

حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی: قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنائی^۱

دکتر میرقاسم جعفرزاده^۲

حسین سیمائی صراف^۳

چکیده

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

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 بین‌الملل در نیمسال اول تحصیلی ۱۳۸۱-۱۳۸۲ می‌باشد که پس از بازنگری گسترده و بررسی فراگیر ادبیات تحقیقی منتشر شده توسط نویسندگان عرضه می‌گردد. امید است تجربه مزبور سرآغازی نیک برای استمرار چنین کار جمعی باشد.

۲. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

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

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 بین‌المللی

گفتار اول - کنوانسیون بیع بین‌المللی 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

۲-۱- ابهام مفهوم

۳-۱- عدم حتمیت و عدم قابلیت پیش‌بینی

۴-۱- عدم تعیین ضمانت اجرا

۵-۱- لغویت

۲- دلایل موافقت

۱-۲- مقبولیت جهانی

۲-۲- ضرورت

۳-۲- بیم و امید

۴-۲- ترویج عدالت

ج) مفهوم

۱- راهنمای تفسیری

۲- تکلیف قراردادی

۳- قاعده‌ای عام و بنیادین

د) دلایل اثباتی

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

۲- استناد به متابعی غیر از کنوانسیون

۱-۲- اصول یکنواخت حقوقی (Unidroit Principle)

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

۳- دلالت ماده ۷-۱

گفتار دوم - حسن نیت در سایر اسناد

الف) اصول یکنواخت حقوقی (UNIDROIT Principle)

ب) اصول حقوق قراردادهای اروپایی (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 - تأثیر مبانی در قلمرو

الف) حسن نیت به عنوان استثناء

ب) حسن نیت به عنوان قاعده

گفتار دوم - مهم‌ترین قلمرو و کارکردهای حسن نیت

الف) حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی (Negotiations)

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

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

نتیجه‌گیری کلی

فهرست منابع

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 عکس‌العمل‌های متفاوتی را برانگیخته است ارتقاء آن از سطح یک «زینت اخلاقی» به سطح یک «ضرورت حقوقی» است. گروهی بدان اقبال و گروهی از آن ادبار نموده‌اند. کشورهای دارای حقوق نوشته به دلایل «ضرورت»، «مصلحت و عدالت» بدان روی آورده و کشورهای دارای نظام حقوق عرفی و عمدتاً انگلیس به استناد «تقض اصل حاکمیت اراده» و تضعیف «اصل حتمیت و قطعیت قرارداد» از آن روی برتافته‌اند.

تعارض دو گروه به هنگام تدوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به اوج خود رسید. سرانجام با تصویب ماده ۷-۱ 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 آن را تا مرز یک «قاعده کلی و اصل بنیادین تمامیت کنوانسیون» ارتقاء داده و حتی با وجود تاریخچه مذاکرات ماده ۷-۱، سعی در تحمیل تفسیر خود بر اراده کنوانسیون دارند. مخالفان نیز از سرسختی گذشته رفته رفته دست کشیده و به طیف مقابل خود نزدیکتر شده‌اند. 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»، «معنای»، «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، درصدد 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 بخشید. براین اساس، تحقیق حاضر تنها «پیش در آمدی» بر پژوهش‌های مستقل دیگر پیرامون انبوه پرسش‌های مطرح در این تحقیق خواهد بود. واژگان کلیدی: حسن نیت، مفهوم، مبنا، قلمرو

مقدمه

حسن نیت گرچه در اندیشه اخلاقی بشر قدمتی بس طولانی دارد و در مکاتب حقوقی و بلکه قوانین موضوعه کشورها از سابقه‌ای طولانی برخوردار است، اما هیچگاه از جایگاهی به بلندای جایگاه امروز برخوردار نبوده است. در حقیقت در این دوران است که از مرحله یک زینت اخلاقی به مرحله یک ضرورت حقوقی قدم نهاده و دوره تعارفات و مجادلات را سپری کرده و به دوره تأثیرگذاری 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 می‌کند. و بالاتر از همه گاه ادعا می‌شود که تأسیسات حقوقی نوپدای دیگری تحت تأثیر دکتترین حسن نیت شکل گرفته‌اند.^۴ این همه، ضرورت تحقیق در مسأله را توجیه و تشدید می‌نماید. اما این موضوع مانند هر موضوع نوظهور دیگر از ابهام «هویتی» رنج می‌برد. پدیده‌های نوپیدا همواره با ابهام مفهومی، اضطراب مبنایی و اشتباه جغرافیایی مواجه‌اند. حسن نیت نیز از این قاعده مستثنا 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

۴. البته این سخن به معنای تکوین اجماعی جهانی بر سر موضوع حسن نیت نیست زیرا هنوز دیدگاههایی وجود دارد که به رغم اذعان 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 دکتترین حسن نیت حاصل می‌شوند، به دلیل پیامدهای منفی آن با وسعت و شمول این دکتترین مخالفت می‌ورزند. به گفته آنان دکتترین حسن نیت اصل آزادی اراده را مخدوش و قرارداد را از قاطمیت و حتمیت ساقط می‌کند. 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.

براین، تشریح مبنا و تعیین قلمرو حسن نیت و بیان انواع تأثیرگذاری 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 برملا سازد. البته بیان حکم حسن نیت و شناسایی آثار نقض آن نیز دغدغه دیگر این تحقیق است که گرچه مستقلاً بدان 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 می‌رود. چگونه می‌توان قائل به لزوم رعایت آن شد، در حالی که در عرصه بین‌المللی سند یا میثاق الزام‌آوری که التزام بدان را صریحاً واجب گردانیده باشد وجود ندارد. در این تحقیق ضمن بررسی تفصیلی ادبیات تحقیقی مربوط به موضوع و مفاد اسناد بین‌المللی ناظر به قراردادهای بین‌المللی در پرتو پیشینه تاریخی موضوع و نمایش موضع‌گیری‌های گوناگون نظامهای مختلف حقوقی و بویژه با بررسی دقیق مبانی نظری این ضرورت خواهیم دید که دست کم عرف خاص و برحسب دعوی، عرف عامی که رعایت آن را ابرام گردانیده باشد شکل گرفته به حدی که امروزه عنصر حسن نیت از اصول عام قراردادهای بین‌المللی و اسناد بین‌المللی مربوطه چون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا معرفی می‌گردد.^۵

درباره موضوع این نوشتار، تاکنون تحقیق مستقلی به زبان فارسی به ثمر نرسیده است، گرچه تحت تأثیر ادبیات حقوقی خارجی و بین‌المللی به

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

ندرت اظهارنظرهایی دیده می‌شود. در میان آثار حقوقی خارجی بیشترین حجم پژوهش و تحقیق، به زمان تدوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) باز می‌گردد. از آن پس و به بهانه ماده ۷ کنوانسیون مزبور و بویژه پس از انتشار اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول یکنواخت حقوقی^۶ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)^۷ مقالات بسیاری به رشته تحریر در آمده است. معالوصف مقاله‌ای که یکجا از عهده سؤالات این تحقیق بر آمده باشد دیده نشده است. این خلأ به ضمیمه ادبیات خاص حقوقی ایران ضرورت مقاله‌ای تحقیقی به زبان فارسی را دو چندان کرد. زیرا همانگونه که بر آشنایان با نظام حقوقی ایران آشکار است در این نظام به تبع متدلوژی فقهی مسائلی چون مبنا و مستند یک نظریه اهمیت فوق‌العاده 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 مأنوس و مألوف 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 نمونه‌هایی از موضوع به بحث گذارده شده است.

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

6. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994).

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

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 می‌نماییم.

همچنین از آنجا که موضوع این تحقیق در یک سند بین‌المللی جای گرفته است، مطالعه تاریخچه مذاکرات و ملاحظه آرای نمایندگان کشورهای مختلف در کمیسیون تدوین موضوع، کمک شایانی به شناخت رهیافتهای متفاوت در خصوص موضوع می‌نماید. از همین رو، گفتار مبسوطی به بررسی وضعیت دکترین حسن نیت در سند CISG اختصاص داده خواهد شد. چنانکه همین موضوع در سند اصول یکنواخت حقوقی^۸ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)^۹ نیز بررسی خواهد شد. از خلال این مذاکرات، دلایل موافقت و مخالفت با دکترین مزبور به خوبی قابل استخراج است. مفهوم حسن نیت در کنوانسیون که بی ارتباط با دلایل پیش گفته و مواضع و مبنای کشورها در خصوص موضوع نیست، در همین مبحث مفصلاً بحث خواهد شد. در این زمینه طیف وسیعی از آراء مشاهده می‌شود که مضیق‌ترین آن حسن نیت به عنوان تکلیف قضات و داوران در مقام تفسیر اسناد بین‌المللی و موسع‌ترین آن، حسن نیت به عنوان اصل عام و یک زیرساخت مهم کنوانسیون است.

8. Article 1.7.

9. Article 1.201.

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 مأخذ یک نظریه اهمیت دو چندان دارد. به هر روی از خلال مقالات و پژوهش‌های خارجی در حد امکان آن چه را که به عنوان مبنا قابل استنباط بوده است، استخراج کرده‌ایم. و در مبحث پایانی هم، به ارائه مهم‌ترین حیطه‌های کاربرد و انواع نقش آفرینی‌های حسن نیت می‌پردازیم. البته پیش از آن طی گفتار مستقلی تأثیر 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 دشوار می‌نماید و لذا به درستی برخی آن را مفهومی غیر قابل تعریف،^{۱۱} معرفی کرده‌اند. همین امر سبب شده است که بعضی از ارائه تعریف ایجابی مایوس شده به تعریف سلبی روی آورند.^{۱۲} چنانکه پروفیسور سامرز ترجیح داده است حسن نیت را به آن چه که نیست تعریف نماید، لذا تصریح می‌کند که حسن نیت عبارت است از عدم قصد ایجاد ضرر و عدم رفتار مغایر با استانداردهای معقولی که توسط رویه‌های تجاری احراز شده است.^{۱۳}

با این حال تعاریف ایجابی بسیاری نیز ارائه شده است که برخی از آنها را می‌توان به ترتیب زیر فهرست کرد:^{۱۴}

- معقولیت (Reasonableness)

- استانداردهای معقول و متعارف در یک معامله منصفانه

۱۰. احتمالاً به همین دلیل است که پل پاورز عنوان مقاله خود را تعریف امری غیرقابل 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: «تعرف‌الاشیاء با ضدادها».

12. 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*.

13. 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.

(reasonable standards of fair dealing)

- صداقت در عمل (honesty in fact)

در نقد تعاریف فوق گفته شده است که اولاً مفاهیم و معادل‌های فوق هیچ‌یک روشن‌تر از اصطلاح حسن نیت نیستند. به بیان دیگر همان ابهام نهفته در اصطلاح حسن نیت در ذات معرفهای 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 می‌باشند، ولیکن عملاً مفهوم و مفاد واحدی نداشته، هر یک به سمت و سوی خاصی نشانه می‌روند. مثلاً صداقت، اشاره به یک وضعیت روانی و ذهنی دارد، در حالی که معامله منصفانه حاکی از وضعیت عینی و خارجی امور می‌باشد. و درباره معقولیت نیز می‌توان تصور کرد که عملی غیر معقول و در عین حال صادقانه باشد.^{۱۵} بنابراین مشاهده می‌شود که برای تعریف یک مفهوم سه اصطلاح گوناگون به کار رفته است که با یکدیگر همخوانی نداشته و هر یک دارای معنایی متفاوت با معانی دیگر می‌باشد.

برخی دیگر از نویسندگان در صدد برآمده‌اند 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 می‌گردد با حسن نیت یکسان و برابر پنداشته شود. آنگاه معنا و گستره حسن نیت چنان عام^{۱۶} و انتزاعی^{۱۷}

14. Ibid., p. 8.

15. Ibid., p. 9.

16. General.

17. Abstract.

می‌شود که در عمل از بی‌معنایی^{۱۸} سر بر می‌آورد.^{۱۹} آفت بی‌معنایی از فرط کلیت و عمومیت بلایی است که معمولاً مفاهیم آرمانی و ایده‌آلی بشر دچار آن می‌باشند.

پروفسور 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 به کار گرفته شده است را نقل کرده، می‌گوید: مضیق‌ترین 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 و دومین تعریف را به پروفسور سامرز نسبت می‌دهد. به اعتقاد سامرز، حسن نیت بدون آن که خود دارای معنای مستقلی باشد محدودکننده اشکال مختلف سوء نیت (Bad faith) است. و سرانجام سومین تعریف توسط استاون برتن در سال ۱۹۸۰ تحت عنوان «امتیازات مغموض‌عنه»^{۲۱} ارائه شده است. به اعتقاد وی حسن نیت اعمال اختیارات اجرایی را که به موجب قرارداد به طرف مقابل واگذار شده است ممنوع می‌سازد. بنابراین استفاده شخص از حق خود برای باز پس‌گیری امتیازاتی که از آنها

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

21. Forgone opportunities.

صرفنظر کرده بوده است نوعی سوءنیت محسوب می‌شود.^{۲۲} فرانس ورث تصریح می‌کند که دادگاههای آمریکا از هر سه دیدگاه فوق حمایت می‌کنند بدون این که میان آنها تعارضی بینند.^{۲۳} در حالی که به نظر می‌رسد واقعاً بین تعاریف پیش گفته تناسب و انسجامی نیست. وی در مقام توجیه موضع دادگاههای آمریکا و در واقع برای جمع بین معانی متعارض فوق‌الذکر می‌گوید که معنای حسن نیت بسته به چارچوب و بستری که در آن عمل می‌کند فرق می‌کند. بنابراین تفاوت معانی به تفاوت مکانی آنها باز می‌گردد، به این معنا که در هر مورد بسته به شرایط و اوضاع و احوال حاکم، معنایی متفاوت حاصل می‌گردد.

می‌توان دیدگاه پروفیسور جان کارتر حقوقدان استرالیایی را از جهت وابستگی مفهوم به چارچوب (context) همانند دیدگاه محاکم آمریکا دانست. زیرا وی تصریح می‌کند که حسن نیت مفهومی مستقل و بیرون از قرارداد ندارد. حسن نیت را باید در هر قرارداد با توجه به اصول، قواعد و شرایط حاکم بر همان و نه صرفاً در شرایط انتزاعی سنجید. آنگاه جان کارتر در پاسخ به سؤال 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 استاندارد است که گاه جنبه سلبی و گاه جنبه ایجابی دارد. به

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*.

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 شده‌اند یک وجه مشترک دارند و آن عبارت است از نوعی صداقت و راستی در قرارداد».^{۲۵} همین نویسنده در ادامه می‌گوید: از سر جمع کردن همه تفسیرهای داخلی و ملی کشورها از حسن نیت می‌توان نتیجه گرفت که

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

25. Powers, Paul J., op. cit., p.9.

حسن نیت عبارت است از انتظار یک طرف قرارداد از طرف دیگر که وظایف قراردادی خود را صادقانه و منصفانه انجام دهد به گونه‌ای که در جامعه تجاری قابل قبول باشد. تعهد حسن نیت یک دکترین بین‌المللی است که طرفین معامله بین‌المللی را ملزم می‌کند تا به نحو معقولی عمل کنند، به همان ترتیب که از طرف دیگر انتظار دارند. وی ادامه می‌دهد که این تعریف نه لفظاً ولی معنأً یک تعریف بین‌المللی است و بهترین تعاریف داخلی را که در اطراف و اکناف دنیا وجود دارد، در بر می‌گیرد. حسن نیت شباهت زیادی به این قاعده طلایی دارد که:

“TREAT OTHERS AS YOU WISH TO BE TREATED”

به هر روی ایفای 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 بین‌المللی گرچه دیر زمانی نمی‌گذرد، اما نفوذ آن به حقوق داخلی قدمتی بس طولانی دارد. گفته شده است که ریشه‌های این تعهد را حتی در حقوق روم باستان می‌توان مشاهده کرد. سخنگوی مشهور حقوق روم سیسرو رعایت حداقل‌های حسن نیت در معاملات تجاری را به رسمیت شناخته است.^{۲۷}

اصول اصلی حسن نیت در روم شباهت زیادی به تعهد امروزی

26. Ibid., p. 9.

27. Ibid., p. 2.

حسن نیت در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC)^{۲۸} دارد. اصل حسن نیت در اجرای قرارداد دیگر بار در قرن‌های یازده و 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 می‌باشد.^{۲۹}

عنصر حسن نیت در طول زمان زنده مانده است گرچه گاه معنای آن دچار ابهام شده است.^{۳۰} درباره معنا و وسعت مفهومی حسن نیت اتفاق نظر وجود نداشته و طیف وسیعی از دیدگاهها را می‌توان مشاهده کرد. در یک سوی طیف نظام‌های حقوقی وجود دارند که اصل حسن نیت، حقوق قراردادها و حتی دیگر بخش‌های حقوقی آنان را دگرگون کرده و صبغه خاصی به آنها بخشیده است، مانند سیستم حقوقی آلمان و در سوی دیگر، نظامهایی مشاهده می‌شوند که لزوم مطابقت رفتار طرفین با اصل حسن نیت را به رسمیت نمی‌شناسند، گرچه در بسیاری از موارد توسط قواعدی دیگر همان نتایجی را بدست می‌آورند که دیگر نظام‌ها از طریق اصل حسن نیت تحصیل می‌کنند، مانند انگلستان و ایرلند. نظام‌های دیگر (البته در جامعه اروپایی) در میانه این دو وضعیت قرار دارند. آنها اصل حسن نیت و معامله منصفانه را به عنوان یک مقرر عام به رسمیت می‌شناسند اما به اندازه نظام حقوقی آلمان به آن نفوذ و اعتبار نمی‌بخشند.^{۳۱}

بطور کلی اگر بخواهیم اختلافات پدیده‌ای را که درباره مفهوم

28. Uniform Commercial Code.

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.

حسن نیت وجود دارد گروه‌بندی کنیم، می‌توانیم 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 قرارخواهند گرفت.

الف) کشورهای گروه حقوق نوشته (Civil Law)

دکترین حسن نیت در کشورهای حقوق نوشته دارای قدمت بیشتری نسبت به کشورهای حقوق عرفی است. ریشه‌های این تفاوت احتمالاً در تأثیر حقوق نوشته بر کشورهای دسته نخست و تأثیر حقوق عرفی بر کشورهای دسته اخیر نهفته است. حقوق عرفی در دوران بین «حتمیت» و «عدالت» حتمیت را ترجیح می‌دهد. 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 گفته‌اند 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 می‌دهیم.

32. Sim, Disa. op.cit., 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.

۱- آلمان و فرانسه

در آلمان با وضع ماده ۲۴۲ امکان اخلاقی کردن روابط قراردادی فراهم شده است.^{۳۴} براساس این ماده هرکس 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. جالب‌تر از همه این‌که این ماده به مثابه یک اصل ناظر و حاکم^{۳۶} عمل کرده و لذا دامنه دیگر مقررات موضوعه را تعدیل و تحدید می‌نماید. دادگاههای آلمان براساس همین ماده نهادهای جدیدی را گسترش داده و شماری تعهدات تازه برای تضمین اجرای صادقانه قراردادها بوجود آورده‌اند: نظیر تکلیف طرفین به همکاری متقابل،^{۳۷} حمایت از منافع متقابل^{۳۸} و افشای 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 کرده‌اند.^{۴۲}

34. Feleznegs, John, op.cit.

35. Rigorous Individualism.

36. Supervision.

نظیر اصل حاکم در اصول استنباط حقوق اسلامی

37. Duty to co-operate.

38. Duty to protect each other's interests.

39. Duty to give information and submit accounts. See: Feleznegs, 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.

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 می‌شمارد^{۴۳} ولیکن هرگز به وسعت و شمول قانون مدنی آلمان نمی‌باشد. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بر خلاف ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان که گفته شده مانند اصل حاکم و ناظر بر سایر اصول عمل می‌کند 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. اگرچه محاکم این کشور آن اهمیتی که محاکم آلمان به اصل مزبور در تفسیر و تعیین تعهدات متعاقدین می‌دهند قائل نیستند، بدون ارجاع به حسن نیت و با استناد به تئوریهای مسلم نظیر منع سوء استفاده از حق نتایج مشابهی بدست می‌آورند. البته در دو دهه اخیر محاکم این کشور کراراً و به نحو آشکار اصطلاح اصل حسن نیت در تعیین تعهدات متعاقدین را به کار گرفته‌اند. نویسندگان این کشور نیز به منظور تحمیل یک تعهد دو طرفه توأم با رضایت متعاقدین نظیر لزوم ارائه اطلاعات، همکاری مشترک و تحدید کاربرد شروط معاف‌کننده یکی از طرفین قرارداد از مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد اصل مزبور را مورد استناد قرار داده‌اند.^{۴۵}

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

44. Sim, Disa, op. cit., at p. 13.

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

۲- هلند، پرتغال و یونان

جدیدترین قانون موضوعه درباره حسن نیت، قانون مدنی جدید هلند است. آن گونه که آرتر هارت کمپ^{۴۶} بیان کرده است «مفهوم حسن نیت» به همه شاخه‌های حقوق تعهدات و قراردادهای هلند نفوذ کرده است. و در این زمینه حسن نیت دارای سه کارکرد است: اولاً، همه قراردادهای باید مطابق با حسن نیت تفسیر شوند. ثانیاً، حسن نیت یک نقش مکمل دارد.^{۴۷} بدین معنا که ممکن است حقوق و تکالیف دیگری بین طرفین ایجاد کند که در قرارداد یا قانون موضوعه پیش‌بینی نشده است. ثالثاً، حسن نیت یک نقش محدود کننده^{۴۸} دارد.^{۴۹} مقصود از کارکرد اخیر آن است که هرگاه قاعده‌ای تکلیفی را برای طرفین ایجاد کند که در شرایط خاص از نظر معیارهای «معقولیت» و «انصاف» قابل قبول نباشد، به همان میزان لازم‌الاجرا نخواهد بود. هارت کمپ در ادامه می‌گوید که قانونگذار هلندی میان حسن نیت به معنای رعایت استانداردهای تجاری معقول یک معامله منصفانه و حسن نیت به معنای صداقت در عمل فرق می‌گذارد. 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 می‌نماید.^{۵۰} قانون مدنی هلند از بعضی جهات پا را فراتر از قانون مدنی آلمان گذارده است. زیرا مواد ۲:۶ و ۲:۴۸(۲) اجازه

46. Arthur Hurt kamp.

47. Supplementing function.

48. Restrictive function.

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

50. Ibid., p. 4, and, Felemegas, John, op. cit., at p. 11.

می‌دهند که دادگاهها آثار یک قرارداد یا لوازم یک مقرر موضوعه را با آثار و لوازمی که به نظرشان منصفانه‌تر می‌باشد جایگزین نمایند در حالی که دادگاههای آلمان به موجب ماده ۲۴۲ در این مورد محدودیت داشته و از این که رأساً قاعده معامله منصفانه و انصاف را ایجاد نمایند ممنوع می‌باشند.^{۵۱}

اعمال وسیع اصل حسن نیت در نظام حقوقی پرتغال نیز مشاهده می‌شود. در این نظام اصل حسن نیت به طور کلی در ماده ۷۶۲/۲ 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 می‌شود.^{۵۴}

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

۳- ایتالیا و اسپانیا

در ایتالیا نیز اصل حسن نیت صریحاً 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

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

52. Culpa in contrahendo.

53. Omitted terms.

54. Ibid., p. 11.

55. Ibid.

قانون اجرای قرارداد باید توأم با حسن نیت باشد. ماده ۱۱۷۵ که ناظر به تعهدات بطور کلی می‌باشد تصریح می‌کند که متعهد و متعهدله باید مطابق ضوابط حاکم بر یک معامله منصفانه (correttezza) عمل کنند. نویسندگان یادآور می‌شوند 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 هرگاه شخصی یکی از حقوق قراردادی خود را به اجرا گذارد موظف است برطبق حسن نیت عمل نماید. مواد ۱۱۳۵ و ۱۲۵۷ همین قانون مقرر می‌دارد هرگاه قراردادی منعقد می‌شود، تعهدات ناشی از آن فقط آن چه را که صریحاً بیان شده در بر نمی‌گیرد بلکه شامل هر چه که به حکم ماهیت موضوعات، اصل حسن نیت، عرف و قانون نیز برای یک قرارداد خاص یا برای سودمند شدن و مؤثر قرار گرفتن یک قرارداد ضروری می‌باشد نیز می‌گردد. ماده ۵۷ قانون تجارت این کشور نیز طرفین یک قرارداد را ملزم می‌کند تا قراردادهای تجاری را مطابق با استانداردهای حسن نیت اجرا نمایند.^{۵۷}

۴- دیگر کشورهای اروپایی دارای حقوق نوشته

ضرورت رعایت حسن نیت در روابط قراردادی همچنین در دیگر کشورهای اروپایی نظیر لوگزامبورگ، (ماده ۱۱۳۴/۳ قانون مدنی) هم مورد پذیرش قرار گرفته است. در بلژیک نیز محاکم این کشور حسن نیت را به نحو گسترده‌ای برای تکمیل تعهدات قراردادی مورد استفاده قرار داده

56. Ibid.

57. Ibid., p. 12.

و حتی برای محدود ساختن تعهدات در موارد عدم توازن و تناسب و سوءاستفاده از حق هم به این اصل استناد می‌کنند. اصل مزبور همچنین در خصوص انعقاد قرارداد مورد استناد قرار گرفته است.^{۵۸}

همچنین در کشورهای اسکانندیناوی 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 مقررات کشورهای فوق بیان نشده است، مقررات قانونی چندی وجود دارد که چنین اصلی را مفروض می‌دارد.^{۵۹}

در اتریش نیز اصل حسن نیت به عنوان یک قاعده اخلاقی بطور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است. قاعده اخلاقی که از فرمان سلطنتی اول ژوئن ۱۸۱۱ که مجموعه قوانین مدنی عام را معرفی کرده است سرچشمه می‌گیرد. 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 ذکر گردیده است (ر.ک. مواد ۸۶۳ و ۹۱۴ قانون مدنی). بنابراین، واضح است که اجرای تعهدات قراردادی در حقوق اتریش مشروط به رعایت حسن نیت می‌باشد اگرچه شرط حسن نیت در حقوق این کشور به گستردگی اصل حسن نیت در کشور آلمان نیست.^{۶۰}

همچنین بنا به اعلام مجلس اعیان انگلستان در سال ۱۹۹۷، در قضیه *Smith v. Bank of Scotland* یک قاعده بنیادین حسن نیت در حقوق

58. Ibid., p. 11.

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

60. Ibid.

قراردادهای اسکاتلند وجود دارد. اگرچه 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 fide) را می‌توان صرف نظر از دسته‌های قراردادهای امانی یا قراردادهای با حداکثر حسن نیت (uberrima fidei) در حقوق اسکاتلند پیدا نمود.^{۶۱}

آنچه مهم است این است که در تمام این کشورها حسن نیت یک قاعده امری محسوب و استثنا 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 به عنوان یک اصل کلی نمی‌باشند. این کشورها در پاسخ به مسائل گوناگون ناشی از عدم رعایت انصاف، به راه‌حل‌های موردی روی آورده‌اند. اگر نظام‌های 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 تأمین می‌نماید به کار می‌بندند، در نظام‌های حقوق عرفی همین آرمانها در دکترین‌های خاصی نظیر اگره،^{۶۳} اعمال نفوذ ناروا،^{۶۴} اشتباه^{۶۵} و تدلیس

61. Ibid.

62. Ibid., p. 12.

63. Duress.

64. Undue Influence.

65. Mistake.

(سوء عرضه)^{۶۶} و نیز در قوانین خاص نظیر قانون بیع کالا^{۶۷} و قانون شروط قراردادی غیرمنصفانه^{۶۸} انگلیس متبلورند. جز در چارچوب دکترین‌های پیش گفته طرفین مختارند تا حقوق قانونی خود را بطور دقیق و بدون توجه به انگیزه‌ها و دواعی^{۶۹} دنبال کنند.^{۷۰}

با این همه چنانکه پیش از این نیز گفتیم علاوه بر اختلاف نظر خانواده‌های بزرگ حقوقی نظیر حقوق نوشته و حقوق عرفی درباره حسن نیت، در درون هر خانواده نیز تنوع دیدگاه دیده می‌شود. از همین رو، نمی‌توان دیدگاه بالا درباره جایگاه حسن نیت را به همه کشورهای حقوق عرفی نسبت داد. به نظر می‌رسد 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 می‌دهیم.

۱- انگلیس

در میان کشورهای دارای حقوق عرفی، انگلیس سرسختانه‌ترین 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

66. Misrepresentation.

67. Sale of Goods Act 1979.

68. Unfair Contract Terms Act 1977.

69. Motives.

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

71. Sim, Disa, ibid., at pp. 10-11.

بیان می‌کنند که اصولاً حقوق قانونی، بدون توجه به نیت و انگیزه قابل اجرا می‌باشند. این که طرف در مقام استیفای حق خود فاقد صداقت یا حسن نیت است، خللی به حقوق وی وارد نمی‌سازد. لذا در دعوایی که چندین دهه پیش اتفاق افتاد، فروشنده‌ای برای عرضه مقداری الوار با ابعاد خیلی دقیق قراردادی منعقد کرد. تعدادی از الوار تهیه شده خیلی کوتاه بودند یعنی؛ فاقد ابعاد مورد توافق محسوب می‌شدند اما در عمل، مشکلی برای خریدار ایجاد نمی‌کردند. زیرا خریدار می‌توانست خود از آنها استفاده کند و یا آنها را بازفروش نماید. اما بازار را کد شده بود و خریدار دنبال بهانه‌ای می‌گشت 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 اعلام داشت: آری قرارداد برای تهیه الوار به ابعاد ۱/۴ اینچ به معنای تقریباً ۱/۴ نیست بلکه دقیقاً باید ۱/۴ باشد و قرارداد باید دقیقاً اجرا شود. بهانه و انگیزه خریدار برای فسخ قرارداد مهم نیست. وی پس از این که دریافت مبیع مطابق با قرارداد نیست حق دارد از امتیاز عدم مطابقت کالا با قرارداد استفاده نماید حتی اگر نقض قرارداد هیچ خسارتی به او نزده باشد.^{۷۲}

مسئله این دیدگاه با دکترین حسن نیت که رعایت حسن نیت را در مقام اعمال ضمانت اجراهای یک قرارداد^{۷۳} ضروری می‌شمارد مغایرت

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.

دارد.

با عنایت به این مبنا که استیفای 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 دامنه گسترده‌ای 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 می‌روند، اما روح و حقیقت آن را بطور موجه جزئی در کالبد نظام حقوقی خود ساری و جاری می‌دانند. به اعتقاد آنان، حقوق انگلیس گاه به همان نتایجی دست می‌یابد که نظامهای حقوق نوشته از طریق حسن نیت بدان نایل می‌شوند. مثالهای پروفیسور گود در این باره قابل توجه است. وی می‌گوید^{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 به خاطر نقض قرارداد متحمل ضرری شود ولیکن از هر گونه اقدام معقول و معمول برای کاهش خسارات امتناع ورزد، به اندازه‌ای که می‌توانسته از ورود خسارت جلوگیری نماید حق مطالبه خسارت نخواهد داشت. این امر نه بخاطر اصل حسن نیت بلکه به دلیل قاعده خاصی است که می‌گوید: به

74. Caveat emptor rule.

75. Roy Goodc, *ibid.*, pp. 4-5.

اندازه‌ای که خواهان خود اسباب تیره بختی خود را فراهم آورده است نمی‌تواند از خواننده انتظار غرامت داشته باشد. همچنین فروشنده کالاهای معیوب یا غیر مطابق با موضوع قرارداد مسؤول است، اما نه به خاطر عدم افشای عیوب یا اقدام توأم با سوء نیت بلکه صرفاً به دلیل عدم ایفاء تعهد و تأمین نکردن آنچه که تعهد کرده بود و نیز مثلاً شخصی که سهواً از افشای عیوب خطرناک کالایی که عرضه می‌کند قصور می‌ورزد در مقابل دریافت‌کننده کالا بخاطر ضررهای ناشی از آن از باب مسؤولیت مدنی (شبه جرم)^{۷۶} مسؤول است، پس در این مورد نیز وجود و عدم حسن نیت مطرح نیست بلکه شخص به علت سهو و غفلت^{۷۷} خود ضامن می‌باشد.

نمونه‌هایی که در بالا از زبان پروفیسور گود مطرح شد بار دیگر مطلبی را که در سرآغاز این گفتار ذکر شد تأیید می‌کند که طرف‌های معامله به حرکت در چارچوب اصل حسن نیت مقید نیستند بلکه تنها در صورتی یک عمل مسؤولیت‌آور است که در قلمرو دکترین‌های عام شبه جرم، اکراه، غفلت و مانند آن قرار گیرد.

به عنوان تأییدی دیگر بر نظریه فوق، می‌توان دو مورد دیگر از مواردی را که بعکس نظام‌های حقوق نوشته، اصل حسن نیت کارایی ندارد ذکر کرد. یکی از آنها زمانی است که هیچ تکلیف و تعهدی وجود ندارد. در این هنگام رعایت حسن نیت هیچ ضرورتی ندارد. از همین‌رو شروع مذاکرات قراردادی هیچ تکلیفی برای انعقاد قرارداد ایجاد نمی‌کند. بنابراین طرف مذاکره می‌تواند یکجانبه مذاکرات را قطع کند حتی اگر طرف را تا

76. Tort.

77. Negligence.

مرز انعقاد قرارداد کشانده باشد به طوری که فقط امضای قرارداد باقی مانده باشد. مورد دیگر مذاکره همزمان یک طرف با چند طرف است بدون این که به هیچ یک از آنها از مذاکره خود با دیگری اطلاعی دهد. این نیز مسؤولیتی به بار نمی آورد. استدلال حقوقدانان انگلیسی برای مسؤولیت 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 مناقصه‌ای برای قرارداد ساخت دعوت می شود، ممکن است مبالغ زیادی برای برآوردها و پیش‌بینی‌ها 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 شخص 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 در مورد آن قائل به جبران خسارت است.^{۷۸}

حال که دیدگاه حقوق انگلیس به عنوان بارزترین نظام حقوقی مخالف با دکتترین حسن نیت در مجموعه کشورهای دارای حقوق عرفی دیده شد، شایسته است که دلیل این همه مخالفت را نیز جویا شویم. دو استدلال نیرومند بیش از همه در ورای این نظریه دیده می شود: اولاً، قابلیت پیش‌بینی نتایج و پیامدهای حقوقی^{۷۹} یک مسأله بسی مهم‌تر از اجرای

78. Ibid., p. 4.

79. Predictability of the Legal outcome.

عدالت محض است.^{۸۰} یک تاجر باید بداند، در کجا و در چه موقعیتی قرار دارد. به هم ریختن نظم معاملات موجب می‌شود که بازرگانان نتوانند برای حیات تجاری خود برنامه‌ریزی کنند. ثانیاً، مفاهیم مبهم و گنگی چون انصاف و حسن نیت موجب عدم امکان پیش‌بینی تصمیمات قضایی می‌گردد.^{۸۱}

آری دخالت عنصر حسن نیت در قرارداد به راستی پیش‌بینی آینده قرارداد و عواقب یک اقدام را ناممکن می‌سازد. زیرا هر فعل یا ترک فعلی ممکن است به نظر یک طرف امری مغایر با حسن نیت تلقی شود. اما آیا بدین سبب می‌توان 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 تاکنون مفهومی شخصی، نسبی و بی‌ثبات 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.

قابل ذکر است که حقوق انگلیس اخیراً نشانه‌هایی از دل‌بستگی 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 می‌کند.^{۸۳} مهم‌ترین محدودیتی که حتی در تعریف قانونی آن آمده این

80. Absolute justice.

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", op.cit., at pp. 5-6.

83. Roy Goode, op.cit., p. 2.

است که هرگاه 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}

۲- آمریکا

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 پروفسور فرانس ورث گفته است: اعتبار دکترین حسن نیت در کشورهای حقوق عرفی ملهم از انگلستان که پیشقراول سنتی مفاهیم حقوق عرفی است نمی‌باشد بلکه باید آن را در حقوق آمریکا جستجو کرد.^{۸۵} دکترین حسن نیت نخست در چند ایالت محدود مانند نیویورک و کالیفرنیا مطرح شد و سپس در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC or Uniform Commercial Code) مقبولیت یافت و از آن پس رسمیت ملی و همگانی پیدا کرد.^{۸۶} هم‌اکنون حسن نیت در چندین ماده از مواد (UCC) انعکاس یافته است. به عنوان نمونه ماده ۲۰۳-۱ یک تعهد کلی و عام مبنی بر لزوم رعایت حسن نیت را مقرر می‌دارد. به تصریح این ماده، هر قرارداد یا الزام ناشی از این قانون، رعایت حسن نیت در مرحله اجرا و

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".

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

86. *Ibid.*

اعمال ضمانت اجراهای آن را ایجاب می‌نماید.^{۸۷} ماده (۱۹) ۱-۱۰۲. یک تعریف عام از حسن نیت را ارائه می‌دهد. بر اساس این ماده حسن نیت عبارت از صداقت عملی و عینی در رفتار یا معامله مربوطه است. البته برخی از مواد فرعی این قانون مشتمل بر تعاریف دیگری می‌باشند. مثلاً ماده ۲ مقرر می‌دارد که، حسن نیت نه تنها به معنای صداقت عینی و عملی، بلکه به معنای رعایت استانداردهای معقول معامله منصفانه در تجارت نیز می‌باشد. طراحان American Restatement (second) of Contracts نیز تحت تأثیر (UCC) در ماده ۲۰۵ مقرر داشته‌اند که هر قراردادی بر عهده طرف مقابل وظیفه حسن نیت و معامله منصفانه را در مرحله اجرای قرارداد و اعمال ضمانت اجراهای آن قرار می‌دهد.^{۸۸} براساس 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 شده‌اند، در مجموعه مذکور به جای ارائه تعریفی ایجابی و مستقیم از حسن نیت، تعریفی سلبی از آن ارائه شده است و لذا ماده مذکور به جای تعریف حسن نیت و یا ذکر نمونه‌هایی از آن به ارائه فهرستی از نمونه‌های سوء نیت (Bad faith) اکتفا کرده است. در این خصوص پروفیسور سامرز توضیح می‌دهد 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

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

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

تعریف کرد، نه به آنچه که هست.^{۸۹}

آخرین سخن را از پروفیسور فرانس ورث نقل می‌کنیم که وضعیت آمریکا را در بین کشورهای حقوق عرفی و قانون نوشته به زیبایی ترسیم می‌کند. وی می‌گوید: آمریکا در خصوص مسأله حسن نیت و معامله منصفانه، نقشی دوگانه ایفا می‌کند. از یکسو پیشتاز کشورهای حقوق عرفی محسوب می‌شود، و از سوی دیگر نقشی واسطه و میانه بین انگلیس و کشورهای قانون نوشته ایفا می‌نماید.^{۹۰}

۳- استرالیا و کانادا

این دو کشور را باید در میانه طیف کشورهای حقوق عرفی محسوب کرد. به گفته بعضی از نویسندگان، دکترین حسن نیت در این کشورها هنوز دوران صباوت خود را طی می‌کند و در مقایسه با آمریکا دارای وضعیتی میانه است.^{۹۱} در حقوق کانادا دکترین حسن نیت رفته رفته جایگاه مناسبی پیدا می‌کند. سه مطالعه رسمی در این کشور صریحاً 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 گزارش خود راجع به قرارداد فروش و در سال ۱۹۸۷ در گزارش خود پیرامون لزوم اصلاح حقوق قراردادهای این ایالت و همچنین مؤسسه تحقیقات حقوقی و اصلاح مقررات ایالت آلبرتا در سال ۱۹۸۲^{۹۲} از

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

90. Fransworth, E. Allan, ibid., p. 6.

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

92. Institute of Law Research and Reform, "The Uniform Sale of Goods Act", Edmonton,

پیش‌بینی یک قاعده عام مبنی بر لزوم رعایت حسن نیت همانند حقوق آمریکا حمایت نموده است.^{۹۳}

همچنین در حقوق استرالیا، پروفیسور جان کارتر می‌گوید: حسن نیت لزوماً یک جزء لاینفک حقوق قراردادهای استرالیا است. زیرا طرفین قرارداد باید در مرحله مذاکره و اجرای قرارداد و نیز به هنگام اعمال حقوق و اختیارات خود صادقانه عمل کنند. به اعتقاد ایشان، این امرچنان بدیهی است که کسانی که جز این فکر می‌کنند یا مرتکب یک فرض کاملاً غلطی هستند یا باید مفهومی که استاندارد عام‌تر و شامل‌تر باشد را ارائه دهند.^{۹۴}

مبحث دوم: مفهوم و جایگاه حسن نیت در اسناد بین‌المللی

گفتار اول - کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG)

مذاکرات و مباحثاتی که نهایتاً منجر به شکل‌گیری کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا گردید سالیانی چند به درازا کشید. یکی از پرچالش‌ترین موضوعات این کنوانسیون، موضوع حسن نیت بود. برای فهم درست‌تر مفهوم و جایگاه حسن نیت در کنوانسیون سزاوار است نخست گزارشی از تاریخچه وضع حسن نیت در کنوانسیون که در واقع بیانگر چالش‌های پیش گفته است ارائه کنیم، سپس به دلایل موافقان و مخالفان آن پرداخته و آنگاه مهم‌ترین آرا و نظریاتی که از سوی شارحان کنوانسیون (که بعضاً

Alberta, 1982, at 66-72.

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

94. Carter, J.W, *op.cit.*, p. 168.

خود از واضعان آن نیز بوده‌اند) درباره مفهوم و جایگاه حسن نیت در کنوانسیون بیان شده است را بحث و بررسی نماییم.

الف) تاریخچه وضع

موضوع حسن نیت در کنوانسیون وین اول بار توسط نمایندگان کشور اسپانیا در سال ۱۹۷۲ مطرح شد.^{۹۵} 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 می‌تواند خسارتی را که به علت مزبور متحمل شده است مطالبه نماید.^{۹۶}

95. 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.

96. 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.

در وهله نخست نمایندگان بسیاری از کشورها از پاراگراف اول آن حمایت کردند. زیرا احساس می‌نمودند که در بسیاری از نظام‌ها اصول و مفاهیمی مشابه با آن وجود دارد و بنابراین زمینه کافی برای پیش‌بینی آن در یک سند بین‌المللی فراهم است.^{۹۷} البته ملاحظاتی نیز پیرامون آن وجود داشت که مهم‌ترین آن به ابهام و غیردقیق بودن مفهوم حسن نیت باز می‌گشت. ابهام مفهوم حسن نیت این خطر را در پی داشت که معنای آن بسته به قضاوت ارزشی افراد تفاوت پیدا کند.^{۹۸} 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 بین‌المللی بازرگانان است مناسب نمی‌باشد. زیرا همانگونه که پروفیسور هانولد متذکر شده است قید معافیت فروشنده از مسؤولیت می‌تواند با تقلیل بهای کالا توسط خریدار جبران گردد.^{۹۹}

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.^{۱۰۰} تعداد قابل

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.

97. Ibid., para. 71.

98. Sim, Disa, op. cit., p. 16, and. Godcre, 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.

99. Honnold, John, op. cit., para. 81.

100. For more detailed information see: ibid., at 369-370, paras. 42-60, and, Bonell, M. J., in: Bianca, C. M.; Bonell, M. J.: "Commentary on the International Sales Law", (Giuffrè, Millan,

توجهی از نمایندگان کشورها پیشنهاد حذف آن را مطرح کردند، با این توجه که مفهوم بین‌المللی حسن نیت آن قدر مبهم است که آن را عملاً از خاصیت ساقط می‌کند. به اعتقاد گروهی دیگر، درج مقرره‌ای درباره حسن نیت عملی عبث و بیهوده بوده زیرا مفهوم آن تقریباً بطور ضمنی در مقررات تنظیم‌کننده روابط تجاری کلیه کشورها وجود داشت. و سومین خرده‌گیری آن بود که هیچ ضمانت اجرایی برای نقض آن پیش‌بینی نشده بود.^{۱۰۱}

با این همه کسان زیادی از ابقاء مقرره مزبور دفاع می‌کردند. به اعتقاد آنان مفهوم حسن نیت در سطح جهانی شناخته شده بود. گرچه مفهوم حسن نیت در همه نظامها یکسان تلقی نمی‌شد، محتوای آن از طریق تصمیمات قضایی بطور فزاینده‌ای ملحوظ بود. به علاوه حتی بدون وجود ضمانت اجرای کافی برای نقض آن، چنانکه پروفیسور هانولد اذعان می‌دارد، نفس وجود چنین مقرره‌ای تمایل طرفین معامله و دادگاهها را بدین موضوع نشان می‌دهد که در معاملات بازرگانی بین‌المللی استانداردهای بالایی مورد انتظار است. همچنین امید می‌رفت که پذیرش چنین مقرره‌ای برخی از آرمانهای مربوط به نظم اقتصادی نوین بین‌المللی را رواج داده و رویه‌های تجاری نامطلوب یا تبعیض‌آمیز را کاهش بخشد. در حالی که حذف مقرره مزبور چه بسا کمیسیون را در معرض این اتهام قرار می‌داد که به اعتقاد آنان رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل ضروری نیست.^{۱۰۲}

1987), at 65-94.

101. Sim, Disa, op. cit., pp. 16-17, and, ibid., para. 45.

102. Sim, Disa, ibid., p. 17, and, Honnold, John, ibid., para. 47.

برخی از کشورهای در حال توسعه از این بابت نگران بودند که نکند معامله منصفانه (Fair dealing) به استانداردهای جاری و رایج در رویه‌های تجاری بین‌المللی برگردان شود، در حالی که استانداردهای مزبور ضرورتاً منصفانه نبودند.^{۱۰۳} پیشنهاد جایگزینی همکاری بین‌المللی^{۱۰۴} به جای حسن نیت نیز مشکل را بغرنج‌تر می‌کرد. زیرا اصطلاح مزبور آنقدر مبهم و تاریک بود که تعیین دقیق قلمرو و آثار آن ناممکن بود.^{۱۰۵}

به منظور برون رفت از این تنگنا گروه کاری تصمیم گرفت که یک مصالحه و سازش^{۱۰۶} را دنبال کند.^{۱۰۷} به همین منظور چند راه‌حل مسالمت‌جویانه 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 هرگونه خاصیت می‌گردید. پیشنهاد بعدی درج حسن نیت در ضمن یک ماده به منظور تفسیر اظهارات و رفتار طرفین بود. این نظر نیز با این استدلال که هدف از مقرره راجع به حسن نیت تعیین قصد و نیت طرفین نبوده، بلکه تعیین یک استاندارد رفتاری است مردود اعلام شد. مصالحه‌ای که بیش از همه مورد حمایت قرار گرفت عبارت جدیدی بود که در قالب ماده ۶ به ترتیب زیر تدوین شد:

103. Sim, Disa, *ibid.*

104. International cooperation.

105. *Ibid.*

106. Compromise.

107. *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*, Issuc 1 (1999) 15-40, available in Pace University School of Law's Home Page, at p. 3.

“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 نمی‌شود.^{۱۰۸}

سرانجام در کنفرانس وین به سال ۱۹۸۰ تلاشهایی برای احیای مفهوم حسن نیت صورت گرفت.^{۱۰۹} 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 قرارداد بیع است نه تفسیر کنوانسیون.^{۱۱۰} پیشنهاد ایتالیا از این فراتر رفته، مقرر می‌داشت که اصل حسن نیت در مقام تشکیل، تفسیر و اجرای قرارداد لازم‌الاجرا است. اما همه این تلاشها شکست خورد و ماده ۱-۷ به شکل کنونی از تصویب گذشت. زیرا احساس عمومی بر آن بود که ماده ۱-۷ برآیند مصالحه‌ای است که سخت به دست آمده و طرح و بررسی مجدد آن دلیل موجه و کافی ندارد.^{۱۱۱}

108. Ibid.

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

110. Sim, Disa, op. cit., p. 17, and, Honnold, John, ibid., para. 6.

111. Ibid.

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

گرچه برخی از دلایل موافقت و مخالفت با درج حسن نیت در کنوانسیون بیع بین‌المللی در ضمن بیان تاریخچه وضع ماده ۱-۷ گفته شد، اکنون بطور مستقل این باب را می‌گشاییم تا شناخت مبسوط‌تری از موضوع به دست آید. نخست دلایل مخالفان و سپس ادله موافقان را بازگو 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 ارتقا داد.^{۱۱۲} براساس 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 تماماً حاوی اصول حقوقی و بیانگر بایدها 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.^{۱۱۳} و حال آن‌که در سندی که در صدد

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

113. Honnold, John, ibid., at 299.

یکسان‌سازی مقررات حاکم بر روابط تجاری است باید مفاهیمی چنان روشن به کار رود که مانع تشتت آرا و تنوع برداشتها گردد. حتی گفته می‌شد که ابهام بیش از حد این مفهوم آن را عملاً بی‌خاصیت و بی‌معنا کرده است.^{۱۱۴}

۱-۳- عدم تعیین ضمانت اجرا

ضمانت اجرای نقض حسن نیت معلوم و مشخص نبود.^{۱۱۵} پیش‌بینی تعهد بدون تعیین تکلیف درخصوص نقض آن عملی بیهوده محسوب می‌گردید.

۱-۴- عدم حتمیت و عدم قابلیت پیش‌بینی

این استدلال را که اتفاقاً کمتر مورد توجه قرار گرفته است می‌توان قویترین دلیل مخالفت با حسن نیت تلقی کرد. استدلال مزبور که از سوی حقوقدانان کاملاً 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 پیش‌بینی می‌شود مردود است.^{۱۱۶} 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 تأثیری در سرنوشت قرارداد می‌گذارد. در حالی که عنصر حسن نیت به دلیل ابهام

114. Ibid.

115. Ibid.

116. Goode, Roy, op. cit., pp. 4-5.

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 هرکس 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 و به نظر دیگری ممکن است خالی از حسن نیت ارزیابی گردد.

برخی دیگر از موضوع قابلیت پیش‌بینی^{۱۱۷} به عنوان لزوم «حتمیت» در قرارداد یاد کرده‌اند. 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^{۱۱۸} «جز در چارچوب آنچه که درباره آن توافق شده است هیچ وظیفه دیگری وجود ندارد».^{۱۱۹}

۱-۵- لغویت

به نظر عده‌ای دیگر پیش‌بینی 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 کنوانسیون ضروری نمی‌باشد.^{۱۲۰}

117. Non-predictability.

118. No duty to contract except on terms agreed upon.

119. Keily, Troy, op.cit., p. 4.

120. Ibid.

۲-۲- دلایل موافقت

۱-۲- مقبولیت جهانی

به اعتقاد موافقان درج حسن نیت در کنوانسیون بیع بین‌المللی، مفهوم مزبور در سطح جهانی شهرت و مقبولیت داشت. بنابراین درج آن در یک سند بین‌المللی بی‌ضرر بود.^{۱۲۱} اندکی قبل دیدیم که برخی دقیقاً به همین علت با درج حسن نیت در سند کنوانسیون مخالف بودند. به اعتقاد آنان از آنجا که حسن نیت بطور ضمنی در مقررات همه کشورها ملحوظ نظر است، درج دوباره آن در کنوانسیون عملی لغو و بیهوده است.

۲-۲- ضرورت

دلیل دیگر 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 سازمان‌دهنده تجارت بین‌الملل است، در واقع گسترش ارزشمند یک هنجار رفتاری است که در تجارت بین‌الملل بطور گسترده‌ای به عنوان یک ضرورت به رسمیت شناخته می‌شود.^{۱۲۲}

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 تنظیم‌کننده سند رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل ضروری

121. Ibid.

122. Ibid.

نیست. به عکس با پذیرش آن امید می‌رفت که برخی از آرمانها و آرزوهای مربوط به تشکیل نظم نوین اقتصادی بین‌المللی برآورده شده و از رویه‌های نامطلوب یا تبعیض آمیز اقتصادی کاسته شود.^{۱۲۳}

۲-۴- ترویج عدالت

دست کم از مفهوم برخی نوشته‌ها برمی‌آید که حسن نیت موجب رواج عدالت معاملاتی^{۱۲۴} شده و از خشونت و صلابت اصول حقوقی می‌کاهد.^{۱۲۵}

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

البته مخالفان دکترین حسن نیت نیز که با این مشکل مواجه بوده‌اند، در مقام چاره‌جویی برآمده گفته‌اند: با مفاهیمی مشابه با حسن نیت مانند نامعقول بودن و عدم رعایت وجدان^{۱۲۶} که در درون دستگاه حقوقی کامن‌لا تعبیه شده است می‌توان از خشونت و تندی اعمال اصول حقوقی کم کرد.^{۱۲۷}

123. Sim, Disa, op.cit., p. 17.

124. Goode, Roy, op.cit., p. 4.

125. Sim, Disa, op.cit., p. 12.

126. Unconscionability.

127. Ibid.

ج) مفهوم

دیدیم که سرانجام پس از کشمکش‌های طولانی و در نتیجه مصالحه‌ای 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”.

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 مبدأ بازگشت عبارت مزبور است. دو احتمال پیشنهاد شده است؛ احتمال نخست آن است که عبارت مزبور به واژه *Promote* معطوف شده باشد. و احتمال دیگر آن است که این واژه به صدر جمله عطف شده باشد.^{۱۲۸} به بیان دیگر آیا *observance* به *Uniformity* عطف شده است یا به خود *To the need*؟ روشن است که نتیجه اختلاف کاملاً سرنوشت‌ساز است. زیرا بنا بر احتمال نخست که *Promote* به اصطلاح نحوی عامل *observance of good faith* نیز باشد مفهوم ماده ۱-۷ این خواهد شد که

128. 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.

مفسران کنوانسیون باید به ضرورت ترویج و توسعه رویه واحد در اجرای کنوانسیون و نیز رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه کافی مبذول دارند. به بیان دیگر، قضات و داوران در مقام تفسیر و اعمال مقررات این سند باید به دور از ملاحظات، گرایش‌ها و منافع ملی و سیاسی و تنها براساس محتوا و مفاد آن مقررات کنوانسیون را تفسیر نمایند. این تکلیف نظیر همان تکلیفی است که ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات سال ۱۹۶۹ وین پیش‌بینی می‌نماید. ولی بنا بر احتمال دوم که observance of good faith به the need to 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 ویژگی فراملی و بین‌المللی 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 قرارداد را به چنین رویه‌های اخلاقی راهنمایی نمایند. بدین 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 اگرچه توجه به ترویج و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی به ظاهر متوجه مفسران کنوانسیون به هنگام تفسیر می‌باشد، پرواضح است که ترویج حسن نیت از طریق تفسیر مقررات این کنوانسیون که بخش عمده آن ناظر به تعهدات طرفین می‌باشد به شدت وظایف متعاقبین را تحت تأثیر قرار خواهد داد. البته دیدگاه‌های دیگری نیز وجود دارد. براساس یک دیدگاه حسن نیت یک تکلیف قراردادی برای هر دو طرف قرارداد است. حال آن‌که بنا بر دیدگاه دیگر رعایت حسن نیت نه تنها

یک تکلیف قراردادی فراگیر برای هر دو طرف قرارداد است بلکه از آنچه کارکرد و نقشی برخوردار 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 بنا بر 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 عناوین اصل تفسیری، تعهد قراردادی و اصل کلی بنیادی بررسی می‌نماییم.

۱- راهنمای تفسیری

شمار زیادی از شارحان کنوانسیون معتقدند که از نقطه نظر این سند حسن نیت وظیفه طرفین قرارداد نیست، بلکه حداکثر تنها ابزاری جهت تفسیر مقررات کنوانسیون به شمار می‌رود.^{۱۲۹} بر این اساس، همه حقوق و

129. 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 Convention on Contracts for International Sales", Matthew Bender, 1984, Sim, Disa, op.cit., 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.

تعهدات مذکور در کنوانسیون باید در پرتو اصل حسن نیت تفسیر شود و هرگونه برداشتی از مقررات که به سوء نیت و بداندیشی یا بدرفتاری یکی از طرفین قرارداد اعتبار بخشد محکوم به رد است.^{۱۳۰}

یک استدلال مهم این گروه از شارحان کنوانسیون ظاهر عبارت ماده ۷-۱ است. به گفته آنان، اصطلاح حسن نیت بطور صریح فقط در ماده ۷-۱ کنوانسیون آمده است و سبک و سیاق ادبی آن تنها با اعطای نقش تفسیری به عنصر حسن نیت سازگاری دارد. به عنوان مثال برحسب ماده ۲۴ کنوانسیون، اعلام قبول هنگامی به مخاطب واصل می‌شود که به محل تجارت یا به نشانی پستی او تحویل گردد. حال اگر قبول‌کننده (قابل) بداند که طرف دیگر (موجب) که ضمناً دارای اقامتگاه تجاری می‌باشد 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.^{۱۳۱} پروفیسور هانولد در شمار طرفداران این نظریه است. وی علاوه بر ظاهر متن ماده ۷-۱ از مذاکرات و تاریخچه وضع آن نیز استفاده می‌نماید.^{۱۳۲}

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 غریب است که در

۱۳۰. برای تبیین این رویکرد می‌توان 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 می‌نماید.

131. Sim, Disa, op.cit., p. 19 citing from Gyula Ersi in footnote no. 140.

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

حقیقت اصل حسن نیت را مدفون می‌کند.^{۱۳۳} اما بر خلاف اعتقاد ایشان به نظر می‌رسد مصالحه مزبور سرانجام به سود دیدگاه حقوق موضوعه خاتمه یافته است و اگر تا هنگام وضع حسن نیت در ماده ۷-۱، 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 شکل‌گیری است. زیرا، همانطوری که در بالا یادآوری شد، ممکن نیست که قضاات، داوران و دیگر مفسران کنوانسیون مکلف به ترویج حسن نیت در عرصه تجارت بین‌الملل باشند ولیکن تجار که خود موضوع تجارت بین‌الملل هستند 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 طرف‌های یک معامله بین‌المللی که خود موضوع حق و تکلیف حسن نیت مقرر در کنوانسیون می‌باشند بتوانند از اجرای آن سر باز زنند.^{۱۳۴}

این تحلیل که بر نقش غیرمستقیم نظریه تفسیری حسن نیت در ایجاد تکلیف برای متعاملین تأکید دارد، در برخی از شرح‌های کنوانسیون دیده می‌شود. 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 می‌گوید: «مطمئناً تنها با الزام طرفین به رعایت حسن نیت است که حسن نیت در تجارت

133. Cited 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.

134. Keily, Troy. op. cit., p. 5.

بین‌الملل می‌تواند به حقیقت ترویج شود. مسأله «ترویج» حسن نیت با ارائه تفسیری از ماده ۷-۱ که اجازه دهد طرفین از زیر بار مسؤولیت 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 می‌کند، آن را به عنوان لازمه عملیات تفسیر نیز معرفی می‌نماید. وی تصریح می‌کند که «حتی اگر بپذیریم که ماده ۷-۱ وظیفه حسن نیت را به طرفین قراردادی تحمیل ننموده و صرفاً ایجاب می‌کند که مقررات کنوانسیون با حسن نیت تفسیر شود، باز مسأله باقی است. زیرا کنوانسیون، حقوق و تعهدات طرفین را در بیع بین‌المللی کالا مقرر می‌دارد و ماده ۷-۱ نیز مقرر کرده است که هنگام تفسیر این مقررات، اصل حسن نیت باید لحاظ شود. حال با اطمینان می‌توان نتیجه گرفت که تفسیر کنوانسیون با لحاظ حسن نیت بدون آن که رفتار طرفین را به طور غیرمستقیم تحت تأثیر قرار دهد ممکن نیست».^{۱۳۵} نویسنده‌ای دیگر از این دیدگاه حمایت کرده، می‌گوید: «حسن نیت در خلأ شکل نمی‌گیرد و در عمل هنگامی به عنوان یک قاعده تحقق می‌یابد که اشخاص ملزم به اعمال آن باشند».^{۱۳۶}

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 به عنوان استاندارد برای تفسیر قرارداد و توافق فی‌مابین به شمار آورده‌اند.^{۱۳۷} البته نمایندگان حقوق عرفی در هنگام مذاکرات راجع به

135. Ibid.

136. Koneru, Phanesh, op. cit., p. 9.

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

کنوانسیون با چنین جایگاهی برای حسن نیت مخالفت ورزیدند.^{۱۳۸}

۲- تکلیف قراردادی

بر اساس این رویکرد که برخی از نویسندگان بزرگ^{۱۳۹} از آن جانبداری می‌کنند، رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد برحسب کنوانسیون یک تعهد و تکلیف است. به اعتقاد ایشان، عبارت ماده ۷-۱ را که «ضرورت ترویج رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل» را مقرر می‌دارد باید تفسیر موسع کرده، همان‌طور آن را به اصل کنوانسیون ناظر می‌دانیم به عنوان وظیفه طرفین نیز باید تلقی کنیم.^{۱۴۰}

انتقاد مهمی که به این ادعا وارد است نادیده گرفتن تمام سوابق تاریخی مربوط به وضع ماده ۷-۱ و فراموش کردن همه گفتگوهای است که در مخالفت با تعیین تکلیف در خصوص رعایت حسن نیت صورت گرفته است. نیم‌نگاهی به تاریخچه وضع ماده ۷ کنوانسیون نشان می‌دهد که هرگونه تلاش برای طرح حسن نیت به عنوان یک تعهد اساسی شکست خورده و مورد قبول قرار نگرفته است.^{۱۴۱}

شاید به همین سبب باشد که برخی دیگر از شارحان بدون آن که از

138. Keily, Troy, op. cit., p. 3.

139. 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.

140. Nives, Povrzenic, "Interpretation and Gap-Filling under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 1997, available in Pace University School of Law's Home Page.

141. Sim, Disa, op. cit., p. 15.

اصل ادعا صرف نظر کرده باشند آن را بر مبنای دیگری استوار نموده‌اند. 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 کرده‌اند. در واقع آنان با تشکیل یک قیاس منطقی نتیجه گرفته‌اند که به حکم کنوانسیون رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد ضروری است. در صغرای قیاس خود آورده‌اند که تعهد حسن نیت بی‌شک از موارد عرف عام بارزگانی جدید (*Lex mercatoria*) است.^{۱۴۲} کبرای 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 می‌باشند». و در قسمت ۲ همان ماده آمده است: «فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌بایست وقوف می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، بطور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود».

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 بین‌الملل، اصول کلی حقوق و چندین تأسیس حقوقی دیگر نیز می‌شود.^{۱۴۳} و حال آن‌که ماده (۲) ۹ فقط از عرف و عادت سخن گفته است

142. Sim, Disa, op. cit., p. 15.

143. Ibid., p. 22.

و آن دسته از شارحان نیز که حسن نیت را از عناصر لکس مرکاتوریا دانسته‌اند معلوم نساخته‌اند که آن را از کدامیک از تأسیسهای مشمول لکس مرکاتوریا استنتاج کرده‌اند. ثانیاً، چنانکه در مباحث قبلی دیدیم، میان خانواده‌های حقوقی و حتی در درون هر خانواده میان نظام‌های زیر مجموعه‌شان در خصوص حسن نیت اختلافات چشمگیری وجود داشت. با این وجود چگونه می‌توان آن را یک عرف مسلم بین‌الملل دانست. البته اگر حسن نیت حتی در همه مقررات حقوقی و در همه نظامها به عنوان 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 عرفهای تجاری صف کشورهای در حال توسعه را از صف کشورهای توسعه یافته جدا ساخت.^{۱۴۴} زیرا این تصور وجود داشت که بسیاری از عرفهای غالب و جاری در عرصه تجارت توسط کشورهای توسعه یافته تأسیس و گسترش یافته‌اند در حالی که به اعتقاد کشورهای در حال توسعه آنها همیشه منصفانه و عادلانه نبودند، در نتیجه آنان از این که تعهد حسن نیت بر مبنای عرف بین‌المللی به متن کنوانسیون راه یابد هراسناک بودند و چنین امری می‌توانست اعتماد آنان را از سند مزبور سلب نماید.

بلی حسن نیت را می‌توان به عنوان یک عرف خاص و منطقه‌ای پذیرفت اما ادعای بالاتر و پذیرش آن به عنوان یک عرف عام بین‌المللی

144. Ibid., p. 23.

جدا دشوار است.^{۱۴۵}

به رغم مردود شمرده شدن ابتدای تکلیف حسن نیت بر عرف عام هنوز امید به استنباط تکلیف مزبور از کنوانسیون به یأس 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. پروفیسور فرانس ورث یکی از راویان این قرائت از کنوانسیون می‌باشد.

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 می‌باشد، در عین حال همان گروه معتقدند که می‌توان وظیفه حسن نیت را از اصولی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است استنباط و استخراج کرد.^{۱۴۶}

در پایان جالب است بدانیم که علیرغم قلت رویه قضایی در این خصوص، در اندک آرای گزارش شده، محاکم کشورهای عضو کنوانسیون عملاً رعایت حسن نیت را به عنوان یک تکلیف لازم الاجرا تلقی کرده‌اند. به تصریح یکی از نویسندگان، در سالهای دهه اول کنوانسیون دادگاهها رعایت حسن نیت به هنگام اجرای قرارداد را به عنوان وظیفه متعاملین قلمداد نموده‌اند.^{۱۴۷}

145. Ibid., pp. 22-23.

146. Farnsworth, E. Allan. "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 Flemegs, 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.

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

۳- قاعده‌ای عام و بنیادین

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 ۷-۱ منحصراً قاعده‌ای تفسیری باشد که از آن نتوان تعهد به رعایت حسن نیت توسط طرفین قرارداد را استخراج کرد، می‌توان آن را از زیرساختهای کنوانسیون و به بیان دیگر از قاعده‌ای نانوشته استنباط کرد که این تعهد تنها یکی از ثمرات آن باشد. این دیدگاه که دقیقاً در نقطه مقابل نظریه تفسیری قرار گرفته و از نظریه دوم که حسن نیت را یک تعهد قراردادی قلمداد می‌کرد پیشروتر است، مطمئناً نیازمند دلایلی متقن و آسیب ناپذیر است. حال به مهم‌ترین ادله‌ای که در تأیید این نظریه اقامه شده است می‌پردازیم.

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

بدیهی است که هیچ قانون ملی یا بین‌المللی قادر به پیش‌بینی همه اوضاع احوال ممکن نبوده و قهراً دچار خلأهای ناخواسته‌ای می‌گردد. برای پرکردن چنین خلأهایی^{۱۴۸} گاه قوانین، راه‌حلهایی کلی در نظر می‌گیرند که در موارد سکوت، اجمال و یا حتی تعارض بتوان به آنها مراجعه کرد. کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز با وضع ماده ۷-۲ چنین سیاستی اتخاذ کرده است. به موجب این ماده:

«مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً تعیین نشده طبق اصول کلی‌ای که این کنوانسیون مبتنی بر آنها است، و در صورت فقدان این گونه اصول، طبق قانونی که

148. Gaps Filling.

حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهد شد.»

چنانکه مشاهده می‌شود تکنیکهای کنوانسیون برای پُر کردن خلأها دو چیز است: یکی ارجاع به اصول کلی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است و دیگری اعمال قانون ملی مناسب بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل 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 ۷-۲، کبرای استدلال را تشکیل می‌دهد اما برای تکمیل قیاس باید صغرای استدلال را نیز پی‌جویی کرده، بدان ملحق نماییم. شاید که قیاسی منطقی و منتج بدست آید که حاصل آن تلقی حسن نیت به عنوان اصلی از اصول کنوانسیون باشد و آنگاه بتوان از این اصل، فروعی استنتاج کرد که یکی از آنها تعهد به رعایت حسن نیت در یک قرارداد بین‌المللی توسط متعاقدین باشد. بدین ترتیب برای تکمیل قیاس فوق‌الاشعار باید اثبات کنیم که حسن نیت یکی از آن اصول کلی است که مورد نظر ماده ۷-۲ می‌باشد. بدین منظور نخست باید راههای استخراج و کشف اصول را استخراج کرد.

در پاسخ راههای چندی معرفی شده‌اند. بعضی گفته‌اند از متن کنوانسیون و نیز از تاریخچه و سایر سوابق تقنینی (legislative history) می‌توان

اصول کلی را استخراج کرد.^{۱۴۹} برخی دیگر علاوه بر اینها بستری را که متن در آن رویداده و عوامل فرامتنی (Context) را نیز منبع اکتشاف اصل معرفی کرده‌اند.^{۱۵۰} که مطمئناً ملاحظه تاریخچه یکی از همان عوامل است. همچنین قیاس (Analogy) مسأله به مقرراتی که بیشترین و تنگاتنگ‌ترین ارتباط را با آن دارند راه دیگر اکتشاف اصول معرفی شده است.^{۱۵۱} بر همه راههای فوق افزوده شده است استنباط اصلی چنان کلی و فراگیر که کنوانسیون را به عنوان یک کل (as a whole) تحکیم و پشتیبانی نماید.^{۱۵۲} حال باید دید حسن نیت از کدامین طریق به عنوان یک اصل کلی استنباط و استخراج گردیده است. به نظر می‌رسد نویسندگان برحسب سلیقه خود هر یک از راهی خاص طی طریق کرده‌اند. برخی آخرین شیوه را پیشه کرده و با استقصای نمونه‌هایی که در واقع می‌توانند نمودهای عینی و عملی حسن نیت باشند نتیجه گرفته‌اند که مفهوم حسن نیت اصلی عام است که کلیت کنوانسیون را تحکیم و پشتیبانی می‌نماید.^{۱۵۳} اینان بر گزارش دبیرخانه کنوانسیون راجع به پیش نویس ۱۹۷۸ استشهاد کرده‌اند که توضیح می‌دهد: در مقررات کنوانسیون مصادیق و نمونه‌های فراوانی از اعمال این اصل (حسن نیت) مشاهده می‌شود از جمله می‌توان به ماده (b)

149. Keily Troy, *op.cit.*, p.7.

150. Magnus, Ulrich, *op.cit.*

151. *Ibid.*

152. 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.

153. Sim., Disa, *ibid.*

۱۴/۲ (b ۱۶-۲ فعلی)، ۱۹/۲ (۲۱-۲ فعلی)، ۲۷/۲ (۲۹-۲ فعلی)، ۴۴ و ۳۵ (۳۸ و ۳۷ فعلی)، ۳۸ (۴۰ فعلی)، ۳۷ و ۳۶ (۳۸ و ۳۹ فعلی)، ۴۵/۲، ۶۰/۲، ۶۷ (۴۹-۲، ۶۴-۲ و ۸۲ فعلی)، ۷۴ و ۷۷ (۸۵ تا ۸۸ فعلی) استناد کرد. در ادامه این گزارش آمده است که اصل حسن نیت فراتر از این نمونه‌هاست و آن به همه جوانب تفسیر و اعمال مقررات کنوانسیون اعمال می‌گردد.^{۱۵۴} از طریق قیاس به انضمام سر جمع کردن همه موارد و مصادیقی که به نحوی انعکاس‌دهنده 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 جلوه‌های دیگری از مفهوم حسن نیت می‌باشند در سراسر کنوانسیون موج می‌زنند.^{۱۵۵}

بازتاب حسن نیت در جلوه‌های مختلف بدین حد از وفور در مقررات کنوانسیون نشان از عمق رسوخ و نفوذ آن در کنوانسیون دارد به حدی که می‌توان نتیجه گرفت که حسن نیت اصلی مهم از اصول کلی کنوانسیون می‌باشد.^{۱۵۶}

154. 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.

155. 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).

156. 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 صریحاً به عنوان تکلیف متعاملین پیش‌بینی نشده باشد. زیرا اصول کلی حقوقی نظیر «حسن نیت» از کنوانسیون قابل استخراج و استنباط می‌باشند.^{۱۵۷}

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

(۱) از مجموعه متن و فرامتن کنوانسیون به دست می‌آید که حسن نیت از اصولی است که کنوانسیون بر آن مبتنی است.

(۲) اصولی که کنوانسیون بر آنها مبتنی است می‌تواند موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون را که تکلیف آنها صراحتاً تعیین نشده‌اند حل و فصل نمایند.

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

۲-۳- استناد به منابعی غیر از کنوانسیون^{۱۵۸}

برخی از شارحان و نویسندگان برای اثبات این که حسن نیت یکی از اصول زیربنایی کنوانسیون را تشکیل می‌دهد به منابع بیرون از کنوانسیون روی آورده‌اند. به عنوان نمونه آنان از اصول یکنواخت حقوقی و عرف عام

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

158. General Principles outside the CISG.

بازرگانی^{۱۵۹} برای تبیین قاعده حسن نیت در کنوانسیون مدد گرفته‌اند.^{۱۶۰} اما برخی خیلی سریع بدین استدلال واکنش نشان داده و آن را به دلیل مغایرت صریح با بند ۷-۱ کنوانسیون مردود شمرده‌اند. زیرا برحسب این بند، اصل عام استخراجی باید از جمله اصولی باشد که همین کنوانسیون بر آنها مبتنی است و لا غیر.^{۱۶۱}

با این وصف شماری از نویسندگان به رغم اذعان به وجود محدودیت مزبور در ماده ۷-۲ و حتی بیان ضرورت آن معتقدند چاره‌ای جز استفاده از منابع دیگر (خارج از CISG) برای استخراج اصل حسن نیت و استفاده از آن منابع برای تبیین، تفسیر و روزآمد کردن کنوانسیون وجود ندارد. آنان برای توجیه دیدگاه خود می‌گویند: محدودیتی که در ماده ۷-۲ برقرار شده است مانع توسعه و تکامل کنوانسیون می‌گردد. زیرا کنوانسیونهای بین‌المللی بر خلاف قوانین داخلی فاقد سازوکار لازم برای تغییر و تحول می‌باشند. به عنوان مثال در CISG هیچ مجموعه‌ای که حق بازنگری، اصلاح و رفع معایب و کاستی‌های آن را داشته باشد پیش‌بینی نشده است. و یا سازوکاری که بتواند کنوانسیون را با تحولات نظامهای حقوقی جهان هماهنگ نماید تعبیه نشده است و بالاخره هیچ مرجع قضایی فرادستی که بتواند رویه واحد الزام‌آوری 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 نظام‌های

159. Lex mercatoria.

160. Keily, Troy, op. cit., p.9.

161. Sim, Disa, op. cit., p. 24.

حقوق عرفی با نظامهای 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 می‌باشیم. حال آیا کنوانسیون نباید این تحولات را در خود جای داده و از قالب تاریخی خود که منبث از چالش مخالفان و موافقان حسن نیت بوده است خارج شود؟^{۱۶۲}

آقای مگنو از جمله کسانی است که معتقد است اصول عام خارج از CISG و تحولات نظام های حقوقی به شرطی که واقعاً صبغه بین‌المللی یافته و مقبولیت عام و جهانی پیدا کرده باشند باید در کنوانسیون منعکس شوند.^{۱۶۳} حال به تفکیک، چگونگی پیوند اصول یکنواخت حقوقی با CISG و نفوذ تحولات کامن لا به درون سند مزبور را از دیدگاه این گروه از نویسندگان بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۳- اصول یکنواخت حقوقی

به اعتقاد آقای مگنو و همفکران او باید از اصول یکنواخت حقوقی به عنوان اصول عام خارج از کنوانسیون (CISG) استفاده کرد. زیرا این اصول بر مبنای مطالعات تطبیقی وسیعی تنظیم یافته و لذا وجوه مشترک بسیاری از نظامهای حقوق جهانی در آن انعکاس یافته است.^{۱۶۴} اصول مزبور دارای کارکردهای متفاوتی می‌باشند، از جمله به عنوان

162. Keily, Troy, op. cit., pp. 9-10.

163. Magnu, Ulrich, op. cit.

164. Ibid.

راهنمای تفسیر و نیز برای پر کردن خلأهای سایر کنوانسیونهای بین‌المللی به کار می‌روند. ولیکن روشن است که این امر (یعنی رسالتی که اصول برای خود تعریف کرده است) به تنهایی برای نفوذ اصول یکنواخت حقوقی به درون CISG کافی نمی‌باشد.^{۱۶۵} و لذا آقای مگنو چاره دیگری برای تأیید نظریه خود اندیشیده و آن عبارتست از کشف تطابق وسیع میان اصول یکنواخت حقوقی، مقررات CISG و اصول عامی که از کلیت CISG استنباط می‌شود.^{۱۶۶} و این تطابق امری تصادفی نیست بلکه از آن روست که اولاً اصول یکنواخت حقوقی از CISG اقتباس شده‌اند و ثانیاً بسیاری از تهیه‌کنندگان اصول مزبور، دست‌اندر کار تهیه و تدوین CISG نیز بوده‌اند.^{۱۶۷} به هر حال آقای مگنو در صدد است تا از همسانی وسیعی که میان منابع فوق وجود دارد مکمل بودن اصول یکنواخت حقوقی برای CISG را نتیجه بگیرد.

لازم به ذکر است که اصول یکنواخت حقوقی حائز پیش شرط آقای مگنو یعنی لزوم مقبولیت عام و بین‌المللی نیز می‌باشد. حال با پذیرش نقش مکمل برای اصول یکنواخت حقوقی چگونه می‌توان از موضوع مورد بحث یعنی نقش حسن نیت در کنوانسیون بهره برد؟

در پاسخ کافی است که نگاهی به ماده ۷-۱ اصول یکنواخت حقوقی بیفکنیم. این ماده مقرر می‌دارد:

165. Keily, Troy, op. cit., p. 10.

166. Magnu, Ulrich, op. cit.

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

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

چنانکه مشاهده می‌شود بر اساس این ماده لزوم عمل بر طبق حسن نیت صریحاً به عنوان یک تعهد به رسمیت شناخته شده است. تفاوت میان عبارت (Wording) اصول و عبارت CISG چنان آشکار است که ما را از هرگونه توضیحی باز می‌دارد.

حسن نیت در اصول به صراحت یک تعهد است و حال آن که در CISG چنین نیست. با این حال برخی گفته‌اند این بیشتر یک تفاوت لفظی است تا یک تفاوت ماهوی.^{۱۶۸} 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 بهره‌گیری کنیم.

به هر روی اصول یکنواخت حقوقی، آشکارا دلالت دارد که حسن نیت از جمله اصول حقوقی است که در نظامهای مختلف حقوقی معتبر بوده و در شمار ارزشهای تجارت بین‌الملل به حساب می‌آید.^{۱۶۹} این مسأله امروزه در کشورهای دارای سنت حقوق عرفی نیز، همانطوری که سابقاً مورد اشاره قرار گرفت، بطور فزاینده‌ای در حال تبدیل به یک حقیقت می‌باشد.

168. Ibid., Bonell, op. cit., p. 47.

169. Keily, Troy, op.cit., p. 11, citing from Many Hiscock E.

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

شارحان CISG، کنوانسیون را به عنوان «سندی اراده محور»^{۱۷۰} توصیف می‌نمایند.^{۱۷۱} مقصود آنان از این توصیف آن است که CISG قادر به تولید قواعد جدید و پذیرش اوضاع و احوال متغیر می‌باشد.^{۱۷۲} 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 بین‌المللی یک اصل ذکر گردید. زمانی که پیش‌نویس CISG تهیه می‌شد، با مقوله حسن نیت رفتار دوگانه‌ای از سوی نظامهای حقوق نوشته و نظامهای حقوقی عرفی صورت می‌گرفت. این بدان معنا بود که حسن نیت در روابط تجاری قراردادی حقیقتاً مقبولیت بین‌المللی پیدا نکرده بود. اما اکنون این وضعیت تغییر یافته است. در حال حاضر حسن نیت بطور فزاینده‌ای توسط دادگاهها و نویسندگان حقوق عرفی به رسمیت شناخته می‌شود.^{۱۷۳} پیام این اعتبار جدید آن است که، مقبولیت بین‌المللی اکنون به وقوع پیوسته است.^{۱۷۴} از نقطه نظر تاریخی، در حقوق انگلیس لرد منس فیلد^{۱۷۵} در سال ۱۷۶۶ به حسن نیت به عنوان اصل حاکم قابل اعمال بر همه قراردادهای و

170. Autonomous instrument.

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

172. Keily, Troy, op. cit., p. 11.

173. Ibid., p. 10.

174. Ibid.

175. Lord Mansfield.

معاملات اشاره کرد.^{۱۷۶} بر مبنای دیدگاه کامن لا نسبت به حسن نیت این تصمیم بسیار افراطی به نظر می‌رسید. قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم شاهد واکنشی یکپارچه در برابر این دیدگاه است. دلایل آن نیز شامل رشد پوزیتیویسم حقوقی، بی‌رغبتی نسبت به اصول حقوقی حاوی مفاهیم گسترده حقوقی و تلاش فوق‌العاده برای برقراری حتمیت حقوقی^{۱۷۷} بود.^{۱۷۸} همه این دلایل در 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 پیش‌بینی از سوی دیگر بود کفه ترازو شدیداً به ضرر انصاف و به سود قابلیت پیش‌بینی سنگینی می‌کرد.^{۱۷۹} در حالی که در بخش عمده‌ای از این قرن پاندول علیه تعهد حسن نیت در روابط قراردادی در حرکت بود، قراین حکایت از چرخش وزنه به نفع حسن نیت دارد.^{۱۸۰} هم اکنون حسن نیت در آمریکا، چنانکه سابقاً یادآوری شد، مقبولیت عام یافته است بطوری که 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 به عنوان یک «هنجار اساسی در حقوق قراردادها» توصیف شده است^{۱۸۱} و همانطوری که 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

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

177. Legal certainty.

178. Franco Ferrali, *op. cit*.

179. *Ibid*.

180. Keily, Troy, *op.cit.*, 11.

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

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.^{۱۸۲}

به هر روی حسن نیت به عنوان تعهدی ایجابی برای ساماندهی روابط قراردادی چنان در نظام‌های حقوق عرفی (البته به جز انگلیس) عمق و گسترش یافته است که به حقیقت می‌توان ادعا کرد نظام‌های کامن لا رفته رفته همسو و هم‌نوا با نظام‌های حقوق نوشته می‌شود و دیگر اختلاف مؤثری به چشم نمی‌خورد و لذا این ادعا که تعهد حسن نیت مقبولیتی بین‌المللی یافته است گزاف نخواهد بود. بنابراین تمام شرایط مهیاست تا CISG تعهد حسن نیت را به عنوان اصل حاکم بر روابط قراردادی به رسمیت بشناسد.

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 متحدالمنها می‌باشند (مانند UNIDRIOT) برای روزآمد 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 بازتولید قواعد و بنیانهای نوین پرداخت.

182. See in this respect, *ibid.*, pp. 11-12.

۳-۳. دلالت ماده ۷-۱

برخی در کمال ناپاوری برای احراز حسن نیت به عنوان یک اصل به ماده ۷-۱ استناد کرده‌اند. به گفته ایشان، قسمت اول ماده ۷ در صد تأسیس و معرفی حسن نیت به عنوان یک اصل کلی است.^{۱۸۳}

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 به عنوان 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 به عنوان مصالحه‌ای سیاستمدارانه (Statesmanlike compromise) نام بردند.^{۱۸۴} نتیجه این مصالحه ابقاء مفهوم حسن نیت و انتقال آن به مجموعه مقررات تفسیری بود.

گفتار دوم - حسن نیت در سایر اسناد

بررسی عنصر حسن نیت در سایر اسناد بین‌المللی مربوط به قراردادهای بین‌المللی به جز 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

183. Sim, Disa, op. cit., p. 25.

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

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 کرده‌اند خود منشأ ایجاد جریاناتی تازه در عرصه روابط تجاری شده‌اند. به بیان دیگر اسناد مزبور در مناسبات تجاری بین‌المللی جریان‌ساز شده و خود منشأ تشکیل عرف و رویه‌های تجاری گردیده‌اند.^{۱۸۵} نتیجه آن‌که از این اسناد نیز برای تثبیت ادعای لزوم رعایت حسن نیت در وهله اجرای تعهدات می‌توان کمک گرفت.

حال پس از بیان پیش‌درآمد فوق به بررسی مفهوم و جایگاه حسن نیت در دو سند مهم می‌پردازیم. نخست سند یونیدقوا و سپس PEC.

الف) اصول یکنواخت حقوقی^{۱۸۶}

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن

۱۸۵. می‌توان نحوه شکل‌گیری عرف را به مسأله وضع در اصول فقه تشبیه کرد و مدعی شد چنانکه وضع گاه تعیینی 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 عرف‌آفرین می‌شوند.

186. 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.

حقوق خصوصی (UNIDROIT) به صراحت در ماده ۱-۷، 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 می‌باشد 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 نمی‌توانند بر طبق قرارداد، آن را مستثنی یا محدود کنند). بند ۲ ماده ۱-۷ در همین مورد مقرر داشته است:

The parties may not exclude or limit this duty.

همانطور که پروفسور فرانس ورث گفته است^{۱۸۷} مواد دیگری از اصول نیز متضمن مفاهیم حسن نیت و معامله منصفانه و برخی مفاهیم مشابه وابسته به آنها می‌باشد. از جمله ماده ۴-۸ که مقرر می‌دارد:

۱- در صورتی که طرفین یک قرارداد نسبت به شرطی که برای تعیین حقوق و تکالیفشان مهم است توافق نکرده‌اند، شرطی که متناسب با

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

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؛

ب) حسن نیت و معامله منصفانه؛

ج) معقول و متعارف بودن.

در مواد ۳-۵، ۳-۱۰، ۶-۱، ۷-۱ نیز از مفاهیمی چون، استانداردهای معقول تجاری، Reasonable Commercial Standards و غیرمنصفانه (Unfair) که بسیار نزدیک به مفهوم حسن نیت می‌باشند استفاده شده که البته در جای خود باید نسبت به تعیین چارچوب هر یک از مفاهیم و روابط آنها با یکدیگر به بحث نشست.^{۱۸۸}

در پایان لازم به ذکر است که حسن نیت در اصول مزبور از چنان جایگاه رفیعی برخوردار است که در توضیح شماره یک ماده ۱-۷ آمده است که در فصلهای مختلف اصول، مقرراتی وجود دارد که باعث اعمال مستقیم یا غیرمستقیم اصل حسن نیت و معامله منصفانه می‌شود. برای نمونه رجوع کنید به مواد 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، ۵-۲، ۵-۳، ۵-۳، ۶-۱-۳، ۶-۱-۵، ۶-۱-۶(۲)، ۶-۱-۱۷(۱)، ۶-۱-۱۷(۴)، ۶-۲-۳(۳)، ۶-۱-۲، ۷-۱-۶، ۷-۱-۷، بندهای (ب) و (ج) ماده ۷-۲-۲، ۷-۴-۸ و ۷-۴-۱۳.

188. Ibid., p. 3.

ب) اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)^{۱۸۹}

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

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

توضیحات و تعلیقات^{۱۹۰} مربوط به ماده فوق حاکی از اعتبار عنصر حسن نیت به عنوان اصل حاکم بر همه اصول سند PECL می‌باشند. تعلیقات مزبور همچنین صریحاً اشعار می‌دارند 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.^{۱۹۱}

189. 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; Ricdl, 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.

190. Comments.

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

لازم به توضیح است که برخلاف اصول یکنواخت حقوقی، توضیحات رسمی این سند درباره دو اصطلاح حسن نیت (good faith) و معامله منصفانه (fair dealing) به صراحت توضیح داده شده است که این یک عبارت پردازی بی محتوا نبوده، بلکه دو اصطلاح فوق نشان از دو تمهد 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 غرامتی را که هیچ سودی به حال او ندارد، تنها و تنها به قصد زیان رساندن به دیگری مطالبه کند. چنانکه در این مثال مشاهده می‌شود مطالبه خسارت ظاهراً از حقوق زیان‌دیده بوده و هیچ سوء نیتی عملاً در آن دیده نمی‌شود ولیکن ممکن است نیت و هدف زیان‌دیده حقیقتاً انتفاع خود نباشد بلکه فقط به منظور اضرار به غیر باشد، اما معامله منصفانه (fair dealing) به مفهوم

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

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

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

- ماده ۱۰۹-۴ راجع به فرصت‌طلبی و بهره‌گیری غیرمنصفانه از نیاز، وابستگی و اضطراب اقتصادی و دیگر ضعف‌های طرف مقابل.

- ماده ۱۰۲-۶ درباره استنباط شروط ضمنی از عنصر حسن نیت و معامله متصفانه.^{۱۹۲}

نتیجه همه آنچه که در بالا 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 می‌بخشد.

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 مبانی آن از اهمیت

رعایت انصاف در مقام عین و عمل می‌باشد که مفهومی نوعی و عینی می‌باشد.

192. 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.

و جایگاهی والا برخوردار است. به عکس در بسیاری از نظام‌های حقوقی بیگانه و نیز در ادبیات پیرامون اسناد بین‌المللی چنین روشی مشاهده نمی‌شود. در جهان پر مسأله امروز، نظام‌های حقوقی بیشتر شیوه مسأله محوری را پیشه کرده و بیشترین کوشش را بر رفع نیازمندیها صرف می‌کنند تا تلاش برای حفظ مبانی یا سازگاری و انطباق با آنها.

علی‌رغم اهمیت بررسی مبانی نظری ضرورت رعایت حسن نیت در روابط قراردادی بین‌المللی، در میان انبوه مقالات و آثاری که درباره حسن نیت نوشته شده است کمتر به بحث مستقلی درباره مبانی این اصل برخورد کرده، گاه به طور پراکنده، اظهار نظرهایی بس کوتاه درباره آن مشاهده می‌شود. مع‌الوصف به نظر می‌رسد که اهمیت این بحث در ارتباط تنگاتنگ با نوع نقش و حوزه تأثیرگذاری این تئوری می‌باشد. اثبات این ضرورت در امر تفسیر کنوانسیون به مفهوم مضیق و حتی به مفهومی که روابط متعاقبین تحت‌الشعاع آن قرار خواهد گرفت مؤونه زیادی نخواهد داشت. کما این که اثبات همین ضرورت به عنوان تکلیف قراردادی متعاقدین چندان دشوار نخواهد بود. ولی اثبات این نهاد با هدف کشف و اثبات تعهدات نانوشته برای طرفین قرارداد بس دشوار و نیازمند مبنا یا مبانی نظری نیرومندی می‌باشد. پرواضح است هرچه دامنه تأثیرگذاری 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 حوزه‌های گسترده‌تر است.

به طور کلی چند امر بیش از امور دیگر به عنوان مبنا یا مبانی حسن نیت در قانون توجه قرار دارد. آنها عبارتند از اخلاق و عدالت، ضرورت، عرف و

اقتضای ذات قرارداد.

گفتار اول - نقش اخلاق

یکی از مهم‌ترین چالش‌های نظری، رابطه حقوق و اخلاق است. این موضوع در حقوق بازرگانی نیز بازتاب یافته و عکس‌العملهای متفاوتی را برانگیخته است. این که اخلاق چه اموری را در بر می‌گیرد؟ کدام اخلاق باید رعایت شود؟ و تا چه اندازه سزاوار است استانداردهای اخلاقی زمام تنظیم و تمشیت معاملات بازرگانی را به دست گیرند؟ از موضوعاتی به شمار می‌روند که به شدت محل نزاع اند؟^{۱۹۳}

در سطح حقوق داخلی، راجع به مسأله آشتی میان اخلاق و حقوق دیدگاههای متباینی در نظام‌های حقوقی متفاوت ارائه شده است.^{۱۹۴} به عنوان مثال، ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد که اصل حسن نیت بر رفتار طرفین یک رابطه قراردادی حاکم می‌باشد. 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 عاقلی چون صداقت و معامله منصفانه هرچند مطلوب به شمار می‌روند، ولی نوعی معیار مبهم و نامعین به شمار می‌روند.^{۱۹۵}

برای تأکید مجدد بر جدیت این موضع حقوق انگلیس، قاضی ویلز در دعوی Allen علیه Flood تصریح کرد که هر حقی که به موجب

193. Keily, Troy, op. cit., p. 1.

194. Ibid.

195. 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.

قراردادی ایجاد شود ممکن است به وسیله شخص صاحب حق طرف قرارداد به کار رود، این که انگیزه شیرانه، بیرحمانه و ظالمانه ممکن است انگیزه اجرای حق باشد مهم نیست.^{۱۹۶}

به هر روی با رجوعی به فطرت و سرشت آدمی حسن نیت و نیکویی آن بی درنگ تصدیق می‌شود. حتی نظامهای حقوق عرفی که سخت‌ترین مقاومت‌ها را در برابر آن کرده‌اند، منکر ارزش اخلاقی آن نشده‌اند. اتفاقاً نویسندگان همین نظام در تعریف حسن نیت گفته‌اند: آن شباهت زیادی به این قاعده طلایی دارد^{۱۹۷} که «هر چه برای خود می‌پسندی برای دیگران نیز پسند»^{۱۹۸} یعنی حسن نیت را به مفهومی کاملاً اخلاقی ارجاع داده‌اند. بدون تردید این قاعده مبنایی کاملاً فطری و شهره‌ای سراسر جهانی دارد.^{۱۹۹} تنها تفاوت مهمی که میان دیدگاه حقوق عرفی (و البته عمدتاً حقوق انگلیس) با دیگر نظامهای حقوقی وجود داشت، الزام‌آور ساختن حسن نیت به مثابه یک قاعده حقوقی بود. اما امروزه در این باره کمتر تردیدی به چشم می‌خورد. چنانکه در مباحث پیشین دیده شد همگان به ارتقاء این تکلیف اخلاقی به یک تعهد حقوقی اذعان دارند.

به هنگام تدوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) که چالشها

196. 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.

197. Powers, Paul, *op. cit.*, p. 9.

198. Treat others as you wish to be Treated.

۱۹۹. امیرالمؤمنین علی بن ابیطالب که آینه تمام‌نمای فطرت سلیم انسانی است در وصیتی خطاب به فرزند خود امام حسن مجتبی می‌فرماید: «یا بنی اجعل نفسك میزاناً فیما بینک و بین غیرک فأحیب لفریک ما تحب لنفسک و اگره ما تکره لها و لا تظلم کما لا تظلم ان تظلم و احسن کما تحب ان یحسن الیک و استقبح من تسقبح من غیرک» نهج البلاغه، فیض الاسلام، نامه ۳۱.

عمیق و علنی شده بود، مآلاً حقوق و اخلاق به تفاهم رسیده و ماده ۷-۱ به سود حسن نیت وضع گردید.^{۲۰۰}

به هر تقدیر بر اساس این رویکرد، اخلاق و ارزشهای فطری انسانی زیربنای رعایت حسن نیت در داد و ستدهای تجاری می‌باشد.

گفتار دوم - عامل ضرورت

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

موافقان درج حسن نیت در CISG معتقد بودند که الحاق چنان مقرره‌ای (در رابطه با حسن نیت) به سندی که تنظیم‌کننده تجارت بین‌الملل است در حقیقت بسط و گسترش یک هنجار رفتاری است که به دلیل ضرورت در حد وسیعی در تجارت بین‌الملل گسترش یافته است.^{۲۰۱}

توجیه اصل حسن نیت بر مبنای ضرورت، یک دیدگاه واقع‌بینانه است. آزی مشخصه‌های عالم نوین تجارت، ضرورت حسن نیت را ایجاب نموده است. فرهنگ کنونی حاکم بر عرصه تجارت به وضوح نشان‌دهنده تفاوت جوهری آن با فرهنگ گذشته تجاری است. اگر تا پیش از این یکجانبه‌گرایی در تحصیل سود^{۲۰۲} و خودمحموری در منفعت‌طلبی، رویکرد غالب تجاری بود، امروزه تلاش برای نفع‌رسانی به طرف مقابل و تحصیل سود متقابل^{۲۰۳} جایگزین آن شده است. همچنین همکاری

200. Keily, Troy, op. cit. p. 3.

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

202. Self-Interest.

203. Mutual Advantage.

مشترک^{۲۰۴} برای به فرجام رسانیدن قرارداد، سعی در تقلیل خسارات خواننده،^{۲۰۵} وظیفه ارائه اطلاعات،^{۲۰۶} رازداری^{۲۰۷} و حسن نیت و مفاهیم مترقی دیگری از این دست، مؤلفه‌های جدی عالم جدید تجارت می‌باشند. سرعت و کثرت معاملات و نیز پیچیدگی کالاهای تجاری ضرورت رعایت مؤلفه‌های نوین و از جمله حسن نیت را ایجاب کرده است. اگر رعایت اصول پیش گفته نبود، آیا باز هم شاهد این حجم از معاملات بودیم؟ آیا باز هم معاملات تا این اندازه سریع و روان صورت می‌گرفت؟ آیا تجار و صنعت‌گران تا این اندازه به تبادل ثروت می‌پرداختند؟ به راستی اگرچه همه مفاهیم مترقی پیش گفته ریشه در اخلاق و وجدانیات پاک بشری دارند، اما بعید است که طبع اخلاقی بشر او را به رعایت آنها واداشته باشد، بلکه می‌توان گفت همان دیدگاه‌های منفعت‌انگارانه و ملاحظات اقتصادی، سوداگران را به پاسداشت اصول فوق‌الذکر برانگیخته است. گویا تحصیل سود بیشتر مرهون تلاش برای ایصال 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 می‌باشد.

گفتار سوم - شرط ضمنی (Implied term)

یک دیدگاه رایج و شایع درباره مبنای حسن نیت در قراردادها شرط

204. Co-operation.

205. Mitigation.

206. Communication.

207. Confidentiality.

ضمنی است.^{۲۰۸} توضیح آن که طرفین معامله نسبت به مفاد قرارداد گاه بطور صریح (Express term) و گاه بطور ضمنی (Implied term) توافق می‌کنند. 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 رویه‌های متداول بین طرفین و بالاخره از عرف و عادت عام می‌توان به وجود یا عدم یک شرط ضمنی پی‌برد.

حال به اعتقاد بعضی از نویسندگان، حسن نیت یک شرط ضمنی است که از رویه متعاملین و از عرف عام سرچشمه می‌گیرد. از همین رو برخی از نمایندگان حاضر در مذاکرات مقدماتی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا CISG ارجاع صریح (Explicit Reference) به مفهوم حسن نیت را غیر ضروری می‌شمردند.^{۲۰۹} مبنای استدلال این گروه می‌توانست ماده ۹ کنوانسیون باشد که مقرر می‌دارد: «طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می‌باشند. و فرض بر این است که طرفین عرف و عادتی را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌باید وقوف داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص، بطور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی برقرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود».

بر اساس این ماده در کنار قصد و اراده صریح، دو منبع دیگر برای

208. Carter, J.W., op. cit., p. 162.

209. Sim. Disa. op. cit., p. 17.

تعیین حقوق و تعهدات وجود دارد که عبارتند از رویه متعاملین و عرف و عادت. حال توجیه حسن نیت براساس رویه معاملاتی و عرف تجاری را کمی شرح و بسط می‌دهیم.

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 می‌توانیم به عنوان روش و منشی که انحصاراً 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 دقیقاً 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 متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC) مناسبات تجاری گذشته عبارت از رفتار متداول پیشین است که بین طرفین یک معامله مخصوص وجود دارد، و قاعدتاً می‌تواند ضابطه‌ای نوعی برای تفسیر اظهارات و دیگر رفتار آنان باشد. بدیهی است که با یک معامله، مناسبات تجاری شکل نمی‌گیرد.

با این تحلیل به روشنی می‌بینیم که عنصر حسن نیت اعتبار خود را از رویه متعاملین که شرط ضمنی خاص طرفین است اقتباس می‌کند. در جای خود اثبات شده است که شرط ضمنی نیز وام‌دار اصل حاکمیت اراده است.^{۲۱۰} بدین ترتیب اعتبار حسن نیت در قرارداد به خواست و اراده

۲۱۰. در این زمینه رک. سیمانی، حسین، شرط ضمنی، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۰.

طرفین باز می‌گردد.

ب) عرف و عادت (شرط ضمنی عام)

چنانکه از مطالب بالا درباره معرفی رویه متعاملین می‌توان 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 می‌باشد. چنانکه پیشتر نقل گردید، به اعتقاد بعضی از دست‌اندرکاران تهیه کنوانسیون حسن نیت چنان عرف رایج و مسلمی است که اختصاص یک ماده صریح آن را لغو و بیهوده می‌سازد.^{۲۱۱}

حال اگر وجود چنان عرفی مقبول و مسلم باشد، اعتبار آن را می‌توان از ماده ۹ کنوانسیون بازستاند که به عرف (با لحاظ شرایطی) ثبات و قوام بخشیده است. البته عرف نیز مانند رویه متعاملین، اعتبار خود را وام‌دار 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 می‌گردد. به بیان دیگر ماده ۹ نیز انعکاس دیگری از ماده هشت کنوانسیون راجع به نفوذ قصد و اراده می‌باشد. این تحلیل از پاراگراف پایانی بند ۲ ماده ۹ نیز قابل تأیید است که می‌گوید:

«فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را ...، به نحو ضمنی بر قرارداد فی‌مابین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند».

خارج از چارچوب کنوانسیون نیز می‌توان گفت: با توجه به اعتباری که عرف فی‌الجمله در همه نظامهای حقوقی از آن برخوردار است، هرگاه

211. Sim. Disa, op. cit., p. 17.

بتوان متعارف بودن حسن نیت در قراردادهای تجاری را احراز کرد، تردیدی در لزوم رعایت آن نمی‌توان روا داشت.

گفتار چهارم - اقتضای ذات قرارداد (Essence of Contract)

در نگاهی مترقی‌تر، حسن نیت برخاسته از نهاد و ذات قرارداد است.^{۲۱۲} در این نگاه حسن نیت جزء لاینفک (Inherent) همه اجزای حقوق قراردادی است، لذا نیازی به ضمنی گرفتن آن نمی‌باشد. به بیان دیگر، همه زوایای حقوق قراردادی باید با حسن نیت سازگار باشد، زیرا حسن نیت اساس و جوهره قرارداد (Essence of Contract) است.^{۲۱۳} جان کارتر استاد حقوق بازرگانی در دانشگاه سیدنی و همکار وی برای اثبات ادعای خود هفت نمونه توضیحی مطرح می‌کنند که ما تنها نمونه اول آن را که مربوط است به ایجابی که هیچ‌گونه عوضی^{۲۱۴} به آن ضمیمه نشده است طرح می‌کنیم.

ایشان توضیح می‌دهد؛ روشن است که ایجاب بدون عوض هیچ‌گونه تعهدی به وجود نمی‌آورد 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.

212. Carter, J.W., op. cit., p. 158.

213. Ibid.

214. Consideration.

حال پرسش مهمی که مطرح می‌شود این است که اگر ایجاب تا پیش از قبول هیچ تعهدی حقوقی ایجاد نمی‌کند، با چه توجیهی نفوذ استرداد آن منوط به اعلام استرداد است؟ وقتی که هیچ رابطه الزام‌آوری بوجود نیامده تعهد موجب به اعلام استرداد از کجا نشأت می‌گیرد؟ جان کارتر پاسخ می‌دهد که به نظر ما تنها حسن نیت، یعنی رعایت صداقت و انصاف لزوم اعلام استرداد را به عنوان شرط نفوذ آن توجیه می‌نماید.^{۲۱۵} سرانجام این دیدگاه تصریح می‌کند که چون قرارداد نهاد جامع و کاملی است، حسن نیت اجرا و اعمال می‌شود بدون آن که احتیاج به ضمنی گرفتن آن باشد.^{۲۱۶} اگر بخواهیم این استدلال را در قالب ادبیات حقوقی مأنوس خودمان بیان کنیم می‌توانیم ادعا کنیم که ظاهراً برحسب این نظر حسن نیت مقتضای ذات و دست کم مقتضای اطلاق قرارداد است. اگر آن را غیر قابل استثنا از قرارداد تلقی کنیم، مقتضای ذات و اگر قابل حذف و استثنا بدانیم مقتضای اطلاق است.

گفتار پنجم - نظم عمومی

حقوق ایتالیا حسن نیت را به مثابه تعهدی اخلاقی تلقی کرده که جزء لاینفک نظم عمومی به‌شمار می‌رود. طرفین باید این نظم را به رسمیت شناخته و اهمیت آن را به هنگام قرارداد ارج بنهند.^{۲۱۷} نظام حقوقی آلمان، چنانکه قبلاً دیدیم، به موجب ماده ۲۴۲ قانون مدنی رعایت حسن نیت در

215. Ibid.

216. Ibid., p. 146.

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

قرارداد، در مذاکرات قراردادی و در مرحله اجرای آن را الزامی می‌داند. قانون مزبور همچنین مقرر داشته است که هرگونه شرط یا توافق برخلاف نظم عمومی و حسن نیت باطل و کان لم یکن می‌باشد.^{۲۱۸} 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 - تأثیر مبانی در قلمرو و کارکرد

همانطوری که 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 بین‌المللی است. پذیرش آن تنها به منظور هشدار به آنان است که با صداقت و نیک‌اندیشی 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 می‌توان آن را تنها راهنمای قضات و داوران در تفسیر مفاد اسناد ناظر به قراردادهای بین‌المللی دانست.

218. ibid.

بدین معنی که مفسران این اسناد تنها از این طریق و در چارچوب مواد و مفاد اسناد مزبور روابط حقوقی طرفین قرارداد را تحت تأثیر 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 می‌شود. و از سوی دیگر می‌توان با توسعه دامنه تأثیرگذاری این نهاد آن را زیربنای بسیاری از تعهدات دیگر همچون تعهد به رازداری، ابراز اطلاعات لازم، تقلیل خسارت، همکاری متقابل و برخی دیگر از حقوق و تکالیف غیرمصرح دانست.

همانطوری که 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 هرگاه حسن نیت مثلاً به عنوان یک قاعده و اصل کلی (General Principle) تلقی شود با زمانی که مثلاً تنها به عنوان قاعده‌ای تفسیری (Interpretation Rule) به حساب آید، قلمرو و کارکردی متفاوت پیدا خواهد کرد. بنابراین به گونه‌ای انتزاعی نمی‌توان از حیثه و نقش آفرینی حسن نیت سخن راند. یکی از نویسندگان با درک این موضوع و با بیانی متفاوت می‌گوید: قلمرو حسن نیت بسته به سنت حقوقی حاکم بر معاملات خاص تجاری فرق می‌کند. دولت‌های دارای قانون نوشته، تمایل به اتخاذ معنایی وسیع‌تر از حسن نیت داشته، آن را در دو مرحله تشکیل (Formation) و اجرای قرارداد (Performance) اعمال می‌نمایند. اما دولتهای تابع حقوق عرفی با ترجیح معنایی مضیق‌تر برای حسن نیت،

آن را فقط قابل اعمال بر مرحله اجرای قرارداد می‌دانند.^{۲۱۹}

به همین ترتیب، تعیین کارکرد حسن نیت در سند CISG منوط به جایگاهی است که برای حسن نیت در این سند قائل می‌باشیم. بدیهی است که اتخاذ هر مبنا نتیجه‌ای متفاوت با مبنای دیگر به بار می‌آورد. گرچه تاکنون و به ویژه در مبحث مبانی با رویکردهای متنوع در این باب آشنا شده‌ایم ولیکن منظر یکی دیگر از نویسندگان و بیان تازه او در تبیین و تثبیت این ادعا که قلمرو حسن نیت کاملاً به مقوله مبانی وابسته می‌باشد مؤثر است. وی رویکردهای متفاوت به حسن نیت را به دو رویکرد کلی تحت نام حسن نیت به عنوان استثنا (Good Faith as an exception) و حسن نیت به عنوان قاعده (Good Faith as a rule) به ترتیب زیر تقسیم کرده است:^{۲۲۰}

الف) حسن نیت به عنوان استثنا

بر اساس این نظریه، حسن نیت در ردیف اصل ممنوعیت تقلب^{۲۲۱} و یا اجبار^{۲۲۲} طرف قرارداد صرفاً ابزاری برای مهار لجام گسیختگی در تحصیل سود یکطرفه است، وگرنه اصل بر جواز خود محوری در حیات سود و پیشی گرفتن از طرف قرارداد در به دست آوردن منافع است.

219. 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.

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

221. Fraud.

222. Coercion.

بر مبنای دیدگاه کلاسیک، کارکرد اجتماعی قرارداد صرفاً آسان‌سازی مبادلات نیست؛ بلکه علاوه بر این ابزاری است برای به حداکثر رسانیدن سود یکجانبه اقتصادی.^{۲۲۳} هر طرف قرارداد در صدد است تا به شیوه قانونی و با اکتفا 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 بی‌مهابای سود یکسویه جلوگیری کرده و راه را بر اشکال فوق‌العاده زشت سوء نیت بند می‌آورد.^{۲۲۴}

ناگفته پیداست که با این رویکرد، حسن نیت نمی‌تواند مبنای دیگر اصول و مقررات قرار گیرد. چرا که خود، استثنا 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

براساس این رویکرد حسن نیت روح ساری و جاری در پیکره بیجان هر سند بین‌المللی ناظر به قراردادهای بین‌المللی و قرارداد فی‌مابین متعاقبین بین‌المللی 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

223. Economic self-interest.

224. Ibid., pp. 217-218.

دست همگی انعکاس‌های «قاعده حسن نیت» می‌باشند. نویسنده فوق می‌افزاید: با این برداشت از حسن نیت، قرارداد بر خلاف مدل کلاسیک وسیله خودخواهی و خود محوری در جلب منفعت^{۲۲۵} نیست، به عکس ابزاری برای تضمین سود متقابل^{۲۲۶} به شمار می‌رود. 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 تأمین آن نیستند، قرارداد پاسخ مناسبی برای رفع همه این نیازمندیها است. در فرض نخست (الف) و (ب) دست به مبادله^{۲۲۷} می‌زنند و در فرض دوم به عقد شرکت روی می‌آورند، اما در هر دو فرض تلاش برای دستیابی به سود مشترک^{۲۲۸} یک اصل اساسی است. از همین رو هیچ طرف نباید منافع خود را حتی به شیوه قانونی بر منافع تحت‌الحمایه طرف دیگر مقدم سازد. در چنین فضایی مفهوم «حسن نیت به عنوان قاعده» الهام‌بخش «معامله مقرون با همکاری متقابل»^{۲۲۹} می‌گردد. البته برای رفع هرگونه سوء فهم لازم به یادآوری است که سخن بالا به معنای ممنوعیت اشخاص از تعقیب اهداف و آرمان‌های خاص خود و یا لزوم کوششی بشردوستانه برای مقدم داشتن منافع طرف دیگر بر منافع خود نیست، بلکه مقصود ضرورت احترام به منافع مشروع طرف دیگر است (آن‌گونه که در ایده همکاری قراردادی تعریف شده است). حال با چنین اعتقادی به

225. Self - interest.

226. Mutual advantage.

227. Exchange.

228. Joint interest.

229. Co-operative dealing.

کارکرد قرارداد، دکترین حسن نیت دیگر یک وجود ظلی که در پرتو چند «محدودگر سوء نیت در تحصیل منافع یکجانبه» بوجود آمده باشد نیست.^{۲۳۰}

بنابراین، برخلاف مدل کلاسیک که بر طبق آن دکترین حسن نیت در حد ممنوعیت تقلب و فریب و اکراه و اجبار مانع منفعت‌طلبی یکجانبه می‌شد، از این پس حسن نیت در سطح یک قاعده، تعادل و تعامل طرفهای آن را برای تأمین منافع دو جانبه تضمین می‌نماید، و لذا زیاده‌خواهی یا زیاده‌گویی نخواهد بود اگر مدعی شویم که حسن نیت مبنای چند تکلیف و تعهد دیگر می‌باشد. نیم‌نگاهی 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 نه یک استثنا پذیرفته است و بنابراین کارکرد قرارداد را هم سود متقابل می‌داند. در مقدمه کنوانسیون می‌خوانیم که یکی از اهداف آن «توسعه تجارت بین‌الملل براساس برابری و نفع متقابل»^{۲۳۱} است. هدف دیگری که مدنظر 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 به طور اجتناب‌ناپذیر از رفتار متعارض و تعامل پیچیده انسانی پدید می‌آید. این دسته از مقررات به مقررات «حسن نیت ضمنی»^{۲۳۲} موسوم و مشهور می‌باشند.

230. Ibid., p. 220.

231. Equality and mutual benefit.

232. Implicit good faith.

حال پس از اثبات ارتباط منطقی میان مبانی حسن نیت و قلمرو آن و ترجیح حسن نیت به عنوان قاعده (نه استثنا)، برخی از مهم‌ترین حیطه‌ها و کارکردهای آن را که قبلاً به مناسبت‌هایی دیگر مورد بررسی تفصیلی قرار نگرفته‌اند با کمی تفصیل شرح و بسط می‌دهیم.

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 هرگاه طرف مذاکره مانع حصول قرارداد گردد و یا اطلاعات لازم برای تصمیم‌گیری 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 ایشان در همان موضوع مذاکره نماید و قصد ایشان از اول عدم انعقاد قرارداد با ایشان باشد، بر اساس دکترین حسن نیت مسؤول خواهد بود. حال آیا واقعاً در این مرحله که هنوز هیچ رابطه قراردادی بوجود نیامده دکترین حسن نیت مسؤولیت‌آفرین است؟ پاسخ به این پرسش بار دیگر ادعای فوق مبنی بر ارتباط منطقی میان مبانی و قلمرو و نوع نقش‌آفرینی 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 مسأله پاسخ مثبت می‌دهند. دیدگاه کشورهای مزبور راجع به مسؤولیت پیش قراردادی به سال ۱۸۶۱، زمانی که جرینگ^{۲۳۳} دکترین Culpa in

contrahendo را قاعده‌مند ساخت باز می‌گردد. این دکترین از لحاظ ادبی به معنای «تقصیر در مذاکره»^{۲۳۴} می‌باشد و براساس آن طرفین قرارداد موظفند در طول مذاکره براساس حسن نیت عمل کنند، به گونه‌ای که هرگاه یک طرف به شکل ناشایستی مانع شکل‌گیری قرارداد شود، مسؤول جبران خسارت طرف مقابل می‌باشد. گرچه جرینگ خود بر روی مسأله تقصیر در مذاکره درنگ نکرده است، بیشتر نظامهای حقوق نوشته این مسأله را از منظر دکترین حسن نیت حل و فصل نموده‌اند.^{۲۳۵} به عکس پاسخ کشورهای حقوق عرفی (Common law) صریحاً منفی است. اصل آزادی مذاکره بطور سنتی سنگ زیربنای حقوق قراردادهای این نظام می‌باشد و لذا طرفین آزادند که بی هیچ مخاطره‌ای مذاکره کنند یا آن را قطع نموده و نا تمام بگذارند.^{۲۳۶}

234. Fault in negotiating.

235. 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 نوشته‌های حقوقی برمی‌آید، بعضی از نظامهای حقوق نوشته مسؤولیت ناشی از حسن نیت در مرحله پیش قراردادی را بر اصول شبه جرم (Tort Principles) مبتنی کرده و مسؤولیت ناشی از حسن نیت در مرحله قرارداد را بر اصول قراردادی (Contract Principles) بنا نهاده‌اند. علت این تفکیک روشن است. زیرا پیش از قرارداد هنوز رابطه قراردادی ایجاد نشده است تا بتوان بر اساس قرارداد بازخواست نمود. لذا در این مرحله، هر نوع ضرر و زیان حتی ضرر و زیان ناشی از نقض حسن نیت بر اساس قواعد عام مسؤولیت قهری باید جبران گردد و حال آن‌که پس از تشکیل قرارداد، عدم رعایت حسن نیت نقض یک تعهد قراردادی به شمار رفته و لذا موجب مسؤولیت قراردادی می‌گردد. معذک که برخی دیگر از نویسندگان تصریح کرده‌اند 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).

236. Fransworth, E. Allan, "Pre-Contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair

این دیدگاه (که قبلاً در مبحث جایگاه حسن نیت در نظام حقوقی انگلیس تفصیلاً بررسی شد) کاملاً با مبنای نظامهای حقوق عرفی که در موضوع حسن نیت مبنایی محدود و مضیق است سازگاری تمام دارد. البته بعضاً در موارد شکست مذاکرات براساس تئوریهای Misrepresentation, Promissory estoppel و یا Restitution طرف خاطی مسؤول قلمداد می‌گردد.^{۲۳۷}

دوگانگی فوق‌الذکر که برخاسته از خاستگاه‌های متفاوت حسن نیت در دو نظام حقوقی بود، عیناً در اسناد بین‌المللی و در مقایسه CISG با اصول UNIDROIT و اصول اروپایی (PECL) مشاهده می‌شود. همان طور که دیدیم مقوله حسن نیت در سند CISG محصور نوعی صلح و سازش میان موافقان و مخالفان است و لذا وقتی نسبت به اعمال حسن نیت در جریان قرارداد نتوانسته مقررهای صریح وضع کند به طریق اولی نسبت به لزوم اعمال آن در مرحله مذاکرات مقدماتی امکان تصریح نداشته است. بنابراین در سند فوق مقررهای صریح درباره لزوم رعایت حسن نیت در هنگام مذاکرات و مسؤولیت پیش قراردادی وجود ندارد. اما شارحان کنوانسیون هر یک متناسب با مبنای اتخاذی خود پاسخی در خور به مسأله داده‌اند. مسلماً کسی که حسن نیت را فقط قاعده‌ای تفسیری آن هم فقط برای تفسیر کنوانسیون تلقی کرده است نمی‌تواند به مسؤولیت پیش قراردادی قائل باشد اما کسی که حسن نیت را به موجب ماده ۲-۷ یا ماده

Dealing and Failed Negotiations". 87, Colum. L. Rev. 217, 221 (1987).

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

۸ و یا ماده ۹ کنوانسیون به گونه‌ای وسیع و جامع دیده باشد^{۲۳۸} مطمئناً حسن نیت را در هر مرحله مذاکرات مقدماتی ضروری قلمداد می‌نماید.^{۲۳۹} به عکس، اصول یکنواخت حقوقی 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:

۱- هر طرف برای مذاکره آزاد است و به علت ناکامی در حصول توافق مسؤول نیست.

۲- با این وجود، طرفی که انجام مذاکره یا قطع آن را با سوء نیت همراه می‌سازد، در قبال زیان‌های وارد به طرف دیگر مسؤول است.

۳- به ویژه، برای طرفی که وارد مذاکره می‌شود یا آن را ادامه می‌دهد، در حالی که قصد دستیابی به توافق با طرف دیگر را ندارد، سوء نیت محسوب می‌شود.

اصول اروپایی (PECL) نیز به تناسب دیدگاه کلان و عام خود در خصوص دکترین حسن نیت، عیناً مفاد ماده ۱۵-۲ اصول یکنواخت حقوقی را (با تغییری اندک در عبارت) تکرار کرده است. بدین ترتیب معلوم شد که بطور مطلق نمی‌توان نسبت به اجرای حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی قضاوت کرد. هرگونه موضع‌گیری اعم از مثبت یا منفی بستگی تام به مبنای اتخاذی راجع به دکترین حسن نیت دارد.

۲۳۸. به مباحث پیشین رجوع شود.

239. 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.

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

همانطوری که 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 متعاقبین به شدت متأثر خواهد شد. بر این اساس، همه حقوق و تعهدات مذکور در کنوانسیون باید در پرتو اصل حسن نیت تفسیر شده و از هرگونه برداشتی از مقررات که به سوء نیت و بداندیشی یا بدرفتاری یکی از طرفین قرارداد اعتبار می‌بخشد باید اجتناب شود. این گروه از نویسندگان به علاوه مدعی نقش آفرینی حسن نیت در مراحل مختلف تشکیل قرارداد و اجرای قرارداد می‌باشند. از آنجا که قبلاً جلوه‌هایی از این نقش آفرینی حسن نیت را برشمرده‌ایم، اکنون تنها برخی از آنها را به عنوان نمونه با تفصیل بیشتری توضیح و تشریح می‌نماییم.^{۲۴۰}

از میان عناصر لازم برای تشکیل یک معامله منصفانه هیچ یک به اندازه امکان اعتماد به اظهارات طرف تجاری ضروری به شمار نمی‌رود. یک قرارداد در اصل تجسم رسمی اراده‌های 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

240. 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.

اگر در آنها ابهام و اشکالی وجود دارد برطرف 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 ذریبط از جمله به مذاکرات آنان توجه کافی مبذول داشت. اگر مذاکرات پیش از قرارداد در تعیین قصد طرفین صاحب نقش باشد نتیجتاً هیچ یک از طرفین نمی‌تواند با توسل به روشهای فریبنده و تحریک‌آمیز 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 ناممکن می‌سازد.

– ماده ۲۱ کنوانسیون CISG به گونه دیگری رعایت حسن نیت در گفتگو، اطلاع‌رسانی و ابلاغ را مقرر می‌دارد. به موجب بند ۲ ماده ۱۸ کنوانسیون قبول معامله در صورتی نافذ خواهد بود که ظرف مدتی که ایجاب‌کننده تعیین نموده یا در صورت عدم تعیین، ظرف یک مدت متعارف به وی واصل گردد. ولیکن چنانچه ایجاب‌کننده نافذ بودن توأم با تأخیر را فوراً به اطلاع مخاطب ایجاب برساند، این قبول نافذ خواهد بود، چنانکه هرگاه قبول ولو با تأخیر به دست ایجاب‌کننده برسد با رعایت

شرایط مذکور در بند (۲) ماده ۲۱ نافذ می‌باشد مگر این که ایجاب کننده فوراً به اطلاع مخاطب ایجاب برساند که وی ایجاب خود را خاتمه یافته تلقی می‌کند. به هر حال لزوم «بلاغ فوری»^{۲۴۱} که از بندهای (۱) و (۲) ماده ۲۱ به دست می‌آید مانع وضعیت بلا تکلیفی و ایجاد حالت انتظار می‌شود و در نتیجه راه را بر ایجاد مشکلات فنی برای تشکیل قرارداد که نوعی سوء استفاده تلقی می‌شود سد می‌سازد.

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 می‌شود.

– بند (۱) ماده ۳۲ کنوانسیون مقرر داشته است: در صورتی که بایع مطابق قرارداد یا این کنوانسیون کالا را تحویل مؤسسه حمل و نقل نماید ولی بوسیله علامت‌گذاری روی کالا یا بوسیله اسناد حمل یا به نحو دیگر، کاملاً مشخص نشده باشد که کالا مربوط به قرارداد بیع است، بایع مکلف است مشتری را با مشخص نمودن کالا از حمل آن مطلع نماید. بند (۳) همان ماده نیز مقرر می‌دارد: 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 می‌تواند جهت ایفای

241. Prompt notification.

تعهدات بایع، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند و به موجب ماده ۶۳ بایع نیز می‌تواند جهت ایفای تعهدات مشتری، مهلتی اضافی و معقول تعیین کند. و در هر صورت هیچ یک نمی‌توانند در دوره تمدید مهلت از بابت نقض قرارداد به هیچ یک از طرق جبران خسارت متوسل شوند مگر مشتری یا بایع برحسب 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 می‌سازد. از سوی دیگر در این مواد تدبیری اندیشیده شده تا طرفی که از تمدید مهلت سود می‌برد 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 تأخیر 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 می‌تواند با توجه به خواسته‌های مشتری که ممکن است بر او معلوم باشد رأساً 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 دیگری از تکلیف حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد است. بر حسب این ماده در مورد بیعی که در حال حمل (در راه) فروخته می‌شود، ضمان از تاریخ انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود. معیناً اگر از اوضاع و احوال چنین برآید، از تاریخ تسلیم کالا به مؤسسه حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند 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 می‌باید اطلاع می‌داشت 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 علی‌القاعده بر عهده مشتری است بر ذمه فروشنده قرار می‌دهد 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 غیرمنصفانه منع می‌کند.

– 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 حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسؤول 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. همان طوری که ملاحظه شد حسن نیت از طریق مکانیسم تفسیر موجب تخصیص، تحدید، توسیع و بالاخره کنترل سایر مقررات کنوانسیون و یا قرارداد خواهد شد.^{۲۴۲} مقرراتی که بر مبنای حسن نیت توجیه گردیدند (حسن نیت ضمنی) به خوبی این توانایی حسن نیت را انعکاس می‌دهند. حسن نیت در این حیظه مانند اصل حاکم یا وارد (به مفهوم اصول فقه) می‌باشد.

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.^{۲۴۳} از این نظر دیگر حسن نیت صرفاً توصیف‌کننده آن چه که صریحاً در کنوانسیون پیش‌بینی شده است نمی‌باشد، بلکه علاوه بر آن اصلی عام برای حل و فصل موضوعاتی است که در کنوانسیون و یا قرارداد بدانها اشارت نرفته است،^{۲۴۴} 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

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

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

۲۴۴. اگر بخواهیم این موضوع را با ادبیات فقهی و حقوقی ایران مقایسه کنیم می‌توانیم آن را به قاعده لاضرر تشبیه کنیم که به اعتقاد عموم فقیهان، اصل حاکم بر تمام احکام و مقررات فقهی است. اما راجع به این که آیا لاضرر علاوه بر نفی حکم، وضع حکم نیز می‌نماید یا خیر، محل بحث و گفتگو است. حال درباره حسن نیت نیز جای این سخن است که آیا علاوه بر تخصیص یا تحدید مقررات، تعهدآفرین نیز می‌باشد یا نه.

این که فروشنده ملزم است اسناد را در محلی که به موجب قرارداد تعیین شده است تحویل دهد. بنابراین کنوانسیون و قرارداد (طبق فرض مسأله) نسبت به مکان تحویل ساکت می‌باشند. تعهد عام حسن نیت ایجاب می‌کند 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.^{۲۴۵}

ج) حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجرای قراردادی (Enforcement)^{۲۴۶}

در این حیطه نیز کشورهای دارای حقوق نوشته علی‌القاعده معتقد به لزوم اعمال حسن نیت می‌باشند در حالی که کشورهای حقوق عرفی و در رأس آنها انگلیس، چنانکه دیده شد، معتقدند شخص می‌تواند از کلیه حقوق و اختیارات ممکن بهره بگیرد بدون این که انگیزه‌ها 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 غرامت‌ها منوط به لحاظ عنصر حسن نیت است. ذیلاً

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

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

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

به نمونه‌هایی از این مقررات اشاره می‌شود:

- برابر با ماده ۲۶ کنوانسیون شخصی که به علت نقض اساسی قرارداد در صدد است تا آن را فسخ نماید باید قصد خود را طی یادداشتی به طرف دیگر اعلام نماید. این مقرر نیز طرفین را از اعلام بدخواهانه فسخ باز می‌دارد. زیرا لزوم اعلان فسخ قرارداد به طرف دیگر امکان می‌دهد 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 تصمیم‌گیری نماید. اخطار فوق‌الذکر همچنین موجب تقلیل خسارت می‌شود که خود یکی دیگر از اهداف اساسی اصل حسن نیت است. به نظر می‌رسد که مهم‌ترین حکمت و فلسفه تعهد موضوع ماده ۳۹ مبنی بر اعلام عدم مطابقت کالا با قرارداد ضرورت رعایت حسن نیت باشد.

همچنین بر اساس مواد ۳۴ و ۳۷ هرگاه بائع اسناد و کالا را پیش از موعد مقرر تسلیم نموده باشد تا فرا رسیدن موعد مزبور می‌تواند هر نوع عدم انطباقی را در اسناد و کالای تسلیم شده مرتفع سازد. این دو ماده در حقیقت ساز و کارهایی فراهم آورده‌اند تا قرارداد از انحلال مصون مانده و پیش از موعد خاتمه نیابد. آنها همچنین مانع توسل به بهانه‌های واهی برای منتفی ساختن قرارداد می‌شوند. عیب اندک در اسناد یا کالا که بدون ایجاد زحمت غیر معقول و یا تحمیل هزینه‌های غیر معقول بر مشتری قابل جبران باشد نباید دستاویز مشتری برای انتفاء قرارداد واقع شود. این ساز و کار از یک سو تلاش‌های توأم با سوء نیت را خنثی می‌سازد و از سوی دیگر معامله منصفانه^{۲۴۷} را ترویج می‌نماید.

247. Fair Dealing.

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 می‌دهد خالی از تعهد ضمنی حسن نیت نیست، زیرا در بند ۳ ماده ۴۶ آمده است که هرگونه درخواست تعمیر کالا باید با توجه به اوضاع و احوال معقول باشد و بدین ترتیب ماده مذکور مانع هرگونه اقدامی است که با نیت بدخواهانه و به منظور تحمیل هزینه نامعقول بر فروشنده صورت می‌گیرد.

– ماده ۴۸ کنوانسیون نیز بطور ضمنی وظیفه اخطار با حسن نیت را مقرر داشته است. بر حسب این ماده بایع می‌تواند 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. هرگاه مشتری ظرف مدت معقولی این درخواست را اجابت ننماید، بایع می‌تواند ظرف مدت منعکس در درخواست خود تعهداتش را ایفا کند. چنانکه مشاهده می‌شود این ماده خریدار را مکلف می‌سازد تا معلوم کند آیا با اقدامات جبران‌کننده بایع موافقت می‌کند یا نه و گرنه حق اعتراض خود را به ایفای دیر هنگام بایع از دست خواهد داد. بدین ترتیب این ماده اجازه نمی‌دهد خریدار، فروشنده را در وضعیت بلا تکلیفی قرار دهد و بدین وسیله به او آسیب رساند. اگر این مقرر نبود خریدار می‌توانست علیرغم اقدامات جبرانی فروشنده از قبول آنها امتناع ورزد و از این طریق کلیه عملیات و هزینه‌های او را بیهوده سازد. ماده ۴۸ همچنین فروشنده را مکلف می‌سازد تا به مشتری قصد خود را مبنی بر اتخاذ اقدامات جبرانی اعلام نماید.

– به موجب بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد، معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی^{۲۴۸} 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، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفاء تعهدش بدهد. چنانکه مشاهده می‌شود این بند از ماده مانع تلاش بدخواهانه یکطرف با اعلام ناگهانی فسخ قرارداد می‌شود. 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 پیش‌بینی عدم ایفاء تعهدات^{۲۴۹} توسط طرف دیگر معلق^{۲۵۰} می‌نماید مکلف است فوراً اخطار تعلیق را برای طرف دیگر ارسال نماید و در صورتی که طرف مزبور در زمینه ایفاء تعهدات خود اطمینان کافی فراهم نماید، او نیز اجرای تعهد خود را از سرگیرد.

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 آنها ذاتاً خصیصه اقتصادی دارد اما سایر آنها برخاسته از قاعده حسن نیت است. شاید مهم‌ترین منطقی که وظیفه تقلیل خسارت را توجیه می‌کند این اصل

248. Fundamental breach.

249. Anticipatory breach.

250. Suspend.

نخستین باشد که هیچ یک از طرفین قرارداد نباید شیوه‌هایی اتخاذ کنند که منجر به ورود صدمه به دیگری می‌شود. هرگونه قصور در تقلیل خسارت بدون در نظر گرفتن انگیزه‌های ماوراء آن، دلیل کافی بر یک معامله غیرمنصفانه است.

ماده ۷۷ کنوانسیون کسی را که به نقض قرارداد استناد می‌کند صریحاً و ایجاباً موظف به تلاش برای تقلیل خسارات ناشی از نقض قرارداد کرده است. در صورتی که وی در انجام این وظیفه قصور ورزد، نقض‌کننده 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.^{۲۵۱}

نتیجه‌گیری

این تحقیق نشان داده است که «حسن نیت» دیگر فقط در حوزه اخلاق، اساس بایدها و نبایدهای گزاره‌های اخلاقی نیست، بلکه 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، تأثیرگذاری این نهاد محصور در تفسیر مقررات کنوانسیون نیست، سخن از ظهور کارکردهای نوینی چون «تکلیف قراردادی»، «قاعده

۲۵۱. لازم به ذکر است که در توضیح رسمی ماده ۷-۱ اصول یکنواخت حقوقی نیز فهرستی از مقررات مبتنی بر دکترین حسن نیت ضمنی ارائه شده است.

عام و بنیادین» و «اصل حاکم» است. همچنین در پرتو تحولات دو دهه اخیر و به ویژه پس از انتشار اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی اصول یکنواخت حقوقی و اصول قراردادهای اروپایی و مخصوصاً به دلیل استقبال گسترده تجار از درج این نهاد در ضمن قراردادهای فیما بین دامنه این تأثیرگذاری بسیار فراخ و حوزه‌های متنوعی از روابط طرفین قرارداد بین‌المللی نظیر مذاکرات قراردادی، تشکیل قرارداد، تفسیر قرارداد، اجرای قرارداد و اعمال ضمانت اجراهای قراردادی را 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 رویه قضایی 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، آن را به مفهومی عینی با معیارهای کمی و استانداردهای محسوس بدل خواهد کرد.

فرجام سخن آن‌که، 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 پر نشاط سامان پذیرد.

فهرست منابع

در تهیه این مقاله تنها منابع انگلیسی به کار آمده‌اند که مشخصات کامل آنها در پانویست مربوط بیان گردیده است. مشخصات کامل این منابع در زیر ذکر می‌شوند.

الف: کتب و مقالات

NB. A number of the following articles are cited from <http://www.cisg.law.pace-edu/cisg/biblio/powers.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, available in: Pace University School of Law’s Home Page.
- 4- Bonell, M. J., **The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice**, Uniform Law Review, 1996, 229; 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**, 13 *Pace International Law Review*, 2001, 399, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 11- Franco Ferrali, **Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law**, 24 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994-95, 183, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 12- Farnsworth, E. Allan '**The Concept of Good Faith in American Law**, 1993, available in: Pace University School of

Law's Home Page.

13- Farnsworth, E. Allan, **The Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws**, 1998, available in: Pace University School of Law's Home Page.

14- Farnsworth, E. Allan, **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-Kritzer, Albert H., **Pre-Contract Formation**, available in: Pace University School of Law's Home Page.

23- Magnus, Ulrich, **Editorial Remarks on Good Faith**, 1998, available in: Pace University School of Law's Home Page.

24- Nives, Povrzenic, **Interpretation and Gap-Filling under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 1997, 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**, 1999, available in: Pace University School of Law's Home Page.
- 27- Goode, Roy, **The Concept of Good Faith in English Law**, 1992, 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**, 1997, 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 Beasotn and Daniel Friedmann, Clarendon Press, Oxford, 1995.

ب: اسناد بین‌المللی و قوانین

- 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**.