

**بررسی تطبیقی عرف و رسوم تجاری در حقوق  
ایران و اسناد بین المللی**

[www.ketab.ir](http://www.ketab.ir)

نویسنده : فائزه مسعودی

سرشناسه	مسعودی، فائزه، ۱۳۵۷ -
عنوان قراردادی	ایران. قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور	بررسی تطبیقی عرف و رسوم تجاری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی/ نویسنده فائزه مسعودی.
مشخصات نشر	تهران: شاپرک سرخ، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	۲۲۱ ص.
شابک	۹۷۸-۶۰۰-۸۴۳۵-۷۵-۴: ریال ۱۵۰۰۰۰
وضعیت فهرست نویسی	فیا
یادداشت	کتابنامه: ص. ۲۱۳ - ۲۲۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.
موضوع	عرف - ایران
موضوع	Customary law -- Iran
موضوع	عرف (فقه) -- ایران
موضوع	Customary law (Islamic law) -- Iran
موضوع	Commercial law
موضوع	حقوق تجارت -- ایران
موضوع	Commercial law -- Iran
رده بندی کنگ	۱۳۹۵/م۵ب۴/کMH۲۵۰
رده بندی درسی	۵۰۹۵۵/۲۳۰:
شماره کتابشناختی ملی	۲۴۶۸۹۰۷:

عنوان: بررسی تطبیقی عرف و رسوم تجاری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

نویسنده: فائزه مسعودی

نوبت چاپ: اول زمستان ۱۳۹۵

ناشر: شاپرک سرخ

چاپ و صحافی: شاپرک

شمارگان: ۱۰۰۰

قیمت: ۱۵۰۰۰ تومان

شماره شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۸۴۳۵-۷۵-۴

انتشارات شاپرک سرخ

تهران، میدان انقلاب اسلامی، ابتدای خیابان آزادی، کوچه شهید جنتی، پلاک ۲۴

واحد ۱

۰۹۱۲-۲۱۴۴۶۰۰

۰۲۱-۶۶۹۳۳۷۴۶

www.shaparac.com

کلیه حقوق مادی و معنوی اثر متعلق به نویسنده بود و هرگونه تکثیر و کپی برداری از این کتاب غیر قانونی میباشد و پیگرد قانونی خواهد داشت

## پیشگفتار:

گرچه علی‌الاصول الزام متعاملین در قرارداد محدود به مواردی است که با اراده خویش وارد قصد مشترک کرده‌اند و بدین لحاظ بیشتر تعهدات آنها مسبوق به پیش‌بینی در قرارداد خویش است؛ با وجود این بر اساس اقتضای روابط انسانی نمی‌توان از طرفین قرارداد پیش‌بینی همه چیز را انتظار داشت. براین اساس عرف و عادت نقش برجسته‌ای در تعیین اراده‌ی احتمالی طرفین، تعهدات آنها و آثار قرارداد دارد. در قانون مدنی ایران مواد بسیاری به عرف اشاره صریح شده است همانند مواد ۱۳ و ۶۸ و ۲۲۰ و ۲۲۵ و ۳۴۱...۱۰۵۶ و بسیاری موارد رجوع ضمنی به عرف وجود دارد همانند عرف در حق انتفاع و بیع و عرف در روابط مالکان مجاور... هر جا سخن از استفاده متعارف یا بحث از تعدد و تفریط است؛ تنها با یاری خواستن از عرف است که می‌توان این عبارات را در معادین مختلف تصریح و عادلانه داورى کرد. در بررسی مواد مرتبط با عرف در اسناد بین‌المللی این نتیجه حاصل شد که اگرچه نص عبارت ماده (۲) قانون CISG و ماده (۲) قانون PECL یکسان نیست. به نظر می‌رسد که قانون PECL می‌تواند به تفسیر و کاربرد ماده (۲) قانون CISG کمک نماید زیرا معیارهایی که در ماده (۲) قانون CISG بیان شده اند می‌توانند مطابق با معیارهایی که در ماده (۲) : ۱۰۵: ۱ قانون PECL بیان شده‌اند تفسیر گردند. با استفاده از عرف‌ها طرفین می‌توانند در وقت و در نتیجه در پول خود صرفه‌جویی نمایند. زیرا مجبور نیستند در رابطه با هر یک از جزئیات توافق، به بحث و بررسی بپردازند.

باتوجه به ماده ۹ کنوانسیون یک تازه وارد یا یک تاجر خارجی، به صورت معقول نمی‌تواند هیچ اطلاعی از عرف موجود، داشته باشد. در حالی که براساس بند ۲ ماده ۱-۱۰۵ اصول حقوق قراردادهای اروپا، عرفی که به عنوان یک ملاک قانونی تلقی

می‌شود، نسبت به تمامی افراد در آن محدوده قابل اعمال خواهد بود و رعایت آن حتی از سوی افراد تازه وارد و تجار خارجی نیز الزامی است.

به نظر می‌رسد قانون تجارت ایران که مصوب ۱۳۱۱ و اصلاح شده در سال ۱۳۴۷ می‌باشد اکنون ۴۵ سال (قریب نیم قرن) از اصلاح آن گذشته است و در مقابل پیشرفت‌ها و روابط تجاری وسیع دارای پیکری نحیف و فرسوده است، شدیداً نیازمند رسامی و بازنگری کلی است و یکی از مواردی که به وضوح در این قانون جای آن خالی نیست، موادی در مورد لازم الاجرا بودن عرف‌ها و رسوم تجاری می‌باشد.

واژگان کلیدی: عرف، رسوم تجاری، حقوق بین‌الملل، حقوق ایران

www.ketab.ir

۵	..... پیشگفتار :
۱۱	..... مقدمه
۱۵	..... فصل اول: کلیات
۱۶	..... ۱-۱- مفهوم شناسی عرف ؛ رسم و عادت
۱۶	..... ۱-۱-۱- معنای لغوی عرف
۲۳	..... ۱-۱-۲- معنای لغوی عادت
۲۵	..... ۱-۱-۳- معنای لغوی رسم
۲۶	..... ۱-۱-۴- معنای اصطلاحی عرف
۳۸	..... واژگان مرتبط با عرف در متون انگلیسی
۴۰	..... ۱-۲- جایگاه عرف در منابع فقهی و حقوقی
۴۱	..... ۱-۲-۱- عرف در منابع فقه
۵۰	..... ۱-۲-۲- جایگاه عرف در منابع حقوقی
۵۹	..... ۱-۲-۳- جایگاه عرف در حقوق ایران و واد مرتبط با آن
۷۹	..... فصل دوم: تبیین جایگاه و ماهیت عرف و رسم در سه سند بین المللی
۸۰	..... مقدمه
۸۰	..... ۱-۲- جایگاه عرف و رسوم تجاری در CISG
۸۱	..... ۱-۱-۲- تبیین نظریه اعتبار عرف در قلمرو کنوانسیون
۸۸	..... ۱-۲-۲- اهمیت عرفهای تجاری و ماده ۹
۸۹	..... ۱-۲-۳- عرفهای مورد توافق
۹۰	..... ۱-۲-۴- عرف های قابل اجرا به طور نوعی
۹۲	..... ۱-۲-۵- تئوری های بنیادین در مورد عرف در ماده ۹
۹۳	..... ۱-۲-۶- اثبات عرف و عادت
۹۴	..... ۱-۲-۷- نمونه هایی از ارجاع به عرف و رسوم تجاری در غیر ماده CISG ۹
۹۵	..... ۱-۲-۸- بررسی تطبیقی ماده ۹ با حقوق ایران
۹۸	..... ۱-۲-۲- جایگاه عرف و رسوم تجاری در اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدوا UPICC
۹۸	..... ۱-۲-۲-۱- مختصری در مورد یونیدوا
۱۰۱	..... ۱-۲-۲-۲- عرف در ماده ۹:۱ از اصول قراردادهای یونیدوا UPICC

- ۱۰۲-۲-۳- چرا باید حقوق قراردادهای یکسان سازی شود؟.....
- ۱۰۶-۲-۴- نظر مخالفان یکسان سازی.....
- ۱۰۷-۲-۵- نتیجه گیری (مقایسه ماده ۹: یونیدوا با ماده ۹ CISG).....
- ۱۰۸-۲-۳- جایگاه عرف و رسوم تجاری در اصول قراردادهای اروپا PECL.....
- ۱۱۱-۲-۳-۱- کمیسیون لاندو.....
- ۱۱۲-۲-۳-۲- عرف و عادت در ماده ۱:۱۰۵ اصول قراردادهای اروپا (PECL).....
- ۱۱۶-۲-۴- مقایسه ی سه سند.....
- ۱۱۶-۲-۴-۱- پیش نویس طرح مشترک مرجع (DCFR).....
- ۱۱۷-۲-۴-۲- محتوا.....
- ۱۱۸-۲-۴-۳- اصول.....
- ۱۱۹-۲-۴-۴- قواعد نمونه.....
- ۱۱۹-۲-۴-۲- مقایسه اصول قراردادهای اروپا (PECL) با پیشنویس طرح مشترک مرجع (DCFR).....
- ۱۲۰-۲-۴-۲- مقایسه کلی اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) با اصول قراردادهای تجاری بین المللی (UPICC).....
- ۱۲۱-۲-۴-۴- مقایسه اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) و کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG).....
- ۱۳۴.....
- ۱۳۷- فصل سوم: تطبیق عرف و رسوم تجاری با حقوق ایران و شاندهار آن.....**
- ۱۳۸-۳-۱- بررسی تطبیقی ماده PECL: ۱۰۵.....
- ۱۳۸-۳-۱-۱- تطبیق با حقوق ایران.....
- ۱۳۹-۳-۱-۲- مقایسه با سایر اسناد.....
- ۱۴۲-۳-۲- اعتبار عرف و رسوم تجاری از منظر اسناد و قوانین.....
- ۱۴۲-۳-۲-۱- تفسیر قرارداد با توجه به اوضاع و احوال مرتبط و حسن نیت.....
- ۱۴۴-۳-۲-۲- اوضاع و احوال مرتبط با قرارداد در حقوق ایران.....
- ۱۴۶-۳-۲-۳- ارزش قانونی عرفها و رسوم تجاری.....
- ۱۴۸-۳-۲-۴- تمایز میان عرف ها، عادات تجاری و سنت.....
- ۱۵۱-۳-۲-۵- نتیجه گیری.....
- ۱۵۸-۳-۳- اعتبار عرف و رسوم تجاری از منظر رویهی بینالمللی.....

۱۵۸	.....	۱-۳-۳- شروط ثبت کتبی
۱۶۲	.....	۲-۳-۳- ادله غیرمکتوب
۱۶۶	.....	۴-۳-۳- مقررات پیشنهاد و شرط قیمت مفتوح
۱۶۸	.....	۵-۳-۳- سکوت
۱۷۳	.....	۴-۳- آرای داوری بر مبنای عرف تجاری در ایران
۱۷۴	.....	۱-۴-۳- پرونده اول
۱۸۱	.....	۲-۴-۳- پرونده دوم
۱۸۷	.....	۳-۴-۳- پرونده سوم
۱۹۵	.....	۵-۳- مقایسه ماده ۱:۱۰۵ PECL با ماده ۹ CISG
۱۹۵	.....	۱-۵-۳- الگوی کال ماده ۱:۱۰۵؛ قانون PECL و ماده ۹ قانون CISG
۱۹۶	.....	۲-۵-۳- رسوم تجاری و عرف ها
۱۹۷	.....	۳-۵-۳- تفاوت در حدود اختیار ماده ۹ CISG و ماده ۱:۱۰۵ PECL
۲۰۲	.....	۴-۵-۳- نتیجه گیری
۲۰۳	.....	نتیجه گیری و پیشنهادها
۲۰۶	.....	عرف در CISG
۲۰۸	.....	مقایسه ی ماده ۹ کنوانسیون با ماده ۱-۹ یونیدرا
۲۰۹	.....	مقایسه ماده ۹ کنوانسیون با ماده ۱:۱۰۵ اصول قراردادهای اروپا
۲۱۳	.....	منابع فارسی
۲۲۱	.....	فهرست علائم اختصاری

اعتبار عرف به عنوان یک منبع حقوقی قابل تردید نیست حتی عرف حادث بعد از قانونگذاری نیز می‌تواند به عنوان یک منبع حقوقی تلقی شده و گاهی نیز به عنوان منبع تفسیری مورد استفاده قرار گیرد. در قوانین موضوعی ایران، عرف مسلم یعنی عرفی که در نتیجه تکرار و انس افراد به آن، مخالفت با آن ناپسند بوده و احساسات افراد را جریحه‌دار نکند و مخل نظم عمومی محسوب نشود معتبر و حجت شناخته شده است. با عنوان مثال در " ماده ۲۲۰ "قانونی مدنی آمده است 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 می‌باشد. و حتی با استفاده از مواد دیگر قانون مدنی مانند " ماده ۲۸۰ "در می‌یابیم که در صورت تعارض عرف و عادت با قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم خواهد شد. در کنفرانس ساس در شهر وین در سال ۱۹۸۰ م. برای یکنواخت سازی از طریق تمرکز بر اصول کلی قراردادهای تجاری سندی تنظیم شد با عنوان " حقوق بیع بین المللی " که عرف و رسوم تجاری موضوع ماده ۹ آن قرار گرفت. در دهه ۹۰ میلادی بود که شاهد به ثمر رسیدن و بروز مهم دیگر در این زمینه بودیم، اصول قراردادهای تجاری بین المللی (UPICC) که به قراردادهای تجاری بین المللی بوسیله‌ی موسسه‌ی بین المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی رم "UNIDROIT" در سال ۱۹۹۴ رایه شد؛ البته بعدها در سال ۲۰۰۴ و ۲۱۰ این اصول مورد بازنگری قرار گرفت و کاملتر شد. ماده ۱.۹ در ویرایش ۲۰۱۰ در این سند به عرف رسوم تجاری اختصاص دارد؛ همچنین اصول قراردادهای اروپا



(PECL) که نسخه اولیه این سند هم در همین سال ارایه شد؛ هنوز هم پس از گذشت ۱۰ سال همچنان معتبر است زیرا در سال ۲۰۰۴ و ۲۰۱۰ مورد اصلاحاتی چند واقع شد و مقرراتی بدان افزوده گشت؛ اخیراً این سند از سوی موسسات اروپایی به عنوان مرکز ثقل یکنواخت سازی حقوق قراردادهای در سطح اروپا به حساب می آید. در این سند نیز ماده ی ۱:۱۰۵ آن به عنوان عرف و رسوم تجاری اختصاص دارد.

در مقایسه ی مواد مربوط به عرف و عادت های تجاری در اسناد مذکور با این مطالب روبرو میشویم: عرف، عرف در مواد دیگر این اسناد چیست؟ تئوریهای پایه ای برای نگارش این مواد چیست؟ صحت و اعتبار عرف در اسناد مختلف در هر کدام چگونه است و مدارک اثبات آن بین طرفین به چه صورتی است؟ تفسیر شروط قراردادی و شروط معمول در زمان بروز اختلاف بین طرفین و در دادگاهها و سازمانهای داوری بین المللی چگونه است؟ جایگاه عرف و رسوم تجاری در کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ در مقایسه با اصول قراردادی اروپا و یونیدوا کجاست؟ تفاوت های مواد موضوعه در سه سند مذکور در تفسیر کنماتی مانند عرفی که طرفین می شناسند "و عرفی که نمی شناسند ولی بسیار شناخته شده است" "عرف معقول" در چیست؟ تطبیق عرف و رسوم تجاری در اسناد مذکور با عرف و رسوم تجاری در حقوق ایران چیست؟

در این کتاب سعی می کنم پاسخی برای پرسش های فوق بیابم و فرضیات ذیل را بررسی نمایم.

۱ - اعتبار عرف و رسوم تجاری تا آنجا قوت یافته که در رابطه‌ی تجاری بین طرفین عرفی که به آن آگاهی نداشته باشند نیز اعمال می‌شود. ۲ - عرف و رسوم تجاری در قوانین متحدالشکل تعارضی با قوانین داخلی ندارد. ۳ - یا توجه به گذشت بیش از ۴۰ سال از آخرین اصلاح قانون تجارت ایران و توجه روزافزون به عرف و رسوم بین المللی در اسناد مذکور و تقویت آن در آرای داور و احکام دادگاهها ، برای تعامل بهتر در تجارت داخلی و روابط بین‌المللی بهتر است جایگاه عرف و رسوم در قانون تجارت ایران نیز تقویت شود. در فلسفه‌ی تشکیل سازمان تجارت جهانی ذکر شده است: **تجارت به سر؛ جنگ کمتر** بر این اساس علاقه‌ی شخصی من برای تحقیق در این زمینه پیشرفت هر چه بیشتر تجارت در داخل و خارج ایران است برای داشتن اقتصادی شکوفا و شکوفا مند ایرانی با روابط صمیمانه و صلح جویانه با جهان اطراف خود. نویسنده در تهیه‌ی این کتاب از منابع در دسترس ، اعم از کتب و مقالات فارسی، عربی، انگلیسی و نیز از بزرگواران قضائی داخلی و خارجی و سایت‌های مربوطه بهره گرفته و در بررسی مقالات و پژوهشهای دانشگاهی<sup>۱</sup> موجود بررسی عرف در کنوانسیون و کتابهایی<sup>۲</sup> در مورد اصول قراردادی اروپا موجود بود ولی بررسی مقایسه‌ی این اسناد باهم و تطبیق این سه سند با حقوق ایران دیده نشد.

این کتاب شامل سه بخش می‌باشد؛ فصل اول کلیات به معانی لغوی و اصطلاحی عرف پرداخته شده است

---

۱. خدیری ، ص. ۱۳۸۰ ، عرف و نقش آن در قراردادهای خصوصی . پایان‌نامه کارشناسی ارشد . دانشگاه تهران ؛ قمی دهنوی ، م. ۱۳۷۸ . عرف و عادت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران پایان‌نامه کارشناسی ارشد . دانشگاه شهید بهشتی

۲. شعاریان ، ۱۳۸۹ ، اصول قراردادهای اروپا و حقوق ایران ؛ داراب پور ، م. ۱۳۹۱ . حقوق بیع بین‌المللی ؛ صفایی و همکاران ، ح. ۱۳۹۰ بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی . ۱۹۸۰

در بخش دوم کیفیت تشکیل اسناد مذکور؛ جایگاه عرف و مواد مربوطه بررسی می-  
شود. و همچنین شامل مقایسه‌ی این اسناد با هم نیز می‌باشد.

بخش سوم شامل منشا اعتبار عرف و رسوم تجاری در اسناد بین‌المللی و همچنین  
بررسی تطبیقی مواد مذکور با حقوق ایران می‌باشد. در قسمت آخر این فصل به  
آرای که با توجه به عرف در رویه‌ی بین‌المللی صادر شده‌اند و آرای داوری مرتبط با  
عرف در ایران پرداخته شده‌است.

ومن الله توفیق.