

بررسی تفاوت عرف و عادت در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

زهرا عمادی¹

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

تفسیر عبارت است از زدودن نکات مبهم و رفع اجمال قرارداد به منظور کشف و احراز مقصود گوینده و تشخیص ماهیت و تعیین مفاد و آثار قرارداد که از سوی قاضی یا داور صورت می‌گیرد. در حقوق ایران اراده باطنی طرفین قرارداد اولویت داشته، برای تفسیر قرارداد، معیار شخصی ملاک قرار داده شده است. اما با توجه به اینکه کشف و احراز قصد واقعی افراد اغلب دشوار و یا حتی غیرممکن است و دادرسی نمی‌تواند با توجه به اوضاع و احوال به اراده واقعی و درونی اشخاص دست یابد، ناگزیر معنای متعارف الفاظ و اعمال برای تفسیر به عنوان معیار قرار می‌گیرد (ماده ۲۲۴ قانون مدنی)؛ مگر اینکه اثبات گردد که قصد واقعی متعاقدين برخلاف آن بوده است. ماده ۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در تفسیر قرارداد، تلفیقی از دو معیار شخصی و نوعی را پذیرفته است. بر این اساس در درجه اول، کشف قصد مشترک طرفین ملاک قرار می‌گیرد و اگر به دلایل متعارف و معقول، این امر قابل احراز نباشد، در نهایت قرارداد بر طبق معیار نوعی تفسیر می‌شود؛ یعنی برای رفع نکات مبهم و تاریک از الفاظ و عبارات قرارداد باید وقایع عینی، جنبه‌های بیرونی و استنباط یک فرد متعارف از صنف متعاقدين در اوضاع و احوال مشابه را مورد توجه قرار داد.

کلید واژه‌ها: بیع بین‌المللی، عرف تجاری، عرف و عادت.

1- مقدمه

زمانی که دادرسی با قراردادی مواجه می‌شود که حاوی الفاظ و عبارات دو یا چندپهلوی یا دارای پیچیدگی و تاریکی‌هایی است که ریشه و منشأ آن، اجمال، سکوت و تعارض عبارات و الفاظ مندرج در آن است، اقدامات وی که برای رفع ابهام و احراز قصد و اراده مشترک انشاکنندگان و متعاقدين انجام می‌پذیرد، تفسیر محسوب می‌شود (جعفری فشارکی و خالقی‌پور، ۱۳۸۹، ص ۴۴). بسیاری از قراردادهای منعقدشده میان طرفین دارای ابهام است. اختلافات ناشی از انعقاد قراردادها در خصوص حدود و دامنه حقوق و تعهدات طرفین، آثار و موضوع معامله، زمینه را برای لزوم تفسیر قرارداد از سوی مرجع قضایی آماده می‌سازد (علوم‌ی یزدی و بابازاده، ۱۳۸۹، ص ۲۳۴). تا پیش از اینکه متعاقدين در مفاد قرارداد و دامنه شمول آن اختلاف پیدا نکرده‌اند، نیازی به تفسیر قرارداد نیست، ولی با ایجاد اختلاف، هر قراردادی هرچند دقیق و فنی باشد، نیازمند تفسیر خواهد بود. عوامل مختلفی موجب بروز اختلاف می‌شود و این عوامل عبارتند از: عدم ثبت و ضبط توافق‌ها، صریح نبودن (ابهام) متن قرارداد، و تعارض عبارات.

برای تعیین مفاد قرارداد و حل اختلاف دو طرف در مرحله اجرای تعهدات ناشی از عقد، قاضی ناچار به تفسیر قرارداد است. این تفسیر باید به شیوه علمی و قابل نظارت صورت گیرد و روح نظام قراردادی حاکم بر آن باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۷۷). قاعده اصلی در تفسیر قرارداد، احترام به اراده طرفین است؛ یعنی دادرسی باید عقد را اعم از اینکه لفظی،

کتبی یا حتی با اشاره که بیانگر اراده طرفین است، طوری تفسیر و تحلیل کند که اراده واقعی آنان را کشف نماید (خسروی‌نیا، ۱۳۹۱، ص ۸۴).

در قانون مدنی و سایر قوانین ایران مبحث ویژگی‌های به تفسیر قرارداد اختصاص نیافته است؛ اگرچه برخی قواعد مربوط به تفسیر قرارداد به‌طور پراکنده در قانون مدنی در باب قواعد عمومی قراردادها یا عقود معین بیان شده و بعضی دیگر نیز مسکوت مانده (السان، ۱۳۸۵، ص ۱۶؛ خسروی‌نیا، ۱۳۹۱، ص ۹۲) و این درحالی است که ماده ۲ از کنوانسیون وین مربوط به تفسیر می‌باشد (ماده ۷ و ۸). نتیجه تمایز پیش‌گفته این است که اصل حسن‌نیت اشاره‌شده در ماده ۷ کنوانسیون صرفاً به تفسیر خود کنوانسیون مربوط است و برای تفسیر قرارداد نمی‌توان به اصل حسن‌نیت استناد نمود. گرچه این‌چنین است، اما شارحان و رویه قضایی حسن‌نیت را به موارد دیگر نیز تسری داده اند (هانولد، ۱۳۹۴، ص ۱۴۰؛ Fountoulakis, 2006, p.79).

2- مفاهیم

1-2- مفهوم عرف و عادت

اگرچه واژه‌های «عرف و عادت» در قانون مدنی به‌کار رفته، اما قانون هرگز تعریفی از آن ارائه نداده است.

در اصطلاح حقوقی، عرف قاعده‌ای است که به‌تدریج و خودبه‌خود و بدون اینکه از پیش این قواعد را طراحی کرده باشند، میان همه مردم یا گروهی از آنان به‌عنوان قاعده‌های الزام‌آور مرسوم شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸؛ Fidler, 1996, p.218) به عبارت دیگر، عرف عبارت است از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است. به عرف گاهی «سیره» نیز گفته می‌شود. واژه عرف گاهی به معنای امر مأنوس ذهنی جامعه (مانند فوری بودن پرداخت ثمن مبیع در عقد بیع) نیز به‌کار می‌رود (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۰۰).

در برخی مواد قانون مدنی عرف و عادت در کنار یکدیگر به‌کار رفته‌اند (مواد ۲۲۰، ۲۲۵ و ۲۸۰ قانون مدنی)، درحالی که در برخی دیگر از مواد قانون مدنی، عبارت عرف به‌تنهایی بیان شده است (ماده ۴۱۷ قانون مدنی). پرسش این است که آیا این دو واژه دارای معنی واحدی بوده، مترادف هستند یا اینکه از مفهوم و معنای متفاوتی برخوردارند؟

برخی بر این باورند که مقصود از عرف و عادت، در قانون مدنی یک معناست و این دو کلماتی مترادف اند (الماسی و طباطبایی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۲)، اما بعضی از حقوقدانان معتقدند که هر عرفی عادت است، ولی هر عادتی عرف نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۲۵۲۲).

اگرچه عرف و عادت در آغاز امر دو واژه مترادف به‌نظر می‌رسند، اما از مطالعه و استقرا در مواد قانون مدنی (مواد ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۴۲، ۳۴۴، ۳۵۹ و ۵۲۱ و...) بر می‌آید که عاداتهای شغلی و حرفه‌ای با اینکه در صورت احراز و عدم توافق برخلاف آنها الزام‌آورند، اما هنوز اوصاف عرف را دارا نشده‌اند. همچنین چنانچه هر دو واژه به یک معنی باشند، نتیجه این می‌شود که قانونگذار در وضع قانون مرتکب تکرار در کلمه شده و این درحالی است که تکرار و به‌کار بردن کلمات مترادف در عبارات قانون ناپسند و نامطلوب بوده و اصل این است که قانونگذار از هر واژه‌های معنی خاصی را اراده نموده است؛ پس باید این دو واژه دارای معنای متفاوت باشند (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۲۹).

2-2- مفهوم عرف تجاری بین‌المللی

اصطلاح عرف در کنوانسیون تعریف نشده است؛ با این‌همه، این به معنی مجوز حق رجوع به مفاهیم یا تعاریف حقوق داخلی کشورها نیست. همانند بیشتر اصطلاحات به‌کار رفته در کنوانسیون، مفهوم عرف تجاری بین‌المللی باید به‌طور مستقل تفسیر شود؛ به‌عبارتی باید فی‌نفسه و بماهو، عرف بدون تمسک به قانون ملی مفسر یا مفاهیم یا ادراکات خاص تفسیر شود. (Coetzee, 2015: p 260; Bonell, 1987, p.111; Ferrari, 2004, p.193).

عرف نانوشته تجاری بین‌المللی در مفهوم خاص خود مجموعه رفتارها و عملکرد تثبیت‌شده و یا رویه، عادات یا الگویی رفتاری در معاملات تجاری است که بین تمام تجار یا گروه خاصی از آنها به‌طور مرتب و منظم در شاخه‌ها و شعب خاص تجاری رعایت شده است؛ به‌طوری که تاجر درگیر در تجارت بین‌المللی از طرف قراردادی خود انتظار دارند آنها را رعایت نماید و نیز از اهمیت حقوقی برخوردار بوده و در برخی مواقع نیز تاحدودی دارای قدرت آمره است (آل کجیاف، ۱۳۹۳، ص ۳۳). بنابراین، عرف یک معیار عینی و خارجی و یک ضابطه شناخته‌شده و مسلم تلقی می‌شود که در رفع نکات مبهم و غیروشن عبارات و شروط قرارداد و کشف مقصود مشترک متعاقدين نقش مهمی ایفا می‌کند (حبیبی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۱).

اگرچه مفهوم متداول عرف فرض را بر وجود رویه‌ای رایج به مدت طولانی قرار می‌دهد، اما در حقوق تجارت بین‌الملل، دیدگاه یادشده تغییر یافته است؛ چراکه عرف بین‌المللی می‌تواند در مدت کوتاه‌تری نیز به رسمیت شناخته شود، زیرا پیشرفت‌هایی که در اجتماع و به‌ویژه در خصوص قوانین تجاری و حوزه فناوری اطلاعات رخ می‌دهند، آهنگ سریع‌تری پیدا کرده‌اند. (Wolfke, 1993, p.87).

3- حمل‌الفاظ قرارداد بر معنای عرفی

در برخی از قوانین ایران قواعدی وجود دارد که مبتنی بر غلبه و ظاهر است. اجرای قواعد یادشده چهره نوعی دارد و قاضی تنها در فرضی می‌تواند به قصد واقعی مشترک استناد نماید که آنچه به‌دست می‌آورد با این قواعد سازگار باشد یا خلاف غلبه و ظاهری که مبتنی بر آنهاست اثبات گردد. یکی از مهم‌ترین این قواعد، قاعده حمل‌الفاظ عقد بر معنای عرفی مورد اشاره در ماده ۲۲۴ قانون مدنی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۳۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۴۰؛ علوی و بابازاده، ۱۳۸۹، ص ۱۶۹).

قاعده حمل‌الفاظ بر معنای متعارف به این معناست که چنانچه در معنای عبارات قرارداد ابهامی پیش آید و هر طرف برای آن معنایی قائل گردد، دادگاه باید از ماده ۲۲۴ قانون مدنی استفاده کند و معنای عرفی قرارداد را بر سایر معانی ترجیح دهد، زیرا فرض می‌شود که طرفین قرارداد معنای عرفی الفاظ را اراده کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۷). البته چنانچه یکی از متعاقدين یا هر دو به یکی از شیوه‌های اثباتی ثابت نمود که قصد باطنی وی مخالف با آن چیزی بوده که در خارج ابراز داشته است، دلیلی بر عدم پذیرش این ادعا از وی نخواهد بود؛ یعنی انصراف از این ظاهر عرفی نیازمند دلیل است و این امر باید اثبات شود که متعاقدين دارای مقصود دیگری بوده‌اند، وگرنه قصد نوعی متعاقدين ملاک تفسیر عقود است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۳۶۹) به تعبیر دیگر نباید تأثیر عرف را نادیده گرفت، یعنی تفسیر اراده درونی در صورتی که طرفین یا مدعی قادر به اثبات آن نباشد، بر مبنای عرفی که در حکومت آن شکی وجود ندارد، انجام خواهد شد (السان، ۱۳۸۵، ص ۲۷). از این‌رو، قاضی نمی‌تواند کلمه دادم را به معنای فروختن بگیرد، مگر اینکه قرائن و دلایلی حاکی از آن باشد که کلمه در معنای عرفی خود به‌کار نرفته و معنی دیگری مقصود متعاقدين بوده است (صفایی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۶۲؛ زمانی، ۱۳۹۰، ص ۲۳).

بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «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 کاملاً شناخته شده است و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، به‌طور منظم آن را رعایت می‌نمایند، به نحو ضمنی بر قرارداد خود و یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند.» از ظاهر بند یادشده این امر استنباط می‌شود که مبنای اساسی اعتبار عرف قراردادی در کنوانسیون وین، ارادهٔ ضمنی متعاقدين است.

اما با ریزبینی در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین شاهد وجود یک تعارض واضح و آشکار خواهیم بود و آن اینکه میان قید «به نحو ضمنی» و مقید «باید داشته باشد» تناسب منطقی وجود ندارد و این درحالی است که از لحاظ منطقی قید نمی‌تواند با مقید دارای تعارض باشد. زمانی که متعاقدين در عالم واقع نسبت به عرف هیچ‌گونه آگاهی و اطلاعی ندارند، چگونه می‌توانند آن را به‌طور ضمنی بر قرارداد خود حاکم سازند؟ (Coetsee, 2015, p.262). به عبارت دیگر، اراده کردن یک امر به نحو ضمنی و ارتکازی، مستلزم تعلق آن به قصد و به تبع آن علم و اطلاع از آن می‌باشد. ازاین‌رو در مواردی که قصد واقعی طرفین قرارداد نسبت به عرف موجود نیست و کنوانسیون رأساً ارادهٔ آنها را مفروض قلمداد کرده است، در عالم اعتبار قصد واقعی و درونی وجود نداشته است تا قائل به پذیرش عرف به نحو ضمنی و بنایی از سوی متعاقدين باشیم (حبیبی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۲). درواقع پذیرش نظریه ارادهٔ ضمنی در فرضی که عرف به صرف اینکه هر دو یا یکی از طرفین می‌بایست به آن عرف آگاهی می‌داشتند مصداق نمی‌یابد. در چنین فرضی خود قانون است که به عرف نیروی الزام‌آور اعطا می‌نماید و توجیه اعمال آن بر طبق توافق ضمنی طرفین یک تخیل و وهم حقوقی است (Ferrari, 2004, p.197; Bonell, 1987, p.108). به همین دلیل برخی با رد نظریه ارادهٔ ضمنی یا قصد واقعی طرفین، مبنای اعتبار عرف در بند یادشده را ارادهٔ نوعی و فرضی متعاقدين می‌دانند و معتقدند این عرفها ارادهٔ فرضی طرفین را تشکیل می‌دهد و بدون نیاز به توافق، حاکم بر قرارداد است. اگرچه عبارت بند ۲ ماده ۹ به توافق ضمنی در این خصوص اشاره دارد و ارادهٔ مخالف این گونه عرفها را معتبر می‌داند، معیار تشخیص آنها بیشتر نوعی است تا شخصی و به تعبیر ماده ۹ «فرض بر این است» که متعاقدين این عرفها را الزام‌آور دانسته‌اند (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۲۲؛ Schwenzer & Fountoulakis, 2006, p.97).

بنابراین مبنای آن را باید نوعی بودن آن و رعایت مصالح و ضرورتهای معاملات تجاری بین‌المللی دانست (حبیبی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۴). در پاسخ به ایراد پیش‌گفته، همانطور که برخی از حقوقدانان به‌درستی اذعان داشته‌اند، باید گفت که عبارات ماده یادشده بیانگر این است که منشأ اساسی عرف لازمالرعایه، ارادهٔ طرفین است و موارد ناآگاهی طرفین، وضعیت استثنایی و نادری است که باید در حکم آگاهی داشتن طرفین دانسته شود. درواقع در برخورد با ادعای وجود چنین وضعیتی، نظام قضایی ایجاب می‌نماید که درستی و یا نادرستی این ادعا مورد توجه قرار نگیرد (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۳۷).

4- مبنای الزام آور بودن عرف

در این مبحث، نخست به بررسی مبنای الزام آور بودن عرف در حقوق ایران، سپس، مبنای الزام آور بودن عرف در کنوانسیون وین، پرداخته می‌شود.

1-4- مبنای الزام آور بودن عرف در حقوق ایران

در مورد الزام آور بودن عرف در حقوق ایران، این سؤال مطرح می شود که مبنای آن چیست؟ اگر مبنای حکومت عرف، «اراده ضمنی یا قصد مشترک طرفین» باشد، عرف به عنوان یک نهاد حقوقی، در تفسیر قرارداد، نقش داشته و اثر گذار خواهد بود، اما اگر مبنای حاکمیت عرف، تلقی عرف به عنوان «یک منبع مستقل» باشد، باید حکم عرف را مانند قانون تکمیلی، مشمول عنوان «تکمیل قرارداد» ذکر نمود و از بخش تفسیر قرارداد، که هدف آن جستجوی قصد مشترک طرفین می باشد، جدا کرد و عرف را به عنوان نهادی که در تعیین بخشی از آثار قرارداد، مؤثر است، مورد توجه قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۶).

در خصوص مبنای الزام آور بودن عرف در حقوق ایران، دو نظریه اراده ضمنی و نظریه عرف به عنوان یک منبع مستقل قرارداد، مطرح شده است که در ذیل، به بیان و نیز تحلیل و نقد هر یک از دو نظریه خواهیم پرداخت:

الف: نظریه اراده ضمنی

در ذیل، پس از بیان نظریه اراده ضمنی، به نقد و تحلیل نظریه مزبور می پردازیم:

۱- بیان نظریه

بر اساس نظریه اراده ضمنی، اگرچه مدلول و موضوع عرف به عنوان امر مأنوس جامعه یا گروه خاص صریحا در عقد وارد نمی گردد، اما بصورت ضمنی در اراده مشترک طرفهای عقد، منعکس می شود. به عبارت دیگر، آنچه که بر موضوع عرف دلالت می نماید، لفظ مبادله شده بین طرفهای عقد نیست، بلکه آشنایی و گرایش ذهنی حاصل از بازتاب روش مستمر جامعه ایشان است. اعتبار عرف در اداره ی قراردادها، ناشی از دلالت آن بر قصد و اراده ی انشاکنندگان عقد می باشد. افراد بطور معمول به روش مرسوم در عرف معامله می نمایند، مگر آنکه صراحتا آن را کنار بگذارند، در غیر اینصورت، سکوت آنها با فرض آشنایی به روش مزبور، ظاهرا حکایت از قبول آن دارد. زیرا چنانچه در جایگاهی خاص، اراده فردی تعیین کننده و مؤثر باشد، سکوت او به همراه قرائن، می تواند نوعی بیان ضمنی اراده تلقی گردد. استدلال مزبور، مبتنی بر این اصل می باشد که افراد، در مقام بیان و در وقت ضرورت، تمام خواسته ها و جزئیات قرارداد را مورد اشاره قرار می دهند. همچنین بر اساس قاعده قبح تاخیر بیان از وقت حاجت، چنین حکم می گردد که در صورتیکه در قرارداد به مطلبی اشاره نگردد، نمی توان به این بهانه که شاید بعدها مورد اشاره قرار گیرد، مفهوم مخالف آن را مورد پذیرش قرار داد. بنابراین، عرف قراردادی را باید جزء شروط ضمن عقد محسوب نمود.^۲ در نتیجه، عرف و عادت قراردادی، نقشی جز رفع ابهام از قرارداد و آشکار ساختن مقصود متعاقدين ندارد. در چنین مواردی، عرف مفسر اراده متعاقدين است؛ اراده ای ضمنی که در قرارداد به آن تصریح نشده است (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۰۲).

۲- نقد نظریه

۱- تحلیل مزبور، در فرضی که طرفین، نسبت به عرف، آگاهی دارند و با این وجود بطور عمدی، اقدام به سکوت می نمایند، منطقی است. زیرا ظاهر این است که به لوازم عرفی عقد، رضایت دارند و بنابراین می توان اقتضای عرف را مشمول تراضی

متعاقدين، قرار داد. اما در فرضی که طرفین نسبت به عرف، ناآگاه هستند یا به دشواری اجرای قرارداد در آینده توجهی ندارند یا ترس برهم خوردن گفتگوهای مقدماتی آنها را به سکوت وادار نموده است، نمی توان قائل به این بود که نسبت به اجرای حکم عرف، بطور ضمنی، توافق نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۶).

۲- چنانچه مبنای حکومت عرف، «قصد مشترک طرفین» باشد، باید ادعای خلاف آن در دادگاه پذیرفته شود و شخصی که از اجرای عرف زیان دیده است، باید بتواند اثبات کند که راضی به عرف مزبور نبوده است. این درحالیست که دعوای مزبور، شنیده نمی شود و حکم عرف، به عنوان قاعده ای الزام آور، عمل می نماید، همانطور که ماده ۳۵۶ قانون مدنی در خصوص حکومت عرف در تعیین اجزاء و توابع مبیع، مقرر می نماید: «... اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.» بنابراین باید حکم عرف را مانند قانون تکمیلی، مشمول عنوان «تکمیل قرارداد»، ذکر نمود و از بخش تفسیر قرارداد که هدف آن، جستجوی قصد مشترک طرفین می باشد، تفکیک نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۶).

۳- شرط ضمنی عرفی، هنوز به صورت یکی از مسائل فقه معاملات در نیامده تا از احکام و آثارش سخن گفته شود. به همین جهت، تعریف و جایگاه آن در میان سایر اقسام شرط، مشروعیت و قلمرو آن نامعلوم است.

ب: نظریه عرف به عنوان یک منبع مستقل قرارداد

در ذیل، پس از بیان نظریه عرف به عنوان یک منبع مستقل قرارداد، به نقد و تحلیل نظریه مزبور می پردازیم:

۱- بیان نظریه

برخی از حقوقدانان، معتقدند که عرف یک منبع مستقل قرارداد است، به این معنا که مبنای اعتبار عرف، نه اراده مفروض طرفهای قرارداد، بلکه ناشی از استقلال این منبع حقوق می باشد. مطابق این نظر، عقد را قصد مشترک متعاقدين می سازد و قانون، قابلیت ساخته شدن و تحقق در ظرف اعتبار را مطابق مقررات برخاسته از نظم عمومی برای ماهیت عقد مقرر ساخته، اما علاوه بر قانون که دامنه شمول آن عام و کلی است، ممکن است محل خاصی یا دسته یا گروه خاصی برای خود دارای عادات و رسوم خاصی باشند که در قالب عرف گنجانده شود. بنابراین عرف وسیله تطبیق و میزان کردن قرارداد با قواعد و رسوم جامعه یا گروه خاص است و به عنوان یک منبع مستقل، در کنار قانون، نقش خود را ایفا می کند. بنابراین حکم عرف و نیز قانون تکمیلی را باید در عنوان دیگری به نام تکمیل قرارداد آورد و از بخش تفسیر قرارداد که هدف آن، جستجوی قصد مشترک است، تفکیک نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۶). به همین جهت، با تفکیک میان عرف و عادت قراردادی، معتقدند، اجرای قاعده عرفی درباره دو طرف قرارداد، موکول به آگاهی آنها نیست (ماده ۳۵۶ قانون مدنی)، اما عاداتهای قراردادی را در صورتی می توان به منزله شرط ضمنی دانست که دو طرف به مفاد آن آگاه باشند. زیرا امری که به دلیل جهل از خاطر آنان نگذشته است، نمی تواند موضوع توافق باشد. برای احراز این آگاهی نیز به قاعده «هیچ کس جاهل به قانون فرض نمی شود»، نمی توان استناد نمود و باید پذیرفت که عادت قراردادی به ویژه عاداتهای شغلی و رسوم محلی، برای کسانی که خارج از آن حرفه یا محل هستند، ایجاد الزام نمی نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۸۶).

اما برخلاف عادت در خصوص عرف، نیازی به گنجاندن آن و یا مدنظر قرار دادن آن، در زمان انعقاد قرارداد، نیست. این درست است که متعاملین به حکم اصل آزادی اراده، در صورت تراضی به قید نمودن مقررات عرفی در قرارداد خود، ملزم به رعایت این مقررات می باشند، اما الزام آور بودن عرف، در همه احوال، موکول به رضایت قبلی طرفین قرارداد نمی باشد. داور یا قاضی در

فرض کشف وجود عرف، مقررات آن را به مرحله اجرا خواهد گذاشت، حتی اگر در قرارداد به وجود آن اشاره ای نشده و یا طرفین صراحتاً یا ضمناً آن را قبول ننموده باشند. این مطلب، بطور صریح در مواد ۳۵۶ و ۲۲۰ قانون مدنی اشاره شده است. مطابق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا بموجب قانون از عقد حاصل می شود، ملزم می باشند.» از ظاهر ماده فوق، اینگونه استنباط می گردد که لازم الاجرا بودن عرف، مستلزم این امر نیست که طرفین حین انعقاد قرارداد به وجود آن آگاهی داشته باشند؛ زیرا همانطور که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، جهل به عرف نیز نباید اینگونه باشد. با این وصف، مبنای الزام آور بودن عرف در حقوق ایران نمی تواند شرط ضمنی یا قصد مشترک طرفین باشد.

مبنای قدرت عرف را از نظر ماهوی، باید طبیعت انسان و زندگی اجتماعی او دانست، اما از لحاظ صورت خارجی، دخالت دولت در حمایت از آن ضروری است، خواه این دخالت به صورت اجازه قانون باشد یا تایید رویه قضایی، واقع‌گرایی در پذیرش این حقیقت است که توان طبیعی و ذاتی عرف، در رهبری قانونگذار و تکمیل و تفسیر قوانین، سهم بسیار موثر و اساسی دارد و از این حیث، یکی از عوامل مهم سازنده حقوق می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۹۹).

۲- نقد نظریه

بر نظریه عرف به عنوان یک منبع مستقل قرارداد، ایرادات زیر وجود دارد:

۱- در خصوص ایراد اول، مبنی بر عدم امکان استناد به شرط ضمنی در فرض عدم آگاهی طرفین از عرف، بنظر می رسد که ایراد مزبور به درستی مطرح شده است، چرا که برای تحقق اراده ضمنی آگاهی طرفین از عرف الزامی است، در حالیکه قانونگذار چنین شرطی را لازم ندانسته و التزام به عرف را حتی بدون آگاهی از آن مقرر داشته است (ماده ۳۵۶ قانون مدنی). از این رو، در اینگونه موارد، می توان به اراده مفروض طرفین، استناد نمود. با توجه به اینکه متعاقبین می توانستند از قواعد عرفی آگاه باشند، فرض بر این است که آن را خواسته اند و از این رو ملتزم به آن خواهند بود (قاسم زاده، ۱۳۷۶: ۶۹).

۲- در پاسخ ایراد دوم، باید اذعان داشت که ماده ۳۵۶ قانون مدنی در خصوص حکومت عرف در آثار عقد در صورت جاهل بودن متعاملین، نسبت به عرف را باید مخالف قاعده و استثنایی دانست. فلسفه وضع ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز، بیش از آنکه ناظر به مرحله ثبوت و ایجاد قراردادها باشد، در مشکلات و موانع موجود در مقام اثبات و تفسیر قرارداد ریشه دارد. مبنای حاکمیت قاعده ی عرفی، حتی در فرض جهل طرفین به آن، چیزی جز دغدغه ی قانونگذار راجع به اثبات و استواری معاملات نیست. زیرا در مواردی که عرف و عادت، بر جزء یا تابع بودن چیزی نسبت به مبیع دلالت دارد، رسیدگی به ادعای طرف عقد مبنی بر عدم اطلاع از عرف و عادت مزبور (که این عدم اطلاع امری درونی بوده و بطور معمول نمی توان به آن پی برد)، امری دشوار و موجب صرف وقت بسیار مرجع قضایی بوده و غالباً بی نتیجه خواهد بود. اگر اجازه داده شود، هر فردی با این ادعا که به شرایط موجود رضایت نداشته، در صدد اثبات خلاف رویه رایج عرفی برآید، دادگاه از این گونه دعاوی، فراغت حاصل نخواهد کرد. از این رو، سیاست قضایی ایجاب می نماید که به جهت جلوگیری از درگیری مرجع قضایی با یک امر درونی، به ادعای مزبور اعتنایی صورت نگیرد که به منظور تاکید حتی در بالاترین فرض که اثبات عدم اطلاع طرف عقد از عرف و عادت است، نیز این حکم مقرر شده است. خصوصاً آنکه اثبات شرط ضمنی مخالف عرف، غیرممکن می باشد. همچنین در فرض تردید در وجود شرط ضمنی، اصل عدم حاکم می باشد (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۴) ماده ی ۲۲۴ قانون مدنی، مثال دیگری از همین قبیل است. تفسیر الفاظ عقود، برخلاف معانی عرفی، نه بیهوده، بلکه ناممکن می باشد. چنانچه فردی ادعا نماید، قصد او از واژه

ی «فروخته»، اجاره دادن مال بوده و نه بیع آن، تنها با ارجاع به معانی عرفی کلمات می توان این ادعا را اثبات نمود (میرزایی، ۱۳۹۰: ۷۶).

به علاوه، تمامی موارد معهود بودن در عرف را نباید از مصادیق شرط ضمنی تلقی نمود. زیرا شرط ماهیتی است وابسته به عقد و مورد آن خارج از موضوع عقد و تابع آن می باشد. در حالیکه در بسیاری از موارد معهود عرفی، ممکن است داخل در عقد و از اجزاء مورد معامله باشد که در این فرض، این موارد را نمی توان شرط ضمن عقد محسوب نمود. در ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز، عرف تعیین کننده اجزاء مبیع است، در صورتیکه اجزای مبیع را نمی توان مورد شرط ضمنی تلقی کرد. زیرا اجزای مبیع خود اجزای موضوع عقد بیع و مورد احکام مربوط به آن می باشد، نه مورد شرط ضمن بیع. بنابراین، در فرض عدم وجود اجزای مزبور، در واقع، قسمتی از موضوع خود عقد را باید منتفی دانست که اثر آن، بطلان عقد نسبت به اجزای مقصود مبیع است؛ مانند اینکه، پس از فروش ملکی، مشخص گردد که بعضی از اتاقها، فاقد در و پنجره می باشد که در چنین صورتی، باید معامله را نسبت به در و پنجره های غیر موجود، باطل دانست و از ثمن معامله به نسبت ارزش در و پنجره ها، کسر نمود. خریدار نیز می تواند عقد را به استناد خيار تبعض صفقه، فسخ نماید. در حالیکه، چنانچه مورد شرط، موجود نباشد و تخلف محقق شود، مشروط له صرفا از حق فسخ قرارداد به استناد خيار تخلف شرط، برخوردار بوده و دیگر استحقاق استرداد قسمتی از ثمن را نخواهد داشت، چرا که هیچ جزئی از ثمن در برابر شرط ضمن عقد، قرار نخواهد گرفت (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۳).

۳- در پاسخ به این ایراد که شرط باید در متن عقد ذکر گردد، می توان ادعا نمود که گاهی طرفین قرارداد (بخصوص در قراردادهای معمول بین بازرگانان) خود را پایبند به تعهداتی می دانند که هرگز در متن قرارداد ذکر نشده است؛ حال یا پیش از قرارداد ذکر شده و در قرارداد مسکوت مانده و یا حتی پیش از آن هم ذکر نشده و گاهی طرفین درباره آن اختلاف نظر دارند؛ اما این اختلاف بر سر اعتبار یا بی اعتباری تعهد ذکر شده نیست، بلکه اعتبار آن را قطعی تلقی کرده بر سر وجود یا عدم آن، نزاع دارند؛ مثلا، یکی مدعی است که توصیف پیش از قرارداد، در حد تعهد و التزام بوده است و دیگری، آن را یک گفتگوی ساده می پندارد یا یکی، مدعی وجود عرف مسلمی در قرارداد فیما بین است و دیگری، منکر آن می باشد.

در حقوق ایران نیز، در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، بطور صریح، شروط بنایی پذیرفته شده است. زیرا مطابق ماده مذکور، «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور، فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل، حق فسخ خواهد بود، خواه صفت مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایا بر آن واقع شده باشد» و حقوقدانان معتقدند، از ماده مزبور اعتبار شروط بنایی با تکیه بر وحدت ملاک بین عقد نکاح و سایر عقود، به دست می آید. بنابراین، حکم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، چهره استثنایی نداشته و عقد نکاح در این مورد خصوصیتی ندارد، بلکه ماده مزبور، یک حکم کلی و قاعده عمومی را بیان می نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۱؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۴۰).

۴- دلالت التزامی نیز می تواند به اثبات نظریه اراده ضمنی، کمک نماید. زیرا دلالت لفظ (دلالت وضعیه) بر معنا، گاه مطابقی است، گاه تضمینی و گاه التزامی. دلالت التزامی، آن است که لفظ بر لوازم معنای موضوع له، دلالت نماید (محمدی، ۱۳۹۱: ۶۸). در واقع، شرط ضمنی، شرطی است که نزد عرف، رایج و شایع است، به گونه ای که عرف میان آن و قرارداد، تلازم می بیند و از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز وجود می یابد، در نتیجه با انشاء قرارداد، شرط ضمنی نیز (به عنوان لازمه عرفی قرارداد) وجود می یابد. بطور مثال، بنظر عرف، حداقل در قرارداد های معوض، عوضین باید سالم و عاری از عیب باشد. حال چنانچه قراردادی به گونه مطلق تشکیل شد و صاحبان آن راجع به سالم بودن یا معیوب بودن کالا گفتگویی ننمایند، به دلالت التزامی، استنباط می شود که کالا باید سالم باشد و گر نه، خيار عیب برای شخص متضرر به وجود می آید، در واقع، طرفین به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی خود نسبت به آن سکوت نموده اند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۴۰۸؛ علی آبادی، ۱۳۸۱: ۲۸).

۵- اصولاً در هر معامله، فرض را بر علم به عرف حرفه، منطقه و یا بنای عقلاً به طور کلی قرار می‌دهند و حتی می‌توان ادعا نمود که اساساً اعتنائی به علم و جهل طرفین معامله نسبت به عرف نمی‌شود و عرف در صورت اطلاق معامله، حاکم بر قرارداد می‌باشد و برای این ادعا (لزوم مورد قصد متعاملین قرار گرفتن شرط ضمنی عرفی) با توجه به روح حاکم بر شرط ضمنی عرفی، توجیه منطقی‌ای نمی‌توان یافت و اساساً با پر رنگ کردن نقش علم و توجه طرفین قرارداد، نقش عرف را تا مرز نیستی تنزل خواهیم داد و این با فضای حاکم بر شرط ضمنی عرفی در تعارض است. به علاوه، در یک جامعه منظم و مدنی، اصولاً اشخاص باید به آنچه در جامعه می‌گذرد و خصوصاً عرف، آگاه و مطلع باشند و بی‌اطلاعی از عرف نیز همچون بی‌اطلاعی از قانون، نباید مسموع تلقی گردد (سلطان احمدی، ۱۳۸۹: ۱۳۶). در واقع، نقش شرط ضمنی عرفی و شرایط تحقق و تأثیر آن، در قرارداد را می‌توان با نقش شرط ضمنی قانونی و شرایط تحقق آن، مشابه دانست که در آنجا نیز در صورت اطلاق قرارداد و عدم مخالفت صریح، مفاد قانون را حاکم بر قرارداد و علم طرفین را مفروض گرفته و به ادعای جهل به قانون اعتنائی نمی‌گردد و در مورد عرف نیز حتی برخی معتقدند که اثبات جهل به عرف توسط طرف قرارداد نیز مسموع نمی‌باشد، زیرا در عرف معاملات، طرف معامله ملزم به همه لوازم عرفی قرارداد، در هر حالی می‌باشد، مگر اینکه بر خلاف 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.

بنظر می‌رسد در مورد مبنای الزام آور بودن عرف در قوانین و مقررات ایران، نمی‌توان بطور مطلق حکم نمود و مبنای آن را صرفاً اراده ضمنی و یا به عنوان یک منبع مستقل، مانند قانون تکمیلی دانست. به تعبیر دیگر، مذاقه در قانون مدنی و سایر قوانین و مقررات حقوق ایران پی می‌بریم که قانونگذار ایران در برخی مواقع مبنای عرف را اراده ضمنی متعاقدين قرار می‌دهد و در برخی مواقع نیز برای عرف نقشی به عنوان تعیین کننده آثار قرارداد و تکمیل کننده قرارداد، قائل است. بنابراین، قانونگذار ایران، مبنای اعتبار عرف را حسب مورد و به تناسب و فراخور کاربرد آن، اراده ضمنی متعاقدين و یا به عنوان یک منبع مستقل قرارداد، به مانند قانون تکمیلی می‌داند. عرف به اعتبار اینکه مفسر اراده طرفین و ناظر به اراده آنها باشد و یا با صرف نظر از اراده آنها و به عنوان یک منبع مستقل قرارداد جزء مفاد عقد جهت تعیین و تکمیل آثار قراردادی به کار گرفته شود، به دو قسم عرف تفسیری و عرف تکمیلی، تقسیم می‌گردد و در واقع، در عرف تفسیری، نقش عرف در تفسیر قرارداد و در عرف تکمیلی، نقش عرف در تعیین آثار و لوازم عقد، بروز یافته و نمایان می‌گردد.

2-4- مبنای الزام آور بودن عرف در کنوانسیون وین

سؤال این است که مبنای حکومت یا الزام آور بودن عرف، در کنوانسیون وین چیست؟ در پاسخ به این سؤال، باید میان بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون و بند ۲ ماده مزبور، قائل به تفکیک گردید.

مبنای حکومت عرف در بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون، اصل حاکمیت اراده و یا اراده صریح یا ضمنی متعاقدين است. زیرا مطابق بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون: «طرفین به هرگونه عرفی که نسبت به آن توافق نموده اند و به رویه‌ای که میان خود ایجاد نموده اند، ملتزم می‌باشند.» بند ۱ ماده ۹ هماهنگ و همسو با ماده ۶ است که اصل استقلال طرفین قرارداد و حاکمیت اراده را در کنوانسیون وین، صراحتاً به رسمیت شناخته است (Lookofsky, 2000: 58; Schlechtriem, 1986: 40; Honnold, 1999: 130; Johnson, 2012: 281; Bonell, 1987: 107). میان شارحین کنوانسیون، اتفاق نظر وجود دارد.

لیکن، در مورد مبنای الزام آور بودن عرف در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، اختلاف نظر وجود دارد. بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، مقرر می‌دارد: «جز در مواردیکه خلاف آن اثبات شود، چنین فرض می‌شود که طرفین عرفی را که نسبت به آن آگاه بوده اند

یا می‌بایست نسبت به آن آگاه باشند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل بطور گسترده (کاملاً) شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، بطور منظم آن را رعایت می‌نمایند، به نحو ضمنی، بر قرارداد خود و یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند.» از ظاهر بند مزبور، این امر استنباط می‌شود که مبنای اساسی اعتبار عرف قراردادی در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، اراده ضمنی متعاقدين است و برخی از مفسرين کنوانسیون نیز معتقدند که در صورت حصول شرایط پیش بینی شده در بند ۲ ماده ۹، عرف مورد تصریح در بند مزبور، به عنوان شرط ضمنی توافق طرفین محسوب خواهد گردید (Troiano, 2008: 391; Johnson, 2012: 277 & 291)

برخی دیگر از قائلین به این نظر، چنین استدلال می‌نمایند که، «عبارات ماده مذکور بیانگر این است که منشأ اساسی عرف لازم الرعایه، اراده طرفین است و موارد ناآگاهی طرفین، وضعیت استثنایی و نادری است که باید در حکم مورد آگاهی طرفین دانسته شود. در واقع، در برخورد با ادعای وجود چنین وضعیت استثنایی، نظام قضایی ایجاب می‌نماید که درستی و یا عدم درستی ادعای مزبور مورد توجه قرار نگیرد» (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۳۷). برخی دیگر نیز با پذیرش نظریه اراده ضمنی به عنوان مبنای اعتبار عرف در بند ۲ ماده ۹، اظهار می‌دارند: «هرچند نظریه پذیرش عرف به عنوان شرط ضمنی قرارداد، از این جهت که به طرفین عرفی را تحمیل می‌نماید که از وجود آن آگاهی نداشته‌اند، مصنوعی تلقی شده و مورد انتقاد قرار گرفته است، اما این نظریه با تلقی موضوعی از قرارداد، که به موجب آن، شروط قرارداد باید مطابق با دریافت یک فرد منطقی از قرارداد تفسیر شود و نه قصد ذهنی طرفین، مطابقت دارد» (گوود، ۱۳۸۶: ۲۰۹). نحوه بیان بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون نیز، به وضوح، مؤید این مطلب است که کنوانسیون، عرف‌های تجاری بین‌المللی را به عنوان شرط ضمنی تلقی می‌نماید (Schwenzer & Fountoulakis, 2006: 97).

اما بنظر می‌رسد، این نظر بطور دقیق نمی‌تواند قابل پذیرش باشد. زیرا با مذاقه در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، شاهد وجود یک تعارض واضح و آشکار خواهیم گردید و آن اینکه میان قید «بنحو ضمنی» و مقید «باید داشته باشد»، تناسب منطقی موجود نیست. این درحالیست که از لحاظ منطقی، قید نمی‌تواند با مقید دارای تعارض باشد. زمانیکه متعاقدين در عالم واقع نسبت به عرف، هیچگونه آگاهی و اطلاعی ندارند (یعنی در فرضی که طرفین می‌بایست نسبت به آن عرف آگاهی می‌داشتند)، چگونه می‌توانند آن را به طور ضمنی بر قرارداد خود حاکم سازند؟ (Coetzee, 2015: 262) به عبارت دیگر، اراده نمودن یک امر به نحو ضمنی و ارتکازی، مستلزم تعلق آن به قصد و به تبع آن علم و اطلاع از آن می‌باشد. از این رو، در مواردی که قصد واقعی طرفین قرارداد نسبت به عرف، موجود نیست و کنوانسیون رأساً اراده آنها را مفروض قلمداد کرده است، در عالم اعتبار، قصد واقعی و درونی وجود نداشته تا قائل به پذیرش عرف بنحو ضمنی و بنایی توسط متعاقدين باشیم (Ferrari, 2002: 275 حبیبی، ۱۳۹۲: ۱۷۲) در واقع، پذیرش نظریه اراده ضمنی در فرضی که عرف به صرف اینکه هر دو یا یکی از طرفین، می‌بایست به آن عرف آگاهی می‌داشتند، مصداق نمی‌یابد. در چنین فرضی، خود قانون است که به عرف نیروی الزام آور اعطا می‌نماید و توجیه اعمال آن بر طبق توافق ضمنی طرفین، یک تخیل و وهم حقوقی می‌باشد. (Ferrari, 2004: 197; Bout, 1998: 6; Bonell, 1987: 108)

به همین جهت، برخی با رد نظریه اراده ضمنی یا قصد واقعی طرفین، مبنای اعتبار عرف، در بند مزبور را اراده نوعی و فرضی متعاقدين می‌دانند و معتقدند، این عرفها اراده فرضی طرفین را تشکیل می‌دهند و بدون نیاز به توافق حاکم بر قرارداد می‌باشند. اگرچه عبارت بند ۲ ماده ۹ به توافق ضمنی در این مورد، اشاره می‌نماید و اراده مخالف این گونه عرف‌ها را معتبر می‌داند، معیار تشخیص آنها، بیشتر نوعی است تا شخصی و به تعبیر ماده ۹ «فرض بر این است» که متعاقدين، این عرفها را الزام آور دانسته‌اند (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۲) بنابراین، مبنای آن را باید نوعی بودن آن و رعایت مصالح و ضرورت‌های معاملات تجاری بین‌المللی دانست (حبیبی، ۱۳۹۲: ۱۶۴).

با این وصف، به عنوان نتیجه باید اذعان داشت که مبنای حکومت و الزام آور بودن عرف در بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون، اراده صریح یا ضمنی متعاقدين است و مبنای اعتبار و الزام آور بودن آن در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، اراده نوعی یا فرضی آنها می باشد.

5- بررسی تطبیقی

برخلاف کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰م که به طور تفصیلی به تفسیر قرارداد پرداخته است (ماده ۸ و ۹ کنوانسیون وین)، قانون مدنی ایران در مورد شیوه تفسیر قرارداد، نقص دارد و دارای حکم روشنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۶). حقوق ایران برای اراده باطنی رجحان قائل شده و از این رو در تفسیر قرارداد ضابطه شخصی را بیشتر ملاک قرار داده است. در حقوق ایران هیچ ماده قانونی صریحی راجع به برتری اراده باطنی وجود ندارد، اما برتری اراده باطنی بر اراده ظاهری و وظیفه دادرس در جستجوی اراده مشترک متعاقدين از سوی حقوقدانان و رویه قضایی پذیرفته شده است. البته در حقوق ایران از آنجا که راهیابی به درون و قصد و اراده واقعی اشخاص اغلب غیرممکن یا دشوار است و دادرس نمی تواند آن را با توجه به اوضاع و احوال احراز نماید، ناگزیر معنای متعارف الفاظ و اعمال را معیار قرار داده است (ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران)؛ مگر اینکه اثبات شود که قصد واقعی طرفین غیر از آن ظاهر عرفی است که بر معنای عرفی لفظ مقدم می باشد (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۲۰). بنابراین، هرگاه اثبات شود که آنچه در ضمیر اعلام کننده بوده با آنچه اعلام شده متفاوت است، از مدلول اعلام شده باید دست کشید (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۹۵). مؤید این ادعا ماده ۴۶۳ قانون مدنی است. برابر این ماده: «اگر در بیع معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود» در فقه امامیه نیز بر اساس قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» و یا در «الأعمال بالنیات» به اراده باطنی اشخاص توجه شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۳۰۳).

مطالبی که در ماده ۸ کنوانسیون وین مقرر شده، برابری از بررسی های تطبیقی و ترکیبی از ضابطه های شخصی و نوعی یا نظریه های اراده باطنی و اراده ظاهری است که در حقوق داخلی بحث می شود. نویسندگان کنوانسیون اگرچه برای نظریه شخصی برتری قائل شده اند، اما در واقع آن را تعدیل نموده، ترکیبی از دو نظریه یاد شده را پذیرفته اند (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۸). البته اگرچه کنوانسیون تلاش کرده است تا میان شیوه شخصی تفسیر (بند ۱ ماده ۸) و شیوه نوعی (بند ۲ ماده ۸) تعادل ایجاد کند، می توان گرایش و تمایل بیشتر آن به شیوه نوعی را از توجه به بند ۳ ماده ۸ استنباط کرد.

(Schwenzer, Hachem & Kee, 2012, p.293)

بررسی تطبیقی کنوانسیون در خصوص تفسیر قرارداد از این حیث که در وهله اول اراده باطنی و در وهله دوم معنای متعارف را در نظر می گیرد، همانند حقوق ایران است. اما از این نظر که اراده مشترک متعاقدين را معیار قرار نداده، بلکه قصد هریک را به شرط آنکه طرف دیگر به آن علم داشته یا می باید علم داشته باشد، معیار تفسیر قرار می دهد، با حقوق ایران متفاوت است. بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون نیز با حقوق ایران مشابه است، زیرا عناصری که در این بند به آن اشاره شده، در حقوق ایران نیز در تفسیر اراده متعاقدين مورد توجه قرار گرفته است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۲۰). برخی دیگر از حقوقدانان، هرچند به طور ضمنی قائل به این هستند که عناصر برشمرده شده در بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون، در حقوق ایران نیز برای احراز قصد مشترک متعاقدين کاربرد دارد، این گونه بیان می دارند: «مجموعه عواملی که قاضی را در جستجوی قصد مشترک یاری می نماید، بطور کامل نمی توان برشمرد، از جمله آنها گفتگوهای مقدماتی است یا اوضاع و احوالی است که توافق طرفین قرارداد در آن وضعیت واقع می گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۹).

شایان ذکر است که در حقوق ایران نیز مقرره‌های مشابه بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون که مقرر می‌دارد: «در صورت غیرقابل اعمال بودن بند پیشین، اظهارات و رفتار هریک از طرفین باید مطابق با استنباط یک فرد متعارف از همان صنف در اوضاع و احوال مشابه تفسیر گردد»، وجود دارد و تقریباً همین وضعیت مورد تصریح قانونگذار ایران بوده است (قمی دهنوی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۴). ماده ۲۲۴ قانون مدنی در این مورد مقرر داشته است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، مبنای عرف را اراده ضمنی متعاقدين می‌داند. به نظر می‌رسد در حقوق ایران، غیر از مواردی که عرف مانند قوانین تکمیلی عمل نموده و به تکمیل آثار قرارداد ناقص می‌پردازد، در سایر موارد، مبنای اعتبار عرف اراده ضمنی متعاقدين است که این امر از ماده ۲۲۵ قانون مدنی قابل استنباط می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۳۷؛ قشقای، ۱۳۷۸، ص ۱۷۵؛ فلاحتی شهابالدینی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۵).

پرسش این است آنچه در کنوانسیون بیع بین‌المللی با عنوان رویه تثبیت‌شده و مسلم متعاقدين مطرح گردیده، در حقوق ایران با کدام نهاد و تأسیس حقوقی قابل انطباق است؟ در مقررات مربوطه در حقوق ایران عبارت «عرف و عادت» در کنار یکدیگر ذکر شده‌اند، اما در خصوص «رویه مقرر و تثبیت‌شده میان متعاقدين» تصریحی در قوانین ایران صورت نپذیرفته است. باین حال، می‌توان عادت قراردادی را در نظام حقوقی ایران به عنوان روشی که انحصاراً بین طرفین قرارداد به وجود می‌آید، مشابه رویه مسلم و تثبیت‌شده در کنوانسیون بیع بین‌المللی دانست. مواد متعددی در قانون مدنی وجود دارد که در تشخیص اراده و قصد مشترک متعاقدين، مراجعه به عادت را الزامی دانسته است. مواد ۵۴، ۶۸، ۲۰۲، ۲۲۰، ۲۲۵ و ۳۴۴ قانون مدنی ایران با ذکر عادت در کنار عرف، مؤید این استنباط است. در حقوق ایران برای اینکه بتوان رویه تثبیت‌شده و مسلم طرفین قرارداد را منتسب به اراده آنها دانست، می‌توان آن را یک نوع شرط ضمنی خاص قلمداد کرد و برای اعتبار آن به آیه شریفه «وفوا بالعقود» و حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» استناد نمود (حبیبی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۳؛ شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۶).

نتیجه گیری

تفسیر به معنای رفع ابهام و اجمال قرارداد برای احراز قصد مشترک واقعی متعاقدين و نیز تشخیص ماهیت و تعیین مفاد و آثار قرارداد است. در قانون مدنی ایران باب خاصی راجع به نحوه تفسیر قرارداد وجود ندارد، اما به طور پراکنده در قانون مدنی در بخش قواعد عمومی قراردادها یا عقود معین، برخی از این قواعد بیان شده است. با دقت در قوانین و مقررات حقوق ایران پی می‌بریم که عرف در برخی مواقع مفسر اراده طرفین بوده و جانشین اراده طرفین شده و درواقع بیانگر اراده ضمنی متعاقدين بوده است، درنتیجه در تفسیر قرارداد مؤثر واقع می‌شود. ازجمله ماده ۲۲۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.» جمله «به منزله ذکر در عقد است» در ماده یادشده به روشنی عرف را جایگزین اراده طرفین قرار داده است. مواد ۲۸۰، ۳۷۵ و ۳۴۴ قانون مدنی از دیگر مصادیق بارز ایفای نقش عرف به عنوان مفسر قرارداد و اراده طرفین است. در کنوانسیون وین مبنای اعتبار عرف، اراده ضمنی متعاقدين می‌باشد و موارد ناآگاهی طرفین را باید به عنوان امری استثنایی و در حکم آگاهی آنان دانست.

ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران الفاظ عقود را بر معانی عرفیه حمل نموده است. بنابراین، مرجع حل اختلاف در تفسیر قرارداد در وهله اول موظف است که معنای عرفی عبارات و الفاظ موجود در قرارداد را بر سایر معانی مرجح بداند؛ مگر اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آنها اثبات نماید که قصد و اراده باطنی وی برخلاف این معنای ظاهری عرفی است. زیرا در حقوق

ایران، ارادهٔ باطنی اولویت دارد و در تفسیر قرارداد معیار شخصی پذیرفته شده است. مادهٔ ۲۲۴ قانون مدنی تا حدود زیادی مشابه بند ۲ مادهٔ ۸ کنوانسیون است.

مادهٔ ۸ کنوانسیون وین متضمن قواعدی راجع به تفسیر اظهارات و اعمال طرفین قرارداد است. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عرف در تفسیر قرارداد دارای نقش اساسی است، چراکه بر اساس بند ۲ مادهٔ ۸: «در صورت غیرقابل اعمال بودن بند پیشین (معیار شخصی)، اظهارات و رفتار هریک از طرفین باید مطابق با استنباط یک فرد متعارف از همان صنف در اوضاع و احوال مشابه تفسیر گردد.» بنابراین، کنوانسیون از معیار مختلط، یعنی ترکیبی از معیار شخصی و نوعی در تفسیر قرارداد پیروی می‌نماید؛ به این معنی که چنانچه تلاش برای احراز قصد واقعی و شخصی متعاقدين بی‌نتیجه ماند (بند ۱ مادهٔ ۸ کنوانسیون)، بند ۲ مادهٔ ۸ به‌عنوان راهحل نهایی «استنباط یک فرد متعارف از صنف متعاقدين در همان اوضاع و احوال مشابه خارجی» را ملاک قرار می‌دهد. قطع نظر از اینکه تفسیر بر طبق ارادهٔ باطنی یک طرف (معیار بند ۱ مادهٔ ۸) یا بر طبق معنای متعارف اظهارات و اعمال (بند ۲ مادهٔ ۸) انجام گیرد، بند ۳ مادهٔ ۸ کنوانسیون، مجموعه‌ای از عناصر و اوضاع و احوالی را بیان می‌کند که باید در جریان تفسیر مورد توجه قرار گیرند. یکی از مهم‌ترین این اوضاع و احوال، عرف است. همچنین به رویه معمولیه فیما بین متعاقدين نیز به‌عنوان یکی از این عناصر تفسیر در بند ۳ مادهٔ ۸ کنوانسیون اشاره شده است که با توجه به تعریفی که حقوقدانان از عبارت «عادت» در حقوق ایران بیان داشته‌اند، به‌نظر می‌رسد که رویه معمول به در بند ۳ مادهٔ ۸ کنوانسیون، مشابه نهاد «عادت قراردادی» در نظام حقوقی ایران و در قانون مدنی است.

منابع

(الف) فارسی

- السان، مصطفی (۱۳۸۵)، «جایگاه قصد در تفسیر قراردادها»، ماهنامه کانون، آذر، ش ۶۵، ص ۲۸-۱۵.
- الماسی، نجادعلی و طباطبایی، سیداحمد (۱۳۸۹)، «شرط ضمنی عرفی مطالعه موردی ذیل مادهٔ ۳۵۶ قانون مدنی، قاعده یا استثنا؟»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش ۲، ص ۲۰۶-۱۸۹.
- آل‌کجاف، حسین (۱۳۹۳)، «جایگاه عرف در تجارت الکترونیکی بین‌المللی»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، سال سوم، ش ۲، پاییز و زمستان، (پیاپی ۶)، ص ۳۷-۲۹.
- جعفری فشارکی، محمد و خالقی‌پور، نرگس (۱۳۸۹)، «مفهوم اصل حقیقت و نقش آن در تفسیر قراردادها»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ششم، ش ۱۹، بهار، ص ۶۲-۴۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، دورهٔ حقوق مدنی، حقوق تعهدات، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲ و ۴، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حبیبی، محمود (۱۳۹۲)، تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی، چ ۲، تهران: نشر میزان.
- خسروی‌نیا، بابک (۱۳۹۱)، «قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، ش ۲، پاییز و زمستان، ص ۹۳-۸۳.

- زمانی، محمود (۱۳۹۰)، عرف و عادت در نظم حقوقی ایران، چ ۱، تهران: انتشارات جاودانه.
- سلطان احمدی، جلال (۱۳۸۹)، تأثیر عرف در تفسیر قرارداد، چ ۱، تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چ ۵، تهران: مجد.
- صفایی، حسین (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ ۱۴، تهران: نشر میزان.
- صفایی، حسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر (۱۳۹۲)، حقوق بیع بین‌المللی، بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و آمریکا، چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- علمی یزدی، حمیدرضا و بابازاده، بابک (۱۳۸۹)، «شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، ش ۲۹، تابستان، ص ۲۷۰-۲۲۵.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۷۶)، «حل اختلافات قراردادی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۶، بهار، ص ۷۰-۵۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۰، ص ۳۰۹-۲۷۷.
- (۱۳۸۵)، فلسفه حقوق، منابع حقوق، ج ۲ و ۳، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، آثار قرارداد، ج ۳، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۸۸)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۷۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گوود، روی ام (۱۳۸۶)، «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، مترجم: حمیدرضا علمی یزدی، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست‌جمهوری، بهار و تابستان، ش ۳۶، ص ۲۴۱-۲۰۱.
- میرزایی، اقبالعلی (۱۳۹۰)، «قانون متروک، مبانی، مفهوم و مصادیق»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، تابستان، ش ۷۴، ص ۱۰۲-۶۹.

ب) منابع خارجی

Bonell, Michael Joachim (1987), in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Italy., Giuffrè: Milan: A Giuffrè Editore, S.p.A.

Ch. Pamboukis (2005-2006), "The Concept and Function of Usages in The United Nations Convention on The International Sale of Goods", Journal of Law and Commerce, Vol. 25:107.

Coetzee, Juana (2015), "The Role and Function of Trade Usage in Modern International Sales Law", Unif. L. Rev, 10 July, Vol. 20. Pp. 243-270.

Danilenko, G.M (1983), Law-Making in the International Community, Dodrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers.

Enderlein, Fritz & Dietrich Maskow (1992), 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, Oceana Publications.

Eörsi, Gyula (1984), International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, Hungary: Published in Galston & Smit ed, Reproduction authorized by juris publishing.

Farnsworth, E. Allan (1987), in Bianca-Bonell Commentary on the International.

Abstract

Interpretation is the removal of ambiguous points and the elimination of contract summaries in order to discover and verify the speaker's intention and to recognize the nature and determination of the purpose and effects of the contract, which is done by a judge or arbitrator. In Iranian law, the inner will of the parties to the contract has priority, and a personal criterion has been set for the interpretation of the contract. However, due to the fact that it is often difficult or even impossible to discover and verify the real intention of people, and the judge cannot reach the real and inner will of the people according to the circumstances, the conventional meaning of words and actions is inevitably used as a criterion for interpretation (Art. 224 of the Civil Code); Unless it is proven that the real intention of the parties was otherwise. Article 8 of the Convention on the International Sale of Goods accepts a combination of two personal and general criteria in the interpretation of the contract. Based on this, in the first place, the discovery of the common intention of the parties is the criterion, and if this cannot be achieved for conventional and reasonable reasons, the contract is finally interpreted according to some standard; That is, in order to resolve the ambiguous and dark points of the words and expressions of the contract, one should pay attention to the objective events, external aspects and the inference of a conventional person from the group of contracting parties in similar situations.

Keywords: international sales, commercial custom, custom and habit.