

پژوهشهای حقوقی

علمی - ترویجی

شماره ۳

هزار و سیصد و نود و پنج - نیمسال دوم

- ۷ نقش عرفهای تجاری در تجارت بین الملل؛ تأثیر متقابل کنوانسیون بیع بین الملل و قواعد اینکوترمز ۷
دکتر محمود باقری - سروش رستمزاد اصلی - ناصر عزیزی
- ۳۳ شیوه‌های مقررات‌گذاری تبلیغات تجاری خطاب به کودکان در تلویزیون
دکتر باقر انصاری - منیژه هاشمیان
- ۵۵ تأملی بر انحلال سازمان‌های بین‌المللی
دکتر منصور جباری - مسعود احسن‌نژاد
- ۸۱ برخی مقررات اتحادیه اروپا در راستای تقریب ملل و نیل به فدرالیسم اروپایی
دکتر سید حسین طباطبایی
- ۹۹ جرم‌شناسی مدرن و روابط متقابل میان جرایم
دکتر علیرضا میلانی - محمد حاجی قاسمی اردبیلی
- ۱۱۵ حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه در چارچوب اسناد بین‌المللی
آرمین طلعت - محمد آهنگر اصیل
- ۱۴۷ شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در محاق سیاست ملی دولت‌ها: مطالعه موردی کره شمالی
دکتر آرامش شهبازی - صمصام عوض‌پور
- ۱۷۵ مقایسه محدودیت‌های صدور اسناد رسمی با اسناد الکترونیکی مطمئن
دکتر عباس کریمی - امیر سپاهی
- ۱۹۷ شرط گام ابتکاری در نظام اختراعات ایران
حامد نجفی - مهسا مدنی
- ۲۱۷ بحران میانمار در آیین حقوق بشر
مرضیه قلندری
- ۲۵۳ بررسی بزه‌های ناتمام در حقوق کیفری ایران
علیرضا رحمانی نعیم‌آبادی





نقش عرف‌های تجاری در تجارت بین‌الملل؛ تأثیر متقابل کنوانسیون بیع بین‌الملل و قواعد اینکوترمز

دکتر محمود باقری*

سروش رستم‌زاد اصلی** - ناصر عزیزی***

چکیده:

مقررات کنوانسیون سازمان ملل در خصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا به عنوان قواعد پیش‌فرض تدوین شده‌اند. ماده ۶ کنوانسیون آزادی عدول یا تغییر هریک از مقررات و یا حتی استثنای اجرای آن را به طرفین قرارداد، اعطاء کرده است. بنابراین، اجرای مواد ۶۶-۷۰ کنوانسیون بیع بین‌الملل به صورت‌های مختلفی ممکن است، به طور مثال طرفین می‌توانند اجرای مقررہ مشخصی را کنار گذاشته و یا مقررہ مورد توافق خود را جایگزین آن سازند؛ بر طبق ماده ۶ طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آنها را تغییر دهند، بر این اساس در صورتی که طرفین در خصوص شرطی توافق کنند، تعریف کامل آن در قرارداد ذکر شده و بر اساس ماده ۶ کنوانسیون قابل اجراء می‌باشد. با این وجود، در خصوص اینکه آیا درج چنین شرطی منجر به مستثنا شدن کلی قواعد مربوط به ریسک کنوانسیون می‌شود و یا صرفاً یک عدول نسبی از چنین قواعدی رخ داده، اتفاق نظر وجود ندارد. یکی از انواع این قواعد که می‌توانند مورد استفاده طرفین قرار گیرند عرف‌های تجاری و از جمله آن قواعد اینکوترمز می‌باشد. مسئله بعدی این است که آیا اجرای عرف‌های تجاری در صورت عدم ارجاع صریح به آنها در قرارداد ممکن می‌باشد یا خیر. در این

صفحه ۷-۲۳، تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۲/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۲/۱۴
مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۳۰، نیمسال دوم ۱۳۹۵

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، وکیل پایه یک دادگستری

Email: Mahmood31@hotmail.com

** دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، پژوهشگر حقوقی، نویسنده مسؤول

Email: Soroushlawyer@gmail.com

*** دکترای حقوق بین‌الملل، دادیار دادرسی عمومی و انقلاب تهران

Email: Nazizi_law@yahoo.com

تحقیق تأثیر درج عرف‌های تجاری در قراردادهای بیع بین‌الملل بر اجرای قواعد کنوانسیون بررسی شده و در نهایت مشخص می‌شود رویه عملی کشورهای مختلف بر امکان استناد به این عرف‌ها حتی در صورت عدم استناد صریح قرارداد به آن مستقر گردیده است و عرف‌های تجاری و در رأس آنها قواعد اینکوترمز مکمل قواعد انتقال ریسک کنوانسیون بیع بین‌الملل می‌باشند.

کلیدواژه‌ها:

کنوانسیون بیع بین‌الملل، عرف‌های تجاری، اینکوترمز، تجارت بین‌الملل.

مقدمه

در عرصه تجارت بین‌الملل شاهد تدوین قواعد و کنوانسیون‌های مختلفی هستیم که برخی به صورت کلی و برخی دیگر نیز به جنبه‌های خاصی از این روابط اختصاص دارند. با یک بررسی مختصر مشخص می‌شود که کنوانسیون بیع بین‌الملل^۱ همواره نیازهای کارآمدی بیع بین‌المللی را برآورده نمی‌کند، زیرا مقررات آن به صورت شروط غیرقطعی تنظیم شده‌اند. نتیجه این امر شکل‌گیری تفاسیر متفاوت از قواعد آن و عدم فهم صحیح این قواعد می‌باشد. علاوه بر این، این قواعد تمامی جنبه‌های مربوط به انتقال ریسک در بیع بین‌الملل را پوشش نمی‌دهند. بنابراین، طرفین معامله، قواعد کنوانسیون را با استفاده از شروط تجاری که در برگیرنده جنبه‌های عملی بیع بین‌الملل است، تکمیل می‌کنند. نویسندگان معتقدند که اکثر قراردادهای بیع بین‌المللی بر مبنای شروط تجاری منعقد شده‌اند.^۲ بنابراین، می‌توان فرض

۱. به دلیل عدم موفقیت کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۶۴، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد، مأمور تهیه طرحی نو گردید. پس از سال‌ها کار مستمر بر روی این طرح، به تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۸۰ کنفرانس سازمان ملل در وین پایتخت اتریش برگزار شد. در این کنفرانس، نمایندگان ۶۲ کشور با نظام‌های اقتصادی، سیاسی و حقوقی مختلف و همچنین ناظران برخی سازمان‌های خاص و نمایندگان سازمان‌های دولتی و غیردولتی شرکت جستند. این کنفرانس در چهارچوب کار کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) از مقررات مختلف، از جمله مقررات کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۶۴ و برخی مقررات نوین راجع به بیع بین‌الملل بهره گرفت و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ به تصویب رساند. گفتنی است ایران هنوز به این معاهده ملحق نشده است.

2. The Secretariat Commentary to the 1978 Draft Convention Art 78 (draft counterpart of Art 66 CISG), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html> (accessed 29-10-2009) para 3; Enderlein & Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1992), 257.

Joseph M Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Aspen Publishers, 2004), 84

نمود که در اکثر قراردادهایی که تحت قواعد کنوانسیون قرار می‌گیرند، طرفین در مورد شرط تجاری به توافق رسیده‌اند. در نتیجه، این موضوع موجب تأثیر متقابل بین شروط تجاری و مقررات کنوانسیون خواهد شد که تعهد به تسلیم در بیع بین‌الملل را تنظیم می‌کند. اکثریت مفسران کنوانسیون بر این عقیده‌اند که توافق صریح بر درج اینکوترمز منجر به حکومت تعاریف آن، بر قواعد کنوانسیون، در خصوص تحویل و انتقال ریسک خواهد شد. با این حال، این مورد ثابت نمی‌کند که آیا اینکوترمز به طور کامل یا نسبی جانشین رژیم ریسک کنوانسیون خواهد شد یا خیر.^۳ آیا ممکن است در جایی که اینکوترمز مبهم یا ناکافی است به مقررات انتقال ضمان کنوانسیون متوسل شد؟ به عبارت دیگر، آیا بین این دو همزیستی وجود دارد و با هم قابل اعمالند؟ در این خصوص نیز دیدگاه‌های موجود متفاوتند.^۴

۱- تأثیر متقابل تغییرات اینکوترمز ۲۰۱۰ بر قرارداد بیع بین‌الملل کالا

هدف این گفتار بررسی اثر متقابل موجود بین اینکوترمز^۵ و قواعد کنوانسیون بیع بین‌الملل (که از این پس کنوانسیون نامیده می‌شود) است. استناد به تعریف اینکوترمز از شروط تجاری به این معنا است که مسئله ریسک تحت قواعد اینکوترمز و نه مقررات کنوانسیون خواهد بود.^۶ اما در جایی که طرفین صراحتاً راجع به استفاده از اینکوترمز توافق ننموده باشند چه اتفاقی می‌افتد؟ به طور متداول در پاسخ باید گفت در این فروض باید به تفسیر شروط قراردادی بپردازیم.^۷ اما به نظر می‌رسد که قضات و داوران رویه دیگری را در پیش گرفته‌اند. برخی از آنها به قانون داخلی قابل اجراء در مورد قرارداد و فهم شروط خاص با توجه به

3. Johan Erauw, "Observations on passing of risk," in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, ed. F Ferrari, and H Flechtner, and Brand RA (New York: Sweet & Maxwell, 2004), 301.

4. "The Secretariat Commentary to the 1978 Draft Convention Art 78 (draft counterpart of Art 66 CISG)." Institute of International Commercial Law, accessed October 29, 2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html>.

۵. قواعد اینکوترمز (Incoterms)، مجموعه عرف‌های تجاری هستند که توسط کمیته بین‌المللی تجارت (ICC) تدوین شده‌اند و عمدتاً مربوط به تنظیم لحظه تحویل و انتقال ریسک در قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌باشند.
۶. ماده ۶ کنوانسیون بیع بین‌الملل که پیش از این به آن اشاره شد. رک زیرنویس ش ۱؛ برای مطالعه بیشتر در خصوص انتقال ضمان در بیع بین‌الملل.

رک: رضا کریم کاشی آرانی، «انتقال ضمان در بیع بین‌المللی کالا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۶۰ (۱۳۸۲)، ۲۱۶.

۷. ماده ۸ کنوانسیون قواعد تفسیر را ارائه می‌کند.

منطوق قرارداد مراجعه نموده‌اند^۸، و برخی دیگر به دنبال تعریف شروط تجاری به واسطه ادغام آنها در مقررات کنوانسیون هستند^۹، در حالی که اینگونه استدلال شده که شروط تجاری طبق بند ۱ و ۲ ماده ۹ کنوانسیون^{۱۰} مشمول عنوان عادت تجاری بین‌المللی شده و بنابراین باید طبق آن تفسیر شود و به دلیل اینکه قواعد اینکوترمز بیانگر تدوین رویه و عادات تجاری است ممکن است حتی در صورت عدم تصریح به آن، اعمال شود^{۱۱}.

با این حال، اثر متقابل بین اینکوترمز و کنوانسیون بیشتر از مسئله قابلیت اجرای آن در فقدان توافق بر سر تدوین به دست می‌آید. هرچند که می‌توان نتیجه گرفت که اینکوترمز نسبت به قرارداد خاصی که به آن ارجاع داده اعمال می‌شود، اما هنوز مشخص نیست که تا چه حد جایگزین رژیم ضمان مندرج در کنوانسیون شده است.^{۱۲} در پاسخ باید گفت که کنوانسیون قواعد تکمیل‌کننده خلأهای قراردادی را ایجاد می‌کند که برای مواردی که قرارداد به خودی خود آن را پیش‌بینی نکرده است، طراحی شده‌اند. با مشروط نمودن قرارداد به اینکوترمز، طرفین معامله مقررات کنوانسیون در مورد تسلیم و ضمان را با توافق^{۱۳} یا عادت تجاری^{۱۴} جایگزین می‌نمایند.

8. "Eg Clout Case, No 317 (Oberlandesgericht Karlsruhe Appellate Court Germany 20 November 1992- frozen chicken case)," Institute of International Commercial Law, accessed May 12, 2009, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921120g1.html>.

9. "Eg Clout Case, No 247, Audiencia Provincial de Córdoba [Appellate Court]," Institute of International Commercial Law, October 31, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971031s4.html>.

۱۰. ماده ۹ کنوانسیون مقرر داشته:

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

۲. 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 به طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.

11. "Eg Xiamen Trade v. Lian Zhong (Xiamen Intermediate People's Court China, 5 September 1994)," Institute of International Commercial Law, July 23, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940905c1.html>.

12. "Eg Clout Case, No 447 (St Paul Guardian Insurance Co et al v Neuromed Medical Systems et al, 2002, WL 465312 (SD NY 2002), judgment aff'd, 53 Fed Appx 173 (2d Cir 2002), 2002 US Dist LEXIS 5096 (SDNY March 26 2002), United States Federal District Court, New York, 26 March 2002)" Institute of International Commercial Law, August 20, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

۱۳. ر.ک ماده ۶ کنوانسیون.

۱۴. ر.ک ماده ۹ کنوانسیون.

۱-۱- قابلیت اجرای اینکوترمز نسبت به قرارداد تحت قواعد بیع بین‌المللی کالا

مطالعه حاضر به این نتیجه رسیده است که شروط تجاری شامل عاداتی می‌شود که از عادات محلی در محل‌ها یا تجارت‌های خاص، تا عرف و عادت بین‌المللی را در بر می‌گیرد.^{۱۵} اینکوترمز که این عرف و عادات را استانداردسازی می‌کند توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تنظیم شده و دارای وضعیت حقوقی مشابه قانون نیست، مگر اینکه وارد قوانین داخلی کشورها شوند^{۱۶} و استفاده از آن منوط به پذیرش اختیاری طرفین در حوزه مشاغل مرتبط^{۱۷} بوده و به صورت اتوماتیک اجراء نمی‌شوند. دیباچه اینکوترمز در این خصوص مقرر می‌دارد که: «اینکوترمز در صورتی می‌تواند به عنوان شروط قراردادی عمل کند که صراحتاً در قرارداد به آن ارجاع شده باشد»^{۱۸}. با این حال، جایی که توافق صریح وجود ندارد، مسئله باید به وسیله تفسیر قرارداد بررسی شود. در این حالت، اگر طرفین معامله رابطه تجاری طولانی‌مدتی داشته و مکرراً از اینکوترمز برای تعریف شروط تجاری مورد استفاده در قرارداد قبلی خود استفاده کرده باشند، حتی اگر اینکوترمز در معامله اخیر تصریح نشده باشد، می‌توان آن را به عنوان بخشی از توافق ضمنی طرفین استنتاج نمود. قواعد راجع به تفسیر شروط قراردادی غیرصریح در طول سال‌ها توسعه یافته است و شامل مسائلی از جمله استفاده از حسن نیت، اثر (کارآمدی) تجاری، عرف و عادت تجاری در تعیین قصد طرفین معامله می‌شود. بنابراین اینکوترمز که با هدف کارآمدی شغلی و ارائه و بیان عادت تجاری بین‌المللی تنظیم گردیده است می‌تواند قابلیت اجراء به عنوان شروط ضمنی^{۱۹} قراردادی را داشته باشد، شروطی که معمولاً طرفین در صورت مذاکره بر سر آن به توافق می‌رسند.^{۲۰}

15. G. Hager, "Passing of Risk," in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, ed. P. Schlechtriem, and Schwenzer (Oxford University Press, 2005), para 4; Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Vienna: Manz, 1986), 90.

16. Clive M. Schmitthoff, *The Law of International Trade*, Institute of International Business Law and Practice Newsletter (Paris: Icc Publication, 1988), 219-224; Henry Gabriel, "International Chamber of Commerce INCOTERMS 2000: A Guide to Their Terms and Usages," *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 5 (2001), 41-73; Felix J. Dasser, "INCOTERSS and the Lex Mercatoria: Applicability of INCOTERSS in the Absence of Express Party Consent" (L.L.M. thesis, Harvard University, 1995), 51.

17. Michael C. Rowe, "The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law," in *The Transnational Law of International Commercial Transactions II*, ed. N. Horn, and CM Schmitthoff (Alphen aan den Rijn: Kluwer Deventer, 1982), 51-52.

18. Eg. Clout, Case No 104 (ICC international Court of Arbitration Case No 7197 of 1992 – failure to open letter of credit and penalty clause case)," Institute of International Commercial Law, accessed July 18, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/937197i1.html>.

(accessed 18-07-2009), where the parties agreed on DAF (INCOTERMS 1980).

19. Implied terms.

20. Schmitthoff, *International Trade Usages*, op.cit., 18.

دادگاه‌ها اغلب از اینکوترمز به عنوان ابزاری برای «کمک در تفسیر» استفاده می‌کنند، ابزاری که می‌تواند اطلاعاتی راجع به قصد احتمالی طرفین در اختیار آنها قرار دهد و به عنوان منبع فرعی تفسیر عمل می‌کند.^{۲۱} در یک مطالعه انجام‌شده در سال ۱۹۸۷، «اشمیتوف»^{۲۲} نتیجه گرفت که غالباً دادگاه‌ها اینکوترمز را حتی در صورت عدم ارجاع صریح به آن در قرارداد، اجراء می‌کنند. در ۱۹۷۵ دیوان عالی آلمان رأی داد که شرط FOB^{۲۳} باید در رابطه با شروط اینکوترمز تفسیر شود.^{۲۴} در ۱۹۵۷، دادگاه تجدیدنظر مونیخ به نتیجه مشابهی دست یافت. اشمیتوف به این نتیجه رسید که رویکرد مشابهی در ایتالیا، سوئیس، یوگسلاوی سابق و فنلاند در پیش گرفته شده است.^{۲۵} تحلیل بعدی که توسط داسر^{۲۶} از مطالعه موردی حقوق آلمان و اتریش انجام شده است، نتیجه‌ای قطعی در مورد وضعیت حقوقی اینکوترمز ارائه نداد.^{۲۷} اما مفسرین دیگر به آرای دادگاه فرانسه و آلمان استناد می‌کنند، برای مثال در جایی که اینکوترمز به عنوان عادت تجاری در حقوق داخلی این کشورها وارد شده است.^{۲۸}

به نظر می‌رسد سؤال اساسی که باید به آن پاسخ داد این است که آیا اینکوترمز تنها وقتی قابل اعمال است که طرفین یک قرارداد به طور صریح در مورد اعمال آن توافق نموده‌اند یا اینکه در فقدان هرگونه توافق صریح یا ضمنی، امکان اعمال خودکار آن وجود دارد؟ ماهیت حقوقی اینکوترمز و نقش آن که به صورت عادت تجاری در چارچوب قانون حاکم بر قرارداد عمل می‌کند بینش جدیدی در این رابطه به وجود می‌آورد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رتال جامع علوم انسانی

21. Zoi Valiotti, "Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERSS 2000" (L.L. ... thesis, University of Kent, 2003).

22. Schmitthoff, *International Trade Usages*, op.cit., 18.

23. free on board.

تحويل بر روی عرشه کشتی

24. J Basedow, "The State's Private Law and the Economy Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making," (56) Am J Comp L 56(2008): 709-726. Schmitthoff, *International Trade Usages*, op. cit., 19.

25. Schmitthoff, *International Trade Usages*, op. cit., 18.

26. Dasser, op. cit., 72.

۲۷. او به اختلاف میان نویسندگان حقوقی در خصوص ماهیت قواعد اینکوترمز و تأثیر آن بر تصمیمات و حکم قضایی اشاره نموده و نتیجه گرفته رویه قضایی در نتیجه تستت آرای حقوقدانان متفاوت است. see Dasser, op.cit

28. Henry Gabriel op.cit.; Spanogle JA, INCOTERMS and the UCC Article 2 – Conflicts and Confusions, 1997, (31)Int'l Law, 113.

۱-۲- وضعیت حقوقی اینکوترمز در متن کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

به نظر می‌رسد در جایی که طرفین در مورد شرط تجاری بدون ارجاع و استناد به اینکوترمز به توافق رسیده‌اند، باید قصد آنها از راه تفسیر مشخص شود. ماده ۸ کنوانسیون^{۲۹} قواعد کلی راجع به تفسیر اظهارات انجام شده توسط طرفین قرارداد را بیان داشته است. طبق بند ۳ ماده ۸، قصد و انشاء طرفین باید با در نظر گرفتن تمامی اوضاع و احوال تفسیر شود، از جمله این اوضاع و احوال می‌توان به مذاکرات آنها، هر رویه‌ای که طرفین بین خود مقرر نموده‌اند، عادت تجاری و هر عمل بعدی طرفین اشاره نمود^{۳۰}. به طور مثال، اگر آنها از اینکوترمز در معاملات قبلی خود استفاده کرده باشند، این شروط قابل اعمال خواهند بود، حتی اگر بعداً به طور صریح به آن استناد نشده باشد. دلیل این مسئله نیز این است که اجرای قواعد اینکوترمز در این وضعیت به حد درج ضمنی شرط رسیده و بنابراین چنین تفسیری همچنان بر مبنای قصد طرفین تلقی خواهد شد.

بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون^{۳۱} مقرر می‌دارد که کنوانسیون باید در راستای «ویژگی جهانی آن و نیاز به وحدت رویه در اجراء و به کارگیری حسن نیت در تجارت بین‌المللی» تفسیر شود. نویسندگان حقوقی در این مورد که آیا شرایط ماده ۷ صرفاً مربوط به تفسیر مقررات کنوانسیون هستند یا در خصوص تفسیر متن توافقات طرفین نیز می‌شود، متفق‌القول

۲۹. ماده ۸ مقرر می‌دارد:

۱. از نظر این کنوانسیون هرگاه یکی از طرفین نسبت به مودای قصد طرف دیگر علم داشته باشد یا جهل او مسموع نباشد الفاظ و سایر اعمال طرف دیگر باید مطابق قصد وی تفسیر شود.

۲. در صورت عدم شمول بند پیشین، الفاظ و سایر اعمال هریک از طرفین محمول در استنباط افراد متعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است.

۳. در مقام تشخیص قصد هریک از طرفین یا تعیین استنباطی که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت باید به اوضاع و احوال ذی‌ربط از جمله به مذاکرات رویه مقرر بین طرفین، عرف و عادت و سایر اعمال بعدی آنان توجه کافی مبذول داشت.

30. Ch. Pamboukis, "The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods," *Journal of Law and Commerce* 25 (2005-2006):107-108; Martin Schmidt-Kessel, "Article 9," in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, ed. Schlechtriem & Schwenzer (Oxford: Oxford University Press, 2005), 8.

۳۱. ماده ۷ مقرر می‌دارد:

۱. در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود.

۲. مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آن است، در صورت فقدان اینگونه اصول طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است حل و فصل خواهند شد.

نیستند.^{۳۲} در این خصوص باید گفت خود کنوانسیون به شروط تجاری^{۳۳} اشاره ننموده و بنابراین مسئله این است که آیا به صورت کلی کنوانسیون به تفسیر شروط تجاری نیاز دارد یا خیر. بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون در مورد مسائلی است که معروف به «قواعد حاکم و نه وضع شده»^{۳۴} توسط کنوانسیون هستند. شروط تجاری با مسائلی همچون بحث تحویل و ضمان کالا مواجه است که تحت مقررات کنوانسیون قرار دارند، اما معنای شروط تجاری توسط مقررات کنوانسیون وضع نشده است. در این اوضاع و احوال، دادگاه یا دیوان داوری برای تعیین مفهوم و اثر یک شرط تجاری خاص باید به اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است رجوع نماید.^{۳۵} برای مثال، دادگاه‌های مختلف برتری اراده طرفین^{۳۶} را به عنوان یک اصل کلی شناسایی نموده‌اند. اصل مهم دیگر که صراحتاً در کنوانسیون اعلام شده، همان عادات بسیار شناخته شده و رعایت شده‌ای است که باید مورد توجه قرار گیرد.^{۳۷} بررسی رویه اخیر در مورد کنوانسیون ثابت نموده است که دادگاه‌ها و دیوان داوری در نبود هر نوع ارجاع صریح در قرارداد، شروط تجاری را با استناد به قواعد اینکوترمز تفسیر می‌کنند. علی‌رغم ویژگی جهانی کنوانسیون و نیاز به ارتقای قانون متحدالشکل راجع به بیع بین‌الملل،^{۳۸} همچنان برخی از دادگاه‌ها به اعمال تفسیر سیستم حقوقی داخلی می‌پردازند که معروف به «گرایش داخلی»^{۳۹} است.

رای دیوان عالی اسپانیا^{۴۰} رویکردی را ارائه می‌دهد تا آنجا که به قانون داخلی برای تفسیر معنای شرط تجاری بین‌المللی استناد نمی‌کند. مطابق این رأی، یک بایع ایتالیایی و یک خریدار اسپانیایی قرارداد فروش ماشین و انتقال از طریق کشتی را بر اساس شرط CIF^{۴۱}

32. Franco Ferrari, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law," *Georgia Journal of International and Comparative Law* 24 (1994-95): 183.

33. Von Hoffmann, "Passing of Risk in International Sales of Goods," in *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. Sarcevic, Volken (New York: Oceana Pubns, 1986), 265-296; Berman & Ladd, "Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions under the Convention on the International Sale of Goods," *Cornell Int'l LJ* 21 (1988), 423.

34. governed but not settled.

35. "ICC Court of Arbitration, Case No 7645 (crude metal case)," Institute of International Commercial Law, Last modified February 15, 2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/957645i1.html>.

36. "Eg NV AR v. NV I (Hof Beroep [Belgium Appellate Court] Gent 15 May 2002 (design of radio phone case)," Institute of International Commercial Law, Accessed August 24, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020515b1.html>.

37. Ferrari, op. Cit., 223.

ر.ک به ماده ۹ کنوانسیون.

38. See art 7(1) CISG and the Preamble to the Convention.

39. homeward trend.

40. Clout, Case No 247 (steel profiles case).

41. Cost & Insurance & Freight.

قیمت کالا و بیمه و کرایه حمل تا مقصد

منعقد نموده‌اند. به دلیل اینکه هر دو طرف معامله از کشورهای متعاقد بودند، قرارداد باید طبق کنوانسیون باشد. فولادی که ماشین از آن ساخته شده بود زنگ زد و در نتیجه خریدار مدعی شد که ضمان درک بر عهده بایع بوده است، چرا که خسارت پیش از اینکه کالاها وارد کشتی شوند اتفاق افتاد. در این مورد کاملاً مشخص نبود که آیا قرارداد به اینکوترمز استناد نموده است یا خیر. قواعد آنسیترال^{۴۲} مقرر می‌دارد که قرارداد بیع بر اساس اینکوترمز موجود منعقد شده و دادگاه در حکم خود به هر دو (اینکوترمز و کنوانسیون) استناد نمود. به علاوه شرط CIF بایع را به پرداخت تمام مخارج متحمل شده برای تحویل کالا به مقصد ملزم نموده است، از جمله هزینه حمل، با این حال بایع مسؤلیتی در قبال ضمان معاوضی ندارد^{۴۳}. اما هر دو قانون بیان می‌دارد که مسؤلیت بایع در مورد مواد ۳۱ و ۶۷ کنوانسیون بیع بین‌الملل در زمانی که کالا از کشتی به بندرگاه رسیده است پایان می‌پذیرد^{۴۴}. از آنجا به بعد ضمان بر عهده خریدار است، بدون توجه به اینکه ضمان برای تضمین کالا منعقد شده باشد یا خیر.

۴۲. کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (UNCITRAL).

43. UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations Office at Vienna, 2008, 200-202.

۴۴. ماده ۳۱ مقرر می‌دارد: در صورتی که بایع مکلف به تسلیم کالا در محل معین دیگری نباشد به شرح ذیل است:

- الف) چنانچه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد تعهد به تسلیم عبارت است از تحویل کالا به اولین مؤسسه حمل و نقل جهت ارسال به مشتری؛
- ب) در مواردی که مضمول قسمت (الف) فوق نباشند، چنانچه قرارداد راجع به کالای معین یا کالای کلی از انبار معین یا کالای کلی که باید ساخته یا تولید شود، بوده و طرفین نیز در زمان انعقاد قرارداد اطلاع داشته‌اند که کالا در محل معینی قرار دارد یا باید در محل معینی تولید یا ساخته شود تعهد به تسلیم عبارت است از قرار دادن کالا در اختیار مشتری در همان محل معین؛
- ج) در سایر موارد، به تسلیم عبارت است از اینکه بایع کالا را در محلی که در زمان انعقاد قرارداد محل تجارت او بوده، در اختیار مشتری قرار دهد.
- ماده ۶۷ نیز مقرر می‌دارد:

۱. هرگاه قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد و بایع ملزم به تسلیم آنها در محل معینی نباشد از زمانی که کالا مطابق قرارداد بیع، جهت ارسال به مشتری تسلیم اولین متصدی حمل و نقل می‌شود، ضمان به مشتری منتقل می‌گردد. هرگاه بایع ملزم به تسلیم کالا به متصدی حمل و نقل در محل معینی باشد تا زمانی که کالا تسلیم متصدی حمل و نقل در محل مزبور نشده است ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد. این امر که بایع مجاز باشد اسناد کالاها را نزد خود نگه دارد، اثری در انتقال ضمان نخواهد داشت.

۲. با این وصف تا زمانی که کالاها موضوع قرارداد، خواه از طریق علامت‌گذاری روی آنها، خواه به وسیله بارنامه‌ها و خواه با اخطار به مشتری یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشند، ضمان به مشتری منتقل نخواهد شد.

۲- تأثیر متقابل اینکوترمز و قواعد کنوانسیون بیع بین‌الملل بر ریسک

۲-۱- بررسی ادبیات موجود

اکثریت مفسران کنوانسیون بر این عقیده‌اند که توافق صریح بر درج اینکوترمز منجر به حکومت تعاریف آن، بر قواعد کنوانسیون، در خصوص تحویل و انتقال ریسک خواهد شد. با این حال، این مورد ثابت نمی‌کند که آیا اینکوترمز به طور کامل یا نسبی جانشین رژیم ریسک کنوانسیون خواهد شد یا خیر.^{۴۵} آیا ممکن است در جایی که اینکوترمز مبهم یا ناکافی است، به مقررات انتقال ضمان کنوانسیون متوسل شد؟ به عبارت دیگر، آیا بین این دو همزیستی وجود دارد و باهم قابل اعمالند؟ در این خصوص نیز دیدگاه‌ها متفاوتند.^{۴۶}

دیدگاه سنتی بر آن است که شروط تجاری به طور کلی جایگزین قواعد ریسک کنوانسیون هستند. استدلال به این صورت است که اینکوترمز در خصوص انتقال ضمان معاوضی یا ریسک کامل است و نیازی به تکمیل آنها با قواعد کنوانسیون نیست.^{۴۷} «برمن هارولد»^{۴۸} ادامه می‌دهد که شروط تجاری ممکن است به کنار گذاشتن کامل کنوانسیون منجر شود. آنها استدلال می‌کنند که قواعد مربوط به ضمان معاوضی در کنوانسیون محدود به قراردادهای فروشی است که در آن طرفین از شروط تجاری استفاده نکرده‌اند. نظر آنها این است که قواعد ریسک کنوانسیون کاملاً از استنباط جهانی در خصوص شروط تجاری و فروش اعتباری متفاوت است، چرا که استفاده از شروط تجاری به عنوان استثنای ضمنی مواد ۶۶ تا ۷۰ کنوانسیون و احتمالاً کل کنوانسیون تلقی می‌شود. آنها بعد از تحلیل قواعد مربوط به ریسک نتیجه می‌گیرند که ماده ۶۶^{۴۹} تنها مربوط به فروش‌هایی می‌شود که در آن کالا مستقیماً از سوی فروشنده به خریدار تحویل داده شده یا توسط فروشنده مستقیماً تسلیم

45. Erauw, op.cit., 301.

46. "The Secretariat Commentary to the 1978 Draft Convention Art 78 (draft counterpart of Art 66 CISG)." Institute of International Commercial Law, accessed October 29, 2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html>.

برای مطالعه تطبیقی قواعد انتقال ضمان در کنوانسیون بیع بین‌الملل و حقوق ایران ر.ک: فخرالدین اصغری آقمشهدی، مینا مهاجر، «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران)»، پژوهشنامه بازرگانی ۳۵ (۱۳۸۴)، ۱۱۴.

47. Jan Hellner, "The Vienna Convention and Standard Form Contracts," in *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. Sarcevic, Volken (New York: Oceana Pubns, 1986), 343

48. Harold J. Berman, Colin KAUFMAN, "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)," *Harv. Int'l L.J.* 19 (1978), 437.

۴۹. ماده ۶۶ مقرر می‌دارد: «پس از انتقال ضمان به مشتری تلف یا زیان وارده به کالا موجب براءت او از تأدیه

ثمن نمی‌شود مگر اینکه، تلف یا زیان وارده، ناشی از فعل یا ترک فعل باایع باشد».

مشتری شده است، در حالی که در عمل بیشتر بیع‌های بین‌المللی به صورت بیع‌های اعتباری صورت می‌گیرد. استدلال آنها این است که ماده ۶۶ به بیع‌های اعتباری یا بیع‌هایی که فروشنده کالا را تسلیم متصدی حمل و نقل برای تسلیم به مشتری می‌نماید، مربوط نمی‌شود. استدلال بیان‌شده برای این نظریه به این صورت است که اگر کالا به واسطه فعل یا ترک فعل فروشنده مفقود شده و یا خسارت ببیند، قواعد جهانی مورد قبول در خصوص انتقال ریسک یا ضمان در بیع‌های اعتباری، مشتری را از پرداخت قیمت در مقابل دریافت سند رها نمی‌سازد. آنها همچنین می‌گویند که منظور ماده ۶۷ موقعیت‌های انتقال با کشتی از یک متصدی به متصدی دیگر بوده، نه جایی که فروشنده در اواسط راه کالا را تسلیم متصدی می‌سازد.

در این خصوص باید گفت استدلال «برمن هارولد» به دلایلی چند قانع‌کننده نیست. در مثال اول، تفسیر آنها از ماده ۶۶ بسیار مضیق است، چرا که ماده ۶۶ در مقام یک مقرره عام در خصوص انتقال ریسک، بر طبق کنوانسیون عمل می‌کند. به علاوه، تحلیل تأثیر متقابل ماده ۶۶ و شروط تجاری بین‌المللی باید گفت که ماده ۶۶ قابلیت تکمیل کردن شروط تجاری را دارد. علاوه بر این، این مسئله مورد پذیرش قرار گرفته که شروط تجاری نمی‌توانند به طور کل جایگزین قواعد کنوانسیون شوند.^{۵۰} به علاوه، در این بررسی ثابت شده که اینکوترمز حوزه قواعد کنوانسیون را محدود ساخته است^{۵۱} در واقع، برخلاف آنچه که ادعا شده، ارجاع به اینکوترمز برای تعیین رابطه حقوقی کامل بین طرفین قراردادی بیع ناکافی است، به بیان دیگر، اگر قرار بر این باشد که کنوانسیون در نتیجه درج یکی از اصطلاحات اینکوترمز به طور کامل کنار گذاشته شود، طرفین مجبورند برای تعیین جنبه‌هایی که اینکوترمز چیزی در خصوص آنها بیان نکرده است، به حقوق حاکم بر قراردادها رجوع نمایند، در حالی که مطالعات صورت‌گرفته مشخص ساخته که همیشه میسر نیست که با اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حقوق حاکم بر قرارداد را به دست آورد.

مشکل دیگر پیدا کردن دادگاه مناسب رسیدگی‌کننده و عدم تکافوی قواعد داخلی برای برآورده ساختن نیازهای بیع‌های بین‌المللی است.^{۵۲} اگر درج اینکوترمز منجر به عدم حکومت

50. Schlechtriem, op.cit., 8; "CE v. CD & AR (Belgium District Court Kortrijk 19 April 2001 - bread bags case)," Institute of International Commercial Law, accessed June 1, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010419b1.html>.

51. *Id.*

52. *Ibid.*

قواعد کنوانسیون بر قراردادهای خود، اثر معکوسی بر کارایی اقتصادی قراردادها خواهد داشت.^{۵۳} همچنین، این تفسیر با قصد طرفین قرارداد در زمان درج شروط تجاری مغایرت دارد. به بیان دیگر، در این موارد قصد طرفین تعیین مسائل مربوط به تحویل و تسلیم، انتقال ریسک و تعهدات فرعی با استفاده از عرف و رویه تجاری بوده و هدف ایشان عدم حکومت مقررات کنوانسیون بر سایر حقوق و تعهدات نمی‌باشد. در واقع، در غالب مواقع قواعد اینکوترمز تنها جانشین رژیم حقوقی انتقال ریسک و تسلیم کنوانسیون خواهد بود.

۲-۲- نظریه منتخب

نظر دیگر که تا حدی واقع‌گراتر می‌باشد این است که اینکوترمز به طور کامل جانشین قواعد کنوانسیون در خصوص ریسک و تسلیم نشده و تنها در حوزه محدودی اینگونه عمل می‌نماید.^{۵۴} در بقیه موارد آنها همدیگر را تکمیل و تقویت می‌نمایند. در واقع در جایی که قواعد ریسک کنوانسیون بتوانند پاسخی برای مواردی که در اینکوترمز مطرح نشده فراهم کند، قواعد کنوانسیون، قواعد اینکوترمز را تکمیل می‌نماید.^{۵۵}

از آنجایی که اینکوترمز در صورت تصریح در قرارداد، تحت حکومت ماده ۶ کنوانسیون قرار می‌گیرد، اثرات آن بر قواعد مربوط به ریسک کنوانسیون را باید با توجه به این مقرره مورد توجه قرار دهیم. علاوه بر این، استثنای ماده ۶ امکان عدول و یا ایجاد تغییر در مقررات

^{۵۳} هدف اصلی اینکوترمز همواره این بوده که در موارد فروش کالا برای تحویل ورای مرزهای ملی کاربرد داشته باشد؛ از این رو اصلاحات مزبور مربوط به بازرگانی بین‌المللی هستند. البته در عمل اینکوترمز در مواردی همچنین وارد قراردادهای فروشی که صرفاً در محدوده بازاریابی داخلی است، می‌شود اغلب طرفین قرارداد از روش‌های تجاری مختلف کشور مقابل بی‌اطلاع هستند. این موضوع می‌تواند موجب سوءتفاهم، اختلاف، دعوی حقوقی و اتلاف وقت و پول ناشی از آنها و به بیان کلی ایجاد کارایی در مبادلات بین‌المللی شود. بنابر مطالب ذکر شده می‌توان اهداف و کارکردهای زیر را برای اینکوترمز متصور بود:

- ۱- قواعد و مبنای اساسی برای تفسیر روابط تجاری؛
- ۲- مشخص کردن مسؤلیت‌های خریداران و فروشندگان در انجام معاملات؛
- ۳- ایجاد روابط و ضوابط معین در نظام مبادلات بین‌المللی؛
- ۴- برقراری و حاکم نمودن قواعد و قوانین یکسان در محاکم حقوقی؛
- ۵- کاهش اختلافات و تنش‌ها بین خریداران و فروشندگان؛
- ۶- تسهیل انجام مبادلات بین‌المللی.

⁵⁴ I rauw, op.cit., t 0cor ee also aic hael a ridge, "A Law for International Sales," *Hong Kong LJ* 37 (2007), 38.

⁵⁵ Erauw , op.cit., 293; Shivbir Grewal, "the CISG provisions complement and work in tandem with the INCOTERMS. Since INCOTERMS do not constitute a code of law," *Loy LA Int'l & Comp LJ* 14 (1991): 105-106

کنوانسیون را می‌دهد. برای عدول یا تغییر مقررات ریسک کنوانسیون لازم است بین قواعد مربوط به انتقال ریسک اینکوترمز و کنوانسیون تفاوت بگذاریم. علاوه بر این لازم است تا کنوانسیون از قواعد اینکوترمز منحرف، اصلاح، جایگزین یا تکمیل شود.^{۵۶} این بدان معناست که آن قاعده نباید به طور کل مستثنا شده باشد، اما اثرات آن می‌تواند تا آنجایی که عرف و رویه تجاری با قاعده کنوانسیون مغایر است، اصلاح یا تکمیل شود.^{۵۷} به نظر می‌رسد بررسی تطبیقی اینکوترمز و ماده ۶۷ کنوانسیون ما را به این نتیجه می‌رساند که علی‌رغم شباهت‌های عمده در الگو و ساختار، قواعد کنوانسیون همیشه قابلیت تطبیق با عرف و رویه تجاری را ندارد. به طور مثال طبق «FOB» و «CIF»،^{۵۸} ریسک یا ضمان در مرحله حمل کالاها به کشتی، زمانی انتقال می‌یابد که کالا خطوط ریلی کشتی را رد می‌کند. طبق ماده ۶۷ کنوانسیون، ریسک در زمان تحویل کالا به متصدی حمل و نقل منتقل می‌شود، چه او نخستین متصدی باشد و یا صرفاً متصدی یک مرحله مشخص. به این صورت می‌توان گفت تا زمانی که ضمان تحت حکومت یکی از این شروط قرار می‌گیرد، قاعده ریسک کنوانسیون به صورت جزئی نسخ می‌گردد.

با وجود این حقیقت که برخی اوقات قواعد اینکوترمز - به خصوص در مورد زمان و مکان انتقال ضمان معاوضی - دقیق‌تر هستند، مواردی وجود دارد که راه‌حل آن در قواعد اینکوترمز مقرر نگردیده است، برای مثال در جایی که ضرر یا خسارت پس از انتقال ضمان در نتیجه فعل یا ترک فعل بایع رخ می‌دهد، اینکوترمز راه‌حلی برای آن ندارد و یا در جایی که قرارداد بر اساس شرط «FOB» منعقد می‌شود، اینکوترمز با انتقال نقطه انتقال ریسک (ضمان) به خطوط کشتی در لنگرگاه، در واقع از ماده ۶۷ کنوانسیون عدول می‌کند. با این حال اگر کالا در طول سفر دریایی به دلیل عدم اطلاع بایع به متصدی حمل و نقل، مبنی بر نگهداری کالا در دمای مشخص فاسد گردد، اینکوترمز پاسخی در این خصوص ندارد. در واقع، بر طبق قواعد اینکوترمز، ریسک به خریدار انتقال یافته و او باید قیمت را بپردازد. با این وجود، در جایی که دمای بالای کالا که موجب فساد آن گردیده مستقیماً قابل انتساب به ترک فعل

56. John Honnold, *Uniform Law and Uniform Trade Terms, Two Approaches to a Common Goal* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), 74-76

57. M Bridge, "The Transfer of Risk under the UN Sales Conventions 1980 (CISG)," in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries, Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, ed. C.B. Andersen, U.G. Schroeter (London: Wildy Simmonds & Hill Publishing, 2008), 90.

58. قاعده‌ای که طبق آن پرداخت هزینه کالا و بیمه و حمل تا بندر مقصد برعهده فروشنده است. Cost & insurance & Freight

بایع در اطلاع‌رسانی و دادن دستورالعمل به متصدی باشد، ضرر یا خسارت حاصله به کالا یک حادثه اتفاقی تلقی نمی‌گردد. در این حالت، ماده ۶۶ کنوانسیون مقرر می‌دارد که خریدار از تعهد خود به پرداخت قیمت معاف است، زیرا خسارت به موجب رفتار فروشنده حادث شده است، در حالی که اینکوترمز حاوی مقرره مشابهی در این خصوص نمی‌باشد.

بر این اساس می‌توان گفت اینکوترمز و قواعد ریسک در کنوانسیون مکمل یکدیگر بوده و می‌توانند با همراهی هم خلأهای قراردادی را پر کنند. به بیان دیگر، درج اینکوترمز در قرارداد منجر به جایگزینی آن با کلیه قواعد ریسک کنوانسیون نمی‌شود. آنها تنها جایگزین قواعد مربوط به ریسک کنوانسیون، آن هم به طور جزئی شده و برای باقیمانده موارد، اینکوترمز با همراهی قواعد کنوانسیون اعمال می‌گردد. قابلیت اینکوترمز و قواعد کنوانسیون، در تکمیل یکدیگر محدود به مسئله ریسک نیست، چرا که اینکوترمز حوزه محدودی داشته و قادر به قاعده‌مند ساختن تمامی جوانب قرارداد بیع نیست.^{۵۹} اینکوترمز ابتدائاً بر تعهدات طرفین در ارتباط با تحویل و ریسک تمرکز دارد و برای مثال مقرره‌ای در خصوص تشکیل و انعقاد قرارداد ندارد. قواعد اینکوترمز تنها موقعیت‌هایی را تحت پوشش قرار می‌دهند که اجرای تعهد مطابق قرارداد صورت می‌گیرد و شامل موارد نقض قرارداد نمی‌شود. برای اینکه اینکوترمز مؤثر باشد باید با توافق طرفین و یا حقوق حاکم بر قرارداد تکمیل شود.^{۶۰} در نتیجه، مقررات کنوانسیون تا جایی می‌تواند مکمل قواعد شروط تجاری باشد که به قاعده‌مند ساختن مسائلی می‌پردازد که اینکوترمز در خصوص آن حکمی ندارد. مسئله‌ای که باید بیشتر به آن پرداخت این است که هرچند اینکوترمز مقرره‌ای در خصوص نقض قرارداد ندارد^{۶۱}، اما بین اصطلاحات تجاری و قواعد مربوط به نقض رابطه متقابل وجود دارد. اگر تسلیم در زمان و مکانی که طبق اینکوترمز مقرر شده صورت نگیرد، نقض قرارداد محسوب شده و در صورتی که طرفین راهی برای حل آن پیش‌بینی نکرده باشند، جبران خسارت باید طبق حقوق حاکم بر قرارداد صورت گیرد.^{۶۲}

59. "BVBA ITM v. SA Montanier (Appellate Court Antwerp Belgium 22 January 2007)." Institute of International Commercial Law, Accessed July 23, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070122b2.html>.

60. Gabriel, op.cit., 41.

61. Jan Ramberg, *ICC Guide to INCOTERMS 2010* (Paris: ICC Publication, 2011).

به طور، مثال شرط B5 اینکوترمز که مربوط به انتقال ضمان است مقرره‌ای در این خصوص ندارد. ر.ک: رحیم

محترم قلاتی، زهرا قلی‌زاده، کاربرد اینکوترمز ۲۰۱۰ در تجارت بین‌الملل (تهران: انتشارات آتارا، ۱۳۹۰)، ۶۷.

62. Honnold, op.cit., 171.

همین مورد در خصوص تسلیم کالاهای دیگر نیز صادق است، ممکن است طبق اصطلاحات تجاری ریسک به خریدار منتقل شده اما با بیع تعهدش به تسلیم کالاهای مطابق با قرارداد را نقض نموده باشد؛ در این خصوص، بین عدم مطابقت کالا و انتقال ریسک رابطه متقابل وجود دارد تا آنجا که ماده ۳۶ کنوانسیون مقرر می‌دارد که مطابقت باید در لحظه انتقال ریسک از بایع به خریدار، تعیین شود^{۶۳}. با این حال، حتی اگر عبارت الف «۱» اینکوترمز که مقرر داشته که بایع باید کالاهایی را تحویل دهد که در مطابقت با قرارداد بیع و سایر نمونه‌هایی که طبق قرارداد مقرر گردیده، اما مطلبی در خصوص جبران خسارت خریدار در صورت عدم اجرای تعهدات از سوی بایع بیان نکرده است. به علاوه، مقرر الف «۷» اینکوترمز مقرر می‌دارد که قصور فروشنده و عدم تذکر کافی وی به خریدار، در این خصوص که کالاها در مطابقت با عبارت الف «۴» تسلیم گردیده، نقض قرارداد از سوی فروشنده محسوب می‌شود، در حالی که در خصوص نتایج چنین نقضی مقرر خاصی در اینکوترمز ذکر نشده است. در نتیجه باید گفت در فقدان مقرر قراردادی در خصوص نقض قرارداد از سوی خریدار، چنین نقضی باید با استناد به جبران خسارت‌های مقرر در کنوانسیون یعنی مواد ۴۵-۵۲^{۶۴} و ۷۴-۷۷^{۶۵} حل و فصل گردد. ماده ۷۰ مقرر می‌دارد که در خصوص نقض اساسی قرارداد توسط بایع، جبران خسارت از خریدار صرفاً به این دلیل که ضمان خسارت به او منتقل شده، از بین نمی‌رود، در مقابل اینکوترمز حاوی مقرره‌ای مشابه ماده ۷۰ کنوانسیون نیست. بنا به این موارد، کنوانسیون به مسئله نقض اساسی قرارداد از سوی بایع پرداخته^{۶۶} اما مشخص نمی‌کند که کدام نقض‌ها نقض اساسی محسوب می‌شوند. این امر بسته به تفسیر مقرر ماده ۲۵^{۶۷} کنوانسیون خواهد بود. همین استدلال در خصوص عبارات ب «۷» اینکوترمز اعمال می‌شود که مقرر می‌دارد خریدار، فروشنده را از مسائل پیرامون تسلیم، مثل

63. "Clout, Case No 253 (Appellate Court Lugano Cantone del Ticino Switzerland 15 January 1998)," Institute of International Commercial Law, Accessed May 11, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html>.

۶۴ مربوط به جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط بایع.

۶۵ مربوط به خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد.

66. Valiotti, op.cit., 54.

۶۷ ماده ۲۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند».

زمان تسلیم، نام کشتی، بندر مبدأ، لنگرگاه و بندر مقصد که او باید بداند، مطلع می‌کند. هرچند «اطلاع کافی» لازم است، اما چیزی در خصوص نوع یا شکل اطلاعات کافی وجود ندارد.

مسئله اصلی دیگر این است که آیا اینکوترمز می‌تواند ورای قصد صریح یا ضمنی طرفین قابلیت اجرا داشته باشد. در پاسخ باید گفت که برای اعمال عرف به عنوان قاعده‌ساز باید معیارهای دقیقی مورد نظر قرار گیرد.^{۶۸} به موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون مقرر شده است که طرفین معامله به طور ضمنی عاداتی را که می‌دانسته یا باید از آن آگاهی داشته باشند (به این صورت که در تجارت بین‌الملل عموماً شناخته شده بوده و قاعدتاً در تجارت خاص نیز مورد توجه است) را قابل اعمال نموده‌اند، مگر اینکه طرفین برخلاف آن تراضی نموده باشند. یک عادت باید از نظر بین‌المللی، حداقل در تجارت خاصی که در آن مورد استفاده قرار می‌گیرد، شناخته شده باشد.^{۶۹}

همچنین، باید توسط اکثریت کسانی که در صنعت یا تجارت خاص هستند شناخته شده باشد، تا جایی که یک عادت کاملاً شناخته شده و عموماً مورد رعایت باشد، می‌توان فرض نمود که به صورت بخشی از انتظارات طرفین معامله در آمده است. برای این منظور، شروط بند ۲ ماده ۹ بر مبنای فرضیه قصد ضمنی طرفین معامله بنا نهاده شده است.^{۷۰} با این حال، پرسش اصلی در جایی که یک طرف قرارداد یا هر دو از آن عادت آگاهی نداشته باشند (در حالی که باید آن را می‌دانستند)، این است که آیا لازم است که این الزام به توافق ضمنی طرفین استناد داده شود یا این خود قانون است که باید الزام در مورد آن عادت خاص را ایجاد کند؟

اینکه آیا کنوانسیون عملکرد قاعده‌سازی را به عادت تجاری منتسب می‌کند یا خیر محل بحث است. به بیان دیگر، برخی از نویسندگان بر این نظر هستند که بند ۲ ماده ۹ ارزش قاعده‌سازی را حتی در صورت عدم تصریح طرفین به عادت تجاری می‌دهد^{۷۱}، در حالی که

68. Alban Jorge Oviedo, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9, Pace Law School Institute of International Commercial Law, Last updated January 27, 2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-09.html> (last visited 07-03-2009).

69. SCHMIDT-KESSEL, op.cit., 10-12; HONNOLD, op.cit., 120.1.

70. A Goldštajn, "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN International Sale of Goods," in *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. P Sarcevic, P Volken (New York: Oceana Publications Inc., 1986), 97.

71. Patrick X. Bout, "Trade Usages: Article 9 of the Convention in Contracts for the International Sale of Goods," (1998), accessed December 10, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>.

سایرین استدلال می‌کنند که در طرح کنوانسیون عادات تجاری می‌تواند صرفاً به عنوان پرکننده خلأ قراردادی و در اجرای قصد طرفین معامله عمل کند (آن هم در جایی که طرفین نتوانند به تنظیم درست تعهدات خود بپردازند)^{۷۲}. بنابراین، عادت قابل اعمال در قراردادهای تجاری اثری مشابه خود قرارداد بین طرفین معامله را دارند^{۷۳}. با این حال، حامیان دیدگاه دوم تصدیق می‌کنند که طبق بند ۲ ماده ۹، طرفین قرارداد بیع بین‌المللی حتی در صورت فقدان توافق به عادات صریح و خاص تجاری ملزم خواهند بود. هر دو شرط، یعنی اینکه طرفین از عادت تجاری آگاه بوده یا باید از آن آگاه می‌بودند، مثل آنکه عادت خاص باید شناخته شده بوده و قاعدتاً در تجارت بین‌الملل در تجارت خاصی رعایت شده باشد، باید مدنظر قرار گیرد. یک دادگاه آمریکایی بند ۲ ماده ۹ را به شکل متفاوتی تفسیر نمود به این ترتیب که عادات قابل اعمال را محدود به آن دسته از عادات که شروط فوق‌الذکر را دارند نکرد، بلکه مقرر داشت: «رویه و عادات طرفین یا صنعت خاص به طور اتوماتیک در توافق حاکم به موجب کنوانسیون وجود دارد، مگر اینکه صراحتاً توسط طرفین مستثنا شده باشند»^{۷۴}.

بنابراین، در صورتی که قواعد اینکوئترمز را مشمول عنوان عادات تجاری که در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون آمده است بدانیم با اجرای خودکار آن به عنوان عادات تجاری مدون بین‌المللی مواجه می‌شویم^{۷۵}. این دیدگاه به موجب رویه قضایی موجود در مورد کنوانسیون تقویت شده است. احکام و آرای صادره از دیوان داوری تجارت بین‌المللی روسیه^{۷۶} و دادگاه آرژانتین^{۷۷} از این دیدگاه پشتیبانی می‌کنند. همچنین، دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا به بند ۲ ماده ۹ برای وارد نمودن ضمنی اینکوئترمز در قرارداد استناد نموده‌اند^{۷۸}. دادگاه تجدیدنظر ایالات

72. Schmidt-Kessel, op.cit., 14.

73. HONNOLD, op.cit., 46.

74. "Clout, Case No 579 (Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc., United States Federal District Court New York 10 May 2002," Institute International Commercial Law, accessed August 21, 2009, <http://cisgw3.law.edu/cases/020510u1.html>.

75. Perales Viscassillas, "Comments on the draft Digest relating to Articles 14-24 and 66-70," in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, ed. F Ferrari, H Flechtner, and RA Brand (London: Sweet and Maxwell, 2004), 290.

76. "Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration Award No 406/1998, Russia 6 June 2000," Institute of International Commercial Law, Accessed June 02, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>.

77. "Clout, Case No. 21 (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 7, Argentina 20 May 1991)," Institute of International Commercial Law, Accessed August 21, 2009, <http://www.unilex.info/case/cfm?pid=1&do=case&id=14&step=Abstract>.

78. Clout, Case No 447 (St Paul Guardian Insurance Co v. Neuromed Medical Systems & Support 2002 WL 465312 (SD NY 2002), judgment aff'd, 53 Fed Appx 173 (2d Cir 2002), 2002 US Dist LEXIS 5096 (SDNY March 26 2002).

متحدہ آمریکا^{۷۹} مقرر نموده است که «حتی اگر عادت مربوط به اینکوترمز جهانی نباشد، این واقعیت که آنها در تجارت بین‌الملل شناخته شده هستند به این معناست که آنها به موجب بند ۲ ماده ۹ وارد قرارداد شده‌اند». همچنین، یک دادگاه ایالت نگزاس^{۸۰} مقرر نموده است که اینکوترمز «منبع شناخته شده‌ای از تعاریف راجع به شروط تسلیم تجاری هستند که توسط طرفین معامله در قراردادهای بیع بین‌المللی مورد استفاده قرار گرفته» و به موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وارد قرارداد شده‌اند.

با این حال، بند ۲ ماده ۹^{۸۱} کنوانسیون نه تنها به عادت‌هایی که طرفین از آن آگاه بوده یا باید از آن آگاه می‌بودند یا عادت‌هایی که شناخته شده است نیاز دارد، بلکه به عادت‌هایی که نیاز دارد که عموماً توسط طرفین قراردادهایی از نوع مندرج در تجارت خاص نیز رعایت شده باشد. بنابراین، عدم رعایت عمومی بیانگر مسئله و مشکلی در اجرای اینکوترمز بر اساس بند ۲ ماده ۹ خواهد بود.^{۸۲} برخی از نویسندگان استدلال می‌کنند که اینکوترمز اساساً به عنوان «در هر نوع تجارتی شناخته شده» نیست و در نتیجه شروط بند ۲ ماده ۹ را برآورده نخواهد کرد.^{۸۳} با این حال، باید نتیجه گرفت که بند ۲ ماده ۹ شناخته شدن عادات تجاری در سطح بین‌المللی و رعایت آن در میان طیف کاملی از تجارت‌های بین‌المللی را لازم ندانسته است.^{۸۴} بنابراین، شناخته شده بودن اینکوترمز در تجارت‌های بین‌المللی و رعایت قاعده‌مند آن برای احراز شمول این ماده بر آن کفایت می‌کند و نیازی به رعایت کامل در تمامی انواع تجارت نیست.^{۸۵}

79. Clout, Case No. 575 (B.P. Oil International v. Empresa Estatal Petroleos De Ecuador 332 F. 3d 333 (5th Cir. 2003) 338, 200 A.L.R. Fed. 771, Federal Appellate Court [5th Circuit] United States, 11 June 2003), available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.html> (last visited 21-08-2009).

80. "China North Chemical Industries Corporation v. Beston Chemical Corporation .. L. 295396 (S.D. Tex. 2006), U.S. Federal District Court Texas, 7 February 2006," Institute of International Commercial Law, Accessed June 02, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060207u1.html>.

۸۱ برطبق بند ۲ ماده ۹: «فرض بر این است که طرفین عرف و عادت‌هایی 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 به طور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود».

82. Schmidt-Kessel, op.cit., 659 Also See, "Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc., United States Federal District Court New York, 10 May 2002," Institute of International Commercial Law, accessed August 21, 2009, <http://cisgw3.law.edu/cases/020510u1.html>.

83. Erauw, op. cit., 303; Honnold, op.cit., 118.

84. "Clout, Case No. 175 (Oberlandesgericht [Appellate Court] Graz, Austria, 9 November 1995 – marble slabs case)," Institute of International Commercial Law, Accessed August 21, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>.

85. Michael G. Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 69-70.

دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده آمریکا^{۸۶} رأی داد که حتی اگر استفاده از اینکوترمز جهانی نباشد، می‌تواند به موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وارد قرارداد شود چرا که، این شروط در تجارت بین‌الملل شناخته شده هستند. در حمایت از این دیدگاه، دادگاه به این واقعیت استناد نمود که دادگاه‌های فرانسه و آلمان اینکوترمز را بر اساس عرف یا عادت تجارت بین‌الملل در قرارداد وارد نموده‌اند.^{۸۷} حمایت بیشتر از این دیدگاه در بیانیه دبیرخانه آنسیترال آمده است که بر اساس آن اینکوترمز عادات عموماً پذیرفته شده‌ای برای شروط تجاری است که جایگزین مقررات کنوانسیون می‌شود.^{۸۸} علی‌رغم شبهه موجود راجع به اینکه اینکوترمز باید به حد عادت تجارت بین‌الملل برسد یا نه، اکثر نویسندگان موافقت که شروط قدیمی و بیشتر رایج تجاری مثل «FOB» و «CIF»^{۸۹}، به حد عادت تجاری مندرج در بند ۲ ماده ۹ خواهند رسید، چرا که بیانگر رویه تجاری است که به زمان گذشته بازمی‌گردد.^{۹۰} همچنین، آنها عموماً شناخته شده هستند و ممکن است وضعیت عرف‌های مستقل در تجارت بین‌الملل را نیز به دست آورده باشند.^{۹۱} این نویسندگان بیان داشته‌اند که مواردی که اینکوترمز را به عنوان عادات مندرج در بند ۲ ماده ۹ شناسایی نموده‌اند تنها در مورد شروط تجاری هستند که اغلب استفاده شده و بیشتر شناخته شده‌اند. هیچ موردی که دربرگیرنده شروط تجاری کمتر شناخته شده مثل «D-terms»^{۹۲} یا «EXW»^{۹۳} باشد، گزارش نشده است، در نتیجه نتایج

۸۶. رک به پرونده (B.P. Oil International v. Empresa Estatal Petroleos De Ecuador) قابل دسترس در <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.html> (last visited 21-08-2009).

87. Folsom Ralph H., *International Business Transactions I* (New York: West Group, 2002), 114.

۸۸. رک به گزارش دبیر کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد، UN Doc. A/7618 §§ 48-50.

57.

89. Cost, Insurance and Freight

در این ترم هزینه حمل، بیمه و ترخیص کالا برعهده فروشنده می‌باشد.

90. Perales Viscassillas, "Comments on the draft Digest relating to Articles 14-24 and 66-70," in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, ed. F Ferrari, H Flechtner, and RA Brand (London: Sweet and Maxwell, 2004), 290; see: J Basedow, "The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making," *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 709; Also see John A. Spanogle, "Incoterms and the UCC Article 2- Conflicts and Confusions," *Int'l L.* 31 (1997), 113.

91. Michael C. Rowe, "The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law," in *The Transnational Law of International Commercial Transactions II*, ed. Horn Norbert, Clive M. Schmitthoff (Alphen aan den Rijn: Kluwer, 1982), 53; Dely Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria* (North Holland: ???, 1992), 174-175.

۹۲. در ترم‌های گروه تحویل کالا در محل تعیین شده یا در ترمینال برعهده فروشنده بوده و انتقال ضمان در

این نقطه صورت می‌گیرد.

93. Ex Works.

تفسیری برای آنها همچنان نامشخص و غیرقطعی است.^{۹۴} می‌توان نتیجه گرفت که نمی‌توان در تمام موارد مدعی شد که اینکوترمز به حد عادت مندرج در بند ۲ ماده ۹ رسیده است، زیرا که تمام شروط واجد یک ضابطه و معیار مطلق نیستند.

هرچند درست است که موارد قاعده‌ساز در ارتباط با اینکوترمز شامل عادات تجاری شناخته‌شده مثل «CIF» و «FOB» می‌شود، اما حکم یا رأی به اینکوترمز در کلیت آن و نه صرفاً به قاعده‌ای خاص از اینکوترمز استناد می‌کند و بنابراین اگر در تجارت خاصی عرفی راجع به استناد به اینکوترمز در کل وجود داشته باشد، تدوین این عرف‌ها در ضمن قانون اتفاق خواهد افتاد. احکامی که مبتنی بر رویه مداوم تجاری باشد، اگر که عموماً در طی زمان طولانی و در قلمرو خاص تجاری رعایت شوند به تدریج به اجبار عرف بین‌المللی نیز دست خواهند یافت. بنابراین، هرچه اینکوترمز در منطقه یا تجارت خاصی رواج بیشتری داشته باشد، امکان بیشتری وجود خواهد داشت که به عنوان عادت یا عرف تجاری از آنها تبعیت شده و نسبت به طرفین حتی اگر از آن آگاهی نداشته باشند الزام‌آور باشد.^{۹۵} یکی از حقوقدانان^{۹۶} بر این نظر است که هدف اولیه اینکوترمز تطابق دادن بین فهم و درک متفاوت از شروط تجاری بین‌المللی به واسطه تراضی عامدانه (مبتنی بر قصد طرفین) بین‌المللی است، اما به دلیل تداوم استفاده آنها در طول یک یا دو نسل به تدریج تبدیل به عرف تجاری شده‌اند. بنابراین، اینکه آیا اینکوترمز بتواند قابلیت اجرای ارادی و مستقل از توافق طرفین را داشته باشد، مسئله‌ای است که به شدت بستگی به این دارد که تا چه حد به طور مداوم توسط تجار در تجارت خاصی شناخته شده و اجراء شده باشند.

تحویل درب کارخانه، در این ترم فروشنده کمترین میزان تعهدات را در میان کلیه ترم‌های اینکوترمز دارد و کلیه هزینه‌های حمل، بیمه و ... برعهده خریدار می‌باشد. در این ترم محل انتقال ضمان درب کارخانه فروشنده است.

94. Perales Viscassillas, "Comments on the draft Digest relating to Articles 14-24 and 66-70," in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, ed. F Ferrari, H Flechtner, and RA Brand (London: Sweet and Maxwell, 2004), 291; Michael C. Rowe, "The Contribution of the ICC to the Development of International Trade Law," in *The Transnational Law of International Commercial Transactions II*, ed. Horn Norbert, Clive SSSchmitthoff (Alphen aan den Rijn: Kluwer, 1982), 53; H. De Vries, "The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as compared with Traditional Trade Terms," *Eur. Trans. L.* 17 (1982): 495-497.

95. Frederic Eisemann, "INCOTERSS and the British Export Trade," *J.B.L.* 114 (1965): 121-122; Dasser, *op.cit.*, 71; Also see Schmitthoff, *op.cit.*, 224.

96. Basedow, *op.cit.*, 709-710.

نتیجه

به عنوان نتیجه باید گفت عرف‌های تجاری نقش مهمی در تجارت بین‌الملل بازی می‌کنند و به دلیل همین اهمیت است که تلاش‌های متعددی برای همسان‌سازی آنها صورت گرفته است^{۹۷}، چرا که تفاوت میان عرف‌ها در مناطق گوناگون جغرافیایی مشکلاتی را برای تجار به وجود آورده و کارکردهای مثبت این عرف‌ها را نیز با چالش مواجه می‌کند. در واقع، تفاوت این عرف‌ها و عدم آشنایی تجار با عرف‌های رایج در سایر کشورها از جمله موانع گسترش تجارت بین‌الملل محسوب می‌شود^{۹۸}. بنابراین، عرف‌های تجاری با کاهش هزینه پیش‌بینی احتمالات آینده و تصریح شروط مربوط به آن در قرارداد و شفاف‌سازی حقوق و تعهدات طرفین، بدون نیاز به مذاکره در خصوص آنها و یکسان‌سازی این حقوق و تکالیف در نقاط مختلف دنیا موجب کاهش هزینه‌های معاملاتی و تسهیل روابط تجاری می‌شوند. امری که رونق تجارت جهانی را به دنبال خواهد داشت.

با وجود تلاش‌های بسیاری که برای تدوین این عرف‌ها صورت گرفته شاید بتوان مجموعه قواعد اینکوترمز را مهم‌ترین متن موجود در خصوص شرایط تحویل کالا دانست. مجموعه عرف‌هایی که به واقع تکمیل‌کننده خال‌های فراوان موجود در کنوانسیون بیع بین‌الملل در خصوص تحویل کالا و انتقال ضمان می‌باشد. در واقع، تدوین‌کنندگان کنوانسیون با علم به تغییرات و تحولاتی که به سرعت در این زمینه رخ می‌دهند تنها به بیان اصول کلی تحویل و انتقال ضمان پرداخته و تدوین جزئیات را به عرف‌های تجاری واگذار کرده‌اند، البته که قواعد اینکوترمز به همین دلیل هر ده سال مجدداً بررسی شده و بر اساس تغییرات صورت گرفته در عرف تجاری رایج، شروطی به آن اضافه یا از آن کم می‌شود.

همان‌گونه که در این مقاله مشخص گردید با وجود اینکه شمول قواعد اینکوترمز بر قراردادهای تجاری بین‌المللی به صراحت خود این مجموعه نیاز به تصریح طرفین دارد، اما در عمل دادگاه‌ها حتی در صورت عدم تصریح طرفین، در تفسیر حقوق و تکالیف ایشان از این عرف‌ها استفاده می‌نمایند. در خصوص امکان اجرای خودکار اینکوترمز در صورت عدم تصریح طرفین به آن اختلافات بسیاری وجود دارد و علت عمده آن نیز به تصریح مقدمه اینکوترمز بر لزوم تصریح طرفین به اجرای آن در مورد قرارداد باز می‌گردد. اما نتایج این مقاله نشان داد

۹۷. از جمله این تلاش‌ها فعالیت‌های مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی می‌باشد.

۹۸. محمد امامی، کورش استوارسنجری، «مسائل و مشکلات تهیه و تنظیم قرارداد بیع بین‌المللی»، مجله علوم

اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز ۳۰ و ۳۱ (۱۳۷۹)، ۲۳ به بعد.

که نظریه غالب دادگاه‌ها بر این است که حتی در صورت عدم تصریح طرفین، امکان اجرای این قواعد وجود دارد و مستند این نظریه نیز بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی می‌باشد. بنابراین، می‌توان قواعد اینکوترمز را مشمول عنوان عادات تجاری که در بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون آمده است بدانیم و قواعد آن را به عنوان عادات تجاری مدون بین‌المللی حتی در صورت عدم تصریح طرفین مُجراً بدانیم، امری که رویه قضایی موجود در مورد کنوانسیون نیز آن را تقویت می‌نماید.



فهرست منابع

اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، مینا مهاجر. «انتقال ضمان معاوضی در قراردادهای بیع متضمن حمل کالا (مطالعه تطبیقی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران)». پژوهشنامه بازرگانی ۳۵ (۱۳۸۴): ۱۳۴-۱۰۱.

امامی، محمد، کورش استوارسنگری. «مسائل و مشکلات تهیه و تنظیم قرارداد بیع بین‌المللی». مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز ۳۰ و ۳۱ (۱۳۷۹): ۳۲-۹.
 کریم کاشی آرانی، رضا. «انتقال ضمان در بیع بین‌المللی کالا». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۶۰ (۱۳۸۲): ۲۳۳-۲۱۱.
 محترم قلاتی، رحیم، زهرا قلی‌زاده. کاربرد اینکوترمز ۲۰۱۰ در تجارت بین‌الملل. تهران: انتشارات آترا، ۱۳۹۰.

Alban Jorge Oviedo, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9, Pace Law School Institute of International Commercial Law. Last updated January 27, 2005. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-09.html>.

Basedow, J. "The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making." *Am. J. Comp. L.* 56 (2008): 703-725.

Berman, Harold J., and Colin KAUFMA.. "The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)." *Harv. Int'l ...* 19 (1978): 221-263.

Berman, Harold J., and Monica Ladd. RRisk of Loss or Damage in Documentary Transactions under the Convention on the International Sale of Goods." *Cornell Int'l JJ* 21 (1988): 423-437.

Bout, Patrick .. "Trade Usages: Article 9 of the Convention in Contracts for the International Sale of Goods." (1998). accessed December 10, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>.

Bridge, Michael .. "A Law for International Sales." *Hong Kong LJ* 37 (2007): 17-40.

Bridge, Michael G. "The Transfer of Risk under the UN Sales Sonventions 1980 (CI)) ." in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries, Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, edited by C.B. Andersen, U.G. Schroeter, 77-105. London: Wildy Simmonds & Hill Publishing, 2008.

Bridge, Michael G. *The International Sale of Goods: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Dasser, Felix j. "ICCOTERSS and the Lex Mercatoria: Applicability of ICCOTERSS in the Absence of Express Party Consent." L.L. .. thesis, Harvard University, 1995.

De Vries, .. "The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as compared with Traditional Trade Terms." *Eur. Trans. L.* 17 (1982).

Dely, Filip. *International Business Law and Lex Mercatoria*. North Holland: Emerald Group Publishing Limited, 1992.

Eisemann, Frederic. "ICCOTERSS and the British Export Trade." *J.B.L.* 114 (1965): 1-21.

Enderlein, Fritz, a-nd Dietrich Maskow. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 1992.

Erauw, Johan. "Observations on Passing of Risk, in The Draft UCCITRAL Digest and Beyond, the CISG provisions complement and work in tandem with the INCOTERMS. Since INCOTERMS do not constitute a code of law." Grewal, (14) *Loy LA Int'l & Comp LJ*, (1991).

Erauw, Johan. "Observations on passing of risk." In *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, edited by Franco Ferrari, Harry Flechtner, and Ronald A. Brand, 292-318. New York: Sweet & Maxwell, 2004.

Erauw, Johan. "Observations on Passing of Risk." In *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, edited by Franco Ferrari, Harry Flechtner, and Ronald A. Brand. New York: Sweet & Maxwell, 2008.

Erauw, Johan. "Observations on Passing of Risk." In *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, edited by Franco Ferrari, Harry Flechtner, and Ronald A. Brand. New York: Sweet & Maxwell, 2008.

Ferrari, F. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales LawS' *Ga J Int'l Comp L*. 24 (1994-95): 183-224.

Folsom, Ralph H.. *International Business Transactions I*. 2nd Ed. New York: West Group, 2002.

Gabriel, Henry. "International Chamber of Commerce INCOTERMS 2000: A Guide to Their Terms and Usages." *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 5 (2001): 41-73.

Goldštajn, A. "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN International Sale of Goods." In *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, edited by P Sarcevic, P Volken. New York: Oceana Publications Inc, 1986.

Hager, G. "Passing of Risk." In *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, edited by P Schlechtriem, Schwenzer, 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Hellner, Jan. "The Vienna Convention and Standard Form Contracts.. In *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, edited by P Sarcevic, P Volken. New York: Oceana Publications Inc, 1986.

Hoffmann, Von. "Passing of Risk in International Sales of Goods." In *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, P Sarcevic, P Volken. New York: Oceana Publications Inc, 1986.

Horn, Norbert, and Clive M. Schmitthoff. *Transnational Law of International Commercial Transactions II*. Alphen aan den Rijn; Kluwer Deventer, 1982.

<http://cisg3.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti.html>.

ICC Court of Arbitration, Case No 7645 (crude metal case).

Institute of International Commercial Law. BBBBA ITM v. SA Montanier (Appellate Court Antwerp Belgium 22 January 2007)." Accessed July 23, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070122b2.html>.

Institute of International Commercial Law. CClina North Chemical Industries Corporation v. Beston Chemical Corporation W.L. 295396 (S.D. Tex. 2006), U.S. Federal District Court Texas, 7 February 2006," Accessed June 02, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060207u1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCGG CAEE PRENNNTATION VV AR v. VV I (Hof Beroep [Belgium Appellate Court] Gent 15 May 2002." Accessed August 24, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020515b1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCGG CAEE PRENNNTATION Xiamen Trade v. Lian Zhong (Xiamen Intermediate People's Court China, 5 September 1994)." Accessed July 23, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940905c1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut Case, No 247, Audiencia Provincial de Córdoba [Appellate Court], Spain, 31 October." Last modified September 17, 2004. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971031s4.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut Case, No 317 (Oberlandesgericht Karlsruhe Appellate Court Germany 20 November 1992– frozen chicken case)" Accessed May 12, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921120g1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut Case, No 447 (St Paul Guardian Insurance Co et al v Neuromed Medical Systems et al, 2002, WL 465312 (SD NY 2002), judgment aff'd, 53 Fed Appx 173 (2d Cir 2002), 2002 US Dist LEXIS 5096 (SDNY March 26 2002), United States Federal District Court, New York, 26 March 2002)." Accessed August 20, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut, Case No 253 (Appellate Court Lugano Cantone del Ticino zwitterland 15 January 1998)." Accessed May 11, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut, Case No 579 (Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc., United States Federal District Court New York, 10 May 2002)." Accessed August 21, 2009. <http://cisgw3.law.edu/cases/020510u1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut, Case No. 175 (Oberlandesgericht [Appellate Court] Graz, Austria, 9 November 1995 – marble slabs case)" Accessed August 21, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut, Case No. 21 (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 7, Argentina 20 May 1991)." Accessed August 21, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910520a1.html>.

Institute of International Commercial Law. CCbut, Case No. 575 (B.P. Oil International v. Empresa Estatal Petroleos De Ecuador 332 F. 3d 333 (5th Cir. 2003) 338, 200 A.L.R. Fed. 771, Federal Appellate Court [5th Circuit] United States, 11 June 2003)." Accessed August 21, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u.html>.

Institute of International Commercial Law. GGeneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.. United States Federal District Court New York, 10 May 2002)." accessed August 21, 2009. <http://cisgw3.law.edu/cases/020510u1.html>.

Institute of International Commercial Law. "open letter of credit and penalty clause case.. access ed July 07, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/937197i1.html>.

Institute of International Commercial Law. "Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and ICCOTERSS 2000." Last modified March 16, 2004. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>.

Institute of International Commercial Law. RRussian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration Award No 40611998, Russia 6 June 2000." Accessed June 02, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>.

Institute of International Commercial Law. "The 2008 UCCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Art 66: Overview of Passage of Risk Provisions, 2nd ed (2008)." Accessed September 24, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-66.html>.

Institute of International Commercial Law. "The Secretariat Commentary to the 1978 Draft Convention Art 78 (draft counterpart of Art 66 CISG)." Accessed October 10, 2009. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html>.

Institute of International Commercial Law. "The Secretariat Commentary to the 1978 Draft Convention Art 78 (draft counterpart of Art 66 CI)) ," Accessed October 29, 2008. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html>.

Lookofsky, Joseph M. "Understanding the CI::: A Compact Guide to 66-70." In *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, edited by Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A.Brand. New York: Sweet & Maxwell, 2004.

OLG München, NJW 1957 426, AWD.

Pamboukis, Ch. "The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods." *JL & Com* 25 (2005-2006): 107 108.

Ramberg, Jan. *ICC Guide to INCOTERMS 2010*. Paris: ICC Publication, 2011.

Report by the Secretary-General of the UN Commission on International Trade Law, UN Doc. A/7618 §§ 48-50, 57.

Sarcevic, Petar, and Paul Volken. *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. New York: Oceana Pubns, 1986.

Schlechtriem, Peter. *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Good*. Manz: Vienna, 1986.

SCHMIDT-KESSEL, Article 9, in Schlechtriem/Schwenzer Commentary, (2005).

Schmidt-Kessel, Martin. "Article 9." In *Commentary on the UN Convention on the International Sale Of Goods (CISG)*, edited by Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, 2nd Ed. London: Oxford University Press, 2005.

Schmitthoff Clive M., *International Trade Usages*, Institute of International Business Law and Practice Newsletter, ChengChia-Jui, ed, 1988, pp. 219 224

Schmitthoff, Clive M., *International Trade Usages*, Report published by the Institute of International Business Law and Practice, Paris, International Chamber of Commerce, 1987.

Spanogle, John A. "Incoterms and the UCC Article 2- Conflicts and Confusions." *Int'l L* 31 (1997): 111.

Van den Berg v Tenner 1975(2) SA 268 (A) at 276H - 277B.

Viscassillas, Perales. "Comments on the draft Digest relating to Articles 14-24 and 66-70," In *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, edited by F Ferrari, H Flechtner, and RA Brand. London: Sweet and Maxwell, 2004.



The Commercial Custom Rules in International Trade, Interaction between CISG & Incoterms Rules

Dr. Mahmood Bagheri

Associate Professor at Law and Political Science Faculty, University of Tehran,
Attorney at Law, Email: Mahmood31@hotmail.com

&

Soroush Rostamzad Asli

Ph.D. Candidate in Private Law, Shiraz University, Legal Researcher,
Email: Soroushlawyer@gmail.com

&

Naser Azizi

Ph.D. in International Law, Assistant Prosecutor in Tehran Public and Revolutionary
Prosecution, Email: Nazizi_law@yahoo.com

Abstract:

United Nations Convention on the International Sale of Goods provide as default rules. Article 6 of convention gives right to change or dismiss the convention rule to the parties. Consequently, the parties can perform articles 66-70 of convention in several kinds, they can exclude perform some rules, or exclude their effects, in this situation party express their agreement. They can perform their agreement in regard to article 6 of convention, but the question is: where this amendment result is excluding all convention rules about risk, or exclude some rules effects?

When Party agreements amendment convention rule, they can agree that international custom (so incoterms rules) perform. The next problem is: if the party doesn't expressly agreed about performance of incoterms rules; is it Possible to perform it as part of party's contracts? In this article we consider the effects of party about substituting convention rule with incoterms rule and at the end clear that courts know incoterms as parts of agreement when party express or don't express it.

Keywords: United Nations Convention on the International Sale of Goods, Commercial custom, Incoterms, International trade.

Journal of LEGAL RESEARCH

VOL. XV, No. 2

2016-2

- **The Commercial Custom Rules in International Trade, Interaction between CISG & Incoterms Rules**
Dr. Mahmood Bagheri – Soroush Rostamzad Asli – Naser Azizi
- **Systems of Regulation of Advertising Aimed at Children in Television**
Dr. Bagher Ansari – Manijeh Hashemian
- **Reflections on Dissolution of International Organizations**
Dr. Mansour Jabbari – Masoud Ahsannejad
- **European Union's Regulations on the Approximation of Nations and the Achievement of European Federalism**
Seyed Hossein Tabatabaei
- **Modern Criminology and Relationship between Crimes**
Dr. Alireza Milani – Mohammad Hajighasemi Ardebili
- **Protection of Children in Armed Conflicts in the Context of International Instruments**
Armin Talaat – Mohammad Ahangar Asil
- **Human Rights Council against the National Politics of States: Some Remarks on the Case of North Korea**
Aramesh Shahbazi – Samsam Avazpoor
- **Comparing between Limitations of Issuing Notarize Acts and Secure Electronic Documents**
Abbas Karimi – Amir Sepahi
- **The Inventive Step Requirement in Iranian Patent System**
Hamed Najafi – Mahsa Madani
- **Myanmar Crisis in the Mirror of the Human Rights Council**
Marziye Ghalandari
- **A Study of Incomplete Crimes in Iran Penal Law**
Alireza Rahmaninaimabadi



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study