دور العرف في المعاملات التجارية الوطنية

رند احسان حبيب صالح
أ.م.د منهل عبد الغني قلندر
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

The role of custom in national commercial transactions

Rand Ihsan Habeeb Saleh
Assistant Professor: Manhal Abdulgani kalander
College of Law, University of Mosul

المستخلص: أن للعرف التجاري العديد من التطبيقات العملية في الوسط التجاري الوطني، تطبق منذ نشوء هذه التعاملات، إذ عمل المشرع على تقنين أعراف التعاملات التجارية للتحول الى نصوص قانونية مكتوبة، كالأعراف التي تحكم البيوع التجارية الوطنية وغيرها من التطبيقات.

و يترتب على تطبيق العرف التجاري مجموعة من الأثار على المستوى الوطني، فإن لتطبيق العرف على النزاع المعروض أمام القاضي آليات لإثبات تحقق العرف التجاري، وكذلك إن تطبيق العرف التجاري الوطني يطبق وفق مراحل وشروط معينة لابد من القاضي الوطني الالتزام بها لتحقيق العدالة.

الكلمات المفتاحية: العرف التجاري، تطبيقات العرف، القاضي الوطني.

Abstract

Commercial custom plays several roles in national commercial life Legislators have worked to codify commercial transaction customs into written legal text such as, facilitating commercial transactions.

the application of commercial custom has various implications at national level. Applying custom to a dispute before a judge involves mechanisms for proving the existence and validity of commercial custom. The application of national or international commercial custom follows specific stages and conditions that the national judge must **Keywords**: Commercial custom, Customary applications, National judge.adhere to in order to ensure justice.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع الدراسة:

لإعتبار العرف التجاري انه هو من وضع أول الأسس للمعاملات التجارية فله دوراً هاماً لا يمكن إنكاره في نطاق التجارة الوطنية في مختلف المعاملات التجارية وبالاخص في تفسير العقد التجاري و في بعض المعاملات التجارية كالبيع بشرط المذاق، بالاضافة الى تحديد ميعاد تسليم المبيع ، إلا أن تطبيق العرف التجاري أمام القضاء الوطني يثير مشكلات أهمها مشكلة إثبات تحقق العرف التجاري فيختلف موقف التشريعات محل الدراسة حول اثبات العرف التجاري وحول من يقع على عاتقه اثبات هذا العرف.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تتركز أهمية الدراسة التعرف على دور العرف التجاري في المعاملات التجارية الوطنية،اي في الوسط التجاري المحلي بشكل عام،فله عدة ادوار فعالة في المجتمع التجاري،بالاضافة الى تركيز الدراسة على كيفية اثبات العرف التجاري الوطني امام القضاء لفض النزاع التجاري.

ثالثاً:مشكلة الدراسة:

ان مشكلة الدراسة هي في اثبات العرف التجاري الوطني،فان لاثباته آليات معينة لتحقيق العدالة،ففي بعض التشريعات يقع عبء اثبات العرف التجاري على عاتق اطراف النزاع فقط دون تدخل القاضي، وفي بعضها الاخر يقع عاتق اثباته على قاضي الموضوع المعروض امامه النزاع مما قد يجعله يواجه العديد من العراقيل كون ان العرف التجاري يكون معروفاً داخل الوسط التجاري فقط، مما يصعب على القاضي اثبات تحققه.

رابعاً: فرضية الدراسة:

من خلال هذه الدراسة نفترض الاتي:

1-يعد العرف التجاري مصدراً للتعاملات التجارية الوطنية، وتبين ذلك من خلال النص على الرجوع للعرف التجاري السائد في التشريعات الوطنية والاعتماد عليه في اغلب التعاملات التجارية، كونه يحقق افضل النتائج في حل النزاعات التجارية الوطنية

2-ان للعرف التجاري الوطني آليات معينة لتطبيقه امام القضاء الوطني ولاثبات تحققه.

خامساً: منهجية الدراسة:

أنتهجت الدراسة المنهج التحليلي المقارن، بالنسبة للمنهج التحليلي فكان ذلك من خلال عرض الإتجاهات الفقهية وتحليلها ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها، كذلك عرض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والتعليق عليها، فضلاً عن تعزيزها بالتطبيقات القضائية إن وجدت.

وأعتمدت الدراسة أيضاً المنهج المقارن، و ذلك من خلال بيان موقف المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة1984م النافذ، مقارنةً بقانون التجارة المصري رقم (17) لسنة1999م النافذ، وقانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (50) لسنة2022م النافذ، كون

إن هذه التشريعات تعرضت لموضوع الدراسة بتفصيل أكثر من غيرها، فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية وما أستجد من نظريات في هذا المجال، وكذلك أبرزنا موقف المشرع الفرنسي في بعض المسائل على سبيل الاستئناس.

سادساً:هيكلية الدراسة:

أقتضت الدراسة تقسيمها الى مبحثين،فضلاً عن المقدمة والخاتمة التي ذكر فيها أهم النتائج والتوصيات وعلى النحو الاتي:المبحث الاول(العرف في المعاملات التجارية) مقسماً إلى مطلبين، والمبحث الثاني(آلية تطبيق العرف التجاري وإثباته) مقسم الى مطلبين.

دور العرف في المعاملات التجارية الوطنية

رغم تنظيم المشرع للنصوص التشريعية التي تكاد تتناول جميع تعاملات وعلاقات المجتمع، إلا أنه يمكن ان يغفل عن بعض جوانبها، هنا يأتي دور العرف التجاري في تسيير ما عجزت النصوص التشريعية عن تسييره، وتنظيم المعاملات الاقتصادية التجارية الوطنية مما ينعكس ذلك على نشاط الاقتصاد الوطني وإستقرار السوق التجارية الوطنية، بناءً عليه سنقسم الدراسة كما يلي:

المبحث الاول: العرف في المعاملات التجارية

للعرف دور فعال في مجال البيوع التجارية وتعاملاتها وعقودها، إذ يعول العديد منها على العرف التجاري وهو ما أعتاده التجار في معاملاتهم في السوق لإتمام هذه البيوع بشكل يحقق مصلحة أطراف هذا التعامل ويضمن حقوقهم بما يتفق مع ظروف السوق ووضعه وسيتم تقسيم الدراسة وفق المطالب الآتية:

المطلب الاول: دور العرف التجاري في تفسير العقد التجاري

غالباً مايعتري العقد التجاري الغموض،كغموض اللفظ او العبارة الذي يؤدي الى غموض قصد المتعاقدين وبالتالي عدم وضوح العقد ونية المتعاقدين مما يدفع القاضي الى اللجوء الى تفسير

العقد التجاري،مستعيناً بالعرف التجاري السائد في الوسط التجاري وللبحث في هذا الموضوع سيتم تقسيم المطلب وفق الفروع الاتية:

الفرع الاول: دور العرف التجاري في تفسير قصد المتعاقدين

أشار المشرع العراقي الى مجموعة قواعد عامة ليسترشد بها القاضي في عملية تفسير العقد ومن ضمنها أربعة مواد قانونية أكدت على دور العرف في تنظيم وتفسير العقد وذلك في القانون المدني العراقي، إذ نصت المادة (156) على إن: (تترك الحقيقة بدلالة العادة)، لابد من الإشارة الى إن المشرع العراقي ساوى بين لفظ العادة والعرف وجعلهما مترادفين، اي أن العادة في هذا الموضع تدل على العرف وذلك كما سبق وبينا في دراستنا، تدل المادة آنفة الذكر على وجوب الأخذ بالقرينة العارفة (العرف)، فالعرف إن كان قرينة في مورد خاص في الاستعمال فهنا يكون واجب رفع اليد بها عن الحقيقة [1]

يدل هذا النص القانوني على إحدى القرائن التي تمنع من إرادة المعنى الحقيقي وهي العادة (العرف) إذ يرجع إليها لمعرفة وتفسير معاني العبارات المستعملة في العقد، بمعنى أنه في حال تعارض الحقيقة القانونية الواردة في العقد مع العادة يؤخذ بالعادة وتهمل الحقيقة القانونية، مثال على ذلك؛إن قال رجل لخادمه (أشعل الفنار) كان عليه أن يشعل الشمعة التي في الفنار ولو أشعله فأحترق ضمناً لان مفهوم الأمر هنا إشعال الشمعة إذ إن غرض الأمر يتمثل بإشعالها لا بإشعال الفنار[2].

وكذلك نصت المادة (163) من القانون المدني العراقي على:"1-المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص.2-المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.3-و الممتنع عادة كالممتنع حقيقة"، معنى الفقرة الاولى من المادة السابقة ان مايثبت عن طريق العرف يكون

(1) د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002م، ص236.

(2) د.عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى البحوث والدراسات القانونية، 1998م، ص273.

كالشرط ضمن نص العقد ولذلك يعبر أحياناً عن هذه القاعدة بالقول"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم" [1]، فما أعتاده الناس من أمور في المعاملات تعتبر بمثابة الشرط أي تكون مشروطة عند إجراءها، مثال ذلك؛ فيما لو تعارف المتعاملين في السوق على أن يكون المشتري هو من يتحمل نفقات نقل البضاعة فانه هذا العرف يكون مشروطاً بين أهل السوق[2].

في حين ينصرف معنى الفقرة الثانية من ذات المادة وجوب مراعاة ما أعتاده التجار وجرى التعامل به من أعراف تجارية في نطاق تعاملاتهم التجارية إذ إنها تعتبر كالشرط المنصوص عليه صراحة[3]، مثال ذلك؛لو أشترى تاجر بضاعة بثمن معلوم دون التصريح بحلول ولا تأجيل القبض وكان المتعارف فيما بينهم إن البائع ياخذ الثمن كله او بعضه كل يوم خميس او كل شهر انصرف اليه العقد دون بيان، لأن ما هو متعارف عليه بين التجار يصير كأنه تفاق بين المتعاقدين.

أما بالنسبة للفقرة الثالثة تعني إنه ماكان حسب العادة (العرف) في الامور الممتنع وقوعها، فإنه يعد كذلك في ذات الأمر اي في حكم المستحيل ويرجع هنا في الحكم الى العادة، مثال ذلك؛ إدعاء تاجر ذو تجارة صغيرة وحالة مادية محدودة، بإنه أقرض تاجر معروف صاحب اعمال تجارية ضخمة وحالة مادية يسيرة مبلغاً كبيراً من المال دفعة واحدة فان دعواه لاتسمع، لمخالفة دعواه العرف، نلاحظ من المادة أنفة الذكر ان المشرع العراقي حين تبنى هذه القواعد العرفية جعلها ملزمة على المتعاقدين وذلك في حالة خلو العقد من شرط يجعله واجب التطبيق.

وأضاف أيضاً المشرع العراقي المادة (164) من القانون المدني العراقي للإشارة الى دور العرف إذ نصت على:"1-العادة محكمة عامة او خاصة.2-وإستعمال الناس حجة يجب العمل

---

[1] د.برهان خليل زريق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والادراي، بلاط، مطبعة الارشاد، بلاسنة نشر، بلابلد نشر، ص123.

[2] د.احمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، بلاط، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006 م، ص507.

[3] د.جاسم علي سالم، العرف في القانون الخاص لدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة التاسعة عشر، 1995م، ص212.

بها".تعني الفقرة الاولى ان العادة (العرف) سواء كانت خاصة او عامة فانها تجعل طريقاً لاثبات حكم شرعي[1]، وكذلك فيما لم ينص أطراف العقد على أمر معين فان العادة (العرف) هي الفيصل في هذا الأمر المتنازع فيه، مثل؛ من أشترى ألف طن من الحنطة ولو يذكر طرفا العقد في العقد على من تقع أجرة وزن الحنطة فهنا يرجع الى العرف المتبع لتقرير ذلك[2].

أما الفقرة الثانية من ذات المادة تقضي بان التعامل بين الناس إن لم يكن مخالفاً لنص شرعي فإنه يجب العمل بمقتضاه فإن مجرد تعامل الناس به ينبغي ان يكون حجة ملزمة لهم في فض نزاعاتهم، كمن أستعان بشخص لبيع متاعه وبعد البيع طالبه الرجل المستعان به بأجرته،في هذه الحالة يرجع الى العرف المتعامل به في هذا السوق فان كان يعمل بالأجرة فله أجر المثل.

بالإضافة الى المادة (165) من القانون المدني العراقي التي نصت على:"إنما تعتبر العادة إذا أطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر". تقضي هذه المادة بان العبرة تكون بالعادات المطردة او الغالبة التي تكون جارية لفترة زمنية ليست بالقليلة ومعروفة في نطاق المجتمع ومعمول بها، اي العبرة ليست للعادات المتقطعة.

إن هذه النصوص المتقدمة ماهي الا قواعد عرفية إسترشادية تساعد القاضي على تفسير العقد[3]، أي إنها لاتكون ملزمة للقاضي بإمكانه عدم الأخذ بها، وذلك بناء على سلطته التقديرية.

ومما تقدم نرى إن هذه النصوص القانونية تفتقر الى الترابط و الإنسجام، جاءت بنصوص متفرقة غير متسلسلة يشوبها بعض الغموض في أجزاء منها.

نتمنى على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري الذي عالج تفسير العقد ضمن نص قانون موحد وذلك في نص المادة (150) التي نصت على:"1-إذا كانت عبارة العقد

(1) د.محمد حسين كاشف، تحرير المجلة، ج1، ط1، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية، 1422هـ، ص160
(2) د.سليم رستم، شرح المجلة، ط3، مجلد1، منشورات الحلبي الحقوقية، بلابلد نشر، بلاسنة طبع، ص39.
(3) د.مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام،ج1،ط2،دار القلم،دمشق،2004م، ص670.

واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.2-اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وماينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".يتضح إن المشرع المصري حدد عوامل داخلية وخارجية للوصول الى نية المتعاقدين، وكان العرف الجاري من العوامل الخارجية لان المسائل التي جرى العمل بها بعرف معين يفرض علم المتعاقدين ورضاؤهم إياه.

وذهبت محكمة النقض المصرية[1] الى تأييد نص الفقرة الاولى من المادة (150) وتأييداً للارادة الباطنة حيث حكمت بأنه:"اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها إذ يجب إعتبارها تعبيراً صادقاً عن ارادتها المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الارادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات".

وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يعمل على ترابط وتسلسل هذه النصوص القانونية التي تتعلق بتفسير العقد ضمن فرع او باب خاص كما فعل المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية إذ خصص الفرع الرابع لنصوص تفسير العقود وذلك في المواد (257-266).

أما بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة2020م النافذ فتقابل المادة(50) المادة (163) من القانون المدني العراقي، بحيث نصت على:"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، بالاضافة الى المادة (264) التي نصت على:"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".

أما المشرع الفرنسي فاعطى للعرف دوراً كبيراً في تفسير بنود العقد وهذا ماكان واضحاً في نص المادة (1159) من القانون المدني الفرنسي:"يفسر الإلتباس بما هو متعارف في البلد الذي حرر فيه العقد" والمادة (1160) التي نصت على:"يجب إتمام العقد ببنود مرعية عرفاً ولو لم تكن واردة فيه"، يتضح من نص المادة الاولى انه لابد من الرجوع للعرف في مكان تحرير العقد

[1] قرار محكمة النقض المصرية رقم (296) بتاريخ1977/11/3م، المكتب الفني، ص1824، منقول عن مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2009م، ص119.

للتمكن من ازالة ما يشوب بنود العقد من غموض، اما نص المادة الاخرى التي سمحت باضافة بنود عرفية الى العقود لاتمام مافيه من نقص وغموض.

الفرع الثاني: دور العرف التجاري في تكييف العقد

يُعد تكييف العقد جزء من عملية تفسير العقد التي يتولاها القاضي، و المقصود بتكييف العقد هو (ربط حال ملموسة بمفهوم قانوني تعترف به قاعد قانونية)[1]، إذ انه بذلك يمثل المقدمة الأساسية للتوصل الى القاعدة القانونية الحاكمة للواقعة المعروضة للقاضي[2]، فبعد أن يتوصل القاضي الى التعرف على قصد المتعاقدين، يعمل على تكييفه وذلك بإعطاءه الوصف القانوني الأنسب[3]، ولكون إن مسألة تكييف القاضي للعقد تعتبر من مسائل القانون فهو يخضع بذلك لرقابة محكمة الطعن.

وأتجه القضاء العراقي في معظم قراراته الى الإستدلال بالعرف لتكييف العقود، إذ قضت محكمة التمييز في إحدى قراراتها[4] الى جواز رفع الدعوى على الوكيل التجاري ابتداءاً إضافة لموكله، لان العرف التجاري يقضي باعتبار الوكيل التجاري بحكم الممثل التجاري، إذ تتلخص وقائع القضية بان:(شركة التأمين الوطنية ادعت لدى محكمة بداءة بغداد بانها أمنت الإرسالية المشحونة بالباخرة (شريفلكان) للشركة العامة للسيارات، وإنها قامت بتعويض هذه الشركة عن الاضرار التي إصابات الشحنة اثناء النقل فطالبت شركة التأمين المدعى عليها بوصفها وكيلة الناقل بدفع التعويض عن تلك الاضرار، طبقاً لحوالة الحق التي حصلت عليها من الشركة العامة للسيارات، فاصدرت محكمة بداءة بغداد حكمها برد الدعوى، فطعنت الشركة المدعية بالحكم تمييزاً وقضت محكمة التمييز بنقض حكم محكمة بداءة بغداد، بيد ان محكمة البداءة

---

[1] د.جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد او اثاره، ط2، المؤسسة الجامعية، بلابلد نشر، 2008م، ص83.

[2] د.فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، بلاط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص355.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المجلد الأول، ص664

[4] قرار رقم (942عام 1968م، هيئة عامة، قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد السادس، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، 1972م، ص418.

أصرت على التمسك بحكمها لاسباب كثيرة، من بينها ان الشركة المدعية لم تذكر في عريضة الدعوى ان المميز عليها وكيلة بالعمولة بالنقل، ولعدة قناعة المميزة بالحكم طلبت تدقيقه تمييزاً، فاصدرت محكمة التمييز حكمها بنقض حكم محكمة بداءة بغداد للمرة الثانية، لاسباب شكلية وموضوعية من بينها ان هذه المحكمة لم تتحقق من وجود عرف تجاري يضفي على الوكالة التجارية وصف التمثيل التجاري، وبالتالي يجوز رفع الدعوى على الوكيل التجاري ابتداءاً).

وكذلك توجهت محكمة النقض المصرية الى الإستدلال بالعرف التجاري لتكييف العقد التجاري، فجاء في ملخص أحد قرارتها [1] بإنه:(يجري العرف التجاري على إعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية، وهو عرف واجب التطبيق مالم يثبت بان المقصود بالتوقيع هو التظهير التوكيلي، وبالتالي لا يسري على تظهير الشيك المذكور حكم المادتين (134-135) من قانون التجارة المصري، اللتان تخصان التظهير الكمبيالي، لاختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك).

الفرع الثالث:شروط اللجوء لتفسير العقد

لا يمكن للقاضي اللجوء للعرف التجاري مباشرة عند مواجهته لأية غموض او لبس في تفسير وتنفيذ العقد، وإنما هناك شروط للجوء القاضي للعرف لتفسير بنود العقد ولإستجلاء حقيقة ما أنصرفت إليه إرادة اطراف العقد وهذه الشروط هي:

اولاً:غموض عبارة العقد:

ففي حالة وضوح العقد وألفاظه ومقاصده لا تتحقق الحاجة الى العرف لتفسير العقد[2]،فان هذا الشرط يعد شرطاً منطقياً، ويقصد بغموض عبارة نص العقد:"حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلاتكشف بجلاء عن الارادة الحقيقة للطرفين، لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الامر الذي يبعث على الشك المبرر

[1] الطعن رقم (15لسنة30ق)، 1961م، س12، ص324، نقلاً عن د.مقني بن عمار،مصدر سابق،ص120
[2] د.حسن كيره، أصول القانون،بلاط،دار حداد،البصرة،1965م،، ص277.

للتفسير... فمبعث الغموض هو التناقض بين الارادتين الظاهرة والباطنة، ولايهم من أين أتى هذا التناقض، سواء أكان راجعاً الى الالفاظ في ذاتها، أم في إتصالها بالارادة الحقيقة او بالتضارب فيما بينها، إذ كل ذلك محصلته النهائية هي الشك" [1].

وفي تلك الحالة للقاضي أن يستهدي الى العرف الجاري في المعاملات كوسيلة للكشف عن إرادة المتعاقدين الحقيقية، ففي المسائل التي تتوطد فيها الأعراف للقاضي إفتراض علم الاطراف بها، ودخولها في نص العقد هو محل القبول من المتعاقدين وإلا نص المتعاقدان على إستبعادها، ففي حالة الغموض والإبهام وجب تفسير نص العقد على ضوء العرف وهذا ماتؤيده القاعدة الفقهية: "العادة مُحكمة".

وهذا مانص عليه المشرع العراقي في المادة (155) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على:"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني".ودلالة هذا النص ان على القاضي أن يُعتد ويلجأ الى ماقصده المتعاقدان عند إبرام العقد، اي البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين دون الحكم بناء على الفاظ العقد مباشرة.

ومن مفهوم المخالفة أشار المشرع العراقي في القانون المدني الى عدم إمكانية اللجوء الى دلالات العبارات والالفاظ، طالما ان عبارة العقد والقصد منها صريحة وواضحة، وذلك في المادة (157) التي نصت على: "لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح"يعد هذا الشرط شرطاً بديهياً منطقياً، إذ لايجوز اللجوء الى العرف لتفسير العقد طالما إن مقاصد العقد وعبارته واضحة لايعتريها الغموض.

إلا إن موقف المشرع المصري كان مختلفاً عن موقف المشرع العراقي، إذ أيد اغلب الفقه المصري[2] واتجه الى وجوب منح القاضي السلطة في التوسع في تفسير العقد، وذلك بان يتدخل بتفسير الفاظ وعبارات نص العقد الصريحة والواضحة وذلك في حال تبينه ان تلك

[1] د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري، ط1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998 م، ص261.
[2] د.عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص491.

الالفاظ لاتعبر عن نية الطرفين المشتركة، وذلك ما كان واضحاً من المادة (90) من القانون المدني المصري التي نصت على: "التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود"، وهذه المادة تعني ان وضوح العبارة يختلف عن وضوح الارادة، ومعنى ذلك ان وضوح العبارة للعقد لا تعني بالمطلق وضوح الارادة ذاتها، وبالتالي فان العبرة تكون بوضوح الارادة لا بوضوح العبارة [1].

إلا ان هذا الاتجاه الذي أتخذه المشرع المصري تعرض لعدة إنتقادات لعل أهمها هي تعارض نص المادة (90) مع نص المادة (150/1) من القانون المدني المصري أنفة الذكر، التي يتضح منها إن المشرع المصري أعتد بعبارة العقد الواضحة دون الظروف الخارجية للعقد، وبدورنا نؤيد هذا الإنتقاد الموجه الى نص المادة سالفة الذكر إذ إنه طالما وجد نص تشريعي صريح بالإعتداد بعبارة العقد الواضحة فلا يمكن الإجتهاد في مورد النص و إن سلطة القاضي في التفسير لايمكن أن تخرج عن حدود ذلك النص، وإلا فإننا بذلك نمنح القاضي دوراً يماثل دور المشرع.

إلا إن محكمة النقض المصرية في أحد قرارتها وضحت مفهوم نص المادة (150) الذي يبين عدم وجود التناقض بين المادة (90) والمادة (150) وجاء في قرارها [2] :"ان النص في المادة (150/1) في القانون المدني على إنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين، يدل على إنه و إن كانت قواعد التفسير تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على ارادة المتعاقدين، إلا أن المقصود ليس وضوح اللفظ، فقد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بوضوح في ذاتها، ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يغم المعنى المستخلص منها، فلايجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير

[1] د.عبدالحكم فوده، مصدر سابق، ص265.
[2] قرار محكمة النقض المصرية، رقم (593) بتاريخ1983/1/20م، س52ق، المكتب الفني، منقول عن مقني بن عمار، مصدر سابق، ص122.

المحررات، ان تعتبر بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعتها بإعتبارها وحدة متصلة متماسكة".

وكان موقف المشرع الاماراتي مشابهاً لموقف المشرع المصري في المادة (150) وذلك في قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة (265) التي نصت على: "1-اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علىإرادة المتعاقدين.2-أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

ثانياً:غياب النص القانوني المفسر:

من المسلم أنه في تفسير العقود تكون الاولوية للنصوص القانونية، ففي حال وجود نص قانوني يمكن للقاضي الاستناد إليه في تفسير ماشاب العقد من غموض، لايمكنه في تلك الحالة إهمال النص القانوني واللجوء الى العرف[1]، وهذه النصوص القانونية تمثل قواعد قانونية في تفسير العقد، نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني في المادة (155-162) أجمعت معظمها على الأخذ بظاهر العقد وألفاظه وعباراته مالم يقم دليل على خلاف ذلك بالتالي فإن أغلبها تؤدي الى ذات المعنى في التطبيق العملي، والمادة (150) من القانون المدني المصري النافذ، والمادة (50) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي النافذ.

المطلب الثاني: دور العرف التجاري في البيوع التجارية الوطنية

يؤدي العرف التجاري الدور الأهم في أغلب البيوع التجارية وتداول السلع، بحيث تكفل العرف التجاري بسد اي ثغرة او قصور في التشريع بالنسبة للبيوع التجارية، ونذكر بعض البيوع وفق مايلي:

[1] د.عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص492.

الفرع الاول: البيع بشرط المذاق

إذ لاختلاف اذواق الاشخاص في بعض البيوع كالمأكولات بشكل خاص، لايمكن للمشتري إدراك هذه المبيعات ادراكاً تاماً الا من خلال تذوقه لهذا المبيع[1]، فيحسم العرف التجاري الحرية المطلقة للمشتري في تذوق المبيع كي لاتستمر المدة فترة زمنية طويلة، فيلجأ القاضي في تقدير ملاءمة المبيع للمشتري بعد تجربته للعرف التجاري الجاري في هذا النوع من المعاملات.

نظمت التشريعات هذا النوع من البيوع ضمن نصوصها التشريعية، ومن ضمنهم المشرع العراقي في القانون المدني في المادة (525) التي نصت على: "إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع وإن شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق او العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان".

وكذلك كان موقف المشرع المصري في المادة (422) في القانون المدني المصري وذلك في المادة (422) إذ نصت على: "اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الإتفاق او العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان".

أما المشرع الاماراتي فوحد أحكام البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق وأعتمد على العرف في تحديد مدة التجربة مستخدماً مصطلح (المدة المعتادة) اي المدة التي أعتاد التجار اتباعها في السوق وذلك في الفقرة الاولى من المادة (494) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي نصت على:"يجوز البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق الا ان خيار المذاق لايورث ويعتبر البيع باتاً".

نُلاحظ ان القوانين محل المقارنة أجمعت على إنه في حالة غياب الإتفاق بين المشتري و البائع في تحديد مدة التجربة فإنه يتم الاعتماد على العرف الجاري في السوق التجارية، بتحديد

[1] د.محمد حسين منصور، احكام البيع، بلاط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002م، ص50.

مدة تجربة (تذوق) المبيع وذلك لاختلاف تلك المدة بحسب نوع المبيع اولاً، وبحسب السوق الذي يتم فيه هذا البيع ثانياً، فالمشتري لايكون مرتبطاً بعقد البيع خلال هذه المدة له كامل الحرية في قبول المبيع او رفضه بعد التذوق، بينما البائع مرتبط بالوعد بالبيع الذي قدمه للمشتري ويكون ملزم بتمكين المشتري من تذوق المبيع وذلك خلال الفترة الزمنية التي حددها العرف الجاري.

الفرع الثاني: ميعاد تسليم المبيع

نظم العرف التجاري ميعاد تسليم المبيع ففي حالة عدم تحديد ميعاد لتسليم المبيع فان موعد تسليمه يحال الى العرف الجاري الذي يخص ميعاد تسليم هذا المبيع، الا ان المشرع العراقي لم يشر في نصوص قانون التجارة العراقي الى ميعاد تسليم المبيع، بل أشار لها في القانون المدني بحيث أعتمد على العرف في تحديد ميعاد تسليم المبيع في حال خلو العقد من ميعاد تسليم المبيع، وذلك في المادة (586) التي نصت على:"1-يلتزم المشتري بان يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد مادام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها2-فاذا لم يحدد الاتفاق او العرف زماناً او مكاناً لتسلم المبيع وُجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يجب ان يسلمه فيه البائع..."

بينما نص المشرع المصري في قانون التجارة على حالة خلو العقد التجاري من ميعاد تسليم وذلك في المادة (93/1) من قانون التجارة: "إذا لم يحدد ميعاد للتسليم، وجب ان يتم التسليم بمجرد إبرام العقد مالم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضي العرف بتحديد ميعاد اخر".

وكذلك كان موقف المشرع الاماراتي الذي أشار الى ميعاد التسليم في قانون المعاملات المدنية في المادة (525/2) نصت:"ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته و وفقاً لما جرى الاتفاق او العرف".

المبحث الثاني: آلية تطبيق العرف التجاري وإثباته

ان تطبيق العرف التجاري الوطني كمصدر رسمي لقانون التجارة، والعرف التجاري الدولي كقاعدة قانونية تحكم العلاقة الدولية التجارية امام القاضي الوطني تثير العديد من التساؤلات التي تتمحور حول تطبيق القاضي للعرف هل يكون بناء على طلب احد الخصوم ام ان القاضي يطبقه من تلقاء نفسه؟ وهل يمكن تكييف القاضي الوطني مع اعراف التجارة الدولية رغم صعوبة تكوينها القانوني؟ كونها قواعد قانونية ذات مصادر عبر دولية، بالاضافة الى مسألة اثبات العرف والتحقق من قيامه التي لاتتم الا وفق قواعد وضوابط حددت مسبقاً من قبل المشرع،سيتم معالجة هذه التساؤلات وفق المطالب الاتية:

المطلب الاول: آلية تطبيق العرف التجاري أمام القضاء الوطني

ان لتطبيق العرف التجاري الوطني او الدولي امام القضاء الوطني لفض النزاع التجاري،لا يتم الا وفق آلية معينة ومحددة مسبقاً،فيحكم هذا التطبيق قواعد فقهية معينة سنبينها وفق الافرع التالية:

الفرع الاول: تطبيق العرف التجاري الوطني امام القضاء الوطني

أتجه جانب من الفقه الى الربط بين آلية تطبيق القاضي للعرف التجاري بقاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) الأمر الذي يفرض على القاضي العلم بالعرف التجاري وتطبيقه من تلقاء نفسه دون طلب احد الخصوم، على اعتبار العرف قاعدة قانونية[1].

بناءاً على هذا الاتجاه الفقهي فان القاضي يقوم بإعمال العرف التجاري على المسألة محل النزاع من تلقاء نفسه في حال توافر شروط العرف تامة وهي الشروط المادية والمعنوية، فتبنى جانب من الفقه الرأي القائل بان الاصل تطبيق القاضي للقاعدة العرفية رغم وجود بعض

[1] د.محمد فريد العريني،القانون التجاري اللبناني،بلاط،المطبعة العالمية،مصر،بدون بلد نشر،بدون سنة نشر،ص34.

الاستثناءات، فيعمد القاضي على إعمال العرف بذات الالية التي يتم بها اعمال القاعدة التشريعية [1].

إلا إننا لانؤيد الاتجاه الفقهي السابق كون القاعدة العرفية هي قاعدة ليست آمرة وان تطبيق القاضي لهذه القاعدة يكون مقيد ومحدد بعدة إستثناءات يترتب على مخالفتها الطعن في قرار القاضي، بينما تطبيق القاضي للقاعدة التشريعية يتم اعمالها دون اي قيود تحكم القاضي، وتتمثل الاستثناءات على تطبيق القاضي للقاعدة العرفية من تلقاء نفسه بمايلي: إتجاه ارداة الاطراف صراحة على استبعاد تطبيق العرف التجاري السائد، اتجاه ارادة الاطراف ضمنيا على استبعاده، تنازل الافراد عن تطبيق العرف التجاري امام القاضي [2].

وذلك ما اتجه اليه المشرع المصري في قانون التجارة رقم (17) لسنة1999إذ نصت المادة (2/1) على:"تسري على المواد التجارية احكام الاتفاق بين المتعاقدين، فاذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون اوغيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري..."

نلاحظ ان المشرع المصري أشار الى أن الاولوية في التطبيق تكون لاتفاق اطراف العقد وذلك فيما لايخالف نصوص القانون، بالتالي فان أتفق الاطراف على إستبعاد إعمال العرف التجاري على عقدهم فلا يمكن للقاضي تطبيقه بل عليه الاخذ باتفاق الخصوم، ونرى ان هذه الاشارة جاءت اشارة ضمنية تستنبط من ترتيب المصادر التي صاغها المشرع ضمن هذه المادة.

وكان موقف المشرع الاماراتي مشابه الى حد ما لموقف المشرع المصري اذ نص في المادة (2) من قانون المعاملات التجارية (50) لسنة2022على سريان اتفاق التجار على اعمالهم التجارية في حال عدم مخالفتها لنص تجاري آمر، وفي حال خلو العقد من اتفاق بين اطرافه، وخلو التشريعات التجارية من نص قانوني يحكم العقد، يطبق العرف التجاري على عقدهم اذ

[1] د.حسن كيره، مصدر سابق، ص268.
[2] د.حسن كيره، مصدر سابق، ص270.

نصت المادة (2/2) على:"اذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بانه نص في هذا القانون او في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية...".

فيما لم يشر المشرع العراقي في نصوص قانون التجارة العراقي اوالقانون المدني العراقي على إمكانية اتفاق اطراف العقد (التجار) على استبعاد تطبيق العرف على عقدهم صراحة اوضمناً، ويؤخذ على المشرع العراقي هذا الموقف، الا انه ما تم اقتراحه ضمن دراستنا في مكانة العرف التجاري بين مصادر القانون يمكن ان يعالج ما يشوب القانون التجاري من نقص وهذا النص هو: (يسري على الاعمال التجارية اتفاق الاطراف ان لم يخالف نصوص هذا القانون، فان لم يوجد اتفاق خاص او نص قانوني، يطبق العرف التجاري السائد، وان لم يوجد فتطبق احكام القانون المدني).

وتأسيساً على ماسبق فانه يمكن القول ان تبين للقاضي اتجاه ارادة الاطراف المتعاقدين الى استبعاد احكام العرف التجاري عن التطبيق، فانه يتوجب على القاضي عدم تطبيقه واستبعاده استناداً لنص القانون، كون القاعدة العرفية ليست قاعدة آمرة مما يسمح للاطراف الاتفاق على خلافه.

وتجدر الاشارة ان قاعدة (عدم جواز التعذر بجهل القانون) تحكم الافراد، اذ لايمكن للافراد التحجج بعدم العلم بالعرف التجاري السائد، وهذا ماتبنته محكمة استئناف باريس في احد قرارتها[1] حيث يتلخص هذا القرار: (المتعاملين في مجال تجارة البواكر يجب ان يكونوا، على علم بقواعد واعراف التجارة الاوربية للبطاطس وان هذا الالتزام الملقى على عاتق الاطراف يشكل تجسيدا للقاعدة القانونية (عدم جواز التعذر بجهل القانون).

[1] حكم الاستئناف الصادر بتاريخ1981/2/10، نقلاً عن د.هشام علي صادق،القانون الدولي الخاص،بلاط،دار الفكر الجامعي،القاهرة،2003م، ص190.

الفرع الثاني: آلية تطبيق العرف التجاري الدولي امام القضاء الوطني

أمام التطور الذي تشهده التجارة الدولية، أزدادت منازعاتها امام القضاء الوطني وقضاء التحكيم، الأمر الذي خلق أزمة تعرف بازمة تنازع القوانين[1]، بحيث أصبحت القوانين الدولية الخاصة للدول عاجزة عن ملاحقة ما يشهده النشاط التجاري من مستجدات قانونية، مما ساعده على إبراز دور القضاء الوطني في المساهمة بايجاد حلول لفض المنازعات التجارية الدولية، بالاخص في الدول التي تشهد تطور اقتصادي نتيجة فتح حدودها امام المستثمرين الاجانب، مما ادى الى تعويل القضاء الوطني في احكامه في منازعات التجارة الدولية على اعراف التجارة الدولية [2] ويتخذ تطبيق القاضي الوطني لاعراف التجارة الدولية صورتين وهي كالاتي:

اولاً:آلية التطبيق المباشر:

تنطبق أيضاً قاعدة عدم الجواز بالاعتذار بجهل القانون على تطبيق القاضي الوطني لاعراف التجارة الدولية، باعتبارها قواعد قانونية غير مكتوبة، مما يفترض معه علم القاضي بهذه الاعراف التجارية، فتطبق المحكمة هذه الاعراف من تلقاء نفسها دون الاحالة لها من اطراف النزاع، او التوصل لها من خلال القانون الواجب التطبيق، كون ان اعراف التجارة الدولية تتسم بالمرونة، فيتجه القاضي الى تطبيقها بشكل مباشر دون الحاجة الى اعمال ضابط الاسناد، الامر الذي يعد منافياً لالتزام القاضي بتطبيق قواعد الاسناد في قانونه الوطني وهي قواعد امرة تطبق على كل نزاع يشمل عنصراً أجنبياً[3]، الا ان ماتتمتع به التجارة الدولية من خصوصية يحتم التطبيق المباشر لقواعد التجارة الدولية منطلق من منهج الاسناد التقليدي، فان ادراك تطبيق اعراف التجارة بشكل مباشر يكون في ظل النظرية الاحادية للاسناد [4].

---

[1] د.احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج القوانين، بلاط، مؤسسة الشباب الجامعية، بلا بلد نشر، 1989، ص4.

[2] د.مصطفى البيتر، قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، جامعة الرباط، 2005، ص140-143.

[3] د.هشام علي صادق،مصدر سابق، ص197.

[4] د.طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، بلاط، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000م، ص125.

بالتالي كون ان اعراف التجارة الدولية هي قواعد لاتنتمي الى نظام قانوني وطني او دولي، ممايؤدي الى عدم وجود التطبيق التنازعي مابين القانون الوطني لدولة ما وتلك القواعد العرفية، ممايجعل القاضي معتمدا بشكل مباشرعلى تطبيق اعراف التجارة الدولية دون ان يطبق ضابط الاسناد الذي يحيل الى تطبيق قانون وطني محدد.

ثانياً:آلية التطبيق غير المباشر:

الاصل هو إستعانة القاضي الوطني أثناء نظره في منازعة تجارة دولية بقواعد الاسناد الوطنية للتوصل الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امامه، التي قد توصل القاضي الى تطبيق اعراف التجارة الدولية.

الا إن جانب من الفقه اتجه الى التشدد في تعيين القوانين التي تتنازع لاجل التطبيق، قائلين بعدم إمكانية إحالة قواعد الاسناد الى الاعراف التجارية الدولية كونها قواعد عبر وطنية، بالتالي فانه لايمكن تصور التنازع بينها وبين القوانين الوطنية، فالتنازع مقتصر على قوانين دول ذات سيادة، الا ان هذه القاعدة ليست ثابتة، اذ في المادة (19) من اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام1980 اشارت الى ان التنازع يعد قائماً بين قواعد او شرائع لوحدة اقليمية لاتتسم بصفة الدولة، كأن يكون التنازع بين عدة شرائع لذات الدولة الواحدة، الامر الذي جعل من المتصور تزاحم اعراف التجارة الدولية مع القوانين الوطنية [1].

فبالتالي يعمد القاضي الى اعمال قواعد الاسناد الوطنية للوصول الى القانون الواجب التطبيق، التي قد تحيله الى تطبيق اعراف التجارة الدولية بناء على ضابط الاسناد وهو ارادة الاطراف التي اتجهت الى تطبيقها، بالتالي فالقاضي في هذه الحالة يكون ملزم بتطبيق اعراف التجارة الدولية [2].

[1] د.محمد منير ثابت، تنازع القوانين في التعاقد، اطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة مصر، ص291.
[2] د.احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بلاط، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990م، ص85.

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي من إسناد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الى إرادة الاطراف نصت المادة (25) من القانون المدني العراقي على:"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان اويتبين من الظروف قانونا اخر يراد تطبيقه"، نلاحظ ان المشرع العراقي منح لاتفاق اطراف العقد الدولي الاولوية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وفي حالة خلو العقد من الاتفاق او من موطن مشترك او عدم امكانية تحديد الدولة التي تم فيها العقد، يمكن للقاضي ان يستنتج القانون الواجب التطبيق سواء من الارداة الضمنية للاطراف او من قواعد التجارة الدولية التي عالجت مسالة القانون الواجب التطبيق في العديد من الاتفاقيات الدولية.

بينما جاء موقف المشرع المصري والمشرع الاماراتي مشابه لموقف مشرعنا العراقي وذلك في نص المادة (19) من القانون المدني المصري اذ نصت:"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك اذا اتحدا موطنا فان اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذه مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، وكذلك موقف المشرع الاماراتي في نص المادة (19/1) من قانون المعاملات المدنية:"1-يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطناً، فان اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان او يبين من الظروف ان قانونا اخر هو المراد تطبيقه".

وذلك ايضاً ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في عام 1980 [1]، اذ رفضت المحكمة تطبيق اعراف التجارة الدولية على عقد بيع طالما ان اطراف العقد لم يشروا اليها صراحة في عقدهم، حيث القت المحكمة عبء اثبات هذه الاعراف على عاتق الخصم المتمسك بها.

[1] د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بلاط، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص154.

بالاضافة الى الصورة الاخرى وهي إحالة قواعد الاسناد الوطنية القاضي الوطني الى إعمال اتفاقية دولية تنص على تطبيق اعراف التجارة الدولية، كأن تحيل قاعدة الاسناد القاضي الوطني الى تطبيق اتفاقية الامم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع 1980م، اذ نصت المادة (9) على:"2-مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض ان الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما او على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به او كان ينبغي ان يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الاطراف في العقود المماثلة السارية في ذات فرع التجارة".

وتجدر الاشارة الى أن أهم الاعراف التجارية التي أعترف القضاء الفرنسي بشرعية تطبيقها هي شرط الدفع بالذهب عام1950م.

نرى مما سبق إمكانية تطبيق أعراف التجارة الدولية امام القضاء الوطني عن طريق آليات متعددة، الا انه يمكننا القول بانها لاتعد الوسيلة الاضمن لمصالح اطراف العقد التجاري الدولي لعدة اسباب، اهمها، بطئ اجراءات التقاضي الامر الذي يؤدي بالنتيجة الى ارتفاع تكلفتها، بالاضافة الى تمتع العقود التجارية الدولية بالمرونة التي لايمكن للقواعد الوطنية للقاضي استيعابها والتجاوب معها، و أيضاً تجدر الاشارة الى مايواجهه القاضي الوطني من عراقيل تصعب عليه معها الفصل في النزاع، كعدم المام القاضي الوطني ببعض من معطيات التجارة الدولية كسعر الصرف لعملة ما، اوالمنافسة وغيرها من العقبات.

الامر الذي دفع المتعاملين في مجال التجارة الدولية الى إيجاد طريقة أمثل لفض نزاعاتهم تتناسب مع حاجاتهم وخصوصية عقودهم، لذلك أحتل التحكيم التجاري المرتبة الأساسية في العقود التجارية الدولية لملاءمته لحاجات ومتطلبات التعاملات التجارية الدولية، وعمل التجار على إدراج شرط التحكيم في عقودهم حفاظاً على استقرار معاملاتهم وتحقيقا لمصالحهم، مما جعل منه البديل الامثل للقضاء الوطني.

المطلب الثاني: إثبات العرف التجاري الوطني

بما ان العرف كالتشريع باعتباره قاعدة قانونية، الا إن العلم بالتشريع والمعرفة به تكون أيسر و أسهل على قاضي الموضوع من العلم بالعرف والمعرفة به، كون التشريع هو نصوص مكتوبة في قوانين معلومة، بينما العرف هو قاعدة عملية ملزمة متبعة ضمن حدود تعاملات جماعة او طائفة معينة، الامر الذي يصعب على القاضي معرفة العرف كونه عرف خاص وغير مدون او واسع الانتشار، وكذلك فان أعتبار العرف من مسائل القانون او من مسائل الواقع، جعلت أمر عبء اثبات العرف التجاري نقطة اختلاف بين الفقهاء، فهل يقع عبء الاثبات على القاضي ام يكلف الخصم المدعي باثباته؟ الامر الذي أدى الى ظهور اتجاهات فقهية مختلفة تحكم هذه المسألة وهي:

الفرع الاول: عبء اثبات العرف التجاري على عاتق القاضي

اتجه هذا الجانب من الفقه، الذي يمثل الجانب الفقهي الحديث الى أن عبء إثبات العرف لا يقع على عاتق الخصم المدعى به، بل يقع عبء اثباته على قاضي الموضوع وحده، دلالتهم بذلك ان العرف ما هو الا قاعدة قانونية أي إنه عنصر من عناصر القانون، بالتالي فان القاضي ملزم بتطبيق جميع القواعد القانونية سواء تشريعية او عرفية و ملزم أيضاً باثباتها من تلقاء نفسه، وان التثبت من وجود هذه القاعدة العرفية والعمل بها يعد من صميم عمل القاضي[1]، أما الخصوم فلا يتعين عليهم إثبات القاعدة القانونية، وهذا يعود لتعارض الامر مع النظام القضائي الذي يقوم على إفتراض علم القاضي بالقانون وتطبيقه من تلقاء نفسه.

بمعنى ان هذا الاتجاه يسري على إفتراض علم القاضي بجميع القواعد القانونية، وفقاً لقاعدة القاضي يعلم القانون[2]، وبناء على هذا القاعدة فان القاضي يكون مكلف بالبحث عن القواعد

[1] د.غالب علي الداودي، المدخل لدراسة علم القانون،ط7،دار وائل للنشر،الاردن،2004م، ص171/د.حسن كيره، مصدر سابق، ص269.

[2] د.الانصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلاط، كلية الحقوق جامعة بنها، 2001، ص298.

القانونية العرفية التجارية التي يمكن اعتمادها وتطبيقها على النزاع المعروض عليه ولا يعد حكمه بذلك عرضة للطعن.

إلا إن جانب من هذا الاتجاه الفقهي اتجه الى عدم إمكانية القاضي الإلمام بالاعراف التجارية كون ان القاعدة القانونية العرفية تتميز بطبيعة خاصة كونها قواعد غير مكتوبة، الامر الذي يصعب على القاضي إمكانية الالمام والعلم بجميع هذه القواعد، وإن إلقاء عبء إثبات هذه الاعراف على عاتق القاضي وحده دون الإستعانة بأي خبراء يعد أمر لايمكن إعماله عملياً بالاضافة الى إنهم عدوه أمر مجحف[1]، لذلك أخذوا بعين الاعتبار هذه المسألة، قائلين بامكانية قاضي الموضوع الاستعانة بالغرف التجارية وبما تعطيه من شهادات مكتوبة في هذا الشأن[2]،كون إن القاعدة العامة تجري بان تستعين المحاكم بالخبراء في مجال نوع العمل التجاري محل النزاع، إلا إن للقاضي حرية تقدير الشهادات او أدلة الاثبات المقدمة له، فلا يتقيد بما يقدم له من أدلة.

وهذا ما تبناه المشرع العراقي في قانون غرف التجارة والصناعة رقم (43) لسنة1989 النافذ، إذ حددت المادة (9) على أهداف غرفة التجارة فنصت في فقرتها الثانية على: "تحديد العرف والعادة السائدين في الشؤون التجارية ضمن المنطقة الجغرافية لإختصاصات الغرفة".

نرى من المادة أنفة الذكر إن المشرع العراقي إنطلاقاً من إنه يعد العرف التجاري قاعدة قانونية على القضاء عب إثباتها، فمكن القاضي من الإستعانة بأهل الاختصاص والخبرة، فلقد أناط لقانون الغرف التجارية مهمة تحديد مفهوم العرف التجاري، وذلك حسب الاختصاص المكاني للغرفة التجارية، من خلال الشهادات التي تصدرها تلك الغرفة لهذا الغرض، وبذلك عمل المشرع على معالجة إشكالية إثبات العرف أمام القضاء، الذي قد يكون في أغلب الأحيان أمر مبهم و غير ممكن على القاضي إثباته لذلك جعل مهمة تقديم الخبرة و المعونة للقاضي الى غرفة

[1] د.محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص34.
[2] د.مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ج1، بلاط، القاهرة، 1956م، ص86.

التجارة لإثبات الاعراف التجارية السارية ضمن الوسط التجاري و بذلك يصبح أمر اثبات العرف أيسر على القاضي.

وكذلك كان موقف المشرع المصري في قانون الغرف التجارية رقم (189) لسنة1951 المعدل بالقانون رقم (6) لسنة2002 إذ نصت المادة (14) من الباب الثاني المعنون باختصاصات الغرف التجارية على: "تقوم الغرفة التجارية بجمع كافة المعلومات والإحصاءات التي تتعلق بالتجارة والصناعة وتبويبها ونشرها وإتخاذ الاجراءات التي تكفل مسايرة تطورات التكنولوجيا العالمية في مجال النهوض بالتجارة وإمداد الحكومة بالبيانات والمعلومات والإراء المتعلقة بالمسائل التجارية والصناعية وتحديد العرف التجاري".

نرى إن هذا الجانب من الفقه تجنب مايعرقل سير القضاء وهدف الى حسم القضية دون أية صعوبات عملية يمكن ان تواجه قاضي الموضوع، وذلك من خلال تطويع الفكرة التي تبناها بداية وهي إن عبء اثبات العرف يقع على عاتق القاضي فقط، لتكون قابلة التطبيق عمليا، وذلك من خلال تمكين القاضي بالإستعانة بذووي الخبرة كالغرف التجارية لإثبات العرف التجاري الساري بين التجار.

الفرع الثاني: عبء اثبات العرف التجاري على عاتق الخصوم

إتجه الجانب الاخر من الفقه والذي يمثل التوجه التقليدي المبني على فكرة مؤداها إعتبار العرف أحد عناصر الواقع، و إن إثباته يقع على عاتق الخصوم وحدهم دون إن يكون للقاضي اي دور في عملية إثبات العرف التجاري، وحجتهم في ذلك هو تعدد الاعراف التجارية، التي يستحيل معها للقاضي أن يكون ملم بها، فعند تمسك أحد الخصوم التجاريين بقاعدة عرفية تجارية، للقاضي أن يكلف هذا الخصم بإثبات وجود العرف ان كان هذا العرف غير شائعاً كأن

يكون خاصاً بطائفة اومهنة معينة يجهلها القاضي[1]، بالإضافة الى إن الخصوم هم أكثر دراية من سواهم بالاعراف السائدة بينهم ويعدون هم واضعين هذه الاعراف ومطبقيها، وبالتالي هم الأقدر على إثبات وجود هذه الاعراف.

حاول جانب من هذا الاتجاه الفقهي الى تطويع فكرة إلقاء كامل عبء إثبات العرف التجاري على احد الخصوم، وإنه يمكن أن يكون دور الخصوم هو معاونة القاضي في مسألة إثبات العرف التجاري، وان هذه العملية تمر بمرحلتين وهي المرحلة التي يعمل الخصم على إثبات عناصر العرف التجاري السائد و وضعها امام قاضي الموضوع، والمرحلة الثانية هي مرحلة تعاون القاضي مع الخبراء او شهادات غرف التجارة أن يقضي بثبوت العرف التجاري، مما يعني ان الخصم ابتداءاً غير مكلف بالاثبات وإنما لتذليل الصعوبات العملية التي تواجهها القضية وجب على الخصم المدعي بالعرف التجاري إقامة الدليل على تطبيق وثبوت هذا العرف[2].

تبنى المشرع الاماراتي هذا الإتجاه الفقهي الذي أتجه الى إن عبء اثبات العرف التجاري يقع على عاتق الخصوم كمرحلة اولى، ومن ثم كمرحلة ثانية فانه على القاضي التحقق من ثبوت هذا العرف التجاري، وذلك في قانون اثبات المعاملات المدنية والتجارية رقم (35) لسنة2022إذ نصت المادة (90) على:"1-على من يتمسك بالعرف او العادة بين الخصوم ان يثبت وجودهما وقت الواقعة.2-لاي من الخصوم الطعن في ثبوت العرف او العادة بين الخصوم، كما ان لهم معارضتهما بما هو اقوى منهما".واشار المشرع الاماراتي الى دور القاضي في اثبات العرف في المادة (90) التي نصت على:"للمحكمة عند الاقتضاء ندب خبير

[1] د.احمد الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الاردني، بحث منشور في مجلة مؤتة، العدد(6) لسنة2000، ص18/د.عالية سمير، اصول القانون التجاري، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، 1996م، ص47.

[2] د.عالية سمير،اصول القانون التجاري،ط2،المؤسسة الجامعية للنشر،بيروت،1996م، ص48.

للتحقق من ثبوت العرف او العادة بين الخصوم، وفقاً للاحكام المقررة في الباب العاشر من هذا القانون"[1].

نرى إن المشرع الاماراتي قد توفق بتبنيه هذا الاتجاه كونه الارجح، لإشراكه الخصوم و القاضي في عملية اثبات العرف التجاري، بحيث يعد الخصوم التجاريين هم مقننين هذه الاعراف والأدرى بسريانها وتطبيقها، بالإضافة الى قاعدة علم القاضي بالقانون كون إن القاعدة العرفية ماهي إلا قاعدة قانونية بالتالي فان القاضي ملزم بالعلم بها، الا انه لتسيير سير القضية وإنطلاقاً من ان هذه القاعدة القانونية العرفية تمثل قانون غير مكتوب فانه من الأمثل إشراك الخصوم مع القاضي في تحمل عبء اثبات العرف التجاري.

الخاتمة

النتائج:

1- للعرف التجاري دورا هاماً لا يمكن انكاره في تفسير العقد التجاري وذلك من خلال تفسير قصد المتعاقدين في حال ان كانت الفاظ العقد غامضة تفتقر للوضوح،بالاضافة الى دور العرف في تكييف العقد،ويتم اللجوء للعرف التجاري لتفسير العقد وفق شروط معينة لابد من تحققها وهي:غموض عبارة العقد و غياب النص القانوني المفسر.

2- للعرف التجاري دورا اساسياً في نطاق البيوع التجارية الوطنية، كالبيع بشرط المذاق، وتحديد ميعاد تسليم المبيع.

[1] جاء الباب العاشر بعنوان (الخبرة) وتناول النصوص القانونية التي تحكم عمل الخبير وذلك من المادة (109-125).

3- لتطبيق العرف التجاري الوطني امام القضاء الوطني آلية معينة، فعلى اعتبار ان العرف التجاري قاعدة قانونية غير مكتوبة ربط الفقه تطبيقه العرف التجاري بقاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون).

4- لتطبيق العرف التجاري الدولي أمام القضاء الوطني آليتين وهي :آلية التطبيق المباشر والية التطبيق غير المباشر، واتجه المشرع العراقي الى تأييد الية التطبيق غير المباشر وذلك من خلال اسناد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لارادة اطراف العقد في نص المادة (25) من القانون المدني العراقي.

5- تبنى المشرع العراقي الاتجاه الفقهي القائل باستعانة قاضي الموضوع بالغرف التجارية في اثبات تحقق وقيام العرف التجاري بوصفه قاعدة قانونية يتحمل القاضي عبء اثباتها كاية قاعدة قانونية أخرى، وذلك في نص المادة (9) من قانون غرف التجارة والصناعة رقم (43) لسنة 1989م النافذ.

التوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي ان يحذو حذوى المشرع الاماراتي فيما يخص باثبات العرف التجاري، وذلك باشراك الخصوم والقاضي بعبء اثبات العرف التجاري، وجعل اثباته في المرحلة الأولى على عاتق الخصوم، وذلك على اعتبار ان القاعدة العرفية قاعدة قانونية غير مكتوبة، يكون الخصوم (التجار) هم الأدرى بسريانها وتطبيقها.

2- نوصي المشرع العراقي بإعادة صياغة نص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة1969م النافذ وذلك للإشارة صراحة الى شمول القواعد العرفية ضمن النص دون تكبد مشقة الاجتهاد وتحليل النص، على ان تكون إعادة الصياغة على النحو الآتي:"اذا كان الحكم قد بني على مخالفة قاعدة قانونية او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله"باستعمال لفظ القاعدة القانونية

نكون قد اشرنا بشكل صريح ومباشر الى شمول القاعدة العرفية لان مصطلح (القاعدة القانوني) تشمل القاعدة القانونية المكتوبة (التشريع) والقاعدة القانونية غير المكتوبة (العرف)

قائمة المصادر

أولاً: كتب الفقه الاسلامي:

1- سليم رستم،شرح المجلة،ط3،مجلد1،منشورات الحلبي الحقوقية،بلابلد نشر،بلا سنة نشر.

2- محمد حسين كاشف،تحرير المجلة،ج1،ط1،المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية،1422هـ.

3- مصطفى احمد الزرقا،المدخل الفقهي الاعام،ج1،ط2،دار القلم،دمشق،2004م.

ثانياً:المصادر القانونية:

1- د.أحمد شوقي عبد الرحمن،الدراسات البحثية في نظرية العقد،بلاط،منشأة المعارف،الاسكندرية،2006.

2- د.أحمد عبد الحميد عشوش،تنازع مناهج القوانين،بلاط،مؤسسة الشباب الجامعية،بلابلد نشر،1989م.

3- د.أحمد عبدالحميد عشوش،قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة،بلاط،مؤسسة شباب الجامعة،الاسكندرية،1990م.

4- د.الانصاري حسن النيداني،قانون المرافعات المدنية والتجارية،بلاط،كلية الحقوق،جامعة بنها،2001م.

5- د.برهان خليل زريق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والاداري،بلاط،مطبعة الارشاد،بلا سنة نشر،بلابلد نشر.

6- د.جاك غستان،المطول في القانون المدني،مفاعيل العقد واثاره،ط2،المؤسسة الجامعية،بلابلد نشر،2008م.

7- د.حسن كيره،اصول القانون،بلاط،دار حداد،البصرة،1965م.

8- د.طرح البحور علي حسن،تدويل العقد،بلاط،منشأة المعارف،الاسكنجرية،2000م.

9- د.عالية سمير،اصول القانون التجاري،ط2،المؤسسة الجامعية للنشر،بيروت،1996م.

10- د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري،ط1،منشأة المعارف،الاسكندرية،1998م.

11- د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط،ج1،المجلد الاول،مصر،بلاسنة نشر.

12- د.عبدالحكم فوده،تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن،ط2،منشأة المعارف،الاسكندرية،2002م

13- د.غالب علي الداوودي،المدخل لدراسة علم القانون،ط7،دار وائل للنشر،الاردن،2004م.

14- د.فايز محمد حسين،دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه،بلاط،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،2011م.

15- د.محمد حسين منصور،احكام البيع،بلا ط،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2002م.

16- د.محمد فريد العريني،القانون التجاري اللبناني،بلاط،المطبعة العالمية،مصر،بلا سنة نشر.

17- د.مصطفى كمال طه،القانون التجاري،ج1،بلاط،القاهرة،1956م.

18- د.هشام علي صادق،القانون الدولي الخاص،بلاط،دار الفكر الجامعي،القاهرة،2003م.

19- د.هشام علي صادق،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،بلاط،منشأة المعارف،الاسكندرية،بلاسنة نشر.

ثانياً:الرسائل والاطاريح:

1- عبد الفتاح حجازي،تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن،رسالة ماجستير مقدمة الى البحوث والدراسات القانونية،جامعة بغداد،1998م.

2- محمد منير ثابت،تنازع القوانين في التعاقد،اطروحة لنيل الدكتوراه،كلية الحقوق،جامعة مصر،بلاسنة.

3- مصطفى البيتر،قانون التجارة الدولية،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة،كلية الحقوق،جامعة الرباط،2005م.

4- مقني بن عمار،القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضامن الاجتماعي(دراسة مقارنة)اطروحة دكتوراه في القانون الاجتماعي،كلية الحقوق،جامعة وهران،الجزائر،2009م.

ثالثاً:البحوث:

1- د.أحمد الخشروم،مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الاردني،بحث منشور في مجلة مؤتة،العدد6،لسنة 2000م.

2- د.جاسم علي سالم،العرف في القانون الخاص لدولة الامارات العربية المتحدة،بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت،العدد الثاني،السنة التاسعة عشر،1995م.

رابعاً:القرارات القضائية:

1-قرار رقم(942)لعام 1968م،هيئة عامة،قضاء محكمة التمييز في العراق،المجلد السادس،دار الحرية للطباعة،مطبعة الحكومة،بغداد،1972م.

خامساً:القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم(40)لسنة 1951 المعدل.

2- قانون التجارة العراقي رقم (30)لسنة 1984 المعدل.

3- قانون غرف التجارة والصناعة رقم(43)لسنة 1984 المعدل.

4- القانون المدني المصري رقم(131)لسنة 1948 المعدل.

5- قانون الغرف التجارية المصري رقم(189)لسنة 1951 المعدل.

6- قانون التجارة المصري رقم(17)لسنة 1999 المعدل.

7- قانون الاجراءات المدنية الاتحادي الاماراتي رقم (42)لسنة 2022 النافذ.

8- قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم(35)لسنة2022 النافذ.

9- قانون المعاملات التجارية الاتحادي الاماراتي رقم(50)لسنة 2022 النافذ.