

پذیرش عرف تجاری فراملی در حقوق ایران

(تاریخ دریافت: ۷ آذر ۱۳۹۶ - تاریخ پذیرش: ۸ بهمن ۱۳۹۷)

حمیدرضا علومی یزدی *

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

رضا حاذق پور: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

چکیده

عرف تجاری فراملی، جزئی از اجزای حقوق عرفی بازرگانی و مهم‌ترین منبع قاعده‌ساز آن است که مبتنی بر رفتارها و رویه‌های تجاری ثابت و تکرار شده است. علی‌رغم پذیرش و اعمال عرف تجاری در روابط بازرگانی، هنوز ابهامات حقوقی نسبت به ماهیت، نحوه استناد، شناسایی و مبنای الزام‌آور بودن آن - به عنوان قاعده حقوقی در رویه محاکم داخلی - وجود دارد. از آنجا که در تجارت بین‌الملل به نوعی، قانون‌گذاری بین‌المللی وجود ندارد، گاهی نقش عرف تجاری که در عرصه و رسته‌های مختلف تجارت شکل می‌گیرد برجسته‌تر می‌شود. انعکاس عرف تجاری فراملی در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی، سبب رفع تردیدهایی در اعتبار و الزام‌آور بودن آن شده و تمایل به پذیرش و اعمال مقررات عرف تجاری در روابط بازرگانی افزایش یافته است. اکنون در نظام حقوقی ایران و رویه محاکم داخلی، استناد به عرف و مقررات شناخته‌شده متداول تجاری و اعمال آن بر اختلافات در روابط تجاری، مورد توجه قرار گرفته همچنین در قانون مدنی امکان استناد به قواعد عرفی و قانون مرضی‌الطرفین در موارد خاصی به رسمیت شناخته شده است. این موضوع ممکن است مبنایی برای توسل به عرف تجاری فراملی به‌مثابه قانون منتخب و حاکم بر اختلاف از سوی محاکم داخلی باشد و از سوی دیگر می‌توان آثار پذیرش عرف بازرگانی فراملی را در نظام حاکم بر روابط تجاری به‌روشنی دریافت. در پژوهش حاضر، ویژگی‌های عرف تجاری فراملی، پایه‌های حقوقی پذیرش و اجرای این قواعد عرفی و رویکرد رویه قضایی بررسی شده است.

کلید واژه‌ها: حقوق عرفی، رویه قضایی تجاری، عرف تجاری فراملی

مقدمه

از دیدگاه تاریخی، عرف تجاری فراملی هم‌پای توسعه روابط تجاری گسترش یافته است؛ زیرا روابط مذکور همواره از حیطه قانون‌گذاری و اعمال قواعد یک‌جانبه فاصله داشته‌اند؛ از این‌رو می‌توان پذیرفت شکل‌گیری روابط تجاری میان افرادی از تمدن‌های مختلف و اعمال قواعد تجاری ملی در رابطه مذکور را دشوار می‌کند لذا همین نیاز تجاری به قواعد حقوقی مستقل از حقوق ملی در روابط بازرگانی خارجی از مهم‌ترین دلایل تشکیل و توسعه عرف تجاری است. از سوی دیگر لزوم رعایت الزامات تجاری مانند اصل سرعت در دعاوی تجاری، از دیگر دلایل توسعه عرف‌های تجاری است؛ بنابراین عرف تجاری فراملی از دیرباز همگام با شکل‌گیری اولین روابط تجاری فراملی وجود داشته و در قالب چارچوب حقوقی و به‌صورت مستقل از اراده دولت‌ها در خلال توسعه روابط تجاری تجار پدید آمده و توسعه یافته است.

گفتنی است پذیرش عرف بازرگانی فراملی در مراجع مختلف قضایی، داوری و... با تردیدهایی مواجه بوده است. اگرچه دولت‌ها در فرایند ایجاد و اعمال عرف تجاری نقش ندارند، اما در دادگاه‌های داخلی اجرای عرف فراملی تا اندازه زیادی به دولت و مقررات قانون داخلی بستگی دارد. اینکه عرف به‌مثابه نظام خودبسنده (مستقل) قابل اعمال در روابط تجاری است یا فقط در کنار قانون حاکم، اعمال‌شدنی هستند تا اندازه زیادی بستگی دارد به تعریفی که قانون از عرف ارائه می‌دهد.

طرفداران استقلال عرف تجاری فراملی، برای آن جایگاهی همسان با نظام حقوقی قائل هستند؛ یعنی اعتقاد دارند موازین این نظام حقوقی بدون مداخله اراده دولت‌ها، از سوی تجار به عنوان بازیگران خصوصی عرصه تجارت بین‌الملل شکل گرفته و توسعه یافته است. ضمانت اجرای آن نیز در چارچوب مستقل اجرا می‌شود (Rodriguez, 2002: 48). از این دیدگاه اگرچه ارتباط میان آن و دولت‌ها (به‌ویژه در حوزه شناسایی) انکارشدنی نیست، ولی این ارتباط ماهیت مستقل این نظام حقوقی را خدشه‌دار نخواهد کرد. اما مخالفان معتقدند عرف تجاری فراملی در روابط تجاری متداول و به‌ویژه در حل و فصل اختلافات راهگشاست، البته به اعمال حمایت یا پذیرش قانونی برای اجرا در مرزهای داخلی نیاز دارد (Schmitthoff, 1987: 16). مخالفان خودبسنده بودن عرف تجاری برای آن تنها به اندازه نظام تکمیلی اعتبار قائل هستند نه نظام اصلی اولیه. این نظریه منکر اعمال

عرف تجاری به مثابه نظام خودبسنده می‌شود؛ بنابراین تلاش می‌کند عرف تجاری را تنها در مواردی بر روابط تجاری اعمال‌شدنی بداند که قواعد و مقررات داخلی برای حل و فصل اختلافات تجاری راه‌حلی نداشته باشند (ibid). درباره این دو نظر باید گفت اینکه اعمال و اجرای عرف در اختلافات تجاری نیازمند پذیرش یا موافقت ضمنی قانون حاکم است، به معنای نفی خودبسنده بودن عرف تجاری نخواهد بود. در این رابطه می‌توان به عرف‌های شناخته شده‌تر بین‌المللی مانند عرف تجار (لکس مرکاتوریا)^۱ اشاره کرد که به صورت کاملاً مستقل در دعاوی تجاری اعمال می‌شود.

۱. مبنا و مفهوم عرف تجاری فراملی

درباره مفهوم عرف و ابعاد و آثار آن تردیدهای بسیاری وجود دارد. ناتوانی در تعیین مبنای مناسب حقوقی برای تحلیل اثر الزام‌آور عرف می‌تواند در تبیین مفهوم آن تأثیرگذار باشد. دلیل دشواری تعیین مبنای الزام‌آور عرف تجاری این است که به اعتقاد عمومی، تعیین قاعده حقوقی الزام‌آور کار دولت‌ها است و قواعد عرفی اثر الزام‌آور حقوقی نخواهند داشت. بر این اساس مخالفان نظریه خودبستگی عرف تجاری معتقدند مقررات حقوق تجاری عرفی به گونه‌ای نیست که بتواند مقررات جامعی برای تشکیل یک ساختار مستقل حقوقی ایجاد کند؛ یعنی عرف تجاری تنها هنگامی در رابطه تجاری اعمال‌شدنی است که آن روابط مشمول اعمال مقررات قانونی نظام حقوقی مشخصی باشد (lynch, 2003: 335)؛ در غیر این صورت عرف تجاری به تنهایی به عنوان نظام حقوقی مستقل اعمال نمی‌شود.

۱-۱. مبنای عرف تجاری فراملی

در بحث پیرامون مبنای عرف تجاری فراملی ضروری است به این پرسش پاسخ داد که چرا باید از عرف تجاری فراملی تبعیت کرد؟ نظرات متعددی درباره مبنای الزام‌آور بودن عرف وجود دارد؛ اینکه اعمال آن ناشی از اراده طرفین یا پذیرش دولت است یا خیر؟ (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱). برای تعیین مبنای الزام‌آور عرف، باید ویژگی‌های تأثیرگذار عرف را از مبنای آن که اعتقاد به

۱. لکس مرکاتوریا: حقوق عرفی بازرگانی

الزام آور بودن و پذیرش ضمنی در روابط تجاری است تفکیک کرد. به عبارت دیگر قواعد عرفی قواعدی ماهوی هستند که شکل و شرایط اعمال آن‌ها در روابط تجاری به مقررات قانونی و توافقات قراردادی بسیار وابسته است. پس مبنای عرف تجاری قانون یا قرارداد نیست، اما شرایط اعمال آن و ویژگی‌های تأثیرگذار بر اجرای عرف مانند: مقررات حاکم بر رفع اختلاف در اجرای آن و رفع تعارض از عرف‌های متعدد، به قانون و قرارداد وابسته است. مؤلفه‌هایی از قبیل: شهرت، پایداری عرف، معلوم بودن و عمومیت نیز در تعیین اثر و محدوده اعمال عرف تأثیرگذار هستند. این مؤلفه‌ها مبنای عرف را مشخص نمی‌کنند، بلکه تنها به مشخص کردن ویژگی‌های عرف مناسب می‌پردازند. مبنای الزام آور بودن عرف باید به صورت متمایزی نسبت به ویژگی‌های آن مدنظر قرار بگیرد.

نظریه‌های گوناگونی درباره مبنای الزام آور بودن عرف ارائه شده است. گروهی آن را قانون می‌دانند و معتقدند عرف به این دلیل الزام آور است که قانون‌گذار مقرر کرده است (سلجوقی، ۱۳۴۷: ۸۹). با توجه به این دیدگاه، عرف تنها در جایی معتبر است که قانون، استناد به آن را مجاز شمرده باشد، یا اینکه صراحتاً یا به طور ضمنی حکم موضوع را به عرف واگذار کرده باشد. در حکومت‌های پارلمانی، توسط ملت حق قانون‌گذاری به پارلمان واگذار شده است؛ بنابراین نمی‌توان حقی را که پیش‌تر واگذار شده است، بار دیگر با ایجاد قاعده عرفی استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۴۷، ج ۲: ۴۹۲). به اعتقاد عده‌ای دیگر، ریشه مبنای الزام عرف در وجدان عمومی نهفته است. قانون و عرف هر دو در وجدان عمومی ریشه دارند؛ با این تفاوت که قانون با واسطه از آن الهام می‌گیرد، اما عرف محصول مستقیم وجدان عمومی است (همان، ۴۹۳). براساس این تعریف مبنای الزام آور عرف، اعتقاد عمومی در جامعه ملی یا محلی یا جهانی به الزام آور بودن و ضرورت اجرای آن در روابط تجاری است.

در مقابل عده‌ای دیگر عرف را به شروط ضمنی قرارداد مبتنی می‌کنند و مبنای الزام آور عرف را به اراده ضمنی طرفین پیوند می‌دهند (صفایی، ۱۳۹۰: ۱۴۴). به موجب این نظریه، آنچه طرفین قرارداد را متعهد می‌کند؛ اراده آنان است و هر قاعده الزام آور باید به اراده طرفین قرارداد مستند باشد. در نتیجه طرفین زمانی به رعایت عرف تجاری ملزم هستند که از آن آگاهی داشته باشند. این نظر معیار آگاهی طرفین از عرف را معیار شخصی معرفی می‌کند؛ یعنی اگر طرفین از عرف آگاه نباشند، اعمال قواعد عرفی در روابط آن‌ها مقدور نیست؛ درحالی‌که به نظر می‌رسد معیار اعمال

عرف، معیار آگاهی نوعی است؛ یعنی اگر قاعده عرفی به اندازه‌ای شناخته شده باشد که اعضای صنعت یا تجارتی خاص با اعتقاد به الزام‌آور بودن به آن عمل کنند، سایر اعضای آن صنعت یا فعالان تجاری نیز متعهد به اعمال قاعده عرفی شناخته شده هستند. بر این اساس، در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی آمده است: «فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌باید وقوف می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص به‌طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فی‌مابین یا برای انعقاد آن حاکم ساخته‌اند»؛ بنابراین آگاهی یا ناآگاهی طرفین قرارداد نمی‌تواند مانع اجرای آن باشد.

از دیدگاه عده‌ای دیگر، عرف زمانی الزام‌آور است که در آرای دادگاه‌ها یا آرای داوری منعکس شده باشد. طرفداران نظریه مذکور با توجه به چگونگی توسعه حقوق عرفی در انگلستان، تبدیل عادات و رسوم را به قاعده حقوقی نتیجه تنفیذ آن در رویه قضایی می‌دانند؛ یعنی عادت و رسوم اجتماعی در صورتی به قاعده حقوقی تبدیل می‌شود که محاکم مفاد آن‌ها را به این عنوان بپذیرند و حکومت بدین وسیله اجرای آن مواد خام اجتماعی را تضمین و به جهان حقوق هدایت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۲: ۴۹۶). این نظریه چندان با واقعیت موجود درباره عرف سازگاری ندارد؛ زیرا رویه قضایی حداکثر می‌تواند منشأ تشکیل عرف باشد نه مبنای آن؛ بنابراین رویه قضایی تنها می‌تواند عرف موجود را به رسمیت بشناسد یا از آن استفاده کند.

نظریه مبنای قانونی، قراردادی و... بیشتر درباره عرف‌های داخلی ارائه شده است. ماهیت عرف در عرصه تجارت بین‌الملل با آنچه در حقوق داخلی مطالعه شده یکسان نیست؛ بنابراین در نقد این نظریه‌ها و امکان یا عدم امکان انطباق آن‌ها با عرف تجاری فراملی و درنهایت یافتن مبنایی برای عرف تجاری فراملی به‌مثابه منبع درجه اول حقوق عرفی بازرگانی می‌توان گفت که در همه کشورها بسیاری از قواعد عرفی پیش از قانون وجود داشته است؛ پس نمی‌توان مبنای عرف را منحصرأ قانون دانست. اگر قانون منشأ اعتبار عرف باشد، قواعد عرفی که در دوران قبل از قوانین مکتوب در جوامع وجود داشته‌اند و بر روابط افراد حاکم بوده‌اند، چگونه به وجود آمده‌اند؟ صرف‌نظر از این ایراد، در نظام بازرگانی فراملی، قانون‌گذار جهانی وجود ندارد که بتوان مبنای الزام عرف تجاری را به اراده او مستند کرد.

علاوه بر این وجدان عمومی جامعه بازرگانان جهانی مشابه آنچه در حقوق داخلی از آن صحبت می‌شود وجود ندارد که بتوان ریشه و مبنای الزام عرف تجاری فراملی را به آن استناد داد. ضمن اینکه نمی‌توان عرف را محصول آرای دادگاه‌ها یا داوری دانست. قواعد عرفی پیش از اینکه در محاکم مطرح شوند؛ وجود داشته‌اند. عرف نیز اعتبار خود را از قدرت رأی محاکم نمی‌گیرد، بلکه قبل از صدور رأی محاکم چنین قواعدی بین گروه و طبقه و حرفه خاصی الزام آور بوده است.

اعمال عرف و قواعد حقوق عرفی بازرگانی در حقوق ایران، مبنای متفاوتی از اراده طرفین دارد. همان‌طور که براساس مواد ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۳۵۶ قانون مدنی ایران، مبنای الزام و اعتبار عرف نمی‌تواند ریشه در اراده طرفین قرارداد داشته باشد و حتی جهل طرفین قرارداد به عرف‌ها آن‌ها را از پابندی به عرف معاف نخواهد کرد. مهم‌تر اینکه فرو کاستن عرف تجاری فراملی تا حد اراده مستقیم طرفین خروج موضوعی از بحث دارد؛ زیرا در مقام بررسی عرف تجاری فراملی به عنوان منبع مستقل و قاعده‌ساز حقوق عرفی بازرگانی هستیم؛ بنابراین مبنای عرف فراتر از توافق ضمنی طرفین است و اراده ضمنی و توافق طرفین در یک قرارداد نمی‌تواند موجب قواعد عرفی باشد. در نتیجه عرف تجاری فراملی در روابط بازرگانی فراملی جایگاهی شبیه قانون در حقوق داخلی دارد و از اراده طرفین قرارداد تجاری منفک و دارای ماهیت مستقلی است.

آگاه‌نبودن طرفین از وجود عرف تجاری نمی‌تواند بهانه‌ای برای پابندنبودن به آن باشد. همین که وجود عرف تجاری در یک تجارت خاص اثبات گردد برای طرفین الزام آور خواهد بود. همان‌گونه که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، جهل به عرف نیز رافع مسئولیت نیست. درواقع اطلاع بازرگانان رسته‌های مختلف تجاری از عرف‌های جاری در آن رسته بیش از اطلاع آن‌ها از قوانین مصوب است.

عرف تجاری فراملی از آن جهت که موجب قاعده حقوقی است، تفاوتی با قانون ندارد؛ به‌ویژه در عرصه فراملی که مرجع قانون‌گذاری نداریم، برخی حقوق‌دانان روش و الگویی را که طرفین در قرارداد میان خود معمول می‌دارند عرف می‌دانند و از مصادیق بند یک ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی تحت عنوان عرف‌های مورد توافق نام برده‌اند. براساس این ماده «طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فی‌مابین هستند» (صفایی، ۱۳۸۴: ۳۶)، اما آنچه طرفین در قرارداد میان خود لازم‌الاتباع و مجری می‌دارند، نمی‌تواند از مصادیق عرف به‌عنوان منبع

مستقل و قاعده‌ساز حقوقی باشد، بلکه باید از آن به عنوان «رویه‌های معمول میان طرفین» یا عادات قراردادی نام برد که ریشه در اراده ضمنی طرفین قرارداد دارد. چنین رویه‌هایی فقط اگر به اندازه‌ای تکرار شوند که از هرکس در موارد مشابه انتظار رفتار به همان نحو را داشته باشیم، موجد عرف به معنای یکی از منابع حقوق هستند. در غیر این صورت، اعتبار خود را از اراده طرفین می‌گیرند و نمی‌توان آن را به عنوان منبع مستقل قاعده‌ساز تلقی کرد. مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس^۱ در پرونده منیزیم اظهار داشته: «طرفین نسبت به اجرای عرفی که به آن توافق کرده‌اند و عرفی که از هرگونه قرارداد یا شرط مغایری محفوظ مانده است؛ هر عرفی که آن‌ها نسبت به آن آگاهی داشته‌اند یا عرفی که به واسطه به کارگیری گسترده آن در تجارت بین‌الملل شناخته شده بوده و طرفین باید نسبت به آن آگاهی می‌داشتند و به‌طور مرتب از سوی طرفین قراردادهای تجاری مشابه مورد استفاده قرار گرفته است پایبند هستند»^۲.

به موجب این رأی، رویه‌ها و عرف‌های مورد توافق طرفین تنها به شرط تکرار در موارد مشابه می‌تواند موجد عرف به معنای حقوقی باشد. در برخی موارد ممکن است طرفین قرارداد، قانون داخلی کشوری را در قرارداد تجاری خود به عنوان قانون حاکم معرفی کنند و قانون آن کشور نیز در مسائلی عرف را لازم‌الاجرا تلقی کرده باشد. برای مثال در ماده ۳۵۶ قانون مدنی ایران مقرر شده: «هرچیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع 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 متعاملان جاهل بر عرف باشند». در این موارد بدیهی است در صورت تعیین قانون ایران به عنوان قانون حاکم، مبنای مناسبی برای اعمال عرف تجاری در روابط طرفین وجود خواهد داشت؛ البته نمی‌توان قانون مذکور را مبنای الزام‌آور بودن عرف دانست، بلکه قانون تنها شرایط و محدوده اعمال آموزه‌های عرفی را مشخص کرده است.

نتیجه اینکه مبنای واقعی عرف تجاری فراملی، ضرورت‌های تجاری و خواست‌های طبیعی جامعه بازرگانان در عرصه تجارت بین‌الملل است. جامعه بازرگانان در هر رسته و صنف خاصی

1. Court of Arbitration - Paris

2. ICC, 19950000. (1995). Available from URL:

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html> > last seen 14/05/2017

برای رفع موانع و مشکلات تجاری خود روش‌ها و رفتارهایی را به وجود آورده‌اند و آن‌ها را در سطح بین‌المللی توسعه و گسترش داده‌اند. این رفتارها به‌اندازه‌ای تکرار شده که از هرکس در موارد مشابه انتظار می‌رود به همان نحو رفتار کند. عنصر معنوی عرف - که اعتقاد بر الزام‌آوردن آن است- نیز به‌طور غیرمستقیم به اراده و خواست طرفین اشاره دارد. اراده اعضای جامعه مفهومی کلی است؛ به همین دلیل نیز عنصر تکرار در عرف تجاری اهمیت دارد. به هر حال درباره مبنای عرف، توافقی میان نویسندگان داخلی وجود ندارد. برخی مبنای آن را اراده طرفین می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۳۱) و عده‌ای قانون را مبنای عرف معرفی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۳: ۴۶)، در مقابل این دو نظر می‌توان گفت: مبنای عرف، ضرورت‌های تجاری و اراده و خواست جمعی اعضای جامعه نسبت به اعمال قواعد مشخص است. در این میان، توافق صریح یا ضمنی طرفین تنها می‌تواند مبنای اعمال عرف در روابط قراردادی ایشان باشد؛ در حالیکه عرف به اعتبار خرد جمعی و خواست عمومی در جامعه و یا صنف خاص جاری شده است.

۱-۲. مفهوم عرف تجاری فراملی

«عرف قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود میان مردم یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۱۲). به‌منظور اینکه رفتاری بتواند عنوان قاعده پیدا کند باید واجد دو عنصر باشد؛ رفتار مستمر و مکرر (عنصر مادی) و دوم تکرار رفتار، با اعتقاد به الزام‌آوردن باشد و از روی عادت و نزاکت نباشد (عنصر معنوی). این دو عنصر در حقوق تجارت بین‌الملل نیز وجود دارد. دیوان دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس درباره این دو رکن عرف بیان داشته است: «برای وجود عرف دو شرط باید احراز شود، نه تنها اعمال باید تکرار شده و مستمر باشد، بلکه باید به‌نوعی باشند که مورد عمل قرار گرفته و اعمال آن حاکی از این اعتقاد باشد که عمل مزبور الزامی بوده است» (میرعباسی، ۱۳۸۹: ۱۸۹). در کنوانسیون بیع بین‌المللی، عرف تعریف نشده است (شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۷۲)، اما براساس ماده ۲۰۵-۱ مقررات تجاری متحدالشکل آمریکا^۱ «عرف تجاری هر رویه یا روشی است که متداولاً در محل، موضوع یا حرفه خاصی رعایت می‌شود؛ به‌گونه‌ای که انتظار طرف را از رعایت آن در معامله موردنظر

توجیه می‌کند». بنابراین عرف تجاری زمانی به وجود می‌آید که تْجَار نسبت به وجود رفتار مشخص به مثابه قاعده‌ای الزام‌آور اعتقاد پیدا کرده باشند.

در تعریف عرف تجاری فراملی می‌توان گفت قواعد و رویه‌های ثابتی است که به واسطه ارتباطات تجاری میان تجار و بازرگانان از کشورهای مختلف شکل گرفته است و از این نظر صبغه بین‌المللی یافته‌اند. این رفتار به‌طور مستقیم از جامعه بازرگانان ناشی شده است که صالح‌ترین افراد برای وضع قاعده حقوقی برای خود هستند. در واقع عرف تجاری دارای ویژگی‌هایی مانند: مشروعیت، شهرت کافی، داشتن سابقه، با قدمت بودن، پایداری بودن، استمرار در اجرا توسط تجار مختلف و در زمان‌های گوناگون، معقول بودن، معلوم بودن، بین‌المللی بودن و عمومیت داشتن است. در تعیین مصداق عرف تجاری فراملی باید این ویژگی‌ها مدنظر قرار بگیرد. مقررات تجاری متحدالشکل آمریکا عرف تجاری را هر نوع عملکرد یا روش معاملی می‌داند که در مکان یا کسب و پیشه‌ای در تجارت معین آن‌چنان منظم رعایت می‌شود که انتظار رعایت توأم با احترام در معاملات را توجیه می‌کند و وجود و محدوده عرف تجاری باید به عنوان واقعیت اثبات شود.^۱

با توجه به اینکه لکس مرکاتوریا (حقوق عرفی بازرگانی) در ابتدا تنها عرف‌های تجاری فراملی بودند که میان تجار در عرصه بین‌المللی رواج داشتند، دو اصطلاح عرف تجاری و لکس مرکاتوریا را یکی می‌دانستند که ماهیتاً به‌نوعی به رویه پذیرفته‌شده تجاری بین‌المللی اشاره داشتند، اما امروزه عرف تجاری فراملی یکی از منابع حقوق عرفی بازرگانی است و لکس مرکاتوریا منابع متعدد دیگری غیر از عرف تجاری فراملی، از جمله اصول کلی حقوقی دارد.

۱-۳. منابع عرف تجاری

در حقوق داخلی منابع حقوق در چهار دسته قانون، عرف، رویه قضایی و دکترین مطالعه و بررسی شده‌اند. بیان کردیم که عرف تجاری یکی از منابع بسیار مهم حقوق عرفی بازرگانی است. در دعوای تجاری بین‌المللی با توجه به اینکه قانون‌گذار بین‌المللی نداریم و موضوع نیز در قلمرو حاکمیت یک دولت نیست، داوران و دادرسان در رسیدگی به اختلاف باید درصدد یافتن حقوق حاکم بر دعوا باشند. در این میان، عرف تجاری به عنوان مهم‌ترین منبع حقوق عرفی بازرگانی

1. For purposes of this act, a "usage of trade". Add. 2012, Act 86, Eff. July 1, 2013.

می‌تواند برای قواعد حقوقی حاکم بر دعوا انتخاب شود. آنچه مسلم است عرف و رویه تجاری منبع خاص ندارند؛ یعنی نمی‌توان متن مشخصی را به عنوان منبع عرف ارائه داد. از دیدگاه منطقی می‌توان منبع عرف را هر رفتاری دانست که در میان تجار تکرار می‌شود و اعتقاد ذهنی الزام‌آور درباره آن وجود دارد. البته درباره تعیین منابع عرف تجاری فراملی اتفاق‌نظری میان نویسندگان و حقوق‌دانان به وجود نیامده است. منبع حقوق عرفی تجاری^۱ (که عرف تجاری هم یکی از منابع این حقوق است) قواعدی می‌باشند که تحت عنوان لکس مركاتوريا در اروپا تجميع و گردآوری شده است (Barger, 1999: 62).

عرف تجاری، نظام حقوقی پویایی است و نمی‌توان منبع مشخصی برای آن نام برد. حقوق بازرگانان عمدتاً از عرف‌های تجاری و اصول کلی حقوقی تشکیل شده است (جنیدی، ۱۳۹۴: ۲۲۲)، اما در معنای موسع، عناصر تشکیل‌دهنده حقوق بازرگانان، حقوق بین‌الملل عمومی، اینکوترمز^۲، قواعد متحدالشکل و... خواهد بود. از منظر گلدمن، عرف‌های تجاری و اصول کلی حقوقی، منابع اصلی حقوق عرفی بازرگانی تلقی می‌شوند (Goldman, 1986: 114).

۲. ماهیت عرف تجاری فراملی

تعیین ماهیت عرف تجاری فراملی و ارتباط آن با حقوق داخلی، مهم‌ترین مسئله اختلافی میان حقوق‌دانان است. این تشتت آرا بر تعریف و تبیین ویژگی‌های عرف تجاری فراملی نیز تأثیرگذار خواهد بود.

تعیین ماهیت و ویژگی‌های عرف تجاری فراملی به نگرش درباره ماهیت عرف تجاری فراملی بستگی دارد؛ زیرا تعریف عرف تجاری فراملی و تبیین ماهیت آن در رویکرد پوزیتیویست، مبتنی بر نقش دولت‌ها در ایجاد موازن قانونی است. در این رویکرد، تأکید بر عنصر ضمانت اجرا است. در واقع عرف تجاری فراملی را تنها به واسطه پذیرش و استناد محاکم داخلی به آن و در قالب نظریه اثرپذیری حقوق داخلی از حقوق فراملی به رسمیت می‌شناسند (Mazzacano, 2008: 2).

۱. حقوق عرفی تجاری با عرف تجاری متفاوت هستند، می‌توان گفت عرف تجاری یکی از منابع و عناصر حقوق عرفی تجاری هستند و برای حقوق عرفی منابع و عناصر متعدد دیگری نیز دارد مانند قوانین نمونه، کنوانسیون‌ها و...

2. Incoterms: international commercial terms.

براساس نظریه مذکور، ماهیت مستقل این موازین خارج از اراده دولت‌ها پذیرفته نیست. مهم‌ترین عامل در چنین ماهیت مستقلی نیز نبود ضمانت اجرای دولتی برای موازینی خارج از چارچوب حقوق داخلی است؛ بنابراین حقوق عرفی مستقل از اراده دولت‌ها به رسمیت شناخته نشده است؛ درحالی‌که رویکرد مخالف با استناد به ضمانت اجرای مستقل از اراده دولت‌ها، حقوق عرفی را نیز مستقل از آن تلقی کرده‌اند (ibid, 2).

براساس نظریه‌ای دیگر، عرف تجاری فراملی نظامی خودبسنده تلقی می‌شود. در این صورت نظام حقوقی خودبسنده، نظامی متضمن قواعد اولیه حاکم بر تعیین حقوق و تکالیف مخاطبان و قواعد ثانویه است که متضمن سازوکارهای تضمین اجرا و حل و فصل اختلافات هستند (سادات میدانی، ۱۳۸۹: ۲۶۴). به اعتقاد طرفداران نظریه خودبستگی عرف تجاری فراملی، این چارچوب حقوقی نه تنها مشتمل بر قواعد حاکم بر مسائل تجاری فراملی است، بلکه تضمینات اجرای موازین عرفی مذکور نیز خارج از حوزه حقوق داخلی و در قالب عرف تجاری فراملی در آن گنجانیده و توسعه داده شده است.

همچنین طرفداران خودبستگی عرف تجاری معتقدند که مشخصه بارز این نظام حقوقی، ماهیت خصوصی واضعان آن، یعنی جامعه تجار از زمان‌های دور تاکنون است. درواقع تکرار یکنواخت روش‌ها میان تجار از گذشته تاکنون به توسعه و تدوین قواعد مذکور انجامیده؛ تا جایی که به واسطه هماهنگی این قواعد با مقتضیات تجارت فرامرزی، علی‌رغم وجود قوانین داخلی خاص، عرف مذکور میان تجار متداول شده و توسعه یافته است؛ بنابراین در نظر ایشان واضعان این نظام حقوقی، تاجران خصوصی هستند که در عرصه فرامرزی نیز به تجارت مشغول‌اند. به اعتقاد گلدمن، که از طرفداران مستقل بودن عرف تجاری فراملی است. این عرف «یک دسته از اصول کلی و قواعد عرفی است که به صورت خودبه‌خود به چارچوب تجارت بین‌المللی ارجاع یا در آن چارچوب ایجاد می‌شود؛ بدون اینکه به نظام حقوق ملی خاصی ارجاع شده باشد» (Goldman, 1986, :178) یا «نظامی است برای تجارت بین‌المللی که به صورت خودبه‌خود و روبه‌گسترش توسط جامعه بازرگانان ایجاد می‌شود» (ibid:178). از منظر دیگر، خصیصه بارز عرف تجاری فراملی، عرفی بودن، نانوشته بودن، غیرموضوعه و غیرقراردادی بودن است (گود، ۱۳۸۶: ۲۰۳).

مبنای استدلال طرفداران نظریه خودمختاری عرف تجاری این است که عرف با ترکیب دو عنصر تکرار و تداوم ضمن اعتقاد به الزام آور بودن آن، در زمره قواعد حقوقی قرار می‌گیرد؛ لذا برای قانونی شدن نیز به ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده در قوانین داخلی و طی تشریفات شکلی نیازی نیست (Jemieniak, 2005:178). در مقابل، مخالفان نظریه خودبستگی عرف تجاری فراملی اعتقاد دارند هر قاعده حقوقی باید در قالب مقررات کلی نظام‌های حقوقی داخلی یا بین‌الملل تحلیل شود. به عبارت دیگر اگر عرف تجاری نتواند ابتدای خود را بر یکی از نظام‌های حقوقی اثبات کند، بی‌اعتبار خواهد بود. از نظر این‌ها، دو نظام حقوقی پذیرفتنی است؛ نظام حقوقی داخلی و نظام حقوق بین‌الملل که در حوزه روابط بین‌الملل اجرا می‌شود (ویرالی، ۱۳۶۴: ۱۷۸). درواقع این رویکردی است که پوزیتیویست‌ها^۱ اتخاذ کرده‌اند و معتقدند عرف تجاری فراملی مجموعه موازینی است که تنها با ابتدای حقوق داخلی و با ضمانت اجرای آن در روابط فراملی اجرا خواهد شد (Berger, op.cit:40).

در برخی تعاریف از به‌کاربردن واژه حقوق به عنوان پسوند عرف فراملی امتناع شده است (دهدار، ۱۳۹۴: ۹۰)؛ زیرا برخی حقوق دانان، حتی وجود نظام حقوقی خاص مبتنی بر عرف را نفی کرده‌اند. به گفته آنان، با توجه به نبود سازوکارهای تضمین اجرای موازین عرف تجاری فراملی و علم به اینکه این موازین را قوه حاکمه وضع نکرده است، نمی‌توان آن را به عنوان نظام حقوقی تلقی کرد (dalhuisen, 2006: 167). به نظر این گروه، باید ابتدا وجود دسته‌ای از قواعد حقوقی^۲ را شناسایی و سپس اثبات نمود که این دسته از قواعد قابلیت این را دارند که به عنوان «نظام حقوقی» تلقی شوند (همان، ۱۸۸).

در این باره، اشمیتوف معتقد است عرف‌های فراملی جاری در عرصه تجارت فراملی درواقع از حقوق داخلی مستقل نیستند. این موازین درواقع مشترکات میان موازین حقوق داخلی هستند که اجرای آن‌ها منوط به پذیرش در حقوق داخلی است (Schmitthoff, 1987: 34).

۱. مبنای تحلیل پوزیتیویستی درباره حقوق عرفی بازرگانی ریشه در تعریف قانون بر مبنای این رویکرد دارد؛ چراکه در این نگرش، ضمانت اجرا مهم‌ترین عنصر یک نظام حقوقی و وجه تمایز حقوق از اخلاق است. مطابق این رویکرد، نظام حقوقی اساساً ناشی از سازوکارهای دولتی است

درمورد ارتباط حقوق داخلی و عرف تجاری فراملی در کنار رویکردهای گفته شده، نگرش سومی نیز وجود دارد که به موجب آن تحقق ضمانت اجرا در نظام حقوقی همواره مستلزم تعریف سازوکار اجرایی در حوزه حقوق داخلی نیست. چنانچه امروزه حقوق بین الملل با توسل به سازوکارهای فراتر از قوانین داخلی در عرصه بین المللی در دولت ها پذیرفته و استفاده شده است؛ بنابراین چنانچه مهم ترین عامل نپذیرفتن استقلال عرف تجاری فراملی را نبود ضمانت اجرا یا ضرورت استعانت از تضمینات داخلی در اجرای آنان بدانیم، می توان بر این باور بود که با بازتعریف مفهوم ضمانت اجراها، به ویژه با نگرش به موازین بین المللی، چنین خللی رفع و انکار می شود.

در میان نظریه های ذکر شده، نظریه خودبستگی و استقلال عرف تجاری هماهنگی بیشتری با واقعیت موجود دارد. با وجود این، استقلال عرف تجاری فراملی نیز مطلق به نظر نمی رسد. درواقع عرف تجاری فراملی به عنوان نسل نوین و پیشرفته لکس مرکاتوریا، به طور کامل به حقوق داخلی وابسته نیست، اما منشأ آن را نمی توان صرفاً در موازین و رویه ها جست و جو کرد (Mazzacano, 2008: 2). در نتیجه استقلال خودبستگی عرف تجاری مطلق نیست و بررسی تاریخی حکایت از تعاملات میان حقوق داخلی و عرف تجاری فراملی دارد.

به بیان دیگر، موازین عرف تجاری فراملی به عنوان نظام حقوقی، در صورت تجویز حکم قانون قابلیت اعمال بر روابط طرفین را خواهد داشت. در این صورت به مسئله استقلال نسبی خواهیم رسید. درواقع درباره نظام های خودبسته از جمله عرف بازرگانی فراملی، بحث های بسیاری بر سر استقلال آن ها یا وابستگی نسبی این نظام ها مطرح می شود (کدخدایی، ۱۳۷۶: ۱۱). از آنجا که برخی منابع این رژیم حقوقی خودبسته، در نظام های داخلی نیز به مثابه منبع قانون گذاری مطرح می شوند، باید برای بازرگانی فراملی قائل به استقلال نسبی شد. اعطای استقلال مطلق به این نظام ممکن است برخی چالش های مربوط در استناد به این قواعد را تحت الشعاع قرار دهد و نظام های داخلی، میل چندانی به استناد به قواعد این نظام حقوقی نشان ندهند.

۲-۲. ماهیت عرف تجاری فراملی و ارتباط با حقوق داخلی ایران

در نظام حقوقی ایران، دو رویکرد عمده درباره ماهیت عرف و مبنای الزام به آن مطرح است. با توجه به رویکرد نخست، الزام به عرف مبتنی بر اراده طرفین است؛ در نتیجه اراده طرفین مبنای التزام آن ها است؛ بنابراین چنین عرفی به طور مستقل موجد قاعده حقوقی نیست. عرف تجاری

فراملی در این معنا به عنوان نظام قانونی خودبسنده مطرح نمی‌شود. همچنین به عنوان نظامی که ورای اراده طرفین به واسطه تداوم در تکرار یکنواخت و منطبق با عدالت و انصاف حتی در صورت عدم اشاره از سوی طرفین بر روابطشان حاکم باشد نخواهد بود، بلکه ارزش و اعتبار آن تنها در قالب شروط ضمن عقد قرار می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۳۱).

به موجب رویکرد دوم، اعتبار و حاکمیت موازین عرفی مبتنی بر اراده جمعی است و اراده فردی و توافقات طرفین نمی‌تواند مبنای عرفی تلقی شود. طرفداران نظریه دوم، مواد ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۳۵۶ قانون مدنی را گویای این واقعیت می‌دانند. در این میان، ملاک آگاهی درباره عرف در نظر ایشان ملاک نوعی است و ناآگاهی شخصی طرفین، مانعی برای اجرای حکم عرفی تلقی نمی‌شود. به عقیده آن‌ها عرف مانند قانون، قاعده حقوقی ایجاد می‌کند و لازم‌الاجرا و نسبت به طرفین مجراست (امیر معزی، ۱۳۹۰: ۴۲۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۶).

درباره ارتباط میان عرف و قانون مصادیقی در متون قانونی وجود دارد که بیانگر پذیرش عرف و اعمال عرف تجاری در روابط بازرگانی در موارد مشخص شده است. برای مثال براساس مقررات قانون مدنی، ضمان تعهدی مبنی بر نقل ذمه به ذمه است؛ درحالی‌که در نظام حاکم بر روابط تجاری مشمول قانون تجارت، ضمان تعهدی است ضم ذمه به ذمه (سماواتی، ۱۳۷۸: ۸۵). در این موارد، قواعد حقوقی به نفع عرف تجاری حاکم تعدیل و قواعد عرفی ترجیح داده شده‌اند.

۳. پذیرش عرف تجاری فراملی در ایران

مهم‌ترین دلیل و مبنای استفاده از حقوق عرفی بازرگانی در عرصه تجارت بین‌المللی، نیازهای تجاری و توانایی عرف تجاری در تأمین این نیازها به نسبت قوانین داخلی بوده است. به بیان دیگر، خلأهای ناشی از قانون‌گذاری‌های ملی سبب می‌شود این کمبودها با توسعه عرف‌های جدید فراملی رفع شوند. البته ممکن است در حقوق داخلی پذیرش برخی قواعد تجارت بین‌الملل با مشکلات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه مواجه شود؛ از این رو به‌منظور حل این معضل، افراد در حقوق عرفی بازرگانی، ورای مقررات ملی، قواعد و آموزه‌های فراملی را همراه با ملاحظات داخلی و برای استحکام تعهدات تجاری ایجاد می‌کنند. پس نیازهای تجاری یکی از دلایل توسعه عرف تجاری هستند. اگر در روابط تجاری طرفین این نیازها وجود داشته باشند، بدیهی است می‌توان در روابط ایشان اعمال حکم عرفی را به استناد توافق ضمنی توجیه کرد.

امروزه اعتقاد کلی بر این است که تجارت بین‌المللی دیگر توسط حقوق ملی و دادگاه‌های دولتی اداره نمی‌شود، بلکه از دیدگاه دادرسی، دعاوی تجاری تمایل به استفاده از داوری و از دیدگاه قانون حاکم، تمایل به استفاده از عرف تجاری یا قواعد عرفی تجار دارد (Lambert, 1934: 498). در نتیجه اینکه، تنظیم روابط میان تجار، موجب توسعه عرف تجاری فراملی فارغ از قواعد نظام حقوقی داخلی شده است.

مصادیق پذیرش عرف تجاری فراملی در نظام حقوقی ایران را می‌توان در مرحله وضع قوانین، اجرای موازین و همچنین استقبال طرفین قرارداد در استناد و انتخاب این موازین در قراردادهای خصوصی بررسی کرد که در ادامه ضمن تحلیل هریک از این موارد به بررسی مبانی و شرایط ویژه هر مرحله خواهیم پرداخت.

۳-۱. مرحله وضع قوانین در ایران

عرف تجاری بین‌المللی گاهی در قوانین داخلی به مثابه قاعده تعیین‌کننده روابط و تعهدات بررسی می‌شود؛ از این رو تنها نمی‌توان به استناد تعریف عرف در متون بین‌المللی، به اجرای آن در دعاوی داخلی حکم داد. در حقوق بین‌الملل گاهی با مقرراتی مانند اصول و قواعد ارائه شده از سوی مؤسسه «یکنواخت کردن حقوق خصوصی»^۱ روبه‌رو می‌شویم. این قواعد تا زمانی که در قالب قانون یا مقررات داخلی تدوین و تصویب نشوند، جنبه الزام‌آور به خود نخواهند گرفت؛ مگر اینکه طرفین رابطه تجاری صراحتاً بر اعمال آن‌ها توافق حاصل کنند. رویکرد این نهادهای بین‌المللی تدوین متنی است که بر تمام قراردادها اعمال می‌شود، اما نمی‌توان آن را مقرراتی برای کارآمد ساختن حقوق داخلی تلقی کرد (بونل، ۱۳۸۸: ۳۲۱)؛ بنابراین اگرچه لازم نیست حکم ماهوی عرف در قانون داخلی مشخص شود، ضروری است قانون‌گذار ضمن تعریف مفهوم عرف، گستره آن، مبنای اعمال عرف و شرایط آن، ضوابط اعمال و چگونگی اجرا و به کارگیری عرف تجاری فراملی یا رفع تعارض از عرف‌های مختلف را در قانون موضوعه مشخص کند؛ از این رو رابطه عرف و قانون رابطه ظریفی است. اگر حکم ماهوی عرف در قالب قانون مشخص شود، عنوان قانون به خود می‌گیرد، اما اگر قانون تنها مبنا و چگونگی اعمال عرف را مشخص کند، به

1. International Institute for the Unification of Private Law

معنی پذیرش عرف تجاری در قانون داخلی است.

در قانون تجارت ایران و لایحه قانونی ۱۳۴۷ اشاره‌ای مستقیم به عرف تجاری نشده است، اما گاهی بسیاری از تعهدات تجاری طرفین مشمول احکام عرفی قرار گرفته است. برای مثال براساس ماده ۳۴۹ قانون تجارت: «اگر دلال برخلاف وظیفه خود نسبت به کسی که به او مأموریت داده به نفع طرف دیگر معامله اقدام نماید و یا برخلاف عرف تجارتی محل، از طرف مزبور وجهی دریافت و یا وعده وجهی را قبول کند، مستحق اجرت و مخارجی که کرده نخواهد بود و...». موارد متعددی دیگری درباره قراردادهای تجاری مانند دلالی، حق‌العمل کاری، تصدی حمل‌ونقل و... وجود دارد که به استناد آن طرفین رابطه تجاری ملزم به اجرای عرف تجاری شده‌اند. بدیهی است منظور از عرف در این قانون عرف تجاری داخلی است که میان تاجر و نماینده او یا حق‌العمل کار و... پدید آمده و معتبر است.

عرف تجاری به مفهوم اخص آن در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مدنظر قرار گرفته است. قانون مذکور از این جهت که برای نخستین بار رژیم حقوقی داوری تجاری بین‌المللی را در ایران قانون‌مند کرده است، تحول مهمی به شمار می‌رود (جنیدی، ۱۳۷۸: ۲۲). ماده ۲۷ این قانون در باب قانون حاکم بر ماهیت دعوا، مرتبط با مبحث حاضر است و طی آن به طرفین آزادی و اختیار کامل در باب انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا اعطا شده است. براساس این ماده «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین درباره ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد». اطلاق عبارت «قواعد حقوقی» در قانون مذکور شامل ارجاع و اعمال عرف تجاری فراملی از سوی طرفین نیز خواهد شد. در نتیجه قانون اختیار وسیعی برای تعیین قواعد و مقررات حاکم اعم از قانون داخلی کشورها و عرف تجاری و... برای طرفین قائل شده است. عبارت «قواعد حقوقی» به کار گرفته شده در این ماده به‌جای واژه «قانون یک کشور»^۱ چنین تفسیری از متن ماده ۲۷ را توجیه می‌کند. براساس بند چهارم این ماده، داور با توجه به شرایط قرارداد تصمیم‌گیری خواهد کرد و عرف بازرگانی در معامله مربوطه را در نظر خواهد داشت. باید توجه داشت که چنین قاعده‌ای پیش‌تر در قواعد داوری آنسیترال^۲ نیز پذیرفته شده است و پذیرش آن در مقررات

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 Article 28.

Rules applicable to substance of dispute.

2. Uncitral arbitration rules

داوری تجاری، زمینه اعمال و استفاده از قواعد عرفی در دادگاه‌ها را نیز فراهم می‌کند. به هر حال شاید دادگاه داخلی برای صدور رأی، به رأی داوری استناد کند و به شکل غیرمستقیم مفاد قاعده عرفی را بپذیرد یا به صورت مستقیم استدلال داور را پذیرفته و قاعده عرفی را اعمال کند؛ بنابراین اگرچه مفاد ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در داوری تجاری اختیار اعمال قواعد عرفی را به داور اعطا کرده است، این مسئله می‌تواند زمینه‌ساز پذیرش قواعد عرفی در دادرسی دادگاه‌ها نیز باشد. در برخی قوانین نیز امکان اعمال قواعد ماهوی عرفی مطرح شده است. برای مثال در ماده ۱۹۴ قانون دریایی ایران آمده است: «در مواردی که در این قانون یا سایر قوانین کشور پیش‌بینی نشده است، ملاک اصول و عرف بین‌المللی خواهد بود»؛ از این رو امکان رجوع به عرف تجاری فراملی هنگام سکوت قانون را پذیرفته است.

در قانون تجارت الکترونیک تمایل مشخصی به پذیرش عرف‌های خاصی که در مبادلات بازرگانی به شیوه الکترونیک پدید می‌آیند، وجود دارد. به استناد ماده ۵ قانون مذکور هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است. در مواردی می‌توان حتی عرف را نیز در تغییر داده پیام‌ها تأثیرگذار دانست. برای مثال با توجه به عرف تجارت الکترونیک، در مواردی که احتمال افشای اطلاعات وجود دارد، از محیط امن برای انتقال داده‌های تجاری استفاده می‌شود. اینکه اساساً در قرارداد تجاری الکترونیکی استفاده از محیط امن شرط شده باشد یا نه، تأثیری در تعهد طرفین ندارد. به هر حال استفاده نکردن از محیط امن و ایجاد خسارت به یکی از طرفین قرارداد از دیدگاه عرف تجاری الکترونیکی موجب مسئولیت طرف مقابل خواهد شد (آل کجفاف، ۱۳۹۳: ۳۶).

در قانون یاد شده اشاره‌ای صریح به عرف نشده است، اما می‌توان حکم مواد ۴ و ۵ این قانون که محاکم را در موارد سکوت یا اجمال قانون به اعمال سایر قوانین یا توافقات طرفین ارجاع داده و تغییر در شرایط ارسال داده پیام و... را با توافق طرفین امکان‌پذیر دانسته است، بیانگر تمایل قانون‌گذار ایران به اجرای عرف بازرگانی جدیدی دانست که در روابط تجاری الکترونیک ایجاد می‌شود. درواقع در ایران قوانینی مانند: قانون داوری تجاری و قانون تجارت الکترونیک عرف تجاری را پذیرفته است، اما چگونگی اعمال قواعد عرفی یا اصول شکلی اعمال آن‌ها در کنار قانون حاکم و... مشخص نیست.

درنهایت اینکه در حقوق ایران مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی میان دولت ایران و

سایر دولت‌ها منعقد شده باشد در حکم قانون است. چنانچه ایران عضو کنوانسیون بین‌المللی‌ای باشد که در آن به عرف استناد شده است، می‌توان این استناد را نمونه‌ای از پذیرش عرف در نظام حقوقی داخلی دانست و به استناد آن موضع حقوقی ایران درباره عرف تجاری را مشخص کرد. در برخی معاهدات مانند کنوانسیون اروپایی، داوری تجاری بین‌المللی^۱ صراحتاً به عرف تجاری به عنوان منبع حقوقی اشاره می‌کند، اما ایران عضو کنوانسیون مذکور نیست. در برخی متون دیگر مانند بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا، به لزوم اجرای عرف بازرگانی در روابط ناشی از بیع اشاره شده است، اما ایران به کنوانسیون مذکور نپیوسته است، یا مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی «اصول و قواعد قابل اعمال بر عرف تجاری فراملی» را ارائه داده است که با توجه به عضویت ایران در این مؤسسه، می‌توان قواعد مذکور را در تعریف و تعیین عرف تجاری در نظام حقوقی کشورمان به کار گرفت؛ البته قواعد مؤسسه مذکور در نظام حقوق بین‌الملل قاعده لازم‌الاجرا تلقی نمی‌شود (Ralf, 2014: 668)، در همین حال می‌توان برای تفسیر مفاهیم مربوط به عرف تجاری در نظام داخلی کشور یا توسعه مقررات داخلی به عنوان منبع از آن بهره برد. برای مثال در بند ب قسمت چهارم مقدمه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدرویت)^۲ ۲۰۱۰ این مؤسسه مقرر شده که اگر طرفین بر اجرای قانون داخلی توافق نکرده باشند، این امر اماره رضایت آن‌ها به اعمال عرف در روابط تجاری فی‌مابین است؛ یعنی در تفاسیر قرارداد بین‌المللی، عرف تجاری حتی جانشین قانون مسکوت خواهد بود و مراجع داخلی می‌توانند این مقرر را برای تدوین قوانین مربوط به عرف اعمال کنند.

۳-۲. اعمال مقررات عرفی در رویه دادگاه‌های ایران

از دیگر ویژگی‌های عرف تجاری، پذیرش آن در رویه داوری‌ها و دادگاه‌های مختلف است. حتی در مواردی عرف را تعیین‌کننده قواعد کلی دانسته‌اند که سایر قوانین باید براساس آن ارزیابی و تفسیر شود. در رأی شماره ۳۶/د/۸۷/۱۵/۲۰۶ صادره از مرکز داوری اتاق بازرگانی، اعمال

1. European convention on international commercial arbitration Geneva on 21st April 1961.

2. UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, 2010

مقررات تجاری فراملی به عنوان عرف مسلم آمده است (کاکاوند، ۱۳۸۹: ۱۵۰). در این رأی خواهان خسارت تأخیر در انجام تعهد را از خواننده مطالبه می‌کند که به موجب قرارداد میزان خسارت تأخیر در تحویل کالاهای موضوع قرارداد از ثمن معامله بیشتر می‌شده است. داور منفرد با تفسیر بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و ماده ۴۲ قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، انتخاب مجموعه «قواعد حقوقی» به جای نظام حقوقی کشور خاص را مجاز دانسته است. همچنین با استناد به قانون نمونه آنستیرال در داوری تجاری بین‌المللی ۱۹۸۵ (ماده ۱۸) و ماده ۱۳-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و ماده ۷ قطعنامه شماره ۳ (۷۸) مصوب ۲۰ ژانویه ۱۹۷۸ کمیته وزیران شورای اروپا با تعدیل خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد اقدام به صدور رأی می‌کند.

در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۶۱۰۸۰۰۵۵۸ مورخ ۸ مهر ۱۳۹۳ شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی کرج، موضوع پرونده کلاسه ۹۳۰۳۶۰، دادگاه ضمانت بانکی را زاییده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی بازرگانان می‌داند، در این دادنامه آمده است: ضمانت‌نامه بانکی را باید یک پدیده جدید به حساب آورد که زاییده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی است. درخصوص ماهیت این پدیده جدید اتفاق نظر چندانی در میان نویسندگان حقوقی و رویه قضایی مربوط به آن به وجود نیامده است... با این حال دیدگاه‌های مطرح در این زمینه در یک نقطه مشترک هستند و آن اینکه قواعد حاکم بر این پدیده جدید عمدتاً جنبه فراملی دارند که در بررسی و تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه نباید از نظر دور بمانند. این سند ساخته عرف تجاری و رویه بانکداری است [به عبارتی] شرایط و قواعد معینی است که در قالب هیچ‌یک از نهادهای سنتی حقوق ما نمی‌گنجد. ضمانت‌نامه مستقل بانکی، قراردادی تجاری است که باید آن را در زمره عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاری ساخته قوانین داخلی نیست، بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجاری بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاری و مقررات نهادهایی نظیر

۱. ماده ۸: «مبلغ توافق شده نباید به وسیله دادگاه یا داور تقلیل یابد مگر اینکه مبلغ توافق شده به طور اساسی نامتناسب با خسارات وارده به متعهدله باشد.»

۳. ماده ۷: «چنانچه مبلغ توافق شده به طور آشکار گزاف باشد، ممکن است دادگاه آن را تقلیل دهد، به ویژه اگر بخشی از تعهد انجام شده باشد، توافق خلاف این ماده باطل است.»

اتاق بازرگانی بین‌المللی و آنستیرال) کسب کرده است. مسائل حقوقی ضمانت‌نامه بانکی را باید براساس ماهیت، مکانیسم و اهداف خاص آن و نیز قواعد فراملی حاکم بر آن تحلیل کرد و پاسخ داد. درواقع بسیاری از قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه، ناشی از توسعه و اصلاح قواعد ملی درباره نهادهای مشابه است و تأکید بر فراملی بودن ضمانت‌نامه، تنها به این دلیل است که با ضمانت‌نامه‌های بانکی استفاده شده در تجارت بین‌المللی نباید مانند نهادهای ملی برخورد کرد، بلکه باید آن‌ها را در سطحی فراملی ارزیابی کرد و در اعمال قواعد و قوانین حقوق ملی نسبت به آن‌ها، ویژگی‌های خاص ضمانت‌نامه را در نظر گرفت و اصلاحات لازم را در قواعد مذکور اعمال کرد. به‌ویژه اینکه باید از اعمال اصول و قواعد مغایر با عرف و رویه تجاری بین‌المللی نسبت به این ابزار خودداری نمود». در این رأی قاضی ضمن پذیرش و اعمال عرف تجاری، آن را تعیین‌کننده قواعد کلی دانسته و سایر مقررات را براساس آن ارزیابی و تفسیر کرده است.

در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۹۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۷/۸ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز، که حکم دادگاه در پذیرش خسارت عدم نفع و تأخیر تأدیه مبتنی بر عرف تجاری بوده است. لکن در قسمت دیگری گفته: «نظر به اینکه از تاریخ ۸ مرداد ۱۳۸۷ (برگشت چک) تا ۲۵ مهر ۱۳۸۹ مطالبه (طرح دادخواست) حدود دو سال سپری شده و خواهان جهت مطالبه اقدام نکرده است، به نظر می‌رسد خواهان تکلیف داشته است در مدت معقولی نسبت به مطالبه وجه چک اقدام می‌کرده است. خودداری از مطالبه (اقامه دعوی) نیز در این مدت حاکی از منصرف بودن خواهان از مطالبه وجه در مدت مذکور بوده و خسارات تأخیر تأدیه تنها برای مدتی تعلق می‌گیرد که دین مطالبه شده باشد؛ بنابراین نسبت به این قسمت خواسته خواهان مبنی بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ سررسید تا تاریخ تقدیم دادخواست رأی بر بی‌حقی خواهان صادر می‌شود.»

در این رأی مقررات عرف تجاری بر تعریف خسارت تأخیر تأدیه در نظر دادگاه تأثیر داشته است. به‌طور کلی در این تعریف خسارت تأخیر تأدیه به استناد عرف، خسارتی است که بدون توجه به کاهش ارزش مال به‌صرف تأخیر به آن تعلق می‌گیرد. این عبارت در ماده ۳۰۴ قانون تجارت هم به کار رفته است. مطابق این ماده «خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که به‌واسطه عدم تأدیه اعتراض شده است، از روز اعتراض و خسارت تأخیر تأدیه مخارج اعتراض و مخارج برات رجوعی فقط از روز اقامه دعوی محسوب می‌شود.» به نظر می‌رسد در حقوق امروز معنای

حقیقی خسارت تأخیر، زیانی است که صرف تأخیر به بار آورده و مدیون، افزون بر رد اصل پول باید آن را نیز جبران کند. این امر به مثابه قاعده تکمیلی عرفی در برابر نظراتی که خسارت را منوط به کاهش ارزش پول طی مدت تأخیر تأدیه می‌دانند ترجیح داده شده است.

در ماده ۷۸ کنوانسیون وین نیز تأخیر در پرداخت ثمن موجب استحقاق بایع به مطالبه بهره می‌شود. به عبارت دیگر، کنوانسیون درباره تأخیر در پرداخت وجه نقد از واژه خسارت استفاده نکرده و به جای آن کلمه «بهره» را به کار برده است؛ البته مطالبه بهره فی‌نفسه تأثیری در حق مطالبه سایر خسارات نخواهد داشت. تفاوت این دو خسارت در این است که در ایران قانون‌گذار در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مفهوم واقعی خسارت را در نظر داشته است. برای مثال چنانچه طی مدتی که مدیون از بازپرداخت بدهی استنکاف نموده است ارزش پول تغییری نکند، یا آنکه ارزش آن بیشتر شود پرداخت خسارت موردی پیدا نمی‌کند؛ درحالی‌که کنوانسیون فرض را بر این گذاشته که با پرداخت نکردن خسارت از جانب مدیون، دائن متضرر می‌شود. درواقع اماره‌ای مبنی بر ایراد خسارت به دائن در مواردی که مدیون در پرداخت تأخیر می‌کند ایجاد کرده است.

درباره دادنامه بالا و مبنای آن باید اذعان کرد که دادگاه در صدور آن به عرف بازرگانی بیشتر از قانون توجه داشته است. در عرف بازرگانی زمانی که تأخیر مستند به فعل متضرر باشد، دیگر از خسارت تأخیر تأدیه و پرداخت آن حمایت نمی‌شود؛ درحالی‌که براساس قانون صدور چک و نظریه مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۷۷ منظور از عبارت «کلیه خسارات و هزینه‌های لازم از قبیل هزینه‌های دادرسی... مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۰/خرداد/۱۳۷۶مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق‌الوکاله براساس تعرفه‌های قانونی است.» در قانون ایران زمان تعلق خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ چک محاسبه می‌شود نه از تاریخ اقامه دعوا، اما در عرف تجاری ایران تأخیر نامعقول دارنده چک با هدف افزایش مبلغ خسارت تأخیر تأدیه، مشمول حکم کلی قانون‌گذار نیست و در این رأی دادگاه به دلیل رعایت نکردن اصل حسن نیت و براساس انصاف و قاعده عرف تجاری، خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ طرح دعوی محاسبه کرده است. در این رابطه می‌توان به ماده ۴۲ قانون متحدالشکل درباره چک (کنوانسیون راجع به قانون

متحدالشکل درباره چک^۱ نیز استناد کرد. به استناد ماده ۴۲ مذکور، تأخیر دارنده چک در وصول وجه آن سبب خواهد شد تا حق وی بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه با تردید مواجه شود. با توجه به عضویت نداشتن ایران در کنوانسیون یاد شده تنها می‌توان اقدام دادگاه در صدور رأی مذکور را براساس عرف بازرگانی توجیه کرد.

در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۹۰۳ مورخ ۳۰ مهر ۱۳۹۱ شعبه ۱۸۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران اینگونه استدلال و حکم شده که: «به دلایل زیر دعوا محکوم به رد است: ۱. در متن چک‌ها قید شده در وجه (ج) بابت خرید یک دستگاه چاپ؛ پس منشأ صدور چک‌ها قرارداد عادی ۳/ آبان/ ۱۳۸۸ فی مابین (ج) به عنوان فروشنده و (ب) به عنوان خریدار بوده که فروشنده متعهد به نصب و راه اندازی آن است. سپس به جهت حدوث اختلاف در اجرای قرارداد، خریدار ناگزیر به اقامه دعوی در محکمه حقوقی شده و الزام فروشنده به ایفای تعهد را خواسته است. در همان دعوا آقای الف که خود وکیل دادگستری بوده، وکیل فروشنده بوده است. ۲. فروشنده برخلاف انصاف و عدالت، چک‌های موضوع خواسته را به وکیل خود یعنی خواهان این پرونده داده تا به عنوان دارنده اسناد تجاری رأساً آن‌ها را مطالبه کند و در قبال دفاعیات خوانده به وصف تجاری چک و فقدان هر گونه رابطه حقوقی خواهان و خوانده استناد کند، اما آنچه برای محکمه مهم و تکلیف است، اجرای عدالت به معنای واقعی است. اقدام فروشنده به انتقال چک‌ها آن هم به وکیل خود که در جریان کامل موضوع بوده اقدامی ناعادلانه و سوءاستفاده از اوصاف تجردی اسناد تجاری و به ضرر غیر است. خواهان این دعوا نیز کاملاً از جریان این موضوع و اختلاف اطلاع دارد و نمی‌تواند دارنده با حسن نیت شناخته شود تا مستحق دریافت وجوه آن اسناد باشد.»

در این رأی مشخص شده که دادگاه می‌تواند به استناد اصل انصاف، وصف تجردی اسناد تجاری را نیز در صدور رأی در نظر نگیرد و تنها به استناد اصل انصاف که یکی از اصول مسلم حقوقی است به صدور رأی اقدام کند. باید توجه داشت که قسمت اخیر ماده ۲۱ قانون متحدالشکل درباره چک، صراحتاً دارنده با سوء نیت و دارنده‌ای را که در تحصیل چک مرتکب تقصیر فاحشی شده باشد، مستحق دریافت وجه چک نمی‌داند؛ بنابراین رعایت چنین اصول و قواعدی از ناحیه دادگاه‌های ایران می‌تواند از مصادیق عرف تجاری فراملی باشد.

۱. کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در خصوص چک.

درحقیقت عرف تجاری و اعمال آن در نزد مراجع دادرسی و داوری می‌تواند از تعارض قوانین و قواعد قابل اعمال بر اختلافات تجاری بکاهد. دعاوی تجاری به‌ویژه هنگامی که جنبه فراملی پیدا کرده‌اند، ممکن است از قوانین و مقررات مختلفی تأثیر بگیرند. همچنین ممکن است تابعیت طرفین، محل انعقاد یا اجرای قرارداد به عنوان عامل ربط در قرارداد تجاری بین‌المللی برای اعمال قانون حاکم در نظر گرفته شود، اما این معیارها در بسیاری از موارد نمی‌توانند از مشکلات ناشی از تعارض قوانین موجود بکاهند. به طور مثال ممکن است طرفین قرارداد اتباع دو کشور باشند و قرارداد در کشور ثالث منعقد و اجرای آن در کشور رابع توافق شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد قوانین داخلی هر چهار کشور قابلیت اعمال بر موضوع اختلاف را داشته باشند که درنهایت به تعارض قوانین منتهی می‌شود، اما اعمال عرف تجاری می‌تواند اختلافات ناشی از تعارض قوانین را کاهش دهد. دومین مزیت استناد به عرف تجاری در اختلاف و دعاوی این است که حقوق عرفی بازرگانی با نیازهای پیچیده دنیای تجارت سازگاری بیشتری دارد.

۴. محدودیت‌های کلی اعمال عرف بازرگانی

اعمال عرف تجاری برای حل اختلافات در نزد مراجع قضایی یا داوری با موانع و محدودیت‌های مشخصی روبه‌روست. تعارض عرف با قانون موضوعه یا تعارض میان عرف یک جامعه با عرف بین‌المللی و یا احتمال مغایرت عرف تجاری با نظم عمومی از مهم‌ترین موانع اعمال و اجرای عرف در دادرسی‌ها محسوب می‌شوند. همچنین نیاز به تفسیر توافقات یا مقرراتی که به عرف اشاره داشته‌اند، نقص و ابهام آموزه‌های عرفی و دشواری تشخیص عرف تجاری و تطبیق آن بر امور موضوعی دعوا از مهم‌ترین محدودیت‌های اعمال عرف تجاری در دادرسی هستند.

علاوه بر این‌ها عرف به‌مثابه مهم‌ترین منبع حقوق عرفی بازرگانی، ویژگی‌های متمایزی با قانون دارد و احتمال تعارض آن با اصل قانونی‌بودن دادرسی یکی دیگر از موانع بر سر راه اعمال عرف تجاری در دادگاه‌ها تلقی می‌شود. می‌توان گفت عرف در این رابطه همانند تافته جدابافته در برخی مواقع نمی‌تواند در تصمیم‌گیری‌های قضایی به مدد قاضی برسد؛ هرچند بسیاری از قضات جسارت این امر را دارند و عدالت را فدای قانون نمی‌کنند حتی و در برخی مواقع نیز جهت صدور حکم، از عرف حاکم که با عدالت سازگارتر است استفاده می‌کنند.

۴-۱. نقص و ابهام عرف تجاری فراملی

یکی از موانع اعمال عرف تجاری در روابط بازرگانان، این است که محتوای عرف تجاری فراملی مبهم است. اثبات یکنواختی و عمومیت عرف همواره مانعی بر سر راه اعمال آن در روابط تجاری خاص بوده است. به بیان دیگر، برای آنکه بتوان ضابطه عرفی را به عنوان قانونی لازم‌الاجرا حاکم بر اختلاف طرفین اعمال و اجرا کرد، ابتدا باید اثبات کرد که چنین ضابطه‌ای آن‌چنان متداول و فراگیر است که مبنای عمل تجار قرار بگیرد. از سوی دیگر محتوای آن نیز باید به‌طور قطع ثابت شود (Dalhuisen, 2006: 167).

براساس نظریه‌ای که در حقوق بین‌الملل خصوصی ارائه شده است، طرفین باید مفاد قانون یا مقررات مورد استناد را اثبات کنند. در دادرسی‌های مبتنی بر عرف تجاری، ضروری است طرفین وجود قاعده عرفی و اعتبار آن را اثبات کنند. شهادت شهود، کارشناس، نمونه‌های قراردادی، آرای پیشین یا هر دلیل دیگر و اماره‌ای ممکن است برای اثبات عرف به کار گرفته شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۱۱)؛ بنابراین با توجه به توانایی طرفین در اثبات موضع یا ادله ارائه شده ممکن است در دعاوی مشابه آرای متفاوت صادر شود. به عبارت دیگر شاید قاعده عرفی با توجه به ادله ارائه شده از سوی طرفین پذیرش شود. علاوه بر این اثبات وجود عرف هم موجب اطاله دادرسی و هم افزایش هزینه‌ها می‌شود. در نتیجه افزایش هزینه‌ها و اطاله دادرسی را نیز می‌توان از دیگر دشواری‌های اعمال عرف تجاری در روابط اشخاص تلقی کرد. برای مثال استفاده از کارشناسی برای تشخیص مصادیق عرف تجاری سبب افزایش هزینه خواهد شد. همچنین نیاز است که دادگاه یا مرجع داوری برای شناخت و اعمال عرف با برخی اصول حقوقی بین‌المللی آشنایی قبلی داشته باشد. اصول حقوقی، منابع ناب حقوق عرفی بازرگانی هستند (Goldman, 1979: 178)؛ این اصول به عنوان مبنای ایجاد مجموعه قواعد بین‌المللی که در زمینه تجارت جنبه عمومی دارند نیز استفاده می‌شوند. البته انتظار آنکه قاضی داخلی به همه اصول حقوقی بین‌المللی اشراف داشته باشد، امکان‌پذیر نیست. در نتیجه اشراف‌نداشتن قضات به اصول حقوقی نیز یکی دیگر از دشواری‌ها و موانع اعمال عرف تجاری است.

۴-۲. دشواربودن تشخیص و تطبیق عرف درباره امور موضوعه

منبع اصلی عرف بازرگانی، اصول کلی حقوقی، موازین عرفی و رویه‌ای است که به واسطه ماهیت و اقتضای یکنواخت بودن پذیرفته شده است. این منابع اصولاً معطوف به مسائل کلی بوده و حکم خاص مسئله مطرح شده را به سختی می‌توان به واسطه آنان استنباط کرد. در نتیجه کلیت منابع عرف بازرگانی از دلایل دشواری اعمال عرف بازرگانی و مانعی جدی بر سر راه اعمال آن تلقی می‌شود (Karimi, Kashani and Nasiran, 2016: 3). در واقع در دعاوی مطرح شده در دادگاه‌ها، امر موضوعی مورد اختلاف همواره با عرف تجاری استناد شده تطبیق کامل و صددرصد ندارد و دادگاه برای اعمال عرف گاهی نیازمند تفسیر عرف مورد استناد است. در این موارد امکان صدور تفاسیر متعدد و متعارض از موانع اعمال عرف بازرگانی است. برای مثال در ماده ۵ بیانیه حل و فصل اختلافات ایران و آمریکا تصریح شده است که دادگاه می‌تواند به عرف بازرگانی رجوع کند. علی‌رغم اینکه در ماده مذکور اصطلاح «می‌تواند» بیانگر نوعی اختیار است، بیشتر نویسندگان کشور اعتقاد دارند دیوان داوری ملزم به رجوع به عرف است (صفایی، ۱۳۷۲: ۴۷). در نتیجه از نظر آن‌ها علی‌رغم استفاده از واژه «می‌تواند» رجوع به عرف بازرگانی الزامی است (افتخارچهرمی، ۱۳۷۳: ۴۴)؛ البته ممکن است دادگاه نظر مخالفی در این باره داشته باشد و رجوع به عرف را علی‌رغم توافق طرفین اختیاری تلقی نکند. در نهایت انتقاد از موجودیت و کلیت حقوقی عرف بازرگانی از دیدگاه نظری از دیگر موانع اعمال عرف در نزد مراجع قضایی یا داوری محسوب می‌شود. همچنین در چارچوب عرف تجاری فراملی، موازین عرفی‌ای وجود دارند که در خلال زمان توسعه یافته‌اند و در راستای رفع نیازهای تجار به‌طور خاص به اختلافات تجاری مربوط هستند. در واقع اقتضای تجارت فراملی، بستری برای پیدایش عرف‌های جدید بوده که مختص مسائل خاص است. همین پویا بودن عرف سبب شده تا اعمال آن بر دعاوی دشوار باشد. برای مثال ممکن است عرف‌هایی که در گذر زمان پدید آمده‌اند، با عرف‌های محلی در نقاط مختلف دنیا با یکدیگر تفاوت داشته باشند لذا همین پویایی و تعدد عرف‌ها و از سوی دیگر، انتخاب و اعمال عرفی خاص در روابط تجاری دشوارتر می‌نماید.

نتیجه‌گیری

در پذیرش عرف تجاری به عنوان منبع حقوق در روابط تجاری تردیدی وجود ندارد، اما نمی‌توان از ابهامات موجود بر سر راه اعمال عرف تجاری به سادگی عبور کرد. درباره مبنای اعمال عرف، نظرات متعددی ابراز شده است. برخی از این نظریه‌ها که با ماهیت عرف تجاری هماهنگی دارند و در راستای ساختار شکلی و ماهوی عرف تجاری فراملی هستند؛ از آنجا که عرف تجاری قاعده‌ای مستمر و مداوم در روابط تجاری است، به تدریج موضوعیت می‌یابد و به قاعده حقوقی تبدیل می‌شود. این قواعد و عرف‌های تجاری همچنین بر بسیاری از مقررات مربوط به حوزه تجارت نیز تأثیر گذار بوده است. البته نظریه‌های گوناگونی درباره مبانی پذیرش عرف در نظام حقوقی ایران ارائه شده است. از این میان استناد به پذیرش عرف در حقوق داخلی با توجه به موازین قانون مدنی و قانون تجارت از مهم‌ترین مبانی پذیرش عرف تجاری است. مسئله دیگر اینکه مبنای اعمال عرف تجاری با مبنای خود عرف متفاوت است؛ مبنای عرف تجاری ضرورت‌های تجاری و اراده جمعی جامعه صنفی یا تخصصی تجار است؛ درحالی‌که مبنای اعمال آن عرف بنا به مورد توافق ضمنی یا صریح طرفین است که آن‌ها با استناد به امکان پذیرش عرف تجاری فراملی در حقوق داخلی رأی داده‌اند. نظر مذکور، با این استدلال که عرف تجاری برای اثبات اثر الزام‌آور خود به قوانین و مقررات دیگر نیازی ندارد، رد شده است. به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل اعتبار عرف در روابط بازرگانی، نیازهای مبرمی است که طرفین رابطه تجاری برای تسهیل این رابطه و افزایش سرعت آن داشته‌اند؛ بنابراین سکوت قانون‌گذار در زمینه‌های خاص تجاری و نیاز طرفین روابط تجاری و درنهایت پذیرش و توافق افرادی که به آن عرف عمل می‌کنند، از مهم‌ترین دلایل پذیرش و اعمال عرف در روابط بازرگانی است.

در بسیاری از موارد ممکن است قاعده عرفی به قاعده قانونی تبدیل شود، و تغییر ماهیت دهد و از این طریق به توسعه مقررات و قوانین تجاری نیز کمک کند. بسیاری از مقررات تجاری ایران عرف‌هایی است که بازرگانان در سطح داخلی و در سطح بین‌المللی به آن پایبند بودند و در روابط خود به رعایت آن دقت می‌کردند؛ البته میزان تأثیرپذیری رویه قضایی از عرف بازرگانی فراملی نشان می‌دهد سیستم حقوقی ایران از نظر قانونی توانسته است منعکس‌کننده تحولات عرف بازرگانی فراملی باشد. با وجود این در رویه قضایی سعی شده است این خلأ تاحدودی پر شود. انعکاس حقوق بازرگانی فراملی و عرف‌های تجاری در آرای دادگاه‌های داخلی بیان‌کننده ضرورت توجه به این حقوق در عرصه‌های گوناگون قانونگذاری، قضایی و حتی اقتصادی و انطباق سیستم تجاری کشور با نیازهای روز است.

کتاب نامه منابع و مآخذ

- ◀ امیر معزی، احمد (۱۳۹۰). *داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی*. تهران: دادگستر.
- ◀ افتخار جهرمی. گودرز. (۱۳۷۳). «دیوان داوری دعاوی ایران ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل». *فصلنامه تحقیقات حقوقی*. شماره ۱۵. صص ۴۴-۵۶.
- ◀ آل کجاف. حسین (۱۳۹۳). «جایگاه عرف در تجارت الکترونیکی بین المللی». *دوفصلنامه دانش حقوق مدنی*. شماره ۶. صص ۲۹-۳۷.
- ◀ بونل، ام جی. (۱۳۸۸). «اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین المللی و هماهنگ سازی حقوق بیع بین المللی». *مجله حقوقی بین المللی*. شماره ۴۱. صص ۳۲۱-۳۳۶.
- ◀ جنیدی، لعلی. (۱۳۷۸). *نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی*. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ◀ جنیدی، لعلی. (۱۳۷۸). *قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی*. چاپ اول. تهران: میزان.
- ◀ دهدار، فرزین. (۱۳۹۴). «مبانی فلسفی بازرگانی فراملی». *مجله حقوق*. دوره ۴۴. شماره ۲. صص ۱۸۷-۲۰۶.
- ◀ سادات میدانی، سید حسین. (۱۳۸۹). «جبران خسارات افراد به دلیل نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه توسط دولت ها: حال و آینده». *سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی*. شماره سوم. صص ۲۷۵-۲۷۲.
- ◀ سلجوقی، محمد. (۱۳۴۷). *نقش عرف در حقوق مدنی ایران*. چاپ اول. تهران: لیتاف.
- ◀ سماواتی، حشمت الله. (۱۳۷۸). *حقوق تجارت*. چاپ اول. تهران: میزان.
- ◀ شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳). *اصول قراردادهای و تعهدات*. جلد دوم، چاپ سوم، تهران: مجد.
- ◀ شعاریان، ابراهیم. (۱۳۹۳). *حقوق بیع بین المللی*. چاپ اول. تهران: شهر دانش.
- ◀ صفایی، سید حسین. (۱۳۹۰). *حقوق بین الملل و داوری های بین المللی*. چاپ سوم. تهران: میزان.
- ◀ صفایی، سید حسین. (۱۳۷۲). «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعا در داوری های تجاری». *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)*. شماره ۳۰. صص ۲۵-۶۲.
- ◀ صفایی، سید حسین. (۱۳۸۳). *حقوق بیع بین المللی*. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ◀ کاتوزیان ناصر. (۱۳۹۵). *فلسفه حقوق*. چاپ نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کاتوزیان ناصر. (۱۳۹۱). *قواعد عمومی قراردادهای*. جلد سوم. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کاتوزیان ناصر. (۱۳۸۷). *کلیات حقوق*. نظریه عمومی. چاپ سوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کاکاوند، محمد. (۱۳۸۹). *گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران*. تهران: شهر دانش.
- ◀ کدخدایی، عباسعلی و عابدینی، عبدالله. (۱۳۷۶). «اوصاف خودبستگی نظام سازمان جهانی تجارت در نظام حقوقی بین المللی». *مجله حقوقی بین المللی*. نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری. سال بیست و نهم. شماره ۴۶. صص ۳۴-۸.
- ◀ گوود روی ام. (۱۳۸۶). «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی». ترجمه حمیدرضا علومی یزدی. *مجله حقوقی*. شماره سی و ششم. صص ۲۰۱-۲۰۴.
- ◀ میرعباسی، سید باقر. (۱۳۸۹). *حقوق بین الملل عمومی*. جلد اول. چاپ اول. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

◀ ویرالی، میشل (۱۳۶۴). «تئوری حقوق فراملی». ترجمه ناصر صبح‌خیز. مجله حقوق. شماره سوم. ص ۸۹-۱۰۷.

- Berger Klaus Peter. (1999). *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. London: Kluwer Law International.
- Goldman Berthold. (1986). *The Applicable Law .General Principles Of Law—The Lex Moratoria*. In Contemporary Problems in International Arbitration 1ed. London. Julian Lew Edition.
- Lynch, Katherine. (2003). *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*. Hague. Kluwer Law International publication
- Lambert, Edouard.(1934).Sources Du Droit Comparé Ou Supranational. *Législation Uniforme Et Jurisprudence Comparative*, In: *Recueil D'Etudes Sur Les Sources Du Droit*,Paris, En L'Honneur De François Géný. Iii., Sirey.
- Dalhuisen, Jh. (2009). "Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria". *Berkeley Journal Of International 'L Law* No 129; PP 129-191.
- Goldman Berthold. (1992). "Introduction in Lex Mercatoria and Arbitration". *The International Lawyer*. Vol 26. No 3. PP 850-853.
- oldman, B. (1979). "La Lex Mercatoria Dans Les Contrats Et L'arbitrages Internationaux: Réalité Et Responsabilité". *Droit international privé .travaux du Comité français de droit international privé*. No 2. PP 221-271.
- emielniak Joanna.(2005). "Legitimization Arguments in the Lex Mercatoria Cases". *International Journal for The Semiotics of Law*. Vol 18. PP 175-205
- Karimi Mohammad, Kashani Javad and Nasiran Dawood. (2016). Lex Mercatoria As An Independent Legal System,p1-25 Available At Ssrn: <Http://Ssrn.Com/Abstract=2786326.>
- opez Rodriguez, and Ana Mercedes. (2002), "Lex Mercatoria, School of Law", *Department of Private Law University of Aarhus ,Rettid journal*, PP 46-56
- azzacano, Peter. (2008). "The Lex Mercatoria as Autonomous Law". *CLEA 2008 Meetings Paper. CLPE Research Paper*. No 29. PP 1-29.
- Michaels Ralf. (2014). «The UNIDROIT Principles as global background law». *Unif. Law Reviwe*. Vol 19. PP 643-668.