

فصلنامه علمی قانون یار

LICENSE NUMBER: 78864 ARTICLE COD: Y8SH31A4887 ISSN-P: 2538-3701

بررسی مقایسه‌ای عرف در فقه و حقوق مدنی ایران و

کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰

(تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۰۷/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۳/۱۲/۰۳)

همایون گیوی

چکیده

الزامات قراردادی محدود به مواردی نیست که در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی مورد توافق قرار گرفته است؛ بلکه اگر به مناسبت آن قرارداد قانونگذار رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد یا به مناسبت آن قرارداد عرف رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد، متعاقدين ملزم به رعایت آن قواعد نیز هستند، ارزش و اعتبار قانونی عرف و عادت در قانون مدنی از بررسی مواردی که در قانون مدنی به عرف و عادت رجوع شده به صورت‌های مختلف مشهود است. عرف عمل یا روشی است که با فراگیر شدن و یا قدمت و دیرپایی خود در یک جامعه خاص و با توجه به موضوع مورد نظر قدرت و توان قانون را به دست آورده است. چنین عرفی در واقع قانون نانوشته‌ای است که با توافق مشترک و همگانی از دیرباز پابرجا شده است. در کنوانسیون بیع بین الملل نیز عرف دارای جایگاه ویژه بوده و به آن پرداخته شده است، و طرفین را ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول فی مابین کرده است؛ طبیعت و روح یک پیمان بین المللی که متضمن قواعد یک نواختی راجع به بیع بین المللی است و عرفها و عملکردهای بازرگانی بین المللی را منعکس می سازد؛ بنابراین کنوانسیون بیع بین المللی اصولاً مبتنی بر این عرفها و عملکردها است.

واژگان کلیدی: حقوق مدنی، عرف و عادت، قرارداد، بیع بین الملل، کنوانسیون بیع



مقدمه

عرف در فقه و حقوق زندگی اجتماعی انسانها همواره حقوقی را در پی داشته که افراد به شیوه‌های مختلف ملزم به رعایت آن بوده‌اند اما پیش از وضع برخی از این حقوق از سوی قانونگذار، بعضی به صورت عرف و عادت بین انسان‌ها رواج داشته است که خود مؤید سابقه دیرینه عرف در تقنین و بیانگر اهمیت آن است. بنابراین، در عین این که عرف از مسائل مهم در مباحث حقوقی است همزمان برای انطباق پاره‌ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان سخت به کار می‌آید و می‌تواند در استنباط‌های فقهی و حقوقی و ارائه قرائت‌ها و تفسیرهای جدید حقوقی مؤثر باشد چنان چه اهمیت این اصل در حقوق داخلی ایران و بنای آن بر فقه کاملاً مشهود است. (کیخا فرزانه، محمد امین، ۱۳۹۵ ص ۲۱۳) عرف قاعده‌ای که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا دسته‌ای از آنها به عنوان الزام آور مرسوم گردیده است.

تدوین کنندگان قانون مدنی برای متناسب بودن اثر خود با شرایط و مقتضیات محیط آنچه را که از قوانین دیگران اقتباس کرده‌اند در حدود امکان و حوصله با عرفهای سرزمین خود منطبق و برخی از عرفهای حقوقی موجود را در آن منعکس ساخته‌اند. این روش یعنی اکتفا نکردن به ترجمه و اقتباس ساده آن و به جای آن مراعات مقتضیات ملی و خصوصیات مذهبی و توجه به عرفهای حقوقی موجود هر چند به حد کمال نرسیده مع الوصف موجب گشته که قانون مزبور با روحیات جامعه بیشتر سازگار و راه برای پذیرفتن آن هموار گردد. (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳، ص ۱۹)

کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ در بند ۲ ماده ۹ عرفهایی را ذکر میکند که بدون توافق صریح یا ضمنی طرفین و به طور نوعی لازم الرعایه هستند در واقع این عرفها اراده فرضی طرفین را تشکیل میدهند و بی آنکه توافق بر آنها مورد نیاز باشد حاکم بر قرارداد هستند با این که عبارت بند ۲ ماده ۹ به توافق ضمنی در این خصوص اشاره میکند و اراده مخالف این گونه عرفها را معتبر میشناسد و به تعبیر ماده ۹ فرض بر این است که طرفین این عرفها را الزام آور شناخته‌اند. برای این که این عرفها الزام آور باشند. (صفایی، حسین و دیگران، ص ۲۳) عرف و عادت در قانون مدنی ایران در موارد گوناگونی بیان شده است که معمولاً کلمات



«عرف و عادت هر دو باهم به کار رفته‌اند و گاهی نیز کلمه عرف به تنهایی به کار برده شده و گاهی کلماتی همانند «متعارف»، عرفا و عرفیه نیز بیان شده است.

۱- تعریف لغوی و اصطلاحی عرف

۱-۱- تعریف لغوی

عرف در لغت به معانی گوناگونی به کار رفته است و بین تعریف لغوی و اصطلاحی آن تفاوت‌هایی نیز به چشم می‌خورد. عرف، در لغت به معنی جود، احسان نیکوکاری و در اصطلاح به معنی رسم و روش می‌باشد. (احمد زاده، سید حشمت الله، ۱۳۸۲، ص ۹) برای واژه عرف در فرهنگ‌های معتبر، کاربردها و معانی متفاوتی ذکر شده است. ضد ریشه نکر به معنای شناختن و در نهایت به معنای اسم مفعولی (شناخته شده) معروف و هرگونه کار نیک است. (کیخا فرزانه، محمد امین، ۱۳۹۵، ص ۲۰۴)

۱-۲- تعریف اصطلاحی

عرف واژه‌ای است عربی و در اصطلاح هر رسم و شیوه عملی یا قولی را گویند که در میان اکثر مردم متداول گشته و طبایع ایشان آنرا پذیرفته است و از آن پیروی می‌کنند. در کتب اصول فقه برای عرف تعریف‌های متعدد اما متشابه ذکر شده، است. (علوی، سید محمد تقی، ۱۳۸۱، ص ۱۳۶) عرف در کلام به معنی عادت و معمول مردم است به معنی شناختن یا چیزی مورد قبول، ضد النکر است. به معنی بخشندگی و نیکی بخشش، عطیه، عادت، رسم، اسلوب، شیوه. حقوقدانان نیز تعریف‌هایی را برای عرف بیان کرده‌اند عرف حقوق مدون را بی سر و صدا به وجود می‌آورد و همان گونه که زندگی در انواع گیاهان و حیوانات پنهان است، عرف هم نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است. عرف یک منبع حقوق در میان سایر منابع اگر بگوییم عرف تنها منبع حقوقی است مبالغه نکرده‌ایم. "عرف: به ضم عین به معنی معرفت و شناسایی است و پس از آن به معنی چیزی است که در ذهن شناخته شده و مأنوس و مقبول خردمندان است فقها برای عرف، تعریفاتی کرده‌اند که هر یک نقصی دارد:



۱- عرف قاعده‌ای که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا دسته‌ای از آنها به عنوان الزام آور مرسوم گردیده است.

۲- عرف و عادت: عمل متداولی است که بدون داشتن جنبه تدوینی، قانون از لحاظ حقوق، برای اجتماع الزام آور شناخته شده است.

۳- عرف، حقوقی عمل یا روشی است که با فراگیر شدن و یا قدمت و دیرپایی خود در یک جامعه خاص و با توجه به موضوع مورد نظر، قدرت و توان قانون را به دست آورده است. چنین عرفی در، واقع قانون نانوشته‌ای است که با توافق مشترک و همگانی از دیرباز پابرجا شده است. علاوه بر لغت شناسان، حقوقدانان جامعه شناسان قرآن پژوهان و، مفسرین اصولیون و فقیهان نیز هر کدام بر اساس دیدگاه خود به تعریف عرف پرداخته‌اند. (احمد زاده، سید حشمت الله، ۱۳۸۲، ص ۹)

در کتاب مقدمه علم حقوق در تعریف «عرف» آمده است: عرف «قاعده‌ای است که بتدریج و خود بخود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام آور مرسوم شده است». (میقانی، علی اکبر، ۱۳۷۹، ص ۲۲)

۲- کلیات

۲-۱- کلیات عرف

عرف از لحاظ سابقه تاریخی در میان قبائل وحشی و دور از تمدن هم که قانون در میان آنها وجود ندارد قواعد و حقوقی مشاهده می‌شود منشاء این قواعد این است که از قدیم بین آنان منازعاتی بروز کرده و افراد جامعه بعداً آن را به وسایل دوستانه با مراجعه به شخص ثالث رفع کرده‌اند و همین که برای بار دوم اختلافی بین دو نفر بروز کرده در حل آن از قاعده و روش خاصی پیروی کرده‌اند و شاید خود طرفین دعوی یا افراد دیگر هم راه حل سابق را برای رفع اختلاف مناسب تشخیص داده‌اند و از آن تبعیت کرده‌اند به همین ترتیب اختلافات تکرار شده و افراد در قطع و فصل دعاوی خود به همان روش توسل جسته‌اند تا آن روش حکم یک



عادت و عرف را پیدا کرده است. همین عقیده و ایمانی که به لزوم رعایت قاعده معین در مورد مخصوص به تدریج در ذهن مردم پیدا کرده، (ضیائی، صادق، ۱۳۴۰ ص ۲۱، ۲۲، ۲۳) و از نقطه نظر حقوق عرفی عرف و عادت را باید به عنوان نخستین منبع حقوق در اجتماعات انسانی دانست چه آنکه تأسیسات مربوط به قانونگذاری بویژه قانونگذاری جدید که بر پایه انتخابات عمومی و آرا مبتنی است، تاریخچه‌ای چندان طولانی ندارد و هر چه هست به دوره‌های اولیه تشکیل جوامع انسانی بر می‌گردد و آنچه که ما مربوط به آن دوره‌ها از لحاظ نظامات اجتماعی میدانیم در واقع همان عرف و عادت است که در نتیجه زندگانی دست جمعی بتدریج و به صورت خود بخودی به وجود آمده است. عرف "یعنی عادت کردن مردم به این امر که پیوسته در موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند و معمول دارند تشکیل می‌شد. همین عقیده و ایمانی که به لزوم رعایت فلان قاعده معین متدرجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می‌شود، ریشه و اصل قواعد حقوق است. بنابراین عرف و عادت اولین منبع حقوق می‌باشد. (میقانی، علی اکبر، ۱۳۷۹، ص ۲۲)

در ادوار قدیم عرف و عادت اهمیت زیادی داشته زیرا در آن موقع قوه مقننه که عهده دار وضع قوانین است وجود نداشت بدو عرف و عادت بخودی خود پیدا شده و استقرار و ضمانت اجراء پیدا می‌کرد بعداً هم محاکم احکام عرف را تطبیق و تأیید می‌کردند ولی به تدریج چون معاملات توسعه پیدا کرد و روابط حقوقی مردم زیاد شد عرف و عادت جای خود را به قانون داد با این حال عرف و عادت اگر مستقیماً در حقوق کشورها تأثیر نداشته باشد بطور غیر مستقیم در حقوق هر کشوری مؤثر است به این معنی که قانونگذار مادام که منظورش رفع احتیاجات اجتماعی و اقتصادی است نمی‌تواند عرف و عادت را نادیده بگیرد زیرا عرف و عادت نتیجه طبیعی معاملات مردم است و بر حوائج زندگی آنان انطباق دارد و قانونگذار نباید بر خلاف عرف و عادت و احتیاجات مردم قواعدی وضع کند و بفرض اینکه چنین قواعدی وضع کند دیر یا زود از بین خواهد رفت. (ضیائی، صادق، ۱۳۴۰ ص ۲۱، ۲۲، ۲۳)

وضع قانون مخصوص دورانی است که در جوامع نهادهای حکومت و دولت به وجود آمده است؛ اما از نظر، پیشینه عرف بر سایر منابع حقوقی مقدم است. در کتب و قوانین کهن به قوانینی همانند حمورابی ۲



قوانین یهود و مانی و هند باستان و آتن اشاره شده است؛ اما در وضع کنونی این قوانین را می‌توان مجموعه‌های عرف تدوین شده دانست. (احمد زاده، سید حشمت الله، ۱۳۸۲، ص ۸) عرف در حقوق کشورهای گروه آنگلو ساکسون با آن که حقوق بریتانیا از حقوق رم و حقوق کلیسا هر دو متأثر گردیده ولی هیچ گاه مانند حقوق فرانسه به طور کامل به وسیلهٔ حقوق رم و یا از طریق رخ دادن انقلاب و استقرار کامل شیوه قانونگذاری تجدید حیات در طول تاریخ به طور آرام و یکنواخت به سیر و حیات تکامل بخش خود ادامه نداده است. به این مناسبت اکثر حقوقدانان آن کشور تصور می‌نمایند در صورت قبول اسلوب قانونگذاری به سنن حقوق آنها لطمه وارد می‌شود و حال آنکه پذیرفتن چنین سبکی هیچ گاه ملازمه با الغای همهٔ سنن حقوقی گذشته ندارد. چنان که حتی انقلاب کبیر فرانسه باعث گسیختگی همه رشته‌های تأسیسات حقوقی سابق فرانسویان نگردید بنابراین از خصایص ذاتی حقوق انگلستان اعتقاد به حفظ سنن و سوابق حقوقی می‌باشد که از تاریخ آن سرزمین پدید آمده و با آن. شده است. (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳، ص ۱۹)

۲-۲- عرف در حقوق اسلامی

ساختار و جایگاه عرف در فقه و حقوق زندگی اجتماعی انسانها همواره حقوقی را در پی داشته که افراد به شیوه‌های مختلف ملزم به رعایت آن بوده‌اند اما پیش از وضع برخی از این حقوق از سوی قانونگذار، بعضی به صورت عرف و عادت بین انسان‌ها رواج داشته است که خود مؤید سابقه دیرینه عرف در تقنین و بیانگر اهمیت آن است. بنابراین، در عین این که عرف از مسائل مهم در مباحث حقوقی است همزمان برای انطباق پاره‌ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان سخت به کار می‌آید و می‌تواند در استنباط‌های فقهی و حقوقی و ارائه قرائت‌ها و تفسیرهای جدید حقوقی مؤثر باشد چنان چه اهمیت این اصل در حقوق داخلی ایران و بنای آن بر فقه کاملاً مشهود است. (کیخا فرزانه، محمد امین، ۱۳۹۵، ص ۲۱۳) در واقع، موضوع عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی از مهمترین مباحث عصر حاضر محسوب می‌شود تا جایی که شاید دور از واقع نباشد اگر ادعا کنیم بسیاری از اختلافات فقهی، معلول استظهارات عرفی است فقیه ممکن است که فهم شخصی خود را به عنوان فهم عرفی تلقی کند و به جای استفاده از عرف بر مسائل فلسفی و ژرف



کاوی های عقلی تکیه نماید. در نهایت می توان گفت که عرف و عادت قدیمی ترین پدیده ٔ حقوقی است و از زمانهای بسیار کهن تا گذشته ای که چندان دور نیست نه تنها مظهر و جلوه گاه حقوق بوده بلکه از جایگاه والایی در فقه به عنوان ابزاری در استنباط احکام شرعی برخوردار است. در این مبحث جایگاه و ساختار عرف در فقه و حقوق مورد واکاوی قرار خواهد گرفت. (کیخا فرزانه، محمد امین، ۱۳۹۵، همان ص)

در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است و حتی در صورت تعارض میان عرف قیاس فقها عرف را مقدم می داشته اند به این دلیل که قیاس مخالف با عرف جاری موجب عسر و حرج است و یا مخالف مصالح جامعه می باشد. ذکر این نکته لازم است که اعتبار عرف و عادت و عقل و اجماع و قیاس در حقوق اسلام است، به طوری که ایجاد قدرت شگرفی به این نظام حقوقی کرده است. (موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۸۱، ص ۳۷) در فقه بحث مستقلی تحت عنوان عرف به چشم نمی خورد و علما این موضوع را در لابلای بحث های فقهی و اصولی دیگر مطرح نموده اند جایگاه عرف در فقه اسلامی است؛ هرچند که در حجیت آن بین علمای شیعه و اهل سنت اختلاف نظر جایگاه مهمی وجود دارد. در بیان منابع اصلی حقوق اسلامی گفته شده که علاوه بر قرآن سنت اجماع و عقل در اهل سنت، قیاس و استحسان در برخی مسائل هم، عرف و عادت مورد تأیید شرع اسلامی قرار گرفته است. (احمد زاده، سید حشمت الله، ۱۳۸۲، ص ۸)

حقوق اسلامی در اعتبار عرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد، حقوق مانند قوانین فیزیکی و طبیعی نیست که از اصل علیت و سببیت پیروی کند بلکه قوانین حقوقی از اصل غایت تبعیت می نماید؛ زیرا انسان را موجودی فاعل مختار و با اراده می داند که مجبور نیست بلکه شخصیت وی بستگی بدان دارد که موجودی باشد آفریننده و خلاق و ایجاد کننده چه قرآن وی را جانشین خداوند در زمین معرفی کرده است و رمز این جانشینی فقط در همین صفت خلاقیت نهفته است باری نقش عرف و عادت و عقل و اجماع فقط از کهنه و فرسوده شدن حقوق جلوگیری می کند و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندیهای روز مردم متغیر و متکامل نگاه می دارد فرمولها و دستورالعملهایی به دست می دهد که خود را منطبق با روح زمان و پیشرفتهای عظیم جهان گرداند و جاهای گریز و محلهای انعطاف برای پدیده های جدید اجتماعی باز کند. مانند حقوق اسلامی در اصول پیشرو است؛



زیرا حقوقی کور و بی هدف نیست و تا آنجا که به این اصول که ناشی از فطرت انسانی است لطمه و صدمه وارد نگردد، پیرو می‌باشد و این تابع بودن چنان است که موجب پیشرفت و زنده و نو شدن آن گردد. (موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۸۱، ص ۳۷)

ارکان عرف از دو رکن یا عنصر اساسی تشکیل می‌شود؛ این دو، رکن یکی مادی و ناظر به فرایند تکوین عرف و سیر تکاملی آن در میان عادات و رسوم اجتماعی است و دیگری عنصر معنوی آن است که مربوط به آراستن رسم اجتماعی با شکل و قالب حقوقی است. (احمد زاده، سید حشمت الله، ۱۳۸۲، ص ۱۷)

۱- عنصر مادی برای ایجاد عرف لازم است که عادت به مدت طولانی بین عموم مردم مرسوم شود و همه در برابر رویدادی معین آن رسم را به کار ببندند؟ عرف عملی است که به طرز معینی در مورد خاصی به نحو مکرر و عمومی برای مدتی مدید در مکانی اجرا شود عنصر مادی شرط تحقق عرف و عادت است مواد ۴۲۶ و ۴۸۶ قانون مدنی ایران ناظر به رکن مادی عرف و جنبه عمومی آن است.

۲- عنصر معنوی (روانشناختی مردم باید نسبت به عرفی که به کار می‌بندند اعتقاد داشته باشند و از نظر رعایت کنندگان آن ویژگی پای بندی و الزام آور بودن را در نظر فقیهان و حقوقدانان داشته باشد و بدین پندار باشند که گریزی از اجرای آن نیست؛ بنابراین مردم باید احساس نگهداشت و ساماندهی رفتار خود را براساس آن داشته باشند. این اعتقاد همان رکن معنوی عرف است. نیروی الزام آور عرف در خصوص این که عرف نیروی الزام آور خود را از کجا به دست می‌آورد، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد.

مصادیق عرف در حقوق اسلام اساساً شرع اسلام در امورات جزئی که تابع محیط و زمان جامعه است، آزادی افراد را سلب نمی‌کند و این خود یک امر عقلی است که گاهی عقل در موضوعی حکم می‌کند و حال آنکه شرع در آن بابت دستوری نم‌دهد و ساکت است در حقیقت دستور اسلام در اینگونه موارد پیروی از آداب اجتماع است اما آن آدابی که به حال فرد و جامعه زیان بخش نیست و بنای اخلاق و دین افراد را متزلزل نمی‌کند بدین مناسبت لازم است به تعدادی از موارد و ارجاع به عرف در حقوق اسلام اشاره شود که در زیر می‌آیند. (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳، ص ۴۴)



- ۱- در عقود معاطاتی به اقتضای، عرف عقد به صرف قبض و تسلیم مال بدون نیاز به ایجاب و قبول لفظی واقع می‌گردد.
- ۲- در صورت سکوت عقد در مورد پرداخت ثمن بر حسب عرف باید از پول رایجتر استفاده به عمل آید. میزان و ترتیب پرداخت و تقسیط اجرت در صورت نبودن قرارداد تابع عرف است.
- ۳- میزان و پرداخت تقسیط اجرت در صورت نبود قرار داد تابع عرف است.
- ۴- در صورت اختلاف در تملیکی یا عاریه بودن جهیزیه مورد از موارد تحکیم عرفی است.
- ۵- اعتبار عقد فضولی را در فقه ناشی از اعتباری دانسته‌اند که عرف برای آن شناخته است.
- ۶- از نظر فقهی طرز تنظیم اسناد و قراردادها و اصطلاحاتی که در آن آورده می‌شود، تابع عرف است.
- ۷- حق الماره از نظر فقهی مبتنی بر عرف است.
- ۸- مستعیر در نحوه استفاده از مال عاریه باید حدود عرفی را مراعات کند و الا مسئول و ضامن است.
- ۹- جایز بودن وقف اموال منقول از نظر فقهی بر عرف متکی است.
- ۱۰- از نظر فقهی طرز انفاق و نوع و مقدار آن منوط به عرف می‌باشد.
- ۱۱- تعیین اعمالی که مسقط صفت عدالت در شاهد می‌گردد در موارد متغیر به عرف محول می‌باشد.
- ۱۲- در مورد خیار مجلس تعیین حصول تفرق و حدود آن عرفی است.
- ۱۳- گشوده بودن در امکنه عمومی به منزله اذن صریح در دخول است و متقابلاً محصور بودن اراضی مملو که بر حسب عرف به منزله منع صریح از دخول دیگران است.
- ۱۴- ارزش مالی اشیا در مبیع از نظر فقهی منوط به عرف می‌باشد.



۱۵- بیع محصول نارس درخت میوه قبل از فرارسیدن فصل بهره برداری از آن مقداری از مبیع هنوز معلوم است بنا به اجتهاد فقهای امامیه و به نظر مالک بر حسب عرف جایز می‌باشد ظاهراً مذهب حنفیه آن را باطل دانسته است.

۱۶- تعیین مهر المثل از راه مراجعه به عرف است.

۱۷- موالات بین ایجاب و قبول منوط به پذیرش عرف است.

۱۸- توزین و تحویل مبیع در صورت سکوت متبایعین به حکم عرف معین

۱۹- عرف و عادت نقش شرط ضمن عقد را ایفا می‌کند.

۲-۳- عرف در حقوق مدنی ایران

برخی عرفهای باز تاییده در قانون مدنی - تدوین کنندگان قانون مدنی برای متناسب بودن اثر خود با شرایط و مقتضیات محیط آنچه را که از قوانین دیگران اقتباس کرده اند در حدود امکان و حوصله با عرفهای سرزمین خود منطبق و برخی از عرفهای حقوقی موجود را در آن منعکس ساخته اند. این روش یعنی اکتفا نکردن به ترجمه و اقتباس ساده آن و به جای آن مراعات مقتضیات ملی و خصوصیات مذهبی و توجه به عرفهای حقوقی موجود هر چند به حد کمال نرسیده مع الوصف موجب گشته که قانون مزبور با روحیات جامعه بیشتر سازگار و راه برای پذیرفتن آن هموار گردد. (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳، ص ۱۴۱) بررسی ارزش و اعتبار عرف و عادت در قانون مدنی از بررسی اجمالی مواردی که در قانون مدنی به عرف و عادت رجوع شده اعتبار و ارزش قانونی عرف و عادت به صورت‌های مختلف مشهود است. قانون مدنی در بعضی از موارد به عرف و عادت ارزش اساسی و مطلق و در بعضی از موارد ارزشی در حدود قانون و اداره طرفین عقد و نیز در برخی از موارد تنها ارزش قانون را قائل شده است. از جمله مواردی که عرف و عادت دارای ارزش اساسی و مطلق می‌باشد مورد تشخیص عیب در ماده (۴۲۶) در مبحث خیار عیب "است؛ چه آنکه در این ماده به طور مطلق اعلام شده، که تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می‌شود...". همین ارزش را در رابطه



با موارد تعیین اشیای داخل و خارج، مبیع موضوع مواد (۳۵۶) و (۳۵۷) و نیز در مورد تعیین موال مثلی و قیمی موضوع ماده (۹۵۰) که شرح آن قبلاً گذشت به عرف و عادت قائل است. (میقانی، علی اکبر، ۱۳۷۹، ص ۲۲) انعکاس عرفهای حقوقی در برخی از مواد قانون مدنی در مواردی به خوبی از عبارت قانون پیدا است چنانکه در ماده ۱۴۱ آن قانون چنین درج شده مراد از احیای زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل، زراعت، درختکاری بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند. (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳، ص ۱۴۱)

ماده ۲۲۰ مَبْنِی این قاعده است که الزامات قراردادی محدود به مواردی نیست که در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی مورد توافق قرار گرفته است؛ بلکه اگر به مناسبت آن قرارداد قانونگذار رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد یا به مناسبت آن قرارداد عرف رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد متعاقدين ملزم به رعایت آن قواعد نیز هستند به عنوان مثال در عقد نکاح زوجین فقط ملزم به رعایت تعهداتی نیستند که به صورت صریح یا ضمنی بر آن توافق کرده اند؛ بلکه قانون تعهدات دیگری را بر ذمه آنان قرار میدهد مانند الزام به پرداخت نفقه زوجه که به حکم قانون بر ذمه زوج قرار دارد یا مانند برقرار شدن رابطه توارث میان زوجین که در نتیجه عقد نکاح حاصل میشود، اما در مورد الزامی بودن قواعد عرفی متناسب با قرارداد در وضعیت کنونی حقوق ایران تردید وجود دارد زیرا پذیرش این حکم مستلزم آن است عرف حکمی از منابع حقوق قلمداد شود. (حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۶، ص ۳۴۷)

در مورد تفاوت ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ در قسمتی که در خصوص عرف اشتراک ظاهری دارند در این است که اولاً - ماده ۲۲۰ متضمن الزام آور بودن عرف حکمی و ماده ۲۲۵ متضمن الزام آور بودن عرف موضوعی در قرارداد است نشده باشند عرف موضوعی به منزله ذکر در عقد است و قانونگذار فرض نموده است. چنین عرفی مورد تراضی متعاقدين بوده است. ثالثاً - عرف حکمی الزام آور است به خاطر آنکه نتیجه قرارداد اقتضای عمل به آن را دارد اما عرف موضوعی الزام آور است به خاطر آنکه جزئی از سبب قرار داد قلمداد می.شود رابعاً - عرف حکمی را قانونگذار بر متعاملین تحمیل کرده است در حالیکه عرف، موضوعی به طور ضمنی محصول خواست و اراده متعاقدين است به همین دلیل در ماده ۲۲۰ عرف، حکمی نه به عنوان جزئی از



قرار داد، بلکه به عنوان نتیجه، قرارداد بر متعاملین تحمیل گردیده است در حالیکه در ماده ۲۲۵ عرف موضوعی را به خاطر اینکه به منزله ذکر در عقد است و بخشی از موضوع مورد تراضی را تشکیل می‌دهد بر متعاملین تحمیل می‌کند. (حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۶، همان، ص)

از جمله مواردی که در قانون مدنی ارزش و اعتبار عرف و عادت در حدود اعتبار اراده طرفین عقد تعیین شده در مورد ماده (۲۸۰) راجع به محل انجام دادن تعهد و ماده (۳۷۵) راجع به محل تسلیم مبیع است و از جمله مواردی که به عرف و عادت تنها اعتبار قانون داده شده در مورد ماده (۲۲۰) راجع به الزام متعاملین به کلیه نتایج حاصل از عرف و عادت و مورد ماده (۳۴۴)، راجع به رعایت شرط و موعد در عقد بیع و ماده (۵۴۹) راجع به تعیین حصه عقد مضاربه می‌باشد و در بعضی از موارد از جمله در ماده (۶۶۷) که راجع به اختیار وکیل است اعتبار عرف و عادت تنها در حد اعتبار قرائن تعیین شده است. (میقانی، علی اکبر، ۱۳۷۹، ص ۲۲) در ذیل به مواردی از عرف در قانون مدنی اشاره می‌شود:

۱- در تعیین اموال غیر منقول (۱۳)

۲- سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری (۵۴)

۳- در مورد نشر و اعلام برای تعریف اشیاء پیدا شده (۱۶۴)

۴- الزام متعاملین به کلیه نتایج حاصل از عرف و عادت (۲۲۰)

۵- بار الفاظ عقود. (۲۲۴)

۶- متعارف بودن امری در عرف و عادت (۲۲۵)

۷- در مورد انجام تعهد (۲۸۰)

۸- در مورد اقوی بودن عمل مسبب نسبت به عمل مباشر در اتلاف مال غیر (۳۳۲)



- ۹- در مورد تعیین مقدار مبیع (۳۴۲)
- ۱۰- در مورد وجود شرط موعدی برای تسلیم مبیع یا تأدیه قسمت (۳۴۴)
- ۱۱- اشیائی که داخل مبیع می باشند (۳۵۶)
- ۱۲- اشیائی که داخل مبیع نمی باشند. (۳۵۷)
- ۱۳- در مورد توابع مبیع. (۳۵۸)
- ۱۴- در مورد اشیائی که دخول آنها در مبیع عرفاً مشکوک است ()
- ۱۵- در مورد چگونگی تسلیم مبیع (۳۶۹)
- ۱۶- در مورد محل تسلیم مبیع. (۳۷۵)
- ۱۷- در مورد اختیار طرفین از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم مبیع. (۳۸۲)
- ۱۸- در مورد غبن فاحش (۴۱۷)
- ۱۹- در مورد تشخیص عیب (۴۲۶)
- ۲۰- در مورد تعمیرات مخارج آلات و ادوات برای امکان انتفاع از عین مستأجره (۴۸۶)
- ۲۱- در تعیین نوع زرع در عقد مزارعه (۵۲۴)
- ۲۲- در مورد مخارج زمین در عقد مزارع (۵۴۲)
- ۲۳- در مورد تعیین حصه در عقد مضاربه (۵۴۹)
- ۲۴- اعمال مضارب برای نوع تجارت و اجرت در مواردی که بایستی به اجیر رجوع کند (۵۵۵)



۲۵- در مورد حفظ مال ودیعه (۶۱۲)

۲۶- در مورد مسئولیت مسئولین امکانه جمعی در عقد ودیعه (۶۳۲)

۲۷- در مورد تقصیر و کیل (۶۶۶)

۲۸- در مورد حدود اختیارات و کیل (۶۶۷)

۲۹- در مورد حدود حق الوکاله و کیل (۶۷۶)

۳۰- در مورد تعیین اموال مثلی و قیمی (۹۵۰)

۳۱- در مورد استحقاق اجرت برای کسی که بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نموده (۳۳۶)

ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ایران: دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند.

ماده ۴ قانون آئین دادرسی مدنی: اگر قاضی به عذر اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صر. متناقض است و یا اصلاً قانون وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع نماید مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.

از مصادیق عرف در حقوق مدنی سایر کشورها (به نقل از میقانی، علی اکبر، ۱۳۷۹، ص ۲۲) نیز در اغلب قوانین جدید موادی وجود دارد که صریحاً در مورد سکوت قانون به عرف رجوع می‌کند:

ماده اول قانون مدنی سوئیس می‌گوید: هرگاه در قضیه مطروحه قانونی وجود نداشته باشد قاضی موافق عرف و عادت حکم می‌دهد و در صورت نبودن عرف و عادت برحسب قواعدی که اگر خود او واضع



قانون بود مقرر می‌داشت قضیه را حل و فصل می‌نماید در اینصورت قاضی نظریه‌های حقوقی و رویه‌های قضائی را مبنای نظر خود قرار خواهد داد.

در فرانسه مواد ۱۱۳۵ - ۱۱۵۹ و ۱۶۶۰ قانون مدنی فرانسه برای عرف و عادت ارزش قوانین تعویضی یا تفسیری را قائل می‌شود. ضمناً در مواد ۹۵۰-۶۴۵-۶۶۳-۶۷۱-۶۷۴-۹۵۳-۱۷۵۴-۱۸۵۸ و ۱۸۵۹ حکم بسیاری از موضوعات از قبیل حق ارتفاع و حقوق ناشی از مالکیت و اجاره را موکول به عرف و عادت می‌کند.

در انگلستان حقوق اصولاً از عرف ناشی می‌شود و قوانینی که در انگلستان وضع گردیده در مقابل قواعد بی‌شماری که از عرف ناشی شده و فاش شده و فعلاً به آن عمل می‌شود قابل مقایسه نیست.

در کالیفرنیا مسائل مربوط به تملک و تصرف معادن را قانون گذار به عرف احاله کرده است و علتش این است که این معادن در نواحی دوردست واقع شده و اشخاصی که معادن مزبور را کشف کرده‌اند در بین اهالی محل به قواعد عرفی برخورد کرده‌اند که قانون نیز حل اختلافات را به آن قواعد احاله کرده است.

ماده ۱۳۸ قانون مدنی مصر در تفسیر شرایط عقد به آنچه عرفاً مقتضای عقد است رجوع می‌کند. و ماده ۳۰ قانون مزبور می‌گوید در حق ارتفاع شرایط عقدی که وجود حق بر آن متوقف است و همچنین عرف بلد رعایت می‌شود.

قانون مدنی عراق اگر چه بین عرف و عادت از لحاظ آثار قانونی فرقی قائل نیست بعضی از قواعد کلی را به عرف احاله می‌کند. ماده ۳۶ می‌گوید: صریحاً در مورد سکوت قانون به عرف احاله شده است.

۴-۲- کلیات کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰

از دیرباز آشکار شده است که تبعیت بیع بین المللی از مقررات حقوق داخلی راه حلی مناسب و راضی کننده نیست؛ زیرا از یک سو مقررات داخلی به ویژه مقررات، قدیمی برای بیع بین المللی وضع نشده و از سوی دیگر حقوق ملی حاکم باید بر طبق قواعد تعارض قوانین تعیین شود و این قواعد به آسانی قابل وصول



برای غیر متخصصان و دست‌اندرکاران تجارت بین‌المللی و حتی حقوقدانان نیست؛ چه اصول و قواعد تعارض قوانین بر حسب کشورها متفاوت است و راه‌حلهای آن حتی در یک کشور، معین چه بسا روشن و قطعی نمی‌باشد. (صفایی، سید حسین و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۴) امروزه گرچه فعالیتهای تجاری بسیار گسترده است و موضوعات مختلفی مانند ارائه خدمات فعالیت‌های مالی، حمل و نقل و ... در زمره فعالیت‌های تجاری قرار می‌گیرند؛ با این حال قراردادهای خرید و فروش کالا همچنان از اهمیت بسیاری برخوردار بوده و حجم قابل توجهی از اعمال حقوقی تجاری به ویژه در حوزه بین‌المللی را به خود اختصاص می‌دهند همین شیوع و اهمیت قرارداد خرید و فروش، ضرورت تدوین یک قانون متحدالشکل در خصوص خرید و فروش بین‌المللی کالا را آشکار ساخت و منجر به تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین گردید. با تدوین کنوانسیون مزبور، مقررات آن به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای بیع مشمول این کنوانسیون اعمال شد و تعداد قابل توجهی از اختلافات پیرامون تعیین قانون حاکم بر این قراردادها کاهش یافته است. (انصاری، اعظم، ۱۳۹۵، ص ۲۸)

به هنگام صحبت از وحدت حقوق بیع بین‌المللی یکنواختی کامل مقررات داخلی کشورها به گونه‌ای که به تعارض قوانین پایان، بخشد مورد نظر. نیست حقوق بیع مهمترین شاخه حقوق قراردادهای و مربوط به حقوق اموال. است هر کشور در این زمینه مانند برخی از زمینه‌های دیگر به سنتهای ملی خود وابسته و دلبسته است و این سنتها چه بسا بر حسب نظامهای حقوقی متفاوت باشد. بنابراین ایجاد وحدت کامل حقوق بیع حتی در میان شماری از کشورها و در سطح منطقه‌ای و به طریق اولی در سطح جهانی عملاً غیر ممکن است و بر فرض ایجاد، وحدت تفسیرهای گوناگون آن را خنثی خواهد کرد. (انصاری، اعظم، ۱۳۹۵، ص همان)

به منظور ایجاد وحدت در قواعد تعارض قوانین راجع به، بیع اقداماتی صورت گرفته اما موفقیت چندانی حاصل نشده است و تردید است که این وحدت بتواند به غیر قابل پیشبینی بودن راه‌حلها و عدم اطمینان و امنیت در روابط تجاری بین‌المللی از لحاظ تعیین قانون، حاکم پایان بخشد. در واقع قواعد حل تعارض که در زمینه قراردادهای پذیرفته شده مبتنی بر جستجوی اراده طرفین یا تعیین پایگاه عمل حقوقی است و هر زمان که طرفین قانون حاکم را به صراحت تعیین نکرده باشند مسأله قابل بحث است شیوه‌های متفاوت استدلال و



ضوابط مختلف در باب تعارض قوانین از جمله در مسأله توصیف و نظم عمومی موجب عدم پیش بینی راه حلها خواهد شد به هر، تقدیر وحدت قواعد تعارض قوانین به حکومت یک قانون ملی خواهد انجامید نتیجه ای که در بیع بین المللی مطلوب نیست با توجه به نکات، فوق تنها ایجاد وحدت قواعد ماهوی در بیع بین المللی راه حلی مطلوب جلوه می. کند این، وحدت یکنواختی و هماهنگی نظامهای حقوق ملی در زمینه بیع داخلی را ایجاب نمی کند و فقط ناظر به مقررات بیع بین المللی با توجه به ضرورتها و شرایط خاص تجارت بین المللی است البته در این زمینه هم مشکلات و محدودیتهایی وجود دارد. هنگامی که در مسأله ای اختلاف بین نظامهای حقوقی ملی مهم و چشمگیر، است توافق بر یک قاعده مشترک دشوار است و از این رو گاهی به ناچار به حقوق ملی احاله می. کنند در این، فرض قواعد مشترک پذیرفته شده باید در مقام اجرا با برخی از قواعد بیع در حقوق داخلی به ویژه در زمینه مالکیت تلفیق و هماهنگ شود وانگهی حتی در صورتی که این مسأله مطرح، نباشد خطر عدم اجرای مقررات بین المللی و تقدّم قواعد داخلی به علت نظم عمومی و تفسیرهای مختلف از مقررات مزبور در میان است. به رغم این گونه مشکلات و محدودیتها پذیرش مقررات، یکنواخت برای جنبه های اصلی بیع بین المللی مانند کنوانسیون وین مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ که زیر نظر سازمان ملل متحد تهیه و تصویب، شده پیشرفت بزرگی در راه وحدت حقوق بیع بین المللی به شمار می آید (صفایی، سید حسین و دیگران، ۱۳۹۲، ص م)

کنوانسیون بیع بین المللی کالا محصول یک فرایند و تلاش ۶۰ ساله است. اقدامات اولیه در جهت تدوین قانون متحدالشکل در زمینه حقوق قراردادها در سال ۱۹۲۰ تحت نظر مؤسسه بین المللی یکسان سازی حقوق خصوصی آغاز شد. در سال ۱۹۲۹ مؤسسه یونید روا بنا به پیشنهاد ارنست رابل حقوق دان آلمانی تصمیم گرفت که مطالعات ضروری مقدماتی و کار تهیه و تدوین قانون متحدالشکل را به کمیته ای متشکل از حقوقدانان برجسته حقوق تطبیقی واگذار کند. کمیته مزبور بین سالهای ۱۹۳۰ تا ۱۹۳۴، ۱۱ بار تشکیل جلسه داد و نسخه پیش نویس در سال ۱۹۳۴ آماده شد شورای حکام مؤسسه رم در سال ۱۹۳۹ نسخه اصلاحی پیش نویس را تصویب کرد اما با وقوع جنگ دوم جهانی فرایند به تأخیر افتاد در سال ۱۹۵۱ کشور هلند، کنفرانسی را در لاهه برگزار و کمیته ویژه ای برای کار بر روی پیش نویس تعیین کرد. در سال ۱۹۶۴



کنفرانس دیپلماتیک دیگری در لاهه برگزار شد و دو کنوانسیون تحت عناوین کنوانسیون مربوط به حقوق متحدالشکل حاکم بر تشکیل قراردادهای بیع بین المللی کالا و کنوانسیون مربوط به حقوق متحدالشکل بیع بین المللی به تصویب رسید. در حالی که فرایند الحاق کشورها به دو سند فوق الذکر در جریان بود آنستیرال وارد عرصه یکسان سازی حقوق تجارت بین الملل شد. آنستیرال با نظر سنجی از کشورهای عضو سازمان ملل متحد به این جمع بندی رسید که کنوانسیون های لاهه از شانس کمتری برای موفقیت و پذیرش عمومی برخوردار است، لذا در صدد تدوین و تصویب سند جدید برآمد سند پیش نویس که مشتمل بر مقررات حاکم بر تشکیل قراردادهای بیع و حقوق و تعهدات ناشی از آن، بود در سال ۱۹۷۸ توسط گروه کاری آنستیرال تدوین شد. نهایتاً کنوانسیون در سال ۱۹۸۰ در یک کنفرانس دیپلماتیک پس از بررسیهای دقیق و اعمال برخی اصلاحات نسبت به سند پیش نویس تصویب و در سال ۱۹۸۸ لازم الاجرا شد. امروزه ۸۴ کشور جهان به آن ملحق شده‌اند و عنوان شده تمام جهان به آن ملحق شده‌اند و عنوان شده تمام کشورهای قدرتمند اقتصادی که بیش از دوسوم تمام کشورهای قدرتمند اقتصادی خرید و فروشهای بین المللی را در اختیار دارند به استثنای، انگلیس عضو کنوانسیون هستند. ایران به رغم اینکه یکی از ۶۱ کشور و سازمان بین المللی بوده که کنوانسیون را در سال ۱۹۸۰ به در و سازمان تصویب رساند تا کنون به آن ملحق نشده است تصمیم گیری در خصوص الحاق و پاسخ به این سؤال که الحاق به کنوانسیون به نفع نظام حقوقی و اقتصادی ایران است یا خیر، نیازمند بررسی دقیق کنوانسیون و کارکردهای مثبت و منفی آن است. (حاجی عزیزی، بیژن و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۳۰۰)

۳- بررسی مقایسه‌ای عرف:

در مورد عرف و عادت در حقوق مدنی ایران در مباحث قبلی بدان پرداخته شد و از اهمیت آن و مصادیق آن در حقوق مدنی ایران مطالبی بیان شد، در این مبحث به بررسی عرف در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ می پردازیم که برای عرف اهمیت ویژه ای قایل شده است و در ماده ۹ مقرر داشته است که:

۱ - طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول فیما بین میباشند.



۲- فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا میباید (دار) وقوف میداشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت، خاص به طور منظم آن را رعایت میکنند به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.

کنوانسیون در مورد شرایط و چگونگی و اعتبار عرف ها معیار سنجشی را قرار نداده است و در ماده ۴ مقرر داشته است: مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می شود، بوده و ارتباطی خاصه با امور ذیل نخواهد داشت، مگر خالف آن تصریح شده باشد الف: اعتبار قرارداد یا هریک از شرایط آن یا اعتبار هرگونه عرف مربوط ؛ ب: اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد.

در اهمیت عرفهای بازرگانی و ماده ۹ کنوانسیون باید گفت که طبیعت و روح یک پیمان بین المللی که متضمن قواعد یکنواختی راجع به بیع بین المللی است کند که عرفها و عملکردهای بازرگانی بین المللی را منعکس سازد بنابراین کنوانسیون بیع بین المللی اصولاً مبتنی بر این عرفها و عملکردهاست قبل از این که پیمانهای بین المللی تدوین شوند عرفها در فعالیتهای بازرگانی و در سرزمینهای مختلف وجود داشته اند این عرفها در حال تکامل هستند و ممکن است با تولید کالاهای، جدید عرفهای نوینی پدید آیند. این عرفها که اغلب از سوی سازمانهای حرفه ای مدون شده اند بیشتر از این لحاظ واجد اهمیت هستند که بسیاری از قراردادهای بازرگانی موجز و مختصرند و به ذکر عناصر اصلی قرارداد اکتفا، کرده به جزئیات نمیپردازند حتی گاهی قیمت در قرارداد ذکر نمیشود در این صورت عرف و عادت که طرفین به طور صریح یا اغلب، ضمنی به آن ارجاع می کنند خلاهای قرارداد را پر و اراده طرفین را تکمیل مینماید بنابراین طبیعی است که دولتها هم در روابط داخلی و هم در قراردادهای بین المللی اهمیت زیادی برای عرف و عادت قائل شوند چنانکه ملاحظه شد در بند ۱ ماده فوق به عرفهای مورد توافق و در بند، ۲ به عرفهای نوعی اشاره شده است. بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون نخست به عرفهایی اشاره میکند که طرفین بر آنها توافق کرده اند این عرفها ممکن است عام یا خاص. باشند. ارجاع به عرفها ممکن است و صریح یا ضمنی باشد. بند ۱ ماده ۹ از التزام طرفین به



رویه معمول فی‌مابین نیز سخن می‌گوید که در واقع تکرار حکمی است که در بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون آمده. است رویه معمول بین طرفین هم قصد آنان و هم تعهداتشان را مشخص می‌کند مثلاً هرگاه عملکرد طرفین حاکی از اغماض راجع به اختلاف جزئی در مقدار کالا یا تاریخ تسلیم، باشد طرفین ملتزم به آن هستند همچنین ممکن است مجموعه‌ای از شرایط کلی بین طرفین وجود داشته و لازم‌الرعايه، باشد بی‌آنکه به قرارداد مورد نظر پیوست شده باشد. (صفایی، حسین، و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۲۳)

کنوانسیون در بند ۲ ماده ۹ عرفه‌ای را ذکر میکند که بدون توافق صریح یا ضمنی طرفین و به طور نوعی لازم‌الرعايه هستند در واقع این عرفه‌ها اراده فرضی طرفین را تشکیل می‌دهند و بی‌آنکه توافق بر آنها مورد نیاز باشد حاکم بر قرارداد هستند با این که عبارت بند ۲ ماده ۹ به توافق ضمنی در این خصوص اشاره میکند و اراده مخالف این گونه عرفه‌ها را معتبر می‌شناسد ضابطه تشخیص آنها بیشتر نوعی است تا شخصی؛ و به تعبیر ماده ۹ فرض بر این است که طرفین این عرفه‌ها را الزام آور شناخته‌اند. برای این که این عرفه‌ها الزام آور، باشند دو شرط در کنوانسیون مقرر شده است یکی آنکه طرفین به عرف و عادت مزبور آگاهی داشته باشند یا می‌باید آگاه باشند عبارت یا می‌باید آگاه باشند برای آن است که ادعای جهل به این عرفه‌ها از سوی تجار حرفه‌ای را که احتمال صحت آن ضعیف است، خنثی نماید و بار اثبات را برای طرفی که به این عرفه‌ها استناد میکند آسان سازد دیگر آنکه آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده باشد و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص به طور منظم آن را رعایت کنند بنابراین عرفه‌های موجود در تجارت داخلی خارج از شمول بند ۲ ماده ۹ می‌باشد و اشاره به رعایت منظم عرفه‌ها در تجارت، خاص برای آن است که عرفه‌ها بر حسب نوع کالاها (مانند) انواع محصولات کشاورزی و ماشین آلات و نوع قراردادهای (مانند) قرارداد ساخت عمده فروشی و خرده فروشی متفاوت است و عرفه‌های موجود در یک نوع کالا یا یک نوع قرارداد برای نوع دیگر لازم‌الرعايه نیست وانگهی هرگاه عرفی به طور منظم و همیشگی اجرا نشود، در حقیقت فاقد ارزش عرف به معنی واقعی بوده و ایجاد التزام نخواهد کرد. البته عرف مورد نظر کنوانسیون لازم نیست عرف جهانی باشد بلکه عرف منطقه‌ای هم مشمول ماده ۹ کنوانسیون است حتی ممکن است عرف مزبور به کشور محل صدور کالا. باشد در این صورت لازم است که عرف مزبور در بازرگانی بین‌المللی اعمال شده و ویژه



معاملات داخلی نباشد. (همان)

باید یادآور شد که عرفهای نوعی مذکور که مربوط به بازرگانی بین المللی است و اراده طرفین را تکمیل میکند با عرفی که از منابع حقوق به شمار میآید و از آن به Custom انگلیسی یا Coutume فرانسوی تعبیر میشود متفاوت است. عرفی که از منابع حقوق به شمار می آید عرف عمومی است که باید دارای دو عنصر مادی (تکرار) (مردم و معنوی اعتقاد) مردم به الزامی بودن آن باشد. این عرفها در بعضی از نظامهای حقوقی به عنوان یکی از منابع حقوق به شمار آمده و ایجاد قاعده حقوقی، کند در حالی که عرفهای بازرگانی که مکمل اراده طرفین است از امور موضوعی به شمار می آید حتی اگر به طور نوعی قابل اجرا باشد.

عرفهای بازرگانی بین المللی با عرفی که از منابع حقوق بین الملل عمومی است نیز تفاوت دارد؛ زیرا این عرف از عملکرد دولتها در روابط با یکدیگر به وجود می. آید گاهی دولتها این عرف را معارض با حاکمیت خود دانستهاند و حال آنکه عرفهای بازرگانی بیشک با حاکمیت دولتها منافات ندارد در کارهای مقدماتی آنسیتال این نگرانی مطرح گردید؛ ولی با توضیحات لازم روشن شد که تفسیر قرارداد در پرتو عرفهای بازرگانی بین المللی به حاکمیت دولتها لطمه نمی زند. از آنجا که عرفهای بازرگانی از امور موضوعی به شمار میآیند اثبات آن برعهده طرفی است که به کند؛ ولی هدف کنوانسیون اجرای عرف و عادت خارج از هر گونه دعوی است و چه بسا بدون مراجعه به دادگاه اختلاف بین طرفین با توجه به عرفهای بازرگانی به طور دوستانه فیصله پیدا کند. اما هرگاه اختلاف به دادگاه ملی ارجاع، شود بار اثبات و نحوه، آن تابع قانون مقرر دادگاه است شاید وضع در برابر داوران متفاوت باشد؛ زیرا مقررات داوری غالباً داوران را مکلف به رعایت عرفهای وقوع ذیربط مینماید ر ک بند ۲ ماده ۱۷ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی و بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی ایران عرف و عادت که واجد شرایط مقرر در کنوانسیون، باشد بر مقررات مغایر کنوانسیون مقدم میشود؛ زیرا چنانکه گفتیم اراده طرفین بر مقررات کنوانسیون تفوق دارد و هم به اراده طرفین میبوندند و به دیگر، سخن اراده ضمنی یا فرضی آنان را تشکیل میدهند مثلاً در مورد رجوع از ایجاب اثر سکوت در برابر، ایجاب انتقال ضمان معاوضی و قواعد مربوط به حفظ کالا اگر عرف بازرگانی مغایر مقررات کنوانسیون، باشد مقدم بر این مقررات است. برعکس هرگاه عرف بازرگانی با یک قاعده آمره



حقوق داخلی برخورد، کند کنوانسیون نمیتواند به آن اعتبار ببخشد؛ زیرا اعتبار عرفها از شمول کنوانسیون خارج است. (همان)

همان طور که در بحث های اول اشاره شد در معاملات که صورت می گیرد برای تفسیر کردن قرارداد یا تکمیل کردن آن به عرف های رایج ارجاع می گردد که در حقوق کشور ما نیز مورد تایید قرار گرفته است به مانند ماده ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران است که چنین مقرر میدارد: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم می باشند، که به اعتقاد برخی دکترین این ماده از ماده ۱۱۳۵ فرانسه که مقرر داشته: پیمانها، طرفین خود را نه فقط بر آنچه ضمن آن بیان شده، ملتزم می دارد که ایشان را بر کلیه ی تبعاتی که انصاف یا عرف یا قانون بر حسب طبیعت آن پیمان بر آن بار می کند، نیز ملزم می سازد که در ماده اخیر کلمه انصاف در کنار عرف و عادت و قانون ذکر شده و حال آنکه در ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران به انصاف اشاره ای نشده است.

در مورد تفاوت ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ در قسمتی که در خصوص عرف اشتراک ظاهری دارند در این است که اولاً - ماده ۲۲۰ متضمن الزام آور بودن عرف حکمی و ماده ۲۲۵ متضمن الزام آور بودن عرف موضوعی در قرارداد است نشده باشند عرف موضوعی به منزله ذکر در عقد است و قانونگذار فرض نموده است. چنین عرفی مورد تراضی متعاقدين بوده است. ثالثاً - عرف حکمی الزام آور است به خاطر آنکه نتیجه قرارداد اقتضای عمل به آن را دارد اما عرف موضوعی الزام آور است به خاطر آنکه جزئی از سبب قرار داد قلمداد می شود. رابعاً - عرف حکمی را قانونگذار بر متعاملین تحمیل کرده است در حالیکه عرف، موضوعی به طور ضمنی محصول خواست و اراده متعاقدين است به همین دلیل در ماده ۲۲۰ عرف، حکمی نه به عنوان جزئی از قرار داد، بلکه به عنوان نتیجه قرارداد بر متعاملین تحمیل گردیده است در حالیکه در ماده ۲۲۵ عرف موضوعی را به خاطر اینکه به منزله ذکر در عقد است و بخشی از موضوع مورد تراضی را تشکیل میدهد بر متعاملین تحمیل میکند. (حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۶، همان، ۳۴۷)



همان طور که در بالا بیان شد عرف و عادت در قانون مدنی ایران در موارد گوناگونی بیان شده است که معمولاً کلمات «عرف و عادت هر دو باهم به کار رفته‌اند و گاهی نیز کلمه عرف به تنهایی به کار برده شده و گاهی کلماتی همانند «متعارف»، عرفا و عرفیه نیز بیان شده است. قانون مدنی ایران در ماده ی ۲۲۵ متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است. یا در مواد ماده ۳۵۶ می‌گوید هر چیزی که بر اثر عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع بنماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند. یا در ماده ماده ۳۵۷ می‌گوید هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد. ۳۵۸ که مربوط به بیع است در ماده ۳۵۶ عرف نوعی پذیرفته شده است به موجب این ماده هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع، نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

قطع نظر از مراتب فوق قانون مدنی ایران حل بسیاری از قضایا را صریحاً به عرف و عادت موکول کرده است و یا برای استحضار از مقررات قانون مدنی قسمتی^۱ از مواد مرتب با مبحث را عیناً در اینجا نقل می‌کنیم.

ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران است که چنین مقرر میدارد: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم می‌باشند.

ماده ۳۵۶ می‌گوید هر چیزی که بر اثر عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع بنماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

^۱ برای مطالعه بیشتر مصادیق عرف در حقوق مدنی ایران رجوع شود، (سلجوقی، محمود، ۱۳۹۳)



ماده ۳۵۷ می‌گوید هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

ماده ۳۵۸ نظر به دو ماده فوق، در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق ترازی کنند.

ماده ۲۸۰ می‌گوید انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر این که بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت، ترتیب دیگری اقتضا نماید.

ماده ۳۴۲ می‌گوید: مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

ماده ۳۵۶ می‌گوید هر چیزی که بر اثر عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع بنماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

ماده ۳۵۷ می‌گوید هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

ماده ۳۶۹ می‌گوید: تسلیم مبیع به کیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آنرا تسلیم «گویند».

ماده ۳۷۵ می‌گوید: «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».

ماده ۳۸۲ می‌گوید: هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که



ذکر شد و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متابعین می توانند آن را به تراضی تغییر دهند.

جمله آخر ماده ۳۵۶ که عرف را حتی در صورت جهل طرفین به، آن حاکم بر قرارداد شمرده حاکی از اعتبار عرفهای نوعی و قابل اجرا بودن آنها صرف نظر از اراده واقعی طرفین است در TUCC هم به ارزش عرفهای بازرگانی تصریح و مقرر شده است که این عرفها در صورتی که مربوط به حرفه یا رشته ای در تجارت باشند که طرفین به آن تعلق دارند یا در صورتی که طرفین از آنها آگاهی داشته یا میباید آگاهی داشته باشند معنای خاصی به عبارات قرار داد میدهند یا آنها را تکمیل یا روشن می کنند بند ۳ ماده ۲۰۵-۱). بعلاوه در UCC عرف بازرگانی چنین تعریف شده است: مقصود از عرف بازرگانی عملکرد یا عادت است که در محلی یا حرفه ای یا رشته.ظ ای از تجارت به طور منظم رعایت میشود به گونه ای که میتوان انتظار داشت که در معامله مورد طر هم مراعات گردد. چنانکه ملاحظه میشود شرایطی که برای اعتبار عرفهای بازرگانی در UCC ذکر شده مشابه شروط مذکور در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون. است بعلاوه UCC در ماده (۱۲۰۵) به رویه معمول طرفین در کنار بازرگانی اشاره و اعتبار یکسانی برای آن دو در نظر گرفته شده است که از این جهت نیز UCC با کنوانسیون هماهنگی دارد. (صفایی، حسین، و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۲۳)

نتیجه گیری

۱- بررسی ارزش و اعتبار عرف و عادت در قانون مدنی از بررسی اجمالی مواردی که در قانون مدنی به عرف و عادت رجوع شده اعتبار و ارزش قانونی عرف و عادت به صورت های مختلف مشهود است. قانون مدنی در بعضی از موارد به عرف و عادت ارزش اساسی و مطلق و در بعضی از موارد ارزشی در حدود قانون و اداره طرفین عقد و نیز در برخی از موارد تنها ارزش قانون را قائل شده است. و الزامات قراردادی محدود به مواردی نیست که در قرارداد به صورت صریح یا ضمنی مورد توافق قرار گرفته است؛ بلکه اگر به مناسبت آن قرارداد قانونگذار رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد یا به مناسبت آن قرارداد عرف رعایت قاعده ای را الزامی دانسته باشد متعاقدين ملزم به رعایت آن قواعد نیز هستند، ارزش و اعتبار قانونی عرف و



عادت در قانون مدنی از بررسی مواردی که در قانون مدنی به عرف و عادت رجوع شده به صورت‌های مختلف مشهود است. در حقوق مدنی ایران نیز در معاملات که صورت می‌گیرد برای تفسیر کردن قرارداد یا تکمیل کردن آن به عرف‌های رایج ارجاع می‌گردد که در حقوق کشور ما نیز مورد تایید قرار گرفته است به مانند ماده ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۵۶، ۳۵۷ و... ق م که در مباحث به آن پرداخته شد.

۲- در فقه اسلامی بحث مستقلی تحت عنوان عرف به چشم نمی‌خورد و علما این موضوع را در لابلای بحث‌های فقهی و اصولی دیگر مطرح نموده‌اند، و عرف در حقوق اسلامی یکی از منابع حقوق است.

۳- در کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ نیز در ماده ۹ به عرف پرداخته است و در بند ۲ ماده ۹ عرف‌هایی را ذکر کرده است که بدون توافق صریح یا ضمنی طرفین و به طور نوعی لازم الرعایه هستند در واقع این عرف‌ها اراده فرضی طرفین را تشکیل می‌دهند و بی آنکه توافق بر آنها مورد نیاز باشد حاکم بر قرارداد هستند برای این که این عرف‌ها الزام آور، باشند دو شرط در کنوانسیون مقرر شده است یکی آنکه طرفین به عرف و عادت مزبور آگاهی داشته باشند یا میباید آگاه باشند عبارت یا میباید آگاه باشند برای آن است که ادعای جهل به این عرف‌ها از سوی تجار حرفه‌ای را که احتمال صحت آن ضعیف است، خنثی نماید و بار اثبات را برای طرفی که به این عرف‌ها استناد میکند را آسان سازد.



منابع و مآخذ

- (۱) احمد زاده، سید حشمت الله، عرف در نظر فقیهان و حقوقدانان، نشریه پژوهش های فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲، زمستان ۱۳۸۲.
- (۲) انصاری، اعظم، تعیین ثمن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۷.
- (۳) بیات، فرهاد، بیات، شیرین، شرح جامع قانون مدنی، انتشارات ارشد، چاپ بیستم، زمستان ۱۳۹۹.
- (۴) حیاتی، علی عباس، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۶.
- (۵) حاجی عزیزی، بیژن، بیات، بیژن، ضرورت الحاق به کنوانسیون بیع بین المللی، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
- (۶) روحی برندق، محمد، فصیح، منصور، کیخا فرزانه، محمد امین، تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
- (۷) سلجوقی، محمود، نقش عرف، نشر میزان، چاپ دوم، تابستان ۱۳۹۳.
- (۸) صفایی، حسین، کاظمی، محمود، عادل، مرتضی، میرزا نژاد، اکبر، حقوق بیع بین المللی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.
- (۹) ضیائی، صادق، آثار عرف و عادت در حقوق مدنی، نشریه کانون و کلا، شماره ۷۵، فروردین و اردیبهشت ۱۳۴۰.
- (۱۰) قاسم زاده، مرتضی، مختصر قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.



- (۱۱) علوی، سید محمد تقی، *تاملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران*، نشریه زبان و ادب فارسی (دانشگاه تبریز)، شماره ۱۸۲، بهار ۱۳۸۱.
- (۱۲) کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، انتشارات گنج دانش، چاپ دهم، ۱۴۰۳.
- (۱۳) کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، انتشارات میزان، چاپ ۵۴، زمستان ۱۳۹۶.
- (۱۴) میقانی، علی اکبر، *موارد رجوع به عرف و عادت در قانون مدنی*، نشریه دادرسی، شماره ۲۳، آذر و دی، ۱۳۷۹.
- (۱۵) موسوی بجنوردی، سید محمد، *جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام*، نشریه پژوهش‌های متین، شماره ۱۵ و ۱۶، پاییز ۱۳۸۱.