



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الموصل

كلية الحقوق

فرع القانون الخاص

## دور العرف في المعاملات التجارية (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

رند إحسان حبيب صالح

رسالة ماجستير

القانون الخاص/ القانون التجاري

إشراف

الدكتور منهل عبد الغني قلندر

أستاذ القانون التجاري المساعد

## المستخلص

يُعد العرف الاساس الذي بُنيت عليه قوانين التجارة الوطنية والقواعد التجارية الدولية، إذ يشكل أقدم مصادر القانون التجاري وجوداً كونه نابع من أفراد المجتمع التجاري لتلبية حاجاتهم ولتسهيل معاملاتهم التجارية، إذ كان العرف التجاري يمثل القواعد التنظيمية للمجتمعات القديمة والعلاقات بين افرادها، فالعرف التجاري هو مجموعة القواعد التي تنشأ من إطراد افراد المجتمع التجاري لسلوك معين عبر فترة زمنية طويلة على وجه التكرار والاستقرار مع الاعتقاد بالزاميتها.

يتكون العرف التجاري من ركنين:الركن المادي والركن المعنوي،لابد من تحققهما ليتحول السلوك من مجرد سلوك مُتبع من افراد المجتمع التجاري وهو ما يطلق عليه (العادة التجارية أو العادة الاتفاقية) الى عرف تجاري ملزم يتمتع بخصائص القاعدة القانونية كون أن العرف هو قاعدة قانونية عرفية غير مكتوبة، و إن صفة الإلزامية التي تميز العرف التجاري المتحققة بالركن المعنوي و أهم ما يميز بين العادة الاتفاقية والعرف التجاري، وعلى رغم من ذلك إلا أن أغلب التشريعات أتجهت الى الجمع بين مصطلحي (العادة الاتفاقية) و(العرف التجاري) وعد التفرقة بين معنييهما، و كان هذا موقف المشرع العراقي إذ إن معظم النصوص القانونية في التشريع العراقي تخلط بين مفهومي العادة والعرف على الرغم من الاختلاف الشاسع بينهما.

وفيما يخص مصدر هذه الإلزامية التي يتمتع بها العرف التجاري، أختلف الفقه حول أساس هذه الإلزامية مما أدى إلى ظهور عدة نظريات فقهية، إذ كان أرجحها هي النظرية التي بنت أساس إلزامية العرف التجاري على القوة الذاتية له المستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرض وجود العرف التجاري.

ويؤدي العرف التجاري عدة أدوار في الحياة التجارية الوطنية والدولية، كدوره في سد النقص التشريعي الحاصل في النصوص القانونية فضلاً عن دوره في تسهيل المعاملات التجارية ودعم الثقة بين التجار، وتحرر التجارة الدولية وقواعدها من القوانين الوطنية وقبورها.

وكذلك للعرف التجاري العديد من التطبيقات العملية في الوسط التجاري تطبق منذ نشوء هذه التعاملات، إذ عمل المشرع على تقنين أعراف التعاملات التجارية للتحويل الى نصوص قانونية

مكتوبة، كالأعراف التي تحكم البيوع التجارية والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي وتطبيقات أخرى عملت الدراسة على تناولها بشكل مفصل.

وأخيراً يترتب على تطبيق العرف التجاري مجموعة من الآثار على المستوى الوطني والدولي، فإن لتطبيق العرف على النزاع المعروض أمام القاضي آليات لإثبات تحقق العرف التجاري، فضلاً عن أن الإتجاهات الفقهية التي ظهرت لتعالج مسألة خضوع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه للعرف التجاري، وكذلك إن تطبيق العرف التجاري الوطني أو الدولي يطبق وفق مراحل وشروط معينة لا بد من القاضي الوطني او المحكم الدولي الإلتزام بها لتحقيق العدالة.

---

## Abstract

Custom is one of the most important foundations upon which national commercial laws and international trade rules are built. It is considered the oldest source of commercial law, as it arises from the commercial community members to meet their needs in facilitating their transactions. Commercial custom represented the regulatory rules for ancient societies and the relationships between their members. Commercial custom is a set of rules that emerge from the consistent behavior of commercial community members over a long period, repeated and stable, with the belief in its obligatory nature.

Commercial custom consists of two elements: the material element and the moral element, both of which must be present for a behavior to transform from a mere practice followed by members of the commercial community—referred to as “commercial usage” or “conventional practice”—into a binding commercial custom that possesses the characteristics of a legal rule. This is because custom is an unwritten legal norm, and the obligatory nature that distinguishes commercial custom, achieved by fulfilling the moral element, is the primary factor differentiating between conventional practice and binding commercial custom. However, most legislations tend to combine the terms “usage” and “custom,” as seen in Iraqi legislation, where many legal texts in Iraqi law mix the concepts of usage and custom despite the significant difference between the two.

Regarding the source of the binding nature of commercial custom, jurisprudence differs on the basis of this binding force, leading to the emergence of several doctrinal theories. The most widely accepted theory is the one that bases the binding nature of commercial custom on its

---

intrinsic strength, derived from the social necessity that mandates the existence of commercial custom.

Commercial custom plays several roles in both national and international commercial life, such as filling legislative gaps in legal texts, facilitating commercial transactions, fostering trust among traders, and liberating international trade and its rules from national laws and restrictions.

In addition, commercial custom has many practical applications in the commercial sphere that have been applied since the emergence of these transactions.

Legislators have worked to codify commercial transaction customs into written legal texts, such as the customs governing commercial sales, the uniform customs for documentary credits, and other applications that the study has examined in detail.

Finally, the application of commercial custom has various implications at both national and international levels. Applying custom to a dispute before a judge involves mechanisms for proving the existence and validity of commercial custom. Additionally, there are jurisprudential perspectives addressing the issue of whether a trial judge's application of commercial custom is subject to oversight by a higher court. The application of national or international commercial custom follows specific stages and conditions that the national judge or international arbitrator must adhere to in order to ensure justice.

**Republic of Iraq**  
**Ministry of Higher Education**  
**and Scientific Research**  
**University of Mosul**  
**College of Law**



# **The Role of Custom in Commercial Transactions**

## **(Comparative Study)**

**Master Thesis in**

**Private law/Commercial law**

**Submitted by**

**Rand Ihsan Habeeb Saleh**

**Supervised**

**Dr. Manhal Abdul Ghani Kalander**

**Assistant professor of commercial law**