مصادر القاعدة القانونية لقانون التجارة العراقي

Sources Of The Legal Basis For Iraqi Trade Law

م. م. أبو ذر عادل محي علوان

M. M. Abu Dhar Adel Mohi Alwan

المقدمة

يتكون أي مجتمع من مجموعة افراد، تربطهم روابط سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وفي سبيل تنظيم حقوقهم وواجباتهم، لا بد ان يكون هناك من نظام يضمن الحفاظ على هذه الحقوق ويسعى الى استقرارها وتنميتها، وهذا النظام يتمثل بالدين والقانون والعرف والاخلاق والعادات، الا ان اكثرها استقرارا للحقوق واضمنها تطبيقاً هو القانون ، الذي تسنه السلطتان التشريعية، لما يتمتع به من استشعار لحاجات المجتمع، ولوجود قوة تكفل تنفيذه بصورة فعلية، وهو بهذا المعنى يشكل عصب نظام الدولة وبوصلة طاقاتها الاقتصادية والبشرية، لذلك ينبغي ان يتفاعل القانون مع حركة المجتمع، ليكون نابعاً من تطلع المجتمع واليه، محققاً العدالة فيه، دون اي تمييز في اعطاء الحقوق أو تقييد الحريات.

أهمية البحث:

تكمن اهمية البحث في معرفة ماهي القاعدة القانونية للتجارة العراقية .

الهدف من البحث:

وهو معرفة الباحث وتوضيح القارئ عن القاعدة القانونية للتجارة والمعرفة العرف التجاري واركانه وقوة الزامه.

خطة البحث:

يتكون البحث من ثلاث مباحث الاول ، المبحث الاول يتكون من تعريف القانون التجاري والقاعدة القانونية، والاسباب التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري و نطاق القانون التجاري.

والمبحث الثاني يتكون من مصادر تشريع القانون التجاري ، والتقنين المدني و التقنين التجاري.

اما المبحث الثالث فيتكون من توضيح العرف التجاري وتمييزه عن الاتفاقية واركان العرف التجاري، و قوة إلزام العرف التجاري.

* * *

المبحث الاول

المطلب الاول : تعريف القانون التجاري والقاعدة القانونية

القانون التجاري: يقال عن القانون التجاري أنه قانون استثنائي (Droit d exception) رغم أنه تابع للقانون المدني الذي يعد الشريعة العامة له.(١)

حاول الفقه، من جيل رواد المدرسة التحليلية، وضع تعريف للعمل التجاري و للقانون التجاري مقترحا جملة من الضوابط يتم على ضوئها تعريف هذا القانون، لكن كل هذه المقترحات الفقهية لم تسلم من النقد مما صعب الوصول الى تعريف مضبوط للقانون التجاري.(٢)

تعريف القانون التجاري و ظروف ظهوره كون التجارة تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية، كان لابد من وضع نظام قانوني ينظم هذا المجال. هذا ما أدى إلى ظهور القانون التجاري كوليد البيئة التجارية و كرد للمتطلبات الاقتصادية. بعد ان نتعرض الى التعريف الذي استقر عليه الفقه لإعطائه لهذا القانون (فرع أول)، نستعرض التطورات التاريخية التي رافقت ظهور هذا القانون (فرع ثاني).(٣)

وظهر القانون التجاري للوجود كقانون مستقل عن القانون المدني الذي كان شريعته العامة، تحت ضغط الحاجة الاقتصادية و الضرورة العملية التي استلزمت إخضاع فئة معينة من المعاملات (الأعمال التجارية) و فئة معينة من الأشخاص (التجار) لنظام قانوني خاص يتفق مع مقتضيات التجارة و مطالبها.

إستقر الفقه على تعريف القانون التجاري بأنه: "فرع من فروع القانون الخاص يشمل على مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم طائفة معينة من الأشخاص وهم التجار وطائفة معينة من الأعمال وهي الأعمال التجارية".(٤)

---

(١) المقصود بذلك ان القانون المدني يشمل الأحكام القانونية القابلة للتطبيق ، مبدئيا على كافة التصرفات القانونية، لذلك يقال أن القانون الخاص ينقسم إلى قسمين أساسين و هما القانون المدني في القانون التجاري. أنظر فرحة زراري صالح، الكامل في القانون التجاري، ديوان مطبوعات الجامعة ، الجزائر ،١٩٩٥ ص٢، حلي أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية و التاجر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢ ، ص١٧.

(٢) بن زارع رابح، مبادئ القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية- نظرية التاجر)، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة (الجزائر) ،٢٠١٤، ص١٠.

(٣) مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، ٢٠١٢، ص٥.

(٤) مصطفى كمال طه، مصدر سابق ، ص٥.

هناك تعريفات اخرى للقانون التجاري منها ما يعبر عن اتجاه خاص بصاحبها كتعريف ريبر Ripert الذي يعتبر القانون التجاري بأنه : "القانون الذي ينظم العمليات القانونية التي يقوم بها التجار فيما بينهم أو بينهم و بين عملائهم" و منها ما هو صحيح في جملته لكن ينقصه بعض التحديد و الضبط كما هو عليه الحال بالنسبة للتعريف الذي أعطاه الأستاذين لافارد Lagarde و حامل Hamel و الذي يعتبر القانون التجاري بأنه قانون للأعمال".[١]

تعريف القاعدة القانونية :

أن وجود المجتمع هو ضرورة حياتية، لان الانسان لا يستطيع العيش بمفرده، بمعزل عن المجتمع، وهذا التواجد سيكون روابط اجتماعية بين افراده، مما ينبغي وجود قواعد تتكفل تنظيمها، وهذه القواعد هي القانون أو ما تعرف بالقواعد القانونية.[٢]

وتعرف القاعدة القانونية بمعناه العام، بأنها تلك التي تنظم السلوك العام والملزمة للإفراد في المجتمع، والتي تنظم العلاقات والروابط، وتناط كفالة احترامها من خلال الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالفها.[٣]

أو انها مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل الحريات للأفراد وتحقيق الخير العام.[٤]

ويراد منها بالمعنى الخاص، بأنها مجموعة القواعد القانونية التي تشرعها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم امر معين، كقانون الاستملاك وقانون المرور وقانون ضريبة الدخل، وهي بهذا تتفق مع مفردة التشريع.

واذا اردنا تحديد اي من القواعد التشريعية المقصودة بالبحث على وجه الدقة، فنقصد بها تلك القواعد القانونية التي ترتب حقوقاً أو امتيازات أو مراكز قانونية مالية أو معنوية للأفراد. وكما هو معلوم تتميز القاعدة القانونية بعدة سمات، بأن تكون صادرة من السلطة المختصة بالتشريع، بالإضافة الى ذلك يجب ان تكون هذه القاعدة القانونية متمتعة بصفة العمومية والتجريد والإلزام، وتهدف الى تنظيم

---

(١) العكيلي عزيز، القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان (الأردن)، ١٩٩٥، ص٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، ود. احمد حشمت ابو السيت، أصول القانون ، د . ن، القاهرة ،١٩٥٠، ص١٧.

(٣) محمد حسين منصور ،مدخل إلى قانون القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية، ،د. ن ،٢٠١٠ ،ص٧.

(٤) د. صاحب عبد الفتلاوي ،السهل في شرح القانون المدني ،مدخل دراسة علم القانون، دار وائل للنشر ،عمان ،الاردن ، ٢٠٠٠، ط١ ، ج١ ، ص١٤.

سلوك الأفراد، وان تنصب هذه القاعدة في صيغة مكتوبة وان تفترن بجزاء لمخالفتها.(١)

٤- ويقصد بعمومية القاعدة القانونية انطباقها على جميع الافراد الذين توجه اليهم دون أن تشرع لشخص بذاته، اي انها توجه للأفراد بصفاتهم لا بأسمائهم وشخوصهم، أما التجريد فيعني ان القاعدة القانونية عند وضعها لا يرتبط تطبيقها بشخص معين أو واقعة معينة، بل انها تطبق على جميع الاشخاص والوقائع التي تنطبق شروطها فيهم، وتبقى تتمتع بالاطراد بتطبيقها على الحالات المستقبلية بعد تشريعها.(٢)

ويقصد بتنظيم سلوك الافراد، اي ان القاعدة القانونية تهتم بضبط افعال الافراد الظاهرة، من خلال تكليف ارادتهم بالسلوك الواجب اتباعه، سواء كان بالأمر أو النهي عن امر معين، أو التخيير بينهما، عندما تكون هناك جماعة من البشر في مجتمع منظم، تحكمه سلطة عليا تعمل على فرض القانون واحترام تطبيقه، بقصد منع تعارض حقوق الافراد فيما بينهم، مدركة للبيئة الاجتماعية عند إصدارها.(٣)

والأمر الأخير والمهم ان تقترن القاعدة القانونية بجزاء يفرض من قبل السلطة المختصة على مخالفتها، لضمان التزام الافراد بها، لأن عدم التزام الافراد بها تكون حالة محتملة، مما يستدعي وضع جزاء قسري يضمن الامتثال لها.(٤)

وتأتي أهمية وخطورة القاعدة القانونية في المجتمع، كونها تخلق الحقوق أو تنظمها او تقيدها، فعلى سبيل المثال اعتبر المشرع العراقي القانون احد مصادر الالتزام ، والذي يمثل للدائن حق يكتسبه من القانون مباشرة. * نصت المادة ٢٤٥ من القانون العراقي المدني (الالتزامات تنشأ مباشرة من قانون وحده تسوى عليها النصوص القانونية التي انشأها).

المطلب الثاني: الخصائص التي تبرر وجود قانون خاص بالنشاط التجاري.

يتميز القانون التجاري بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن القانون المدني ويمكن تلخيص هذه الخصائص بما يأتي :

أولا/ التضامن بين التجار : من الناحية القضائية مثلا تاجر دائن لثلاثة تجار آخرين علما انهم مشتركين في الدين فالقانون التجاري يفترض التضامن بين التجار وهذا يعني أن التاجر الدائن بإمكانه متابعة

(١) عبد الباقي البكري، المدخل إلى دراسة القانون ،شركة العاتك ، القاهرة ، د.ت ، ص٢١.
(٢) عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت ابو السيت ، مصدر سابق ،ص ١٤.
(٣) محمد حسين منصور ، مصدر سابق، ص
(٤) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٤٥.

احد التجار المدينين قضائيا لاسترداد أمواله منه بدلا من متابعة الثلاثة.

ثانيا/ السرعة في المعاملات التجارية : تتصف المعاملات التجارية بالسرعة في ابرامها وانجازها وتنفيذها ، فالبطئ يقتل التجارة ، إن الصفقات التجارية يتم التفاوض عليها وابرامها بالسرعة المقتضية، بهدف تحقيق اكبر قدر من الربح وتجنب الخسائر التي تنجم عن التباطؤ ،كما ان التجارة التي تقوم على الثقة المتبادلة بين اطراف المعاملات التجارية ،تهيئ الجو لإبرام المعاملات بالسرعة المطلوبة.

ثالثا/ الائتمان بين التجار : التجارة مبنية على الاقتراض بحيث لا يقبض تاجر الجملة الثمن حتى يبيع تاجر مع ضرورة منح ضمانات مثالها الأوراق التجارية التي لها ضمانات قانونية في أجل الاستحقاق، ففي حالة عدم استيفاء الثمن في الأجل نسلك اجراءات أخرى وليس الإجراءات العادية وهذا في الدول التي فيها اجراءات تجارية تختلف عن الإجراءات المدنية ،كما توجد المحكمة التجارية، في حالة وجود محاكم تجارية، هي التي تختص بالفصل في المنازعات التجارية.[1]

رابعا/ الثقة : فالثقة تسود بين التجار، فتاجر الجملة الذي يتعامل معه التاجر المفرد الذي يتعامل معه ودائما ويوفي له اثمان السلع والبضائع التي يشتريها يمكن للتاجر المفرد ان يطلب السلعة عن طريق رسالة أو فاكس ولا يحتاج الى مراجعته شخصيا او الاتصال به شخصيا لتزويده بالسلع او البضائع التي يحتاجها.[2]

- نصت المادة الثالثة في قانون التجارة العراقي رقم ثلاثين عام ١٩٨٤ (التجارة نشاط اقتصادي يقوم على اساس الثقة والامانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضا للمسؤولية المدنية والجزائية) .

وبذلك فأن النشاط التجاري يختلف عن النشاط التجاري، وقد قيلت معايير عديدة في الفقه القانوني كما ان القضاء توصل الى معايير للتمييز بين النشاطين ، وهذه المعايير هي:

١- المضاربة :كأن يقوم شخص بيع داره لآخر ففي هذه الحالة هذا البيع عمل مدني، لأنه ليس فيها مضاربة وليس فيه نية تحقيق الربح ، اما في العمل التجاري مثاله : كمن اشترى دارا بنية بيعها، فمن يشتري بنية البيع يستهدف تحقيق الربح .

٢- الوساطة في التداول : تعد اعمال الطباعة والنشر من الأعمال التجارية ، فيقوم الناشر بشراء حق الطبع والنشر وحقوق التوزيع من المؤلف ، وبعد انتهاء الطبع يتم ايصال المطبوع الى الموزع الذي يبيع للمكتبي بالجملة ومن ثم يتم البيع للمكتبات الصغرى فتصل للمستهلك ، فالمنتوج الذي وصل هنا

(١) فوزي سامي ، شرح القانون التجاري ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣ ، الجزء الاول ، ص٩٧.
(٢) فوزي سامي ،مصدر سابق ، ص٩٧.

للمستهلك مر بعدة مراحل إذن هنا وساطة في التداول وكل حلقة حققت ربحا لوسيطه ، أما في الأعمال المدنية فلا توجد بها وساطة في التداول فالأعمال المدنية أعمال مباشرة كما في حالة الفلاح الذي يبيع منتوجه مباشرة للمستهلك ، فهذا عمل مدني بالنسبة للطرفين.(١)

٣- مزاولة النشاط من خلال المقاولة او المشروع : هي تنظيم تتوفر على رأس مال وعلى موارد بشرية وعلى معدات نشاط تجاري واليات ، النشاط الذي يمارس من خلال هذه المقاولة هو التاجر وهناك قاعدة معروفة في الفقه وهي " أن الفرع يتبع الأصل في الحكم " تلك الأعمال المدنية التي قام بها لخدمة أغراضه في التجارة ستنقلب من صفتها كأعمال مدنية إلى أعمال تجارية بالتبعية لأنها رصدة لخدمة نشاط أصلي تجاري ،مثال شخص يملك مزرعة، الجرار رصده لخدمة المزرعة فالجرار استنادا للقاعدة المعروفة في الفقه الفرع يتبع الأصل، فقد أصبح عقارا بالتخصيص يطبق عليه حكم العقار إذا تم الحجز على المزرعة فلا يمكن للفلاح أن يبيع الجرار، فالجرار تابع لتلك الأرض .(٢)

٤- أنشطة تجارية شكلية : هي أعمال لا تكسب الشخص صفة تاجر وليست مهن تحتمل، اعتبرها المشرع تجاريا بالنظر الى شكلها ، بحيث بمجرد ما تتوفر فيه شروطها الشكلية التي يتطلبها القانون إلا و اعتبرت تجارية بصرف النظر عن القائم بها . تاجرا كان أو غير تاجر، ولو لم تتوفر فيها مقومات العمل التجاري من مضاربة أو وساطة في التداول .(٣)

واهتمت قوانين التجارة بالتاجر أهمية واضحة، حيث فصلت هذه القوانين تعريف التاجر والتزاماته، ويشترط لكي يكتسب الشخص صفة تاجر توفر شروط أساسية هي :(٤)

١- أن يزاول الشخص النشاط التجاري الأصلي بطبيعته على سبيل الاحتراف أو الاعتياد : والنشاط التجاري الأصلي بطبيعته هو النشاط الذي نص عليه القانون ، وتتوفر فيه عناصر ومقومات العمل التجاري، حيث تقوم على المضاربة لتحقيق الربح ، تكون فيها الوساطة في التداول ومعظمها يزاول من خلال المقاولة ، وهي تعد تجاريا بغض النظر عن صفة القائم بها، كذلك هذه الأنشطة يتعين أن تزاول على سبيل الاحتراف أي أن يتخذها الشخص مصدر كسبه الأساسي، وأيضا إذا زاولها الشخص على سبيل الاعتياد أي تكرار وقوع العمل من وقت لأخر.

---

(١) عدنان احمد الفريداوي ،مفهوم التجارة في ظل القانون ، التجارة العراقية ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون المقارن ،بغداد ، العدد٢١ ، عام ١٩٨٩ ،ص ٢٩٥ .

(٢) فوزي سامي ،مصدر سابق ، ص٩٧.

(٣) عدنان احمد الفريداوي ،مصدر سابق ، ص ٢٩٥.

(٤) عادل علي المقدادي ، القانون التجاري ، عمان ، دار الثقافة للنشر ، ٢٠١٣ ، ص٣١.

٢- أن تتم مزاولة النشاط التجاري للحساب الخاص : ويقصد به أن التاجر هنا يجب يكون مستقلا عن غيره في مباشرة العمل التجاري ، فالاستقلالية تشكل شرطا أساسيا في إضفاء الصفة التجارية على الشخص المزاول للعمل التجاري، فالأجير أو الوكيل الذي يشتغل في محل تجاري أو شركة تجارية لا يعتبر تاجرا، لأنه يقوم بهذا العمل لحساب شخص أخر هو صاحب العمل أو المالك.

٣- يجب أن يكون القائم بمزاولة النشاط التجاري متمتعا بالأهلية التجارية : حتى يكون محترف التجارة أهلا لاكتساب صفة تاجر، فإنه يجب أن يكون متوفرا على الأهلية القانونية ، أي راشدا بالغا ١٨ سنة شمسية كاملة ، وألا يكون قد أصابه عارض من عوارض الأهلية كالمجنون والعتب والسفه، باستثناء حالة القاصر البالغ ١٥ سنة المأذون له بإدارة أمواله، يجوز له أن يكتسب صفة تاجر. نصت المادة الثامنة من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ عام ١٩٨٤ (يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالأهلية وان يكون عراقي الجنسية ويجوز لغير العراقي ان يمارس العمل التجاري وفق لمتطلبات خطة التنمية).

٤- يخضع التاجر لمات التجار التي تتصف بالشدة كنظام الإفلاس والتفاليس والتصفية القضائية إذا توقف عن أداء ديونه.

هـ- الا يكون ممنوعا قانونا من ممارسة العمل التجار، كالموظف الحكومي والقضاة واعضاء الادعاء العام ورجال الجيش والشرطة، كما قد يكون المنع لارتكاب الشخص أفعال إجرامية تمس الثقة والائتمان أو أتى أفعال تخل بشرف التجارة كالسرقة و النصب والاحتيال وإعطاء شك بدون رصيد .[1]

المطلب الثالث : نطاق القانون التجاري.

لما كان القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم البيئة التجارية من تجار واعمال تجارية ، فانه بهذا المعنى يضم القواعد التي تتلائم وطبيعة وظروف النشاط التجاري ويستقل بها عن قانون المعاملات المدنية الذي يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص.

ولهذا فمن الضروري تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون التجاري وذلك حتى:

١- تتضح الحدود الفاصلة بين قواعده وقواعد القانون المدني

٢- معرفة مجال تطبيق القانون التجاري ، اي هل ان القانون التجاري ينطبق على التجار فقط ، أم هو القانون الذي يحكم الاعمال التجارية.

وبناء على ذلك فان نطاق القانون التجاري يعني مجال تطبيق احكام القانون التجاري ، أي تحديد الأعمال (الانشطة) والاشخاص الذين يخضعون لإحكامه. ولكن كيف يمكن تحديد نطاق القانون

(١) عادل علي المقدادي ،مصدر سابق، ص٣١.

التجاري؟ بهذا الصدد وضع الفقه نظريتين متميزتين لتحديد نطاق القانون التجاري هما:-

اولا: النظرية الشخصية (الذاتية): ترى هذه النظرية ان القانون التجاري هو قانون الاشخاص الذين يحترفون النشاط التجاري اي التجار . فالتاجر هو أساس القانون التجاري ومجال تطبيقه. وعليه فان القانون التجاري لا يطبق على غير التاجر.

ثانيا: النظرية الموضوعية (المادية) :- وبموجب هذه النظرية ان نطاق تطبيق احكام القانون التجاري تحدد بالعمل التجاري بغض النظر عن صفة الشخص الذي يمارس العمل التجاري سواء كان تاجرا ام لا. فالقانون التجاري حسب هذه النظرية هو قانون العمل التجاري.(١)

موقف المشرع العراقي:

الظاهر من احكام قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ، ان المشرع العرافي قد اعتمد النظرية الموضوعية (المادية) صراحة. اذ تقرر الفقرة الأولى من المادة الأولى، أن قانون التجارة يقوم على:

"اولا / تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص......" وتنص المادة الرابعة من خلال فقرتها الأولى على انه: "يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص".

وعليه فان قانون التجارة العراقي هو قانون الاعمال التجارية ، اي قانونا موضوعيا اساسه العمل التجاري. ومع ذلك فان المشرع لم يهمل الجانب الشخصي (النظرية الشخصية) حيث وضع مفهوما للتاجر (المادة السابعة) ثم حدد واجباته المهنية ونظمها قانونا.

* * *

(١) اكثم امين الخولي ، القانون التجاري، دار النهضة، مصر ، القاهرة ،١٩٦٤،ص ٤٥.

المبحث الثاني

المطلب الاول : مصادر القانون التجاري والتشريع.

مصادر القانون التجاري :

يعتبر قانون الخطة الاقتصادية في الدول ذات النهج الاشتراكي : المطلق حيث لا يكون للقطاع الخاص أي دور في النشاط الاقتصادي ، المصدر الاساس للحقوق والالتزامات كافة فهو قانون فوق القوانين ومصدرا أولا لها.(١)

بيد ان الامر يختلف فيما إذا كان للقطاع الخاص دورا معينا في النشاط التجاري والاقتصادي اذ يصار هنا إلى توجيه هذا القطاع بما يتلائم وأسس التخطيط ، سواء على صعيد فرض الالتزامات الايجابية بإسباغ الصفة الامرة على أحكام العقود والالتزامات انطلاقا من مفهوم العقد الموجه أو الزام الافراد بأبرام عقود معينة حيث ينشأ ما اصطلح على تسميته بالعقد المفروض وعلى هذا فأنه من الضروري عند النظر في موضوع تحديد مصادر أحكام المعاملات التجارية التمييز بين حالة وجود قانون تجاري وضعي وحالة عدم وجود مثل هذا القانون وبصورة عامة ، فان مصادر القانون التجاري الوضعي لا تخرج عن التشريع والعرف ويضيف البعض الى هذه المصادر كلا من الفقه والقضاء.(٢)

بيد ان كلا من الفقه والقضاء ليسا في الواقع الا مصادر تفسير و تقدير فقط لإحكام القانون اذ ان مهمة القضاء تنصب على تطبيق القانون وتفسيره على تحي يتفق مع أما وظيفة الفقه فهي استخلاص المبادئ العامة مـن القواعد التشريعية وتقييم الحلول التفصيلية التي يقدمها المشرع أو القضاء وتبيان مواضع النقص أو الخلل فيها ان القضاء أو الفقه قد يلجئان أحيانا أمام عدم كفاية النصر الى وضع قواعد قانونية جديدة من خلال التفسير.(٣)

غير أن لا الفقه أو القضاء يمكنهما الادعاء بايب صورة كانت بأن هذه القواعد من وضعهما، بل يحيلان استنباط مثل تلك القواعد الى تفسير النص التشريعي القائم . من جانب آخر فان القواعد المستنبطة لا تلزم القضاء أو الفقه بالأخذ بها ، فلكل منهما الاخذ بها أو غض النظر عنها والاخذ بقواعد اخرى غيرها اذا

---

(١) اكثم الخولي ،دروس في القانون التجاري ، د. ن ، ١٩٦٨ ، ص٢٧.

(٢) القانون التجاري العراقي ، رقم ٣٠ ، سنة ١٩٨٤ ، لم يأخذ بالعرف كمصدر للقانون التجاري حسب نص المادة الرابعة من هذا القانون (اولا يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص ، ثانيا يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص اخر).

(3) Hamel et Lagarde:op. Cit, P. 40. No.31 J. Escarra: Cours De droit commercial. 1986 pp. 25. 61 No. 20, 45 ets.

كانت أكثر ملائمة مع النص التشريعي القائم ، وعلى هذا فان القضاء أو الفقه ليس بمصدرين منشئين للقاعدة القانونية ، بل مصادر تفسيرية مكملة فقط.(١)

التشريع:

ويضم التشريع التقنين التجاري والتقنين المدني.(٢)

التقنين التجاري: ويقصد به مجمل النصوص والقواعد الواردة في متن القانون التجاري نصوص القوانين المكملة له أو الملحقة به وان صدرت بصورة وكذلك منفردة أي على شكل قوانين مستقلة . يضاف الى ذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة والقرارات واللوائح التنظيمية الصادرة لتنفيذ القوانين التجارية أو التي تنظم جانبا من جوانب النشاط التجاري.(٣)

التقنين المدني : وهو المجموعة المدنية التي تضم القواعد العامة المنظمة لنشاط الافراد دون تمييز، ويتم الرجوع الي هذه القواعد في كل الاحوال التي لم يرد فيها نص خاص في المجموعة التجارية. ويشير قانون التجارة ذاته الى ذلك صراحة في نص المادة الرابعة الفقرة الثانية منه بقوله : يسري القانون المدني علي جميع المسائل التي لم يرد شانها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر، " على أنه يجب أن لا يكون هناك تعارض بين النصوص المدنية والتجارية ، فاذا حصل تعارض فالعبرة بالنص التجاري اذ لا محل لتطبيق النصر المدني وهو القاعدة العامة عند وجود نص تجاري وهو القاعدة الخاصة .

المطلب الثاني : تدرج مصادر القانون التجاري.

تدرج مصادر القانون التجاري:(٤)

تنص المادة الرابعة من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ و بفقرتين، على أنه :

«أولا : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاضع . ثانيا : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر ، . والملاحظ أن حكم هذا النص يختلف بشكل كبير عن حكم نص المادة الثانية من

(١) علي حسن يونس ، القانون التجاري ، د.م. ن ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٣٤.

(٢) باسم محمد صالح ،القانون التجاري ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٧، ج١ ، ص١٩.

(٣) بيان رقم ٣ الصادر عن وزارة التجارة والخاص بوكلاء المنشأت التسويقية في تجارة الجملة والمفرد الصادر في تاريخ ١٩٨٣/١٢/٢٤.

(٤) باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص٢٢-٢٥.

قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.[1]

ثالثا : الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية، وهذا يعني صراحة بأن التشريع هو المصدر الرئيسي للقانون وان على القضاء الرجوع عند نشوب نزاع ما الى أحكام القانون التجاري أولا ومن ثم الى أحكام القانون المدني. بيد ان السؤال الذي قد يطرح هو : ما الحكم اذا لم نجد نصا يسكن تطبيقه في المجموعتين التجارية والمدنية ؟ هل بأمكان القضاء الرجوع مثلا الى قواعد التطبيق العملي أو لأحكام الاتفاق الخاص المبرم بين أطراف العلاقة القانونية ؟ قد يتصور البعض بأن الجواب يجب ان يكون بالنفي طالما ان المشرع لم يتعرض لهذه المصادر، او لإمكانية الرجوع اليها لكن مثل هذه الرؤيا قد تؤدي في الواقع الى نتائج خطيرة تتمثل بتعليق حسم المنازعات وعدم ايجاد الحلول اللازمة لها ، وهو أمر لا يجيزه المشرع ولا تقره قواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون.

وقد أشرنا في الفقرة السابقة لإمكانية الرجوع لإحكام التطبيق العملي استنادا الى القواعد القانونية العامة ويؤخذ بنفس الحكم واستنادا على مبادئ القانون العامة أيضا بخصوص الاتفاق الخاص عليه فمن الجائز والحالة هذه اذن اللجوء الي قواعد التطبيق العملي وأحكام الاتفاقات الخاصة فيما إذا انعدم النص التشريعي في المجموعة التجارية والمجموعة المدنية . فلا تعارض كما نرى وحسب ما يبدو، بين ما ورد في نص المادة الرابعة من قانون التجارة وبين جواز الرجوع لقواعد التطبيق العملي والاتفاق الخاص، بشرط ان لا تخالف هذه القواعد نصا تشريعيا أو تتنافى مع أهداف القانون : من هنا فأنه يمكن ترتيب مصادر قانون التجارة كما يلي :

اولا : التشريع التجاري سواء كانت قواعده أمرة أو مفسرة.

١- المثل على قواعد التشريع التجاري الامرة ضرورة ذكر لفظ « حوالة تجارية ، أو الاسفنجة» مكتوبا على متن الورقة وباللغة التي كتبت بها الورقة م٤ ف١ من قانون التجارة - كذلك ضرورة ان لا يقل عدد الشركاء المساهمين عن خمسة أشخاص . م ٦ ف ا من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ،أما القواعد المفسرة فمثالها : أن يتم شحن الشيء في نقل الاشياء على وسائط النقل الاعتيادية ما لم يتفق على

(١) تضمنت المادة الثانية من قانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ كلا من العرف والاتفاق الخاص كمصادر صريحة لقانون التجارة اذ نصت هذه المادة على ما يلي :

١- تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين ، فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري.

٢- ويرجع العرف الخاص أو المحلي على العرف العام اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

٣- لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري اذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة »

خلاف ذلك – م ٢٩ ف ٢ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

ثانيا : القواعد الامرة في المجموعة المدنية. [١]

ثالثا: قواعد القانون المدني المفسرة والمنظمة.[٢]

رابعا : قواعد التطبيق العملي.

خامسا : قواعد الاتفاقات الخاصة .[٣]

* * *

(١) مثال القواعد الأمرة في المجموعة المدنية عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يزيد على ٧٪ م١٧٢ ف١ ، مدني .

(٢) مثال على القواعد المفسرة في المجموعة المدنية أن دفع العربون يعتبر دليلا على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك – م ٩٢ مدني.

(٣) مثال على قواعد التطبيق العملي من أن لأطراف العلاقة القانونية الحث في البيوع الدولية بالاتفاق على سريان قواعد تقتضيها متطلبات التعامل الدولي . م ٢٩٥ من قانون التجارة .

المبحث الثالث

المطلب الاول : العرف التجاري وتمييزه عن الاتفاقية

تعريف العرف التجاري :

يعد العرف مصدر من مصادر القانون التجاري ولم يورد القانون التجاري القواعد القانونية التي يرجع إليها القاضي في حل النزاعات القضائية المعروضة فقد اقتصرت (م٤) منه على ذكر القواعد القانونية التجارية وقواعد القانون المدني الآمرة والمفسرة والتي نصت على انه:-

أولا: يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص.

ثانيا: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر.

حيث لم يحدد القانون التجاري إمكانية الرجوع إلى قواعد التطبيق العملي عند انتفاء النص في القانون التجاري بل الرجوع في هذه الحالة إلى قواعد القانون المدني الآنفة الذكر.[١]

لكن في الرجوع إلى القانون المدني نجد فيها إشارات عديدة إلى ضرورة الاعتماد على العرف التجاري في حالة عدم النص في القانونين التجاري والمدني على حل للمنازعات الجارية بدليل المواد الآتية الواردة في القانون المدني النافذ.[٢]

فقد أشارت المادة الأولى منه إلى انه فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت بمقتضى العرف. فالمادة ١٦٣ :

١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

والمادة ١٦٤ :

١- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة.

٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها .

---

(١) باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ،ج١ ، ص٢٠.

(٢) د. عباس العبودي ،شرح احكام القانون الاثبات المدني ، دار الثقافة للنشر ،عمان ،٢٠٠٥ ،ط١ ، ص٣٢.

والمادة ١٦٥: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر وكذلك ما ورد من إشارة إلى العرف ضمن بنود المادة ١٣١ من القانون المدني التي تنص على :

١-يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف أو العادة .....) .

وكذلك نص المادة ١٧٤ والخاصة بتحديد سعر الفائدة حيث تنص هذه المادة على انه لا(يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فـ أية ي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية.) لذلك عد العرف مصدرا احتياطيا من مصادر القانون يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع .[1]

والحكم نجده نفسه في القانون الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ والخاص بتحديد سعر الفائدة الدائنة والمدينة في معاملات البنوك حيث تقضي المادة ٤ منه على عد م جواز تقاضي فوائد مركبة إلا إذا كانت ناجمة عن حساب جار بين التجار كما إن القضاء اخذ بهذا الاستثناء في الحالات المشابهة باعتبار إن العرف المصرفي يشكل جزءا جوهريا من العرف التجاري الذي هو بدوره مصدر من مصادر القانون التجاري.

والعرف التجاري هو مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة التي استقر العمل بها بين طائفة معينة من الناس (وهم 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.[2]

وفي الحقيقة أن العرف التجاري يبدأ كعادة يستقر العمل بها بين التجار لتصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى زمن على شيوع هذه العادة وثباتها تولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها إلى دائرة العرف وهذا ما سنجده واضحا ونجن بصدد التمييز بين العادة الاتفاقية والعرف .

تمييز العرف عن العادة الاتفاقية:

إن العادة الاتفاقية التجارية تختلف عن العرف التجاري في إنها لا تكتسب قوتها الإلزامية إلا من إرادة الطرفين ،فهي تنشا من تكرار إدراجها في العقود والاتفاقات وهي لا ترقى إلى درجة العرف الملزم بل تستمد قوتها من إرادة الطرفين التمسك بها ، وبالتالي فهي في مرتبة النصوص المفسرة أو المكملة ، وهي بذلك مرحلة أولى نحو تكوين العرف قبل أن يصل إلى مرحلة الالتزام باتفاق الطرفين

(١) د. عباس العبودي , مصدر سابق ، ص٣٢.

(٢) عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ١٩٩٩ ،ص ٤٧. جمال الدين عوض ،القانون البحري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ،ص٧٨.

اتفاقا صريحا أم ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد والتعامل السابق ، فهي تعتبر جزء من العقد الذي تم بين الطرفين ولذا درج على تسميتها بالعادة الاتفاقية فهي مهما كانت لا تعتبر ملزمة إلا بين أطراف العقد والتي باتت معروفة من قبلهم إما باقي التجار فلا يلزموا بها لأنه لا يمكن للشخص أن يلزم بشي دون علمه ،لذا يستلزم إثبات وجود العادة واثبات انضمام ذوي الشأن إليها ولا شك في هذا الانضمام إذا أحال إليها العقد ،إما إذا كان الانضمام ضمنيا فان القضاء يشدد في إقرار وجوده. ومن ثم فان الخصوم مكلفين بإثباتها ولهم مطلق الحرية في هذا الإثبات باعتبارها عادة تجارية وللقاضي مطلق السلطة في وجود العادة لان هذا من قبيل تفسير العقود والاتفاقيات وهي مسائل واقع يستقل فيها القاضي دون رقابة عليه من محكمة التمي ومثال العادة الاتفاقية إن المشتري إذا وجد نقصا أو عيبا في المبيع فان الأصل إن يفسخ عقد البيع إلا انه كتاجر يستمر في إبرام الصفقة وله الحق بالمطالبة بإنقاص الثمن.[1]

المطلب الثاني : اركان العرف التجاري.

أما بالنسبة إلى أركان العرف التجاري فبشكل عام تعتبر أركان العرف المعروفة في نطاق الحياة المدنية منطبقة على العرف التجاري إلا بعض الفقرات الخاصة بالقانون التجاري، بما يمتاز به هذا القانون من صفات وخصائص بحكمه لطائفة معينة معاملاتها من نوع خاص وأركان العرف التجاري هي الركن المادي والركن المعنوي .

أولا: الركن المادي: ويعني نشوء عادة قانونية وهذا الركن يتطلب توافر الشروط الآتية:[2]

١- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين التجار وقيامها في دائرة معاملاتهم .

٢- عموم وشمولية العادة فيجب أن تشمل التجار بمجملهم فلا تقتصر على طائفة معينة منهم وتكون عامة بالنسبة للموطن التجاري الذي ظهرت فيه وبالنسبة إلى نوع النشاط الذي يمارسه التاجر.

٣- مرور زمن طويل على نشوء العادة واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويخضع تقدير قدم عمر العادة إلى قاضي الموضوع وبحسب طبيعة المعاملات التي تنشا بها هذه العادة.

٤- إتباع العادة بصورة معتادة ومستمرة من قبل التجار فتنتشر في الوسط التجاري باستقرار وانتظام بحيث لا تعتمد لفترة ثم ينتفي وجودها.

---

(١) عبد القادر العطير ، مصدر سابق ، ص٣١.

(٢) جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٨٠.

٥- علم الوسط التجاري ككل بموضوع العادة واستقرارها.[(١)]

٦- ينبغي من حيث الأصل أن لا تعارض العادة قاعدة قانونية آمرة إلا إن القاعدة العرفية محلية أم مهنية قد تبدو أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ المشرع النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض ،ومثال ذلك ما أشارت أليه المادة (٣٢) من قانون النقل النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣عندما نصت على : (يلتزم الناقل بتوصيل الشي في الميعاد المتفق عليه و إلا ففي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل). وهذا يعني أن التأخير الحاصل يحسب بالاعتماد على ميعاد معقول وهذا الميعاد يقدر على أساس العرف وما جرت به العادة بالنسبة إلى نوع الرحلة والبضاعة وموضوع العقد.

٧-واخيرا ينبغي أن لا تخالف العادة النظام العام أو الآداب العامة وفي الحقيقة هذا الشرط يرتبط بما سبقه آذ من غير الممكن القول باستقرار عادة مخالفة للنظام أو الآداب سواء كانت محلية أم مهنية.[(٢)]

ثانيا: الركن المعنوي: أما الركن الثاني للعرف فهو الركن المعنوي وهو يعني توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما يصطلح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة وهو ما يميز العادة الاتفاقية عن العرف باعتبار هذه العادة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها .وهذا الشعور بالإلزام هو شرط جوهري لتكوين العرف ،فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة ،فانه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية ملزمة للأفراد وواجبة الاحترام شانها في ذلك شان القاعدة التشريعية والعادة طالما ظلت مفتقرة إلى الركن المعنوي ولم يقم في أذهان الناس الاعتقاد بلزومها ،فإنها تبقى عامة غير ملزمة ،ولا ترقى إلى مرتبة العرف الملزم الذي له قوة القانون .

ولكن متى تحقق في العادة عنصر الإلزام فإنها تستكمل ركنها المعنوي وتتحول إلى عرف مثال ذلك ما تقرر في كثير من الأقطار من لزوم إضافة نسبة مئوية من النقود إلى قائمة ثمن الطعام أو أجور الفنادق وهو ما يسمى ب (الخدمة) فقد كان دفع هذه النسبة عادة في أول الأمر تقدم بموجبها هدية اختيارية لخدم الفنادق والمطاعم وبمرور الزمن اكتسبت هذه العادة عنصر الإلزام فتحولت إلى عرف قانوني لا مجال للتخلص منه على إن هناك نوع من العادات لا يتصور إطلاقا استكمال الركن المعنوي فيها ولا يمكن أن تتحول إلى عرف ملزم له قوة القانون مهما طال الزمن على استعمالها كتبادل الهدايا في المناسبات السارة فهي من قبيل المجاملات الاجتماعية البحتة ولا صلة لها بالقواعد القانونية . ومن أمثلة العرف افتراض التضامن بين المدينين عند تعددهم في المعاملات التجارية بحيث يجوز

(١) جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٨٠.

(٢) د.مجيد العنبكي ، قانون النقل ، دار الحكمة ، بغداد ،١٩٨٤ ، ص٤١.

للدائن اقتضاء كامل الدين من أي واحد من المدينين خلافا للحال في المعاملات المدنية حيث التضامن لا يفترض ، ويلزم أن يكون بناء على اتفاق أو بموجب نص القانون . ومن الأمثلة على العادة الاتفاقية تسديد بدل إيجار المنازل شهريا في مناطق معينة وتسديده فصليا أو نصف سنوي أو سنوي في مناطق أخرى ،فإذا لم يتضمن عقد الإيجار ما يشير إلى طريقة الدفع ولم ينص القانون على طريقة معينة فان المحكمة تحكم وفقا للعادات السائدة في المنطقة التي يقع فيها المأجور.[١]

المطلب الثالث : قوة الزام العرف التجاري.

هناك عوامل تجتمع جميعها لتكون أساسا لقوة العرف وثباته فموافقة المشرع التي يعززها قضاء المحاكم بسبب الضرورة الاجتماعية الملحة لوجوده بسبب اقتناع المجتمع به تتضافر معا لتقرر قوة ملزمة للعرف نحن بصدد مقارنتها بالقاعدة القانونية (التشريع).[٢]

أولا :عند تعارض العرف مع قاعدة قانونية

بينا إن العرف له أهمية خاصة تأتي بالمرتبة الثانية بعد التشريع كما تقدم لنا من خلال البحث إن العرف يطبق بعد النصوص الآمرة في القانون المدني ،أي قبل القواعد المفسرة الواردة في القانون المدني بل وجدنا إن القواعد القانونية تشير إلى وجوب اعتبار المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فهو ينزل بمنزلة الاتفاق (العقد) فيما بين التجار ووجوب احترام أرادة المتعاقدين توجب تطبيق هذا الاتفاق بشروطه ما لم تخالف هذه الشروط نظاما عاما.[٣]

أما في القانون البحري فانه يطبق أحيانا قبل نص القانون فأعراف الميناء يجب مراعاتها وهذا ما أشارت إليه محكمة بداءة البصرة في حكمها الذي أصدرته بالاعتماد على العرف البحري السائد وإهمالها النص القانوني.[٤]

حيث أهملت هذه المحكمة نص قانون التنفيذ لتطبق ما هو مستقر من عرف في ميناء البصرة متفقا مع ما جاء في نصوص قانون التجارة العثماني.[٥]

---

(١) د.مجيد العنبكي ، مصدر سابق ،ص ٤٣.

(٢) جاد الله عبد الحفيظ عوض ، الشروط التجارية الدولية ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، ١٩٩٦ ،ص٦٦.

(٣) عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، بغداد ، ١٩٧٧ ،ط٣ ،ج٢ ، ص١٥٠.

(٤) د.مجيد العنبكي ، قانون التنفيذ وقانون التجارة البحرية العثماني ، بحث منشور في شركة التأمين الوطنية ، ص٣ .

(٥) نعيم كاظم جبر ، الامتيازات البحرية المقررة على السفينة ، رسالة ماجستير ، كلية النهرين ، ٢٠٠١ ، ص٩٨.

ويمكن للتجار أن يستبعدوا العرف بنص صريح أو يتنازلوا عنه أمام القاضي كما يجوز للقاضي أن يستنتج من الظروف إن التجار لم يتعاملوا على أساسه أو لم يعولوا عليه ،وهذا في الحقيقة صريح نص (م ٤) من القانون التجاري الأردني .

ويرى جانب إن العرف المخالف لنص قانوني من نصوص القانون الإلزامية أي لقاعدة قانونية آمرة لا عبرة له ويستوي في ذلك القانون التجاري والقانون المدني ،أي أن العرف لا يمكن أن يخالف نصا آمرا سواء أكان هذا النص تجاريا أم مدنيا ،حيث يرى هذا الجانب الفقهي إن العرف المخالف لقاعدة تشريعية آمرة لا يمكن أن يكون ملزما لسبب بسيط هو إن الأعمال التي يتكون منها هذا العرف تكون غير مشروعة وبالتالي باطلة فمصير مثل هذا العرف كمصير التصرفات القانونية المخالفة للنظام العام والآداب.[١]

ثانيا: إثبات العرف

الأصل إن على القاضي العلم بالقانون وتطبيقه على الواقع من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم سواء أكان القانون مستمدا من التشريع أو من العرف أو من أي مصدر آخر. وعدم تكليف الخصم بأي إثبات في هذا الخصوص والإثبات هنا يتناول تطبيق مسائل قانونية لا يستقل القاضي بتقديرها و إنما يخضع لرقابة محكمة التمييز .فإذا رفع المشتري على البائع دعوى تسليم الشيء المبيع ، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع وهذه مسالة موضوعية يقرها القاضي أو ينفيها بحسب ما يتوافر لديه من الأدلة ، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضي وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية التي تفرض على البائع الالتزام بتسليم الشي المبيع ،وهذه القاعدة لا يكلف الخصم بإثباتها ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة التمييز

وتطبيقا لذلك ، فانه لما كان العرف قانونا ،فان الخصم لا يكلف بإثباته لأن القاضي ملزم العلم به ومن ثم تطبيقه تلقائيا على ما ثبت لديه من وقائع لا فرق بين قاعدة عرفية وقاعدة تشريعية أو قاعدة مستمدة من أي مصدر آخر. فالقاضي إذن هو الذي يتحرى ويثبت وجود العرف كما يفعل بالنسبة للقاعدة التشريعية أو أي قاعدة مستمدة من أي مصدر آخر .وهناك من يميز من الفقهاء بين وجود العرف وبين تطبيقه مقررا إن وجود العرف أو قيامه يترك أمره للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون معقب عليه من طرف محكمة التمييز .أما تطبيق العرف بعد أن يثبت قيامه ووجوده ،فلا يترك لسلطة قاضي الموضوع وإنما يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز. ويلاحظ إن محل الإثبات هو

---

(١) عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، د.ن ، د.م ، ١٩٧٠ ، ج٢ ،ص٤٥٦.

وجود قاعدة قانونية جرى بها عرف معين ولذلك لا يجوز التعويل فيه على الإقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت عن طريقهما .وإنما يجوز إثبات العرف عن طريق السوابق القضائية أو عن طريق شهادة أشخاص ذوي خبرة بما يجري عليه العمل في نوع العلاقات المدعى نشوء العرف بشأنها.[1]

* * *

(١) سليمان مرقس ،موجز المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص٣٢٢.

المصادر والمراجع

١- المقصود بذلك ان القانون المدني يشمل الأحكام القانونية القابلة للتطبيق ، مبدئيا على كافة التصرفات القانونية، لذلك يقال أن القانون الخاص ينقسم إلى قسمين أساسين و هما القانون المدني في القانون التجاري. أنظر فرحة زراري صالح، الكامل في القانون التجاري، ديوان مطبوعات الجامعة، الجزائر ،١٩٩٥ ص٢، حلي أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية و التاجر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢ ، ص١٧.

٢- بن زارع رابح، مبادئ القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية- نظرية التاجر)، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة (الجزائر) ،٢٠١٤، ص١٠.

٣- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، ٢٠١٢، ص٥.

- مصطفى كمال طه، مصدر سابق ، ص٥.

٢- العكيلي عزيز، القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان (الأردن)، ١٩٩٥، ص٨ .

- عبد الرزاق السنهوري ، ود. احمد حشمت ابو السيت، أصول القانون ، د . ن، القاهرة ،١٩٥٠، ص١٧.

٢- محمد حسين منصور ،مدخل إلى قانون القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية، ،د. ن، ٢٠١٠، ص٧.

٣- د. صاحب عبد الفتلاوي ،السهل في شرح القانون المدني ،مدخل دراسة علم القانون، دار وائل للنشر ،عمان ،الاردن ، ٢٠٠٠، ط١ ، ج١ ، ص١٤.

٤- عبد الباقي البكري، المدخل إلى دراسة القانون ،شركة العاتك ، القاهرة ، د.ت ، ص٢١

عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت ابو السيت ، مصدر سابق ،ص ١٤.

٢- محمد حسين منصور ، مصدر سابق، ص ١٥

٣- عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٤٥.

١- فوزي سامي ، شرح القانون التجاري ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣ ، الجزء الاول ، ص٩٧.

١- فوزي سامي ،مصدر سابق ، ص٩٧.

٢- عدنان احمد الفريداوي ،مفهوم التجارة في ظل القانون ، التجارة العراقية ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون المقارن ،بغداد ، العدد٢١ ، عام ١٩٨٩ ،ص ٢٩٥ .

١- فوزي سامي ،مصدر سابق ، ص٩٧.

٢- عدنان احمد الفريداوي ،مصدر سابق ، ص ٢٩٥.

٣- عادل علي المقدادي ، القانون التجاري ، عمان ، دار الثقافة للنشر ، ٢٠١٣ ، ص٣١.

مدير علي هليل ، مبادئ القانون التجاري ،دار الثقافة ،عمان ، ٢٠١٢ ، ص٤٦.

١- عادل علي المقدادي ،مصدر سابق، ص٣١.

١- اكثم امين الخولي ، القانون التجاري، دار النهضة، مصر ، القاهرة ،١٩٦٤،ص ٤٥.

- اكثم الخولي ،دروس في القانون التجاري ، د. ن ، ١٩٦٨ ، ص٢٧.

٢- القانون التجاري العراقي ، رقم ٣٠ ، سنة ١٩٨٤ ، لم يأخذ بالعرف كمصدر للقانون التجاري حسب نص المادة الرابعة من هذا القانون (اولا يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص ، ثانيا يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص اخر).

3- Hamel et Lagarde:op. Cit, P. 40. No.31 J. Escarra: Cours

De droit commercial. 1986 pp. 25. 61 No. 20, 45 ets.

١- علي حسن يونس ، القانون التجاري ، د.م. ن ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٣٤.

٢- باسم محمد صالح ،القانون التجاري ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٧، ج١ ، ص١٩.

٣- بيان رقم ٣ الصادر عن وزارة التجارة والخاص بوكلاء المنشأت التسويقية في تجارة الجملة والمفرد الصادر في تاريخ ١٢/٢٤/ ١٩٨٣.

١- بيان رقم ٤ الصادر من وزارة التجارة المتعلق بأصحاب المعمل والمنتجين الصادر في تاريخ ٢٤/ ١٢/ ١٩٨٣.

١- باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص٢٢-٢٥.

٢- تضمنت المادة الثانية من قانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ كلا من العرف والاتفاق الخاص كمصادر صريحة لقانون التجارة اذ نصت هذه المادة على ما يلي : « ١- تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين ، فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري ٢- ويرجع العرف الخاص أو المحلي على العرف العام اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني ٣-لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري اذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة »

١- المثل على قواعد التشريع التجاري الامرة ضرورة ذكر لفظ «حوالة تجارية ، أو الاسفنجة» مكتوبا على متن الورقة وباللغة التي كتبت بها الورقة م٤ ف١ من قانون التجارة - كذلك ضرورة ان لا يقل عدد الشركاء المساهمين عن خمسة أشخاص . م ٦ ف ا من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ ،أما القواعد

المفسرة فمثالها : أن يتم شحن الشيء في نقل الاشياء على وسائط النقل الاعتيادية ما لم يتفق على خلاف ذلك - م ٢٩ ف ٢ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

١- مثال القواعد الأمرة في المجموعة المدنية عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يزيد على ٧٪ م١٧٢ ف١ ، مدني .

٢- مثال على القواعد المفسرة في المجموعة المدنية أن دفع العربون يعتبر دليلا على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك - م ٩٢ مدني.

٣- مثال على قواعد التطبيق العملي من أن لأطراف العلاقة القانونية الحث في البيوع الدولية بالاتفاق على سريان قواعد تقتضيها متطلبات التعامل الدولي . م ٢٩٥ من قانون التجارة ٠

١- باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ،ج١ ، ص٢٠.

٢- د. عباس العبودي ،شرح احكام القانون الاثبات المدني ، دار الثقافة للنشر ،عمان ،٢٠٠٥ ،ط١ ، ص٣٢.

١- د. عباس العبودي , مصدر سابق ، ص٣٢.

١- عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر ، عمان، ١٩٩٩، ص ٤٧. جمال الدين عوض ،القانون البحري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ،ص٧٨.

١- عبد القادر العطير ، مصدر سابق ، ص٣١.

١- جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٨٠.

١- جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص٨٠.

٢- د.مجيد العنبكي ، قانون النقل ، دار الحكمة ، بغداد ،١٩٨٤ ، ص٤١.

١- د.مجيد العنبكي ، مصدر سابق ،ص ٤٣.

١- جاد الله عبد الحفيظ عوض ، الشروط التجارية الدولية ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، ١٩٩٦ ،ص٦٦.

٢- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، بغداد ، ١٩٧٧ ،ط٣ ،ج٢ ، ص١٥٠.

٣- د.مجيد العنبكي ، قانون التنفيذ وقانون التجارة البحرية العثماني ، بحث منشور في شركة التأمين الوطنية ، ص٣ .

١- نعيم كاظم جبر ، الامتيازات البحرية المقررة على السفينة ، رسالة ماجستير ، كلية النهرين ، ٢٠٠١، ص٩٨.

٢- عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، د.ن ، د.م ، ١٩٧٠ ، ج٢ ،ص٤٥٦.

١- سليمان مرقس ،موجز المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص٣٢٢.