ثالثاً : الأهلية التجارية

لا يمكن للشخص الطبيعي كقاعدة عامة أن يلتزم قانوناً إلا إذا كان أهلا للتعاقد فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص في أحداث الأثر القانوني . وبما ان الأعمال التجارية نوع من التصرفات القانونية فأنه يجب لمن يباشر أن يتمتع بالأهلية اللازمة لها . وعلى هذا لا يكتسب الشخص صفة التاجر ما لم تتوافر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية . وبما أن الأهلية ترتبط بالتمييز والإرادة وأن كلاً من التميز والإرادة تتأثر بالسن وبما يعترضها من عوارض – عوارض لأهلية – قد يؤدي أما الى نقصان في الأهلية أو تعدمها حتى بعد كمال التمييز فإنه من اللازم أن نتعرض بنقاط ثلاثة لكامل الأهلية ، وغير المميز (الصغير) وأخيراً لناقص الأهلية .

أ- كامل الأهلية :

لم يحدد قانون التجارة سناً معينة للأهلية التجارية . إذ تنص المادة الثامنة من القانون المذكور على أنه : " يشترط في التاجر أن يكون متمتعاً بالأهلية ... " ومن الواضح أن حكم هذا النص إنما جاء طبقاً للمبادئ التي قررها قانون اصلاح النظام القانوني عند رقم 35 لسنة 1977 التي تقرر : " توحيد الحكام المتعلقة بالأهلية في المسائل المدنية والتجارية وصوغها في القانون المدني ابتغاء التنسيق فيما بين المسائل المتشابهة " . عليه والحالة هذه إذن الرجوع الى أحكام القانون المدني الخاصة بالأهلية وبمقتضى نص المادة 106 من القانون المدني أن : " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة " . ولابد من الإشارة هنا الى أن المشرع العراقي يفرق بهذا الصدد بين الأجنبي والعراقي في تعاطي التجارة . فلا يحق لأجنبي ممارسة النشاط التجاري إلا وفق القواعد الخاصة التي يقررها قانونه الشخصي La Loi nationale أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته . فأهلية الأجنبي لا تخضع لقانون الموطن La Lon du domicile . وإنما تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته . غذ تقرر الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشرة من القانون المدني أنه : " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته " ومع ذلك فإن المشرع العراقي يورد استثناء بهذا الخصوص هو : " في حالة التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً

ناقص الأهلية وكان أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية " . ويتفق الرأي على أن من جملة الأسباب الخفية التي ينصرف إليها مفهوم النص أن يكون الأجنبي مثلاً " محجوراً عليه لعارض من عوارض الأهلية التي أنشأها قانونه الشخصي " . أو أن القانون الأجنبي يحدد لبلوغ الرشد سناً أعلى من تلك التي حددها القانون العراقي ففي مثل هذه الفرضيات يعتبر الأجنبي المتعاقد مع العراقي كامل الأهلية اللهم إلا إذا ثبت سوء نية من تعاقد من الأجنبي . بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون الموطن وليس قانون جنسية الأجنبي . ويبرر هذا الاستثناء كما يرى بعض الفقه بمعطيات متعددة أهمها أن " فرض العلم لا يلازم القانون الأجنبي كما يلازم القانون الوطني " وعليه ينزل " الأول من مرتبة القواعد القانونية الى مرتبة الوقائع " وأن من الضروري حماية مصلحة وحقوق المتعاقد والوطني وعدم الإخلال باستقرار التعامل . على أنه يجب أن لا يستخلص مما تقدم بأن توفر شرط الأهلية لوحده في الأجنبي يمكنه من ممارسة النشاط التجاري في العراق إذ يجب فوق ذلك وبحكم القانون أن يحصل الأجنبي الذي يرغب المتاجرة في العراق على إذن وموافقة الجهة الإدارية المختصة في القطر ، وأن لا يتعارض نشاطه التجاري فوق ذلك مع متطلبات خطط التنمية . إذ يقرر الشطر الثاني من المادة الثامنة من قانون التجارة أنه " ويجوز لغير العراقي أن يمارس العمل التجاري وفقاً لمتطلبات خطة التنمية وبإذن من الجهة المختصة " ودون الإخلال أيضاً بالقواعد الواردة في القوانين الأخرى التي تنظم مزاولة العمل والمهن في العراق كقانون العمل مثلاً . وإذا كانت القاعدة أن أتم الثامنة عشرة سنة ولم يتأثر بعوارض الأهلية . يكون كامل الأهلية وأهلاً للإتجار فإن القانون العراقي يعتبر من جهة أخرى واستثناء أن من أتم الخامسة عشرة من العمر وكان متزوجاً في هذه السن ، في مرتبة كامل الأهلية فبمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 أنه : " يعتبر من أكمل الخامسة عشرة تزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية " . وعلى هذا فإن بإمكان المتزوج بهذه السن بإذن من القضاء أن يمارس جميع صور النشاط التجاري دون استثناء أو تمييز شأنه في ذلك شأن البالغ سن الرشد المقرر قانوناً . هذا ولا مجال للتميز في الحكم عندنا – في التشريع التجاري أو المدني – بين الرجل والمرأة بصدد الأهلية اللازمة لتعاطي التجارة .

فيحق للعراقية متى ما أتمت الثامنة عشرة متزوجة كانت أم غير متزوجة احتراف النشاط التجاري واكتساب صفة التاجر . ولا يعتبر هذا الحكم في الواقع إلا تطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء التي اعترفت للزوجين عند الزواج باستقلال مالي تام عن الآخر واحتفاظ كل منهما بملكيته لأمواله وإدارتها بحرية واستقلال كاملين .إلا أن الأمر يختلف من جهة أهلية ممارسة الأجنبية المتزوجة للتجارة في العراق . فبالإضافة للشروط التي ذكرناها آنفاً – حصول الإذن من الجهة المختصة في العراق وأن يكون النشاط التجاري ملائماً لمتطلبات خطة التنمية – فإنه يجب الرجوع الى قانونها الشخصي لتحديد مدى أهليتها لممارسة التجارة فإذا كان ذلك القانون يمنحها كامل الحرية لممارسة التجارة كان لها أن تمارسها في العراق أما إذا كان قانون جنسيتها يقيدها بوجوب الحصول على إذن من الزوج أو من غيره – كإذن القضاء مثلا – وجب استفياء تلك الشروط لتتمكن من تعاطي التجارة في العراق . ولابد فيما إذا استوفيت هذه الشروط من تسجيلها في السجل التجاري لغرض إشهارها لكي تسري بحق الغير . وإذا طرأ أي تعديل عليها فإنه يلزم أيضاً تأشير ذلك التعديل وإشهاره كي يمكن الاحتجاج به على الغير . والواقع أن من شأن التسجيل والإشهار لهذه القيود الكشف للغير أولا عن مدى حرية الأجنبية في التعاقد وعن مدى ضمان الدائنين على أموال مدينهم من جهة أخرى ، وفيما إذا كانت الأجنبية المتزوجة قد تزوجت وفقاً لنظام انفصال الأموال La separation de biens أو اختلاط الأموال La Communaule Legale

2. الصغير غير المميز Le mineur non – emancipe

الصغير غير المميز (ويلحق بحكمه المحجوز عليه) لا يمكنه إطلاقاً مباشرة النشاط التجاري . وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً . ومع ذلك فقد يؤول للصغير غير المميز (ممن لا يجوز له الإذن) عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية ، ملكية محل تجاري أو حصة في مشروع تجاري فهل يجوز الاستمرار في النشاط التجاري المترتب على استغلال الملكية للصغير ؟ تعرض قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983 لهذه الحالة بصورة غير مباشرة . فبمقتضى نص المادة 67 منه :

" إذا توفي المساهم في الشركة المساهمة والمحدودة انتقلت ملكية أسهمه الى ورثته بحسب أنصبتهم في القسام الشرعي .. " " وتقرر الفقرة الأولى من المادة 70 أنه : " إذا توفي الشريك في الشركة التضامنية تستمر الشركة مع ورثته . أما إذا عارض الوارث من يمثله إن كان قاصراً أو سائر الشركاء الآخرين أو حال دون ذلك مانع قانوني فإن الشركة تستمر بين الشركاء الباقين ولا يكون للوارث إلا نصيب مورثه في أموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع إليه نقداً . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد وذلك من حقوق للشركة إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة وفي كل الأحوال يجب تعديل عقد الشركة بما يتفق ووضعها الجديد أو تحويلها الى مشروع فردي إذا لم يبق غير شريك واحد " وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه : " إذا توفي مالك الحصة في المشروع الفردي وأن له أكثر من وارث يرغب في المشاركة فيها ولم يكن هناك مانع قانوني . وجب تحويله الى أي نوع آخر من الشركات المنصوص عليها في هذا القانون " وعلى هذا فإنه يجوز إذن الاستمرار في النشاط التجاري في حالة تملك الصغير غير المميز حصة في مشروع تجاري (شركة تجارية) على أن يكون للصغير نائباً عنه ، وبشرط أن يكون في الاستمرار بالنشاط التجاري تحقيق مصلحة الصغير . ولابد من التنويه هنا الى أن قانون الشركات التجارية الملغى رقم 31 لسنة 1957 ومن خلال نص المادة 216 كان يقرر بأنه : " يجوز إذا ورث الصغير حصة في شركة تضامن استمرار الشركة معه على أن يعتبر شريكاً موصياً (غير متضامن) ولا يسأل عن التزمات الشركة إلا في حدود الحصة التي ورثها " . وطبقاً لأحكام شركة التوصية في القانون المذكور فإن الصغير لا يعد تاجراً رغم استمرار النشاط التجاري ولا يعد مسؤولا إلا في حدود الحصة التي يملكها . أما إذا كان الملكية التي آلت للصغير عن طريق الإرث هي ملكية فردية محضة (ملكية محل تجاري) فإنه لا يمكن الاستمرار في الاستغلال التجاري أو إيقافه إلا بناء على قرار من مديرية رعاية القاصرين يستند في الحالتين على الظروف التي فرضها مصلحة الصغير L، interet de mineueur فللمديرية المذكورة هنا سلطة تقديرية أساسها التحري عن مصلحة الصغير . وعلى ضوء تلك المصلحة تقرر إما الاستمرار في الاستغلال التجاري أو إيقافه وتصفية تلك الملكية . ويستشف ذلك من أحكام قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 إذ تقرر الفقرة الأولى

والفقرة الثانية من المادة 78 على أن طلب تملك المال المنقول من قبل أحد الورثة الكبار أو طلب من يقوم مقام القاصر تمليك القاصر مالاً منقولاً في تركه لا يمكن أن يتخذ قرار بشأنه إلا إذا لم يوجد في ذلك ضرر للقاصر . وإذا تقرر أن مصلحة القاصر تستوجب الاستمرار بالاستغلال التجاري فإنه يجب أن يعين عندئذٍ نائباً عن القاصر وللقضاء في نفس الوقت ، وحسب مقتض الحال ، أن يمنح النائب تفويضاً مطلقاً أو مقيداً بالأعمال التي يفرضها الاستغلال التجاري على أن يؤخذ بنظر الاعتبار القيود المقررة في نص المادة الثالثة والأربعين من قانون رعاية القاصرين . فلا يجوز مثلاً للولي أو الوصي أو القيم مثلاً مباشرة " حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين " أو " الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر " إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة . " الفقرتان الثالثة الرابعة من المادة الثالثة والأربعين من قانون رعاية القاصرين " بيد أن للقضاء سحب التفويض الممنوح للنائب أو تقييده إذا تبين أن إدارة النائب تؤدي الى الإضرار بمصلحة الصغير . على أن لا يخل القرار المتخذ بالحقوق التي اكتسبها الغير الحسن النية . ومهما يكن من أمر وأيا كان رأي القضاء فإنه يجب حسب تقديرنا تسجيل القرار المتخذ بشأن الصغير في السجل التجاري والحكمة من عملية التسجيل هي ضمان لحقوق القاصر ولحقوق المتعاملين ابتداء مع من يمثل القاصر وذلك لأن عملية التسجيل في السجل التجاري ما هي في الواقع إلا عملية إشهار يتم من خلالها التعريف بمسؤولية القاصر المحدودة . وإذا كان من الممكن الاستمرار في استغلال الملكية التجارية للقاصر . فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الآثار التي تترتب على استغلال النائب لهذه الملكية . هل يكتسب النائب أم القاصر صفة التاجر ؟ الأصل في القواعد العامة أن جميع آثار التصرفات التي يقوم بها الوكيل أو النائب تنصرف الى ذمة الأصيل المالية ويلزم بها وبما أن تصرفات النائب في استغلاله للملكية التجارية تنصرف الى ذمة الصغير المالية فإنه لا يترتب على ذلك الاستغلال اكتساب النائب عن الصغير لصفة التاجر طالما أنه يزاول العمل التجاري باسم ولحساب شخص آخر ، وصفة التاجر تقتضي كما قدمنا تعاطي العمل التجاري باسم الشخص نفسه ولحسابه الخاص . عليه لا يمكن أن يكتسب النائب عن الصغير صفة التاجر . أما الصغير فإنه يكتسب صفة التاجر لكونه أصيلاً ، ولو أن بعض الاجتهادات الفقهية تذهب الى عدم اعتبار الصغير تاجراً لنقص في أهليته ولأن قواعد الأهلية

تتعلق بالنظام العام . لأن من الواضح أن جميع التصرفات التي يقوم بها النائب لا تنصرف إلا لذمة الصغير المالية . وسوف يكون من غير المنطقي أيضاً عدم اعتبار أي منهما تاجراً في الوقت الذي يعتبر فيه العمل تجارياً بطبيعته وممارساً باستمرار عليه فإننا نرى اكتساب الصغير صفة التاجر ويمكن بالتالي شهر إفلاسه . على أن الإفلاس يقتصر أثره هنا على الأموال المستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الأخرى وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية . كما لا تأثير للأفلاس على شخصه فلا يجوز حبسه أو اعتباره مفلساً بالتقصير .

3. القاصر المأذون

يجيز القانون لمن أكمل الخمسة عشرة سنة ، ولم يبلغ الثامنة عشرة ، تعاطي التجارة في جزء من أمواله بشرط أن يحصل على إذن من وليه وترخيص من القضاء ويستفاد هذا الحكم من نص المادة 98 من القانون المدني التي تقضي من خلال فقرتها الأولى بأن : " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً " ومن فحوى هذا النص يتضح أولاً أن القاصر الذي أكمل الخامسة عشرة لا يستطيع ممارسة النشاط التجاري إلا إذا أذنه وليه بالاتجار . وولي القاصر بمقتضى نص المادة السابعة والعشرون من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 هو " أبوه ثم المحكمة " وبمقتضى القانون المدني هو أبوه ثم وصي أبيه ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي تنصبه المحكمة . ويجوز للولي إذا اقتضى الأمر ذلك إن يسحب الأذن الذي منحه للصغير لممارسة التجارة . إلا أن وفاة الولي أو عزله عن ولايته لا يؤدي الى إبطال الإذن الممنوح للقاصر وإذا امتنع الولي عن منح الإذن اللازم للقاصر فإن للمحكمة عندئذ أن تأذن له . وفي هذه الحالة يكون من اختصاصها فقط إبقاء الإذن أو سحبه . وإذن الولي لوحده لا يكفي في الواقع لممارسة القاصر العمل التجاري ، بل لابد بالإضافة على ذلك من إذن المحكمة . والتشدد هنا لا يحتاج الى تأويل نظراً لما ينطوي عليه النشاط التجاري من مخاطر قد تلحق بالقاصر ولذا فإنه لا يمكن أن يسمح له به إلا إذا حصلت موافقة القضاء إضافة لإجازة الولي . ويكون الإذن الممنوح للقاصر مطلقاً أو مقيداً . فيجوز أن يكون الإذن مطلقاً يشمل جميع

صور النشاط التجاري دون استثناء أو تخصيص وقد يكون مقيداً بنوع معين من النشاط التجاري . كأن يقتصر الإذن على ممارسة القاصر لأعمال شراء المنقول وبيعه أو أعمال التوريد دون غيرها من أنواع الأعمال التجارية . غير أنه لا يجوز أن يرد الإذن مطلقاً كان أم مقيداً على جميع أموال القاصر . بل ينصرف في جميع الأحوال الى جزء محدد من أمواله حماية القاصر وتجربة له . فإذا بلغ سن الرشد تدفع له حينئذٍ جميع أمواله ويكون في إمكانه عند ذاك استغلال تلك الأموال دون قيد في الميدان التجاري . وتعليل هذا الحكم يكمن في ضرورة حماية مصلحة القاصر طبقاً للغرض المقصود من وضع نص المادة 98 من القانون المدني . ذلك أن المشرع قد توخى من خلال النص المذكور (إعطاء الفرصة) للقاصر لتعاطي التجارة بجزء من أموله (تجربة له) فلا يمكن والحالة هذه إذن منح القاصر حرية استخدام جميع أمواله لممارسة التجارة وإلا نكون قد فوتنا على المشرع الغرض الذي يهدف إليه ، ألا وهو حماية القاصر . وأياً كان نطاق الإذن فإن القاصر المأذون يصبح بمنزلة كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة وعلى ذلك فإن جميع أعماله من بيع وشراء واقتراض وتقاضي وصلح وتحكم . تعتبر صحيحة دون حاجة الى إجازة من وليه ولا تعتبر هذه التصرفات باطلة حتى لو لحقه من جراءها غبن فاحش . وإذا احتراف أحد الأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر ، ويخضع عندها لجميع الالتزامات والقيود التي تترتب على اكتساب تلك الصفة . فتطبق قرينة التجارية على أعماله كما يجوز إشهار إفلاسه إذا توقف عن أداء ديونه التجارية . وقد أثار مدى مسؤولية القاصر المأذون عن الديون التجارية – مدى آثار إشهار الإفلاس خلافاً فقهياً متميزاً إذ يذهب البعض الى أن مسؤولية القاصر عن تلك الديون لا يمكن أن تتعدى دائرة الأموال الداخلة في الإذن . وعليه فإن آثار الإفلاس لا يمكن أن تمتد الى امواله الأخرى وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية كما لا يمكن ان تشمله آثار الإفلاس الشخصية كالحبس والحرمان من الحقوق المهنية حماية للقاصر ورأفة به . بينما يرى البعض الآخر بأن آثار الإفلاس يجب ان تمتد الى جميع أموال القاصر شأنه في ذلك شأن كامل الأهلية ويستند هذا الرأي على حجتين أساسيتين :

الأولى : ان حصر آثار الإفلاس بالأموال الداخلة في نطاق الإذن يؤدي الى إضعاف الثقة بالقاصر وتقليل الائتمان بتجارته .

الثانية لا يجوز إعطاء نفس الحكم المقرر بشأن حالة الصغير الذي آلت إليه ملكية تجارية ، والذي يقصر آثار الإفلاس على اموال الصغير المستثمر فقط في التجارة حماية ورأفة به . إذ أن تلك الحالة استثناء وبما أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الاستثناء فمن الواضح إذن عدم " مد حكم " هذه القاعدة على حالة المأذون بالتجارة . والراجح كما نرى بهذا الصدد أن مسؤولية القاصر المأذون عن الديون يجب ان تكون مقيدة بحدود أمواله الداخلة في نطاق الإذن . صحيح في الواقع أن مثل هذا الحل قد يؤدي الى إضعاف ائتمان القاصر لدى الغير . بيد أنه يجب أن يلاحظ بأن ذلك الائتمان ضعيف في واقع الأمر بطبيعته " ولو كان الإذن مطلقاً " طالما أن سحب الإذن الممنوح للقاصر جائز في كل وقت من جهة أخرى فإن نص المادة 98 من القانون المدني . الذي يحكم بالتخصيص حالة الصغير المأذون وضع لغرض حماية ذلك الصغير . إذ لم يجز النص المذكور كما رأينا ممارسة الصغير للنشاط التجاري إلا على سبيل التجربة وبجزء من أمواله ولذا فإن حصر آثار الإفلاس بالأموال المستغلة في التجارة دون غيرها يعد أكثر تماشياً مع روح النص المذكور وأكثر تحقيقاً لغرض المشرع من حماية القاصر المأذون . إذا توافرت الشروط المتقدمة الشروط المتقدمة فإن الشخص يكتسب الصفة التجارية بحكم القانون . بيد أن قانون التجارة أورد حكماً بمقتضاه أجاز للسطلة تحديد نوع العمل التجاري الذي يمكن أن يمارسه التاجر ، وتحديد نطاق ذلك العمل على ضوء مستلزمات خطة التنمية . إذ تقرر الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه : " للوزير المختص أن يحدد نوع ونطاق العمل التجاري الذي يمكن أن يمارسه التاجر بما يكفل تنفيذ خطة التنمية " . أن مضمون هذا النص ليس شرطاً من شروط اكتساب الصفة التجارية وإنما هو نوع من القيود الضرورية التي ترد على حرية ممارس النشاط التجاري وهذا القيد له ما يبرره في الواقع إذ لا يمكن أن يتم تعاطي التجارة دونما ضابط وبصورة عشوائية في الوقت الدولة من خلاله الى تنظيم الاقتصاد وكفالة سيره بما ، يخدم فهو إذن صورة من صور تدخل الدولة في النشاط التجاري تسعى الخطط المقررة . وهو من جانب آخر صورة من صور أن أطرد

اتساع القطاع التجاري الاشتراكي عندنا بشكل جذري القانونية التي تمارسها الدولة بعد Control الرقابة ومهم . ويترتب على ما تقدم أن للوزير المختص السلطة في رفض العمل التجاري أو تحديد نطاق ذلك العمل إذا تبين أن المصلحة العامة توجب ذلك الرفض أو تستلزم ذلك التحديد وعلى التاجر تبعاً لذلك أن يأخذ بنظر الاعتبار مستلزمات التخطيط الاقتصادي بجانب الاعتبارات الأخرى عند ممارسته للنشاط التجاري ولابد من الإشارة أخيراً الى أنه لا تأثير لهذا القيد على الصفة التجارية للتاجر .