

تأثیر عرف و عادت در تعیین تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران

فخرالدین اصغری آقمشهدی^۱، حمید ابهری^۲، محمد حسین تقی‌پور درزی
نقیبی^{۳*}، محدثه تقی‌پور درزی نقیبی^۴

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران
۳. دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران
۴. کارشناس ارشد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۳/۰۱

دریافت: ۱۳۹۶/۰۴/۰۹

چکیده

عقد بیع به عنوان یکی از مهمترین عقود معوض، هر یک از طرفین را ملزم به انجام تعهداتی در برابر طرف دیگر می‌نماید. در کنوانسیون وین، بایع ملزم به انجام تعهداتی در برابر خریدار می‌باشد. سؤال این است که آیا عرف در تعیین تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مؤثر است؟ طرفین قرارداد، الزامی به پیش‌بینی و ذکر تمام جزئیات عقد ندارند، بلکه کافی است که راجع به ارکان و موضوع اصلی قرارداد به توافق دست یابند و این عرف

Email: mohammadhosein_taghipoor@yahoo.com

* نویسنده مسؤول مقاله:

و مقررات تکمیلی است که به تعیین سایر جزئیات و آثار قراردادی (تعیین حقوق و تعهدات متعاقدين و حدود آن) می‌پردازد. ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی نیز مهمترین مؤید این مدعا است. عرف در کنوانسیون وین نیز نقش مؤثری دارد؛ زیرا در کنوانسیون، متعاقدين علاوه بر اینکه ملتزم به هر گونه عرف مورد توافق و رویه معمول به میان خود هستند، فرض بر این است که به عرفی که نسبت به آن آگاه بوده‌اند و یا می‌بایست آگاه بوده باشند و آن عرف در تجارت بین‌الملل به نحو وسیع و گسترده‌ای شناخته شده است و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص به طور منظم آن را رعایت می‌نمایند، به نحو ضمنی بر قرارداد خود حاکم ساخته‌اند. در این پژوهش به بیان تأثیر عرف و عادت در تعیین تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا خواهیم پرداخت. از استقرا در مقررات کنوانسیون، به این نتیجه کلی و شاخص دست می‌یابیم که در فرض عدم وجود توافق مبنی بر تعیین تعهدات بایع، با توجه به ماده ۹ کنوانسیون، بدون تردید عرف و رویه معمول به میان متعاقدين، تعیین کننده تعهدات بایع خواهند بود. بنابراین در صورت عدم وجود توافق متعاقدين مبنی بر التزام به عرف خاصی و نیز فقدان رویه معمول به میان آنها راجع به تعهدات بایع، چنانچه شرایط عرف مورد اشاره در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وجود داشته باشد، بایع ملتزم به رعایت آن خواهد بود. در نهایت در صورت عدم وجود عرف تعیین کننده بایع بر اساس مقررات تکمیلی کنوانسیون ملزم به انجام تعهدات خود است. مشابه همین وضعیت در حقوق ایران نیز وجود دارد.

واژگان کلیدی: عرف تجاری، بایع، تعهدات، بیع بین‌المللی.

۱. مقدمه

اصطلاح عرف در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تعریف نشده است (Bout, 1998, p3). عرف نانوشته تجاری بین‌المللی در مفهوم خاص خود مجموعه رفتارها و عملکرد تثبیت شده و یا رویه، عادات یا الگویی رفتاری در معاملات تجاری است که بین تمام تجار یا گروه خاصی از آنها مرتباً و به‌طور منظم در شاخه‌ها و شعب

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



خاص تجاری رعایت شده، به طوریکه تجار درگیر در تجارت بین‌المللی از طرف قراردادی خود انتظار دارند، آنها را رعایت نماید (Busch, 2002, p40; Schwenger and Fountoulakis, 2006, p91; Schmitt Hoff, 1988, p54). فصل دوم از بخش سوم مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، طی مواد ۳۰ الی ۴۴ تعهدات فروشنده را بیان می‌کند. مطابق ماده ۳۰ کنوانسیون: «بایع مکلف است، به ترتیبی که در قرارداد و کنوانسیون مقرر شده است، کالا را تسلیم نماید، هرگونه مدرک مربوط به کالا را تحویل دهد و مالکیت کالا را منتقل کند». دو تعهد دیگر بایع نیز در مواد ۳۲ الی ۴۴ کنوانسیون مورد اشاره قرار گرفته است (تعهد همکاری (ماده ۳۲ کنوانسیون) و مطابقت کالا با قرارداد (مواد ۴۴-۳۵ کنوانسیون)). در ذیل تأثیر عرف در هریک از تعهدات مزبور، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در این پژوهش، به تحلیل نقش و تأثیر عرف و عادت در تعیین تعهدات بایع در کنوانسیون وین پرداخته و در نهایت با ذکر یک قاعده عمومی و کلی، این مطلب را تحلیل می‌نماییم که بر اساس مقررات کنوانسیون وین و حقوق ایران، در چه مواردی جهت تعیین تعهدات بایع، می‌توان به عرف مراجعه کرد.

۲. مبنای لزوم مراجعه به عرف

منظور از مبنای لزوم دخالت عرف، بررسی تحلیلی عوامل و دلایلی است که توجیه کننده استناد به عرف است. با توجه به اینکه اصولاً بدلیل اینکه حقوق راهی به باطن اشخاص ندارد و کشف باطن و ضمیر اشخاص در عالم خارج امکان‌پذیر نیست، مگر اینکه دلایل خارجی بر آن اقامه گردد، از این رو فهم عرف ملاک تفسیر الفاظ قرارداد می‌باشد؛ زیرا اصل این است که متعاقدين به زبانی سخن می‌گویند که عرف جامعه آن را می‌فهمد (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۴). در نتیجه هر یک از دو طرف، صرفاً به اثر متعارفی که گفته‌ها و نوشته‌های او در دیگری ایجاد می‌کند، ملزم می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۸). چنانچه متعاقدين، موضوع اختلاف را پیش‌بینی

و راجع به آن توافق نکرده باشند، سعی قاضی به منظور دستیابی به قصد مشترک متعاقدين بی‌فایده خواهد بود. او باید با توجه به رفتار و معامله شخص متعارف، آنچه را که خود عادلانه می‌داند و موافق انصاف و حسن نیت تشخیص می‌دهد، به بهانه اراده مفروض بر متعاقدين تحمیل نماید. بنابراین باید به دادرسی این حق را داد که اجمال، ابهام و نقص آن را با استناد به عرف و عادت و قواعد تکمیلی که معیارهای نوعی هستند، رفع کند (قاسم زاده، ۱۳۷۶، ص ۶۶؛ بابازاده، ۱۳۸۶، ص ۱۴۹-۱۴۶).

بنابراین عرف می‌تواند در جهت تفسیر و تکمیل اراده‌های طرفین، تعهداتی را در قرارداد بگنجاند (بابازاده، ۱۳۸۶، ص ۲۴۹؛ موسوی، وکیلی مقدم و غلامی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۳). استقرا در قانون مدنی نشان می‌دهد که قانونگذار در موارد متعدد نظیر ماده ۳۸۲، ۳۷۵، ۳۵۸ و ۳۴۴ قانون مدنی مقرر داشته است که چنانچه عرف و عادت مخالف حکم پیشنهادی وی در خصوص آثار عقد بیع موجود باشد، دادگاه‌ها باید از اجرای آن خودداری کرده و به حکم عرف عمل نمایند (میرزائزاد، ۱۳۸۸، ص ۳۵۰). بنابراین اصل را بر تکمیلی بودن آن مقررات گذاشت و ارتباط آن با نظم عمومی را خلاف قاعده دانست و بار اثبات آمره بودن این قسم از قوانین را بر عهده شخصی قرار داد که بر خلاف نتایج به دست آمده از ظاهر قانون، استقرا و غلبه ادعا می‌کند. با این وصف در اکثر قریب به اتفاق موارد، عرف و عادت بر مقررات مربوط به حوزه آثار قراردادهای، از تقدم برخوردار خواهد بود و نقش خود را به عنوان منبع قواعد حقوقی ایفا خواهد کرد.

در کنوانسیون وین نیز وضع به همین گونه است و بایع ممکن است تعهدات دیگری داشته باشد که ناشی از رویه معمول به میان متعاقدين^۱ و عرف حاکم است

۱. منظور از رویه های معمول به یا رویه های مقرر و تثبیت شده میان طرفین قرارداد، یک رویه معاملاتی و مجموعه رفتارها و ارتباط خاص میان دو شخص است که طرفین صرفاً آن را در روابط بین خود به کار بسته‌اند

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران تأثیر عرف و عادت در...



(ماده ۹ کنوانسیون وین) (Enderlein & Maskow, 1992, p126). به علاوه باتوجه به اینکه براساس بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، چنین فرض می شود که طرفین عرفی را که نسبت به آن آگاه بوده اند یا می بایست نسبت به آن آگاه باشند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل به نحو وسیع و گسترده شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد خود و یا انعقاد آن حاکم ساخته اند؛ بنابراین چنانچه تعهدی واجد شرایط عرف مورد اشاره بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون باشد، چنین تعهدی حاکم بر قرارداد متعاقدين خواهد بود.

۳. تأثیر عرف در تعهد به تسلیم مبیع

یکی از مهمترین تعهداتی که در عقد بیع، بر عهده بایع قرار دارد، تسلیم مبیع به خریدار است. این تعهد در ماده ۳۰ کنوانسیون تصریح شده است. ماده مزبور مقرر می دارد: «بایع مکلف است، به ترتیبی که در قرارداد و کنوانسیون مقرر شده است، کالا را تسلیم نماید ...». در ذیل به بحث تأثیر عرف در تعهد به تسلیم مبیع می پردازیم:

۳-۱. تأثیر عرف در تعیین کیفیت تسلیم مبیع

و اینکه آنها در اوضاع و احوال خاص به روش مشابهی عمل کنند (Graffi, 2011, p278-280). منظور از رویه معمول به، همان نهاد عادت در حقوق ایران است (حبیبی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۳).

با اینکه تسلیم کالا از مهمترین تعهدات بایع است، کنوانسیون تعریفی از تسلیم ارائه نکرده است. لیکن از ماده ۳۱ کنوانسیون^۱ استنباط می‌شود که تسلیم شامل هر دومورد تحویل کالا به خریدار و دراختیار گذاشتن کالا برای وی می‌شود. بنابراین تسلیم از نظر کنوانسیون عبارت است از: دادن مبیع به تصرف خریدار و یا قراردادن مبیع در اختیار وی (هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۲۵۱؛ صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۸۴).

برخی مفسران نیز اظهار داشته‌اند، منظور از تسلیم کالا یا قرار دادن کالا در اختیار مشتری این است که بایع هراقدامی را که براساس عرف، جهت قادر ساختن خریدار به تصرف کالا لازم بوده، انجام داده باشد. بنابراین فروشنده باید هرآنچه را که برحسب اوضاع و احوال و متعارف برای تحویل کالا ضروری است، ترتیب دهد، به نحوی که مشتری نیاز به انجام هیچ اقدامی جز قبض کالا در زمان و مکان تسلیم نداشته باشد. از این رو نه تنها عدم تسلیم خود کالا، بلکه عدم ارائه اسنادی چون بارنامه و قبض انبار نیز که تحت عنوان اسناد مالکیت محسوب می‌شوند، عدم تسلیم تلقی می‌شود (Koch, 2007, p.181; Schlechtriem, 1986, p.65). بنابراین همانطور که ذکر شد، در تمامی تعریف مفسران کنوانسیون در خصوص تسلیم مبیع، عرف نقش مؤثر و مهم دارد و عرف را به عنوان ملاک و معیار تحقق یا عدم تحقق تسلیم مبیع قرار داده‌اند.

۱. مطابق ماده ۳۱ «الف- چنانچه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد، تعهد به تسلیم عبارت است از تحویل کالا به اولین موسسه حمل و نقل جهت ارسال به مشتری؛ ب- در مواردیکه مشمول قسمت (الف) فوق نباشند، چنانچه قرارداد راجع به کالای معین یا کالای کلی از انبار معین یا کالای کلی که باید ساخته یا تولید شود، بوده و طرفین نیز در زمان انعقاد قرارداد اطلاع داشته‌اند که کالا در محل معینی قرار دارد یا باید در محل معینی تولید شود، تعهد به تسلیم عبارت است از قراردادن کالا در اختیار مشتری در همان محل معین؛ ج- در سایر موارد، تعهد به تسلیم عبارت است از اینکه بایع کالا را در محلی که در زمان انعقاد قرارداد محل تجارت او بوده، در اختیار مشتری قرار دهد».

فخرالدین اصغری آق‌مشهدی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



همین معنی از مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مدنی ایران نیز استنباط می‌شود (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۸۴). بنابراین راجع به کیفیت و چگونگی تسلیم میان مقررات کنوانسیون و حقوق ایران تشابه وجود دارد و در هر دو مورد، عرف در تعیین کیفیت تسلیم مورد معامله و تحقق تسلیم، نقش اساسی دارد.

۳-۲. تأثیر عرف در تعیین زمان تسلیم کالا در کنوانسیون

چنانچه در قرارداد، زمان تسلیم بطور مضیق یا موسع تعیین نشده باشد، بند «ج» ماده ۳۳ کنوانسیون، بایع را ملزم می‌کند که ظرف مدت زمان معقولی بعد از انعقاد قرارداد، به تسلیم کالا اقدام کند (Dimatteo, Dhooge, Greene, Maurer & ; Pagnattaro, 2005, p.107; Huber & Mullis, 2007, p.124). مطابق بند یادشده: «در سایر موارد، ظرف مدت معقولی پس از انعقاد قرارداد». بنابراین در صورت عدم امکان تعیین تاریخ تسلیم از مفاد قرارداد، تسلیم بایستی در زمانی انجام گیرد که عرف اقتضای آن را دارد و به تعبیر دیگر، تسلیم باید در ظرف مدتی انجام گیرد که عرف آن مدت را متعارف و معقول می‌داند و این امر بستگی به اوضاع و احوال خاص هر مورد دارد (علمی یزدی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۴۱؛ ۲۴۷؛ Lando, 1987, p.263).

عبارت «در سایر موارد» مذکور در بند «ج» ماده ۳۳، منحصر به فرضی نیست که متعاقبین راجع به زمان تسلیم هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند، بلکه در مواردی نیز که قرارداد اشاره به زمان تسلیم دارد، لیکن به اندازه‌ای مبهم و نامشخص است که قابلیت تعیین ندارد، نیز در حکم عدم تصریح به زمان تسلیم بوده و مشمول حکم بند «ج» ماده ۳۳ است (Huber & Mullis, 2007, p.124). به طور مثال، چنانچه

۱. مطابق ماده ۳۶۷ قانون مدنی: «تسلیم عبارتست از دادن مبیع به تصرف مشتری، بنحویکه متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد» و مطابق ماده ۳۶۸ قانون مدنی: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آنرا هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

متعاقدين تصريح کرده باشند که «تسليم بايد، در سریعترین زمان ممکن انجام پذیرد»، عرف بايد مدت مناسب آن را تعیین کند (قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۸؛ Lando, 1987, p.263-264). بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «در تعیین قصد هریک از طرفین یا تعیین استنباطی که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت، بايد به تمام اوضاع و احوال مرتبط قضیه، از جمله مذاکرات، رویه‌های معمول به میان طرفین، عرف و عادت و سایر اعمال بعدی آنان توجه کافی مبذول داشت». با استناد به ماده یادشده نیز می‌توان بیان داشت: چنانچه قرارداد در مورد زمان تسلیم کالا سکوت کرده یا دارای ابهام باشد، به عرف و نیز رویه معمول به میان طرفین، برای تعیین زمان تسلیم رجوع خواهد شد. این مطلب از بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون نیز قابل استنباط است (Honnold, 1999, p.243; Graffi, 2011, p.278-280).

سؤالی که مطرح می‌شود این است که عوامل مؤثر در تعیین مدت زمان معقول یا متعارف چیست؟ در تعیین یک زمان معقول یا متعارف بایستی به وضعیت و ماهیت و جنس کالا، خدمات و در دسترس و آماده بودن یا نبودن کالا و به طور کلی اوضاع و احوال حاکم بر قضیه توجه کرد (Lando, 1987, p.263-264; صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۸۹؛ شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۲۶۵). بنابراین معقولیت و متعارف بودن زمان، بستگی کامل به اوضاع و احوال هر مورد دارد و باید با ارزیابی منافع هر دو طرف، بدون اینکه برای منافع فروشنده اولویت قرار داده شود، مشخص شود (Sono, 1987, p.309; Huber & Mullis, 2007, p.124). به هر روی، عرف در موارد بسیاری، تسلیم را فوری می‌داند و فوریت آن را نیز تعیین می‌کند و در برخی موارد، تسلیم را موكول به مدت خاصی می‌کند (Sono, 1987, p.309; قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۸).

از جهتی میان حکم ماده ۳۴۴ قانون مدنی ایران و حکم بند «ج» ماده ۳۳ کنوانسیون شباهت‌هایی نیز ملاحظه می‌شود. ماده یادشده بیان می‌دارد: «اگر... برای تسلیم مبيع یا تأدیه قیمت، موعدی معین نگشته باشد، ببيع حال محسوب است، مگر اینکه

فخرالدین اصغری آق‌شاهی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت، درمعاملات تجارتي وجود موعدي معهود باشد، اگرچه در قرارداد بيع ذکر نشده باشد» (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹، ص ۲۶۶). با توجه به ماده ۳۴۴ قانون مدنی، اصل حال بودن تسلیم مبیع، مقتضای اطلاق عقد است. بنابراین چنانچه عقد بيع مطلق باشد و شرطی راجع به مؤجل بودن تسلیم مبیع موجود نباشد و اوضاع و احوال، مقتضای تعیین زمان خاص برای تسلیم مبیع نباشند و از عرف و عادت نیز زمان تسلیم کالا قابل تعیین نباشد، بایع بایستی مبیع را بلافاصله و فوراً به خریدار تحویل دهد. مقصود از تسلیم بلافاصله مبیع به خریدار، این نیست که هیچگونه فاصله‌ای میان انعقاد قرارداد و تسلیم کالا وجود نداشته باشد، بلکه منظور، تأکید بر این امر است که میان انعقاد قرارداد و تسلیم کالا نباید فاصله نامعقول ایجاد شود و این تسلیم نباید از حدود متعارف به تأخیر افتد که چنین امری با ملاحظه ماهیت و طبیعت مبیع و شرایط بيع تعیین خواهد شد. به تعبیر دیگر منظور از فوریت در اینجا، فوریت عقلی نیست، بلکه همان فوریت عرفی است. این استدلال دقیقاً بیانگر وضعیت است که در بند «ج» ماده ۳۳ کنوانسیون اشاره شده است؛ زیرا در بند یادشده نیز در فرض عدم تعیین زمان، زمان تسلیم، «ظرف مدت معقولی» پس از انعقاد قرارداد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۳؛ شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۲۶؛ کیایی، ۱۳۷۶، ص ۱۷۳).

۳-۳. تأثیر عرف در تعیین مکان تسلیم کالا در کنوانسیون

براساس مقررات کنوانسیون، بایع ملزم به تسلیم کالا در مکانی که در قرارداد تعیین شده، است (صدر ماده ۳۱ کنوانسیون).^۱ تعیین مکان تسلیم کالا یا به طور صریح در قرارداد مشخص می‌شود یا به طور ضمنی از اوضاع و احوال استنباط می‌گردد. مطابق بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون: «در تعیین قصد هر یک از طرفین یا تعیین استنباطی

۱. صدر ماده ۳۱ مقرر می‌دارد: «در صورتیکه بایع مکلف به تسلیم کالا در محل معین دیگری نباشد، تعهد او به تسلیم، به شرح ذیل است:».

که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت، باید به تمام اوضاع و احوال مرتبط قضیه، از جمله مذاکرات، هرگونه رویه معمول به میان طرفین، عرف و عادت و سایر اعمال بعدی آنان توجه کافی مبذول داشت». از این رو چنانچه مکان تسلیم در قرارداد تعیین نشده باشد یا مکان تسلیم به طور مبهم و مجمل تعیین شده باشد، باید به عرف تجاری مورد توافق متعاقدين و یا رویه معمول میان طرفین مراجعه نمود و «طرفین به هرگونه عرف و عادت که نسبت به آن توافق نموده‌اند و به رویه‌ای که میان خود ایجاد کرده‌اند، ملتزم هستند» (بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون). در صورت فقدان عرف مورد توافق و رویه معمول به میان متعاقدين، باید به عرف تجاری جاری در معاملات یعنی عرفی که شرایط مذکور در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون را دارا باشد رجوع نمود (Honnold, 1999, p.243; Graffi, 2011, p.278-280). چنانچه تعیین مکان تسلیم کالا برطبق قرارداد یا عرف و عادت امکان‌پذیر نباشد، در نهایت باید به مفاد ماده ۳۱ به عنوان یک قاعده تکمیلی، جهت تعیین مکان تسلیم مبیع، رجوع کرد. از عبارت «مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد»، در ماده ۳۷۵ قانون مدنی، پذیرش عرف بعنوان ملاک، در تعیین مکان تسلیم مبیع در حقوق ایران در فرض فقدان توافق متعاقدين استنباط می‌شود.

۴. تأثیر عرف در تعیین اسناد و مدارک مربوط به کالا

در کنوانسیون وین، با رعایت علاوه بر تسلیم کالای فروخته شده، باید اسناد و مدارک مربوط به مبیع را هم تحویل مشتری بدهد. ماده ۳۰ مقرر می‌دارد: «بایع مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است، ... هرگونه مدارک مربوط به کالا را تحویل نماید ...». براساس ماده ۳۴ کنوانسیون نیز، اسناد و مدارک کالا باید به نحوی که در قرارداد پیش‌بینی شده، تحویل گردد، لیکن چنانچه طرفین در قرارداد در این خصوص تعیین تکلیف نکرده‌اند، کنوانسیون راه حلی ارائه نداده و ساکت

فخرالدین اصغری آق‌مشهدی و همکاران _____ تأثیر عرف و عادت در...



است. اما شارحین کنوانسیون اظهار می‌دارند که عرف تعیین‌کننده ماهیت مستندات و نوع اسناد و مدارک مربوط به کالا بوده و باید برطبق عرف و عادت، به خریدار تحویل داده شوند. بنابراین اسناد لازم برای تسلیم درهر مورد با رجوع به قرارداد، رویه معمول به میان متعاقدین و عرف حاکم (طبق ماده ۹ کنوانسیون) قابل تعیین خواهد بود (Graffi, 2011, p.278-280; Davies, 2012, No.11; علمی یزدی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۲۱۵ و ۲۱۷).

تعهد فروشنده به انتقال اسناد و مدارک مربوط به کالا به دو گروه اصلی طبقه بندی می‌شود. گروه نخست و مهمترین آنها اسنادی است که از آنها تحت عنوان اسناد مبین و متضمن مالکیت کالا (یا اسناد تصرف و استیلائی بر کالا) نام برده می‌شود. مستندات یادشده، حاکی از وجود کالا است، به طوری که دارا بودن آنها، دارا بودن خود کالا تلقی می‌شوند، بدین معنی که عدم تسلیم آنها توسط فروشنده موجب خواهد شد که مشتری نتواند کالا را قبض کند. مانند بارنامه و قبض انبار. گروه دوم اسنادی که راجع به کالا است، بدون اینکه استیلائی بر آن را کنترل کنند، که فروشنده عرفاً ملزم به تهیه آنها نیز می‌باشد و باید به خریدار تحویل دهد؛ مانند گواهی بازرسی، گواهی مبدأ، گواهی‌های بهداشت و اوراق راجع به ثبت کالا، بیمه‌نامه (Von Bar, Clive & Schult-Nolke, 2009, p. 2-10; Huber & Mullis, 2007, p.127; Davies, 2012, No. 11; علمی یزدی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۲۱۴).

اگرچه در قانون مدنی ایران، راجع به تعهد فروشنده به تسلیم اسناد و مدارک مربوط به کالا، حکم صریحی وجود ندارد، اما این تعهد را می‌توان به طور ضمنی از ماده ۲۸۳ قانون مدنی استنباط نمود. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که از اجزا و توابع مبیع شمرده می‌شود». لازم به ذکر است معیار شناسایی توابع و اجزای مبیع مطابق ماده ۳۵۶ قانون مدنی، عرف است و منحصرأ شامل اموال مادی و فیزیکی نیست، بلکه اسناد مالکیت کالا، کاتالوگ یا دفترچه راهنمایی آن و هرگونه مدارک و اسناد دیگری مانند بیمه نامه و نظایر آن می‌تواند

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷

از توابع مبیع تلقی شود (باقری اصل، ۱۳۹۳، ص ۲۸۲؛ شاه باغ حائری، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۹۹؛ امینی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۱).

۵. تأثیر عرف در تعهد به ترتیب و سازماندهی حمل کالا

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، یکی از مهمترین تعهدات همکاری که در آن، عرف نقش مؤثری را ایفا می‌کند، تعهد «ترتیب و سازماندهی حمل» است. چنانچه بایع ملتزم باشد که ترتیب حمل و نقل کالا را بدهد، بر اساس بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون: «باید قراردادهای لازم را جهت حمل کالا به محل تعیین شده با وسایل حمل و نقلی که مناسب اوضاع و احوال و منطبق با شرایط متعارف این قبیل حمل و نقل باشد، منعقد سازد». بنابراین عرف معین می‌کند که در مواردی که انعقاد قرارداد حمل و نقل با متصدیان مربوط به عهده فروشنده بوده است، آیا فروشنده وسایل حمل و نقلی که مناسب اوضاع و احوال و منطبق با شرایط متعارف این قبیل حمل و نقل باشد را در نظر گرفته است یاخیر؟ (Bout, 1998, p.1). شروط قرارداد حمل و نقل منعقد شده به وسیله بایع، باید مطابق با شروط معمول برای چنین قراردادهایی باشد که این امر، از نوع کالای موضوع قرارداد، وسیله حمل مورد استفاده و عرف و رویه حاکم قابل احراز است. از این رو شروط معمول برای حمل مواد خوراکی می‌تواند از شروط معمول برای حمل نفت متفاوت باشد. همچنین در همین راستا، فروشنده باید از گنجانیدن شروط غیر معمول استثنا از مسؤولیتمسؤولیت در قرارداد نیز اجتناب کند (Huber & Mullis, 2007, p.121). بر این اساس، بایع باید برای حمل و نقل کالا مسیری را برگزیند که معمولاً از آن برای حمل و نقل کالا استفاده می‌شود و اگر مسیر عرفی موجود نباشد، وی ملزم است که مستقیم‌ترین مسیر را انتخاب کند. وسایل حمل و نقل انتخاب شده از سوی فروشنده باید مناسب با اوضاع و احوال باشد و تا حد امکان از تخلیه غیر ضروری کالا و بارگیری مجدد آن دوری کند (Lando, 1987, p.259; Huber & Mullis, 2007, p.120; هوزیه، ۲۰۰۵، ص ۲۵۱ و ۲۵۷).

فخرالدین اصغری آق‌مشهدی و همکاران تأثیر عرف و عادت در...



قانون مدنی ایران، موردی را که بایع در عقد بیع متعهد می‌شود تا کالا را برای خریدار حمل نماید، پیش‌بینی نکرده است. لیکن در حقوق ایران، هرگاه بایع بر مبنای توافق یا عرف و عادت بازرگانی ملزم به حمل کالا باشد، با توجه به اینکه «مطابق عرف بازرگانی، وفای به این عهد مستلزم سپردن کالا به وسیله حمل مناسب با طبیعت و بهای کالا است»، بنابراین بعید نیست چنین مقرره‌ای در کنوانسیون مبتنی بر عرف بازرگانی بین‌المللی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۷؛ ناظم، ۱۳۸۸، ص ۸۶؛ کاظمی و ربیعی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۶). از این رو می‌توان بر آن بود که در حقوق ایران نیز عرف باید مشخص کند که چه وسایلی برای حمل و نقل کالا متعارف و معقول است. همچنین روح مجموع مواد قانون مدنی ایران و نیز اشعار ضمنی مواد ۳۸۱ و ۳۸۲ قانون مدنی^۱ مؤید این دیدگاه است (قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۷). به علاوه در توجیه این وظیفه می‌توان گفت که مقدمه امر واجب، واجب است و هر متعهدی تکلیف دارد تا هر اقدام مقدماتی را برای اجرای تعهد خود انجام دهد. بنابراین بایع در چنین وضعیتی موظف است در انعقاد قرارداد حمل به شکل معقول و متعارف رفتار کند و وسایل حمل و نقل مناسب انتخاب نماید. این امر از ماده ۲۲۰ قانون مدنی به نحو مشهودی قابل استنباط است (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۴۱۸؛ رسائی نیا، ۱۳۸۳، ص ۲۹۲).

۶. تأثیر عرف در تعیین مطابقت کالا با قرارداد (متناسب بودن کالا جهت استفاده معمول و متعارف)

در کنوانسیون، یکی از مهمترین شرایط قید لزوم مطابقت مادی کالا با قرارداد، متناسب بودن کالا با استفاده عرفی مورد نظر از آن است. بر اساس بند ۲ (الف)

۱. مطابق ماده ۳۸۱ قانون مدنی: «مخارج تسلیم مبیع، از قبیل: اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره بعهد بایع است، مخارج تسلیم ثمن برعهده مشتری است» و طبق ماده ۳۸۲: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده... باید بر طبق متعارف... رفتار شود».

ماده ۳۵ کنوانسیون، چنانچه طرفین در قرارداد در تعیین شرایط انطباق سکوت کرده باشند، تسلیم کالا در صورتی منطبق با قرارداد فرض می‌شود که متناسب با مقاصد باشد که عرفاً کالاهایی از آن نوع برای آن مقاصد مورد استفاده قرار می‌گیرند.

باتوجه به سکوت کنوانسیون راجع به مفهوم مصرف معمول، در این خصوص، معیارهای متفاوتی بیان شده است. بر اساس یک معیار، کالاهای کلی باید از نوع و «کیفیت متوسط»^۱ برخوردار باشد. در واقع، کالا به هر درجه ای از مرغوبیت می‌تواند مناسب برای منظور آن محسوب شود، لیکن باید در مجموع کالایی را که دارای تناسب متوسطی است، تحویل داد (Honnold, 1999, p.255-256; Schwenzer and Fountoulakis, 2006, p.248; Dimatteo, Dhooge, Greene, Maurer & Pagnattaro, 2005, p.116). برخی نیز اذعان می‌دارند که «کیفیت مزبور نباید پایین‌تر از استاندارد باشد که با در نظر گرفتن ثمن و سایر شرایط و اوضاع و احوال به نحو معقولی مورد انتظار است» (Bianca, 1987, p.281). بر طبق معیار دیگر، «قابلیت داد و ستد» برای ارزیابی تناسب کالا با مقاصد معمول، ملاک قرار داده شده است (Honnold, 1999, p.255-256; Schwenzer and Fountoulakis, 2006, p.248). به تعبیر دیگر، کالا باید برای اهداف تجاری مناسب بوده و قابلیت تجاری داشته باشد و بتوان آن را مجدداً به فروش رساند و با آن دادوستد کرد. بنابراین به طور مثال؛ چنانچه کالا مستلزم صرف هزینه برای تعمیر آن باشد، اگرچه این هزینه کم باشد، دارای قابلیت تجاری نیست (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۲۴؛ شفیق، ۱۹۸۸، ص ۱۴۴). برخی معیار مناسب بودن کالا برای استفاده معمولی را دارا بودن ویژگی‌های مناسب و فقدان عیوب دانسته‌اند و اظهار می‌دارند، کالای تسلیم شده باید برخوردار از کیفیت متعارف باشد و واجد ویژگی‌های مناسب و مختصاتی باشد که به طور متعارف از کالا بدان نحو که در قرارداد مذکور است، انتظار می‌رود

۱. Average Quality

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



وفاقد عیوبی باشد که به طور معمول از آن انتظار نمی‌رود (Enderlein & Bianca, 1987, p.274; Maskow, 1992, p.144; قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۰). لیکن به نظر می‌رسد، تحقق تناسب کالا با مقاصد معمول، الزاماً به معنای واجد کیفیت متوسط بودن کالا نیست، اینکه چه کیفیتی مورد نیاز است تا معیار تناسب با مقاصد معمول را برآورده کند، نمی‌توان بطورمطلق اظهار نظر کرد و در هر مورد باید از لحاظ تجاری بررسی شود که درخصوص کیفیت کالا، شخص معقول در موقعیت مشتری چه انتظاری دارد (Dimatteo, Dhooge, Greene, Maurer & Huber & Mullis, 2007, p.138; Pagnattaro, 2005, p.116-117). به طورمثال؛ شخصی که کالا را از یک فروشنده متخصص ابتیاع کرده است، به طورقطع کیفیت بالاتر ازم متوسط را ملحوظ نظر داشته است، لیکن ممکن است دراوضاع واحوال دیگری چنین وضعیتی صادق نباشد وکیفیت پایین‌تر ازم متوسط کالا به عنوان معیار مناسب مدنظر قرارگرفته شود، اما به هرحال، کالای مزبور باید دارای کیفیت رضایت‌بخش باشد (Eiselen, 2009, p.88). یعنی کیفیت کالا باید خوب بوده به نحوی که قابل تحمل باشد و به تعبیر دیگر حداقل به طورعمده پایین‌تر ازاستاندارد معقولی که باتوجه به ثمن و دیگر اوضاع واحوال انتظار می‌رود، نباشد (Bianca, 1987, p.281). همچنین خریداری که کالا را باهدف بازفروش ابتیاع کرده است، این انتظار را دارد که درروند معمول تجارت امکان وقابلیت فروش را دارا باشد. همچنین کالایی که به عنوان کالاهای مقاوم توصیف می‌شوند (مانند ماشین آلات صنعتی)، هنگامی با مقصود معمول تناسب خواهد داشت که برای مهلت معقولی دوام وقابلیت استفاده داشته باشند (Lookofsky, 2000, p.91). بنابراین درهر مورد باتوجه به اوضاع واحوال، باید بررسی گردد که درخصوص کیفیت کالا شخص معقول و متعارف درموقعیت مشتری چه انتظاری داشته و همان معیار را در ارزیابی تناسب کالا با مصرف معمول، ملاک قرار داد.

در حقوق ایران نیز باید کالایی را تسلیم نماید که منطبق با قرارداد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۷۰-۱۶۹). برخی معتقدند حکم شق «الف» بند ۲ ماده ۳۵ کنوانسیون در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است؛ زیرا حتی اگر توافق به طور صریح میان طرفین بیع وجود نداشته باشد، این شرط ضمنی وجود دارد که کالا باید متناسب با هدف متعارفی باشد که به آن منظور خریداری شده است. چنانچه برای ساخت وسیله‌ای مواد اولیه خریداری می‌شود، این مواد باید برحسب عرف برای ساخت آن وسیله مناسب باشد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز مؤید این مطلب است؛ زیرا مناسبت کالا با هدف و مقصودی که به آن منظور خریداری می‌شود، عرف مسلم و از لوازم و نتایج عقلی و عرفی قرارداد است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵؛ قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۱). بنابراین در حقوق ایران نیز باید قائل به این نظر بود که جز در مواردی که طرفین به نحو دیگر توافق کرده باشند، کالا باید متناسب با مقاصدی باشد که عرفاً کالاهایی از آن نوع برای آن مقاصد مورد استفاده قرار می‌گیرند. از میان ضوابط نوعی و نظرهای مطروحه راجع به مفهوم «انطباق و تناسب کالا با استفاده معمول و عرفی مورد نظر از آن»، معیار تسلیم مبیع با «کیفیت متوسط» در حقوق ایران از شهرت و اعتبار بیشتری برخوردار است. مؤید این مطلب ماده ۲۷۹ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «اگر موضوع تعهد کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند، لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است، نمی‌تواند بدهد». حکم ماده مزبور ناظر به موردی است که مصادیق کالای فروخته شده در بازار از کیفیات متعدد برخوردار است. مشهود است که چنانچه فروشنده متعهد به تولید و تسلیم کالای مورد توافق باشد، همین قاعده قابل اعمال خواهد بود (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۴۵۷؛ قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۱).

۷. تأثیر عرف در تعهد ظرف گذاری و بسته بندی کالا (بسته بندی متناسب کالا)

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



در تجارت بین‌الملل، بسته‌بندی و ظرف‌گذاری کالا از اهمیت بسیاری برخوردار است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که کالا مسافت طولانی را طی کند و یا با چند وسیله نقلیه مختلف حمل و نقل شود تا به خریدار تحویل گردد، لذا ضرورت دارد کالا به نحوی ظرف‌گذاری و بسته‌بندی شود که مناسب با مخاطرات احتمالی باشد؛ زیرا علت بیشتر عیوب در مطابقت کالا ناشی از کوتاهی در بسته‌بندی متناسب کالا است (عبدالحمید، ۱۹۸۰، ص ۱۳۰). هنگامی که قرارداد راجع به شکل و نحوه بسته‌بندی ساکت است، فروشنده نمی‌تواند بسته‌بندی دلخواه خود را بکار ببرد. در حالت یادشده، طبق شق «د» بند ۲ ماده ۳۵ کنوانسیون، «کالا باید به ترتیب معمول و متعارف برای این قبیل کالاها، در ظرف گنجانده یا بسته‌بندی گردد». بنابراین عرف تکمیل‌کننده خلا ناشی از سکوت متعاقدين در ظرف‌گذاری و بسته‌بندی کالاها است (Huber & Mullis, 2007, p.141). چنانچه کالا در محلی نسبت به محل دیگر به طرز مختلفی ظرف‌بندی یا بسته‌بندی می‌شود، براساس ماده (د) (۲) ۳۵ کنوانسیون، کالا باید به شیوه متداول و مرسوم، مطابق عرف تجارت بین‌الملل که بر مبنای مواد ۸ و ۹ کنوانسیون معین می‌شود، بسته‌بندی شود (عبدالحمید، ۱۹۸۰، ص ۱۳۰؛ شفیق، ۱۹۸۸، ص ۲۱۸؛ Kuoppala, 2000, p.87-85; Andersen, 2008, p.310).

راجع به قسمت اول بند «د» که عرف و عادت مربوط به کالا را معیار مطابقت تلقی می‌کند، به نظر می‌رسد در حقوق ایران ناآشنا نباشد؛ زیرا براساس ماده ۲۲۵ قانون مدنی: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است» و در عین حال برطبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، متعاقدين به لوازم و نتایج ناشی از عرف و عادت که از قرارداد حاصل می‌شود، نیز ملزم می‌باشند؛ بنابراین چنانچه کالا منطبق با عرف و عادت تجارتي مربوط به آن تحویل شود، ایفای چنین تعهدی در حقوق ایران صحیح است و در این وضعیت بایستی تعهد فروشنده به بسته‌بندی و نوع آن را با مراجعه به عرف تعیین نمود (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۴۵۶؛ ناظم، ۱۳۸۸، ص ۹۷).

۸. قاعده عمومی و یا کلی جهت مراجعه به عرف

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در ماده ۹ به عنوان یک ضابطه کلی، به نقش عرف در آثار قرارداد پرداخته شده است (Sica, Dimatteo and others, 2005, p.168; Germain, 1996, p.52; Viscasillas, 2009, p.310; 2006, p.19; الماسی و طباطبایی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۶). بخش نخست بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون راجع به یک فرض نادری است که براساس آن طرفین قرارداد به طور واقع در مورد لازم الاجرا بودن یک عرف تجاری معین، توافق کرده‌اند (Lookofsky, 2000, p.58). بند ۱ ماده مزبور مقرر می‌دارد: «طرفین به هرگونه عرفی که نسبت به آن توافق نموده‌اند و به رویه‌ای که میان خود ایجاد نموده‌اند، ملزم می‌باشند». در چنین مواردی عرفها به بخشی از قرارداد طرفین تبدیل می‌شوند (Johnson, 2012, p. 277; Bonell, 1987, p. 107; Schlechtriem, 1986, p.40). بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، در مورد قابلیت اعمال عرف تجاری در یک قرارداد بیع بین‌المللی در فرض عدم وجود توافق بر آن می‌باشد (Sica, 2006, p.19; Graffi, 2011, p.277; محبی نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۰۹). مطابق بند مزبور: «جز در مواردی که خلاف آن اثبات شود، چنین فرض می‌شود که طرفین عرفی را که نسبت به آن آگاه بوده‌اند یا می‌بایست نسبت به آن آگاه باشند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل به نحو وسیع و گسترده شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می‌نمایند، به نحو ضمنی بر قرارداد خود و یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند». با این وصف، در کنوانسیون وین، لازم‌الرعایه بودن عرفهای نوعی در آثار قرارداد بیع (بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین)، منوط به تحقق سه شرط است: الف) آگاهی متعاقدين یا لزوم آگاهی آنان: درج قید اینکه متعاقدين به عرف و عادت مزبور «... یا می‌باید آگاه باشند»، بدین جهت است که ادعای جهل به این عرفها از طرف تجار حرفه‌ای را که احتمال صحت آن ضعیف

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران _____ تأثیر عرف و عادت در...



است، خنثی نموده و بار اثبات را برای طرفی که به عرف‌های مزبور استناد می‌کند، سهل نماید (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۲۲؛ Gabriel, 2005-2006, p.275). ب) شهرت عرف به نحو وسیع و گسترده در تجارت بین‌المللی: شرط دوم آنکه عرف مورد نظر در عرصه تجارت بین‌الملل به نحو وسیع و گسترده‌ای شناخته شده باشد. از این رو عرف‌های موجود در تجارت داخلی، خارج از شمول بند ۲ ماده ۹ است (Busch, 2002, p.40; Honnold, 1999, p.129; Ferrari, 2004, p.199). ج) رعایت عرف به طور منظم توسط طرفین قراردادهای مشابه در تجارت مربوطه: اشاره به رعایت منظم عرفها در تجارت خاص بدین جهت است که عرفها برحسب نوع کالاها (مانند انواع محصولات کشاورزی و ماشین آلات) و نوع قراردادها (مانند قرارداد ساخت، عمده فروشی و خرده فروشی) متفاوت است (هجده نفر از دانشمندان حقوق، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۶۱؛ Bout, 1998, p.7).

در کنوانسیون وین در فقدان توافق متعاقدين در تعیین تعهدات بايع، در ابتدا باید به رویه معمول به طرفین و عرف رجوع نمود و چنانچه رویه معمول به میان طرفین و عرف حاکم نیز در این خصوص راهکاری ارائه ندهد، مشتری موظف است بر اساس مقررات کنوانسیون به عنوان مقررات تکمیلی به انجام تعهدات خود بپردازد (Honnold, 1999, p.370-371; Schlechtriem, 2003, p.466; Graffi, 2011, p.278-280; شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۷۰۵). زیرا در مواد ۶ و ۹ کنوانسیون، اصل تکمیلی بودن مقررات کنوانسیون و تقدم اراده طرفین و عرف بر آن مورد پذیرش قرار گرفته است (Ferrari, 2002, p.275) و شخصی را که مدعی آمره بودن آن است، ملزم نمود تا آن را ثابت نماید (میرزا نژادجویباری، ۱۳۸۸، ص ۳۵۲). بنابراین اصولاً ضوابط کنوانسیون تنها نقش مکمل را در رابطه با تراضی متعاقدين ایفا می‌کند و ضوابط مذکور در کنوانسیون صرفاً در صورتی قابل اعمال است که مقررات قراردادی صریح و یا ضمنی و یا عرف قابل اعمال برخلاف آن موجود نباشد (Kuoppala, 2000, p.87-85; Bout, 1998, p.1; Graffi,)

عنوان یک قاعده عمومی یا شاخص، در تعیین تعهدات بایع، در فرض سکوت متعاقدين، با استناد به بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون که مقرر می‌دارد: «طرفین به هرگونه عرف و عاداتی که نسبت به آن توافق نموده‌اند و به رویه‌ای که میان خود ایجاد کرده‌اند، ملتزم هستند»، در ابتدا باید به عرف مورد توافق آنها و رویه معمول به میان آنها رجوع کرد و در فرض عدم وجود چنین رویه‌ای مبنی بر زمان پرداخت ثمن، در وهله دوم باید عرفی که مجموعه شرایط بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون را دارا باشد، تعیین کننده تعهدات بایع دانست و در نهایت در فرض فقدان چنین عرفی به مقررات تکمیلی کنوانسیون رجوع کرد.

همین وضع در حقوق ایران نیز وجود دارد؛ زیرا با استفاده از برخی مواد قانون مدنی، در می‌یابیم که در صورت تعارض عرف و عادت با قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم خواهد شد و در قواعد و مقررات مربوط به معاملات نیز اصل بر تکمیلی بودن آن است؛ زیرا قانونگذار در مواد متعدد قانون مدنی، پس از اعلام حکمی در مورد یکی از موضوعات حقوق قراردادها و خصوصاً عقد بیع، تصریح نموده است، در صورت وجود عرف مخالف با این حکم، دادگاه ملزم به رعایت آن و تقدم این عرف بر قانون می‌باشد (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۸۸، ص ۳۴۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹؛ قاسم زاده، ۱۳۷۶، ص ۶۸؛ بهادری جهرمی و شعبانپور، ۱۳۹۲، ص ۱۸۴؛ السان، ۱۳۸۵، ص ۱۹). برای نمونه، ماده ۳۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد...». احکامی از این دست در مواد ۳۸۲، ۳۵۸، ۳۴۴، ۲۸۰ و ۴۸۶ قانون مدنی وجود دارد.

البته نکته قابل توجه اینکه، در روابط بین‌المللی، احتیاط بیشتری در اجرای عرفهای نوعی مزبور لازم می‌باشد؛ زیرا متعاقدين غالباً مقیم دو کشور مختلف هستند که ممکن است رسوم و عادات تجاری متفاوت با عرف بین‌المللی داشته

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران ————— تأثیر عرف و عادت در...



باشند، عدالت و انصاف حکم می‌کند که فقط عرفی به آنها تحمیل شود که به آن آگاهی دارند و یا لااقل به دلیل حرفه و تخصص خود باید نسبت به آن علم داشته باشند (اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۳۵؛ محبی نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۰۹). به همین دلیل است که اصولاً عرف بین‌المللی باید به طور گسترده‌ای در سطح جهان مورد عمل باشد و در معاملات بین طرفین به نحو مستمر رعایت شود تا بتوان آن را به متعاملین تحمیل کرد؛ آن هم در صورتی که آنان هر دو در یک رشته تجاری (تجارت چوب، تجارت فولاد و...) فعالیت داشته باشند.

۹. نتیجه گیری

بر اساس مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، عرف در تعیین تعهدات بایع، دارای نقش مؤثری است. در حقوق ایران، متعاقدين الزامی به پیش‌بینی و ذکر تمام جزئیات عقد ندارند، بلکه کافی است که راجع به ارکان و موضوع اصلی قرارداد به توافق دست یابند و این عرف و قانون تکمیلی است که به تعیین سایر جزئیات و آثار قراردادی (تعیین حقوق و تعهدات متعاقدين و حدود آن) می‌پردازد. به علاوه متعاقدين ملزم به رعایت نتایج عرفیه عقد هستند، ولو آنکه آنها در عقد نوعاً به آن تصریح نمی‌کنند. ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی نیز مهمترین مؤید این مدعا است. ماده ۹ کنوانسیون وین نیز دارای چنین حکمی است. کنوانسیون وین از این حیث که به طرفین «عرفی را که می‌بایست نسبت به آن آگاه باشند» (بند ۲ ماده ۹)، تحمیل می‌کند، قابل تأیید است و پیشنهاد می‌شود که مقرر مشابهی به مقررات قانون مدنی ایران نیز الحاق و تصریح شود. چرا که با توجه به اینکه متعاقدين می‌توانستند از قواعد عرفی آگاه باشند، فرض بر این است که آن را خواسته‌اند و از این رو، ملتزم به آن خواهند بود؛ زیرا در عرف معاملاتی، طرف معامله در هر حالتی ملزم به همه لوازم عرفی قرارداد است، مگر اینکه برخلاف آن در ضمن قرارداد تصریح شود، در غیر این صورت فرض بر این است که متعاقدين نسبت به عرف آگاهی دارند یا باید داشته

باشند. بنابراین شایسته است که چنین امری در مقررات قانون مدنی ایران به طور صریح، مقرر شود. برخلاف حقوق ایران که به طور مطلق، عرف به عنوان معیاری جهت تفسیر قرارداد مطرح شده است (ماده ۲۲۴ قانون مدنی)، در بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون وین، به صورت جزئی به حاکمیت عرف نوعی در تفسیر قرارداد اشاره شده است و عرف هر صنف یا شغل اشخاص و یک شخص متعارف به طور جزئی مورد اشاره واقع شده است. همچنین بر اساس بند ۲ ماده ۸، عرف نوعی و شخص متعارف، در صورتی به عنوان ملاک تفسیر می‌باشد که در اوضاع و احوال مشابه با طرف دیگر مدنظر قرار گیرد. لیکن ماده ۲۲۴ قانون مدنی، از این حیث نیز اطلاق دارد و به طور کلی، قانونگذار ایران، اشاره داشته است که الفاظ عقود محمول بر معنای عرفی است. لذا شایسته است که قانونگذار در قانون مدنی، علاوه بر ماده ۲۲۴ ق.م. (حمل الفاظ بر معنای عرفیه)، که یک قاعده مطلق و کلی جهت تفسیر قرارداد است، مانند کنوانسیون به طور جزئی، ضوابط و شرایطی را نیز برای اعمال عرف خاص هر صنف یا شغل اشخاص، مقرر کند. نکته دیگر اینکه، قانونگذار ایران در موارد متعدد به عرف استناد نموده و لزوم پایبندی به عرف را مقرر داشته است (مواد ۲۲۰، ۲۲۵، ۲۸۰، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۵۸، ۳۷۵، ۳۸۲، ۴۸۶ قانون مدنی). به نظر می‌رسد در حال حاضر که ایران عضو کنوانسیون وین ۱۹۸۰ نیست، حداقل بتوان مقررات کنوانسیون را به عنوان عرف مدون پذیرفت و با استناد به مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی که معرف انعطاف پذیری حقوق ایران است، از این حق بهره‌مند شد.

۱۰. فهرست منابع

۱-۱۰. فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، وابسته به مرکز امور حقوقی بین‌المللی نهاد ریاست جمهوری، شماره ۷، ۱۳۶۵.

- فخرالدین اصغری آق‌شهدی و همکاران _____ تأثیر عرف و عادت در...
۲. السان، مصطفی، جایگاه قصد در تفسیر قراردادها، ماهنامه کانون، آذر، شماره ۶۵، ۱۳۸۵.
 ۳. الماسی، نجادعلی و احمد طباطبایی، «شرط ضمنی عرفی مطالعه موردی ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی، قاعده یا استثنا؟»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال ۱۱، شماره ۲، ۱۳۸۹.
 ۴. امینی، عیسی، مطالعه تطبیقی روش های تعیین ثمن، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
 ۵. بابازاده، بابک، شیوه تفسیر قرارداد در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۶.
 ۶. باقری اصل، حیدر، عقود تملیکی: آثار عقد بیع، قواعد حاکم، مبانی، شروط و قلمرو، تبریز، انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۹۳.
 ۷. حبیبی، محمود، تفسیر قراردادهای تجاری بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
 ۸. رسایی نیا، ناصر، کلیات حقوق بازرگانی و تجارت، تهران، انتشارات دریاچه، ۱۳۸۳.
 ۹. شاه باغ حائری، علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
 ۱۰. شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز، فروزش، ۱۳۸۹.
 ۱۱. شعاریان، ابراهیم و فرشاد رحیمی، حقوق بیع بین المللی، شرح کنوانسیون بیع بین المللی کالا در پرتو دکتترین و رویه قضایی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، ۱۳۹۳.
 ۱۲. صفایی، حسین؛ کاظمی، عادل و میرزائزاد، حقوق بیع بین المللی، بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷

۱۳. علومی یزدی، حمیدرضا؛ رحمتی، رضایی و غیبی، تأملاتی بر بربع بین‌المللی، مجموعه نظریات شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
۱۴. قاسم زاده، مرتضی، حل اختلافات قراردادی، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶، ۱۳۷۶.
۱۵. قمی دهنوی، محمدرضا، عرف و عادت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، آثار قرارداد، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۹. کاظمی، محمود و مرضیه ربیعی، نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و نظام‌های حقوقی خارجی، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، شماره نخست، ۱۳۹۱.
۲۰. کیایی، عبدالله، التزامات بائع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
۲۱. محبی نژاد، آزاده، نقش عرف در قراردادهای بیع بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق اقتصادی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰.
۲۲. مرتضوی، عبدالحمید، «تعهد به وسیله و به نتیجه در کنوانسیون‌ها و مقررات بین‌المللی»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال پنجم، شماره ۱۸ و ۱۹، پاییز و زمستان، ۱۳۸۹.

فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکاران _____ تأثیر عرف و عادت در...



۲۳. موسوی، فضل الله، مهدی موسوی، محمد حسین وکیلی مقدم و مهدی غلامی، مطالعه تطبیقی اصول تفسیر قرارداد، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۱.

۲۴. میرزائزاد جویباری، اکبر، «تأملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادها در حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.

۲۵. ناظم، علیرضا، تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، ماهنامه کانون، شماره ۹۸، ۱۳۸۸.

۲۶. هجده نفر از دانشمندان حقوق، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، ترجمه مهراپ داراب پور، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.

۲-۱۰. عربی

۲۷. شفیق، محسن، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة، قاهره، دار النهضة العربية، ۱۹۸۸ م.

۲۸. عبدالحمید، خالد احمد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام، مصر، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، ۱۹۸۰ م.

۲۹. هوزیه، فانسان، المطول في العقود: بيع السلع الدولي، ترجمه منصور القاضی، بیروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، ۲۰۰۵ م.

۳-۱۰. انگلیسی

30. Andersen, Camilla Baasch, *The CISG and its Impact on National Legal Systems (United Kingdom)*, Franco Ferrari (Ed.), European Law Publishers, 2008.
31. Bianca, Cesare Massimo, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, U.S., Giuffrè: Milan: A Giuffrè Editore, S.p.A, 1987.
32. Bonell, Michael Joachim, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Italy., Giuffrè: Milan: A Giuffrè Editore, S.p.A, 1987.
33. Bout, Patrick X., "Trade Usage: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", pace essay submission, Reproduced with permission of the author, Erasmus University, Rotterdam, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>, 1998.
34. Busch, Danny, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: a commentary*, Nijmegen Aequi Libri [u.a.], Kluwer Law International, 2002.
35. Davies, Martin, *CISG-AC Opinion No. 11*, Issues Raised by Documents under the CISG Focusing on the Buyers Payment Duty, Rapporteur: Professor Martin Davies, Tulane University Law school, New Orleans, U.S.A. Adopted by the CISG-AC following its 16th meeting, in Wellington, New Zealand, on Friday, 3 August, 2012.
36. Dimatteo, Larry A; Dhooge, Lucien J; Greene, Stephanie; Maurer, Virginia G & Pagnattaro, Marisa Anne, *International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, First Published, Cambridge University Press, 2005.

37. Eiselen, Sieg, *Literal Interpretation: Meaning of the Words*, In CISG Methodology, In Andre Janssen Olaf Meyer(eds), Sellier European Law Publishers GmbH, 2009.
38. Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow, *International Sale Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, New York, Oceana Publications, 1992.
39. Ferrari, Franco, *Relevant Trade Usage and Practices Under UN Sales Law*, The European Legal Forum (E), Issue 5, 2002.
40. Ferrari, Franco, *Interpretation of Statements: Article 8, The Draft Uncitral Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sale Convention*, edited by Franco Ferrari and Harry Flechtner and Ronald A. Brand, Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education Seiler. European Law Publishers, 2004.
41. Ferrari, Franco, *Trade usage and Practices established between the Parties: Article 9, The Draft Uncitral Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sale Convention*, edited by F Ferrari and H. Flechtner and R A. Brand, Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE), European Law Publishers, 2004.
42. Gabriel, Henry Deep, "The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions", *Journal of Law and Commerce*, Vol.25, 2005-2006.
43. Germain, Claire M, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Guide to Research and Literature", *International Journal of Legal Information*, Faculty Publication, Vol.24: 1, 1996.

44. Graffi, Leonardo, "Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law" *Journal of Law and Commerce*, Vol. 29, 2011.
45. Honnold, John O, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed , U.S.: Kluwer Law and Taxations Publishers, 1999.
46. Huber, Peter & Alastair Mullis, *The CISG A new textbook for Students and Practitioners*, Mainz and Norwich, June, sellier. European law publishers, 2007.
47. Johnson, William P, "The Hierarchy That Wasn't There: Elevating Usage to its Rightful Position For Contracts Governed by the CISG", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter, Volume 32, Issue 2, 2012.
48. Koch, Robert, *Buyers Right to Declare Avoidance Based on Non-Compliance With a Nachfrist*, Commentary on Whether The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract may be Used to Interpret or Supplement Article 47 and 49(1)(b) of the CISG, in J Felemegas(ed), Cambridge University Press, 2007.
49. Kuoppala, Sanna, *Examination of the Goods Under the CISG and the Finish Sale of Goods Act*, Publication of Faculty of Law of the University of Turku, Private Law Publication SeriesB:53, 2000.
50. Lando, Ole, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, U.S., Giuffrè: Milan: A Giuffrè Editore, S.p.A, 1987.
51. Lookofsky, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, J. Herbots editor/R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws-Contracts, Suppl.29, Denmark/U.S.:Kluwer Law & Taxations Publishers, 2000.

52. Meyer, Olaf, *Constructive Interpretation-Applying The CISG in the 21 St Century*, , In CISG Methodology, In Andre Janssen Olaf Meyer(eds), Sellier European Law Publishers Gmbh, 2009.
53. Schmitt Hoff, C. Clive M. Schmitt Hoffs, "*Selected Essays on International Trade Law*", London: Stevens & Sons, Brill Publishers, 1988.
54. Schlechtriem, Peter, *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Germany: Published by Manz, Vienna, 1986.
55. Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 2003.
56. Schwenzer, Ingeborg and Christiana Fountoulakis, *International Sales Law*, London and New York: Routledge. Cavendish, Taylor & Francis Group, 2006.
57. Sica, Lucia Carvalhal, "Gap-filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention?", *Nordic Journal of Commercial Law*, Issue1, 2006.
58. Sono, Kazuaki, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Italy., Giuffrè: Milan: A Giuffrè Editore, S.p.A, 1987.
59. Viscasillas, Pilar Perales, *The Role of The UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of CISG*, In CISG Methodology, In Andre Janssen Olaf Meyer(eds), Sellier European Law Publishers Gmbh, 2009.
60. Von Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nolke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷

Group on a European Civil Code and the Research Group on EC
Private Law(Acquis Group), Full Ed, Vol.1&2, 2009