

إشكالية تطبيق العرف التجاري

المدرس المساعد رغد فوزي عبد الطائي
جامعة الكوفة/ كلية القانون

Legislation is regarded as the general official source for the law although the encircling of the whole details of the legal life is an impossible matter whether the civil or commercial treatments; the custom rules have a great role in the construing the will of both extremes generally in the civil or situation and in the commercial one specifically .custom is regarding as away for permeating of behavioral rules that carried out as an unwitting one because people are usually having a specific behavior to regulate any part of their social life from which a base will be arise to which all of them feel an obligation to follow it.

The commercial custom appeared gradually as a condition in the merchant's agreements whether it is related to objective or legal matter and by the continuity of listing these conditions, they became classical habits, then they became indirectly understood without the need of a text for them.

And by the continuous judgments that suppose its presence it become custom and lastly it may become stronger than legislation in its obligation and if there is any disagreement between them this may lead to the ignorance of the second and application of the first.

So for the application of the custom the people must prove its presence and its consisting.

The judge is not obligated to apply an unstable custom but in case of its presence he must apply it.

المقدمة

يعد التشريع المصدر الرسمي العام للقانون، ومع ذلك فإن الإحاطة بجميع دقائق الحياة القانونية أمر غير ممكن سواء بالنسبة للمعاملات المدنية أم المعاملات التجارية وتلعب القواعد العرفية في الواقع المدني عموماً والتجاري على وجه الخصوص دوراً كبيراً في تفسير إرادة الطرفين، ويمكن لهذه القوة الإلزامية التي لا تقل في الحياة العملية عن قوة القواعد التشريعية أن تفوقها أحياناً كما سنرى من خلال البحث، ويعتبر العرف طريقاً لنفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قواعد غير مكتوبة متأية من اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها وللعرف في المسائل التجارية أهمية خاصة ذلك إن أغلبية قواعد القانون التجاري نشأت كعاديات وأعراف متبعة بين التجار ثم دونت معظم هذه القواعد في نصوص تشريعية وكان ذلك هو السبب في تحول أغلب القواعد العرفية إلى نصوص تشريعية وذلك لقلّة هذه النصوص في المسائل التجارية وعجزها عن ملاحقة تطور الحياة وحاجياتها

والعرف التجاري ينشا بصورة تدريجية ، فيدرج أولا كشرط في اتفاقات التجار سواء تعلق هذا الشرط بأمر مادي كطريقة حزم السلع أو نقلها أم بأمر قانوني كتحديد آجال خاصة لتنفيذ الالتزامات التجارية وباستمرار إدراج مثل هذه الشروط تصبح عادات تقليدية ثم تصير مفهومة ضمنا دون الحاجة إلى النص عليها وتواتر الأحكام القضائية على افتراض وجودها وعندئذ يقال أنها أصبحت عرفا . وأخيرا قد يكون العرف أقوى في قوة إلزامه من نص القانون فيعلوه ويطبق على القضية المعروضة أولا وإذا وجد ثمة تعارض بينه وبين نص القانون ، فقد يؤدي ذلك أحيانا وفي حالات معينة إلى إهمال النص وتطبيق العرف وسنرى ذلك واضحا بالنسبة لتطبيق العرف البحري وتغلبه على نص القانون البحري . ولذا سيتم تقسيم البحث إلى مبحثين نناقش في الأول ماهية العرف التجاري أما المبحث الثاني فنبين فيه أحكام العرف التجاري القانونية .

المبحث الأول

ماهية العرف التجاري

إن الكلام عن ماهية العرف يقتضينا أن نوضح تعريفه وبيان أركانه التي نستقيها من ذلك التعريف لذا سنقسم مادة هذا المبحث إلى مطلبين نبين في الأول مفهوم العرف التجاري باعتباره مصدر من مصادر القانون التجاري أما الثاني فسنوضح أركان هذا المصدر القانوني .

المطلب الأول: مفهوم العرف التجاري

ونحاول في هذا المطلب أن نضع تعريفا للعرف ومن ثم نميزه عن العادة الاتفاقية.

أولا: تعريفه

يعد العرف مصدر من مصادر القانون التجاري، ولم يورد القانون التجاري القواعد القانونية التي يرجع إليها القاضي في حل النزاعات القضائية المعروضة فقد اقتضت (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 وثانيا: 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 الآنف 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: فقد أشارت المادة الأولى منه إلى انه: (٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمه 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.

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 في أية 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 التشريعⁱⁱ.

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 عدم 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.ⁱⁱⁱ

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^{iv}. 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 ونجمن بصدد التمييز بين العادة الاتفاقية والعرف.

ثانيا: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

إن العادة الاتفاقية التجارية تختلف عن العرف التجاري في إنها لا تكنسب قوتها الإلزامية إلا من إرادة الطرفين، فهي تنشأ 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 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 وإثبات 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 التمييز^v.

ومثال العادة الاتفاقية إن المشتري إذا وجد نقصا أو عيبا في المبيع فإن الأصل إن يفسخ عقد البيع إلا أنه كتاجر يستمر في إبرام الصفقة وله الحق بالمطالبة بإنقاص الثمن.

المطلب الثاني: أركان 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، معاملاتهما من نوع خاص وأركان العرف التجاري هي الركن المادي والركن المعنوي.

أولا: الركن المادي

ويعني نشوء عادة قانونية وهذا الركن يتطلب توافر الشروط الآتية:^{vi}

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 تنشأ 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.
٥. علم الوسط التجاري ككل بموضوع العادة واستقرارها .
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 إليه المادة (٣٢) من قانون النقل النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ عندما نصت على: ((يلتزم الناقل بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه وإلا 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^{vii}
٧. واخبرا 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.

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 تقتنر بجزء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها.

وهذا الشعور بالإلزام هو شرط جوهري لتكوين العرف، فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة، فإنه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية ملزمة للأفراد وواجبة الاحترام شأنها في ذلك شأن 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 بر(الخدمة)، فقد كان دفع هذه النسبة عادة في أول الأمر تقدم بموجبها هدية اختيارية لخدم الفنادق والمطاعم، وبمرور الزمن اكتسبت هذه العادة عنصر الإلزام فتحوّلت إلى عرف قانوني لا مجال للتخلص منه .

على إن هناك نوع من العادات لا يتصور إطلاقاً 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 المعاملات الاجتماعية البحتة ولا صلة لها بالقواعد القانونية.

ومن أمثلة العرف افتراض التضامن بين المدينين عند تعددهم في المعاملات التجارية، بحيث يجوز للدائن اقتضاء كامل الدين من أي واحد من المدينين خلافاً 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 شهرياً في مناطق معينة وتسديده فصلياً أو نصف سنوي أو سنوي في مناطق أخرى، فإذا لم يتضمن عقد الإيجار ما يشير إلى طريقة الدفع ولم ينص القانون على طريقة معينة فإن المحكمة تحكم وفقاً للعادات السائدة في المنطقة التي يقع فيها المأجور.

المبحث الثاني

أحكام العرف التجاري

بعد بيان ماهية العرف التجاري لا بد من بيان الأثر القانوني الذي ينتج هذا العرف من خلال الكلام عن نطاق العرف وبيان قوة إلزامه، لأن العرف يعتمد عليه بشكل رئيسي في قوانين معينة تعد فروعاً من القانون التجاري فلا بد من معرفة الحكم عند تعارض العرف مع قاعدة قانونية من الذي يرجح ويطبق على المسألة المعروضة ؟ ومن الشخص الذي يعد مسئولاً عن إثبات وجود العرف واستقراره بركنيه؟ إن الإجابة عن هذين السؤالين تتم عبر المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: نطاق تطبيق العرف التجاري

تشير أغلب نصوص القوانين التجارية الأجنبية والعربية إلى إن العرف يأتي بالمرتبة التالية للنصوص التجارية والمدنية من حيث الترتيب ، فإذا افتقر القاضي للنص التشريعي لجأ إلى العرف التجاري يستمد منه الحكم، وفي هذا يغلب العرف الخاص والمحلي على العرف العام والأخير هو الذي يعمل به في إقليم الدولة كله^١، أما

^١ د باسم محمد صالح -المصدر السابق -ص ١٧

العرف المحلي فهو المطبق في بعض أجزاء الدولة وهو كثير كالعرف المطبق في المناطق التجارية أو الزراعية أو الصناعية أو الموانئ.

أما العرف الخاص فهو الذي ينظم علاقات معينة كالعرف المتبع في تجارة المواشي أو الحبوب أو السيارات المستعملة .

ولابد من توضيح نطاق هذا التطبيق في القوانين التجارية بشكل عام، وفي القانون التجاري البحري على وجه الخصوص .

أولاً: نطاق تطبيق العرف في القوانين التجارية عموماً

استخدم العرف على نطاق واسع وفي العديد من مواد القانون التجاري، سواء بالنسبة للقانون العراقي الذي اعتمده في تحديد نوع المنافسة غير المشروعة ووقت اعتبارها كذلك، وهذا ما أشارت إليه القوانين الخاصة بتنظيم أعمال ومهن معينة كقانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية وقانون العلامات والبيانات التجارية، حيث إن لا يجوز أن يتبع المشرع التجاري أو التاجر أساليب من المنافسة لا تتفق والممارسات المألوفة ونزاهة التعامل التي تقتضيها الحياة التجارية وتؤدي إلى الأضرار بالآخرين الذين يمارسون النشاط .

كما أشارت القوانين العربية إلى استخدام العرف كمصدر للقانون التجاري، حيث نصت المادة ١/٥٩ من القانون التجاري الأردني إلى إن عقود البيع والقرض والتأمين وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني والعرف، وكذلك المادة ١/٩٢ التي تنص على: (فيما خلا الحالة المذكورة في المادة السابقة، لا يكون الوكيل بالعمولة مسئولاً عن عدم الوفاء أو عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم إلا إذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقضي بذلك)، كذلك ما نصت عليه المادة ١١٣ من نفس القانون إلى (وقف الحساب الجاري وتصفيته في آجال الاستحقاق المعينة بموجب العقد أو بحسب العرف المحلي) وبالإضافة إلى ذلك فإن قانون الشركات النافذ يعتبر العرف مصدراً رسمياً من مصادر القانون التجاري يرجع إليه بشكل أساسي .

ويرى جانب من الفقه^(٢) إن حكم العرف كحكم الشرط و الاتفاق فيما يمكن أن يكون الاتفاق فيه شريعة المتعاقدين، ويعتبر العرف بهذه الصورة شرطاً ضمناً في عقود التجار ومعاملاتهم ولو لم ينص عليه العقد .

ثانياً: نطاق تطبيق العرف في القانون البحري على وجه الخصوص

مع إن الأصل انه حيث لا يجد القاضي نصاً تشريعياً يحكم النزاع فإنه يطبق العرف، شرط إن لا يخالف العرف قاعدة قانونية أمرة وقد توجب نصوص قانون التجارة البحرية (مشروع القانون التجاري البحري) أعمال حكم العرف في بعض الأحوال، وللعرف البحري أهمية بالغة نظراً لقلّة النصوص التشريعية في نطاق القانون البحري وعجزها عن ملاحقة حاجيات الملاحة التجارية البحرية المحدودة والمعروفة بعد ذلك لأن القانون البحري نشأ نشأة عرفية، وبخصوص العرف البحري يلاحظ البعض^٣ بحق إن العرف كما يخلق قواعد

^٢ د. عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية- ج١- جامعة الكويت -١٩٧٢- ص٣٠

^٣ د. عبد المنعم خلاف- غرامة التأخر ومكافأة كسب الوقت- دار النهضة العربية- القاهرة-١٩٨٨- ص١٠٧

قانونية يمكن إن يصل إلى حد إلغاء التشريع. فمثلا جرى العرف البحري على تحرير سند الشحن من نسختين أو ثلاث نسخ على خلاف ما تقضي به المادة ١٠٠ من قانون التجارة الفرنسي الملغى في وجوب كتابة سند الشحن من أربع نسخ أصلية على الأقل والمادة ٧٤ من نفس القانون توجب تعيين السفينة في عقد التأمين في حين جرى العرف على عكس ذلك^٤.

ولذا يتعين إعمال قواعد العرف البحري قبل اللجوء إلى الإحكام التي يقرها القانون التجاري والقانون المدني.

المطلب الثاني: قوة إلزام العرف التجاري

لا بد من معرفة مدى إمكانية تطبيق ما سبق وقلنا به من الناحية العملية فلو تعارض نص القاعدة القانونية مع العرف فمن هو المصدر القانوني الواجب الترجيح، هذا من ناحية ومن الطرف الملزم بإثبات العرف من ناحية أخرى؟

ومن الفقهاء^٥ من يخوض بمسألة المصدر أو الأساس في إلزام العرف والعللة في هذا التساؤل إن التشريع يستمد قوته الملزمة من السلطة التي سنته، بينما العرف لا تسنه سلطة تشريعية مختصة حتى يستمد منها قوته الملزمة، فمن أين يستمد العرف هذه القوة؟

لقد تعددت الآراء^(٦) بهذا الخصوص ونشير بهذا الصدد إشارة سريعة إلى أبرزها:

فهناك من يذهب إلى إن إرادة المشرع الضمنية هي أساس القوة الملزمة للعرف بينما يستمد التشريع قوته من إرادة المشرع الصريحة .

في حين يذهب رأي إلى القول إن ضمير الجماعة أو رضاء الشعب الضمني هو الأساس في نشوء العرف لان العرف ينشا ويتطور تلقائيا نتيجة لعوامل مختلفة دون أن تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية.

ثم ظهر من يذهب إلى إن قضاء المحاكم الذي يستقر فترة من الزمن هو الذي يجعل قاعدة معينة عرفا ملزما، بينما ذهب رأي إلى القول أن الضرورة الاجتماعية التي تفرض العرف وتحتّم وجوده لتنظيم المجتمع هي الأساس الملزم للعرف.

وفي الواقع فإن هذه العوامل 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).

أولا: عند تعارض العرف مع قاعدة قانونية

^٤ د مجيد العنبيكي-القانون البحري العراقي-بغداد-٢٠٠٢ ص ٤٣

ود. زكي الشعراوي-القانون البحري-دار النهضة العربية-مصر ١٩٧٥ ص ٥٦

^٥ جاد الله عبد الحفيظ عوض -الشروط التجارية الدولية - دار الكتب الوطنية - ليبيا - ١٩٩٦ ص ٦٦

بينما 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 عرفاً كالمشروط شرطاً، فهو ينزل بمنزلة الاتفاق (العقد) فيما بين التجار ووجوب احترام أرادة المتعاقدين توجب تطبيق هذا الاتفاق بشروطه ما لم تخالف هذه الشروط نظاماً عاماً^٦، أما في القانون البحري، فإنه يطبق أحياناً 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^٧ حيث أهملت هذه المحكمة بداءة البصرة في حكمها الذي أصدرته بالاعتماد على العرف البحري في ميناء البصرة متفقاً مع ما جاء في نصوص قانون التجارة العثماني^٨ 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 فقهي^٩ 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 نصاً آمراً سواء أكان هذا النص تجارياً أم مدنياً، حيث يرى هذا الجانب الفقهي إن العرف المخالف لقاعدة تشريعية آمرة لا يمكن أن يكون ملزماً 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. ومع تقديرنا للتبرير الذي أورده هذا الجانب الفقهي إلا إننا وجدنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع انه لا يمكننا إلا أن نسلم بالرأي القائل أن للعرف أهمية بالغة وقوة إلزام كبيرة في القوانين عموماً وفي القانونين التجاري العام إذا صح القول وفي القانون التجاري البحري على وجه الخصوص بسبب النشأة العرفية للقانونين كما هو معروف، ذلك إن ما كان ينظم ابتداء معاملات التجار ما هو سوى ما اعتادوا عليه من أعراف كانت بالنسبة لهم مجرد عادات تجارية. هذا بالإضافة إلى ما أوضحناه بالنسبة لتغيير العرف التجاري لنص في القانون الفرنسي بسبب ما اعتاد التجار عليه في ذلك الميناء.

^٦ د عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني-ج٢ - أحكام الالتزام - ط٣ - بغداد - ١٩٧٧ - ص ١٥٠

^٧ د مجيد العنكي - قانون التنفيذ وقانون التجارة البحرية العثماني - بحث منشور في شركة التأمين الوطنية - ص ٣

^٨ صدر هذا القرار عن محكمة بداءة البصرة بتاريخ ٢٤/٢/٢٠٠١ ينظر القرار بالتفصيل رسالة ماجستير للطالب نعيم كاظم جبر بعنوان الامتيازات البحرية المقررة على السفينة - كلية النهريين للحقوق - ٢٠٠١ - ص ٩٨

^٩ د عبد الحي حجازي - المصدر السابق - ص ٤٥٦

ثانياً: إثبات العرف

الأصل إن على القاضي العلم بالقانون وتطبيقه على الواقع من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم، سواء أكان القانون مستمداً 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 وإنما يخضع لرقابة محكمة التمييز.

فإذا رفع المشتري على البائع دعوى تسليم الشيء المبيع، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع، وهذه مسألة موضوعية يقرها القاضي أو ينفىها 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 الشيء المبيع، وهذه القاعدة لا يكلف الخصم إثباتها ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة التمييز.

وتطبيقاً لذلك، فإنه لما كان العرف قانوناً، فإن الخصم لا يكلف إثباته لأن القاضي ملزم العلم به ومن ثم تطبيقه تلقائياً 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 مقررًا 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.^{١٠} ويلاحظ إن محل الإثبات هو وجود قاعدة قانونية جرى بها عرف معين، ولذلك لا يجوز التعويل فيه على الإقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت عن طريقها. 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^{١١}

خاتمة:

للاهمية القانونية والعملية الخاصة بالعرف التجاري كمصدر من مصادر القانون، وجدنا ضرورة الوقوف على أحكام هذا المصدر مبتدئين بمقدمة تبين أهمية العرف التاريخية، ومن ثم محاولة

^{١٠} د سليمان مرقس- موجز المدخل للعلوم القانونية-القاهرة -١٩٥٣- ص٣٢٢

^{١١} سليمان مرقس - المصدر السابق - ص٣٢٤

أيجاد مفهوم للعرف بشكل عام، وتطبيق هذا المفهوم على العرف السائد بين مجموعة من الأشخاص اكتسبوا وصف التاجر وفقا لاحكام المادة ٧ من قانون التجارة ،حيث وجدنا إن من بين أكثر التعريفات المناسبة له هو انه مجموعة من القواعد القانونية الغير مكتوبة التي استقر العمل بها بين التجار حتى صارت مصدرا رسميا ملزما يطبق بعد النص التشريعي وفي حالات خاصة قد ينسخ العرف نص القانون أو يلغيه كما ميزنا بين العرف والعادة الاتفاقية .

والعرف قد يحكم جميع المسائل المعروضة، وتدرج قوة إلزامه من خلال كونه يقف بالمرتبة الثانية في القانون المدني، وفي المرتبة الأولى في حالات وتطبيقات معينة تتمثل في المعاملات التجارية البحرية حيث وجدنا إن القواعد العرفية التي استقر العمل في ميناء معينة تغلب على النص التشريعي في التطبيق القضائي .

وأخيرا لابد من القول إن العرف قواعد قانونية صنعها أفراد المجتمع من خلال اعتيادهم عليها وهؤلاء الأفراد هم المسئولين عن إثبات وجودها وثبوتها لكي يتم تطبيقها عليهم لذا تصدرها المحكمة المختصة بنظر النزاع فلا يمكن أن يلزم قاضي بتطبيق عرف غير مستقر لكن متى ما ثبت وجود العرف ألزم القاضي بتطبيقه باعتباره مصدر من مصادر القانون.

المصادر:

أ - الكتب

١. د. باسم محمد صالح /القانون التجاري (القسم الأول) النظرية العامة/المكتبة القانونية/بغداد/ ٢٠٠٦

٢. جاد الله عبد الحفيظ /الشروط التجارية الدولية/دار الكتب الوطنية/ليبيا ١٩٩٦

٣. د. جمال الدين عوض/القانون البحري/دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٨٧
٤. د. زكي زكي الشعراوي/القانون البحري/دار النهضة العربية/مصر ١٩٧٥
٥. د. عباس العبودي/شرح أحكام قانون الإثبات المدني/دار الثقافة للنشر والتوزيع/عمان/٢٠٠٥
٦. عبد الحي حجازي/المدخل لدراسة العلوم القانونية/ج٢/نظرية الحق/١٩٧٠
٧. د. سليمان مرقس/موجز المدخل للعلوم القانونية/القاهرة/١٩٥٣
٨. د. عبد القادر العطر الوسيط في شرح القانون التجاري/ج١/مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع/عمان/الأردن ١٩٩٩
١٠. د. عبد المجيد الحكيم/الموجز في شرح القانون المدني/ج٢/أحكام الالتزام ط٣/بغداد ١٩٧٧
١١. د. عبد المنعم خلاف/غرامة التأخر ومكافأة كسب الوقت/دار النهضة العربية/القاهرة. ١٩٨٨.
١٢. عوض احمد الزعبي/المدخل إلى علم القانون/دار وائل للنشر/عمان ٢٠٠١
١٣. د. مجيد حميد العنبي/القانون البحري العراقي/بغداد ٢٠٠٢
١٤. د. مجيد حميد العنبي/قانون النقل/بغداد ١٩٨٤

ب- الرسائل الجامعية

١. نعيم كاظم جبر/رسالة ماجستير بعنوان الامتيازات البحرية المقررة على السفينة/كلية النهرين/٢٠٠١

ج- البحوث

١. د. مجيد حميد العنبي/قانون التنفيذ وقانون التجارة البحرية العثمانية/منشورات شركة التأمين الوطنية/٢٠٠١

ⁱ د. باسم محمد صالح - القانون التجاري القسم الأول - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٦ ص ٢٠

ⁱⁱ د. عباس العبودي - شرح أحكام قانون الإثبات المدني - ط١ - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠٥ ص ٣٢

ⁱⁱⁱ عبد القادر حسين العطر - الوسيط في شرح القانون التجاري - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٩ - ص ٤٧ وايضا د. جمال الدين عوض - القانون البحري - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٧ - ص ٦٦

^{iv} د. جمال الدين عوض القانون البحري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧ ص ٧٨.

^v د. عبد القادر العطر - المصدر السابق - ص ٣١

^{vi} د. عبد الباقي البكري و زهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي - الموصل ١٩٨٩ ص ١٤٠

vii د. مجيد العنبيكي - قانون النقل - بغداد - ١٩٨٤ ص ٤١

د. عوض احمد الزعبي - المدخل إلى علم القانون - دار وائل للنشر - عمان - ٢٠٠١ ص ٢١٥ -

٢١٦