أثر العرف التجاري على العلاقات بين الافراد في إطار القانون الدولي الخاص

م.د. سامر شهاب حمد
جامعة كركوك كلية طب الاسنان
م.د. وطبان ورنس نواف
جامعة كركوك كلية القانون
م.م. سربست عبد الله رشيد
جامعة كركوك كلية طب الاسنان

المستخلص

يعد العرف هو أحد مصادر القانون في معظم التشريعات، ونتناول بإيجاز في هذا البحث المقصود بالعرف بالقدر اللازم لتوضيح أهميته في المعاملات التجارية وكيفية تحديده وإثباته، ومدى رقابة محكمة التمييز على تطبيقه، وتكمن أهمية العرف التجاري في أنه المصدر الثاني للقانون التجاري بعد التشريع في مظم التشريعات، بل إن كثيرا من الأحكام القانونية التجارية المكتوبة نشأت قبل تقنينها كأعراف بين التجار. وتناولت هذا الدراسة من خلال مبحثين تناولت المبحث الأول ماهية العرف التجاري من خلال مطلبين الأول بينت فيه المقصود بالعرف التجاري، وفي المطلب الثاني: الزامية العرف التجاري، اما المبحث الثاني كان بعنوان تطبيق العرف التجاري وتم تقسيمه الى مطلبين: تناولت في المطلب الاول اثبات العرف التجاري، وتناولت في المطلب الثاني تطبيق العرف التجاري على علاقة ذات عنصر أجنبي، ومن ثم خلصت الى خاتمة تمثلت في عدد من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: العرف، القانون التجاري، تنازع القوانين.

The impact of commercial custom on individuals' transactions within the framework of private international law

Abstract

Custom is one of the sources of law in most legislations. In this research, we briefly discuss the meaning of custom to the extent necessary to clarify its importance in commercial transactions and define and prove it, and the extent of the Court of Cassation's control over its application. The importance of commercial custom lies in the fact that it is the second source of commercial law after legislation in most legislations. In fact, many written commercial legal provisions arose before they were codified as customs among merchants. This study was addressed through two sections. The first section addressed the nature of

commercial custom through two requirements. In the first, I explained the meaning of commercial custom, and in the second requirement: the binding nature of commercial custom. As for the second section, it was entitled the application of commercial custom and was divided into two requirements: In the first requirement, I addressed proving commercial custom, and in the second requirement, I addressed the application of commercial custom to a relationship with a foreign element, and then I reached a conclusion represented in a number of results and recommendations.

Keywords: Custom, commercial law, conflict of laws.

المقدمة

أولا: التعريف بالموضوع

ينشأ العرف التجاري جراء التطبيق العملي والمرتبط بمدة طويلة بنوع معين من النشاط ويكون هذا العرف هو المرجع في حسم النزاع وذلك عندما يفتقر التشريع الى نص ملزم لحسم النزاع يثور بمناسبة تعامل ما، هذا ناتج عن عدم كفاية النصوص التشريعية التي تحكم النزاع من الاحاطة بجميع جزئيات المعاملات والمنازعات وتحديد اثارها ومن ثم وضع العلاج المناسب ليطبق على تلك العلاقات واستنادا الى ما تقدم فقد أجاز المشرع اللجوء الى قواعد التطبيق العملي والتي اطلق عليها مسمى العرف الا انه وبكل الأحوال لا يمكن الرجوع الى تطبيق تلك الأعراف الا بمقتضى إرادة المشرع وفي الأحوال التي يقررها القانون، اذ عادة لا تغني النصوص التشريعية المكتوبة عن نصوص العرف التجاري وذلك ان النصوص القانونية لا تستوعب جميع تفصيلات الحياة والاحتمال الواردة عند تطور الحياة ذلك ان كثير من النصوص القانونية وحتى النصوص الامرة منها نفسها مبنية على العرف وعادة ما تتبدل تلك النصوص بتبدل العرف فلا يمكن ترتب حكم معين لها لذلك نجد العرف التجاري شيء من السلطان والقانون، لكن المشكلة تدق وتثور عندما نكون امام علاقة ذات عنصر اجنبي وقد أحالت قاعدة التنازع تطبيق القانون الى قانون يأخذ بالعرف في التطبيق وان النزاع المعروض لا يتوفر بصدده تشريع معين ليطبق عليه بل ان العرف التجاري المعمول به هو المطبق في هذه الحالة .

ثانيا: مشكلة البحث

ان عدم قدرة التشريع على العمل كمصدر وحيد للقانون التجاري للوفاء بالمستجدات في ميدان العمل التجاري والتي تتطور دائما لذلك برز العرف التجاري كأحد العناصر الرئيسية التي ساعدت العادات والاعراف التجارية على ظهورها ومن ثم ترسيخها والعمل في الحفاظ على مكانتها نتيجة لذلك نجد ان

العرف التجاري يطبق على الكثير من العلاقات التجارية فهنا يثار لدينا المشكلة الاتية عندما تحيل قاعدة التنازع النزاع الى قانون معين او قد يكون الأطراف قد اختاروا قانون معين ليطبق على نزاعهم وخاصة في النزاعات التي يكون احد اطرفها عنصر اجنبي، ويوجب القانون المحدد تطبيق عرف تجاري معين على موضوع النزاع او تمسك احد الأطراف بوجود عرف تجاري يحكم النزاع ويطلب من المحكمة تطبيقه على النزاع المثار امامها.

ثالثا: منهجية البحث

اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن من خلال تحليل النصوص القانونية المرتبطة بتأثير بتطبيق العرف التجاري وكذلك تحليل التعاريف والمفاهيم الخاصة بالعرف التجاري وقواعد القانون التجاري، وكل ذلك من خلال من المقارنة مع النصوص التشريعية لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مع الاستعانة ببعض القوانين كالقانون الفرنسي والسوابق القضائية ذات العلاقة بالموضوع.

رابعا: اهداف البحث

يهدف البحث الى تقديم دراسة قانونية تتعلق بيان أثر العرف التجارية على العلاقات بين الافراد في إطار القانون الدولي الخاص من خلال بيان الاتي

١-المقصود بالعرف التجاري

٢-تطبيق العرف التجاري ومدى الزاميته

٣-اثبات العرف التجاري ومدى رقابة محكمة التمييز على تطبيقه من قبل قاضي الموضوع

٤-تطبيق العرف التجاري على علاقة ذات عنصر أجنبي

خامسا: خطة البحث

المبحث الأول ماهية العرف التجاري تم تقسيمه الى مطلبين: تناولت في المطلب الأول: المقصود بالعرف التجاري، وتناولت في المطلب الثاني: الزامية العرف التجاري، اما المبحث الثاني كان بعنوان تطبيق العراف التجاري وتم تقسيمه الى مطلبين: تناولت في المطلب الاول اثبات العرف التجاري، وتناولت في المطلب الثاني تطبيق العرف التجاري على علاقة ذات عنصر أجنبي

المبحث الأول

ماهية العرف التجاري

يعتبر العرف بصورة عامة أحد مصادر الأحكام في معظم الشرائع، وتكمن أهمية العرف التجاري في أنه المصدر الثاني للقانون التجاري بعد التشريع بل إن كثيرا من الأحكام القانونية التجارية المكتوبة نشأت قبل

تقنينها كأعراف بين التجار، وتعددت اتجاهات فقهاء القانون التجاري بشأن تعريف العرف التجاري ولكنها متشابهة ومنها أن العرف التجاري هو ما درج عليه التجار من قواعد في تنظيم معاملاتهم التجارية بحيث تصبح لهذه القواعد قوة ملزمة فيما بينهم شأنها شأن النصوص القانونية، وذلك من خلال اعتياد الناس على اتباع قواعد معينة في معاملاتهم مدة طويلة، وذلك ناتج من اعتقاد الناس بوجوب اتباع واحترام القاعدة التي تعارفوا على اتباعها، والعرف قد يكون عاما متبعا في جميع أنحاء الدولة، وقد يكون العرف خاصا بمكان معين أو بتجارة معينة دون غيرها

وعلى ما تقدم تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: تناولت في المطلب الأول: المقصود بالعرف التجاري، وتناولت في المطلب الثاني: الزامية العرف التجاري.

المطلب الأول

المقصود بالعرف التجاري

العرف بصورة عامة هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بانها ملزمة وواجبة الاحترامً وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي، فهو القواعد التي أدرج الناس على إتباعها في بفئة معينة، ويسيرون حسب مقتضاه في معاملاتهم، مع شعورهم بلزوم احترامها والخضوع لأحكامها"، أي هو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي اتبعها الأفراد في سلوكهم أجيالا متعاقبة، حتى نشأ الاعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة، وأن من يخالفها سيتعرض لجزاء الجماعة".[١]

فالعرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية، فهو عبارة عن تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة وبذلك ينشا العرف من استمرار العمل بعادة معينة بثبات واستقرار مع الشعور بإلزاميتها وضرورة اتباعها[٢].

اما العرف التجاري فهو" مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة التي استقر العمل بها بين طائفة معينة من التجار حتى صارت مصدرا رسميا ملزما ويطبق في حالة عدم وجود التشريع الذي يحكم المسألة المعروضة، وفي حالات خاصة تكون هذه القواعد هي الواجبة التطبيق حتى مع وجود النص التشريعي وفي الحقيقة أن العرف التجاري يبدأ كعادة يستقر العمل بها بين التجار لتصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى

[١] ايهاب حسن محمد، دور العرف في التجريم، بحث منشور في المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (١٠)، ٢٠١٨، ص٥٣٨.

[٢] مروان حميد هادي، مركز العرف في التجارة الدولية، دار هاتريك للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٢٣، ص٣٢.

زمن على شيوع هذه العادة وثباتها تولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها إلى دائرة العرف .[٣]

من خلال التعريفات السابقة يتضح ان هناك ركنان للعرف هما الركن المادي والركن المعنوي، اما الركن المادي فيقصد به مجموعة متواترة من التصرفات او الافعال القادرة على تكوين روابط اجتماعية مصحوبة بجزاء وهذا الاعتبار ينبغي ان يكون بصفة مستمرة طوال اجيال متعاقبة بحيث يسودها الثبات والاستقرار ومثال ذلك ان العرف التجاري جرى على ان التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية، اما الركن المعنوي فيقصد به اعتقاد الناس ان ما ألفه هؤلاء الافراد قد اصبح ملزماً، وهذا الالتزام ناشئ عن شعور الافراد بضرورة الروابط الاجتماعية وعدم الخروج على المألوف وهذا ما يطلق عليه البعض أنه العنصر النفسي .[٤]

ويشترط لتطبيق العرف عدد من الشروط من اهمها:

اولا- الثبات واطراد العمل به: أي أنه لكي يتم العمل بسلوك معين وبصورة منتظمة ومستمرة دون العدول عنه، أو قطعه في وقت من الأوقات، بحيث يتيح له هذا الاستمرار الثبات والاستقرار بين طائفة من التجار والاعتقاد بالإلزام في الاتباع، أي انه لا يكفي مجرد العمل الواحد أو الممارسة لمرة واحدة اذ لا تكون عرفا محدد من مرات معينة من التكرار بل يلزم لثبات العمل اطراد العمل به ليكتسب هذا السلوك صفة العرف، إذ أن ذلك يختلف حسب طبيعة السلوك والمعول عليها هو التكرار الذي يؤدي إلى تأصيل الاعتقاد في النفوس اذ أن العبرة ليست بعدد التكرار إنما بتأثير هذا التكرار على التجار عند اتباع السلوك في بعض الأحيان لا يؤثر على ثباته واطراده، مادام ذلك لا يشكل الحال الغالب بل يشكل حالة نادرة الحدوث، وكان العمل بالسلوك هو المهيمن والمسيطر في التعاملات عند غالبية ممن يمارسون عمل التجاري معين.[٥]

ثانيا- العمومية: لكي يعد سلوك معين بمثابة قاعدة قانونية يجب أن يتسم ذلك السلوك بشيء من سمات القاعدة القانونية، والتي من اهمها العمومية والشمولية أي الاحترام والممارسة من قبل عامة الناس، او حتى من غالبية التجار في المنطقة المطبق فيها ذلك العرف، ولا بكون متبعا على فئة قليلة منهم أو تجار بعينهم دون سواهم، ولكن مصطلح العمومية لا يشترط به ان يكون شاملا لكل انحاء البلاد بل يمكن ان يختص بجزء معين أو اقليم محدد من الدولة، اذ يمكن ان يكون عرفاً محليا او عرفا مطبقا بين فئةً أو طائفة معينة من

---

[٣] رغد فوزي عبد الطائي، أشكالية تطبيق العرف التجاري، بحث منشور في مجلة الغري للعلوم الاقتصادية، تصدر عن كلية الادارة والاقتصاد، جامعة الكوفة، المجلد (٤)، العدد (١٣)، ايلول، ٢٠٠٩، ص١٩٦.

[٤] د. رندة مصطفى حسن سليمان، العرف التجاري واشكالية تطبيقه وفقا للنظام السعودي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشراف، الدقهلية، العدد (٢٥)، الاصدار الثاني، ج٣، ٢٠٢٢، ص٢٥٩٣.

[٥] عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، ٢٠١٥، ص١٤٥.

التجار، أو نوع معين من التجارة، لكن يشترط ان يكون خاص لهذه الطائفة والتي تكون محددة بالصفات وليس بالذات، كما هو الحال في العرف المهني الذي يجتمع عليه أصحاب مهنة معينة، ، ومهما بلغ ضيق أو اتساع العرف فيجب أن يتصف بالعمومية مهما قل او كثروا من يكونوا مشمولون بهذه القاعدة العرفية[٦]. مثال ذلك مع ذلك فقد جرى العرف التأميني على ان يبدأ سريان العقد من بعد ظهر اليوم التالي لتوقيعه وينتهي في ظهر اليوم الاخير لمدته.[٧]

ثالثا-عدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب: كما هو معروف النظام العام هو مجموعة الاعتبارات السياسية والاجتماعية السائدة في مجتمع معين[٨]، فلا بد للعرف أن يكون موافق ومتسق مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع المعنى، فمهما شاع السلوك وانتشر فلن بكون صالحاً واجب الإتباع ما دام يخالف النظام العام، كما يجب ألا يتعارض مع نص القانون، فعادة التعامل بالربا مثلا مهما طال عليها الأمد، ومهما ترسخ الاعتقاد بإلزاميتها في نفوس المتعاملين بها، لا انه لا يمكن ان تصبح عرفا إذ لا يعتد بعرف يخالف أو يصادم النظام العام والآداب.[٩]

رابعا-القدم: لابد من توافر شرط القدم لضمان ثبوت العرف وتكرار العمل به، وذلك بان يرجع نشوء العادة إلى زمن بعيد يكفي للدلالة على تأصيلها في النفوس، بمعنى أن السلوك قد مضى على تكراره مدة زمنية كافية، وتوارث عبر الأجيال المتعاقبة حتى ترسخ وتأصل بصورة تدريجية في الوجدان والضمير العام للمجتمع، على نحو يدفع للاعتقاد بإلزاميته وترتيب جزاء على من يخالفه، الأمر الذي يسمح باعتماده كقاعدة قانونية وينفي عنه صفة النزعة أو السلوك العادي، وهذه المدة تستعصي على التحديد إذ لا يوجد عدد معين من السنوات يلزم مروره، حيث يرجع تحديد كفايتها لاعتبار العرف بمثابة القاعدة القانونية، اذ ان هذا الاعتبار يرجع الى طبيعة العادة أو السلوك والظروف المصاحبة، ويرجع ذلك الى اختلاف السلوك نفسه وطبيعة المعاملات، فبعضها يحتاج الى زمن اطول من البعض الآخر حتى يتم الاعتياد عليه.[١٠]

وعلى ما تقدم يرى الباحث بان العرف التجاري هو كل عادة أو سلوك تواتر التجار على اتباعه فيما يتعلق بأعمالهم التجارية مع شعورهم بإلزاميته وأن يستوجب الجزاء على من يخالفها، أي أن هذه الأعراف حتى يعتد بها فيما بين التجار وجب أن تكون عادة مستمرة ومتكررة الحدوث مع انتشار فكرة وجوب إتباع هذه

---

[٦] عارف بن صالح العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة القضاء، تصدر عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد السادس، ٢٠١٦، ص٩٠

[٧] د. احمد محمد قادر، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية والتامين عنها من المنظور القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١٥)، المجلد (١)، العدد (١٥)، ٢٠١٥، ص ٣٦٣

[٨] عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص١٣٠

[٩] د. رندة مصطفى حسن سليمان، مصدر سابق، ص٢٥٩٤.

[١٠] خالد عبد القادر محمود عيد، المضيء في القانون التجاري السعودي، مكتبة طريق العلم، السعودية ٢٠١٣، م، ص٣٩.

العادة، حتى تترسخ بين التجار وتصبح عرفا تجاريا، كما أن هذا العرف التجاري يجب ألا يكون منصوصا عليه ضمن التشريعات المكتوبة، وإلا اعتبر نصا قانونيا تجاريا وليس عرفا.

المطلب الثاني

الزامية العرف التجاري

كما هو معروف ان التشريع يحتل المرتبة الأولى بين مصادر القانون متغلباً بذلك على العرف الذي هو أسبق في الوجود من التشريع، ويعود ذلك إلى سرعة سن القواعد القانونية ودقة صياغتها، ذلك لوجود سلطة مختصة تقوم على إصدار التشريع طبقاً لإجراءات محددة، فالتشريع يقصد به مجموعة قواعد قانونية منظمة لنشاط أو جانب معين من السلوك البشري، اذ ان تداخل الروابط الاجتماعية بين الأفراد يتطلب قواعد كثيرة وسريعة لضبطها مما لا يتوافر في قواعد العرف التي تمتاز بالبطء في إنتاج القواعد القانونية.

تجدر الاشارة الى انه لا توجد اشارة واضحة الى تطبيق العرف في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، والظاهر من نصوص قانون التجارة انه لامجال لتطبيق العرف اذ حددت المادة الرابعة/ ثانيا من القانون التجاري مصادر القانون اذ نصت على" يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص آخر" ولكن مع ذلك فهذا التصور لا يمكن ان يأخذ على اطلاقه فالقانون المدني الذي يعتبر المرجع للقواعد العامة والتي احالت الفقرة (ثانيا) من المادة الرابعة انفة الذكر التطبيق عليه عند خلو النصوص التجارية من التطبيق اذ بالرجوع الى نص (٢/١) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي نصت على "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة". ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (١٧٥) من ذات القانون والتي نصت على" الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري "أي يكون الرجوع على العرف عند عدم وجود نص في القواعد المدنية والتجارية ليطبق على النزاع فضلا عن عدم مخالفة تلك القاعدة العرفية لقاعدة تشريعية.[١١]

وبالرجوع الى نص المادة (٤) من قانون التجارة العراقي ، نجد أن هناك صورة غير واضحة بخصوص مكانة العرف التجاري كمصدر للقانون التجاري، فيمكن اعتبار العرف التجاري من ضمن المصادر الاسترشادية استنادا للنصوص القانونية المنظمة لمسالة العرف والواردة ضمن القانون المدني، بينما ذهب

[١١] باسم محمد صالح، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٠ .

جانب من الفقه الى تبني الرأي القائل بأن العرف التجاري مصدر رسمي للقانون التجاري يأتي بعد النصوص التشريعية وقد برهنوا رأيهم بالنصوص القانونية التجارية التي تعطي للعرف مكانه الصحيح مثال ذلك تخضع المادة (٢٩٥) من قانون التجارة العراقي عقود البيع الدولي الى تطبيق احكام العرف اذ نصت على" تسري الاحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب، وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها اذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل الدولي" اذ توجب المادة انفة الذكر تطبيق العرف السائد إلا إذا كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية، مما يعني أن العرف التجاري يمكن له أن يعارض نصوصاً تشريعية مفسرة مدنية أو تجارية، وهو دليل على اعتبار العرف التجاري كمصدر رسمي من مصادر القانون التجاري.[١٢]

اما في التشريع المصري نجد المادة (٢) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ قد نصت على"١"-تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني، ٢-لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في مصر"

فالمادة المذكورة تضمنت انه تسري على المواد التجارية احكام الاتفاق بين المتعاقدين فذا لم يوجد هذا الاتفاق سرت نصوص هذا القانون او غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية فاذا لم يوجد عرف تجاري او عادة تجارية وجب تطبيق احكام القانون المدني وقد افترض المشرع اولا ان العقد شريعة المتعاقدين فان الاتفاق بين الاطراف يكون هو الساري بشرط الا يكون مخالفا لأحكام النظام العام ويعلي قانون التجارة مبدأ سلطان الارادة فيجعل الاولوية في التطبيق لأحكام الاتفاق بين المتعاقدين .[١٣]

ويرى بعض الفقهاء أن العرف التجاري يأتي بعد النصوص التشريعية التجارية وذلك على الرغم من خلو نصوص القانون التجاري من النص على اعتبار العرف من ضمن مصادره ولكن اعتماداً على نص المادة (٢/٤) من قانون التجارة التي احالت خلو النصوص التجارية الى تطبيق أحكام القانون المدني على أن يراعي المبادئ المختصة بالقانون التجاري، أي أن أحكام القانون المدني لا يمكن تطبيقها إذا كانت متعارضة مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري ومن اهم المبادئ المختصة بالقانون التجاري هي قواعد العرف

[١٢] نوري طالباني، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٧٩، بغداد، ص٤٥ .
[١٣] عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح قانون التجارة، ج١، ط١، مؤسسة نادي القضاة، ٢٠١٠، ص١٣٠.

التجاري. واستنادا الى هذا الرأي، فإن العرف التجاري يأتي مباشرة بعد التشريعات التجارية متقدماً بذلك على أحكام القانون المدني، لأن العرف التجاري هو جزء من المبادئ التجارية .[١٤]

ومما يتقدم يثار لدينا التساؤل الاتي: حول الاولوية في التطبيق عند حصول تعارض بين العرف التجاري والتشريع التجاري الآمر أو المكمل (المفسر)، او ما يحصل من تعارض بين العرف التجاري والنص المدني الآمر أو المفسر؟

فيما يتعلق بتعارض العرف التجاري مع النص التجاري الآمر، فهنا الامر بديهي أنه لا يجوز مخالفة عرف تجاري لنص تجاري آمر كون تلك القواعد الامرة تمس المصلحة العامة والنظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها، أما في حالة تعارض العرف التجاري مع نص تجاري مفسر، فيقدم العرف التجاري لأن النص التجاري المفسر يجوز الاتفاق على خلافه لعدم تعلقه بالنظام العام والآداب، وعلى ما تقدم لا تثور أيّ مشكلة بخصوص تعارض العرف التجاري مع النصوص المدنية المفسرة لذات الأسباب السابقة، فيجب تقديم العرف التجاري على النص المدني المفسر. ولكن المسألة تدق وتثور المشكلة عند حدوث تعارض العرف التجاري مع النص المدني الآمر حول اولوية التطبيق، يذهب جانب من الفقه الى القول بوجوب تقديم النص المدني الآمر على العرف التجاري لتعلق النص المدني الآمر بالنظام العام والآداب ولمساسها بالمصلحة العامة، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها، ويبرر هذا الاتجاه موقفهم بعدم وجود نظامان عامان في دولة واحدة، احدهما يكون متعلق بالقانون المدني والثاني بالقانون التجاري فعندما لا يجوز للعرف التجاري مخالفة القواعد التجارية الآمرة لا يجوز كذلك له مخالفة القواعد المدنية الآمرة .[١٥]

فيرى بعض الفقهاء ان ترتيب مصادر قانون التجارة يكون كالاتي :[١٦]

١-التشريع التجاري سواء كانت قواعد امرة ام مفسرة

٢-القواعد الامرة في المجموعة المدنية

٣-قواعد القانون المدني المفسرة او المنظمة

٤-قواعد التطبيق العملي

٥-قواعد الاتفاقات الخاصة

[١٤] مصطفى كمال طه، مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٩.، ص٢٦

[١٥] محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمار، ١٩٨٥، ص ٢٧.

[١٦] د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٢٤.

ولكن هناك جانب من الفقهاء يقيد هذا الامر المتعلق بتقديم النصوص المدنية الآمرة على العرف التجاري بعدم النص صراحة في القانون على تقديم العرف التجاري. كما هو الحال في بعض النصوص القانونية التي نصت على تحريم الاتفاق على بعض المسائل مالم يكون هناك عرف التجاري قد استقر على غير ذلك .[١٧]

في حين ذهب رأي آخر إلى تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر واستندوا إلى أن الرجوع الى القانون المدني مرتبط بعدم وجود حكم خاص في القانون التجاري سواء وُجد في النصوص التشريعية أم في القواعد العرفية، لأن القانون التجاري يشمل النصوص التجارية والأعراف التجارية معاً، وعليه لا مجال لتطبيق القانون المدني حتى نصوصه الآمرة في حالة توافر العرف التجاري كونه المقصود بالتشريع التجاري، ويستند هذا الرأي إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الذي أجاز تجميد الفوائد في الحساب الجاري لمدد أقل من سنة، وذلك على خلاف النص الصريح للقانون المدني الفرنسي.[١٨]

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه الى ان تقديم العرف التجاري على النصوص المدنية الآمرة، أمر منطقي وضروري، فهو منطقي لأن الحكم الخاص يقدم على الحكم العام، فإذا كان القانون التجاري هو الخاص والقانون المدني هو العام، فالمنطق أن يُقدم القانون التجاري بنصه وعرفه على القانون المدني بنصوصه الآمرة والمكملة، كما أن هذا التقديم ضروري لأن القانون التجاري لا يغطي كافة مجالات العمليات التجارية كالبيوع التجارية وعمليات البنوك التي نظمها العرف التجاري .[١٩]

ويعتبر بعض الفقهاء ان العرف التجاري المصدر الحقيقي الأول للقانون التجاري، وأن التاجر هو المشرع الحقيقي للقانون التجاري. فالمشرع يقنن الأعراف التجارية السائدة، إذ إن أحكام الأوراق التجارية والوكالة بالعمولة والسمسرة والبيوع البحرية والاعتمادات المستندية والأعراف المصرفية والإفلاس التجاري، قد بدأت جميعها أعرافاً تجارية ثم قننت. والتاجر هو المشرع الحقيقي الذي يوجد الأعراف التجارية من خلال نشاطه الذهني المستمر في مفاوضاته لإبرام صفقاته ومن خلال حرصه على الربح .[٢٠]

وهذا الامر نصت عليه المادة (٢) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ والتي افادت إذا لم يوجد اتفاق سرت نصوص قانون التجارة او غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية فان خلت من نص في شان المنازعة طبقت قواعد العرف التجاري ثم العادات التجارية فان لم يثبت قيام عرف او عادة تجارية

---

[١٧] مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص٢٦

[١٨] د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، ١٩٨٨، ص٥٤.

[١٩] د. علي البارودي، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء في احترامه وتطويره، محاضرة ألقيت في نقابة المحامين ومنشورة في مجلة النقابة، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، عام ١٩٨٧، ص١٤ .

[٢٠] . ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص٢٤.

وجب تطبيق احكام القانون المدني وذلك كون ان قواعد قانون التجارة نشأت اصلا في صورة عادات واعرف استقرت بين التجار في معاملاتهم .[٢١]

ويرى الباحث ان القانون التجاري يشمل نصوص القانون التجاري المكتوب والقانون التجاري غير المكتوب (العرف التجاري) أي انه لا يمكن اللجوء إلى أي مصدر آخر إلا بعد الرجوع للقانون التجاري بالمعنى الواسع وهو قانون التجارة والقوانين المكملة لقانون التجارة مشتملة في ذلك على العرف التجاري، فالعرف التجاري هو أقدر على التعبير والإحاطة بالحياة التجارية من القانون المدني الذي تمتاز قواعده بالبطء الشديد وعدم التطور على خلاف العرف التجاري الذي يساير الحياة التجارية ويحيط بجميع تفاصيلها.

المبحث الثاني

تطبيق العرف التجاري

تلعب الأعراف التجارية دورا مهما لا يمكن تجاهله لأنها تساهم بشكل كبير في مواءمة للقواعد التجارية وذلك لكونها أكثر مرونة من التشريعات وبالتالي تكون أكثر قدرة على التطور وتلبي متطلبات الحياة التجارية السريعة على خلاف التشريعات التي تحتاج الى إجراءات طويلة لغرض تعديلها لذلك نجد ان تطبيق الأعراف التجارية يلعب دورا مهم في سد الثغرات القانونية.

تشير أغلب نصوص القوانين التجارية إلى أن العرف يأتي بالمرتبة التالية للنصوص التجارية من حيث الترتيب، فإذا افتقر القاضي للنص التشريعي لجأ للعرف التجاري يستمد منه الحكم.

ولغرض الاحاطة بجميع تفاصيل هذا المبحث اقتضى تقسيمه الى مطلبين: تناولت في المطلب الاول اثبات العرف التجاري، وتناولت في المطلب الثاني تطبيق العرف التجاري على علاقة ذات عنصر أجنبي

المطلب الاول

اثبات العرف

ولما كان العرف كالقانون المكتوب سواء بسواء، فالقاعدة العرفية كالقاعدة التي ينص عليها التشريع تلزم الناس ولا يجوز لهم الاحتجاج بجهلها، وذلك أن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله القانون، ويطبق على الناس ولو لم يعلموا به، وان كان من الصعب تصور قيام عرف لا يعلم الناس به لأنه سلوك تلقائي شائع بين الناس يقومون باتباعه مع الاعتقاد بإلزامه.

أن المتخاصمين لا يلزمون بإثبات وجود العرف لأنه قانون ويفترض في القاضي أن يعلم به، ذلك أن واجبه أن يكون ملماً بالقانون أياً كان مصدره، فالمفروض في القاضي العلم بالقواعد القانونية بما في ذلك

[٢١] عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح قانون التجارة، مصدر سابق، ص١٣٣.

القواعد العرفية، ويجب على المحكمة أن تطبق العرف من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثبته أو لم يتمسك به الخصم طالما لم يوجد تشريع يحكم النزاع المعروض عليه، وإذا تخلف القاضي عن ذلك اعتبر مخطئاً في تطبيق القانون، ولا يمكن انكار الصعوبة العملية التي يجدها القاضي في التثبت من قيام العرف بالمقارنة بالتشريع، فالتشريع يصدر في وثيقة مكتوبة لذا يسهل على القاضي العلم به والتعرف عليه؛ أما العرف فسنة متواترة يجري العمل عليها في الجماعة وقد يصعب على القاضي العلم الكامل والاحاطة التامة بالعرف وتبين أركانه خاصة بالنسبة للعرف المطبق ضمن طائفة معينة من التجار أو مناطق محددة الذي يختلف باختلاف الطوائف والمناطق، لذلك يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم معاونته في اثبات العرف، بل أن الخصم صاحب المصلحة الذي يتمسك بالعرف هو الذي يبادر غالباً بتقديم الدليل على وجود القاعدة العرفية المراد تطبيقها.[٢٢]

أن القاعدة العرفية هي قاعدة قانونية بكل خصائصها ومميزاتها، وعلى ذلك يقع على عاتق المحكمة تطبيقها من تلقاء نفسه حتى دون طلب من الخصوم أو دون علمهم بوجودها، ولكن اعتبار القاعدة العرفية قاعدة قانونية لا تسري عليها قاعدة أن القاضي يعرف القانون، فإذا ما أراد أحد الخصوم في نزاع ما أن يطلب تطبيق قاعدة عرفية يجهلها القاضي، يستطيع القاضي أن يطلب من الخصم إثبات وجود هذه القاعدة العرفية، ومبرر ذلك أن القاضي لا يمكن أن يعلم بالعرف كعلمه بالتشريع كون التشريع مكتوب وقابل لاطلاع الناس عليه، على خلاف العرف الذي هو غير مكتوب ولا يفترض علم جميع الناس به، وعلى ذلك ويستطيع المدعي إثبات العرف التجاري بجميع طرق الإثبات كآراء الخبراء أو شهادات غرف التجارة.[٢٣]

ولكن ثار الخلاف حول مدى رقابة محكمة التمييز على تطبيق العرف من قبل قاضي الموضوع؟

العرف باعتباره تشريع ومصدرا من مصادر القانون فانه يخضع حكم القاضي بشأن وجوده وبشان تطبيقه على السواء لرقابة محكمة التمييز لأنه ليس الا قاعدة قانونية فيكون لمحكمة التمييز باعتبارها محكمة رقابة على تطبيق القانون حق التثبت من وجوده او عدم وجوده ولا سيما حينما يكون وجوده محل منازعة فضلا عن التأكد من تطبيق قاضي الموضوع له حين يكون بمنأى عن الخلاف ولما كان العرف قواعد قانونية كالقاعدة التشريعية سواء بسواء فاذا كان لا خلاف على سلطة محكمة التمييز في التثبت من وجود التشريع التي يقضي به قضاة الموضوع فيجب ان يكون الحال كذلك بالنسبة للقواعد العرفية التي تشترك مع القواعد

[٢٢] عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح قانون التجارة، مصدر سابق، ص١٤٠

[٢٣] د. عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد (١٥)، العدد (٤)، اغسطس، ٢٠٠، ص١٣.

التشريعية في ان كونها قواعد قانونية ولا يغير من الامر شيئا ما قد يتطلبه العرف من البحث والتثبت عن وجوده من فحص دقيق لوقائع لا يتطلب مثله التثبت من وجود القاعدة التشريعية.[٢٤]

وتجدر الإشارة الى هناك من يذهب الى ان القول بان بسط محكمة التمييز لرقابتها على تطبيق قاضي الموضوع للعرف قد ينزلق بها لبسط رقابتها على الوقائع وكما هي معروف ان محكمة التمييز هي محكمة قانون لا محكمة وقائع لكن هنا يكون من واجب محكمة التمييز التحقق من الوقائع المكونة للقاعدة القانونية ومدى صحة تطبيقها وهذا يعد من صلب عمل محكمة التمييز.[٢٥]

وبناء على هذا الراي فان محكمة التمييز تملك مراقبة تطبيقه وتفسيره وقد أيدت المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي جعلت من أسباب الطعن بالتمييز مخالفة الحكم الصادر من المحكمة للقانون، ولم تذكر المادة التشريع لأن القانون يشمل النص التشريعي والقاعدة العرفية.

بينما يذهب رأي اخر إلى أن العرف التجاري لا يعد قانوناً مكتوباً، وبالتالي لا تملك محكمة التمييز الرقابة على تطبيقه لأن محكمة التمييز هي محكمة قانون تراقب مدى تطبيق المحاكم للقانون، ويضيف أصحاب هذا الرأي إلى أن فتح المجال أمام محكمة التمييز للتدخل ومراقبة تطبيق العرف سوف يؤدي إلى تثبيت العرف وتوحيده في كل أنحاء الدولة، مع أنه من الأفضل ترك العرف عرضة للتغيير وفق ظروف الزمان والمكان .[٢٦]

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه" بأن على من يدعي قيام العرف أو العادة اثبات وجودها واثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها ولما كان ذلك وكانت الطاعنة قد قصرت دفاعها على مجرد القول بوجود عرف أو عادة تجارية في قطاع المقاولات دون تقديم ما يؤيد ذلك، فلا على الحكم إن هو التفت عن هذا الدفاع العاري عن الدليل "[٢٧]

اما في فرنسا فمن المسلم به ان قضاء محكمة النقض الفرنسية استقر على ان مخالفة القاعدة العرفية لا يصلح اساسا للطعن بالنقض ذلك ان قضاء تلك المحكمة قد استقر على ان مدلول القانون قد اقتصر على القانون المكتوب فقط وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ان سلطة المحكمة في تطبيق العرف تنطبق على تطبيقها دون قيامها او تفسيرها على اساس ان ذلك من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع

---

[٢٤] عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح قانون التجارة، مصدر سابق، ص١٣٨

[٢٥] د. عبد الله الخشروم، مصدر سابق، ص١٥.

[٢٦] د. حامد فهمي، ومحمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، دون سنة دون تاريخ نشر، ص١٢٥.

[٢٧] طعن رقم ١٦٠ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/ ١/ ١٩٨٩.

ومنها التأكد من وجود العرف المثار من عدمه وكذلك لقاضي الموضوع السلطة في تقدير اثر العرف ومعناه اذ تقتصر سلطة المحكمة النقض على تطبيق العرف ذاته كما حدده معناه قاضي الموضوع لهذا تم نقض الحكم الذي رفض تطبيق العرف بعد ان اثبت قيامها على اسادس ان ذلك يشكل مخالفة للقانون الذي امر بان تؤخذ هذه العادة في الاعتبار.[٢٨]

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت العادات التجارية في مصاف القانون وذلك عند صدور قرارها بمناسبة خلاف ثار بين سيدتين حول طلب تعويض عن المنافسة غير المشروعة اذ جاء في قرارها بانه لا يوجد نص قانوني او اتفاقي او عادة تجارية حول الاحتفاظ بسجل الكتروني للعملاء عند انتهاء الرابطة العقدية بين الطرفين[٢٩]

فهنا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية مسألة البحث عن العرف التجاري وتطبيقه من اختصاص محكمة الموضوع اذ كان على المحكمة التي تنظر النزاع وتطبيق النصوص القانونية المناسبة عليه ان تبحث عن الاعراف التجارية التي تحكم النزاع عند خلو النص القانوني وتطبق النص الملائم عليه.

اما القضاء العراقي فقد تبنى الرأي القائل بان مسالة تطبيق العرف تخضع لرقابة محكمة التمييز حيث جاء لقرار لتلك المحكمة "كان على قاضي الموضوع التحقق عن العرف بواسطة الخبراء وتتلخص وقائع القضية بأن(ع) ادعى لدى محكمة صلح الأعظمية بأنه صرف بأمر من المدعى عليه مبلغا قدره مائة دينار على الأرض العائدة للمدعى عليه المذكور، ولامتناعه عن الدفع طلب الحكم عليه بالمبلغ المذكور، مع تحميله مصاريف المحاكمة والمحاماة، فأصدرت المحكمة المشار إليها حكم يقضي برد الدعوى، ولعدم قناعة المدعي طلب تدقيق الحكم تمييز، ولدى التدقيق والمداولة ظهر أن المحكمة ردت دعوى المدعي المميز على أساس أن صرف مبلغ يزيد على (١٠) دنانير لا يثبت بالبينة الشخصية، دون أن تلاحظ أن المادة (٨٠) من الأصول الحقوقية أجازت سماع البينة الشخصية لإثبات مثل هذه الأوامر، إذا كان العرف يجيز ذلك، فكان عليها قبل سماع البينة أن تتحقق عن العرف بواسطة الخبراء وبعد إثبات العرف تسمع البينة الشخصية لإثبات الامر، وبعد ذلك تقرر كشف المحل لتعيين ما هو منشأ هن قبل المميز وتقدر قيمته بواسطة الخبراء ، ثم تبت في القضية ، فوجدت محكمة التمييز أن ما قامت به محكمة الموضوع مخالف للقانون فقررت نقض الحكم المميز.[٣٠]

---

[٢٨] د. السيد احمد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٧١.

[٢٩] Cour de cassation, civile, Chambre commercial, ٨ Avril ٢٠١٤, ١٣-١١,٣٧٧, Inedita

[٣٠] القرار رقم (٢٠٢٥/ ص/ ٥٢) في ٢/٢/ ١٩٥٣، منشور في مجلة القضاء العدد الرابع، شهر مايس ١٩٥٣، ص١٢٥.

ومن كل يثار لدينا التساؤل حول مدى امكانية القاضي تفسير العرف التجاري عند تطبيقه لأحكام العرف على النزاع المعروض امامه؟

لما كان العرف كالتشريع من حيث الالزام فانه يفترض علم القاضي به ولا يكلف الخصم بأثباته وحتى يقرر القاضي وجود العرف فله ان يفسره ويطبقه الا انه يخضع في تقدير ووجوده وتفسيره لرقابة محكمة التمييز لإنه العرف هنا طبق على انه من قبيل القواعد القانونية وذلك ان القاضي عند تصديه لتطبيق العرف والعمل على تفسيره عندئذ يكون قد اكسبه قوة ملزمة وأصبح عرفا ثابتا ودائما .[٣١]

اما مسالة اثبات العرف التجاري امام القاضي فقد ذهب المشرع العراقي في المادة (٩/ ثانيا) من قانون الغرف التجارية رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٩ الى ان تحديد وجود العرف التجاري من عدمه يكون من اختصاص الغرف التجارية حيث نصت المادة المذكورة على" تحديد العرف والعادة السائدين في الشؤون التجارية ضمن المنطقة الجغرافية لاختصاصات الغرفة".

من كل ما تقدم نرى أن مسألة إخضاع العرف التجاري للإثبات وإن كانت تتنافى مع القواعد الراسخة في الإثبات، إلا إن ذلك لا يقدح في كونها قاعدة قانونية، ومسألة إثباتها عن طريق الخصم الذي يتمسك بها، انما يرجع لخصوصيتها باعتبار أنها غير مكتوبة، ومسالة إثباتها عن طريق من يدعيها ولا تعدو أن تكون محاولةً منه إلى توجيه القاضي إلى القاعدة التي تحقق مصلحته، فالخصم علبه أن يثبت أن هنالك مسلك متبع ومعتاد عليه بين التجار، وأنه يرقى إلى مرتبة العرف وذلك بإثبات الركنين المادي والمعنوي. ويظل القاضي هو المرجع في تقدير وجود العرف وفي تفسيره على ضوء الأدلة المقدمة من الخصم الذي يتمسك به، فإن توفر في السلوك أركان العرف اعتبر ما ينشأ عنه قاعدة عرفية وإلا فيطرحه، ولا شك في أن ذلك يجعل مهمتها في الوصول إلى الحكم الصحيح اسهل وايسر، ومع ذلك فليس للشهادات التي تصدرها الغرفة التجارية إلا حجة نسبية امام القضاء، فللمحاكم ان تهملها ويكون اثباتها للعرف من عدمه بالاستناد الى راي خبير او أكثر.

المطلب الثاني

تطبيق العرف التجاري على علاقة ذات عنصر أجنبي

على الرغم من ان القانون التجاري هو قانون مقنن الا ان الاعراف التجارية لها مكانة بارزة فيه لان قواعد القانون التجاري كانت في الاصل قواعد عرفية وعادات وتقاليد تم تعديلها ومن ثم تقنينها وبالتالي نجد ان العرف المصدر الثاني من مصادر القانون ويجب على القاضي اللجوء اليه لحل النزاع المعروض امامه، اذ كما هو معروف يجب على القاضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط اطراف النزاع ومن ثم تحديد

[٣١] مروان حميد هادي، مركز العرف في التجارة الدولية، دار هاتريك للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٢٣، ص٨١.

القانون الواجب التطبيق عليها، إذ عادة ما يحصل أن تتنازع القوانين على تحديد الوصف القانوني لعمل أو لشي ء أو لعقد معين. فمسألة تنازع الأوصاف محصورة بمعرفة أي وصف يجب على القاضي أن يطلقه على طبيعة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه.[٣٢]

فيعمل القاضي القانون على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض امامه، فهنا يجب قبل كل شيء هو قيامه بتكييف طبيعة موضوع هذا النزاع من خلال اعطاء الوصف القانوني الملائم له، وذلك تمهيدا لإسناده الى احكام القانون الواجب تطبيقه عليه وإدراجه ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، فالتكييف يتوقف على تعيين القانون المختص الذي يحكم النزاع، لأن المشرع يضع قاعدة إسناد خاصة لكل طائفة من المسائل القانونية، مثل الأحوال الشخصية، وشكل التصرف القانوني في العقود، والوصية، ونوع المال، فإذا ما أراد القاضي تطبيق قواعد الإسناد في القانون الوطني وتسخيرها في تعيين القانون المختص، يتعين عليه أن يعرف أولا ما إذا كانت العلاقة القانونية المختلف بشأنها هي من مسائل الأحوال الشخصية او متعلقة بالأموال المنقولة أو غير المنقولة. فإذا ثبت له مثلا ان هذا النزاع متعلق بشكل التصرف القانوني يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه القانون بلد إبرامه، وإذا اتضح له أن النزاع متعلق بالأهلية يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيها القانون الجنسية، وإذا ثبت له أن النزاع متعلق بالعقار يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه القانون موقع العقار[٣٣]، فعلى سبيل المثال نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه."

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة، إن أعلن عنها في العقد، أو بإرادتهما الضمنية، التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال كاتفاقهما مثلا على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول، فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود إرادة معلنة تحدد القانون الواجب المختص، يدل على أن ارادة طرفي العلاقة قد انصرفت إلى تحديد تطبيق قانون الدولة التي أعطى الاختصاص لمحاكمه.[٣٤]

من كل تقدم يثار لدينا تساؤل حول امكانية تطبيق العرف التجاري على علاقة تجارية ذات عنصر أجنبي؟

---

[٣٢] د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد، بيروت، ١٩٦١، ص٤٧.

[٣٣] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص١١٥.

[٣٤] د. زانا اسماعيل عزيز، والاء محمود شاكر، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون، جامعة كركوك، العدد (٤٦) المجلد (١٢)، ٢٠٢٣، ص٣٣٩

بلا شك ان الامر هنا يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي تحدده قواعد الإسناد الوطني، وقد يكون هذا القانون الواجب التطبيق قانون أجنبي، وبالتالي يتعين على القاضي الذي ينظر النزاع أن يطبق هذا القانون الاجنبي ومما يزيد تعقيد النزاع إذا لم يجد القاضي نص يحكم النزاع ووجد هذا القانون نصا يحيل الامر إلى العرف، فهل يمكن للقاضي ان يطبق العرف المطبق في دولة اخرى؟

لا شك أن العرف الذي يعبر عن قاعدة قانونية يكون واجب التطبيق كالقانون تماما، وبالتالي مادام أن قاعدة الإسناد الوطنية قد حددت القانون الأجنبي الذي يحكم النزاع، فإن القاضي يطبق هذا القانون حتى لو كان بصورة قاعدة عرفية، وفي بعض الاحيان يكون العرف الذي يبحث عنه القاضي مجرد عامل من عوامل التفسير العقد التي سمح المشرع للقاضي الاستعانة بها لتفسير ارادة المتعاقدين ؛ أي أن العرف لا يوصف هنا بأنه قانون ، فالعرف هنا يختلف عن القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة التجارية فهنا ان المشرع ينظر إلى العرف بوصفه عامل تفسير ومسألة واقع لا مسألة قانون.[٣٥]

يمكن القول من جميع ما سبق ان الاعراف التجارية بوصفها عنصر من عناصر القانون الذي يتم احالة اليه قاعدة الاسناد والذي يتم الفصل في النزاع على اساسه، ولكن عادة ما يتم تطبيق العرف التجاري على النزاع يأتي بشكل تبعي او بصورة تكميلية وذلك لكون الاولوية تعطى للقانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على العلاقة القائمة بينهم، ولكن بصورة عامة ان العرف التجاري لا يمكن تطبيقه الا بما يتعارض مع القانون الذي اتفق عليه الاطراف او الذي احالت عليه قاعدة الاسناد الوطنية أي انه يجب عند تطبيق القانون الذي يحكم النزاع مراعاة الاعراف التجارية السائدة التي تحكم النزاع، أي انه باعتبار ان التشريع يمثل ارادة المشرع الا انه يمكن اعتبار العرف يمثل الارادة الضمنية للمشرع .

[٣٥] د. حسن محمد الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، بغداد، ١٩٨٨، ص٢١١ .

الخاتمة

وبعد ان انتهينا من جميع مباحث ومطالب هذا البحث خلصنا الى خاتمة تمثلت في عدد من الاستنتاجات والاقتراحات تمثلت في الاتي: -

اولا: الاستنتاجات

١- العرف التجاري هو كل عادة أو سلوك تواتر التجار على اتباعه فيما يتعلق بأعمالهم التجارية مع شعورهم بإلزاميته وأن مخالفته يترتب عليها جزاء قانوني، أي أن هذه الأعراف حتى يعتد بها فيما بين التجار وجب أن تكون عادة مستمرة ومتكررة الحدوث مع انتشار فكرة وجوب إتباع هذه العادة، حتى تترسخ بين التجار وتصبح عرفا تجاريا، كما أن هذا العرف التجاري يجب ألا يكون منصوصا عليه ضمن التشريعات المكتوبة، وإلا اعتبر نصا قانونيا تجاريا وليس عرفا.

١-العرف التجاري هو أحد مصادر الاحكام في معظم الشرائع، وتكمن تلك الاهمية في كونه المصدر الثاني للقانون التجاري بعد التشريع التجاري وذلك ان كثير من النصوص القانونية التجارية المكتوبة قد نشأت قبل تقنينها كأعراف

٢-قد احتفظت العرف على الرغم من عدم تدوينه بدور مهم في نواح متعددة لم يتناولها القانون التجاري بأحكام خاصة او تطورت بتطور التجارة فأصبحت خارجة عن نصوصه ذلك لعجز القانون وتأخره عن مواكبة حاجات التجارة المتجددة بدون انقطاع ولا يزال كثير من المسائل التجارية تحكمها الاعراف التجارية كالبيوع البحرية مثالا.

٣-لا خلاف في ان العرف التجاري لا يطبق الا إذا لم يكن متعارضا مع شروط العقد التجاري بين الطرفين او احكام النصوص ذات الصفة الالزامية وذلك لان قواعد العرف التجاري بطبيعتها هي قواعد مكملة وغير ملزمة للمتعاقدين اذ بالإمكان مخالفتها في اتفاقاتهم على غرار مخالفة احكام القانون المكملة او المفسرة

٤-على الرغم من كون التشريع المصدر الرسمي للقانون ومع ذلك نجده عاجزا عن الاحاطة بجميع تفاصيل الحياة سواء تعلق الامر بالمعاملات المدنية او التجارية وتلعب القواعد العرفية في المسائل التجارية دورا مهما في تفسير ارادة الاطراف.

٥- الاعراف التجارية بوصفها عنصر من عناصر القانون الذي يتم احالة اليه قاعدة الاسناد والذي يتم الفصل في النزاع على اساسه، ولكن عادة ما يتم تطبيق العرف التجاري على النزاع يأتي بشكل تبعي او بصورة تكميلية وذلك لكون الاولوية تعطى للقانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على العلاقة القائمة

بينهم، ولكن بصورة عامة ان العرف التجاري لا يمكن تطبيقه الا بما يتعارض مع القانون الذي اتفق عليه الاطراف او الذي احالة عليه قاعدة الاسناد الوطنية.

٦-يظل القاضي هو المرجع في تقدير وجود العرف وفي تفسيره على ضوء الأدلة المقدمة من الخصم الذي يتمسك به، فإن توفر في السلوك أركان العرف اعتبر ما ينشأ عنه قاعدة عرفية وإلا فيطرحه، ولا شك في أن ذلك يجعل مهمتها في الوصول إلى الحكم الصحيح اسهل وايسر، ومع ذلك فليس للشهادات التي تصدرها الغرفة التجارية إلا حجة نسبية امام القضاء، فللمحاكم ان تهملها ويكون اثباتها للعرف من عدمه بالاستناد الى راي خبير او أكثر

ثانيا: الاقتراحات

١-نقترح تعديل الفقرة الثانية المادة الرابعة من القانون التجاري لتصيح بالشكل الاتي " في حالة خلو نص القانون التجاري يصار الى تطبيق الأعراف التجارية السائدة وفي كل الأحوال يسري القانون المدني على المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او أي قانون اخر ولا يوجد عرف سائد"

٢-نقترح تضمين قانون الغرف التجارية رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٩ كذا نصا يوجب على الغرف التجارية تدوين الأعراف التجارية المحلية وذلك حفاظا على مكانة العرف التجاري وعدم ترك الامر على اجتهادات العاملين في تلك الغرف.

-٣لابد وان أن يبين المشرع صراحةً ان مسألة إثبات القاعدة العرفية وتحديد مضمونها يقع على القاضي في المقام الأول، وله الاستعانة بالخبرة وأن إثباتها عن طريق الخصم الذي يدعيها أمر جوازي وليس وجوبي كمساعدة للقاضي في إثباتها.

المصادر

اولا: الكتب

١-ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد، بيروت، ١٩٦١.
٢-باسم محمد صالح، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٥.
٣-ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
٤- حامد فهمي، ومحمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، دون سنة دون تاريخ نشر.
٥- حسن محمد الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، بغداد، ١٩٨٨، ص٢١١.
٦-خالد عبد القادر محمود عيد، المضئء في القانون التجاري السعودي، مكتبة طريق العلم، السعودية ٢٠١٣.
٧- عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، ٢٠١٥.
٨-عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح قانون التجارة، ج١، ط١، مؤسسة نادي القضاة، ٢٠١٠.
٩-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
١٠-عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، ١٩٨٨.
١١-محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمار، ١٩٨٥.
١٢-مروان حميد هادي، مركز العرف في التجارة الدولية، دار هاتريك للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٢٣..
١٣-مصطفى كمال طه، مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٩.
١٤-نوري طالباني، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٧٩، بغداد.

ثانيا: البحوث والمقالات

١. د. احمد محمد قادر، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية والتامين عنها من المنظور القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١٥)، المجلد (١)، العدد (١٥)، ٢٠١٥.
٢. ايهاب حسن محمد، دور العرف في التجريم، بحث منشور في المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (١٠)، ٢٠١٨.
٣. عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد (١٥)، العدد (٤)، اغسطس، ٢٠٠٠.
٤. رغد فوزي عبد الطائي، أشكالية تطبيق العرف التجاري، بحث منشور في مجلة الغري للعلوم الاقتصادية. تصدر عن كلية الادارة والاقتصاد، جامعة الكوفة، المجلد (٤)، العدد (١٣)، ايلول، ٢٠٠٩.
٥. رندة مصطفى حسن سليمان، العرف التجاري واشكالية تطبيقه وفقا للنظام السعودي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشراف، الدقهلية، العدد (٢٥)، الاصدار الثاني، ج٣، ٢٠٢٢.

٦. ٦زانا اسماعيل عزيز، والاء محمود شاكر، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون، جامعة كركوك، العدد (٤٦) المجلد (١٢)، ٢٠٢٣.
٧. عارف بن صالح العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة القضاء، تصدر عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد السادس، ٢٠١٦.
٨. علي البارودي، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء في احترامه وتطويره، محاضرة ألقيت في نقابة المحامين ومنشورة في مجلة النقابة، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، عام ١٩٨٧.

ثالثا: القوانين

١-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢-قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٣-قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.
٤- قانون الغرف التجارية رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٩.

رابعا: قرارات المحاكم العربية

١-طعن رقم ١٦٠ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/ ١/ ١٩٨٩.
٢-القرار رقم (٢٠٢٥/ ص/ ٥٢) في ٢/٢/ ١٩٥٣.

خامسا: قرارات المحاكم الاجنبية

١- Cour de cassation, civile, Chambre commercial, ٨ Avril ٢٠١٤, ١٣-١١,٣٧٧, Inedita