مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: مبدأ حرية الاثبات ونطاقه في المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)
اسم الكاتب: د. تيماء محمود فوزي الصراف، مثنى خلف خضر
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/9627
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 13:27 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14 - Issue 2- December 2024 | كانون الاول ٢٠٢٤ ـ العدد ٢ـ المجلد ١٤

The principle of freedom of proof and its scope in commercial disputes

(A comparative study)

[1] Prof. Dr. Taima Mahmoud Fawzi Al-Sarraf 2 Muthanna Khalaf Khadr
[1] University of Mosul/College of Law

Abstract:

The purpose of starting to prove freedom of trade in disputes is to prove the reasons by all means of proof without restriction until the approval is exceeded to take approval for civil commercial dealings, except what is excluded by a special text of this and other things, and we find many justifications for this, including supporting trustworthiness and speed that are based in In this case, the requirements for dealing with this vary between being commercial merchants or the subject of proof being an act carried out by the merchant during his commercial practice, whether the second party is a merchant or not.

1: Email:
tayyy@uomosul.edu.iq
2: Email:
Mthnyalrby391@gmail .com

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.147167.1196

Submitted: 23/2/2024
Accepted: 23/2/2024
Published: 10/30/2024

Keywords:
the principle of freedom of proof
the Iraqi legislator
disputes
the Egyptian legislator
Article.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مبدأ حرية الاثبات و نطاقه في المنازعات التجارية(دراسة مقارنة)

[١] د. تيماء محمود فوزي الصرّاف [٢] مثنى خلف خضر
جامعة الموصل/ كلية الحقوق

المستخلص

يقصد بمبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية ان يتم اثبات المسائل التجارية بوسائل الاثبات كافة دون قيد حتى وان تجاوزت قيمة التصرف القانوني المبلغ المحدد في المعاملات المدنية الا ما يتم استثنائه بنص خاص من هذا المبدأ ، ونجد لهذا المبدأ العديد من المبررات منها دعم الاتمان والسرعة اللتان تقوم عليها الحياة التجارية ، ويشترط لإعمال هذا المبدأ ان يكون طرفا العلاقة تاجرين أو يكون محل الاثبات عملاً قام به التاجر اثناء ممارسته مهنته التجارية سواء كان الطرف الثاني تاجراً ام غير تاجر .

الكلمات المفتاحية: مبدأ حرية الاثبات ، المشرع العراقي ، المنازعات ، المشرع المصري.

المقدمة

اولاً : نبذة عن الموضوع : في ظل كل ما يشهده البلد من تطور وانتعاش لاسيما على المستوى التجاري نشبت بمناسبة هذا التطور العديد من المنازعات التجارية هذا الامر الذي ابرز الحاجة الى تبني مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية الذي يعد من المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري بهدف تخليص اثبات المنازعات التجارية من القيود التي أوجدها المشرع في اثبات المعاملات المدنية ، ويقصد بحرية الاثبات ... ان يتم اثبات المسائل التجارية بوسائل الاثبات كافة دون قيد حتى وان تجاوزت قيمة التصرف القانوني ذلك المبلغ المحدد في المعاملات المدنية . الا ما يتم استثنائه بنص خاص من هذا المبدأ ويشترط لتكييف هذا المبدأ أن يكون طرفا العلاقة تاجرين، أو يكون محل الاثبات عملاً قام به التاجر اثناء مباشرته مهنته التجارية سوأ كان الطرف الثاني تاجراً ام غير تاجر.

ثانياً : اهمية الموضوع واهدافه : تتمثل اهمية الدراسة في النقاط الآتية :

١- إن القواعد التقليدية في الاثبات المدني اصبحت في الوقت الحاضر لا تنسجم مع طبيعة التصرفات والاعمال التجارية في ظل الانفتاح التجاري وزيادة المعاملات التجارية فضلا عن الطبيعة الخاصة للمنازعات والاعمال التجارية التي تتسم بالسرعة مما يتطلب قواعد خاصة لإثباتها.

٢- إن تطبيق هذا المبدأ يحقق القضاء العادل العاجل كونه يساهم في مقاربة الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية ويساهم في صدور الاحكام بشكل سريع مما يتلاءم مع طبيعة الاعمال التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان .

ثالثاً : فرضية البحث : ان تبني مبدأ حرية الأثبات في المنازعات التجارية يضمن السرعة في حل النزاع التجاري ويعمل على زيادة الثقة بين التجار .

رابعاً : مشكلة الدراسة: تكمن اشكالية الدراسة في النقاط الآتية :

١- عدم أخذ المشرع العراقي بمبدأ حرية الاثبات في القانون الحالي اذ لا يفرق في الاثبات بين المواد المدنية والتجارية انطلاقا من مبدأ التبسيط في المشكلة والمساواة بين المتعاقدين ، علماً انه نص على هذا المبدأ في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (٤٨٨) والذي الغيت بصدور قانون الاثبات الحالي .

٢- إن نصاب الشهادة المنصوص عليه في قانون الاثبات الحالي ذو طابع ضئيل لا ينسجم مع الثورة التي يشهدها البلد في مجال الانفتاح التجاري والصناعي وعلى الرغم من صدور التعديل الأول لقانون الاثبات رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ الذي اجاز لوزير العدل تعديل نصاب الشهادة وفق المادة (١٥) من التعديل اعلاه الا انه لم يصدر لحد الان .

خامساً: منهجية البحث : لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الخاص بتحليل النصوص القانونية المختلفة والآراء الفقهية فضلاً عن المنهج المقارن.

سادساً : هيكلية البحث : لألقاء الضوء على هذا الموضوع قسمناه على المبحثين الأتيين :

- المبحث الأول : مفهوم مبدأ حرية الاثبات .
- نطاق مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية .

I. المبحث الأول

مفهوم مبدأ حرية الإثبات

ان القانون التجاري له احكام خاصة به مراعاةً لما تتطلبه المعاملات التجارية التي هي قوام الحياة التجارية. والذي يهمنا هاهنا هو الاختلاف الحاصل في الطرائق المتبعة في الاثبات فالأثبات التجاري يعول على مبدأ حرية الاثبات اي الاثبات بالطرق كافة دون شرط أو قيد اما الاثبات المدني فهو يتسم بالقيود والشروط التي لامجال في تركها . لذلك اطلقت العديد من التشريعات الحرية في اثبات المسائل التجارية خلافا لما هو عليه في مجال اثبات المسائل المدنية و ان الكثير من القوانين العربية والاجنبية التي اختصت بالإثبات اشترطت ان يكون الاثبات بالكتابة في المعاملات المدنية، وذلك عند مجاوزة مبلغ التصرف المدني

نصابا معينا ، ولا يكون هنالك فرق في اثبات التصرف التجاري سواء كانت الصفقة المبرمة مشافهة أو بأي وسيلة الكترونية حديثة ، فاقتضت هذه الدراسة الى تسليط الضوء على التعريف بمبدأ حرية الاثبات ومبرراته ، لذا قسم هذا المبحث وعلى وفق الآتي :

- المطلب الأول : تعريف مبدأ حرية الاثبات .
- المطلب الثاني :مبررات مبدأ حرية الاثبات .

I.أ. المطلب الأول

تعريف مبدأ حرية الاثبات

قبل بيان تعريف مبدأ حرية الاثبات في الاصطلاح القانوني فانه لابد من بيان تعريفه في الاصطلاح اللغوي عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول تعريف مبدأ حرية الاثبات في الاصطلاح اللغوي ، ونسلط الضوء في الثاني منه على تعريف مبدأ حرية الاثبات في الاصطلاح القانوني وعلى وفق الآتي :

I.أ.١. الفرع الأول

تعريف مبدأ حرية الاثبات في الاصطلاح اللغوي

يوجد تعريف لغوي للمصطلحات المركبة، وانما فقط تعريف لمفرداتها و إن حرية الاثبات مصطلح مركب من كلمتين ولما كانت معرفة اللفظ المركب عند اهل اللغة يقتضي بيان معنى اجزاءه عليه نعرف مصطلح الحرية أولا ومن ثم مصطلح الاثبات ثانيا وعلى وفق الآتي :

أولاً : الحرية لغةً : إن للحرية معان كثيرة نوجزها على وفق الآتي :

١- **تأتي بمعنى الطليق** : وهنا مصدرها من الفعل الثلاثي الحُر أي بالضم وهي تعني خلاف العبد ... والحرية جمع : أحرار وحِرار[١] والحرة جمع حرائر وحرات مصدره الحُرّ ويقال

(١) ينظر الخليل بن احمد الفراهيدي ، *كتاب العين* ، ج ١ ، ط ١، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية)، ص٣٠٣ ؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، *القاموس المحيط* ، (القاهرة: دار الحديث ، ٢٠٠٨)، ص٣٤٦.

الحرة هي المرأة الطليقة ...[١] ورملة حرة أي لا طين فيها وحرره مولاه ، وعليه تحرير رقبة ، فالحرية في اللغة ضد الاستعباد[٢] .

٢ - **بمعنى القدرة على التصرف** : اذ تأتي الحرية هنا من مصدر حَرَّ يحَرُّ وتعني القدرة على التصرف بملء الارادة والخيار .... ونعني بحرية التجارة بوصفها مبدأ اقتصادي ان تترك التجارة حرة طليقة من كل قيد [٣] .

ونجد ان التعريف الاخير يقترب من معنى الحرية الذي تقصده هذه الدراسة والذي يدل على ان معنى الحرية هو عكس التقييد فيدل على قدرة الخصم في اثبات دفعه أو دعواه بملء ارادته وله الخيار في الاثبات بالطرق المنصوص عليها كافة في قانون الاثبات .

ثانياً : الاثبات لغة : الاثبات من الفعل ثبت وثبت ثباتً وثبوتً فهو ثابت ... وثابته واثبتهُ عرفه حق المعرفة [٤].فالأثبات هو ، الاثبات اقامة الثبت وهو الحجة والدليل و الاثبات في اللغة : اصلها ثبت الشيء يثبت ثبات فهو ثابت ، وللأثبات مرادفات لغوية أهمها الدليل والبينة والحجة [٥] والاثبات ثبت يثبت ثباته وثبوته ... جعله ثابتا عند الشده وترتبط بالحق أو نحوه أي اكده وحققه بالدليل والبرهان ... والثبت جمعه اثبات وينصرف هذا الاخير الى معانٍ عديده منها الثبات ، والحجة والثبُتُ جمعه اثبات والثابت الشجاع الحازم [٦].

ويمكن لنا استخلاص تعريف لحرية الاثبات لغة بوصفه مصطلح مركب (قدرة الخصم على اثبات دعواه أو دفعه بطرق الاثبات الممكنة كافة).

I.أ.٢. الفرع الثاني

تعريف مبدأ حرية الاثبات في الاصطلاح القانوني

لم يعرف المشرع العراقي ولا القوانين المقارنة مبدأ حرية الاثبات وحسناً فعلوا في ذلك، لأن مهمة التعاريف تكون للفقه لا للتشريع .

---

(١) ينظر جبران مسعود ، *الرائد، معجم لغوي عصري رتبت مفرداته وفقا لحروفه الأولى* ، ط ٧ ، (بيروت، لبنان: دار العلم للملايين ، ١٩٩٢)، ص ٣٠٠ .

(٢)ينظر. ابي القاسم الزمخشري ، *اساس البلاغة* ، الجزء الأول، بدون دار نشر ، ١٩٩٨ ص ١٨٠؛ الشيخ خالد سيف الله الرحماني ، *الحرية وتطبيقها في الفقه الاسلامي* ، (بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠١٨)، ص١٧.

(٣) ينظر جبران مسعود ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢.

(٤) ينظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧.

(٥) ينظر ابن منظور ، *لسان العرب* ، ج ٢، (بيروت: دار صادر ، بدون سنة نشر)، ص ١٩.

(٦) ينظر جبران مسعود ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧ .

واختلف الفقه في تعريف حرية الاثبات على عدة اراء :

اذ عرف رأي [١] حرية الاثبات بأنها " تمتع اطراف المعاملة التجارية بحرية كافية لابرامها ، مهما بلغة قيمتها وباي وسيلة من وسائل الاثبات دون التقيد بأحدها ، مما يحفز التجار على انجاز اعمالهم التجارية وعقد سفاقتهم وابرام عقودهم بسهولة ويسر ".

ويرى البعض من الفقه[٢] هذا القول كونه لم يقتصر على حرية الاطراف في اثبات معاملاتهم بل قام الكاتب بالاتساع ليشمل الابرام ايضا ، ولم نؤيد هذا النقد فلو افترضنا ان الكتابة متطلبة لوجب توفرها حين ابرام التصرف حتى لو لم تكون واجبة في الانعقاد ، فليس من المعقول قيام الاطراف بتحقيق شرط الكتابة بعد نشوء الخصومة بينهم ، وعليه فان الحرية المتوفرة عند اثبات تصرفاتهم ، فالحرية تكون من باب أولى عند ابرام تصرفاتهم فليس من المعقول طلب الحرية عند الاثبات واهمالها عند الانعقاد فمن البديهي ان تشمل هذه الحرية الانعقاد والاثبات في آن واحد .

في حين عرف آخر[٣] حرية الاثبات على أنها " اعمال مبدأ سلطان الارادة للتجار اطراف المعاملة التجارية في اثبات معاملاتهم التجارية باي وسيلة سواء اكانت تقليدية ام الكترونية ، شريطة ان لا تتعارض مع النظام العام ولم يرد بشأنها نص قانوني خاص" .

ونجد ان هذا التعريف لم يدع أي دور للقاضي المعروض أمامه النزاع واقتصر على حرية الافراد وارادتهم في تقديم ما يرون من ادلة اثبات ، وان مبدأ حرية الاثبات لم يقتصر على التجار اطراف النزاع بل تمتد لتصل الى القاضي المعروض امامه ذلك النزاع فله قبول ما يعرض امامه من ادلة وله .

وعرّف اخر[٤] حرية الاثبات بأنها " امكانية ممنوحة للقاضي التجاري ليختار من الادلة المعروضة عليه ما يتبين له انه سيساعده للوصول الى الحقيقة وتحقيق العدالة وفتح المجال للمتقاضي لان يقدم للقضاء اي دليل يرى انه سيساعده في اثبات حقه " .

---

(١) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، "اشكالية اثبات الالتزامات التجارية في القانون العراقي"، *مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة الانبار* ، المجلد الخامس ، العدد العاشر ، (٢٠١٥): ص ٨.

(٢) ينظر د. محمد مجيد كريم الابراهيمي ، *مبدأ السرعة في القانون التجاري* ، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢٤)، ص٢٢٧؛اكرم ياملكي ، *الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي* ، ج ١ ، (بغداد: شركة الطباعة والنشر الاهلية ، سنة)١٩٦٨، ص ١٢.

(٣) ينظر د. ميثاق طالب و د. نهى خالد عيسى ، "حدود مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية"، بحث *منشور في مجلة Royte Educational & Social science Joyrnal، بريطانية* ، المجلد السادس ، (٢٠١٩): ص٢٦٥.

(٤) ينظر محمد الخياري ، "الاثبات في المادة التجارية"، (رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة عبد المالك السعدي ، طنجة ، ٢٠١٧)، ص ١٢.

من المسلم به عدم خلو هذا التعريف من النقص فهو غير جامع اذ قام هذا التعريف على قصر دور القاضي المعروض امامه النزاع على تقدير ما يقدم له من ادلة من قبل المتقاضين متجاهلا امكانية القاضي المعطاة له من تطبيق مبدأ حرية الاثبات في استخدام بعض الاساليب لتقصي الحقيقة.

ومن كل ما تقدم يمكننا ان نعرف مبدأ حرية الاثبات بأنه (عبارة عن تطبيق من تطبيقات مبدأ سلطان الارادة للتجار الذين يبرمون معاملات تجارية في اثبات معاملاتهم بأية وسيلة كانت سواء تقليدية ام الكترونية بشرط عدم تعارضها مع النظام العام أو نص صريح ، وتطبيقا لهذا المبدأ يكون اثبات التصرف التجاري امام القضاء باي وسيلة من وسائل الاثبات ، بما فيهم شهادة الشهود ، كما يجوز وفق هذه الحرية اثبات عكس ما أشتمل عليه دليل كتابي بواسطة الشهادة).

ويتضح مما تقدم ان التشريعات المقارنة تبنت فكرة حرية الاثبات في المنازعات التجارية مراعاة منها الى ما تقوم عليها التجارة من ركنين اساسيين: هما السرعة والائتمان؛ لذا فان اشتراط الكتابة في اثبات وابرام التصرفات التجارية هو بحد ذاته يعطل أو يعرقل الانسيابية التي تقوم عليها الحياة التجارية مؤدياً ذلك الى تدهور الاقتصاد بوجه عام عليه نقترح على المشرع العراقي الرجوع عن مبدأ توحيد الاثبات في ما بين الاثبات التجاري والاثبات المدني وفق نص المادة (١١) من قانون الاثبات العراقي النافذ[1] التي ساوت بين اثبات التصرفات التجارية والتصرفات المدنية . عليه نقترح النص على (يجوز اثبات التصرفات التجارية بوسائل الاثبات كافة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) ، والعودة الى ما كان معمولاً به قبل صدور قانون الاثبات العراقي النافذ اذ كانت المادة (٤٨٨) تتبنا مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية .

I.ب. المطلب الثاني

مبررات مبدأ حرية الاثبات

ان لحرية الاثبات عدت مبررات فهي تعمل على تحقيق السرعة والائتمان للحياة التجارية ، الامر الذي جعل من الكثير من الآراء ان تظهر وتنادي بتبني مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية مبررين في ذلك العديد من المبررات التي تعد ميزات توفرها تلك

(١) ينظر المادة (١١)، من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (١٠٧)، لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (٤٦)، لسنة ٢٠٠٠ التي نصت على انه " يسري هذا القانون على: أولا – القضايا المدنية والتجارية. ثانيا – المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية. ثالثا – المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية، ما لم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون" .

الحرية عند تبنيها بل في بعض الاحيان تعد ضرورة من ضرورات الحياة التجارية وحاجة من حاجات الحياة الاقتصادية بوجه عام ، وان عدم الأخذ بهذا المبدأ يعتبر عقبة كبيرة في الحياة التجارية لكثرت المعاملات التجارية التي يقوم بها التجار في وقت واحد لذلك قسم هذا المطلب الى عدة فروع نناقش بها مبررات مبدأ حرية الاثبات و على وفق الآتي :

I.ب.١. الفرع الأول

تعزيز ودعم الائتمان التجاري

إن التجارة تستند الى حد كبير على القروض وعمليات التمويل ، مما يعني منح الاجل لتسهيل الوفاء بالالتزامات التجارية عند عدم قدرة تاجر التجزئة ان يقوم بدفع ثمن تلك البضائع التي يشتريها من تاجر الجملة فيتفقا على موعد معين (اجل) لدفع الثمن خلاله ، ولا يقتصر الائتمان على تصرفات التجار فحسب ، وان ما تشمل الاشخاص المدنيين الذين لا يمتلكون الصفة التجارية ، نجد مورد البضاعة أو الخدمة يمنح المستلم أجل لسداد ثمنها ، فيكون التاجر هو مانح الائتمان للمستهلك[١]، وهذه المدة أو الآجال وان كان الغرض الرئيسي منها هو تسهيل طريقة الدفع الا انه تحث على الاسراع بالوفاء ايضا وذلك بهدف التخلص من الفوائد المرتبطة بذلك الاجل فكلما تطول مدة التنفيذ زادت تلك الفوائد والعكس ، وهذه الحالة تسمه بالأجل التعجيلي ، اي الاجل الذي يتم الوفاء بانتهائه فهو لا يعد اجل واقفا لا يبدأ الوفاء الا بحلوله[٢]. والائتمان يؤدي دورا فاعلا في استمرار التجارة وتطورها لما يحققه من مصالح مشتركة لكل من الدائن والمدين ، ويتطلب الائتمان وجود قواعد قانونية فعالة لحمايته مثل افتراض التضامن والتخفيف من اجراءات التنفيذ على الرهن التجاري وتقوية نظام الفوائد على الديون التجارية ومواجهة الاخلال بقواعد الائتمان بجزاءات صارمة يأتي في مقدمتها نظام الافلاس الذي يطبق على التاجر الذي يتوقف عن سداد ديونه[٣]. و بذلك يعمل مبدأ حرية الاثبات على دعم الائتمان التجاري فان الاعمال التجارية تقوم على اساس الثقة والائتمان بين المتعاملين ، هذا لان اغلب التعاملات التجارية تعاملات بآجل ، فتاجر الجملة يقوم ببيع البضائع الى تاجر المفرد بآجل ، وان البنوك تقوم بإقراض المشتري لأجل ، فهذه المعاملات تقوم بربط التجار فيما بينهم بروابط متتابعة اساسها الائتمان والثقة ، فان تخلف المدين عن سداد دينه أو اداء التزامه تسبب ذلك في اضطرابات المعاملات التجارية ومن ثم عجز تلك

(١) ينظر د. محمود الكيلاني ، *الموسوعة التجارية والمصرفية – المجلد الثاني* ، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨)، ص١٥ .

(٢) ينظر د. محمد نجيب عوضين المغربي ، *عنصر المدة واثره في العقود* ، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩)، ص ١٨٢-١٨٥.

(٣) ينظر د. هاني محمد دويدار ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

السلسة من التجار عن الوفاء بالتزامهم أي سداد دينهم ، لذلك حرصت القوانين محل المقارنة على دعم الائتمان عن طريق الشهادة في الضمانات التي تقوم بحماية الدائن التجاري من النصب أو الاحتيال في تسديد التزاماته التجارية ، حيث قام بتنظيم الافلاس والزم التجار في مسك الدفاتر التجارية لتقييد معاملاتهم التجارية وأوجب على التجار القيد في السجل التجاري[١].

I.ب.٢. الفرع الثاني

عدم توافق سرعة الاعمال التجارية مع مبدأ توحيد الاثبات

استحالة التوفيق بين السرعة والتبسيط التي تحتاج اليها الاعمال التجارية مع القيود المقررة في اثبات المعاملات المدنية[٢] لذا ذهب الفقه الى القول باستحالة التوفيق بين رغبة الشارع في تسهيل أجاز المعاملات التجارية في وقت قصير ودون تعقيد، وبين مراعات ما قرر القانون من قيود في اثبات المعاملات المدنية ، وفي ظل ما يشهده بلدنا الحبيب من تقدم اصبحت ضرورة تهيئة المناخ المناسب الذي لا يقيد التاجر باتباع شكليات معينة كما في المعاملات المدنية[٣] ، واقرار مبدأ حرية الأثبات في المنازعات التجارية لتحقيق تلك السرعة.

II. المبحث الثاني

نطاق مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية

تتعد المعاملات التجارية التي تجري فيما بين التجار ، أو بينهم وبين عملائهم ، وبما ان نطاق مبدأ حرية الاثبات لا يقتصر على النطاق الشخصي بل يمتد الى النطاق الموضوعي للعلاقة التجارية في اطار دعوى تقام بمناسبة العمل التجاري ، وان طلب اعمال هذا المبدأ من قبل تاجر في دعوى اقيمت بمناسبة عملا غير تجاري فلا يعمل بمبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية عندها، لذا فان التساؤل الذي يثار هو من له الحق في الاثبات وفق مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية ؟ و هل يقتصر النطاق الشخصي لمبدأ حرية الاثبات على اطراف المعاملة أو العلاقة التجارية التي تربط التجار بالتجار؟ لذا قسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين :

---

(١) ينظر .د. مصطفى كمال طه ، *اصول القانون التجاري* ، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٤)، ص١١ .

(٢) ينظر حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٤٢.

(٣) ينظر . انور طلبة ، *مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها ١٩٣١*، ج١، (بدون جهة نشر ، ١٩٩٦)، ص٤٧٣.

- المطلب الأول : النطاق الشخصي لمبدأ حرية الاثبات
- المطلب الثاني النطاق الموضوعي لمبدأ حرية الاثبات

II.أ. المطلب الأول

النطاق الشخصي لمبدأ حرية الاثبات

من اجل تطبيق مبدأ حرية الاثبات ينبغي ان يكون كل من المدعى والمدعى عليه ممن اكتسب الصفة التجارية ليتسنى لكل منهم اثبات المنازعة وفق هذا المبدأ ، و لإلقاء الضوء على ذلك لبيان النطاق الشخصي لهذا المبدأ لذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين ؛ الأول لبيان من هو التاجر وكيف يكتسب هذه الصفة ، ونوضح في الثاني الاهلية المطلوبة للطرفين ، وعلى وفق الآتي :

II.أ.١. الفرع الأول

صفة التاجر

تكتسب صفة التاجر بالاستناد الى القانون الذي وضع في بلد التاجر ونتناول تباعا كيفية اكتساب صفة التاجر وفق القانون العراقي والقوانين المقارنة .

ان المشرع العراقي استند في قانون التجارة [١]لتحديد صفة التاجر الى فكرة الاعمال التجارية ، وذلك واضح من منطوق المادة السابعة من القانون المذكور أعلاه والتي نصت على انه . " أولا : يعتبر تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون ..." فمن خلال هذه المادة اعتمد المشرع العراقي على معيار الاحتراف في ممارسة العمل التجاري لإسباغ صفة التاجر[٢] .

وقد أورد المشرع العراقي العديد من الفقرات في مواد هذا القانون التي تختص بالأعمال التجارية التي يترتب على مزاولتها واحترافها عدم اكتسابا الصفة التجارية للأشخاص الذي يزاولونها[٣].

---

(١) تنظر المادة (٧)، من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠)، لسنة (١٩٨٤) النافذ .

(٢) ينظر د. باسم محمد صالح ، *القانون التجاري* ، (بغداد: المكتبة القانونية ، ٢٠٠٦)، ص٨٦.

(٣) ينظر نص المادة (٥)، من قانون التجارة العراقي النافذ "تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس : أولا : شراء أو استئجار الاموال منقولة كانت ام عقارا لأجل بيعها أو ايجارها. ثانيا : توريد البضائع والخدمات .ثالثا : استيراد البضائع أو تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير. رابعا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية. خامسا : النشر والطباعة والتصوير والاعلان. سادسا : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة .سابعا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الاخرى. ثامنا : البيع في محلات المزاد العلني. تاسعا : نقل الاشياء أو الاشخاص. عاشرا : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها. حادي عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية. ثاني عشر : استيداع البضاع في المستودعات العامة ثالث عشر : عمليات المصارف. رابع عشر : التامين خامس عشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها. سادس عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة واعمال الوساطة التجارية الاخرى."

أولاً : موظفو المحال التجارية ومن هم مستخدمين فيها، لأنهم يتصرفون وفق ارادة صاحب المحل أو المشروع دون ارادتهم ، وهم وغير مسؤولين بصفة شخصية عن الاعمال التي يقومون بها . لأنهم لا يرجون من وراء قيامهم من تلك الاعمال الربح لحسابهم وهذا ما يتعارض مع أحد شروط اكتساب الشخص لصفة التاجر

ثانياً : مدير الشركة المحدودة والشركة المساهمة ، ان هذين الشخصين هم يعدَّان وكلاء عن الشركة التي يمارسون اعمالهم التجارية باسمها ولحسابها ، فان الصفة التجارية تثبت للشركة التي يديرونها وليس لهم[١].

اما القوانين المقارنة فقد عرفت التاجر تعريفات لا تختلف كثيرا عن ما جاء به المشرع العراقي من تعريف للتاجر.

اذ قام المشرع المصري بتعريف التاجر بالمادة (١٠) من القانون التجاري المصري[٢] بانه " يكون تاجرا : ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا . ٢- كل شركة تتخذ احد الاشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي انشئت الشركة لأجله " ونجد من خلال هذا النص ان موقف المشرع المصري لم يختلف كثيرا عن تعريف التشريع العراقي فهو اعتمد في ذلك على الاحتراف في العمل التجاري وجعل منه معيارا اساسيا في اكتساب صفة التاجر فلا يعد من التجار من قام بالأعمال التجارية في غير اسمه ولحساب غيره أو عمل بالتجارة عرضا ولا تعد التجارة حرفة معتادة له ، الا انه اختلف عنه في ان يكون الشخص المعنوي الشركة

اما المشرع الاماراتي[٣] فانه قام بإيراد تعريف للتاجر في قانون التجارة الاماراتي النافذ اذ نصت المادة (١١) على انه " يعتبر تاجراً:-

١- كل من يشتغل باسمه ولحسابه في الاعمال التجارية وهو حائز للأهلية الواجبة متى اتخذ هذه الاعمال حرفة له .
٢- كل شركة تباشر نشاطاً تجارياً أو اتخذ احد الاشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية حتى لو كان النشاط الذي تباشره مدنياً ".

ونلاحظ ان المشرع الاماراتي اتفق مع المصري واختلف عن العراقي بانه لم يشترط الاحتراف كما جعل العراقي فضلا عن ذلك اجاز للشخص المعنوي (الشركة التجارية) ان

(١) ينظر د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص ٩٧ – ٩٨.
(٢) تنظر المادة (١٠)، من قانون التجارة المصري رقم (١٧)، لسنة (١٩٩٩) النافذ.
(٣) تنظر المادة (١١)، من قانون التجارة الاماراتي رقم (٥٠)، لسنة ٢٠٢٢النافذ.

تحمل صفة التاجر اذا اتخذت احد الاشكال المنصوص عليها قانونا الامر الذي لم يأخذ به المشرع العراقي .

ونص قانون التجارة الجزائري[١] افي المادة (١) منه على انه " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عمل تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، مالم يقض القانون بخلاف ذلك". ونجد من خلال هذا النص ان موقف القانون الجزائري اختلف عن العراقي والمقارن بعدم الاكتفاء عن مباشرة العمل انما اتخاذه مهنة معتادا مالم ينص القانون خلاف ذلك الامر الذي يثير التساؤل عن معيار المهنة المعتادة ، والاعتياد هو عنصر مادي مفاده تكرار القيام بالأعمال التجارية بصورة منتظمة ومستمرة ومن ثم فان القيام بعمل تجاري عارض وفقا لقانون التجارة الجزائري لا يكفي لتكوين عنصر الاعتياد ومن ثم اكتساب صفة التاجر [٢].

أما المشرع الفرنسي فقد بين في المادة (١٢١) من قانون التجارة [٣] وفي فقرتها الأولى على انه " كل شخص يُمارس الأعمال التجارية بشكل معتاد وعلى وجه الاحتراف".

وبذلك نجد من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي أخذ بمعيار الاحتراف الأمر الذي يتفق مع موقف المشرع العراقي وفي ذات الوقت أخذ بمعيار آخر وهو ان يكون العمل التجارية بشكل معتاد وهذا يتفق مع موقف المشرع الجزائري .

وذهب رأي[٤] من الفقه الى ان الشخص الطبيعي أو المعنوي حتى يكتسب صفة التاجر يتوجب ان يتوفر فيه شرطان مهمان :

١- احتراف التجارة : وهذا الشرط تكلمنا عنه في بداية المطلب ..

٢- توفر الاهلية اللازمة لدى الشخص وهي الاهلية التجارية.

---

(١) تنظر المادة (١)، من قانون التجارة الجزائري رقم (٧٥-٥٩)، لسنة ١٩٧٥ المعدل .

(٢) ينظر علي يونس، *القانون التجاري الكويتي* ، (الكويت: مطبعة روينو ، ١٩٧١)، ص١٤١ .

(3) C.com ،art . ler) ،code de commeree ،annote ،2020 ،115e edition

- Art.L.121 – 1 " sont commercants ceux qui exercent des actes decommerce et en font leur profession hobituelle .".

وينظر رجب نادى عبد الخالق سالم رجب ، "الاركان المشتركة في جرائم الإفلاس"، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، بدون سنة)، ص ٤٥٦.

(٤) ينظر د عدنان احمد ولي العزاوي ، "مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي"، *بحث نشر في مجلة القانون المقارن* ، العدد ٢١ ، (لسنة ١٩٨٩): ص ٣.

II.أ.٢. الفرع الثاني

الاهلية التجارية

يجب لاكتساب صفة التاجر ان تتوافر في الشخص اهلية الاتجار فاذا لم تتوافر لديه هذه الاهلية فانه لا يعتبر تاجرا حتى لو باشر اعمالا تجارية واتخذها مهنة له [١] ونعني بهذه الاهلية مدى امكانية الشخص بممارسة حرفة تجارية معينة والى أي أحد ممكن ان يصلح الشخص لتحمل الالتزامات التي يفرضها القانون على التجار[٢]، والاهلية اللازمة للشخص حتى يكتسب الصفة التجارية وفق القانون العراقي هي اتمام الثامنة عشر سنة من العمر ، اذ ساوى المشرع بين سن الاهلية المدنية والاهلية التجارية[٣] .

وحدد القانون الفرنسي والاماراتي والمصري والجزائري سن الرشد بإتمام الواحد وعشرون عاماً اما المشرع العراقي فقد حدد سن البلوغ وتمام الاهلية الواجبة لدى الشخص لمزاولة التجارة بإتمام الثامنة عشر من العمر .

وهنا يثار تساؤل هل يمكن للصغير المأذون له بممارسة بعض العمليات التجارية الاستفادة من مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية ؟ للإجابة على هذا السؤال يتطلب معرفة من هو الصغير المأذون له بممارسة بعض العمليات التجارية .

ان الصغير المأذون هو القاصر الذي اتم الخامسة عشر من العمر ولم يبلغ الرشد الكامل اي اتمام الثامنة عشر من العمر واجاز له القانون ، بمزاولة التجارة في جزء معين من ماله شريطة الحصول على اذن الولي وترخيص من القضاء[٤].

ويستنبط هذا الحكم من المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي[٥] التي نصت على أنه "١- للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة

---

(١) ينظر د. بلود عثمان ، "محاضرات في القانون التجاري"، *كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم الاجتماعية ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان* ، (٢٠٢٣): ص ٥٦ .

(٢) ينظر د. ميثاق طالب و د. نهى خالد عيسى ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨؛ د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ١٣٢.

(٣) تنظر المادة (١٠٦)، من القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١ النافذ والتي تنص على انه " سن الرشد هي ثمانية عشر سنة كاملة " .

(٤) تنظر المادة (٩٩)، من القانون المدني العراقي النافذ والتي تنص على انه " الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد " .

(٥) تنظر المادة (٩٨)، من القانون المدني العراقي النافذ .

مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الاذن مطلقا أو مقيداً ٢ – واذا توفي الولي الذي اذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل اذنه" .

ومن تحليل هذا النص يتضح ان القاصر الذي اكمل الخامس عشر من العمر ليس بمقدوره ممارسة الاعمال التجارية دون اذن من وليه ، وولي القاصر وفقا لأحكام المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين[١]هو ابوه ثم المحكمة.

وقد نص المشرع المصري[٢] في قانون احكام الولاية على المال في المادة ٦٤ على انه " يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة كامل الاهلية فيما اذن له فيه وفي التقاضي فيه " ، نجد من خلال هذا النص أن المشرع المصري اشترط الاهلية لكي يستطيع القاصر المأذون ممارسة الاعمال التجارية.

اما المشرع الاماراتي [٣] فقد نص بالمادة (١٦١) من قانون المعاملات المدنية على انه الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن كالبالغ سن الرشد "

وبذلك يتفق موقف المشرع الاماراتي مع موقف المشرع المصري والعراقي في اشتراط الاهلية لكي يتمكن القاصر المأذون من ممارسة الاعمال التجارية .

اما المشرع الجزائري [٤] فقد نص في المادة (٥) من القانون التجاري على أنه " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا ام انثى البالغ من العمر ١٨ سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة ان يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن اعمال تجارية اذا لم يكن قد حصل مسبقا على اذن والده أو امه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه في المحكمة في ما اذا كان والده متوفيان أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الابوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الاب أو الام " نجد ان المشرع الجزائري قد اشترط في القاصر توافر الاهلية التجارية لممارسة العمل التجاري وبذلك يتفق مع باقي القوانين المقارنة .

(١) تنظر المادة ٢٧، من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨)، لسنة ١٩٨٠ التي نصت على (ولي القاصر هو ابوه ثم المحكمة) .
(٢) تنظر المادة ٦٤، من قانون احكام الولاية على المال المصري النافذ رقم (١١٩)، لسنة ١٩٥٢ .
(٣) تنظر المادة ١٦١، من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ النافذ.
(٤) تنظر المادة (٥)، من القانون التجاري الجزائري النافذ رقم ٥٩-٧٥ لسنة ١٩٧٥ والمعدل بالقانون ذو الرقم (٢٢- ٠٩) لسنة ٢٠٢٢.

اما المشرع الفرنسي [١] فقد نص بالمادة (٣٨٨) في فقرتها الأولى على أنه " يجوز للقاصر الذي يبلغ من العمر ستة عشر عاماً أو اكثر ان يأذن له المسؤولون القانونيين به بالقيام بمفرده بالأعمال الادارية اللازمة لأنشاء وادارة شركة فردية ذات مسؤولية محدودة أو شركة ذات شخص واحد ... ٢- يأخذ التفويض المذكور في الفقرة أولا على شكل سند خاص أو سند موثق متضمنا قائمة بالأعمال الادارية التي يمكن ان يقوم بها القاصر " ، وبذلك يتفق موقف المشرع المصري مع القوانين المقارنة في اشتراط الاهلية في القاصر المأذون لمزاولة الاعمال التجارية .

اما الإثبات بالتسجيل في السجل التجاري فلم ينص القانون التجاري على ما يتمتع به التسجيل التجاري من قيمة قانونية ، مع ذلك فالفقه عموما يعد التسجيل في السجل التجاري مجرد قرينة قانونية بسيطة [٢]، ومعنى ذلك "أن الشخص المسجل فيه يعد من حيث المبدأ تاجرة ما لم يثبت العكس، وطبعا يمكن إثبات العكس من قبل الغير على أن الشخص الذي تعامل معه ليس تاجر في الحقيقة بطرق الإثبات كافة . أما الشخص المسجل في سجل التجارة فلا يجوز له نفي صفة التاجر عنه تجاه الغير إلا إذا أثبت أن هذا الغير كان يعلم بأنه غير تاجر في الواقع، وإن عدم تسجيل الشخص الممارس لنشاط تجاري في سجل التجارة يجعل منه تاجرا فعليا ويحرمه من مزايا كثيرة ؛ يحرمه من الانتخاب والترشيح لغرف التجارة، والادعاء بصفة التاجر أمام المحاكم أو لدى مراجعته الدوائر الإدارية أو المؤسسات العامة "[٣].

وخلاصة القول ان الشخص الذي يتمتع بصفة التاجر ، سواء كان من الاشخاص الطبيعيين أم من الاشخاص المعنويين بل وحتى القاصر المأذون في التجارة ، له حق التمسك بمبدأ حرية الاثبات عند حدوث نزاع وكان محل النزاع عملا تجاريا ،اذ لا يمكن اعماله بدون التاجر فحرية الاثبات اقرت للتجار لا للأشخاص العاديين اذ برروا أصحاب هذه الحرية موقفهم بكثرة الاعمال التجارية التي يقوم به التاجر فهي رخصة لتخفيف ثقل وقع على كاهل من يحترف التجارة ولا تعد رخصة للعمل التجاري ذاته .

II.ب. المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لمبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية

ان الاصل في المعاملات التي يقوم بها الانسان هي من قبل الاعمال المدنية واطلاق الصفة التجارية على العمل هو امر طارئ يحيد بذلك العمل عن الاصل المدني ، فمن يدعي تجارية عمل معين وجب عليه اقامة الدليل على ما يدعيه ، وان كانت القاعدة. ان من يدعي

(١) تنظر المادة (٣٨٨)، من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ النافذ.

(٢) تنظر المادة (١٢٣ ف ٢)، من قانون التجارة الفرنسي النافذ رقم ٩١٢ لسنة ٢٠٠٠اذ ينص صراحة على اعتبار التسجيل في السجل التجاري مجرد قرينة فقط والتي نصها باللغة الفرنسية

"L'activité de domiciliation ne peut être exercée dans un local à usage d'habitation principale ou à usage mixte Professionnel."

(٣) ينظر عبد الرزاق جاجان و عبد القادر برغل و عمر فارس ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ -١٤١.

غير الأصل يقع على عاتقه عبء الاثبات ، إلا أن هذه القاعدة وجد لها استثناء بالغ الاهمية ، يقضي بان جميع ما يصدر عن التاجر من أعمال وتصرفات هي أعمال تجارية حتى يثبت الدليل على خلاف ذلك ، وان كون اطراف المنازعة ذو صفة تجارية (تجار) هو أمر غير كاف لأعمال مبدأ حرية الاثبات في المنازعات التجارية بل من الضروري ان يكون محل تلك المنازعة عملا تجاريا ، وهذا يثير التساؤل عن المقصود بالأعمال التجارية ؟ وهل للأعمال التجارية المختلطة نفس الحق في اعمال مبدأ حرية الاثبات بمناسبة حدوثها ؟

ولذلك قسمنا هذا المطلب الى فرعين نناقش في الاول الاعمال التجارية بطبيعتها ، وفي الثاني نناقش الاعمال التجارية المختلطة ووفق الاتي :

II.ب.١. الفرع الأول

الاعمال التجارية بطبيعتها

الاعمال التجارية بطبيعتها هي تلك الاعمال التي نصت التشريعات على كونها تجاريه اذ نص قانون التجارة العراقي[١] في المواد (٥-٦) على تجارية تلك الاعمال اذ عددتها على سبيل الحصر وهذا موقف يؤاخذ عليه التشريع العراقي فهو خالف التشريعات المقارنة في ذلك .

فبالنظر الى موقف المشرع المصري[٢] نجد انه ذكر الاعمال التجارية الاصلية في المواد (٤-٥-٦) وجاءت على سبيل المثال لا الحصر اذ يمكن وفق التشريع المصري اضافة اعمال اخرى على الاعمال التي نص عليها عن طريق القياس على تلك الاعمال ، ولكن باشتراط عامل التشابه في صفات تلك الاعمال وغاياتها[٣]، وان التشابه في تلك الصفات يتمثل بتوظيف راس المال في انتاج سلعه معينه أو خدمات ، أو تداول السلع أو التوسط في تداولها ، اما في موضوع الغاية فتعني استهداف هذا الاعمال للعناصر المنصوص عليها في قانون التجارة المصري لتحقيق الربح فالأعمال التجارية بطبيعتها هي الاعمال التي تكون بالأصل طبيعتها تجاريه بغض النظر عن صفة من قام بها سواء كان القائم بها تاجرا أو كان غير تاجر ولو باشرها الشخص لمرة واحدة أو كانت مباشرته لها بصفه عرضيه[٤]، ويرجح

(١) تنظر المواد (٥-٦)، من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥؛ونصت المادة (٦)، على " يكون انشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته." .

(٢) تنظر المواد (٤-٥-٦)، من قانون التجارة المصري رقم (١٧)، لسنة ١٩٩٩.

(٣) ينظر محمد محمد مفتاح الجليدي ، "العقود التجارية بين احكام الاثبات الالكتروني و مبدا حرية الاثبات"، (رساله ماجستير في القانون الخاص ،جامعة الاسكندرية كلية الحقوق ، لسنة ٢٠١٦)، ص ١٠٢.

(٤) ينظر د. غاده عماد الشربيني، *القانون التجاري الجديد الاعمال التجارية التاجر الاموال التجارية* ، (الأكاديمية الحديثة للمعادي: بدون تاريخ نشر)، ص٣٨.

لنا مما تقدم موقف المشرع المصري على موقف المشرع العراقي ونقترح عليه السير على ما سار عليه المشرع المصري بعدم حصر الاعمال التي تعد تجارية بطبيعتها .

اما المشرع الاماراتي[١] فقد نص بالمادة (٧) من قانون المعاملات التجارية على أنه "الاعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المنصوص عليها في المادتين السابقتين لتشابه صفاتها وغاياتها تعتبر اعمالا تجارية " ونجد ان المشرع الاماراتي يتفق مع موقف المشرع المصري في اعتبار الاعمال التجارية التي وردت في المادة (٥-٦) من قانون المعاملات التجارية واردة على سبيل المثال لا الحصر وهو موقف جيد يحسب لهما ويرجح على موقف مشرعنا العراقي .

اما المشرع الجزائري[٢] فانه ذكر الاعمال التجارية في المواد (٢-٣-٤) من القانون التجاري ، على سبيل المثال وليس الحصر وهذا ما يفهم من نص المادة الثانية من قانون التجارة التي نصت على انه " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه ... " فيفهم من هذا النص ان المشرع الجزائري لو اراد اعتبار الاعمال التجارية لعددها على سبيل الحصر ويتوافق موقفه مع موقف القانونين المصري و الإماراتي ، ولم يحد المشرع الفرنسي[٣] عن موقف القوانين المقارنة الاخرى اذ ذكر الاعمال التجارية في المادة (١١٠) من قانون التجارة على سبيل المثال لا الحصر .

و ان الاعمال التجارية بطبيعتها تقسم على قسمين من الاعمال وهذين القسمين هما : الأعمال التجارية المنفردة والاعمال التجارية بشرط الاعتراف ولذلك سنوضح هذه الأعمال فيما يأتي :

أولاً : الاعمال التجارية المنفردة :

هي تلك الأعمال التي تخضع لأحكام القانون التجاري ولو تمت مزاولتها عرضاً من شخص لا يمتلك الصفة التجارية[٤] ، بصرف النظر اذا تمت في مشاريع اقتصاديه أم لا.

ويمكن ان نخلص الى ان الاعمال التجارية المنفردة هي الاعمال التي اعتبرت تجارية من قبل المشرع ولو وقعت عرضاً من اي شخص سواء كان يتمتع بالصفة التجارية ام لا.

---

(١) تنظر المادة رقم ٧، من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ٥٠ لسنة ٢٠٢٢ النافذ.
(٢) تنظر المادة (٢)، من قانون التجارة الجزائري النافذ .
(٣) تنظر المادة (١١٠)، من قانون التجارة الفرنسي النافذ.
(٤) ينظر د. سامي عبد الباقي ابو صالح ، *قانون الأعمال مقدمة الاعمال التجارية التاجر العمل التجاري وفقاً لقانون التجارة الجديد*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤)، ص٩٤.

وانطلاقاً من استنباط نص المادة الخامسة والمادة السادسة من قانون التجارة العراقي فإنه من الممكن ان نحدد هذا الاعمال بما يأتي ..

١- شراء العقار أو المنقول بهدف البيع أو التأجير بقصد الربح .
٢- الاستئجار من اجل القيام بتأجير المأجور مره ثانيه بربح .
٣- التعامل في اسهم الشركات وسنداتها .
٤- تنظيم الأوراق التجارية وكل ما تعلق بها من عمليات.

ويستخلص من ذلك أن كل شخص يقوم بتلك الاعمال التجارية دون النظر الى صفته التجارية سواء كان تاجر أم غير تاجر يخضع من حيث قيامه بهذا الاعمال بأحكام قانون التجارة .

ثانياً : الاعمال التجارية بشرط الاحتراف :

ويقصد بالأعمال التجارية بشرط الاحتراف هي تلك الاعمال التي يمارسها الشخص الطبيعي او المعنوي بشكل متكرر بحيث تصبح له حرفة معتادة فضلاً عن انه يشترط فيها ان تكون بصيغة مشروع تجاري وهذا ما يستنبط من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي [١] والتي ذكرت جملة من الأعمال التجارية التي تمارس بصورة محترفة ، منها توريد البضائع ، و الخدمات ، و الصاعة ، و عمليات استخراج المواد الأولية و كذلك مقاولات النقل و التأمين ... الخ .

II.ب.٢. الفرع الثاني

الاعمال التجارية المختلطة

تكلمنا عن الاعمال التجارية الاصلية واتضح ان تلك الاعمال كانت ذات طابع تجاري خالص فما هي الاعمال التجارية المختلطة ؟

ولم يتعرض المشرع العراقي[٢] للأعمال المختلطة ولا حتى القوانين المقارنة ، ولذلك قام الفقه والقضاء بالتصدي لهذه الاعمال التجارية ، لكن وجد حول هذه الاعمال خلافا حادا في اعمال مبدأ حرية الاثبات على هذه الاعمال وظهرت اراء عدة في هذا الصدد[٣].

(١) تنظر المادة (٥)، من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠)، لسنة ١٩٨٤ .
(٢) ينظر قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
(٣) ينظر قانون التجارة الفرنسي النافذ؛ قانون التجارة المصري النافذ؛ ، وقانون المعاملات التجارية الاماراتي النافذ ؛ وقانون التجارة الجزائري النافذ .

إن التصرفات التجارية أو الاعمال التجارية تكون مختلطة اذا وقعت من شخصين تمثل بالنسبة لاحدهما تصرفا تجاريا وتمثل بالنسبة للشخص الاخر تصرفا مدنيا كما لو باع المزارع محصوله للتاجر أو العلاقة التي تربط المستهلك الذي يشتري من تاجر التجزئة[١] .

وقد ذهب رأي آخر [٢] الى تعريف الاعمال التجارية المختلطة ، " بانه العمل الواحد الذي يعد تجاريا بالنسبة لطرف ، ومدنيا بالنسبة للطرف الاخر ، كما لو باع تاجر سيارات الى احد المستهلكين "

ويمكن تعريف الأعمال المختلطة بأنها (تلك الاعمال التي تعد تجارية بالنسبة لاحد اطرافها (التاجر) اما الطرف الاخر(المستهلك) فلا يبتغي من وراء ذلك العمل الربع بل قام به لسد حاجاته الطبيعية) كما لو اقدم شخص على شراء الطعام من تاجر التجزئة فانه يبتغي من قيامه بهذا التصرف سد الحاجة الاستهلاكية له.

فهنا يكون العمل تجاريا بالنسبة للطرف الأول وهو الذي يبتغي من وراء تصرفه تحقيق الربح والمضاربة ، اما الطرف الاخر فان العمل يعد بالنسبة له عملا مدنية لعدم اضفاء المضاربة والربحية من وراء عمله الذي قام به ، ويتضح لنا ان النطاق الموضوعي لأعمال حرية الاثبات في المنازعات التجارية يعتمد على الاعمال التجارية بوجه عام سواء كونها اعمال اصلية أم تبعية أم كانت اعمال مختلطة وغيره ، فان كل ما يمارسه التاجر من اعمال هي تعد اعمال تجارية الا ان قام الدليل على ما يخالف ذلك .

الخاتمة

من خلال ماتم عرضه توصلنا الى العديد من النتائج والتوصيات نعرضها وفق الاتي :

اولاً : النتائج

١- ثار الخلاف بين الفقه القانوني حول وضع تعريف لمبدأ حرية الاثبات وتوصلنا الى تعريفه بانه (عبارة عن تطبيق من تطبيقات مبدأ سلطان الارادة للتجار الذين يبرمون معاملات تجارية في اثبات معاملاتهم بأية وسيلة كانت سواء تقليدية ام الكترونية بشرط عدم تعارضها مع النظام العام أو نص صريح ، وتطبيقا لهذا المبدأ يكون اثبات التصرف التجاري امام القضاء باي وسيلة من وسائل الاثبات ، بما فيهم شهادة الشهود ، كما يجوز وفق هذه الحرية اثبات عكس ما أشتمل عليه دليل كتابي بواسطة الشهادة).

(١) ينظر د. أسامة الروبي، مصدر سابق، ص٢٠٦.
(٢) ينظر يوسف بن عبدالله بن محمد الخضير ، مصدر سابق ، ص ٤٢.

٢- ان مبدأ حرية الاثبات يقوم على مبررات متعددة منها تعزيز ودعم الائتمان التجاري وتوافقه مع سرعة الاعمال التجارية وتعدد التصرفات القانونية للتاجر فضلا عن المحافظة على البضائع من الضرر وتجنب تقلبات الاسعار فضلا عن ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة .

٣- ان مبدأ حرية الاثبات يرتكز نطاقه على مرتكزين اساسيين : أولهما ؛ النطاق الشخصي الذي يتمثل في تحقق صفة التاجر في طرفي المنازعة التجارية فضلا عن الاهلية التجارية ، وثانيهما النطاق الموضوعي للعلاقة التجارية اي ان يحدث هناك منازعة بمناسبة عمل تجاري.

٤- ان الفقه قد اختلف في تعريف الاعمال التجارية المختلطة وتوصلنا الى تعريفها بانها (تلك الاعمال التي تعد تجارية بالنسبة لاحد اطرافها (التاجر) اما الطرف الاخر(المستهلك) فلا يبتغي من وراء ذلك العمل الربع بل قام به لسد حاجاته الطبيعية كما لو اقدم شخص على شراء الطعام من تاجر التجزئة فانه يبتغي من قيامه بهذا التصرف سد الحاجة الاستهلاكية له) .

ثانياً : التوصيات :

١- بما ان المعاملات التجارية تقوم على السرعة والائتمان وان اشتراط الكتابة في ابرام واثبات التصرفات التجارية يعرقل الانسيابية التي تقوم عليها الحياة التجارية مؤثرا بشكل سلبي على الاقتصاد بشكل عام نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١١) من قانون الاثبات العراقي النافذ لتكون بالشكل الاتي (يجوز اثبات التصرفات التجارية بوسائل الاثبات كافة مالم ينص القانون على خلاف ذلك) والعودة الى ما كان معمول به قبل صدور قانون الاثبات اعلاه .

٢- ندعو المشرع العراقي الى اضافة نص لمراعات طبيعة المعاملات التجارية والسرعة المطلوبة فيها ويكون بالشكر الآتي (يكون اثبات التصرفات التجارية بكافة طرق الاثبات المنصوص عليها قانونا مالم يكون هناك نص يقضي بخلاف ذلك أو اتفاق بين اطراف التصرف) .

٣- ندعو المشرع العراقي الى اقتفاء اثر المشرع الاماراتي وتعديل نصاب الشهادة المنصوص عليها في قانون الاثبات كون هذا النصاب يعد زهيداً بالنسبة للتعامل التجاري في الوقت الحاضر لذا ندعو العراقي الى تعديل نص المادة (٧٧) من قانون الاثبات (يجوز اثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تقل عن ١٠٠٠٠٠٠٠٠ عشرة ملايين دينار) .

قائمة المصادر

اولاً : كتب اللغة :

١- الخليل بن احمد الفراهيدي ،*كتاب العين* ، ج ١ ، ط ١، بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٢ .

٢- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، *القاموس المحيط*، القاهرة: دار الحديث ، ٢٠٠٨ .

٣- جبران مسعود ، *الرائد (معجم لغوي عصري رتبت مفرداته وفقا لحروفه الأولى)* ، ط ٧ ، بيروت، لبنان: دار العلم للملايين ، ١٩٩٢ .

٤- ابي القاسم الزمخشري ، *اساس البلاغة* ، الجزء الأول، بدون دار نشر ، ١٩٩٨ .

٥- ابن منظور ، *لسان العرب* ، ج ٢، بيروت: دار صادر ، بدون سنة نشر .

ثانياً : الكتب والابحاث القانونية :

١- اكرم ياملكي ، *الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي* ، ج ١ ، بغداد: شركة الطباعة والنشر الاهلية ، سنة ١٩٦٨.

٢- د. باسم محمد صالح ، *القانون التجاري* ، بغداد: المكتبة القانونية ، ٢٠٠٦ .

٣- د. سامي عبد الباقي ابو صالح ، *قانون الاعمال مقدمة الاعمال التجارية التاجر المعمل التجاري وفقاً لقانون التجارة الجديد* ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .

٤- د. غاده عماد الشربيني، *القانون التجاري الجديد الاعمال التجارية التاجر الاموال التجارية* ، الأكاديمية الحديثة للمعادي: بدون تاريخ نشر .

٥- د. محمد مجيد كريم الابراهيمي ، *مبدأ السرعة في القانون التجاري* ، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٢٤ .

٦- د. محمد نجيب عوضين المغربي ، *عنصر المدة واثره في العقود* ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.

٧- د. محمود الكيلاني ، *الموسوعة التجارية والمصرفية – المجلد الثاني* ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨.

٨- د. مصطفى كمال طه ، *اصول القانون التجاري* ، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٤.

٩- الشيخ خالد سيف الله الرحماني ، *الحرية وتطبيقها في الفقه الاسلامي* ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ٢٠١٨.

١٠- علي يونس، *القانون التجاري الكويتي* ، الكويت: مطبعة روينو ، ١٩٧١.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

١-رجب نادى عبد الخالق سالم رجب ، "الاركان المشتركة في جرائم الإفلاس"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، بدون سنة ، ص ٤٥٦.

٢-محمد الخياري ، "الاثبات في المادة التجارية"، رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة عبد المالك السعدي ، طنجة ، ٢٠١٧ .

٣-محمد محمد مفتاح الجليدي، "العقود التجارية بين احكام الاثبات الالكتروني و مبدا حرية الاثبات"، رساله ماجستير في القانون الخاص ،جامعة الاسكندرية كلية الحقوق ، لسنة ٢٠١٦ .

رابعاً: البحوث العلمية:

١- د عدنان احمد ولي العزاوي ، "مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي"، *بحث نشر في مجلة القانون المقارن* ، العدد ٢١ ، (لسنة ١٩٨٩).

٢-د. بلود عثمان ، "محاضرات في القانون التجاري"، *كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم الاجتماعية ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان* ، (٢٠٢٣) .

٣-د. عصمت عبد المجيد بكر، "اشكالية اثبات الالتزامات التجارية في القانون العراقي"، *مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة الانبار* ، المجلد الخامس ، العدد العاشر ، (٢٠١٥): ص ٨.

٤-د. ميثاق طالب و د. نهى خالد عيسى ، "حدود مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية"، *بحث منشور في مجلة Royte Educational & Social science Joyrnal ، بريطانية* ، المجلد السادس ، (٢٠١٩).

خامساً: القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ .
٢- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ .
٣- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ .
٤- قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ .
٥- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ النافذ .
٦- قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الاماراتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٢٢ النافذ .
٧- قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (٥٠) لسنة ٢٠٢٢ النافذ .
٨- - قانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥وقانون التجارة الجزائري رقم (٧٥-٥٩) لسنة ١٩٧٥النافذ .
٩- قانون القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري رقم (١٥ – ٠٤) لسنة ٢٠١٥ النافذ .
١٠- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٦ النافذ .

١١-قانون التجارة الفرنسي رقم ٩١٢ الصادر في ١٨ سبتمبر لسنة ٢٠٠٠ .

سادساً: المصادر باللغة الانكليزية

List of sources:

First: Language books:

1- Al-Khalil bin Ahmed Al-Farahidi, Kitab Al-Ain, 1st edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 2002.
2- Majd Al-Din Muhammad bin Yaqoub Al-Fayrouzabadi, Al-Qamoos Al-Muhit, Dar Al-Hadith, Cairo, 2008.
3- Gibran Masoud, Al-Raed (a modern linguistic dictionary whose vocabulary is arranged according to its first letters), 7th edition, Dar Al-Ilm Lil-Millain, Beirut, Lebanon, 1992.
4- Abi Al-Qasim Al-Zamakhshari, The Basis of Rhetoric, Part One, without a publishing house, 1998.
5- Ibn Manzur, Lisan al-Arab, Dar Sader, Beirut, without a year of publication.

Second: Legal books and research:

1- Dr. Mithaq Taleb and Dr. Noha Khaled Issa, The limits of the principle of freedom of proof in commercial matters, research published in Royte Educational & Social science Journal, British, Volume Six, 2019.
2- Muhammad Al-Khayari, Evidence in Commercial Subjects, Master's Thesis, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, Abdelmalek Saadi University, Tangier, 2017.
3- Dr. Mahmoud Al-Kilani, Commercial and Banking Encyclopedia, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2008.
4- Dr. Muhammad Naguib Awadin Al-Maghrabi, The Duration Element and its Effect on Contracts, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2009.

5- Dr. Mustafa Kamal Taha, Principles of Commercial Law, Dar Al-Fikr University, Alexandria, 1994.
6- Dr. Bassem Muhammad Saleh, Commercial Law, Legal Library, Baghdad, 2006.
7- Ali Younis N. Kuwaiti Commercial Law, Royno Press, Kuwait, 1971.
8- Rajab Nadi Abdel Khaleq Salem Rajab, Common Elements in Bankruptcy Crimes, a thesis for obtaining a doctoral degree, Faculty of Law, Menoufia University, without a year, p. 456.
9- Dr. Adnan Ahmed Wali Al-Azzawi, The Concept of the Merchant under the Iraqi Trade Law, research published in the Journal of Comparative Law, Issue 21, 1989.
10- Dr. Blood Othman, lectures on commercial law, Faculty of Economics, Management and Social Sciences, Abi Bakr Belkaid University of Tlemcen, 2023.
11- Muhammad Muhammad Muftah al-Jalidi, Commercial Contracts between the Provisions of Electronic Proof and the Principle of Freedom of Evidence, Master's Thesis in Private Law, Alexandria University, Faculty of Law, 2016.
12- Dr. Ghada Imad El-Sherbiny, The New Commercial Law, Business, Merchant, Commercial Money, Modern Academy of Maadi, without date of publication.
13- Dr. Sami Abdel-Baqi Abu Saleh, Business Law, Introduction to Business, The Merchant, the Commercial Factory According to the New Trade Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2004.
14- Sheikh Khaled Saif Allah Al-Rahmani, Freedom and its Application in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, Beirut, 2018.
15- Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, The Problem of Proving Commercial Obligations in Iraqi Law, Anbar University Journal of Legal and Political Sciences, College of Law and Political Science, Anbar University, Volume Five, Issue Ten, 2015, p. 8.

16- Dr. Muhammad Majeed Karim Al-Ibrahimi, The Principle of Speed in Commercial Law, New University House, Alexandria, 2024, p. 227; Akram Yamliki, Al-Wajeez fi Sharh al-Iraqi Commercial Law, vol. 1, National Printing and Publishing Company, Baghdad, year 1968, p. 12.

Third: Laws:

1- Iraqi Civil Law No. (40) of 1951 in force.
2- The Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979 in force.
3- Iraqi Trade Law No. (30) of 1984 in force.
4- The Egyptian Law of Evidence in Civil and Commercial Matters No. (25) of 1968 in force.
5- Egyptian Trade Law No. (17) of 1999 in force.
6- UAE Law of Evidence in Civil and Commercial Matters No. (35) of 2022 in force.
7- UAE Commercial Transactions Law No. (50) of 2022 in force.
8- The Algerian Civil Law No. (75-58) of 1975 and the Algerian Trade Law No. (75-59) of 1975 in force.
9- The Algerian Law of General Rules Concerning Electronic Signature and Authentication No. (15-04) of 2015 in force.
10- The French Civil Code of 1806 in force.
11- French Trade Law No. 912 issued on September 18, 2000.