

حسن نیت در قراردادهای بین المللی: قاعده ای فراگیر

یا حکمی استثنائی^۱

دکتر میرقاسم جعفرزاده^۲

حسین سیمائی صراف^۳

^۱ مکتوب حاضر حاصل سه ترم تدریس موضوع در مقطع دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی و کار تحقیقی درس تجارت بین الملل در نیمسال اول تحصیلی ۱۳۸۱-۱۳۸۲ می باشد که پس از بازنگری گسترده و بررسی فراگیر ادبیات تحقیقی منتشر شده توسط نویسندگان عرضه میگردد. امید است تجربه مزبور سر آغاز نیک برای استمرار چنین کار جمعی باشد

^۲ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

^۳ عضو هیئت علمی دانشگاه قم و دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

چکیده

حسن نیت از نخستین ادراکات فطری و عقلی بشر است. و لذا بر سر حسن اخلاقی آن هیچ نزاع و جنجالی نیست. آن چه این موضوع را به چالش کشیده و عکس العمل های متفاوت را برانگیخته است ارتقاء آن از سطح یک "زینت اخلاقی" به سطح یک "ضرورت حقوقی" است. گروهی بدان اقبال و گروهی از آن ادبار نموده اند. کشورهای دارای حقوق نوشته به دلایل "ضرورت"، "مصلحت و عدالت" بدان روی آورده و کشورهای دارای نظام حقوق عرفی و عمدتاً انگلیس به استناد "نقض اصل حاکمیت اراده" و تضعیف "اصل حتمیت و قطعیت قرارداد" از آن روی برتافته اند.

تعارض دو گروه به هنگام تدوین کنوانسیون بیع بین المللی کالا به اوج خود رسید. سرانجام با تصویب ماده ۷ و پذیرش حسن نیت به عنوان عنصر لازم برای "تفسیر کنوانسیون" نوعی سازش بین دو دیدگاه حاصل آمد. با این وجود پرونده بحث و نظر پیرامون آن بسته نشد. موافقان سنتی آنرا تا مرز یک "قاعده کلی و اصل بنیادین تمامیت کنوانسیون" ارتقاء داده و حتی با وجود تاریخچه مذاکرات ماده ۷، سعی در تحمیل تفسیر خود بر اراده کنوانسیون دارند. مخالفان نیز از سرسختی گذشته رفته رفته دست کشیده و به طیف مقابل خود نزدیکتر شده اند. به رغم این تعامل سازنده و تحول فزاینده که در روند تکاملی دکترین حسن نیت به عیان مشهود است، هنوز ابهامات فراوانی راجع به "مفهوم"، "مبانی"، "قلمرو" و "کارکرد" حسن نیت و نیز همزیستی و همجواری آن با دیگر اصول قراردادی وجود دارد. این نوشتار، بی آنکه مدعی رفع همه ابهامات پیش گفته باشد، در صدد است تا باب گفتگو و تحقیق پیرامون اصل موضوع را در ادبیات حقوقی ایران گشوده و با ارائه ساختاری عملی از اصل دکترین، انبوه پرسشها را در جایگاه منطقی خود سامان بخشد. براین اساس، تحقیق حاضر تنها "پیش درآمدی" بر پژوهش های مستقل دیگر پیرامون انبوه پرسش های مطرح در این تحقیق خواهد بود.

Good Faith in International Contracts: Exceptional Rule or General Principle?

Dr. Mirghasem Jafarzadeh (Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)
and Hussein Simaei (Ph.D. Student, Faculty of Law, Shahid Beheshti University).

This paper shows that although good faith is one of the well settled traditional moral principles in all religious and ethical schools, all legal systems have no consensus on the principle as an enforceable legal obligation. In the one side, the continental European countries which have give much emphasis on the principle within their legal systems, in general, and in their civil codes, in particular, and the other side, the common law systems, except to American Law, which have given less legal value to it. This conflict had appeared when the drafters of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods decided to give legal force to this moral value in international contractual relationship. The history of Article 7 of the Convention shows hot debates among the representatives from these legal families. Due to this conflict, the drafters have eventually made a compromise on the issue with the language reflected in Article 7/1 of this international document.

However, two decades of the legal life of the Convention shows that despite the particular history of this provision, a great deal of eminent lawyers from different countries have welcomed this moral principle and made a great efforts to justify it as a legal obligation within the context of the Convention. The evolution of two newcomer international contract documents, namely, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and the Principles of European Contract Law (1998) (PECL), which give much legal value to this principle, has given so confidence to accept it as a general contract law rule, at least within the framework of international commercial contracts.

In spite of great efforts of international legal literatures and judicial precedents, there is still some ambiguity with respect to its meaning, function, scope, theoretical justification and legal effects. Legal doctrine and case law need, therefore, much more time to make it a clear contractual principle.

Key Words: Good faith, Concept, Ground and Scope.

فهرست مطالب

مقدمه

مبحث اول (مفهوم و جایگاه حسن نیت در حقوق داخلی کشورها

گفتار اول (مفهوم

گفتار دوم (جایگاه

الف (کشورهای گروه حقوق نوشته (Civil Law)

۱- آلمان و فرانسه

۲- هلند، پرتغال و یونان

۳- ایتالیا و اسپانیا

ب (کشورهای گروه حقوق عرفی (Common Law)

۱- انگلیس

۲- آمریکا

۳- استرالیا و کانادا

مبحث دوم (مفهوم و جایگاه حسن نیت در اسناد بین المللی

گفتار اول (کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

الف (تاریخچه وضع

ب (دلایل موافقت و مخالفت با درج حسن نیت در سند CISG

۱- دلایل مخالفت

۱-۱- اخلاقی بودن مفهوم

۱-۲- ابهام مفهوم

۱-۳- عدم تعیین ضمانت اجرا

۱-۴- عدم حتمیت و عدم قابلیت پیش بینی

۱-۵- لغویت

۲- دلایل موافقت

۲-۱- مقبولیت جهانی

۲-۲- ضرورت

۲-۳- بیم و امید

۲-۴- ترویج عدالت

ج - مفهوم

۱- اصل تفسیری

۲- تعهد و تکلیف

۳- اصل عام و بنیادین کنوانسیون

د- دلایل اثباتی

۱- استناد به اصول عام کنوانسیون CISG (ماده ۲-۷)

۲- استناد به منابعی غیر از کنوانسیون

۲-۱- اصول یونیدقوا (Unidroit Principe)

۲-۲- تحولات حقوق عرفی و ضرورت باز فهمی کنوانسیون

۳- دلالت ماده ۱-۷

گفتار دوم (حسن نیت در سایر اسناد

الف) اصول یونیدقوا (Unidroit)

ب) اصول حقوق قراردادهای اروپائی (PECL)

مبحث سوم (مبانی حسن نیت

گفتار اول (نقش اخلاق

گفتار دوم (عامل ضرورت

گفتار سوم (شرط ضمنی (Implied Term)

الف) رویه متعاملین (شرط ضمنی خاص)

(ب) عرف و عادت (شرط ضمنی عام)

گفتار چهارم) اقتضای ذات قرارداد (Essence of Contract)

گفتار پنجم) نظم عمومی

مبحث چهارم) قلمرو و کارکردهای حسن نیت

گفتار اول) تاثیر مبانی در قلمرو

الف) حسن نیت به عنوان استثناء

ب) حسن نیت به عنوان قاعده

گفتار دوم) مهمترین قلمرو و کارکردهای های حسن نیت

الف) حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی (Negotiations)

ب) حسن نیت در مرحله تشکیل، اجرا و تفسیر قرار داد

ج) حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجراهای قراردادی (Enforcement)

نتیجه گیری کلی

فهرست منابع

مقدمه

حسن نیت گرچه در اندیشه اخلاقی بشر قدمتی بس طولانی دارد و در مکاتب حقوقی و بلکه قوانین موضوعه کشورها از سابقه ای دراز برخوردار است، اما هیچگاه از جایگاهی به بلندای جایگاه امروز برخوردار نبوده است. در حقیقت در این دوران است که از مرحله یک زینت حقوقی به مرحله یک ضرورت حقوقی قدم نهاده و دوره تعارفات و مجادلات را سپری کرده و به دوره تأثیر گذاری عینی و عملی رهسپار شده است. امروزه وجود یا عدم حسن نیت منشأ اثر شده است، گاه صحت یا لزوم قرارداد را به چالش کشیده و گاه حقوق و تعهدات فیما بین را دچار قبض و بسط می کند. و بالاتر از همه گاه ادعا می شود که تأسیسات حقوقی نو پیدای دیگری تحت تأثیر دکترین حسن نیت شکل گرفته اند.^۴ این همه، ضرورت تحقیق در مسأله را توجیه و تشدید می نماید. اما این موضوع مانند هر موضوع نوظهور دیگر از ابهام ((هویتی)) رنج می برد. پدیده های نوپیدا همواره با ابهام مفهومی، اضطراب مبنایی و اشتباه جغرافیایی مواجه اند. حسن نیت نیز از این قاعده مستثنی نیست. مفهوم آن در عین سهولت مبهم، مبنای آن مضطرب و حیطة اعمال و نقش آفرینی آن مشتبه است. و لذا مسأله نخست اینگونه تحقیقات چیستی، چرایی و چگونگی مفهوم است. علاوه بر این، تشریح مبنا و تعیین قلمرو حسن نیت و بیان انواع تاثیرگذاری آن وظیفه دیگری است که اگر این تحقیق در انجام آن کامیاب شود توانسته است هویت و ماهیت دکترین حسن نیت را در حد بضاعت خود بر ملا سازد. البته بیان حکم حسن نیت و شناسائی آثار نقض آن نیز دغدغه دیگر این تحقیق است که گرچه مستقلاً بدان

^۴ البته این سخن به معنای تکوین اجماعی جهانی بر سر موضوع حسن نیت نیست زیرا هنوز دیدگاههایی وجود دارد که به رغم اذغان به حسن اخلاقی حسن نیت و اعتراف به مزایایی چون ترویج عدالت، تعدیل رفتارهای خود محورانه و تحکیم روح توافق به جای اجرای خشک الفاظ آن، که از طریق دکترین حسن نیت حاصل می شوند، به دلیل پیامدهای منفی آن با وسعت و شمول این دکترین مخالفت ورزند. به گفته آنان دکترین حسن نیت اصل آزادی اراده را مخدوش و قرارداد را از قاطعیت و حتمیت ساقط می کند. به باور اینان در دوران بین عدالت (justice) و حتمیت (certainty) حق تقدم با دومی است. در این باره با تفصیل بیشتری بحث و بررسی خواهیم کرد.

پرداخته نخواهد شد، اما از خلال مباحثی چون دلالت عرف و اراده ضمنی متعاملین و ارائه مصادیق قانونی متعدد متأثر از این دکترین به وضوح هویدا خواهد شد.

مقصود این است که رعایت حسن نیت آیا صرفاً امری حسن است یا به علاوه امری واجب و لازم نیز به شمار می رود. چگونه می توان قائل به لزوم رعایت آن شد، در حالی که در عرصه بین المللی سند یا میثاق الزام آوری که التزام بدان را صریحاً واجب گردانیده باشد وجود ندارد. در این تحقیق ضمن بررسی تفصیلی ادبیات تحقیقی مربوط به موضوع و مفاد اسناد بین المللی ناظر به قراردادهای بین المللی در پرتو پیشینه تاریخی موضوع و نمایش موضع گیری های گوناگون نظامهای مختلف حقوقی و بویژه با بررسی دقیق مبانی نظری این ضرورت خواهیم دید که دست کم عرف خاص و بر حسب دعوی عرف عامی که رعایت آن را ابرام گردانیده باشد شکل گرفته بحدی که امروزه عنصر حسن نیت از اصول عام قرارداد های بین المللی و اسناد بین المللی مربوطه چون کنوانسیون بیع بین الملل کالا معرفی می گردد.^۵

درباره موضوع این نوشتار، تاکنون تحقیق مستقلی به زبان فارسی به ثمر نرسیده است، گرچه تحت تاثیر ادبیات حقوقی خارجی و بین المللی به ندرت اظهار نظرهایی دیده می شود. در میان آثار حقوقی خارجی بیشترین حجم پژوهش و تحقیق، به زمان تدوین کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) باز می گردد. از آن پس و به بهانه ماده ۷ کنوانسیون مزبور و بویژه پس از انتشار اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدقوا^۶ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)^۷ مقالات بسیاری به رشته تحریر در آمده است. مع الوصف مقاله ای که یکجا از عهده سوالات این تحقیق بر آمده باشد دیده نشده است. این خلاء به ضمیمه ادبیات خاص حقوقی ایران ضرورت مقاله ای تحقیقی به زبان فارسی را دو چندان کرد. زیرا همانگونه که بر آشنایان با نظام حقوقی ایران آشکار است در این نظام به تبع متدلوزی فقهی

⁵ UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) (CISG).

⁶ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994).

⁷ Principles of European Contract Law (1998) (PECL).

مسائلی چون مبنا و مستند یک نظریه اهمیت فوق العاده دارد. صرف حسن یک نظر یا عرف حاکم برای مشروعیت یک دیدگاه کافی نیست. البته نباید خرده گرفت که موضوع تحقیق، حسن نیت از دیدگاه حقوق ایران نیست تا مشی بر طبق روش تحقیق در نظام حقوقی ایران باعث توجیه تحقیق شود. زیرا هدف، تحقیق در حقوق ایران نیست بلکه بیان موضوع با عنایت به ادبیات مانوس و مالوف این سرزمین است. و لذا در این تحقیق، بیشترین انرژی صرف بیان مفهوم و آنگاه مبنای حسن نیت شده است. البته طبیعی است که قلمرو به عنوان تابعی از مبنا تنها در حد ارائه نمونه هایی از موضوع به بحث گذارده شده است.

با این هدف مطالب تحقیق حاضر به ترتیب ذیل سامان داده خواهد شد.

نخست به بیان مفهوم و جایگاه حسن نیت در حقوق داخلی کشورها خواهیم پرداخت. تعاریف مختلفی را که از حسن نیت شده است نقل کرده و به دلیل تفاوت مبنایی که میان کشورهای گروه حقوق نوشته (Civil Law) و گروه حقوق عرفی (Common Law) در این باره وجود دارد، جایگاه حسن نیت را به تفکیک خانواده حقوق نوشته و خانواده حقوق عرفی بحث و بررسی می نمایم.

همچنین از آنجا که موضوع این تحقیق در یک سند بین المللی جای گرفته است، مطالعه تاریخچه مذاکرات و ملاحظه آراء نمایندگان کشورهای مختلف در کمیسیون تدوین موضوع، کمک شایانی به شناخت رهیافت های متفاوت در خصوص موضوع می نماید. از همین رو گفتار مبسوطی به بررسی وضعیت دکتین حسن نیت در سند CISG اختصاص داده خواهد شد. چنانکه همین موضوع در سند یونیدفوا⁸ و اصول حقوق قرار دادهای اروپایی (PECL)⁹ نیز بررسی خواهد شد. از خلال این مذاکرات، دلایل موافقت و مخالفت با دکتین مذکور به خوبی قابل استخراج است. مفهوم حسن نیت در کنوانسیون که بی ارتباط با دلایل پیش گفته و مواضع و مبانی کشورها در خصوص موضوع نیست، در

⁸ Article 1.7.

⁹ Article 1.201.

همین مبحث مفصلاً بحث خواهد شد. در این زمینه طیف وسیعی از آراء مشاهده می شود که مضیق ترین آن حسن نیت به عنوان تکلیف قضات و داوران در مقام تفسیراسناد بین المللی و موسع ترین آن، حسن نیت به عنوان اصل عام و یک زیر ساخت مهم کنوانسیون است.

در مبحث سوم هم، مبانی حسن نیت به بحث گذارده خواهد شد. این موضوع در حقوق خارجی جایگاه چندان مهمی ندارد. به عکس در حقوق ایران چنانکه اشاره شد، اصولاً مبانی و ماخذ یک نظریه اهمیت دو چندان دارد. به هر روی از خلال مقالات و پژوهش های خارجی در حد امکان آن چه را که به عنوان مبنا قابل استنباط بوده است، استخراج کرده ایم.

و در مبحث پایانی هم، به ارائه مهمترین حیطه های کاربرد و انواع نقش آفرینی های حسن نیت می پردازیم. البته پیش از آن طی گفتار مستقلی تاثیر مبانی در قلمرو را گوشزد کرده، به اثبات خواهیم رساند که سعه و ضیق قلمرو بستگی تام به مبانی اتخاذی دارد. از هر مبنایی، هر قلمرویی قابل استخراج نیست.

مبحث اول (مفهوم و جایگاه حسن نیت در حقوق داخلی کشورها

گفتار اول (مفهوم

حسن نیت مفهومی است سهل و ممتنع. در نگاه اول معنایی آشکار و بدیهی دارد ولی در مقام توصیف و تطبیق بر موارد سخت و دشواری نماید و لذا به درستی برخی آن را مفهومی غیر قابل تعریف^{۱۰} معرفی کرده اند. همین امر سبب شده است که بعضی از ارائه تعریف ایجابی مایوس شده به تعریف سلبی روی آورند.^{۱۱} چنانکه پروفیسور سامرز ترجیح داده است حسن نیت را به آن چه که نیست تعریف نماید لذا تصریح می کند که حسن نیت عبارت است از عدم قصد ایجاد ضرر و عدم رفتار مغایر با استانداردهای معقولی که توسط رویه های تجاری احراز شده است.^{۱۲}

با این حال تعاریف ایجابی بسیاری نیز ارائه شده است که برخی از آنها را می توان به ترتیب زیر فهرست کرد^{۱۳}:

- معقولیت (Reasonableness)

- استانداردهای معقول و متعارف در یک معامله منصفانه (Reasonable standards of fair

dealing

- صداقت در عمل (honesty in fact)

^{۱۰} احتمالاً به همین دلیل است که پل پاورز عنوان مقاله خود را تعریف امری غیر قابل تعریف قرار داده است:

Powers, Paul J., Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods {<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html>, hereinafter: Pace University School of Law's Home Page.

^{۱۱}- این سبک تعریف در ادبیات ما به ترتیب زیر شناخته شده است: تعرف الاشیاء با ضدادها.

^{۱۲} Robert Summers, the General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, 67 Cornell L. Rev. 810, 818 (1982) cited in: Powers, Paul J, ibid.

^{۱۳} Sim, Disa, The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, September 2001, available in Pace University School of Law's Home Page.

در نقد تعاریف فوق گفته شده است که اولاً) مفاهیم و معادل های فوق هیچیک روشتر از اصطلاح حسن نیت نیستند. به بیان دیگر همان ابهام نهفته در اصطلاح حسن نیت در ذات معرف های آن نیز نهفته است^{۱۴} و حال آن که یکی از شرایط تعریف منطقی اجلی بودن معرف از معرف است. ثانیاً) گرچه هر سه معنای پیش گفته شده در صدد تحدید و تعدیل رفتارهای غیر اخلاقی می باشند، ولیکن عملاً مفهوم و مفاد واحدی نداشته، هر یک به سمت و سوی خاصی نشانه می روند. مثلاً صداقت، اشاره به یک وضعیت روانی و ذهنی دارد، در حالی که معامله منصفانه حاکی از وضعیت عینی و خارجی امور می باشد. و درباره معقولیت نیز می توان تصور کرد که عملی غیر معقول و در عین حال صادقانه باشد^{۱۵}. بنابراین مشاهده می شود که برای تعریف یک مفهوم سه اصطلاح گوناگون به کار رفته است که با یکدیگر همخوانی نداشته و هر یک دارای معنایی جز معنای دیگری باشد.

برخی دیگر از نویسندگان درصد برآمده اند تا حسن نیت را به عدالت (justice) برگردانند. آفت دیدگاه مزبور آن است که چه بسا موجب شود تا هر چه که مایه ترویج عدالت می گردد با حسن نیت یکسان و برابر پنداشته شود. آنگاه معنا و گستره حسن نیت چنان عام^{۱۶} و انتزاعی^{۱۷} می شود که در عمل از بی معنایی^{۱۸} سر بر می آورد.^{۱۹} آفت بی معنایی از فرط کلیت و عمومیت بلایی است که معمولاً مفاهیم آرمانی و ایده آلی بشر دچار آن می باشند.

پورفسور فرانس ورث^{۲۰} با اذعان به مقبولیت دکترین حسن نیت معتقد است که تعاریف کاملاً متفاوتی از این اصطلاح ارائه شده است. وی به عنوان نمونه سه تعریف گوناگون که توسط دادگاههای آمریکا

¹⁴ Ibid. P. 8.

¹⁵ Ibid. p. 9.

¹⁶ General

¹⁷ Abstract

¹⁸ Meaningless

¹⁹ Ibid.

²⁰ Fransworth, E. Allan 'The Concept of Good Faith in American Law, and, Fransworth, E. Allan, The Duties of Good Faith and Fair Dealing under the

به کار گرفته شده است را نقل کرده، می گوید: مضیق ترین تعریف توسط قاضی آنتونین اسکالیا ارائه شده است. به نظر او حسن نیت عبارت است از تعبیر دیگری (که البته با حرمت و قداست همراه است) از اصول بنیادین حقوق قراردادها. دومین تعریف را به پورفسور سامرز نسبت می دهد. به اعتقاد سامرز، حسن نیت بدون آنکه خود دارای معنای مستقلی باشد محدود کننده اشکال مختلف سوء نیت (Bad faith) است. و سرانجام سومین تعریف توسط استاون برتن در سال ۱۹۸۰ تحت عنوان "امتیازات مغموض عنہ"^{۲۱} ارائه شده است. به اعتقاد وی حسن نیت اعمال اختیارات اجرایی را که به موجب قرارداد به طرف مقابل واگذار شده است ممنوع می سازد. بنابراین استفاده شخص از حق خود برای باز پس گیری امتیازاتی که از آنها صرف نظر کرده بوده است نوعی سوء نیت محسوب میشود.^{۲۲} فرانس ورث تصریح می کند که دادگاههای آمریکا از هر سه دیدگاه فوق حمایت می کنند بدون اینکه میان آنها تعارضی ببینند.^{۲۳} در حالی که به نظر می رسد واقعاً بین تعاریف پیش گفته تناسب و انسجامی نیست. وی در مقام توجیه موضع دادگاههای آمریکا و در واقع برای جمع بین معانی متعارض فوق الذکر می گوید که معنای حسن نیت بسته به چارچوب و بستری که در آن عمل می کند فرق می کند. بنابراین تفاوت معانی به تفاوت مکانی آنها باز می گردد، به این معنا که در هر مورد بسته به شرایط و اوضاع و احوال حاکم، معنایی متفاوت حاصل می گردد.

می توان دیدگاه پرفسور جان کارتر حقوقدان استرالیایی را از جهت وابستگی مفهوم به چارچوب (context) همانند دیدگاه محاکم آمریکا دانست. زیرا وی تصریح می کند که حسن نیت مفهومی مستقل و بیرون از قرارداد ندارد. حسن نیت را باید در هر قرارداد با توجه به اصول، قواعد و شرایط

UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, both available in Pace University School of Law's Home Page.

²¹ Forgone opportunities

²² Steven J. Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith, 94 Harvard Law Rev., (1980) 369.

²³ Fransworth, E. Allan, *ibid.*

حاکم بر همان و نه صرفاً در شرایط انتزاعی سنجید. آنگاه جان کارتر در پاسخ به سوال از مفهوم و مفاد حسن نیت توضیح می‌دهد که مفهوم حسن نیت بستگی تام به قلمرو مفهوم صداقت دارد و صداقت دارای مفهومی فراتر از عدم تقلب در تعامل طرفین با یکدیگر می‌باشد. جان کارتر بر خلاف کسانی که حسن نیت را مفهومی سلبی می‌دانند معتقد است که آن استانداردی است که گاه جنبه سلبی و گاه جنبه ایجابی دارد. به اعتقاد وی، صداقت در یک نگاه تحلیلی حداقل شامل عناصر و مختصات زیر می‌باشد:

- خودسرانه و خود محورانه عمل نکردن

- اجتناب از هر گونه رفتار به قصد ایجاد ضرر

- توجه کافی به هدف و مقصود از معامله به عنوان یک موضوع ماهوی

به نظر جان کارتر حسن نیت مفهومی ثابت و یکنواخت ندارد، لذا در موارد خاص ممکن است عناصر دیگری را نیز در بر بگیرد. از آن جمله است:

- رفتار متناسب با هدف خاص (مورد نظر در هر معامله)

- ثبات رفتار

- ابلاغ و اعلام تصمیمات

- همکاری با طرف دیگر

- ملاحظه علایق طرف مقابل.^{۲۴}

در پایان به نظر می‌رسد این ایده یکی از نویسندگان درست باشد که می‌نویسد "همه تعریف‌های گوناگونی که از حسن نیت ارائه شده اند یک وجه مشترک دارند و آن عبارت است از نوعی صداقت

²⁴ Carter, J.W. and Peden, Elisabeth, 'Good Faith in Australian Contract Law', 19 Journal of Contract Law (2003), 155 at p. 157.

و راستی در قرارداد^{۲۵} همین نویسنده در ادامه می گوید: از سر جمع کردن همه تفسیرهای داخلی و ملی کشورها که از حسن نیت شده است می توان نتیجه گرفت که حسن نیت عبارت است از: انتظار یک طرف قرارداد از طرف دیگر که وظایف قراردادی خود را صادقانه و منصفانه انجام دهد به گونه ای که در جامعه تجاری قابل قبول باشد. وظیفه حسن نیت یک دکتر بین المللی است که طرفین معامله بین المللی را ملزم می کند تا به نحو معقولی عمل کنند، به همان ترتیب که از طرف دیگر انتظار دارند. وی ادامه می دهد که این تعریف نه لفظاً ولی معنأً یک تعریف بین المللی است و بهترین تعاریف داخلی را که در اطراف و اکناف دنیا وجود دارد، در بر می گیرد. حسن نیت شباهت زیادی به این قاعده طلایی دارد که:

“TREAT OTHERS AS YOU WISH TO BE TREATED”

به هر روی ایفاء وظایف قراردادی به شیوه صادقانه، منصفانه و معقول تقریباً همیشه اجرای با حسن نیت تلقی خواهد شد.^{۲۶}

گفتار دوم (جایگاه

از راهیابی عنصر حسن نیت به اسناد بین المللی گرچه دیر زمانی نمی گذرد، اما نفوذ آن به حقوق داخلی قدمتی بس طولانی دارد. گفته شده است که ریشه های این تعهد را حتی در حقوق روم باستان می توان مشاهده کرد. سخنگوی مشهور حقوق روم سیسرو رعایت حداقل های حسن نیت در معاملات تجاری را به رسمیت شناخته است.^{۲۷}

اصول اصلی حسن نیت در روم شباهت زیادی به تعهد امروزی حسن نیت در قانون متحد الشكل تجاری آمریکا (U CC)^{۲۸} دارد. اصل حسن نیت در اجرای قرارداد دیگر بار در قرن های یازده و

²⁵ Powers, Paul J., opcit.,p.9.

²⁶ Ibid., p. 9.

²⁷ Ibid., p. 2.

²⁸ Uniform Commercial Code.

دوازده میلادی در جامعه تجاری سر بلند کرد و هم اکنون این تعهد در قانون نوشته بسیاری از کشورها به ویژه در حقوق آلمان مطرح می باشد.²⁹

عنصر حسن نیت در طول زمان زنده مانده است گرچه گاه معنای آن دچار ابهام شده است.³⁰ درباره معنا و وسعت مفهومی حسن نیت اتفاق نظر وجود نداشته و طیف وسیعی از دیدگاهها را می توان مشاهده کرد. در یک سوی طیف نظام های حقوقی وجود دارند که اصل حسن نیت، حقوق قراردادها و حتی دیگر بخش های حقوقی آنان را دگرگون کرده و صبغه خاصی به آنها بخشیده است، مانند سیستم حقوقی آلمان. و در سوی دیگر نظام هایی مشاهده می شوند که لزوم مطابقت رفتار طرفین با اصل حسن نیت را به رسمیت نمی شناسند، گرچه در بسیاری از موارد توسط قواعدی دیگر همان نتایجی را بدست می آورند که دیگر نظام ها از طریق اصل حسن نیت تحصیل می کنند، مانند انگلستان و ایرلند. نظام های دیگر (البته در جامعه اروپایی) در میانه این دو وضعیت قرار دارند. آنها اصل حسن نیت و معامله منصفانه را به عنوان یک مقررہ عام به رسمیت می شناسند اما به اندازه نظام حقوقی آلمان به آن نفوذ و اعتبار نمی بخشند.³¹

بطور کلی اگر بخواهیم اختلافات پر دامنه ای را که درباره مفهوم حسن نیت وجود دارد گروه بندی کنیم، می توانیم آنها را به دو گروه کشورهای حقوق نوشته (Civil law) و کشورهای حقوق عرفی (Common law) تقسیم کنیم. شایان ذکر است که درون هر گروه نیز اختلافات چندی وجود دارد که به اختصار مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

الف: کشورهای گروه حقوق نوشته (Civil law)

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Felemegas, John, Guide to Article 7: Comparison with Principles of European Contract Law (PECL), p. 10, (October 2001) available in Pace University School of Law's Home Page.

دکترین حسن نیت در کشورهای حقوق نوشته دارای قدمت بیشتری نسبت به کشورهای حقوق عرفی است. ریشه های این تفاوت احتمالاً در تاثیر حقوق نوشته بر کشورهای دسته نخست و تاثیر حقوق عرفی بر کشورهای دسته اخیر نهفته است. حقوق عرفی در دوران بین "حتمیت" و "عدالت" حتمیت را ترجیح می دهد. و حقوق نوشته به جای توجه به مبادله اقتصادی به تراضی طرفین و نیز حاکمیت اخلاق بر رفتار طرفین عطف نظر دارد.^{۳۲} در راستای همین توجیه بعضی نویسندگان گفته اند که دیدگاه خاص حقوق نوشته درباره حسن نیت ناشی از مبنای خاص این نظام درباره فلسفه کلی حاکم بر قراردادها است که عمدتاً بر عنصر رابطه بین طرفین استوار است.^{۳۳}

بارزترین نظام حقوقی از گروه حقوق نوشته که جایگاه والایی برای حسن نیت قائل است کشور آلمان است. لذا در بدو امر جایگاه آن را در این کشور و سپس چند نظام حقوقی دیگر از این گروه مورد اشاره قرار می دهیم.

۱- آلمان و فرانسه

در آلمان با وضع ماده ۲۴۲ در قانون مدنی این کشور امکان اخلاقی کردن روابط قراردادی فراهم شده است.^{۳۴} بر اساس این ماده هر کس ملزم است قرارداد را با حسن نیت اجرا کرده و در ضمن عرف و عادت بازرگانی را نیز لحاظ نماید. این ماده فردگرایی افراطی^{۳۵} در حقوق قراردادهای آلمان را محدود کرده است. جالب تر از همه این که این ماده به مثابه یک اصل ناظر و حاکم^{۳۶} عمل کرده و لذا دامنه دیگر مقررات موضوعه را تعدیل و تحدید می نماید. دادگاههای آلمان بر اساس همین ماده نهادهای جدیدی را گسترش داده و شماری تعهدات تازه برای تضمین اجرای صادقانه قراردادها به

³² Sim, Disa, Opcit., pp. 9-10.

³³ Klein, John, and Bachechi, Carla, Pre-Contractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions, 17 Hous. J. Int'l. L. (1994). 1, at p. 17, cited in: Powers, Paul J., op. cit.

³⁴ Felemegas, John, Opcit.

³⁵ Rigorous Individualism

³⁶ Supervision نظیر اصل حاکم در اصول استنباط حقوق اسلامی

وجود آورده اند: نظیر تکلیف طرفین به همکاری متقابل^{۳۷}، حمایت از منافع متقابل^{۳۸} و افشاء اطلاعات و ابراز محاسبات.^{۳۹} اصل تغییر اوضاع و احوال^{۴۰} و منع سوء استفاده از حق^{۴۱} از دیگر نهادهایی است که دادگاههای آلمان بر اساس اصل حسن نیت ایجاد کرده اند.^{۴۲}

فرانسه نیز از جمله کشورهای دارای قانون نوشته است که به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی خود حسن نیت را به رسمیت شناخته و رعایت آن را در تشکیل و اجرای قرارداد ضروری می شمارد^{۴۳} ولیکن هرگز به وسعت و شمول قانون مدنی آلمان نمی باشد. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بر خلاف ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان که گفته شده مانند اصل حاکم و ناظر بر سایر اصول عمل می کند صرفاً نقش فرعی و معین برای دیگر مقررات دارد.^{۴۴} در این کشور همچنین اصل حسن نیت به قلمرو تفسیر قرارداد نیز تعمیم داده شده است. اگر چه محاکم این کشور آن اهمیتی که محاکم آلمان به اصل مزبور در تفسیر و تعیین تعهدات متعاقدين می دهند قائل نیستند، بدون ارجاع به حسن نیت و با استناد به تئوریهای مسلم نظیر منع سوء استفاده از حق نتایج مشابهی بدست می آورند. البته در دو دهه اخیر محاکم این کشور کرارا و به نحو آشکار اصطلاح اصل حسن نیت در تعیین تعهدات متعاقدين را بکار گرفته اند. نویسندگان این کشور نیز به منظور تحمیل یک تعهد دو طرفه تواءم با رضایت متعاقدين

³⁷ Duty to co-operate

³⁸ Duty to protect each other's interests

³⁹ Duty to give information and submit accounts. See: Felemegas, John, *ibid.*

⁴⁰ Change of Circumstances

⁴¹ Abuse of Right

⁴² *Ibid.*, and, Powers Paul J., *op. cit.*, p. 5. For more details, see: Peter Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, available in Pace University School of Law's Home Page; Werner F. Ebke and Bettina M Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in: *Good Faith and Fault in Contract Law*, edited by Jack Beaston and Daniel Friedmann, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 171-189'

⁴³ Felemegas, John, *op. cit.*, at p. 11.

⁴⁴ Sim, Disa, *op. cit.*, at p. 13.

نظیر لزوم ارائه اطلاعات، همکاری مشترک و تحدید کاربرد شروط معاف کننده یکی از طرفین قرارداد از مسوئلیت ناشی از نقض قرارداد اصل مزبور را مورد استناد قرار داده اند.^{۴۵}

۲- هلند، پرتقال و یونان

جدید ترین قانون موضوعه درباره حسن نیت، قانون مدنی جدید هلند است. آنگونه که آرتر هارت کمپ^{۴۶} بیان کرده است "مفهوم حسن نیت" به همه شاخه های حقوق تعهدات و قراردادهای هلند نفوذ کرده است. و در این زمینه حسن نیت دارای سه کارکرد است: اولاً، همه قراردادها باید مطابق حسن نیت تفسیر شوند. ثانیاً، حسن نیت یک نقش مکمل دارد.^{۴۷} بدین معنا که ممکن است حقوق و تکالیف زایدی بین طرفین ایجاد کند که در قرارداد یا قانون موضوعه پیش بینی نشده است. ثالثاً، حسن نیت یک نقش محدود کننده^{۴۸} دارد^{۴۹} مقصود از کارکرد اخیر آن است که هرگاه قاعده ای تکلیفی را برای طرفین ایجاد کند که در شرایط خاص از نظر معیارهای "معقولیت" و "انصاف" قابل قبول نباشد، به همان میزان لازم الاجرا نخواهد بود. هارتکمپ در ادامه می گوید که قانونگذار هلندی میان حسن نیت به معنای رعایت استانداردهای تجاری معقول یک معامله منصفانه و حسن نیت به معنای صداقت در عمل فرق می گذارد. به منظور اجتناب از خلط احتمالی مفاهیم، قانونگذار هلندی اصطلاح حسن نیت را فقط در معنای اخیر استعمال کرده و از معنای نخستین با اصطلاحات معقولیت و انصاف یاد می نماید^{۵۰} قانون مدنی هلند از بعضی جهات پا را فراتر از قانون مدنی آلمان گذارده است. زیرا مواد ۶:۲ و 6:248(۲) اجازه می دهند که دادگاهها آثار یک قرارداد یا لوازم یک مقرر موضوعه را با آثار و لوازمی که به نظرشان منصفانه تر می باشد جایگزین نمایند در حالی که دادگاههای آلمان بموجب

⁴⁵ Felemegas, John, op. cit., at p. 11.

⁴⁶ Arthur Hurt kamp

⁴⁷ supplementing function

⁴⁸ Restrictive function

⁴⁹ Fransworth, E. Allan, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, Opcit., at p. 3.

⁵⁰ Ibid., p. 4, and, Felemegas, John, Opcit., at p. 11.

ماده ۲۴۲ در این مورد محدودیت داشته و از اینکه راسا قاعده معامله منصفانه و انصاف را ایجاد نمایند ممنوع می باشند.^{۵۱}

اعمال وسیع اصل حسن نیت در نظام حقوقی پرتغال نیز مشاهده می شود. در این نظام اصل حسن نیت به طور کلی در ماده 762/۲ قانون مدنی این کشور و بطور خاص در مقررات دیگری نظیر ماده ۲۲۷ در زمینه تعهدات ناشی از قرارداد^{۵۲}، ماده ۲۳۹ درباره شروط محذوف^{۵۳}، ماده ۳۳۴ در خصوص سوء استفاده از حق و ماده ۴۳۷ درباره تغییر اوضاع و احوال دیده می شود.^{۵۴}

در یونان نیز، دادگاهها اصل حسن نیت را بر حسب مواد ۲۰۰، ۲۸۱، ۲۸۸، و ۳۸۸ در حد وسیعی اعمال می نمایند.^{۵۵}

۳- ایتالیا و اسپانیا

در ایتالیا نیز اصل حسن نیت صریحا در مقررات قانون مدنی (مواد ۲۸۸، ۱۱۷۵، ۱۳۶۶ و ۱۳۷۵) این کشور منعکس شده است. به موجب ماده ۱۳۳۷ مذاکرات قراردادی، ماده ۱۳۶۶ تفسیر قرارداد و ماده ۱۳۷۵ همان قانون اجرای قرارداد باید توأم با حسن نیت باشد. ماده ۱۱۷۵ که ناظر به تعهدات بطور کلی می باشد تصریح می کند که متعهد و متعهد له باید مطابق ضوابط حاکم بر یک معامله منصفانه (*correttezza*) عمل کنند. نویسندگان یادآور می شوند که حسن نیت و معامله منصفانه مفاهیمی عینی و خارجی هستند که به رفتار صادقانه تجار اشاره دارند.^{۵۶}

ماده ۷ قانون مدنی اسپانیا مقرر میدارد که هر گاه شخصی یکی از حقوق قراردادی خود را به اجرا می گذارد موظف است بر طبق حسن نیت عمل نماید. مواد ۱۱۳۵ و ۱۲۵۷ همین قانون مقرر می دارد که

⁵¹ , Felemegas, John, op. cit., at pp. 10 & 11.

⁵² Culpa in contrahendo

⁵³ Omitted terms

⁵⁴ Ibid., p. 11.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

هر گاه قراردادی منعقد می شود، تعهدات ناشی از آن فقط آن چه را که صریحا بیان شده در بر نمی گیرد بلکه شامل هر چه که به حکم ماهیت موضوعات، اصل حسن نیت، عرف و قانون نیز برای یک قرارداد خاص یا برای فایده مند شدن و موثر قرار گرفتن یک قرار داد ضروری می باشد نیز می گردد. ماده ۵۷ قانون تجارت این کشور نیز طرفین یک قرارداد را الزام می کند تا قرارداد های تجاری را مطابق با استانداردهای حسن نیت اجرا نمایند.^{۵۷}

۴- دیگر کشورهای اروپائی دارای حقوق نوشته

ضرورت رعایت حسن نیت در روابط قراردادی همچنین در دیگر کشورهای اروپایی نظیر لوکزامبورک، (ماده ۳/ ۱۱۳۴ قانون مدنی) هم مورد پذیرش قرار گرفته است. در بلژیک نیز محاکم این کشور حسن نیت را به نحو گسترده ای برای تکمیل تعهدات قراردادی مورد استفاده قرار داده و حتی برای محدود ساختن تعهدات در موارد عدم توازن و تناسب و سوء استفاده از حق هم به این اصل استناد می کنند. اصل مزبور همچنین در خصوص انعقاد قرارداد مورد استناد قرار گرفته است.^{۵۸}

همچنین در کشورهای اسکاندیناوی این اصل توسط محاکم و نویسندگان حقوقی به رسمیت شناخته شده است. اگر چه در این کشورها اصل مزبور در مجموعه مقررات قانونی به صراحت مقرر است. کشورهای فوق بیان نشده است، مقررات قانونی چندی وجود دارد که چنین اصلی را مفروض می دارد.^{۵۹}

در اطریش نیز اصل حسن نیت به عنوان یک قاعده اخلاقی بطور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است. قاعده اخلاقی که از فرمان سلطنتی اول جون ۱۸۱۱ که مجموعه قوانین مدنی عام را معرفی کرده است سر چشمه می گیرد. در آن مجموعه قوانین مدنی که اصول و قواعد عمومی عدالت به عنوان مبنای حقوق مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است به صراحت واژه رفتار منصفانه را در مجموعه قوانین ذکر

⁵⁷ Ibid., p. 12.

⁵⁸ Ibid., p. 11.

⁵⁹ See e.g., Article 33 of Contract Acts, section of Validity of the Contract.

کرده است (رک: مواد ۸۶۳ و ۹۱۴ قانون مدنی). بنابر این، واضح است که اجرای تعهدات قرار دادی در حقوق اطریش مشروط به رعایت حسن نیت می باشد اگر چه شرط حسن نیت در حقوق این کشور به گستردگی اصل حسن نیت در کشور آلمان نیست.^{۶۰}

همچنین بنا به اعلام دادگاه لردهای انگلستان در سال ۱۹۹۷ در قضیه *Smith v. Bank of Scotland* یک قاعده بنیادین حسن نیت در حقوق قرار دادهای اسکاتلند وجود دارد. اگر چه احراز یک بیان جامع و روشن از این اصل در حقوق جدید اسکاتلند دشوار است، شواهد خاص فراوانی از ارجاع و استناد به حسن نیت (*Bona Fides*) را می توان صرف نظر از دسته های قراردادهای امانی یا *uberrimae fidei* (قراردادهای با حداکثر حسن نیت) در حقوق اسکاتلند پیدا نمود.^{۶۱}

آنچه مهم است این است که در تمام این کشورها حسن نیت یک قاعده امری محسوب و استثناء یا محدود کردن آن به موجب شروط قراردادی مردود اعلام شده است.^{۶۲}

ب) کشورهای گروه حقوق عرفی (Common law)

کشورهای دارای نظام حقوق عرفی به استثنای آمریکا قائل به دکترین حسن نیت بعنوان یک اصل کلی نمی باشند. این کشورها در پاسخ به مسائل گوناگون ناشی از عدم رعایت انصاف، به راه حل های موردی روی آورده اند. اگر نظام های حقوق نوشته، اصل حسن نیت را به عنوان سازوکاری که آثار رفتار غیر اخلاقی را محدود کرده و عدالت و انصاف را از طریق الزام طرفین قرارداد به رعایت هنجارهای اخلاقی معین تامین می نماید به کار می بندند، به اعتقاد نظام های حقوق عرفی همین آرمانها در دکترین های خاصی نظیر اکراه^{۶۳}، اعمال نفوذ نارو^{۶۴} اشتباه^{۶۵} و تدلیس (سوء عرضه)^{۶۶} و نیز در

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid., p. 12.

⁶³ Duress

⁶⁴ Undue Influence

⁶⁵ Mistake

⁶⁶ Misrepresentation

قوانین خاص نظیر قانون بیع کالا^{۶۷} و قانون شروط قرار دادی غیر منصفانه^{۶۸} انگلیس متبلورند. جز در چارچوب دکترین های پیش گفته طرفین مختارند تا حقوق قانونی خود را بطور دقیق و بدون توجه به انگیزه ها و دواعی^{۶۹} دنبال کنند.^{۷۰}

با این همه چنانکه پیش از این نیز گفتیم علاوه بر اختلاف نظر خانواده های بزرگ حقوقی نظیر حقوق نوشته و حقوق عرفی درباره حسن نیت، در درون هر خانواده نیز تنوع دیدگاه دیده می شود. از همین رو نمی توان دیدگاه بالا درباره جایگاه حسن نیت را به همه کشورهای حقوق عرفی نسبت داد. به نظر می رسد کشورهای حقوق عرفی را بتوان در درون طیفی قرار داد که در یک سوی آن نظام حقوقی انگلیس و در سوی دیگر نظام حقوقی آمریکا قرار دارد. آنگاه دیگر کشورها، در میانه این دو قرار دارند.^{۷۱} ما نیز به همین ترتیب نخست نظام حقوقی انگلیس سپس آمریکا و آنگاه چند کشور دیگر از این خانواده را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- انگلیس

در میان کشورهای حقوق عرفی، انگلیس سرسختانه ترین موضع را در برابر اصل حسن نیت دارد. و لذا آنچه در آغاز این گفتار بیان شد بیش از همه درباره انگلیس صادق است. حقوقدانان انگلیسی آشکارا بیان می کنند که اصولاً حقوق قانونی، بدون توجه به نیت و انگیزه قابل اجرا می باشند. این که طرف در مقام استیفای حق خود فاقد صداقت یا حسن نیت است، خللی به حقوق وی وارد نمی سازد. لذا در دعوایی که چندین دهه پیش اتفاق افتاد، فروشنده ای برای عرضه مقداری الوار با ابعاد خیلی دقیق قراردادی منعقد کرد. بعضی از الوار تهیه شده خیلی کوتاه بودند یعنی؛ فاقد ابعاد مورد توافق محسوب می شدند اما در عمل، مشکلی برای خریدار ایجاد نمی کرد. زیرا خریدار می توانست خوداز آنها

⁶⁷ Sale of Goods Act 1979

⁶⁸ Unfair Contract Terms Act 1977

⁶⁹ Motives

⁷⁰ See in this respect, Sim, Disa, Opcit., at p. 10, and, Felemegas, John, Opcit., at p. 11.

⁷¹ Sim, Disa, ibid., at pp. 10-11.

استفاده کند و یا آنها را بازفروش نماید. اما بازار را کد شده بود و خریدار دنبال بهانه ای می گشت تا به ترتیبی خود را از بند قرارداد خلاص نماید. بهانه دم دست این بود که الوارها با مشخصات مورد توافق هماهنگ نبودند. مجلس اعیان از این اعتراض حمایت کرد و گفت: آری قرارداد برای تهیه الوار به ابعاد $\frac{1}{4}$ اینچ بمعنای تقریباً $\frac{1}{4}$ نیست بلکه دقیقاً باید $\frac{1}{4}$ باشد و قرارداد باید دقیقاً اجرا شود. بهانه و انگیزه خریدار برای فسخ قرارداد مهم نیست. وی پس از اینکه دریافت مبیع مطابق با قرار داد نیست حق دارد از امتیاز عدم مطابقت کالا با قرارداد استفاده نماید حتی اگر نقض قرارداد هیچ خسارتی به او نرساند باشد^{۷۲}

مسلماً" این دیدگاه با دکتترین حسن نیت که رعایت حسن نیت را در مقام اعمال ضمانت اجراهای یک قرارداد^{۷۳} ضروری می شمارد مغایرت دارد.

با عنایت به این مبنا که استیفاء حق بدون لحاظ انگیزه جایز است، طبیعی است که طرف معامله همواره خود باید مراقب حقوق و منافع خود باشد. از همین رو در نظام سنتی انگلیس، اصل اخطار به مشتری^{۷۴} از سیطره گسترده ای برخوردار بود، گرچه امروزه از شدت و صلابت آن کاسته شده است.

حقوقدانان انگلیسی گو این که به صراحت از پذیرش قاعده حسن نیت به نحوی که در کشورهای حقوق نوشته وجود دارد طفره می روند، اما روح و حقیقت آن را بطور موجهه جزئی در کالبد نظام حقوقی خود ساری و جاری می دانند. به اعتقاد آنان حقوق انگلیس گاه به همان نتایجی دست می یابد که نظام های حقوق نوشته از طریق حسن نیت بدان نایل می شوند. مثال های پورفسور گود در این باره

⁷² Good, Roy, The Concept of Good Faith in English Law , p. 4, available in Pace University School of Law's Home Page. For more detailed discussion in this regard see: Reziya Harrison, Good Faith in Sales, Sweet & Maxwell, 1997, particularly, Chapter one, and, John N. Adams, Roger Brownsword, Key Issues in Contract, Butterworths, 1995, Chapter seven.

⁷³ Enforcement

⁷⁴ caveat emptor rule

قابل توجه است. وی می گوید^{۷۵} مثلاً اگر شخصی بر اثر اظهار نظر غلطی به انعقاد قرارداد ترغیب شود در این صورت حق فسخ معامله را خواهد داشت حتی اگر آن طرف اظهارات مزبور را صادقانه بیان کرده باشد. وجود یا عدم حسن نیت مهم نیست، ما راه دیگری برای جبران خسارت داریم. و نیز مثلاً اگر یک طرف قرارداد بخاطر نقض قرارداد متحمل ضرری شود ولیکن از هر گونه اقدام معقول و معمول برای کاهش خسارات امتناع ورزد، به اندازه ای که می توانسته از ورود خسارت جلوگیری نماید حق مطالبه خسارت نخواهد داشت. این امر نه بخاطر اصل حسن نیت بلکه به دلیل قاعده خاصی است که می گوید: به اندازه ای که خواهان خود اسباب تیره بختی خود را فراهم آورده است نمی تواند از خواننده انتظار غرامت داشته باشد. همچنین فروشنده کالاهای معیوب یا غیر مطابق با موضوع قرارداد مسئول است، اما نه بخاطر عدم افشاء عیوب یا اقدام توأم با سوء نیت بلکه صرفاً به دلیل عدم ایفاء تعهد و تامین نکردن آن چه که تعهد کرده بود و نیز مثلاً شخصی که سهواً از افشای عیوب خطرناک کالایی که عرضه می کند قصور می ورزد در مقابل دریافت کننده کالا بخاطر ضررهای ناشی از آن از باب مسئولیت مدنی (شبه جرم)^{۷۶} مسئول است، پس در این مورد نیز وجود و عدم حسن نیت مطرح نیست بلکه شخص به علت سهو و غفلت^{۷۷} خود ضامن می باشد.

نمونه هایی که فوقاً از زبان پرفسور گود مطرح شد بار دیگر مطلبی را که در سرآغاز این گفتار ذکر شد تأیید می کند که طرف های معامله به حرکت در چارچوب اصل حسن نیت مقید نیستند بلکه تنها در صورتی که عملی در قلمرو دکترین های عام شبه جرم، اکراه، غفلت و مانند آن قرار گیرد مسئولیت آور است.

به عنوان تائیدی دیگر بر نظریه فوق، می توان دو مورد دیگر از مواردی را که به عکس نظام های حقوق نوشته اصل حسن نیت کارآیی ندارد ذکر کرد. یکی از آنها زمانی است که هیچ تکلیف و

⁷⁵ Roy Goode, *ibid.*, pp. 4-5.

⁷⁶ Tort

⁷⁷ Negligence

تعهدی وجود ندارد. در این هنگام رعایت حسن نیت هیچ ضرورتی ندارد. از همین رو شروع مذاکرات قراردادی هیچ تکلیفی برای انعقاد قرارداد ایجاد نمی کند. بنابراین طرف مذاکره می تواند یکجانبه مذاکرات را قطع کند حتی اگر طرف را تا مرز انعقاد قرارداد کشانده باشد بطوری که فقط امضای قرارداد باقی مانده باشد. مورد دیگر مذاکره همزمان یک طرف با چند طرف است بدون اینکه به هیچ یک از آنها از مذاکره خود با دیگری اطلاعی دهد. این نیز مسئولیتی به بار نمی آورد. استدلال حقوقدانان انگلیسی برای مسئولیت ناپذیری در موارد فوق این است که زمانی که طرفین به انجام مذاکره دعوت می شوند، با علم به وجود خطر و صرف مقداری پول و سرمایه که عملاً ممکن است به علت عدم انعقاد قرارداد هدر رود، دعوت مزبور را می پذیرند. مثلاً زمانی که یک شرکت ساختمانی به مناقصه ای برای قرار داد ساخت دعوت می شود، ممکن است مبالغ زیادی برای برآوردها و پیش بینی ها و طرح مختصات و جداول و نیز نقشه برداری صرف کند و سرانجام هم نتواند در مناقصه پیروز شود. این تازه بخشی از خطرات رقابت در مناقصه می باشد. البته این همه فرق دارد با موردی که شخصی دیگری را به مذاکره دعوت می کند در حالی که هرگز قصد انعقاد قرارداد را ندارد. این نوعی عدم صداقت است که حتی حقوق انگلیس قائل به جبران خسارت است.^{۷۸}

حال که دیدگاه حقوق انگلیس بعنوان بارزترین نظام حقوقی مخالف با دکترین حسن نیت در مجموعه کشورهای حقوق عرفی دیده شد، شایسته است که دلیل این همه مخالفت را نیز جويا شویم. دو استدلال نیرومند بیش از همه در ورای این نظریه دیده می شود: اولاً، قابلیت پیش بینی نتایج و پیامدهای حقوقی^{۷۹} یک مساله بسی مهم تر از اجرای عدالت محض است^{۸۰}. یک تاجر باید بداند، در کجا و در چه موقعیتی قرار دارد. به هم ریختن نظم معاملات موجب می شود که بازرگانان نتوانند

⁷⁸ Ibid., p. 4.

⁷⁹ Predictability of the Legal outcome.

⁸⁰ Absolute justice

برای حیات تجاری خود برنامه ریزی کنند. ثانیاً، مفاهیم مبهم و گنگی چون انصاف و حسن نیت موجب عدم امکان پیش بینی تصمیمات قضایی می گردد.^{۸۱}

آری دخالت عنصر حسن نیت در قرارداد به راستی پیش بینی آینده قرارداد و عواقب یک اقدام را ناممکن می سازد. زیرا هر فعل یا ترک فعلی ممکن است به نظر یک طرف امری مغایر با حسن نیت تلقی شود. اما آیا بدین سبب می توان از اجرای عدالت که آرمان همیشگی بشریت بوده است سر باز زد؟ آیا سزاوار است هر عمل ناشایست اخلاقی را به دلیل ابهام مفهوم حسن نیت توجیه کرد؟ درست است که حسن نیت تا کنون مفهومی شخصی، نسبی و بی ثبات بوده است. اما به کارگیری مداوم و اتکاء مستمر به آن تدریجاً موجب عینی شدن مفهوم و برقراری ضابطه نوعی و در نتیجه ثبات معاملات خواهد شد. به علاوه تاریخ تحولات حقوق قراردادهای این کشور شاهد چنین تردیدهایی در خصوص مفاهیمی چون انصاف (fairness) بوده است ولی با گذشت زمان رفته رفته رویه قضائی و بدنبال آن قانونگذار دامنه ابهام را محدود و سرانجام این مفهوم در قوانین موضوعه این کشور نظیر Unfair Contract Terms Act منعکس شده است.

قابل ذکر است که حقوق انگلیس اخیراً نشانه هایی از دل بستگی خود به دکترین حسن نیت را نشان داده^{۸۲} و بدین ترتیب از سرسختی پیشین خود دست کشیده و آن را در موارد معین و بطور محدودی اعمال می کند^{۸۳} مهمترین محدودیتی که حتی در تعریف قانونی آن آمده است این است که هر گاه شخصی صادقانه عمل کند حتی در صورتی که از روی سهو و غفلت عمل کرده باشد و یا عمل وی نامعقول باشد، باز هم عمل وی، عملی با حسن نیت تلقی خواهد شد.^{۸۴}

⁸¹ Ibid., p. 5.

⁸² Fransworth, E. Allan 'Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws', Opcit., at pp. 5-6.

⁸³ Roy Goode, Opcit., p. 2.

⁸⁴ Section 61/3 of the English Sale of Goods Act 1979 provides that "A thing is deemed to be done in good faith within of this Act when it is in fact done honestly whether it is done negligently or not."

پیش از این گفتیم که در طیف کشورهای حقوق عرفی، حقوق آمریکا نقطه مقابل حقوق انگلیس است و لذا دیگر کشورهای حقوق عرفی را که میانه خوشی با حسن نیت دارند باید متأثر از حقوق آمریکا دانست. چنانکه پورفسور فرانس ورث گفته است: اعتبار دکترین حسن نیت در کشورهای حقوق عرفی ملهم از انگلستان که پیشقراول سنتی مفاهیم حقوق عرفی است نمی باشد بلکه باید آن را در حقوق آمریکا جستجو کرد^{۸۵} دکترین حسن نیت نخست در چند ایالت اندک مانند نیویورک و کالیفرنیا مطرح شد و سپس در مجموعه مقررات متحد الشکل تجاری آمریکا (**UCC or Uniform Commercial Code**) مقبولیت یافت و از آن پس رسمیت ملی و همگانی پیدا کرد^{۸۶} هم اکنون حسن نیت در چندین ماده از مواد (**U C C**) انعکاس یافته است. به عنوان نمونه بخش ۱-۲۰۳ یک تعهد کلی و عام مبنی بر لزوم رعایت حسن نیت را مقرر می دارد. به تصریح این مقرر، هر قرارداد یا الزام ناشی از این قانون، رعایت حسن نیت در مرحله اجرا و اعمال ضمانت اجراهای آن را ایجاب می نماید.^{۸۷} بخش ۱-۲۰۱(۱۹) یک تعریف عام از حسن نیت را ارائه می دهد. بر اساس این ماده حسن نیت عبارت از صداقت عملی و عینی در رفتار یا معامله مربوطه است^{۸۸}. البته برخی از مواد فرعی این قانون مشتمل بر تعاریف دیگری می باشند. مثلاً بخش ۲ مقرر می دارد که، حسن نیت نه تنها بمعنای صداقت عینی و عملی، بلکه بمعنای رعایت استانداردهای معقول و معامله منصفانه در تجارت نیز می باشد. طراحان **American Restatement (second) of Contracts** نیز تحت تاثیر (**U C C**) در ماده ۲۰۵ مقرر داشته اند که هر قراردادی بر عهده طرف مقابل وظیفه حسن نیت و معامله منصفانه را در

⁸⁵ Fransworth, E. Allan, *ibid.*, p. 4.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Every contract or duty within this act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.

⁸⁸ Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned. See in this respect section 2-103 of the same document which provides: Good faith ... means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.

مرحله اجرای قرارداد و اعمال ضمانت اجراهای آن قرار می دهد.⁸⁹ بر اساس تعریف ارائه شده در این مجموعه، حسن نیت عبارتست از: التزام به هدف عام مورد توافق و همراهی با انتظارات موجه طرف دیگر. آنگونه که برخی از شارحان متذکر شده اند، در مجموعه مذکور بجای ارائه تعریفی ایجابی و مستقیم از حسن نیت، تعریفی سلبی از آن ارائه شده است و لذا ماده مذکور بجای تعریف حسن نیت و یا ذکر نمونه هایی از آن به ارائه فهرستی از نمونه های سوء نیت (**Bad faith**) اکتفا کرده است. در این خصوص پورفسور سامرز توضیح می دهد که برخی از اصطلاحات دارای مفهوم مثبتی نیستند و حسن نیت از جمله این موارد است. و لذا حسن نیت را باید به آنچه که نیست تعریف کرد، نه به آنچه که هست.⁹⁰

آخرین سخن را از پورفسور فرانس ورث نقل می کنیم که وضعیت آمریکا را در بین کشورهای حقوق عرفی و قانون نوشته به زیبایی ترسیم می کند. وی می گوید: آمریکا در خصوص مساله حسن نیت و معامله منصفانه، نقشی دوگانه ایفا می کند. از یکسو پیشتاز کشورهای حقوق عرفی محسوب می شود، و از سوی دیگر نقشی واسطه و میانه بین انگلیس و کشورهای قانون نوشته ایفاء می نماید.⁹¹

۳- استرالیا و کانادا

این دو کشور را باید در میانه طیف کشورهای حقوق عرفی محسوب کرد. به گفته بعضی از نویسندگان، دکتین حسن نیت در این کشورها هنوز دوران صباوت خود را طی می کند و در مقایسه با آمریکا دارای وضعیتی میانه است.⁹² در حقوق کانادا دکتین حسن نیت رفته رفته جایگاه مناسبی پیدا می کند. سه مطالعه رسمی در این کشور صریحا از درج حسن نیت به عنوان یک قاعده در حقوق قراردادها حمایت کرده است. به عنوان نمونه، در سال ۱۹۷۹ کمیسیون اصلاح حقوق ایالت آنتاریو در

⁸⁹ Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.

⁹⁰ See in this regard: Powers, Paul J., op. cit., p. 4, and, Sim, Disa, op. cit., pp. 12-13.

⁹¹ Fransworth, E. Allan, ibid., p. 6.

⁹² Sim, Disa, op. cit., p.13, and, Powers, Paul J., op. cit., pp. 4-5.

گزارش خود راجع به قرداد فروش و در سال ۱۹۸۷ در گزارش خود پیرامون لزوم اصلاح حقوق قردادهای این ایالت و همچنین موء سسه تحقیقات حقوقی و اصلاح مقرارات ایالت آلبرتا در سال ۱۹۸۲^{۹۳} از پیش بینی یک قاعده عام مبنی بر لزوم رعایت حسن نیت همانند حقوق آمریکا حمایت نموده است.^{۹۴}

همچنین در حقوق استرالیا، پورفسور جان کارتر می گوید: حسن نیت لزوماً یک جزء لاینفک حقوق قردادهای استرالیا است. زیرا طرفین قراردادی باید در مرحله مذاکره و اجرای قرداد و نیز به هنگام اعمال حقوق و اختیارات خود صادقانه عمل کنند. باعتقاد ایشان، این امرچنان بدیهی است که کسانی که جز این فکر می کنند یا مرتکب یک فرض کاملاً غلطی هستند یا باید مفهومی که استانداردی عام تر و شامل تر باشد را ارائه دهند.^{۹۵}

مبحث دوم) مفهوم و جایگاه حسن نیت در اسناد بین المللی

گفتار اول (کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

مذاکرات و مباحثاتی که نهایتاً منجر به شکل گیری کنوانسیون بیع بین المللی کالا گردید سالیانی چند به درازا کشید. یکی از پر چالش ترین موضوعات این کنوانسیون، موضوع حسن نیت بود. برای فهم درست تر مفهوم و جایگاه حسن نیت در کنوانسیون سزاوار است نخست گزارشی از تاریخچه وضع حسن نیت در کنوانسیون که در واقع بیانگر چالش های پیش گفته است ارائه کنیم، سپس به دلایل موافقان و مخالفان آن پرداخته و آنگاه مهمترین آراء و نظریاتی که از سوی شارحان کنوانسیون (که

⁹³ Institute of Law Research and Reform, the Uniform Sale of Goods Act, Edmonton, Alberta, 1982, At 66-72.

⁹⁴ See also, Fransworth, E. Allan, *ibid.*, p. 5.

⁹⁵ Carter, J,W, *Opcit.*, p. 168.

بعضاً خود از واضعان آن نیز بوده اند) درباره مفهوم و جایگاه حسن نیت در کنوانسیون بیان شده است
را بحث و بررسی نمائیم.

الف) تاریخچه وضع

موضوع حسن نیت در کنوانسیون وین اول بار توسط نمایندگان کشور اسپانیا در سال ۱۹۷۲ مطرح شد.
۹۶ در نشست هشتم گروه کاری متن زیر در دستور کار قرار گرفت گرچه در نشست نهم به بحث و
بررسی آن پرداخته شد. متن از این قرار است:

"در مرحله تشکیل قرارداد، طرفین باید اصول معامله منصفانه را رعایت کرده و بر طبق حسن نیت عمل
کنند.

- شرط معافیت از مسئولیت ناشی از خسارت عمدی یا خسارت ناشی از بی احتیاطی عمده، باطل
است.

- در موردی که شخص از وظایف مربوط به مراقبت متعارف برای تمهید و تشکیل قرارداد تخطی
کند، طرف دیگر می تواند خسارتی را که به علت مزبور متحمل شده است مطالبه نماید.^{۹۷}

در وهله نخست نمایندگان بسیاری از کشورها از پاراگراف اول آن حمایت کردند. زیرا احساس
می نمودند که در بسیاری از نظام ها اصول و مفاهیمی مشابه با آن وجود دارد و بنابراین زمینه کافی

⁹⁶ Analysis of comments and proposals relating to articles 1-17 of the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) note by Secretary General, (A/CN. 9/WG.2/WP.10), Reprinted in: UNCITRAL Yearbook, vol. III, 1972, at p. 76, no. 52. However, Professor John Honnold suggests that the Hague Conventions by accepting "general principles" in Article 17 has in fact accepted the doctrine of Good Faith in advance. See in this respect, Honnold, John, Honnold, John O., Uniform for International Sales under the 1980 UN Convention, (2nd ed. 1991), p. 147.

⁹⁷ See also, Honnold, John, Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, Deliberations and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention with Introduction and Explanation (Documentary History), Kluwer, (1989), 298-299 Paras.70-87. To see a comparative study of this history see: Kritzer, A. H.: Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Kluwer-Deventer Boston, 1989), at 107-119.

برای پیش بینی آن در یک سند بین المللی فراهم است.^{۹۸} البته ملاحظاتی نیز پیرامون آن وجود داشت که مهمترین آن به ابهام و غیر دقیق بودن مفهوم حسن نیت باز می گشت. ابهام مفهوم حسن نیت این خطر را در پی داشت که معنای آن بسته به قضاوت ارزشی افراد تفاوت پیدا کند.^{۹۹} اما دو پاراگراف بعدی حمایت چندانی نتوانست کسب کند. اولاً، به دلیل ابهام مفهومی که گفته شد. ثانیاً، بدان سبب که احساس شد ممنوعیت قید معافیت در سندی که مربوط به معاملات بین المللی بازرگانان است مناسب نمی باشد. زیرا همانگونه که پورفسورهانولد متذکر شده است قید معافیت فروشنده از مسئولیت می تواند با تقلیل بهای کالا توسط خریدار جبران گردد.^{۱۰۰}

به دلایل پیش گفته، نهایتاً از دو پاراگراف اخیر صرفنظر و به پذیرش پاراگراف نخست بسنده گردید. اما همین مقررہ نیز در دور یازدهم کمیسیون در سال ۱۹۸۷ مورد انتقاد شدید قرار گرفت.^{۱۰۱} تعداد قابل توجهی از نمایندگان کشورها پیشنهاد حذف آن را مطرح کردند، با این توجیه که مفهوم بین المللی حسن نیت آن قدر مبهم است که آن را عملاً از خاصیت ساقط می کند. به اعتقاد گروهی دیگر، درج مقررہ ای درباره حسن نیت عملی عبث و بیهوده بوده زیرا مفهوم آن تقریباً بطور ضمنی در مقررات تنظیم کننده روابط تجاری کلیه کشورها وجود داشت. و سومین خرده گیری آن بود که هیچ ضمانت اجرایی برای نقض آن پیش بینی نشده بود.^{۱۰۲}

با این همه کسان زیادی از ابقاء مقررہ مزبور دفاع می کردند. به اعتقاد آنان مفهوم حسن نیت در سطح جهانی شناخته شده بود. گرچه مفهوم حسن نیت در همه نظام ها یکسان تلقی نمیشد، محتوی آن از

⁹⁸ Ibid., Para. 71.

⁹⁹ Sim, Disa, op. cit., p. 16, and, Goderre, Diane Madeline, International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the UN Sales Convention, 1997, at p. 2, available in Pace University School of Law's Home Page.

¹⁰⁰ Honnold, John, op. cit., Para. 81.

¹⁰¹ For more detailed information see: ibid., at 369-370, pares. 42-60, and, Bonell, M.J., in: Bianca, C. M.; Bonell, M. J.: Commentary on the International Sales Law, (Giuffre, Millan, 1987), at 65-94.

¹⁰² Sim, Disa, op. cit., pp. 16-17, and, ibid., Para. 45.

طریق تصمیمات قضایی بطور فزاینده ای ملحوظ بود. به علاوه حتی بدون وجود ضمانت اجرای کافی برای نقض آن، چنانکه پورفسور هانولد اذعان می دارد، نفس وجود چنین مقرره ای تمایل طرفین معامله و دادگاهها را بدین موضوع نشان می دهد که در معاملات بازرگانی بین المللی استانداردهای بالایی مورد انتظار است همچنین امید می رفت که پذیرش چنین مقرره ای برخی از آرمانهای مربوط به نظم اقتصادی نوین بین المللی را رواج داده و رویه های تجاری نامطلوب یا تبعیض آمیز را کاهش بخشد. در حالی که حذف مقرره مزبور چه بسا کمیسیون را در معرض این اتهام قرار می داد که به اعتقاد آنان رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل ضروری نیست.^{۱۰۳}

برخی از کشورهای در حال توسعه از این بابت نگران بودند که نکند معامله منصفانه (**Fair dealing**) به استانداردهای جاری و رایج در رویه های تجاری بین المللی برگردان شود، در حالی که استانداردهای مزبور ضرورتاً منصفانه نبودند.^{۱۰۴} پیشنهاد جایگزینی همکاری بین المللی^{۱۰۵} به جای حسن نیت نیز مشکل را بغرنج تر می کرد. زیرا اصطلاح مزبور آنقدر مبهم و تاریک بود که تعیین دقیق قلمرو و آثار آن ناممکن بود.^{۱۰۶}

به منظور برون رفت از این تنگنا گروه کاری تصمیم گرفت که یک مصالحه و سازش^{۱۰۷} را دنبال کند.^{۱۰۸} به همین منظور چند راه حل مسالمت جویانه را مورد بررسی قرارداد. نخستین راه حل این بود که حسن نیت در مقدمه کنوانسیون ذکر شود. اما این پیشنهاد رد شد زیرا آن موجب تهی شدن حسن نیت از هر گونه خاصیت می گردید. پیشنهاد بعدی درج حسن نیت در ضمن یک ماده به منظور تفسیر

¹⁰³ Sim, Disa, *ibid.*, p. 17, and, Honnold, John, *ibid.*, Para. 47.

¹⁰⁴ Sim, Disa, *ibid.*

¹⁰⁵ International cooperation

¹⁰⁶ *Ibid.*,

¹⁰⁷ Compromise

¹⁰⁸ *Ibid.*, and, Keily, Troy, Good Faith and the Vienna Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG), *Vindobna Journal of International Commercial law and Arbitration*, Issue 1 (1999) 15-40 , available in Pace University School of Law's Home Page, at p. 3.

اظهارات و رفتار طرفین بود. این نظر نیز با این استدلال که هدف از مقررہ راجع به حسن نیت تعیین قصد و نیت طرفین نبوده، بلکه تعیین یک استاندارد رفتاری است مردود اعلام شد. مصالحه ای که بیش از همه مورد حمایت قرار گرفت عبارت جدیدی بود که در قالب ماده ۶ به ترتیب زیر تدوین شد.

“In the interpretation and application of this Convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade.”

متن فوق در حال حاضر در قالب ماده ۱-۷ تبلور یافته است، به جز این که جای واژه Application تغییر یافته است که البته هیچ تغییر معنایی ایجاد نمی شود.^{۱۰۹}

سرانجام در کنفرانس وین به سال ۱۹۸۰ تلاش هایی برای احیاء مفهوم حسن نیت صورت گرفت.^{۱۱۰} نروژ و ایتالیا از محدود شدن حسن نیت به تفسیر کنوانسیون ناراضی بودند. نروژ پیشنهاد کرد که عنصر حسن نیت از ماده ۶ حذف و به ماده ۷ (ماده ۸ کنونی) انتقال یابد تا معلوم شود که حسن نیت ناظر به تفسیر قرار داد بیع است نه تفسیر کنوانسیون.^{۱۱۱} پیشنهاد ایتالیا از این فرا تر رفته، مقرر می داشت که اصل حسن نیت در مقام تشکیل، تفسیر و اجرای قرار داد لازم الاجرا است. اما همه این تلاش ها شکست خورد و ماده ۱-۷ به شکل کنونی از تصویب گذشت. زیرا احساس عمومی بر آن بود که ماده ۱-۷ بر آیند مصالحه ای است که سخت به دست آمده و طرح و بررسی مجدد آن دلیل موجه و کافی ندارد.^{۱۱۲}

ب) دلایل موافقت و مخالفت با درج حسن نیت در سند CISG

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ For more detailed information see: Honnold, John, op .cit., at 476, 478-480, paras. 40, 39-57.

¹¹¹ Sim, Disa, Opcit., p. 17, and, Honnold, John, ibid., Para. 6..

¹¹² Ibid.

گرچه برخی از دلایل موافقت و مخالفت با درج حسن نیت در کنوانسیون بیع بین المللی در ضمن بیان تاریخچه وضع ماده ۱-۷ گفته شد، اکنون بطور مستقل این باب را می‌گشاییم تا شناخت مبسوط تری از موضوع به دست آید. نخست دلایل مخالفان و سپس ادله موافقان را باز گو می‌کنیم.

۱- دلایل مخالفت

دلایل مخالفت را بدین ترتیب می‌توان ذکر کرد:

۱-۱- اخلاقی بودن مفهوم

حسن نیت مفهومی اخلاقی است و نباید آن را به سطح اصول حقوقی ارتقاء داد.^{۱۱۳} بر اساس این رویکرد حسن نیت گرچه از لحاظ اخلاقی امری پسندیده است اما از چنان الزام و ضرورتی برخوردار نیست که بتواند موضوع یک گزاره حقوقی قرار گیرد. و لذا درج آن در کنوانسیونی که تماما حاوی اصول حقوقی و بیانگر باید ها و نبایدهای قانونی است منطقی به نظر نمی‌رسید.

۱-۲- ابهام مفهوم

حسن نیت مفهومی گنگ و غیر دقیق است و لذا تفسیر واحدی نمیتوان از آن ارائه داد.^{۱۱۴} و حال آن که در سندی که در صدد یکسان سازی مقررات حاکم بر روابط تجاری است باید مفاهیمی چنان روشن به کار رود که مانع تشتت آراء و تنوع برداشت‌ها گردد. حتی گفته می‌شد که ابهام بیش از حد این مفهوم آن را عملاً بی‌خاصیت و بی‌معنا کرده است.^{۱۱۵}

۱-۳- عدم تعیین ضمانت اجرا

¹¹³ Honnold, John, op. cit., at 369, Powers, Paul J., p. 6, and, Keily, Troy, p. 3.

¹¹⁴ Honnold, John, ibid., at 299.

¹¹⁵ Ibid.

ضمانت اجرای نقض حسن نیت معلوم و مشخص نبود.^{۱۱۶} پیش بینی تعهد بدون تعیین تکلیف در خصوص نقض آن عملی بیهوده محسوب می‌گردد.

۴-۱- عدم حتمیت و عدم قابلیت پیش بینی

این استدلال را که اتفاقاً کمتر مورد توجه قرار گرفته است می‌توان قویترین دلیل بر مخالفت با حسن نیت تلقی کرد. استدلال مزبور که از سوی حقوقدانان کامن لا مطرح شده است بر این اساس استوار است که مفهوم حسن نیت گرچه ممکن است به اجرای اخلاق و عدالت بیانجامد ولیکن از آن رو که موجب عدم قابلیت پیش بینی می‌شود مردود است.^{۱۱۷} توضیح آن که: در عرصه تجارت طرفین باید بدانند که در کجا قرار دارند. حقوق و تکالیفشان دقیقاً چیست و هر فعل یا ترک فعلی دقیقاً چه تاثیری در سرنوشت قرار داد می‌گذارد. در حالی که عنصر حسن نیت به دلیل ابهام مفهومی خود موجب ابهام در پاسخ به همه مسائل فوق می‌شد. چنانکه پیش از این نیز گفته شد به اعتقاد بعضی، حسن نیت مفهومی ذهنی و شخصی است و لذا هر کس از دیدگاه خود آن را ارزیابی می‌کند و همین امر موجب عدم ثبات قرارداد می‌گردد. در حالی که از دیدگاه شخصی فعل یا ترک فعلی ممکن است توأم با حسن نیت تلقی شود به نظر دیگری ممکن است خالی از حسن نیت ارزیابی گردد.

برخی دیگر از موضوع قابلیت پیش بینی^{۱۱۸} به عنوان لزوم "حتمیت" در قرارداد یاد کرده اند. به گفته آنان دخالت عنصر حسن نیت در قرارداد با اصل لزوم حتمیت مغایرت دارد. اصل حتمیت نیز از اصل آزادی قراردادها ناشی می‌شود، و پیش فرض تئوری کلاسیک قراردادی این است که^{۱۱۹}

"جز در چارچوب آنچه که درباره آن توافق شده است هیچ وظیفه دیگری وجود ندارد."^{۱۲۰}

۵-۱- لغویت

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Goode, Roy, op. cit., pp. 4-5.

¹¹⁸ non-predictability

¹¹⁹ No duty to contract except on terms agreed upon.

¹²⁰ Keily, Troy, Opcit., p. 4

به نظر عده ای دیگر پیش بینی حسن نیت به علت شدت وضوح و کثرت مقبولیت، عملی لغو و بیهوده است. به عقیده این دسته، حسن نیت در مقررات تجاری همه کشورها بطور ضمنی ملحوظ است و لذا درج آن در سند کنواسیون ضروری نمی باشد.^{۱۲۱}

۲- دلایل موافقت

۱-۲- مقبولیت جهانی

به اعتقاد موافقان درج حسن نیت در کنواسیون بیع بین المللی، مفهوم مزبور در سطح جهانی شهرت و مقبولیت داشت. بنابراین درج آن در یک سند بین المللی بی ضرر بود^{۱۲۲}. اندکی قبل دیدیم که برخی دقیقاً به همین علت با درج حسن نیت در سند کنواسیون مخالف بودند. به اعتقاد آنان از آنجا که حسن نیت بطور ضمنی در مقررات همه کشورها ملحوظ نظر است، درج دوباره آن در کنواسیون عملی لغو و بیهوده است.

۲-۲- ضرورت

دلیل دیگر بر موافقت با درج حسن نیت در کنوانسیون، ضرورت گسترش رفتار منطبق با حسن نیت است. به اعتقاد موافقان پیشروی حسن نیت به درون سندی که سازمان دهنده تجارت بین الملل است در واقع گسترش ارزشمند یک هنجار رفتاری است که در تجارت بین الملل بطور گسترده‌ای بعنوان یک ضرورت به رسمیت شناخته می شود.^{۱۲۳}

۲-۳- بیم و امید

به اعتقاد موافقان درج حسن نیت در کنوانسیون، عدم التزام رسمی به آن در سند کنوانسیون، ممکن بود این توهم را ایجاد کند که از نظر کمیسیون تنظیم کننده سند رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

ضروری نیست. به عکس با پذیرش آن امید می رفت که برخی از آرمان ها و آرزوهای مربوط به تشکیل نظم نوین اقتصادی بین المللی برآورده شده و از رویه های نا مطلوب یا تبعیض آمیز اقتصادی کاسته شود.^{۱۲۴}

۴-۲- ترویج عدالت

دست کم از مفهوم برخی نوشته ها بر می آید که حسن نیت موجب رواج عدالت معاملاتی^{۱۲۵} شده و از خشونت و صلابت اصول حقوقی می کاهد.^{۱۲۶}

به راستی جمود بر اجرای خشک اصول حقوقی و سرپیچی از هر گونه انعطاف در مقام تفسیر و اجرای آنها ما را از فلسفه و هدف از وضع آنها دور می سازد. آیا عقل سلیم و منطق عدالت می پذیرد که مثلاً اصاله اللزوم را به هر قیمتی حتی به بهای ورود ضرر به دیگری باید اجرا کرد. گفته شده است که حسن نیت موجب تعدیل این روندگی میگردد.

البته مخالفان دکترین حسن نیت نیز که با این مشکل مواجه بوده اند، در مقام چاره جویی برآمده گفته اند: با مفاهیمی مشابه با حسن نیت مانند نامعقول بودن و عدم رعایت وجدان^{۱۲۷} که در درون دستگاه حقوقی کامن لا تعبیه شده است می توان از خشونت و تندی اعمال اصول حقوقی کاهید^{۱۲۸}.

ج) مفهوم

دیدیم که سرانجام پس از کشمکش های طولانی و در نتیجه مصالحه ای سخت، دکترین حسن نیت به شکل زیر در ماده ۱-۷ کنوانسیون تبلور یافت.

“In the interpretation of this convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”

¹²⁴ Sim, Disa, Opcit., p. 17.

¹²⁵ Goode, Roy, Opcit., p. 4.

¹²⁶ Sim, Disa, Opcit., p. 12.

¹²⁷ Unconscionability

¹²⁸ Ibid.

با وجود توافق در مورد درج این ماده در کنوانسیون، اختلافات خاتمه نیافت، بلکه نزاع جدیدی بر سر عبارت *and the observance of good faith in international trade* در گرفته است. ریشه این منازعه به ظاهر لفظی در مبدا بازگشت عبارت مزبور است. دو احتمال پیشنهاد شده است. احتمال نخست آن است که عبارت مزبور به واژه **Promote** معطوف باشد. و احتمال دیگر آن است که این واژه به صدر جمله عطف شده باشد.^{۱۲۹} به بیان دیگر آیا **observance** به **Uniformity** عطف شده است یا به خود **To the need**؟ روشن است که نتیجه اختلاف کاملاً سرنوشت ساز است. زیرا بنابر اول که **Promote** به اصطلاح نحوی عامل **observance of good faith** نیز باشد مفهوم ماده ۱-۷ این خواهد شد که مفسران کنوانسیون باید به ضرورت ترویج و توسعه رویه واحد در اجرای کنوانسیون و نیز رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل توجه کافی مبذول دارند. به بیان دیگر، قضات و داوران در مقام تفسیر و اعمال مقررات این سند باید بدور از ملاحظات، گرایشات و منافع ملی و سیاسی و تنها بر اساس محتوی و مفاد آن مقررات کنوانسیون را تفسیر نمایند. این تکلیف نظیر همان تکلیفی است که ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات سال ۱۹۶۹ وین پیش بینی می نماید. ولی بنا بر احتمال دوم که **observance of good faith** به **to the need** عطف شده و حرف **and** به اصطلاح نحوی واو استیناف بوده باشد قضات و داوران در مقام تفسیر این سند علاوه بر دو نقش بسیار مهم نخست یعنی لحاظ ویژه گوی فرا ملی و بین المللی سند و ضرورت ترویج و توسعه رویه واحد در اجرای آن باید همانند یک راهنما و مرشد اخلاق و آداب یک تجارت آمیخته با صداقت و دوستی عمل نموده و با تفسیر خود طرفین قراردادی را به چنین رویه های اخلاقی راهنمایی نمایند. بدین

¹²⁹ Honnold, John O., Uniform for International Sales under the 1980 UN Convention, op. cit., at 146-147, Koneru, Phanesh, The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1997, available in: Pace University School of Law's Home Page, at p. 9, and Powers, Paul J., op. cit., p. 6.

ترتیب عنصر حسن نیت در احتمال نخست تنها یک هشدار به مفسران کنوانسیون، قضات و داوران قلمداد خواهد شد. حال آنکه، بنا بر احتمال دوم اگر چه توجه به ترویج و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی به ظاهر متوجه مفسران کنوانسیون به هنگام تفسیر می‌باشد، پر واضح است که ترویج حسن نیت از طریق تفسیر مقررات این کنوانسیون که بخش عمده آن ناظر به تعهدات طرفین قرارداد می‌باشد به شدت وظایف متعاقبین را تحت تاثیر قرار خواهد داد. البته دیدگاه‌های دیگری نیز وجود دارد. بر اساس یک دیدگاه حسن نیت یک تکلیف قرارداد برای هر دو طرف قراردادی است. حال آنکه بنا بر دیدگاه دیگر رعایت حسن نیت نه تنها یک تکلیف قراردادی فراگیر برای هر دو طرف قراردادی است بلکه از آنچنان کارکرد و نقشی بر خوردار است که می‌توان آن را یک اصل و قاعده بنیادی و ماهوی و از جمله اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی شده است تلقی نمود. به عبارت دیگر، بنابر رویکرد اول حسن نیت تنها حدود و ثغور حقوق و تعهدات مصرح در کنوانسیون و قرارداد را تعیین می‌کند ولی بنابر رویکرد دوم علاوه بر تعیین و تحدید مسائل گفته شده به وسیله حسن نیت یک سلسله مسائل ناگفته نیز بدین وسیله پاسخ می‌یابد. به بیان دیگر حسن نیت خود منبع خلاق و آفریننده برخی حقوق و تعهدات تازه می‌گردد.

نظر به اهمیت دیدگاه‌های مزبور آنها را به اختصار تحت عنوان: اصل تفسیری، تعهد قراردادی و اصل کلی بنیادی بررسی می‌نمائیم.

۱ - اصل تفسیری

شمار زیادی از شارحان کنوانسیون معتقدند که از نقطه نظر این سند حسن نیت وظیفه طرفین قرارداد نیست، بلکه حد اکثر تنها ابزاری جهت تفسیر مقررات کنوانسیون به شمار می‌رود.^{۱۳۰} بر این اساس،

¹³⁰ See in this respect, Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 63, Bridge, Michael, The International Sale of Goods: Law and Practice, Oxford University Press, 1999, p. 59, Winship, Peter, The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts, in: Nina M. Galston and Hans Smit, International Sales: The UN

همه حقوق و تعهدات مذکور در کنوانسیون باید در پرتو اصل حسن نیت تفسیر شود و هر گونه برداشتی از مقررات که به سوء نیت و بد اندیشی یا بد رفتاری یکی از طرفین قرارداد اعتبار بخشد محکوم به رد است.^{۱۳۱}

یک استدلال مهم این گروه از شارحان کنوانسیون ظاهر عبارت ماده ۱-۷ است. به گفته آنان، اصطلاح حسن نیت بطور صریح فقط در ماده ۱-۷ کنوانسیون آمده است و سبک و سیاق ادبی آن تنها با اعطای نقش تفسیری به عنصر حسن نیت سازگاری دارد. به عنوان مثال بر حسب ماده ۲۴ کنوانسیون، اعلام قبول هنگامی به مخاطب واصل میشود که به محل تجارت یا به نشانی پستی او تحویل گردد. حال اگر قبول کننده (قابل) بداند که طرف دیگر (موجب) که ضمناً دارای اقامتگاه تجاری می باشد برای مدت زمان قابل توجهی از منزل خود دور است و با این وصف اعلام قبولی را به آدرس پستی او ارسال نماید، شرط حسن نیت را نقض کرده است.^{۱۳۲}

پورفسور هانولد در شمار طرفداران این نظریه است. وی علاوه بر ظاهر متن ماده ۱-۷ به مذاکرات و تاریخچه وضع آن نیز استفاده می نماید.^{۱۳۳}

بعضی معتقدند که مصالحه مزبور در عمل به حذف اصل حسن نیت از کنوانسیون منجر شده است. از جمله اینان آقای ارسی است. ایشان معتقد است که "مقرره حاضر نمایانگر یک مصالحه عجیب و

Convention on Contracts for International Sales, Matthew Bender, 1984, Sim, Disa, Opcit., p. 17, Enderlein, F. and Maskow, D., International Sales Law, Oceana Publications, 1992, at 75, and, Klein, John, Good Faith in International Transactions, 15 Liverpool L. Rev., 1993, available in Pace University School of Law's Home Page.

^{۱۳۱} برای تبیین این رویکرد من توان آن را به قاعده لاضرر در فقه اسلامی یا اصل چهلم قانون اساسی ایران تشبیه کرد که به اصطلاح اصولی بر کلیه حقوق و تعهدات و جمیع احکام (حکومت) داشته و مثلاً اصل مالکیت (قاعده تسلیط) را که از اصول مسلم فقهی و حقوقی است تحدید و تنظیم می نماید.

¹³² Sim, Disa, Opcit., p. 19 citing from Gyula Ersi in footnote no. 140.

¹³³ Honnold, John, Documentary History, op. cit., at 147.

غریب است که در حقیقت اصل حسن نیت را مدفون می کند^{۱۳۴} اما بر خلاف اعتقاد ایشان به نظر می رسد مصالحه مزبور سرانجام به سود دیدگاه حقوق موضوعه خاتمه یافته است و اگر تا هنگام وضع حسن نیت در ماده ۱-۷، رعایت حسن نیت یک عرف تجاری نبوده است با اعتبار یافتن آن به عنوان یک اصل تفسیری به تدریج یک عرف جدید تجاری مبنی بر رعایت حسن نیت در حال شکل گیری است. زیرا، همانطوریکه فوقاً یاد آوری شد، ممکن نیست که قضات، داوران و دیگر مفسران کنوانسیون مکلف به ترویج حسن نیت در عرصه تجارت بین الملل باشند ولیکن اشخاص تجار که خود موضوع تجارت بین الملل اند از این تکلیف معاف باشند. و نیز بعید است که ملاحظه اصل حسن نیت معیار تفسیر مقررات کنوانسیون قلمداد گردد و مفسران ملزم به اعمال آن در هنگام تفسیر باشند ولی طرف های یک معامله بین المللی که خود موضوع حق و تکلیف حسن نیت مقرر در کنوانسیون می باشند بتوانند از اجرای آن سر باز زنند.^{۱۳۵}

این تحلیل که بر نقش غیر مستقیم نظریه تفسیری حسن نیت در ایجاد تکلیف برای متعاملین تاکید دارد، در برخی از شرح های کنوانسیون دیده می شود. وظیفه متعاملین به رعایت حسن نیت یک بار به عنوان لازمه تکلیف مفسران کنوانسیون به ترویج حسن نیت و بار دیگر به عنوان لازمه فرآیند تفسیر به شمار آمده است. یکی از نویسندگان می گوید: "مطمئناً تنها با الزام طرفین به رعایت حسن نیت است که حسن نیت در تجارت بین الملل می تواند به حقیقت ترویج شود. مساله "ترویج" حسن نیت با ارائه تفسیری از ماده ۱-۷ که اجازه دهد طرفین از زیر بار مسئولیت رفتار ناشی از سوء نیت شانه خالی کنند منتفی خواهد شد (نقض غرض خواهد شد). همین نویسنده پس از آن که رعایت حسن نیت را به عنوان لازمه "ترویج" آن تثبیت می کند، آن را بعنوان لازمه عملیات تفسیر نیز معرفی می نماید. وی تصریح

¹³⁴Cited in: Sim, Disa, op. cit., p. 38. To see his full explanation, see: Kritzer, A. H.: Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, op. cit., at 110.

¹³⁵ Keily, Troy, op. cit., p. 5.

می کند که "حتی اگر بپذیریم که ماده ۷-۱ وظیفه حسن نیت را به طرفین قراردادی تحمیل ننموده و صرفاً ایجاب می کند که مقررات کنوانسیون با حسن نیت تفسیر شود، باز مساله باقی است. زیرا کنوانسیون، حقوق و تعهدات طرفین را در بیع بین المللی کالا مقرر می دارد و ماده ۷-۱ نیز مقرر کرده است که هنگام تفسیر این مقررات، اصل حسن نیت باید لحاظ شود. حال با اطمینان می توان نتیجه گرفت که تفسیر کنوانسیون با لحاظ حسن نیت بدون آن که رفتار طرفین را به طور غیر مستقیم تحت تاثیر قرار دهد ممکن نیست."^{۱۳۶} نویسنده ای دیگر از این دیدگاه حمایت کرده، می گوید: "حسن نیت در خلاء شکل نمی گیرد و در عمل هنگامی بعنوان یک قاعده تحقق می یابد که اشخاص ملزم به اعمال آن باشند."^{۱۳۷}

در پایان این مبحث لازم به ذکر است که شمار قابل توجهی از شارحان نیز اصل حسن نیت را نه به عنوان معیاری برای تفسیر کنوانسیون بلکه بعنوان استاندارد برای تفسیر قرارداد و توافق فیما بین به شمار آورده اند.^{۱۳۸} البته نمایندگان حقوق عرفی در هنگام مذاکرات راجع به کنوانسیون با چنین جایگاهی برای حسن نیت مخالفت ورزیدند.^{۱۳۹}

۲- تعهد و تکلیف

بر اساس این رویکرد که برخی از نویسندگان بزرگ^{۱۴۰} از آن جانبداری می کنند، رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد بر حسب کنوانسیون یک تعهد و تکلیف است. به اعتقاد ایشان، عبارت ماده ۷-۱

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Koneru, Phanesh, op. cit., p. 9.

¹³⁸ See in this respect, Magnus, Ulrich, Editorial Remarks on Good Faith, footnote n. 4, available in Pace University School of Law's Home Page.

¹³⁹ Keily, Troy, op. cit., p. 3.

¹⁴⁰ Disa Sim has made great attempts to gather these eminent lawyers who advocate this sort of interpretation. For this purpose, see, Sim, Disa, op. cit., footnote no. 139, and, Keily, Troy, op. cit., p. 6 and footnote no. 105.

را که "ضرورت ترویج رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل" را مقرر می دارد باید تفسیر موسع کرده، چنانکه آن را به اصل کنوانسیون ناظر می دانیم بعنوان وظیفه طرفین نیز باید تلقی کنیم.^{۱۴۱}

انتقاد مهمی که به این ادعا وارد است نادیده گرفتن تمام سوابق تاریخی مربوط به وضع ماده ۱-۷ و فراموش کردن همه گفتگوهای است که در مخالفت با تعیین تکلیف در خصوص رعایت حسن نیت صورت گرفته است. نیم نگاهی به تاریخچه وضع ماده ۷ کنوانسیون نشان می دهد که هر گونه تلاش برای طرح حسن نیت بعنوان یک تعهد اساسی شکست خورده و مورد قبول قرار نگرفته است.^{۱۴۲}

شاید به همین سبب باشد که برخی دیگر از شارحان بدون آنکه از اصل ادعا صرفنظر کرده باشند آن را بر مبنای دیگری استوار نموده اند. آنان بنیاد استدلال خود را بر مبنای ماده (۲) ۹ استوار کرده و وظیفه حسن نیت را یک تعهد برخاسته از عرف عام تجارت تلقی کرده اند. در واقع آنان با تشکیل یک قیاس منطقی نتیجه گرفته اند که به حکم کنوانسیون رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد ضروری است. در صغری قیاس خود آورده اند که تعهد حسن نیت بی شک از موارد عرف عام بارزگانی جدید (Lex mercatoria) است.^{۱۴۳} کبری قیاس نیز که در ماده ۹ کنوانسیون به ترتیب زیر آمده است: "طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می باشند" و در قسمت ۲ همان ماده آمده است: "فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا می بایست وقوف می داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، بطور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی برقرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود".

¹⁴¹ Nives, Povr Zenic, International Sale of Goods, available in Pace University School of Law's Home Page.

¹⁴² Sim, Disa, op. cit., p. 15.

¹⁴³ Sim, Disa, op. cit., p. 15.

اما بر این استدلال نیز انتقاداتی چند وارد آمده است که به اختصار برخی از آنها را ذکر می‌کنیم: اولاً) گفته شده است که *Lex mercatoria* اعم از عرف و عادت است. این مفهوم علاوه بر عرف و عادت شامل مقررات عام بین الملل، اصول کلی حقوق و چندین تاسیس حقوقی دیگر نیز می‌شود.^{۱۴۴} و حال آن که ماده ۹(۲) فقط از عرف و عادت سخن گفته است و آن دسته از شارحان نیز که حسن نیت را از عناصر لکس مرکاتوریا دانسته اند معلوم نساخته اند که آن را از کدامیک از تاسیس های مشمول لکس مرکاتوریا استثنا کرده اند. ثانیاً، چنانکه در مباحث قبلی دیدیم، میان خانواده های حقوقی و حتی در درون هر خانواده میان نظام های زیر مجموعه شان در خصوص حسن نیت اختلافات چشمگیری وجود داشت. با این وجود چگونه می توان آن را یک عرف مسلم بین الملل دانست. البته اگر حسن نیت حتی در همه مقررات حقوقی و در همه نظام ها بعنوان یک اصل عام شناخته شده باشد باز هم نمیتوان آن را یک نهاد عرفی تلقی کرد. زیرا حداقل شرط تشکیل عرف، تکرار مداوم یک رفتار مشخص است.

باید افزود که در طی مذاکرات مربوط به کنوانسیون، اصولاً موضوع عرف های تجاری صف کشورهای در حال توسعه را از صف کشورهای توسعه یافته جدا ساخت.^{۱۴۵} زیرا این تصور وجود داشت که بسیاری از عرف های غالب و جاری در عرصه تجارت توسط کشورهای توسعه یافته تاسیس و گسترش یافته اند در حالی که به اعتقاد کشورهای در حال توسعه آنها همیشه منصفانه و عادلانه نبودند، در نتیجه آنان از اینکه تعهد حسن نیت بر مبنای عرف بین المللی به متن کنوانسیون راه یابد هراسناک بودند و چنین امری می توانست اعتماد آنان را از سند مزبور سلب نماید.

¹⁴⁴ Ibid., p. 22.

¹⁴⁵ Ibid, p. 23.

بلی حسن نیت را می توان بعنوان یک عرف خاص و منطقه ای پذیرفت اما ادعای بالاتر و پذیرش آن بعنوان یک عرف عام بین المللی جدا دشوار است.^{۱۴۶}

به رغم مردود شمرده شدن ابتدای تکلیف حسن نیت بر عرف عام هنوز امید به استنباط تکلیف مزبور از کنوانسیون به یاس مبدل نشده است. زیرا به اعتقاد گروهی دیگر از شارحان کنوانسیون، تکلیف مزبور از اصول عامی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است قابل استنباط است. پورفسور فرانس ورث یکی از راویان این قرائت از کنوانسیون می باشد.

به گفته وی گرچه بعضی از تفاسیر مطرح درباره کنوانسیون حاکی از قرائت ادبی کنوانسیون و در نتیجه عدم احراز صریح حسن نیت از آن می باشد، در عین حال همان گروه معتقدند که می توان وظیفه حسن نیت را از اصولی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است استنباط و استخراج کرد.^{۱۴۷}

در پایان جالب است بدانیم که علیرغم قلت رویه قضائی در این خصوص، در اندک آرای گزارش شده محاکم کشورهای عضو کنوانسیون عملاً رعایت حسن نیت را بعنوان یک تکلیف لازم الاجرا تلقی کرده اند. به تصریح یکی از نویسندگان، در سال های دهه اول کنوانسیون دادگاهها رعایت حسن نیت به هنگام اجرای قرارداد را بعنوان وظیفه متعاملین قلمداد نموده اند.^{۱۴۸}

۳- اصل عام و بنیادین کنوانسیون

بر مبنای این دیدگاه، حسن نیت از قواعد و اصولی است که کلیت کنوانسیون بر آن بنا نهاده شده است. از همین رو اگر حتی ماده ۱-۷ منحصرراً قاعده ای تفسیری باشد که از آن نتوان تعهد به رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد را استخراج کرد، می توان آن را از زیر ساخت های کنوانسیون و به بیان

¹⁴⁶ Ibid., pp. 22-23.

¹⁴⁷ Farnsworth, E. Allen, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, relevant International Conventions and National Laws, op. cit., p. 7, Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, (Manzsche Verlage- und Universitätsbuchhandlung, Vienna, 1986) at p. 39, and, Flemegas, John, Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL, p. 1, available in Pace University School of Law's Home Page.

¹⁴⁸ For more detail on these courts' decisions, see: Powers, Paul J., op. cit. pp. 7-8.

دیگر از قاعده ای نانوشته استنباط کرد که این تعهد تنها یکی از ثمرات آن باشد. این دیدگاه که دقیقا در نقطه مقابل نظریه تفسیری قرار گرفته و از نظریه دوم که حسن نیت را یک تعهد قراردادی قلمداد می کرد پیشرو تر است، مطمئنا نیازمند دلایلی متقن و آسیب ناپذیر است. حال به مهمترین ادله ای که در تایید این نظریه اقامه شده است می پردازیم.

۱-۳- استناد به اصول عام کنوانسیون C ISG (ماده ۲-۷)

بدیهی است که هیچ قانون ملی یا بین المللی قادر به پیش بینی همه اوضاع احوال ممکن نبوده و قهرا دچار خلا های ناخواسته ای می گردد. برای پر کردن چنین خلاهایی^{۱۴۹} گاه قوانین، راه حلهایی کلی در نظر می گیرند که در موارد سکوت، اجمال و یا حتی تعارض بتوان به آنها مراجعه کرد. کنوانسیون بیع بین المللی نیز با وضع ماده ۲-۷ چنین سیاستی اتخاذ کرده است. به موجب این ماده:

“مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتا تعیین نشده طبق اصول کلی ای که این کنوانسیون مبتنی بر آنها است، و در صورت فقدان این گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهد شد.”

چنانکه مشاهده می شود تکنیکهای کنوانسیون برای پر کردن خلاها دو چیز است: یکی ارجاع به اصول کلی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است و دیگری اعمال قانون ملی مناسب بر اساس قواعد حقوق بین الملل خصوصی.

حال برخی از شارحان کنوانسیون با استناد به تکنیک نخست کنوانسیون معتقدند که حسن نیت از اصول کلی است که کنوانسیون بر آنها مبتنی است. اما روشن است که استدلال تا بدین حد مصادره به مطلوب است و به تعبیر اصولی استناد به این که کنوانسیون مبتنی بر یک سلسله اصول است برای اثبات این امر که حسن نیت از اصول کنوانسیون است، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. آری ماده ۲-

¹⁴⁹ Gaps Filling

7، کبری استدلال را تشکیل می دهد اما برای تکمیل قیاس باید صغری استدلال را نیز پی جویی کرده، بدان ملحق نمائیم. شاید که قیاسی منطقی و منتج بدست آید که حاصل آن تلقی حسن نیت بعنوان اصلی از اصول کنوانسیون باشد و آنگاه بتوان از این اصل، فروعی استخراج کرد که یکی از آنها تعهد به رعایت حسن نیت در یک قرارداد بین المللی توسط متعاقدین باشد. بدین ترتیب برای تکمیل قیاس فوق الاشعار باید اثبات کنیم که حسن نیت یکی از آن اصول کلی است که مورد نظر ماده ۲-۷ می باشد. بدین منظور نخست باید راههای استخراج و کشف اصول را استخراج کرد.

در پاسخ راههای چندی معرفی شده اند. بعضی گفته اند از متن کنوانسیون و نیز از تاریخچه و سایر سوابق تقنینی (**legislative history**) می توان اصول کلی را استخراج کرد.^{۱۵۰} برخی دیگر علاوه بر اینها اینها بستری را که متن در آن روییده و عوامل فرامتنی (**Context**) را نیز منبع اکتشاف اصل معرفی کرده اند^{۱۵۱} که مطمئناً ملاحظه تاریخچه یکی از همان عوامل است. همچنین قیاس (**Analogy**) مساله به مقرراتی که بیشترین و تنگاتنگ ترین ارتباط را با آن دارند راه دیگر اکتشاف اصول معرفی شده است.^{۱۵۲} بر همه راههای فوق افزوده شده است استنباط اصلی چنان کلی و فراگیر که کنوانسیون را بعنوان یک کل (**as a whole**) تحکیم و پشتیبانی نماید^{۱۵۳}.

حال باید دید حسن نیت از کدامین طریق به عنوان یک اصل کلی استنباط و استخراج گردیده است. به نظر می رسد نویسندگان بر حسب سلايق خود هر یک از راهی خاص طی طریق کرده اند. برخی آخرین شیوه را پیشه کرده و با استقصاء نمونه هایی که در واقع می توانند نمودهای عینی و عملی حسن نیت باشند نتیجه گرفته اند که مفهوم حسن نیت اصلی عام است که کلیت کنوانسیون را تحکیم و

¹⁵⁰ Keily, Troy, *Opcit.*, p. 7.

¹⁵¹ Magnus, Ulrich, *Opcit.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Bonell, M.J., *Interpretation of Convention*, in: Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987, at 78. For a detailed discussion on the issue, see: Sim, Disa, *op. cit.*, pp. 23-24 and more references cited in footnote no. 156.

پشتیبانی می نماید.^{۱۵۴} اینان بر گزارش دبیر خانه کنوانسیون راجع به پیش نویس ۱۹۷۸ استشهاد کرده اند که توضیح می دهد: در مقررات کنوانسیون مصادیق و نمونه های فراوانی از اعمال این اصل (حسن نیت) مشاهده می شود از جمله می توان به ماده (b) ۱۴/۲ (b) ۱۶-۲-۲ (b) ۱۹/۲ (۲-۲۱ فعلی) ۲۷/۲ (۲-۲۹ فعلی) ۴۴ و ۳۵ (۳۸ و ۳۷ فعلی) ۳۸ (۴۰ فعلی) ۳۷ و ۳۶ (۳۸ و ۳۹ فعلی) ۴۵/۲، ۶۰/۲، ۶۷ (۲-۴۹، ۶۴-۲، ۸۲ فعلی) ۷۴ و ۷۷ (۸۵ تا ۸۸ فعلی) استناد کرد. در ادامه این گزارش آمده است که اصل حسن نیت فراتر از این نمونه هاست و آن به همه جوانب تفسیر و اعمال مقررات کنوانسیون اعمال می گردد.^{۱۵۵}

از طریق قیاس به انضمام سر جمع کردن همه موارد و مصادیقی که بنحوی انعکاس دهنده سریان و جریان یا روح حسن نیت در مجموعه کنوانسیون است نیز دکتترین مزبور استنباط گردیده است. بدین ترتیب که مفاهیم متعارف و معقول بودن (Reasonableness) و معامله منصفانه (Fair dealing) که جلوه های دیگری از مفهوم حسن نیت می باشند در سراسر کنوانسیون موج می زنند.^{۱۵۶} بازتاب حسن نیت در جلوه های مختلف بدین حد از وفور در مقررات کنوانسیون نشان از عمق رسوخ و نفوذ آن در کنوانسیون دارد به حدی که می توان نتیجه گرفت که حسن نیت اصلی مهم از اصول کلی کنوانسیون می باشد.^{۱۵۷}

¹⁵⁴ Sim., Disa, ibid.

¹⁵⁵ Secretariat Commentary, The United Nations Secretariat, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, (Document A/Conf. 97/5, 1979, reprinted in the Official Records (1981) at 14-66. See also: Honnold, John, Documentary History, op. cit., at 408.

¹⁵⁶ See for instance, Articles: 8(2) 16(2)(b) (Reasonable Reliance), 18(2), 25, 33(c), 34, 35 (2) (b), 37 (Unreasonable Inconvenience or Expense), 38(3), 39(1), 43(1), 44, 46(2), 46(3), 47(1), 48(1), 48(2), 49(2), 63(1), 64(2)(b), 65(1), 65(2), 72(2), 73(2), 75 (Reasonable manner), 76(2) (Reasonable Substitute), 77, 79 (1) (Reasonable Expectation) 79 (4) (Reasonable Time), 85 (Reasonable Steps), 86(1), 86(2), 87, 88(1) (Unreasonable Delay), 88(2), 88(3).

¹⁵⁷ Keily, Troy, op. cit., p. 8.

Peter Schlechtriem در زمره طرفداران این نظریه بوده و به صراحت معتقد است که حسن نیت مذکور در کنوانسیون باید به یک قاعده کلی نظیر ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان بدل شود، حتی اگر این اصطلاح تنها یک اصل تفسیری بوده و صریحا بعنوان تکلیف متعاملین پیش بینی نشده باشد. زیرا اصول کلی حقوقی نظیر "حسن نیت" از کنوانسیون قابل استخراج و استنباط می باشند.^{۱۵۸}

اکنون قیاسی را که به استنتاج دکترین حسن نیت بعنوان یک اصل عام و اساسی کنوانسیون منتهی شد دوباره مرور می کنیم:

(۱) از مجموعه متن و فرامتن کنوانسیون بدست می آید که حسن نیت از اصولی است که کنوانسیون بر آن مبتنی است.

(۲) اصولی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است می توانند موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون را که تکلیف آنها صراحتا تعیین نشده اند حل و فصل نمایند.

بنابراین تکلیف حسن نیت از جمله موضوعاتی است که می توان آن را به کنوانسیون منتسب کرده و لزوم مراعات آن را استنتاج نمود.

۲-۳- استناد به منابعی غیر از کنوانسیون^{۱۵۹}

برخی از شارحان و نویسندگان برای اثبات اینکه حسن نیت یکی از اصول زیر بنایی کنوانسیون را تشکیل می دهد به منابع بیرون از کنوانسیون روی آورده اند. بعنوان نمونه آنان از اصول یونیدقوا و عرف عام بازرگانی^{۱۶۰} برای تبیین قاعده حسن نیت در کنوانسیون مدد گرفته اند.^{۱۶۱}

¹⁵⁸ Schlechtriem, Peter, op. cit., p. 61.

¹⁵⁹ General Principles outside the CISG.

¹⁶⁰ Lex mercatoria

¹⁶¹ Keily, Troy, op. cit., p.9.

اما برخی خیلی سریع بدین استدلال واکنش نشان داده و آن را به دلیل مغایرت صریح با بند ۱-۷ کنوانسیون مردود شمرده اند. زیرا برحسب این بند، اصل عام استخراجی باید از جمله اصولی باشد که همین کنوانسیون بر آنها مبتنی است و لا غیر.^{۱۶۲}

با این وصف شماری از نویسندگان به رغم اذعان به وجود محدودیت مزبور در ماده ۲-۷ و حتی بیان ضرورت آن معتقدند چاره ای جز استفاده از منابع دیگر (خارج از CISG) برای استخراج اصل حسن نیت و استفاده از آن منابع برای تبیین، تفسیر و روز آمد کردن کنوانسیون وجود ندارد. آنان برای توجیه دیدگاه خود می گویند: محدودیتی که در ماده ۲-۷ برقرار شده است مانع توسعه و تکامل کنوانسیون می گردد. زیرا کنوانسیون های بین المللی بر خلاف قوانین داخلی فاقد سازوکار لازم برای تغییر و تحول می باشند. بعنوان مثال در C ISG هیچ مجموعه ای که حق باز نگری، اصلاح و رفع معایب و کاستی های آن را داشته باشد پیش بینی نشده است. و یا سازوکاری که بتواند کنوانسیون را با تحولات نظام های حقوقی جهان هماهنگ نماید تبعیه نشده است و بالاخره هیچ مرجع قضایی فرادستی که بتواند رویه واحد الزام آوری ایجاد کند وجود ندارد. بدین ترتیب آیا باید CISG را در پوسته تاریخی خود محبوس کرد؟ آیا باید آن را از انعکاس تغییرات دنیای متغیر محروم ساخت؟ از سوی دیگر به رغم مخالفت گسترده نظام های حقوق عرفی با نظام های حقوق نوشته بر سر مفهوم و جایگاه حسن نیت در کنوانسیون، امروزه شاهد تمایل شدید کشورهای مخالف به طرف کشورهای موافق و پذیرش نسبتاً فراگیر این اصل در کشورهای مزبور می باشیم. حال آیا کنوانسیون نباید این تحولات را در خود جای داده و از قالب تاریخی خود که منبعث از چالش مخالفان و موافقان حسن نیت بوده است خارج شود؟^{۱۶۳}

¹⁶² Sim, Disa, op. cit., p. 24.

¹⁶³ Keily, Troy, op. cit., pp. 9-10.

آقای مگنو از جمله کسانی است که معتقد است اصول عام خارج از CISG و تحولات نظام های حقوقی به شرطی که واقعا صبغه بین المللی یافته و مقبولیت عام و جهانی پیدا کرده باشند باید در کنوانسیون منعکس شوند.^{۱۶۴} حال به تفکیک چگونگی پیوند اصول یونید قوا با CISG و نفوذ تحولات کامن لا به درون سند مزبور را از دیدگاه این گروه از نویسندگان بررسی می کنیم.

۳-۲-۱- اصول یونید قوا

به اعتقاد آقای مگنو و همفکران او باید از اصول یونید قوا بعنوان اصول عام خارج از کنوانسیون (CISG) استفاده برد. زیرا این اصول بر مبنای مطالعات تطبیقی وسیعی تنظیم یافته و لذا وجوه مشترک بسیاری از نظام های حقوق جهانی در آن انعکاس یافته است.^{۱۶۵}

اصول مزبور دارای کارکردهای متفاوتی می باشند، از جمله بعنوان راهنمای تفسیر و نیز برای پر کردن خalahای سایر کنوانسیون های بین المللی به کار می روند. ولیکن روشن است که این امر (یعنی رسالتی که اصول برای خود تعریف کرده است) به تنهایی برای نفوذ اصول یونید قوا به درون CISG کافی نمی باشد.^{۱۶۶} و لذا آقای مگنو چاره دیگری برای تایید نظریه خود اندیشیده و آن عبارتست از کشف تطابق وسیع میان اصول یونید قوا، مقررات CISG و اصول عامی که از کلیت CISG استنباط می شود.^{۱۶۷} و این تطابق امری تصادفی نیست بلکه از آن روست که اولاً اصول یونید قوا از روی CISG مدل برداری شده اند و ثانياً بسیاری از تهیه کنندگان اصول مزبور، دست اندرکار تهیه و تدوین CISG نیز بوده اند.^{۱۶۸}

به هر حال آقای مگنو در صدد است تا از همسانی وسیعی که میان منابع فوق وجود دارد مکمل بودن اصول یونید قوا برای CISG را نتیجه بگیرد.

¹⁶⁴ Magnu, Ulrich, op. cit.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Keily, Troy, op. cit., p. 10.

¹⁶⁷ Magnu, Ulrich, op. cit.

¹⁶⁸ Keily, Troy, op. cit., p. 10, citing from Perillo M., Joseph..

لازم به ذکر است که اصول یونید قوا حائز پیش شرط آقای مگنو یعنی لزوم مقبولیت عام و بین المللی نیز می باشد.

حال با پذیرش نقش مکمل برای اصول یونید قوا چگونه می توان در موضوع مورد بحث یعنی نقش حسن نیت در کنوانسیون بهره برد ؟

در پاسخ کافی است که نگاهی به ماده ۷-۱ اصول یونید قوا بیفکنیم. این ماده مقرر می دارد :

Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international Trade.

چنانکه مشاهده می شود بر اساس این ماده لزوم عمل بر طبق حسن نیت صریحا بعنوان یک تعهد به رسمیت شناخته شده است . تفاوت میان عبارت (Wording) اصول و عبارت CISG چنان آشکار است که ما را از هر گونه توضیحی باز می دارد.

حسن نیت در اصول به صراحت یک تعهد است و حال آنکه در CISG چنین نیست. با این حال برخی گفته اند این بیشتر یک تفاوت لفظی است تا یک تفاوت ماهوی^{۱۶۹}. این همه چشم پوشی از تفاوت آشکار میان اصول و کنوانسیون هیچ توجیهی ندارد جز همان مبنای پیش گفته شده که از اصول برای تکمیل و باز تولید کنوانسیون بهره گیری کنیم.

به هر روی اصول یونید قوا، آشکارا دلالت دارد که حسن نیت از جمله اصول حقوقی است که در نظام های مختلف حقوقی معتبر بوده و در شمار ارزش های مشترک تجارت بین الملل به حساب می آید.^{۱۷۰} این مساله امروزه در کشورهای دارای سنت حقوق عرفی نیز، همانطوریکه سابقا مورد اشاره قرار گرفت، بطور فزاینده ای در حال تبدیل به یک حقیقت می باشد.

۲-۲-۳- تحولات حقوق عرفی و ضرورت باز فهمی کنوانسیون

¹⁶⁹ Ibid., Bonell, Opcit., p. 47.

¹⁷⁰ Keily, Troy, Opcit., p. 11, citing from Marry Hiscock E..

شارحان CISG، کنوانسیون را بعنوان "سندی اراده محور"^{۱۷۱} توصیف می نمایند.^{۱۷۲} مقصود آنان از این توصیف آن است که CISG قادر به تولید قواعد جدید و پذیرش اوضاع و احوال متغیر می باشد.^{۱۷۳} از همین رو آقای مگنو (Magnus) معتقد است که توسعه CISG را نباید محدود به ساز و کار مطروحه در ماده (۷-۲) نمود، البته با همان پیش شرطی که قبلاً راجع به لزوم مقبولیت بین المللی یک اصل ذکر گردید.

زمانی که پیش نویس CISG تهیه می شد، با مقوله حسن نیت رفتار دو گانه ای از سوی نظام های حقوق نوشته و نظام های حقوقی حقوق عرفی صورت می گرفت. این بدان معنا بود که حسن نیت در روابط تجاری قراردادی حقیقتاً مقبولیت بین المللی پیدا نکرده بود. اما اکنون این وضعیت تغییر یافته است. در حال حاضر حسن نیت بطور فزاینده ای توسط دادگاهها و نویسندگان حقوق عرفی به رسمیت شناخته می شود.^{۱۷۴} پیام این اعتبار جدید آن است که، مقبولیت بین المللی اکنون به وقوع پیوسته است.^{۱۷۵}

از نقطه نظر تاریخی، در حقوق انگلیس لرد منس فیلد^{۱۷۶} در سال ۱۷۶۶ به حسن نیت بعنوان اصل حاکم قابل اعمال بر همه قراردادها و معاملات اشاره کرد.^{۱۷۷} بر مبنای دیدگاه کامن لا نسبت به حسن نیت این تصمیم بسیار افراطی به نظر می رسید. قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم شاهد واکنشی یکپارچه در برابر این دیدگاه است. دلایل آن نیز شامل رشد پوزیتویسم حقوقی، بی رغبتی نسبت به اصول حقوقی حاوی مفاهیم گسترده حقوقی و تلاش فوق العاده برای برقراری حتمیت حقوقی^{۱۷۸} بود.^{۱۷۹} همه این دلایل در

¹⁷¹ Autonomous instrument

¹⁷² Franco Ferrali, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, available in Pace University School of Law's Home Page.

¹⁷³ Keily, Troy, Opcit., p. 11.

¹⁷⁴ Ibid., p. 10.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Lord Mansfield

¹⁷⁷ Carter v. Boehm (1766) 3 Burr. 1905; 97 E.R. 1162, cited in: ibid.

¹⁷⁸ legal certainty

چارچوب مذاکرات مسبوق بر تدوین کنوانسیون مطرح گردید. در خلال این مدت که کامن لا به دنبال ایجاد توازن دقیق بین انصاف و عدالت از یکسو و حتمیت و قابلیت پیش بینی از سوی دیگر بود کفه ترازو شدیداً به ضرر انصاف و به سود قابلیت پیش بینی سنگینی می کرد.^{۱۸۰} در حالی که در بخش عمده ای از این قرن پاندول علیه تعهد حسن نیت در روابط قراردادی در حرکت بود، قراین حکایت از چرخش وزنه به نفع حسن نیت دارد.^{۱۸۱} هم اکنون حسن نیت در آمریکا، چنانکه سابقاً یاد آوری شد، مقبولیت عام یافته است بطوریکه بیش از پنجاه ماده از UCC با عبارات مختلف و چندین ماده از Restatement of Contracts به صراحت این واژه را ذکر کرده است. در کانادا نیز حسن نیت بعنوان یک "هنجار اساسی در حقوق قراردادها" توصیف شده است^{۱۸۲} و، همانطوریکه فوقاً اشاره شد، دو مطالعه و گزارش رسمی کمیسیون حقوقی ایالت آنتاریو و یک مطالعه تفصیلی در ایالت آلبرتا از قاعده حسن نیت حمایت کرده است. تحولات آمریکای شمالی در استرالیا انعکاس بیشتری یافته است. به نحوی که در یکی از آرای صادره از محاکم این کشور در سال ۱۹۹۲ قاضی پرستلی به صراحت از لزوم رعایت حسن نیت در قراردادها به عنوان یک درک مشترک نام برده است.^{۱۸۳}

به هر روی حسن نیت بعنوان تعهدی ایجابی برای ساماندهی روابط قراردادی چنان در نظام های حقوق عرفی (البته بجز انگلیس) عمق و گسترش یافته است که به حقیقت می توان ادعا کرد نظام های کامن لا رفته رفته همسو و هم‌نوا با نظام های حقوق نوشته می شود و دیگر اختلاف موثری به چشم نمی خورد و لذا این ادعا که تعهد حسن نیت مقبولیتی بین المللی یافته است گزارف نخواهد بود. بنابراین تمام شرایط مهیاست تا C ISG تعهد حسن نیت را بعنوان اصل حاکم بر روابط قراردادی به رسمیت بشناسد.

¹⁷⁹ Francoe Ferrali, Opcit.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Keily, Troy, Opcit., 11.

¹⁸² Reiter, B.J., Good Faith in Contracts, 1983, Val. U.L. Rev., 705 at 707.

¹⁸³ See in this respect, ibid., pp. 11-12.

نتیجه آن که پویایی و دوام حیات کنوانسیون صرفاً با سازوکاری که در ماده ۲-۷ تعبیه شده است حاصل نمی‌گردد، بلکه باید آن را از پوسته تاریخی خود بیرون آورده از منابع دیگری که با آن همسو و تا حدودی متحد‌المنبأ می‌باشند (مانند UNIDRIOT) برای روز آمد کردن مفاهیم و مدالیل آن بهره گرفت. همچنین ضروری است همگام با تحولات فراگیر و عامی که هر چند آرام ولی مدام در نظام‌ها و انظار حقوقی صورت می‌گیرد به باز فهمی کنوانسیون و حتی باز تولید قواعد و بنیانهای نوین پرداخت.

۳-۳- دلالت ماده ۱-۷

برخی در کمال ناباوری برای احراز حسن نیت بعنوان یک اصل به ماده ۱-۷ استناد کرده‌اند. به گفته ایشان، قسمت اول ماده ۷ در صدد تاسیس و معرفی حسن نیت بعنوان یک اصل کلی است.^{۱۸۴} بر این دیدگاه نقدهای فراوانی می‌توان مطرح کرد که کمترین آن نادیده گرفتن تاریخچه مذاکرات این ماده است. چنانکه بارها گفته شد، به هنگام تدوین و تصویب این ماده چالش بزرگی میان نظام‌های حقوق نوشته و نظام‌های حقوق عرفی بر سر ارجاع به حسن نیت بعنوان یک تعهد معاملاتی در گرفت که نهایتاً به مصالحه‌ای چندان ظریف و شکننده منجر شد که برخی آن را موجب تلاشی و دفن حسن نیت تلقی کردند و برخی دیگر از آن بعنوان مصالحه‌ای سیاستمدارانه (Statesmanlike compromise) نام بردند.^{۱۸۵} نتیجه این مصالحه ابقاء مفهوم حسن نیت و انتقال آن به مجموعه مقررات تفسیری بود.

گفتار دوم (حسن نیت در سایر اسناد)

¹⁸⁴ Sim, Disa, op. cit., p. 25.

¹⁸⁵ Ibid., p. 28, citing from E. Allan Farnsworth.

بررسی عنصر حسن نیت در سایر اسناد بین‌المللی مربوط به قراردادهای بین‌المللی بجز CISG حائز
فوایدی انکارناپذیر است. از یکسو با توضیحاتی که در مبحث پیشین گذشت می‌توان از سایر اسناد
برای تبیین و تفسیر و روزآمد کردن مفهوم و جایگاه حسن نیت در CISG بهره گرفت. از سوی دیگر
اگر درباره بود یا نبود عرف مسلم و فراگیر تجاری نسبت به ضرورت رعایت حسن نیت در زمان
اجرای تعهدات قراردادی تاکنون تشکیک و تردیدی وجود داشت، با راهیابی این مفهوم به قلمرو این
اسناد همه شک و تردیدها در حال فرو ریختن است. زیرا این اسناد گرچه اصولاً الزام آور نبوده و تنها
جنبه مدل و راهنما دارند ولیکن با اعتبار و نفوذی که پیدا کرده اند خود منشا ایجاد جریان‌های تازه در
عرصه روابط تجاری شده‌اند. به بیان دیگر اسناد مزبور در مناسبات تجاری بین‌المللی جریان ساز شده
و خود منشاء تشکیل عرف و رویه‌های تجاری گردیده‌اند.^{۱۸۶} نتیجه آن که از این اسناد نیز برای تثبیت
ادعای لزوم رعایت حسن نیت در وهله اجرای تعهدات می‌توان کمک گرفت.

حال پس از بیان پیش در آمد فوق به بررسی مفهوم و جایگاه حسن نیت در دو سند سهم می‌پردازیم.

نخست سند یونیدقوا و سپس PECL.

الف) اصول یونیدقوا^{۱۸۷}

^{۱۸۶} می‌توان نحوه شکل‌گیری عرف را به مساله وضع در اصول فقه تشبیه کرد و مدعی شد چنانکه وضع‌گاه
تعین‌ی و گاه تعین‌ی است. عرف نیز گاه خود بخود از درون مناسبات شکل می‌گیرد و گاه از بیرون و توسط
عواملی قاهرانه و البته پنهان سامان می‌یابد چنانکه اسناد بین‌المللی همچون Unidroit گاه جریان ساز و
عرف آفرین می‌شوند.

¹⁸⁷ For a comprehensive discussion on these Principles, see: Bonell, M.J., the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives of Complementary Instruments? Uniform Law Review, 1996, 26, Bonell, M.J., The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice, available in: Pace University School of Law's Home Page. And a number of valuable papers from the same Author and other eminent lawyers from different countries on the issue available in: Pace University School of Law's Home Page.

اصول قراردادهای تجاری بین المللی موسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT) به صراحت در ماده ۷-۱ طرفین را مکلف به رعایت حسن نیت و معامله منصفانه کرده است. متن مزبور بدین ترتیب است:

Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

در توضیح (comment) شماره یک این ماده که جزء لاینفک سند مزبور می باشد قلمرو تکلیف مزبور تعیین شده و آمده است که رفتار طرفین در همه مدت اعتبار قرارداد، از جمله در طی روند مذاکره، باید منطبق با اصل حسن نیت و معامله منصفانه باشد. و در توضیح شماره سه این ماده آمده است ((وظیفه طرفین برای رفتار بر طبق اصل حسن نیت و معامله منصفانه، از چنان ماهیت بنیادی برخوردار است که طرفین حتی نمی توانند بر طبق قرارداد، آن را مستثنی یا محدود کنند)). بند ۲ ماده ۷-۱ در همین مورد مقرر داشته است:

The parties may not exclude or limit this duty.

همانطور که پورفسور فرانس ورث گفته است^{۱۸۸} مواد دیگری از اصول نیز متضمن مفاهیم حسن نیت و معامله منصفانه و برخی مفاهیم مشابه و وابسته به آنها می باشد. از جمله ماده ۸-۴ که مقرر می دارد:

۱- در صورتی که طرفین یک قرارداد نسبت به شرطی که برای تعیین حقوق و تکالیفشان مهم است توافق نکرده اند، شرطی که متناسب با آن اوضاع و احوال است باید فراهم شود.

۲- در تعیین یک شرط مناسب، از جمله باید به عوامل زیر توجه داشت:

الف) ماهیت قرارداد و مقصود از آن

¹⁸⁸ Fransworth E. Allan 'Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, op. cit., p. 2.

ب) حسن نیت و معامله منصفانه

ج) معقول و متعارف بودن

د) معقول و متعارف بودن

در مواد ۳-۵، ۳-۱۰، ۶-۱-۷ نیز از مفاهیمی چون، استانداردهای معقول تجاری، (Reasonable)، (commercial standards) و غیر منصفانه (Unfair) که بسیار نزدیک به مفهوم حسن نیت می باشند استفاده شده که البته در جای خود باید نسبت به تعیین چارچوب هر یک از مفاهیم و روابط آنها با یکدیگر به بحث نشست^{۱۸۹}.

در پایان لازم به ذکر است که حسن نیت در اصول مزبور از چنان جایگاه رفیعی برخوردار است که در توضیح شماره یک ماده ۷-۱ آمده است که در فصلهای مختلف اصول، مقرراتی وجود دارد که باعث اعمال مستقیم یا غیر مستقیم اصل حسن نیت و معامله منصفانه می شود. برای نمونه رجوع کنید به ماده های زیر:

بند(ب) ماده ۲-۴-۲، ۲-۱۵، ۲-۱۶، ۲-۱۸، ۲-۲۰، ۳-۵، ۳-۸، ۳-۱۰، ۴-۱(۲)، ۴-۲(۲)، ۴-۶، ۴-۸، ۴-۲

۵، ۳-۵، ۳-۱، ۳-۳(۳)، ۳-۳(۴)، ۴-۱-۱۷(۱)، ۴-۱-۱۶(۲)، ۴-۱-۵، ۴-۱-۳، ۵-۳، ۵-۱-۷، ۵-۱-۶، ۵-۱-۲

بندهای ب و ج ماده ۲-۲-۷، ۴-۸-۷ و ۴-۱۳-۷.

ب) اصول حقوق قراردادهای اروپایی (P ECL)^{۱۹۰}

¹⁸⁹ Ibid., p. 3.

¹⁹⁰ For a comprehensive discussion on these Principles, see: Ole Lando, Principles of European Contract law.: An Alternative to or a Precursor of European legislation?, 40 Am. J. Com. L., 1992, 573, Riedl, Kristina, The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint, available in: Pace University School of Law's Home Page, and other valuable papers available in this website.

در سند PECL بارها بطور مستقیم و غیر مستقیم به اصل حسن نیت ارجاع داده شده است. اساسی ترین ماده در این رابطه، بند (۱) ماده (۲۰۱-۱) است که مقرر داشته است.

Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

توضیحات و تعلیقات^{۱۹۱} مربوط به ماده فوق حاکی از اعتبار عنصر حسن نیت بعنوان اصل حاکم بر همه اصول سند PECL می باشند. تعلیقات مزبور همچنین صریحاً اشعار می دارند که اصل حسن نیت و معامله منصفانه در مذاکرات قراردادی، تشکیل، اجرا و اعمال ضمانت اجراهای مربوط به وظایف و حقوق قراردادی لزوماً باید رعایت شوند^{۱۹۲}.

در مواد فراوان دیگری نیز اعمال و استعمال مفهوم حسن نیت دیده می شود که از آن جمله می توان به مواد زیر اشاره کرد:

- ماده ۳۰۱-۲، راجع به شروع مذاکره قراردادی، ادامه مذاکره و قطع آن بر خلاف حسن نیت.

- ماده ۳۰۲-۲، درباره عدم افشاء و عدم استفاده از اطلاعات محرمانه ای که در حین مذاکره توسط یک طرف ارائه شده است.

- ماده ۱۰۹-۴ راجع به فرصت طلبی و بهره گیری غیر منصفانه از نیاز، وابستگی و اضطراب اقتصادی و دیگر ضعف های طرف مقابل.

¹⁹¹ Comments

¹⁹² For this purpose, see: section A of the comments on Article 1-201.

لازم به توضیح است که بر خلاف اصول یونیدوقوا، توضیحات رسمی این سند درباره دو اصطلاح حسن نیت (**good faith**) و معامله منصفانه (**fair dealing**) به صراحت توضیح داده شده است که این يك عبارت پردازی بی محتوا نبوده، بلکه دو اصطلاح فوق نشان از دو تعهد جداگانه دارند. حسن نیت (**good faith**) به معنای رعایت صداقت و انصاف در عالم ذهن و روان است که مفهومی کاملاً شخصی و فردی است. مثلاً شخص حق ندارد گرامتی را که هیچ سودی به حال او ندارد، تنها و تنها به قصد زیان رساندن به دیگری مطالبه کند. چنانکه در این مثال مشاهده می شود مطالبه خسارت ظاهراً از حقوق زیان دیده بوده و هیچ سوء نیتی عملاً در آن دیده نمی شود ولیکن ممکن است نیت و هدف زیان دیده حقیقتاً انتفاع خود نباشد بلکه فقط بمنظور اضرار به غیر باشد، اما معامله منصفانه (**fair dealing**) به مفهوم رعایت انصاف در مقام عین و عمل می باشد که مفهومی نوعی و عینی می باشد.

ماده ۱۰۲-۶ درباره استنباط شروط ضمنی از عنصر حسن نیت و معامله منصفانه.^{۱۹۳}

نتیجه همه آنچه که فوقاً بررسی گردید آن که سند PECL و سند Unidroit روی هم رفته این احتمال را که سند CISG نیز نظر به رعایت حسن نیت در همه مراحل اعم از تفسیر کنوانسیون و تکلیف متعاملین دارد قوت می بخشد.

مبحث سوم (مبانی حسن نیت

در تفکر حقوقی ایران، به پیروی از متدلوژی فقهی در تحقیق و بررسی یک موضوع، کنکاش از مسائلی چون ماهیت و مبنای آن از اهمیت و جایگاهی والا برخوردار است. به عکس در بسیاری از نظام های حقوقی بیگانه و نیز در ادبیات پیرامون اسناد بین المللی چنین روشی مشاهده نمی شود. در جهان پر مساله امروز، نظام های حقوقی بیشتر شیوه مساله محوری را پیشه کرده و بیشترین کوشش را بر رفع نیازمندی ها صرف می کنند تا تلاش برای حفظ مبانی یا سازگاری و انطباق با آنها.

علیرغم اهمیت بررسی مبانی نظری ضرورت رعایت حسن نیت در روابط قراردادی بین المللی، در میان انبوه مقالات و آثاری که درباره حسن نیت نوشته شده است کمتر به بحث مستقلی درباره مبانی این اصل برخورد کرده، گاه بطور پراکنده، اظهار نظرهایی بس کوتاه درباره آن مشاهده می شود. مع الوصف به نظر میرسد که اهمیت این بحث در ارتباط تنگاتنگ با نوع نقش و حوزه تاثیر گذاری این تئوری می باشد. اثبات این ضرورت در امر تفسیر کنوانسیون به مفهوم مضیق و حتی به مفهومی که روابط متعاقدين تحت الشعاع آن قرار خواهد گرفت موءنه زیادی نخواهد داشت. کما اینکه اثبات همین ضرورت به عنوان تکلیف قراردادی متعاقدين چندان دشوار نخواهد بود. ولی اثبات این نهاد

¹⁹³ For this respect, see: section E of the comments on Article 1-201. See also: Harry Flechtner Comparing the General Good Faith provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality, 13 Pace International Law Review, 2001, p.3, available in: Pace University School of Law's Home Page.

باهداف کشف و اثبات تعهدات نانوشته برای طرفین قرارداد بس دشوار و نیازمند مبنا یا مبانی نظری نیرومندی می باشد. پرواضح است هرچه دامنه تاثیرگذاری آن بیشتر باشد شدت نیاز به مبانی نظری نیرومندتر بیشتر خواهد بود. به همین جهت کوششهای نظری ذیل عمدتاً در راستای دو کارکرد اخیر حسن نیت در حوزه های گسترده تر است.

بطور کلی چند امر بیش از امور دیگر بعنوان مبنا یا مبانی حسن نیت در کانون توجه قرارداددارد. آنها عبارتند از اخلاق و عدالت، ضرورت، عرف و اقتضای ذات قرارداد.

گفتار اول (نقش اخلاق

یکی از مهمترین چالش های نظری، رابطه حقوق و اخلاق است. این موضوع در حقوق بازرگانی نیز بازتاب یافته و عکس العمل های متفاوتی را برانگیخته است. اینکه اخلاق چه اموری را در بر میگیرد؟ کدام اخلاق باید رعایت شود؟ و استانداردهای اخلاقی تا چه اندازه سزاوار است زمام تنظیم و تمشیت معاملات بازرگانی را به دست گیرند؟ از موضوعاتی به شمار می روند که به شدت محل نزاع اند؟^{۱۹۴}.

در سطح حقوق داخلی، راجع به مساله آشتی میان اخلاق و حقوق دیدگاههای متباینی در نظام های حقوقی متفاوت داده شده است^{۱۹۵}. بعنوان مثال، ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان مقرر می دارد که اصل حسن نیت بر رفتار طرفین یک رابطه قراردادی حاکم می باشد. در حالی که حقوق عرفی انگلستان عکس آن موضع گرفته است. در سال ۱۹۸۸ دادگاه پژوهش انگلستان مقرر داشت که، در خصوص قراردادهای بازرگانی، مفاهیم عامی چون صداقت و معامله منصفانه هر چند مطلوب به شمار میروند، نوعی معیار مبهم و نامعین به شمار می رود^{۱۹۶}.

برای تاکید مجدد بر جدیت این موضع انگلیس، قاضی ویلز در دعوی Allen علیه Flood تصریح کرد که هر حقی که به موجب قراردادی ایجاد شود ممکن است به وسیله شخص صاحب حق طرف قرارداد به کار رود، این که انگیزه شریانه، بیرحمانه و ظالمانه ممکن است انگیزه اجرای حق باشد مهم نیست.^{۱۹۷}

¹⁹⁴ Keily, Troy, op. cit., p. 1.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Banclve Financieve de la cite S.A.V Westgate Insurance co. Ltd (unreported, case of the Court of Appeal of England, 28 July 1988, cited in: Keily, Troy, op. cit., p. 1, footnote no. 3.

¹⁹⁷ 1898 App. Cas. 1 at 46 (P.C. 1897), cited in: ibid., footnote no. 4. For a comprehensive examination of English case law on the issue, see: Reziya Harrison, op. cit., pp. 3-18.

به هر روی با رجوعی به فطرت و سرشت آدمی حسن حسن نیت و نیکویی آن بی درنگ تصدیق میشود. حتی نظام های حقوق عرفی که سخت ترین مقاومت ها را در برابر آن کرده اند، منکر ارزش اخلاقی آن نشده اند. اتفاقاً نویسندگان همین نظام در تعریف حسن نیت گفته اند: آن شباهت زیادی به این قاعده طلایی دارد^{۱۹۸} که "هر چه برای خود می پسندی برای دیگران نیز پسند"^{۱۹۹} یعنی حسن نیت را به مفهومی کاملاً اخلاقی ارجاع داده اند. بدون تردید این قاعده مبنایی کاملاً فطری و شهره ای سراسر جهانی دارد^{۲۰۰} تنها تفاوت مهمی که میان دیدگاه حقوق عرفی (و البته عمدتاً حقوق انگلیس) با دیگر نظام های حقوقی وجود داشت، الزام آور ساختن حسن نیت بمثابه یک قاعده حقوقی بود. اما امروزه در این باره کمتر تردیدی به چشم می خورد. چنانکه در مباحث پیشین دیده شد همگان به ارتقاء این تکلیف اخلاقی به یک تعهد حقوقی اذعان دارند.

به هنگام تدوین کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) که چالشها عمیق و علنی شده بود، مالا حقوق و اخلاق به تفاهم رسیده و ماده ۱-۷ به سود حسن نیت وضع گردید.^{۲۰۱}

به هر تقدیر بر اساس این رویکرد، اخلاق و ارزش های فطری انسانی زیر بنای رعایت حسن نیت در داد و ستد های تجاری می باشد.

گفتار دوم (عامل ضرورت)

بر مبنای این دیدگاه، تعهد طرفین به رعایت حسن نیت برخاسته از نیازها و ضرورت های خاص حوزه تجارت است.

¹⁹⁸ Powers, Paul, op. cit., p. 9.

¹⁹⁹ Treat others as you wish to be Treated.

^{۲۰۰} امیر المومنین علی بن ابیطالب که آیین تمام نمایی فطرت سلیم انسانی است در وصیتی خطاب به فرزند خود امام حسن مجتبی می فرماید: یا بنی اجعل نفسك میزانا فیما بینک و بین غیرک فأجیب لغيرک ما تحب لنفسک و اکره ما تکره لها و لا تظلم کما لا تحب ان تظلم و احسن کما تحب ان یحسن الیک و استقیح من تسقیح من غیرک، نهج البلاغه فیض الاسلام نامه ۳۱.

²⁰¹ Keily, Troy, op. cit. P.3.

موافقان درج حسن نیت در CISG معتقد بودند که الحاق چنان مقررہ ای (در رابطه با حسن نیت) به سندی که تنظیم کننده تجارت بین الملل است در حقیقت بسط و گسترش یک هنجار رفتاری است که به دلیل ضرورت در حد وسیعی در تجارت بین الملل گسترش یافته است.²⁰²

توجیه اصل حسن نیت بر مبنای ضرورت یک دیدگاه واقع بینانه است. آری مشخصه های عالم نوین تجارت، ضرورت حسن نیت را ایجاب نموده است. فرهنگ کنونی حاکم بر عرصه تجارت به وضوح نشان دهنده تفاوت جوهری آن با فرهنگ گذشته تجاری است. اگر تا پیش از این یکجانبه گرایی در تحصیل سود²⁰³ و خود محوری در منفعت طلبی، رویکرد غالب تجاری بود، امروزه تلاش برای نفع رسانی به طرف مقابل و تحصیل سود متقابل²⁰⁴ جایگزین آن شده است. همچنین همکاری مشترک²⁰⁵ برای به فرجام رسانیدن قرارداد، سعی در تقلیل خسارات خواننده²⁰⁶ و وظیفه ارائه اطلاعات²⁰⁷، رازداری²⁰⁸ و حسن نیت و مفاهیم مترقی دیگری از این دست، مولفه های جدی عالم جدید تجارت می باشند. سرعت و کثرت معاملات و نیز پیچیدگی کالاهای تجاری ضرورت رعایت مولفه های نوین و از جمله حسن نیت را ایجاب کرده است. اگر نبود رعایت اصول پیش گفته آیا باز هم شاهد این حجم از معاملات بودیم؟ آیا باز هم معاملات تا این اندازه سریع و روان صورت می گرفت؟ آیا تجار و صنعت گران تا این اندازه به تبادل ثروت می پرداختند؟ به راستی اگر چه همه مفاهیم مترقی پیش گفته ریشه در اخلاق و وجدانیات پاکی بشری دارند، اما بعید است که طبع اخلاقی بشر او را به رعایت آنها واداشته باشد، بلکه می توان گفت همان دیدگاههای منفعت انگارانه و ملاحظات اقتصادی، سوداگران را به پاسداشت اصول فوق الذکر برانگیخته است. گویا تحصیل سود بیشتر مرهون تلاش برای ایصال

²⁰² Ibid., p. 4, citing from John Klein and Carla Bachechi.

²⁰³ Self-Interest

²⁰⁴ Mutual Advantage

²⁰⁵ Co-operation

²⁰⁶ Mitigation

²⁰⁷ Communication

²⁰⁸ Confidentiality

نفع به شریک تجاری است و یا برنده شدن در میدان رقابت و جذب مشتری بیشتر و تسخیر بازار مصرف در گرو همکاری مشترک، ارائه حداکثر اطلاعات و خدمات و نیز ملاحظه حسن نیت و انجام منصفانه معامله می باشد.

گفتار سوم (شرط ضمنی (Implied term)

یک دیدگاه رایج و شایع درباره مبنای حسن نیت در قراردادها شرط ضمنی است.²⁰⁹ توضیح آنکه طرفین معامله نسبت به مفاد قرارداد گاه بطور صریح (Express term) و گاه بطور ضمنی (Implied term) توافق می کنند. احراز شرط صریح به آسانی میسر است، اما احراز و استنباط شرط ضمنی چندان سهل و آسان نیست. از منابع مختلف از جمله اوضاع و احوال خاص هر قرارداد، از مذاکرات مقدماتی، از رویه های متداول بین طرفین و بالاخره از عرف و عادت عام میتوان به وجود یا عدم یک شرط ضمنی پی برد.

حال به اعتقاد بعضی از نویسندگان، حسن نیت یک شرط ضمنی است که از رویه متعاملین و از عرف عام سرچشمه می گیرد. از همین رو برخی از نمایندگان حاضر در مذاکرات مقدماتی کنوانسیون بین المللی کالا CISG ارجاع صریح (Explicit Reference) به مفهوم حسن نیت را غیر ضروری می شمردند.²¹⁰ مبنای استدلال این گروه می توانست ماده ۹ کنوانسیون باشد که مقرر می دارد: "طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می باشند. و فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا می باید وقوف داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملا شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص بطور

²⁰⁹Carter, JW, op. cit., p.162.

²¹⁰ Sim, Disa, op. cit., p. 17.

منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.^{۲۱۱}

بر اساس این ماده در کنار قصد و اراده صریح، دو منبع دیگر برای تعیین حقوق و تعهدات وجود دارد که عبارتند از رویه متعاملین و عرف و عادت. حال توجیه حسن نیت بر اساس رویه معاملاتی و عرف تجاری را کمی شرح و بسط می دهیم.

الف) رویه متعاملین (شرط ضمنی خاص)

نخست ضروری است که رویه متعاملین از رویه عرفی باز شناخته شود. رویه متعاملین را با تشبیه به نهاد شرط بنایی در حقوق ایران می توانیم بعنوان روش و منشی که انحصارا بین طرفین یک معامله خاص شکل گرفته، از رویه متعارف که بطور عام در یک فرآیند تجاری حتی در صورت جهل طرفین معامله حاکمیت دارد باز شناسیم. و دقیقا به همین علت آن را شرط ضمنی خاص نام نهادیم. برای توضیح بیشتر میتوان آن را به مناسبات تجاری (Course of dealing) در حقوق آمریکا تشبیه کرد. برابر بند اول ماده ۲۰۵ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (UCC) مناسبات تجاری گذشته عبارت از رفتار متداول پیشین است که بین طرفین یک معامله مخصوص وجود دارد، و قاعدا می تواند ضابطه ای نوعی برای تفسیر اظهارات و دیگر رفتار آنان باشد. بدیهی است که با یک معامله، مناسبات تجاری شکل نمی گیرد.

با این تحلیل به روشنی می بینیم که عنصر حسن نیت اعتبار خود را از رویه متعاملین که شرط ضمنی خاص طرفین است اقتباس می کند. در جای خود اثبات شده است که شرط ضمنی نیز وام دار اصل حاکمیت اراده است^{۲۱۱}. بدین ترتیب اعتبار حسن نیت در قرارداد به خواست و اراده طرفین باز می گردد.

^{۲۱۱} در این زمینه رک: سیمائی، حسین، شرط ضمنی، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۰.

ب) عرف و عادت (شرط ضمنی عام)

چنانکه از مطالب بالا درباره معرفی رویه متعاملین می توان استنباط کرد، عرف روشی عام و جاری در همه اقسام تجارت یا در تجارت یک کالای خاص فارغ از شخصیت خاص طرفین یا سابقه و تاریخچه یک معامله خاص می باشد. چنانکه پیشتر نقل گردید، به اعتقاد بعضی از دست اندرکاران تهیه کنوانسیون حسن نیت چنان عرف رایج و مسلمی است که اختصاص یک ماده صریح به آن را لغو و بیهوده می سازد^{۲۱۲}.

حال اگر وجود چنان عرفی مقبول و مسلم باشد، اعتبار آن را میتوان از ماده ۹ کنوانسیون باز ستاند که به عرف (با لحاظ شرایطی) ثبات و قوام بخشیده است. البته عرف نیز مانند رویه متعاملین، اعتبار خود را وام دار اصل حاکمیت اراده است. زیرا هرگاه رویه عرفی مورد انکار صریح طرفین قرار نگیرد، به منزله پذیرش ضمنی آن است و بدین ترتیب عرف نیز به قصد و اراده باز می گردد. به بیان دیگر ماده ۹ نیز انعکاس دیگری از ماده هشت کنوانسیون راجع به نفوذ قصد و اراده می باشد. این تحلیل از پاراگراف پایانی بند ۲ ماده ۹ نیز قابل تایید است که می گوید:

"فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که...، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند."

خارج از چارچوب کنوانسیون نیز می توان گفت: با توجه به اعتباری که عرف فی الجمله در همه نظام های حقوقی از آن برخوردار است، هرگاه بتوان متعارف بودن حسن نیت در قراردادهای تجاری را احراز کرد، تردیدی در لزوم رعایت آن نمی توان روا داشت.

²¹² Sim, Disa, op. cit., p. 17.

گفتار چهارم (اقتضاء ذات قرارداد (Essence of Contract)

در نگاهی مترقی تر، حسن نیت برخاسته از نهاد و ذات قرارداد است^{۲۱۳}. در این نگاه حسن نیت جزء لاینفک (Inherent) همه اجزای حقوق قراردادی است، لذا نیازی به ضمنی گرفتن آن نمی باشد. به بیان دیگر، همه زوایای حقوق قراردادی باید با حسن نیت سازگار باشد، زیرا حسن نیت اساس و جوهره قرارداد (Essence of Contract) است^{۲۱۴}. جان کارتر استاد حقوق بازرگانی در دانشگاه سیدنی و همکار وی برای اثبات ادعای خود هفت نمونه توضیحی مطرح می کنند که ما تنها نمونه اول آن را که مربوط است به ایجابی که هیچ گونه عوضی^{۲۱۵} به آن ضمیمه نشده است طرح می کنیم.

ایشان توضیح می دهد که: روشن است که ایجاب بدون عوض هیچگونه تعهدی به وجود نمی آورد و موجب به ایجابی که مورد قبول واقع نشده است مقید و ملتزم نیست ولیکن در عین حال رعایت حسن نیت لازم است. لذا اختیار موجب به استرداد ایجاب تا پیش از قبول منوط است به اعلام آن و یا علم شخصی طرف ایجاب به استرداد و گرنه آن استرداد نافذ نخواهد بود.

حال پرسش مهمی که مطرح می شود این است که اگر ایجاب تا پیش از قبول هیچ تعهدی حقوقی ایجاد نمی کند، با چه توجیهی نفوذ استرداد آن منوط به اعلام استرداد است؟ وقتی که هیچ رابطه الزام آوری وجود نیامده تعهد موجب به اعلام استرداد از کجا نشأت می گیرد؟ جان کارتر پاسخ می دهد که به نظر ما تنها حسن نیت، یعنی رعایت صداقت و انصاف لزوم اعلام استرداد را بعنوان شرط نفوذ آن توجیه می نماید^{۲۱۶}. سرانجام این دیدگاه تصریح می کند که چون قرارداد نهاد جامع و کاملی است، حسن نیت اجرا و اعمال می شود بدون آن که احتیاج به ضمنی گرفتن آن باشد^{۲۱۷}. اگر بخواهیم این استدلال را در قالب ادبیات حقوقی مانوس خودمان بیان کنیم می توانیم ادعا کنیم که ظاهراً بر حسب

²¹³ Carter, J,W., Opcit., p. 158.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Consideration

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid., p. 146.

این نظر حسن نیت مقتضای ذات و دست کم مقتضای اطلاق قرارداد است. اگر آن را غیر قابل استثناء از قرارداد تلقی کنیم. مقتضای ذات و اگر قابل حذف و استثناء بدانیم مقتضای اطلاق است.

گفتار پنجم (نظم عمومی

حقوق ایتالیا حسن نیت را به مثابه تعهدی اخلاقی تلقی کرده که جزء لاینفک نظم عمومی به شمار می‌رود. طرفین باید این نظم را به رسمیت شناخته و اهمیت آن را به هنگام قرارداد ارج بنهند.^{۲۱۸} نظام حقوقی آلمان، چنانکه قبلاً دیدیم، بموجب ماده ۲۴۲ قانون مدنی رعایت حسن نیت در قرارداد، در مذاکرات قراردادی و در مرحله اجرای آن را الزامی می‌داند. قانون مزبور همچنین مقرر داشته است که هرگونه شرط یا توافقی برخلاف نظم عمومی حسن نیت باطل و کان لم یکن می‌باشد.^{۲۱۹} بدین ترتیب معلوم می‌شود که حسن نیت در بعضی از نظام‌ها از چنان عمق و گسترشی برخوردار شده که مساوی با نظم عمومی انگاشته شده است.

مبحث چهارم (قلمرو و کارکردهای حسن نیت

گفتار اول) تاثیر مبانی در قلمرو و کارکرد

همانطوریکه فوقاً اشاره شد، برای حسن نیت دامنه‌ای وسیع و کارکردهای متعدد می‌توان تصور کرد. ممکن است آن را در همه مراحل، اعم از مذاکرات قراردادی و تشکیل قرارداد، اجرای حقوق و تعهدات قراردادی، استفاده از ضمانت اجراهای قراردادی، تفسیر قرارداد و نیز تفسیر اسناد بین‌المللی و یا تنها در پاره‌ای از این حوزه‌ها دخیل دانست. این نهاد حقوقی همچنین می‌تواند با اشکال مختلف نقش آفرین باشد. در یک مفهوم بسیار مضیق لزوم رعایت حسن نیت تنها تکلیف مفسران اسناد بین

²¹⁸ Powers, Paul, op. cit., p. 3, citing from Nicola W. Palmieri.

²¹⁹ Ibid.

المللی است. پذیرش آن تنها به منظور هشدار به آنان است که با صداقت و نیک اندیشی مفاد آنها را تفسیر نمایند. از این منظر این نهاد اساساً در خصوص روابط طرفین قرارداد ساکت بوده و در مقام بیان مفهوم دیگری نیست. همچنین در یک مفهوم معتدل و میانی می توان آنها را راهنمای قضات و داوران در تفسیر مفاد اسناد ناظر به قراردادهای بین المللی دانست. بدین معنی که مفسران این اسناد تنها از این طریق و در چارچوب مواد و مفاد اسناد مزبور روابط حقوقی طرفین قرارداد را تحت تاثیر قرار خواهند داد. در این حالت، این نهاد همچون اصل حاکم یا وارد (به مفهوم اصول فقهی) و یا به مثابه یک مخصص منفصل، وسیله تحدید و توسیع دیگر الزامات و تعهدات تلقی می شود. و از سوی دیگر می توان با توسعه دامنه تاثیر گذاری این نهاد آن را زیر مبنای بسیاری از تعهدات دیگر همچون تعهد به رازداری، ابراز اطلاعات لازم، تقلیل خسارت، همکاری متقابل و برخی دیگر از حقوق و تکالیف غیر مصرح دانست.

همانطوریکه در مبحث پیشین نشان داده شد، اثبات این همه نقش در چندین حوزه روابط قراردادی متعاقبین برای حسن نیت بستگی تام به موضوعاتی همچون مبانی و جایگاه حسن نیت در یک نظام حقوقی دارد. زیرا که بدیهی است هر گاه حسن نیت مثلاً بعنوان یک قاعده و اصل کلی (General Principle) تلقی شود با زمانی که مثلاً تنها بعنوان قاعده ای تفسیری (Interpretation Rule) بحساب آید، قلمرو و کارکردی متفاوت پیدا خواهد کرد. بنابراین به گونه ای انتزاعی نمیتوان از حیثه و نقش آفرینی حسن نیت سخن راند. یکی از نویسندگان با درک این موضوع و با بیانی متفاوت می گوید: قلمرو حسن نیت بسته به سنت حقوقی حاکم بر معاملات خاص تجاری فرق می کند. دولت های دارای قانون نوشته، تمایل به اتخاذ معنایی وسیع تر از حسن نیت داشته، آن را به دو مرحله تشکیل

(Formation) و اجرای قرارداد (Performance) اعمال مینماید. اما دولت های تابع حقوق عرفی با ترجیح معنایی مضیق تر برای حسن نیت، آن را فقط قابل اعمال بر مرحله اجرای قرارداد میدانند.^{۲۲۰}

به همین ترتیب، تعیین کارکرد حسن نیت در سند CISG منوط به جایگاهی است که برای حسن نیت در این سند قائل می باشیم. بدیهی است که اتخاذ هر مبنا نتیجه ای متفاوت با مبنای دیگر به بار می آورد. گرچه تاکنون و به ویژه در مبحث مبانی با رویکردهای متنوع در این باب آشنا شده ایم و لیکن منظر یکی دیگر از نویسندگان و بیان تازه او در تبیین و تثبیت این ادعا که قلمرو حسن نیت کاملاً به مقوله مبانی وابسته می باشد موثر است. وی رویکردهای متفاوت به حسن نیت را به دو رویکرد کلی تحت نام حسن نیت به عنوان استثناء (Good Faith as an exception) و حسن نیت به عنوان قاعده (Good Faith as a rule) به ترتیب زیر تقسیم کرده است:^{۲۲۱}

الف) حسن نیت به عنوان استثناء

بر اساس این نظریه، حسن نیت در ردیف اصل ممنوعیت تقلب^{۲۲۲} و یا اجبار^{۲۲۳} طرف قرارداد صرفاً ابزاری برای مهار لجام گسیختگی در تحصیل سود یکطرفه است، و گرنه اصل بر جواز خود محوری در حیات سود و پیشی گرفتن از طرف قرارداد در به دست آوردن منافع است.

بر مبنای دیدگاه کلاسیک، کارکرد اجتماعی قرار داد صرفاً آسان سازی مبادلات نیست؛ بلکه علاوه بر این ابزاری است برای به حداکثر رسانیدن سود یکجانبه اقتصادی.^{۲۲۴} هر طرف قرارداد در صدد

²²⁰ Ibid., p. 2. For instance, in American UCC and Restatement of Contracts good faith has been accepted as a rule in respect of performance of contract as well as with respect to enforcement. In this system it does not cover the phase of pre-contractual relations.

²²¹ Ibid. For a detailed discussion on the issue, see: Adams, John N., Brownsword, Roger, op. cit., pp. 217-225.

²²² Fraud

²²³ Coercion

²²⁴ Economic self-interest

است تا به شیوه قانونی و با اکتفاء به حداقل موانع همچون فریب و اجبار و اکراه، منافع خود را مقدم بر منافع طرف خود به چنگ آورد. در این میان حسن نیت نیز مانع دیگری است که از تحصیل بی مهابای سود یکسویه جلوگیری کرده و راه را بر اشکال فوق العاده زشت سوء نیت بند آورد.^{۲۲۵}

نا گفته پیداست که با این رویکرد، حسن نیت نمی تواند مبنای دیگر اصول و مقررات قرار گیرد. چرا که خود، استثناء بر قاعده است. وقتی که مفهوم صریح آن یک استثناست، چگونه میتواند مفهوم ضمنی دیگر اصول و مبنا و خاستگاه دیگر مقررات واقع گردد.

ب) حسن نیت به عنوان قاعده

بر اساس این رویکرد حسن نیت روح ساری و جاری در پیکره بیجان هر سند بین المللی ناظر به قراردادهای بین المللی و قرارداد فیما بین متعاقدين بین المللی است. حسن نیت زمام حرکات و سکنات متعاملین را به دست گرفته، تعهداتی تازه تولید میکند و بر حقوق پیشین قید و بندهای نو میزند. با این نگاه حسن نیت الهام بخش بسیاری از مقررات خواهد بود. لزوم همکاری متقابل، وظیفه تقلیل خسارات، ارائه اطلاعات ضروری به هنگام مذاکرات قراردادی و عقد قرارداد و چندین مقرر دیگر از این دست همگی انعکاس های «قاعده حسن نیت» می باشند. نویسنده فوق می افزاید: با این برداشت از حسن نیت، قرارداد بر خلاف مدل کلاسیک وسیله خودخواهی و خود محوری در جلب منفعت^{۲۲۶} نیست، به عکس ابزاری برای تضمین سود متقابل^{۲۲۷} به شمار می رود. فرض کنید (الف) چیزی دارد که مورد نیاز (ب) است و به عکس (ب) چیزی دارد که (الف) بدان نیاز دارد، یا الف و ب هر دو نیاز به چیزی دارند که بدون یکدیگر قادر به تامین آن نیستند. قرارداد پاسخ مناسبی برای رفع همه این

²²⁵:Ibid., pp. 217-218.

²²⁶ Self interest

²²⁷ Mutual advantage

نیازمندی‌ها است. در فرض نخست (الف) و (ب) دست به مبادله^{۲۲۸} می‌زنند و در فرض دوم به عقد شرکت روی می‌آورند، اما در هر دو فرض تلاش برای دستیابی به سود مشترک^{۲۲۹} یک اصل اساسی است. از همین رو هیچ طرف نباید منافع خود را حتی به شیوه قانونی بر منافع تحت‌الحمايه طرف دیگر مقدم سازد. در چنین فضایی مفهوم "حسن نیت به عنوان قاعده" الهام بخش "معامله مقرون با همکاری متقابل"^{۲۳۰} میگردد. البته برای رفع هر گونه سوء فهم لازم به یادآوری است که سخن بالا به معنای ممنوعیت اشخاص از تعقیب اهداف و آرمان‌های خاص خود و یا لزوم کوششی بشر دوستانه برای مقدم داشتن منافع طرف دیگر بر منافع خود نیست، بلکه مقصود ضرورت احترام به منافع مشروع طرف دیگر است (آن گونه که در ایده همکاری قراردادی تعریف گردیده است). حال با چنین اعتقادی به کارکرد قرارداد، دکترین حسن نیت دیگر یک وجود ظلی که در پرتو چند "محدود گر سوء نیت در تحصیل منافع یکجانبه" به وجود آمده باشد نیست.^{۲۳۱}

بنابراین بر خلاف مدل کلاسیک که بر طبق آن دکترین حسن نیت در حد ممنوعیت تقلب و فریب و اکراه و اجبار مانع منفعت طلبی یکجانبه میشد، از این پس حسن نیت در سطح یک قاعده، تعادل و تعامل طرف‌های آن را برای تامین منافع دو جانبه تضمین می‌نماید، و لذا زیاده خواهی یا زیاده گویی نخواهد بود اگر مدعی شویم که حسن نیت مبنای چند تکلیف و تعهد دیگر می‌باشد. نیم نگاهی به مقدمه کنوانسیون CISG و نیز وضع مقرراتی درباره تکلیف طرف قرارداد به همکاری، لزوم تقلیل خسارت و مانند آن بی‌درنگ نتیجه می‌دهد که کنوانسیون، عنصر حسن نیت را به عنوان یک قاعده و

²²⁸ Exchange

²²⁹ Joint interest

²³⁰ Co-operative dealing

²³¹ Ibid., p. 220.

نه یک استثناء پذیرفته است و بنابراین کارکرد قرارداد را هم سود متقابل میدانند. در مقدمه کنوانسیون میخوانیم که یکی از اهداف آن "توسعه تجارت بین الملل بر اساس برابری و نفع متقابل"²³² است.

هدف دیگری که مد نظر بسیاری از مقررات کنوانسیون است پیشگیری از بروز اختلاف در روابط قراردادی و در صورت ناکامی در حصول این آرمان به حداقل رسانیدن مشکلاتی است که بطور اجتناب ناپذیر از رفتار معارض و تعامل پیچیده انسانی پدید می آید. این دسته از مقررات به مقررات "حسن نیت ضمنی"²³³ موسوم و مشهور می باشند.

حال پس از اثبات ارتباط منطقی میان مبانی حسن نیت و قلمرو آن و ترجیح حسن نیت بعنوان قاعده (نه استثناء)، برخی از مهمترین حیطه ها و کارکردهای آن را که قبلاً به مناسبت هایی دیگر مورد بررسی تفصیلی قرار نگرفته اند با کمی تفصیل شرح و بسط می دهیم.

گفتار دوم (مهمترین قلمرو و کارکردهای حسن نیت

الف) حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی (Negotiations)

منظور از حسن نیت در مرحله گفتگوهای مقدماتی و مذاکرات قراردادی (Negotiations) به اجمال این است که هر گاه طرف مذاکره مانع حصول قرارداد گردد و یا اطلاعات لازم برای تصمیم گیری مناسب در اختیار طرف مقابل قرار ندهد و یا از اطلاعات ارائه شده توسط طرف مقابل سوء استفاده نماید و یا همزمان و بدون اطلاع طرف مقابل با رقبای ایشان در همان موضوع مذاکره نماید و قصد ایشان از اول عدم انعقاد قرارداد با ایشان باشد، بر اساس دکترین حسن نیت مسئول خواهد بود. حال آیا واقعاً در این مرحله که هنوز هیچ رابطه قراردادی به وجود نیامده دکترین حسن نیت مسئولیت آفرین است؟ پاسخ به این پرسش بار دیگر ادعای فوق مبنی بر ارتباط منطقی میان مبانی و قلمرو و نوع نقش

²³² Equality and mutual benefit

²³³ Implicit good faith

آفرینی این نهاد را نمایان می‌سازد. کشورهای حقوق نوشته (Civil law) که دیدگاهی وسیع و جامع به دکترین حسن نیت دارند (چنانکه در مبحث مبانی گذشت)، به این مساله پاسخ مثبت میدهند. دیدگاه کشورهای مزبور راجع به مسئولیت پیش قراردادی به سال ۱۸۶۱، زمانی که جرینگ^{۲۳۴} دکترین Culpa in contrahendo را قاعده مند ساخت. باز می‌گردد. این دکترین از لحاظ ادبی به معنای "تقصیر در مذاکره"^{۲۳۵} میباشد و بر اساس آن طرفین قرارداد موظفند در طول مذاکره بر اساس حسن نیت عمل کنند، به گونه ای که هر گاه یک طرف به شکل ناشایستی مانع شکل گیری قرارداد شود، مسئول جبران خسارت طرف مقابل می‌باشد. گرچه جرینگ خود بر روی مساله تقصیر در مذاکره درنگ نکرده است، بیشتر نظام های حقوق نوشته این مساله را از منظر دکترین حسن نیت حل و فصل نموده اند.^{۲۳۶} به عکس پاسخ کشورهای حقوق عرفی (Common law) صریحاً منفی است. اصل آزادی مذاکره بطور سنتی سنگ زیر بنای حقوق قراردادهای این نظام می‌باشد و لذا طرفین آزادند که بی هیچ مخاطره ای مذاکره کنند یا آن را قطع نموده و نا تمام بگذارند.^{۲۳۷}

²³⁴ Jhering

²³⁵ Fault in negotiating

²³⁶ Fransworth E. Allan, 'Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, op. cit., p. 8, citing from Friedrich Kessler and Dith Fine, and Goderre, Dina, op. cit., p.4.

آنگونه که از برخی نوشته های حقوقی برمی آید، بعضی از نظام های حقوق نوشته مسوئلیت ناشی از حسن نیت در مرحله پیش قراردادی را بر اصول شبه جرم (Tort Principles) مبتنی کرده و مسوئلیت ناشی از حسن نیت در مرحله قرارداد را بر اصول قراردادی (Contract Principles) بنا نهاده اند. علت این تفکیک روشن است. زیرا پیش از قرارداد هنوز رابطه قراردادی ایجاد نشده است تا بتوان بر اساس قرارداد باز خواست نمود. لذا در این مرحله، هر نوع ضرر و زیان حتی ضرر و زیان ناشی از نقض حسن نیت بر اساس قواعد عام مسوئلیت قهری باید جبران گردد و حال آنکه پس از تشکیل قرارداد، عدم رعایت حسن نیت نقض يك تعهد قراردادی به شمار رفته و لذا موجب مسوئلیت قراردادی می‌گردد. معذک برخی دیگر از نویسندگان تصریح کرده اند که دیدگاه حقوق نوشته، در خصوص حسن نیت ناشی از فلسفه کلی قراردادها (General philosophy of contract) است که عمدتاً بر رابطه (Relationship) بین طرفین نظر دارد (Powers, Paul, *ibid.*, citing from Kelin and Bachechi.) این نگرش موجب رواج تعهد حسن نیت حتی پیش از تحقق قرارداد می‌گردد. اما مبانی تعهد در مرحله مذاکرات پیش قراردادی، مبتنی بر اصول شبه جرم و پس از تشکیل قرارداد مبتنی بر اصول قراردادی است. (*Ibid.*, p. 16.)

²³⁷ Allan Fransworth, Pre-Contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87, Colum, L. Rev. 217, 221 (1987).

این دیدگاه (که قبلاً در مبحث جایگاه حسن نیت در نظام حقوقی انگلیس تفضیلاً بررسی شد) کاملاً با مبنای نظام های حقوق عرفی که در موضوع حسن نیت مبنایی محدود و مضیق است سازگاری تمام دارد. البته بعضاً در موارد شکست مذاکرات بر اساس تئوری های Misrepresentation، Promissory estoppel و یا Restitution طرف خاطی مسئول قلمداد می گردد.^{۲۳۸}

دوگانگی فوق الذکر که برخاسته از خاستگاه های متفاوت حسن نیت در دو نظام حقوقی بود، عیناً در اسناد بین المللی و در مقایسه CISG با اصول UNIDROIT و اصول اروپایی (PECL) مشاهده میشود. همانطور که دیدیم مقوله حسن نیت در سند CISG محصول نوعی صلح و سازش میان موافقان و مخالفان است و لذا وقتی نسبت به اعمال حسن نیت در جریان قرارداد نتوانسته مقرره ای صریح وضع کند بطریق اولی نسبت به لزوم اعمال آن در مرحله مذاکرات مقدماتی امکان تصریح نداشته است. بنابراین در سند فوق مقرره ای صریح درباره لزوم رعایت حسن نیت در هنگام مذاکرات و مسئولیت پیش قراردادی وجود ندارد. اما شارحان کنوانسیون هر یک متناسب با مبنای اتخاذی خود پاسخی در خور به مساله داده اند. مسلماً کسی که حسن نیت را فقط قاعده ای تفسیری آن هم فقط برای تفسیر کنوانسیون تلقی کرده است نمی تواند به مسئولیت پیش قراردادی قائل باشد اما کسی که حسن نیت را بموجب ماده ۲-۷ یا ماده ۸ و یا ماده ۹ کنوانسیون به گونه ای وسیع و جامع دیده باشد^{۲۳۹} مطمئناً حسن نیت را در هر مرحله مذاکرات مقدماتی ضروری قلمداد می نماید.^{۲۴۰} به عکس، اصول یونیدوقوا به اقتضای مشرب وسیع خود که در ماده ۷-۱ و توضیحات رسمی آن منعکس است صریحاً در ماده (۲) ۱۵-۲ لزوم رعایت حسن نیت در هنگام مذاکره را پذیرفته است. متن ماده عیناً نقل قول میشود:

²³⁸ Fransworth E. Allan, 'Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, op. cit., p. 8.

^{۲۳۹} به مباحث پیشین رجوع شود.

²⁴⁰ Goderre, Dina, op. cit., pp. 9-10. For a detailed discussion on the issue see: Kritzer, Albert H., Pre-Contract Formation, available in: Pace University School of Law's Home Page.

- ۱ - هر طرف برای مذاکره آزاد است و به علت ناکامی در حصول توافق مسئول نیست.
 - ۲ - با این وجود، طرفی که انجام مذاکره یا قطع آن را با سوء نیت همراه می سازد، در قبال زیان‌های وارد به طرف دئیگر مسئول است.
 - ۳ - به ویژه، برای طرفی که وارد مذاکره می شود یا آن را ادامه می دهد، در حالی که قصد دستیابی به توافق با طرف دیگر را ندارد، سوء نیت محسوب می شود.
- اصول اروپایی (PECL) نیز به تناسب دیدگاه کلان و عام خود در خصوص دکترین حسن نیت، عیناً مفاد ماده ۱۵-۲ اصول یونیدقوا را (با تغییری اندک در عبارت) تکرار کرده است. بدین ترتیب معلوم شد که بطور مطلق نمی توان نسبت به اجرای حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی قضاوت کرد. هر گونه موضع گیری اعم از مثبت یا منفی بستگی تام به مبنای اتخاذی راجع به دکترین حسن نیت دارد.

ب) حسن نیت در مرحله تشکیل، اجرا و تفسیر قرارداد

هائطوریکه قبلاً به تفصیل مورد اشاره قرار گرفت، شمار زیادی از شارحان کنوانسیون معتقدند که اگرچه از نقطه نظر کنوانسیون حسن نیت صراحتاً وظیفه طرفین قرارداد اعلام نشده است، با تفسیر مقررات این سند بر مبنای حسن نیت روابط متعاقدین بشدت متأثر خواهد شد. بر این اساس، همه حقوق و تعهدات مذکور در کنوانسیون باید در پرتو اصل حسن نیت تفسیر شده و از هر گونه برداشتی از مقررات که به سوء نیت و بد اندیشی یا بد رفتاری یکی از طرفین قرارداد اعتبار بخشد باید اجتناب شود. این گروه از نویسندگان به علاوه مدعی نقش آفرینی حسن نیت در مراحل مختلف تشکیل قرارداد و اجرای قرارداد می باشند. از آنجا که قبلاً جلوه‌هایی از این نقش آفرینی حسن نیت را

برشمرده ایم، اکنون تنها برخی از آنها را به عنوان نمونه با تفصیل بیشتری توضیح و تشریح می‌نمائیم.^{۲۴۱}

از میان عناصر لازم برای تشکیل یک معامله منصفانه هیچیک به اندازه امکان اعتماد به اظهارات طرف تجاری ضروری به شمار نمی‌رود. یک قرارداد در اصل تجسم رسمی اراده های طرفین در خصوص معامله مورد نظرشان می‌باشد. از همین رو قراردادی با حسن نیت تلقی می‌شود که مشتمل بر اظهاراتی که یک طرف معامله را نسبت به قصد واقعی طرف دیگر گمراه می‌سازد نباشد. همچنین روشن است که بعضی از قراردادها بویژه قراردادهای استاندارد حاوی مقرراتی است که به صراحت درباره آن‌ها گفتگو نشده است ولیکن حسن نیت ایجاب میکند که طرفین بکوشند تا اگر در آن‌ها ابهام و اشکالی وجود دارد بر طرف نمایند. تعهد به ارائه اطلاعات اساسی در زمان قرارداد، و پس از آن در صورت بروز مشکل، یک اصل بنیادین حسن نیت است.

جای شگفتی نیست که تکلیف به ارائه اطلاعات با حسن نیت در دل بسیاری از مقررات CISG نهفته است. از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- در ارتباط با گفتگوهای پیش از قرارداد، بند (۳) ماده ۸ کنوانسیون CISG مقرر می‌دارد که در مقام تشخیص قصد هر یک از طرفین باید به اوضاع و احوال ذیربط از جمله به مذاکرات آنان توجه کافی مبذول داشت. اگر مذاکرات پیش از قرارداد در تعیین قصد طرفین صاحب نقش باشد نتیجتاً هیچیک از طرفین نمی‌تواند با توسل به روش‌های فریبنده و تحریک آمیز تصویری از قرارداد و مفاد آن در ذهن طرف دیگر ایجاد کند و بدین وسیله او را به انعقاد قرارداد ترغیب نماید و سپس در مرحله اجرای قرارداد معنا و مفاد دیگری را مطالبه نماید. تمرکز بر روی قصد در ماده ۸ همچنین ایجاد تغییرات توأم با سوء نیت را در قرارداد نا ممکن می‌سازد.

²⁴¹ See in this respect, Secretariat of UNCITRAL's Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, op. cit., at p. 18.

-ماده ۲۱ کنوانسیون CISG به گونه دیگری رعایت حسن نیت در گفتگو، اطلاع رسانی و ابلاغ را مقرر می دارد. بموجب بند ۲ ماده ۱۸ کنوانسیون قبول معامله در صورتی نافذ خواهد بود که ظرف مدتی که ایجاب کننده تعیین نموده یا در صورت عدم تعیین ظرف یک مدت متعارف به وی واصل گردد. ولیکن چنانچه ایجاب کننده نافذ بودن توأم با تاخیر را فوراً به اطلاع مخاطب ایجاب برساند، این قبول نافذ خواهد بود، چنانکه هر گاه قبول ولو با تاخیر به دست ایجاب کننده برسد با رعایت شرایط مذکور در بند (۲) ماده ۲۱ نافذ می باشد مگر این که ایجاب کننده فوراً به اطلاع مخاطب ایجاب برساند که وی ایجاب خود را خاتمه یافته تلقی می کند. به هر حال لزوم "ابلاغ فوری"^{۲۴۲} که از بندهای (۱) و (۲) ماده ۲۱ به دست می آید مانع وضعیت بلا تکلیفی و ایجاد حالت انتظار می شود و در نتیجه راه را بر ایجاد مشکلات فنی برای تشکیل قرارداد که نوعی سوء استفاده تلقی می شود سد می سازد.

کنوانسیون همچنین مشتمل بر مقرراتی است که ارائه برخی اطلاعات را در مرحله اجرای قرارداد شرط حسن نیت دانسته و آن را امری ضروری تلقی کرده است. بر اساس این مقررات طرفین باید یکدیگر را از آخرین اطلاعات و اخباری که برای اجرای راحت و روان قرارداد لازم است آگاه نمایند. ذیلاً چند نمونه از این قبیل مقررات ذکر می شود.

-بند (۱) ماده ۳۲ کنوانسیون مقرر داشته است: در صورتی که بائع مطابق قرارداد یا این کنوانسیون کالا را تحویل موسسه حمل و نقل نماید ولی بوسیله علامت گذاری روی کالا یا بوسیله اسناد حمل یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشد که کالا مربوط به قرارداد بیع است، بائع مکلف است مشتری را با مشخص نمودن کالا از حمل آن مطلع نماید. بند (۳) همان ماده نیز مقرر می دارد:

²⁴² Prompt notification

چنانچه بایع مکلف به بیمه کالا در رابطه با حمل آن نباشد، باید بنا به تقاضای مشتری، کلیه اطلاعات موجود را که برای قادر ساختن مشتری جهت بیمه کالا ضروری است، در اختیار او قرار دهد.

-به موجب ماده ۴۷ کنوانسیون مشتری می تواند جهت ایفای تعهدات بایع، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند و به موجب ماده ۶۳ بایع نیز می تواند جهت ایفای تعهدات مشتری، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند. و در هر صورت هیچیک نمی توانند در دوره تمدید مهلت از بابت نقض قرارداد به هیچ یک از طرق جبران خسارت متوسل شوند مگر مشتری یا بایع بر حسب مورد به طرف خود اطلاع دهد که در مهلت اضافی نیز به تعهد خود عمل نخواهد کرد. این امر بایع و مشتری را از نقض عهد خود مبنی بر تمدید مهلت اجرای قرارداد ممنوع می سازد. از سوی دیگر در این مواد تدبیری اندیشیده شده تا طرفی که از تمدید مهلت سود می برد طرف دیگر را بازیچه قرار ندهد و به دروغ تمدید قرارداد را درخواست نکند در حالی که حقیقتاً قصد اجرای قرارداد در مهلت اضافی را ندارد و آن این است که حتی در صورت تمدید قرارداد خسارت ناشی از تاخیر در ایفای تعهد قابل مطالبه است.

-برابر با بند (۱) ماده ۶۵ کنوانسیون چنانچه حسب قرارداد، تعیین مشخصات کالا به عهده مشتری باشد و او در انجام این امر قصور ورزد بایع می تواند با توجه به خواسته های مشتری که ممکن است بر او معلوم باشد راساً مشخصات کالاها را تعیین کند. بدین ترتیب کنوانسیون مانع عقیم ماندن قرارداد به دلیل خودداری مشتری از ارائه اطلاعات ضروری برای اجرای قرارداد گردیده است. بند (۲) ماده ۶۵ به عکس بند (۱) فروشنده را ملزم به ارائه اطلاعات ضروری جهت اجرای قرارداد کرده است. بر حسب این بند چنانچه خود بایع مشخصات کالا را تعیین کند، باید جزئیات آن را به آگاهی مشتری رسانده و مدت متعارفی تعیین نماید تا ظرف مدت مزبور، مشتری بتواند در صورت تمایل، مشخصات متفاوتی اعلام کند. چنانکه پیداست این بند از ماده ۶۵ مانع سوء نیت فروشنده در تعیین مشخصات کالا و یکه تازی او گردیده است.

-ماده ۶۸ کنوانسیون جلوه ی دیگری از تکلیف حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد است بر حسب این ماده در مورد بیعی که در حال حمل {در راه} فروخته می شود، ضمان از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می شود. معهداً اگر از اوضاع و احوال چنین برآید، از تاریخ تسلیم کالا به موسسه حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می کند ضمان بر ذمه مشتری مستقر خواهد شد.

با این وصف، چنانچه بایع در زمان انعقاد قرارداد نسبت به تلف کالا یا زیان دیدن آن اطلاع نداشته و یا می باید اطلاع می داشت و این امر را به آگاهی مشتری نرسانده باشد، خود ضامن تلف یا زیان آن خواهد بود. ذیل این ماده به صراحت ریسک قرارداد را در شرایطی که علی القاعده بر عهده مشتری است بر ذمه فروشنده قرار می دهد در صورتی که وی از آگاهی بخشی لازم به مشتری امتناع ورزیده باشد. بدین ترتیب ماده ۶۸ تلویحاً فروشنده را از به کارگیری رندانه قواعد انتقال ضمان و قراردادن مشتری در وضعیت غیر منصفانه منع می کند.

-ماده ۷۹ کنوانسیون مقرر کرده است: طرفی که هر یک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آن ها را دفع کرده باشد، مسئول نخواهد بود. در عین حال بند ۴ همان ماده تصریح کرده است که طرفی که از اجرای تعهد خود ناتوان است، مکلف است طی اخطاری وقوع حادثه و آثار آن را بر توانایی خود در اجرای قرارداد به آگاهی طرف دیگر برساند. تکلیف مذکور در این بند را میتوان نمود دیگری از شرط حسن نیت تلقی کرد.

همانطوریکه ملاحظه شد حسن نیت از طریق مکانیسم تفسیر موجب تخصیص، تحدید، توسیع و بالاخره کنترل سایر مقررات کنوانسیون و یا قرارداد خواهد شد.^{۲۴۳} مقرراتی که بر مبنای حسن نیت توجیه گردیدند (حسن نیت ضمنی) بخوبی این توانایی حسن نیت را انعکاس می دهند. حسن نیت در این حیظه مانند اصل حاکم یا وارد (به مفهوم اصول فقه) می باشد.

همچنین حسن نیت از منظری دیگر، خود سازنده برخی حقوق و تعهدات تازه است. بر این اساس حسن نیت مبنایی است برای ضمنی گرفتن طیف وسیعی از تعهدات.^{۲۴۴} از این نظر دیگر حسن نیت صرفاً توصیف کننده آن چه را که صریحاً در کنوانسیون پیش بینی شده است نمی باشد، بلکه علاوه بر آن اصلی عام برای حل و فصل موضوعاتی است که در کنوانسیون و یا قرارداد بدانها اشارت نرفته است.^{۲۴۵} مثلاً فرض کنید یک قرارداد بیع فروشنده را ملزم کند تا اسناد مربوطه را دستی تحویل دهد اما مکان تحویل را تعیین ننماید. ماده ۳۴ کنوانسیون صرفاً دلالت دارد بر اینکه فروشنده ملزم است اسناد را در محلی که بموجب قرارداد تعیین شده است تحویل دهد. بنابراین کنوانسیون و قرارداد (طبق فرض مساله) نسبت به مکان تحویل ساکت می باشند. تعهد عام حسن نیت ایجاب می کند که فروشنده اسناد را در محلی که برای خریدار مناسب است تحویل نماید و خریدار نباید از تحویل آنها امتناع ورزد. روشن است که اعتقاد به این قلمرو برای حسن نیت حداقل بر مبنایی ممکن است که رعایت حسن نیت را در مرحله اجرای قرارداد لازم و ضروری بداند.^{۲۴۶}

²⁴³ In this respect, see: Sim, Disa, op. cit., p. 19.

²⁴⁴ Farnsworth, Allen E., The Concept of Good Faith in American Law, op. cit., p.3.

^{۲۴۵} اگر بخواهیم این موضوع را با ادبیات فقهی و حقوقی ایران مقایسه کنیم می توانیم آن را به قاعده لاضرر تشبیه کنیم که به اعتقاد عموم فقیهان، اصل حاکم بر تمام احکام و مقررات فقهی است. اما راجع به اینکه آیا لاضرر علاوه بر نفي حکم، وضع حکم نیز می نماید یا خیر، محل بحث و گفتگو است. حال درباره حسن نیت نیز جای این سخن است که آیا علاوه بر تخصیص یا تحدید مقررات، تعهد آفرین نیز می باشد یا نه.

²⁴⁶ Peter Winship, Commentary on Professor Kastely's Rhetorical Analysis, 8 N.W.J.INT'L and Bus (1988) 623.

در ماده ۵-۲ اصول یونیدوقوا و ۱۰۲-۶ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز حسن نیت منبع آفرینش یک سلسله شروط و تعهدات عنوان شده است.

ج) حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجرای قراردادی (Enforcement)²⁴⁷

در این حیطه نیز کشورهای دارای حقوق نوشته علی القاعده معتقد به لزوم اعمال حسن نیت می باشند در حالی که کشورهای حقوق عرفی و در راس آنها انگلیس، چنانکه دیده شد، معتقدند شخص می تواند از کلیه حقوق و اختیارات ممکن بهره بگیرد بدون اینکه انگیزه ها و دواعی او هر چند شریرانه مانع و رادعی ایجاد کند.

در سند CISG هم بنا به یک دیدگاه، اعمال هر یک از اختیارات و درخواست هر یک از غرامت ها منوط به لحاظ عنصر حسن نیت است. ذیلا به نمونه هائی از این مقررات اشاره می شود.

-برابر با ماده ۲۶ کنوانسیون شخصی که به علت نقض اساسی قرارداد درصدد است تا آن را فسخ نماید باید قصد خود را طی یادداشتی به طرف دیگر اعلام نماید. این مقررہ نیز طرفین را از اعلام بدخواهانه فسخ باز می دارد. زیرا لزوم اعلان فسخ قرارداد به طرف دیگر امکان می دهد تا نسبت به تحقق نقض اساسی یا عدم آن طرح دعوی کند. چه بسا وی معتقد به عدم نقض اساسی باشد در چنین حالتی دادگاه باید نسبت به آن تصمیم گیری نماید. اخطار فوق الذکر همچنین موجب تقلیل خسارت می شود که خود یکی دیگر از اهداف اساسی اصل حسن نیت است. به نظر می رسد که مهمترین حکمت و فلسفه تعهد موضوع ماده ۳۹ مبنی بر اعلام عدم مطابقت کالا با قرارداد ضرورت رعایت حسن نیت باشد.

²⁴⁷ For a detailed discussion on the issue, see: Daniel Friedmann, Good Faith and Remedies for Breach of Contract, in: Jack Beasotn and Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, op. cit., pp.399-427.

همچنین بر اساس مواد ۳۴ و ۳۷ هر گاه بایع اسناد و کالا را پیش از موعد مقرر تسلیم نموده باشد تا فرا رسیدن موعد مذکور می تواند هر نوع عدم انطباقی را در اسناد و کالای تسلیم شده مرتفع سازد. این دو ماده در حقیقت ساز و کارهایی فراهم آورده اند تا قرارداد از انحلال مصون مانده و پیش از موعد خاتمه نیابد. آن ها همچنین مانع توسل به بهانه های واهی برای منتفی ساختن قرارداد می شوند. عیب اندک در اسناد یا کالا که بدون ایجاد زحمت غیر معقول و یا تحمیل هزینه های غیر معقول بر مشتری قابل جبران باشد نباید دستاویز مشتری برای انتفای قرارداد واقع شود. این سازوکار از یک سو تلاش های توأم با سوء نیت را خنثی می سازد و از سوی دیگر معامله منصفانه^{۲۴۸} را ترویج می نماید. به همین ترتیب ماده ۴۶ نیز که به مشتری حق درخواست ایفای تعهدات بایع، تسلیم کالای منطبق با قرارداد و تسلیم بدل و یا تعمیر آن در صورت عدم انطباق کالا با قرارداد را می دهد خالی از تعهد ضمنی حسن نیت نیست، زیرا در بند ۳ ماده ۴۶ آمده است که هر گونه درخواست تعمیر کالا باید با توجه به اوضاع و احوال معقول باشد و بدین ترتیب ماده مذکور مانع هر گونه اقدامی است که با نیت بدخواهانه و به منظور تحمیل هزینه نامعقول بر فروشنده صورت می گیرد.

ماده ۴۸ کنوانسیون نیز بطور ضمنی وظیفه اخطار با حسن نیت را مقرر داشته است. بر حسب این ماده بایع می تواند حتی پس از موعد تسلیم هر نوع قصور در ایفای تعهد را به هزینه خود جبران نماید، بدین منظور بایع باید از مشتری درخواست نماید تا نظر خود را در این باره که آیا ایفای تعهد توسط بایع را خواهد پذیرفت یا خیر اعلام نماید. هر گاه مشتری ظرف مدت معقولی این درخواست را اجابت ننماید، بایع می تواند ظرف مدت منعکس در درخواست خود تعهداتش را ایفا کند. چنانکه مشاهده می شود این ماده خریدار را مکلف می سازد تا معلوم کند آیا با اقدامات جبران کننده بایع موافقت می کند یا نه و گرنه حق اعتراض خود را به ایفای دیر هنگام بایع از دست خواهد داد. بدین

²⁴⁸ Fair Dealing

ترتیب این ماده اجازه نمی دهد خریدار، فروشنده را در وضعیت بلا تکلیفی قرار دهد و بدین وسیله به او آسیب رساند. اگر این مقرره نبود خریدار می توانست علیرغم اقدامات جبرانی فروشنده از قبول آن ها امتناع ورزد و از این طریق کلیه عملیات و هزینه های او را بیهوده سازد. ماده ۴۸ همچنین فروشنده را مکلف می سازد تا به مشتری قصد خود را مبنی بر اتخاذ اقدامات جبرانی اعلام نماید.

-به موجب بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون هر گاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد، معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی^{۲۴۹} قرارداد خواهد شد، طرف دیگر میتواند قرارداد را فسخ نماید. آن چه که قلمرو حسن نیت را در این کنوانسیون نشان میدهد بند ۲ ماده مزبور است که مقرر داشته است طرفی که قصد اعلام فسخ دارد، ملکف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفای تعهدش بدهد. چنانکه مشاهده می شود این بند از ماده مانع تلاش بدخواهانه یکطرف با اعلام ناگهانی فسخ قرارداد می شود. همین تحلیل در مورد بند ۳ ماده ۷۱ کنوانسیون نیز قابل اعمال است. زیرا بر اساس آن بند از ماده ۷۱، طرفی که اجرای تعهدات خود را به دلیل پیش بینی عدم ایفا، تعهدات^{۲۵۰} توسط طرف دیگر معلق^{۲۵۱} می نماید مکلف است فوراً اخطار تعلیق را جهت طرف دیگر ارسال نماید و در صورتی که طرف مزبور در زمینه ایفای تعهدات خود اطمینان کافی فراهم نماید، او نیز اجرای تعهد خود را از سر گیرد.

همچنین وفق ماده ۷۷ بدون توجه به علل و عوامل عدم تحقق قرارداد، طرفین باید بکوشند تا خسارات ناشی از آن به حداقل ممکن کاسته شود. تکلیف به کاهش خسارت چندین کارکرد مهم دارد. برخی از آن ها ذاتاً خصیصه اقتصادی دارد اما سایر آن ها برخاسته از قاعده حسن نیت است. شاید مهمترین منطقی که وظیفه تقلیل خسارت را توجیه می کند این اصل نخستین باشد که هیچیک از

249 Fundamental breach

250 Anticipatory breach

251 Suspend

طرفین قرارداد نباید شیوه‌هایی اتخاذ کنند که منجر به ورود صدمه به دیگری می‌شود. هر گونه قصور در کاهش خسارت بدون در نظر گرفتن انگیزه‌های ماوراء آن دلیل کافی بر یک معامله غیر منصفانه است.

ماده ۷۷ کنوانسیون کسی را که به نقض قرارداد استناد می‌کند صریحا و ایجابا موظف به تلاش برای تقلیل خسارات ناشی از نقض قرارداد کرده است. در صورتی که وی در انجام این وظیفه قصور ورزد، نقص‌کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافته است. مدعی کاهش خسارت گردد. منطقی که وظیفه تلاش برای تقلیل خسارت را توجیه می‌کند همان لزوم عمل با حسن نیت است. به بیان دیگر لازمه ضمنی عمل با حسن نیت، کاستن خسارت می‌باشد.^{۲۵۲}

^{۲۵۲} لازم به ذکر است که در توضیح رسمی ماده ۷-۱ اصول یونیدوقوا نیز فهرستی از مقررات مبتنی بر دکترین حسن نیت ضمنی ارائه شده است

نتیجه گیری

این تحقیق نشان داده است که "حسن نیت" دیگر فقط در حوزه اخلاق اساس باید‌ها و نباید‌های گزاره‌های اخلاقی نیست، به قلمرو حقوق نیز پا نهاده و اگر نه همه اجزاء و بخشهای آن (آنگونه که برخی ادعا دارند)، دست کم روابط قراردادی را دستخوش تحول جدی ساخته است. امروزه دیگر همانند سه دهه پیشین، یعنی به هنگام تهیه و تصویب کنوانسیون، تاثیرگذاری این نهاد محصور در تفسیر مقررات کنوانسیون نیست، سخن از ظهور کارکردهای نوینی چون "تکلیف قراردادی"، "قاعده عام و بنیادین" و "اصل حاکم" است. همچنین در پرتو تحولات دو دهه اخیر و به ویژه پس از انتشار اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یونیدقوا و اصول قراردادهای اروپائی و مخصوصاً به دلیل استقبال گسترده تجار از درج این نهاد در ضمن قراردادهای فی‌مابین دامنه این تاثیرگذاری بسیار فراخ و حوزه‌های متنوعی از روابط طرفین قرارداد بین‌المللی نظیر مذاکرات قراردادی، تشکیل قرارداد، تفسیر قرارداد، اجرای قرارداد و اعمال ضمانت اجراهای قراردادی در بر گرفته است.

پیشرفتهای فوق سهم فراوانی در شکل‌گیری "عرف عام تجاری" در روابط قراردادی دارد. با ظهور این عرف، دیگر حسن نیت نه تنها ناقض "اصل حاکمیت اراده" تلقی نمی‌شود بلکه جزئی از اجزاء اراده پنهان متعاقدين محسوب می‌گردد. همچنین راهیابی روزافزون حسن نیت به اندرونی حقوق داخلی کشورها، اهتمام چشمگیر دکترین حقوق قراردادهای و رویه قضائی بین‌المللی به این نهاد جدید حقوقی و بالاخره تشکیل عرف بین‌المللی بازرگانی، آرام آرام از ابهام مفهومی حسن نیت که زمانی معضلی بزرگ قلمداد می‌شد کاسته، آنرا به مفهومی عینی با معیارهای کمی و استانداردهای محسوس بدل خواهد کرد.

فرجام سخن آن که، از فرایند شکل‌گیری دکترین حسن نیت و رسوخ آن به اندرون مقدس‌ترین نهاد حقوقی یعنی قرارداد می‌توان درسی گرانسنگ در باب فلسفه حقوق آموخت؛ که مرزهای حایل میان حقوق و اخلاق سست و بی‌بنیان است. تجارت هرچه متنوع‌تر و حقوق هرچند متحول‌تر گردد، حاجت به اخلاق فزون‌تر خواهد شد. این حاجت در عرصه تجارت بین‌الملل که شاخصه ممتاز آن سوداگری است بس شدیدتر است. بشر اخلاقی را تنها، الزامات حقوقی نمی‌توانند به نظم درآورند. احساسات اخلاقی و ادراکات فطری نیز باید مدد کنند تا نظام حقوقی جامع، عادل، پویا و پرنشاط سامان پذیرد.

فهرست منابع

در تهیه این مقاله تنها منابع انگلیسی به کار آمده اند که مشخصات کامل آنها در پانوشت مربوط بیان نگردیده است. از

این رو، مشخصات کامل این منابع در زیر ذکر می شوند.

الف: کتب و مقالات

NB. A number of the following articles are cited from <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/.html> – (hereinafter) Pace University School of Law’s Home Page.

- 1- Adams, John N. and Roger Brownsword, **Key Issues in Contract**, Butterworths, 1995.
- 2- Bianca, C. M.; Bonell, M. J.: **Commentary on the International Sales Law**, (Giuffre, Millan, 1987).
- 3- Bonell, M.J., **the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives of Complementary Instruments?** Uniform Law Review, 1996, 26.
- 4- Bonell, M.J., **the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice**, available in: Pace University School of Law’s Home Page.
- 5- Bridge, Michael, **the International Sale of Goods: Law and Practice**, Oxford University Press, 1999.
- 6- Carter W. J. and Peden, Elisabeth, ‘**Good Faith in Australian Contract Law**, 19 Journal of Contract Law (2003).
- 7- Daniel Friedmann, **Good Faith and Remedies for Breach of Contract**, in: Jack Beasotn and Daniel Friedmann, **Good Faith and Fault in Contract Law**, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- 8- Enderlein; F.; Maskow, D.: **International Sales Law; UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, (Oceana Publications Inc., New York, 1992).
- 9- Felemegas, John, **Guide to Article 7: Comparison with Principles of European Contract Law (PECL)**, (October 2001) available in Pace University School of Law’s Home Page.
- 10- Flemegas, John, **Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL**, available in Pace University School of Law’s Home Page.

- 11- Franco Ferrali, **Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law**, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 12- Fransworth, E. Allan 'The Concept of Good Faith in American Law', available in Pace University School of Law's Home Page.
- 13- Fransworth, E. Allan, **The Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws**, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 14- Fransworth, **Pre-Contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations**, 87, Colum, L. Rev. 217, 221 (1987).
- 15- Goderre, Diane Madeline, **International Negotiations Gone Sour: Pre-Contractual Liability under the UN Sales Convention**, 1997, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 16- Harry Flechtner, **Comparing the General Good Faith provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality**, 13 Pace International Law Review, 2001, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 17- Honnold, J.: **Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention**, (Kluwer, Deventer, Boston, (2nd ed. 1991).
- 18- Honnold, J.: **Documentary History of the Uniform Law for International Sales**, (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1989).
- 19- Keily, Troy, **Good Faith and the Vienna Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG)**, Vindobna Journal of International Commercial law and Arbitration, Issue 1 (1999) 15-40 , available in Pace University School of Law's Home Page.
- 20- Klein, John, **Good Faith in International Transactions**, 15 Liverpool L. Rev., 1993, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 21- Koneru, Phanesh, **the International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1997**, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 22- Kritzer, A. H.: **Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, (Kluwer-Deventer Boston, 1989).
- 23- Magnus, Ulrich, **Editorial Remarks on Good Faith**, available in Pace University School of Law's Home Page.

- 24- Nives, Povr Zenic, **International Sale of Goods**, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 25- Ole Lando, **Principles of European Contract law: An Alternative to or a Precursor of European legislation?**, 40 Am. J. Com. L., 1992, 573.
- 26- Powers, Paul J., **Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 27- Goode, Roy, **The Concept of Good Faith in English Law** , available in Pace University School of Law's Home Page.
- 28- Reiter, B.J., **Good Faith in Contracts**, 1983, Val. U.L. Rev., 705.
- 29- Reziya Harrison, **Good Faith in Sales**, Sweet & Maxwell, 1997.
- 30- Riedl, Kristina, **the Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint**, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 31- Schlechtriem, P., **Uniform Sales Law**, (Manzsche Verlage- und Universitatsbuchhandlung, Vienna, 1986).
- 32- Schlechtriem, Peter, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- 33- Schlechtriem, Peter, **Good Faith in German Law and in International Uniform Laws**, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 34- Sim, Disa, **The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, September 2001, available in Pace University School of Law's Home Page.
- 35- Steven J. Burton, **Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith**, 94 Harvard Law Rev., (1980).
- 36- Werner F. Ebke and Bettina M Steinhauer, **The Doctrine of Good Faith in German Contract Law**, in: **Good Faith and Fault in Contract Law**, edited by Jack Beaston and Daniel Friedmann, Clarendon Press, Oxford, 1995.

ب: اسناد بين المللى و قوانين

- 37- **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**” proposed by International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in 1994 (recorded in UNIDROIT Home Page).

- 38- **“Principles of European Contract Law (Version 1998)”**, (recorded in Commission on European Contract Law Home Page).
- 39- **Official Records**, The.: United Nations, UN Conference on Contracts for the International sale of Goods Vienna, 10 March-11 April 1980 (Official Records), (United Nations, New York, 1981).
- 40- **Secretariat Commentary**, The United Nations Secretariat, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, (Document A/Conf. 97/5, 1979, reprinted in the Official Records (1981) at 14-66.
- 41- **Secretary General, Analysis of comments and proposals relating to articles 1-17 of the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)** 3 Uncitral Yearbook 76 No 52 (1972) , UN. Doc. A/CN. 9/WG.2/WP. 11.
- 42- **The Uniform Sale of Goods Act**, Institute of Law Research and Reform, Edmonton, Alberta, 1982,
- 43- **French Civil Code (as amended to July 1, 1976)**: (Translated by Crabb, John H., Fred B. Rothman & Co., South Hackensack, New Jersey, 1977).
- 44- **German Civil Code (as amended to January 1992)**: (Translated by Simon L. Goren, Littleton, Colorado, 1994).
- 45- **English Sale of Goods Act 1979** (as amended in 1994).
- 46- **American Uniform Commercial Code**.
- 47- **American Restatement (second) of Contracts**.

Good Faith in International Contracts: Exceptional Rule or General Principle?

Dr. Mirghasem Jafarzadeh (Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)
and
Hussein Simaei (Academic Member of Gum University and Ph.D. Student, Faculty of Law,
Shahid Beheshti University).

This paper shows that although good faith is one of the well settled traditional moral principles in all religious and ethical schools, all legal systems have no consensus on the principle as an enforceable legal obligation. In the one side, the continental European countries which have give much emphasis on the principle within their legal systems, in general, and in their civil codes, in particular, and the other side, the common law systems, except to American Law, which have given less legal value to it. This conflict had appeared when the drafters of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods decided to give legal force to this moral value in international contractual relationship. The history of Article 7 of the Convention shows hot debates among the representatives from these legal families. Due to this conflict, the drafters have eventually made a compromise on the issue with the language reflected in Article 7/1 of this international document.

However, two decades of the legal life of the Convention shows that despite the particular history of this provision, a great deal of eminent lawyers from different countries have welcomed this moral principle and made a great efforts to justify it as a legal obligation within the context of the Convention. The evolution of two newcomer international contract documents, namely, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and the Principles of European Contract Law (1998) (PECL), which give much legal value to this principle, has given so confidence to accept it as a general contract law rule, at least within the framework of international commercial contracts.

In spite of great efforts of international legal literatures and judicial precedents, there is still some ambiguity with respect to its meaning, function, scope, theoretical justification and legal effects. Legal doctrine and case law need, therefore, much more time to make it a clear contractual principle.