المدني المفسرة .

٤- قواعد التطبيق العملي (العرف) .

٥- قواعد الاتفاقات الخاصة [١٧].

والحق أن ثمرة الخلاف بين الرأيين المتقدمين . مع اتفاقهما على إعطاء بعض المصادر الأولوية في التطبيق . يتمثل في قيمة الاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين ، إذ يجعل الرأي الأول لهذه الاتفاقات أولوية على الأحكام المفسرة الواردة في قانون التجارة أو أي قانون خاص آخر، وكذلك تلك الواردة في القانون المدني وقواعد العرف ، بينما يجعل الرأي الثاني الاتفاقات المذكورة في مرتبة أخيرة بعد تلك المصادر .. والواقع أن تقديم الاتفاق الخاص بين المتعاقدين على القواعد المفسرة يجد تبريره في أن المشرّع هو الذي أجاز للأفراد الاتفاق على خلافها ، إلاّ أن هذا الجواز هو مشروط بعدم الاتفاق على الأخذ بخلافها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فينبغي بطبيعة الحال الأخذ بأحكام القواعد المفسرة كحلول ارتضاها المشرّع . أما بصدد ما يذهب الرأي الثاني من تقديم الأحكام المفسرة بغض النظر عن طبيعتها ، على أحكام الاتفاق الخاص فهو يستقيم إلى حدٍ ما مع الأُسس التي أشار إليها قانون التجارة الحالي من وجوب الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية[١٨] .

---

[١٦] أُستاذنا الدكتور ياملكي ، أكرم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣١ .

[١٧] أُستاذنا الدكتور صالح ، باسم محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٣-٢٤.

[١٨] وبرأينا المتواضع فإنه لا يجوز عدَّ الاتفاق الخاص مصدراً من مصادر القاعدة القانونية بالمعنى الدقيق لهذا اللفظ ، فهذا الاتفاق هو مجرد واقعة يقتصر أثره على تنظيم العلاقة بين الطرفين وإذا كان من الواجب احترام أحكامه إلاّ أن تطبيقه على أطرافه ، يستنفذ مفعوله . إن صحَّ التعبير . بينما تطبق القاعدة القانونية على عدد غير محدود من الوقائع والتصرفات سواء في الحال أو المستقبل ، فضلاً عن أن القاضي هو ملزم بمقتضى القواعد العامة بتطبيق أحكام الاتفاق الخاص لتحديد طبيعة الالتزامات الناشئة عنه ، ومن ثم فإن الإشارة إلى الاتفاق بوصفه مصدراً . مع ما تقدم ذكره . يعد تزييداً لا موجب له .