

قراردادهای بین‌المللی میان کامن‌لا و حقوق نوشته: آیا منابع غیردولتی ترجیح داده می‌شود؟ (مشکل تفسیر معیارهای قانونی نظیر حسن‌نیت)^(۱)

جیودیتا کوردرو ماس^(۲)
ترجمه: ابراهیم شعاریان،^(۳) تینا ناعمی^(۴)

چکیده

امروزه بیشتر قراردادهای تجاری، صرف‌نظر از اینکه رابطه حقوقی ناشی از قرارداد، تحت حاکمیت نظام کامن‌لا باشد یا نه، بر پایه نمونه‌های قراردادی انگلیس و آمریکا تنظیم می‌شود. چنین نمونه‌های قراردادی بر پایه نیازها و ساختار مربوط به سیستم حقوقی کامن‌لا، یعنی آنچه طرفین از ابتدا در پی انجام آن هستند، پیش‌نویس می‌شود. اگر قانون حاکم بر چنین قراردادهایی، متعلق به سیستم حقوقی رومی-ژرمنی باشد، ممکن است بخش‌هایی از آن غیرمؤثر یا زائد باشد. برای حل این تعارض بین حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی بعضی مواقع توصیه می‌شود که قرارداد بین‌المللی بر پایه منابع غیرداخلی حقوق منعقد شود. (به حقوق فراملی، حقوق بازرگانی فراملی و حقوق نرم ارجاع داده می‌شود). این مقاله تنش میان کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی را و اینکه تا چه حد منابع غیرداخلی می‌تواند راه‌حل رضایت‌بخشی برای حل این مشکل باشد تحلیل می‌کند و این مهم از طریق بررسی نقش حسن‌نیت و معامله منصفانه در قراردادها بر اساس سیستم حقوقی آن‌ها انجام می‌شود: حقوق انگلستان به‌عنوان نماینده حقوق کامن‌لا، حقوق نروژ و آلمان و ایتالیا به‌عنوان نماینده حقوق رومی-ژرمنی، اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی در قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپا به‌عنوان نماینده منابع غیرداخلی.

1. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, Global Jurist: Vol. 7: Iss. 1 (Advances), Article 3.

2. Giuditta Cordero Moss
e-shoarian@tabrizu.ac.ir

استاد دانشگاه اسلو

3. دانشیار گروه حقوق دانشگاه تبریز

4. کارشناس حقوق (دانشگاه تبریز)

قراردادهای بازرگانی بین‌المللی معمولاً نه تنها به زبان انگلیسی نوشته می‌شود بلکه از لحاظ اصطلاحات و ساختار قانونی هم مطابق حقوق کامن‌لا منعقد می‌شود و نمی‌توان بر این امر نظارت و آن را محدود کرد.

قراردادهای کامن‌لا بر اساس اصول و قواعد مسلم و قابل پیش‌بینی پایه‌گذاری شده است. طرفین قرارداد معتقدند که قادر به ارزیابی خطرات مرتبط با معامله و همچنین تهیه قوانین مناسب برای حکومت بر این ارتباط و کاهش خطرات و ریسک‌های آن هستند. بنابراین مفروض است که قرارداد برای تنظیم معامله میان طرفین کافی است. برای تکمیل مقرراتی که طرفین بر آن توافق کرده‌اند نه تنها نیاز به مفاهیمی همچون حسن‌نیت و معامله منصفانه نیست بلکه این نوع مفاهیم، نامطلوب هم هست چون عنصر احتیاط و شک و تردید را داخل قرارداد می‌کند که در تجارت و بازرگانی به هیچ‌وجه مورد قبول نیست.

برعکس، قانون حاکم بر قراردادها در حقوق رومی-ژرمنی در صدد تضمین عدالت و انصاف در هر مورد خاص است. قرارداد بر اساس اصول ضمنی معقول، حسن‌نیت و معامله منصفانه تفسیر می‌شود (با درجه‌های متفاوت در بین سیستم‌های داخلی) که باعث می‌شود از راه‌حل‌های ناعادلانه بر پایه تفسیر لفظی قرارداد، اجتناب گردد. زمانی که طرفین معتقدند توانایی و تمایل به ارزیابی خطرات مرتبط با قرارداد را دارند، از قاضی انتظار می‌رود که در مورد قراردادهای بازرگانی، نظر خود را به‌طور محدود اجرا کند. با این وصف ممکن است یکی از طرفین قرارداد در سیستم حقوق نوشته، انتظار مداخله توسط قانون حاکم جهت تکمیل یا تصحیح رابطه قراردادی را داشته باشد.

قراردادی که حقوق سیستم رومی-ژرمنی بر آن حکومت می‌کند موضوع مداخله توسط قانون حاکم قرار می‌گیرد اما زمانی که قرارداد بر اساس مدل نظام کامن‌لا شود، ساختار قراردادی مانع از این مداخله می‌شود. چنین انتظارات مخالفی نسبت به قانون حاکم بر قرارداد، دشواری‌هایی را در امر تفسیر موجب می‌شود. برای غلبه بر چنین مشکلاتی گاهی پیش‌بینی می‌شود که به منبع حقوقی غیرداخلی مراجعه شود. این منبع ممکن است از منابع حقوق بین‌الملل در مفهوم مناسب خود باشد: مثل کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر کنوانسیون وین در خصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا^(۵) یا منابع غیرالزام‌آوری که به‌طور گسترده به‌عنوان حقوق بازرگانی فراملی تعریف شده‌اند که شامل این موارد است: اصول کلی تأییدشده در تجارت بین‌المللی، رویه قراردادهای بین‌المللی، عرف تجاری، قانون‌گذاری‌های خاص راجع به شروط قراردادی، شروط استاندارد قراردادهای یا دستورالعمل‌های رفتاری، آرای اتاق بازرگانی بین‌المللی یا شعبه‌های مختلف آن.

درعین حال که گاهی بعضی از این منابع واقعاً مفیدند و نیازهای واقعی طرفین و پیشرفت آنان را منعکس می‌کنند، ممکن است تعیین آن‌ها مشکل بوده یا از وضعیت مبهمی برخوردار باشند. برای حل این مشکلات در دهه‌های گذشته تلاش‌های قابل ملاحظه‌ای جهت تشریح رویه بین‌المللی حاکم بر قراردادها یا اصول به‌رسمیت شناخته‌شده کلی و عادت، انجام یافته است مانند اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی برای قراردادهای تجاری بین‌المللی^(۶) و اصول حقوق قراردادهای اروپا.^(۷) مسلماً چنین اقدامی برای دسترسی بهتر به

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

6. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)

7. European Principles of Contract Law (PECL)

قواعد حقوق بازرگانی فراملی کمک می‌کند و این قوانین را به‌نحوی در مفاد قرارداد قرار می‌دهد که نواقص برخی از منابع را رفع می‌کند. اما این نکته که بازگویی و شرح مجدد تا چه حد تأثیرگذار است و می‌تواند جهت روشن‌شدن و رفع این تعارض بین ساختار قراردادی حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی کمک کند، قابل بحث است.

در این مقاله، اصول حسن‌نیت و معامله منصفانه را که هم در اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی و هم در اصول حقوق قراردادهای اروپا نقش بسزایی دارد، تحلیل خواهیم کرد. هدف از این تحلیل این است که این اصول اساسی تا چه حد اجازه اعمال یکسان حقوق قراردادها و بنابراین غلبه بر تنش‌های ایجادشده بین قراردادهای مبتنی بر دو سیستم حقوقی (کامن‌لا و رومی-ژرمنی) را می‌دهد.

1. قراردادهای بین‌المللی مبتنی بر حقوق کامن‌لا

بیشتر نمونه‌های قراردادی رایج در عرصه بین‌المللی، مبتنی بر شیوه قراردادهای کامن‌لا است. در نتیجه مؤسسات حقوقی و وکلای شرکت‌ها با صلاحیت‌های قضایی مختلف (نه فقط صلاحیت‌های کامن‌لا) یاد می‌گیرند که پیش‌نویس قراردادهای بین‌المللی را بر پایه چنین قراردادهایی بنویسند. مؤسسات مالی بین‌المللی مانند بانک اروپایی برای توسعه و نوسازی، اعمال شیوه ایالات متحده و انگلستان را در معاملاتی که آن را تأمین مالی می‌کنند، قطع نظر از این واقعیت که اشخاص مورد حمایت مالی، از کشورهای مبتنی بر کامن‌لا نباشند، الزام‌آور می‌دانند. (در مورد پروژه‌های مالی، بانک اروپایی برای توسعه و نوسازی در اروپای شرقی، حمایت مالی می‌کند. سنت حقوقی اشخاص مورد حمایت مالی، نظام حقوقی رومی-ژرمنی است). بیشتر سرمایه‌گذارانی که در پروژه شرکت می‌کنند از کشورهای مبتنی بر حقوق کامن‌لا نیستند و اکثر قراردادها بر اساس حقوق انگلیس یا کشور دیگری که مبتنی بر سیستم حقوقی کامن‌لا است منعقد نمی‌شود. در نتیجه کشورهایی که مبتنی بر حقوق رومی-ژرمنی هستند، به خاطر انتظارات مؤسسات مالی عادت دارند که قراردادهای خود را بر اساس حقوق کامن‌لا تنظیم کنند. تهیه‌کنندگان قراردادها در چنین کشورهایی، در گذر از اقتصاد بازار در طول دهه ۹۰ علی‌رغم وابستگی به نظام حقوق رومی-ژرمنی، به پیش‌نویس قراردادها بر اساس حقوق کامن‌لا معروف شده‌اند. انواع قراردادهایی که در عمل گسترش یافته‌اند مانند قراردادهای مبادله (Swap Contracts) یا سایر قراردادهای تجارت مشتقات مالی، توسط شعب انجمن‌هایی که از مدل حقوق قراردادهای کامن‌لا تبعیت می‌کنند، استاندارد شده‌اند. در نتیجه انواع جدید معاملات، منحصرأ بر اساس قراردادهای مدل کامن‌لا تنظیم شده‌اند. چنین قراردادهایی نه تنها در معاملات بین‌المللی بلکه در معاملات داخلی کشورهای مبتنی بر حقوق رومی-ژرمنی نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. قراردادهایی که برای کاهش خطرات مالی منعقد می‌شود، حتی اگر بین یک شرکت نروژی و بانک نروژی منعقد شود و قوانین نروژ بر آن حکومت کند، ممکن است به زبان انگلیسی نوشته شود یا از حقوق انگلستان الهام بگیرد. بنابراین مدل قرارداد انگلیسی-آمریکایی، نه تنها بر شرکت‌هایی که با تجارت بین‌المللی در تعامل هستند بلکه بر اشخاص، شرکت‌ها و حتی بر کسانی که صرفاً در پی منافع خود هستند، تأثیر می‌گذارد.

2. تنش احتمالی میان مدل قرارداد و انتظارات از نظام حقوقی حاکم

1-2. نگاهی اجمالی به تفاوت‌های اساسی میان حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی

ساختار قراردادهای کامن‌لا با نیازهای برخاسته از آن هماهنگی دارد و ممکن است با نیازهای برخاسته از حقوق

رومی-ژرمنی بسیار متفاوت باشد. این موضوع خصوصاً در ارتباط با اصول حسن نیت و معامله منصفانه در قراردادهای نمود پیدا می‌کند. نه تنها کشورهای مبتنی بر حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی در ارتباط با این اصول، تفاوت اساسی دارند بلکه تفاوت‌های قابل ملاحظه‌ای در درجه پذیرش یا رد این اصول حتی بین کشورهای مبتنی بر سیستم حقوقی رومی-ژرمنی وجود دارد. برای فهم اساسی سیستم حقوقی کامن‌لا باید بر حقوق انگلستان تمرکز کرد، همان طور که برای روشن‌ساختن رویکرد حقوق رومی-ژرمنی باید به حقوق نروژ و آلمان و ایتالیا توجه اساسی کرد.

مطالعات حقوق تطبیقی ثابت کرده که می‌توان بیشتر تناقضاتی را که به‌طور سنتی بین سیستم‌های حقوقی و به‌ویژه حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی وجود دارد، به یک هسته مشترک که بین اکثر سیستم‌های حقوقی وجود دارد کاهش داد. برای درک این هسته مشترک، نگاهی کلی به سیستم‌های حقوقی مربوطه ضروری است. محقق باید نه تنها بر روی نتیجه، بلکه بر نظریاتی که این تنوع قوانین در هر سیستم حقوقی از آن‌ها سرچشمه می‌گیرد تمرکز کند. محقق اثبات می‌کند که سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است راه‌حل‌های مختلفی برای رسیدن به هدفی واحد به کار گیرند. این نتایج، هسته مشترک سیستم‌های حقوقی مورد بررسی را تشکیل می‌دهد.^(۸) در عین حال که تمرکز بر روی این هسته مشترک، ابزار بسیار ارزشمند و عالمانه‌ای است و می‌تواند در ارتباط با اصلاح قانون‌گذاری بسیار مؤثر واقع شود اگر حقوق به‌عنوان موضوع مطالعه دانشگاهی یا به‌عنوان وسیله‌ای برای پیشرفت قانون‌گذاری در نظر گرفته نشود بلکه به‌عنوان وسیله‌ای برای حل اختلافات میان اشخاص خصوصی محسوب شود، ممکن است تأثیر چندانی نداشته باشد. در خصوص مطلب اخیر، بیشتر از اینکه بر روی هسته مشترک تمرکز شود باید بر روی نکات فنی که یک نظام حقوقی معین نیازمند آن است، تمرکز شود؛ با دانستن این مطلب که قانون قابل اجرا اجازه دسترسی به نتیجه دلخواه را به هر یک از طرفین می‌دهد، اگر قراردادی به شیوه معین نوشته شده باشد یا سایر شرایط فراهم باشد باید خاطر نشان کرد که تحت نظر آن قانون معین، نتیجه قطعی قابل دسترسی است. اما اگر تکنیک حقوقی اعمال شده با شرایط و اوضاع و احوال مطابقت نداشته باشد، اجازه دسترسی فرد به هدف دلخواه را در مورد معین نخواهد داد. هنگام تصمیم‌گیری در خصوص اختلافات معین یا هنگام مشورت بر روی چگونگی تنظیم قرارداد و پیش‌بینی اختلافات بالقوه ناشی از آن، وکیل، بیشتر از اینکه توجه خود را به شباهت‌های بین سیستم‌های حقوقی مختلف معطوف کند باید به ویژگی‌های خاص حاکم بر سیستم حقوقی توجه کند. از این‌رو در بخش بعدی، بیشتر از اینکه از شباهت‌های اساسی سیستم‌های حقوقی بحث شود، بر تفاوت‌های اساسی آن‌ها تمرکز خواهد شد.

۱-۲. مزیت‌های قابل پیش‌بینی حقوق انگلستان

حقوق قراردادهای انگلیس بر آزادی اراده اشخاص پایه‌گذاری شده است. حتی اگر این اراده موجب عدول از عدالت یا انصاف شود، باز به اراده طرفین در دستیابی به منافع و نتایج مورد نظر، توسط نظام حقوقی احترام

8. *The Common Core of European Private Law Project*, under the general editorship of Mauro Bussani and Ugo Mattei, is perhaps the most systematic enterprise aiming at assessing the common core within European private law. Among the books published in the frame of this project is Zimmermann, Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, that has particular relevance to the topic of this article.

گذاشته می‌شود. قاضی انگلیسی کاملاً مخالف مداخله در شرایطی است که طرفین بر روی آن توافق کرده‌اند و نخستین وظیفه وی قبل از اینکه اجرای عدالت به شیوه‌های مختلف باشد، اجرای مفاد قرارداد است. چنین نگرشی بر پایه موضع اصلی انگلیس است که از قرن‌ها پیش آن را اتخاذ کرده و حتی هنوز هم در مبادلات تجاری بین‌المللی مخصوصاً در زمینه حقوق دریایی، حقوق مالی و حقوق بیمه، همان موضع را دارد. در چنین حوزه‌هایی باید از طرفین انتظار داشت که قادر به حفظ منافع خود باشند نه اینکه از نظام حقوقی انتظار حمایت داشته باشند، لذا می‌توانند انتظار داشته باشند که ابزارهای لازم را جهت اجرای آنچه بر آن توافق کرده‌اند، در اختیار آن‌ها بگذارند.

الف) حسن نیت و تفسیر

در انگلیس از مفسر قرارداد انتظار می‌رود که قصد متقابل طرفین را بر پایه خود قرارداد دریابد. کلمات و عبارات شروط بر اساس معنای لفظی آن‌ها تفسیر می‌شود. حتی اگر مفسر تلاش کند شروط را به نحوی تفسیر کند که منجر به بهبودگی^(۹) و تناقض شرط با سایر شروط^(۱۰) نشود، نباید مخالف قواعد زبان عمل کند. یکی از توضیحات مشهور در تفسیر قراردادها که توسط *لرد هافمن*^(۱۱) ارائه شده، این است که تفسیر، توأم با مسامحه‌ای باشد که کلمات قرارداد را با هدف از انعقاد آن، هماهنگ و سازگار کند که این مهم از طریق توجه به هدف نهایی طرفین در زمان انعقاد عقد محقق می‌شود (به استثنای مذاکرات طرفین پیش از انعقاد قرارداد و اظهارات ایشان راجع به قصد ذهنی و رفتار بعدی طرفین)، که «قالب حقیقی» قرارداد خوانده می‌شود. اما این روش بیشتر از روش لفظی، اجازه جایگزینی معامله واقعی طرفین را، با معامله‌ای که به عقیده مفسر متعارف و از نظر تجاری معقول است نمی‌دهد. این نظر در حقوق انگلیس در زمینه تفسیر قراردادها پذیرفته نشده است.^(۱۲) اهمیت تفسیر لفظی توسط قواعد تفسیری و موارد معینی که در خود قرارداد پیش‌بینی شده است، تقویت می‌شود و همین مانع از اجرای سایر موارد متناظر است که ذکری از آن‌ها در قرارداد نشده است: «تصریح به امری موجب اخراج غیر است».^(۱۳)

مفسر انگلیسی، توسط زبان قرارداد محدود می‌شود. به عنوان قاعده عمومی به مفسر اجازه داده نمی‌شود که برای تفسیر قرارداد، به اوضاع و احوال ظاهری از جمله به رفتار طرفین در طول مذاکرات یا بعد از امضای قرارداد، توجه کند.^(۱۴) این امر از گذشته‌های دور به عنوان قاعده سند شفاهی (Parol Evidence Rules)^(۱۵) شناخته شده است. این قاعده مانع از این می‌شود که طرفین، سندی را به قرارداد اضافه کنند، عبارات قرارداد را

9. *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich B.S* [1998] 1 W.L.R 898 (H.L.)

10. *Watson v. Haggitt* [1928] A.C 127

11. *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich B.S*, pp.912f.

12. *Charter Reinsurance, Co. Ltd. v. FAGON* [1997] A.C. 313.

13. *Hare v. Horton* (1883) 5 B. & Ad. 715

14. *Wilson v. Maynard Shipbuilding Consultants AG Ltd.* [1978] Q.B. 665.

15. قاعده سند شفاهی یا به عبارت دقیق‌تر قاعده منع ارائه دلیل مخالف با متن قرارداد، جز در موارد خاصی مانند ناقص یا مبهم بودن قرارداد، اجازه نمی‌دهد تا یکی از طرفین یک قرارداد کتبی، نسبت به ارائه دلیلی که با متن قرارداد معارض است اقدام نماید.

تغییر دهند یا رد کنند یا خواندن قرارداد را فقط بر پایه شروطی که در آن نوشته شده است تحمیل کنند.^(۱۶) هدف این قاعده، بالابردن قدرت پیش‌بینی در خصوص امور تجاری است. در ایجاد تعادل بین منافع موجود بر اساس قصد واقعی طرفین و احتیاط در پیش‌بینی، در خصوص معاملات تجاری، قاعده مذکور از مورد اخیر حمایت می‌کند. منافع مسلم و قطعی قرارداد کتبی باید به صورت عینی و مستقل از شرایط خاص بیرونی معامله واقعی تفسیر شود. مفسر باید به زمینه واقعی طرفین هنگام انعقاد قرارداد توجه کند. بنابراین قاعده سند شفاهی شامل استثنائاتی است که دلیل زمینه واقعی طرفین را که هنگام انعقاد عقد یا قبل از تاریخ انعقاد وجود داشته، حداقل به نسبت واقعیت‌هایی که برای هر دو طرف عقد شناخته شده است^(۱۷) می‌پذیرد (اما نه بعد از آن تاریخ، برخلاف سیستم حقوقی رومی-ژرمنی). ممکن است طرفین با بیان اینکه سند، شامل تمام ملاحظات قرارداد است،^(۱۸) دلیل زمینه واقعی را با درج آن در قرارداد که شرط مرجح^(۱۹) نامیده می‌شود نپذیرند.

مفسر انگلیسی علاوه بر داشتن دسترسی کم‌پیرامون اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، امکان کمتری برای رفع خلأهای قرارداد از طریق خواندن شروط ضمن عقد دارد. بعضی از اعمال به صورت شروط قانونی معرفی می‌شود و به عنوان شروط ضمنی قراردادهایی در نظر گرفته می‌شود که در قلمرو آن اعمال قرار می‌گیرد (مثلاً قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹). با وجود این، در صورت فقدان شروط قانونی، قاعده عمومی این است که قاضی فقط مکلف به تفسیر قراردادی است که طرفین تنظیم کرده‌اند، نه اینکه قراردادی را برای طرفین بسازد.^(۲۰) دادگاه‌ها خلأهای موجود در قرارداد را، حتی زمانی که قرارداد مقتضی انجام چنین کاری باشد، پر نمی‌کنند و فقط زمانی به این امر مبادرت می‌ورزند که دادن اثر تجاری بر قرارداد، لازم و ضروری باشد یا شمول چنین شرطی در قرارداد مبرهن باشد (فرض می‌شود که هر دو طرف نسبت به شروط ضمن عقد موافقت کرده‌اند و ارائه این شیوه کم‌دوام، زمانی است که طرفین منافع یا انگیزه متضاد دارند).^(۲۱)

این رویکرد، تعریف تاریخی خود را از حقوق رم که بر پایه دکتترین حقوق طبیعی حقوق دانان انگلیسی است برگرفته است که برای اولین بار حقوق قراردادهای را از اواخر سده هیجدهم نظام‌مند کرده‌اند.^(۲۲) حقوق دانان انگلیسی دکتترین طبیعی را که قراردادهای را به انواع مختلفی طبقه‌بندی کرده و هر نوع آن با مجموعه مقررات مربوط به خود، بیانگر تعهدات طبیعی منضم شده به آن قرارداد معین است، از سایر ملل وام نگرفته‌اند. از این رو حقوق انگلیس، مجموعه قواعد منظم را برای هر یک از انواع قرارداد که می‌توانست در تفسیر قرارداد راهنما باشد، نپذیرفت. وجود مجموعه قواعد قانونی یا دکتترین حاکم بر عقود معین نباید به احترام قاضی نسبت به اراده

16. *Adams v. British Airways plc* [1995] I.R.L.R 577

17. *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich B.S., cit., and Bank of Scotland v. Dunedin Property Investments Co. Ltd.* (1998) SC 657

18. *McGrath v. Shaw* (1987) 57 P. & C.R. 452

19. برای مطالعه در خصوص مفهوم شرط مرجح، ن. ک: ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران*، چاپ اول، نشر فروزش، 1389، ص 115 به بعد. (م)

20. *Philips Electronique, Gerand Publique S.A. v. B.S.B Ltd.* [1995] E.M.L.R., 472

21. See Anson, Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford 2002, pp. 145 ff.

22. See, for more extensive reference, Gordlay, *The philosophical origins, of modern contract doctrine*, Oxford 1991, pp. 146ff., 159.

طرفین، خللی وارد کند. طرفین باید نه تنها بر روی نوع قرارداد و قواعد آن، بلکه بر کلمات در قرارداد هم توافق کنند. امروزه این رویکرد تفسیر قرارداد که مخالف روش تفسیر در حقوق رومی-ژرمنی است، توسط مجموعه‌ای از قواعد قانونی شرایط ضمن عقد که به قواعد اعلام شده حقوق رومی-ژرمنی شباهت دارد که به انواع مختلف قراردادهای ضمیمه می‌شود، تعدیل می‌گردد. این قاعده مخصوصاً در زمینه حمایت از طرف ضعیف قرارداد مؤثر است و توسط مصرف‌کننده تأیید می‌شود. در قراردادهای تجاری، شروط قانونی ضمن عقد به ندرت دیده می‌شود.

ب) حسن نیت به عنوان عنصر اصلاح‌کننده توافق طرفین

در قراردادهای تجاری، اصل حسن نیت در تکمیل و اصلاح اراده طرفین، تأثیر بسیار کمی دارد. معمولاً تصمیمات دادگاه انگلیسی در عین حال که به عبارات قرارداد تأثیر می‌بخشد نتایج نامطلوب آن را هم مورد رسیدگی قرار می‌دهد. برای مثال اگر طرفین، شروط صریحی را همراه با نتایج ناشی از قصور در اجرای آن‌ها در قرارداد ذکر کنند، چنانچه این شروط ضمن عقد، قواعد امری حقوق را نقض نکنند، نتایج پیش‌بینی شده، حتی اگر ناعادلانه تلقی شود، اجرا خواهد شد. برای مثال در قرارداد اجاره رایانه، به شرکت لیزینگ^(۲۳) حق داده شده بود که در صورت نقض تعهد در پرداخت به موقع اقساط توسط طرف مقابل، مالکیت رایانه را مسترد دارد و شکایتی مبنی بر پرداخت اقساط پرداخت نشده در سررسید، در کنار پرداخت تمام اقساط آینده که هنوز در زمان خاتمه قرارداد، تبدیل به بدهی نشده و قابل پرداخت نیست، مطرح کند. دادگاه پی برد که قرارداد به نحوی تنظیم شده که در صورت نقض تعهد، شرکت اجاره‌دهنده، نه تنها مالکیت رایانه (که بعداً به شخص ثالثی فروخته شد) بلکه کل قیمت آن را مسترد خواهد کرد و دریافت کل قیمت می‌تواند به عنوان جریمه طرف مقصر تفسیر شود که این ناعادلانه است. بنابراین دادگاه اظهار کرد که شروط قرارداد مانند پرداخت کل قیمت نمی‌تواند به عنوان جریمه تفسیر شود اما به عنوان نتیجه نقض تعهد و انکار قرارداد می‌توان به آن حکم داد. در کامن‌لا در صورت انکار قرارداد، تمام منافع معامله متعلق به طرف بی‌گناه خواهد بود. به‌رغم نارضایتی ناشی از این شرایط، دادگاه بر عبارات قرارداد ترتیب اثر داد.^(۲۴)

از این تاریخ به بعد، حقوق انگلیس از عنصر عوض، که همان نیازهای همسطح طرفین قرارداد برای لازم‌الاجرا شدن قرارداد است، حمایت کرد و دانست که برای اینکه قراردادی لازم‌الاجرا شود باید به نیازهای طرفین توجه کرد. این بر پایه یافته‌های حقوق دانان طبیعت‌گراست که از قرن هیجدهم از نهاد «علت» (*Causa*) در حقوق رومی وام گرفته‌اند، با این مضمون که قرارداد، زمانی لازم‌الاجرا می‌شود که در اصطلاح فلسفی با اعمال فضایل آزادی یا عدالت معاوضی قابل توجیه باشد. البته این به آن معنا نیست که حقوق انگلیس به همان اندازه که حقوق دانان طبیعت‌گرا در نظر می‌گیرند، به عوض اهمیت می‌دهد و بنابراین حقوق انگلیس به تضمین محتویات منصفانه قراردادهای توجه می‌کند. درست برعکس، عناصر عوض برای وجود قرارداد لازم‌الاجرا ضروری است. اما از قاضی انگلیسی انتظار می‌رود که صرفاً وجود عوض را احراز کند و نیازی به آزمایش کفایت عوض نیست. ارزیابی تناسب عوضین، بررسی اینکه قرارداد به صورت عادلانه منعقد شده یا نه، با تعصب مورد

23. منظور اجاره به شرط تملیک است (م).

24. *Lombard North Central plc v. Butterworth*[1987] 1 All ER 267, Court of Appeal

رسیدگی قرار می‌گیرد، نه مطابق با انتظاراتی که حقوق دانان انگلیسی از سیستم حقوقی خود دارند.^(۲۵) حتی کمک عادلانه برای تعدیل معامله‌ای که به اصطلاح، معامله غیرمعقول و یک‌طرفه و خلاف وجدان است، در ابتدا به نظر می‌آید که موجب نوعی برابری بین مسئولیت قراردادی شده است اما این به معنای ایجاد تعادل دوباره بین طرفین قرارداد نیست بلکه بر پایه ارزش ذاتی آن، می‌تواند به‌عنوان شاهدهی بر وجود حيله و تقلب در معامله باشد. به عبارت دیگر، تناسب عوضین ممکن است به‌عنوان یکی از عناصر اثبات حيله و تقلب مورد رسیدگی قرار بگیرد و مانع از لازم‌الاجرا شدن قرارداد شود حتی اگر قرارداد، قدرت اجرایی خود را از قانون گرفته باشد. مسئله تضمین عدالت دوطرفه همیشه مناسب نیست. نگرش حقوق انگلیسی در مقابل خطرات محدود شدن توسط قراردادی که عادلانه نیست، در قاعده‌ای که توسط لرد منس فیلد در سال ۱۷۷۸ استفاده شده است و هنوز هم به آن ارجاع می‌شود به روشنی بیان شده است: «خریدار باید توجه کند».^(۲۶) قبلاً اشاره شد که این معمولاً با ارجاع به نقش اساسی معاملات دریایی و مالی در حقوق انگلیس، توجیه می‌شود و به نظر می‌رسد منافع طرفین از طریق لازم‌الاجرا بودن قراردادها بر اساس کلمات آن‌ها بهتر تأمین می‌شود تا از طریق انعقاد موافقت‌نامه‌هایی توسط طرفین با عنوان عدالت غیرقابل پیش‌بینی.

ب) حسن نیت به‌عنوان وظیفه میان طرفین

در خصوص مفهوم حسن نیت به‌عنوان استاندارد رفتار طرفین، ملاحظه می‌شود که کاملاً بیش از اینکه درصد تضمین ارتباط منصفانه بین طرفین باشد، در صدد حفظ آزادی طرفین در قرارداد و تضمین اجرای آن بر اساس جمله‌بندی دقیق آن‌هاست. قبلاً اشاره شد که قاضی انگلیسی وظیفه ایجاد تعادل منصفانه بین طرفین قرارداد را ندارد و باید قرارداد را به همان صورتی که طرفین آزادانه منعقد کرده‌اند اجرا کند. از طرفین انتظار می‌رود که حافظ منافع خود باشند و آن‌ها از سیستم حقوقی انتظار دارند که با امکانات قابل پیش‌بینی، حقوق مطابق با شرایط قرارداد را اجرا کند. اصلاح یا تغییر چنین شروطی در تقابل با چنین انتظاراتی است و در نتیجه قاضی انگلیسی نمی‌تواند چنین نقشی ایفا کند (مگر قواعد قانونی خاص که اغلب در قراردادهای مصرف‌کننده وجود دارد و قاضی باید چنین اقدامی را انجام دهد) و این مناسب‌ترین نگرش برای سیستم حقوقی خصوصاً در مورد قراردادهای تجاری و مالی است.

همین نگرش در مرحله مذاکرات و قبل از انعقاد قرارداد وجود دارد: با در نظر گرفتن این نکته که طرف قرارداد در ملاحظات خود به نیازها و انتظارات طرف مقابل که مخالف جوهره مذاکرات است، یعنی جایی که مواضع هریک از طرفین، احتمالات مختلفی را بر علیه طرف مقابل برای دستیابی به بهترین نتیجه اقتصادی مطرح می‌کند، توجه دارد. در تصمیم مجلس اعیان که اغلب بیان می‌شود، لرد کنر بیان داشت که: «... مفهوم انجام مذاکره با حسن نیت، ذاتاً مخالف موضع خصمانه طرفین هنگام مذاکره است».^(۲۷) محدودیت آزادی اراده برای سازمان‌دهی مذاکره مفید حتماً باید با همکاری و صداقت طرفین قرارداد همراه باشد. همان‌طور که ملاحظه شد

25. See, for further reference, Gordlay, *The philosophical origins, op.cit.*, pp. 146ff.

26. *Stuart v. Wilkins*, 1 Dougl. 18, 99 Eng. Rep. 15 (1778).

27. *Walford v. Miles* [1992] 1 All ER 453, House of Lords

در نظام‌های حقوقی که برای جنبه اقتصادی معاملات اهمیت زیادی قائلند، این اصل شناخته شده نیست.^(۲۸) باوجود این، حقوق انگلیس^(۲۹) همچنان که برای آزادی اراده اشخاص احترام قائل است، نسبت به این موضوع سخت‌گیر و بیگانه نیست.^(۳۰)

سایر فنون حقوقی هم در دستیابی به نتایج تقریباً مشابه با وظیفه عام حسن‌نیت، اعمال شده است. تصمیمی که اغلب در این خصوص بیان و مورد استناد قرار می‌گیرد، این امر را به وضوح بیان می‌کند: «حقوق انگلیس به‌طور مشخص، خود را متعهد به چنین اصول مهمی مانند حسن‌نیت نمی‌داند اما راه‌حل‌های تدریجی را در پاسخ به مشکلات بیان شده که موجب بی‌عدالتی می‌شود، توسعه داده است. مثال‌های فراوانی در این خصوص می‌توان ارائه داد. بنابراین انصاف با معاملات خلاف وجدان مقابله می‌کند تا آن‌ها را از میان بردارد. پارلمان برای اصلاح شروط معافیت از مسئولیت و در خصوص شکل پاره‌ای از قراردادهای اجاره به شرط تملیک، قدم‌هایی برداشته است. کاملاً هم به طرق متعددی نقش خود را در این زمینه ایفا می‌کند؛ مثلاً از طریق حمایت از قراردادهایی که نیاز مبرم به حسن‌نیت دارند یا غیرقابل وصول دانستن قراردادهایی که در آن خسارت، مقطوع و معین گردیده اما در واقع نوعی جزای نقض عهد (Penalty Clause) است و در موارد بسیار دیگر».^(۳۱)

این راه‌حل‌های تدریجی، الزاماً همیشه دامنه شمول یکسانی به‌عنوان اصل کلی ندارند. عدم توانایی یکی از طرفین برای دادن اطلاعات مناسب جهت ارزیابی خطرات و منافع معامله توسط طرف دیگر، تا زمانی که در صداقت طرفین اختلالی ایجاد نکند، در حقوق انگلیس ضمانت اجرایی ندارد.^(۳۲)

حتی دکتین تدلیس که ممکن است در نگاه اول به‌عنوان اعمال حسن‌نیت در مذاکرات به نظر برسد، نتیجه دلخواه را تضمین نمی‌کند. دادن اطلاعات نادرست به طرف دیگر در طول مذاکره، منجر به خسارت غیرقراردادی (قهبری) می‌شود ولی سکوت به‌عنوان اطلاعات نادرست در نظر گرفته نمی‌شود. بنابراین خودداری از دادن اطلاعات در طول مذاکرات، تدلیس تلقی نمی‌شود و طرفین در پذیرش چنین رفتاری بدون در نظر گرفتن نتایج آن مختارند.^(۳۳)

قطع ناموجه مذاکرات، مثال دیگری است که نشان می‌دهد چگونه راه‌حل‌های تدریجی حقوق انگلیس الزاماً مطابق با یک اصل کلی نیست. فقدان وظیفه رفتار توأم با حسن‌نیت در طول مذاکرات، به طرف قرارداد اجازه می‌دهد که حتی بدون داشتن قصد انعقاد قرارداد، با طرف دیگر مذاکره کند. (برای مثال، صرفاً به دلیل منع طرف دیگر از انجام مذاکره با شخص ثالث یا برای اخذ اطلاعات تجاری و...) حتی دکتین استرداد، (Restitution) که ممکن است در وهله اول معادل وظیفه ورود با حسن‌نیت به مذاکرات در نظر گرفته شود،

28. See, among others, ERP, S. Van, *The pre-contractual Stage*, in Hartkamp, A., et al. (ed.), *Toward a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998., pp. 215ff.

29. منظور دیدگاه‌های جدید در حقوق این کشور است (م).

30. Zimmermann, Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 45ff.

31. Judge Brimham LJ in *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1988] 2 W.L.R. 615.

32. In some situations a duty of care arises between the parties, it does not seem, however, that negotiations of commercial contracts are within that number, see, for example, *Chandler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164., and see *Walford v. Miles*, cit.

33. Guest, *Chitty on Contracts*, Vol.I, *General Principles*, 29th ed., London 2004, pp. 436ff.

همان نتایج را تضمین نمی‌کند. هدف از استرداد، جبران زیان‌های طرف قرارداد نیست بلکه بازپس‌گرفتن منافع مکتسبه طرفی است که مذاکرات را قطع کرده.^(۳۴) اگر قطع ناموجه مذاکرات منجر به ورود زیان‌هایی به طرف دیگر شود و در عین حال سودی هم برای قطع‌کننده نداشته باشد، بر اساس دکترین استرداد، طرف زیان‌دیده، الزاماً مستحق جبران نیست.^(۳۵)

2-1-2. ویژگی‌های عدالت در حقوق نوشته با قلمرویی متفاوت از حقوق کامن‌لا

سیستم حقوقی رومی-ژرمنی به روش کاملاً متفاوتی توسعه پیدا کرده است. تا قرن هیجده، قاره اروپا حقوق رم را که بر پایه حقوق طبیعی است به‌دقت مورد توجه قرار داد. حقوق‌دانان طبیعت‌گرا آثار حقوقی قراردادها را بر پایه نظریات فلسفی ارسطو و طبقه‌بندی ویژگی‌های آن، توجیه کردند. در طول قرن نوزدهم با توجه به رویکرد اثبات‌گرایی (Positivism) - تفسیری در فرانسه و رویکرد فنی-تاریخی در آلمان، نظریه حقوق طبیعی متروک شد. این دو رویکرد، کشورهای مبتنی بر حقوق رومی-ژرمنی را تحت تأثیر قرار داد و با این پیش‌زمینه، سیستم حقوقی رومی-ژرمنی به سیستم رومی (متأثر از رویکرد فرانسه) و ژرمنی (متأثر از رویکرد آلمان) تقسیم شد. به نظر می‌رسد در قرن نوزدهم قراردادها بر اساس اراده طرفین منعقد می‌شد و نه بر اساس ویژگی‌ها، وظایف یا ضرورت‌هایی که به‌طور طبیعی ناشی از روابط انسانی است، همان‌طوری که حقوق‌دانان طبیعت‌گرا سابقاً آن را مفروض می‌دانستند. نویسندگان قانون مدنی فرانسه به‌وضوح اظهار کردند که شخص بالغ در انعقاد قراردادها باید جانب احتیاط را رعایت کند و اینکه در برابر رفتار خود شخص، قانون خود را متعهد به حمایت از او نمی‌داند. وظیفه سیستم حقوقی، احترام به اراده طرفین قرارداد و اجرای آن است بدون ارزیابی برابری طرفین قرارداد یا معیارهایی که در اصول طبیعی مورد توجه قرار می‌گرفت. باوجود این، سیستم‌های حقوقی قاره‌ای قبلاً مجموعه‌ای از قواعد پیشرفته مربوط به انواع مختلف معاملات را که بر پایه اصول طبیعی است پذیرفته بودند. قراردادها به انواع مختلفی طبقه‌بندی شده و هر نوع به مجموعه‌ای تفصیلی از تعهدات طبیعی تعلق داشت. این قواعد در طول سده نوزدهم متروک نشده بود تا زمانی که از حقوق طبیعی فاصله گرفت و به مقررات موضوعه تبدیل شد. احترام به اراده طرفین با اجرای قواعد تفصیلی در انواع مختلف قراردادها تعدیل شد. بنابراین حقوق‌دانان قاره‌ای، قراردادها را در جهت هماهنگی و یکپارچه‌سازی با قوانینی که سیستم حقوقی برای هر نوع قرارداد داشت، تفسیر کردند.

۳-۱-۲. حقوق آلمان

حقوق قراردادها در آلمان، در سال ۱۹۰۰ در قالب قانون مدنی آلمان تدوین شد. هدف از این تدوین، منظم کردن قوانینی بود که در طول دو سده قبل توسط دکترین حقوقی آلمان اجرا شده بود. پژوهشگران حقوقی تلاش

34. Guest, *Chitty on Contracts*, cit., p. 1632.

35. In some cases, however, restitution was given even if no benefit has been gained: *ivi*, pp. 1638, 1645. In these cases, the losses incurred by the other party consisted in services rendered at the request of the party breaking off the negotiations. It remains to be seen whether the lack of benefit can be disregarded as a prerequisite for restitution, in cases where the losses were not incurred at the request of the party breaking off.

زیادی برای طبقه‌بندی و نظام‌مند کردن حقوق اولیه رم کردند. قانون مدنی آلمان نتایج نظریه‌های علمی را در قرون هیجده و نوزده مدون کرد؛ قوانین با احتمال تجدیدنظر در آن، تدوین شد و هدف نهایی، ثبات داخلی سیستم حقوقی بود. قانون مدنی آلمان علاوه بر هدف انتزاعی علمی و ثبات، از اصول آزادی‌خواهی که بر اساس آن باید به هر فرد اجازه تنظیم منافع خود را داد و در همان حدود وی را مسئول شناخت، الهام گرفته است و تعامل جامعه‌شناختی خط فکر تاریخی را نیز منعکس کرده است، همان طوری که در برخی از مواد عمومی موجود در آن مشهود است: قوانین خشکی نیستند که توسط قاضی به صورت ماشینی اعمال شوند بلکه قوانین راهبردی هستند (مانند قاعده حسن نیت در اجرای قراردادها) و نیاز به ارزیابی توسط قاضی دارند.

الف) حسن نیت و تفسیر

به موجب حقوق آلمان در وهله اول، قرارداد برای استقرار قصد مشترک طرفین تفسیر می‌شود. با وجود این، در تفسیر قرارداد بر اساس اصل حسن نیت باید به ماده ۱۵۷ نیز توجه کرد. یکی از کاربردهای این قاعده، تکمیل شرایط قرارداد از طریق رفع خلأهای آن است. برای مثال در یک تصمیم مشهور، دیوان عالی اظهار کرد که قراردادی که در خصوص موضوعی خاص سکوت کرده است باید توسط قواعدی تکمیل شود که اگر طرفین هنگام انعقاد قرارداد به آن جنبه خاص توجه می‌کردند، بر اساس اصل حسن نیت با آن موافقت می‌کردند. دادگاه تصمیم گرفت که قرارداد مبادله فعالیت حرفه‌ای بین دو پزشک، باید طوری تفسیر شود که علی‌رغم سکوت قرارداد، شامل تحدید احتمال رقابت با موضوع انتقال باشد.^(۳۶) همان‌طور که ملاحظه می‌شود، تصمیمی که توسط دادگاه انگلیس در این خصوص گرفته شد کاملاً متفاوت از تفسیر بر اساس قاعده «تصریح به امری موجب اخراج غیر است» بود.

ب) حسن نیت به عنوان عنصر اصلاح‌کننده توافق طرفین

اصول آزادی‌خواهی قرن نوزدهم در قانون مدنی آلمان با توجه به مکتب تاریخی مورد اصلاح قرار گرفت. مخصوصاً در ارتباط با تورم بیش از حد بعد از جنگ جهانی اول و اوضاع و احوال نامساعد بعد از جنگ جهانی دوم، رویه قضایی آلمان اشتیاق زیادی برای اجرای فعالانه مواد عمومی قانون مدنی آلمان نشان داد و در نتیجه، حقوق قراردادها را در مسیر ارزیابی واقعی قاضی از تأثیرات اجتماعی روابط حقوقی قرار داد. تورم سنگین بعد از جنگ جهانی دوم، عامل اجرای قاعده عمومی حسن نیت مندرج در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، توسط قاضی بود. این امر مانع از تمرکز قانون مدنی آلمان بر اراده طرفین بود و بیش از اینکه در صدد اجرای عبارات مندرج در قرارداد باشد، مترصد ایجاد تعادل عادلانه میان منافع طرفین بود.^(۳۷) از آن پس، اغلب دادگاه‌های آلمان، ماده ۲۴۲ را با شیوه‌های مختلفی اجرا کردند تا جایی که طبقه‌بندی و نظام‌مند کردن رویه دادگاه‌ها در تفسیر تأیید شده

36. BGHZ 16, 71.

37. RGZ 107, 18ff. See, for further references, among others Zimmermann, Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 20ff.

این ماده نیاز به ۸۰۰ صفحه خواهد داشت.^(۳۸) یکی از کاربردهای این قاعده، استفاده از آن به عنوان مانعی در برابر اجرای آن دسته از حقوق قراردادی است که موجب ایجاد نتایج ناعادلانه و برهم زدن تعادل منافع بین طرفین می‌شود. با اعمال ماده ۲۴۲ احتمالاً از تصمیمات مشابه با موضوع سابق‌الذکر در دادگاه انگلیس، که بی‌عدالتی ناشی از تفسیر لفظی قرارداد را در موارد خاصی می‌پذیرد و دستور به استرداد رایانه را علی‌رغم پرداخت کل مبلغ آن، به عنوان غرامت تأیید می‌کند^(۳۹) اجتناب خواهد شد.

پ) حسن نیت به عنوان وظیفه میان طرفین

قاعده راجع به حسن نیت در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان و همچنین قاعده مذکور در بند ۲ ماده فوق که وظیفه مراقبت از حقوق، اموال و منافع طرف دیگر قرارداد را پیش‌بینی کرده است صریحاً اجرای قرارداد را تعدیل می‌کند که در ماده ۳۱۱ به مرحله مذاکرات هم تسری پیدا کرده است. یکی از مهم‌ترین تعهداتی که در ارتباط با وظیفه مراقبت ظاهر می‌شود، تعهد به مطلع نمودن طرف مقابل نسبت به جنبه‌های مادی است که مرتبط با ارزیابی صحیح، درک و اجرای قرارداد است.^(۴۰)

۴-۱-۲. حقوق نروژ

از قرن نوزدهم، حقوق قراردادهای نروژ به شدت از اصول قانونی آلمان تأثیر پذیرفت.^(۴۱) شکل انعقاد قراردادهای سال ۱۹۱۸ به روشنی از حقوق آلمان الهام گرفته است و در واقع توضیح اصول سنتی است.^(۴۲) با وجود این، نروژ و سایر کشورهایی که از حقوق آلمان تأثیر پذیرفته‌اند، حقوق تعهدات را به صورت منظم تدوین نکرده است. همچنین قاضی و مفسر نروژی، نسبت به همکاران آلمانی‌شان، تمایل کمتری نسبت به جدا کردن انواع قراردادها

38. Staudinger, J. Von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 241-243, Berlin 1995. The reform of 2001 has modernized the BGB, that by that time was more than one century old, and has at the same time implemented into German law the European standards on consumer protection, extending most of them to all contracts, not only consumer contracts. The immediate background for the reform was the necessity to implement within the required term the EU directives; however, the process of reform of the law of contracts had already been ongoing for several decades, and the 2001 reform can be said to be as much an implementation of the EU consumer directives as a reception of the uniform law on sales contained in the Vienna Convention for Contracts for the International Sale of Goods of 1980. On the reform of 2001 see, *i.a.*, Schlechtriem, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the context of common principles and structures of the law of obligations in Europe*, at <http://www.iuscomp.org/gla/index.html> and Schulte-nolke, H., *The new German law of obligations: An introduction*, at <http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm>.

39. *Lombord North Central plc v. Butterworth.*, *cit.* (supra note 14).

40. BGHZ 132, 175, BGH NJW 1973, 542

41. On the relationship between German legal doctrine and the Nordic law of contracts see, *i.a.*, Gambaro, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, *cit.*, pp. 400ff., and Zweigert, Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *cit.*, pp. 270ff.

42. See for example HOV, J., *Avtaleslutning og ugyldighet, Kontratsrett I*, 3rd ed, Oslo 2002, pp. 60ff, and Woxholth, G. *Avtalerett*, Oslo 2003, pp. 72 ff.

دارند. به نظر می‌رسد هدف از اجرای قانون در نروژ، رسیدن به راه‌حل عادلانه است تا تأیید صرف ثبات سیستم. فقدان تدوین نظام‌مند از حقوق تعهدات و نگرش واقع‌بینانه حقوق‌دانان نروژی با اتحاد اجتماعی مطلوبی همراه شده که بیشتر از استقلال فردی به برابری اهمیت می‌دهد. تمام این ترکیبات موجب شده است که حقوق قراردادهای نروژ، تمرکز کمتری نسبت به آزادی فردی و توجه بیشتری به عدالت و مسئولیت نسبت به حقوق آلمان داشته باشد. در حقوق نروژ، مفسر در فرآیند تفسیر، آزادی عمل بیشتری دارد.

الف) حسن نیت و تفسیر

هدف اصلی از تفسیر قرارداد، توجه به قصد عینی طرفین است. با وجود این، مفسر در این فرآیند به شدت تحت تأثیر هدف طرفین از انعقاد قرارداد قرار خواهد گرفت و شروط قراردادی به نحوی تفسیر خواهد شد که با ماهیت قرارداد سازگاری داشته باشد.^(۴۳) علاوه بر این، تفسیر، از معامله منصفانه و حسن نیت تأثیر خواهد پذیرفت.^(۴۴) عبارات قرارداد به نحوی تفسیر خواهد شد که اجازه اجرای اصول معامله منصفانه و حسن نیت را بدهد. همان طوری که دادگاه آلمانی، قرارداد بین دو پزشک را با حسن نیت بر پایه شرط عدم رقابت،^(۴۵) اصلاح کرد، دادگاه نروژی هم باید از روش انگلیس که بر پایه این اصل است که: «تصریح به امری موجب اخراج غیر است»، اجتناب کند. با وجود این، ممکن است حقوق نروژ از روش دیگری با نتیجه متفاوت پیروی کند: دادگاه بیش از اینکه در صدد تفسیر تعهد ضمنی رقابت محدود در قرارداد باشد، ممکن است فقدان شرط رقابت را به عنوان شرط قبلی قرارداد مورد رسیدگی قرار دهد و بر اساس آن، قرارداد، قدرت اجرایی خود را از دست بدهد چون یک شرط ضروری، اجرای آن را متوقف ساخته است.^(۴۶)

ب) حسن نیت به عنوان عنصر اصلاح کننده توافق طرفین

اهمیت حسن نیت و معامله منصفانه در سیستم حقوقی نروژ از طریق معرفی نحوه انعقاد قراردادها در ماده ۳۶ روشن تر شد و برای اصلاح اراده طرفین در جهت معقولیت قرارداد، اختیار وسیعی به قاضی داده شد. این اصلاحات نتیجه پیوستن به همکاری قانون‌گذاری کشورهای اسکاندیناوی بود که می‌تواند هم بیانگر سیستم حقوقی نروژ و هم بیانگر سیستم حقوقی کشورهای اسکاندیناوی باشد. قاعده کشورهای اسکاندیناوی را در خصوص معقولیت، نمی‌توان انحراف شدید از سنن حقوقی آلمان دانست. از زمانی که رویه حقوقی آلمان در جریان سده بیستم توسعه یافت، شرط عمومی حسن نیت که در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان هم ذکر شده، در خدمت هدف عدالت قرار گرفت. با وجود این، قاعده کشورهای اسکاندیناوی فراتر از شرط عمومی آلمانی است. (هرچند لازم به یادآوری است که قاضی در اجرای این قاعده در مورد قراردادهای تجاری، محدودیت بیشتری دارد). بنابراین دادگاه نروژ (برعکس دادگاه انگلیس و مانند دادگاه آلمان) نه تنها باید در صدد اصلاح تفسیر لفظی

43. HOV, *op.cit.*, pp. 167f., and Woxholth, *op.cit.*, pp. 445ff.

44. HOV, *op.cit.*, pp.168f., and Woxholth, *op.cit.*, pp. 450ff.

45. See *supra* note 27.

46. For a more extensive reasoning as well as references to judicial practice see the contribution of Hagstrom to Zimmermann, Whittaker, *Good Faith in European Contract Law, cit.*, pp. 490f.

قرارداد جهت جلوگیری از نتایج ناعادلانه و تکمیل شروط قرارداد جهت رفع خلأهای آن باشد، بلکه حتی فراتر از دادگاه آلمانی، باید عبارات قرارداد را برای دستیابی به منافع متعادل بین طرفین، اصلاح کند حتی اگر قانون قرارداد منتهی به نتایج ناعادلانه نشود. برای مثال در موافقت‌نامه اجاره بلندمدت بین موجر و شرکت استخراج معدن، دادگاه عالی، شرط را طوری تفسیر کرد که حق تمدید اجاره‌نامه را با همان شرایط به شرکت و حق مذاکره مجدد در خصوص اجاره‌بها را به موجر می‌داد (علی‌رغم این واقعیت که قرارداد شامل شرط شاخص قیمت می‌شد که موجب تنظیم خودبه‌خودی اجاره‌بها و اجتناب از بی‌عدالتی در سطح گسترده می‌شد).^(۴۷)

پ) حسن نیت به‌عنوان تعهد دوجانبه طرفین

اصول حسن نیت و معامله منصفانه، هم در طول اجرای قرارداد و هم در مرحله مذاکرات، موجب تعهد به صداقت بین طرفین می‌شود. در مرحله مذاکرات، اصل حسن نیت در تعهد به بررسی اعتماد طرف مقابل در مذاکرات قراردادی و تعهد به اعلام موضوعی که ممکن است برای طرف مقابل و ارزیابی آینده قرارداد اهمیت مادی داشته باشد، کاربرد دارد.^(۴۸) در نتیجه، ماده ۳۳ قانون تشکیل قراردادهای مقرر می‌کند که اگر اجرای شرط به خاطر شرایطی که هنگام انعقاد قرارداد برای مشروطه شناخته شده بود، ناعادلانه باشد، اجرای شرط برای مشروط‌علیه اجباری نخواهد بود.

۵-۲. حقوق ایتالیا

حقوق قراردادهای ایتالیا در قانون مدنی سال ۱۹۴۲ تدوین شده است. این قانون عمدتاً بر پایه قانون سال ۱۸۶۵ تدوین شده که آن هم از قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه الهام گرفته بود. دکترین حقوقی ایتالیا در اواخر سده نوزدهم و اوایل سده بیستم به شدت تحت تأثیر مکتب حقوقی آلمانی قرار گرفت. اما این امر به‌نحو قابل توجهی در تدوین قانون سال ۱۹۴۲ بازتاب نیافته است (صرف‌نظر از قبول بخش عمومی تعهدات که مقدم بر مقررات قراردادهاست).

به نظر می‌رسد قانون مدنی ایتالیا می‌تواند بیانگر مکتب رومی بر اساس قانون مدنی فرانسه تلقی شود.^(۴۹)

آنچه برای قانون مدنی فرانسه، که قانون ایتالیا هم از آن تأثیر پذیرفته است، مطلوب بوده مشخصه‌های دورانی است که قانون در آن پا به عرصه گذاشته است. در آرای صادره بعد از انقلاب فرانسه، قانون مدنی بر اساس اصل آزادی‌خواهی پایه‌گذاری شده است که در آن اشخاص می‌توانند منافع خود را همان‌طور که مناسب تشخیص می‌دهند تعدیل کنند، مالکیت شخصی مورد احترام قرار می‌گیرد و دخالت دستگاه عمومی به حداقل کاهش پیدا می‌کند. تأثیر عصر روشنفکری در قانون مدنی فرانسه کاملاً مشهود است و حقوق در آن، به‌عنوان نظام علمی، شامل قوانین خلاصه و هماهنگ با هم و بدون نیاز به ارزیابی‌های ذهنی مطرح می‌شود. حقوق‌دان به احتمالاتی که اجرای عملی قانون می‌تواند گاهی بر اساس شرایط و احوال پرونده موجب نتایج

47. Rt 1990 s. 626.

48. On the duty of information see, extensively, *Hagstrom V. Aarbakke*, M., *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, pp. 131ff.

49. On the influence of French and German law on Italian law see, i.a., Gambro, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp.377ff.

نامطلوب شود، توجه می‌کند. این نتایج ناشی از استحکام قانونی سیستم، به‌عنوان ارزش بالای قدرت پیش‌بینی سیستم حقوقی پذیرفته شده است.

تنها قانون واقعی، حقوق مثبت محسوب می‌شود. متن تدوین‌شده قانون است که بدون نیاز به منبعی برای دستیابی به نتیجه طبیعی یا عدالت قابل اجراست.^(۵۰) این ذهنیت در خصوص اجرای قانون، که به‌عنوان مکتب تفسیری هم شناخته شده، در طول قرن نوزدهم در فرانسه رواج یافت و به شدت اندیشه حقوقی ایتالیا را تحت تأثیر قرار داد به حدی که تأثیر آن حتی در حال حاضر در آرای قضایی ایتالیا به چشم می‌خورد. اصول حقوقی ایتالیا در اواخر سده نوزدهم و اوایل سده بیستم، از سیر اندیشه تاریخی آلمان هم تأثیر پذیرفته است که از طریق بررسی ویژگی‌های اجتماعی و حکمت غایی، متن قانون را تکمیل می‌کند.^(۵۱) باوجود این، رویکرد مثبت‌گرایی (قطع و یقین) همچنان رواج دارد.

نزدیک به یک قرن و نیم بعد از قانون مدنی فرانسه، آرای صادره، مبتنی بر قانون مدنی ایتالیا بود و جامعه هم در طول این دوره پیشرفت‌های چشم‌گیری داشت. قانون مدنی ایتالیا شامل مجموعه‌ای از قوانینی است که نمونه اصلی فرانسوی را متحول می‌کند و اصول آزادی‌خواهی آن را به نفع توجه بیشتر به عدالت اجتماعی در ارتباطات حقوقی تعدیل می‌کند. باوجود این، بیشتر این تعدیلات به‌عنوان قوانین خاص و اجرایی توسط قضایی ایتالیایی به همان روشی که در بالا توضیح داده شد، تدوین شده است. تعداد کمی از شروط عمومی توسط قانون‌گذار سال ۱۹۴۲ وارد قانون مدنی ایتالیا شده است. معذک این شروط به همان اندازه که توسط قضات آلمانی مورد استناد قرار می‌گیرد و اجرا می‌شود، توسط قضات ایتالیایی اجرا نمی‌شود.^(۵۲)

الف) حسن نیت و تفسیر

مواد ۱۳۶۲ تا ۱۳۷۱ قانون مدنی ایتالیا مفسر را راهنمایی می‌کند که پیش از هرچیزی قصد طرفین را بر اساس متن قرارداد تشخیص دهد^(۵۳) و توسط رفتار طرفین، قرارداد را تکمیل کند.^(۵۴) اگر زبان قرارداد روشن و واضح باشد مفسر نمی‌تواند با اجرای سایر موارد تفسیری که در قانون مدنی ایتالیا وجود دارد، مانند هدف از انعقاد قرارداد یا ملاحظات مربوط به معامله منصفانه،^(۵۵) به نتیجه متفاوت از آنچه مد نظر قرارداد است برسد و مانند سایر معیارهای تفسیری تابع تفسیر لفظی قرارداد هستند (وقتی قاعده‌ای صریح و قابل فهم است، نیازی به تفسیر موسع نیست).^(۵۶)

50. For an historic analysis and further references see Gordley, *The philosophical origins*, cit., pp.220ff.

51. For a vivid explanation of the conflict between these two influences and further references see Gambard, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 385. See also Monateri, P.G., *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures, in Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 13, pp. 584ff.

52. Gambaro, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 389ff.

53. C. 95/4563

54. Article 1362 CC.

55. C. 95/6050

56. On the scope of this rule see Sacco, de Nova, *Il Contratto*, Torino 2004, vol. II, pp. 394ff.

ب) حسن نیت به عنوان عنصر اصلاح کننده توافق طرفین

به عبارت دیگر، زبان واضح قرارداد، مفسر ایتالیایی را محدود می کند (و قرارداد توسط توافق طرفین تکمیل می شود). هدف از انعقاد قرارداد، زمانی بررسی می شود که زبان نوشتاری قرارداد به حد کافی واضح و آشکار نباشد و حسن نیت، زمانی مورد رسیدگی قرار می گیرد که قواعد تفسیری به حد کافی موجب وضوح و روشنی قرارداد نشود.^(۵۷) حتی رسیدگی به منافع طرفین در مرتبه ای پایین تر از آن ها قرار می گیرد و بر اساس ماده ۱۳۷۱ می-تواند برای گسترش سایر معیارهایی که به روشنی بیان نشده است به کار رود، هرچند در این روند مفسر می تواند قرارداد را به طور موسع تفسیر کند. همان طور که ماده ۱۳۶۵ مقرر می کند، ارجاع به پرونده ای به عنوان راهنما در قرارداد، مانع از اجرای قرارداد به موجب سایر دعاوی قابل مقایسه نمی باشد، حتی اگر صراحتاً به آن ها ارجاع داده نشده باشد. با وجود این، ساختار چنین قراردادی اجازه گسترش موضوع قرارداد یا تحمیل تعهداتی خارج از تعهدات تنظیم شده در قرارداد را نمی دهد.

علاوه بر الزام به توجه به شرط عمومی حسن نیت، قاضی ایتالیایی قرارداد را توسط قوانین تشریحی و گاهی قوانین الزام آوری که مربوط به عقود معین است تفسیر می کند. چنین قوانینی به عنوان شروط ضمنی قرارداد مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت. بنابراین قرارداد همیشه توسط قاضی بر اساس قواعد عمومی و اختصاصی قراردادهای تکمیل می شود.

قاضی ایتالیایی احتمالاً مانند قاضی انگلیسی که به موجد حق داد مالکیت رایانه را با وجود دریافت کل قیمت آن پس بگیرد، تفسیر خواهد کرد.^(۵۸) با وجود این، نتیجه تصمیم قاضی ایتالیایی ممکن است به تصمیم قاضی آلمانی یا نروژی شباهت داشته باشد چون ممکن است قاضی ایتالیایی سایر اصول حقوقی را برای جلوگیری از نتیجه ناعادلانه اجرا کند. مشابه همین امر، خلأهای قرارداد در خصوص مبادله فعالیت های حرفه ای که در مورد رقابت ساکت است،^(۵۹) احتمالاً توسط قاضی ایتالیایی بر اساس فرض اراده طرفین و حسن نیت، برخلاف دادگاه آلمان، رفع نخواهد شد. با این حال شاید نتیجه ماهیتاً تفاوتی نداشته باشد چون ممکن است دادگاه ایتالیایی سایر اصول سیستم حقوقی را در مورد محدودیت رقابت در خصوص انتقال فعالیت اجرا کند.^(۶۰)

باید خاطر نشان کرد که علی رغم شفافیت رتبه بندی اصل حسن نیت در سلسله مراتب ابزارهای تفسیری که توسط قانون مدنی ایتالیا در رتبه چهارم قرار دارد و علی رغم رویکرد معرفت شناختی (مثبت گرایی) که هنوز هم توسط رویه قضایی محافظه کار ارائه می شود، مثال هایی از تصمیمات دیوان عالی وجود دارد که اصل حسن نیت را به عنوان استاندارد تفسیر که می تواند عبارات مورد توافق طرفین را تکمیل و حتی اصلاح کند، مورد رسیدگی قرار می دهد.^(۶۱)

57. C. 88/303

58. *Lombard North Central plc v. Butterworth*, *supra* note 14.

59. BGHZ 16, 71, *supra* note 27.

60. See the contribution of Graziadei to Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law*, *cit.*, pp. 486f.

61. See, for example, C.89/3362 and C. 94/3775. For references to legal doctrine on this judicial approach, see Dangelo, A., *La buona fede*, Torino 2004, pp. 242ff.

پ) حسن نیت به عنوان تعهد دوجانبه طرفین

به نظر می‌رسد اصل حسن نیت در حقوق ایتالیا نسبت به حقوق نروژ و آلمان نقش کم اهمیت‌تری را در تفسیر قراردادها ایفا می‌کند. اما این تفاوت لزوماً در نتیجه تصمیماتی که در هر کدام از این سیستم‌های حقوقی گرفته می‌شود، منعکس نمی‌شود. دادگاه ایتالیا ممکن است به نتیجه‌ای مشابه دادگاه آلمان و نروژ برسد که این مهم از طریق تکمیل قرارداد با اصول و قواعد تکمیلی موضوع قرارداد که همان شروط ضمنی قرارداد است، انجام می‌شود. با وجود این، اصل حسن نیت در سیستم حقوقی ایتالیا دارای اهمیت مستقلی است: مثلاً ماده ۱۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا مقرر می‌کند که طرفین در طول مذاکرات قرارداد ملزم به رعایت حسن نیت هستند. به‌رغم اینکه مهم‌ترین محل اعمال این ماده، در خصوص قطع ناعادلانه و ناموجه مذاکرات است، بیشتر در مورد سایر جنبه‌های مذاکرات قرارداد اجرا می‌شود.^(۶۲) بنابراین اگر یکی از طرفین که از انگیزه طرف مقابل برای انعقاد قرارداد مطلع است، وی را در خصوص آینده قرارداد که به خاطر اوضاع و احوال با هدف وی نامناسب و ناهماهنگ است آگاه نکند، ماده فوق را نقض کرده است.^(۶۳) حقوق ایتالیا هم مانند حقوق آلمان و نروژ بررسی می‌کند که فروشنده وظیفه افشای واقعیتی را که علیه خریدار است نقض کرده است یا نه. حقوق انگلیس برعکس به این امر توجه می‌کند که این وظیفه خریدار است که با تلاش و پشتکار در خصوص کیفیت موضوع قرارداد تحقیق کند.

۲-۲. تعارض بین سیستم حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته در فنون پیش‌نویس قراردادها

برخلاف حقوق کامن‌لا ممکن است در حقوق نوشته مفاهیمی مثل حسن نیت، معامله منصفانه، قواعد عمومی قراردادها و مخصوصاً قواعد اختصاصی آن‌ها، برای تفسیر قرارداد یا تکمیل یا حتی اصلاح آن به کار گرفته شود. زمانی که قرارداد نیازی به تکمیل ندارد یا تکمیل جزئی آن مورد نظر است، رویه قراردادی بین‌المللی، مدل قراردادی کامن‌لا را پذیرفته است. این مدل قراردادی شامل شروط مصرح در فروض قراردادی طرفین، هدف از انعقاد قرارداد، تعهدات طرفین، طرق جبران در مورد حوادث غیرمترقبه، حدود مسئولیت در حوادث غیرقابل پیش‌بینی و غیره است. این امر در قراردادهایی که کامل بوده و تمام جزئیات آن با هدف خودکفابودن بیان شده است، نتیجه‌بخش است و نه در قراردادهایی که به اصول و قواعد حقوقی ضمنی تکیه داشته باشد (در صورتی که حقوق حاکم متعلق به سیستم حقوق نوشته است).

این می‌تواند تعارض دوگانه‌ای ایجاد کند، نخست تعارض قوانین جزئی قرارداد با قواعد قانون حاکم که تکمیل‌کننده همان موضوعات است. به عبارت دیگر بین قوانین قرارداد و قانون، تعارض ایجاد می‌شود. این چگونه باید تفسیر شود؟ آیا قوانین قراردادی زائد و به عبارتی تکرار اصول قانون حاکم است یا تکمیل‌کننده و اصلاح‌کننده آن؟ یا طرفین از قانون حاکم صرف‌نظر کرده و به جای آن، قانون قراردادی را در خصوص همان موضوع انتخاب کرده‌اند؟ آیا شمول گسترده نمایندگی یا ضمانت‌نامه بدین معناست که طرفین، تعهدات فروشنده را خود تعیین کنند؟ چه اتفاقی می‌افتد اگر مفهوم نمایندگی و ضمانت‌نامه همان مفهومی نباشد که در قانون حاکم به کار می‌رود؟ آیا صرف اینکه طرفین، تعهدی خاص را خارج از نمایندگی و ضمانت خود قرار داده‌اند، آن را غیرقابل اجرا می‌کند؟

62. See, references, Sacco, De Nova, *Il Contratto*, cit., p. 240 and *supra* note 2.

63. Gazzoni, *Manuale di diritto private*, Napoli 2003, p. 852, and Sacco, De Nova, *Il Contratto*, cit., pp. 254ff.

تعارض دوم، تعارض بین قرارداد و هر اصلی از قانون حاکم است که ممکن است طرفین بر آن تکیه کنند اما در قرارداد به آن ارجاع نشده باشد. این امر مخصوصاً در ارتباط با قواعد مربوط به حسن نیت و معامله منصفانه خود را نشان می‌دهد. کل قرارداد ممکن است بر پایه ساختاری پیش‌نویسی شده باشد که حسن نیت و معامله منصفانه را انکار کند و به تفسیر لفظی آن اهمیت دهد یا ممکن است یکی از طرفین این ساختار قراردادی را بپذیرد چون می‌داند که قانون حاکم (قانون مدون) در مورد مشقت و دشواری اجرای عقد (Hardship)، یا رفتار برخلاف حسن نیت و نظایر آن مداخله می‌کند. برعکس ممکن است طرفین به خاطر اعتماد به اصول تفسیری کامن‌لا و ایجاد مقررات جامع حاکم بر ارتباط خود، فن پیش‌نویسی کامن‌لا را انتخاب کنند.

مسئله بعدی این است که اگر تعهدات قراردادی که بر پایه انتظارات متفاوتی نسبت به قانون حاکم است، با قانون حاکم تناقض داشته باشد، قانون حاکم تا چه حد می‌تواند مداخله کند؟ مسلماً قانون حاکم در مورد قواعد الزام‌آور اجرا خواهد شد اما اگر این قواعد الزام‌آور نباشد، قاضی چگونه انتخاب طرفین را در مورد ساختار قرارداد که بر پایه مستثناکردن این اصول است تفسیر می‌کند؟ اگر قرارداد بر پایه تخصیص خطرات بین طرفین باشد، آیا قاضی معیار قانون حاکم را در مورد حسن نیت و معامله منصفانه اجرا می‌کند؟

پاسخ به این سؤالات از یک سیستم حقوقی به سیستم حقوقی دیگر متفاوت است و کاملاً به سطح اطلاعات و شمه تجاری قاضی بستگی دارد. این وضعیت نامعلومی ایجاد می‌کند که به ارتباطات تجاری لطمه می‌زند.

۳. آیا منابع غیرداخلی می‌تواند این تنش‌ها را رفع کند؟

۳-۱. منابع حقوق غیرداخلی و حقوق بازرگانی فراملی

نظریه حقوقی گاهی منابع بین‌المللی مانند کنوانسیون‌ها یا منابع غیرداخلی را به‌عنوان مقررات قراردادهای بین‌المللی پیشنهاد می‌کند (این دسته اخیر غالباً به‌عنوان حقوق سنتی، حقوق بازرگانی فراملی یا حقوق فراملی مصطلح شده است که معنای خود را از حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق نرم وام گرفته است). نگاهی خواهیم انداخت به سه سندی که با هدف ایجاد مقررات متحدالشکل و مستقل در مورد قراردادهای بین‌المللی ایجاد شده است.

۳-۱-۱. اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی^(۶۴) در سال ۱۹۹۴ توسط مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی، سازمانی بین‌المللی که در سال ۱۹۲۶ با هدف متحدالشکل کردن حقوق خصوصی تأسیس شده است، انتشار یافت. اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی یک کنوانسیون بین‌المللی یا حقوق نمونه (Model Law) نیست بلکه در سطح بین‌المللی کاربردی مشابه شرح‌های حقوقی (Restatements) دارد که توسط انستیتوی حقوق آمریکا منتشر شده است. هدف از این اصول، تنظیم روش‌مند رویه‌ها و اصول رایج در زمینه قراردادهای بین‌المللی و تفسیر یکسان آن‌ها در سراسر جهان است. این اصول صرفاً

64. The full text can be found at <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. The homepage of the Principles contains also useful links to bibliography and case law regarding the Principles; a useful database on cases and bibliography on the UNIDROIT Principles can also be found at <http://www.unilex.info/>

تدوین اصول موجود نیست بلکه تا حدی تدوین اصول پذیرفته شده در زمینه قراردادهای بین‌المللی نیز هست. همچنین شامل مقرراتی است که نتیجه تلاش گروه بزرگی از متخصصین بخش‌های مختلف جهان است.

۲-۱-۳. اصول حقوق قراردادهای اروپا

اصول حقوق قراردادهای اروپا توسط کمیسیون حقوق قراردادهای اروپا، گروهی علمی که در سال ۱۹۸۲ تحت رهبری پروفسور دانمارکی، *اوله لاندو* (۶۵) تأسیس شد، پیش‌نویسی شده است. تلاش‌هایی در جهت پیشبرد حقوق قراردادهای اروپا به موازات مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی انجام شد. اعضای هر کدام از این سازمان‌ها اعضای دیگری هم بودند. در نتیجه، صلاحیت، ساختار و اصطلاح‌شناسی این دو مجموعه به هم شباهت دارند. با وجود این، اصول حقوق قراردادهای اروپا از لحاظ قلمرو اجرایی با مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی تفاوت دارد. این اصول فقط در مورد قراردادهای منعقدشده در قاره اروپا اجرا می‌شود در حالی که اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی در مورد تمام قراردادهای بین‌المللی اجرا می‌شود. این اصول می‌خواهد در اتحادیه اروپا به‌عنوان حقوق حاکم بر قرارداد (و به‌صورت شرط اجباری بلند مدت) به‌جای حقوق داخلی که امروزه در هر کشوری حاکم است شناخته شود. اما این هدف در خصوص مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی امکان‌پذیر نیست چون قلمرو اجرایی آن سراسر جهان است و نمی‌توان ۲۰۰ کشور مختلف را برای پذیرفتن این اصول به‌جای حقوق قراردادی خودشان، متقاعد کرد. محدوده اجرایی حقوق قراردادی اروپا، اتحادیه اروپاست و اجرای اصول امکان‌پذیر است اگرچه بسیار دشوار است و قبل از یکی دو دهه کار سخت قابل دستیابی نیست. (۶۶)

۳-۱-۳. کنوانسیون وین در مورد بیع بین‌المللی کالا

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل تنظیم و در سال ۱۹۸۰ در وین تصویب شد. (۶۷) برای دستیابی به قانون متحدالشکل در زمینه بیع بین‌المللی، کنوانسیون وین دو تلاش عمده را دنبال می‌کند: نخست کنوانسیون مربوط به حقوق متحدالشکل تشکیل قراردادهای بیع بین‌المللی و دوم کنوانسیون مربوط به حقوق متحدالشکل راجع به بیع بین‌المللی کالا که هر دو در سال ۱۹۶۴ در لاهه پذیرفته

65. For more details on the Commission on European Contract Law, see http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/members.htm. The full text of the PECL can be found at http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/

66. The assessment of the feasibility and necessity to harmonise European contract law has been introduced by the European Parliament with the Resolution of 16.03.00, OJ C 377, 29.12.00, p. 323, and followed up by a Commission Communication, and an Action Plan. These documents, together with the responses thereto by interested parties, papers from workshops and information that permits to follow the process, can be found on the European Commission's page on Contract Law Review, http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm

67. The full text can be found on the UNCITRAL'S homepage, <http://www.uncitral.org>, that contains also an updated list of the countries that have ratified, of the reservation that were made, etc.

شده است. این دو تلاش به دلایلی، موفقیت مورد انتظار را به دست نیاورد چون شروط آن‌ها در راستای منعکس کردن سنن قانونی ابتدائی و اوضاع و احوال اقتصادی اروپای شرقی بود. اروپای شرقی منطقه‌ای بود که در خصوص پیش‌نویس کنوانسیون‌ها فعالیت چشمگیری داشت و موجب افزایش این احساس می‌شد که این اسناد بیانگر منافع بخش معینی از جهان است. در سال ۱۹۶۸ وظیفه ادغام این دو کنوانسیون در متنی که بتواند از حمایت گسترده‌تری برخوردار شود به کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل محول شد. بعد از نقش کشورها از هر ناحیه جغرافیایی در این روند، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل، کنوانسیون وین را به‌عنوان ترکیبی از دو روش پیشین همراه با اصلاحاتی که آن را برای کشورهایی با سابقه حقوقی، اقتصادی و اجتماعی مختلف قابل پذیرش می‌کرد، ارائه داد.^(۶۸)

کنوانسیون وین توسط ۶۳ عضو به امضا رسیده است و در آن به منافع کلان مخصوصاً در زمینه‌های آکادمیک توجه می‌شود.^(۶۹) این کنوانسیون، نخستین نمونه در زمینه متحدالشکل کردن قانون است که نه تنها قانون الزام‌آوری را به‌عنوان کنوانسیون بین‌المللی که به تصویب بسیاری از کشورها رسیده است ایجاد کرد بلکه به قواعدی که خودجوش و خارج از رویه تجاری ایجاد شده است، رسمیت داد.^(۷۰) و به‌عنوان مجموعه مستقل از قوانین بین‌المللی، مستقلاً سیستم‌های حقوقی کشورهای تصویب‌کننده را تعدیل کرد.^(۷۱)

در جهت تکمیل مطالب فوق باید ذکر شود که کنوانسیون وین توسط کشوری مانند بریتانیا که نقش مهمی در تجارت بین‌المللی دارد یا توسط بعضی از کشورهای آمریکای مرکزی و جنوبی به تصویب نرسیده است اما کشورهای عربی و آفریقایی، هند و سایر کشورهای آسیای جنوبی آن را تصویب کرده‌اند. لازم به ذکر است که استفاده از احتمالاتی که در ماده ۶ کنوانسیون در خصوص عدم اجرای آن مقرر شده است، مثلاً قرارداد شرط عدم اجرای کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در قرارداد، توسط اعضای کنوانسیون مخصوصاً اعضای که از ایالات متحده ملحق شده‌اند، بسیار معمول است.

باید خاطر نشان کرد که کشورها می‌توانند کنوانسیون را به‌صورت محدود تصویب کنند بدین معنا که بخشی از آن را اجرا نکنند. مثلاً کشورهای اسکانداویژی، قدرت اجرای بخش ۲ کنوانسیون را در خصوص شکل و ظاهر قرارداد، و قدرت اجرایی کنوانسیون وین را در مورد قراردادهای منعقد بین کشورهای اسکانداویژی استثنا کرده‌اند. تعدادی از کشورها (از جمله آرژانتین، شیلی، چین، روسیه، اکراین) مقرراتی را که اجازه می‌دهد قراردادهای به طرق دیگری غیر از نوشته، منعقد، اصلاح یا فسخ شوند، حق شرط قائل شده‌اند. این‌ها و سایر استثنائات،^(۷۲) کارایی کنوانسیون وین را در خصوص یکسان‌سازی قوانین، حتی بین کشورهایی که آن را تصویب کرده‌اند کاهش می‌دهد.

68. See the Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p.1. The Note can be found at <http://www.cisg.lae.pace.edu/cisg/text/p23.html>

69. See, for example, Audit, B., *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in Carbonneau, E.(ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Juris Publishing 1998, pp. 173-194.

70. Because of the convention's many references to trade usages.

71. Because of the particular rules on the convention's interpretation laid down in its article 7, that require an autonomous interpretation based on the principles underlying the convention.

72. For a full list of the reservations and of the states that have made them see <http://www.uncitral.org>

کنوانسیون موضوعات راجع به تشکیل قراردادها و حقوق و تعهدات ماهوی خریدار و فروشنده را که از قرارداد ناشی می‌شود پوشش می‌دهد.

۴-۱-۳. منابع حقوق بازرگانی فراملی

همان‌طور که ملاحظه شد، اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا از یک طرف و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا از طرف دیگر، ابزارهایی است که تأثیرات حقوقی مختلفی دارد. دلیل اینکه در این مقاله از آنها تحت عنوان «حقوق فراملی» یاد نکردم، این است که هم مجموعه اصول غیرآمرانه و هم کنوانسیون‌های بین‌المللی، هدف مشترکی با عنوان هماهنگ کردن حقوق مرتبط با قراردادهای بین‌المللی دارند. نکته قابل ملاحظه در تمام این منابع این است که سیستم‌های حقوقی از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و این به‌عنوان مانعی برای تجارت بین‌المللی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. وضعیت مطلوب برای تجارت بین‌المللی این است که مقررات هماهنگ‌شده‌ای در سراسر جهان وجود داشته باشد و به شکل واحدی توسط دادگاه‌های کشورهای مختلف اجرا شود. این هدف توسط منابع نام‌برده شده، از طریق دو راه مختلف محقق شده است.

هدف از مجموعه اصول غیرالزام‌آور، ایجاد مدل‌هایی برای ارائه به قانون‌گذاران آینده است مانند ابزار تفسیری اسناد بین‌المللی، راهنمایی طرفین در تنظیم قراردادهایشان، راهنمایی دادگاه‌ها یا محاکم دوری برای ارزیابی کاربرد و رویه بین‌المللی و حتی جانشینی قانون حاکم (اگر طرفین در قرارداد چنین مقرر کنند). هدف از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، قانون‌گذاری در خصوص مسائلی است که در حوزه اجرایی‌اش مطرح می‌شود. صرف‌نظر از اثرات قانونی مختلف، هدف اصلی این سه ابزار، یکسان‌سازی حقوق در عرصه معاملات تجاری بین‌المللی است و هر سه بر پایه مطالعات مقایسه‌ای به‌عنوان زیربنای راه‌حل‌های جدید و کاربردی که منحصرأ از یک سیستم حقوقی الهام نگرفته، قرار دارد. نهایتاً تمام این سه سند به‌عنوان عرف‌های تجاری فراملی، مورد توجه قرار گرفته است.^(۷۳) این به‌نوبه خود، موجب بررسی آنها به‌عنوان منابع حقوق بازرگانی فراملی می‌شود. مجموعه‌ای از قواعد فراملی که مستقل از سیستم‌های حقوقی داخلی است و گاهی منبع مناسبی برای قانون‌گذاری در خصوص معاملات بین‌المللی است.

با توجه به اینکه دادن پاسخ به سؤالاتی همچون عرف تجاری چیست یا اصول عمومی به‌رسمیت شناخته شده کدامند، دامنه اجرایی آنها تا چه حد است دشوار است، ارزیابی میزان رضایت از حقوق بازرگانی فراملی هم دشوار است.

بعضی از منابع حقوق بازرگانی فراملی تدوین شده و ارزیابی میزان رضایت از آنها آسان‌تر است، اگرچه ممکن است هنوز سؤالاتی درباره اینکه آیا واقعا چنین تدوینی کیفیت حقوق بازرگانی فراملی را دارد و آیا از لحاظ شروط قرارداد که طرفین برای لازم‌الاجرا شدن قرارداد باید به آن ارجاع دهند استاندارد است وجود داشته باشد. از جمله مشهورترین تدوین‌هایی از این نوع عبارتند از اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی (INCOTERMS) اتاق

73. The CISG has been applied as a source of *lex mercatoria* in a series of cases (primarily arbitration cases) that were outside of its scope of application, see for the references <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356&x=1>

بازرگانی بین‌المللی که عمدتاً میزان ریسک را بین خریدار و فروشنده تعدیل می‌کند، بخش یکسان‌سازی رویه و عمل برای اعتبارات اسنادی اتاق بازرگانی بین‌المللی (UCP 500) که حقوق و تعهدات طرفین را در اعتبارات اسنادی و نیز قراردادهای استاندارد یا کدهای رفتاری که از شعبه انجمن‌ها مانند قراردادهای ساختمانی که توسط *فدراسیون بین‌المللی مهندسیین مشاور (FIDIC)* منتشر شده است یا قراردادهای استاندارد سواپ (مبادله) که توسط *انجمن سواپ و مشتقات بین‌المللی (ISDA)* منتشر شده است تنظیم می‌کند. این قانون‌گذاری‌ها در جهت تنظیم و تعدیل جنبه‌های خاص عقود معین هدایت می‌شود و هدف آن، جایگزین‌شدن به جای قانون حاکم نیست بلکه قانون حاکم را با مقرراتی که مناسب نیازهای خاص برخی از معاملات است تکمیل می‌کنند. بنابراین، مجموعه‌های گردآوری‌شده از مقررات شامل قواعد مربوط به اعتبار قراردادهای، ظرفیت قانونی، مرور زمان یا سایر جنبه‌هایی که تأثیر ارتباطات قانونی را تنظیم می‌کنند مانند جنبه‌هایی که بر عهده قانون حاکم گذاشته شده، نمی‌شود.

در مقابل، اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا و همچنین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، شامل مقرراتی است که اثرات یک ارتباط قانونی را در جهت حذف قانون حاکم تنظیم می‌کند. بنابراین آن‌ها کیفیت خاصی از منابع را در حقوق بازرگانی فراملی به نمایش می‌گذارند. این مقررات نه تنها تدوین شده و ارزیابی‌اش آسان‌تر است بلکه در قلمرو خود روش‌مند شده و عمومیت یافته است. بنابراین به‌صورت بالقوه و در خصوص انواع قراردادهای و تمام مسائل قانونی که در ارتباط با آن‌ها وجود دارد قابل اجراست.

برای ایجاد قانون یکسان در مورد قراردادهای بین‌المللی، باید ظرفیت اصول گردآوری‌شده و اصول مؤسسه بیع بین‌المللی کالا جهت شفاف‌سازی تفاوت‌های بین قراردادهای مبتنی بر حقوق کامن‌لا و حقوق مدنی حاکم مورد تحلیل قرار گیرد.

3-2. حسن نیت و معامله منصفانه در حقوق بازرگانی فراملی

در تفسیر قراردادها حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی نه تنها با هم تفاوت دارند بلکه حتی تفاوت‌هایی درون این سیستم‌ها هم مشاهده می‌شود. حقوق رومی-ژرمنی شامل قواعدی است که از نقطه‌نظر ظاهری معادل هستند اما این قواعد مشابه به طرق متعددی اجرا می‌شود. در ایتالیا قاعده حسن نیت عمدتاً ابزار تفسیری است اما در آلمان و نروژ، این قاعده به‌عنوان عامل راهنما، مورد بررسی قرار می‌گیرد.^(۷۴) این تفاوت ناشی از نقش متفاوت قاضی در سیستم‌های حقوقی مختلف است. زمانی که قاضی آلمانی یا نروژی اختیار آن را دارد که بر اساس ارزیابی میزان مطابقت قرارداد با استانداردهای عدالت مانند معقولیت و حسن نیت، تصمیم خود را بگیرد، قاضی ایتالیایی تمایل دارد بیشتر به متن قانون توجه کرده و آن را اجرا کند. از این‌رو، برای تضمین عدالت، قانون‌گذار ایتالیایی باید شرط حسن نیت در مذاکره و تفسیر قرارداد را به‌صورت قانون وضع کند. رویه قضایی عمدتاً از اجرای مورد اخیر به‌عنوان ابزاری برای ایجاد عدالت برابر امتناع می‌کند و خود را در استفاده از آن به‌عنوان ابزاری برای تفسیر قرارداد، محدود می‌کند.

74. See, for a clear analysis and relevant references, albeit related to the German system and the French one (which has influenced the Italian system), Sonnenberger, *Treu und Glaubenein supranationaler Grundsatz?*, in *Festschrift für Walter Odersky*, Berlin 1996, pp. 703ff., 705ff.

منابع غیرداخلی نه به‌طور یکنواخت اما عمدتاً از روش کشورهای دارای حقوق مدون تبعیت می‌کند. بنابراین پذیرفتن این منابع فراملی به معنای کمک به شفاف‌سازی تضاد بین مدل‌های قراردادی کامن‌لا و قانون مدنی حاکم نیست.

الف) حسن نیت و تفسیر

سیستم‌های حقوقی رومی-ژرمنی و سیستم‌های حقوقی فراملی در تفسیر قراردادها به شرایط و اوضاع و احوال قرارداد، مانند رفتار طرفین در طول مذاکرات و حتی بعد از امضای قرارداد توجه می‌کنند. بعضی از سیستم‌ها در فرآیند تفسیر می‌توانند توجه قابل ملاحظه‌ای نسبت به اصول معامله منصفانه و حسن نیت داشته باشند (بیش از همه حقوق نروژ و اصول حقوق قراردادهای اروپا، بعد از آن حقوق آلمان و اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی و در نهایت حقوق ایتالیا).^(۷۵) اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی دربرگیرنده مجموعه‌ای از مواد مربوط به تفسیر قراردادهاست (مخصوصاً مواد 401 تا 408). با توجه به این اصول، مفسر باید قصد عمومی طرفین (یا هدف از شرط معقول طرفین، ماده (۲) 401) را با در نظر گرفتن اوضاع و احوال مربوط به قرارداد احراز کند. ماده 403 فهرست ناقصی از اوضاع و احوال مربوط به قرارداد را که ممکن است در تفسیر آن مورد استفاده قرار بگیرد ارائه کرده است: مذاکرات مقدماتی بین طرفین، عادت طرفین، رفتار طرفین بعد از انعقاد قرارداد، ماهیت و هدف قرارداد، معنایی که عموماً به لغات و اصطلاحات قرارداد در بخش مربوط به تجارت داده می‌شود و عرف‌ها. در این اصول از حسن نیت به‌عنوان معیاری برای یافتن معنای قرارداد استفاده نمی‌شود. این اصول همان‌طور که در ماده 2071 مقرر شده است، اعتبار شرط مرجر و شروطی را که طرفین در آن تصریح کرده‌اند که تمام موافقت‌نامه در قرارداد گنجانده شده و هیچ دلیل یا مدرک دیگری برای اضافه‌شدن یا تغییر محتوای قرارداد پذیرفته نمی‌شود به رسمیت شناخته است. همان‌طور که در بالا مشاهده شد این شروط در سیستم حقوقی انگلیس به‌صورت لفظی تفسیر می‌شود و اثرات «سند شفاهی» را به‌طور کامل تثبیت می‌کند. برخلاف حقوق انگلیس، اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی تصریح می‌کند که ممکن است اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، حتی اگر قرارداد شامل شرط مرجر باشد، در تفسیر قرارداد نقش داشته باشد (توجه به معنا بیشتر از محتوا). در فرآیند تفسیر، ممکن است خلأهای موجود در قرارداد با پیروی از معیارهایی که در ماده 408 مقرر شده است مانند قصد طرفین، ماهیت و هدف قرارداد، حسن نیت و معامله منصفانه و معقولیت قرارداد، رفع شود.

همچنین اصول حقوق قراردادهای اروپا شامل مجموعه‌ای از قواعد تفسیری از مواد ۱۰۱:۵ تا ۱۰۷:۵ است که این قواعد مشابه قواعدی است که در اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی وجود دارد. بنابراین نیازی به تکرار آن نیست. با وجود این، شایسته است خاطر نشان شود که قصد ذهنی و عینی طرفین باید بر اساس معیاری که در ماده ۱۰۲:۵ مقرر شده است ارزیابی شود: مذاکرات مقدماتی و اوضاع و احوال حاکم بر

75. It might be tempting to notice an interesting symmetry: While the PECL, where the works have been lead by a Nordic professor, have an approach that is close to the Germanic-Nordic tradition the UNIDROIT Principles, where the works were lead by an Italian professor, have an approach that is close to the Romantistic tradition. However, in view of the truly international composition, attitude and research that characterized, it seems unlikely that the legal background of the respective chaireman might have played such an important role.

انعقاد قرارداد، رفتار طرفین حتی بعد از انعقاد قرارداد، رویه‌های جاری میان طرفین، عرف‌ها، حسن نیت و معامله منصفانه (مورد اخیر توسط اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی در زمینه تفسیر معنایی قرارداد ذکر نشده اما در خصوص رفع خألهای قرارداد از آن استفاده می‌شود).
در فرآیند تفسیر ممکن است خألهای قرارداد بر اساس معیارهایی همچون قصد طرفین، ماهیت و هدف قرارداد و حسن نیت و معامله منصفانه، که در ماده ۱۰۲:۶ مقرر شده است رفع شود.

ب) حسن نیت به عنوان عنصر اصلاح‌کننده قانون مورد توافق طرفین

به اصل حسن نیت و معامله منصفانه در اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا نقش اساسی داده شده اما این اصل در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، همان‌طور که در بخش بعدی توضیح داده شده است، نقش محدودی دارد. علاوه بر اینکه دامنه شمول این اصل نامعین است دامنه اجرایی آن هم در مورد اصلاح قراردادهایی که بر پایه حقوق غیرداخلی است، نامعین است.

پ) حسن نیت به عنوان تعهد دو جانبه طرفین

مورد مبهم دیگر که به نظر نمی‌رسد پذیرش منابع فراملی نیز آن را روشن کند، در ارتباط با نقش حسن نیت و معامله منصفانه بین طرفین است. علی‌رغم اجرای موسع این اصل، گرایش باید در جهت اجرای محدود آن باشد. به‌رغم درخواست‌های مکرر در طول مرحله پیش‌نویس، مبنی بر اینکه طرفین باید قرارداد را بر اساس حسن نیت اجرا کنند، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مورد این موضوع ساکت است. در طول قانون‌گذاری، پیشنهادهای خاصی در مورد حسن نیت در مرحله پیش‌قراردادی ارائه شد، مانند پیشنهادهای عمومی که به نیاز به حسن نیت رسیدگی می‌کرد ارائه شد. پیشنهادهای خاصی که در ارتباط با مرحله پیش‌قراردادی بود، رد شد و پیشنهادهای عمومی مربوط به حسن نیت در ماده ۷ به‌نحوی منعکس شد که تنظیم‌کننده رفتار طرفین در چهارچوب قرارداد نباشد بلکه ابزاری برای تفسیر کنوانسیون باشد.^(۷۶) اختلاف اصلی در خصوص حسن نیت به‌عنوان تعهد طرفین این بود که این تصور عمومی برای داشتن اثرات حقوقی بسیار مهم بود و اگر در آن ذکر می‌شد، زائد می‌نمود و صرفاً ویژگی نصیحت اخلاقی را داشت.

اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی در ماده 107 شامل اصل عمومی حسن نیت است که مقرر می‌کند هر کدام از طرفین در تجارت بین‌المللی باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه عمل کنند. این قاعده در بند دوم همین ماده الزام‌آور تلقی شده است. همچنین در ماده 2015 شرطی برای گنجاندن حسن نیت در مذاکرات مقرر شده است. برخلاف قواعدی که در سایر سیستم‌های حقوقی رومی-ژرمنی مشاهده

76. For an extensive evaluation of this matter, as well as references to the legislative history in this respect, see Kritzer, A., *Pre-Contract Formation*, editorial remark on the internet database of the Institute of International Commercial Law of the Pace School of Law, www.cig.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer1.html, pp.2ff., with extensive references also to the Monitory Opinion of Bonell, M., who was representing Italy under the legislative works. According to Bonell, an extensive interpretation of the CISG would justify application of both concepts of pre-contractual liability and of good faith.

می‌شود، این قاعده به وظیفه افشاسازی اشاره‌ای نمی‌کند بلکه بر قطع ناعادلانه مذاکرات و عدم وجود قصد واقعی برای تکمیل مذاکرات در ابتدای آن، توجه می‌کند. می‌توان از ماده 503 هم وظیفه افشاسازی را استنباط کرد. این ماده وظیفه همکاری با طرف دیگر را، اگر چنین همکاری در مورد اجرای تعهدات طرف دیگر منطقاً مورد انتظار باشد مقرر می‌کند و صراحتاً به مرحله اجرای قرارداد ارجاع می‌دهد و معلوم نیست که می‌توان آن را به مرحله مذاکرات هم تسری داد یا نه.

در توضیح ماده 107 مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی اظهار می‌کند که معیار حسن‌نیت همیشه باید به صورت «حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی» در نظر گرفته شود و هیچ ارجاعی به هر معیاری که در حقوق داخلی کشورها ایجاد شده است، داده نشود.⁽⁷⁷⁾ این روش در جهت الزام به تفسیر مستقل اصولی است که در ماده 106 ذکر شده است. این اصول، ابزاری با ویژگی بین‌المللی است و اگر دادگاه‌های هر کشوری آن را به شیوه‌های مختلف و بر اساس فرهنگ حقوقی خود تفسیر کنند، نمی‌توان در تحقق هدف یکسان‌سازی قوانین از آن کمک گرفت. این در حالی است که الزام به تفسیر مستقل اصول، در جهت هماهنگ‌کردن حقوق قراردادهاست. با وجود این، چنین تفسیری معیار واضحی در خصوص مفهوم حسن‌نیت، همان‌طور که در بخش ۱،۲،۳ خواهیم دید، ارائه نمی‌دهد.

ملاحظات مشابهی که در خصوص اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی انجام شد، ممکن است در مورد اصول حقوق قراردادهای اروپا هم انجام شود. ماده ۲۰۱:۱ قاعده عمومی اقدام مطابق با حسن‌نیت و معامله منصفانه و ماده ۲۰۲:۱ تعهد به همکاری را مقرر می‌کند. ماده ۳۰۱:۲ همان احتمالات سوءنیت در مذاکرات را بیان می‌کند که در اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی آمده است (قطع ناعادلانه مذاکرات و مشارکت در مذاکرات بدون نیت واقعی برای انعقاد معامله).

این قواعد ممکن است به‌منظور دلالت ضمنی بر اطلاعاتی که بر اساس حسن‌نیت داده می‌شود، اجرا شود. مثلاً تعهدات خاص افشاسازی در طول مذاکرات (که در سیستم حقوقی نوشته بیشتر از کامن‌لا اتفاق می‌افتد) نامعین است. به نظر می‌رسد ماده ۱۰۷:۴ در مورد اعتبار قرارداد مبتنی بر حيله و تقلب، به صورت غیرمستقیم چنین تعهدی را می‌پذیرد چرا که وجود فریب را از جانب هر دو طرف، در قرارداد مورد رسیدگی قرار می‌دهد تا ببیند آیا هر کدام از طرفین با قصد فریب طرف دیگر، از افشاسازی خودداری کرده است یا نه. این الزام که عدم افشاسازی، تقلب⁽⁷⁸⁾ محسوب می‌شود، نشانگر روش محدودی در تعهد به افشاسازی است که این به دیدگاه حقوق کامن‌لا نزدیک‌تر است. ظاهراً مفهوم اطلاعاتی که باید مطابق حسن‌نیت و معامله منصفانه افشا شود، نمایانگر دیدگاه وسیع است. تا زمانی که رویه قضایی روش واحدی را در خصوص تفسیر این مغایرت اتخاذ کند، مفهوم خاص این ماده نامعین است.

اصول قراردادهای حقوق اروپا هم مانند اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی باید بدون ارجاع به حقوق داخلی خاصی تفسیر شود. اما شرایط و اوضاع و احوال و فقدان معیار بین‌المللی پذیرفته شده، تعیین قلمرو اجرایی حسن‌نیت را دشوار می‌کند.

77. <http://unidroit.org/english/principles/paragraph-1.htm>, comment No 2 to art. 1.7.

78. Article 4:106, on incorrect information, does not require intent to deceive, but it applies only to information given, not to information withheld.

۱-۲-۳. حسن نیت و معامله منصفانه به عنوان معیاری مستقل در تجارت بین الملل

همان طور که ملاحظه شد، مقرراتی که در اصول مؤسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا گنجانده شده است، برای تعیین محدوده اجرایی حسن نیت، به معیار تجارت بین المللی رجوع می کند. اما چگونه معیار تجارت بین المللی را می توان ارزیابی کرد؟

به نظر می رسد مهم ترین منابع حقوق بازرگانی فراملی (عموماً اصول به رسمیت شناخته شده، عرف های تجاری و رویه قراردادی) معیار خاصی در مورد حسن نیت و معامله منصفانه به دست نمی دهد:

الف) مفهوم واحدی از حسن نیت و معامله منصفانه که ممکن است برای انواع قراردادها در سطح بین المللی معتبر باشد وجود ندارد و حتی به ندرت می توان مفهومی را یافت که در مورد یک نوع از قراردادها عموماً به رسمیت شناخته شده باشد. هیچ مدرکی از عرف های تجارت در ارتباط با اینکه چگونه معیار حسن نیت در عمل اجرا می شود وجود ندارد. همان طور که در رؤس مطالب فوق ملاحظه شد اصول کمی در ارتباط با حسن نیت و معامله منصفانه وجود دارد که ممکن است در حقوق رومی-ژرمنی و حقوق کامن لا مشترکاً مورد رسیدگی قرار گیرد و حتی در بین سیستم های حقوقی رومی-ژرمنی هم به شیوه های متفاوتی مورد رسیدگی قرار می گیرد.^(۷۹) حتی تمرکز بر هسته مشترکی که زیربنای فنون قانونی مختلف در سیستم های حقوقی مختلف را نشان می دهد نمی تواند کمک چندانی بکند. معلوم نیست وجود راه حل های تدریجی در حقوق انگلیس که ممکن است اجازه دسترسی به نتایج قابل مقایسه با اصل عمومی حسن نیت را در سایر سیستم ها بدهد، تا چه حد می تواند برای اساسی نشان دادن شرطی در مورد حسن نیت در تجارت بین المللی مفید باشد. ممکن است حقوق انگلیس با اجرای فنون خود، به نتایجی دست یابد که در بخش هایی مشابه با نتایجی است که ممکن است اصل حسن نیت، اجازه دستیابی به آن ها را در سایر سیستم های حقوقی بدهد. این ممکن است به عنوان پایه ای برای ملاحظه تطبیقی مورد استفاده قرار گیرد که یک رفتار با تمایل به خودداری از چنین نتیجه هایی، با اصول عمومی پذیرفته شده توسط سیستم های حقوقی مختلف در مورد تناسب نتایج، و همچنین در مورد نتایج نامناسب یک رفتار با هدف خودداری از همان نتایج، متناقض خواهد بود که می تواند به عنوان معیار واقعی حسن نیت در عرصه بین المللی باشد. تعیین غیرمستقیم از معیار حسن نیت مانند این مورد، اگر تمام شرایط فراهم باشد، با نتایجی که سیستم های حقوقی مختلف مورد رسیدگی قرار می دهند، سازگاری روشنی خواهد داشت. با وجود این، همان طور که ملاحظه شد، در بسیاری از موارد، نتایج منطبق نیستند.

ب) یکی از ابزارهایی که به عنوان معرف حقوق بازرگانی فراملی عموماً مورد بررسی قرار می گیرد، کنوانسیون بیع بین المللی کالا است که خوشبختانه شامل حسن نیت به عنوان وظیفه طرفین نمی شود. وجود این معیار در عرصه فراملی هم محل تردید است.

ج) رویه قراردادی، عموماً مدل های قراردادی را که بر پایه حقوق انگلیس یا حداقل حقوق کامن لا تهیه می شود می پذیرد. همان طور که در بالا ملاحظه شد نباید به حسن نیت و معامله منصفانه مطابق با مفهوم سنتی آن، به عنوان یک معیار توجه کرد. حتی اگر سیستم در کل، شامل ویژگی هایی باشد که این جنبه را کاهش دهد، مدل

79. Even Zimmermann, Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 678, despite the observation that the principle of good faith is relevant to all or most of the doctrines of modern laws of contract, conclude that each system draws a different line between certainty and justice.

های قراردادی کامن‌لا، با این فرض که قرارداد بر اساس تفسیر لفظی و بدون تأثیرپذیری از اصولی مانند حسن نیت تفسیر خواهد شد، پیش‌نویسی می‌شود. در نتیجه پذیرش موسع این رویه قراردادی، مقررات بین طرفین از معیار حسن نیت و معامله منصفانه، حتی اگر در کشورها حسن نیت نقش مهمی داشته و سیستم حقوقی کشور آن را به رسمیت شناخته باشد، بیشتر و بیشتر فاصله می‌گیرد.

سایر منابع حقوق بازرگانی فراملی ممکن است در پایگاه اطلاعاتی حقوق فراملی، که توسط دانشگاه کلن به‌عنوان پایگاه اطلاعاتی مرکزی حقوق فراملی سازمان‌دهی شده است، قابل دسترسی باشد. این پایگاه اطلاعاتی، اصل حسن نیت و معامله منصفانه را به‌عنوان یکی از اصول اساسی رویه قراردادی بین‌المللی لیست کرده است و به منابع متنوعی که این اصل به آن‌ها تکیه می‌کند مانند نص قانون، احکام داوری، تصمیمات دادگاه و ابزارهای بین‌المللی مراجعه می‌کند.^(۸۰)

د) لیست مرکزی ادبیات حقوقی مرتبط با اصل حسن نیت و معامله منصفانه، مفصل و چشمگیر است و تنوع وسیعی از اوضاع مربوط به موضوع را، حتی آن‌هایی که وجود معیار قانونی بین‌المللی برای حسن نیت و معامله منصفانه را انکار می‌کنند منعکس می‌کند.^(۸۱) هیچ نظر واحدی از اصول نقل‌شده در مرکز، اقتباس نمی‌شود. بنابراین نمی‌توان مفهوم استاندارد در تجارت بین‌المللی را از این منابع معین و مشخص کرد.

ه) در میان یازده حکم داوری که در پایگاه اطلاع‌رسانی در حمایت از این اصل،^(۸۲) فهرست شده است به نظر می‌رسد در چهار حکم، معیار حسن نیت در حقوق داخلی اجرا شده است.^(۸۳) و در سایر احکام به اصل شرایط عمومی به‌عنوان قاعده اخلاقی رفتاری رجوع شده است. به نظر می‌رسد بر مبنای این هفت حکم، نتیجه‌گیری دشوار باشد در صورتی که معیار حسن نیت و معامله منصفانه در تجارت بین‌الملل به‌عنوان قاعده اخلاقی تفسیر می‌شود که تعهد فعال صداقت و وفاداری را لازم نمی‌داند (همان‌طور که در حقوق کامن‌لا تفسیر می‌شود) یا به‌صورت قاعده‌ای تفسیر می‌شود که باید تضمین کند که قرارداد دقیقاً تفسیر و اجرا شده است (همان‌طور که در حقوق ایتالیا تفسیر می‌شود) یا به‌صورت قاعده‌ای که اجازه تکمیل قرارداد و تعدیل منافع طرفین را می‌دهد (همان‌طور که در حقوق آلمان تفسیر می‌شود) یا به‌عنوان قاعده‌ای که اجازه اصلاح قرارداد را می‌دهد و هر کدام از طرفین را ملزم به بررسی و حفظ منافع از طرف دیگر می‌کند (همان‌طور که در حقوق نروژ تفسیر می‌شود) یا به روش‌های دیگر.

و) کنوانسیون‌های بین‌المللی که در پایگاه اطلاعاتی مرکزی ذکر شده، عبارت است از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، کنوانسیون مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی در مورد حق‌العمل‌کاری و کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ۱۹۶۹.

80. <http://www.tldb.de/>, last visited on October 27th, 2005.

81. For example, Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Rome 1997.

82. ICC award No 2291 of 1976; ICC award No 3131 of 1983; ICC award No 4972 of 1989; ICC award No 5721 of 1990; ICC award No 5832 of 1988; ICC award No, 5953 of 1989; ICC award No 6474 of 2000; ICC award No 6673 of 1992; ICC award award No 8365 of 1997; ICC award No 8908 of 1999; ICC award No 9593 of 1999.

83. ICC award No 5832 of 1988 applies Austrian law, ICC award No 6673 of 1992 applies French law, ICC award No 8908 of 1999 applies Italian law (corroborated by the UNIDROIT Principles), and ICC award No 9593 No 1999 applies the law of the Ivory Coast.

• همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ارتباط کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با اصل حسن‌نیت و معامله منصفانه قابل بحث است.

• کنوانسیون حق‌العمل‌کاری، برخلاف کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، شامل قاعده‌ای است که حسن‌نیت بین طرفین را علاوه بر قاعده‌ای در مورد تفسیر کنوانسیون که در ماده ۷ کنوانسیون بین‌المللی فروش کالاها هم آمده، تجویز می‌کند (با پذیرش غیرمستقیم این نکته که قاعده ذکر شده در ماده ۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و برای ایجاد وظیفه حسن‌نیت بین طرفین کافی نیست). کنوانسیون حق‌العمل‌کاری نوع خاصی از قرارداد را افاده می‌کند و اینکه شروط این کنوانسیون تا چه حد می‌تواند به سایر شعبات تجارت بین‌الملل تسری یابد، قابل‌بحث است.^(۸۴) حتی اگر بتوان تسری داد باید گفت که قاعده حسن‌نیت به صورت مطلق نوشته شده است و نمی‌تواند معیاری در خصوص حوزه اجرایی خود به دست دهد.

• موضوع کنوانسیون حقوق معاهدات وین این است که چگونه کشورها ملزم به اجرای معاهداتی می‌شوند که تصویب کرده‌اند و به نظر می‌رسد که رابطه مستقیمی با معیار تجارت جهانی ندارد.

ز) از سه ابزار فراملی ذکر شده در پایگاه اطلاعات مرکزی (غیر از مواردی که قبلاً در اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا ذکر شده است)، دو مورد از آن‌ها مربوط به حقوق داخلی است^(۸۵) و نمی‌توان از آن‌ها در جهت تفسیر مستقل معیار تجارت بین‌المللی استفاده کرد و ارتباط مورد سوم، مرکز منطقه‌ای قاهره برای داوری بین‌المللی مورد تردید است.

ح) پایگاه اطلاعات مرکزی، سیستم‌های حقوقی داخلی متنوع و تصمیمات دادگاه را هم ذکر کرده است. با وجود این، ملاحظه می‌شود که این منابع، با تفسیر معیار حسن‌نیت و معامله منصفانه بر اساس اصول مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا، صراحتاً رد می‌شود در حالی که این معیار باید مستقلاً و بر پایه منابع تجارت بین‌المللی ارزیابی شود.

ط) منابعی که در پایگاه اطلاعات مرکزی به‌عنوان مهم‌ترین منابعی که از تفسیر معیار حسن‌نیت و معامله منصفانه در تجارت بین‌المللی حمایت می‌کند، اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا است. با این حال همان‌طور که ملاحظه شد، این منابع تفسیر مستقلی را در نظر دارند که باید بر اساس معیار اجرا شده در تجارت بین‌المللی باشد. بنابراین با مراجعه به اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا جهت حمایت از اصل حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی دور باطل ایجاد می‌شود چون آن‌ها هم به‌نوبه خود با مراجعه به رویه تجارت بین‌المللی به این اصول شکل می‌دهند.

مطالب فوق‌الذکر نشان می‌دهد که اصول گردآوری‌شده فراملی، به حسن‌نیت و معامله منصفانه، علی‌رغم عدم تعریف قلمرو اجرایی و معنای این دو، نقش مرکزی می‌دهد و تأکید می‌کند که این اصول باید بر پایه رویه

84. At the moment of writing this article, nearly 20 years after its conclusion, the convention has been ratified by six countries (<http://www.unidroit.org/english/conventions/1988facoring/main/htm>). It cannot, therefore, be deemed to enjoy a significant scope of application.

85. The Contract Code drawn by the English Law Commission and Uniform Commercial Code of the United States

تجارت بین‌المللی و بدون ارجاع به سیستم حقوق داخلی خاصی تفسیر شود. به نظر می‌رسد این ارجاع به حقوق تجارت بین‌المللی شمشیری دو لبه باشد چون از یک طرف مانع از اجرای بسیاری از اصول محدودکننده مانند اصول حقوقی انگلستان در مورد حسن نیت می‌شود و از طرف دیگر مانع از اجرای اصول پیشرفته حسن نیت می‌شود نظیر آنچه در حقوق آلمان و حقوق نروژ وجود دارد. ظاهراً تعریف عام شناخته‌شده‌ای در خصوص این معیارها وجود ندارد. رویه قراردادی بین‌المللی عمدتاً بر پایه مدل‌های قراردادی کامن‌لاست که مداخله حسن نیت را رد می‌کند. اجرای اکید تفسیر مستقل از اصول گردآوری‌شده، منجر به تفسیر محدودی از معیار حسن نیت می‌شود که این با روح این اصول که به حسن نیت نقش مرکزی می‌دهد، مغایرت دارد.

3.3. منابع غیرداخلي و تفسیر قراردادها

آیا اجرای منابع غیرداخلي، مشکلات تفسیری مرتبط با تفسیر مدل قراردادی کامن‌لا بر اساس حقوق مدون حاکم را حل می‌کند؟

یکی از موانع اصلی برای تفسیر مدل قراردادی کامن‌لا بر طبق اصول اصلی آن‌ها، نقش گسترده قاضی در ارتباط با شروط قرارداد است: با استفاده از اصل حسن نیت و معامله منصفانه ممکن است شروط قرارداد موسع شود، خلأها رفع شود و حتی مقررات توافقی بین طرفین هم اصلاح شود. این از نقطه نظر پیش‌نویس‌های اصلی این نمونه تفسیری دور از انتظار است و ممکن است به نتایج ناخواسته منتهی شود. آیا می‌توان از طریق ارجاع قرارداد به منبع غیرداخلي بیشتر از حقوق داخلی، از این نتایج ناعادلانه جلوگیری کرد؟

همان‌طور که در بالا ملاحظه شد، شرح حقوق بازرگانی فراملی در اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی و اصول حقوق قراردادهای اروپا به سیستم‌های حقوق رومی-ژرمنی بیشتر از حقوق کامن‌لا نزدیک است مخصوصاً در مورد نقش مرکزی که به اصل حسن نیت و معامله منصفانه داده می‌شود. بنابراین در نگاه اول به نظر می‌رسد مشکلات تفسیری در ارتباط با استفاده از مدل کامن‌لا قابل حل نیست.

بررسی و تحلیل بیشتر این موضوع نشان می‌دهد که مفهوم خاص اصل حسن نیت و معامله منصفانه در این منابع مشخص نیست. بنابراین معلوم نیست اصل حسن نیت و معامله منصفانه، همان‌طوری که در این منابع ذکر شده، به قاضی اجازه نادیده گرفتن عبارات صریح مورد استفاده طرفین را که اجازه اخذ تمام قیمت را به‌عنوان غرامت کالا می‌دهد،^(۸۶) یا اجازه رفع خلأهای قرارداد را از طریق واگذاری فعالیت‌های حرفه‌ای بدون شرط عدم رقابت^(۸۷) یا اجازه انجام مجدد مذاکره در خصوص قیمت با اختیار تجدید آن^(۸۸) یا اجازه افشاسازی در طول

86. In the English case *Lombard North Central plc v. Butterworth*, *cit.* (see above, footnote 14), the wording was interpreted literally, even if the judge was dissatisfied by the result; the Civilian systems analysed herein would probably come to different results, see above, section 2.1.3 (b), 2.1.4 (b), 2.1.5 (b).

87. The German Supreme Court decided that a good faith interpretation of contract permits to read a non-competition clause into a contract that is silent on the matter (BGHZ 16, 71, see above; footnote 27); the English system would most probably not permit this interpretation (see above, section 2.1.1 (a)), and the Norwegian and Italian systems might each reach a different result (see respectively, section 2.1.4 (a) and 2.1.5 (b)).

88. The Norwegian Supreme Court interpreted the wording as to represent a right of first refusal rather than an option, and permitted renegotiation even if there were no competing offers by third parties (Rt 1990 s. 626, see

مذاکرات در ارتباط با انگیزه طرفین را می‌دهد یا نه.^(۸۹) قلمرو اجرایی و کاربرد اصل حسن نیت و معامله منصفانه برای کاربرد مستقل در این منابع بسیار مبهم است.

از یک جهت این ابهام باعث جلوگیری از تناقض مستقیم بین حقوق غیرداخلی و مدل قراردادی کامن‌لا می‌شود و از طرف دیگر کاربرد مستقل اصول را سخت و غیرقابل پیش‌بینی می‌کند.

اگر یک حقوق‌دان انگلیسی اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی یا اصول حقوق قراردادهای اروپا را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب کند، با هدف انطباق با نیازهای سیستم حقوقی انگلیس، احتمالاً نیاز به پذیرش شیوه پیش‌نویسی سیستمی خواهد داشت که تمرکز بیشتری بر عدالت داشته باشد. اگر حقوق‌دان نروژی این منابع غیرداخلی را انتخاب کند، احتمالاً نیاز به پیش‌نویس قرارداد با این فرض خواهد داشت که سیستم حاکم بر قرارداد، تمرکز بیشتری بر قابلیت پیش‌بینی نسبت به حقوق نروژ داشته باشد. همان‌طور که تحلیل فوق نشان می‌دهد، ارزیابی اینکه حقوق غیرداخلی تا چه حد از قاعده «قابلیت پیش‌بینی» حقوق انگلیس و قاعده «عدالت» حقوق نروژ منحرف شده است، امری دشوار است.

نتیجه‌گیری

ملاحظه کردیم که تفاوت‌های مهمی بین حقوق انگلیس و حقوق رومی-ژرمنی وجود دارد؛ همان‌طور که در خود سیستم‌های حقوقی رومی-ژرمنی هم این تفاوت مشاهده می‌شود. این تفاوت‌ها ناشی از تفاوت در نقش قاضی در مقابل قانون و طرفین قرارداد و همچنین تفاوت در هدف سیستم حقوقی است. اولویت‌دادن یک سیستم حقوقی، خواه بر قابلیت پیش‌بینی و خواه بر عدالت منصفانه در یک مورد خاص، هر دو بر مقررات و اجرای آن‌ها، به اندازه انتظارات طرفین، تأثیر می‌گذارند. این اختلافات عمیق‌تر از اختلافات صرف ناشی از فنون متفاوت است و در ساختار ابزارهای قانونی تأثیر می‌گذارد؛ که این به‌نوبه خود موجب ایجاد نتایج ناعادلانه در سیستم حقوقی مربوطه می‌شود. ممکن است غلبه کردن بر این تفاوت‌ها از طریق پذیرش متن قانونی واحد دشوار باشد چون مربوط به پایه و اساس یک سیستم حقوقی است و قاعده‌ای یکسان ممکن است در سیستم حقوقی مختلف به شیوه‌های متفاوتی اجرا شود.

در زمینه قراردادهای بازرگانی، مفهوم قراردادها در حقوق کامن‌لا (که قرارداد به‌صورت لفظی تفسیر می‌شود و حسن نیت و معامله منصفانه، نقش مرکزی و اساسی ندارد و مسئولیت عدم اجرای قرارداد محدود است) توسط عرف قراردادی پذیرفته شده است چون بیشتر قراردادها بر پایه مدل‌های قراردادی کامن‌لا نوشته می‌شود. عرف قراردادی بازرگانی، بیشتر از قاعده «خریدار باید توجه کند» تبعیت می‌کند که این به طرفین اجازه می‌دهد تا منافع خود را در قرارداد بدون در نظر گرفتن شروط ضمنی که از آن‌ها حمایت می‌کند، تنظیم کنند. صرف‌نظر از قانون حاکم بر قرارداد، مدل قراردادی و شروط عمومی و معیارهای حاکم، همه در صدد توجه و تنظیم تمام جنبه‌های معامله هستند. هم‌زمان با آن، بیشتر این قراردادها تحت حکومت حقوق رومی-ژرمنی است و توسط

above, footnote 38); the other systems analysed herein would probably not go that far in the interpretation of the contract, see above, section 2.1.1 (b), 2.1.3 (b), 2.1.5 (b).

89. Whereby English law would not recognize such a duty (see above, section 2.1.1 (c), the Civilian systems analysed herein would (see above, section 2.1.3 (c), 2.1.4 (c), 2.1.5 (c).

حقوق دانانی نوشته می‌شود که در حقوق رومی-ژرمنی تحصیل کرده‌اند. بنابراین به انتظارات آن‌ها از طریق تعدیل قرارداد توسط شروط قانونی ضمن عقد، اصلاح متن قرارداد از طریق معیار حسن نیت و معامله منصفانه، اهمیت تلاش و غفلت طرفی که تعهدات را اجرا نمی‌کند و غیره توجه نمی‌شود. ممکن است فهم آن‌ها از قلمرو اجرایی قرارداد، کاربرد و ارتباط با قانون حاکم با فروضی که مدل‌های قراردادی متداول بر پایه آن است متفاوت باشد. پاسخ به این سؤال که چگونه این فروض متضاد با هم هماهنگ می‌شوند به میزان ادراک و اطلاعات قضات، کسانی که باید در خصوص اختلافات ناشی از این قراردادها تصمیم بگیرند، بستگی دارد.

به نظر می‌رسد این ابتکار شایسته برای ایجاد مجموعه اصول فراملی که ممکن است بر قراردادهای بین‌المللی به جای حقوق داخلی یا در کنار حقوق داخلی حکومت کند، از اختلاف بین حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته تأثیر منفی می‌پذیرد. این امر مخصوصاً در مورد نقش ارزیابی‌های ذهنی و معیارهای عینی عدالت منصفانه که در تفسیر و اجرای قراردادها باید مورد توجه قرارگیرد صادق است در حالی که به نظر می‌رسد مجموعه حقوق فراملی از حقوق رومی-ژرمنی تبعیت می‌کند و به این ارزیابی‌ها و معیارها اهمیت زیادی می‌دهد، آن‌ها اصرار دارند که این معیارها از قانون‌گذاری، عدالت و اصول سنتی سیستم‌های حقوقی خاص به نفع تفسیر مستقلی که بر پایه استانداردهای بین‌المللی است، جدا شوند. منابع زیادی برای ایجاد حسن نیت و معامله منصفانه به‌عنوان معیاری در تجارت بین‌المللی در دست نیست. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شامل هیچ قاعده‌ای نیست که به‌عنوان قاعده راهنما مورد استفاده قرار بگیرد که این، اقامه دعوا را بر پایه اصل پیشرفته حسن نیت در حقوق تجارت بین‌الملل، دشوار می‌کند. عرف بین‌المللی قراردادی که به‌طور گسترده از حقوق کامن‌لا تأثیر پذیرفته معتقد است که این معیارها نباید نقشی در قراردادهای بین‌المللی داشته باشد؛ که این با نقش اساسی این معیارها در مجموعه اصول فراملی متناقض است.

مورد دیگری که موجب ایجاد اختلاف می‌شود، افزایش فعالیت‌های قانون‌گذاری است که به جامعه اروپایی و نتیجتاً سیستم‌های حقوقی داخلی که در اینجا مورد تحلیل قرار گرفت اختصاص دارد. بیشتر قواعد الزام‌آور، برای تعدیل قراردادهای معین، ایجاد مسئولیت بین طرفین در معاملات معین و همچنین ایجاد محدودیت در اجرای شروطی که منحصراً به نفع یکی از طرفین و به ضرر دیگری است، صادر شده است. توجه مطلق به اراده طرفین در سیستم‌های حقوقی که مشخصه حقوق اوایل قرن نوزدهم بود، در ارتباط با عبارات قرارداد نتیجه داد و به نفع طرف قوی‌تر قرارداد بود که می‌توانست شروط خود را از طریق قدرت چانه‌زنی تحمیل کند. این امر به تدریج جای خود را به حمایت از طرف ضعیف‌تر قرارداد، داد. مقررات الزام‌آور حاکم بر متن قرارداد و بسیاری از شروط قانونی مانع از این می‌شود که یکی از طرفین با قدرت بالای چانه‌زنی، شروط قراردادی را که به نفع طرف دیگر نیست تحمیل کند. این مقررات الزام‌آور بیشتر در زمینه قراردادهای مصرف‌کننده یا سایر قراردادهایی که نابرابری بارزی بین طرفین وجود دارد وضع می‌شود. بنابراین، مقررات مربوط به حمایت از طرف ضعیف‌تر قرارداد، تأثیر مستقیمی بر قراردادهای تجاری ندارد. به نظر می‌رسد که این گرایش تعدیل‌کننده که به نفع طرف ضعیف‌تر قرارداد است مستقیماً با نگرش مخالفی که عرف قراردادی بر پایه آن است، قاعده «خریدار باید توجه کند» در تناقض نیست (این قاعده بیانگر این نکته است که هر کدام از طرفین باید از طریق بیان مقررات قراردادی از منافع خود حمایت کنند). باوجود این، نمی‌توان مانع از این شد که این نگرش حمایتی جدید ممکن است حداقل در برخی کشورها، از قراردادهای مصرف‌کننده به تمام قراردادها تسری پیدا کند. برای مثال در آلمان در اصلاحات سال ۲۰۰۱ که

جهت اجرای رهنمودهای اروپا در خصوص قراردادهای مصرف‌کننده انجام شد، تمام حقوق قراردادی اصلاح شده است.

این باید به گرایش عمومی تبدیل شود و عرف قراردادی که بر پایه حقوق کامن‌لا و قاعده «خریدار باید توجه کند» است، باید با برخی قوانین حاکم که نگرش پدرسالارانه و متعصب در آن‌ها حتی بیشتر از آن است که برخی از سیستم‌های حقوقی امروزه نشان می‌دهند (برای استفاده از شرطی که نویسندگان انگلیسی اغلب جهت منفی‌نشان‌دادن سیستم حقوقی به کار می‌برند که به قاضی اجازه دخالت در متن قرارداد را در جهت حمایت از یکی از طرفین می‌دهد)، مقابله می‌کند.

خواه این تناقض بر عرف قراردادی تأثیر گذارد و تمایل آن را به پذیرش کورکورانه مدل قراردادی کامن‌لا کمتر کند یا اجرای حقوق رومی-ژرمنی را تحت تأثیر قرار دهد، مداخله قانون حاکم را در مقررات قراردادی ناشی از روابط تجاری محدود می‌کند. در حال حاضر این تناقض در خصوص قراردادهای تجاری بین‌المللی با فرض اجتناب از نتایج غیرمنتظره از طریق حل و فصل اختلافات ناشی از آن در خارج از دادگاه، وجود دارد. جهت رفع تعارضات احتمالی بین طرف قرارداد و حقوق داخلی معمولاً به داوری به‌عنوان روشی برای حل و فصل اختلافاتی که مرتبط با قراردادهای بین‌المللی است ارجاع داده می‌شود. حتی ارجاع به داوری به این مسئله به‌طور قاطع پاسخ نمی‌دهد: داوران ممکن است در عمل انعطاف بیشتری نسبت به قضات داخلی داشته باشند اما آن‌ها همچنان در اجرای دقیق قانون محدود هستند.^(۹۰)



90. On the question of the alleged detachment of international arbitration from national laws see my *Lectures on International Commercial Law*, Institute for Privatret Stentilserie, 2003, nr 162, pp. 126 ff. and, for further references to legal doctrines and practice, *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Universitetsforlaget (Tano Aschehoug), 1999.