وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الانبار

التجارة الإلكترونية

E-COMMERCE

م. علي جبير الهيتي

ماجستير ادارة الاعمال

مصادر القانونية

يقصد بالمصدر المنبع الذي تستقي منه القاعدة القانونية او (هي المصادر التي انبثق منها القانون اي المادّة الأولية التي يتكون مضمون القانون منها). وللقانون التجاري عده منابع او مصادر استقى منها قواعده هذه المصادر هي مصادر رسميه (التشريع والعرف) واخرى احتياطية تفسيرية (الفقه والقضاء).

اولا: المصادر الرسمية

هي تلك المصادر التي ستمد منها القانون قوته الملزمة وهذه المصادر هي:

1. التشريع (وهو اول المصادر القانونية)

للتشريح ثلاثة انواع تتفاوت في درجاتها من حيث القوة ومن حيث اهمية ما يتناوله(مسالة سيادية ام ثانوية) وبما يكفل احترام التشريع الادنى للتشريع الاعلى (ويقصد به ترتيب القواعد القانونية او الادوات التشريعية من الاعلى الى الادنى بحسب قوتها والجهة المنوطة بإصدارها، ويجب الالتزام بهذا الترتيب) وهم على التوالي.

1- **التشريع الاساسي الدستور** وهو التشريع التأسيسي للدولة (اي لكل دولة دستور يختلف من دولة الى اخرى) والدستور هو قمه التشريعات فيها ويتميز بالسمو والثبات و يصدر عن سلطه عليا وهي السلطة التأسيسية، والتي تحدد شكل الدولة، نظام الحكم فيها، السلطات العامة والعلاقات بينها، و تحديد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وواجباتهم، ومنه تستمد كافه القوانين الاخرى مستوحية مبادئه واحكامه التي لا يجوز لأي قانون مخالفتها. وللدساتير انواع فمن حيث المصدر نجد الدساتير المكتوبة والدساتير العرفية الا ان هذه الاخيرة ضئيلة جدا في الوقت الحاضر كما توجد دساتير مرنة ودساتير جامده (تختلف الدساتير المرنة عن الجامدة في ان المرنة يمكن تعديلها او التعديل عليها).

2- **اما التشريع العادي (القانون)** فهو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية (البرلمان) وفقا للاجراءات التي نص عليها الدستور لتنظيم العلاقات بين الافراد او بينهم وبين الدولة وهي تشمل جميع المجالات الاجتماعية المختلفة. وتعتبر السلطة التشريعية في كل دولة هي صاحبه الاختصاص الاصيل في وضع التشريع (السلطة التشريعية او ما يسمى بالبرلمان هم من يضعون الدستور) ومع ذلك فان بعض الدساتير جرت على اشراك رئيس الدولة في وضع التشريع سواء عن طريق ما تعطيه اياه من حق اقتراح التشريعات او الاعتراض عليها.

3- **واخيرا يأتي التشريع الفرعي (الأنظمة والتعليمات)**، والأنظمة هي مجموعه القواعد الصادرة عن السلطة التنفيذية لغرض تطبيق احكام قانون معين من خلال النص على

التفاصيل المتعلقة بتطبيق القانون المذكور. او لغرض تنظيم مراكز قانونيه او اوضاعاً معينة.

اما التعليمات التي تخص السلطة التنفيذية بوضعها في حدود اختصاصها. و تصدر التعليمات من قبل رئيس السلطة التنفيذية بموجب الدستور العراقي لعام 2005 او من قبل الوزير المختص او من يخوله القانون اصدارها.

ويضم التشريع التقنين التجاري والمدني

أ- التقنين التجاري

تعريف التقنين/ ويعرف ايضا التدوين القانوني وهو عملية جمع وتعديل وترتيب القانون دولة معينة حسب المواضيع او الاحكام او القواعد او اللوائح القانونية التي تحكم هذه الدولة.

اما التقنين التجاري فيقصد به مجمل النصوص والقواعد الواردة في متن القانون التجاري وكذلك جميع نصوص القوانين المكملة له او الملحقة به وان صدرت بصوره منفرده اي على شكل قوانين مستقله ويضاف الى ذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة والقرارات واللوائح التنظيمية الصادرة لتنفيذ القوانين التجارية او المتعلقة بالنشاط تجاري.

ب- التقنين المدني

وهو المجموعة المدنية التي تضم القواعد العامة المنظمة لنشاط الافراد دون تمييز ويتم الرجوع الى هذه القواعد في الحالات التي لم يرد فيها نص خاص في التقنين التجاري (اي نرجع للتقنين المدني اذا وجدت مسالة جديدة في التجارة لا توجد بالتقنين التجاري بهذا يتم استخدام القانون التجاري) وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي بقولها يسرى القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص اخر. (على انه يجب ان لا يكون هناك تعارض بين النصوص المدنية والتجارية فاذا وجد هذا التعارض فيتم تطبيق القانون التجاري).

2. العرف (وهو ثاني المصادر القانونية)

يقصد بالعرف مجموعة القواعد التي تعارف عليها التجار سابقا في تنظيم معاملاتهم التجارية مع شعورهم بإلزامها وضرورة اتباع احكامها.

وللعرف اهمية خاصة في المعاملات التجارية فغالبية قواعد القانون التجاري نشأت كعادات واعراف درج عليها التجار قبل ان تصبح نصوصا مكتوبه. كما هو الحال في اغلب القواعد التي تتبعها المصارف في العمليات المصرفية وبعض هذه الاعراف لم يقنن لأنه صار من البديهيات التي لا تحتاج الى تقنين. والسبب في هذه النشأة العرفية لقواعد القانون التجاري هو

ان قواعده تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية التي تتصف بالسرعة، فالعرف اسرع من التشريع من حيث متابعه تطور العلاقات التجارية. وتجدر الإشارة الى انه في حاله قيام تعارض بين النصوص التجارية والعرف التجاري، يجب تغليب النصوص التجارية على العرف.

اولا: المصادر الاحتياطية (التفسيرية)

تتمثل المصادر الاحتياطية للقانون التجاري في مصدرين هما الفقه والقضاء

1. الفقه

ويقصد به اراء الفقهاء وشروحاتهم على النصوص التشريعية والاحكام القضائية. فما ينادي به الفقهاء من قواعد وما يضعونه من نظريات لا يلزم الاخذ بها وتطبيقها كقاعدة قانونيه. ولكن يمكن الاسترشاد بآراء الفقهاء فهذه الآراء توجه نظر المشرع الى ما في التقنين من ثغرات و نواقص فيعمد الى سدها او اكمالها (اي اذا وجد ثغرة او نقص في التقنين التجاري فيتم الاخذ بآراء الفقهاء)، كما ان اراء الفقهاء تساعد القاضي في تطبيقه للقانون لان الفقه يفسر القانون والقاضي يتولى تطبيقه والتطبيق يحتاج الى تفسير.

وقد ساعد الفقه كثيرا في تطوير مواد القانون التجاري نتيجة نقد الحلول القانونية والقضائية وابراز مزاياها وعيوبها من تناقض وادى ذلك الى سرعة مسايرة القانون التجاري لتطوير النشاط التجاري.

2. القضاء

ويقصد به الاحكام الصادرة عن المحاكم بمناسبة الفصل في نزاع يعرض امامها. والقضاء هو عباره عن مصدر تفسيري او استرشادي. فالقاضي غير ملزم بان يتبع ما سبق وان صدر من احكام حتى وان كانت صادرة من محكمة اعلى، انما **يستأنس بهذه الاحكام لتعيينه في استخلاص قاعده قانونيه لحل النزاع**. ومع ان القضاء مصدر تفسيري لا رسميا لانه له دور كبير في وضع قواعد تحكم المعاملات التجارية. وخصوصا حينما تستجد مسائل معينة لم ينظمها المشرع. فالقضاء يضع القاعدة ثم يقوم المشرع بتقنين ما استقر عليه القضاء

العقد

يمكن تعريف العقد بأنه تطابق ارادتين أو أكثر على ترتيب أثار قانونية سواء كانت هذه الآثار انشاء التزام أو نقله او تعديله أو أنهاءه . ويترتب على هذا التعريف أنه لابد من وجود ارادتين لأنشاء العقد فإرادة واحدة لا يمكنها ان تنشأ عقداً . ولابد أيضاً من اتجاه الارادتين الى احداث اثر قانوني فعندما تبيع سيارتك على سبيل المثال لشخص آخر نكون أمام أرادتين وأمام أثر قانوني هو تغير المحل (السيارة) من حالة إلى أخرى ومن ثم

انتفاعك بمبلغ البيع وانتفاع الطرف الآخر بالسيارة . ولكن عندما يدعوك صديقك لركوب سيارته سوف نكون أيضاً أمام ارادتين ولكن الأثر القانوني سينعدم في هذه الحالة ومن ثم لا نكون امام عقد بيع.

تميز عقد التجارة

1- العقود التجارية هي بطبيعتها عقود رضائية: بمعنى أنها تنعقد بمجرد اتفاق أكثر من طرف في موافقة عن إرادة في عمل شيء معين، توجد بعض العقود التجارية التي يلزم لانعقادها أن تكون بكتابة رسمية أو عرفية. منها ما يتصل بالإثبات ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها ويلاحظ أن هذه القواعد تعرض عادة بصدد التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

2- العقود التجارية عقود معاوضة: بموجبها يأخذ المشتري بقدر ما يعطي أو بنسبة متوازنة وهذا النوع يشبه العقود التجارية. وقد تكون عقود تبرع كالهبة والوصية والتبرع وهذه هي العقود الضارة ضرراً محضاً فبموجبها يعطي ولا يأخذ مقابلاً لما يعطي أو أن ما يأخذه لا يتناسب مع ما يعطيه أو تكون نافعة نفعاً محضاً، وبموجبها يأخذ ولا يعطي مقابلاً لما يأخذ ويعطي ما لا يتناسب مع ما أخذه وهذه العقود لا توجد في التجارة. فإن عقود التجارة هي عقود معاوضة، أما إذا كانت هنالك هدايا أو عمولة تعطى من قبل التجار أو الشركات التجارية؛ فإنها لا تعطي إلّا لأجل الحصول على الشهرة التجارية وكسب العملاء

3- **العقود التجارية ترد على منقول:** حيث تعتبر العقود التجارية تنعقد في أغلب الأحيان على المنقولات التي تعتبر غير العقارات والغالب أن ترد العقود التجارية على أشياء مثلية وعلى كمية معينة منها وليس على شيء معين بالذات وقت العقد