Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(5) ; May 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
13. 3 .2019	7.5.2019	15.5.2019

حدود مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

(دراسة مقارنة)

Limits of the principle of freedom of proof in commercial matters ((A comparative study))

أ. م .د. ميثاق طالب عبد حمادي

م .د. نهى خالد عيسى

Professor Assistant Methaq Talib Abid Hammadi

Teacher Noha Khalid Essa

كلية القانون – جامعة بابل

college of Law - University of Babylon

الخلاصة

يعد مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية من المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري، ويراد به تخليص الاثبات التجاري من القيود التي أوجدها المشرع بخصوص الاثبات في المسائل المدنية، أي أن أثبات المسائل التجارية جائز بكافة طرق الاثبات دون قيد، الا ما استثني منها بنص خاص، وبالتالي اصبح من الجائز اثبات المعاملات التجارية بالكتابة (المحررات والبينة، والاقرار، والقرائن، واليمين..... الخ)، ولو تجاوزت قيمة التصرف المبلغ المحدد في المعاملات المدنية، أو كانت غير محددة القيمة، كما يجوز اثبات عكس المكتوب بغير الكتابة ، والاحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ، ولا شك ان ذلك كله يمثل قواعد خاصة بالمعاملات التجارية ويخالف القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المدنية.

Conclusion

The principle of freedom of proof in commercial articles is one of the principles on which commercial law is based. It is intended to remove commercial evidence from the restrictions created by the legislator regarding the evidence in civil matters, that is, the proof of commercial matters is permissible by all means of proof without restriction,

Therefore, it is possible to prove the commercial transactions in writing (editors, evidence, acknowledgment, clues, right, etc.), even if the value of the transaction exceeds the amount specified in the civil transactions, or it is not specified value, and may prove the contrary written without writing, With customary editors on the non-denominator Even if history has not been fixed. There is no doubt that all of these represent rules for commercial transactions and violate the legal rules of civil transactions.

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة البحث

يعد مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية من المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري، ويراد به تخليص الاثبات التجاري من القيود التي أوجدها المشرع بخصوص الاثبات في المسائل المدنية، أي أن أثبات المسائل التجارية جائز بكافة طرق الاثبات دون قيد، الا ما استثني منها بنص خاص، وبالتالي اصبح من الجائز اثبات المعاملات التجارية بالكتابة (المحررات والبينة، والاقرار، والقرائن، واليمين..... الخ)، ولو تجاوزت قيمة التصرف المبلغ المحدد في المعاملات المدنية، أو كانت غير محددة القيمة، كما يجوز اثبات عكس المكتوب بغير الكتابة ، والاحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ، ولا شك ان ذلك كله يمثل قواعد خاصة بالمعاملات التجارية ويخالف القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المدنية. وتكمن الحكمة من تقرير هذا المبدأ المتقدم هو ان الاعمال التجارية قوامها السرعة والائتمان، فقواعد القانون التجاري تهدف الى دعم الائتمان وتبسيط الاجراءات لإبرام العمليات التجارية وتنفيذها بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية، فلا يمكن ان يطلب من التاجر أن يحرر دليلاً كتابياً عن كل عمل تجاري يقوم به حمايةً لحقوقه، لاسيما وأنه قد يقوم بعشرات الاعمال في اليوم الواحد. على ان مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية ترد عليه بعض الاستثناءات، إذ يوجب المشرع إثبات بعض الاعمال التجارية بدليل كتابي مثل عقود تأسيس الشركات وأصول مسك الدفاتر التجارية وعقود وبيع ورهن المحل التجاري، وعقود نقل التكنلوجيا ونحو ذلك، بالإضافة الى أن طبيعة بعض الاعمال التجارية لا تقع الا في محررات مكتوبة، كما هو الحال في الاوراق التجارية، غير أن اشتراط الدليل الكتابي لإثبات بعض الاعمال التجارية لا يتعارض مع ما يقتضيه النشاط التجاري من تبسيط الاجراءات لإبرام الاعمال التجارية بالسرعة المطلوبة، لأن ذلك الاجراء الشكلي يهدف الى ضبط العمل التجاري وتحديده بدقة، حسماً لأي نزاع بين أطرافه، بسبب ما يستغرقه إبرام العمل وتنفيذه من وقت ليس بالقصير، ومن ثم فأن اثبات العمل التجاري بالدليل الكتابي في مثل هذه الحالات سيحقق للنشاط التجاري السرعة المطلوبة.

هذا ويتحدد نطاق مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية في المعاملات التجارية التي تتم بين التجار انفسهم، أو بينهم وبين عملائهم، وبذلك يشترط للتمسك بهذا المبدأ أن يكون طرفا العلاقة تاجرين، أو

يكون محل الاثبات عملاً قام به التاجر إثناء مباشرته مهمته التجارة، أي عمل تجاري، سواء أكان الطرف الثاني تاجراً أم غير تاجر.

ثانياً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن الالتزامات التجارية تمتاز بطبيعة خاصة تجعل من الأهمية بمكان إفراد قواعد قانونية تتلاءم وتلك الطبيعة الخاصة، ومن أهم المسائل التي تستلزم مراعاة خصوصية المعاملات التجارية هو موضوع الإثبات، لذلك تنبه العديد من التشريعات المقارنة إلى ذلك، ونظمت أحكاماً خاصة بإثبات المعاملات التجارية تتمثل بتبنيها مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، إلا أن البعض الآخر من التشريعات قد أهمل تلك الخصوصية وساوى في الإثبات بين المسائل المدنية والتجارية وهذا يتمثل بموقف القانون العراقي ، لذلك تتركز مشكلة البحث بتسليط الضوء على مفهوم مبدأ حرية الإثبات ورسم معالمه والأساس القانون في تبنيه، فضلاً عن الأسباب والمسوغات التي تبرر ذلك، سواء بالجانب المؤيد أو المعارض، فضلاً عن الإجابة عن التساؤل الآتي : إلى أي مدى تتمتع المسائل التجارية بخصوصية في إثباتها؟ ، وهل يشكل مبدأ حرية الإثبات في تلك المسائل التجارية مبدأ عاماً أم قاعدة استثنائية.

ثالثاً: منهج البحث

اتبعنا في كتابة موضوع البحث المنهج التحليلي المقارن، حيث قمنا بتحليل كل فقرة من فقرات البحث للوصول إلى الغاية القانونية المقصودة منها. وتمت تلك الدراسة في ظل أنظمة متباينة الموقف من هذا المبدأ وهي كل من القانون المصري والفرنسي فضلاً عن القانون العراقي.

رابعاً: خطة البحث

وسنتناول في البحث موضوع (حدود مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية- دراسة مقارنة) من خلال تقسيمه الى مبحثين، الاول لمفهوم هذا المبدأ وتحديد أساسه القانوني في الانظمة القانونية المقارنة ، أما المبحث الثاني سنعقده لنطاق تطبيق هذا المبدأ من خلال توضيح النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيقه وأهم الاستثناءات الواردة عليه والفلسفة التشريعية من ايرادها.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

مما لاشك فيه أن الاعمال التجارية تمتاز عن غيرها من الاعمال بالسرعة في المعاملات من جهة والثقة والائتمان من جهة اخرى ، لذلك فهي بحاجة الى وسائل مرنة تعمل على دفع وتطوير النشاط التجاري وتكون بعيدة كل البعد عن الشكليات والتعقيدات التي تشترطها بعض الاعمال المدنية ولذلك فان الاثبات

في المسائل التجارية يمتاز بخصوصية معينة ، تمثلت بإعطاء التجار حرية واسعة في اثبات اعمالهم التجارية بكافة طرق الاثبات التي يرونها مناسبة أو يتفقون عليها، وهذا ما اتفقت عليه اغلب التشريعات المقارنة ودرج على اعماله القضاء في احكامه المتنوعة ، لذلك سنعمل على تسليط الضوء في هذا المبحث على مفهوم مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية من خلال تعريفه وتوضيح مبررات اللجوء اليه ، فضلاً عن بيان الاساس القانوني الذي يتم الاستناد اليه في تطبيق هذا المبدأ، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص الاول للتعريف بمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية ، والثاني لأساسه القانوني في الانظمة القانونية المقارنة.

المطلب الأول

التعريف بمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

يمل مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية مبدأً مهماً من المبادئ التي يقوم عليها علم الاثبات في اغلب النظم القانونية المقارنة ، حيث توجد مسوغات ومبررات عديدة تدعو نحو تدعيم وجوده واستمرار تطبيقه. وعليه سنوضح في هذا المطلب التعريف بمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية من خلال تقسيمه الى فرعين، نبحث في الاول تعريف هذا المبدأ ، في حين نكرس الثاني لمبرراته.

الفرع الاول

تعريف مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

يقصد بهذا المبدأ أن اطراف المعاملة التجارية يتمتعون بحرية كافية لإبرامها ، مهما بلغت قيمتها ، وبأية وسيلة من وسائل الاثبات دون التقيد بإحداها، وهذا مما يحفز التجار على انجاز اعمالهم التجارية وعقد صفقاتهم وابرام عقودهم بسهولة ويسر[١].

ونلاحظ على هذا التعريف انه لم يقصر جانب الحرية الممنوحة للأطراف المعاملة التجارية على اثبات معاملاتهم التجارية بل اتسع ليشمل ابرامها ، كما انه لم يشر الى وجود استثناء على هذه القاعدة جاء بنصوص تشريعية صريحة ام اتفق التجار عليه بشكل صريح .

وذهب البعض الى تعريف هذا المبدأ بانه الاتجاه نحو تخليص الاثبات التجاري من القيود التي اوجدها المشرع بخصوص الاثبات في المواد المدنية[٢].

(١) انظر د. اكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٨،ص١٢.

(٢) انظر في ذلك : د. حمد الله محمد حمد الله ، نظرية الاثبات في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٣٤.

ونلاحظ على هذا التعريف انه لم يكن احسن من سابقه ، ففي الوقت الذي قصر مداه على الاثبات التجاري ، إلا انه لم يذكر جوهر هذا المبدأ والغاية الكامنة وراء إقراره .

وذهب البعض الى تعريفه بأنه جواز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات، فضلاً عن امكانية اثبات عكس ما ورد بدليل كتابي أو اثبات ما يجاوزه بكافة الطرق(٣).

ويبدو ان التعريف اعلاه ، لم يكن بأحسن من سابقيه، فلم يكن مانع جامع لمعنى وجوهر مبدأ حرية الاثبات فلم يوضح حقيقته ومداه.

ومن جانبنا يمكن تعريف مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية بأنه اعمال مبدأ سلطان الارادة للتجار أطراف المعاملة التجارية في اثبات معاملاتهم التجارية باي وسيلة سواء أكانت تقليدية أم الكترونية، شريطة ان لا تتعارض مع النظام العام ولم يرد بشأنها نص قانوني خاص.

يعني ان اثبات هذه المسائل التجارية يكون جائز بكافة طرق الاثبات التي ورد النص عليها في قانون الاثبات دون قيد، إلا ما تم استثنائه منها بنص خاص، وعليه يجوز اثبات المعاملات التجارية بالكتابة المحررات الرسمية ،...الخ، ولو تجاوز قيمة التصرف المبلغ المحدد في اثبات المسائل المدنية(١). او كانت غير محددة القيمة ، كما يجوز اثبات عكس المكتوب بغير الكتابة، والاحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو لم تكن ثابتة التأريخ ، كل هذا لاشك انه يخالف القواعد الاصلية التي وضعتها اغلب التشريعات المقارنة للإثبات في المسائل المدنية، والتي تجعل الاثبات عسير الاداء في كثير من الاحيان(٢).

والراجح بحسب الفقه ان المعاملات التجارية يجوز اثباتها عن طريق وسائل الاثبات الحديثة، حتى تلك التي لم يرد بشأنها نص قانوني طالما انها لا تتعارض مع النظام العام(٣).

---

(٣) انظر د. المعتصم بالله الغرياني ، القانون التجاري ، النظرية العامة للحرفة التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧،ص١٤٢.

(١) حيث حدد عذا المبلغ بـ(٥٠٠٠) دينار عراقي وفق المادة (٧٧) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، المعدلة بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، و (٥٠٠) جنيه وفق المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل . و(١٥٠٠) يورو وفقاً لما جاء بالمادة (١٣٤١) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٠ ، وقد تم تثبيت هذا المبلغ بموجب المادة (١) من المرسوم المرقم (٨٣٦) في ٢٠ اغسطس ٢٠٠٤ ، ولمزيد من التفصيل حول تحديد المبلغ الواجب اثباته كتابة في القانون الفرنسي انظر :

(M.) LAMOTTE: L'Encadrement du contrat electronique: L'exemple Francais , un:versite de montreal , Aout 2009, p.46 ets.

علماً ان المادة (١٣٤١) تم تعديلها بموجب القانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ حيث اصبح يقابلها في المعنى المادة (١٣٥٩) من التعديل اعلاه.

(٢) انظر في ذلك المعنى : د. علي البارودي ،د. محمد فريد العريني، القانون التجاري ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٢١.

(٣) انظر في ذلك د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٣٥ وكذلك:

ومن الوسائل الحديثة في الاثبات التي تجيزها اغلب التشريعات المقارنة هي الصور المصغرة للمراسلات والبرقيات "Microflm" الخاصة بالتجارة حيث الزمت تلك التشريعات المقارنة التجار بضرورة الاحتفاظ بصور من تلك المراسلات والبرقيات وغيرها لمدة ٧ سنوات من تاريخ ارسالها او تسلمها، كما اجازت لهم امكانية الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (ميكروفيلم) بدلاً من الاصل، كما في المادة (١٨/ اولاً) من قانون التجارة العراقي ٣٠ لسنة ١٩٨٤[١].

وهنا يثار تساؤل حول مدى امكانية استخدام الوسائل الالكترونية الحديثة في اثبات المعاملات التجارية في الواقع يجيب جانب من الفقه ويحق بأنه لا يوجد ما يمنع التجار من اللجوء الى تلك الوسائل في اثبات تعاملاتهم التجارية انطلاقاً من مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، لذلك أصبح لا يوجد ما يمنع من استخدام الوسائل المعلوماتية كالتلكس او الفاكس لاسيما ان تلك الوسائل اصبحت من الوسائل الشائعة الاستعمال في الواقع التجاري[٢].

ولاشك ان تشريع قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢[٣]، يشكل انعطافة كبيرة في اثبات المعاملات التجارية ويدخل في نطاق مبدأ حرية الاثبات الممنوحة للتجارة، اذ جاء هذا القانون بهدف توفير الغطاء القانوني لاستعمال الوسائل الالكترونية في اجراء المعاملات الالكترونية ومنحها الحجية القانونية في اثباتها[٤].

(M.) LAMOTTE:op.cit,p.47.

(١) وتقابلها المادة (٢/٢٦) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، إلا انه حدد مدة الاحتفاظ بهذه المراسلات بـ(٥) سنوات. والمادة (١٨٩) من قانون التجارة الفرنسي رقم ٧٧-٤ في ٣ يناير ١٩٧٧، ثم تم تحديد تلك الفترة بـ (٥) سنوات وذلك في المادة (4- L110) من القانون رقم ٦١٩ لسنة ٢٠١٣ المؤرخ في ١٦ يوليو ٢٠١٣.

(٢) انظر في هذا الرأي :

J.)BLAISE: Droit des Affaires , paris ,1999,p.243.(

وكذلك انظر : د. محمد حسين عبد العال ، ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص١٤٦، وقد اكد هذا المبدأ بعض التشريعات المقارنة كالقانون التجاري العراقي النافذ في المادة (١٩) منه وكذلك المادة (٥٨) من قانون التجارة المصري النافذ.

(٣) نشر في الجريدة الرسمي بالعدد (٤٢٥٦) في ٢٠١٢/١١/٥.

(٤) انظر المادة (٢٩ من القانون اعلاه .

وعرف هذا القانون المستندات الالكترونية بانها ((المحررات والوثائق التي تنشأ أو تندمج أو تخزن او ترسل او تنتقل كلياً او جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي ويحمل توقيعاً الكترونياً))[١].

ويشترط في السند الالكتروني كي يكون دليلاً في الاثبات ضرورة قراءة السند الالكتروني وان تكون كتابة السند متصفة بالديمومة والاستمرارية، وغير قابلة للتعديل إلا بإتلاف السند أو ترك أثر مادي عليه[٢]، فضلاً عن قابليته للاحتفاظ به، واسترجاعه كي يعتبر دليلاً كاملاً في الاثبات[٣].

وبذلك نرى ان تشريع قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي يشكل نقلة نوعية في تطوير التجارة الالكترونية وتسهيل مهمة اثبات المعاملات التجارية بشكل مرن وسهل وسريع بعيداً عن التعقيدات التي استلزمتها قواعد الاثبات المشار لها في قانون الاثبات النافذ لاسيما وأن المشرع العراقي في القانون قد ساوى في الاثبات بين المسائل المدنية والتجارية وهو ما سيجعل وبلا شك من مسألة اثبات المعاملات التجارية أمراً عسيراً، لذلك سيعمل قانون المعاملات الالكترونية على التخفيف من وطأة وشدة مسائل الاثبات في المسائل التجارية في العراق.

نخلص مما تقدم ان مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية يشكل مبدأ مهماً يمثل احد الاسس التي يرتكز عليها العمل التجاري ويمتلك من خلاله طابعاً متميزاً ، ولكن يثار التساؤل حول الغاية او المبرر والمسوغ وراء اقرار هذا المبدأ وتوفير الحماية القانونية له، هذا ما سنحاول الاجابة عليه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

مسوغات اقرار مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية

من المتفق عليه بين الفقهاء ان العلاقات التجارية تتميز بجو خاص يضفي عليها طابعاً متميزاً، على الرغم من عدم وجود نظرية للالتزامات يختص بها القانون التجاري بمعزل من نظرية الالتزام المقارن عليها في القانون المدني[١] .

(١) انظر نص المادة (١/ ٩) من القانون اعلاه.

(٢) انظر في ذلك د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٣١و٣٢.

(٣) انظر المادة (١٣/ اولاً/ أ) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي.

(١) انظر في ذلك : د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، ج٢، ط٥ ، ٢٠٠٧، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٩ ، وايضاً د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، ج١، بغداد ، ١٩٤١، ص٢١.

إلا ان ذلك لا ينفي وجود ذاتية وخصوصية تمتاز بها العلاقات التجارية ، سواء تلك التي يكتسب اطرافها الصفة التجارية ام التي يكون محلها عملاً تجارياً[٢].

ومن اهم سمات الخصوصية والذاتية التي تمتاز بها العلاقات التجارية هو مبدأ حرية الاثبات في المعاملات التجارية، ولاشك ان هنالك مبررات لمدة تسوغ اللجوء لهذا المبدأ والتي سنحاول توضيحها بالآتي :

أولاً: كثرة المعاملات التجارية التي يمر بها التجار، حيث يقوم التجار لمعاملات كثيرة تقتضي السرعة والبساطة التي تتفق مع البيئة التجارية ، فضلاً عما تقوم عليه من ثقة متبادلة فيما بينهم ، وبالتالي فمن المرهق للتجار اجبارهم على ابرام عقود كتابية لجميع التصرفات التي يبرمونها لتحديد مضمونها ، وعادة ما يتم ابرام تلك العقود وتنفيذها خلال فترات زمنية قصيرة، لذلك يمكن الاعتماد على ذاكرة الشهود في كثير من الحالات، وبناء على ذلك فان فرضية كتابة العقود التجارية يمكن ان تؤدي الى عرقلة ابرام تلك الصفقات التجارية التي تتطلب السرعة في الابرام والتنفيذ[٣].

وهذا بدوره قد انعكس على اختلاف قواعد الاثبات المنظمة للعمل التجاري عن تلك المنظمة للعمل المدني، وصار له قواعد في الاثبات خاصة به، وفقاً لما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية والتي تختلف في نظامها القانوني عن المعاملات المدنية[١].

ثانياً: من المتعذر ان لم يكن من المستحيل التوفيق بين رغبة المشرع في تسهيل انجاز المعاملات التجارية في وقت قصر ، وفي بساطة ويسر ، وبين مراعاة العقود المقررة للإثبات في القانون المدني، لذلك اجمعت اغلب التشريعات المقارنة على ضرورة تحرير الاعمال التجارية من هذه القيود [٢].

فالحياة التجارية تتميز السرعة والثقة والائتمان، ومن ثم كان لزاماً على المشرع ان يهيئ المناخ المناسب لها بدون تقيّد التاجر باتباع الشكليات المشروطة في المعاملات المدنية ، وأن يسمح لهؤلاء التجار بإثبات معاملاتهم التجارية عن طريق استخدام الدفاتر والمراسلات والفواتير أو شهادة الشهود أو القرائن، فضلاً عن امكانية الاحتجاج بالمحررات العرفية الثابت فيها بعض المعاملات التجارية، ولو لم تكن تلك المعاملات ثابتة

---

(٢) لم يتفق الفقه القانوني على ايراد تعريف محدد للعقد التجاري، وقد انتقد جانب كبير من الفقه امكانية ايراد تعريف للعقد التجاري يكون مانع جامع ، حيث اتفقوا على ان المغزى هو فهم فكرة العقود التجارية من خلال تبين المنطق بين اسباب تجارية العقد وبين الاثار التي تترتب على هذه التجارية ، عندها يمكن لنا ان نفهم حقيقة الجو الخاص الذي يتميز به العقد التجاري، انظر في ذلك د. علي البارودي ، ود. محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص٨.

(٣) انظر في ذلك المعنى د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق، ص٤١، ود. المعتصم بالله الغرياني، مصدر سابق ،ص١٤٢.

(١) انظر في ذات المعنى د. علي احمد الجراح، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠، ص٣٣٣.

(٢) انظر د. حسن جاد ، مصدر سابق ، ص٢١٣.

التاريخ [٣]. فمثل تلك الاحكام والقواعد الخاصة بإثبات المعاملات التجارية تهدف اساساً الى خدمة الحياة التجارية التي تقوم على اساس الثقة والسرعة والائتمان، وبالتالي فمن غير المنطقي ان نطالب التاجر بإبرام عقود مكتوبة لكل معاملاته التجارية، لاسيما وأن كثير من تلك المعاملات تتم باستعمال وسائل وآلات الاتصال الحديثة، كالتليفون أو التلغراف أو التلكس أو البريد الالكتروني، كما من غير المعقول ان نلزم التاجر باتباع الشكليات المعمول بها في العقود المدنية، كضرورة تسجيلها حتى تكون ثابتة التاريخ[٤].

ثالثاً: دعم الائتمان التجاري إذ تقوم الاعمال التجارية على اساس الائتمان والثقة بين المتعاملين، لاسيما وأن اغلب التعاملات التجارية تتم بأجل، فتاجر الجملة يبيع لتاجر المفرد بأجل، والبنك يقرض المشتري لأجل، ومن خلال ذلك سيرتبط التاجر بروابط متتابعة قوامها الائتمان والثقة المتبادلة بينهما، بحيث اذا أخل المدين بهذه الثقة وتخلف عن وفاء دينه عن حلول الاجل المحدد له، سيؤدي ذلك الى الاضطراب في المعاملات التجارية وبالتالي عجز الاخرين عن سداد ديونهم، لذلك عمد القانون التجاري الى دعم الائتمان عن طريق الشهادة في الضمانات التي تحمي الدائن التجاري من الاحتيال أو النصب في تنفيذ الالتزامات التجارية، وحيث نظم الافلاس وألزم على التاجر مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري[١].

وعليه فمن المعلوم في عالم التجارة ان رأس المال ينتج ارباحاً كلما تحرك بسرعة وقام على الثقة والائتمان، فهما يشكلان قوام النشاط التجاري، ومما لاشك فيه انهما لا يستقيمان مع الاجراءات الشكلية المتشعبة لذلك تم اقرار مبدأ خاص بإثبات العمل التجاري، يقوم على اساس الحرية والابتعاد عن الشكليات والقيود .

رابعاً: ألزم المشرع في الانظمة القانونية المقارنة التجار بضرورة مسك الدفاتر التجارية بأنواع وصور متعددة كدفاتر اليومية او الاستاذ او المخازن ونحو ذلك، ومنح تلك الدفاتر قوة في اثبات التصرفات المقيدة فيها. حيث اعتاد التجار على تدوين معاملاتهم التجارية والمحاسبية مع الغير في تلك الدفاتر التجارية ، والتي اشترط المشرع ضرورة ان تكون منتظمة، لاسيما وأن تلك الدفاتر ستؤدي دوراً مهماً في تنظيم عملية التوازن المالي للتجار، وبيان حساب الربح والخسارة لتلك المعاملات التجارية، لذلك دأبت اغلب التشريعات المقارنة على الزام محترفي العمل التجاري بمسك هذه الدفاتر التجارية لاسيما الالزامية منها[٢].

---

(٣) انظر د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٤٢.

(٤) انظر د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٦، وايضا بالمعنى ذاته د. هاني دويدار ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨، ص١٠٨.

(١) انظر في ذلك د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص١١.

(٢) انظر في ذلك د. هاني دويدار ، مصدر سابق ، ص١٩٤-١٩٥ ومن امثلة هذه التشريعات المقارنة القانون العراقي في المادة (١٢) وما بعدها من قانون التجارة النافذ والقانون المصري في المادة (٢١) من قانون التجارة النافذ.

وعليه فان مسك الدفاتر التجارية المنتظمة من قبل التجار ومنحها حجية في الاثبات، ولاشك انه يشكل عاملاً في تبرير تنظيم واقرار مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية .

المطلب الثاني

الاساس القانوني لمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

يستند مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية الى قاعدة عامة تم النصب عليها في الشريعة الاسلامية تقضي بعدم ضرورة الكتابة والتوثيق في الديون ذات الصيغة التجارية ، حيث قال الله عز وجل في محكم كتابه ((يا أيها الذين آنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ..... ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى اجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ... إلا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم .....))[1]. وبذلك فقد أكد القرآن الكريم على الاثبات الحر في المسائل التجارية والابتعاد على التوثيق والرسمية لتلك الديون ذات الصفة التجارية .

لذلك فقد نهجت العديد من التشريعات المقارنة المنهج ذاته وأشارت بنصوص قانونية صريحة بتبني مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية واستثنائها عن المسائل المدنية، كما واكدت الاحكام القضائية في الانظمة القانونية محل المقارنة ذلك المبدأ وطبقته في العديد من احكامها.

لذلك سنبحث في هذا المطلب الاساس القانوني لهذا المبدأ من خلال تقسيمه الى فرعين، نخصص الاول لأساسه القانوني في التشريعات القانونية المقارنة، والثاني سيكون لأساسه القانوني في الاحكام القضائية .

الفرع الاول

اساسه القانوني في التشريعات القانونية المقارنة

دأبت اغلب التشريعات القانونية المقارنة على تبني مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية بنصوص صريحة وسنتناول في هذا الفرع موقف كل من القانون المصري والفرنسي والعراقي من تبني هذا المبدأ، فبالنسبة للقانون المصري نلاحظ انه أشار الى هذا المبدأ في نصوص صريحة وذلك في قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، وذلك في المادة (٦٩) التي نصت على انه :

١- يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات، ما لم ينص القانون على غير ذلك

٢- فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة في المواد التجارية، يجوز في هذه المواد اثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي ،أو إثبات ا يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق .

---

(١) سورة البقرة ، الآية (٢٨٢).

٣-تكون الاوراق العرفية في المواد التجارية حجة على الغير في تأريخها ، ولو لم يكن هذا التأريخ ثابتاً ، ما لم يشترط القانون ثبوت التأريخ ، ويعتبر التأريخ صحيحاً حتى يثبت العكس[١].

كما وتأكد هذا المبدأ في المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدلة التي نصت على انه ((في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنية أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك[٢].

وقد جاء في التعليق على هذه المادة (٦٠) انها تمثل قاعدة عامة تسري على جميع التصرفات القانونية المدنية فقط، فهي لا تسري على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية ، حيث تخضع الاخيرة لمبدأ حرية الاثبات[٣].

ومن التطبيقات المهمة التي اوردها المشرع المصري في قانون التجارة بخصوص مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية ما جاءت به المادة (١٢٢) التي نصت على انه: ((١- مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في المادة السابقة لا يشترط لنفاذ الرهن التجاري في حق الغير ان يكون مكتوباً أو ان تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التأريخ .

٢- ويجوز اثبات الرهن التجاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير بكافة طرق الاثبات أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن[١])).

وبذلك يتضح لنا جلياً موقف المشرع المصري من تبني فكرة حرية الاثبات في المسائل التجارية وبنصوص قانونية صريحة ، سواء أكان في قانون التجارة أم في قانون الاثبات، حيث أشار في تلك النصوص الى القاعدة هي حرية الاثبات في التصرفات التجارية مهما بلغت قيمة هذه التصرفات، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ، فقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية ليست من النظام العام، بل تقررت اساساً لمصلحة المتعاقدين، وبالتالي يمكن ان يتم استبعادها إذا اتفق الاطراف على

(١) هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية في العدد (١٩ مكرر) في ١٧ مايو ١٩٩٩، ص٢٢.

(٢) تم تعديل هذه المادة مرتين ، الاولى بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، حيث بموجبها ثم رفع نصاب المبلغ من ٢٠ جنيهاً الى ١٠٠ جنيه ثم عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩فتم رفع النصاب الى ٥٠٠ جنيه، هذا القانون منشور بالجريدة الرسمية العدد (١٩مكرر) في ١٧/ ٥/ ١٩٩٩.

(٣) انظر في ذلك وبشكل مفصل المستشار عز الدين الدناصوري والاستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات ، ط١٠، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٤ ، ص٤٢٦ وما بعدها.

(١) انظر في تفصيل ذلك رضائية عقد الرهن التجاري، د. علي البارودي ود. فريد العريني، مصدر سابق، ص١٢٧.

ضرورة استلزام الكتابة للإثبات، شريطة ان يكون هذا الاتفاق صريحا، وإلا اعمل القاضي اعمال القاعدة السابقة فيما لو يتوفر مثل هذا الاتفاق[٢].

اما على مستوى التشريع الفرنسي فقد نص قانون التجارة الفرنسي القديم وفي المادة (١٠٩) على ان عقود البيع التجاري يمكن اثباتها بالفواتير والخطابات والدفاتر وشهادة الشهود ، وفي الاحوال التي تقدر فيها المحكمة جواز ذلك ، ثم تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم (٥٢٥) في ١٢ يوليو ١٩٨٠ ، بحيث اصبحت تمثل مبدأ عاماً يتمثل بأن المعاملات التجارية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات في مواجهة التجار، ما لم ينص على خلاف ذلك [٢].

وفي العام ٢٠٠٠ تم اصدار قانون التجارة الفرنسي الجديد رقم ٩١٢ في ١٨/ ٩/٢٠٠٠والذي أكد على المبدأ ذاته في المادة (L١١٠ -٣)التي نصت على انه ((بالنسبة للتجار ، يمكن اثبات اعمالهم التجارية بأي وسيلة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك))[٣].

هذا وتأكد موقف القانون الفرنسي الداعم لمبدأ حرية الاثبات في المسائل المدنية في القانون ، وذلك في المادة (١٣٤١) التي نصت على ان ((التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن ١٥٠٠ يورو يجب اشباعها بالكتابة ، باستثناء المسائل التجارية ، وقد تم تعديل هذه المادة في العام ٢٠١٦ وذلك بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ حيث اصبح يقابلها في المعنى المادة (١٣٥٩) من القانون اعلاه[١].

اما الموقف في القانون العراقي ، فنلاحظ انه موقفاً متبايناً ومختلفاً مما سبق ذكره من موقف التشريعات المقارنة (المصري والفرنسي) ، وهذا الموقف يمكن استخلاصه من خلال التمييز بين فترتين زمنيتين، الاولى

---

(٢) انظر في ذلك المعنى د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٣٩، وكذلك د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٣.

(٢) انظر في تفصيل ذلك :

E.) CAPRIOLI: Le Juge et la prevue electronique . Refiexions sur le project de loi portant adaptation du droit de la prevue aux (technologies de L'information et relative A la signature eletroniqu , 2Yanayiv, 2014, p.23ets.

(٣) هذا القانون متاح على موقع التشريعات الفرنسية : تاريخ الزيارة الساعة١٢ ليلا ٣٠/ ٣ /٢٠١٩ :.www.legifrance.gouv.fr

ولمزيد من التفصيل حول هذا القانون انظر :

(c.) (M.) PERRIN: Latiere commercide le droit et le chiffre, No 4615, mis ajouv le 14, 8, 2018, p.2.

(١) انظر في ذلك :

(c.) Francois: La Re Forme du droit contrats present EE par l'iej de paris 1, universite paris 1,pantheon sorbonae, 2019,p.13 ets.

قبل اصدار قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ وبعد تشريعه[٢]، فقبل اصداره كان القانون التجاري رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ هو النافذ ، والذي اشار وبشكل صريح الى مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية ، وذلك في المادة (١٠٣) منه الي نصت على انه ((١- يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢- وفيما عدا الاحوال التي يوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة في المواد التجارية ، يجوز اثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو اثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق)) وكذلك المادة (١٠٤) من القانون ذاته التي نصت على انه ((تكون السندات العادية في المسائل التجارية حجة على الغير في تاريخها ولو لم يكن التاريخ ثابتاً ما لم يشترط القانون ثبوت التأريخ ، ويعتبر التاريخ صحيحاً حتى تثبت مخالفته للحقيقة))[٣].

وبذلك نلاحظ ان موقف القانون العراقي خلال هذه الفترة قد أكد وبشكل قاطع تبني مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية وتقنين هذا المبدأ بنصوص تشريعية صريحة، إلا ان الموقف هذا تغير كثيراً بعد تشريع قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، فقد تبنى القانون الاخير مبدأ المساواة في الاثبات بين المسائل المدنية والتجارية ، وقد تكرس هذا المبدأ وبشكل واضح في تشريع قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل [٤].

ففي البدء نصت المادة (١١/اولاً) من هذا القانون على انه يسري على القضايا المدنية والتجارية ، ثم بعد ذلك نص وفي المادة (١٤٧) منه على إلغاء كل نص يتعارض واحكامه وذكر بشكل خاص المواد المتعلقة بالإثبات الواردة في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية وقانون التجارة[١]. كما ونص هذا القانون وفي المادة (٧٧) المعدلة بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ على انه ((أولاً: يجوز اثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على (٥٠٠٠) دينار عراقي))[٢] . ومن هنا بدأت مشكلة الاثبات التجاري في القانون العراقي، ولم يجر أي تعديل على هذا الوضع القانوني غير السليم والمخالف لموقف اغلب التشريعات المقارنة، وبذلك اصبحت كل من المادة (١١/ اولاً) و(٧٧/أولاً) يشكلان القاعدة

(٢) تم اصدار هذا القانون كورقة عمل لإصلاح النظام القانوني في العراق ، ويعتمد اساساً لما يتطلبه الاصلاح من تغيّر أو تبديل أو تعديل في القوانين والتشريعات الاخرى النافذة في العراق في تلك الفترة ، هذا القانون نشر في جريدة الوقائع بالعدد (٢٥٧٦ في ١٤/ ٣/ ١٩٧٧)، ص٣٥٢.

(٣) هذا القانون منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٩٩٠ في ٤/٢٤/ ١٩٧١) ص١ . علماً انه تم الغاؤه بتشريع قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٤) هذا القانون منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣) ،ص١٤٠.

(١) انظر نص المادة (١٤٧) من قانون الاثبات العراقي النافذ.

(٢) هذا القانون منشور في جريدة الوقائع بالعدد (٣٨٣٧) في ٢٠٠٠/٧/٣١) ،ص٤٩.

العامة في اثبات التصرفات القانونية في القانون العراقي سواء أكانت مدنية أم تجارية ، ولكن يجب الاشارة هنا الى أن مبادئ الإثبات والقواعد المشار لها في اعلاه ، ليست من النظام العام ، مما يتيح للأطراف الاتفاق على اتباع طرق معينة لإثبات التعامل فيما بينهم[٣].

وبناء على ما تقدم ذكره وبالنظر للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها المسائل التجارية لاسيما السرعة والسهولة والائتمان في اجراء التعامل التجاري وتنفيذه فضلاً عن وجود التزام على التجار بضرورة مسك السجلات والدفاتر التجارية ومنحها حجية في الاثبات وكل ذلك يدعونا الى ان نقترح على المشرع العراقي ضرورة مراجعة مؤقتة هذا وافراد قواعد قانونية خاصة بإثبات المسائل التجارية تقوم على اساس مبدأ حرية الاثبات وتماشياً مع موقف اغلب التشريعات التجارية المقارنة .

الفرع الثاني

اساس مبدأ حرية الاثبات في الاحكام القضائية

حيث تأكد هذا المبدأ في العديد من الأحكام القضائية التابعة للدول المقارنة لاسيما في مصر وفرنسا، اما القضاء العراقي فنلاحظ موقفه جاء مطابقًا للموقف التشريعي في عدم تبنيه لمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، بل ساوى بينها وبين المسائل المدنية[١]، فعلى مستوى القضاء المصري فقد اكد المبدأ في العديد من حكامه وبشكل صريح ، من ذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٧١٧ لسنة ١٩٨٠، الذي جاء فيه((الاثبات في المواد التجارية جائز بالبنية كقاعدة عامة ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك في قانون التجارة او القانون البحري))[٢].

كما وذهبت محكمة النقض المصرية الى ان العقد التجاري يخضع في اثباته لمبدأ حرية الاثبات ، فيجوز اثباته بغير الكتابة ولو زادت قيمته من الحد المنصوص عليه قانوناً ، أو كان غير محدد القيمة[١].

---

(٣) وهذا ما اشارت له صراحة نهاية المادة (٧٧) من قانون الاثبات العراقي النافذ بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

(١) انظر في ذلك حكم محكمة استئناف بغداد، الرصافة بالقضية رقم ٢٣/٣/س٣/ ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/١٥، وكذلك حكم محكمة التمييز الاتحادية بالقضية رقم ١٥٣٠ في ٢٠١٠/١٢/٢٩، هذه الأحكام منشورة على موقع قاعدة التشريعات العراقية، الأحكام المرتبطة بالمادة ٧٧ من قانون الاثبات العراقي.

(٢) الطعن رقم ٧١٧ لسنة ٤٧ ق في جلسة ١٢/ ٥/ ١٩٨٠، س٣١، ص١٣٣٦، مشار اليه لدى المستشار معوض عبدالتواب، المستحدث في القضاء التجاري، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٣٠ . وبالمعنى ذاته الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٤ في جلسة ٤/٩/ ١٩٩٠ لم ينشر، مشار اليه، المصدر نفسه، ص٢٠.

(١) انظر في ذلك قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٣٢٠ / ٥٩ ق في جلسة ١٣/ ٦/ ١٩٩٦ ، وكذلك حكمها في جلسة ١٠/ ٤/ ١٩٩٥ ، السنة ٤٦ ، منشور في مجموعة احكام محكمة النقض ، ص٦١٢.

اما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فنلاحظ أن الموقف لم يختلف عما جاءت به النصوص التشريعية من تبنيها لمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية وبشكل صريح، ومن الامثلة التطبيقية على ذلك اتجاه محكمة النقض الفرنسية نحو التوسع في قبول الشهادة للإثبات في جميع العقود التجارية وليس فقط عقد البيع التجاري مع قبول القرائن في الاثبات علاوة على البيئة ، فمثلاً اجيز اثبات عقد بيع بواسطة تسجيل لمكالمة هاتفية [١]، وكذلك تم اثبات منح اعتماد مالي بواسطة الشهادة[٢].

اضافة الى ذلك فقد استقر القضاء الفرنسي على قبول البينة والقياس لإثبات ما يخالف التصرف الكتابي ، وذلك على خلاف الاثبات في المواد المدنية التي تشترط فيها الكتابة لما يزيد قيمته على حد معين، كما اجاز اثبات عكس ما جاء بالعقد المكتوب بغير الكتابة [٣].

كما لجأ القضاء الفرنسي الى ابتعاد تطبيق نص المادة (١٣٢٨) من القانون المدني الذي يشترط فيها ضرورة ثبوت التاريخ بالنسبة للتصرفات العرفية وعدم تطبيقها على العقود التجارية[٤].

ولم يقتصر موقف القضاء الفرنسي على هذا الحد بل وتوسع الى امكانية استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات المعاملات التجارية، حيث اجاز استخدام البطاقات البلاستيكية المتضمنة رقماً سرياً في الاثبات[٥].

المبحث الثاني

نطاق مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية

بعد ان تبين فيما سبق ان مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية يشكل مبدأ عاماً ثابتاً في البيئة التجارية ، تبنته اغلب التشريعات المقارنة بشكل صريح وطبقه القضاء بثبات وإطراد وجاء تبني ذلك تقديراً للخصوصية التي تتمتع بها البيئة التجارية بأدواتها (التجار والاعمال التجارية)، حيث تمتاز البيئة التجارية

---

(١) انظر حكم محكمة ديجون في جلسة ٦/٢٦/ ١٩٥٧، مشار اليه لدى د. سميحة القيلوبي ، مصدر سابق ، ص٢٢ و٢٣ هامش (١).

(٢) انظر حكم محكمة اور ليون في ١٩٧١/١٠/٢٦، منشور في مجلة J.C.P الدورية في عدد ١٩٧٢ ، العدد ٨٢، ص١٧.

(٣) انظر في تأكيد ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة التجارية في ١٩٩٠/١٢/١١ ، في الدعوى المرقمة ٢٤٨٤ منشورة في دورية دالوز سيري ، عدد ١٩٩١ ، ص٣٨٣ مع تعليق الاستاذ AYNES على الحكم.

(٤) انظر حكم محكمة النقض / الغرفة التجارية / في ١٩٩٢/٣/١٧ منشور في المجلة الفصلية / عدد ١٩٩٣ ، ص١٤٧ مع تعليق الاستاذ Bouloc على هذا الحكم . وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية/ الغرفة التجارية الصادر في ١٠/ نوفمبر/ ٢٠٠٩ في القضية الاستئنافية رقم ٦. – ١٢/٧٧٩، هذا الحكم منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية.

(٥) انظر حكم محكمة مونبليه في ٤/٩/ ١٩٨٧ منشور في مجلة دالوز سري عدد ١٩٨٩ ، ص٣٥٩ مع تعليق الاستاذ Benabent ، وكذلك حكم محكمة النقض / الغرفة المدنية في ١٩٨٩/١١/٨ منشور في مجلة دالوز سيري / عدد ١٩٩٠ / ص١٧٩.

بالسرعة والائتمان وهذا ما يتعارض مع الشكليات التي يقتضي توافرها في الاثبات ، لذلك فنطاق تطبيق هذا المبدأ تحدد بالتصرفات القانونية التي يكون اطرافها متصفون بالصفة التجارية، ويكون موضوعها عملاً تجارياً، الا ان هذا المبدأ لا يمكن اعماله بشكل مطلق على جميع الممارسات التجارية .

حيث يرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات الناتجة إما عن العرف والعادات التجارية او الممارسات القضائية بين التجار كون مبدأ حرية الاثبات ليس من النظام العام او بنص المشرع، حيث اشار الاخير وفي بعض الحالات الى ضرورة اتباع شكلية معينة في انعقاد تصرف ما او اثباته ، وعليه سنتناول في هذا المبحث نطاق تطبيق مبدأ حرية الاثبات من خلال توضيح المفردات المشار اليها في اعلاه ، ومن خلال تقسيمه الى مطلبين نتناول في الاول النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق هذا المبدأ والثاني نعقده للاستثناءات الواردة عليه.

المطلب الاول

النطاق الشخصي والموضوعي لتطبيق مبدأ حرية الاثبات

بالنظر للأهمية الكبيرة التي يحتلها مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية فإنه من الاهمية بمكان الوقوف على النطاق المحدد لتطبيقه والذي يتماشى مع الغايات والمسوغات التي وجد هذا المبدأ من مقتضيات ومستلزمات البيئة التجارية، فإنه سيتحدد نطاقه بأدوات تلك البيئة وهم التجار والذين يمثلون النطاق الشخصي لتطبيق هذا المبدأ والاعمال التجارية التي تمثل النطاق الموضوعي لتطبيقه ، وعليه سنخصص هذا المبدأ مكرسين الضوء على المفاهيم والقواعد الكلية التي يقتضيها البحث دون الدخول في التفاصيل والتوسع في البحث، وذلك من خلال تقسيمه الى فرعين، الاول للنطاق الشخصي، والثاني للنطاق الموضوعي.

الفرع الاول

النطاق الشخصي لتطبيق مبدأ حرية الاثبات

استقر الرأي على ان مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية لا ينطبق إلا في مواجهة التجار[١] بخصوص الاعمال التجارية التي يباشرونها ، ويعني ذلك انه يجب ان يكون كل من المدعي والمدعى عليه تاجرين، حيث يستطيع كل منهما ان يتمسك بالمبدأ في مواجهة الاخر[٢].

---

(1)(M.) LAMOTTE: op. cit, 45.

وكذلك : د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص٩٦، وكذلك انظر د. حسن جاد ، مصدر سابق ، ص٢١٠ ، وايضاً د. المعتصم بالله الغرياني ، مصدر سابق ، ص١٤٢، ود. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص١٦٨، وايضاً انظر د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٨، ص٦٣.

(٢) انظر في ذلك : د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٤٣.

وقد أشارت العديد من التشريعات المقارنة الى ايراد تعريف للشخص الذي يكتسب الصفة التجارية ومنها التشريع العراقي، الذي عرفه في (المادة ٧/ اولاً) من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بانه ((كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق احكام هذا القانون))[٣].

اما المشرع المصري فقد عرف التاجر بأنه ((يكون تاجراً : ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً . ٢- كل شركة تتخذ أحد الاشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي انشئت الشركة من أجله))[٤].

وعرف المشرع الفرنسي التاجر بانه ((كل من اشتغل بالأعمال التجارية واتخذها حرفة معتادة له))[١].

واتفق الفقه على ان الشخص الطبيعي أو المعنوي كي يكتسب الصفة التجارية يجب ان يتوافر شرطين اساسيين هما: ١-احتراف العمل التجاري . ٢- امتلاكه للأهلية التجارية[٢].

ويقصد باحتراف العمل التجاري ان يوجه التاجر نشاطه التجاري بصفة معتادة للقيام بعمل معين واتخاذه مهنة له، وبذلك يكون التكرار للعمل على نحو منتظم عنصراً جوهرياً في الاحتراف[٣].

كما وعرف الاحتراف بأنه((توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعم معين لتحقيق غرض معين ، فهو يتضمن عنصرين الحرفة والاعتياد)) [٤].

هذا وان الاحتراف كشرط لاكتساب الصفة التجارية يجب ان يرد على عمل تجاري[٥].

---

(٣) كان قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠ يميز في تعريفه للتاجر بين الشخص الطبيعي والمعنوي وذلك في المادة (٩) التي عرفت التاجر بانه ((يعتبر تاجراً: ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً. ٢- كل شركة يتخذ احد الاشكال المنصوص عليها في قانون الشركات أياً كان الغرض الذي انشئت الشركة من اجله)).

(٤) انظر نص المادة (١٠) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١) انظر نص المادة (L.121-1) من قانون التجارة الفرنسي رقم ٦١٩ لسنة ٢٠١٣.

(٢) انظر د. عدنان احمد ولي العزاوي، مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٢١، ١٩٨٩، ص٣٠٣وكذلك د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص١١٦.

(٣) انظر د. هاني دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة ، مصدر سابق ،ص١٠٨.

(٤) انظر في ذلك د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢، ص٨٧.

(٥) انظر : د. المعتصم بالله الغرياني ، مصدر سابق ، ص٦٥، وسنتناول في الفرع الثاني وبشكل مفصل الاعمال التجارية .

اما الاهلية التجارية فيراد بها صلاحية الشخص لممارسة حرفة تجارية تستوجب اخضاعه للالتزامات التي يفرضها القانون على التجار[٦].

والاهلية اللازمة لممارسة العمل التجاري مددها القانون العراقي بإتمام ثماني عشرة سنة، حيث ساوى في ذلك بين سن الرشد المدني والتجاري[٧].

في حين حددها القانون المصري ببلوغ احدى وعشرين سنة كاملة سواء أكان مصرياً أم اجنبياً حتى لو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته يعتبره قاصراً في هذه السن[١].

وبعد أن تبين معنى التاجر والشروط اللازم توافرها كي يكتسب صفة التاجر وبالتالي يكون مشمولاً بنطاق تطبيق مبدأ حرية الاثبات، يثار التساؤل حول الالية أو الوسيلة لإثبات اكتساب الصفة التجارية في الواقع يمكن لنا الاجابة عن هذا التساؤل بأن ذلك جائز بكل طرق الاثبات، لاسيما الشهادة والقرائن مثل (مباشرة العمل في محل تجاري أو استعمال فواتير مطبوعة كونه تاجر ، .....الخ) كما يمكن اثباتها بالحصول على شهادة من جهة رسمية او من الغرفة التجارية ، او من خلال التسجيل في السجل التجاري[٢].

على انه يجب ملاحظة ان التاجر لا يستطيع ان ينفي عنه هذه الصفة بمجرد ان يتمسك بعدم قيده في السجل التجاري[٣].

فالقيد في السجل التجاري لا يعد وحده كافيا لاكتساب الصفة التجارية ، بل يعد قرينة على ذلك، كما ان عدم القيد لا يفقد الشخص صفة التاجر اذا توافرت فيه شروط اكتساب تلك الصفة من احتراف وأهلية ، لذلك اجمع الفقه على ان التسجيل في السجل التجاري يعد قرينة قانونية بسيطة على اكتساب الصفة التجارية ، يجوز لخصمه التمسك بها في اثبات صفة التاجر بالنسبة للخصم الأخر[٤] .

---

(٦) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٧) انظر نص المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي .

(١) انظر المادة (١١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ النافذ.

(٢) انظر : د. حمد الله محمد حمد الله، مصدر سابق ، ص٤٤.

(٣) انظر نص المادة (٣٣) فقرة (٣) من قانون التجارة المصري ، ولا يقابلها نص في قانون التجارة العراقي.

(٤) وهذا ما اكدته المادة (١٧) من قانون السجل التجاري المصري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦، التي نصت على انه ((وتكتسب صفة التاجر من تاريخ هذا القيد ، ما لم تثبت تلك الصفة بطريقة اخرى)) وهذا الحكم مأخوذ من القانون الفرنسي المرسوم الصادر في ٢٣ مارس ١٩٦٧ . والمعنى ذاته المادة (٩) من قانون التجارة العراقي النافذ ، وفي الفقه انظر د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص١٣٢، وحسن جاد، مصدر سابق ، ص١٩٨-١٩٩، ود. عدنان احمد العزاوي ، مصدر سابق، ص٣٢٩.

وعلى كل فإن المدعي بتوافر صفة التاجر في شخص ما، يجب عليه أن يثبت قيام المدعى عليه بأعمال تجارية مادية ، على سبيل الاحتراف ، وليس فقط إثبات قيامه بتصرفات قانونية(١).

كما نود ان نبين هنا أن تقدير ما إذا كان الشخص تاجر أم لا، واستنباط القرائن الدالة على ذلك، تعد مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وسلطته في ذلك مطلقة دون رقابة عليه من قبل محكمة التمييز فيما يتعلق بالوقائع التي استنتجها القاضي، والقرائن التي استند عليها لتوفر شرط الاحتراف، إلا ان للمحكمة التمييز أن تراقب تكييف الوقائع قانوناً، أي تراقب الوصف القانوني الذي اعطاه القاضي للشخص على ضوء ما تم استخلاصه من ادلة وقرائن(٢).

وبعد أن بحثنا أهم الاحكام المتعلقة بالتاجر كونه يمثل النطاق الشخصي تطبيق مبدأ حرية الاثبات، يثار التساؤل حول مدى امكانية تطبيق هذا المبدأ لو كان أحد أطراف التصرف القانوني حاصلاً على صفة التاجر، اي يعد عملاً مختلطاً تم ابرامه بين تاجر وغير تاجر، فهل يستطيع الاخير اثبات هذا التصرف بكل طرق الاثبات في مواجهة الطرف الاول ؟ وبالعكس.

في الواقع يمكن الاجابة عن هذا التساؤل بأنه بإمكان غير التاجر أن يثبت هذا التصرف بكل طرق الاثبات في مواجهة التاجر، وبالعكس فإن التاجر لا يستطيع أن يثبت التصرف في مواجهة غير التاجر إلا طبقاً للقواعد العامة في الاثبات في المسائل المدنية اذا ما زادت فيه التصرف عن المبالغ التي حددتها التشريعات المقارنة ويجيب ما سبق ذكره (٣).

وهذا المبدأ قد تم تأكيده من قبل القضاء الفرنسي في العديد من احكامه ، منها محكمة النقض الفرنسية في ١٣ نوفمبر ٢٠٠٧ الذي اكدت فيه ان مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية لا يمكن اعماله والتمسك به من قبل التاجر تجاه غير التاجر(١).

---

(١) انظر: د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق، ص٤٥.

(٢) وهذا ما اكده قرار محكمة النقض المصرية في ١٥ مارس ١٩٦٦، منشور في مجموعة احكام محكمة النقض لسنة ١٩٦٦، في الطعن رقم ١٣٥، ص٥٧٧. وعكس ذلك انظر : د. سعيد يحيى، الوجيز في القانون التجاري،ج١، ١٩٨٠، بدون مكان طبع، ص٩٤، وكذلك انظر د. عدنان احمد العزاوي، مصدر سابق،ص٣٣٠.

(٣) انظر ما سبق ذكره في صدد هذا الموضوع ، وفي تبني هذا الرأي ، انظر : د. حسن جاد ، مصدر سابق ، ص٢٠٨، ود. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص٢٥.

(١) انظر حكم محكمة النقض في القضية رقم ٠٦/ ٨٢٣/ ١٧ ، منشور في موقع محكمة النقض الفرنسية وعلى الموقع : WWW.Cour de Cassation ,patie3 mode de prevue,Rapport annuel , Rapport 2012, chapitere3 , en droitdes acts de commerce, 2012, p3.

وكذلك حكم المحكمة ذاتها في جلسة ١٩٨٠/٥/٢٠ ، في القضية رقم ٤/٨٠/ ٢٠١٠، وايضا حكمها في جلسة ٤/٢٥/ ١٩٨٣، هذان الحكمان منشوران في مجلة دالوز يسري ، لسنة ١٩٨٣، ص٢٤٥.

وبذلك يتضح لنا ان المعيار في تطبيق هذا المبدأ في حال كون العمل او التصرف مختلط، احد الاطراف تاجراً والاخر غير تاجر، هو النظر الى الطرف المدعى عليه.

فإن كان حاصلاً على الصفة التجارية فإنه يستطيع المدعي(غير التاجر) من التمسك بمبدأ حرية الاثبات في مواجهة المدعى عليه (التاجر) أما اذا كان المدعى عليه (غير التاجر) فلا يحق للمدعي (التاجر) ان يتمسك بهذا المبدأ (حرية الاثبات) في اثبات هذا التصرف في مواجهة المدعى عليه (غير التاجر) .

نخلص مما تقدم أن النطاق الشخصي للتمسك بمبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية يتمثل بالأشخاص الذين يكتسبون صفة التاجر، كما يمكن لغير التاجر ان يتمسك بهذا المبدأ في مواجهة التاجر ان كان الاخير قد دخل معه في علاقة تجارية ذات طبيعة مختلفة .

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لتطبيق مبدأ حرية الاثبات

لا يكفي لتطبيق مبدأ حرية الاثبات أن يكون اطراف الممارسة التجارية حاصلين على صفة تاجر، بل يجب ان يكون موضوع تلك الممارسة عملاً تجارياً ولكن ماذا يقصد بالعمل التجاري ؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد لنا في البدء أن نوضح أن الاصل في عمل الانسان هو انه مدني، وان صفة التجارية على العمل تشكيل أمراً طارئاً يحد من ذلك الاصل ، وينبغي على ذلك ان من يدعي تجارية عمل ما يجب عليه ان يقيم الدليل على دعواه، واذا كانت القاعدة العامة في الاثبات هي ان من يدعي الاصل لا يكلف بالإثبات ومن يدعي خلافه يقع عليه عبء الاثبات، إلا ان هذه القاعدة يقع عليها استثناء مهم يتمثل بأن جميع الاعمال والتصرفات التي تصدر عن التجار تعد تجارية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[١] .

وتطبيقاً لذلك فإنه يكفي من يريد اثبات الصفة التجارية للعمل ان يثبت أنه صدر من تاجر، وإذا أراد التاجر أن ينفي ذلك .

وتباينت التشريعات في تنظيمها للأعمال بحسب الفلسفة التشريعية التي تتبناها، فمثلاً القانون العراقي نظم الاعمال التجارية في المادتين (٥ و ٦) من قانون التجارة النافذ دون أن يضع معياراً محدداً في تحديد تجارية تلك الاعمال [٢].

---

(١) انظر ذلك د. حسن جاد ، مصدر سابق، ص٢٠٧، وهذا ما اكدته صراحة المادة (٨) من قانون التجارة المصري التي نصت على انه ((١- الاعمال التي يقوم بها التاجر لشؤون تتعلق بتجارته تعد اعمالاً تجارية . ٢- كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك . ولا يوجد نص يقابله في القانون العراقي ولا الفرنسي.

(٢) انظر نص المادة (٥) التي اشار اليها المشرع الى اضفاء الصفة التجارية عليها ان كانت قد تمت بقصد الربح ، وهو أمر مفترض ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، والمادة (٦) التي اشار المشرع العراقي الى صفتها التجارية للأعمال الواردة فيها بغض النظر عن صفة القائم بها ونيته .

كما ان تنظيم المشرع العراقي للأعمال التجارية جاء على سبيل الحصر لا المثال والدلالة [٣]. وقد استبعد صراحة نظرية الاعمال التجارية النسبية والتبعية[٤].

اما المشرع المصري فقد نظم الاعمال التجارية وبشكل مفصل في المواد ٤و٥ و٦ و٧ و ٨و٩ من قانون التجارة النافذ، وقد أخذ بعده انواع للعمل التجاري ، حيث اخذ بالأعمال التجارية بطبيعتها والاعمال التجارية بالقياس ، والاعمال التجارية التبعية ، كما نظم الاعمال التجارية البحرية والجوية ما دامت متعلقة بالملاحة التجارية[١] .

وقد سار المشرع الفرنسي على ذات النهج الذي سلكه القانون المصري في تنظيمه للعمل التجاري وذلك في المادة (L.110-1) و(L.110-2)) [٢].

ونود ان نشير هنا الى ان من يقع عليه عبء اثبات العمل التجاري عليه ان يثبت بكافة الطرق المقررة لإثبات المسائل التجارية سواء بالشهادة ام بالقرائن ام بالإقرار ونحو ذلك[٣].

وعليه نصل إلى نتيجة مفادها ان النطاق الموضوعي لأعمال مبدأ حرية الاثبات يتمثل بالأعمال التجارية بغض النظر عن طبيعتها سواء أكانت اصلية أم تبعية أم بالقياس أم شكلية، وأن كل عمل يمارسه التاجر يعد تجارياً ما لم يقم الدليل على خلافاً ذلك، حيث يفترض ان الاعمال التي يمارسها التاجر انما يباشرها لحاجات تجارية ، إلا ان هذه القرينة تعد قرينة قانونية بسيطة لا يستطيع التاجر تقويضها بالدليل العكسي وبكافة طرق الاثبات ، وذلك بأن يثبت ان العمل الذي أتاه ، لم يكن تجارياً ، بل كان لأغراض مدنية لا تتصل بشؤون تجارية ، كما لو أثبت ان شراءه لسيارة أو لقطعة أرض لغرض استعماله الشخصي له أو لعائلته أو ان عقد القرض الذي حصل عليه من احد اصدقائه كان ذو طبيعة مدنية ، لأنه استعمله في بناء منزل سكناه مع عائلته ونحو ذلك .

اما من يدعي تجارية التصرف في مواجهة التاجر فذهب الفقه وبحق الى انه لا يستطيع اثبات تلك التجارية فيجب ان يقدم دليلاً مكتوباً وفق احكام القانون المدني ، فيما لو تمسك التاجر (المدعى عليه) بالصفة المدنية لهذا العمل[٤].

---

(٣) انظر المذكرة التفسيرية لقانون التجارة العراقي النافذ ص١٣٧.

(٤) انظر في انتقاد موقف المشرع العراقي في تنظيمه للأعمال التجارية ، د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص٣٠ومابعدها

(١) انظر في ذلك وبشكل مفصل د. هاني دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة ، مصدر سابق ،ص٢١ومابعدها .

(٢) انظر نص المادتين اعلاه من القانون التجاري الفرنسي رقم ٦١٩ لسنة ٢٠١٣.

(٣) انظر د. حسن جاد ، مصدر سابق ، ص٢٠٧-٢٠٨.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الاثبات

يستند مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية الى صعوبة إعداد دليل كتابي في كل مرة يقدم منها التاجر على ابرام تصرف قانوني ، ذلك أن ابرام العقود يتلاحق بكثرة في الحياة التجارية ويتطلب تنفيذها السرعة وعدم التباطؤ ، مما لا يحتمل معه افراغ كل تصرف قانوني في قالب كتابي .

إلا ان هنالك من العقود ما يتطلب ابرامها وتنفيذها وقتاً طويلاً أو تمتاز بأهمية وخطورة في الجانب العملي ، لذلك اشترط المشرع ضرورة صبها بقالب شكلي لغرض انعقادها وأثباتها، وعليه سنتناول بالبحث في هذا المطلب تلك الاستثناءات من خلال تقسيمه الى فرعين ، يكون الاول لبيان تلك الاستثناءات ، والثاني لتبرير وجودها.

الفرع الاول

أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الاثبات

في البدء ينبغي علينا القول انه لا يمكن لنا في هذا البحث حصر جميع الحالات الاستثنائية التي يشترط فيها الرسمية للانعقاد أم للإثبات سواء أكانت بشكل رسمي أم عرفي ، لذلك نقتصر على أهم تلك الاستثناءات ، والتي لا يجوز فيها الاثبات بالبينة حتى لو كان مبلغها اقل من الحدود المحددة بالقانون [١].

وعليه تشكل هذه الاستثناءات تطبيقاً للنصوص القانونية التي تبنت مبدأ حرية الاثبات وأكدت عليه ، لأنها جميعاً تضمنت فقرة أخيرة مفادها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٢] . ومن ابرز تلك الاستثناءات هي :

١-عقد بيع ورهن وتأجير المحل التجاري: حيث اكد قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي وبشكل صريح ان كل تصرف يكون محله نقل ملكية المتجر أو انشاء حق عيني عليه يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً[١]. في حين نجد أن قانون التجارة العراقي الحالي فلم يشر الى المتجر واحكامه ولاشك ان هذا يشكل نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه .

---

(٤) انظر بمعنى قريب د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق، ص٤٧.

(١) انظر ما سبق ذكره في المبحث الاول حول المبالغ التي يجب اثبات المحرر كتابة ان تجاوزها.

(٢) انظر نص المادة (٦٩) من قانون التجارة المصري والمادة (L.110-3) من القانون التجاري الفرنسي.

(١) انظر نص المادة (٦٩) من هذا القانون، علما ان التجارة الحالي لم يتطرق لموضوع المحل التجاري ، ولاشك ان هذا يمثل نقصاً تشريعياً يجب تداركه .

اما قانون التجارة المصري فقد اشار صراحة الى شكلية هذا التصرف وذلك في المادة (١/٣٧) التي نصت على انه((كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو انشاء، حق عيني عليه أو تأجير استغلاله ، يجب ان يكون مكتوباً ، وإلا كان باطلاً[٢].

وبذلك تكون الكتابة ركناً في عقدي بيع ورهن المحل التجاري وليس شرطاً للإثبات، ويهدف هذا الحكم لتفادي المشكلات التي يتوقع حصولها حول ملكية المحل التجاري او استغلاله أو رهنه، وعليه لا يجوز إثبات هذه العقود إلا بمحرر رسمي مكتوب او بمحرر عرفي مقرون بالتصديق على التوقيعات.

هذا وتبنى القانون الفرنسي المبدأ ذاته، وذلك في المادة الاولى من القانون الفرنسي الخاص ببيع ورهن المحل التجاري الصادر في ١٧ مارس ١٩٠٩ المعدل[٣] .

٢-**الاوراق التجارية** : نظم المشرع العراقي الاحكام الخاصة بالأوراق التجارية في الباب الثالث من قانون التجارة الحالي. وعالج في الفصل الاول احكام السفتجة في المواد (٤٠-١٣٢) ثم في الفصل الثاني احكام الكمبيالة ونظمها بالمواد (١٣٣-١٣٧) وفي الفصل الثالث نظم احكام الصك بالمواد (١٣٨-١٧٩)، وعرف الورقة التجارية بالمادة (٣٩) بانها ((محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاها شخص أو بأمر شخص آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير أو المناولة))[١] .

وبذلك نلاحظ ان المشرع العراقي نص صراحة على ان الاوراق التجارية محررات شكلية وفق اوضاع محددة ، يترتب على مخالفة تلك القواعد الشكلية بطلان الورقة التجارية وتحولها الى سند عادي[٢].

والكلام ذاته ينطبق على القانون المصري حيث نظم الاوراق التجارية بأنواعها الثلاث بالمواد (٣٧٩-٥٤٩)، الا انه لم يعرف الورقة التجارية [٣].

وبذلك تبين لنا ان الكتابة تشكل شرط جوهريا في اثبات وجود الورقة التجارية ، ولا يجوز اثبات وجودها بأي طريق آخر ولو كان اقرار المدين ، وعليه يستحيل تصور ورقة تجارية شفهية ، لأنها تتألف من محدد من البيانات الالزامية والاختيارية والتي يجب لتوافرها أن تكون مكتوبة[٤].

---

(٢) انظر في تفصيل التصرفات الوارد على المتجر د.علي البارودي ود. محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، ص١٣٥ومابعدها .

(٣) انظر في ذلك : د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية مصالح بائع المحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٢٥ومابعدها .

(١) للتفصيل انظر د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢، ص٧ومابعدها .

(٢) انظرد. عبد الفضيل محمد احمد، الاوراق التجارية، مكتبة الجلاء، المنصورة، بدون سنة، ص١٧ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك د. عبد الفضيل محمد احمد ، مصدر سابق ، ص٥ وما بعدها .

٣- **عقد الشركة** : يذهب الرأي الراجح في الفقه على ان عقد الشركة من العقود الشكلية التي تستلزم الكتابة لإثباتها[٥].

وعلى الرغم من ان المشرع العراقي في قانون الشركات الحالي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل لم يشر صراحة الى شرط الكتابة لانعقاد أو اثبات الشركة ، الا ان هذا الشرط يمكن استخلاصه بسهولة من بعض المواد ، كما في المادة (١٧) التي نصت على انه ((يقدم طلب التأسيس الى المسجل ويرفق به : أولاً- عقد الشركة)) وكذلك المادة (٢٠) من القانون ذاته التي نص على انه ((اذا وافق المسجل على طلب التأسيس...، يجب عليه دعوة المؤسسين أو من يمثلهم قانوناً لتوثيق عقد الشركة امامه...))[١].

يفهم من ذلك ان عقد الشركة في القانون العراقي يعد عقداً شكلياً من ذلك ان عقد الشركة في القانون العراقي يعد عقداً شكلياً يشترط كتابته وبشكل رسمي وكما سبق ان بينا[٢] .

هذه هي بعض الامثلة على استلزام الكتابة والشكلية لإثبات بعض التصرفات او الاعمال التجارية والتي تشكل استثناءً على مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، علمًا أن هنالك تصرفات تجارية أخرى تتصف بالشكلية في أثباتها ولم يسع المجال للتفصيل بها مثل: عقود نقل التكنولوجيا واتفاق التحكيم وعقد العمل البحري وعقد النقل البحري وعقد التأمين البحري وعقد بيع السفينة ورهنها وإيجارها، وعقد إيجار الطائرات ونحو ذلك، ففي كل هذه الأمثلة لا يجوز اثبات التصرف المنشأ لها إلا بدليل كتابي، كما لا تكون أحكام أغلبها نافذة في مواجهة الغير دون الدليل الكتابي، ولا شك إن ذلك يشكل استثناءات حقيقية على مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية[٢].

الفرع الثاني

تبرير وجود الاستثناءات على مبدأ حرية الاثبات

سبق ان قدمنا تبريراً لوجود مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، وسنوضح في هذا الفرع التبريرات وراء وجود استثناءات على هذا المبدأ، فعلى الرغم من الدور الكبير الذي يؤديه هذا المبدأ في التيسير على التجار

---

(٤) انظر د. عماد الشربيني ، القانون التجاري الجديد ، ٢٠٠٠، ص٢٣١ومابعدها .

(٥) انظر ذلك د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢، ص٢٧.

(١) وكذلك دلت على الغرض ذاته المادة (١٨٢) و(٢٠٣) من قانون الشركات العراقي .

(٢) وقد تم الاشارة الى المعنى ذاته في قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨، وذلك في المواد (٢٢و ٢٣و ٢٤) من هذا القانون .

(٢) انظر في ذلك د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، مصدر سابق، ص٩٧.

في إثبات معاملاتهم التجارية، إلا اننا لاحظنا ان المشرع في بعض الحالات خرج على هذا المبدأ وأورد عليه بعض الحالات الاستثنائية في الحكمة المقصودة من ذلك ؟

يذهب جانب من الفقه وبحق الى ان تبرير ذلك يكمن بأن المشرع قد قدر ان عمليات ابرام أو تنفيذ هذه العقود يستلزم وقتاً طويلاً، وبذلك يكون لدى المتعاقدين متسع من الوقت لتحرير سند كتابي[٣].

كما ان طبيعة بعض هذه التصرفات والمعاملات لا تكون إلا بالكتابة ولا توجد من الناحية القانونية إلا اذا كانت مكتوبة بالشكل وبالاسلوب الذي حدده القانون لها، كما في الاواق التجارية[٤] .

هذا ويقرر بعض الفقه ان المشرع فيما خرج على مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية وأورد استثناءات عليه قصد بذلك تحقيق ضرورات اقتصادية وفنية، فمثلاً عقد الشركة، يوجب المشرع كتابته لما له من اهمية اقتصادية كبيرة، ولما يتضمنه من شروطاً كثيرة ومعقدة، ولما سيسفر عنه من ولادة شخص معنوي، لهذا كله اصبح سيستحيل وجود شركة تجارية دون ان يكون لها عقداً مكتوباً، فمن غير المتصور عقلاً الاعتماد على شهادة الشهود لإثبات الشروط الواردة في عقد الشركة[١] .

ولا يخفى ان عقد بيع السفينة أو رهنا لعما أهمية اقتصادية كبيرة ، ووجوب افراغهما في شكل رسمي هدفه اعلام الغير بوجود هذا العقد[٢] .

اما الاوراق التجارية فهي اصبحت اليوم تقوم بوظائف اقتصادية وتجارية مهمة، لاسيما كونها اداة وفاء واداة ائتمان، لذلك لا يتصور وجودها دون الكتابة ، لذلك يطلق عليها بالإعمال التجارية[٣] .

اضف الى ذلك فإن اشتراط المشرع التجاري الكتابة لإثبات بعض العقود او التصرفات، يرجع الى ما تتمتع به الكتابة في الوقت الحاضر من مركز الصدارة على باقي ادلة الاثبات، على خلاف الاوقات السابقة التي كانت فيها البينة تحتل جانب الصدارة، فضلاً عن تقدم وتطور وسائل الكتابة وأدواتها وأساليبها ، حيث اصبحت من الممكن اجرائها بل يسر وسهولة، في حين ان الشهادة مثلاً قد يعيبها النسيان، او عدم استيعاد كافة التفاصيل لاسيما اذا مضى عليها وقت طويل، كما أن الشاهد يمكن ان يقع ضحية للتأثير أو الاغراء فيدلي بشهادة زور، أو يموت الشاهد، فيستحيل عندها اثبات وجود الحق لذلك يلاحظ ان الكتابة اصبح لها

---

(٣) انظر د. هاني دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة ، مصدر سابق، ص٩٦.

(٤) انظر ما سبق ذكره بخصوص اهمية الكتابة في الاوراق التجارية.

(١) انظر د. لطيف جبر كوماني ، مصدر سابق، ص٢٧.

(٢) انظر د. حمد الله محمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٥٧.

(٣) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٣٠.

قوة مطلقة في الاثبات للتصرفات القانونية والوقائع المادية، فيجب حين لم يعد للشهادة ، إلا قوة محدودة في اثبات تلك التصرفات او الوقائع والتي تكون في الغالب ذات قيمة يسيرة [١].

وبذلك تلاحظ ان هذه الاستثناءات التي اوردتها التشريعات المقارنة لها ما يبررها ، لاسيما وان الكتابة والتوثيق الورقي والالكتروني اصبحا من مستلزمات الحياة العصرية في الوقت الحاضر، لذلك اصبح يستحيل عقلاً وجود صفقات تجارية أو اعمال تتم بين التجار دون ان يكون لها توثيق دقيق وبسجلات على الاقل الكترونية ، ومما ساعد على ذلك هو انتشار الكتابة وتنوع وسائلها وتعددها واتاحتها للجميع بكل يسر وسهولة .

فضلاً عن الضمانات الكبيرة التي تقدمها في اثبات الحقوق بغض النظر عن الزمن الذي يمضي عليها .

وعلى الرغم من وجود مثل هذه الاستثناءات، فإنها لا تؤثر على مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية ولا تشكل قيداً حقيقياً عليه، لاسيما وان جميع مسائل الاثبات تخضع لمبدأ سلطان ارادة الاطراف ولا تعد من النظام العام، وبالتالي يستطيع الاطراف الاتفاق على ما يخالفها .

الخاتمة

في ختام دراستنا الموسومة بـ(حدود مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية– دراسة مقارنة) توصلنا إلى عدد من النتائج التي لاحت لنا من خلال البحث، وبعض التوصيات التي نرى ضرورة عرضها هنا، والتي نأمل الأخذ بها في الأمد القريب من قبل الجهات ذات العلاقة لا سيما المشرع العراقي وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

خلصنا من هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

١- يشكل مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية العمود الفقري الذي تبتنى عليه نظرية الإثبات التجاري، وقد تناثر شتات هذا المبدأ بين تشريعات متعددة تمثلت بقانون التجارة وقانون الإثبات والقانون المدني، حيث قمنا في هذا البحث بجمع تلك الشتات وبيان حدودها ومن ثم دمجها جميعاً لتشكل مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية الذي خلصنا إلى تعريفه بأنه اعمال مبدأ سلطان الارادة للتجار أطراف المعاملة التجارية في اثبات معاملاتهم التجارية باي وسيلة سواء أكانت تقليدية أم الكترونية، شريطة ان لا تتعارض مع النظام العام ولم يرد بشأنها نص قانوني خاص.

(١) انظر في ذلك المعنى د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المسائل المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٤، ص٤٧، بند ٣٠ ، وكذلك د. حمد الله ومحمد حمد الله ، مصدر سابق ، ص٥٨.

٢- تكاد تمع أغلب التشريعات المقارنة على تبنيها مبدأ حرية الإثبات وبنصوص صريحة، لا سيما التشريع المصري والفرنسي، والكلام ذاته ينطبق على موقف القضاء في تلك الدول، إلا أننا لاحظنا أن المشرع العراقي قد اختط طريقاً مغايراً لما ذكر في أعلاه، حيث أشار وبشكل صريح على تبني هذا المبدأ من خلال توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية.

٣- خلصنا مما تقدم أن جميع طرق إثبات المسائل المدنية يمكن تطبيقها على المسائل التجارية، حيث يجوز إثبات الأخيرة بالكتابة(سواء أكانت محررات رسمية أم عرفية) والشهادة والبينة والإقرار واليمين والقرائن، مالم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك، حيث اتضح لنا أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافه.

٤- اتضح لنا من خلال الدراسة أن نطاق مبدأ حرية الاثبات يستلزم عنصرين أساسيين هما أن يكون طرفا العلاقة تاجرين، وأن يكون محل الإثبات عملاً قام به التاجر أثناء مباشرته مهنته التجارية، أي عملاً تجارياً، سواء أكان الطرف الثاني تاجراً أم غير تاجر.

٥- تبين لنا أن التشريعات المقارنة أجمعت على عدم الأخذ بمبدأ حرية الإثبات بشكل مطلق، بل أوردت عليه العديد من الاستثناءات التي تستلزم تحريرها من هذا المبدأ لأسباب معقولة إلى حد كبير.

ثانياً: التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي ضرورة إعادة النظر بموقفه من مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، وأن يتبنى موقفاً صريحاً في قانون التجارة الحالي باعتماد مبدأ حرية الإثبات، ليساير بذلك موقف أغلب التشريعات المقارنة، ونقترح أن تكون صياغة المادة المضافة في قانون التجارة على النحو الآتي ((١- يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢- وفيما عدا الاحوال التي يوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة في المواد التجارية ، يجوز اثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو اثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق)) .

٢- نقترح على الشرع العراقي ضرورة أعادة النظر بالمبادئ القانونية التي استند عليها في تشريع قانون الإثبات النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وعلى وجه الخصوص المادة (٧٧) التي رسمت قاعدة عامة في الإثبات تقضي بوجوب الإثبات الكتابي لكل تصرف تزيد قيمتها على (٥٠٠٠) دينار حيث نرى ضورة أن تذيل هذه المادة بعبارة تقضي باستثناء الممارسات التجارية من الخضوع لهذه القاعدة.

المصادر

أولاً: الكتب

١) د. اكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٨.

٢) د. المعتصم بالله الغرياني ، القانون التجاري ، النظرية العامة للحرفة التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧.

٣) د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المسائل المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٤.

٤) د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري، القسم الاول، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٥) د. حسن عبد الباسط جميعي ، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٦) د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، ج١، بغداد ، ١٩٤١.

٧) د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية مصالح بائع المحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٨) د. حمد الله محمد حمد الله ، نظرية الاثبات في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٩) سعيد يحيى، الوجيز في القانون التجاري،ج١، ١٩٨٠، بدون مكان طبع.

١٠) د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

١١) د. عبد الفضيل محمد احمد ، الاوراق التجارية ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، بدون سنة.

١٢) انظر د. عدنان احمد ولي العزاوي، مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٢١، ١٩٨٩.

١٣) المستشار عز الدين الدناصوري والاستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات ، ط١٠، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٤ .

١٤) عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٨.

١٥) د. علي احمد الجراح، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠.

١٦) د. علي البارودي، د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

١٧) انظر د. عماد الشربيني ، القانون التجاري الجديد ، ٢٠٠٠.

١٨) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠١٢.

١٩) د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢.

٢٠) د. محمد حسين عبد العال ، ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩.

٢١) د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.
٢٢) المستشار معوض عبدالتواب، المستحدث في القضاء التجاري، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧،
٢٣) د. هاني دويدار ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨.
٢٤) د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.

ثانياً: القوانين :

١) قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل
٢) قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠
٣) قانون السجل التجاري المصري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦
٤) قانون التجارة الفرنسي رقم ٧٧-٤ في ٣ يناير ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٦١٩ لسنة ٢٠١٣ .
٥) قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.
٦) القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٠
٧) قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨
٨) قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل.
٩) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩
١٠) قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢

ثالثاً: المصادر الأجنبية :

1) (J.)BLAISE: Droit des Affaires , paris ,1999,p.243.
2) (E.) CAPRIOLI: Le Juge et la prevue electronique . Refiexions sur le project de loi portant adaptation du droit de la prevue aux technologies de L'information et relative A la signature eletroniqu , 2Yanayiv, 2014.
3) (M.) LAMOTTE: L'Encadrement du contrat electronique: L'exemple Francais , un:versite de montreal , Aout 2009, p.46 ets.
4) (c.) (M.) PERRIN: Latiere commercide le droit et le chiffre, No 4615, mis ajouv le 14, 8, 2018.
5) (c.) Francois: La Re Forme du droit contrats present EE par l'iej de paris 1, universite paris 1,pantheon sorbonae,2019.