ResearchGate

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: https://www.researchgate.net/publication/343264053

العرف العقدي

Article · July 2020

CITATIONS
0

READS
174

1 author:

Alaa Hussain Ali
University of Anbar
11 PUBLICATIONS **0** CITATIONS

SEE PROFILE

All content following this page was uploaded by Alaa Hussain Ali on 28 July 2020.

The user has requested enhancement of the downloaded file.

العرف العقدي*

د. علاء حســــــــين علي•
د. رياض أحمد عبد الغفور•

ملخص البحث:

تدور فكرة البحث حول أثر العرف في العقود، والذي اصطلحنا عليه العرف العقدي وهو عبارة عن العادات التي درج عليها الناس في العقود التي يبرمونها حتى أصبحت في نظرهم ملزمة لا تجوز مخالفتها، فالبحث محاولة لوضع نظرية لهذا العرف تحدد ماهيته وآثاره في العقد.

ومن أجل وضع نظرية متكاملة للعرف العقدي حاولنا أولاً رسم الإطار العام له في العقود، وذلك من خلال تعريفه، وتمييزه عن العادة الاتفاقية، وبيان عناصره وأنواعه، وبيان قوته الملزمة، ومن ذلك تحديد مرتبة العرف العقدي في سلم تدرج القواعد القانونية التي تحكم العقد، والتي يترتب عليها تحديد قوته الملزمة في العقود بالنسبة للتشريع الذي يحكم العقد، وبالنسبة للعقد ذاته الذي يطبق فيه العرف. وحاولنا ثانياً بيان آثار هذا العرف بوصفه قانوناً، وذلك عندما يكون منشئاً للقاعدة القانونية، وآثاره بوصفه واقعة، وذلك عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١٣/٢/١٧.
• أستاذ القانون المدني المساعد – كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الأنبار –العراق.
• مدرس القانون المدني المساعد – كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الأنبار –العراق.

المقدمة:

إن الوقائع والتصرفات لا تحصى، وإن التشريعات لا يمكن أن تأتي بنص لكل واقعة وتصرف، وما دامت النصوص متناهية والوقائع غير متناهية؛ فلا يمكن إذاً للمتناهي أن يضبط اللامتناهي ويحيط به. وبموجب هذه القاعدة التي أوجدها الشهرستاني في كتابه (الملل والنحل)؛ كان لزاماً على الوسط القانوني الإيمان بقصور التشريعات وعدم كمالها، فما اليقين في القانون كما نادى به أوستن ومدرسته الشكلية إلا محض خرافة، وإزاء النقص في القانون فإن التشريع لا يمكن أن يكون المصدر الوحيد له، ولا يمكن للقاضي أن يقف عند حواف النصوص التشريعية ويرفض الدعوى بحجة عدم وجود نص تشريعي للحكم، أو بحجة غموض النص، وإلا عُد بموجب المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ممتنعاً عن إحقاق الحق، فلو كان القاضي كما يقول الفقيه الفرنسي (روبيه) (مقصوراً على القواعد التشريعية لغلب على عمله الارتباك في هذه الأيام؛ ذلك أن تنظيم اقتصادنا يتجه نحو الحرية ويقوم على أعمال المبادرة الفردية التي كثيراً ما تكون متقدمة على التشريع؛ لذلك لا تكون محكومة بنص ذلك التشريع)[١].

من هنا تعين على المشرع أن يرسم الطرق اللازمة لسد النقص المتوقع فيما يصدره من تشريعات، هذه الطرق التي على القضاء أن يسلكها عند عدم وجود نص تشريعي يحكم الواقعة، أو عند قصور النص في حال وجوده، أو غموضه. وعلى هذا لم نرَ تشريعاً ألزم القضاء أن يتقيد بنصوصه، التي يتضمنها فقط، بل إن جميع التشريعات الوضعية اعترفت بالنقص الذي يعتريها فرسمت للقضاء الوسائل

(١) نقلا عن أستاذنا د. مجيد حميد العنبكي، محاضرات في التفسير القانوني، ألقيت على طلبة المعهد القضائي، الدورة (٢٦)، للعام الدراسي ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣، ص ١٠.

التي يستخدمها لإصدار الحكم في الواقعة التي ينظرها، فالمادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ تعترف بأن هذا القانون لا يمكن أن يحيط بكل المسائل التي تتعلق بالمعاملات المالية؛ لذا نراها تشرع للقاضي الوسائل البديلة التي يسلكها لإصدار الحكم عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، ومن بين هذه الوسائل البديلة العرف، وتليه مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، ومن ثم قواعد العدالة، وذلك بالترتيب الملزم حسب آلية تدرج مصادر القانون المدني التي كفل بها المشرع للقضاء سد النقص المحتمل في التشريع.

من هنا فإن على القاضي أن يستعين بالعرف للفصل في القضية المعروضة عليه، عند غياب النص التشريعي، أو نقصه، أو غموضه. ويعد العرف من أقدم مصادر التشريع الإنساني، فقد ابتدأت البشرية بأعراف جعلت منها قانوناً تحتكم إليه، لذا فإن من يتناول موضوع العرف؛ ليبحثه في الوقت الحاضر؛ يبدو كمثل شخص يفتح قارورة عطر معتَّقة محاولاً عبثاً أن يزيد من عبقها، فهو لن يضيف شيئاً إلى ما أنضجته السنون فيها، وذلك مرده إلى طبيعة العرف في ذاته، فالعرف حتى يكون ملزماً؛ يجب أن يتصف بالقدم، وهذا يعني أنه قد مرَّت عليه فترة طويلة من الزمن، تناولته خلالها مختلف أقلام الباحثين، حتى غدا موضوعاً التهم الزمن أطرافه، وأطفأ بريقه، ولن يجلب البحث فيه نتائج جديدة.

بيد أننا سوف ندخل للعرف من باب لم يسبق للباحثين الدخول منه، وهنا تكمن الجدَّة في البحث، فلن يكون هدف الدراسة التعريف بالعرف، وبيان عناصره، بل سيكون هدفها بيان القوة الملزمة للعرف في العقود، وذلك ببيان مرتبة تدرج القاعدة العرفية بين القواعد القانونية الأخرى التي تحكم العقد، وبيان الآثار التي يرتبها هذا العرف بحسب طبيعته كقاعدة قانونية أو كواقعة، وهو هدف حادت عنه

أو تكاد أقلام الباحثين، بعد أن غدا العرف في نظرهم موضوعاً حلب الدهر أشطره ولم يعد في ضرعه ما يغري لبحثه.

هذا وتركز أهمية بحث العرف من الناحية القانونية على الدور الذي يؤديه، سواء في إطار القانون العام، أو القانون الخاص، فلا يستطيع أحد أن ينكر قيمة العرف الدستوري، والعرف الإداري، والعرف الدولي، على صعيد القانون العام. وفي القانون الخاص حظي العرف بالأهمية ذاتها على صعيد القانونين المدني والتجاري، ففي مجال التعامل يؤدي العرف دوراً كبيراً في العقود، إما بوصفه قاعدة قانونية تحكم العقود عند إبرامها وتنفيذها، أو بوصفه مجرد واقعة، وعاملاً من عوامل تفسير العقد، بحيث تشكلت في إطار العقود أعراف يمكن أن نصطلح عليها الأعراف العقدية، لم يتطرق الفقه سابقاً إليها، ولا إلى علاقتها بالعقد المبرم بين المتعاقدين، أو قوتها الملزمة في ظل وجود العقد، وإلى أي مدى يمكن لإرادة المتعاقدين مخالفتها، أو إثباتها أمام القضاء، كما لم يتطرق الفقه العراقي إلى الكيفية التي تعامل فيها المشرع العراقي مع هذه الأعراف في إطار العقود بحسب طبيعتها، وما يترتب على ذلك من آثار في العقود، وهذه مسائل كفيلة بأن تُكسب العرف كمادة للبحث رونقه، وتبث فيه حيويته، التي افتقدها؛ بسبب قدمه؛ وكثرة ما كتب عنه.

لقد استندت دراسة موضوع العرف العقدي على المنهج الاستقرائي بشكل كبير؛ ذلك أن تحديد القوة الملزمة للعرف العقدي، وتحديد مرتبته في سلم تدرج القواعد القانونية التي تحكم العقد، واستخلاص الآثار التي يرتبها في إطار العقود، يقتضي تصفح النصوص القانونية الخاصة بالعقود، والوقوف على مرتبة التدرج التي منحها كل نص للعرف، والدور الذي أُسند له، إلى جانب المنهج التحليلي لتحليل طبيعة العرف في ضوء ما تم استقراؤه من نصوص، وما يترتب على هذه الطبيعة من آثار حسب كل نص قانوني، بشكل يساهم في تبويب هذه الآثار، ونسج خيوطها،

لتكتمل الصورة القانونية لما اصطلحنا عليه العرف العقدي. أما خطة الدراسة فقد قسمت إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه الإطار العام للعرف العقدي، من حيث تعريفه، وتمييزه عن العادة الاتفاقية، وبيان عناصره، وأنواعه، ومن ثم تحديد قوته الملزمة في العقود، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الآثار التي يرتبها العرف العقدي إما بوصفه قاعدة قانونية، أو بوصفه مجرد واقعة.

المبحث الأول
الإطار العام للعرف العقدي

نحاول في هذا المبحث رسم الإطار العام للعرف العقدي، وهذا يتطلب تحديد ماهية العرف العقدي، وبيان قوته الملزمة في العقود، وسنعرض ذلك تباعاً في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
ماهية العرف العقدي

نتناول في هذا المطلب تعريف العرف العقدي، وتمييزه عن العادة الاتفاقية، وبيان عناصره، وأنواعه، على النحو الآتي:

الفرع الأول
تعريف العرف العقدي وتمييزه عن العادة الاتفاقية

ما المقصود بالعرف في إطار العقود؟ وبماذا يتميز في هذا الإطار عن العادة التي يتفق عليها المتعاقدون؟ هذا ما سنوضحه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول
تعريف العرف العقدي

عرف الفقهاء المسلمون العرف في الفقه وأصول الفقه بتعريفات عديدة، تدور كلها حول معنى واحد للعرف، فقالوا: إن العرف (عادة جمهور قوم في قولٍ أو فعلٍ)[٢]،

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٨، ص ٧٨٢.

وقالوا: العرف ما تكرر استعماله من قولٍ أو فعل، حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات[٣]، ومنهم من قال: إن العرف ما استقرَّ في نفوس الناس، واستحسنته العقول وتلقته الطباع بالرضا والقبول[٤].

أما في نظر فقهاء القانون الوضعي، فإن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة، وواجبة الاحترام قانوناً، وإن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي[٥]. كما عرف العرف من الناحية القانونية بأنه اطراد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم، وإن مخالفته تستتبع إجبارهم على اتباعه[٦]. كما اصطلح على العرف في القانون بالعرف القانوني وقيل إنه قواعد وأحكام منظمة للسلوك الإنساني على نحو ملزم، وإن مخالفتها مخالفة لواجب محدد[٧].

ويتَّضح من تعريفات فقهاء القانون أنها لم تضف جديداً إلى تعريفات الفقهاء المسلمين، إلا من حيث إضافة عنصر الإلزام القانوني، والجزاء المادي الذي يترتب على مخالفة القاعدة العرفية من الناحية القانونية، كما يلاحظ على جميع التعريفات

(٣) انظر: أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٨٨.

(٤) د. محمد قاسم المسني، تغير العرف وأثره في الأحكام الشرعية الإسلامية، ط١، دار السلام للنشر والطباعة، ٢٠١٠، ص٦٧.

(5) Geny (f), Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ed, T (I) paris,1954, N.109-110, p.p.318–320. Marty (g), et Raynaud (P). Droit Civil, introduction générale à l'étude du droit , T (I), Sirey, 1972, n.114. pp. 202, 203. Alex Weill, Droit Civil, Introduction Générale. Troisième édition, Dalloz, 1973, 1973, n. 141 – 142, pp. 125 – 126.

(٦) د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. سعيد فهمي الصادق، مبادئ القانون، بلا مكان طبع، ٢٠٠٠، ص ١١١.

(٧) انظر: في هذا المعنى، د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بغداد، ط١، ٢٠٠٠، ص ١٣٥– ١٣٦.

السابقة أنها تعريفات عامة، تشمل العرف في مجالات التعامل كافة، في إطار العقود وغيرها.

أما في مجال العقود فلم نجد تعريفاً للعرف العقدي، سوى ما أشار إليه المشرع المصري عند اصطلاحه على العرف في العقود (بالعرف الجاري في المعاملات)[٨]، والذي قيل عنه إنه تلك العادات الجارية في المعاملات والتي يسير عليها الناس في حياتهم، لما يجدونه فيها من تحقيق لمصالحهم، وخاصة في المسائل التجارية[٩].

مما تقدم وفي سبيل صياغة تعريف للعرف العقدي، يمكن أن نضيف إلى تعريف العرف القانوني ما يخصصه في مجال التعاقد، فيكون العرف العقدي ما درج عليه الناس من قواعد في تنظيم العقود التي أبرموها، مع اعتقادهم بأنها أصبحت ملزمة، وإن مخالفة المتعاقدين لها تستتبع جزاء قانونياً.

المقصد الثاني
تمييز العرف العقدي عن العادة الاتفاقية

لتمييز العرف العقدي عن العادة الاتفاقية لابد أولاً من تمييز هذا العرف عن العادة بصورة عامة، فالاتجاه السائد لدى الفقهاء المسلمين التسوية بين العرف والعادة، على أساس أن مفهومهما واحد[١٠]؛ ما دام العرف هو ما اعتاده الناس في أمر معين، وبهذا يشترك العرف مع العادة في ترتيب نفس الآثار كاشتراكهما في المفهوم؛ ذلك أن العادة المحكمة: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس، ويكون مقبولاً

(٨) المادة (١٥٠ / ٢) من القانون المدني المصري رقم ٣٩ لسنة ١٩٤٨، وهو ما أشار إليه المشرع الإماراتي في المادة (٢/٢٦٥) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

(٩) د. عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣، ف(١٤٧)، ص ٢٦٢.

(١٠) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص ٨٨.

عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة، فيكون العرف بمعنى العادة[١١]، وما كان عطف العادة على العرف كما في قاعدة (تترك الحقيقة بدلالة العرف والعادة)، إلا عطفاً من باب التأكيد لا التأسيس، فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف[١٢]. وهناك من الفقهاء المسلمين من ميّز بين العرف والعادة من حيث المفهوم، فيقول ابن عابدين في ذلك: (فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق (الواقع)، وإن اختلفت من حيث المفهوم[١٣])، وعلى هذا قيل إن العرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ، فالدابة مثلاً حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع، والجوهر أنها حقيقة عرفية خاصة في المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين، أما العادة فهي المألوف من الأفعال وأشباهها، فيكونان قسمين متغيرين، فالعرف عادة قولية، أما العادة فتكون فعلية، وعلى أساس هذا التمييز يمكن أن تكون العادة أعم، فتقسم العادة إلى عادة قولية وهي العرف، وعادة فعلية، كمقابل للعادة القولية[١٤]، وعلى هذا تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، فكل عرف هو عادة، لكن ليست كل عادة هي عرف[١٥].

(١١) انظر: شرح المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية لدى علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الكتب العلمية للطباعة، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

(١٢) د. شمس مرغني علي فراج، العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
www.libs.naeu.ac.ae\..\Biob\46.html. ص٣٠٤.

(١٣) محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (رسالة نشر العرف)، ج٢، عالم الكتب، بيروت، ص ١١٤.

(١٤) السبكي تكملة الجموع، ج١١، ص ١٢٣، أشار إليه د. أحمد ياسين القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد (١)، المجلد(٣)، ٢٠٠٧، ص ١٩٧.

(١٥) وهناك من علماء الأصول من عكس النسبة بين العرف والعادة، وجعل العرف أعم لأنه يشمل الفعل والقول، بينما تشمل العادة الفعل فقط، انظر في هذا الخلاف د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٨٨، هامش (٦، ٧).

وإزاء عدم إمكانية فرض المساواة بين العرف والعادة في المعنى على الأقل، وإزاء اختلاف معايير التمييز بينهما لدى الفقهاء المسلمين، انبثق توجه آخر للتمييز بين العرف والعادة، على أساس أن العرف هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل، أما العادة فقد تكون متعلقة بجمهور من الناس وقد تكون فردية(١٦)، وعليه تكون النسبة بين العرف والعادة كما قيل آنفاً العموم والخصوص المطلق، لكن ليس من وجهة أن العرف عادة قولية، وإن العادة تأتي فعلاً أو قولاً، أو بالعكس، بل من وجهة أن العرف ما اعتاده جمهور الناس من سلوك حتى أضحى ملزماً لهم، أما العادة فهي السلوك الذي يعتاده بعض الأفراد، دون أن يصل لدرجة الاطراد بين الناس، فلا يكسب القوة الملزمة، لذا يعتبر كل عرف عادة، لكن ليست كل عادة عرفاً(١٧).

وعلى أساس معيار التمييز المذكور يمكن أن نتبين نوعين للعادة، عادة عرفية، تعبر عن السلوك المعتاد لدى جمهور الناس، والذي اكتسب صفة الإلزام، وعادة غير عرفية تعبر عن سلوك بعض الأفراد الذي لم يأخذ وصف الغلبة والاطراد بين الناس، ولم يكتسب بالتالي صفة الإلزام(١٨). وهذا ما يفسر كيف ساوى فقهاء الشريعة الإسلامية بين العرف والعادة في المفهوم، وكيف استخدمت التشريعات الوضعية العرف والعادة كمترادفين في نفس المعنى، ما دام أن كل عرف هو عادة، من وجهة اطراد السلوك وغلبته، على هذا نجد المشرع الفرنسي قد استخدم كلمة (usage) أي عادة بمعنى كلمة (Coutume) أي عرف(١٩)، وكذا المشرع العراقي فهو لم يفرق بين العرف والعادة، بل استخدمهما كمترادفين، من ذلك ما نصت عليه المادة (١٣١) من القانون

(١٦) د. سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٥٥ – ١٥٦، د. أحمد القرالة، المصدر السابق، ص ١٩٦.
(١٧) مصطفى أحمد الزرقا، المصدر السابق، ص ٨٤٣.
(١٨) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٥٣ – ١٥٥.
(١٩) انظر المواد (٦٤٥، ٦٦٣، ٦٧١، ٦٧٤، ١١٣٥، ١١٥٩، ١١٦٠) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، انظر:
- Alex Weill, op. cit, n, 147, p. 129.

المدني العراقي (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة)، كما نصَّت المادة (٩٢٦) بخصوص عقد تعليم المهنة على (٢- وتخضع شروط صحَّة العقد وأحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها...)، كما نجد المشرع العراقي قد استخدم كلمة (عادة) بدلاً من كلمة (عرف) في عدَّة مواضع[٢٠]، واستخدم عبارة (حسب المعتاد)، أو (بالطريقة المعتادة)، كبديل كلمة (عرف) في مواضع أخرى[٢١].

بناءً على ما تقدم من موقف التشريعات الوضعية، فإنه لا يمكن استخدام العرف العقدي والعادة كمترادفين لما بينهما من فرق كما مر بنا. فالعرف هو السلوك الذي اعتاد الناس على اتباعه حتى صار ملزماً لهم، أما العادة فهي السلوك الذي لم يطرد بين الناس، من هنا لا يمكن تفسير النصوص القانونية التي استخدمت العرف والعادة كمترادفين إلا إذا قلنا إن التشريعات الوضعية ومنها القانون العراقي لم تقصد من كلمة (عادة) سوى العادة العرفية الملزمة والمرادفة للعرف[٢٢]؛ ذلك أن المشرع لا يتبنى العادة غير العرفية إلا إذا غلب استعمال الناس لها واطرد[٢٣]. وهذا ما نص عليه المشرع العراقي الذي رأينا أنه لم يميز بين

(٢٠) انظر المواد: (١٥٦، ٣/١٦٣، ١/١٦٤، ١٧٤)، من القانون المدني العراقي.

(٢١) انظر: المادة (٨٧٣) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣١٦) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، والمواد (٢٩/ثانياً، ٣٣/ثانياً، ١٢٢) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

(٢٢) وهو ما يتضح من مسلك القضاء المصري حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن المقصود بالعادات التجارية بموجب المادة (٢٣٢ مدني) هي ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع في التعامل، فيكفي في العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة، الطعن رقم (٢٥٥) سنة ٢٧ ق. جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧، س١٤، ص ٩٤٦، انظر د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً ١٩٣١-١٩٩٩، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٥٥٢.

(٢٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص ٣٥٢ – ٣٥٣، د. محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٤ – ٣٥.

العرف والعادة، واستخدم أحد اللفظين مكان الآخر كمترادفين، وذلك حين نصت المادة (١٦٥) من القانون المدني على (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا النادر)، فهذا النص يؤكد أن المشرع العراقي قد قصد بالعادة في نصوصه القانونية، العادة العرفية، التي يطرد استعمالها فتأخذ منزلة العرف، وإن كان على المشرع أن يقتصر على استخدام كلمة عرف فقط دون كلمة عادة حتى يقطع الطريق أمام الخلط بينهما.

أما عن تمييز العرف العقدي عن العادة الاتفاقية، فإنه نستخلص مما تقدم بخصوص تمييز العرف العقدي عن العادة بصورة عامة، إن العادة العرفية العقدية هي قاعدة قانونية تلزم المتعاقدين دونما حاجة للاتفاق على اتباعها أما العادة غير العرفية فلا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على اتباعها، اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً، فتعرف هذه العادة حينئذٍ بالعادة الاتفاقية، وتكسب صفة الإلزام بوصفها شرطاً من شروط العقد(٢٤). وبهذا يمكن التمييز بين العادة العرفية والعادة الاتفاقية، فالعادة العرفية هي العرف الملزم الذي يرقى لمرتبة النص القانوني، ويكون حجَّة على الكافة، أما العادة الاتفاقية فهي عادة غير عرفية وغير ملزمة، اتفق عليها المتعاقدان في العقد صراحة أو ضمناً، فكسبت وصف الإلزام بالنسبة لهما، وأصبحت حجة عليهما، دون بقية الناس، بسبب إدراجها في العقد(٢٥).

وهكذا يتبلور لدينا معيار التمييز بين العرف العقدي والعادة الاتفاقية، وتشف لنا صورة هذه العادة، ويظهر جوهرها، فالعرف العقدي عادة ملزمة بذاتها، أما

(24) Marty (G), et Raynaud (P), op. cit, n.114, p.204, et Alex Weill, op. cit. n. 147, p.129.
(25) Salmond, Jurisprudence, 11th-ed, edited by Glanville Williams, sweet and Maxwell Ltd, London, 1957, p.236, Geny (F), op. cit, p.417 ets.
وينظر أيضاً: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، الإثبات آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٠، ف(٣٨)، ص ٥١ – ٥٢، د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٥٥ – ١٥٦.

العادة الاتفاقية فهي عادة غير عرفية، لا يتوافر لها وصف الإلزام الذاتي[٢٦]، وإنما أصبحت ملزمة للمتعاقدين لإدراجها في العقد. ووفق هذا المعيار تترتب نتائج عديدة للتمييز بين العرف والعادة الاتفاقية، فالعرف قاعدة قانونية ملزمة بحد ذاتها للكافة، دون حاجة لاتفاق المتعاقدين عليها، بينما العادة الاتفاقية شرط عقدي ملزم للمتعاقدين بسبب الاتفاق عليه، ولا ترقى إلى مرتبة القاعدة القانونية، والعرف العقدي بعد ذلك كالتشريع يفترض فيه علم الكافة، فيلتزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، وإن لم يتمسك المتعاقدان به، وعلى القاضي أيضاً التحري عنه، وإثبات وجوده، ويخضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة التمييز، عكس العادة الاتفاقية فهي ليست قاعدة تشريعية، بل شرط عقدي، يتعامل القاضي معه كما يتعامل مع نصوص العقد الأخرى، فلا يتدخل القاضي لتطبيقه من تلقاء نفسه ما لم يتمسك به أحد المتعاقدين، وعلى هذا المتعاقد إثبات وجوده، والقاضي عند تطبيق العادة الاتفاقية وتفسيرها، لا يخضع لرقابة محكمة التمييز[٢٧]. هذا ولا يوجد ما يحول دون تحول العادة الاتفاقية، التي هي في أصلها عادة غير عرفية، إلى عرف عقدي ملزم، وذلك إذا استقرت في محيط علاقات الأفراد التعاقدية، واكتسبت صفة الإلزام[٢٨].

(٢٦) هناك من يخلط بين العادة الاتفاقية التي يتفق عليها المتعاقدان وبين العرف العقدي، فيطلق على هذه العادة اسم العرف، دون أن يشترط لها صفة الإلزام، وبالتالي يطلق لفظ العرف على العرف الملزم، وعلى العادة الاتفاقية التي لا يتوافر لها عنصر الإلزام الخاص بالقاعدة القانونية، انظر: د. عبد الحكم فوده، المصدر السابق، ص ٢٣، ص ٢٦٦ – ٢٦٧، في حين أن صفة الإلزام الذاتي هي أساس التمييز بين العرف العقدي والعادة الاتفاقية، وما يترتب عليه من نتائج، انظر: Geny (F), op. cit, P. 425 ets.

(٢٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢ ، مصدر سابق، ف (٣٨)، ص ٥١ – ٥٢، د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص ١٥٢.

(٢٨) د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص ١٥١.

بناءً على ما تقدَّم كان على القانون العراقي والتشريعات الوضعية، التي استخدمت العرف والعادة كمترادفين أن تقتصر على استخدام لفظ العرف دون لفظ العادة، حتى لا يختلط العرف بالعادة غير العرفية من جهة، وبالعادة الاتفاقية من جهة أخرى، وإن كان المراد بالعادة في نصوص هذه التشريعات هو العرف.

الفرع الثاني
عناصر العرف العقدي

تبين لنا من خلال تعريف العرف العقدي، أن له، بل للعرف القانوني عموماً[٢٩]، عنصرين هما: العنصر المادي ويتمثل باعتياد الناس على سلوك معين في مجال التعاقد، والعنصر المعنوي ويتمثل باعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة قانوناً، وسنعرض لهذين العنصرين تباعاً:

أولاً- العنصر المادي للعرف العقدي:

يراد بالعنصر المادي للعرف العقدي اعتياد الناس على نوع من السلوك في أمور التعاقد، قولاً أو فعلاً[٣٠]، ويشترط لهذا العنصر المادي المتمثل بالعادة عدة شروط؛ حتى تستكمل العادة عناصر وجودها في العرف العقدي، وعلى النحو الآتي[٣١]:

١- أن تكون العادة العرفية عامة:

ما دام أن العادة العرفية قاعدة قانونية؛ فيجب أن تتصف بما تتصف به من عموم وتجريد، فلا ينصرف حكمها إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات[٣٢]،

(29) Geny (F), op. cit, n, 119, p. 355 – 358, et Marty (G), et Raynaud (P), op. cit, n. 114, p. 202 ets.

(٣٠) عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، شركة العاتك، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٣٩.

(٣١) قد تُسمى هذه الشروط بشروط العرف والمقصود بها شروط العنصر المادي فيه، انظر: د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٩٦، د. محمد محمود الجمال، المصدر السابق، ص ٥٢.

(٣٢) د. توفيق فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٥، ص ٢٥٣.

ويراد بعمومية العادة التي يتكون منها العنصر المادي في العرف العقدي أن تكون متبعة من غالبية أفراد المجتمع الذين يعنيهم الأمر الذي جرت بصدده هذه العادة[٣٣]، فلا يراد بالعادة أن تكون شاملة لكل إقليم الدولة، فقد تكون خاصة بمدينة معينة، أو طائفة، أو حرفة معينة، فيكون العرف حينئذ مهنياً[٣٤].

٢- أن تكون العادة العرفية قديمة:

ويعني ذلك مرور فترة زمنية في الغالب طويلة على اعتياد الناس أمراً معيناً في مجال التعاقد، بشكل يكفي للدلالة القاطعة على تأصل هذا الأمر في نفوس الناس وترسخه[٣٥]. بيد أن تحديد هذه الفترة اللازمة للحكم بقدم العرف العقدي، أمر مستحيل، فهو يختلف من عادة إلى أخرى، حسب طبيعة العقود التي نشأت فيها هذه العادات العرفية[٣٦]، فالعادات الزراعية تحتاج لتكوينها فترة أطول من العادات التجارية[٣٧]، لذا يترك الأمر لتقدير القاضي فيما إذا كان العرف المراد تطبيقه على العقد يتصف بالقدم من عدمه.

٣- أن تكون العادة العرفية مطردة:

وذلك بأن يطرد اتباعها بصورة منتظمة يوحي بثبات هذه العادة. فالعادة التي يتبعها الناس في وقت ويعدلون عنها في أوقات أخرى لا تصلح لبناء العرف العقدي وإرساء أسسه[٣٨]، وقد مرَّ بنا أن المشرع العراقي قد اشترط في العادة وهو يريد بها

(33) Geny (F), op. cit, N. 119, P. 358, et Alex Weill, op. Cit, N. 143, P. 126.
(34) Geny (F), op. cit, N. 122, P.378.
(٣٥) عبد الباقي البكري، زهير البشير، المصدر السابق، ص ١٤٠ – ١٤١، د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص١٤٦.
(36) Geny (F), Op. Cit, N, 119, P. 359.
(٣٧) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٥٣ – ١٥٤.
(38) Alex Weill, op. cit, N, 143. P. 126, et Geny (f), op. cit, N. 119, P. 358.

العرف أن تكون مطردة، حيث نص القانون المدني العراقي في المادة (١٦٥) على أنه (إنما تعتبر العادة إذا اطردت..).

٤- ألا تكون القاعدة العرفية مخالفة لقواعد التشريع الآمرة والنظام العام والآداب[٣٩]:

العادة العرفية قاعدة قانونية ما دام المشرع قد اعترف بها وأضفى عليها صفة الإلزام القانوني، لكنها قاعدة قانونية تأتي في المرتبة الثانية بعد النصوص التشريعية؛ لذا لا يمكن للعادة العرفية أن تخالف هذه النصوص التشريعية الآمرة منها؛ وإلاَّ فلن تكتسب الصفة القانونية، وبالتالي لا يجوز للقاضي تطبيق عادة عرفية مخالفة للنصوص التشريعية؛ لا لأن هذه النصوص التشريعية تتقدم على العادة العرفية في المرتبة[٤٠]؛ بل لأن هذه العادة العرفية لن تكتسب أصلاً الصفة القانونية[٤١]. فالقانون عندما أحال إلى العرف وألبسه حلته وأضفى عليه صفته، إنما يقصد العرف الموافق لأحكامه الآمرة، أما النصوص التشريعية المفسرة والمكملة فإن العرف يتقدم عليها، بدليل النصوص القانونية ذاتها كما سنرى. وعلى هذا يشترط في العادة حتى تكون عرفاً قانونياً ألا تخالف النصوص التشريعية الآمرة؛ لأنها من النظام العام، والعرف المخالف للنظام العام والآداب لا يكتسب الصفة القانونية ولا يجوز للقاضي تطبيقه.

ثانياً- العنصر المعنوي للعرف العقدي:

يشترط لوجود العرف العقدي كقاعدة قانونية، توافر عنصر الإلزام فيه، متمثلاً بشعور الأفراد عند التعاقد بأن العادة التي اعتاد الناس ممارستها أصبحت ملزمة

(٣٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ف ٣٩٧، ص ٦٨٣.
(٤٠) هذا ما يراه د. عبد الحكم فوده، المصدر السابق، ص ٢٦٧.
(٤١) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٥٤.

لهم ولا يجوز مخالفتها[٤٢]، وتقدير توافر عنصر الإلزام في العادة حتى تكون عادة عرفية ملزمة، أمر لا يتيسر بسهولة، لذا يترك هذا الأمر لتقدير القاضي الذي ينظر الدعوى العقدية المعروضة عليه[٤٣].

الفرع الثالث
أنواع العرف العقدي

يأخذ العرف العقدي أنواع العرف عموماً، وذلك باعتبارات مختلفة على النحو الآتي:

أولاً: من حيث طبيعة العنصر المادي (العادة): يقسم العرف العقدي إلى عرف عقدي قولي، وعرف عقدي عملي:

١- **العرف العقدي القولي أو اللفظي:** ويتمثل بالألفاظ التي درج الناس على استخدامها في التعاقد حتى غدت ملزمة لهم[٤٤]. وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص، وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات القانونية من بيع، وإجارة؛ لأن المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط إنما يريد من ذلك معانيها التي وضعت لها عرفاً، سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً، فيرجع إليه القاضي عند غموض صيغ العقود[٤٥].

وقد أكَّد المشرع العراقي على هذا النوع من الأعراف في العقود عندما نصَّ في قانون الأحوال الشخصية على (ينعقد الزواج بإيجاب يدل عرفاً أو لغة على معنى الزواج)[٤٦]. وعندما نصَّ في القانون المدني على (الإيجاب والقبول كل لفظين

(42) Alex well, op. cit, N. 143, P. 127.
(43) Geny (f), op. cit, N. 119, P. 364.
(٤٤) د. محمد قاسم المنسي، المصدر السابق، ص ١٦٩.
(٤٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص ٩٠.
(٤٦) المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

مستعملين عرفاً لإنشاء العقد...)[٤٧]، وعندما نصَّ أيضاً على (يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة)[٤٨].

٢- **العرف العقدي الفعلي أو العملي:** ويتمثل بالأفعال التي درج الناس عليها في العقود التي أبرموها حتى أضحت ملزمة لهم[٤٩]. ومن ذلك ما نصَّ عليه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية بأن تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه، عند عدم النص يخضع للعرف المتبع[٥٠]، وإن نفقة الزوجة تحدد بالقدر المعروف الجاري به العمل[٥١]. ومن ذلك أيضاً ما نصَّ عليه القانون المدني بأن العقد ينعقد بالمبادلة الفعلية[٥٢]، والتي نشأت من اعتياد الناس على العمل بها[٥٣]، وكذلك ما نصَّ عليه القانون المدني بأن فحص المشتري للمبيع يتم بالوسائل المألوفة في التعامل[٥٤]، وإن على المستأجر إعادة المأجور بعد انتهاء الإيجار في المكان الذي يحدده العرف[٥٥].

ثانياً- من حيث الشمول : يقسم العرف العقدي إلى عرف عقدي عام ، وعرف عقدي خاص:

١- **العرف العقدي العام:** ويراد به العرف الذي يشمل كل أقاليم الدولة وكل أفرادها، بأن يتعارف جميع أفراد الدولة على سلوك معين يكتسب صفة الإلزام فيتحول إلى قاعدة قانونية تطبق في جميع أنحاء هذه الدولة.

---

(٤٧) المادة (٧٧ / ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٤٨) المادة (١٣١ /١) من القانون المدني العراقي.
(٤٩) د. وهبة الزحيلي، العرف بين الشريعة والقانون، مقال منشور على الموقع الالكتروني: www.balagh.com.
(٥٠) المادة (٢٠ – ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(٥١) المادة (٢٤ – ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(٥٢) المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.
(٥٣) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٩٠.
(٥٤) المادة (٥٦٠ – ١) من القانون المدني العراقي.
(٥٥) المادة (٧٧١ – ١) من القانون المدني العراقي.

٢- **العرف العقدي الخاص:** ويراد به العرف الخاص بإقليم معين في الدولة، ويسمى هذا العرف الخاص بالعرف المحلي، كما قد يكون العرف خاصاً بطائفة من أفراد الدولة دون سواهم، كالعرف المهني، فللتجار أعراف خاصة بمهنتهم تعرف بالأعراف التجارية، والأمر كذلك لسائر المهن، كالأعراف الزراعية، ومن هنا أحال المشرع العراقي إلى العرف العقدي المهني عندما نصَّ في القانون المدني على أنه لا يجوز الإخلال بالأعراف التجارية في مسألة الفوائد المركبة[٥٦]، وعندما نص على أن حساب الفوائد في الحساب الجاري يخضع للعرف التجاري[٥٧]، كما أحال القانون المدني العراقي إلى العرف الزراعي في عقد إيجار الأراضي الزراعية لتحديد مضمون هذا العقد[٥٨]، وفي عقد المزارعة لتحديد من يتحمل نفقات الأعمال الزراعية ونفقات صيانة الزرع، وترميم المباني الزراعية، ولتحديد سلطة رب الأرض في توجيه المزارع[٥٩]، وأحال المشرع إلى العرف الزراعي في المساقاة[٦٠]، وعقد المغارسة[٦١]، كما أحال القانون المدني العراقي إلى عرف حرفة المقاولة لتحديد مضمون التزام المقاول في المحافظة على المواد والأدوات التي يقدمها رب العمل[٦٢]، أو لتحديد وقت دفع الأجرة للمقاول[٦٣]، وقد أحال المشرع العراقي في عقد العمل إلى عرف المهنة لتحديد ما إذا كان العامل يستحق الحلوان[٦٤]، وأخضع المشرع العراقي عقد تعليم المهنة للعرف الجاري في هذه المهنة[٦٥]. وتجب ملاحظة

(٥٦) المادة (١٧٤) من القانون المدني العراقي.
(٥٧) المادة (١٧٥) من القانون المدني العراقي.
(٥٨) المادة (٧٩٨) من القانون المدني العراقي.
(٥٩) المواد (٨٠٨، ٨٠٩ – ٤) من القانون المدني العراقي.
(٦٠) المادة (٨١٩) من القانون المدني العراقي.
(٦١) المادة (٨٣٠) من القانون المدني العراقي.
(٦٢) المادة (٨٦٧) من القانون المدني العراقي.
(٦٣) المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي.
(٦٤) المادة (٩٠٧ – ١) من القانون المدني العراقي.
(٦٥) المادة (٩٢٦ – ٢) من القانون المدني العراقي.

أنه عند تعارض العرف الخاص المحلي أو المهني مع العرف العام يرجح العرف الخاص[٦٦].

ثالثاً- من حيث الوظيفة التي يؤديها العرف العقدي بالنسبة للتشريع وبالنسبة للعقد المبرم بين المتعاقدين: وذلك كما يأتي:

(أ) من حيث وظيفة العرف العقدي بالنسبة للتشريع: والمقصود بالتشريع هنا، النصوص التشريعية الخاصة بالعقود في أي تشريع وردت، حيث يقسم العرف العقدي في هذا الإطار إلى:

١- العرف العقدي المكمل للتشريع:

ويراد به العرف الذي يكمل النقص في النصوص التشريعية المعالجة للعقود، فقد سبقت الإشارة إلى أن التشريعات لا يمكن أن تحيط بتفاصيل كل موضوع تريد معالجته ومن ذلك العقود، فتتبري مصادر القانون الأخرى لتكملة هذا النقص، ومن تلك المصادر العرف[٦٧]. فقد رأينا أن المادة الأولى من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية تأمر القاضي بالرجوع إلى العرف عند عدم وجود نص تشريعي يستعين به للفصل في القضية المعروضة عليه.

٢- العرف العقدي المعاون للتشريع:

من جهة أخرى لا يستطيع المشرع وضع أحكام تفصيلية لجميع العقود، فيترك للمتعاقدين حرية الاستعانة بالعرف لإتمام هذه المسائل. فالعرف المعاون للتشريع هو ذاك العرف الذي يحيل إليه المشرع للاستعانة به في تفسير إرادة المتعاقدين أو تكملة اتفاقهما في المسائل التفصيلية التي لم يرَ المتعاقدان ضرورة إدراجها في

(٦٦) المادة (٢ – ١) من قانون التجارة العراقي الملغى رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠.
(٦٧) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، بلا ناشر، ٢٠٠٤، ص ١٧١ – ١٧٢، وانظر أيضاً د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، نظرية القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٤٨ – ٥٠.

الاتفاق[٦٨]، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يقوم المشرع بوضع قاعدة تفصيلية تنظم مسألة من مسائل العقود لكنه يحيل في القاعدة نفسها إلى العرف؛ لتحديد ما أحال إليه المشرع؛ أو لتكملة إرادة المتعاقدين[٦٩] وقد أكَّد القانون المدني العراقي هذه الوظيفة للعرف العقدي عندما أحال القاضي إلى العرف لتحديد المسائل التفصيلية التي اختلف عليها المتعاقدان[٧٠]، وحين أحال إلى العرف لتحديد سلطة صاحب الأرض في الرقابة على أعمال الزراعة في عقد المزارعة[٧١]، أو لتحديد المدة في عقد المغارسة[٧٢].

(ب) من حيث وظيفة العرف العقدي بالنسبة للعقد: يقسم هذا العرف إلى عرف مكمل للعقد، وعرف مفسر له:

١- العرف المكمل للعقد: ويراد به العرف الذي يكمل إرادة المتعاقدين في المسائل التي غفلا عن الاتفاق عليها، سواء كانت من مسائل تكوين العقد، أو من مسائل تنفيذه، وفي ذلك نص المشرع العراقي على الاحتكام إلى العرف لتحديد المدة التي يجب أن يصدر فيها قبول المشتري لإبرام البيع بشرط بالمذاق[٧٣]، كما نص المشرع العراقي على الاحتكام للعرف لتحديد مستلزمات العقد والالتزامات التي يجب تنفيذها، حيث لا يقتصر تنفيذ العقد على ما ورد فيه من التزامات، بل إن تنفيذ العقد يشمل ما هو من مستلزماته وفقاً للعرف[٧٤].

---

(٦٨) د. غالب علي الداودي، المصدر السابق، ص ١٧٣، وانظر في ذلك:
EYAL ZAMIR, The Inverted Hierarchy of contract Interpretation and supplementation, Columbia Law Review, Vol. 97, No. 6 (Oct., 1997), pp. 1710-1803, Stable URL: http://www.jstor.org/stable/1123389 p. 1735, Accessed: 19/01/2013.

(٦٩) د. حسن محيو، د. سامي منصور، المدخل إلى العلوم القانونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٣٧.

(٧٠) المادة (٨٦ – ٢) من القانون المدني العراقي.

(٧١) المادة (٨٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٧٢) المادة (٨٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٧٣) المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٧٤) المادة (١٥٠ – ٢) من القانون المدني العراقي.

٢- **العرف المفسر للعقد:** ويراد به العرف الذي يستعين به القاضي لتفسير ما غمض من عبارات العقد وشروطه، من ذلك ما ورد في قواعد تفسير العقد في القانون المدني العراقي بأن تترك الحقيقة بدلالة العادة(٧٥)، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالشرط(٧٦).

المطلب الثاني
القوة الملزمة للعرف العقدي

من يستعرض النصوص التشريعية التي تحيل إلى العرف، يرى أن هناك اختلافاً كبيراً فيما بينهما من حيث تحديد مرتبة العرف العقدي في سلم تدرج القواعد القانونية التي تحكم العقد، فمرة تقدم العرف على اتفاق المتعاقدين، وعلى نص القانون نفسه الذي تضمن الإحالة إلى العرف أو أي قانون آخر، ونجدها مرة أخرى تضع العرف في المرتبة الثانية بعد اتفاق المتعاقدين يليهما القانون، أو في المرتبة الأخيرة إما بعد الاتفاق والقانون، أو بعد القانون والاتفاق. فمثلاً نجد المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي تنص على (نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)(٧٧)، وكذلك المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأن مكان أداء الثمن يكون في المحل الذي يحدده المتعاقدان، فإن لم يتفقا على مكان أداء الثمن وجب الوفاء به في المكان الذي يسلم فيه المبيع، وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بخلاف ذلك، وبذلك يتقدم العرف على القانون ثم يليهما اتفاق المتعاقدين بموجب هذا النص، كما تنص

(٧٥) المادة (١٥٦) من القانون المدني العراقي.
(٧٦) المادة (١٦٣ – ١) من القانون المدني العراقي.
(٧٧) تنص المادة (٩٢٦) من القانون المدني أيضاً على أن عقد تعليم المهنة يخضع في أحكامه (ومنها الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدون) للعرف، وبذلك يُغلب العرف على العقد.

المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي على (نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك).

وتنص المادة (٨٤٠ –١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا لم يوجد اتفاق أو نص اتبع في عقد التزام البساتين العرف الجاري)، وتنص المادة (٩٠٤) من القانون المدني أيضاً على أنه إذا لم ينص العقد على المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع أجور العمال، روعي في ذلك ما تقرره القوانين الخاصة أو العرف[٧٨]. من جهة أخرى تنص المادة (٩١٧ – ١) من القانون المدني على أنه إذا كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل متعاقد إنهاؤه بإنذار تبين مدته القوانين الخاصة أو الاتفاق أو العرف[٧٩].

وعلى هذا فإن من يطلع على هذه النصوص يرى أن هناك تضارباً في تحديد القوة الملزمة للعرف العقدي، وعدم استقرار بين النصوص القانونية نحو إرساء قوة ملزمة واحدة له؛ لذا لابد من بيان القوة الملزمة للعرف العقدي في ظل القانون وفي ظل العقد المبرم بين المتعاقدين، ليتسنى لنا فهم تلك النصوص القانونية، على أن تحديد هذه القوة الملزمة يتم وفق معيار تدرج القواعد القانونية. التي تحكم العقد، ومعيار طبيعة القاعدة العرفية العقدية في ظل القانون والعرف، وهذا ما سنعرضه في الفرعين الأول والثاني من هذا المطلب، أما الفرع الثالث فسنبين فيه القوة

(٧٨) وتجدر الإشارة إلى أن هناك كثيراً من النصوص القانونية في القانون المدني العراقي قد غلبت العرف على الاتفاق دون أن تشير إلى القانون في خضم هذا التزاحم، انظر المواد (٥٢٥، ٥٤٢، ٥٧٢، ٥٨٣، ٧٧١ /١ ٧٧٤ / ٣، ٧٧٥، ٨١٩، ٨٣٠، ٨٣٣، ٨٦٠، ٨٦٧، ٨٧٦، ٨٨١).

(٧٩) كذا المواد (١٧١، ٨٠٨، ٨٠٩ /٤) من القانون المدني، وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٩٠١) من هذا القانون قد غلبت القانون على العرف دون أن تشير إلى الاتفاق في هذا التزاحم، فهي تخضع علاقة المزارعين مع عمال الزراعة، وعلاقة خدمة المنازل مع مخدوميهم، للعرف ما لم ينص القانون على غير ذلك، مستبعدة تطبيق عقد العمل على هذه العلاقات .

الملزمة للعرف الأجنبي، أي القوة الملزمة للعرف العقدي الواجب التطبيق، عندما تكون القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على العقد في القانون الأجنبي قاعدة عرفية.

الفرع الأول
القوة الملزمة للعرف العقدي في ظل القانون

ما هي قوة العرف الملزمة في ظل القانون؟ وكيف يتعامل القاضي مع القاعدة العرفية والقاعدة التشريعية عند تعارضهما؟ للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي التمييز بين حالتين في العرف العقدي يكسب من خلالهما هذا العرف قوته الملزمة، وهما: حال غياب النص التشريعي، فيلجأ القاضي للعرف المكمل لسد النقص، وحال الإحالة إلى العرف من خلال النص القانوني، أو مع وجود النص القانوني المنظم للمسألة المحال بشأنها عندما يكون العرف معاوناً للتشريع، وهذا ما سنعرضه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول
القوة الملزمة للعرف عند غياب النص التشريعي

عند عدم وجود نص تشريعي ينبري العرف لسد النقص، ويلعب دوراً مكملاً لملء الفراغ التشريعي، فيكسب بذلك وصف القاعدة القانونية الملزمة، وذلك حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني العراقي، وسار عليه القضاء العراقي. فقد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف الجاري[٨٠]، وذهبت إلى أن للعرف قوة القانون إذا لم يوجد نص تشريعي[٨١]، ويراد بالنص التشريعي أي نص يتعلق بالعقود حيثما ورد في القانون المدني أو غيره، وبالتالي فلا حاجة للكلام هنا عن تعارض العرف مع

(٨٠) القرار رقم ١٧٦٦ ح – ١٩٥٤ في ١٩٥٥/١/١١، عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص ٢٥٦.

(٨١) القرار رقم ٢٣٣٢ – ص – ١٩٥٦، في ١٩٥٧/٢/٣، مجلة القضاء، العدد الثالث، مايس–حزيران، السنة (١٥)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص ٤٠٦ – ٤٠٧.

النص التشريعي لعدم وجود هذا النص أصلاً، كما لا حاجة للكلام عن طبيعة القاعدة العرفية التي ينشئها العرف هنا، فسواء كانت هذه القاعدة قاعدة عرفية آمره، أو قاعدة عرفية مفسرة أو مكملة، فإنها واجبة التطبيق، حيث لا يوجد نص تشريعي ليتطلب الأمر تحديد طبيعة القاعدة العرفية كي يتم الترجيح بينهما عند التعارض، على أساس معيار طبيعة القاعدة العرفية، هذا المعيار الذي سنعتمده للترجيح بين القاعدة العرفية والنص التشريعي عند وجوده، أو بينها وبين العقد، كما سنرى.

وأساس القوة الملزمة للعرف هنا وإن كان هو النص القانوني الذي خول القضاء الالتجاء إلى العرف لتحصيل الحكم عند غياب النص التشريعي، كما رأينا في المادة (الأولى) من القانون المدني العراقي، إلا أن هناك من حاول تأسيس هذه القوة الملزمة للعرف عند غياب النص التشريعي على إرادة المشرع الضمنية التي سمحت للقضاء بالالتجاء إلى العرف، أو على ضمير الجماعة، أو على الضرورات الاجتماعية[٨٢]، ونرى أن في النص القانوني الذي أحال القضاء إلى العرف أساساً كافياً لقوته الملزمة.

المقصد الثاني
القوة الملزمة للعرف عند وجود النص التشريعي

هناك من يستبعد من مجال البحث التعارض بين القاعدة العرفية والقاعدة التشريعية، حيث تغلب الأخيرة على الأولى لأنها تتقدم عليها بالمرتبة، ويرى أن المقصود بالعرف الذي أحالت إليه النصوص القانونية وقدمت عليه العقد، هو العادة الاتفاقية، وإن استخدم المشرع أو حتى القضاء لفظ عرف بدلاً من عادة، فلفظ العادة هو المقصود عند الكلام عن التعارض بين العرف والقاعدة

(82) Geny (f), op. Cit, N. 114 – 116, P, 335 – 345.
انظر أيضاً: محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص٦٦.

التشريعية[٨٣]. وهذا كلام مردود من عدة نواح على ما سبق بيانه، فمن ناحية أن التشريعات إنما تحيل إلى العادة الملزمة وهي العادة العرفية، ولا تحيل إلى العادة الاتفاقية التي هي شرط من شأن المتعاقدين إدراجه في العقد من عدمه صراحة أو ضمناً. ومن ناحية ثانية لو كان المقصود بالعادة أو العرف المشار إليهما في النصوص القانونية، هو العادة الاتفاقية التي تعتبر جزءاً من العقد، لما أدرج المشرع العقد في هذه النصوص ضمن مراتب التدرج الذي يحكم العقد، مرة يقدمه على العرف أو العادة، ومرة يؤخره عليهما، ولاكتفى بالعادة الاتفاقية مادام أنها جزء من العقد، فكيف يقرن العادة الاتفاقية بالعقد وهما بمنزلة الجزء من الكل. ومن ناحية ثالثة أن هذا الرأي يستند إلى عدم حصول التعارض بين التشريع والعرف مادام أن الأول يقدم على الثاني، في حين لا يوجد ما يحول دون هذا التعارض إذا عرفنا أن القاعدة التشريعية أو العرفية قد تختلفان في الطبيعة، فقد تكون إحداهما آمرة والأخرى مفسرة، فتقدم الأولى على الثانية[٨٤]، على هذا فإن القوة الملزمة للقاعدة العرفية تختلف بحسب ما إذا كان النص التشريعي يحيل إلى العرف فيقدمه أو يؤخره على نص تشريعي في قانون آخر، أو أن النص الذي يحكم العقد لا يحيل إلى العرف في حين أن هناك عرفاً موجوداً يحكم ذات المسألة العقدية التي يحكمها النص، وفي ظل هذا وذاك تختلف القوة الملزمة للقاعدة العرفية بحسب طبيعتها، وعلى النحو الآتي:

أولاً- حال النص التشريعي الذي يحيل إلى العرف:

لا نقصد هنا القوة الملزمة للعرف العقدي بالنسبة للنص القانوني المحيل، ذلك أن العرف يقدم على هذا النص الذي تضمن الإحالة ما دام أن هذا النص نفسه

(٨٣) د. عبد الحكم فوده، المصدر السابق، ص٢٦٦، ٢٦٧، ص ٢٦٨، الهامش رقم ٥٤ .
(٨٤) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٦٨ – ١٦٩.

أحال إلى العرف بقوله (ما لم يوجد عرف...)[٨٥]، بل المقصود بالقانون هنا القانون الذي يحيل إليه النص ويقرنه مع العرف بالإحالة إليهما معاً[٨٦]، فيثور التساؤل عن القوة الملزمة للعرف العقدي بالنسبة لهذا القانون، فأيهما يقدم على الآخر، العرف المحال إليه، أم القانون المحال إليه أيضاً في نفس النص المحيل؟

يمكن أن نتبين من خلال قراءة نصوص القانون المدني العراقي مجموعتين من النصوص تعالجان القوة الملزمة للعرف العقدي بالنسبة للقانون، بيد أن المشكلة تكمن في إيجاد تفسير موحد ومناسب لكل مجموعة، وذلك على النحو الآتي:

١- النصوص التي تعطي العلوية للقانون على العرف العقدي في سلم تدرج القواعد التي تحكم العقد:

ثمة مجموعة من النصوص في القانون المدني العراقي عندما تنظم مسألة معينة وتضع لها أحكاماً، تحيل في هذه المسألة إلى (القانون والعرف وربما الاتفاق)، لكنها في هذه الإحالة تقدم القانون على العرف في سلم تدرج القواعد القانونية التي تحكم تلك المسألة. من ذلك ما نص عليه المشرع العراقي من أن العلاقة بين المزارعين وعمال الزراعة، والعلاقة بين خدمة المنازل ومخدوميهم، تخضعان للعرف، ما لم

(٨٥) وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٨٢٥) من القانون المدني العراقي قد أحالت إلى العرف العقدي، بيد أنها وضعت في عبارتها الأخيرة قيداً لا يجوز حتى للعرف العقدي المحال إليه مخالفته، فيفهم من ذلك أنها غلّبت النص المحيل على العرف المحال إليه في ذلك القيد الذي وضعته، حيث تنص هذه المادة على (إذا لم تحدد للمغارسة مدة، يرجع في تقديرها إلى العرف، ولا يجوز أن تقل المدة في جميع الأحوال عن خمس عشرة سنة)، على هذا لا يجوز أن تقل مدة المغارسة عن المدة التي حددها النص أعلاها وهي (١٥) سنة، حتى لو جرى العرف العقدي بمدة أقل، وعلة تقديم النص المحيل على العرف المحال إليه في هذه الحال خلافاً لحالات الإحالة الأخرى؛ إن المادة المشار إليها لم تضع حكماً ابتداءً ثم تحيل إلى العرف ليتقدم على الحكم الذي وضعته، بل إنها أحالت للعرف ابتداءً ثم منعت هذا العرف من مخالفة القيد الذي وضعته، بينما نصوص الإحالة الأخرى تضع أحكاماً ابتداءً ثم تحيل إلى العرف وتقدمه على الأحكام التي وضعتها.

(٨٦) أياً كانت طبيعة هذا القانون سواء تمثل بنصوص قانونية في ذات القانون المدني الذي تضمن نص الإحالة، أو تمثل بنصوص قانونية في قانون آخر كقانون العمل أو القانون التجاري.

يوجد نص في القانون يقضي بغير ذلك[٨٧]، ونصَّه على أن الفوائد القانونية تسري من تاريخ المطالبة بها إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف الجاري تأريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره[٨٨]. وكذلك ما نص عليه المشرع العراقي من أن سلطة صاحب الأرض في التوجيه والرقابة على أعمال الزراعة في عقد المزارعة يحددها القانون أو الاتفاق أو العرف[٨٩]، وأن صاحب الأرض في المزارعة يتحمل الترميمات غير الطفيفة للمباني والتحسينات اللازمة للأرض، بينما يتحمل المزارع مصروفات الأعمال الزراعية وصيانة الزرع وجمع المحصول والمحافظة عليه وإصلاح الأدوات والترميمات الطفيفة للمباني الزراعية، ويتحملان معاً كلاً حسب نسبة حصته في الغلة ما يلزم من نفقات للبذر والتسميد ومقاومة الأمراض الطفيلية، كل هذا ما لم يوجد قانون أو اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[٩٠]. إضافة إلى نص المشرع على أنه إذا لم تحدد مدة لعقد العمل لا بالاتفاق ولا بنوع العمل، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع نهاية لعلاقته مع المتعاقد الآخر بإنذار تبين مدته القوانين الخاصة أو الاتفاق أو العرف[٩١]. ويمكن أن نفسر علوية القانون على العرف في تلك النصوص بأن المشرع العراقي أراد لذلك القانون أن يكون آمراً لا يجوز للعرف بل حتى للاتفاق مخالفته[٩٢]، بيد أن هذا التفسير لا ينطبق على نصوص أخرى أعطت العلوية للقانون على العرف لكن قدمت على القانون اتفاق المتعاقدين، فلو أراد المشرع أن يجعل القانون الذي قدمه على العرف آمراً لما قدم عليه الاتفاق. من ذلك

(٨٧) المادة (٩٠١ / ١ – ٢) من القانون المدني العراقي.
(٨٨) المادة (١٧١) من هذا القانون.
(٨٩) المادة (٨٠٨) من هذا القانون.
(٩٠) المادة (٨٠٩) من هذا القانون.
(٩١) المادة (٩١٧) من هذا القانون.
(٩٢) نصت المادة (١/ ٣) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغى على (لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة).

ما نص عليه القانون المدني العراقي من أنه في عقد التزام البساتين إذا لم يوجد اتفاق أو نص اتبع في هذا العقد العرف الجاري[٩٣]، وما نص عليه في عقد العمل بأنه إذا لم يحدد هذا العقد المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع الأجور روعي في ذلك ما تقرره القوانين الخاصة أو العرف[٩٤].

لقد كان أولى بالمشرع العراقي أن يقدم العرف على القانون في هذين النصين المشار إليهما، ما دام أنه قدم على القانون اتفاق المتعاقدين؛ وذلك حتى يستقيم لمن يدرس تلك النصوص أن يفهم السبب الذي تقوم عليه علوية القاعدة القانونية حسب مصدرها في سلم تدرج القواعد القانونية، ولا يشفع في تفسير تلك النصوص قول قائل إنها قدمت القانون على العرف ومن قبله الاتفاق على القانون؛ لأن طبيعة الموضوع الذي تعالجه تقتضي مثل هذا التدرج بين القواعد القانونية التي تحكم هذا الموضوع (اتفاق، قانون، عرف). ذلك أنه في الموضوع نفسه وهو عقد العمل رأينا أن المشرع قدم القانون على الاتفاق والعرف في تحديد مدة الإنذار الذي يلزم توجيهه من المتعاقد إلى المتعاقد الآخر لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة[٩٥]، فليس من المنطقي أن يكون في عقد واحد نوعان من التدرج بين القواعد القانونية دون أن يكون هناك سبب مفهوم في تفسير ذلك.

٢- النصوص التي تعطي العلوية للعرف العقدي على القانون في سلم تدرج القواعدالتي تحكم العقد:

ربما أراد المشرع أن يعطي القانون الذي يحيل إليه الصفة المفسرة، فيقدم عليه العرف العقدي لا بل حتى الاتفاق، عند الإحالة إليهم جميعاً في النص القانوني

(٩٣) المادة (٨٤٠) من القانون المدني العراقي.
(٩٤) المادة (٩٠٤) من هذا القانون.
(٩٥) المادة (٩١٧) من هذا القانون.

المحيل، وبالتالي يقدم العرف العقدي على القانون عند التعارض. من هنا نص القانون المدني العراقي على أن نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك[٩٦]، ونص أيضاً على أن أداء الثمن يكون في المكان المعين في العقد، فإذا لم يعين المكان وجب أداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك.[٩٧]

ثانياً- حال النص التشريعي الذي لا يحيل إلى العرف:

قد يصادف أن يكون هنالك نص قانوني ينظم مسألة ما دون أن يحيل أو يشير إلى قواعد العرف، ثم يتبين للقاضي وجود عرف يحكم ذات المسألة، فهل يستطيع القاضي أن يعدل عن النص ويطبق العرف العقدي أو أنه يتقيد بالنص مادام أنه لا يحيل إلى هذا العرف؟

يجيب الفقه على هذا التساؤل انطلاقاً من طبيعة القاعدة القانونية، فلو كان النص القانوني آمراً يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للقاعدة العرفية أن تخالفه[٩٨]، أياً كانت طبيعة هذه القاعدة العرفية سواء كانت آمرة (لا يجوز الاتفاق على خلافها، أو أنها تتعلق بمسألة من مسائل النظام العام في القانون)، أو كانت مفسرة (يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها)[٩٩]. أما إذا كان النص القانوني مفسراً غير

(٩٦) المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي.

(٩٧) المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي، وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٢٧٥) من هذا القانون عندما نظمت أحكام حق الارتفاق أخضعت هذا الحق للأحكام التي يقررها العقد الذي أنشأه، وللعرف، ولنصوص القانون المنظمة له، مما يتضح من صياغة هذه المادة أنها لم تحسم مسألة التعارض بين العرف والقانون والاتفاق، مادام أنها لم تقدم قاعدة على الأخرى، بل أخضعت الارتفاق للاتفاق والعرف والقانون في آن واحد.

(٩٨) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ط١، القاهرة، ١٩٤٩، ف(١٧٠)، ص١٥٢.

(٩٩) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص١٦٨، د. رياض القيسي، المصدر السابق، ص١٥١.

آمر، فإن القاعدة العرفية الآمرة تغلّب عليه، وكذا القاعدة العرفية المفسرة فإنها تقدم على النص المفسر[١٠٠]، وذلك قياساً على حال النص التشريعي المفسر الذي يحيل للعرف العقدي، فإن هذا العرف كما رأينا يقدم عليه[١٠١]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن العرف المكمل يفترض فيه أن يكون معبراً أكثر من النص القانوني المكمل عن رضا الجماعة[١٠٢]، مما يفترض أيضاً أن المتعاقدين قد علما بهذا العرف الذي توطد، وارتضيا تغليبه على النص المفسر[١٠٣].

الفرع الثاني
القوة الملزمة للعرف في ظل العقد

من يقم بدراسة موضوع العرف في العقود يلاحظ أن هناك توجهاً فقهياً وقضائياً يشترط للعمل بالعرف العقدي عدم اتفاق المتعاقدين على خلافه [١٠٤]، مما يعني تقديم اتفاق المتعاقدين على العرف العقدي عند تعارضهما، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا محل للرجوع إلى العرف التجاري إذا وجدت دفاتر للشركة يتبين منها أن الشريكين جريا في تعاملهما على خلاف هذا العرف[١٠٥]، وقضت أيضاً بأنه لا محل لما دفع به الطاعن من أن ثمة عرفاً يجري بمجاملة المحامي لزميله بعدم اقتضاء أتعاب منه، ذلك أنه بفرض قيام هذا العرف، فقد دلل الحكم المطعون به على اتفاق الطرفين على خلافه، مما ينقضي معه وجه الاستناد إليه[١٠٦].

---

(١٠٠) د. حسين عامر، المصدر السابق، ف١٧٠، ص١٥٢.
(١٠١) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص١٦٩.
(١٠٢) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص ١٦٩، محمد رياض دغمان، المصدر السابق، ص٦٦.
(١٠٣) د. حسين عامر، المصدر السابق، ف١٧٠، ص ١٥٢.
(١٠٤) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص٩٩.
(١٠٥) الطعن رقم (٤٤٥)، سنة ٣٤ ق. جلسة ١٩٦٨/١٢/١٢، س١٩، ص١٥١٢، د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، مصدر سابق، ص٣٢.
(١٠٦) نقض مدني(٤) مارس سنة ١٩٧٤، المكتب الفني السنة(٢٥)، رقم٢، ص١٢، أشار إليه د. عبد الحكم فودة، المصدر السابق، ص٢٦٢، الهامش رقم ٤٦، كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على

بيد أن مثل هذا التوجُّه سواء على صعيد الفقه أو القضاء غير صحيح على إطلاقه، ولا يمكن التسليم به إلا إذا قصرناه على العرف المفسر، الذي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه؛ ذلك أن هناك أعرافاً في العقود آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها. على هذا فإن من يتتبع نصوص القانون المدني العراقي يستخلص مجموعتين من النصوص القانونية، مجموعة لا تجيز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف العرف العقدي؛ لأنها تعده آمراً، ومجموعة أخرى تسمح لطرفي العقد الخروج على ما جرى به العرف، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- النصوص التي تمنع المتعاقدين من الاتفاق عل خلاف العرف العقدي:

لقد تبنى المشرع العراقي الصفة الآمرة للقاعدة العرفية في كثير من النصوص القانونية، وبالتالي يمتنع على المتعاقدين الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة العرفية، فبعد أن منع المشرع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ومنع من أن يكون مجموع الفوائد أكثر من رأس المال، ألزم المتعاقدين في هذا كله بعدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية[١٠٧]، كما أوجب المشرع على المتعاقدين في عقد الإيجار غير محدد المدة، أو الذي تعذر إثبات مدته، ضرورة مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقاً للعرف، إذا أراد أحد المتعاقدين إنهاء العقد وفق مواعيد التنبيه التي حددها القانون[١٠٨]. كما ألزم المشرع طرفي عقد إيجار الأراضي الزراعية في جميع الأحوال بمراعاة عرف الجهة عند تحديد حقوق مستأجر الأرض[١٠٩]. وقد نص القانون المدني العراقي على أنه إذا أطلق الالتزام في عقد التزام البساتين، كان

دفع الثمن جميعه في ميعاد معين، فإنه لا محل للرجوع إلى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن وطريقة دفعه، نقض مدني ٣ مايو ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض (١٣)، رقم (٨٦)، ص ٥٧١، د. السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ف ٣٩٧، ص ٦٨٣، هامش رقم ٩.

(١٠٧) المادة (١٧٤) من القانون المدني العراقي.

(١٠٨) المادة (٧٤١/أ) من هذا القانون.

(١٠٩) المادة (٧٩٨) من هذا القانون.

للملتزم أن يزرع الأرض الخالية بين الأشجار والأراضي التي تعد جزءاً متمماً للبستان ما لم يقض العرف بغير ذلك[١١٠]، وبالتالي تكون قواعد هذا العرف آمرة، لا يجوز لطرفي التزام البساتين مخالفتها.

من جهة أخرى نرى أن كثيراً من نصوص القانون المدني العراقي قدمت العرف على اتفاق المتعاقدين في سلم تدرج القواعد القانونية، تقديماً يستشف منه أن المشرع عندما جعل اتفاق المتعاقدين في المرتبة الثانية بعد العرف العقدي، قد منع المتعاقدين من الاتفاق على خلافه. من ذلك ما نص عليه المشرع من أن نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك [١١١]، كما أن المشرع قد أجاز في عقد العمل غير محدد المدة لكل من المتعاقدين إنهاءه بإنذار تبين مدته القوانين الخاصة، أو الاتفاق، أو العرف، وكل شرط في عقد العمل غير محدد المدة يعدل مواعيد الإنذار التي حددتها القوانين الخاصة، أو العرف، يعتبر شرطاً باطلاً، إلا إذا كان في مصلحة العامل[١١٢]، وهذا نص صريح على عدم إمكانية المتعاقدين مخالفة ما يقرره العرف، وإن كنا نلاحظ في هذا النص تناقضاً وقع فيه المشرع العراقي، فهو بعد أن رتب تدرج القواعد القانونية في المادة(٩١٧-١) التي تحيل في تحديد مواعيد الإنذار اللازمة لإنهاء عقد العمل غير المحدد المدة إلى القوانين الخاصة، أو الاتفاق، أو العرف، مقدماً الاتفاق على العرف، مما يعني أنه يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلاف العرف. جاء في الفقرة (٢) من المادة (٩١٧) ليبطل كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يعدل من مدة الإنذار

(١١٠) المادة (٨٣٥) من هذا القانون.
(١١١) المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي.
(١١٢) المادة (٢/٩١٧) من هذا القانون، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد أخضع أحكام عقد تعليم المهنة إلى عادات المهنة، والعرف الجاري فيها، دون الإشارة إلى اتفاق الطرفين، مما يعني تقديم العرف المهني هنا على هذا الاتفاق، المادة(٢/٩٢٦) من القانون المدني العراقي.

التي حددها العرف، مما يعني أنه قدم هنا العرف على الاتفاق، في حين قدم في الفقرة الأولى من هذه المادة الاتفاق على العرف، وهذا تناقض وقع فيه المشرع العراقي مرده عدم وجود معيار مفهوم لديه يقيم عليه فكرة التدرج بين القواعد القانونية، فكان أولى له أن يقدم العرف على الاتفاق في الفقرة (١) من المادة (٩١٧) حتى لا يقع في هذا التناقض.

ثانياً- النصوص التي تتيح للمتعاقدين الاتفاق على خلاف العرف العقدي :

قدم القانون المدني العراقي الاتفاق على العرف في نصوص كثيرة، متيحاً بذلك للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ما يجري به العرف العقدي، معتبراً هذا العرف قاعدة مفسرة يجوز للمتعاقدين مخالفتها. فقد نص القانون على سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق، أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها(١١٣)، وجعل القانون- كما مر بنا- نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك (١١٤)، وألزم القانون البائع بتكاليف تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك(١١٥)، وقرر المشرع بأنه لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء، إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء وكان قابلاً أن ينتج ثماراً أو إيرادات أخرى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك(١١٦)، وألزم المشتري بتحمل نفقات عقد البيع من رسوم التسجيل وغيرها، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك(١١٧)، وأوجب القانون على المستأجر إخلاء المأجور في المكان الذي تسلمه فيه إذا لم يحدد الاتفاق أو

(١١٣) المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي.
(١١٤) المادة (٣٩٨) من هذا القانون.
(١١٥) المادة (٥٤٢) من هذا القانون.
(١١٦) المادة (٥٧٢) من هذا القانون.
(١١٧) المادة (٥٨٣) من هذا القانون.

العرف مكاناً آخر[١١٨]، وأتاح المشرع للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه، أو أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك[١١٩]، كما نص المشرع على أن سلطة صاحب الأرض في الرقابة على أعمال الزراعة في عقد المزارعة يحددها القانون، أو الاتفاق، أو العرف، وأن يتحمل صاحب الأرض في هذا العقد الترميمات غير الطفيفة للمباني الزراعية والتحسينات اللازمة للأرض، ويتحمل المزارع الترميمات الطفيفة، ومصاريف الأعمال الزراعية، ويتحملان معاً كلاَ حسب نسبة حصته في الغلة مصاريف البذور، والتسميد، ومقاومة الأمراض الطفيلية، ما لم يوجد قانون، أو اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك[١٢٠]، وجعل المشرع الأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه في عقد المساقاة على المساقي، أما الأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر فيلتزم بها كلا المتعاقدين، ما لم يوجد اتفاق، او عرف يقضي بغير ذلك[١٢١]، وقد خول القانون المغارس طلب القسمة بعد انتهاء المغارسة إذا كان شريكاً في الأرض والشجر، أما إذا أصبح شريكاً في الشجر فقط كان لرب الأرض تملك حصة المغارس من الشجر قائماً، ما لم ينص الاتفاق، أو العرف بغير ذلك[١٢٢]، ونص القانون على أنه إذا لم يوجد نص، أو اتفاق اتبع في عقد التزام البساتين العرف الجاري[١٢٣]، وألزم المشرع المستعير برد العارية إذا كانت من الأشياء النفيسة إلى المعير نفسه، وإلا فلمن يقضي الاتفاق، أو العرف بتسليمها إليه[١٢٤]، كما ألقى القانون على المقاول الالتزام

(١١٨) المادة (١/٧٧١) من هذا القانون.
(١١٩) المادة (١/٧٧٥) من هذا القانون.
(١٢٠) المادتان (٨٠٨، ٨٠٩) من هذا القانون.
(١٢١) المادة (٨١٩) من القانون المدني العراقي.
(١٢٢) المادة (٨٣٠) من هذا القانون، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أخضع المغارسة للشروط المتفق عليها، وللعرف الجاري معاً، دون أن تقضي الصياغة القانونية للنص بإمكانية تقديم أي من الاتفاق، أو العرف على الآخر.
(١٢٣) المادة (٨٤٠) من هذا القانون.
(١٢٤) المادة (١/٨٦٠) من هذا القانون.

بتدارك ما يحتاجه في إنجاز العمل من أدوات، ومهمات إضافية على نفقته، ما لم يقض الاتفاق، أو عرف الحرفة بغير ذلك[١٢٥]، كما نص القانون على أن دفع الأجرة في عقد المقاولة يستحق عند تسلم العمل، إلا إذا قضى الاتفاق، أو العرف بغير ذلك[١٢٦]، ونص على أنه إذا لم يحدد العقد أجور المهندس المعماري وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري[١٢٧]، ونص المشرع على أنه إذا لم يحدد عقد العمل المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع الأجور روعي في ذلك ما تقرره القوانين الخاصة، أو العرف[١٢٨].

وبعد الانتهاء من دراسة القوة الملزمة للعرف في ظل القانون والعقد، كان علينا أن نسجل الملاحظتين الآتيتين:

١- لقد غاب عن المشرع العراقي المعيار الواضح الذي يقيم عليه التدرج بين القواعد القانونية التي تحكم العقد، وهي(القانون، والعرف، والاتفاق)، فنحن نسلم بتقديم القانون الآمر على العرف الآمر والمفسر، وبتقديم العرف الآمر على القانون المفسر وعلى الاتفاق، وبتقديم الاتفاق على العرف المفسر، وبذلك عندما يقدم المشرع العراقي القانون على العرف نقول إن قواعد ذلك القانون قواعد آمرة، سواء أكانت قواعد العرف آمرة أم مفسرة، وعندما يقدم العرف على القانون نقول إن قواعد ذلك القانون مفسرة، سواء أكانت قواعد العرف آمره أم مفسرة، وعندما يقدم العرف على الاتفاق نقول إن ذلك العرف عرف آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وعندما يقدم الاتفاق على العرف نسلم بأن العرف كان عرفاً مفسراً يباح للمتعاقدين مخالفته. وعلى أساس هذا المعيار تستند فكرة التدرج بين القواعد القانونية التي تحكم العقد،

(١٢٥) المادة (٢/٨٦٧) من هذا القانون .
(١٢٦) المادة (٨٧٦) من هذا القانون.
(١٢٧) المادة (١/٨٨١) من القانون المدني العراقي.
(١٢٨) المادة (١/٩٠٤) من هذا القانون، وقد سبقت الإشارة إلى المادة(٩١٧) وما وقعت فيه من تناقض.

لذا نسلم بصحة التدرج إذا كان على هذا النحو (اتفاق، عرف، قانون)[١٢٩]؛ لأن تقديم الاتفاق يعني أن القاعدة القانونية غير آمرة، وكذا العرف يعتبر عرفاً مفسراً، فيقدم هذا العرف على القاعدة القانونية غير الآمرة. ونسلم بصحة التدرج إذا كان على هذا النحو(قانون، اتفاق،عرف)[١٣٠]، فهذا يعني أن القانون آمر، والعرف العقدي مفسر، وبالتالي لا يجوز للاتفاق مخالفة القانون لكن يمكنه مخالفة العرف. بيد أنه لا يمكن أن نسلم بصحة التدرج إذا كان على هذا النحو(اتفاق، قانون، عرف)[١٣١]، فتقديم الاتفاق يعني أن القانون غير آمر، لذا كان من الأولى تقديم العرف على هذا القانون، ليأتي العرف بعد الاتفاق في سلم التدرج، فقد سبقت الإشارة إلى أن العرف المفسر يقدم على القانون المفسر غير الآمر.[١٣٢]

٢- لقد وقع المشرع العراقي في ترتيب التدرج بين القواعد القانونية التي تحكم العقد في تناقض داخل النص الواحد، كما مر بنا في المادة (٩١٧) من القانون المدني، وبين نصوص متقاربة في الموضوع، فقد سبقت الإشارة إلى المادتين(٩٠٤، ٩١٧) بخصوص عقد العمل. ونلاحظ هذا التناقض أيضاً في المادتين(٥٨٣،٥٨٧) من القانون المدني، فبينما نصت المادة (٥٨٣) على أن نفقات عقد البيع، ورسوم التسجيل، وغيرها من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك، نجد المادة(٥٨٧) تنص على أن المشتري يتحمل نفقات تسلم المبيع، ما لم يوجد عرف، أو اتفاق يقضي بغير ذلك. فالمادة الأولى قدمت الاتفاق على العرف، مما يعني أن العرف مفسر، بينما المادة الثانية قدمت العرف على الاتفاق، مما يعني أن العرف آمر، في حين أن موضوعيّ

(١٢٩) المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي التي سبقت الإشارة إليها، وانظر في ترتيب مراتب هذا التدرج: EYAL ZAMIR, op. cit, p. 1771.
(١٣٠) المواد (١٧١، ٨٠٨ ، ٤/٨٠٩، ١/٩١٧) من القانون المدني التي سبق بحثها.
(١٣١) المادتان (٨٤٠, ٩٠٤) من هذا القانون وقد سبقت الإشارة إليهما.
(١٣٢) د. سمير عالية، المصدر السابق، ص١٦٩.

المادتين متقاربان، فمصاريف البيع ليست ببعيدة عن نفقات تسلم المبيع، فلماذا يكون العرف في المادة الأولى مفسراً، وفي المادة الثانية آمراً؟

الفرع الثالث
القوة الملزمة للعرف الأجنبي الواجب التطبيق

لقد استخدمت التشريعات العرف بطريقتين، الأولى بوصفه مصدراً للقاعدة القانونية، فيعامل العرف معاملة القانون من حيث التطبيق، ورقابة محكمة التمييز. والطريقة الثانية بوصفه أحد عوامل التفسير التي يستعين بها القاضي لتفسير العقد، فلا يوصف العرف هنا بأنه من مسائل القانون، بل يعتبر مسألة واقع، ويترتب على ذلك أنه لا رقابة لمحكمة التمييز على قاضي الموضوع وهو يستعمل العرف للتفسير(١٣٣).

وما بين تلكما الطريقتين كانت هنالك حلقة من الجدل في الفقه الفرنسي حول المادة (١١٥٩) من القانون المدني، التي نصت على أن (الغموض يفسر حسب عرف الدولة التي حرر فيها العقد)، فاختلف الفقه الفرنسي حول ما إذا كان هذا النص يهدف إلى بيان إرادة المتعاقدين، وبالتالي يكون النص قد استخدم العرف كعامل لتفسير العقد، ليكون العرف هنا مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها، أم أنه يعالج غياباً تاماً للإرادة ويقوم بتكملة العقد، فيعتبر اللجوء إلى العرف العقدي هنا مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض(١٣٤). ولا يهمنا من هذا الجدل ترجيح أحد الرأيين حول فهم نص المادة المشار إليها من القانون الفرنسي، لكن ما يهمنا هو أن ذلك النص أشار إلى مسألة (العرف العقدي الأجنبي)، وذلك عندما يدخل في العقد عنصر دولي، بأن يكون أحد المتعاقدين أجنبياً، أو يبرم العقد في دولة

(١٣٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، المجلد الأول، مصدر سابق، ف ٣٩٧، ص٦٨٤، د. حسين عامر، المصدر السابق، ف ١٧٠، ص ١٥٢.

(١٣٤) جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ف ٣١ ، ص٥٠.

وينفذ في أخرى، فيتطلب الأمر هنا تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، والذي تحدده قواعد الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً، وبالتالي يتعين على القاضي الذي ينظر النزاع أن يطبق هذا القانون الأجنبي. لكننا نتساءل بأنه إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً في القانون الأجنبي يحكم النزاع ووجد هذا القانون يحيل إلى العرف، فهل يرخص للقاضي تطبيق عرف الدولة الأخرى؟

لا شك أن العرف الذي يعبر عن قاعدة قانونية يكون واجب التطبيق كالقانون تماماً، وبالتالي إن كان العرف الأجنبي الذي يتبع القانون الأجنبي يكمل إرادة المتعاقدين أو يحدد نطاق العقد عند تنفيذه فإنه يعتبر قانوناً يلتزم القاضي بتطبيقه، فما دام أن قاعدة الإسناد الوطنية قد حددت القانون الأجنبي الذي يحكم العقد، فإن القاضي يطبق هذا القانون حتى لو كان بصورة قاعدة عرفية[١٣٥].

أما إذا كان العرف الذي يبحث عنه القاضي مجرد عامل من عوامل التفسير التي سمح المشرع للقاضي الاستعانة بها لتفسير العقد؛ أي أن العرف لا يوصف في مجاله هنا بأنه قانون، فإن القاضي يطبق حسب نص المادة (١١٥٩) من القانون المدني الفرنسي عرف الدولة التي أبرم فيها العقد، ومفاد ذلك أن هذه المادة أخرجت العرف من نطاق القانون الواجب التطبيق، لتلزم القاضي بتفسير العقد حسب قانون الدولة التي حرر فيها، والذي قد يختلف عن القانون الواجب التطبيق على العقد. ويبدو أن السبب وراء ذلك هو أن المشرع الفرنسي ينظر إلى العرف هنا بوصفه عامل تفسير ومسألة واقع لا مسألة قانون، لذا لم يشأ أن يعطي للعرف هنا حكم القانون الواجب التطبيق، كما يبدو أن إخراج العرف كعامل تفسير للعقد من

(١٣٥) د. حسن محمد الهداوي، د.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، بغداد، ١٩٨٨، ص ٢١١.

حكم القانون الواجب التطبيق، هو الذي دفع الفقه المصري إلى انتقاد النص الفرنسي المشار إليه، والثناء على المشرع المصري لأنه لم يقيد القاضي عند تفسير العقد بقانون دولة معينة، عندما يختلف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه، فالأجدر كما يرى هذا الفقه تقييد القاضي بعرف بلد تنفيذ العقد، لأنه المحك الحقيقي للعقد على أرض الواقع، أو أن يترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية دون تقييد ليختار عرف الدولة الذي يراه مناسباً لتفسير العقد(١٣٦).

المبحث الثاني
آثار العرف العقدي

تختلف الآثار التي تترتب على العرف العقدي بحسب طبيعة هذا العرف، فيما إذا كان قانوناً واجب التطبيق أو مسألة واقع، ويكون العرف قانوناً إذا كان منشئاً للقاعدة القانونية التي تحكم العقد، وذلك في المسائل التي لم ينص عليها القانون أو اتفاق الطرفين، أما إذا كانت القاعدة القانونية التي تحكم العقد موجودة سواء بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين، فإن أثر العرف العقدي سيقتصر على إيضاح هذه القاعدة وتفسيرها، وسيكون العرف في هذه الحال مسألة واقع فقط. على هذا سنتناول في هذا المبحث وفي مطلبين الآثار التي تترتب على العرف العقدي بوصفه قاعدة قانونية، والآثار التي تترتب عليه بوصفه واقعة وعاملاً من عوامل التفسير.

(١٣٦) د. عبد الحكم فوده، المصدر السابق، ص٢٦٢-٢٦٣، د. حسين عامر، المصدر السابق، ف ١٦٩، ص١٥٢، وتجدر الإشارة إلى أن القانون العراقي كالمصري لم يرد فيه ما يماثل المادة (١١٥٩) من القانون الفرنسي، عليه لا يتقيد القاضي العراقي بعرف دولة معينة عند تفسير العقد الذي يحوي عنصراً أجنبياً.

المطلب الأول
الآثار التي تترتب على العرف العقدي
بوصفه قاعدةً قانونية

إذا كان العرف العقدي قاعدة قانونية تحكم العقد في بعض مسائله، وذلك في حال غياب النص القانوني الذي يحكمها، أو خلو العقد من حكم ينظمها، فإن العرف العقدي يعامل هنا على أنه قانون، ويترتب على ذلك أن إثبات هذا العرف سيكون من واجب القاضي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن العرف العقدي سيكون قانوناً يحكم تكوين العقود وتنفيذها. وسنتناول هذين الأثرين في فرعين، نبحث في الفرع الأول تحمل القاضي عبء إثبات العرف العقدي كقاعدة قانونية، ونبحث في الفرع الثاني عدّ العرف العقدي قاعدة قانونية تحكم تكوين العقود وتنفيذها.

الفرع الأول
العرف العقدي قاعدةً قانونية
يتحمل القاضي عبء إثباتها

إثبات القانون من واجب القاضي، وما دام أن العرف العقدي هنا قاعدة قانونية فإن إثباته يقع على القاضي ولا يكلف الخصوم به. وعلى هذا فإن مسألة إثبات العرف العقدي من قبل القاضي ترتبط بصفة هذا العرف كقاعدة قانونية وتتأثر بها، فينظر لإثبات العرف العقدي ولصفته على أنهما أمران متلازمان، وهذا التلازم جعل مسألة إثبات العرف تتأثر بتطور النظرة إلى صفة العرف فيما إذا كان قانوناً أو واقعة. وفي هذا المجال يمكن القول إن النظر إلى العرف بصورة عامة مر بمرحلتين، الأولى تعكس توجهاً تقليدياً يعفي القاضي من مهمة إثبات العرف، ويعد العرف مسألة واقع، يتكفل الخصوم بإثباتها، أما المرحلة الثانية فتعكس توجهاً حديثاً يتعامل مع العرف بوصفه قاعدة قانونية، يكون إثباتها من مهام القاضي. ولم يكن التحول من المرحلة

الأولى إلى الثانية تحولاً يسيراً وشاملاً عند القضاء، بل لمسنا بين هذا التوجه وذاك اضطرابا في الموقف القضائي، فثمة قضاء يعتنق التوجه الحديث في إثبات العرف، وثمة قضاء آخر لا يزال يساير التوجه التقليدي، وكان محور الخلاف ما بين التوجهين يدور حول مدى اعتبار إثبات العرف المنشئ للقاعدة القانونية من مسائل الواقع أو من مسائل القانون، وفيما إذا كان يدخل في وظيفة القاضي أو يخرج منها؛ لذا لا دخل لهذا الخلاف بما يعد أصلاً من عمل القاضي، ونريد بذلك العرف العقدي المفسر، فلا خلاف على أن تفسير العقد من وظائف القاضي، وهو يقوم به وفق وسائل التفسير المعمول بها، ومنها العرف الذي يثبت لديه، ولا دخل للخصوم بذلك، كما لا رقابة لمحكمة النقض أو التمييز على عمل القاضي. هذا لأن العرف بوصفه أحد عوامل التفسير يعد مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع(١٣٧).

وفي سبيل التعرف على كيفية إثبات القاضي للعرف العقدي، كان لابد من التطرق إلى التوجه التقليدي في إثبات العرف، وكيف تم التحول إلى التوجه الحديث، كما يأتي:

أولاً- التوجه التقليدي الذي يعد العرف واقعة يقع على الخصوم إثباتها:

سادت قبل صدور القانون المدني الفرنسي فكرة مؤداها أن العرف يعد عنصراً من عناصر الواقع، يتعين على الخصوم إثباته، وقد ارتبط رواج هذه الفكرة بأسباب تاريخية تمتد جذورها إلى القانون الروماني، حيث أراد أنصار نظرية الحواشي لقواعد القانون الروماني أن تتغلب على قواعد العرف المحلية؛ لذلك كان القاضي يلتزم بتطبيق قواعد القانون الروماني من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إثباتها، في حين لم يكن القاضي ليطبق قواعد العرف إلا بعد إثباتها من قبل الخصوم، ولهذا

(١٣٧) جاك غستان، المصدر السابق، ص٢٦، ٤٩، ٥٠، انظر أيضاً د. السنهوري، المصدر السابق، ف٣٩٧، ص ٦٨٤.

كان لقواعد القانون الروماني الغلبة على قواعد العرف من حيث الإثبات. وبعد صدور القانون المدني الفرنسي انقطعت الجذور التاريخية لهذه الفكرة، لكنها رغم ذلك ظلت رائجة طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر؛ مفاده أن مدرسة الشرح على المتون السائدة آنذاك، كانت ترى أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع، فالتشريع وحده يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه ليطبقه، أما قواعد العرف فلا تطبق إلا إذا أثبتها الخصوم [١٣٨].

وقد هجر الفقه والقضاء الفرنسيان هذا التوجه بعد أن فقد كل أسانيده، سواء من القانون الروماني، أو من مدرسة الشرح على المتون، وبتأثير من الفقه الفرنسي الحديث. بيد أن القضاء المصري ما زال إلى الآن يساير هذا التوجه التقليدي المهجور، من خلال ما يصدره من أحكام تنظر إلى العرف العقدي على أنه واقعة يتعين على الخصوم إثباتها، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن العادات التجارية من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت منها لقاضي الموضوع، فإذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد سبق تمسكها أمام محكمة الموضوع بما يستدل على قيام عرف تجاري باحتساب سعر الفائدة التعويضية بواقع ٥،٦% إذا لم يتفق الطرفان على تحديدها، فإنه لا يجوز إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض [١٣٩]، كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف تجاري يقضي بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلي فإنه لا يجوز أن يتحدى بهذا العرف أول مرة أمام محكمة

(١٣٨) د. السنهوري، الوسيط ، ج٢، مصدر سابق، ف٣٨، ص ٥٢، هامش رقم ٢.

(١٣٩) الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣١ق. جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ س ١٧، ص٣٥٧، وهو ما قضت به محكمة الطعن في أحكام أخرى مثل الطعن رقم ٣٥٨ لسنة٢٩ ق. جلسة ١٩٦٤/٤/٢، س١٩، ص٤٩٩. راجع في هذه الأحكام المستشار علي الدين زيدان/ الموسوعة التجارية الحديثة، ج١، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص٦٤، وراجع أيضاً د. أحمد محمود حسني، المصدر السابق، ص ٥٥٣.

النقض[١٤٠]، وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية حسمت به بكل وضوح مسألة إثبات العرف العقدي عندما قضت بأن على من يدعي قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها، ولما كان ذلك وكانت الطاعنة قد قصرت دفاعها على مجرد القول بوجود عرف أو عادة تجارية في قطاع المقاولات دون تقديم ما يؤيد ذلك، فلا على الحكم إن هو التفت عن هذا الدفاع العاري عن الدليل[١٤١] .

ثانياً– التوجه الحديث الذي يعد العرف قانوناً على القاضي إثباته:

يتجه الفقه الحديث نحو عد العرف عنصراً من عناصر القانون، يلتزم القاضي بالبحث عنه من تلقاء نفسه، وذلك أمر طبيعي لتشبيه القاعدة العرفية بالقاعدة القانونية، فكلتاهما قانون واجب التطبيق. فمثلما يلتزم القاضي بتطبيق القانون من تلقاء نفسه، ويلتزم بإثباته، فإنه يلتزم بتطبيق العرف المنشئ للقاعدة القانونية من تلقاء نفسه، ويلتزم بإثباته، وهذا هو مذهب الفقه القانوني الحديث. لكن نلاحظ أن رواسب التوجه التقليدي الذي يعامل العرف كواقعة لازالت مترسخة في الفقه المصري، فهو وإن هجر التوجه التقليدي في العرف، إلا أنه عاد ليقرر بأن العرف إذا كان محلياً، فإن افتراض علم القاضي به يصبح غير معقول، وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يثبته، فيأخذ العرف حكم الواقعة التي يتعين إثباتها، ويكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضي، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض[١٤٢]، فيتضح لنا من ذلك أن الفقه المصري رغم توجهه الحديث لا

(١٤٠) الطعن رقم ٣٩٢ سنة ٣٤، في جلسة ١٩٦٨/٦/٦، س٩، ص١١٢٠، راجع د. أحمد محمود حسني، المصدر السابق، ص ٥٥٥.

(١٤١) الطعن رقم ١٦٠سنة٤٧ ق. جلسة ١٩٨١/١/٢٦، راجع علي الدين زيدان، المصدر السابق، ص ٦٣، د. أحمد محمود حسني، المصدر السابق، ص ٣٢.

(١٤٢) انظر في موقف الفقه المصري المتأرجح، د. السنهوري، الوسيط، ج٢، المصدر السابق، ف٣٨، ص٥٣، هامش رقم ٢.

زال متأثراً بموقف قضائه التقليدي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه الحديث يسجل في مسألة إثبات العرف فارقاً عملياً بين العرف والتشريع، فالتشريع أمر التعرف عليه يسير؛ كونه يصدر بصورة مكتوبة رسمية خلافاً للعرف الذي لا يضمه سجل مكتوب؛ فيصعب في بعض الأحوال الاستيثاق منه؛ لذا يكون من مصلحة الخصم الذي يتمسك بالعرف إثباته إن كان ذلك بمقدوره، حتى لا تضيع عليه فرصة الاستفادة من العرف إذا لم يكن بمقدور القاضي التوصل إليه من تلقاء نفسه(١٤٣). على أنه بالرغم من هذا الفارق العملي يبقى العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته، وعلى القاضي أن يبحث عنه، ولمحكمة النقض (التمييز) أن تعقب عليه، إذا طبق عرفاً لا وجود له، أو أغفل عرفاً موجوداً، سواء تنبه إلى ذلك أو لم يتنبه.(١٤٤)

ولقد تبنى القضاء العراقي هذا التوجه الحديث في التعامل مع العرف، فهو يعد العرف قاعدة قانونية على القضاء إثباتها، وعليه أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة والاختصاص، دون أن يكلف الخصوم بذلك، وإن إثبات العرف خاضع لرقابة محكمة التمييز؛ بوصفه مسألة قانونية، وعلى هذا قضت محكمة التمييز العراقية بأن على قاضي الموضوع التحقق عن العرف بواسطة الخبراء الخالين الغرض. وتتلخص وقائع القضية بأن(ع) ادعى لدى محكمة صلح الأعظمية بأنه صرف بأمر من المدعى عليه(ع.ز) مبلغا قدره (١٠٠) مائة دينار على الأرض العائدة للمدعى عليه المذكور، ولامتناعه عن الدفع طلب الحكم عليه بالمبلغ المذكور، مع تحميله مصاريف المحاكمة والمحاماة، فأصدرت المحكمة المشار إليها حكماً يقضي برد الدعوى، ولعدم قناعة المدعي طلب تدقيق الحكم تمييزاً، ولدى التدقيق والمداولة

(١٤٣) د. رياض القيسي، مصدر سابق، ص١٥٢.
(١٤٤) د. السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ف٣٨، ص٥٣، هامش رقم ٢.

ظهر أن المحكمة ردت دعوى المدعي المميز على أساس أن صرف مبلغ يزيد على (١٠) دنانير لا يثبت بالبينة الشخصية، دون أن تلاحظ أن المادة(٨٠) من الأصول الحقوقية أجازت سماع البينة الشخصية لإثبات مثل هذه الأوامر، إذا كان العرف يجيز ذلك، فكان عليها قبل سماع البينة أن تتحقق عن العرف بواسطة الخبراء الخالي الغرض، وبعد إثبات العرف تسمع البينة الشخصية لإثبات الأمر، وبعد ذلك تقرر كشف المحل لتعيين ما هو منشأ من قبل المميز وتقدر قيمته بواسطة الخبراء، ثم تبت في القضية، فوجدت محكمة التمييز أن ما قامت به محكمة الموضوع مخالف للقانون فقررت نقض الحكم المميز(١٤٥).

ويمكن للمحكمة أن تستعين بالخصم لإثبات العرف الذي ادعى وجوده، لاسيما العرف المحلي الذي يتعذر على القاضي التوصل إليه من تلقاء نفسه. ففي قضية تتلخص وقائعها بأن (ك) ادعى لدى محكمة صلح المحاويل، بأن له بستان وأرض زراعية تجاوز عليها المدعى عليه (س) لمدة خمس سنوات، وزرعها بدون مسوغ قانوني، رافضاً دفع أجر المثل وقدره (٣٠) ديناراً عن المدة المتجاوز فيها، فطلب المدعي من المحكمة الحكم بأجر المثل هذا، فحكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه بدفع أجر المثل وقدره (٣٠) دينارا و(٢٥) فلساً، فطلب المدعى عليه تدقيق الحكم تمييزاً، فوجدت محكمة التمييز أن الحكم المميز غير صحيح؛ وذلك لأن المميز المدعى عليه قد دفع عند المرافعة بوجود عرف محلي، وطلب من المحكمة التحقق عن هذا العرف لكن المحكمة لم تقبل دفعه، وبما أن المادة(٨٣٣) من القانون المدني توجب مراعاة العرف في عقود المغارسة، كان على المحكمة والحال هذه أن تكلف المميز بإثبات العرف وحالاته، وتحقق عن ذلك بالبينات، وخبرة الخبراء،

(١٤٥) القرار رقم ٢٠٢٥ /ص/ ٥٢، في ١٩٥٣/٢/٢، مجلة القضاء، العدد الرابع، شهر مايس، ١٩٥٣، ص١٢٥-١٢٦.

فعدم التفاتها إلى ذلك ورد دفع المميز، خطأ مؤثر في صحة الحكم؛ لذا ولمخالفة الحكم المميز للقانون قررت محكمة التمييز نقضه(١٤٦).

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للقضاء العراقي تستطيع المحكمة الاستعانة بغرفة تجارة بغداد لإثبات العرف التجاري، من خلال شهادات تصدرها الغرفة لهذا الغرض، وبالتالي تعد غرفة التجارة هذه من ذوي الخبرة والاختصاص الخالين من الغرض، الذين درج القضاء العراقي على الاستعانة بهم لإثبات العرف العقدي بوصفه قانوناً يتحمل القاضي إثباته. فقد سألت محكمة استئناف منطقة بغداد غرفة تجارة بغداد عن نسبة (القومسيون) المتعارف عليها، وبعد أن أجرت هذه الغرفة التحقيق، تبين بأن ليس هناك عرف تجاري يحدد نسبة القومسيون، بل إنها تحتسب بناءً على اتفاق المتعاقدين. كما سألت محكمة استئناف بغداد هذه الغرفة عما إذا كان هناك عرف تجاري يقضي بضرورة التأمين على الحبوب عند نقلها بالوسائط النهرية، وقد ظهر بعد التحقيق عدم وجود مثل هذا العرف، بل إن التأمين في هذه الحال اختياري حسب رغبة التاجر(١٤٧).

الفرع الثاني
العرف العقدي قاعدةٌ قانونية تحكم تكوين العقود وتنفيذها

من أهم الآثار التي تترتب على وصف العرف العقدي بأنه قانون هو خضوع العقد له في المسائل كافة التي لم ينص عليها القانون واتفاق المتعاقدين، حيث إن العرف هنا سيعوض عن غياب القاعدة القانونية التي تحكم العقد، ولا يكون ذلك إلا في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه، ذلك أنه في تفسير العقد كما سنرى تكون القاعدة

(١٤٦) القرار رقم ٨٩٢ /ص/ ٩٦٤، في ١٩٦٤/٦/٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٤، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، ١٩٦٨، ص ٩٦-٩٧.
(١٤٧) مجلة غرفة تجارة بغداد، س(١٥)، ١٩٥٢، ص١٩٥.

التي تحكم العقد موجودة، ويقتصر دور العرف العقدي على تفسيرها، ليكون بذلك مجرد واقعة.

على هذا يؤدي العرف بوصفه قاعدة قانونية دوراً بارزاً في مرحلتي تكوين العقود وتنفيذها، وهذا ما سنعرضه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول
دور العرف في تكوين العقود

من الممكن أن يصاغ العقد بحسب القواعد العرفية السائدة، ومن الممكن أيضاً أن يتدخل العرف لتكملة إرادة المتعاقدين حول مسائل العقد التي غفلا عن الاتفاق عليها، أو يكون عليهما كالرقيب فلا تجوز مخالفته، وهذان الدوران يؤديهما العرف في تكوين العقود، عند غياب النص أو الاتفاق وذلك على النحو الآتي:

أولاً- دور العرف في صياغة العقد:

صيغة العقد دليل على وجود التراضي اللازم لإبرام العقد، ويصاغ العقد بإيجاب وقبول، فما العقد إلا ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه(١٤٨). والإيجاب والقبول كلاهما تعبير عن الإرادة لا وجود للعقد دونهما(١٤٩)، والذي يصدر أولاً منهما يعد إيجاباً، والذي يصدر ثانياً يعد قبولاً، وهما أي الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد(١٥٠). فالقانون لا يحدد ألفاظاً معينة للإيجاب والقبول؛ لاختلاف الألفاظ المستعملة في إبرام العقد من منطقة إلى أخرى، فإذا ما خصص المشرع لفظاً معيناً

(١٤٨) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي.
(١٤٩) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ف١٧، ص٦٠-٦١.
(١٥٠) المادة (١/٧٧) من القانون المدني العراقي.

للإيجاب والقبول فإنه بذلك يضع قاعدة قد يكون من العسير تطبيقها من قبل جميع الأفراد وذلك لاختلاف لهجاتهم.

ففي عقد الهبة يبرم العقد بلفظ الهبة، أو العطية، وبأي لفظ آخر يدل عليها، كأن يقول الواهب مثلا: وهبتك، أو أهديت إليك، أو أعطيتك، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عرفاً على تمليك المال بدون عوض. وبالنسبة للقبول في الهبة أن يقول الموهوب له: قبلت، أو رضيت، أو يشكره، ونحو ذلك من الألفاظ التي تدل بدلالة العرف على القبول في الهبة(١٥١).

وقد نص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية بأن الزواج ينعقد بإيجاب يفيده لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر(١٥٢). فالقانون لا يعتد بالألفاظ المجازية التي لا تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً، أما إن كان اللفظ يفيد معنى الزواج سواء لغة أو عرفاً أُبرم العقد به قانوناً، سواء كان هذا اللفظ بالفصحى أو باللهجة العامية، إذا جرى العرف على استعمالها، ومثاله كلمة: زوجتك، أو ملكتك ونحو ذلك(١٥٣).

ومن جهة أخرى آثر المشرع العراقي أن يعتمد العرف العقدي مرجعاً في صياغة العقد الذي يبرم بطرق التعبير الأخرى عن الإرادة، والتي جرى العرف على اعتمادها في إبرام العقود. ويستشف ذلك من نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي التي قررت بأنه (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي. وباتخاذ أي

(١٥١) د. عادل عبد القادر قوتة، أثر العرف وتطبيقاته في فقه المعاملات المالية، ط ١، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب،٢٠٠٧، ص١٥١.
(١٥٢) المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
(١٥٣) د. أحمد عبيد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج١، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠١، ص٤٠.

مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي). فالمتعاقد يستطيع أن يعبر عن إيجابه أو قبوله بإشارة معينة، جرى العرف على التعامل بها، ولو لم يكن هذا المتعاقد أخرس، كما في حركة الرأس الدالة على الرضا وقبول عرض الموجب [١٥٤]. كما يبرم العقد بالمبادلة الفعلية (التعاطي)، وهي طريقة تدل على التراضي دلالة عرفية؛ ذلك أن الأخذ والعطاء من غير اعتراض من المتعاقدين أو أحدهما يدل عرفاً على الرضا، متى كان الفعل مألوفاً لدى الناس ومعروفاً عندهم أن المراد به التعاقد، من ذلك عرض البضائع مع بيان أثمانها عليها [١٥٥]، ومن ذلك أيضاً بيع الصحف والمجلات وتذاكر القطارات[١٥٦].

ولا يقتصر دور العرف على بلورة الأسلوب الذي يتم به التعبير عن الإرادة، بل يكون العرف مرجعاً في تحديد الوقت التي يلتقي فيه الإيجاب بالقبول. ذلك أن إيجاب الموجب يظل قائماً إلى آخر المجلس (مجلس العقد)[١٥٧]، وينحل هذا المجلس بتفرق المتعاقدين بأي طريقة جرى العرف على دلالتها على التفرق وانحلال المجلس، سواء كان تفرق المتعاقدين بالأبدان، أو بالأقوال، أو بأي طريقة تدل دلالة عرفية على التفرق[١٥٨]. وعلى هذا يكون المتعاقدان بالخيار إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك[١٥٩]. كما أن

(١٥٤) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٨، ص ٣٣.
(١٥٥) د. محمد محمود الجمال، المصدر السابق، ص٨٧، ص ١٠٤-١٠٥، د. أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، الجامع الأزهر، ١٩٤١، ص٨٨٩.
(١٥٦) د. محمد محمود الجمال، المصدر السابق، ص ١٠٥.
(١٥٧) المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي.
(١٥٨) د. حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بلا ناشر وبلا سنة طبع، ص١٣٣.
(١٥٩) المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي.

الإيجاب يظل قائماً طوال المدة التي يحددها الطرفان لقبول القابل، وإن لم يحدد الطرفان مدة للقبول تتحدد هذه المدة بموجب العرف، إن جرى العرف على تحديدها، فإن مضت المدة التي تحددت بالعرف ولم يصدر قبول من الطرف الآخر سقط الايجاب، ولا عبرة بالقبول الصادر بعده. وقد أسند المشرع العراقي للعرف العقدي مهمة تحديد المدة اللازمة لقبول المتعاقد في بيع المذاق عندما نص على أنه إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي تم فيه هذا الإعلان(١٦٠).

ثانياً- دور العرف في تكملة إرادة المتعاقدين عند التعاقد:

يضطلع العرف العقدي بدور آخر في مرحلة تكوين العقود يتمثل بتكملة إرادة المتعاقدين عند التعاقد، فقد يرجئ المتعاقدان الاتفاق على المسائل الثانوية لما بعد العقد، دون أن يشترط أحدهما عدم انعقاد العقد من غير الاتفاق عليها، ومع ذلك قد يختلفان بعد التعاقد في الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية، وفي هذه الحال أناط المشرع العراقي للعرف العقدي مهمة حسم هذا الخلاف، بوصف العرف أحد المراجع التي يستعين بها القاضي لحسم الخلاف حول هذه المسائل الثانوية(١٦١)، وبالتالي فإن هذه المسائل تتحدد بالعرف العقدي بعد أن فشلت إرادة المتعاقدين في الاتفاق عليها(١٦٢). كما تتجلى وظيفة العرف العقدي في تكملة إرادة المتعاقدين من خلال الدور الذي يؤديه في صياغة شروط العقد التي لم يتفق المتعاقدان عليها(١٦٣)، فثمة شروط تعد جزءاً من العقد دون أن يتم الاتفاق عليها من قبل

(١٦٠) المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.
(١٦١) المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي.
(١٦٢) د. أحمد ياسين القرالة، المصدر السابق، ص٢٠٤.
(١٦٣) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١١٦٠) من القانون المدني الفرنسي، انظر:-

المتعاقدين، ما دام أن العرف قد جرى بها[١٦٤]، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم[١٦٥]، فلو اتفق المتعاقدان في عقد البيع على أن الثمن هو سعر السوق، وبعد إبرام العقد اختلفا حول تحديد السوق الذي يعتد بسعره، ولم يكن هناك سوق في المكان المحدد لتسليم المبيع حتى يعتبر سعره مرجعاً في تحديد الثمن، فإن هذا السوق يحدده العرف الجاري[١٦٦]. وإذا لم يحدد المتعاقدان في إجارة وسائط النقل الواسطة التي ستستخدم في النقل، واكتفيا بالاتفاق على واسطة نقل من النوع المعتاد، فإن العرف العقدي هو المرجع في تحديد هذه الواسطة، حيث ينصرف الإيجار إلى المتعارف من الوسائط[١٦٧]، وإذا لم يحدد العقد المبرم مع المهندس المعماري الأجور التي يستحقها عن وضع التصميم، والمقايسة، وعن إدارة الأعمال، فيكون العرف هو المرجع في تحديد هذه الأجور التي غفلت إرادة المتعاقدين عن تحديدها[١٦٨]. وأخيراً نص المشرع العراقي على أن عرف المهنة هو الفيصل في البت بصحة عقد تعليم المهنة، وفيما إذا كانت مرحلة تكوينه قد تمت بصورة صحيحة[١٦٩]، بحيث لا يجوز للمتعاقدين عند إبرام عقد تعليم المهنة مخالفة العرف الجاري فيها.

-Alex Weill, op.cit, p. 129.

وانظر في دور العرف في تكملة العقد بوصفه قاعدة قانونية:

Eyal Zamir, op. cit, p. 1735, 1754, 1755.

(١٦٤) المادة (١/١٣١) من القانون المدني العراقي.
(١٦٥) المادة (١/١٦٣-٢) من القانون المدني العراقي.
(١٦٦) المادة (٢/٥٢٧) من القانون المدني العراقي.
(١٦٧) المادة (٢/٨٤١) من القانون المدني العراقي.
(١٦٨) المادة (٨٨١ /١) من القانون المدني العراقي.
(١٦٩) المادة (٢/٩٢٦) من القانون المدني العراقي.

المقصد الثاني
دور العرف في تنفيذ العقود

بعد إبرام العقد لابد من تنفيذه بما يرتبه من حقوق والتزامات، وهنا يلعب العرف دوراً بارزاً من خلال تكملة إرادة المتعاقدين في هذه المرحلة، فيكون العرف الجاري في تنفيذ العقود قانوناً واجب التطبيق في الحالات التي لم يتفق عليها المتعاقدان، أو يكون هذا العرف الجاري ملزماً للمتعاقدين لا يجوز لهما الاتفاق على خلافه في تنفيذ العقود.

حيث تنتج عن العقد بعد إبرامه آثار بحق عاقديه، تتمثل بالحقوق والالتزامات التي يرتبها، وكل التزام على المتعاقد هو بمثابة حق للمتعاقد الآخر، كما أن كل حق للمتعاقد يمثل التزاماً على الطرف الآخر بتأدية هذا الحق، وهنا قد يتدخل العرف أما لتحديد المتعاقد الذي يتحمل تنفيذ الالتزام، أو لتحديد نطاق ما يلتزم به هذا المتعاقد، أو لتحديد آليات تنفيذ الالتزام، وذلك كما يأتي:

أولاً- دور العرف في تحديد المتعاقد الذي يتحمل تنفيذ الالتزام:

أحال المشرع العراقي في كثير من الأحوال إلى العرف العقدي لتحديد المتعاقد الذي يلتزم بتنفيذ الالتزام، إذا لم يحدده العقد المبرم بين الطرفين. وربما يقوم المشرع بعد أن يحدد المتعاقد الذي يقع على عاتقه تنفيذ الالتزام، بالإحالة إلى العرف ليستدرك به ما حدده، إن كان العرف يجري على إلقاء تبعة الالتزام على المتعاقد الآخر. فبعد أن قضى المشرع العراقي بأن نفقات الوفاء بالدين يلتزم بها المدين، أحال إلى العرف لتحديد من يلتزم بهذه النفقات، إن كان العرف قد جرى على التزام الدائن بها[١٧٠]، والأمر ذاته عندما حمل المشرع العراقي البائع وحده تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن، فإنه استدرك هذا التحديد بالإحالة إلى العرف العقدي إن

(١٧٠) المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي.

كان قد جرى على خلاف ذلك [١٧١]. ونص المشرع العراقي على أن نفقات عقد البيع، ورسوم التسجيل، وغيرها من الرسوم، وأجرة كتابة السندات والصكوك، وغيرها من المصروفات التي يقتضيها البيع، تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[١٧٢]، فإن لم يتفق المتعاقدان على خلاف ما قضى به المشرع، فإن على القاضي أن يتأكد من مدى وجود عرف في هذه المسألة ليستند إليه في تحديد من يتحمل نفقات عقد البيع. كما أن نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد هناك عرف عقدي يحدد من يلتزم بهذه النفقات[١٧٣]. وقد أحال المشرع العراقي أيضاً على العرف عندما وزع النفقات التي يقتضيها عقد المزارعة على المتعاقدين، فيكون على القاضي البحث عن وجود عرف يقضي بتوزيع هذه النفقات بطريقة مغايرة عما حدده المشرع [١٧٤]. وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي في عقد المساقاة، فبعد أن ألزم المساقي بالأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه من سقي، وتلقيح، وحفظ، وألزم كلا العاقدين بالأعمال اللازمة للثمر بعد إدراكه، عاد وأحال إلى العرف فيما إذا كان يقضي بتوزيع هذه المصاريف بطريقة أخرى، يحدد بها المتعاقد الذي يلتزم بأي من هذه الأعمال[١٧٥]. كما ألزم القانون المدني العراقي رب العمل في عقد المقاولة بنفقات الأدوات والمهمات الإضافية، التي عليه أن يقدمها ليتدارك ما يحتاج إليه في إنجاز العمل، ما لم يتفق المقاول

(١٧١) المادة (٥٤٢) من القانون المدني العراقي.
(١٧٢) المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي.
(١٧٣) المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي.
(١٧٤) المادة (٨٠٩) من القانون المدني العراقي التي أحالت إلى العرف في مسألة تحديد من يتحمل نفقات المزارعة، بعد أن ألقت على المزارع مصاريف الأعمال الزراعية، وصيانة الزرع، وجمع المحصول والمحافظة عليه، وإصلاح الأدوات، والترميمات الطفيفة للمباني الزراعية، وحملت صاحب الأرض الترميمات غير الطفيفة للمباني الزراعية، والتحسينات اللازمة للأرض، وجعلت نفقات البذور والتسميد ومقاومة الأمراض الطفيلية على الطرفين كل بنسبة حصته في الغلة.
(١٧٥) المادة (٨١٩) من القانون المدني العراقي.

ورب العمل على غير ذلك، أو يقضي عرف الحرفة بخلافه[١٧٦]، لذا على القاضي أن يستند إلى عرف الحرفة في حال وجوده لتحديد من يتحمل نفقات هذه الأدوات والمهمات الإضافية، إذا لم يتفق المتعاقدان على ذلك.

ثانياً- دور العرف في تحديد نطاق ما يلتزم به المتعاقد:

لا يتحدد نطاق ما يلتزم به المتعاقد باتفاق المتعاقدين فقط، بل قد يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزامات لم يفرضها العقد، وإنما يفرضها العرف العقدي، إذ لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام[١٧٧]، كالعرف الذي جرى بإضافة نسبة مئوية إلى ما يدفعه الزبون في الفنادق والمطاعم[١٧٨]. وإن كان القانون يمنع من فرض فوائد على متجمد الفوائد، ويمنع زيادة هذه الفوائد على رأس المال، إلا إن المشرع العراقي أحال إلى العرف التجاري لتحديد مدى التزام المتعاقد بدفع الفوائد في هذه الحالات[١٧٩]، فربما جرى العرف على إلزام المتعاقد بدفع فوائد على متجمد الفوائد وإن زادت على رأس المال، فيعمل بهذا العرف[١٨٠]. ويلاحظ هنا أن المشرع العراقي قد أحال إلى العرف الجاري في المعاملات التجارية فقط، لذا تخرج العقود المدنية من نطاق السماح بتقاضي فوائد على متجمد الفوائد، أو زيادة الفوائد على رأس المال، ما دام أن المشرع قد أحال إلى العرف التجاري الذي ينحصر في المعاملات التجارية. وهذا ما أكده القضاء المصري في أحكام

(١٧٦) المادة (٢/٨٦٧) من القانون المدني العراقي.
(١٧٧) المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي.
(١٧٨) د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٩٩-٢٠٠.
(١٧٩) المادة (١٧٤) من القانون المدني العراقي.
(١٨٠) د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي، مطبعة الصقر، بغداد،١٩٩٧، ص٤٦، د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٧، ص٣٧-٣٨.

كثيرة صدرت عنه، أكدت أن حكم القانون المدني المصري عندما أحال إلى العرف التجاري لتحديد مدى التزام المتعاقد بدفع فوائد على متجمد الفوائد، أو دفع فوائد تزيد على راس المال(١٨١)، هو حكم قاصر على المعاملات التجارية دون المدنية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن قرض المصارف يعد عملاً تجارياً للمصرف وللمقترض، مهما كانت صفة المقترض أو الغرض الذي خصص له القرض، عليه فإن مثل هذه القروض تخرج من نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة(٢٣٢) من القانون المدني المصري، ويحق بشأنها تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لرأس المال(١٨٢)، وقضت أيضاً بأنه متى ما كان عقد البيع الذي أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدني بطبيعته، فإن باقي ثمن الأطيان المباعة المستحق للبنك يسري عليه الحظر المنصوص عليه في المادة(٢٣٢) من القانون المدني، ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ومجاوزة الفوائد لرأس المال(١٨٣). وعلى ذات الأساس نرى أن المشرع العراقي أحال مرة أخرى إلى العرف التجاري لتحديد ما يلتزم المتعاقد بدفعه من فوائد مركبة في الحساب الجاري(١٨٤).

وانطلاقاً من دور العرف في تحديد ما يلتزم به المتعاقد عند تنفيذ العقود، لم يجعل المشرع العراقي التزام البائع بالتسليم قاصراً على الشيء المبيع وحده، وإنما

(١٨١) هذا ما قرره القانون المدني المصري في المادة (٢٣٢)، والموافق لما قرره القانون المدني العراقي في المادة (١٧٤).

(١٨٢) الطعن رقم (١٦٢٣) سنة ٤٦ ق. جلسة١٩٨٣/٣/٣١، س٣٤، ع١، ص٨٦٦، وكذا الطعن رقم ٤٤٧ سنة ٤٢ ق. جلسة ١٩٨٣/٣/٣١، س٣٤، ع١، ص٨٧٣، د. أحمد محمود حسني، مصدر سابق، ص٥٦٢-٥٦٣.

(١٨٣) الطعن رقم (٣٥٧) سنة ٣٨ ق. جلسة ١٩٧٥/٢/١٨، س٢٦، ص٤١٧، د. أحمد محمود حسني، مصدر سابق، ص٥٥٤، وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الحكم في كثير من قراراتها، انظر في هذه القرارات د. أحمد محمود حسني، مصدر سابق، ص٥٥٢، ٥٦٢.

(١٨٤) المادة (١٧٥) من القانون المدني العراقي.

أدخل فيه كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع[١٨٥]. فالعرف هو الذي يحدد ما يلتزم البائع بتسليمه مع المبيع إلى المشتري عند عدم الاتفاق على ذلك في العقد[١٨٦]، وعلى هذا أحال المشرع العراقي إلى العرف العقدي لبيان مدى التزام المشتري بدفع فوائد الثمن المستحق الأداء للبائع، بعد أن قرر المشرع بأن لا حق للبائع في هذه الفوائد ما لم يكن قد أعذر المشتري، أو سلمه المبيع وكان قابلاً لإنتاج الثمرات[١٨٧].

كما يلتزم المؤجر في إيجار الأراضي الزراعية إذا لم تحدد مدته، أو تعذر إثباتها، بمراعاة حق المستأجر في المحصول وفقاً للعرف، إذا أراد أحد المتعاقدين إنهاء العقد وفق مواعيد التنبيه التي حددها القانون[١٨٨]، فالعرف العقدي هو من يحدد نطاق التزام المؤجر بمراعاة حق المستأجر بالمحصول في هذه الحال.

من ناحية أخرى فإن المشرع عول على العرف العقدي لتحديد نطاق ما يلتزم المؤجر بضمانه للمستأجر من عيوب تحول دون الانتفاع بالمأجور، حيث إن المؤجر لا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها[١٨٩]، وإذا سكت عقد الإيجار عن تحديد نطاق التزام المستأجر باستعمال المأجور، فإن على المستأجر أن يلتزم باستعماله بحسب ما أعد له، ووفقاً لما يقتضيه العرف[١٩٠]، فبموجب العرف يتحدد نطاق التزام المستأجر باستعمال المأجور. وقد قضت محكمة

(١٨٥) المادة (٥٣٧/ج) من القانون المدني العراقي.
(١٨٦) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٠٤.
(١٨٧) المادة (٥٧٢/١) من القانون المدني العراقي.
(١٨٨) المادة (٧٤١/أ) من القانون المدني العراقي.
(١٨٩) المادة (٧٥٦/١) من القانون المدني العراقي، وهو ما ينطبق على التزام البائع بضمان العيوب الخفية، وإن لم يشر المشرع صراحة إلى العرف في هذا الالتزام، المواد (٥٥٨-٥٥٩) من القانون المدني، انظر د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص١٣٣.
(١٩٠) المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي.

التمييز العراقية بأنه إذا تجاوز المستأجر حدود الانتفاع الذي يقرره العرف فإنه يلزم بتعويض الأضرار التي سببها[١٩١]. كما يعول على العرف العقدي في تحديد ما يلتزم المستأجر بإجرائه من ترميمات طفيفة في عقد الإيجار[١٩٢]، وإذا أحدث المستأجر بأمر من المؤجر تحسينات في المأجور تزيد من قيمته، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما أنفقه بالقدر المعروف، أي بالقدر الذي يحدده العرف إذا لم يتفق المتعاقدان على تحديده[١٩٣].

وفي عقود إيجار الأراضي الزراعية يتحدد نطاق التزامات المؤجر والمستأجر، وحقوقهما بموجب العرف الزراعي السائد، فالمؤجر يلتزم تجاه المستأجر بمنحة الشرب والطريق، لكن لا يلتزم له بالمواشي والأدوات الزراعية. والعرف هو المعول عليه لتحديد نطاق التزامات المؤجر وحقوق المستأجر تبعاً لها[١٩٤]، ويتدخل العرف الزراعي بعد القانون والاتفاق لتحديد سلطة صاحب الأرض في عقد المزارعة بتوجيه المزارع في استغلالها، والرقابة على أعماله في الزراعة [١٩٥]، فبموجب هذا العرف تتحدد التزامات المزارع تجاه سلطة صاحب الأرض في الرقابة والتوجيه، وفي عقدي المغارسة والتزام البساتين تتحدد التزامات المتعاقدين وحقوقهما بموجب العرف الجاري، إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على تحديدها في عقد المغارسة، أو أنها لم تتحدد في عقد التزام البساتين لا بالاتفاق ولا بنص القانون، فإن ورد الالتزام مطلقاً في عقد التزام البساتين استعان

(١٩١) القرار رقم (٢٨٤ح-١٩٥٥) في ١٩٥٥/٣/٢٠، عبد الرحمن علام، المبادئ القضائية، مصدر سابق، ص٢٥٧.
(١٩٢) المادة (١/٧٦٣) من القانون المدني العراقي.
(١٩٣) المادة (٣/٧٧٤) من القانون المدني العراقي، هذا وقد أجاز القانون للمستأجر أن يقوم بترميم المأجور بعد أخذ إذن المحكمة، إذا امتنع المؤجر عن القيام به، على أن يلتزم الأخير بأن يرد للمستأجر ما أنفقه بالقدر المعروف، المادة (٢/٧٥٠) من هذا القانون.
(١٩٤) المادة (٧٩٨) من القانون المدني العراقي.
(١٩٥) المادة (٨٠٨) من القانون المدني العراقي.

القاضي بالعرف لتحديد نطاقه، وتحديد ما إذا كان للملتزم زراعة الأرض الخالية بين الأشجار، والأراضي التي تعد جزءاً متمماً للبستان[١٩٦].

من جهة أخرى، نص المشرع العراقي على أنه لا يدخل في نطاق التزام رب العمل بدفع الأجرة في عقد العمل ما يعطى على سبيل الحلوان، إلا في الصناعة أو التجارة التي جرى فيها العرف بدفع الحلوان. فالعرف هو الذي يحدد فيما إذا كان دفع الحلوان يدخل من ضمن التزام رب العمل بدفع الأجرة، كما أن هذا العرف هو الذي يضع حدود الالتزام بدفع الحلوان[١٩٧].

كما نص المشرع العراقي على أن أحكام تعليم المهنة – من حقوق والتزامات – تخضع لعادات المهنة، والعرف الجاري فيها[١٩٨]. كما أخضع المشرع العراقي أحكام حقوق الارتفاق لما جرى به العرف، حيث استند المشرع العراقي لهذا العرف في تحديد التزامات وحقوق طرفي العقد المنشئ لحق الارتفاق[١٩٩].

كما استند المشرع العراقي على العرف لتحديد ما إذا كان البائع في البيوع الدولية يلتزم بتغليف البضاعة المبيعة، فالبائع في هذه البيوع لا يلتزم بهذا التغليف إذا جرى التعامل على شحن البضاعة دون تغليف[٢٠٠]. أو كان من المألوف إرسال

(١٩٦) المواد (٨٣٣، ٨٣٥، ٨٤٠) من القانون المدني العراقي.
(١٩٧) المادة (٩٠٧) من القانون المدني العراقي.
(١٩٨) المادة (٢/٩٢٦) من القانون المدني العراقي.
(١٩٩) ويخضع الارتفاق للأحكام التي يحددها العقد وللعرف وللأحكام التي حددتها المادة (١٢٧٥) من القانون المدني العراقي التي سبقت الإشارة إلى صياغتها، انظر أيضاً محمد طه البشير، د.غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص٣٣٢.
(٢٠٠) وذلك في البيع بشرط التسليم في ميناء الشحن على ظهر السفينة (فوب)، والبيع بشرط نقل البضاعة والتأمين عليها من قبل البائع (سيف)، والبيع بشرط التسليم بجانب السفينة (فاس)، المواد (٢٩٨/ رابعاً، ٣٠٢/ ثامناً، ٣١٠/خامساً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤. وتجدر الإشارة إلى أن الأعراف التجارية تلعب دوراً بارزاً في تحديد مضمون التزامات المتعاقدين في البيوع الدولية، انظر: Eyal Zimer, op. cit, p. 1728, 1755, 1756.

البضاعة دون تغليف[٢٠١]. وفي عقد نقل الأشياء يتحدد نطاق التزام الناقل بما يجري عليه العرف، حيث أخرج المشرع العراقي من نطاق هذا الالتزام التدابير غير المعتادة، التي لا يستلزمها العرف في النقل، كإطعام الحيوان، أو سقياه، أو علاجه، ورش النباتات بالماء، إلا إذا نص العقد على إلزام الناقل بهذه التدابير[٢٠٢].

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية قد حدد نطاق التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من طعام، ومسكن، وكسوة، ولوازمهما، وأجرة تطبيب، بالقدر المعروف، فالعرف هو الذي يحدد ما يلتزم به الزوج من نفقة زوجية [٢٠٣].

ثالثاً– دور العرف في تحديد آليات تنفيذ الالتزام:

قد يتدخل العرف في مرحلة تنفيذ العقود ليرسم آليات تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها، فيحدد العرف متى، وأين، وكيف، تنفذ هذه الالتزامات. وهذه مسائل حرص المشرع العراقي على أن يشرك العرف في تحديدها، إلى جانب اتفاق المتعاقدين ونصوص القانون؛ لهذا نرى أن المشرع بعد نصه على سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية أحال إلى العرف الجاري فيما إذا كان يحدد تاريخاً آخر ينفذ فيه المدين التزامه بدفع الفوائد القانونية[٢٠٤]. كما نص المشرع العراقي على إلزام المشتري بفحص المبيع إذا تسلمه، والتحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل. معنى ذلك أن المشتري يلتزم بفحص المبيع بالطريقة التي يحددها العرف الجاري، فإن خالف التزامه هذا، وأهمل في شيء من ذلك

(٢٠١) وذلك في البيع بشرط التسليم في المطار المعين للانطلاق (فوب مطار)، والبيع بشرط التسليم على عربة قطار(فور)، أو مركبة (فوت)، المواد (٣١٧/ثانياً، ٣٢٠/سابعاً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
(٢٠٢) المادة (٣٣/ثانياً) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
(٢٠٣) المادة (٢/٢٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
(٢٠٤) المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي.

أعتبر قابلاً للمبيع [٢٠٥]. ونرى المشرع العراقي أيضاً في مكان آخر، يعول على العرف في تحديد مكان أداء الثمن إذا لم يعينه العقد، أو إذا لم يكن مستحق الأداء عند تسليم المبيع[٢٠٦]، ويعول على العرف أيضاً في تحديد مكان وزمان تسلم المشتري للمبيع ، إذا لم يتحدد زمان ومكان تسلمه بالاتفاق[٢٠٧].

وفي عقد الإيجار على المستأجر أن يخلي المأجور للمؤجر بعد انقضاء العقد، في المكان الذي تسلمه فيه، إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر، مما يعني أن على القاضي أن يتثبت من وجود العرف الذي يحدد مكان تنفيذ التزام المستأجر بتخلية المأجور، ما لم يكن الاتفاق قد حدد هذا المكان مسبقا[٢٠٨]. وقد يجري العرف على إلزام المستأجر بتعجيل الأجرة، وفي هذه الحال يستطيع المستأجر الثاني في عقد الإيجار من الباطن، أن يتمسك قِبَلَ المؤجر الأصلي بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأول، ما دام أن العرف قد جرى على تعجيل الأجرة[٢٠٩]. وفي عقد إيجار الأراضي الزراعية يجب على مستأجر الأرض استغلالها وفقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف[٢١٠]، أي الاستغلال الذي جرى به العرف، وبعد انتهاء مدة عقد المغارسة يلتزم صاحب الأرض بإجراء القسمة التي نص عليها العقد، إن أصبح المغارس شريكاً في الأرض والشجر، أما إذا أصبح شريكاً في الشجر فقط، فلرب العمل أن يتملك حصة المغارس من الشجر قائماً، إن لم يقض الاتفاق أو العرف بغير هذه الطريقة لتنفيذ التزامات طرفي العقد، فإن لم

(٢٠٥) المادة (١/٥٦٠) من القانون المدني العراقي.
(٢٠٦) المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي.
(٢٠٧) المادة (٢/٥٨٦) من القانون المدني العراقي، انظر د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص١٥٣.
(٢٠٨) المادة (١/٧٧١) من القانون المدني العراقي.
(٢٠٩) المادة (٢/٧٧٦) من القانون المدني العراقي.
(٢١٠) المادة (١/٨٠٤) من القانون المدني العراقي.

يوجد مثل هذا الاتفاق كان على القاضي أن يتحقق عما إذا كان هناك عرف يقضي بتنفيذ التزامات صاحب الأرض والمغارس بطريقة مخالفة(٢١١).

وفي عقد الإعارة إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة التزم المستعير بعد انتهاء العقد برد هذه العارية إلى المعير نفسه، فإن تعذر عليه ردها إلى المعير، ولم يحدد الاتفاق الشخص الذي ترد له العارية، فإن المستعير يلتزم بردها إلى الشخص الذي يقضي العرف العقدي بردها إليه، فالعرف هنا يحدد للمستعير طريقة تنفيذ التزامه برد العارية النفيسة، وإذا ما خالف هذه الطريقة وسلم العارية لشخص آخر غير الشخص الذي قضى العرف برد العارية إليه، ثم تلفت العارية أو نقصت قيمتها لزمه الضمان(٢١٢).

وإذا كان رب العمل في عقد المقاولة هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها، ويراعي أصول الفن في استعمالها(٢١٣). ويراد بأصول الفن عرف الحرفة أو المهنة، حيث يلتزم المقاول بإنجاز العمل وفق ما يقضي به العرف(٢١٤)، ومتى أتم المقاول العمل، ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على الأخير أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد، حيث يلتزم رب العمل بتسلم العمل وفحصه في الوقت الذي جرت عليه أعراف الحرفة(٢١٥)، كما أن رب العمل يلتزم بدفع أجرة المقاول عند تسلمه للعمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير

(٢١١) المادة (٨٣٠) من القانون المدني العراقي.
(٢١٢) المادة (٨٦٠) من القانون المدني العراقي.
(٢١٣) المادة (١/٨٦٧) من القانون المدني العراقي.
(٢١٤) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص٤٢٦، انظر في ذلك د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٨٨.
(٢١٥) المادة (١/٨٧٣) من القانون المدني العراقي، المطابقة لنص المادة (٦٥٥) من القانون المدني المصري، فيما عدا أن النص المصري استخدم عبارة (حسب الجاري في المعاملات)، بدلاً من عبارة (حسب المعتاد) التي جاءت في النص العراقي، انظر أيضاً في هذا المعنى، د.محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص١٥٣.

ذلك، مما يعني أن على رب العمل تنفيذ التزامه بدفع الأجرة في الوقت الذي يحدده العرف، ما لم يتحدد هذا الوقت باتفاق المتعاقدين في العقد[٢١٦].

وفي عقد العمل يلتزم رب العمل بدفع أجور العمال في المواعيد وبالطرق التي يحددها العرف، إذا لم تتحدد هذه المواعيد والطرق باتفاق المتعاقدين، أو بنصوص القوانين الخاصة[٢١٧].

كما أن التزام البائع بتغليف البضاعة في البيوع الدولية يتحدد بالتغليف المعتاد[٢١٨]، أي التغليف الذي يقتضيه العرف مثل هذه المعاملات، وفي البيع بشرط التسليم في المطار المعين للانطلاق (فوب مطار) يتحدد التزام البائع بتسليم البضاعة بالطريقة المعتادة في المطار[٢١٩].

وفي عقد نقل الأشياء يلتزم الناقل بالنقل بالوسائط المعتادة التي جرى العرف على النقل في أمثالها، ما لم يتفق المتعاقدان على طريقة أخرى لتنفيذ عملية النقل[٢٢٠]، وفي النقل بالسكك الحديد إذا كان الشيء المنقول من المواد الخطرة، التزم الناقل بإخطار المرسل إليه بوصول البضاعة بالطرق المعتادة، ومفاد ذلك أن يكون إخطار المرسل إليه في هذه الحال بالطرق التي جرى العرف على تنفيذ الالتزام بالإخطار في أمثالها[٢٢١]، وفي النقل بالسكك الحديد أيضاً إذا قام المرسل بتجهيز الناقل بعربة ذات مواصفات خاصة لنقل الحيوانات لقطرها إذا تعذر على الناقل تجهيزها، فإن هذا الناقل يلتزم باتخاذ التدابير المعتادة التي جرى بها العرف؛

---

(٢١٦) المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي.
(٢١٧) المادة (١/٩٠٤) من القانون المدني العراقي.
(٢١٨) انظر المواد (٢٩٩/رابعاً، ٣٠٢/ثامناً، ٣١٠/خامساً، ٣٢٠/سابعاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
(٢١٩) المادة (٣١٦) من قانون التجارة العراقي.
(٢٢٠) المادة (٢٩/ثانياً) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
(٢٢١) المادة (١٢٠) من قانون النقل العراقي.

لوقاية هذه العربة من الهلاك بسبب النقل وفي أثنائه[٢٢٢].

وعلى صعيد آخر أحال قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى العرف، لتحديد طريقة دفع المهر، سواء بتعجيله أو تأجيله كلاً أو بعضاً، عند عدم اتفاق الزوجين على آلية محددة لقيام الزوج بدفعه[٢٢٣] .

المطلب الثاني

الآثار التي يرتبها العرف العقدي بوصفه واقعة

يعد العرف العقدي واقعة عندما تكون القاعدة القانونية التي تحكم العقد موجودة، وينحصر الخلاف في تفسير العقد الخاضع لهذه القاعدة، فلا يعدو أن يكون العرف في هذه الحال مجرد مسألة واقع يتولى القاضي الذي يقوم بالتفسير إثباتها، وتخضع لسلطته؛ ما دام أنه لا دور لهذا العرف في إنشاء القاعدة القانونية التي تحكم العقد. فالقاضي في سبيل تفسير العقد يستند إلى عدة عوامل منها من داخل العقد، وأخرى خارجية، ومن بين العوامل الخارجية العرف العقدي.

ولا يقتصر الدور التفسيري للعرف العقدي على بيان قصد المتعاقدين من ألفاظ العقد وعباراته، وإنما يمتد هذا الدور لتكييف العقد وبيان طبيعته القانونية، وكل هذا يتم بعمل القاضي الذي يستخدم العرف العقدي المفسر لهذه الأغراض، وهو ما سنبحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

دور العرف في بيان قصد المتعاقدين

يلجأ القاضي إلى العرف لاستجلاء قصد المتعاقدين من ألفاظ العقد وعباراته[٢٢٤]، وعلى هذا نص المشرعان المصري والفرنسي على الرجوع إلى العرف

(٢٢٢) المادة (١٢٢) من قانون النقل العراقي.
(٢٢٣) المادة (١/٢٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(٢٢٤) جاك كستان، المصدر السابق، ص٤٩-٥٠، د. حسين عامر، المصدر السابق، ص ١٥١-١٥٢، د. عبد الحكم فودة، ص ٢٦١ وما بعدها. وانظر أيضاً:

لبيان ما غمض من عبارات العقد[٢٢٥]، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[٢٢٦]، لذا قرر المشرع العراقي ترك الحقيقة بدلالة العادة[٢٢٧]، واعتبر التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[٢٢٨]، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة[٢٢٩]، وذلك ليمهد للقاضي استجلاء قصد المتعاقدين من عبارات العقد، بدلالة الأعراف الناشئة في ظله، دون التقيد بحرفية هذه الألفاظ. وعلى هذا توسل المشرع العراقي بالعرف العقدي في كثير من النصوص لتفسير العقد، والوصول إلى ما قصده المتعاقدان عند عدم وضوح عبارات العقد في دلالتها على المقصود. فلو سكت عقد الإيجار عن بيان كيفية استعمال المأجور أياً كانت طبيعته، واختلف المتعاقدان حول هذا الاستعمال، فإن القاضي يستدل بالعرف العقدي ليتعرف على قصد المتعاقدين حول كيفية استعمال المستأجر للمأجور في حدود ما أعد له [٢٣٠]، فلو أطلق المؤجر للمستأجر عملية الانتفاع بالمأجور دون تحديد ثم اختلفا بعد ذلك حول هذا الإطلاق، فإن المستأجر يلزم بالانتفاع بالمأجور الانتفاع المعتاد الذي يقضي به العرف، فمن استأجر منزلا للسكنى ليس له أن يجعله مستودعاً، أو ورشة عمل؛ لأن هذا الانتفاع ليس هو الانتفاع المعتاد في مثله، ولو استأجر شخص سيارة لنقل الأثاث، فليس له أن يحمل فيها رملاً، أو صخوراً، لأن العرف لم يجر على مثل هذا الانتفاع[٢٣١]، ولو أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال، فإن الانتفاع

MARC BODIN.Les Notions Relatives en Droit Civil,Thèse de Doctorat en Droit,Université Montesquieu,Bordeaux IV, Ecole docteur de droit ED4.,2011, p. 374 ets. Eyal Zimer, op. cit, p 1726, 1727, 1735.

(٢٢٥) المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري، المادة (١١٥٩) من القانون المدني الفرنسي، انظر: MARC BODIN, OP.CIT, P. 374 ets.

(٢٢٦) المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي.

(٢٢٧) المادة (١٥٦) من القانون المدني العراقي.

(٢٢٨) المادة (١/١٦٣) من هذا القانون.

(٢٢٩) المادة (٣/١٦٣) من هذا القانون.

(٢٣٠) المادة (٧٦٢) من هذا القانون.

(٢٣١) د. محمد محمود محمد الجمال، المصدر السابق، ص٢٧٥ وما بعدها، د. عادل عبد القادر قوتة، المصدر السابق، ص١٣٤.

بالعارية هنا يتحدد بموجب العرف العقدي الجاري، فيكون للمستعير الانتفاع بالعارية في أي وقت، وأي مكان، وبأي استعمال أراد، شرط أن لا يجاوز المعهود المعروف[٢٣٢]، فإذا ما جاوز المستعير الحدود التي يرسمها العرف وهلكت العارية ضمنها [٢٣٣]، فلو أعار شخص سيارته لآخر دون تحديد طريقة الانتفاع، فإنه يمكن التوصل إلى الانتفاع الذي قصده المتعاقدان من خلال العرف، فيكون للمستعير الانتفاع بالسيارة في الحدود التي يقضي بها العرف، فلو كانت السيارة معدة للركوب، فليس له أن يحمل بها أشياءً ثقيلة لم يجر العرف على حملها في مثل هذه الحالات، وإلا لزمه الضمان إذا ما تضررت جراء تجاوزه حدود الانتفاع التي يقررها العرف[٢٣٤].

الفرع الثاني
دور العرف في تكييف العقود

يراد بالتكييف تحديد القاعدة القانونية المطبقة على حال واقعية، ويعني ذلك وصف الحالة الواقعية[٢٣٥]، أو هو ربط حال ملموسة بمفهوم قانوني تعترف به قاعدة قانونية[٢٣٦]، وهو بذلك مقدمة أساسية للوصول إلى القاعدة القانونية التي تحكم الواقعة المعروضة أمام القاضي[٢٣٧].

على هذا يكون تكييف العقد جزءاً من عملية تفسيره التي يضطلع بها القاضي، فعلى القاضي بعد أن يتعرف على قصد المتعاقدين، أن يعطي العقد الوصف

(٢٣٢) المادة (٨٥٢) من القانون المدني العراقي.
(٢٣٣) المادة (٨٥٢) من القانون المدني العراقي.
(٢٣٤) د. عادل عبد القادر قوتة، المصدر السابق، ص ١٤٨.
(٢٣٥) تعريف العميد (BATIFFOL) أشار إليه كستان، المصدر السابق، ص٨٣.
(٢٣٦) كستان، المصدر السابق، ص٨٣.
(٢٣٧) د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠١١، ص ٣٥٥.

القانوني المناسب[٢٣٨].

بيد أن التكييف مسألة قانونية بحتة يخضع خطأ القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا؛ لأنه خطأ في تطبيق القانون، ما دام أن المراد من التكييف هو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم الواقعة محل التكييف، في حين تكون سلطة القاضي في التعرف على قصد المتعاقدين من عبارات العقد مسألة واقع لا قانون[٢٣٩].

وما يهمنا من المسألتين هو السبل التي يسلكها القاضي في التفسير للتوصل إلى قصد المتعاقدين، أو الوصف القانوني المناسب للعقد، فكما يعد العرف من الوسائل التي يستعملها القاضي للتعرف على قصد المتعاقدين، فإنه يعد من الوسائل التي سخرها القانون للقاضي في سبيل إيجاد التكييف القانوني المناسب للعقد. على أن العرف العقدي في الحالتين يبقى عاملاً من عوامل التفسير، لا عرفاً منشئًا للقاعدة القانونية، ما دام أن القاعدة التي تحكم النزاع موجودة، فلا يكون العرف في هذه الحال سوى أداة بيد القاضي إما لاستجلاء قصد المتعاقدين، أو لتكييف العقد من الناحية القانونية تمهيداً لتحديد القاعدة القانونية التي تحكمه، وهي قاعدة موجودة سلفاً، فلا يراد من العرف أن يكون هو القاعدة التي تحكم العقد وإنما وسيلة للوصول إلى هذه القاعدة.

وعلى هذا استعمل المشرع العراقي العرف العقدي في بعض نصوصه القانونية أداةً لتكييف العقود. فقد عدّ المشرع العراقي عقود المقاولة المبرمة مع ذوي المهن الحرة كالفنانين والمهندسين من عقود الاعتبار الشخصي، التي تنتهي بموت المقاول دون أن يستمر العقد مع ورثته، ما لم يقض العرف العقدي في هذه المهن بأن

(٢٣٨) د. السنهوري، الوسيط، ج١، المجلد الاول، مصدر سابق، ص٦٦٤.
(٢٣٩) د. السنهوري، الوسيط، ج١، المجلد الأول، مصدر سابق، ص٦٦٤، د. فايز محمد حسين، المصدر السابق، ص ٣٥٧-٣٥٨.

المقاول لا يملك صفة الاعتبار الشخصي، ومن ثم لا يخضع العقد المبرم معه لقاعدة انتهاء العقد بموت المقاول، بل يستمر العقد مع ورثته(٢٤٠). وقرر المشرع العراقي بأن العلاقة العقدية بين المزارعين وعمال الزراعة، وبين خدمة المنازل ومخدوميهم، لا يسري عليها وصف عقود العمل، فتخضع لقواعد العرف الجارية فيها. ذلك أن هذه القواعد العرفية تعتبرها علاقات عقدية من نوع خاص لا ينطبق عليها وصف عقود العمل(٢٤١). كما عدّ المشرع العراقي وديعة النقود، وغيرها من الودائع الواردة على الأشياء القابلة للاستهلاك، التي يؤذن للوديع باستعمالها بأنها عقود قرض، لا ينطبق عليها وصف الوديعة، ما لم يقض العرف العقدي بأنها عقود وديعة تخضع لما تخضع له الوديعة من أحكام(٢٤٢).

وبناءً على ما تقدم قضت محكمة التمييز العراقية بجواز رفع الدعوى ابتداءً على الوكيل التجاري إضافة لموكله، لأن العرف التجاري يقضي باعتبار الوكيل التجاري بحكم الممثل التجاري، وذلك في قضية تتلخص وقائعها بأن شركة التأمين الوطنية ادعت لدى محكمة بداءة بغداد بأنها أمنت الإرسالية المشحونة بالباخرة (شريفلكان) للشركة العامة للسيارات، وإنها قامت بتعويض هذه الشركة عن الأضرار التي أصابت الشحنة في أثناء النقل، فطالبت شركة التأمين المدعى عليها بوصفها وكيلة الناقل بدفع التعويض عن تلك الأضرار، طبقاً لحوالة الحق التي حصلت عليها من الشركة العامة للسيارات، فأصدرت محكمة بداءة بغداد حكمها برد الدعوى، فطعنت المدعية بالحكم تمييزاً، وقضت محكمة التمييز بنقض حكم محكمة بداءة بغداد، بيد أن محكمة البداءة المذكورة أصرت على التمسك بحكمها لأسباب كثيرة؛ من بينها أن المدعية المميزة لم تذكر في عريضة الدعوى أن المميز عليها

(٢٤٠) المادة (٨٨٨) من القانون المدني العراقي.
(٢٤١) المادة (٩٠١) من القانون المدني العراقي.
(٢٤٢) المادة (٩٧١) من القانون المدني العراقي.

وكيلة بالعمولة بالنقل، ولعدم قناعة المميزة بالحكم طلبت تدقيقه تمييزاً، فأصدرت محكمة التمييز حكمها بنقض حكم محكمة بداءة بغداد للمرة الثانية لأسباب كثيرة شكلية وموضوعية؛ من بينها أن هذه المحكمة لم تتحقق من وجود عرف تجاري يضفي على الوكالة التجارية وصف التمثيل التجاري، وبالتالي يجوز رفع الدعوى على الوكيل التجاري ابتداءً[٢٤٣].

نلاحظ من جهة أخرى، أن محكمة النقض المصرية هي الأخرى تستدل بالعرف لتكييف العقود، فقد قضت بأن العرف التجاري يجري على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية، وهو عرف واجب التطبيق ما لم يثبت بأن المقصود بالتوقيع هو التظهير التوكيلي، وبالتالي لا يسري على تظهير الشيك المذكور حكم المادتين(١٣٤،١٣٥) من قانون التجارة المصري، الخاصتين بالتظهير الكمبيالي؛ لاختلاف طبيعة الكمبيالة (الحوالة التجارية في القانون العراقي) عن الشيك[٢٤٤]، كما أيدت محكمة النقض المصرية الحكم الابتدائي الذي نفى عن العقد المبرم مع حائز القطن وصف الرهن التجاري، والوكالة بالعمولة، واعتبره عقداً من نوع خاص، لأن العرف التجاري جرى على عدم اعتبار مثل هذه العقود بأنها وكالة بالعمولة، أو رهن تجاري، ومن ثم يكون تصرف حائز القطن بالبيع تصرفاً صحيحاً دون إذن من القاضي[٢٤٥].

(٢٤٣) القرار رقم (٩٤٢/حقوقية) ١٩٦٨، (هيئة عامة في ١٩٦٩/١٠/١٨)، قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٢، ص٤١٧-٤١٨.

(٢٤٤) الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٠ ق. جلسة ١٩٦١/٤/٢٩، س١٢، ص٣٢٤، أشار إليه علي الدين زيدان، مصدر سابق، ص١٣٩.

(٢٤٥) الطعن رقم ١١٠ لسنة٢١ ق. جلسة ١٩٥٣/٥/٢١، علي الدين زيدان، مصدر سابق، ص ٣٧٦-٣٧٧.

الخاتمة

ربما يتبادر إلى أذهان البعض أن العرف فقد في الوقت الحاضر أي دور قانوني له، بعد الحركة التشريعية الدؤوبة التي تقننت بموجبها مختلف الأنشطة، وخضعت لقواعد تشريعية واضحة ومحددة، بل قد يتبادر إلى هذه الأذهان أيضاً أنه حتى ما أبقته التشريعات من دور للعرف سقط بعدم الاستعمال.

بيد أنه تبين لنا من خلال دراسة العرف على الأقل في مجال العقود، أن للعرف دوراً لا يمكن للزمن، ولا للحركة التشريعية مهما بدت سريعة ومنظمة، أن تسقطه، سواء كان هذا الدور بالنسبة للتشريعات نفسها، أو بالنسبة للعقود مجال البحث، وهو ما حاولنا بيانه من خلال الدراسة فتوصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

١- يراد بالعرف العقدي تلك العادات الملزمة التي درج الناس على السير عليها في أمورهم التعاقدية، سواء في إبرام العقود، أو تنفيذها، أو تفسيرها، بحيث يمكن أن نصطلح على تلك العادات العرفية الخاصة في العقود المدنية أو التجارية بالعرف العقدي، تمييزاً لها عن غيرها من العادات الدارجة في المسائل الأخرى من القانون المدني والتجاري.

٢- لم يميز المشرع العراقي بين مصطلحي العرف والعادة، وإنما استخدمهما كمصطلحين مترادفين في مواطن عدة من القانون المدني، بيد أنه لم يقصد بمصطلح العادة، سواء ذلك الذي أردفه لمصطلح العرف، أو الذي استخدمه بصورة منفردة، أو حتى المصطلح الذي استعمله مشتقاً من كلمة (عادة)، كمصطلح (معتادة)، أو (مألوفة)، أو (ما جرى به التعامل)، إلا العادة العرفية الملزمة؛ ذلك

أنه لو كان يقصد بتلك المصطلحات العادة غير الملزمة؛ لما استوجب الأمر ذكرها والنص عليها؛ ولأصبحت تلك النصوص القانونية ضرباً من العبث؛ فالعادة غير الملزمة لا تحتاج الى النص عليها لأنها لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقوا عليها، ولو اتفقوا عليها، لاستمدت قوتها الملزمة من ذلك الاتفاق، دونما حاجة إلى النص عليها، مما يعني أن المشرع أراد بتلك المصطلحات العادات التي تلزم المتعاقدين سواء اتفقوا عليها أو لا، وعلى هذا تؤدي المصطلحات المذكورة، ما يؤديه العرف من معنى وأثر.

٣- يضطلع العرف بأهمية كبيرة بالنسبة للتشريع على صعيدين:

(أ) على صعيد سد النقص المتوقع من التشريع، يلعب العرف دوره المكمل، حيث يلجأ القاضي إلى استخلاص القاعدة القانونية من الأعراف الجارية، عند غياب النص التشريعي.

(ب) وعلى صعيد إحالة النصوص التشريعية المنظمة للعقود إلى العرف، يلعب العرف هنا دور معاونة المشرع في المسائل التي ارتأى الإحالة فيها إلى العرف، إما لتفسير هذه المسائل، أو لتفصيلها. فالمشرع لا يستطيع أن يضع أحكاماً تفصيلية لكل مسألة يتناولها. ويلاحظ هنا أن المشرع لا يحيل إلى العرف وحده في هذه المسائل، وإنما قد يحيل إليه وإلى اتفاق المتعاقدين، أو إليه وإلى القانون، أو إلى الثلاثة معاً، وهنا تبرز أهمية العرف العقدي بوصفه مرتبة من مراتب التدرج بين هذه القواعد الثلاثة التي تحكم العقد (القاعدة العرفية، القاعدة الاتفاقية، القاعدة التشريعية). ونعيب على المشرع العراقي هنا أنه لم يكن لديه معيار واضح ومحدد لبناء التدرج القانوني بين القواعد التي تحكم العقد، حيث إن هذا المعيار يقوم على رؤيتين، الأولى النظر إلى طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها العرف، أو التشريع، فيما إذا كانت آمرة أو مفسرة، فالقاعدة التشريعية الآمرة

يأتي بعدها في سلم التدرج إما القاعدة العرفية الآمرة، ثم القاعدة الاتفاقية، أو القاعدة الاتفاقية، ثم القاعدة العرفية المفسرة. أما القاعدة التشريعية المفسرة فإما تسبقها القاعدة العرفية الآمرة ثم الاتفاق، أو الاتفاق ثم القاعدة العرفية المفسرة. ويبدو أن غياب هذه الرؤية عن المشرع العراقي هو ما جعله يقع في التناقض عند صياغة المادة (٩١٧) من القانون المدني، فهو في الفقرة الأولى من هذه المادة قدم على العرف كلاً من القانون والاتفاق، مما يعني أنه بإمكان المتعاقدين الاتفاق على خلاف ما يقرره العرف، في حين نراه في الفقرة الثانية من هذه المادة يبطل كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يخالف ما يقرره العرف. أما الرؤية الثانية فهي النظر إلى طبيعة المسائل التي يحكمها التدرج، فإذا كانت متقاربة وذات موضوع واحد، فإنه يفترض أن يكون سلم التدرج واحداً لجميع هذه المسائل. ويبدو أن غياب هذه الرؤية عن المشرع العراقي، أنتج لنا عشوائية في تنظيم التدرج بين القواعد التي تحكم العقود، فنرى المشرع في إطار المسائل المتقاربة يتبنى أكثر من سلم لهذا التدرج.

٤- إذا تضمن العقد عنصراً أجنبياً كاختلاف جنسية أحد المتعاقدين، أو اختلاف بلد الإبرام عن بلد التنفيذ، فإن العرف الواجب التطبيق هو عرف الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق على العقد، مادام أن العرف ينشئ قاعدة قانونية، فإن هذه القاعدة تتبع القانون الواجب التطبيق الذي نشأت في ظله، ولا محل لتقييد القاضي بعرف بلد معين كبلد الإبرام كما فعل المشرع الفرنسي، فالقاضي إذا أحالته قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي، ثم أحالته النصوص الأجنبية إلى عرف جار في هذا البلد الأجنبي، كيف له أن يعدل عن هذا العرف إلى عرف بلد آخر؟ بل عليه أن يطبق هذا العرف مادام أنه كقاعدة قانونية يعداً جزءاً من القانون الأجنبي الذي رضيت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه.

٥- العرف العقدي بوصفه قاعدة قانونية يتحمل القاضي عبء إثباتها، كأي قاعدة قانونية أخرى، ولا يغير من هذا الوصف استعانة القاضي بالخصم لإثبات العرف الذي يدعيه، أو استعانته بذوي الخبرة والاختصاص، ونثني على القضاء العراقي تبنيه هذا المسلك، ورفضه عد العرف واقعة يتحمل الخصوم إثباتها، كما فعل القضاء المصري.

٦- يترتب على كون العرف العقدي قاعدة قانونية خضوع العقد له في مرحلتي تكوينه وتنفيذه، فيؤدي العرف نتيجة لصفته القانونية دوراً بارزاً في هاتين المرحلتين، فقد يتدخل العرف في تكوين العقد من خلال الاستناد إليه كمرجعية لصياغته، أو لتكملة إرادة المتعاقدين، وقد يكون مرجعاً أيضاً في مرحلة تنفيذ العقد، فيستند عليه لتحديد شخص المتعاقد الذي يتحمل الالتزام، أو لتحديد نطاق ما يلتزم المتعاقد بتنفيذه، أو لبيان آلية تنفيذ الالتزام، ويكون العرف هنا قد أنشأ القاعدة القانونية التي تحكم العقد، في المسائل التي لم ينص عليها القانون، والتي غفلت إرادة المتعاقدين عن تنظيمها. كما يترتب على العرف العقدي عندما يكون واقعة- وذلك في الأحوال التي تكون فيها القاعدة التي تحكم العقد موجودة- أنه يكون وسيلة من الوسائل التي يستعين بها القاضي في تفسير هذا العقد، سواء لبيان ما قصده المتعاقدان من عبارات العقد، أو لتكييف هذا العقد وبيان طبيعته القانونية، ولا يعد العرف هنا سوى مسألة واقع، مادام أنه لا ينشئ القاعدة القانونية، وإنما يقتصر دوره على تفسيرها، وبالتالي يخضع العرف المفسر لسلطة القاضي، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه.

ثانياً- التوصيات:

على أساس النتائج التي ذكرناها نوصي المشرع العراقي بما يأتي:

١- على المشرع إعادة صياغة القواعد القانونية التي تضمنت الإشارة إلى العرف سواء في القانون المدني، أو غيره من القوانين العراقية، وذلك بالاقتصار على مصطلح (العرف)، وحذف مصطلح (العادة) من النصوص التي أردفت العادة للعرف، واستبدال مصطلحات (العادة، بصورة معتادة، المألوفة، ما جرى به التعامل) بمصطلح (العرف)؛ وذلك توحيداً للصياغة القانونية؛ وتفادياً للخلط بين هذه المصطلحات ومصطلح العرف؛ ومنعاً من تأويل مصطلح العادة إلى العادة غير الملزمة.

٢- على المشرع العراقي إعادة تعديل وتنسيق النصوص القانونية التي تحيل إلى العرف، والتي تضمنت تدرجاً بين القواعد القانونية التي تحكم العقد، وذلك بما يضمن تصحيح مراتب التدرج بين هذه القواعد، والتي اختلت بسبب عدم وجود معيار واضح ومحدد للتدرج عند المشرع، وأن تنظم هذه المراتب حسبما توصلنا إليه من نتائج، بحسب طبيعة المسائل التي يحكمها التدرج. وعلى المشرع فرز هذه المسائل وتوحيدها، ثم تصحيح مراتب التدرج بالنسبة إليها، على أن تكون مراتب التدرج بصيغة تقديم القواعد التشريعية الآمرة، ثم يليها القاعدة العرفية الآمرة، ثم اتفاق المتعاقدين، هذا إن رأى المشرع أن المسألة المحكومة بالتدرج تستوجب جعل القواعد التشريعية والعرفية التي تحكمها من النظام العام. أو أن تكون مراتب التدرج بتقديم القاعدة التشريعية الآمرة، ثم اتفاق المتعاقدين، ثم القاعدة العرفية المفسرة، أو بتقديم الاتفاق على القاعدة العرفية المفسرة، ثم القاعدة التشريعية المفسرة، أو بتقديم القاعدة العرفية الآمرة ثم اتفاق المتعاقدين، ثم القاعدة التشريعية المفسرة، وذلك يستلزم من المشرع ما يأتي:

(أ) توحيد مراتب التدرج بين المادتين (٥٨٣،٥٨٧) من القانون المدني، فالمادتان تعالجان مسألتين متقاربتين، الأولى تحدد من يتحمل نفقات عقد البيع،

والثانية تحدد من يتحمل نفقات تسلم المبيع، وأن يكون توحيد مراتب التدرج بين (العرف والاتفاق) في المادتين حسب المعايير أعلاه. وبما أن موضوع المادتين أعلاه ليس من النظام العام، ويجوز الاتفاق على ما يخالف حكمهما، فنرى على المشرع تعديل المادة (٥٨٧) ليكون نصها كالآتي ((نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك))، وهكذا تتوحد هذه المادة مع المادة(٥٨٣) التي قدمت الاتفاق على العرف. وعلى المشرع إضافة إلى ذلك مراجعة جميع النصوص القانونية التي تضمنت مثل هذا التدرج ليوحد بين مراتب التدرج فيها حسب معايير التدرج وطبيعة المسائل المحكومة بها.

(ب) على المشرع تعديل المادتين (٨٤٠) و(٩٠٤-١) من القانون المدني، اللتين رتبتا التدرج ببين القواعد القانونية على هذا النحو (الاتفاق، القانون، العرف)، فتقديم الاتفاق يعني أن كلاً من القانون والعرف قاعدتان مفسرتان، وفي هذه الحال لا بد من تقديم العرف المفسر على القانون كما تبين لنا من خلال البحث. ونرى أن يكون نص المادة (٨٤٠) هكذا ((١- إذا لم يوجد اتفاق اتبع في عقد التزام البساتين العرف الجاري أو نصوص القانون. ٢- فإذا لم يوجد عرف أو نص طبقت أحكام البيع بالنسبة للثمر وأحكام الإيجار بالنسبة لزراعة الأرض))، وأن يكون نص المادة(٩٠٤-١) على هذا النحو: (إذا لم ينص العقد على المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع الأجور، روعي في ذلك العرف، أو ما تقرره القوانين الخاصة.

(ج) على المشرع إزالة التناقض بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة(٩١٧) من القانون المدني، وذلك بأن تعدل الفقرة الأولى ليقدم فيها العرف على الاتفاق، وهكذا يصح وفق الفقرة الثانية بطلان كل شرط في عقد العمل غير محدد المدة يعدل مواعيد الإنذار التي حددتها القوانين الخاصة، أو العرف حسب ما جاء في الفقرة الأولى.

٣- على المشرع العراقي أن ينص صراحة على إخضاع العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً إلى عرف الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق، على أن يكون ذلك في المادة (١/٣١) من القانون المدني، ليكون نص هذه المادة كما يأتي:
١- إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية، التي تقررها القواعد التشريعية أو العرفية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

قائمة المصادر

أولاً- الكتب:

١. د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. سعيد فهمي الصادق، مبادئ القانون، بلا مكان طبع، ٢٠٠٠ .

٢. د. أحمد عبيد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠١ .

٣. د. أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، الجامع الأزهر،١٩٤١ .

٤. د. توفيق فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٥ .

٥. د. حسن محمد الهداوي، د.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، بغداد، ١٩٨٨ .

٦. د. حسن يحيو، د. سامي منصور، المدخل إلى العلوم القانونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠ .

٧. د. حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بلا ناشر، وبلا سنة طبع.

٨. د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٩ .

٩. جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.

١٠. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بغداد، ط١، ٢٠٠٠ .

١١. د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٢. د. سمير عالية، القضاء والعرف في الإسلام، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٦ .

١٣. د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ .

١٤. د. عادل عبد القادر قوتة، أثر العرف وتطبيقاته في فقه المعاملات المالية، ط١، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ٢٠٠٧ .

١٥. د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، نظرية القانون، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨ .

١٦. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، شركة العاتك، القاهرة، ٢٠١١ .

١٧. د. عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣ .

١٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠ .

١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، الإثبات – آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٠ .

٢٠. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٨ .

٢١. د. عدنان أحمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي، مطبعة الصقر، بغداد، ١٩٩٧ .

٢٢. د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧ .

٢٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩ .

٢٤. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الكتب العلمية للطباعة، بيروت، ط ١، ٢٠١٠ .

٢٥. د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، بلا ناشر، ٢٠٠٤.

٢٦. د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠١١ .

٢٧. محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (رسالة نشر العرف)، ج٢، عالم الكتب، بيروت.

٢٨. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠ .

٢٩. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨ .

٣٠. د. محمد قاسم المسني، تغير العرف وأثره في الأحكام الشرعية الإسلامية، ط١، دار السلام للنشر والطباعة، ٢٠١٠.

٣١. د. محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨ .

٣٢. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢ .

٣٣. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد،١٩٩١ .

٣٤. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٨ .

٣٥. د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥ .

ثانياً– البحوث والمجلات والمقالات:

١. د. أحمد ياسين القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد (١)، المجلد(٣)، ٢٠٠٧ .

٢. د. شمس مرغني علي فراج، العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.libs.naeu.ac.ae\..\Biob\.46html

٣. د. مجيد حميد العنبكي، محاضرات في التفسير القانوني ألقيت على طلبة المعهد القضائي، الدورة (٢٦)، للعام الدراسي ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣.

٤. د. وهبة الزحيلي، العرف بين الشريعة والقانون، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.balagh.com

٥. مجلة غرفة تجارة بغداد، س(١٥)، ١٩٥٢.

ثالثاً– القوانين والمجموعات القضائية:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ .

٢. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

٣. قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

٤. قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

٦. القانون المدني المصري رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٤ .

٧. قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

٨. عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧ .

٩. مجلة القضاء، العدد الرابع، شهر مايس، ١٩٥٣.

١٠. مجلة القضاء، العدد الثالث، مايس حزيران السنة (١٥)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧ .

١١. قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٤، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، ١٩٦٨ .

١٢. د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانية وستين عاماً ١٩٣١-١٩٩٩، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .

١٣. المستشار علي الدين زيدان، الموسوعة التجارية الحديثة، ج١، المكتب الفني للإصدارات القانونية.

رابعاً- المصادر الاجنبية:

1. Alex Weill, Droit Civil, Introduction Générale. Troisième édition, Dalloz, 1973.
2. EYAL ZAMIR, The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation. Columbia Law Review, Vol. 97, No. 6 (Oct., 1997), pp. 1710-1803, Stable URL: http://www.jstor.org/stable/1123389, Accessed: 19/01/2013 .
3. Geny (f), Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ed, T (I) paris, 1954.
4. Marty (g), et Raynaud (P). Droit Civil, introduction générale à l'étude du droit , T (I), Sirey, 1972.
5. MARC BODIN. Les Notions Relatives en Droit Civil ,Thèse de Doctorat en Droit , Université Montesquieu, Bordeaux IV, Ecole
6. docteur de droit ED 4.,2011.
7. Salmond, Jurisprudence, II th -ed, edited by Glanville Williams, Sweet and Maxwell ltd, London, 1957.
8. Code Civil Français 1804.

View publication stats