



عدد خاص ببحوث المؤتمر الدولي العلمي الاول بين كلية الحقوق جامعة الموصل وكلية القانون جامعة الكوفة

مبدأ الالتزام بالعرف في عقود التجارة الدولية

الكلمات الافتتاحية :

القانون التجاري، العقود التجارية، القانون الدولي الخاص

Abstract

Small enterprises have many advantages that large enterprises lack. Small enterprises have found great acceptance in Arab and Islamic countries, especially by financing them through traditional and Islamic banks as a main financing source that helps in promoting development and overcoming financial crises in this regard.

Basically, in the face of the financial crises that plague such projects, banks possess many different investment and financing capabilities due to the availability of large cash liquidity and the existence of appropriate financial formulas. Here, it is necessary to identify the sources of bank financing for these small projects and indicate their images and effectiveness, with the presence of support bodies such as companies as well and especially In Iraq, the Central Bank took the initiative to issue Instructions No. 3 of 2010 regarding the organization of work for small and medium enterprises financing companies.

م.م. حسنين علي هادي



نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون
والعلوم السياسية -الجامعة
الاسلامية.

م.م. ساره كاظم راهي



نبذة عن الباحث :
تدريسية في / كلية الحلة
الجامعة -قسم القانون.

الملخص

ان قضاء التحكيم يمنع سلطة للعادات المتبعة في الاوساط المهنية ويساعد على تحديد مضمونها وخلق عادات جديدة عن طريق تكرار حلول التحكيم التجاري الدولي لمشاكل العقود الدولية يصبح القانون الموضوعي للتجارة عبر الحدود . فقانون السوابق الذي يتبلور فيه القواعد الملزمة لتلك المشاكل والعادات التجارية هي قواعد من طبيعة تعاونية . فهي غالباً ما تكون خاصة بكل مهنة او كل فرع من فروع التجارة الدولية . فهناك العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير والصوف وتجارة الجلود . والعادات الخاصة بتحصيل الاوراق التجارية والعادات السائدة في الاوساط المصرفية . ومهما يكن من امر تعداد العادات ذات نشأة التلقائية فان المحكم الدولي يجد نفسه مضطراً الى حل النزاع على ضوء قواعد خلق عادات واعراف التجارة الدولية . لذلك سوف نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مطالب نذكر في الاول منها مفهوم العرف والعادة وذلك في فرعين نتناول في الاول تعريف العرف وفي الثاني شروطه اما المطلب الثاني نتناول فيه مصادر العرف والعادة في التجارة الدولية ونختم بحثنا الموسوم بمطلب ثالث نذكر فيه القيمة القانونية للعرف والعادة والحالات التي يكون للمحكم ان يطبق فيها عادات واعراف التجارة الدولية

المقدمة

مفهوم العرف والعادة

القانون لا يمكنه الانطباق والاحاطه بكل ما يتم بين الافراد من معاملات مقدمة وانما يشمل ما سماه المشرع من عقود منظمه . وفي غير هذه يمكن اللجوء الى العرف والعادة بالنسبة للعقود غير المسماة . لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول تعريف العرف ونعرج في الثاني على شروطه .

الفرع الاول

تعريف العرف والعادة

لفظ العرف بالمعنى الذي تعرفه التشريعات الوطنية هو تواتر العمل بقاعدة معينة في شأن مسألة معينة تواتر عليه الاعتقاد بضرورة اتباع هذه القاعدة وهو يقضي تكرار العمل بهذه القاعدة وتواتره بحيث تصبح قاعدة مستقرة من دون حاجة الى الزامية من قبل السلطات العامة () .

وهو بهذا المعنى يقوم على ركنين هما ركن مادي الذي من تواتر العمل بقاعدة معينة في مسألة معينة والآخر ركن معنوي هو توافر عنصر الالتزام في تلك القاعدة () .

اما العادة هي ما استقر عليه التعامل بين الطرفين . بحيث لم تعد الحاجة قائمة الى النص عليه في كل صفقه قادمة . فلو استقر التعامل على تعبئه المدر الغلال بأوعية من نوع خاص وحجومات معينة فيعد هذا التعامل عادة صارت بين الطرفين وملزمه لهما من دون الحاجة الى النص عليها في كل صفقه وقد اكدت اتفاقية الامم المتحدة على هذا

المبدأ حيث نصت " يحتل العرف من الاهمية في التجارة الدولية حتى صار التزام التجار به مفترضا لا حاجة الى النص عليه في العقد وجعلت هذه الاتفاقية العرف المنصوص عليه في العقد قاعدة ملزمة واعتبرت العرف غير المنصوص عليه في العقد هو ما اجهت الادارة الى الالتزام به في حالة خلو العقد .

وكذلك اتفاقية فينا وروتدام اكدت على هذا المبدأ . اما على المستوى الوطني نجد ان المشرع العراقي قد اشار الى الاعراف التجارية واسبغ عليها القوة التي تمكن الاطراف بها حتى ولو لم ينص عليها في العقود المعروفة في البيئة التجارية . حيث نصت المادة (١٦٣) (المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعين بالعرف كالتعين بالنص ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، والممتنع عادة كالممتنع حقيقه () .

الفرع الثاني

شروط العرف والعادة

ان اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع تلزم الاطراف بالعرف عندما ينص عليه العقد كما يكون العرف ملزما ولو لم ينص عليه العقد اذا توافرت الشروط الاتية :

١- علم الطرفين بوجود هذا العرف : ويفترض هذا العلم اذا كان العرف من الذبوع والثبات بحيث لا ينبغي لتاجر سوى الادراك ويشتغل في نوع التجارة التي يتعلق بها العرف يجهل وجوده .

٢- ذبوع العرف على نطاق واسع في محيط التجارة الدولية .

٣- تواتر تطبيق العرف بصورة منتظمة على العقود والمماثلة التي تبرم بشأن نوع التجارة () .

٤- تعلق العرف او العادات بالعلاقات القانونية القائمة في التجارة الدولية .

٥- عدم مخالفة العرف او العادة للنظام العام والاداب العامة .

٦- قدم العادة أي مضي زمن على نشوئها واطراد العمل بها بما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ اثرها () .

وقد اكدت المادة (٣٨) من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية الدائمة بان العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال () .

المطلب الثاني

مصادر عادات واعراف التجارة الدولية

تتعدد مصادر هذه القواعد بتعدد واختلاف مجالات التجارة الدولية وهي عديدة ولعل اهم مصادر قواعد عادات واعراف التجارة الدولية لذلك سنتناول هذه المصادر في ثلاثة فروع :

الفرع الاول

الشروط العامة للعقود النموذجية او ذات الشكل النموذجي

ان هذه العقود في شروطها العامة لا ترتبط بقانون دولة او دول معينه . بل ان اطراف هذه العقود انما يهدفون من ورائها الى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية لعدم ملائمتها لضرورات التجارة الدولية . كما انه من الملاحظ ان هذه القواعد التي تحكم العقود . لا تستمد من تشريعات دولة ما ولا من معاهدات دولية وانما تستمد من نصوص العقد ذاته . وربما كانت العقود النموذجية التي تولدت عن التجارة وبيع الحبوب والتي صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تأسست سنة ١٨٧٧ من اوائل العقود ذات الشكل النموذجي ولقد اتسع العمل بهذه العقود في مجالات شتى () .

ان الشروط العامة للعقود النموذجية ليس لها صفة الالتزام ولا تسري احكامها الا اذا اتفق الاطراف صراحة وكتابة على الاخذ بها . ثم ان للاطراف ادخال بعض التعديلات على بعض احكامها . حيث يترك للاطراف امر ما من عدة . كما انه بشكل عام تكون العقود اختيارية ولا تسري على أي معاملة الا اذا وقع الطرفان عليها كجزء من عقدهما () .

الفرع الثاني

القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية

بالرغم من وجود الكثير من العادات واعراف التجارة الدولية غير المقننة في مجالات البيع الدولي والتي درج المتعاملون على اتباعها . الا انه كثيراً ما نشب النزاع بسبب تفسير تلك العادات والاعراف التجارية ومن هنا سعت غرفة التجارة الدولية على وضع تفسيرات موحدة للمصطلحات التجارية التي اعتاد جمهور المتعاملين على اتباعها بشكل مطرد وانتهت غرفة التجارة الدولية من وضع التفسيرات الموحدة للمصطلحات التجارية سنة ١٩٤٦ غير انه اعيد صياغة تلك التفسيرات سنة ١٩٥٣ وادخلت طائفة جديدة من القواعد التي تبين انها متبعة في العمل وتضم تلك المجموعة تفسيراً موحداً لعدة مصطلحات () .

وبالرغم من النجاح الكبير الذي حظيت به هذه التفسيرات والاشارة اليها كثيراً في عقود المنشأة التجارية والجماعات المهنية . وادراج اللجنة الاقتصادية الاوربية في بعض عقودها النموذجية تلك التفسيرات حتى اعطاها البعض صيغة العقود المكملة والمفسرة . غير ان تلك التفسيرات ليس لها أي صفة الزامية ويتعين على المتعاقدين الاشارة اليها اذا ما رغبوا في اتباعها فهي مجرد قواعد اختيارية . كما تذهب صراحة الى ذلك في حقوقها . أي انها عبارة عن توصيات يمكن الاحتكام اليها او طرحها جانباً () .

الفرع الثالث

القواعد الموحدة بشأن الاعتمادات المستندية

ان الاعتماد المستندي هو الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخصي يسمى الامر . ايا كانت طريقة تنفيذه . أي سواء كان بقبول الكمبيالة او خصمها او بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الامر . ومعنون بخيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق او معدة للارسال () .

وقد لوحظ ان مختلف البنوك تسير في شأن الاعتماد والمستندي على مجموعة عادات واعراف متشابهة في كافة البلدان ، وبالرغم من هذا التشابه الا انه كثيراً ما نشأ النزاع بين البنوك فيها بينها لا بسبب الاختلاف على وجود اقاعدة العرفية ولكن بسبب الاختلاف على تفسيرها الامر الذي دفع الى وضع قواعد موحدة بشأن الاعتماد المستندي مع مراعاة العرف السائد وقد ساعدت هذه القواعد على تقليل تنازع القوانين بشأن الاعتماد المستندي () .

وقد تعرضت هذه القواعد الى العديد من التفسيرات لمواجهة المشاكل الجديدة التي نجمت عن التقدم في سبل المواصلات والاتصال اللاسلكي والتللكس وغير ذلك من الامور . لذا قامت الغرفة باعادة صياغة تلك القواعد بمراعاة الاعراف السائدة وما وجه الى المجموعة الاولى من ملاحظات وما ابداه المشتغلون بالعمل المصرفي ورجال الاعمال من اقتراحات ثم صياغة واقرار للقواعد التي كانت نافذه فيه () .

المطلب الثالث

القيمة القانونية لعادات واعراف التجارة الدولية
والحالات التي يطبق بها المحكم العادات واعراف التجارة الدولية

ان عادات واعراف التجارة الدولية من اهم المصادر التي تحل من خلالها منازعات عقود التجارة الدولية لذلك سعت الكثير من المنظمات المهنية التجارية على صياغة اعرافها وعاداتها في قواعد نموذجية يتم التعاقد طبقاً لها كتجارة الحبوب والقطن والحريز والنقل البري . لذلك سنتناول هذه المطلب في فرعين نذكر في الاول القيمة القانونية للعادات والاعراف التجارية () . وفي الثاني الحالات التي يطبق بها المحكم اداة واعراف التجارة الدولية وكالاتي :

الفرع الاول

القيمة القانونية عادات واعراف التجارة الدولية

اختلف الفقه بالقيمة القانونية لهذه العادات والاعراف في الجاهين الاتجاه الاول: لما كانت عقود التجارة الدولية لا ترتبط بدولة معينة فقد اثير الشك في مدى الزامها باعتبارها في حقيقة الامر . مجرد شروط تعاقدية اتفق عليها الاطراف وان استمرار العمل فيها لا يضيف عليها القوة الملزمة بحث تدخل في مكونات القانون الذي يحكم العقد اذا لم يتم الاتفاق عليها . فلا يمكن للمحكم اللجوء اليها بغير شرط في العقد . وهي بمثابة شروط تعاقدية لا غير لذا يترتب على هذا نتيجة مفادها ان هذه العادات والاعراف ليس لها اية قوة الزامية اذا لم يتفق الاطراف عليها () .

الاتجاه الثاني : ان هذا الشك في الزامية هذه القواعد والاعراف لا محل له لاسباب متعددة . اولاً : ان المتعاملين في ميدان التجارة الدولية اعتدوا على اتباعها في معاملاتهم فتحولت بمرور الزمن مجرد عادات اتفاقية الى اعراف ملزمة في كثير من المجالات . فتكرار ادراجها

واستقرار العمل بمقتضاها اسبغ عليها صفة العمومية والتجريد التي تتسم بها القاعدة .

ثانيا : ان كثير من المعاهدات الدولية قد اشارت بضرورة تطبيق اعراف وعادات التجارة الدولية منها اتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم بين دول القارة الاوربية لعام ١٩٦١ في مادتها (٧ / ١) وكذلك نظام حكم غرفة التجارة الدولية بباريس في مادته (١٣ / ٥) اللتان الزمتا المحكم بوجوب مراعاة اعراف التجارة الدولية .

ثالثا / ان بعض العقود النموذجية التي تؤسس لاعراف وعادات تجارية غالبا ما ترتبط بنظام قانوني معين فالقواعد الخاصة بالتجارة البحرية غالبا ما ترتبط بالقانون الانكليزي وغيرها مما يؤسس الزاميه هذه الاعراف والعادات الى انظمه قانونية معينة . واخيرا فان لقوة الملزمه وعادات التجارة الدولية اصبحت واقعا عمليا يصعب نكرانه واقوى من ايه اجتهادات نظرية تنكر وجود هذه الاعراف والزاميتها () . فاصبحت هذه القواعد تعايش قواعد الانكوتيرم الخاصة بالبيوع البحرية . ولهذا يشير الفقه الى ان اعراف وعادات التجارة الدولية تعد بمثابة نظام قانوني مختص يمكن ان يسند العقد اليه اسوه باستناده الى أي نظام قانوني () .

الفرع الثاني

الحالات التي يطبق بها المحكم عادات واعراف التجارة الدولية
ان المحكمين في منازعات التجارة الدولية يلجأون الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية على موضوع المنازعة لاسباب متنوعة تختلف باختلاف خصوصية النزاع ومن هذه الاسباب ما يلي :

اولا : يلجأ المحكم الدولي الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية حتى يتبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع بسبب نقص في العقد مثار النزاع او بسبب تعارض وتناقض موقف اطراف المنازعة وعدم امكانية ربط بقانون معين مثلا ان يتثبت كل طرف في المنازعة بقانونه الوطني او يكن الاطراف في مشاركة التحكيم وغيرها . الامر الذي قد يعني تفويض المحك في اعتماد عادات واعراف التجارة الدولية كاساس للمحكم في موضوع المنازعة . وقد اصدر محكم هامبورج حكمه في منازعة بين بائع برونزيلي ومستثمر فرنسي بخصوص صفقة ارز وطبقا للعقد كان يتعين على المشتري فتح الاعتماد المستندي بمجرد اتمام العقد وفي حالة تاخره يكون حق البائع طلب مدة تسليم الباعة ولما تاخر المشتري عن فتح الاعتماد المطلوب قام البائع بفسخ العقد من جانب واحد . حيث اقرت المحكم بصحة مسلك البائع مستندا الى اعراف وعادات التجارة الدولية () .

ثانيا : قد يكون تطبيق المحكم لعادات واعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع نتيجة لاستنتاج المحكم الدولي لاجاه نسبة الاطراف الى خضوع منازعتهم لمثل هذه العادات والاعراف () .

ثالثاً : قد يطبق المحكم عادات واعراف التجارة الدولية وذلك لسد النقص او لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية التي يختارها الاطراف لحكم مووع النزاع او تقاعس القوانين الوطنية التي من المفروض ان تحكم موضوع النزاع عن اللحاق بركب التطورات التي تحدث على التجارة الدولية . الامر الذي يجد المحكم نفسه امام نقص تشريعي يتعين تكمله وذلك باللجوء الى عادات واعراف التجارة الدولية .
رابعاً : قد يطبق المحكم عادات واعراف التجارة الدولية ، وذلك نتيجة لاستبعاد المحكم لاحكام القانون الوطني المختص . لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي وتكون هذه العادات والاعراف هي المؤهلة وحدها لحكم موضوع النزاع ولعل من اكثر المجالات التي تستبعد فيها احكام القوانين الوطنية لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي () .
الخاتمة

وتتضمن اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات وكما ياتي :

اولاً : الاستنتاجات

- ١- ان اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيوع الدولية اعتبرت العرف المنصوص عليه بمثابة القاعدة القانونية الملزمة . وكذلك غير المنصوص عليه في العقد بشرط ان يعلم الطرفين بوجود العرف وذيوعه وتواتر تطبيقه بصورة منتظمة في عقود التجارة الدولية .
- ٢- ان مصادر عادات واعراف التجارة الدولية غالباً ما تكون من الشروط العامة للعقد النموذجي والقواعد الدولية في تفسير المصطلحات التجارية وكذلك القواعد الموحدة بشأن الاعتمادات المستندية .
- ٣- توصلنا بان اعراف وعادات التجارة الدولية تعد بمثابة نظام قانوني مختص يمكن ان يستند العقد اليه اسوه باستناده الى أي نظام قانوني .

ثانياً / المقترحات

- ١- نقترح عقد اتفاقيات دولية تعطي الاولوية للقاعدة العرفية سواء كان منصوص عليها في العقد او لا على اعتبار ان الاعراف التجارية أي قواعد التطبيق العملي الاكثر فعالية وتطبيق في التجارة الدولية .
- ٢- نقترح تأسيس جهة مختصة بتحديد الاعراف والعادات التجارية وتفسيرها في عقود التجارة الدولية لكي يسهل على المحكم تطبيق الاعراف التجارية السائدة على المستوى التجاري الدولي .:

- د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، ط ٧ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٨
- عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، لم تذكر الطبعة ، العائل لصناعة الكتاب ،
- انظر المادة (١٦٣ / ١ / ٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ وما بعدها .

- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ .
- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، ط ٢ ، مكتبة بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٥٤ .
- اسامة احمد الحواري ، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ، ط ١ ، الاصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٣ .
- المصدر نفسه ، ص ١٤٤ .
- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، لم تذكر الطبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لم تذكر السنة ، ص ٢٨٧ .
- د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، لم تذكر الطبعة ، دار النهضة العربية الكبرى ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٨٧ .
- د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص ٣٣٣ .
- اسامة احمد الحواري ، المصدر السابق ، ص ١٤٩ .
- د. عصام حنفي محمود ، قانون التجارة الدولية ، كتاب منشور على الرابط WWW.pdafactory.com .
- عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النيه في العقود ، لم تذكر الطبعة ، دار زين الحقوقية والادبية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣٧ .
- د. درع حماد عبد ، عقد الامتياز ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٣٠٧ .
- د. درع حماد ، المصدر السابق ، ص ٣٠٩ .
- د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ .
- د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .
- اسامة احمد الحواري ، المصدر السابق ، ص ١٥١ .
- د. دام فيصل المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهرين ، العدد الخاص بالمؤتمر السنوي الاول ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٣ .

المصادر

اولا : الكتب القانونية

- ١- اسامة احمد الحواري ، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ، ط ١ ، الاصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
- ٢- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، لم تذكر الطبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لم تذكر سنة الطبع .
- ٣- د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، لم تذكر الطبعة / دار النهضة العربية الكبرى ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

- ٤- د. درع حماد عبد ، عقد الامتياز ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .
- ٥- د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
- ٦- عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النيه في العقود ، لم تذكر الطبعة ، دار زين الحقوقية والادبية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
- ٧- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، لم تذكر الطبعة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، مصدر لم يذكر سنة الطبع .
- ٨- د. عصام العطيه ، القانون الدولي العام ، ط ٢ ، مكتبة بغداد ، بغداد ، ٢٠١٢ .
- ٩- عصام حنفي ، قانون التجارة الدولية ، كتاب منشور على الرابط
www. Pd factory . com

ثانيا : البحوث القانونية

- ١٠- د. صدام فيصل المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهرين ، العدد الخامس ، ٢٠٠٩ .
- ثالثا : القوانين
- ١١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ١٢- اتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم بين دول القارة الاوربية لعام ١٩٦١ .
- ١٣- اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ .
- ١٤- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ٢٠١٤ .