

فهرست

عنوان.....	صفحه.....
چکیده.....	
مقدمه.....	
فصل اول کلیات:.....	۷.....
۱-۱. بیان مسئله.....	۸.....
۱-۲. اهمیت و ضرورت.....	۱۰.....
۱-۳. اهداف تحقیق.....	۱۰.....
۱-۴. پیشینه تحقیق.....	۱۱.....
۱-۵. سوالات تحقیق.....	۱۳.....
۱-۶. فرضیه های تحقیق.....	۱۳.....
۱-۷. متغیرها.....	۱۴.....
۱-۸. تعریف مفاهیم.....	۱۴.....
۱-۹. روش شناسی تحقیق.....	۱۵.....
۱-۱۰. روش جمع اوری اطلاعات.....	۱۵.....
۱-۱۱. ابزار جمع اوری اطلاعات.....	۱۵.....
۱-۱۲. روش تجزیه و تحلیل مطالب.....	۱۶.....
۱-۱۳. موانع و محدودیت های تحقیق.....	۱۶.....

عنوان.....	صفحه
۱-۱۴. سازماندهی تحقیق.....	۱۶.....
فصل دوم :ادبیات ومفاهیم نظری.....	۱۸.....
بخش اول:تاریخچه حسن نیت	۱۹.....
مبحث اول :تاریخچه حسن نیت در فقه امامیه.....	۱۹.....
مبحث دوم :پیشینه کنوانسیون بیع بین المللی کالا.....	۳۱.....
مبحث سوم:تاریخچه حسن نیت در دنیا.....	۳۳.....
مبحث چهارم :تاریخچه حسن نیت در ایران.....	۳۶.....
بخش دوم :مفهوم حسن نیت وفسخ قرارداد وسوءنیت.....	۳۷.....
مبحث اول:معنای لغوی و حقوقی حسن نیت.....	۳۷.....
مبحث دوم :مفهوم لغوی وحقوقی فسخ قرارداد.....	۴۲.....
مبحث سوم:مفهوم لغوی وحقوقی سوءنیت.....	۴۷.....
بخش سوم :حسن نیت از دیدگاه دکترین حقوقی.....	۴۹.....
فصل سوم:تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد در حقوق ایران وکنوانسیون بیع بین المللی.....	۵۱.....
بخش اول :تاثیر حسن نیت در فسخ قرارداد در حقوق ایران.....	۵۲.....
مبحث اول :حسن نیت در تشکیل وانعقاد قرارداد.....	۵۲.....
مبحث دوم:حسن نیت در تفسیر واجرای قرارداد.....	۵۴.....
مبحث سوم:حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجرای قرارداد.....	۵۷.....
بخش دوم:میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادبا توجه به نوع قرارداد در حقوق ایران.....	۶۰.....

عنوان.....	صفحه.....
مبحث اول: تاثیر حسن نیت در عقد وکالت.....	۶۷.....
مبحث دوم: تاثیر حسن نیت در فسخ قراردادییمه در حقوق ایران.....	۸۰.....
بخش سوم: تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادیع در کنوانسیون بیع بین المللی.....	۸۱.....
مبحث اول: انحلال عقدوزوال تعهدات قراردادی.....	۸۲.....
مبحث دوم: اثار فسخ عقد بیع نیت به گذشته.....	۹۲.....
مبحث سوم: جبران خسارت وارده.....	۱۰۲.....
بخش چهارم: تاثیر حسن نیت در دوره ی پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون.....	۱۰۸.....
مبحث اول: دوره ی پیش قراردادی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا.....	۱۰۸.....
مبحث دوم: اثر پیش قرارداد در نظام حقوقی ایران.....	۱۱۳.....
فصل چهارم: نتیجه گیری وانتقادات وپیشنهادهات.....	۱۲۰.....
نتیجه گیری.....	۱۲۱.....
انتقادات وپیشنهادهات.....	۱۲۵.....

عنوان این نوشتار به طور مستقیم در بردارنده ی دو واژه ی اصلی "حسن نیت" و "فسخ قرارداد" است. از انجایی که اصطلاح ترکیبی فسخ قرارداد تا حدودی روشن است و در حقوق ایران در مواردی که در خیارات بیان شده است میشود قرارداد را فسخ کرد و اسمی از این اصل کلی حقوقی که مورد قبول اکثر کشورهای دنیاست برده نشده است. از سوی دیگر چون بین حسن نیت و سوءنیت نه تنها در مقام شناسایی و تحقق بلکه در مرحله تاثیر گذاری حقوقی نیز نوعی تقابل وجود دارد در نتیجه به طور فرعی و غیر مستقیم نیز موضوع این پژوهش قرار میگیرد زیرا بحث از حسن نیت بدون هیچ چشم داشت به سوءنیت به سرانجام نخواهد رسید. امروزه حسن نیت به عنوان یکی از اصول اخلاقی در حقوق قراردادها جایگاه ویژه ای پیدا کرده است. در حقوق جدید این اصل هم در انعقاد و هم در اجرا و هم در فسخ قراردادها نقش بسزایی ایفا میکند و مبنای برخی از تئوری های نوین حقوق قراردادها مثل تعهد به همکاری را تشکیل داده است. هدف از تحقیق حاضر بررسی تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادها در حقوق ایران و تطبیق آن با کنوانسیون بیع بین المللی است. با این که اصل حسن نیت به عنوان یک اصل کلی که مورد قبول اکثر کشورهای دنیا است و در قوانین موضوعه ی آنها هم جای گرفته و در مواردی که یکی از طرفین قرارداد که متحمل ضرر شده است به خاطر سوء نیت طرف دیگر معامله اگر نتواند در قوانین راهی برای جلوگیری از ضرر و نجات خود پیدا کند با استفاده از این اصل اگر در قانون جای گیرد به خاطر معنی عام و گسترده حسن نیت یعنی باور و اعتقادی صادقانه داشتن و فقدان سوء نیت میتواند قرارداد خود را فسخ کند. آیا در حقوق ایران حسن نیت میتواند به عنوان یک عامل مثل یکی از خیارات که در قانون مدنی ما وجود دارد نظیر خیار تدلیس موثر در فسخ قرارداد باشد با بررسی های انجام گرفته در این تحقیق که از روش کتابخانه ای و اسنادی استفاده شده است به نظر میرسد در حقوق ایران حسن نیت را نمیتوان موثر در فسخ قرارداد ها دانست و در کنوانسیون بیع بین المللی به طور کلی از حسن نیت میتوان در تفسیر قرارداد به عنوان یک اصل کلی حقوقی به کار برد که شاید بتوان آن را به فسخ قراردادهای بین المللی هم تعمیم داد.

کلید واژه: ۱- حسن نیت ۲- فسخ قرارداد ۳- اصل کلی حقوقی ۴- رفتار صادقانه ۵- سوءنیت

اصل همیشه بر حسن نیت است و شخصی که به سوء نیت استناد می کند باید آن را اثبات کند. این قاعده کلی است، گرچه صرفاً در خصوص تصرف شکل قانونی بخود گرفته است (ماده ۲۲۶۸ قانون مدنی) این اماره قانونی مبتنی بر یک اصل بدیهی که بر روابط اجتماعی حاکم است: سلامت این روابط ایجاب می کند افراد در شرایط معمولی زندگی ب یکدیگر اعتماد داشته باشند. اصل حسن نیت تنها در شرایط عادی موثر است و ارزش آن تا زمانی است که خلافش ثابت نشود. اثبات خلاف می تواند به هر وسیله ای، حتی از طریق امارات ساده، صورت پذیرد و این مساله موضوعی است که قضات با اقتدار کامل به ارزیابی آن می پردازند. بطور کلی ملاحظه می گردد که طرح دعوا به ندرت به خوانده اجازه استناد به اماره را می دهد. از انجایی که موضوع این تحقیق حسن نیت است لکن چون این عنوان در نظام حقوقی ایران واسلام وپاره ای از کشورهای دیگر به طور مستقیم مطرح نشده ناگزیر باید حقیقت وجوهر آن را مبنای بحث قرار داد. در نتیجه ی این واقعیت همه ی مفاهیم وموضوعات حقوقی وفقهی که عناصر ومولفه های اساسی حسن نیت را در خود جای داده اند مصداق ومجرای حسن نیت پنداشته شده وموضوع این نوشتار قرار میگیرند. حسن نیت یک مشترک معنوی است که دارای مصادیق وجزئیات متعددی خواهد بود. حسن نیت در قراردادهای واقع یک اصل نظام "رومی-ژرمنی" است ودر نظام "کامن لو" نیز در زمان حاضراز جایگاه نسبتاً مطلوبی برخوردار است. "حسن نیت در قراردادهای" را میتوان مفهومی سهل وممتنع دانست. سهل از این نظر که هرکس از عنوان "حسن نیت" معنای روشنی مانند داشتن نیت صادقانه وبدون غل وغش در ذهن دارد وممتنع است چون کاربرد همین مفهوم به ظاهر سهل وروشن در قراردادهای با پیچیدگی ودشواری روبه رو است واصولاً بحثها واختلاف نظرهای فراوان وعقاید مختلف در مورد معنای حسن نیت نشانه ودلیل ممتنع بودن این مفهوم است. از یک دیدگاه کلی میتوان گفت که "حسن نیت به دو طریق وشویه در قراردادهای کاربرد دارد. به عبارت دیگر حسن نیت در قراردادهای در دو چهره متفاوت ظاهر شده ومورد توجه قانونگذار وحقوقدانان قرار گرفته است. غالباً از عنوان "حسن نیت در قراردادهای" الزام وتکلیف طرفین قرارداد به رعایت حسن نیت مراد میشود و از این حیث مورد بررسی قرار میگیرد چهره ی دیگر حسن نیت آن است که حسن نیت آن است که حسن نیت یکی از طرفین قراردادعامل جلب حمایت قانونگذار از او میگردد در این چهره معمولاً حسن نیت در میزان مسئولیت موثر بوده وقانونگذار مسئولیت کمتری برای فرد با حسن نیت به نسبت شخص فاقد حسن نیت مقرر میکند. در قانون مدنی ایران، بهرغم تأثیرپذیری آن از قوانین مدنی فرانسه و سویس، لزوم رعایت اصل حسن نیت در اجرا یا تفسیر قراردادهای وهمچنین در مورد ضمانت اجرای عدم حسن نیت تصریح نشده، هرچند موادی از آن بر مبنای رعایت حسن نیت وضع شده

است .

گام نخستین برای آشنایی با کاربرد حسن نیت در قراردادهای، تعریف و شناخت مفهوم حسن نیت است. اولین و اساسی ترین گام برای شناخت یک مفهوم و در قلمرو حقوق برای شناخت یک اصل حقوقی، ارائه تعریفی از آن است. این مطلب در مورد حسن نیت که به عقیده برخی تعریف شدنی نیست و نمی توان آن را در قالب یک تعریف آورد و مطابق عقیده ای دیگر ارائه یک تعریف مشخص از آن، کار درستی نیست، اهمیت بیشتری می یابد. از سوی دیگر به لحاظ معنا و محتوای حسن نیت، در برخورد با بسیاری از اصول و نهادهای حقوقی در می یابیم که محتوا و معنای این اصول و نهادها بسیار نزدیک با اصل کلی حسن نیت است و برای شناخت کامل این اصل ناگزیر از توجه به این اصول و نهادها هستیم. هر گاه این اصل در حقوق قراردادهای پذیرفته شود موضوع بعدی که برای شناخت آن و کاربرد آن باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که در عمل چگونه می توان ا حراز کرد که یک طرف قرارداد دارای حسن نیت بوده است یا خیر. آیا باید به انگیزه و جنبه های درونی و نیت واقعی او توجه کرد یا ملاکهای عینی و خارجی در این زمینه وجود دارد و باید بکار گرفته شود. آخرین بحث کلی در مباحث شناختی و نظری در مورد حسن نیت آن است که حسن نیت در قراردادهای دارای دو چهره است. در چهره اول طرفین ملزم به رعایت این اصل و به تعبیر دیگر رعایت صداقت، درستی و... و خودداری از فریب، خدعه و... هستند و از حسن نیت در چهره دوم مواردی را در نظر داریم که یک طرف قرارداد از روی حسن نیت و با نداشتن آگاهی از یک واقعیت، اقدامی کند و قانونگذار به این جهت او را به طریقی مورد حمایت قرار می دهد. مثلاً ضمانت اجرای اجرائیه که وجود دارد میتواند استفاده کند که یکی از آنها فسخ قرارداد است .

فصل اول :

کلیات

حسن نیت یکی از اصول کلی حقوقی است که در پی نفوذ اخلاق در عرصه حقوق موضوعه ظاهر شده است. حسن نیت از یک سو عبارت است اعتقاد خلاف واقع به وجود یک وضعیت حقوقی قاعده مند و از سوی دیگر رفتار صادقانه ای که لازمه اجرای تعهد است. اغلب حقوقدانان به حسن نیت اشاره می کنند. بی آنکه تعریفی از آن دست دهند با وجود این برخی از حقوقدانان فرانسوی حسن نیت را تعریف کرده اند بنابر تعریف کلی که از مفهوم ارائه کرده اند. بنابر تعریف کلی که از مفهوم ارائه کرده اند: حسن نیت عبارت است از "رفتار حاکی از اعتقاد یا اراده رعایت قواعد حقوقی که سبب میشود ذینفع از خشونت قانون دور بماند". برخی از استادان فرانسوی گفته اند که این اصطلاح به دو معنی به کار میرود: ۱- به یک معنی عبارت است از صداقت در انعقاد و اجرای اعمال حقوقی. ۲- به معنی دیگر عبارت است از باور نادرست وبدون تقصیر به وجود یا عدم یک واقعه یک حق یا یک قاعده حقوقی (صفایی، ۱۳۹۰: ۲۴) یکی از استادان حقوق ایران شاید با بهره گیری از تعاریف حقوقدانان فرانسوی در تعریف حسن نیت چنین گفته است: "کسی که اقدام به عمل حقوقی (مانند عقد وایقاع) یا عمل مادی که منشا اثر یا آثار حقوقی است میکند و به صحت عمل خود اعتقاد دارد این اعتقاد او حسن نیت اوست". ۲۰ در حقوق ایران در قوانین موضوعه به اصل حسن نیت در قراردادهای تصریح نشده وجود چنین اصلی در حقوق ما قابل تردید با وجود این بعضی از استادان حقوق باتوجه به برخی نصوص قانونی مبتنی بر اصل حسن نیت (مانند مواد ۲۳۶-۳۹۱-۶۸۰-۱۱۶۴-۱۱۶۵ قانون مدنی و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی) به وجود اصل کلی حسن نیت قائل شده اند. فایده پذیرش چنین اصلی هماهنگ کردن اجرای قانون و تعهدات قراردادی با مقتضیات عدالت و انصاف است. (دیلمی، ۱۳۸۹: ۲۸). آنچه اصل حسن نیت را در کانون توجه حقوقدانان ایرانی قرارداده است این است که در بسیاری از کنوانسیون های حقوقی و یا قراردادهای نمونه بین المللی اصل حسن نیت با شدت و ضعف متفاوت اشاره شده است. در بند یک ماده ۷ کنوانسیون بیع بین المللی در ارتباط با تفسیر کنوانسیون چنین مقرر داشته است: "در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین المللی آن و نیز به صورت ایجاد هماهنگی در ایجاد هماهنگی در اجرای آن رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل توجه شود". در این بند سه اصل که تفسیر کنوانسیون باید مورد عنایت واقع شود. اشاره رفته خصیصه بین المللی کنوانسیون- ضرورت ایجاد هماهنگی و رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل. آخرین اصلی که در بند یک ماده ۷ مورد توجه واقع شده است "اصل حسن نیت" است که در تفسیر کنوانسیون باید در نظر گرفته شود. برخی از مفسران گفته اند که ارجاع به حسن نیت در جایی نامناسب قرار گرفته است زیرا رعایت حسن نیت منحصر به تفسیر کنوانسیون نیست بلکه در انعقاد، اجرا، انحلال و تفسیر قرارداد بیع نیز حسن نیت لازم است

در توجیه ماده ۷ گفته شده است که این اشکال ناشی از عیب در کارهای مقدماتی این گونه کنوانسیون هاست. در ماده ۵ پیش نویس کنوانسیون راجع به حسن نیت در قراردادچنین آمده "روند تشکیل قرارداد طرفین اصل رفتار منصفانه را رعایت وبا حسن نیت عمل کنند". شک نیست که تعداد زیادی از مقررات ماهوی کنوانسیون مبتنی بر اصل حسن نیت است که باید الهام بخش تفسیر سایر مقررات باشد مقررات کنوانسیون که ناظر بر روابط فروشنده وخریدلر است در شرایط بسیار متفاوتی اجر میشود معامله گران از نظر رشد ،توسعه، اطلاعات وامکانات در یک سطح نیستند ودرجه دقت ومراقبت مورد انتظار درهمه ی انها یکسان نیست همانگونه که فروشنده حرفه ای ومصرف کننده برابر نیستند دراین اوضاع واحوال شایسته است کنوانسیون با حسن نیت تفسیر و اجرا گردد. یکی از قواعد مسلم حقوقی که با تفاوتهای جزئی تقریبا در اغلب نظام های حقوقی جهان پذیرفته شده "اصل لزوم قرارداد" است در حقوق اسلام قاعده "اصاله اللزوم" یکی از قواعد معروف فقهی به شمار میرود .بسیاری از فقها مبنای این قاعده را ایه شریفه "اوفوباللعقود" میدانند .در حقوق ایران نیز در مقام بیان مبانی اصل یاد شده به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اشاره شده است .معنا ومفهوم این اصل به زبان ساده ان است که وقتی طرفین قراردادی با رعایت شرایط ماهوی وشکلی مبادرت به انعقاد عقدی نمودند اصولا ملزم وماخوذ به تعهداتی هستند که به موجب قرارداد به عهده گرفته اند اما در مواردی ممکن است که تاکید بر تداوم لزوم قرارداد واصراربه اجرای مفاد قرارداد به دلایل متعدد امری لغو وبیهوده به نظر میرسد واینجاست که به شخص اجازه داده میشودتا التزام ناشی از عقد را به سود خود بر هم زده واز تعهدات ناشی از عقد رهایی یابد در قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه ضمن اینکه "اصل لزوم قراردادها" به صراحت پذیرفته شده است .بالین حال بخش نسبتا وسیعی از قانون مدنی به مبحث خیارات واحکام راجع به ان اختصاص داده شده است .در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰وین نیز موارد فسخ بیع از سوی فروشنده وخریدار به ترتیب طی مواد ۶۴ و ۴۹ پیش بینی شده است . در اصطلاح حقوقی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث بدین ترتیب فسخ یک عقد در واقع انشای یک طرفه انحلال ان وماهیتا به منزله نوعی ایقاع است.ومبنای این حق اختیاری است که بنا به توافق طرفین یا مستقیما به حکم قانون برای یک یا دو طرف قرارداد ویا شخص ثالث شناخته شده است در حقوق ایران فسخ موجب انحلال عقد از زمان انشای فسخ می شود . با این حال حسن نیت در فسخ قراردادبه عنوان یک عامل در حقوق ایران به طور صریح بیان نشده است .ودر کنوانسیون بیع بین المللی هم به طور کلی حسن نیت را در تفسیر کل کنوانسیون قراردادده است که میتوان گفت میشود حسن نیت را هم در فسخ به عنوان یک عامل شناخت .

۲-۱. اهمیت و ضرورت :

از انجایی که اصل حسن نیت در قانون موضوعه ایران خصوصا در حقوق تعهدات وجود ندارد یک امر کاملا جدیدی است که در حقوق ما توسط حقوقدانان به تازگی بررسی هایی انجام شده و حتی یک تعریف ثابتی برای آن وجود ندارد مخصوصا تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد که مورد بررسی قرار نگرفته است. و به دلیل اینکه حسن نیت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی نقش مهمی را در رعایت عدالت و انصاف دارد از نظر من مهمه که در قانون ما قرار بگیرد. و در قانون مدنی برای فسخ قرارداد تنها به خيارات بسنده نشود و رعایت اصل حسن نیت هم در تمام مراحل انعقاد قرارداد هم مد نظر قرار بگیر

۳-۱. اهداف تحقیق :

هدف اصلی این تحقیق: مطالعه تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادها در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی است .

اهداف فرعی :

۱-مطالعه میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد با توجه به نوع قرارداد در حقوق ایران است.

۲-مطالعه میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد بیع در کنوانسیون بیع بین المللی

۳-مطالعه میزان تاثیر حسن نیت در دوره پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی

نام مقاله: حسن نیت تکلیفی در فقه امامیه نویسنده: مرتضی حاجی پور مجله: فقه و حقوق اسلامی
 "پاییز وزمستان ۱۳۹۲-شماره ۷ (علمی- پژوهشی) (۳۸ صفحه -از ۳۱ تا ۶۸) در مورد بعد تکلیفی
 حسن نیت و مقاسیه ان با مسائل فقهی که با مفهوم حسن نیت هم خوانی دارند و همچنین ابعاد مختلف
 نقش حسن نیت در حقوق قراردادها را مورد بررسی قرار داده اند .به نوبه خود مقاله کاملی است.
 نام مقاله :جایگاه حسن نیت در در عقد وکالت نویسندگان :۱- سید ابولقاسم نقیبی ۲-ابراهیم تقی زاده
 ۳-مرتضی شهبازی نیا ۴-عباس باقری مجله:الهیات وعلوم اسلامی دوره دو شماره یک ،تابستان وپاییز
 ۱۳۹۲،صفحه ۳۹-۴۹ نوع مقاله علمی پژوهشی در مورد اصل حسن نیت و تعاریفی که از حسن نیت
 هست و همچنین در مورد جایگاه اصل حسن نیت در عقد وکالت هم در فقه و هم در قانون هایی که از
 وکالت نام برده است هم بررسی کرده اند.

نام مقاله : اصل حسن نیت و پیامد های ان در دوره ی پیش قراردادی ؛با مطالعه تطبیقی در حقوق
 انگلیس و فرانسه نام نویسندگان: ۱-علی رضا باریکلو ۲-سید علی خزایی مجله :حقوقی دادگستری
 (علمی پژوهشی)-سال ۷۵/شماره ۷۶/زمستان ۱۳۹۰ /صفحات ۵۳ تا ۸۷ . در این مقاله ابتدا تعریفی از
 اصل حسن نیت بعد جایگاه اصل حسن نیت در حقوق فرانسه و انگلیس و ایران مورد بررسی قرار گرفته
 و همچنین در مورد حسن نیت در قراردادهای مختلف هم توضیح داده اند.

نام مقاله : مطالعه تطبیقی نقض قابل پیش بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و نظام های
 حقوق ملی نویسندگان :۱- دکتر علی انصاری ۲- فرهاد بیات در این مقاله به طور کامل در مورد نقض
 قابل پیش بینی ،نقض اساسی،حق فسخ،حق تعلیق،حق فسخ، توضیح داده اند و همچنین هدف اولیه هر
 قرارداد علی الاصول اجرای قرارداد است ولی ممکن است بنا به دلایلی یکی از طرفین یا هر دوی انها
 قرارداد را نقض کنند با وجود اینکه نهاد نقض قابل پیش بینی ریشه در حقوق انگلستان دارد اما در
 کنوانسیون بیع بین المللی به طور منظم و کامل تری در مواد ۷۱،۷۲،۷۳ وارد شده است.

نام مقاله :معنا و مفهوم "حسن نیت در قراردادها " نام نویسنده :دکتر اسماعیل عباسی مجله:تحقیقات
 حقوقی آزاد "پاییز وزمستان ۱۳۸۶-شماره ۲(پیش شماره دوم)(علمی پژوهشی)۲۸صفحه -از ۷۱ تا
 ۹۸ در این مقاله اکثر تعاریفی که از اصل حسن نیت و نظرات حقوقدانان خارجی و بنام را آورده اند و در
 اخر در یک نتیجه گیری کلی اینکه در همه ی سیستم های حقوقی رعایت موازین اخلاقی توسط
 طرفین قرارداد،در قالب و تحت عناوین مختلف مورد پذیرش و تاکید قرار گرفته است .

. نام مقاله: معنا و مفهوم حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه نام نویسنده : دکتر علی انصاری فصلنامه علمی پژوهشی مدرس علوم انسانی - پژوهش های حقوق تطبیقی - دوره ی ۱۳ شماره ۴ / زمستان ۸۸ در این مقاله برای حسن نیت دو معنای متفاوت مانند حقوق فرانسه به کار برده اند که یکی تصور اشتباه و دیگری صداقت که جداگانه بررسی شده است.

نام مقاله : مسئولیت مدنی بیمه گذار نقض کننده حسن نیت در مرحله انعقاد قرارداد بیمه نام نویسندگان : ۱- علی انصاری - ۲- جواد عسگری دهنوی فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشنامه بیمه - سال ۲۸ - شماره ۱ / بهار ۹۲ در این مقاله ضمن بحث از تعهد بیمه گذار به رعایت اصل حسن نیت در مرحله انعقاد قرارداد، مسئولیت مدنی او در نقض این تعهد مورد بررسی قرار گرفته . اصل حسن نیت از مهمترین اصول حاکم در انواع قراردادهای بیمه است که با توجه به کارکرد متعدد مراحل قراردادی، ضمانت اجراهای مختلفی هم برای نقض آن مقرر شده است .

نام مقاله : بین المللی بودن، یکپارچگی و رعایت حسن نیت به عنوان یک معیار در تفسیر کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) نام نویسنده : الکساندر کوماروف مترجم : حمید آرایبی مجله: کانون آذر ۱۳۸۹ - شماره ۱۱۱ (۱۴ صفحه - از ۱۲۱ تا ۱۳۴) این مقاله چکیده و نتیجه گیری ندارد و همچنین در مورد اینکه مقررات داخلی راجع به حقوق بیع در رویکرد و مفهوم دستخوش تفاوت های نسبتاً قابل ملاحظه ای هستند کنوانسیون بیع مصوب ۱۹۸۰ وین برای وحدت حقوق حاکم بر وحدت حقوق حاکم بر بیع بین المللی کالا به وجود آمده است . توضیح داده اند.

نام مقاله: بررسی نظری و عملی نقض اساسی در قراردادهای بیع بین المللی نام نویسنده: مجتبی زاهدیان دانشنامه حقوق و سیاست / سال اول / شماره ۳ / تابستان ۱۳۸۴ / از صفحه ۹۹ تا ۱۴۰ نویسنده در این مقاله در مورد قرارداد بیع بین المللی و نقض قرارداد و فسخ قراردادهای بیع، نقض اساسی و نقض عینی قرارداد توضیح داده اند و در آخر هم در نتیجه گیری دوباره خلاصه ای از مقاله را بیان نموده اند

نام مقاله : تحلیل حقوقی - اقتصادی پیش بینی نقض قرارداد نام نویسنده : مجتبی اشرقی آرانی فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی / شماره ۶۹ / زمستان ۱۳۹۲ / از صفحه ۵۹ - ۸۲ در این مقاله نویسنده باتبیین ماهیت و تحلیل اقتصادی پیش بینی نقض قرارداد در چهار چوب تحلیل اقتصادی قرارداد ها، اعتبار آن در نظام بین المللی و حقوق ایران بررسی میشود

۵-۱. سوالات :

سوال اصلی: آیا حسن نیت در فسخ قراردادهای در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی مصوب ۱۹۸۰ وین موثر است ؟

سوالات فرعی :

- ۱- آیا میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد با توجه به نوع قرارداد در حقوق ایران موثر است ؟
- ۲- آیا حسن نیت در فسخ قراردادهای بیع بین المللی در کنوانسیون بیع بین المللی موثر است ؟
- ۳- آیا حسن نیت در دوره ی پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا موثر است ؟

۶-۱. فرضیه ها :

فرضیه اصلی: فرضیه اصلی: به نظر میرسد حسن نیت در فسخ قرارداد ها در حقوق ایران به دلیل اینکه در قانون وجود ندارد موثر نیست ولی در کنوانسیون بیع بین المللی به خاطر اینکه اصل را بر حسن نیت گذاشته در همه ی مراحل انعقاد قرارداد موثر است.

فرضیه های فرعی :

- ۱- به نظر میرسد میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد در حقوق ایران در انواع مختلف قرارداد موثر نیست .
- ۲- به نظر میرسد حسن نیت در فسخ قراردادهای بیع بین المللی در کنوانسیون بیع بین المللی موثر است .
- ۳- به نظر میرسد حسن نیت در دوره ی پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی یک عامل موثر است.

۷-۱. متغیرها :

متغیر مستقل : حسن نیت

متغیر وابسته : فسخ قرارداد

۸-۱. تعریف مفاهیم :

حسن نیت: در فرهنگ لغت معین حسن جدا معنی شده و نیت هم جدا حسن : زیبایی، جمال، نیکویی، خوش خویی، حسن سیرت، حسن اخلاق نیت: قصد، اهنگ، عزم در اصطلاح حقوقی حسن نیت: (مدنی) وضع فکری کسی است که اقدام به عمل حقوقی از روی اشتباه میکند و تصور میکند که عمل او بر وفق قانون است و حال اینکه موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیان آور آن عمل حقوقی در حدود معینی او را حمایت میکند (ترمولوژی حقوق).

اصطلاح حسن نیت در حقوق به گونه‌های مختلف تعریف شده است: صداقت در نیت و عمل؛ فقدان اراده تقلب و کلاهبرداری و ایجاد ضرر برای طرف دیگر معامله؛ پایبندی به هدف معامله و داشتن رفتار درست و صادقانه در برابر تعهد؛ داشتن اعتقاد صادقانه به موضوعی نادرست؛ نداشتن رفتار مغایر با معیارها و ضوابط متداول در قراردادها.

فسخ قرارداد: فسخ: ۱- زایل کردن (بیع، قصد و اهنگ و مانند آن) ۲- شکستن، جدا جدا کردن، تباه گردانیدن رای قرارداد: اتفاق دو یا چند تن در امری ۲- پیمان عهد نامه، قرارنامه فسخ در اصطلاح حقوقی: ایقاعی است از ایقاعات که دارای خصوصیات ذیل است. اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده و به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع بر میگرداند برگشت آثار عقد توسط فسخ باید به وسیله ی یک طرف عقد باشد و اگر بتوافق طرفین این کار بشود آن را اقاله نامند نه فسخ و اسم دیگر اقاله تفاسخ است. قرارداد در اصطلاح حقوقی: به معنی عقد به کار میرود در این صورت اختصاص به عقود که اثر مستقیم آنها تعهدات است ندارد.

فسخ در اصطلاح حقوقی

فسخ که به آن انحلال ارادی قرار داد یا تعهد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرار داد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث.

فسخ در حقیقت ازاله تعهد یا تعهدات ناشی از آن به علت قانونی با اراده و رضایت یا بدون آن است که موضوع آن انهدام عقد است حال چنانچه نقش اراده مورد اختلاف بین طرفین با رضایت باشد بدان اقاله یا انفساخ گویند که با قرارداد خصوصی تنفیذ می‌یابد و چنانچه بدون رضایت باشد امر به فسخ بایستی از سوی دادگاه تجویز گردد و بدان فسخ یکطرفه با اراده یکطرفه گویند زیرا فسخ چنانچه دو طرفه باشد موضوعش انفساخ یا اقاله است و با اراده دو طرف انجام می‌پذیرد. پس در موضوع فسخ برهم زدن یکطرفه به علت قانونی با اراده یکطرفه بنا به تجویز قانونی دادگاه فسخ نام دارد و برهم زدن دو طرفه بر مبنای تراضی و رضایت دوطرفه که موضوع آن قرارداد دومی است که موضوع قرارداد دوم بر انهدام قرارداد اول شکل می‌گیرد اقاله یا تفاسخ نام دارد و نوعی عقد است در حالیکه فسخ در ایقاعات جای دارد.

۹-۱. روش شناسی تحقیق

در این تحقیق از روش علی و با روش توصیفی و تحلیلی و رویکرد حقوقی انجام می‌شود

۱۰-۱. روش جمع‌آوری اطلاعات :

مطالعه اسنادی و کتابخانه‌ای

۱۱-۱. ابزار گردآوری اطلاعات :

از فیش‌های تحقیقاتی و بانک‌های اطلاعاتی و موتورهای جست‌وجو در اینترنت

۱۲-۱. روش تجزیه تحلیل مطالب :

برای تجزیه و تحلیل اطلاعات و یافته های تحقیق از روش اسنادی به ویژه تحلیل محتوی استفاده میشود. و روش کیفی است

۱۳-۱. موانع و محدودیت های تحقیق :

از آنجایی که اصل حسن نیت یک اصطلاح ترکیبی تازه و نو در کشور ما هست و هنوز توجه حقوقدانان ما به این اصل خیلی کم جلب شده است و فقط از بعضی زوایا بررسی شده است و فقط تا الان این اصل را تعریف کرده اند حتی در قانون هم به کار نرفته است با کمبود منابع مواجه بودم

۱۴-۱. سازماندهی تحقیق :

این تحقیق تشکیل شده است از چهار فصل

فصل اول: کلیات

فصل دوم: ادبیات و مفاهیم نظری ، بخش اول: تاریخچه حسن نیت ، مبحث اول: تاریخچه حسن نیت در فقه امامیه ، مبحث دوم: پیشینه کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مبحث سوم: تاریخچه حسن نیت در دنیا ، مبحث چهارم: تاریخچه حسن نیت در ایران ، بخش دوم: مفهوم حسن نیت و فسخ قرارداد و سوءنیت ، مبحث اول: معنای لغوی و حقوقی حسن نیت ، مبحث دوم: مفهوم لغوی و حقوقی فسخ قرارداد ، مبحث سوم: مفهوم لغوی و حقوقی سوءنیت ، بخش سوم: حسن نیت از دیدگاه دکترین حقوقی

فصل سوم: تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی

بخش اول: تاثیر حسن نیت در فسخ قرارداد در حقوق ایران ، مبحث اول: حسن نیت در تشکیل و انعقاد قرارداد مبحث دوم: حسن نیت در تفسیر و اجرای قرارداد ، مبحث سوم: حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجرای قرارداد

بخش دوم: میزان تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد با توجه به نوع قرارداد در حقوق ایران

مبحث اول: تاثیر حسن نیت در عقد وکالت، مبحث دوم: تاثیر حسن نیت در فسخ قرارداد بیمه در حقوق ایران

بخش سوم: تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادیع در کنوانسیون بیع بین المللی

مبحث اول: انحلال عقد و زوال تعهدات قراردادی، مبحث دوم: آثار فسخ عقد بیع نیت به گذشته

مبحث سوم: جبران خسارت وارده

بخش چهارم: تاثیر حسن نیت در دوره ی پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون

مبحث اول: دوره ی پیش قراردادی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مبحث دوم: اثر پیش قرارداد در نظام

حقوقی ایران

فصل چهارم: نتیجه گیری و انتقادات و پیشنهادات

فصل دوم:

ادبیات و مفاهیم نظری

بخش اول: تاریخچه حسن نیت

برای شناخت معنا و کاربرد اصل حسن نیت و نیز آشنایی با سیر تاریخی آن، بررسی تاریخچه حسن نیت بطور اجمال، ضروری می نماید. از گذشته تا کنون نسبت به پذیرش این اصل ایرادها و انتقادهایی مطرح شده و در مقابل نیز پاسخهایی به این ایرادها داده شده و از پذیرش آن دفاع شده است.

مبحث اول: تاریخچه حسن نیت در فقه امامیه

هدف تمام نظام‌های حقوقی عبارت است از تقویت حسن نیت در روابط حقوقی و ازاین‌رو است که در روابط بین اشخاص فرض بر حسن نیت است و کسی که مدعی نقض آن از سوی طرف مقابل است باید از عهده اثبات آن نیز برآید. این توجه به حسن نیت در حقوق اسلامی بسیار روشن و قابل توجه است. نمونه این اهمیت را در روایتی منتسب به حضرت امام صادق علیه‌السلام می‌توان مشاهده کرد: از حضرت در مورد مردی سؤال می‌شود که بر عهده دیگری حقی دارد و وی منکر حق او می‌شود و قسم می‌خورد که وی از او چیزی طلبکار نیست و صاحب حق دلیلی در دست ندارد تا آن را اثبات نماید. در این فرض آیا وی از ترس ضایع شدن حقش می‌تواند برای احیای آن به شهادت دروغ متوسل شود؟ حضرت می‌فرمایند: وی نمی‌تواند چنین کند زیرا این نوعی تدلیس و نیرنگ است (طوسی، ۱۴۰۷، ۶، ۲۶۱؛ بابویه قمی، ۱۴۱۳، ۳، ۷۴). این روایت نشان‌دهنده حداکثر هشدار به خودداری از اقداماتی است که منتهی به فریب و نیرنگ در روابط می‌شود و بالاتر از این نمی‌توان احترام به حسن نیت و مکارم اخلاقی همراه با آن را مشاهده کرد چرا که شخص از شهادت دروغ برای اثبات حقش نیز منع شده است.

آنچه محل اختلاف است تلقی حسن نیت به‌عنوان یک ابزار حقوقی و قلمرو آن است که بتوان از طریق آن در روابط حقوقی مداخله کرد. در فقه امامیه بحثی تحت عنوان حسن نیت (اعم از حمایتی و تکلیفی) یافت نمی‌شود لیکن در لابه‌لای مباحث مختلف مانند غش، نجش، تلقی رکبان، لاضرر، عقود مبتنی بر اخبار از ثمن و ... می‌توان ابعادی از حسن نیت را پی‌جویی کرد. در این قسمت عناوینی که به نحوی با حسن نیت ارتباط دارند به طور خلاصه ارائه می‌شود.

۱- غش

یکی از عناوین فقهی که به نحوی با حسن نیت ارتباط دارد بحث غش است. غش در لغت هر قسم «فریب دادن» و «خیانت کردن» را دربرمی گیرد. در اصطلاح فقهی غش عبارت است از: تقلب در کسب، به صورت اخفاء عیب مال و یا ذکر صفت کمالی که در مال مورد عقد وجود ندارد، و معمولاً به شیوه خاصی از تقلب که همان مخلوط یا ممزوج کردن شیء خارج از مورد معامله با مبیع است، اطلاق می شود مانند مخلوط کردن شیر با آب (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۲، ۱۱۱). بنابراین، کاربرد اصطلاحی غش، در مقایسه با مفهوم لغوی آن، محدودتر است. در روایتی منتسب به پیامبر اکرم (ص) آمده است: هرکس غش کند، از من نیست. همچنین در روایت دیگری آمده است: به هنگامی که امام کاظم (ع) به هشام بن حکم که در سایه (تاریکی) مشغول فروختن پارچه شاپوری بود گذشت، فرمود: فروختن کالا در سایه، دغلکاری است و دغلکاری در معامله جایز نیست.

با مطالعه منابع فقهی درمی یابیم تحقق غش مستلزم جمع دو عنصر است: علم غاش و جهل مغشوش؛ بنابراین غش زمانی صادق است که امری بر مشتری پنهان گردد. پس امتزاج و اختلاطی که چیزی در آن مخفی نیست غش در آن صدق نمی کند. ضرورت این دو در تحقق غش دلالت بر این می کند که اعمال و سلوک اشخاص در روابط با یکدیگر باید منطبق با اصول حسن نیت باشد. تأکید بر عنصر علم غاش متضمن مبارزه با سوءنیت غاش در رابطه با مغشوش است و تأکید بر عنصر «جهل» مغشوش بر بعد حمایتی حسن نیت دلالت می کند که شرط حمایت از شخص، جهل وی به واقعیت موجود است.

در بیان معیار تشخیص غش گفته شده است: هر چیزی که شناخت حقیقت واقعیت آن محتاج و متوقف بر اختباری بیشتر از اختبار حین بیع است، بیع آن، غش است ولی چیزی که شناخت آن متوقف به اختبار متعارف است لیکن مشتری قصور می ورزد و اختبار نمی کند غش نیست. مطابق این معیار اگر کشف حقیقت برای مشتری از محل اختبار عادی حاصل نشود بایستی با بیان واقع، واقعیت را برای مشتری عیان سازد و الا رفتار وی با سوءنیت تلقی شده و قابل قبول نخواهد بود. حکم تکلیفی (تحریم) غش در فقه اختلافی نیست چرا که روایات بسیاری از غش نهی کرده اند و نهی، ظهور در حرمت دارد. به علاوه اجماع محصل و منقول در آن حاصل است و عقل هم به قبح غش حکم می کند چرا که بر اغراء فساد مترتب است و عقلاً انجام چنین عملی، قبیح است آنچه محل بحث و اختلاف است حکم وضعی مسئله است: معامله ای که در نتیجه غش منعقد شده، فاسد است یا معتبر؟

در خصوص اثر وضعی نهی نظرات متفاوتی در فقه ارائه شده است. برخی بر این نظرند که نهی به صورت مطابقی فقط بر تحریم دلالت دارد و فی نفسه، بر فساد دلالتی ندارد، نه در عبادات و نه در معاملات. دلالت نهی بر فساد عبادات از ناحیه عقل است اگرچه نهی ناظر به امری خارج از عبادت باشد مثل طهارت با آب مغضوب و یا نماز در مکان غصبی، چرا که در عبادت قصد تقرب به خداوند شرط صحت آن است و عقلاً تقرب به خداوند از طریق عمل نهی شده ممکن نیست. در حالی که نهی از معامله دلالتی بر فساد ندارد نه به نفس نهی و نه با واسطه (همان) البته در مواردی نهی ارشاد به بطلان عمل از اساس می کند مثل بیع الحصاه یا اینکه معامله فاقد شرطی از شروط است مثل بیع مجنون یا اینکه عین، اهلیت تملیک و تملک را ندارد مثل خمر و خنزیر. در این موارد علت عدم ترتب اثر این است که عقد موردنظر، شروط موردنظر بیع را ندارد.

از برخی دیگر از فقها (محقق اردبیلی) نقل شده که معتقدند با لحاظ حرمت غش و روایاتی که آن را نهی کرده اند (لیس منّا من غش) معامله انجामी، صحیح نیست و در تحلیل آن بیان شده است: غرض از نهی در این موارد، عدم صلاحیت بیع در چنین مواردی است. در نظری دیگر گفته شده است در نتیجه غش، خیار ثابت می شود چون غش، تدلیسی است که با اختلاف آن قیمت نیز مختلف می شود.

در مقابل، در معاملات نظر مشهور بر این است که نهی مستلزم فساد عمل نیست. و بر حسب اینکه نهی وارده از نوع ارشادی باشد یا مولوی، حکم متفاوت خواهد بود. از آنجایی که نهی وارده در این بحث از نوع نهی مولوی بوده و مطابق نظر مشهور نیز نهی مولوی تحریمی مقتضی بطلان معامله نیست، بنابراین حکم مسئله تابع مورد است بدین صورت که در فرضی که بیع کلی است مثلاً شخصی گندم مرغوبی را می فروشد ولی گندم نامرغوبی را تحویل می دهد، در این حالت عقد با وجود غش صحیح است چرا که در این فرض غش در بیع نیست، بلکه غش فقط در تطبیق مبیع کلی بر فرد خارجی است لذا برای مشتری حق تبدیل وجود دارد ولی در بیع شخصی معمولاً صور زیر ممکن است واقع شود:

غش به غیر جنس است مثل بیع غیر حریر به عنوان حریر و یا مطلا به جای طلا. در این صورت معامله با لحاظ قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» باطل است، چرا که در این فرض اوصاف مأخوذ در مبیع از قبیل صور نوعی در نظر عرف است یعنی عرف این دو شی را واحد تلقی نمی کند ولی اگر وصف مأخوذ از قبیل وصف کمال (کاتب بودن عبد) یا صحت باشد اگر عقد، معلق بر وصف شود به نحوی که با انتفای وصف بیع منتفی می شود عقد باطل است و اگر عقد مشروط به وصف کمالی باشد خیار تخلف شرط ثابت می شود و اگر ناظر به وصف صحت باشد مشتری مخیر است بین: فسخ، امضا بدون ارش و یا امضا با ارش. غش با جنس معیوب؛ عقد

صحیح و موجب خیار عیب است. فروش به خلاف وصف ظاهر مثل فروش در تاریکی یا گذاشتن میوه مرغوب روی جعبه و میوه نامرغوب زیر آن، عقد صحیح و موجب خیار تخلف از شرط ضمنی است. اظهار صفت خوبی که در واقع نیست که تدلیس است. غش به اینکه در مورد معامله وزن کاذبی است مثل گذاشتن حریر در مکان سرد مرطوب برای افزایش کاذب وزن؛ در حکم تطفیف است.

نکته قابل توجه در نظریه برخی فقها این است که عدم اعلام عیب (خودداری از دادن اطلاعات) در شرایطی ممکن است غش باشد بدین صورت که اگر بایع، اعتماد مشتری را بر عدم اعلام عیب احراز کند و مشتری معتقد شود که مبیع صحیح است و در مبیع نظری نیفکند تا عیبش ظاهر شود، در این صورت با اعتماد مشتری به بایع عدم اعلام عیب از طرف وی، غش تلقی می‌شود.

مع الوصف، صرف نظر از اختلافات موجود در خصوص اثر وضعی غش، ممنوع شدن غش به نوعی دلالت بر ممنوعیت توسل به اعمالی است که طرف مقابل را در درک واقعیت امر دچار اشتباه کند؛ امری که متضمن رفتار مغایر با حسن نیت است. مطابق این نهاد هر عملی که اعتماد طرف مقابل را به واقعیت وجودی امری که وی دنبال آن است از بین برد ممنوع است.

۲- نجش

نجش یکی دیگر از مواضعی است که در آن جلوه‌هایی از حسن نیت را می‌توان مشاهده کرد. نجش در لغت به معنی زیاده است. و در اصطلاح معاملاتی نجش آنجایی استعمال می‌شود که شخص ثالثی قصد خرید کالایی را ندارد، اما خویش را داخل در معامله می‌سازد و به شکلی دروغین و غیر واقعی، قیمت کالا را افزایش می‌دهد؛ با این هدف که خریدار واقعی فریب خورده و کالای مزبور را با قیمتی بالاتر خریداری کند این وضعیت به خصوص در فرضی قابل تصور می‌شود که معامله از طریق حراج انجام می‌شود؛ به این ترتیب که، حراج‌گذار یک یا چند پیشنهاددهنده را بدون اینکه قصد خرید داشته باشند برای مشارکت در حراج همراه با دیگر پیشنهاددهندگان در طول حراج تعیین می‌کند تا دیگران را برای دادن پیشنهاد قیمت بالاتر از قیمت واقعی کالا تحریک کنند. البته فقها در تعریف از نجش رویکرد واحدی ندارند. برخی از فقها به تبانی فروشنده و کسی که پیشنهاد قیمت بالا می‌دهد اشاره می‌کنند، در حالی که برخی صرف اقدام پیشنهاددهنده را صرف نظر از تبانی یا عدم تبانی با فروشنده کافی برای تحقق نجش می‌دانند. بسیاری از فقها بر این نظرند که نجش عبارت است از افزودن بر قیمت در اثر افزایش قیمت توسط کسی که با بایع تبانی کرده است در مقابل، برخی از فقها نیز بر این نظرند که در تعریف نجش بهتر است گفته شود: افزودن بر قیمت کالا از طرف کسی است که قصد خریدش را ندارد برای

اینکه دیگری را به خرید آن برانگیزاند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۹۰) نجش خصوصاً در فرضی که با تبانی بایع صورت می‌گیرد یکی از جلوه‌های رفتار با سوءنیت است که به قصد فریب دادن خریدار و پنهان ساختن واقعیت از دید وی صورت می‌گیرد، از این رو ممنوعیت چنین عملی اقدامی است در راستای تقویت حسن نیت در روابط حقوقی.

از نظر حکم تکلیفی فقها نجش را از مصادیق نیرنگ و فریب در معامله دانسته و با استفاده از مدارک، آن را حرام شمرده‌اند، و حتی برخی از فقها حرمت آن را اجماعی دانسته‌اند. ولی در مورد حکم وضعی معامله بین فقها اختلاف نظر وجود دارد: نظر غالب در حکم وضعی چنین معامله‌ای این است که بیع صحیح است چرا که نهی به امری خارج از معامله تعلق گرفته است ولی از این جنید نقل شده است که گفته است: اگر نجش از طرف بایع باشد بیع را باطل می‌سازد چرا که وی مجری غش و خدیعه است ولی اگر نجش از طرف واسطه باشد بیع لازم است و در صورتی که به مشتری ضرری وارد شده باشد جبران آن ضروری است.

در خصوص اینکه منجوش در صورت نجش خیار دارد یا خیر نظرات مختلفی ارائه شده است: در صورتی که مشتری به نحوی مغبون شده باشد حق خیار دارد در این طیف دو نظر از یکدیگر متمایز می‌شوند: برخی معتقدند خیار در صورتی خواهد بود که نجش با تبانی بایع صورت گرفته است و الا خیار در کار نخواهد بود چرا که هیچ معامله‌ای من جمله بیع نمی‌تواند در نتیجه فعل و عمل دیگری فسخ شود به علاوه، اصل در قراردادهای بر لزوم است. در مقابل گفته شده برای منجوش در هر حال خیار است چه بایع تبانی کرده باشد یا نکرده باشد مشروط بر اینکه خریدار کالا را به بیشتر از قیمت متعارفش خریداری کرده باشد.

نظر سوم اینکه در هر حال خیار برای منجوش هست چه غبنی در کار باشد چه نباشد، چرا که آن (نجش) عیب است و مقید به غبن و عدم آن نیست. قائلان به عدم خیار در رد استدلال اخیر گفته‌اند: عیب متعلق به مبیع است در حالی که در فرض مورد بحث وضع چنین نیست لذا خیار در فرضی ثابت می‌شود که غبن ثابت باشد و الا خیار در کار نخواهد بود در استدلالی دیگر در این طیف گفته شده که نجش متضمن تدلیس بوده و شبیه تصریه است لذا خیار تدلیس ثابت است.

نگاهی اجمالی به مفهوم نجش به خصوص در فرضی که بایع از آن خبردار است گویای شکلی از رفتار با سوءنیت است که در صورتی که متضمن نوعی ضرر برای خریدار باشد وی می‌تواند معامله را فسخ کند و این یعنی در روابط با یکدیگر به شیوه درست رفتار کردن که جلوه‌ای از رفتار مبتنی بر حسن نیت است امروزه در نظام‌های

حقوقی مورد توجه است. به بیان دیگر افراد نباید اعتماد و اطمینان دیگران را به بازی بگیرند؛ اعتمادی که ضرورت همبستگی اجتماعی است و حقوق باید با وضع قواعد مناسب به حفظ این همبستگی کمک کند.

۳- تلقی رکبان

یکی از عناوینی که در آن می‌توان جلوه‌ای از منع رفتار با سوءنیت را مشاهده کرد تلقی رکبان است. «رکبان» جمع راکب است، یعنی سواران، و «تلقى» یعنی به استقبال رفتن. در تلقی رکبان که عملی مغایر با حسن نیت می‌باشد و هم مطابق فقه امامیه و هم فقه اهل سنت نهی و ممنوع شده تجار شهر به بیرون شهر و بر سر راه تجار خارج از شهر رفته و به واسطه عدم اطلاع تجار خارج از شهر، کالاهایی از آنها با قیمتی بسیار پایین‌تر از قیمت معمولی آنها در بازار شهر خریداری می‌کردند. پیامبر (ص) از انجام چنین عملی نهی فرموده‌اند. علت نهی از تلقی خدعه‌ای است که در عمل خریدار وجود دارد.

همچنان که می‌دانیم در شرع و عرف تفحص از نرخ و رعایت نفع خریدار بر عهده فروشنده نیست و مراعات نفع فروشنده نیز بر عهده خریدار نیست مگر اینکه یکی بر عهده دیگری گذارد و او قبول کند پس اگر مشتری تعیین قیمت عادلانه را بر عهده فروشنده گذارد و او خیانت کرده و بیش از نرخ بها بستاند بر او حرام است. روایات نیز بر این امر دلالت دارند. در این راستا می‌توان به روایاتی استناد کرد که بر ممنوعیت فریب دادن کسی که اعتماد کرده، دلالت دارند. انعقاد عقد در چنین وضعیتی (اعتماد به دیگری) به عقد مسترسل معروف است که عبارت است از قرارداد مشتری آسان‌گیری که در معامله چانه نمی‌زند و به قیمت بازار آگاه نیست. مسترسل کسی است که امرش را به دیگری واگذار کرده و اعتماد می‌نماید. این قرارداد توسط برخی به عنوان یکی از قراردادهای با شرط حسن نیت قلمداد شده است که در آن خریدار، درباره ارزش واقعی کالای خاص، به سخن فروشنده اعتماد می‌کند. این عقد، به این دلیل یک قرارداد با حسن نیت است که طرفین قرارداد یک رابطه امانی دارند که در آن فروشنده مورد اعتماد خریدار قرار می‌گیرد تا حقیقت را بگوید یا واقعیاتی را که در اختیار اوست آشکار نماید.

فقها در حکم تکلیفی تلقی رکبان اختلاف نظر دارند. نظر مشهور بر کراهت بیع تلقی رکبان است. آنهایی که قائل به حرمت چنین عملی هستند به روایاتی استناد می‌کنند که در این زمینه وارد شده است من جمله: لاتلقى و لاتشتري مما يتلقى و لاتاكل منه. البته روشن است که این مباحث ناظر به فرضی است که راکب به قصد تجارت به استقبال آنها رود و الا اگر غرض دیگری داشته باشد یا به اتفاق بر آنها عبور کرده باشد معامله وی نه از لحاظ تکلیفی و نه وضعی ایرادی ندارد.

در فقه در خصوص حکم وضعی چنین معامله‌ای نظراتی ارائه شده است: اگر غبن فاحش باشد مغبون مختار در فسخ است. در این نظر استقلالی برای تلقی رکبان لحاظ نشده است و غبن و تلقی رکبان از سنخ واحد تلقی شده‌اند، خصوصاً که یکی از ادله ناظر به ممنوعیت غبن حدیثی است منتسب به پیامبر (ص) که از «تلقی رکبان» نهی فرموده‌اند. برخی دیگر از فقها معتقد به فساد چنین عقدی هستند چرا که نهی در اخبار مسئله به نفس مسئله تعلق گرفته است و نه به امور خارج از آن (شیخ محمد حسن نجفی، همان). برخی همچون اسکافی با لحاظ ظاهر نهی از اکل ناشی از تلقی، حکم به فساد معامله کرده‌اند. و بالاخره برخی دیگر همچون ابن ادریس قائل بر این نظرند که در تلقی خیار در هر حال ثابت است چه غبن در معامله باشد چه نباشد و در توجیه آن به اطلاق حدیث نبوی استناد می‌کنند: لمن تلقی فصاحب السلعه بالخیار .

در هر حال، اگر قائل به استقلال تلقی رکبان از غبن باشیم به‌خصوص با پذیرش نظرات دوم و سوم، در آن صورت جلوه دیگری از رفتار با حسن نیت را می‌توان در فقه نام برد که نقض آن با ضمانت اجرای فساد معامله یا خیار تضمین شده است. ولی اگر قائل به استقلال نظریه نباشیم از آنجایی که در نظریه غبن آنچه معیار ثبوت حق فسخ برای مغبون است عدم تعادل اساسی بین عوضین است و نه سوءنیت غابن، در آن صورت دیگر نمی‌توان از تلقی رکبان به‌عنوان جلوه حسن نیت در حقوق اسلام یاد کرد.

۴- احتکار

یکی دیگر از مؤیدات فقهی که به ضرورت رعایت عدالت، انصاف و حسن نیت و رفتار منصفانه دلالت دارد مباحث مربوط به احتکار است. از نظر تکلیفی برخی از فقها مثل شیخ طوسی، مفید و علامه حلی احتکار را مکروه و برخی دیگر آن را حرام می‌دانند که نظر اخیر بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. معتقدین به این حکم به حدیثی منتسب به پیامبر (ص) استناد می‌کنند که فرمود: الجالب مرزوق و المحتکر ملعون. همچنین آیه ۸۸ سوره یوسف که دلالت بر نفی احتکار می‌کند. مؤید دیگر حرمت احتکار این امر تلقی شده است که اجبار محتکر به بیع مال، مستلزم تحریم آن است.

احتکار عبارت است از نگهداری طعام به انتظار زیاد شدن نرخ که با دو شرط ممنوع است: احتیاج نداشتن محتکر به آن؛ و نیازمندی مردم به آن. مطابق این احکام اگر شرایطی پدید آید که کالای مورد نیاز مردم در بازار کمیاب شود، دارندگان کالای مزبور باید آن را با قیمت عادلانه عرضه کرده و به فروش رسانند و در صورتی که از این امر امتناع ورزند و بخواهند به دلیل نیاز عمومی و اضطراب مصرف‌کنندگان، آن کالا را با قیمتی ناعادلانه و نامتعارف بفروشند، جلوگیری از عمل وی و چنین اجحافی از طرف حکومت واجب است. امری که یکی از

استثنائات اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادی است که به موجب آن اشخاص در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد آزادند ولی این آزادی تا جایی مجاز است که منتهی به سوءاستفاده از قدرت معاملاتی نشود و در غیر این صورت علی‌رغم اراده شخص وی مجبور به انعقاد می‌شود؛ امری که به صراحت بر جلوه‌ای از مبارزه با رفتار با سوءنیت اشخاص در روابط اجتماعی دلالت دارد. الزام محکرم به فروش مال با بحث ابطال شروط غیرمنصفانه در قراردادها قابل تطبیق است با این تفاوت که اولی ناظر به خلق رابطه حقوقی در مرحله انعقاد است و دومی ناظر به برداشتن شرط غیرمنصفانه در مرحله اجرای قرارداد.

۵ - عقود مبتنی بر اخبار از رأس‌المال

یکی از مواردی که در فقه به عنوان یکی از مصادیق ضرورت افشاء و اعلام واقعیت و پرهیز از دروغ مطرح شده، عبارت از عقود است که برخی نویسندگان از آن تحت عنوان کلی عقود امانی، یا «بیوع الامانات» و «قراردادهای با حسن نیت» یاد کرده‌اند. فقها انواع بیع را به اعتبار اخبار یا عدم اخبار از ثمن به چهار دسته تقسیم می‌کنند: بیع مساومه، مرابحه، مواضعه و تولیه.

«بیع مساومه یک قرارداد چانه‌زدنی است که طرفین آزادند برای تعیین قیمت کالا با یکدیگر به گفتگو و چانه زدن بپردازند. فروشنده سعی می‌کند تا جایی که می‌تواند سود بیشتری به دست آورد، درحالی که خریدار سعی می‌کند به هر طریق ممکن از قیمت کالا بکاهد. در این گونه قرارداد، فروشنده هیچ وظیفه‌ای ندارد که قیمت اولیه کالا را برای خریدار افشا کند. اجماعاً در فقه امامیه برای بایع واجب نیست از رأس‌المال خبر دهد بلکه وی آزاد است که کالا را به چندین برابر آنچه داده و یا کمتر از آن بفروشد. در فقه اسلامی این نوع بیع نسبت به سایر معاملات، از افضلیت خاصی برخوردار است. زیرا تنها از احکام عمومی مربوط به بیع پیروی می‌کند و هیچ حکم اختصاصی که موجب شود بایع نسبت به رعایت آنها متعهد باشد وجود ندارد. همچنین در حدیثی دلیل ارجحیت بیع مساومه بر سایر عقود دور بودن این نوع معامله از تدلیس، دروغ و غرور دانسته شده است.

«مرابحه» در لغت مصدر ربح و به معنای زیاده می‌باشد، و در اصطلاح عبارت است از قرارداد بازفروش کالا به قیمت اولیه پرداختی فروشنده، به علاوه سود توافق شده. سود توافق شده می‌تواند به صورت مبلغی معین یا درصد معینی از قیمت اولیه، مثلاً ده یا پانزده درصد، باشد.

«مواضعه» از حیث لغت، برگرفته از «وضع» و به معنای کم کردن و کاستن است و در اصطلاح عبارت است از بیعی که فروشنده پس از آگاه کردن مشتری از قیمت خرید، کالا را به قیمتی کمتر از آن به وی می‌فروشد. این

بیع را از آن جهت مواضعه می‌نامند که برخلاف مرابحه، فروشنده نه تنها سودی نمی‌برد، بلکه نسبت به قیمت خرید متضرر هم می‌شود و با کم کردن بخشی از رأس‌المال کالا را می‌فروشد.

«تولیه» در حقیقت لغوی خود، مصدر باب تفعیل و برگرفته از «ولی» به معنای نزدیک کردن است و در اصطلاح عبارت است از قرارداد فروش مجدد کالا با همان قیمتی که فروشنده خریده است. افزون بر موارد فوق، برخی از فقها نوع پنجمی از بیع را با لحاظ ضابطه اخبار از ثمن ذکر کرده‌اند که در آن فروشنده بخشی از مبیع را به نسبت رأس‌المال به مشتری می‌فروشد (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۱، ۳۱۹). مثلاً فروشنده به مشتری می‌گوید: تو را در نصف این کالا به نسبت مساوی شریک کردم. این نوع از بیع «تشریک» نام‌گذاری شده است که با قرارداد تولیه قرابت دارد.

رابطه طرفین در تمام این قراردادها مبتنی بر اعتماد و اطمینان است؛ خریدار با لحاظ نوع رابطه به اظهارات فروشنده در خصوص ثمن و سایر شرایط آن اطمینان می‌کند و ممکن است به انعقاد قرارداد ترغیب شده و یا از انجام آن منصرف گردد. بنابراین ضروری است که قیمت اولیه کالا افشاء شود، چه هرگاه فروشنده به خریدار اطلاع دهد که می‌خواهد کالاهایش را بر اساس یکی از آن چهار نوع قرارداد بفروشد، معمولاً خریدار فکر می‌کند که با آن قرارداد از فریب فروشنده در امان است و این امر دلالت دارد بر این‌که وی تا حدودی بر اظهارات فروشنده در مورد کالا اعتماد کرده است. به دلیل این اعتماد، حقوق، وظیفه افشای واقعیت را برعهده فروشنده می‌گذارد زیرا چنین افشایی، نشان‌دهنده صداقت او به حساب می‌آید. در هر حال، در تمام این عقود، فروشنده باید پیش از هر چیز قیمت اولیه‌ای که کالاها را بر اساس آن خریداری کرده و نیز امور دیگری را که مرتبط با کالا است و معمولاً بر قیمت آنها تأثیر می‌گذارد، افشاء نماید؛ مثلاً این‌که قیمت کالاها را نقد پرداخته است یا نسیه، با قیمت کالاها مرتبط است، چون اگر آنها را نسیه خریده باشد قیمت، اندکی بالاتر خواهد بود.

البته لزوم افشای واقعیات مهم تابع اوضاع و احوال مورد است و نمی‌توان به‌طور قاطع گستره اموری را که باید افشاء شود از قبل معین نمود. در واقع، هدف اصلی از افشای واقعیات مهم در این قراردادها مثل رأس‌المال، حصول این اطمینان است که خریداران در انعقاد قراردادها، از فریب و اغوا شدن توسط فروشنده در امان باشند. بنابراین در وضعیتی که قیمت اولیه کالا در بازار مشخص باشد و احتمال دروغ و خیانت وجود نداشته باشد، چنین افشایی لازم نیست. با معلوم شدن کذب اخبار، خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. ثبوت خیار در این فرض ناشی از کذب بودن خبر است و حتی در فرضی که خبر نسبت به موردی که قیمت متفاوت خواهد شد داده نشده است موجود خواهد بود (نجفی، ۲۳، ۳۱۷). در این عقود از آنجایی که خریدار به اعتبار اخبار فروشنده

حاضر به معامله شده با ظاهر شدن دروغ بایع در اخبار از رأس المال وی حق خیار دارد اعم از اینکه بایع عمد در اخبار کذب داشته باشد یا در آن اشتباه نموده باشد .

در خصوص مبنای خیار در صورت معلوم شدن اخبار نادرست چند دیدگاه وجود دارد: برخی بر این نظرند که در این موارد عقد بر آن مبیع با ثمن مخصوص واقع شده و خیار به دلیل تدلیس ثابت می‌شود برخی دیگر در توجیه خیار به غرور استناد کرده و می‌گویند: فروشنده به جهت دروغ یا اشتباه در خبر دادن، موجب غرور ساختن مشتری در معامله شده است و وی اختیار دارد که یا معامله را با همان ثمن مقرر در ضمن عقد امضاء نماید و به آن رضایت دهد یا اینکه بیع را فسخ نماید و ثمن خود را باز ستاند. از نظر مراغه‌ای مسئولیت کاذب در رأس المال داخل در قلمرو قاعده ضمان غرور است اگر قائل به فسخ نباشیم

بدین ترتیب، ملاحظه می‌گردد که در هریک از قراردادهای مورد بحث، فروشنده ملتزم است در بیان واقعیات مربوط به قیمت اولیه کالا و اوصاف آن صادق بوده و دقت کامل را رعایت نماید و هرگونه کوتاهی یا دروغ و یا خیانت در این زمینه ضمانت اجرایی را در اختیار مشتری قرار می‌دهد تا با لحاظ منافع خود آن را اعمال نماید. این عقود به روشنی بر ضرورت رعایت حسن نیت دلالت دارد و می‌توان از ملاک آن در سایر قراردادهایی که متضمن اعتماد و اتکای یکی از طرفین به طرف دیگر در بیان واقعیات اساسی معامله می‌باشد مثل بیمه، استفاده کرد.

۶- قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی از قواعد مهم فقهی است که بنا بر یک عقیده، آثار رعایت انصاف و حسن نیت در استنباط و اجرای این قاعده آشکارا دیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۷). گستردگی این قاعده موجب شده است فقها مبنای بسیاری از عناوین فقهی را در این قاعده جستجو کنند. از باب نمونه برخی فقها مبنای ممنوعیت تلقی الرکبان را قاعده لاضرر دانسته و آن را نوعی ضرر تلقی کرده‌اند. و یا مبنای بسیاری از خیارات این قاعده تلقی شده است. در خیار تأخیر ثمن گفته شده است: مبنای این خیار، ارفاق برای بایع و دفع ضرر از اوست پس اگر بایع برای خود امکان فسخ معامله را بعد از ۳ روز شرط نماید دیگر مجالی برای بقای خیار تأخیر ثمن نیست چرا که ضرر از او به واسطه شرط به نفع او دفع شده است، همچنین است در خیار غبن .

نتایجی که در برخی حوزه‌ها از طریق اعمال اصل حسن نیت اخذ می‌شود با تفسیر خاص از قاعده لاضرر قابل حصول است. همچنان که اشاره شد یکی از مهم‌ترین جلوه‌های حسن نیت این است که اعمال حق در فرضی که اثری بر آن بار نمی‌شود رفتاری است برخلاف حسن نیت، به بیان دیگر هر حقی برای رسیدن به هدفی خاص

اعطا می‌شود اگر در فرضی هدف مورد نظر به نحوی حاصل شود دیگر محملی برای اعمال آن حق نیست. به‌عنوان مثال م. ۱۰-۲-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: در فرضی که صاحب حق ابطال قرارداد در نتیجه اشتباه مؤثر نفعی در استناد به ابطال قرارداد نداشته باشد از اعمال آن ممنوع می‌باشد (م. ۱۰-۲-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی). آنجایی که به قاعده لاضرر برای عدم پذیرش اعمال خیار استناد می‌شود، قاعده لاضرر با حسن نیت ارتباط پیدا می‌کند. همچنان که گذشت در فقه مبنای بسیاری از خیارات قاعده لاضرر است لیکن اگر با تحقق شرایطی خاص، ضرر منتفی شود (مثلاً غبن تفاوت قیمت را بدهد، فروشنده کالای سالم را تحویل دهد، خریدار بعد از تحقق خیار تأخیر ثمن و قبل از اعمال فسخ، حاضر به دادن قیمت شود و ...) به‌صورتی که فایده‌ای بر اعمال خیار بار نشود در خصوص بقاء یا عدم بقاء خیار دو دیدگاه عمده در فقه وجود دارد: نظر مشهور این است که حق صاحب خیار جهت فسخ قرارداد ساقط نمی‌شود. این طیف در استدلال به بقای خیار به ادله زیر استناد می‌کنند:

عمل به استصحاب، اطلاق اخبار و اینکه ضرر، علت خیار نیست تا حکم دائر مدار آن باشد. در مقابل برخی از فقها استناد به خیار جهت فسخ قرارداد را با لحاظ منتفی شدن ضرر و استناد بلاوجه به آن نمی‌پذیرد. در رد ادله نظریه مشهور بیان می‌کنند اگر مستند خیار قاعده نفی ضرر باشد استناد به استصحاب بعد از بذل تفاوت قیمت (بحث خیار غبن)، جهت بقای خیار با اشکال روبه‌رو است: با دادن تفاوت، دیگر شکی در بقای خیار باقی نمی‌ماند که محلی برای اعمال اصل استصحاب باشد چرا که اگر ملاک خیار، دفع ضرر باشد بعد از بذل ثمن از طرف مشتری دیگر شکی در عدم ضرر باقی نمی‌ماند پس به دلیل عدم ضرر خیار باقی نمی‌ماند. در اشکال به این ایراد گفته شده است: با بذل، حکم ثابت سابق به ملاک ضرر مرتفع می‌شود ولی این امر منافاتی با این ندارد که حکم به ملاک دیگری غیر از ضرر فعلی ثابت باشد، البته اگر علت تامه خیار، نفی ضرر باشد وجه اول قابل مناقشه نیست. تبدیل موضوع رخ داده است یعنی خیار هنگام تحقق ضرر ثابت بوده و وقتی با بذل، ضرر زایل شد موضوع، تبدیل می‌شود پس مجالی برای استصحاب باقی نمی‌ماند.

به تبع فقه رویکرد نظام حقوقی ایران در خصوص موضوع نامنسجم است چرا که از یک طرف در م. ۴۲۱ قانون مدنی از نظریه مشهور تبعیت شده و سقوط حق فسخ پذیرفته نشده است. از طرف دیگر در بحث خیار عیب در عقد اجاره حق صاحب خیار با ترمیم عیب به استناد م. ۴۷۸ قانون مدنی ساقط شده است. در همین راستا ماده ۴۲۴ قانون تجارت اعمال حق فسخ را منوط به ندادن تفاوت قیمت از طرف طرف قرارداد ورشکسته دانسته است. در هر حال، با پذیرش و اعمال نظریه سقوط خیار به تبع رفع ضرر می‌توان گفت فقه امامیه در سایه قاعده لاضرر می‌تواند بخشی از جلوه‌های اصل حسن نیت را محقق سازد.

بعد دیگری از قاعده لاضرر که با حسن نیت در بعد سلبی قرابت دارد اصل منع سوءاستفاده از حق است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی به‌عنوان بعد سلبی حسن نیت از آن یاد شده است (توضیح شماره دو ماده ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی) همچنان که می‌دانیم این تأسیس صراحتاً در حقوق اسلام نیامده است اما مفهوم و منظور از نظریه سوءاستفاده از حق به‌عنوان یکی از مصادیق قاعده لاضرر شناخته شده و گفته شده به استناد قاعده لاضرر، سوءاستفاده از حق در تاریخ اسلام ممنوع بوده است. برای مثال در حقوق اسلام به استناد قاعده لاضرر، با سوءاستفاده از حق انعقاد قرارداد در موارد متعدد مبارزه شده و لزوم قرارداد که ضمانت اجرای این حق قلمداد می‌شود به استناد همین قاعده برداشته شده تا این حق در جایی که مورد سوءاستفاده واقع شده کارآیی خود را از دست داده و مورد حمایت واقع نشود. به‌عنوان نمونه، معاملاتی که به قصد فرار از دین منعقد می‌شوند، چنانچه به‌صورت تبرعی یا محاباتی یا حتی کمتر از عوض المثل منعقد شوند، به استناد همین قاعده در کتب فقهی غیرنافذ اعلام شده‌اند. در حقیقت کسی که با سوءاستفاده از حق انعقاد قرارداد، مالی را به دیگری به یکی از طرق فوق منتقل کند و به این وسیله مال را از دسترس طلبکاران خود خارج سازد، بدون آنکه عوض واقعی آن مال داخل در اموال او گردیده و متعلق حق طلبکاران واقع شود، به زیان آنان اقدام نموده و عمل او از مصادیق اضرار تلقی می‌شود. بدین ترتیب ملاحظه می‌گردد قاعده لاضرر و نظریه سوءاستفاده از حق می‌تواند مانع مهمی در برابر اعمال حقوق و ضمانت اجرای قراردادی و قانونی از روی سوءنیت ایجاد کرده و به کاربرد حسن نیت در یکی از قلمروهای آن کمک کند.

علاوه بر قاعده لاضرر در فقه قاعده‌ای به نام قاعده حمل افعال و اقوال مسلمین بر صحت وجود دارد که با بحث حسن نیت در تفسیر قراردادها مرتبط است. رابطه اصل صحت و حسن نیت، عموم و خصوص من وجه است. زیرا از یک‌سو، اصل صحت هم برای حمل بر عمل مشروع و حلال کاربرد دارد (وجه افتراق) و هم برای حمل به عمل حقوقی صحیح و منشأ اثر (وجه اشتراک). به عبارتی هم اثر تکلیفی دارد و هم اثر وضعی. یکی از نتایج اصل صحت این است که در تفسیر قرارداد باید معنایی برگزیده شود که به نفوذ عقد بینجامد و نه بطلان آن. این نتیجه خود جلوه‌ای از اعمال حسن نیت در تفسیر قراردادها است.

مبحث دوم: پیشینه کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)

کارهای علمی به منظور ایجاد وحدت در حقوق بیع بین المللی در سال ۱۹۳۰ زیر نظر موسسه ی بین المللی برای وحدت حقوق خصوصی (unidroit)^۱ آغاز شد. کمیته ای از کارشناسان _ که H.Capitant و J.Hamel حقوقدانان به نام فرانسوی عضو آن بودند _ کار تهیه ی طرح مقدماتی قانون یکنواخت بیع بین المللی را بر عهده گرفت. این کار در سال ۱۹۳۴ پایان یافت و طرح فراهم آمده به جامعه ی ملل تقدیم شد. با توجه به ملاحظات و پیشنهاد های اصلاحی، طرح یاد شده مورد تجدید نظر قرار گرفت و طرح جدیدی به سال ۱۹۳۹ به تصویب موسسه ی فوق رسید .

این کوشش ها با آغاز جنگ جهانی دوم قطع، و در سال ۱۹۵۱ به ابتکار دولت هلند از سر گرفته شد. یک کنفرانس بین المللی که حدود ۲۰ دولت در آن شرکت داشتند کمیسیونی را مامور تهیه ی طرح جدید کرد. کمیسیون پس از مطالعات لازم طرح جدیدی به سال ۱۹۵۶ تهیه کرد. این کار پس از بررسی و اظهار نظر دولت ها و سازمان های مختل به تهیه ی طرح دومی در سال ۱۹۶۳ منتهی گردید. این طرح در یک کنفرانس بین المللی در لاهه، از ۱ تا ۱۵ آوریل ۱۹۶۴ به بحث گذارده شد. کنفرانس مزبور، دو کنوانسیون را تصویب کرد که به کنوانسیون های ۱۹۶۴ معروف هستند: یکی کنوانسیون مشتمل بر قانون یک نواخت راجع به بیع بین المللی اشیاء منقول مادی^۲ که علامت اختصاری آن در فرانسه LUVI و در انگلیسی ULIS است و در دیگر کنوانسیون مشتمل بر قانون یکنواخت، راجع به تشکیل قرارداد بیع بین المللی اشیاء منقول مادی^۳ که با علامت اختصاری LUFC به فرانسه مشخص میشود. این کنوانسیون مربوط به تعهدات بایع و مشتری و به تعبیر دیگر آثار بیع است و کنوانسیون دوم از تشکیل قرارداد بیع سخن میگوید. دو طرح مذکور برای این که پذیرش بیشتری داشته باشد و هر دولت بتواند یکی از آنها را بپذیرد در هم ادغام نشدند. این طرح ها در ژوئیه ۱۹۶۴ امضای کشور ها شدند .

کنوانسیون های ۱۹۶۴ که سعی در سازش دادن و تلفیق سنت های نظام های حقوقی رومی-ژرمنی و کامن لا داشتند با شک نسبی مواجه گردیدند. این کنوانسیون ها در اوت ۱۹۷۲ وارد مرحله اجرایی شدند ولی فقط به تصویب شمار کمی از کشورها رسیدن این کشور ها بیشتر اروپایی بودند. وانگهی همه ی کشور ها به جز اسرائیل

این اصطلاح علامت اختصاری موسسه ی مذکور به زبان فرانسه است و عنوان کامل آن چنین است 1:

^۲ Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI): uniform law for the international sale of goods (ULIS).

^۳ Loi uniforme sur la formation du contrat de vente internationale des objets mobiliers corporels (LUFC)

از یک یا چند حق رزرو استفاده کردند و بدین سان قلمرو اجرای کنوانسیون ها را محدود نمودند. این شکست نسبی، اندیشه ی تهیه و تصویب کنوانسیون جدیدی را پدید آورد این بار کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین الملل (انسیترا ل) این کار را بر عهده گرفت.

کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترا ل) تلاش های زیادی در راستای ایجاد مقرراتی متحدالشکل برای حکومت بر روابط تجاری در زمینه بیع بین المللی کالا انجام دهد. آنسیترا ل در اولین اجلاسیه خود در سال ۱۹۶۸ به اتفاق آراء بررسی بیع بین المللی را از نخستین کارهای خود قرار داد. دو طرح کنوانسیون تهیه شد که یکی مربوط به آثار بیع (حقوق و تعهدات بایع و مشتری) و دومی راجع به تشکیل و انعقاد قرارداد بیع بود. آنسیترا ل هر دو طرح را تصویب و آنها را در یک طرح ادغام کرد. این طرح در همان سال به سازمان ملل متحد تقدیم گردید و مجمع با تشکیل یک کنفرانس بین المللی جهت تصمیم گیری درباره آن موافقت کرد. کنفرانس مزبور از ۱۰ مارس تا ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ با شرکت نمایندگان ۶۲ کشور و ۸ سازمان بین المللی، در وین تشکیل و پس از بحث و بررسی طرح آنسیترا ل با اصلاحاتی مشتمل بر ۱۰۱ ماده، تحت عنوان «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا» به تصویب رسید و به شش زبان رسمی سازمان ملل متحد (انگلیسی، عربی، چینی، اسپانیایی، فرانسه و روسی) چاپ و منتشر شد، متعاقب تصویب این مقررہ کشورهای بسیاری عضویت خود را اعلام و سعی در هماهنگ ساختن نظام حقوقی ملی خود با آن نمودند. کنوانسیون در اول ژانویه ۱۹۸۸ لازم الاجراء شد. لازم الاجراء شدن کنوانسیون موصوف واقعه ای بسیار مهم در حقوق تجارت بین الملل محسوب می شود. بی شک، بیع بین المللی نظیر حقوق حمل و نقل، به دلیل کاربردها و نیازهای عملی آشکار، همواره موضوعی بسیار جالب برای متخصصان حقوق تجارت بین الملل بوده است. موفقیت کنوانسیون وین از زمان ایجاد آن در کنفرانس سیاسی در شهر وین در سال ۱۹۸۰ م. امید طرفداران حقوق یکنواخت در سراسر دنیا را مبنی بر امکان یکنواخت سازی بیشتر موضوعات حقوق خصوصی در سطح بین المللی زنده کرده است. کنوانسیون مشتمل بر ۴ فصل و ۱۰۱ ماده است. در این نوشتار و به انگیزه آشنائی با مقررات کنوانسیون و مطالعه تطبیقی احکام مندرج در آن با قواعد حقوق داخلی تلاش خواهیم نمود تا ضمن مطالعه احکام استنباط شده از قانون مدنی و منابع فقهی، آثار فسخ عقد بیع از دیدگاه کنوانسیون را نیز، مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار دهیم. در پایان ذکر این نکته ضروری به نظر می رسد. که چون کنوانسیون ۱۹۸۰ وین صرفاً ناظر بر بیع کالاهای منقول است لذا در بحث از آثار فسخ بیع اموال غیر منقول، مقررات کنوانسیون فاقد حکم می باشد و در این قسمت فقط مقررات حقوق داخلی و منابع فقهی، مورد توجه و استفاده

مبحث سوم : تاریخچه حسن نیت در دنیا

اصل حسن نیت در اجرای قراردادهای، که از حقوق روم باستان اقتباس شده است، در قرن پنجم و ششم / یازدهم و دوازدهم در تجارت کشورهای اروپایی نمود بیشتری یافت و اکنون در نظام حقوقی بسیاری از کشورها، چه در گروه حقوق نوشته چه گروه حقوق عرفی، با تفاوت در گستره کاربرد، به گونه‌ای وسیع اعمال می شود، از جمله در قوانین بیمه، مالیات، حقوق کار، ورشکستگی، تصرف در اموال و خرید و فروش. بر اصل لزوم رعایت حسن نیت در اجرای قراردادهای، در قوانین موضوعه بسیاری از کشورهای غربی تصریح شده است، از جمله در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۳۸۸ قانون مدنی یونان. این اصل در قوانین شماری از کشورهای عربی هم آمده است، از جمله در ماده ۱۴۸ قانون مدنی مصر، ماده ۱۴۹ قانون مدنی سوریه، ماده ۱۴۸ قانون مدنی لیبی و ماده ۲۲۱ قانون مدنی لبنان. در نظام حقوقی برخی کشورها قاعده حسن نیت، با گستره‌ای وسیع‌تر، مبنای نظریه «سوءاستفاده از حق» به شمار می رود؛ یعنی چنانچه شخصی در روند اعمال حقوق خود، حسن نیت را نقض کند، از حقی سوءاستفاده کرده است. از این رو، مطابق قوانین مدنی این کشورها هرگونه اعمال حق باید منطبق با مبنای حسن نیت و دور از تقلب و تزویر باشد لزوم رعایت حسن نیت در قراردادهای، در اسناد بین‌المللی به‌ویژه اسناد تجاری هم موردتوجه قرار گرفته است، به‌گونه‌ای که امروزه اصل حسن نیت از ارزشهای تجارت بین‌الملل به‌شمار می رود. ماده هفتم «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا» (مصوب ۱۳۵۹ش/۱۹۸۰) ناظر بر ضرورت رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی است (رجوع کنید به تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۱، ص ۱۱۰-۱۴۳؛ جعفرزاده و سیمائی صراف، ص ۱۸۷-۱۹۸). مبنای اصل حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی را اموری چون اخلاق و ارزشهای فطری انسانی، ضرورتهای خاص حوزه تجارت، ارج نهادن به نظم عمومی و اقتضای ذات قرارداد دانسته‌اند. امروزه باتوجه به تحولات گسترده و پرشتاب مناسبات تجاری، به‌ویژه با تأکید اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی «مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی» و «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، اصل حسن نیت حوزه‌های متنوعی از مناسبات طرفین قرارداد بین‌المللی را

در برگرفته است، از جمله مذاکرات مقدماتی قرارداد، تشکیل و تفسیر قرارداد، اجرای قرارداد و اِعمالِ ضمانتِ اجراهای آن. مطابق «عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات» (مصوب ۱۳۴۸ ش/ ۱۹۶۹) نیز حسن نیت یکی از قواعد اساسی در اجرای معاهدات بین‌المللی است؛ یعنی هیچ کشور یا سازمان بین‌المللی متعاهدی نباید کاری بکند که موضوع و هدف معاهده را از بین ببرد. همچنین، به موجب این عهدنامه، حسن نیت در شمار اصول و قواعد مسلّم تفسیر معاهدات بین‌المللی است که مفسران این اسناد باید آن را رعایت کنند (ضیائی بیگدلی، ص ۱۱۷-۱۱۸، ۱۶۴، ۲۰۸).

در ادبیات حقوقی امریکا به عنوان عضو مهم خانواده کامن لا (حسن نیت) عبارت است از کیفیتی نا محسوس و غیر ملموس، بدون معنی، تعریف و قلمرو مشخص قانونی. (حسن نیت) یعنی باور و اعتقادی صادقانه داشتن، فقدان سوء نیت، فقدان طرح و نقشه برای تقلب و کلاهبرداری، و یا در صدد سود و مزیتی نا معقول و گزاف نبودن. (حسن نیت شخص عبارت است از نوع نیت، اعتقاد و باور درونی و باطنی او. بنابراین به صرف ادعای او نمیتوان آن را قاطع و نهایی ثابت کرد).

در یک رای صادره از سوی دادگاهی امریکایی در تعریف (حسن نیت) آمده است: حسن نیت یعنی: (صداقت در قصد و نیت، و فقدان علم و اطلاع از اوضاع و شرایطی که واجد چنین اطلاعاتی را وادار به جست و جو و کنجکاوی میکند) یعنی اگر فرد متعارفی دارای چنین اطلاعاتی باشد ناگزیر دچار شک و تردید شده و به تحقیق و جست و جو میپردازد و در صدد کشف واقعیت امر بر می آید. و بدون تحقیق و جست و جو اقدام نمیکند).

به عبارت دیگر حسن نیت یعنی قصد صادقانه نسبت به خودداری از گرفتن هرگونه سود و منفعت گزاف و نامعقول از دیگری حتی از راه های قانونی، همچنین فقدان هر گونه اطلاعات، هشدار منفعت و یا باور به واقعیاتی که باعث غیر معقول و گزاف شدن معامله می گردد. چنان که در عرف عمومی آمده است، (حسن نیت) گویای این است که وضعیت ذهنی دلالت بر قصد تقلب و کلاه برداری وجود ندارد و در یک کلام، صداقت، وفاداری و پای بندی به تعهد و وظیفه وجود دارد.

در حقوق فرانسه اصل حسنمن نیت تا اواخر قرن پانزده میلادی جایگاهی نداشت گرایش به این اصل در نتیجه ی گسترش روابط بازرگانی در قرن شانزدهم به وجود آمده است. اگر چه مفهوم حسن نیت به طور پراکنده در مقررات این کشور ملاحظه میشود اما این اصل تا کنون به صورت قاعده ی کلی در هیچ یک از متون قانونی پیش بینی نشده است. بند سه ماده ی ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه بدون آنکه به تعریف حسن نیت بپردازد طرفین قرارداد را مکلف به اجرای با حسن نیت آن میداند. برداشت عمومی در حقوق فرانسه آن است که تمام

قراردادها بر حسن نیت مبتنی هستند (حاجی پور، ۱۳۸۸، ۱۷۶). در فرهنگ حقوقی فرانسه که نماینده ی مهم خانواده ی رومی- ژرمنی است (**BONNE FOI**) که عموماً معادل حسن نیت بکار می‌رود به وضعیتی گفته میشود که بیانگر قانع شدن یا تصمیم شخص در پای بندی به قانون است. و به دارنده ی چنین وضعیت و رابطه ای اجازه میدهد که از قساوت و خشکی قانون فاصله بگیرد (و با استناد به ظاهر خشک آن را بر خلاف اهداف مورد نظر بکار نبندد). زیرا واژه ی (**Fides**) به مفهوم نیت، وثوق و اعتماد است و در تعبیری مانند حسن نیت و سوءنیت دلالت میکند بر وضعیت نفسانی طرف قرارداد (مانند در اشتباه بودن، اعتقاد داشتن، معرفت داشتن) و با هر رفتار غیر مادی و معنوی او (مانند درستی یا نیرنگ او) در تشکیل عقد یا اجرای آن در برابر طرف دیگر قرارداد و یا حتی نسبت به شخص ثالثی که به نوعی با قرارداد ارتباط دارد. و گاهی نیز مترادف با وفاداری و محترم شمردن است چنان که گاهی به عقد نسبت داده شده و گفته میشود: (**sur foi du contract**) یعنی بر اساس احترامی که عقد شایسته و مستوجب آن است

مبحث چهارم :تاریخچه حسن نیت در ایران

اصل حسن نیت در حقوق ایران به تازگی در برخی از قوانین نظیر قانون بیمه جای گرفته است در قانون مدنی ایران، لزوم رعایت اصل حسن نیت در اجرا یا تفسیر قراردادها تصریح نشده، هرچند موادی از آن بر مبنای رعایت حسن نیت وضع شده است (رجوع کنید به کاتوزیان، ج ۳، ص ۵۶-۵۷؛ قشقای، ص ۱۹۸-۲۰۲). به نظر برخی حقوق دانان (رجوع کنید به عدل، ص ۱۳۴؛ کاتوزیان، همانجا؛ صفائی، ج ۲، ص ۱۷۹)، در حقوق ایران ماده ۲۲۰ قانون مدنی که طرفین قرارداد را ملزم به نتایج عرفی آن ساخته و ماده ۲۲۵ که متعارف بودن امری را در عرف و عادت همپایه ذکر آن در عقد می داند، از مبانی رعایت حسن نیت در اجرای عقود هستند، همچنان که مواد قانونی بسیاری ناظر بر این اصل است، از جمله مواد ۲۷۷ و ۲۷۹ قانون مدنی و مواد ۱۰ تا ۱۳ قانون مسئولیت مدنی.

در ایران، به رغم تأثیرپذیری آن از قوانین مدنی فرانسه و سویس، لزوم رعایت اصل حسن نیت در اجرا یا تفسیر قراردادها تصریح نشده، هرچند موادی از آن بر مبنای رعایت حسن نیت وضع شده است به نظر برخی حقوق دانان، در حقوق ایران ماده ۲۲۰ قانون مدنی که طرفین قرارداد را ملزم به نتایج عرفی آن ساخته و ماده ۲۲۵ که متعارف بودن امری را در عرف و عادت همپایه ذکر آن در عقد می داند، از مبانی رعایت حسن نیت در اجرای عقود هستند، همچنان که مواد قانونی بسیاری ناظر بر این اصل است، از جمله مواد ۲۷۷ و ۲۷۹ قانون مدنی و مواد ۱۰ تا ۱۳ قانون مسئولیت مدنی.

هرچند در ایران قانونی عام درباره حسن نیت، که شامل همه قراردادها شود، وجود ندارد، قانون گذار در برخی قوانین موضوعه صراحتاً اصطلاح حسن نیت را به کار برده است، مانند قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ش (اعمال مخالف حسن نیت)، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ش (طلبکار با حسن نیت)، قانون صدور چک مصوب ۱۳۴۴ش (وجود حسن نیت در صادرکننده چک) و قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ش (لزوم رعایت حسن نیت در تفسیر این قانون).

به رأی برخی حقوق دانان، در حقوق ایران تعبیر «رفتار معقول و متعارف» جانشین اصل حسن نیت شده است و در بیش تر موارد نتیجه ای همسان با نتایج و آثار رعایت اصل حسن نیت دارد.

هرچند در ایران قانونی عام درباره حسن نیت، که شامل همه قراردادها شود، وجود ندارد، قانون گذار در برخی قوانین موضوعه صراحتاً اصطلاح حسن نیت را به کار برده است، مانند قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ش (اعمال مخالف حسن نیت)، قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ش (طلبکار با حسن نیت)، قانون صدور چک مصوب ۱۳۴۴ش (وجود حسن نیت در صادرکننده چک) و قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ش (لزوم رعایت حسن

نیت در تفسیر این قانون). به رأی برخی حقوق دانان (برای نمونه رجوع کنید به شهیدی، ج ۳، ص ۱۱۴)، در حقوق ایران تعبیر «رفتار معقول و متعارف» جانشین اصل حسن نیت شده است و در بیشتر موارد نتیجه‌ای همسان با نتایج و آثار رعایت اصل حسن نیت دارد.

بخش دوم : مفهوم حسن نیت وفسخ قرارداد وسوءنیت

مبحث اول : مفهوم لغوی و حقوقی حسن نیت

در این بخش ابتدا به مفهوم لغوی حسن نیت می‌پردازیم و پس از آن به سراغ مفهوم حقوقی حسن نیت می‌رویم و تلاش می‌کنیم تا حد امکان از شدت ابهام این مفهوم کاسته و بر وضوح آن بیافزاییم.

حسن نیت در لغت

حسن نیت از دو واژه حسن و نیت ترکیب یافته است که در لغت حسن به معنای نیکو شدن، خوب شدن، زیبا شدن و خوبی، نیکویی، زیبایی (حسن عمید، منبع شماره ۸، ص ۷۹۲) و نیت به معنای قصد، عزم، آهنگ (حسن عمید، منبع شماره ۱۸، جلد دوم، ص ۱۹۳۰) آمده است، که در خالت ترکیبی می‌توان آن را به داشتن قصد، عزم، آهنگ نیکو، خوب و زیبا معنا کرد. حقوق نیز همین تکلیف را بر دوش مکلفان می‌نهد و چنین می‌خواهد که آنان نیت خوب و حسن داشته باشند. اما این نکته تنها یک روی سکه است و در برابر این اصطلاح، سوء نیت قرار می‌گیرد، از این رو ناگزیریم این مفهوم را نیز مورد بررسی قرار دهیم چرا که تاریکی است که موجب هویدا شدن نور می‌گردد. سو در لغت به معنای بدی، شر، آفت، فساد (حسن عمید، ذیل واژه). آمده است که پس از ترکیب با واژه نیت به معنای قصد، عزم، آهنگ بد و شر می‌باشد. حسن نیت چنین نیتی را نیز منع می‌کند و از این جهت حسن نیت دارای دو بعد منفی و مثبت است. ادبیات حقوقی نیز حسن نیت را نزدیک به همان معنای لغوی در نظر می‌گیرد، ولی با این حال بیشتر مجال ورود به بحث درباره سود نیت را یافته است و آن هم به دلیل اهمیت آن در حقوق کیفری است. اما تعبیر لغوی محض برای شناسایی این مفهوم کارساز نیست و باید در پی معنای حقوقی آن بود. حسن نیت معادل واژگان *Boaae fidei, Bona fide, bonne foi, good faith* می‌باشد. *bona* واژه‌ای لاتینی است که در وجه اسم به معنای کالا مالکیت و تصرف بکار می‌رود. در حقوق رم این واژه برای مشخص کردن تمام انواع مالکیت، عینی، دینی و مختلط بکار می‌رفته است ولی به صورت دقیق و مضیق به حقوق وابسته به مال غیرمنقول گفته می‌شده است و در حقوق مدنی مدرن به هر نوع مالی گفته می‌شود و معادل واژه *biens* فرانسوی است. در کامن لا برای توصیف اموال منقول بکار می‌رود و معادل مالکیت شخصی می‌باشد. (مک آل دی و دیگران، منبع شماره ۳۹، ص ۳۸۵) و در شکل صفت، *bonus* به معنای خوب است که در عبارت *Bona fida* نیز دیده می‌شود. واژه *Bonae fidei* یا *bonne foi*

در کشورهای حقوق رومی - ژرمنی به معنای *good faith* است. *Bonae fidei contracts* در کشورهای حقوق رومی - ژرمنی و حقوق اسکالتد به قراردادهایی که در آنها انصاف دست یافتنی است برای اصلاح نابرابری‌ها و قرار دادن تمام موضوعات مطابق قصد طرفین، بکار می‌رود. *Bonae fidei emptor* یعنی خریدار با حسن نیت؛ کسی که بی‌توجه به این امر است که چیزی که می‌خرد متعلق به دیگری است یا فرض می‌کند فروشنده حق فروش آن را دارد و *Bonae fidei possessor* به معنای منصرف با حسن نیت است یعنی کسی که تصور می‌کند دیگری حقی بهتر از خویش برای تصرف ندارد. *Bonae fides* به معنای حسن نیت *good faith* و صداقت *honestly* است به همان صورتی که از سوء نیت، *bad faith* یا *mala fides* متمایز می‌شود. (مک آل دی و دیگران، منبع شماره ۳۹، ص ۳۸۶) حسن نیت در متون فرانسه زبان اسنادی همچون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰)* و اصول اروپایی حقوق قراردادها (۱۹۹۸) و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۱۹۹۴) به صورت واژه *bonne foi* بکار رفته است. این در حالی است که آن واژه در متون انگلیسی زبان آن اسناد به صورت حسن نیت و رفتار منصفانه *good faith and fair dealing*، تجلی یافته است که علی‌الظاهر ناشی از تفاوت اصطلاح است و از لحاظ معنا، تفاوتی میان آن دو دیده نمی‌شود.

مفهوم حقوقی حسن نیت

ژرار کورنو در اثر ارزشمند اصطلاحات حقوقی از حسن نیت تعریفی ارائه نموده که مورد توجه حقوقدانان فرانسوی قرار گرفته است. او می‌گوید: حسن نیت در معنای عام «رفتاری است گویای اعتقاد یا اراده رعایت قواعد حقوقی‌ای که به ذینفع اجازه گریز از خشونت قانون را می‌دهد»، ولی در معنایی بسیار مضیق حسن نیت دو وجه دارد که در دکتترین قرن ۱۹ آلمان مطرح شده است: ۱- اعتقاد خلاف واقع به وجود یک وضعیت حقوقی منظم و ۲- رفتار صادقانه‌ای که (در حداقل حالت طبیعی‌اش)، بویژه مقتضای اجرای یک تعهد است.

وجه اول شامل دو قسمت می‌شود الف) اعتقاد یا تصور ناشی از جهل صرف، مثلاً و طی به شبهه یا چک بلامحل؛ ب) اعتقاد یا تصور ناشی از ظاهری فریبنده؛ علائم خارج از اختیار مثلاً در وکالت ظاهری و تصرف مانند وراثت ظاهری. این وجه واجد جنبه روان‌شناختی است که از عبارت *gutter Glaube* آلمانی برمی‌آید این وجه به عنوان استثنایی برجسته بر نقش منطقی قواعد حقوقی به اشتباه کننده در موارد مقتضی، اجازه طرح دعوایی را می‌دهد که یک صاحب حق می‌تواند طرح کند.

وجه دوم همان شرافت و صداقت در اعمال حقوقی، بویژه قراردادهایی که مبتنی بر اعتماد است، می‌باشد در حقوق آلمان به آن *Trer und Glauben* گفته می‌شود. از این دو کاربرد دو نوع قواعد استخراج می‌شود: یکی حسن نیت کم یا زیاد در تشکیل یک قرارداد و اجرای آن و دیگر اعمال حقوقی، و دیگری حمایت یا مساعدت کم یا زیاد در فرض اشتباه، تصرف، دریافت کننده، مدیون، هم‌خواه یا کسی که دارای تصدی ظاهری بر استیفای یک حق است. (آراء درخشانی در مورد مفهوم حسن نیت در قالب ایندو وجه در حقوق آمریکا وجود

دارد: در خصوص وجه اول یعنی اعتقاد خلاف واقع در مورد وجود یک وضعیت حقوقی قاعده‌مند، دادگاه اوکلاهاما در رای آورده است: «قلمرو صحیح آن [حسن نیت] برای ارزیابی چیزها یا دعوایی است که به ذهن یا انگیزه اشخاص ارتباط دارد». و در مورد قسمت الف این وجه یعنی اعتقاد یا تصور ناشی از جهل صرف، دادگاه پژوهش مونتانا گفته است: «[حسن نیت] ... گاه متضمن فقدان علم و آگاهی از موضوعاتی است که قانوناً موجب شکست دعوایش می‌شود». و در مورد قسمت ب این وجه چنین آمده است: «شخصی یک عنوان مالکانه ظاهراً درست را بدون توجه به هر آنچه به آن خدشه وارد نموده یا تاثیر می‌گذارد می‌خرد». رویه قضایی این کشور مشحون است از آرای در خصوص مورد دوم حسن نیت یعنی شرافت و صداقت مقتضی در اعمال حقوقی به ویژه قراردادهایی که مبتنی بر اعتماد است. حسن نیت به عمل صادقانه و بدون هدف و قصد تقلب یا صداقت، از روی صداقت بدون تقلب یا رفتار غیرمنصفانه، (رای پیشین) کسی که بدون تقلب یا تبانی عمل می‌کند... با صداقت و با معامله منصفانه می‌خرد و به تصرف می‌گیرد، ... به معنای بسیار مضیق به فقدان تقلب گفته می‌شود. یعنی کسی که با هدف صادقانه و مشروع در مقابل کسی که با هدف تقلب یا نامناسب می‌خرد گفته می‌شود. یا به تعبیری صداقت واقعی یا خلوص نیت شرط مهمی برای اعتماد مردم است ولی تمام آن نیست.

این مفهوم در کشورهای دیگر نیز پذیرفته شده است. در هلند که بیشترین احترام را به حسن نیت می‌نهند، حسن نیت بر تمام حقوق تعهدات و حقوق قراردادهای آن کشور حاکم است و واژه *bona fides* در کنار منصفانه (*Equitable*) و متعارف (*Reasonable*) قرار دارد. چه هنگامی که از حسن نیت سخن به میان می‌آید دو معنا ظاهر می‌شود؛ یکی اینکه وضعیت مربوط به آن کار را نداند و دوم آنکه او نمی‌بایست بداند که در این صورت باید به جستجو بپردازد. در حقوق این کشور به منظور جلوگیری از اختلاط آن دو مفهوم قانون این کشور حسن نیت (*bona fides*) را فقط به معنای دوم بکار برده است و معنای اول را در صورت متعارف و منصفانه متجلی ساخته است.

در کشور ایتالیا حسن نیت در حقوق قراردادهای متضمن دوری از قصد تقلب، ارائه و افشای اطلاعات به صورت کامل، همکاری با طرف قرارداد، صداقت رفتاری در مرحله مذاکرات و صداقت نسبت به تعهد طرف یا وظیفه او به همان صورتی که در قرارداد مذکور افتاده است، می‌باشد. در حقوق کشور آرژانتین در خصوص معنای حسن نیت گفته‌اند: معنای حسن نیت تا حدی به مضمون آن بستگی دارد، ولی ضابطه مبنایی آن است که از یک طرف میزان خاصی صداقت نسبت به هدف مشترک مورد توافق و موافق با انتظارات توجیه‌پذیر طرف دیگر وجود داشته باشد.

در برخی کشورها همچون استرالیا مذاکره و اجرای قرارداد اگرچه نیازمند رعایت حداقل صداقت است ولی مشمول تعهد کلی حسن نیت و رفتار منصفانه نیست مثلاً چنین شرط کلی‌ای که حقوق قراردادهای به صورت متعارف اجرا شود و یا اینکه طرف قرارداد منافع طرف دیگر را در ردیف یا بالاتر از منافع خود تلقی کند وجود ندارد. در ایرلند و انگلستان نیز تعهد کلی حسن نیت وجود ندارد و این نقص با قواعد انصاف برطرف می‌شود.

پروفسور شلختریم حسن نیت را معادل امر معقول و متعارف می‌داند و در این باره چنین می‌گوید: «حسن نیت در تجارت بین المللی می‌باید از منظر کنوانسیون [بیع بین‌المللی کالا]، با ارجاع به ضوابط معقولیت تفسیر شود، یعنی ضابطه‌ای که کنوانسیون بر آن مبتنی است.» بدین ترتیب امر متعارف و معقول معادل حسن نیت است و می‌توان بدین وسیله از ابهام آن زدود. معادل دانستن امر معقول و متعارف با حسن نیت در اصول اروپایی حقوق قراردادهای نیز در یکی از مواد دیده می‌شود؛ در ماده ۳۰۲-۱ درباره تعریف امر متعارف و معقول چنین مقرر شده است: «در این اصول معقولیت باید از طریق آنچه اشخاص با حسن نیت که در موقعیت یکسانی با طرفین قرار دارند معقول تلقی خواهند کرد، مورد قضاوت قرار گیرد...» و ماده ۱۰۲-۱ آن اصول درباره‌ی اصل آزادی قراردادهای چنین می‌گوید: «طرفین با لحاظ حسن نیت و قواعد آمره مقرر شده توسط این اصول، در انعقاد قرارداد و تعیین محتوای آن آزاد هستند». در این اصول حسن نیت ایجاب می‌کند که در مرحله مذاکرات مقدماتی، طرفی که مغایر با حسن نیت و رفتار منصفانه وارد مذاکره شده یا آن را بی‌موقع برهم زده است، علی‌رغم آنکه هر طرف در مذاکره آزاد است و مسئول عدم حصول به توافق نیست، مسئول خساراتی باشد که برای طرف مقابل ایجاد نموده است و در مواردی که یک شخص بدون قصد واقعی نیل به یک توافق وارد مذاکره شده است یا آن را ادامه داده است، به ویژه عملکرد او مغایر حسن نیت و معامله منصفانه تلقی می‌شود (ماده ۳۰۱-۲). همین حکم در ماده ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز منصوص گردیده است. در اصول اروپایی علاوه بر وجود تعهد کلی رعایت حسن نیت در قراردادهای (ماده ۲۰۱-۱)، اصل آزادی قراردادی نیز با قید حسن نیت اعلام گردیده است (ماده ۱۰۲-۱) و اگر یک طرف می‌دانسته یا باید از اشتباه طرف مقابل آگاه می‌بوده و در عین حال طرف مشتبه در اشتباه رها شود مغایر حسن نیت و رفتار منصفانه شناخته شده، همانند تدلیس که به طرف مشتبه یا فریب خورده حق ابطال قرارداد او را می‌دهد (مواد ۱۰۳-۴ و ۱۰۷-۴). این قاعده در مواد ۵-۳ و ۸-۳ اصول قراردادهای بازرگانی نیز دیده می‌شود. از سوی دیگر در قراردادی که یک طرف به دلیل وابستگی طرف مقابل به او و یا بی‌تجربگی و فشارهای اقتصادی وی و ... نفع زیاده از حد یا فایده ناعادلانه‌ای از او می‌برد، از این جهت که قرارداد موافق مقتضیات حسن نیت منعقد نشده است، قابل ابطال است و از این رو است که محکمه می‌تواند به درخواست مستحق درخواست ابطال، قرارداد را به سطح موافق حسن نیت بازگردانده و تعدیل کند (ماده ۱۰۹-۴ اصول اروپایی حقوق قرارداد و نیز ماده ۱۰-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی). حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد نیز چنین ایجاب می‌کند که اگر قرارداد به دلیل تغییر در اوضاع و احوال پرهزینه شود، طرفین ملزم به مذاکره در خصوص مورد شوند و در مورد ابقا یا الغا آن قرارداد تصمیم‌گیری نمایند و اگر یک طرف از انجام مذاکره سر باز زند مسئول جبران خسارات دیگری باشد (ماده ۱۱۱-۶ اصول اروپایی). در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز اگرچه حکمی مشابه وجود دارد، (ماده ۲-۲-۶) ولی راجع به جبران خسارات ناشی از خودداری مذاکره حکمی دیده نمی‌شود. راهکارهای جبران عدم اجرای قراردادهای نیز شامل طرقی می‌شود که اصولاً می‌توان آن‌ها را محدود و استثنا نمود و مانع تمسک به آن‌ها گردید، مگر آنکه این محدودیت و استثنا مغایر حسن نیت و رفتار منصفانه باشند

در مرحله تفسیر قراردادهای نیز ماده ۱۰۲-۵ اصول اروپایی، از جمله مراجعه به اوضاع و احوال مرتبط را مقرر کرده است که یکی از آن اوضاع و احوال مرتبط، مقتضیات حسن نیت و رفتار منصفانه است. یکی از شروط ضمنی قرارداد همانا حسن نیت و رفتار منصفانه است اگرچه چنین حکمی در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز دیده می‌شود (ماده ۱-۵)، ولی در این باره تفاوتی میان این دو متن وجود دارد. ماده ۱-۵ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و نیز ماده ۸-۴ آن درباره احراز یک شرط مسکوت مانده در قرارداد اگرچه یکی از معیارها را حسن نیت و رفتار منصفانه معرفی می‌کند (بند ج آن مواد)، ولی در کنار آن در بند د، از شروط ناشی از امر معقول و متعارف سخن می‌گویند که به عنوان منبع دیگری برای ایجاد تعهدات و شروط ضمنی و شروط مسکوت مانده در قراردادهای، باید به آن توجه شود. این که در این اصول به امر معقول و متعارف به طور جدا و مستقل از امر ناشی از حسن نیت و معامله منصفانه توجه شده است، به نظر نگارنده قرینه‌ای بر آن است که از دیدگاه تدوین کنندگان اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی میان آن دو مفهوم - حسن نیت و امر معقول و متعارف - تفاوت وجود دارد.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) نیز مقرراتی در ارتباط با اصل حسن نیت در قرارداد، علی‌رغم توجه صریح به حسن نیت به عنوان یک اصل تفسیری مواد آن کنوانسیون توجه شده است. بسیاری از مواد کنوانسیون مبتنی بر حسن نیت است: آنجایی که اصلاح یا اقاله قرارداد به صورت کتبی شرط شده است اصولاً باید به صورت کتبی این اصلاح یا اقاله انجام پذیرد. با وجود این، بند ۲ ماده ۲۹ این کنوانسیون بنابر اصل حسن نیت چنین مقرر می‌دارد که: «... مع هذا امکان دارد هر یک از طرفین به علت رفتار خود از استناد به این شرط تا حدودی که طرف دیگر به چنان رفتاری اعتماد نموده است، ممنوع شود.» حمایت از اعتماد به چنین رفتاری تنها با استناد به حسن نیت قابل توجیه است. از سوی دیگر هر گاه مشتری از عدم انطباق کالا با قرارداد، در زمان عقد، مطلع بوده یا نمی‌توانسته است مطلع نباشد، به دلیل سونیت و اقدام علیه خود، بایع مسئولیتی در این باره نخواهد داشت (بند ۳ ماده ۳۵ کنوانسیون) و همچنین ماده ۳۸ درباره فرضی که مشتری مسیر و مقصد کالای در راه را تغییر می‌دهد یا کالا را مجدداً به مقصد دیگری ارسال می‌کند، بدون آنکه فرصت معقولی جهت بازرسی کالا داشته باشد و در زمان انعقاد قرارداد بایع نسبت به امکان این گونه تغییر مقصد یا ارسال مجدد آگاهی داشته یا باید آگاهی می‌داشت، حسن نیت ایجاب می‌کند امر بازرسی تا وصول کالا به مقصد جدید به تعویق افتد.

در این کنوانسیون همچنین می‌توان به مواد ۴۰ درباره‌ی اصلاح ندادن عدم انطباق کالا به مشتری از سوی بایع آگاه یا در حکم آگاه، و بند ۲ ماده ۴۶ درباره عدم انطباق کالا در فرضی که نقض اساسی است و درخواست دادن بدل کالا از سوی مشتری‌ای که اخطاریه ارسال نموده است، و ماده ۶۸ درباره عدم انتقال ضمان مشتری تا زمانی که کالا مشخص نشده است، و ماده ۷۷ درباره قاعده تقلیل خسارت به دلیل کوتاهی زیان دیده از کاهش ورود

زبان و سرانجام قسمت ج از بند ۲ ماده ۸۲ درباره اعلام حق بطلان یا الزام بایع به تسلیم بدل کالا، برای شناسایی مفهوم حسن نیت توجه نمود که برای جلوگیری از اطاله کلام، از توضیح آن‌ها خودداری می‌شود.

مبحث دوم: مفهوم لغوی و حقوقی فسخ قرارداد

معنی فسخ در لغت و تعریف آن در اصطلاح حقوقی

فسخ در لغت به معنای نقض، زایل گردانیدن، تباه کردن و شکستن آمده است. به فتح ف و سکون س و خ تلفظ می‌گردد.

در اصطلاح حقوقی

فسخ که به آن انحلال ارادی قرار داد یا تعهد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرار داد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث.

فسخ در حقیقت ازاله تعهد یا تعهدات ناشی از آن به علت قانونی با اراده و رضایت یا بدون آن است که موضوع آن انهدام عقد است حال چنانچه نقش اراده مورد اختلاف بین طرفین با رضایت باشد بدان اقاله یا انفساخ گویند که با قرارداد خصوصی تنفیذ می‌یابد و چنانچه بدون رضایت باشد امر به فسخ بایستی از سوی دادگاه تجویز گردد و بدان فسخ یکطرفه با اراده یکطرفه گویند زیرا فسخ چنانچه دو طرفه باشد موضوعش انفساخ یا اقاله است و با اراده دو طرف انجام می‌پذیرد. پس در موضوع فسخ برهم زدن یکطرفه به علت قانونی با اراده یکطرفه بنا به تجویز قانونی دادگاه فسخ نام دارد و برهم زدن دو طرفه بر مبنای تراضی و رضایت دوطرفه که موضوع آن قرارداد دومی است که موضوع قرارداد دوم بر انهدام قرارداد اول شکل می‌گیرد اقاله یا تفاسخ نام دارد و نوعی عقد است در حالیکه فسخ در ایقاعات جای دارد.

ازاله تعهد موضوع فسخ بایستی مقرون به قصد نتیجه باشد هر چند دعوی رد گردد زیرا فسخ در زمره ایقاعات است و عقد نیست پس رجوع زوج به مطلقه رجعیه در ایقاع طلاق یکطرفه مصداق فسخ بشمار نمی‌آید زیرا در رجوع قصد فعل لازم است ولی اشتراط قصد نتیجه شرط لزوم نیست و ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی حکم به بطلان دارد و غلط است.

ماهیت فسخ

ماهیت فسخ ازاله یکطرفه تعهد و اثرات ناشی از آن بنا به جواز قانونی با حکم دادگاه است یا به عیارت ساده تر برهم زدن تعهدی در عقود لازم بر مبنای اختیار قانونی و علت آن و ایقاع است یعنی علت آن قانون است نه رضایت طرف دیگر و بر مبنای اراده یکطرف با تمسک به قانون با حکم دادگاه اعمال می‌گردد

مبنای فسخ

1- اراده

بسیاری از حقوقدانان فسخ ارادی را با عقد اقاله یا تفاسخ یکی میدانند در حالیکه در نظر شخصی بنده حقیر نقش اراده با رضایت کاملاً متفاوت است زیرا عنصر اراده هم در فسخ وجود دارد و هم در اقاله با تفاوت اینکه در فسخ فقط عنصر اراده بر مبنای علت قانونی حکمفرماست ولی در اقاله علاوه بر اراده، عنصر رضایت نیز در عقد دوم که مبنای آن انهدام عقد اول است حکمفرماست پس در حالت کلی و نتیجه گیری میتوان گفت اراده در فسخ یکطرفه است و خالی از نقش رضایت است و اراده یکطرف با علت قانونی و حکم دادگاه بر طرف دیگر شاید بدن رضایت تحمیل می‌گردد ولی در تفاسخ یا اقاله اراده همراه رضایت جمع بندی می‌گردد.

نکته قابل توجه : توافق و رضایت بر مبنای اراده در فسخ موضوعیت ندارد

توافق و رضایت طرفین در عقد فسخ به طور مستقیم جزو مبنای عقد فسخ جای نمی‌گیرد بلکه به طور غیر مستقیم در زیر شاخه عقد فسخ به نام عقد اقاله یا تفاسخ نقش دارد.

2 - حکم قانون به علت قانونی

زمانیکه اراده یکطرفه با تمسک به قانون در برهم زدن یکطرفه شکل می‌گیرد این ایقاع بایستی به حکم دادگاه الزام آور گردد در این حالت قانونگذار در برخی موارد مثلاً اشتراط خیار در عقود لازم را مجوزی برای اعمال فسخ لحاظ نموده است زیرا قانونگذار برای جلوگیری از ضرر در عقود لازم برای یکطرف اختیار فسخ را در قانون جاری لحاظ نموده است به طور مثال مواد ۴۷۸ و ۴۷۹ علت قانونی برای فسخ عقد اجاره یکطرفه برای مستاجر را در قانون از حقوق مسلم وی میدانند.

عناصر فسخ

۱- وجود عمل حقوقی (عقد یا ایقاع) که منبعث از قانون باشد و اعتبار آن تامه باشد بدین معنی که نقص در آن جایگاهی نداشته باشد پس در این حالت رد فصولی فسخ به شمار نمی آید زیرا عقد فصولی اعتبارش تامه نیست به همین روال هیچیک از حقوقدانان رد فصولی را یا رد مکره را در زمره عقد فسخ نیاورده است.

۲- ازاله تعهد یا تعهدات ناشی از آن از عمل حقوقی

۳- ازاله بایستی با قصد طرفی همراه باشد که در ایجاد تعهد مورد موضوع فسخ دخالت مستقیم داشته باشد در این حالت همچنانکه گفته شد انفساخ و یا اقاله فسخ نیست زیرا در آن نه قصد فعل اشتراط دارد و نه قصد نتیجه.

۴- ازاله تعهد ناشی از عقد در فسخ، منبعث از تراضی طرفین نیست و گر نه تفاسخ است یا به عبارت ساده تر موضوع عقد اقاله است نه فسخ.

۵- ازاله تعهد موضوع فسخ بایستی مقرون به قصد نتیجه باشد هر چند دعوی رد گردد زیرا فسخ در زمره ایقاعات است و عقد نیست پس رجوع زوج به مطلقه رجعیه در ایقاع طلاق یکطرفه مصداق فسخ بشمار نمی آید زیرا در رجوع قصد فعل لازم است ولی اشتراط قصد نتیجه شرط لزوم نیست و ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی حکم به بطلان دارد و غلط است.

توافق و رضایت طرفین در عقد فسخ به طور مستقیم جزو مبانی عقد فسخ جای نمیگیرد بلکه به طور غیر مستقیم در زیر شاخه عقد فسخ به نام عقد اقاله یا تفاسخ نقش دارد

شرایط فسخ

قصد : عنصر قصد یعنی تصمیم به اعمال این ایقاع حقوقی از طرف فاعل بدون رضایت طرف دیگر با تمسک به علت قانونی با حکم دادگاه شرط صحت و اساسی میباشد در حالت کلی برای صحت یک عمل حقوقی قصد و اراده مستقیم با فاعل اصیل یا فصولی اصالتا یا وکالتا از نقش قصد و اراده منبعث است زیرا عدم وجود عنصر قصد و اراده این عمل حقوقی را رو به زوال میداند پس قصد و اراده منبعث از انشاء و اعمال در برابر اخبار است و بایستی اراده و قصد با قصد نتیجه همراه باشد و اعلام اراده و قصد در ایجاد اثر کافی نیست به طور مثال در قرارداد صوری که به علت عدم قصد نتیجه اعمال میگردد و رو به بطلان است فسخ معنائی ندارد و تفاوت اراده با اعلام نقش اراده واقعی و قصد واقعی رجحان دارد و دلالت بر قصد نیز ممکن است ضمنی باشد و از اعمال حقوقی دیگری به منظور فسخ استنباط گردد پس در این حالت قصد و اراده واقعی مقدم است پس انشاء بایستی

مقرون به اراده واقعی باشد هر چند به اشاره واقع گردد. فسخ اکراهی نیز باطل است زیرا اکراه عنصر اراده را زائل می سازد و صحت اراده را غیر واقعی میکند.

نکته : رضایت در فسخ آن را از حالت ایقاع خارج میسازد و تبدیل به عقد دیگری که اقاله نام دارد مینماید.

مواردی که فسخ به طور رضایت در عقود با علت قانونی با حکم دادگاه قابل اجراست

فسخ بعض

ممکن است ضمن عقد لازم طرفین با رضایت و توافق نسبت به بعض مبیع حق فسخ داشته باشند و یا به علت قانونی نسبت به بعض معیوب فسخ را اعمال کنند.

فسخ به جواز

یعنی فسخی که مستند به جواز عقود جائز یا ایقاع باشد، نه مستند به حق خیار یا رجوع. مانند فسخ وکالت، عاریه، ودیعه و جعاله

انواع دیگر فسخ

1- فسخ به خیار

یعنی فسخی که مستند ان خیارات مصرح در قانون مدنی باشد خواه خیار جعلی باشد یا نباشد مانند خیار حیوان که تاثیر فسخ به خیار از حین اعمال فسخ جاری است.

2- فسخ قهقرائی

در عقود جائز اگر فسخ ناشی از تخلف شرط باشد تاثیر قهقرائی دارد مثلاً تخلف وکیل از شروط ضمن عقد وکالت و عده دیگری از علمای حقوق میگویند فسخ قهقرائی فسخی است که از حین عقد قابل اعمال است.

3- فسخ سند

یعنی با تنفیذ حکم دادگاه نسبت به اعمال فسخ ابطال سندی که در دفتر خانه اسناد رسمی به ثبت رسیده که فسخ گاه با مباشرت اصحاب معامله صورت میپذیرد و گاه به امر دادگاه طی حکم صادره.

فسخ شرط

اگر در عقد شرط فعلی بنگنجانند با حق خیار فسخ آن شرط بشرطیکه مشروع باشد آنرا فسخ شرط می نامند.

فسخ قضائی

فسخی است که ابتداء باید حکم دادگاه را بدست آورد این فسخ در حقوق کشور فرانسه واتیوپی نیز لحاظ گردیده ماده ۲۳۹ و ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه و مواد ۱۷۸۴ و ۱۷۸۵ نمونه آن است.

فسخ لفظی

فسخی که فاسخ قصد را با الفاظ انشاء میکند.

فسخ کتبی

فسخی است که به صورت کتابت در دفاتر اسناد رسمی طی سند رسمی یا قرارداد عادی طرفین لحاظ میگردد.

مبحث سوم: مفهوم لغوی و حقوقی سوءنیت

مفهوم سوءنیت در فرهنگ عمومی انگلیسی سوءنیت با واژگانی چون: «Bad faith» و «Evil will» بیان می‌گردد. در ادبیات عرب هم با کلماتی چون «سوء النیه»، «سوء القصد» که بیانگر مفهوم سوءنیت هستند بیان می‌شود. سوءنیت به علم و آگاهی شخص به وجود عیب و فریب از طرف مقابل می‌باشد، بدین معنا که شخص در موقعیتی قرار می‌گیرد که از عیب مورد معامله آگاه می‌باشد یا با علم به فریب توسط شخص، حاضر به انجام معامله یا بهره‌برداری از مورد معامله می‌شود. گاهی موارد سوءنیت به معنای عدم صداقت و درستی به کار می‌رود مثل غش و یا سوء استفاده از حق. در اینجا لازم است تا برای شناخت بهتر سوءنیت به مفاهیم مرتبط با آن بپردازیم: * علم * قصد * رضایت

(۱) علم: علم در لغت به معنی معرفت، شعور و یقین می‌باشد. و در اصطلاح عبارت است از حصول صورت شیء نزد عقل. علم صفتی است که به موجب آن، دارنده آن می‌تواند معانی مختلف را از هم تمییز دهد. علم، باعث مراقبت شخص از خود در برابر حالتی که در پیش روی وی است، می‌شود و او را به جستجو فرا می‌خواند تا ناسنجیده دست به کاری نزند. در عالم معاملات نیز علم به همین معنی است، که شخص از واقعیات آگاه است یا احتمال قوی به وجود آن واقعیات می‌دهد، یعنی آگاه دانسته می‌شود و چنین واقعیاتی را قبول نماید. مثلاً شخصی با دیگری معامله‌ای را انجام می‌دهد و علم به فضولی بودن آن دارد. در این فرض، این شخص دیگر با حسن نیت نمی‌باشد چرا که علم او از واقعیت امر و پذیرش معامله حاکی از سوءنیت وی می‌باشد. چنانکه عیوب موجود در مبیع نیز وضع بدین منوال است که اگر خریدار آگاه به وجود عیب در مبیع باشد، پس از خرید آن حق استناد به خیار عیب ندارد چرا که او با علم به عیب علیه خود اقدام کرده است. (ماده ۴۲۴ قانون مدنی).

(۲) قصد: قصد در لغت به معنی عمد، نیت، غرض، مقصود، طرح و نقشه می‌باشد. در اصلاح حقوقی قصد به معنی تصمیم شخص به انجام عمل به شکل معین. که شخص با اراده و نیت و طرح و برنامه ریزی عمل می‌کند. در حوزه مسئولیت مدنی و کیفری به معنی آن است که شخص از روی قصد و عمل مبادرت به فعل یا ترک فعلی می‌نماید که منجر به حصول نتیجه‌ای می‌گردد که او آن نتیجه را خواسته است. به عبارت دیگر عمل عمدی از روی قصد که فاعل هم قصد فعل را کرده باشد هم قصد نتیجه را. چرا که قصد نتیجه بدون قصد فعل محقق نمی‌شود. قصد، وضعیت ذهنی است، بنابراین آن را باید با توجه به اوضاع و احوال ثابت کرد و قابل

اثبات با ادله مستقیم نمی باشد. مثلاً در سوءاستفاده از حق، شخص باید قصد اضرار به دیگری را داشته باشد وگرنه سوءاستفاده از حق محقق نمی شود.

۳) رضایت: رضایت در لغت به معنی سرور قلبی و طیب نفس می باشد و در مقابل کراهت و اجبار قرار می گیرد. در ادبیات حقوقی عبارت است از برخورداری شخص از اختیار کامل برای انجام عملی، بدون آنکه همراه با اجبار یا اکراه باشد. پس رضایت را می توان به میل درونی و آزاد شخص برای انجام عمل معنی کرد. رضایت با فریب، فشار، اجبار، اکراه، ترس و ... جمع نمی شود. پس اگر شخصی با زور و اجبار دیگری حاضر به انجام معامله گردد از آنجایی که رضایت شخص در آن وجود ندارد آن قرارداد صحیح نمی باشد. برعکس، اگر شخص در جایی که توان مقابله با تهدید را دارد اما علی الرغم آن حاضر به انجام معامله گردد باید او را دارای رضایت بدانیم و معامله مذکور را صحیح دانست. مثلاً شخصی با علم به فاسد بودن بیع با رضایت و اختیار حاضر به انجام آن گردد در اینجا آثار ناشی از بیع فاسد گریبانگیر او خواهد شد چرا که وی دیگر با حسن نیت نیست بلکه با رضایت خود سوءنیتش را نشان داده است.

بخش سوم: حسن نیت از دیدگاه دکترین حقوقی

در دکترین رایج و کنونی حقوق ایران دو دیدگاه در خصوص حسن نیت دیده می‌شود؛ برخی از استادان معتقدند «در حقوق ایران اصلی به عنوان حسن نیت در قرارداد پیش‌بینی نشده است؛ لیکن با مطالعه موارد لزوم حسن نیت در حقوق بیگانه، می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست». (دکتر مهدی شهیدی، ش ۷۴ و ۱۱۴). و مواد ۲۲۰، ۲۲۵ و ۲۷۹ قانون مدنی را از مصادیق اعمال حسن نیت معرفی می‌کنند. ایشان در این عرصه تنها نبوده و پیش از وی عده‌ای دیگر نیز به این نتیجه که حسن نیت را می‌توان در قالب عرف ارائه کرد تلویحاً اشاره نموده بودند؛ آقای مصطفی عدل در کتاب حقوق مدنی خود اجرای ماده ۲۲۰ قانون مدنی را به مقصود طرفین و حسن نیت مبتنی کرده است: «اگرچه این نکته در قانون مدنی تصریح نشده است ولی از مفاد ماده ۲۲۰ کاملاً استنباط می‌شود که مقصود مقنن همین بوده است ... پس معلوم است که مقنن خواسته است اجرای عقود از روی حسن نیت و بر طبق قصد طرفین باشد و الا متعاملین را به تحمل کلیه نتایج آن حتی نتایجی که به موجب عرف و عادت حاصل می‌شود و در عقد تصریح نشده است ملزم نمی‌نمود». این نظر مورد تأیید حقوقدانان دیگری نیز قرار گرفته است که از جمله می‌توان به استاد دکتر سیدحسین صفایی و همکاران اشاره نمود که این چنین گفته‌اند: «... رفتار با حسن نیت معمولاً همان رفتار معقول و متعارف است و شاید با مراجعه به عرف در اغلب موارد بتوان به همان نتیجه‌ای رسید که اصل حسن نیت اقتضا می‌کند». (دکتر سیدحسین صفایی و همکاران، ص ۴۷، ش ۳۶).

برخی دیگر از استادان حسن نیت را می‌پذیرند و آن را با برشماری عناصر ذیل بدین صورت تعریف می‌کنند:

(۱) فعلی از افعال خواه به صورت عقد یا ایقاع باشد یا نباشد. تصرف مغرور در مال مثال حسن نیت است (ماده ۳۳۵ ق.م)؛

(۲) مورد فعل مذکور مالی باشد از اموال منقول یا غیرمنقول خواه آن مال را از آن فاعل مذکور نباشد (غالباً چنین است) یا باشد مانند اینکه میزبانی که مالی از اموال مهمان را غصب کرده است، به عنوان مال خود به مهمان مذکور اطعام کند؛

(۳) فعل مذکور، ظاهری داشته باشد که با واقع مطابقت ندارد. از ماده ۳۲۵ قوم با عنصر دوم می‌توان توضیح به دست آورد. و در جای دیگر بیانداشته‌اند: «دیر یا زود باید قاعده حسن نیت را پذیرفت و هم اکنون مسئله در دست مطالعه است» .

و در طرحی اصلاحی که برای قانون مدنی تدوین کرده‌اند، گفته‌اند: «عاقبت متعهد که در اجرای تعهد خود حسن نیت داشته باشد، مسئول نیست؛ مانند اقباض مورد تعهد به کسی که سند قابل قبول متعهد به را در تصرف دارد...». از سوی دیگر برخی از استادان نیز حسن نیت را پذیرفته و در جای جای آثار خود به آن استناد جسته‌اند و در این باره چنین بیان می‌دارند: «... دادرسی می‌تواند آنچه را در رفتار انسانی با حسن نیت و منصف می‌بیند زیر عنوان شرط ضمنی و شرط بنایی در عقد اجرا کند و از اتهام تحریف قرارداد نیز به دور ماند» (دکتر ناصر کاتوزیان، ص ۵۷، ش ۵۲۶). و مثال‌های ذیل را برای حسن نیت بیان می‌کنند: ماده ۲۷۷ و ۲۷۹ و ۳۸۷ و ۴۰۲ و ۳۸۰ ق.م و مواد ۱۰ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ و ۱۶ قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶ و قاعده لاضرر و احسان و اقدام و من له الغنم فعلیه الغرم و مواد ۳۸۶ قانون تجارت و معامله فضولی (دکتر ناصر کاتوزیان، ص ۳۸، ش ۳۷۳). که مورد بحث واقع گردید و حتی به عدم تاثیر ابطال قوانین در حق کسانی که با حسن نیت به آن عمل کرده‌اند (دکتر ناصر کاتوزیان، ص ۳۹). نیز اشاره نموده‌اند. با این حال ایشان تعریفی از حسن نیت ارائه نداده‌اند.

برخی از مولفان که عرف و عادت را به عنوان حسن نیت می‌پذیرند در تعریف عادت و عرف چنین می‌گویند: «عرف عبارتست از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است... برای تحقق عرف، لازم نیست تمام افراد یک جامعه یا یک گروه به امری انس پیدا کرده باشند، بلکه انس اکثریت جامعه با آن گروه نیز می‌تواند تشکیل دهنده عرف باشد. منشا پیدایش عرف، روش عملی است که ابتداءً بوسیله یک یا چند نفر به علت مساعد بودن با خواسته حقوقی ایشان، به کار بسته می‌شود و سپس سایر افراد جامعه چون آن را مفید می‌یابند، به تدریج مورد استفاده قرار می‌دهند و به آن خو می‌گیرند». و در تفاوت آن با عادت می‌گویند: عرف انس ذهنی جامعه یا گروه خاص است، در حالی که عادت الزاماً انس ذهنی جامعه یا گروه نیست بلکه ممکن است و این معنی را بیشتر تبادر می‌کند که انس فردی یا عده‌ای باشد که صنف یا گروه خاصی را تشکیل نمی‌دهند. در معنی عرف، ارتباط و وابستگی امر مأنوس به جامعه یا گروه خاصی را تشکیل نمی‌دهند. در معنی عرف، ارتباط و وابستگی امر مانوس به جامعه یا گروه خاص مستتر است در حالی که در معنی عادت این ارتباط نهفته نیست... بنا بر این تعریف، انس ذهن جامعه یا گروه خاص یا اکثریت آن‌ها که منشا آن روش عملی است و کم کم سایرین به آن خو گرفته‌اند عرف نامیده می‌شود و به انس فردی یا عده‌ای که گروه خاصی را تشکیل نمی‌دهند عادت گفته می‌شود که از این رو عادت محدودتر از عرف است. همانطور که گفته آمد پروفیسور شلختریم نیز معتقد به چنان نظری است و در اصول اروپایی حقوق قراردادهای نیز برای تشخیص امر متعارف و معقول به رفتار یک شخص با حسن نیت توجه شده است.

فصل سوم :

تاثیر حسن نیت بر فسخ قرارداد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع

بین المللی کالا (۱۹۸۰)

بخش اول: تاثیر حسن نیت در فسخ قرارداد در حقوق ایران

قلمرو و کارکردهای حسن نیت

پس از شناخت حسن نیت و پیدایش آن در حقوق ایران و نیز پرداختن به ارکان و مبانی حسن نیت، در این بخش لازم می آید تا به شناخت قلمرو و کارکردهای حسن نیت بپردازیم. حسن نیت در تمام زمینه های حقوقی کاربرد دارد از جمله در: نکاح، معاملات، اسناد، ادله اثبات دعوا و ... برای حسن نیت دامنه ای وسیع و کارکردهای متعدد می توان تصور کرد. در این بخش از تحقیق به نقش حسن نیت در تشکیل و انعقاد، تفسیر و ضمانت اجرای قراردادها خواهیم پرداخت.

مبحث اول: حسن نیت در تشکیل و انعقاد قراردادها

در این بخش برآنیم تا به نقش حسن نیت در تشکیل و انعقاد قراردادها بپردازیم. آیا حسن نیت در انعقاد قرارداد نقش دارد؟ اگر قائل شویم که حسن نیت نقشی در قرارداد دارد، این نقش تا چه اندازه است؟ آن نقش جزء شروط اصلی و اساسی قرارداد است یا خیر؟ نقش فرعی دارد؟ چنانکه پیشتر اشاره شد قانون مدنی فرانسه در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ به نقش حسن نیت در مرحله اجرا نظر داشته است اما آیا وجود حسن نیت فقط مختص به مرحله اجراست یا در مراحل انعقاد قرارداد نیز اثر دارد؟

هیچ نص قانونی مبنی بر اینکه وجود حسن نیت در انعقاد قرارداد لازم باشد وجود ندارد اما با وجود این نمی توان منکر وجود حسن نیت در قرارداد شد. چنانکه از امارات و قرائن و بدیهی بودن هر قراردادی وجود حسن نیت را لازم می داند. مثلاً تعهد به اطلاع رسانی در مورد کالا در قرارداد بیع را می توان نمونه ای از آن دانست. از میان عناصر لازم برای تشکیل یک معامله منصفانه هیچیک به اندازه امکان اعتماد به اظهارات طرف معامله ضروری به شمار نمی رود. یک قرارداد در اصل تجسم رسمی اراده های طرفین در خصوص معامله مورد نظرشان می باشد. از همین رو قراردادی با حسن نیت تلقی می شود که همراه با اظهاراتی باشد که طرف معامله را نسبت به قصد واقعی طرف دیگر گمراه نسازد. «یعنی هر یک از طرفین قرارداد همان چیزی را بخواهد که طرف دیگر اراده کرده است».

برخی از قراردادهای استاندارد هستند که حاوی مقرراتند که به صراحت در مورد آنها گفتگو نمی شود اما حسن نیت ایجاب می کند که طرفین بکوشند تا 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. یکی از مهمترین مباحثی که در قانون مدنی ایران وجود دارد واز وجود آن به مفهوم حسن نیت در انعقاد قرارداد پی می بریم، تدلیس می باشد. ماده ۴۳۸ قانون مذکور مقرر می دارد: «تدلیس، عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله شود». هر چند این ماده به صورت واضح بیانگر لزوم رعایت حسن نیت در زمان انعقاد قرارداد نمی باشد اما اجمالاً از مفاد آن فهمیده می شود انجام تقلب، فریب، نیرنگ و یا گفتار می تواند از موارد تدلیس باشد.

در ادامه و در ماده ۴۳۹ نیز قانونگذار حق فسخ را برای مشتری در صورت تدلیس بایع و نیز حق فسخ برای بایع در صورت تدلیس مشتری قائل شده است. در تکمیل تدلیس باید خاطرنشان ساخت که عنصر مادی تدلیس ممکن است فعل یا گفتار باشد، پس دروغی که وصفی موهوم را به طور قطع به کالا نسبت دهد (البته باید توجه داشت که وصف باید غیر از تبلیغات برای کالا باشد که در این صورت وصف موهوم نمی باشد)، تدلیس می باشد. حتی گفتن بخشی از حقایق مربوط به کالا نیز ممکن است تدلیس به شمار آید. حسن نیت در قراردادها ایجاب می کند که فروشنده عیوب پنهانی را به خریدار اعلام کند و این تکلیف در عقود امانی و مبتنی بر اعتماد قوی تر است.

جریان اصلی حسن نیت در جنبه حمایتی آن در این عقود (عقود امانی) به حدی است که در فقه، بنا و اصل، بر عدم ضمان امان قرار گرفته است و بر همین مبنا قاعده ای با نام «عدم ضمان امان» و یا «لایس علی الامین الالیمین» تأسیس شده است. با اندکی کاوش در فقه، در عقود امانی می بینیم که به کرات از این قاعده در حمایت از امان به عدم ضمان و مسئولیت او در صورت عدم تعدی و تفریط یاد شده است. یکی از قوانینی که مفهوم حسن نیت را در زمان انعقاد قرارداد صریحاً مورد توجه قرار داده قانون بیمه ایران می باشد که در مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مذکور، اقدامات خلاف حسن نیت را موجب بطلان قرارداد می داند.

ماده ۱۱ قانون مذکور اعلام می دارد: «چنانچه بیمه گذار یا نماینده او با قصد تقلب، مالی را اضافه بر قیمت عادلانه در موقع عقد قرارداد بیمه داده باشد عقد بیمه باطل و حق بیمه دریافتی قابل استرداد نیست». برخلاف برخی از مواد برخی قوانین که پیشتر بدان اشاره شده که مفهوم آن مواد به لزوم رعایت حسن نیت در انعقاد قرارداد تصریح داشته است در این ماده مطابق با منطوق آن اقدامات غیرصادقه را موجب بطلان قرارداد بیمه دانسته است. هر چند که شرایط اساسی صحت معامله وجود داشته باشد. ماده ۱۲: «هر گاه بیمه گذار عمداً از

اظهار مطالبی خودداری یا عمداً اظهارات کاذب بنماید و مطالب اظهار نشده یا اظهارات کاذبه به طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود، حتی اگر مراتب مذکوره تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد. در این صورت نه فقط وجوهی که بیمه گذار پرداخته است قابل استرداد نیست، بلکه بیمه گر حق دارد آن اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه گر مطالبه کند».

در این ماده نیز اشاره صریح به رفتار صادقانه و پرهیز از هر نوع سوءرفتار یا دادن اطلاعات دروغ و کذب در زمان انعقاد قرارداد شده است که بیانگر لزوم رعایت حسن نیت در حین انعقاد قرارداد بیمه می باشد. همچنین در این راستا می توانیم به ماده ۴۹۰ قانون تجارت، ماده ۴۲۲ قانون مدنی، ماده ۴۱۸ قانون مدنی و ماده ۴۱۰ قانون مدنی اشاره کنیم.

چنانچه که مشاهده می شود در برخی از مواد قانونی قوانین ایران، هر چند که صریحاً از لفظ حسن نیت جهت انعقاد قرارداد سخنی به میان نیآورده است اما از مفهوم مواد فوق الذکر شاهد توجه قانونگذار به لزوم رعایت حسن نیت در قراردادها هستیم.

مبحث دوم: حسن نیت در تفسیر و اجرای قرارداد

پس از پرداختن به نقش حسن نیت در مرحله انعقاد قرارداد، در این بخش نقش حسن نیت را در تفسیر و اجرای قرارداد خواهیم دید و درصدد یافتن پاسخ به برخی پرسش ها هستیم. آیا حسن نیت در تفسیر و اجرای قرارداد نقشی دارد؟ اگر نقشی دارد، تا چه اندازه است؟ این بخش را به دو قسمت: نقش حسن نیت در تفسیر و نیز نقش آن در اجرای قرارداد تقسیم می کنیم.

نقش حسن نیت در تفسیر قرارداد

«تفسیر در لغت به معنای آشکار ساختن، شرح دادن می باشد و در اصطلاح حقوقی عبارت است از یافتن و تشخیص ماهیت، مفاد و خواست طرف های قرارداد بر اساس اراده مشترکشان و مقررات قانونی».[۳۵] «برخی نیز تفسیر را به معنی تشخیص مفهوم قرارداد، تعریف کرده اند که هدف از آن این است که مضمون و مفاد عقد

به درستی روشن شود.» [۳۶] زیاد مشاهده شده است زمانی که افراد با یکدیگر قراردادهایی را منعقد می سازند بعضاً همراه با ابهامات و نواقصی است مثلاً ممکن است طرفین تمام خواسته ها و اراده های خود را در قرارداد ذکر نکنند، تمام مفاهیم و جزئیات را ممکن است سهواً در قرارداد وارد نسازند. در چنین مواردی تفسیر به عنوان عاملی برای رفع این ابهامات بکار می رود. حتی دقیق ترین قراردادهای نیز بی نیاز از تفسیر نیستند چرا که ابهام این قراردادها بخصوص هنگام نزاع و اختلاف بیشتر مورد توجه قرار می گیرد که تفسیر عامل مهمی در حل مشکل می باشد.

در حقوق ایران و در قوانین، اینکه ماده ای صریحاً به نقش حسن نیت در تفسیر قرارداد اشاره کند، وجود ندارد. اما تفسیرها در کنار احکام عرف و برخی اصول عملی امکانپذیر است. تنها قانونی که به نقش حسن نیت در تفسیر قرارداد در ایران اشاره کرده ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک می باشد. این ماده مقرر می دارد: «در تفسیر این قانون همیشه باید خصوصیت بین المللی، ضرورت، توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد». البته چنانکه ذکر شد، هر چند در قوانین ایران جز ماده فوق الذکر اشاره ای به نقش حسن نیت در تفسیر قرارداد اشاره ای نشده اما این به معنای عدم اعتنا به حسن نیت در تفسیر قراردادها نیست و در جهت حل اختلاف در قرارداد با توجه به رعایت عدالت و خواست طرفین، باید به راه های عادلانه و منصفانه روی آورد. در حقوق ایران، برای تفسیر بنا را بر قصد مشترک می گیرند و در هنگام تفسیر کمتر به انصاف و حسن نیت استناد می شود. اما از آنجا که یکی از وسایل عرف در جهت تفسیر قرارداد رعایت انصاف و حسن نیت می باشد، می توان قائل به این نظر شد که قانونگذار به طور غیرمستقیم به حسن نیت توجه داشته است.

به عنوان مثال ماده ۲۲۵ قانون مدنی مقرر می دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح همه متصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است». پس اگر طرفین در مورد قرارداد با هم اختلاف کنند و قانون ما عرف را تکمیل و تفسیرکننده اداره آنها می داند و آنچه که در عرف نیز از اهمیت برخوردار است رعایت حسن نیت و توجه به آن در جهت تفسیر قرارداد است. یکی دیگر از مباحث قانونی که در راستای نقش حسن نیت در تفسیر قرارداد می توان بدان اشاره کرد عقود امانی مثل ودیعه است. می دانیم که عقد ودیعه از عقود است که مبتنی بر احسان و مسئولیتی بر امین نیست جز هنگام تعدی و تفریط. حال اگر در مورد این امر بین طرفین اختلاف حاصل شود که امین دچار تعدی و یا تفریط شده است و مدرکی در دست نباشد عرف در مقام تفسیر بنا را با توجه به حسن نیت غیر تعدی و تفریط می داند (ماده ۴۱۲ قانون مدنی). چرا که بناء عقل و منطق نیز بر این امر اشاره دارد که چنانچه کسی مدعی وجود امری غیرمنطقی بر قرارداد باشد،

مثلاً مدعی بطلان، فساد و ... باشد و دلیلی در دست نباشد با توجه به اصل صحت و عدم سوءنیت حمل بر صحت قرارداد می شود.

حسن نیت در اجرای قرارداد

در این قسمت به نقش حسن نیت در اجرای قرارداد خواهیم پرداخت. جایگاه حسن نیت در اجرای قرارداد کجاست؟ آیا حسن نیت بخشی از قرارداد و به عنوان یک شرط می باشد؟ یا اینکه امری است فراتر از یک شرط خاص که در این قسمت به این سؤالات پاسخ خواهیم داد. «در قوانین بسیاری از کشورها، نقش حسن نیت در اجرای قرارداد را بیشتر مورد توجه قرار داده اند و آن را صریحاً در قوانین ذکر کرده اند. از جمله می توان به بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی ژاپن، بند ۱ ماده ۲ قانون مدنی سوئیس، ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، بند ۲ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی بلژیک و ماده ۲ قانون مدنی ترکیه و ... اشاره کرد.

بنابراین می توان گفت رعایت اصل حسن نیت در اجرای قراردادها مورد قبول نظام های مدون حقوقی است». در قوانین ایران، ماده ای که صریحاً اشاره به نقش حسن نیت در اجرای قرارداد داشته باشد وجود ندارد؛ اما از مفاد برخی قوانین می توانیم به وجود حسن نیت در اجرای قرارداد پی ببریم. حسن نیت در اجرای قرارداد مستلزم رعایت از طرف هر دو طرف می باشد. طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران عقود که مطابق با قانون وضع شود، لازم می باشد و متعاملین و قائم مقام آنها ملزم به رعایت و اجرای مفاد آن هستند. مگر آنکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود. پس آنچه در درجه اول میان طرفین از اهمیت برخوردار است و اجرای عقد مطابق با مفاد قرارداد می باشد. اما گاهی طرفین تمام نکاتی را که باید در عقد بگنجانند وارد نمی سازند و در راستای اجرای آن به مشکل برمی خورند. در چنین مواقعی می توان به نقش حسن نیت در اجرای قرارداد پی برد. ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی ایران امر عرفی متعارف را تکمیل کننده اراده طرفین می داند و آنچه عرف از طرفین خواستار می باشد رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد می باشد. به عنوان مثال ماده ۲۷۹ قانون مدنی در مورد عینی که کلی می باشد در قسمت اخیر مقرر می دارد: «... لیکن از فردی هم که عرفاً محسوب است نمی تواند بدهد».

مفهوم این ماده به این امر اشاره دارد که متعهد نمی تواند در راستای اجرای تعهد خود سوءنیت داشته باشد و مالی به متعهدله دهد که عرفاً معیوب به حساب آید و متعهدله می تواند از پذیرش آن خودداری کند. [۴۰]

«حتی در این راستا ضرب المثلی در فرانسه وجود دارد که می گوید متعهد باید قرارداد را مثل "پدر خوب

خانواده "اجرا کند". [۴۱] از طرف متعهدله نیز می توان به نقش حسن نیت در اجرای قرارداد اشاره کرد. چنانچه اگر کسی با دیگری قراردادی منعقد سازد و متعهدله در راستای اجرای قرارداد از متعهد و به قصد اضرار به او خواستار اجرای آن قرارداد باشد، در این مورد نمی توان نقش حسن نیت را نادیده گرفت و متعهدله را واجد حق اجبار در جهت اضرار به غیر دانست. در واقع هیچ کس حق سوءاستفاده از حق خود را ندارد. ماده ۱۳۲ قانون مدنی مقرر می دارد: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند تا مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد. هر چند این حکم ریشه قراردادی ندارد و ناشی از قانون است اما خصوصیت ویژه ای نسبت به قرارداد ندارد که نتوان آن را به قرارداد تسری داد. بنابراین هر دو طرف قرارداد باید در راستای اجرای قرارداد به نقش عرف در اجرای قرارداد توجه داشته باشند، چرا که عرف نقش مهمی در تفسیر اراده طرفین در جهت حل مسئله دارد (ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی). چنانکه مشاهده شد در قوانین ایران آنچنان که باید حسن نیت را صریحاً وارد قوانین نساخته است اما با توجه به روح قوانین و تفسیری که از آنها به عمل می آید و نیز با توجه به مفهوم آن، می توان قائل به این نظر شد که حسن نیت در ذهن قانونگذاران ایران نیز بوده است و آن را مفهوماً در قوانین ذکر کرده اند.

البته در تعدیل قضایی قراردادها گاه بین دو مصلحت تعارض به وجود می آید: اول اینکه اصل لزوم قراردادها حفظ ثبات و امنیت قراردادها ایجاد می کند که طرفین به مفاد آن پایبند باشند، از سوی دیگر انصاف حکم می کند که نباید شرایط ناعادلانه به متعهد تحمیل کرد. نتیجتاً باید سیاستی را برگزید که هر دو مصلحت را با هم جمع کرد. [۴۳] حتی در قوانین بسیاری از کشورها نیز به اجرای با حسن نیت صریحاً یا مفهوماً اشاره شده است. از جمله ماده ۲ قانون مدنی سوئیس که مقرر می دارد: «هرکس وظیفه دارد حقوق و تعهدات خود را بر طبق قواعد مربوط به حسن نیت اجرا کند. سوءاستفاده آشکار از حق به وسیله قانون حمایت نمی شود».

مبحث سوم: حسن نیت در مرحله اعمال ضمانت اجرای قرارداد

پس از شناخت حسن نیت و پی بردن به مفهوم آن و نیز ارکان و مبانی آن و ملاحظه کردن نقش حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد، حال به ضمانت اجرای عدم رعایت حسن نیت در بخش پایانی تحقیق خواهیم پرداخت. و درصدد پاسخگویی به سؤالاتی هستیم نظیر: عدم رعایت حسن نیت در قرارداد منجر به چه می شود؟ فسخ، بطلان، عدم نفوذ، جبران خسارت و ... ؟ یا نقض حسن نیت چه تأثیری در سرنوشت قرارداد

دارد؟ در این بخش به نقش حسن نیت در حمایت از طرف هر قرارداد و به خصوص از خریدار با حسن نیت می پردازیم.

باید خاطرنشان سازم که محور بحث حسن نیت، جهل و عدم علم خریدار یا طرف قرارداد به واقع است و گرنه طبق قاعده اقدام فرد مذکور دارای حسن نیتی نمی باشد که مورد حمایت قانونگذار قرار گیرد. حمایت قانونگذار از طرف با حسن نیت در قرارداد را می توانیم تحت سه عنوان بطلان، فسخ و مطالبه خسارت بر روی فرد در نظر بگیریم که در ذیل به توضیح این موارد می پردازیم.

بطلان قرارداد

هر گاه قرارداد از روی حسن نیت و صادقانه منعقد نشده باشد و اقدامات تقلب آمیز در آن وجود داشته باشد و قرارداد را صوری نماید، یعنی آنچه که مقتضای ذات عقد می باشد اجرا نشود آن قرارداد باطل می باشد و دارای آثار قرارداد صحیح نمی باشد. نمونه بارز آن ماده ۲۱۸ قانون مدنی می باشد که معامله به قصد فرار از دین را که صوری باشد، باطل اعلام داشته است. هر چند قانونگذار صریحاً اشاره ای به حسن نیت در این ماده نکرده است اما از متن صریح ماده مشخص است در صورتی که اعمال تقلب آمیز و حيله و نیرنگ در قرارداد مذکور وجود داشته باشد و رعایت انصاف و صداقت و رفتار منصفانه (حسن نیت) در قرارداد نشود، کان لم یکن می باشد و دارای آثار عقد صحیح نمی باشد.

یکی دیگر از قوانین و به عبارت دیگر قانونی که بیشترین اشاره به حسن نیت در قرارداد را به مرحله ظهور رسانده قانون بیمه می باشد. رعایت حسن نیت در قراردادهای موضوع این قانون دارای اهمیت خاصی است. به طوری که می توان گفت حسن نیت جزء اساس و شرایط اصلی قرارداد بیمه می باشد و در صورت عدم رعایت آن در قرارداد موجب بطلان قرارداد می شود. به عنوان مثال ماده ۱۱ و ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ مبین این امر می باشد که هر گاه بیمه گذار یا نماینده او تقلب کرده باشند (یعنی دارای حسن نیت نباشند و سوءنیت داشته باشند) عقد بیمه باطل است و حتی در ادامه ضمانت اجرای عدم رعایت حسن نیت اشاره می کنند که وجوه پرداخت شده نیز غیرقابل استرداد می باشد و بیمه گر را محق در مطالبه اقساط به تعویق افتاده حق بیمه نیز می داند. به هر حال در این قوانین به نقش حسن نیت در قراردادهای می توان پی برد که چقدر حائز اهمیت می باشد که ضمانت اجرای عدم رعایت آن را قانونگذار موجب بطلان قرارداد دانسته است.

حق فسخ برای طرف با حسن نیت

گاهی موارد، حسن نیت به عنوان یک اساس و سرنوشت ساز در قرارداد نمی باشد بلکه یک شرط جزئی و فرعی در قرارداد می باشد که عدم رعایت آن موجب حق فسخی برای شخص با حسن نیت می باشد. هر چند قانونگذار ایران حق فسخ را صریحاً به دلیل عدم رعایت حسن نیت اعلام نداشته است اما با توجه به مفهوم مواد مختلف می توان به این نتیجه رسید که قانونگذار حق فسخ را به جهت کاربرد حيله و تقلب و عدم انصاف و عدالت قراردادی برای طرف قرارداد با حسن نیت قائل شده است. ماده ۴۳۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می دارد: «اگر بایع تدلیس نموده باشد، مشتری حق بیع را خواهد داشت و هم چنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». پس اگر بایع دست به حيله و تقلبی بزند (عدم حسن نیت) و در راستای آن مشتری را بفریبد قانونگذار، در جهت حمایت از خریدار با حسن نیت حق فسخ را جهت جبران ورود زیان ناروا به او برای او قائل شده است. این خیار فقط متعلق به مشتری نیست بلکه برای بایع نیز قابل اجرا می باشد در صورتی که مشتری در ثمن شخصی تدلیس کرده باشد.

البته در برخی موارد قانونگذار، در صورت عدم رعایت حسن نیت در قرارداد علاوه بر حق فسخ برای طرف با حسن نیت، یک حق دیگری برای او مبنی بر قبول کالا و مطالبه ازش نیز قائل شده است. ماده ۴۲۲ قانون مدنی در این رابطه مقرر می دارد: «اگر بعد از معامله، ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ازش یا فسخ معامله». منظور قانونگذار از معیوب بودن مورد معامله در این معامله در ماده ۴۲۴ همان قانون آمده است: «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نبوده، اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است». پس خریدار در صورتی دارای حسن نیت و مورد حمایت قانونگذار می باشد که در هر حال از عیوب موجود در کالا جاهل باشد و گرنه عمل او مطابق با قاعده اقدام می باشد و حق فسخ یا مطالبه ازش ندارد.

چنانکه مشاهده می شود در این مواد، یکی از ضمانت اجرای عدم رعایت حسن نیت در قراردادهای فسخ معامله توسط طرف جاهل می باشد که مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته است.

بخش دوم : میزان تاثیر حسن نیت برفسخ قرارداد با توجه به نوع قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز تمام مصادیقی که در فقه امامیه مورد بحث واقع شد، درباره حسن نیت صادق است؛ با این حال قانون‌گذار با لحاظ اخلاق، انصاف، نظم عمومی و اصل سرعت در تجارت و بازرگانی پای را از مصادیق فوق فراتر نهاده و گامهایی به سوی حسن نیت برداشته است که برخی از آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در حقوق کیفری حسن نیت را می‌توان در حالت عکس خود یعنی سونیت در قالب عنصر معنوی مورد توجه قرار داد. (در این زمینه ر.ک: گاستون استفانی، ژرژ لواسو، برنابولوک، منبع شماره ۲، ش ۳۵۵، ص ۳۵۴. و نیز: دکتر ایرج گلدوزیان، منبع شماره ۲۶، ص ۱۸۰). در حقوق آئین دادرسی مدنی، حسن نیت ایجاب می‌کند ارائه تمام دلائل در جریان دادرسی اجباری باشد. ماده ۹۶ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌گوید: «خواهان باید اصل اسنادی که رونوشت آن‌ها را ضمیمه دادخواست کرده است در جلسه دادرسی حاضر نماید. خوانده نیز باید اصل و رونوشت اسنادی را که می‌خواهد به آن‌ها استناد نماید در جلسه دادرسی حاضر نماید. ...

هر گاه یکی از اصحاب دعوا نخواهد یا نتواند در دادگاه حاضر شود، چنانچه خواهان است باید اصل اسناد خود را و اگر خوانده است اصل و رونوشت اسناد را به وکیل یا نماینده خود برای ارائه در دادگاه و ملاحظه طرف بفرستد و الا...». از سوی دیگر دعوای واهی (ماده ۱۰۹ قانون فوق‌الذکر) یا دعوای ورود یا جلب ثالث که با تبای و به قصد تاخیر در رسیدگی طرح می‌گردند (مواد ۱۳۳ و ۱۳۶ همان قانون) و تعیین ضمانت اجرای قانونی برای آن‌ها نشان دهنده توجه به لزوم رعایت حسن نیت است. در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز می‌توان به مسئله تقلب نسبت به قانون اشاره کرد که از تمهید وسایل برای فرار از مقررات قانون حاکم جلوگیری می‌کند. (در این زمینه ر.ک: دکتر نجاد علی الماسی، ص ۱۹۳ به بعد).

در حقوق تجارت بنابر ماده ۱۵۴ قانون تجارت، اگر چه اصولاً تنها در مواردی می‌توان به شریک سود پرداخت که این امر موجب کاهش سهم‌الشرکه‌ی او نشود و در مواردی که به دلیل ورود ضرر، سهم‌الشرکه او کسر شده است پرداخت سود ممنوع است، با وجود این اگر او وجهی از روی حسن نیت و بر اساس بیلان مرتبی گرفته است، این گرفتن مشمول ممنوعیت فوق قرار نمی‌گیرد. در حق العمل کاری نیز رفتار صادقانه ایجاب می‌کند حق‌العمل کار، آمر را از جریان اقدامات خود مستحضر سازد (ماده ۳۵۹ ق.ت) او باید اقدام لازم را در صورت وجود عیوب ظاهری در مال‌التجاره انجام داده و به آمر اطلاع دهد (ماده ۳۶۱ ق.ت). همچنین حق‌العمل کار باید حسن نیت خود را با اثبات احتراز از ضرر بیشتر، در صورتی که کالا را به قیمت کمتر فروخته است ثابت کند. (ماده ۳۶۳ ق.ت). او اگر کار نادرستی کند مستحق اجرت نیست (ماده ۳۷۰ ق.ت) ارسال کننده نیز باید نکاتی را بنابر حسن نیت و لزوم داشتن رفتار صادقانه به اطلاع متصدی حمل و نقل برساند (ماده ۳۷۹ ق.ت). حسن

نیت ایجاب می‌کند ارسال کننده در مواردی خاص نتواند مال التجاره را مسترد کند (ماده ۳۸۳ ق.ت). متصدی حمل و نقل باید در صورت تضییع سریع کالا یا بالا رفتن هزینه‌ها با اطلاع مدعی‌العموم آن را بفروشد (ماده ۳۸۵ ق.ت). او باید حسن نیت خود را در صورت تلف یا گم شدن مال التجاره به اثبات برساند (ماده ۳۸۶ ق.ت).

در مورد قائم مقام تجارتی که اختیاراتش محدود شده است حسن نیت ایجاب می‌کند آن موارد ثبت و اعلان شود تا اشخاص ثالث مطلع گردند (مواد ۳۹۷ و ۳۹۶ ق.ت). رفتار صادقانه ایجاب می‌کند دلال در نهایت صحت و از روی صداقت، طرفین معامله را از جزئیات راجع به معاملات مطلع سازد ولو اینکه دلالی را فقط برای یکی از طرفین بکند. دلال در مقابل هر یک از طرفین مسئول تقلب و تقصیرات خود می‌باشد (ماده ۳۳۷ ق.ت) و حسن نیت دلال را ملزم می‌سازد اگر در نفس معامله منتفع یا سهمیم است به طرفی که این نکته را نمی‌داند اطلاع دهد و الا مسئول خسارات وارده باشد. (ماده ۳۴۶ ق.ت) نداشتن حسن نیت در ماده ۳۴۹ ق.ت او را خائن در امانت می‌کند و ماده ۳۵۳ آن قانون او را بدون حق مطالبه اجرت رها می‌سازد. همین سوءنیت او و نداشتن رفتار صادقانه‌ای که منجر به فسخ معامله شده است حق مطالبه اجرت را از او می‌گیرد (ماده ۳۵۲ ق.ت).

در اسناد تجاری نیز اصل بر غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت است که حقوقدانان ما آن را از اطلاق ماده ۲۴۹ ق.ت به دست آورده‌اند. (دکتر ربیعا اسکیی، منبع، ص ۹۷: دکتر ناصر کاتوزیان، منبع، ص ۱۰۸، ش ۵۶، دکتر بهروز اخلاقی، ص ۲۹ به بعد). از سوی دیگر ماده ۱۱ قانون صدور چک می‌گوید: «... کسی که چک پس از برگشت از بانک به وی منتقل گردیده حق شکایت کیفری نخواهد داشت مگر آنکه انتقال قهری باشد ... تبصره: هر گاه بعد از شکایت کیفری، شاکی چک را به دیگری انتقال دهد یا حقوق خود را نسبت به چک به هر نحو به دیگری واگذار نماید تعقیب کیفری موقوف خواهد شد». در مورد فوق فرض بر این است که منتقل الیه و ناقل در انتقال چک «حسن نیت» نداشته‌اند. (دکتر بهروز اخلاقی، پیشین، ص ۳۱). و نیز کسی با علم به بسته بودن حساب بانکی خود (سونیت) مبادرت به صدور چک نماید عمل وی در حکم صدور چک بلامحل خواهد بود (ماده ۱۰ قانون صدور چک).

رعایت حقوق اشخاص ثالث در شرکتهای تجاری نشان دهنده احترام به حسن نیت می‌باشد؛ به عنوان مثال ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت چنین مقرر می‌دارد «... موسسین و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند». و یا ماده ۱۰۰ ق.ت و به طور کلی کلیه مواردی که بطلان نسبی یا عدم قابلیت استناد در آن پذیرفته شده است مبتنی بر حسن نیت است. در ورشکستگی فقدان رفتار صادقانه و حسن نیت موجب محکومیت تاجر به ورشکستگی به تقصیر یا تقلب خواهد شد و اثبات حسن نیت او منتهی به اعاده اعتبار (مواد ۵۴۱ تا ۵۴۹ و مواد ۵۶۱ تا ۵۷۵ ق.ت).

در قانون مدنی نیز ماده ۱۳۲ به منظور جلوگیری از سوء استفاده از حق در کنار اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصرف متعارف و برای رفع حاجت و دفع ضرر را مجاز اعلام نموده است: «کسی نمی‌تواند در ملک

خود تصرفی کند که متسلزم تضرر همسایه شود مگر...» و از سوی دیگر حسن نیت ایجاب می‌کند تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت باشد مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (حمایت از ظاهر) (ماده ۳۵ ق.م) تا بدین وسیله نظم و امنیت حقوقی در جامعه برقرار گردد. چرا که حسن نیت یکی از کلیدهای حفظ امنیت حقوقی است و در نظم و آشتی و صلح ریشه دارد.

حسن نیت ایجاب می‌کند قراردادهای و عقود و عهود لازم‌الوفا باشند و کسی نتواند از قول و پیمان خود عدول کند، (ماده ۲۱۹ قانون مدنی). - معنای دوم حسن نیت یعنی رفتار صادقانه که مقتضی اجرای یک تعهد است.

حسن نیت طرفین معامله را از انجام اعمال اکراه‌آمیز منع می‌کند و رفتار صادقانه را لازم می‌دارد. (موارد ۱۹۹ به بعد ق.م) و نیز قانون مدنی تصور خلاف واقع و جهل را مورد حمایت قرار می‌دهد (مواد ۲۰۰ به بعد و مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ ق.م در وطی به شبهه). این لزوم داشتن حسن نیت و رفتار صادقانه است که مانع از دادن موضوع تعهد عرفاً معیوب می‌شود (ماده ۲۷۹ ق.م). آگاهی و ناآگاهی و استناد فعل به مشروط له موجب دادن یا ندادن حق فسخ به او در ماده ۲۴۰ قانون مدنی می‌شود. قاعده تلف مبیع قبل از قبض، همانطوری که گفته شد، بر پایه حسن نیت استوار است (ماده ۳۸۷ ق.م). هر چند عقود به معاملی یا مغابنی در برابر مسامحی تقسیم می‌شوند ولی در عقود گروه نخست نیز، مغابنه و معامله نمی‌تواند تا حدی سودطلبانه باشد که موجب غبن طرف دیگر گردد، چه این امر برخلاف رفتار صادقانه است (ماده ۴۱۶ ق.م). حسن نیت از دادن مبیع معیوب، با دادن حق فسخ یا ارش جلوگیری می‌کند (مواد ۴۲۲ به بعد ق.م). و از سوی دیگر حق حبس را در اختیار طرفین قرار می‌دهد (ماده ۳۸۰ ق.م) و در بیع فضولی به خریدار جاهل (با حسن نیت= حمایت از جهل) حق مراجعه به بایع، به موجب ماده ۲۶۳ ق.م، برای دریافت ثمن و خسارات، داده شده است. ماده ۳۰۶ قانون مدنی درباره اداره فضولی مال غیر که با قصد احسان انجام می‌پذیرد نیز مؤید حمایت از حسن نیت است که موجب سقوط ضمان ذی‌الید بر مال غیر می‌شود.

وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند (ماده ۶۶۷ ق.م) و نیز باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد (ماده ۶۶۸ ق.م) و تمام اموری که وکیل قبل از خبر عزل به او در حدود وکالت خود انجام دهد، نسبت به موکل نافذ است (ماده ۶۸۰ ق.م) که همگی نشانه لزوم داشتن رفتار صادقانه و با حسن نیت و به دور از تقلب و نیت سو است. برخی از عقود نیز به عقود حسن نیت مداء، معروف‌اند که مهمترین مثال آن‌ها قرارداد بیمه است. در این عقد، تعهد به داشتن حسن نیت هم در مرحله مذاکرات مقدماتی و هم اجرای عقد و هم تفسیر عقد همواره وجود دارد. برای مثال در ماده ۱۰ قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶ مقرر شده است: در صورتی که مالی به کمتر از قیمت واقعی بیمه شده باشد، بیمه‌گر فقط به تناسب مبلغی که بیمه کرده است با قیمت واقعی مال مسئول خسارت خواهد بود. و نیز مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ در مورد دروغ‌گویی و قصد تقلب بیمه‌گذار و اعلام‌های نادرست به بیمه‌گر می‌باشد و ماده ۱۶ آن قانون درباره تشدید خطر و تغییر وضعیت موضوع بیمه مقرر شده است. ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ نیز لطمه وارد کردن به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری

را از طریق انتشارات و تصدیقات خلاف واقع موجب مسئولیت مدنی دانسته است و به کسی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت مشتریان کم و یا در معرض از بین رفتن است حق درخواست موقوف شدن عملیات مزبور را داده است. ماده ۱۴۹ و ۱۵۶ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ در مورد اضافه مساحت و تشخیص حدود و موقعیت املاک واقع در محدوده شهرها و حومه به صورت نقشه موسوم به کاداستر، به عقیده برخی از استادان از موارد پذیرش حسن نیت است. از سوی دیگر لزوم رعایت رفتار صادقانه و با حسن نیت و بدون تقلب موجب شده است تا قانونگذار در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ انتقال دادن اموال را از سوی مدیون به قصد فرار از دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم‌الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی به نحوی که باقی مانده اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد، جرم تلقی و انتقال گیرنده عالم (= با سوءنیت) را شریک جرم او محسوب نماید و انتقال را غیرقابل استناد در برابر بستانکار بداند. بدین ترتیب می‌بینیم چگونه نظام حقوقی ما به سوی حسن نیت گام برمی‌دارد و برخلاف ماده ۶۵ ق.م. در مورد وقف به قصد اضرار دیان و ماده ۲۱۸ ق.م. در مورد معامله به قصد فرار از دین که به علم و جهل خریدار توجهی نکرده است، در این جا به منظور حمایت از حسن نیت انتقال گیرنده جاهل به قصد انتقال دهنده، معامله او را نافذ و غیرقابل ابطال تلقی کند و بستانکار را مناسب‌تر برای تحمل زیان تشخیص دهد. (در این خصوص ر.ک: استاد دکتر سیدحسن صفایی، ص: ۱۴۱ به بعد). اگرچه قانونگذار در مواردی ضمناً و در مواردی صراحتاً - ماده ۴۰ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ (طلبکار با حسن نیت) و ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ (اعمال مخالف حسن نیت) و ماده ۴ قانون مربوط به قرارداد حمایت از اموال فرهنگی هنگام جنگ مصوب ۱۳۳۷ (متصرف با حسن نیت) و ماده ۱۵۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ (گرفتن وجه از روی حسن نیت) - به «حسن نیت» اشاره نموده است، در ال ۱۳۸۲ در جهت حفظ رعایت حسن نیت در معاملات سخن به میان آورده است؛ در ماده ۳ این قانون آمده است: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه شود». و در ماده ۳۵ آن قانون بیان شده است: «اطلاعات اعلامی و تاییدیه اطلاعات به مصرف کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود». و نیز در ماده ۴۶ خود گفته است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده موثر نیست».

بدین ترتیب می‌بینیم لزوم رعایت حسن نیت در معاملات به صراحت به عنوان یک تکلیف حتی در نظام حقوقی موضوعه ما رخ تابانده است. در این قانون، قانونگذار از عبارت «لزوم رعایت حسن نیت در معاملات» استفاده کرده است که خود بیانگر آن است که حسن نیت را در چارچوب مفهوم و تا حدودی که در نظام حقوقی ما قابل پذیرش است، مدنظر قرار داده است.

رویه قضایی ما نیز از این مفهوم به دور نبوده است و آن را مورد پذیرش قرار داده است. بدان نحو که گفته شد تاریکی است که نور را هویدا می‌سازد - سونیت است که موجب تفهیم حسن نیت می‌شود، فقدان سونیت نیز تا اندازه‌ی همان با حسن نیت بودن است.

در قیضه‌ای راهنین - خواهان‌های تقابل - پس از رهن سپردن ملک نزد بانک، آن را به دیگری - خوانده تقابل و خواهان اصلی - در سال ۱۳۶۱ می‌فروشند. آن‌ها پس از آن که خریدار عین مرهونه در سال ۱۳۸۲ دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی آن ملک را به خریدار عین مرهونه در سال ۱۳۸۲ دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی آن ملک را به طرفیتشان می‌دهد، به موجب دعوای تقابل، صدور حکم به ابطال قول نامه عادی مبنای دعوی خواهان اصلی را از دادگاه می‌خواهند. قاضی زارع‌پور، دادرش شعبه اول دادگاه عمومی بوستان، در این باره چنین رای صادر می‌کند: «... ثالثاً: به استناد اصل نسبی بودن قراردادهای انعقاد قرارداد (حتی بیع) در خصوص مال مرهون فی ما بین طرفین آن قرارداد، لازم الاتباع می‌باشد و احدی از آنان نمی‌تواند به استناد تنافی با حقوق ثالثی درخواست ابطال معامله را نماید؛ در واقع طرفین نمی‌توانند به لحاظ اینکه قرارداد در برابر ثالث غیرقابل استناد است، اصل نسبی بودن قراردادهای را متعرض شود. به عبارت دیگر تقاضای ابطال قرارداد مذکور را صرفاً می‌توان از مرتبه پذیرفت؛ چرا که قانونگذار برای ایشان این حق را قائل شده که ابطال قراردادی را بخواهد که به ضرر او منعقد شده است؛ آن هم در حالتی که فرض ضرر هم از بین نرفته باشد و دین کما کان مستقر باشد. اگر قرارداد مذکور به صورت کلی باطل بود، در هیچ دادگاهی نیز دعوی الزام به فک رهن آن پذیرفته نمی‌شد چرا که به استناد یک معامله باطل نمی‌توان حکمی صادر کرد و شخصی را متعهد به انجام تعهدی دانست.... رابعاً: اصل رعایت حسن نیت ایجاب می‌کند هیچ مختلفی از تخلف خود به ضرر دیگری بهره‌مند نشود؛ از این رو نمی‌توان به معامله کننده قراردادی که به ضرر مرتبه منعقد شده است این حق را بدیم که تقاضای ابطال قرارداد خود را بنماید، در حالی که از رهنه بودن مورد معامله علم کافی داشته و حال پس از مضي چندین سال که حیات اقتصادی جامعه دچار فراز و نشیب‌های بسیار شده و ثمن نیز دچار کاهش ارزش شدیدی گردیده، ایشان را محق در بهره‌مند شدن از تخلف خود بدانیم و انصاف قضایی را نادیده بگیریم. از طرف دیگر، علم طرفین به رهنه بودن مورد معامله موجب و موید آن است که معامله با قید بقا حق مرتبه منعقد شده است. از این رو، اکنون که طرفین با این قید در مقابل یکدیگر متعهد گردیده‌اند، اصل لزوم قراردادهای ایجاب می‌کند طرفین به بیع با آن کیفیت ملتزم باشند. بنا علی هذا توجهها به ماده ۱۰، ۲۱۹، ۷۹۳، ۸۷۱ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ دیوانعالی کشور و مستنداً به ماده ۱۲۵۷ قانون مارالذکر و مستنداً به ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به بی‌حقی خواهان‌های دعوی تقابل صادر و اعلام می‌نماید». (دادنامه شماره: ۸۴-۱۷۱۸-۱۰/۱۰/۸۴ در پرونده کلاسیه ۱۳۵۶/۱/۸۴).

در این رای دعوای راهنی که خود برخلاف عقد رهن و بی‌توجه به حقوق مرتبه، عین مرهونه را به دیگری فروخته و پس از گذشت ۱۱ سال از تاریخ عقد بیع و افزایش ارزش ملک و کاهش ارزش ثمن، تقاضای ابطال آن

عقد را به جهت مرهونه بودن در لحظه بیع نموده است، برخلاف رعایت حسن نیت دانسته شد و رد گردید. اگرچه به موجب رای وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰ فروش عین مرهونه منافی حق مرتهن بوده و نافذ نیست، و نیز اگرچه بنا بر قواعد عمومی قردادها، عدم نفوذ همانند بطلان از حیث طرح دعوا دارای اثر نامحدود است و هر ذینفعی می‌تواند آن را از محکمه بخواهد (دکتر ناصر کاتوزیان، منبع شماره ۲۳، ش ۴۸۵، ص ۳۳۷)، ولی دادرس دادگاه بیع مال مرهونه را در برابر مرتهن غیرقابل استناد و در روابط طرفین معتبر دانست و طرح آن دعوا را از سوی راهن نپذیرفت. بدین ترتیب، اگر بپذیریم که آن معامله در برابر مرتهن غیرقابل استناد است، اصل حسن نیت از دو جهت ایجاب می‌نماید که او پایبند به قرارداد باشد:

اولاً: حسن نیت در لحظه انعقاد قرارداد و به ویژه عقد بیع، بایع را ملزم می‌سازد مورد معامله را صحیح و سالم و بدون هیچ مدعی‌ای به دیگری بفروشد و یا اگر مدعی‌ای وجود دارد، خریدار را از وجود وی آگاه سازد. در این پرونده خریدار حاضر شده است ملک مرهونه را از راهن آن بخرد، بدین ترتیب گویی آندو - بایع و مشتری - همانطوری که در رای آمده است، با لحاظ قید مرهونه بودن ملک، آن مبیاعه را انجام داده‌اند و در نتیجه به عقد با توجه به آن قید رضایت داده‌اند. از این رو، اصل ثبات و لزوم قراردادها که در اصل حسن نیت ریشه دارد ایجاب می‌کند طرفین به آن عقد به همان کیفیت پایبند باشند؛

ثانیاً: اصل صداقت در دادرسی نیز لازم می‌دارد هر یک از طرفین در طرح و پی‌گیری دعاوی خود با حسن نیت عمل نمایند و از تخلف خود به زیان دیگری بهره‌مند نگردند.

شعبه ۲۱۶ دادگاه عمومی تهران در رای درباره دارنده با حسن نیت سند تجاری چنین گفته است: «... از آنجا که چک به مانند دیگر اسناد تجاری در ید دارنده با حسن نیت [بوده است]، اختلافات صادر کننده چک و دارنده اول ارتباطی به او پیدا نمی‌کند و چون در پرونده دلیلی بر سونیت دارندگان بعدی اقامه نشده است لذا دارنده فعلی چک به عنوان دارنده با حسن نیت بوده و استرداد چک از وی فاقد وجاهت قانونی به نظر می‌رسد...» (دادنامه‌های شماره ۸۰۸ و ۸۹ مورخ ۱۳۸۱/۶/۲، شعبه ۲۱۶ دادگاه عمومی تهران).

رای دیگر که ذیلاً می‌آید، نشان دهنده آن است که چگونه دیوان عالی کشور ما تا حدودی اینت مفهوم را شناسایی نموده و به آن احترام گذاشته است:

رای شماره ۷/۱۰/۱۶ مورخ ۸۲/۷/۲۱ شعبه ... تشخیص دیوان عالی کشور مبنی بر تأیید معامله با حسن نیت و نقض رای بدوی و تجدیدنظر و صدور حکم برائت محکومین. (نقض رای دادگاه بدوی و تجدیدنظر در شعبه تشخیص، قضاوت، منبع شماره ۱۹، ص ۴۹). خلاصه جریان پرونده: شخصی از روی حسن نیت و به منظور ایجاد محیطی آرام برای خانواده خود، ملک خویش را به دیگری می‌فروشد که مورد تعقیب دیان به عنوان انجام معامله به قصد فرار از دین قرار می‌گیرد. کلای متهمین - فروشنده و خریدار - نیز به حسن نیت آنان استناد می‌نمایند:

هیات قضات شعبه در تاریخ فوق تشکیل شد و پس از قرائت گزارش آقای عضو ممیز و اوراق پرونده در خصوص دادنامه شماره ... تجدیدنظر خواسته مشاوره نمود و چنین رای داد:

«قطع نظر از نحوه شکایت آقای (ک.م) وکیل پایه یک دادگستری که در تاریخ ۸/۱۰/۸۱ به کلانتری ارجاع شده است و ضمن آن اعلام داشته است که در تاریخ ۸۱/۹/۷ درخواست تامین خواسته گردیده و خانم (آ.ع) و آقای (م.گ) در تاریخ ۸۱/۹/۹ آپارتمان مورد بحث را به قصد قرار از دین مورد معامله قرار داده‌اند که در این صورت با توجه به تاریخ صدور قرار تامین خواسته ۸۱/۹/۱۰ که تصویر آن در پرونده امر منعکس است تاریخ معامله مقدم بر تاریخ صدور قرار تامین خواسته خواهد بود و صرف‌نظر از مفاد ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷ مبنی بر این که معامله به قصد فرار از دین نسبت به تعهدات مالی موضوع اسناد لازم‌الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی می‌باشد که در ما نحن فیه حکم محکومیت قطعی علیه محکوم علیها صادر نگردیده و سند لازم‌الاجرا نیز مستقیماً به اجرا گزاریده نشده است تا شامل مورد گردد و اصولاً چهار دانگ از شش دانگ ملک مورد بحث متعلق به آقای (م.گ) و ۲ دانگ آن مربوط به مادر وی خانم (آ.ع) بوده است و چهار دانگ از یک آپارتمان از مصادیق بارز مسکن مورد نیاز موضوع بند الف ماده ۵۲۴ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بوده و بنابراین مستثنیات دین محسوب است لذا علاوه بر عدم احراز سونیت موضوع خارج از شمول ماده ۴ نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به نظر می‌رسد با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته رای بر برائت متهمان خانم (آ.ع) و آقای (م.گ) از اتهام انتسابی صادر و اعلام می‌گردد. رای صادره قطعی است.»

در این رای می‌بینیم که چگونه کیل دادگستری به حسن نیت محکومین استناد و دیوان با عنایت به آن اینگونه رای صادر می‌کند. بدین ترتیب درمی‌یابیم که چگونه حسن نیت در تار و پود نظام حقوقی ما تنیده شده و تا چه حد به آن پیوند خورده است. اکنون به بررسی تاثیر حسن نیت در عقد وکالت و عقد بیمه می‌پردازیم.

مبحث اول: تاثیر حسن نیت در عقد وکالت

عقد وکالت، یکی از رهیافت های تجلی اصل حسن نیت در حقوق ایران است، زیرا عقد وکالت به عنوان یک عقد نیابتی، مبتنی بر واگذاری صلاح و مصلحت موکل، به وکیل در انعقاد عقود و ایقاعات و انجام کار است. در واقع، وکالت عقدی است که به حداکثر حسن نیت نیاز دارد؛ زیرا وکیل باید در انجام وظایفی که در وکالت بر عهده گرفته، مانند اعمال مربوط به خود، با کمال دلسوزی و صداقت عمل کند و چنانچه به سبب عدم اقدام، یا تأخیر در آن و یا تسامح در انجام امور وکالتی، خسارتی متوجه موکل گردد وکیل مسئول آن خواهد بود و جایز بودن عقد وکالت، رافع مسئولیت نخواهد بود (امامی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۳).

برخی از مواد قانون مدنی، نظیر ماده ۶۶۷ نشان دهنده جایگاه و اهمیت حسن نیت در عقد وکالت می باشد. این ماده، مقرر می دارد: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه موکل به طور صریح به او اختیار داده، یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار او است تجاوز نکند». از این ماده استنباط می شود که وکیل باید در هنگام معامله، به مصلحت موکل بیاندیشد و برای او به عنوان امین و نایب تصمیم بگیرد؛ اگر وکیل، مصلحت موکل را رعایت نکند، معاملاتی که انجام می دهد فضولی و غیرنافذ است و موکل را نمی توان پایبند به چنین قراردادی دانست؛ به خصوص اگر با طرف معامله، برای سوءاستفاده از اختیاراتش تبانی کرده باشد.

مشهور فقهای امامیه، وکالت را عقد دانسته اند. با این حال، برخی از فقهای امامیه، آن را از ایقاعات شمرده اند. بدین معنی که عنصر اصلی و ذات وکالت، نیابت است که با اراده موکل محقق می شود و قبول وکیل تأثیری در تحقق اذن موکل ندارد. اگر این نظر پذیرفته شود، باید گفت بسیاری از تعهدات وکیل، از جمله لزوم رعایت غبطه موکل، مبتنی بر تکلیف کلی رعایت حسن نیت است؛ زیرا قراردادی وجود ندارد تا تعهدات وکیل ریشه قراردادی داشته باشد. در نتیجه پژوهش در خصوص جایگاه حسن نیت در عقد وکالت برای بهره گیری از این اصل در حقوق ایران ضروری به نظر می رسد.

۲- تکلیف وکیل به رعایت حسن نیت

وکیل، به عنوان مأمور تشخیص و تحصیل مصلحت موکل، تکالیفی برای انجام وظیفه خود بر عهده دارد. تکلیف وکیل به رعایت حسن نیت، در چارچوب چاره اندیشی برای دستیابی به منفعت و جلوگیری از ضرر و زیان ظهور می یابد.

۲-۱- رعایت مصلحت موکل توسط وکیل

مطابق قواعد عمومی، اختیار وکیل محدود به رعایت مصلحت موکل است (ماده ۶۶۷ قانون مدنی). مصلحت، بر وزن مفعله، به معنای صلاح و حسن به کار رفته است صاحب‌المحیط، مصلحت را به معنای منفعت می‌داند برخی دیگر معتقدند صلح‌الشیئی (شیئی نیک شد) برخلاف فسد (تباه شد) به کار رفته است و در فرهنگ حقوقی، به معنای منافع تعریف شده است. بنابراین، رعایت مصالح موکل، به معنای تحصیل منافع وی نیز هست.

به هر تقدیر، در اینکه وکیل باید مصلحت موکل را در کلیه اعمال حقوقی از جانب او بر عهده گرفته، تردیدی نیست. اما با این حال، در مفهوم مصلحت و مصادیق رفتار مصلحت‌آمیز جای سخن است. در این خصوص، باید در هر مورد خاص، رفتار وکیل را با رفتار شخصی‌امین و دلسوز مقایسه کرد. بنابراین، اگرچه فروش مال موکل، به هشتاد درصد قیمت بازار، رفتاری خلاف مصلحت موکل است، ولی ممکن است در شرایط خاصی این رفتار، عین مصلحت محسوب شود. از این رو، دستیابی به معیاری ثابت جهت سنجش مصلحت‌آمیز بودن رفتار وکیل دشوار است.

در اینجا است که اصل حسن نیت رخ‌نمایی می‌کند. بدین توضیح که باید رفتار وکیل را با رفتار توأم با حسن نیت سنجید. در اینجا سخن بر سر، میزان سود و انتفاع مادی و مالی موکل از تصرفات حقوقی وکیل نیست، بلکه میزان تطابق رفتار وکیل، با مقتضیات اصل حسن نیت مطمح نظر است که به عمل وی وصف مصلحت‌آمیز می‌بخشد.

این که وکیل، مکلف به رعایت مصلحت موکل است، شرط ضمنی مستتر در قرارداد نشأت می‌گیرد. با وجود این، در فرضی که وکالت عام است-مانند: وکالت در فروش- و موکل، حق انجام هرگونه معامله، با هر قیمت و به هر کس را به وکیل می‌دهد، مفاد قرارداد مؤید اختیار مطلق وکیل در انتقال مال موضوع وکالت، به هر قیمت و به هر کس می‌باشد. توضیح اینکه مفاد این قبیل وکالتنامه‌ها، مؤید تفویض اختیار تشخیص صلاح موکل به وکیل است. بدین معنی که موکل، با اعطای وکالت عام اعلام می‌دارد که تصمیم وکیل به هر نحو که باشد، به صلاح وی است، از آنجا که بنا به فرض - حداقل در امور مالی- هر کس صلاح خود را بهتر از دیگری می‌داند، لذا معامله وکیل، به هر نحو که باشد به صلاح موکل فرض می‌شود. ولی حتی در فرض وکالت عام نیز وکیل نمی‌تواند، مورد معامله را به یک چهارم یا یک ششم قیمت واقعی و متعارف بفروشد. مبنای این نظر، آن است که این گونه معاملات، هر چند برخلاف مصلحت موکل نیست، ولی برخلاف حسن نیت وکیل در برابر موکل است. این امر، در آراء متعددی از دیوان عالی کشور تأیید شده است:

«تکیه رأی فرجام‌خواسته بر این اساس که تشخیص مصلحت موکل (با توجه به جمله بر هر مبلغ و به هر ترتیب که صلاح و مقتضی بدانند) در اختیار وکیل قرار داده شده موجه و منطقی تشخیص نمی‌گردد؛ زیرا قبول این امر مغایر مفاد ماده ۶۶۷ قانون مدنی بوده و اعمال آن به نحو اطلاق نوعی تجاوز از اختیار برحسب قرائن و

عرف و عادت و منافعی با قسمت اخیر ماده مذکور خواهد بود. این رأی، از نظر نتیجه منطقی و عادلانه است اما اسباب توجیه کننده آن مبهم و قابل انتقاد بنظر می رسد. چراکه تمیز مصلحت با خود موکل است و قانون منعی در راه تراضی طرفین و حدود اختیاری که موکل به نایب خود می دهد ایجاد نمی کند ولی بحث در این است از عباراتی شبیه آنچه در این وکالتنامه آمده است چنین بر نمی آید که موکل مصلحت خود را از یاد برده باشد و زمام کار را بطور مطلق در اختیار وکیل قرار داده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۸۱).

به اعتقاد نگارندگان، نیز نتیجه رأی فوق الذکر پذیرفتنی است؛ ولی استدلال مندرج در آن را می توان رد کرد؛ زیرا در فرضی که وکالت عام است، موکل تشخیص صلاح خود را به وکیل سپرده است و از آنجا که موکل می تواند (برای نمونه) مال خود را نظر به مصالحی به هر قیمتی به هر شخصی بفروشد، می تواند اعمال همین حق را به وکالت به وکیل واگذار نماید. ولی وکیل، موظف است با حسن نیت، نیابت از موکل را بانجام برساند، رعایت قرائن و عرف و عادت نشان دهنده از حسن نیت وکیل در این خصوص تلقی می گردد.

۲-۲- لزوم رعایت حدود اختیار اعطایی به وکیل

حال اگر وکیل، خلاف عرف و عادت، به نیابت مبادرت نماید، فاقد حسن نیت است. در اینجا این سؤال مطرح می شود که ضمانت اجرای عدم حسن نیت چیست؟ در این خصوص، باید گفت: تکلیف امر دایر است بین بطلان و عدم نفوذ معامله؛ برخی از نویسندگان این نوع تصرفات را باطل می دانند، چراکه اقدامات خسارت آمیز و زیان بار وکیل، فاقد مجوز شرعی و عقلی است و اعمال به ضرر موکل را توجیه نمی کند به نظر می رسد، دلیل بطلان ضمانت اجرای عدم رعایت حسن نیت، به سبب عدم مجوز شرعی و عقلی ملاکی مبهم است و در آن جای تردید وجود دارد. برخی از حقوقدانان، با توجه به قسمت اول ماده ۶۶۷ قانون مدنی معتقدند: اذن موکل، مفید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد. هرگاه وکیل به عمد مصلحت موکل را در نظر نگیرد، و به سود خود، یا شخص دیگری اقدام نماید، عمل او فضولی بوده و نیاز به تنفیذ موکل دارد. ماده ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ قانون مدنی نیز همین مطلب را با صراحت بیان کرده است (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۱). در حقوق انگلیس نیز با توجه به اینکه رابطه نمایندگی در حقوق این کشور، رابطه ای امانی است، رعایت مصلحت و حسن نیت در انجام معاملات توسط نماینده الزامی است.

درفقه امامیه و قانون مدنی ایران، "رعایت حدود وکالت" از وظایف وکیل شمرده شده است. (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ص ۸۰ و ۸۱. طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ص ۱۲۶ و ۱۲۹ و...). ماده ۶۶۳ قانون مدنی ایران، درباره گستره وکالت مقرر می دارد: "وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است، انجام دهد" ضمانت اجرای تخلف از این تعهد، عدم نفوذ عمل حقوقی است و در صورت امضای موکل معامله هیچ اثری، حتی در رابطه وکیل و طرف قرارداد ندارد و علم و جهل آنان به فضولی بودن عمل در نفوذ معامله مؤثر است (کاتوزیان، پیشین، ۱۳۸۹، ص ۱۸۰).

هرگاه موکل، قلمرو وکالت را تعیین کرده باشد، چنانچه در وکالت مقید چنین است، وکیل نمی تواند از مرز تعیین شده فراتر رود. بنابراین، اگر شخصی به دیگری برای اجاره دادن منزلش وکالت دهد، وکیل حق ندارد، آن را بفروشد، برای مثال در عرف، وکالت در فروش منزل، به معنای نمایندگی برای فروش ملک به قیمت روز است. هرچند منفعت بیشتری برای موکل داشته باشد. معنای وکالت در خرید نیز نیابت به خریدن جنس سالم به بهای روز است. اگر وکیل، به قضاوت عرف اعتنا نکند، حدود وکالت را رعایت نکرده است.

«شاهد ثانی» در بیان تکالیف وکیل، در صورتی که وکالت مطلق باشد بیان می دارد: وکیل (در فروش مال) نمی تواند موضوع وکالت را کمتر از قیمت بازار بفروشد. مگر اینکه میزان کاستی قیمتی که کالا را به فروش می رساند با قیمت بازار چندان قابل اعتنا نباشد. در واقع، فروش مال به قیمت پایین تر از قیمت متعارف، برخلاف حسن نیت وکیل می باشد. البته می توان گفت: منع تجویز فروش به قیمت پایین تر از قیمت بازار، مبتنی بر لزوم رعایت مصلحت موکل باشد. چنانکه قانونگذار ایرانی نیز بدان تصریح کرده است. به موجب ماده ۳۷۰ قانون تجارت «اگر حق العمل کار، کار نادرستی کرده و به خصوص درموردی که به حساب آمر قیمتی علاوه بر قیمت خرید و یا قیمتی کمتر از قیمت فروش محسوب دارد، مستحق حق العمل نخواهد بود. تبصره: دستور فوق، مانع از اجرای مجازاتی که برای خیانت در امانت مقرر است نیست» درابتدای ماده، حکم کلی درمورد نادرستی و عمل مغایر حسن نیت حق العمل کار آمده و آنچه در ادامه آمده است، مصداق مهم و بارزی از چنین رفتاری است به هر حال وظیفه کلی حق العمل کار همانند وکیل، رعایت صداقت، درستی و حسن نیت است.

«علامه حلی» نیز در قواعد الاحکام عبارت مشابهی دارد. به نظر وی، اطلاق وکالت در بیع، مقتضی فروش مال به ثمن نقد و البته رایج شهر و متعارف است.

تکلیف وکیل در وکالت در فروش مال، بیع مال به ثمن متعارف است. حال فرض کنید، وکیل برای فروش مال، با دو مشتری مواجه است که یکی به قیمت متعارف و دیگری به قیمتی بیش از قیمت متعارف، خواهان خرید مال است. در این فرض، مرحوم علامه، در عبارتی دیگر می نویسد: «وکیل نمی تواند مال را به ثمن متعارف بفروشد، بلکه باید آن را به کسی بدهد که قیمتی بیش از قیمت متعارف پرداخت می نماید».

طبیعتاً برطبق مقتضای عقد وکالت، وکیل تکلیفی به فروش مال به بیش از قیمت متعارف آن ندارد. ولی در فرض حاضر، باید دانست رعایت حسن نیت نیازمند تلاش وکیل برای کسب بیشترین سود و منفعت برای موکل است. در واقع، تکلیف وکیل به لزوم فروش مال به قیمت بیشتر، به اتکای لزوم رعایت حسن نیت توجیه پذیر می باشد، نه بر اساس وظیفه قراردادی وکیل.

فرض دیگری که علامه حلی و شهید ثانی مطرح می کنند، این است که اگر وکیل مالی را به ثمن متعارف به فروش برساند و در مدتی که بنا به فرض، وکیل حق دارد معامله را فسخ کند، مشتری دیگری پیدا شود و مایل

به پرداخت قیمت بیشتر شود، آیا وکیل مکلف به فسخ معامله جهت فروش مال به مشتری دیگری که قیمت بیشتری پرداخت می نماید می باشد؟ در اینجا، دو موضوع قابل طرح است: ۱- انجام وظیفه قراردادی در برابر خریدار. ۲- رعایت مقتضیات اصل حسن نیت در برابر موکل و در برابر طرف معامله. در این خصوص، باید گفت: اصولاً وکیل تکلیفی به عدم فسخ معامله ندارد، ولی اصل حسن نیت، در رابطه با خریدار، مقتضی آن است که وکیل معامله را به جهت تحصیل بهای بیشتر فسخ نکند. با وجود این، موضوع حسن نیت در برابر موکل نیز مطرح است. آیا حسن نیت نیازمند فسخ معامله برای به دست آوردن منفعت بیشتر برای موکل می باشد؟ « علامه حلی » در این خصوص، اشکال وارد نموده است و با آن موافق نمی باشد. اما «شهید ثانی» معتقد است، حتی اگر وکیل مال را به قیمت واقعی فروخته باشد و برای خود خیار فسخ قرارداد داده باشد و در این میان، مشتری دیگری پیدا شود و قیمت بیشتری بدهد در این صورت، بر وکیل واجب است که بیع را فسخ و به مشتری دوم بفروشد .

آگاه کردن موکل از استعفا:

در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی، به تکلیف وکیل برای اطلاع رسانی به موکل از استعفای خویش اشاره نشده است. در قرارداد وکالت نیز معمولاً به چنین تکلیفی اشاره نمی شود. ولی در نگاه عرفی، همگان وکیل را مکلف می دانند که استعفای خود را اطلاع دهد. یکی از مبانی این نگاه عرفی این است که عدم اطلاع به موکل، ممکن است موجب زیان موکل شود. همچنین حسن نیت، اقتضا می کند که وکیل استعفای خویش را به موکل اطلاع دهد. استعفای موکل، به معنی آن است که دیگر حسن جریان موضوع وکالت بر عهده وکیل نیست. بنابراین، موکل باید خودش، یا از طریق وکیل دیگری اقدام نماید.

در ماده ۳۶ قانون تعهدات سوئیس، در خصوص اقدامات پس از انقضای نمایندگی بحثی را تحت عنوان «استرداد سند مثبت نمایندگی» مطرح کرده است. حقوق مدنی ایران نیز نیازمند لحاظ چنین موردی است: «نماینده ای که اختیاراتش به موجب سند، تفویض گردیده در صورت انقضای نمایندگی، وی باید سند نمایندگی را به طرف برگرداند، یا آن را به دادگستری تحویل دهد و قصورنماینده از این جهت، سبب خواهد شد که او مسؤول جبران خساراتی باشد که به اشخاص ثالث واجد حسن نیت وارد می شود». در تفسیر این ماده بیان می شود؛ همین که نمایندگی ارادی منتفی شد، نماینده مکلف است سند نمایندگی نظیر وکالت نامه را به اصیل یا ورثه او (در صورتی که موت اصیل سبب انقضای نمایندگی بوده) برگرداند. چنانچه علاوه بر موضوع نمایندگی، حقوق و تعهدات دیگری در سند نمایندگی منعکس شده باشد، در این صورت، نماینده به جای استرداد عنوان نمایندگی، باید انقضای نمایندگی را در حاشیه آن یادداشت کند. بنا بر این، با توجه به اینکه چگونگی عزل وکیل در قانون مدنی ما نیامده است، وضع این ماده در قانون مدنی، می تواند از سوء استفاده های افراد جلوگیری نماید.

عدم رقابت با موکل

یکی از مهمترین جلوه های سوء نیت وکیل، انجام رفتار رقابت آمیز است. علت منع این رفتار، آن است که وکیل به مناسبت رابطه ای که با موکل دارد بر بسیاری از اسرار موکل اطلاع می یابد و طبیعتاً در صورت تجویز رقابت با موکل، می تواند از آن به زیان موکل استفاده کند. در واقع، حسن نیت اقتضا می کند که وکیل، از رقابت با موکل بپرهیزد؛ زیرا اساساً رقیب، در انجام رقابت، مصلحت رقیب را رعایت نمی کند و به سود خویش می اندیشد.

در قانون مدنی به منع رقابت وکیل با موکل، اشاره نشده، ولی از اصل حسن نیت، قابل استنباط است. البته باید دانست، در سایر قوانین و مقررات به منع رقابت توجه شده است. از جمله در ماده ۱۳۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ آمده است: «مدیران و مدیرعامل نمی توانند معاملاتی، نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد انجام دهند. هرمدیری که از مقررات این ماده تخلف کند و تخلف او موجب ضرر شرکت گردد مسئول جبران آن خواهد بود. منظور از ضرر در این ماده، اعم است از ورود خسارت، یا تفویت منفعت». در این ماده به صراحت به منع رقابت مدیر با شرکت اشاره شده است. با عنایت به اینکه رابطه مدیر با شرکت، مشابه رابطه وکیل با موکل است، لذا می توان از این ماده، قاعده کلی منع رقابت وکیل با موکل را استنباط نمود. باید توجه داشت که ضمانت اجرای منع رقابت تجاری با شرکت از جانب مدیران، بطلان معاملات مدیر با اشخاص ثالث نیست، بلکه مدیر متخلف مسئول جبران ضررهای وارده به شرکت به علت این گونه معاملات خواهد بود

تکلیف موکل به رعایت حسن نیت

از مطالبی که پیرامون تعهد وکیل به رعایت حسن نیت مطرح شد، تکلیف متقابل موکل به رعایت مقتضیات اصل حسن نیت، استنباط می گردد.

موضوع تعهد به رعایت حسن نیت و ضمانت اجرای آن، در ادبیات حقوقی ایران مورد مطالعه قرار نگرفته است، اما در قوانین غرب، تکلیف همکاری متعهدله مورد تصریح قرار گرفته و ضمانت اجرای آن نیز مشخص گردیده است (در بسیاری از کشورها، وظیفه همکاری متعهدله، یکی از شاخه های اصل حسن نیت در قراردادها به شمار می رود، در برخی از نوشته ها و آرای قضایی برای بیان همان تکلیف، به قاعده واصل حسن نیت استناد شده است. در برخی از اسناد بین المللی مانند اصول حقوق قراردادهای اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی و همچنین پیش نویس طرح مشترک مرجع نیز که در حقیقت، طرح اولیه قانون مدنی اروپا در آینده محسوب می شود، پیشی بینی شده و ضمانت اجرای آن نیز بیان شده است).

ارایه اطلاعات به وکیل

طبیعتاً انجام موضوع وکالت، مستلزم داشتن اطلاعات کامل است. موکل، مکلف است اطلاعات مربوط به موضوع وکالت را- هر چند جنبه شخصی و محرمانه داشته باشد- در اختیار وکیل بگذارد. این تعهد موکل، در مقررات موضوعه مورد اشاره قرار نگرفته است، ولی از مفاد تکالیف عرفی موکل و نیز از لزوم حسن نیت موکل در رابطه با وکیل خویش قابل استنباط است.

در خصوص تکلیف موکل به دادن اطلاعات لازم، نص قانونی در دست نیست. در خصوص وکالت دادگستری می توان گفت: لازمه دفاع از حقوق موکل، آگاهی وکیل از اسرار موکل است و می تواند در سرنوشت دعوی مؤثر باشد. این وظیفه، به صراحت در مقررات پیش بینی نشده است، اما با توجه به ماده ۳۰ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ که حفظ اسرار موکل را وظیفه وکیل تلقی نموده است، می توان گفت ارائه اطلاعات و اسرار شخصی لازم تا حدی که برای پیشرفت دعوی مؤثر باشد، از تعهدات موکل به شمار می رود. بدیهی است، لازمه انجام صحیح این تعهد، راستگویی و عدم کتمان حقیقت یا همان حسن نیت است.

تکلیف به دادن اطلاعات لازم به موکل، از تعهد کلی همکاری موکل با وکیل نیز قابل استنباط است.

می توان گفت: که عدم همکاری در مجموع، نقض اصل حسن نیت تلقی می شود و می تواند ضمانت اجرایی آن را به دنبال داشته باشد، با در نظر گرفتن اینکه انجام همکاری از سوی موکل در زمره تکلیف اوست، لذا نقض آن موجب خواهد شد، که وکیل بتواند به هریک از طرق جبران قابل دسترس متوسل شود.

در قوانین مدرن، تکلیف همکاری متعهدله مورد تصریح قرار گرفته و ضمانت اجرای آن نیز مشخص گردیده است. در بسیاری از کشورها، وظیفه همکاری متعهدله، یکی از شاخه های اصل حسن نیت در قراردادهای به شمار می رود. بنابراین، در برخی از نوشته ها و آرای قضایی برای بیان همان تکلیف، به قاعده و اصل حسن نیت استناد شده است. در هیچ یک از مقررات ایران، مفهوم تکلیف اشاره نشده است، اما از مواد اسناد بین المللی مورد اشاره می توان به مفهوم آن پی برد.

در ماده ۲۰۲-۱ اصول حقوق قراردادهای اروپا مقرر شده است که هر طرف قرارداد، به منظور اجرای کامل عقد، مکلف به همکاری با طرف دیگر می باشد

چنین تکلیفی، مبتنی بر اصل حسن نیت و عرف و عادت است. تکلیف موکل به همکاری با وکیل، مانند: ارائه اطلاعات لازم، اطلاع در خصوص عزل وکیل و دستورالعمل های مورد نیاز، از جمله این موارد است.

اطلاع در خصوص عزل وکیل

حسن نیت ایجاب می کند موکل عزل وکیل را به اطلاع او برساند و نیز لازم می دارد تا قبل از رسیدن این خبر، بنابر ظاهر، اعمال وکیل در برابر اشخاص ثالث به منظور احترام به اعتماد و حسن نیت آنها صحیح باشد و اگر موکل یا ورثه وی بتواند به استناد این وقایع، از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد وکیل، سرباز زند به ثالث ضرر وارد شده و موجب مشکلاتی در نظم عمومی جامعه می شود.

بنابر این، وکیلی که بعد از اعلام اراده موکل و پیش از اطلاع از عزل خود، اقدام به معاملاتی کند. در حالی که این معاملات، با توجه به عدم وجود عقد وکالت بعد از اعلام اراده موکل، فضولی محسوب می شود و این ضرری است، که هم متوجه وکیل ناآگاه می شود، و هم افراد طرف معامله. بنابراین، قانون گذار برای جلوگیری از وقوع ضرری به نام معامله فضولی، در وکالت، اطلاع به وکیل را نیز لازم دیده است یا به عبارت دیگر، این امر را جزء تکالیف موکل گردانیده است. منشأ این تکلیف، گاهی مثل ماده ۳۷ قانون آئین دادرسی مدنی، قانون است که مقرر می دارد: «اگر موکل وکیل خود را عزل نماید، مراتب را باید به دادگاه و وکیل معزول اطلاع دهد».

ماده ۳۸ قانون آئین دادرسی مدنی نیز می گوید: «مادام که عزل وکیل به اطلاع او نرسیده است، اقدامات او در حدود وکالت و همچنین ابلاغاتی که از طرف دادگاه به وکیل می شود موثر در حق موکل خواهد بود، ولی همین که اطلاع عزل وکیل به دادگاه رسید، دادگاه دیگر او را در امور مراجعه به دادرسی وکیل نخواهد شناخت».

و ماده ۴۳ همان قانون مقرر داشته است :

«عزل یا استعفای وکیل، یا تعیین وکیل جدید باید در زمانی انجام شود که موجب تجدید جلسه دادگاه نگردد، در غیر این صورت، دادگاه به این علت جلسه را تجدید نخواهد کرد».

(ماده ۳۹۹ قانون تجارت) گاهی تکلیفی عرفی است. البته عرفی که همراه با تأیید ضمنی قوانین نیز می باشد. علت این تکلیف آن است، که وقتی فردی دیگری را به عنوان وکیل خود تعیین می کند، عرف جامعه ادامه این رابطه حقوقی میان وکیل و موکل را همواره صحیح می پندارد، مگر آن که به طور یقینی برای جامعه، علم حاصل شود، که موکل، وکیل خود را عزل نموده است.

حسن نیت حمایتی در بعد اتکاء به ظاهر (وکالت ظاهری) (حمایت از ثالث)

تئوری وکالت ظاهری، یکی از حوزه هایی است که حسن نیت حمایتی در بعد اتکاء به ظاهر در آن بروز یافته است. ماده ۶۸۰ ق. م. ایران در این زمینه مقرر می دارد:

«تمام اموری که وکیل، قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است»، وجود مدلول ماده فوق (که پیروی از قول مشهور فقها است) دلیل بر این است که ریشه فکر حسن نیت کم و بیش در سیستمهای حقوقی مطلبی است شناخته شده که ضرورت زندگی انسان را به آن سوق می دهد.

ماده ۲۰۰۸ قانون مدنی فرانسه در این مورد گفته است: «اگر وکیل به لحاظ جهل به تحقق اسباب عقد وکالت، اعم از عزل یا موت، عمل به وکالت کند عمل او صحیح است». درحالیکه ماده ۶۸۰ قانون مدنی ایران صرفاً ناظر به عزل بوده و منصرف از مابقی اسباب انحلال عقد وکالت می باشد؛ چراکه این اسباب در قانون مدنی ایران برگرفته از فقه، و از تاریخ تحقق، باعث از بین رفتن وکالت می باشد نه از تاریخ اعلان. به هر تقدیر بنظر می رسد مدلول ماده ۶۸۰ قانون مدنی به نوعی بیانگر شناسایی مفهوم حسن نیت در حقوق ایران است.

و ماده ۲۰۰۹ قانون مدنی فرانسه در مورد انعقاد عقد ثالث با وکیلی که اختیارات وی منقضی شده و او اطلاع ندارد مقرر می دارد: «در حالات فوق، تعهدات وکیل نسبت به اشخاص ثالثی که با حسن نیت هستند اجرا شده می باشد». (حاجی پور، ۱۳۸۹، ص ۴۶)

حکمت این ماده، این است که روابط خصوصی افراد از تزلزل حفظ شود و با توجه به عموم ماده، این حکم اعم از تصرفات مادی و حقوقی است. حسن نیت ایجاب می کند، موکل عزل وکیل را به اطلاع او برساند و نیز لازم می دارد تا قبل از رسیدن این خبر، بنابر ظاهر اعمال وکیل در برابر اشخاص ثالث به منظور احترام به اعتماد و حسن نیت آنها صحیح باشد و اگر موکل یا ورثه وی بتواند به استناد این وقایع، از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد وکیل شانه خالی کنند به ثالث ضرر وارد شده و منجر به اختلال نظم عمومی جامعه می شود. (انصاری، ۱۳۸۹، ص ۷۶) البته این در صورتی اجرا می شود که طرف قرارداد یا وکیل نیز از عزل خود آگاه نباشد و با حسن نیت معامله کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰).

در توجیه نفوذ اعمال وکیل برکنار شده، پیش از آگاهی وی از عزل، برخی از حقوقدانان، صحیح بودن اعمال وکیل عزل شده را از مصادیق پذیرش حسن نیت در حقوق مدنی دانسته اند. مطابق این دیدگاه، وکیل نا آگاه از عزل خویش، به تصور داشتن صلاحیت انجام مورد وکالت و اعتقاد کامل به صحت عمل خود، از طرف موکل اقدام می کند. از این رو، حسن نیت اقتضا می کند اعمال او صحیح باشد و قانونگذار نیز به همین علت عمل انجام شده او را معتبر دانسته است

بنابراین، در صورتی اعمال وکیل، پس از عزل نافذ است که: الف - زیانی که از عزل بوجود آمده ناروا و نامتعارف باشد. ب- اقدامات وکیل به علت بی اطلاعی از عزل صورت پذیرفته باشد. ج- معاملات وکیل از روی حسن نیت صورت گرفته باشد. د- بی اطلاعی وکیل دور از اماره قانونی وعادی باشد.

یکی دیگر از نویسندگان، در این خصوص می گوید: لازم است تا قبل از رسیدن خبر عزل به وکیل، بنا بر ظاهر اعمال وکیل در برابر اشخاص ثالث به منظور احترام به اعتماد و حسن نیت آنها صحیح باشد (انصاری، ۱۳۸۸ ص ۹۰). برخی دیگر از نویسندگان حقوقی دلیل این حکم را حفظ روابط خصوصی افراد از تزلزل و جلوگیری از خسارت به وکیل و نیز موکل اعلام کرده اند.

اگرچه ماده ۶۸۰ ق.م. زمان رسیدن خبر عزل را ملاک قطع آثار حقوقی دانسته است، لیکن زمان رسیدن خبر عزل مبهم است، چون معلوم نیست که آیا مراد از رسیدن خبر عزل زمان و اطلاع وکیل است و یا زمان وصول این خبر به اقامتگاه وکیل است؟ برخی زمان استحضار وکیل را شرط می دانند و در توجیه آن اظهار می دارند که اولاً، ماده ۶۸۰ از ماده ۲۰۰۸ ق.م. ف اقتباس شده و در ماده اخیر استحضار وکیل از خبر عزل قید شده شده، نه زمان وصول این خبر به اقامتگاه وکیل. ثانیاً، این نتیجه را حقوق جدید و بویژه ماده ۴۰۶ ق. تعهدات سوئیس نیز تأکید کرده است. ثالثاً، موازین حسن نیت و عدالت چنین حکم می کند، زیرا عادلانه نیست اعمالی که وکیل قبل از اطلاع از خبر عزل، با حسن نیت انجام داده و معامله شخص ثالثی که به اعتماد دارا بودن سمت وکالت طرف با حسن نیت صورت گرفته باطل شود بنابراین، شکی نیست که مراد از رسیدن خبر عزل زمان استحضار وکیل از خبر است.

دکتر کاتوزیان نیز در این خصوص معتقد است: اگر خبر عزل بوسیله پست به اقامتگاه وکیل فرستاده شود، رسیدن نامه یا تلگرام به اقامتگاه او اماره برآگاهی است. از این پس وکیل باید ثابت کند که حادثه ناگهانی مانع از آگاه شدن او شده است (کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۰).

اجرای تئوری وکالت ظاهری به این صورت است، که موکل با اقدام خود مبنی بر وکیل کردن دیگری، ظاهری را ایجاد کرده که موجب اعتماد دیگران، به وجود رابطه نیابتی می شود در نتیجه زمانی که موکل بدون خبر دادن به وکیل، وی را عزل کند، در این حالت وکیل و ثالث بی خبر هستند، آن دو به بقای نمایندگی اعتماد می کنند و با اعتماد به این ظاهر معامله می کنند. براساس نظر مشهور فقه امامیه و قانون مدنی چنین اعمالی صحیح بوده و این عمل وکالت ظاهری نام دارد «شهود ثانی» و «صاحب جواهر» هم به این نکته اشاره کرده و آن را مورد تأیید قرار داده اند.

بنابراین، اگر وکیل بدون وکالت، عقدی با غیر منعقد کند، اثر آن عقد به موکل بر نمی گردد، حتی اگر آن غیر با حسن نیت بوده و بر این اعتقاد باشد که وکیل، در حدود وکالت خود عمل می کند و کافی نیست که وکیل با حسن نیت باشد تا طرف قرار داد، بتواند به تصرف وکیل در مقابل موکل استناد کند.

با این حال، در برخی موارد حسن نیت غیر، نشانه ای خارجی را که منتسب به موکل است تأیید می کند و اعتبار این نشانه به حدی است که اعتماد غیر را به وجود رابطه وکالت بر می انگیزد. در این صورت، آن غیر سزاوارتر به

حمایت است تا موکل. چرا که او، آن غیر مرتکب خطایی نشده است، حال آنکه موکل نشانه خارجی به وجود آورده که اعتماد دیگری را برانگیخته است. در این صورت، حسن نیت ثالث باعث می‌شود، قانون از وی حمایت کند. راه حمایت نیز این است که اثر عقدی را که ثالث با وکیل بسته است، نه به موجب وکالت حقیقی که وجود ندارد، بلکه به موجب وکالت ظاهری به موکل برگرداند. برای وجود وکالت ظاهری سه شرط لازم است:

شرط اول: وکیل بدون داشتن وکالت، به نام موکل عمل کند. این کار یا با تجاوز از حدود وکالتی است که به او داده‌اند، یا به ادامه وکالت پس از خاتمه یافتن آن وکالت، یا آن که به عنوان وکالت کار کند، بدون آنکه وکالتی داشته باشد، یا به وکالتی باطل یا به وکالتی قابل ابطال بعد از ابطال آن وکالت.

آنچه بیشتر پیش می‌آید تجاوز وکیل از حدود وکالت است و آن هنگامی است که متن وکالت نامه پیچیده باشد یا به ظاهر گسترده و دامنه دار باشد، ولی در حقیقت مقید و محدود به قیودی است که ثالثی که با شروط احتیاطی و توافق‌های پنهانی وکیل و موکل از خود وکالت نامه استنباط نمی‌شود.

شرط دوم - شخص ثالثی که با وکیل ظاهری معامله می‌کند، باید با حسن نیت باشد و براین عقیده باشد که وکیل جانشین موکل است، زیرا اگر ثالث به عدم وکالتنامه عالم باشد و با این حال به معامله راضی شود، خود او باید عواقب این کار را بپذیرد و نمی‌تواند اجرای معامله‌ای را که با وکیل کرده از موکل بخواهد. لازم نیست که وکیل هم حسن نیت داشته باشد. چه بسا وکیل سوء نیت دارد و می‌داند که از حدود وکالت تجاوز می‌کند، یا اینکه وکالت او به پایان رسیده، یا اصلاً وکالت نامه‌ای وجود ندارد، یا وکالت نامه باطل، یا قابل ابطال است، با این حال اگر شخص ثالث حسن نیت داشته باشد و شرایط دیگر وکالت ظاهری جمع باشد، اثر معامله به موکل برمی‌گردد.

شرط سوم - نشانه‌ای خارجی از وکالت که منسوب به موکل باشد، موجود باشد.

صرف داشتن حسن نیت، برای تحقق وکالت ظاهری کافی نیست، بلکه باید این حسن نیت مبتنی بر نشانه‌ای خارجی از وکالت باشد که از ناحیه موکل صادر شده و اعتماد غیر را به اینکه وکالتی وجود دارد، برانگیزد.

بنابراین، هنگامی که شروط سه گانه فوق، محقق شود و موکل بدون خبر دادن به وکیل، وی را عزل می‌کند، در حالی که وکیل و ثالث بی‌خبر هستند، هم‌چنان به بقای نمایندگی اعتماد می‌کنند و وکالت ظاهری بوجود می‌آید، که اثر ناشی از آن همان اثر وکالت حقیقی میان موکل و ثالث است. لازم به ذکر است که حسن نیت و سوءنیت وکیل ظاهری، بدون تأثیر نیست. در واقع، اگر وکیل حسن نیت داشته باشد و گمان کند که در حدود وکالت کار می‌کند، موکل در مورد خساراتی که از این کار به وی رسیده است به وکیل رجوع نمی‌کند، ولی اگر وکیل ظاهری، حسن نیت نداشته و بداند که وکالتی وجود ندارد و با این حال با غیر معامله کند، نسبت به موکل مرتکب خطایی شده که موجب مسئولیت ناشی از تقصیر است و به همین علت هم موکل برای خساراتی که از

معامله او با آن غیر به وی رسیده است، به او رجوع می‌کند. نکته دیگر اینکه اگر وکیل از حدود وکالت خود در معامله با ثالثی که حسن نیت دارد تجاوز کرده و شرایط وکالت ظاهری موجود نباشد، آن ثالث برای تدارک خود بایستی به وکیل مراجعه کند، نه به موکل.

به اعتقاد نگارندگان تئوری وکالت ظاهری، به صورت محدود و مضیق در حقوق ایران پذیرفته شده است. به عبارتی اعتبار قراردادی که در لوای وکالت ظاهری وکیل منعقد می‌شود خلاف اصل است. اصل بر عدم نفوذ چنین قراردادی است، مگر اینکه شرایط ماده ۶۸۰ قانون مدنی موجود باشد. مطابق این ماده، فقط قراردادی را می‌توان در قالب تئوری وکالت ظاهری نافذ شناخت که وکیل پس از عزل موکل و قبل از رسیدن خبر عزل منعقد می‌سازد. در نتیجه، سایر مواردی که ظاهر بر وکالت معتبر و اختیار وکیل دلالت دارد، گرچه ممکن است وکالت ظاهری محسوب گردد، ولی قراردادی که در سایه آن منعقد می‌شود مشمول حکم استثنایی ماده ۶۸۰ نبوده و غیرنافذ است. برای نمونه، قراردادی که وکیل عزل شده یک شرکت منعقد می‌سازد، چنانچه با علم وکیل و جهل طرف قرارداد به عزل همراه باشد، غیر نافذ است.

یک نکته مهم آن است که آیا ماده ۶۸۰ از جهت قلمرو موضوعی، حکم آن قابل سرایت به دیگر اقسام نمایندگی است؟ همانطور که می‌دانیم نمایندگی به دو حالت ارادی و قهری انجام می‌شود: قدرمسلّم آن است که حکم این ماده، قابل تسری به انواع نمایندگی‌های ارادی می‌باشد، چه وکالت مذکور در قانون مدنی، مصداق برجسته نمایندگی ارادی می‌باشد، که به تصریح مواد مختلف قانون تجارت احکام آن قابل تسری به سایر نمایندگی‌هاست. اما جواب قاطع در مورد امکان تسری حکم ماده ۶۸۰ به نمایندگی‌های قهری دشوار است: برخی از حقوقدانان، حکم ماده ۶۸۰ را تنها مختص نمایندگی ارادی می‌دانند قهری؛ زیرا اولاً؛ در نظر گرفتن تعهد به اطلاع‌رسانی، به عنوان مبنای ماده ۶۸۰ مستلزم در نظر گرفتن فردی به عنوان متعهد می‌باشد و زمانی هم می‌توان به متعهد شدن فردی چشم داشت، که وی دارای شرایط عامه تکلیف باشد. ثانیاً؛ در نمایندگی قهری آن چه در نظر قانون‌گذار مهم است، توجه به منافع منوب عنه است، نه نائب یا شخص ثالث (ایزائلو، ۱۳۸۸، ص ۶۵).

نمونه‌های دیگری از وکالت ظاهری در قوانین موضوعه دیده می‌شود که حکم آن قابل سرایت به دیگر اقسام نمایندگی است، از آن جمله: ماده (۳۳۷ قانون تجارت) تعهدات دلال رعایت صداقت و مطلع کردن طرفین از جزئیات معامله (ماده ۳۴۹)، (خیانت دلال در امانت) ماده ۳۶۱ (تعهدات حق العمل کار و اقدامات لازم راجع به کالای معیوب) ماده ۳۶۲، (تعهدات حق العمل کار در فروش اموال سریع الفساد) ماده ۳۷۰ (تخلفات حق العمل کار)، و ماده ۳ قانون کار (اعتبار تعهداتی است که نمایندگان کارفرما در برابر کارگر بر عهده می‌گیرند) که به علت طولانی شدن از ذکر آن خودداری می‌گردد. پس می‌توان گفت: جلوه‌هایی از نظریه وکالت ظاهری در قالب ماده ۶۸۰ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است.

درخصوص عدم امکان استناد به عزل قائم مقام تجارتي نیز در ماده ۳۹۹ قانون تجارت آمده است: «عزل قائم مقام تجارتي که وکالت او به ثبت رسیده و اعلان شده باید مطابق مقررات وزارت عدلیه به ثبت رسیده و اعلان شود در غیر اینصورت در مقابل ثالثی که از عزل مطلع نبوده وکالت باقی محسوب می شود». همانطور که ملاحظه می شود، این ماده از جهت عزل قائم مقام تجارتي، شبیه عزل وکیل در ماده ۶۸۰ قانون مدنی است، در تحلیل این ماده نیز باید به نظریه وکالت ظاهری و لزوم حمایت از ثالث با حسن نیت روی آورد؛ زیرا نفوذ وکالت و اختیار قائم مقام تجارتي (بعد از عزل قائم مقام) با قواعد سنتی حقوق مدنی قابل توجیه نیست. ضمن اینکه «ظاهر» متعارف حکایت از بقای سمت قائم مقام می کند و شخص ثالث با حسن نیت نیز به این ظاهر متعارف که نوعاً قابل اعتماد است شخصاً اعتماد می کند.

جایگاه دیگر حسن نیت در عقد وکالت، به رعایت تکالیف عرفی طرفین این عقد مربوط است. توضیح اینکه وکیل و موکل، هر یک در برابر یکدیگر تکالیفی دارند که مبتنی بر حکم عرفی است. گرچه مطابق ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری به منزله تصریح آن در عقد است، ولی باید گفت در وکالت، بسیاری از تکالیف حکم عرفی ندارند. با وجود این از نظر عرف، وکیل مکلف به رفتاری است که منطبق با حسن نیت، صداقت و امانت باشد. به عبارت دیگر، حسن نیت نقش مهمی در تشخیص مصادیق رفتار توأم با امانت دارد.

آخرین نکته در این بحث، مقایسه ظاهر در حقوق خارجی و ایران است. این نظریه در حقوق خارج و داخل از نظر کاربرد مشابه یکدیگرند، امارات، اصل اصالت ظاهر، قاعده استاپل، نظریه ظاهر، نمایندگی ظاهری و اصل اصالت ظاهری از جمله کاربردهای ظاهر هستند اصل اصالت ظاهر در حقوق ایران، با برخورداری از پشتوانه فقهی اسلامی، همانند: قاعده فقهی غرور، نمونه مشابه نظریه ظاهری خارجی است و از این جهت، از حقوق خارجی (کامن لا و رومی - ژرمنی) پیشینه بیشتری دارد. ظاهر، در حقوق ایران به دودسته تقسیم می شوند: دسته اول: در امارات دارای کارکرد اثباتی و به عبارت دیگر، دارای طریقت است، مانند: ظاهر الفاظ. ظاهر در چنین وضعی، دلیل واقع و مثبت حق ظاهری است، اما موجد آن نیست. دسته دوم: شامل کاربردها می شود که ظاهر دارای موضوعیت است و خود مبنایی برای ایجاد حق و تعهد می شود. به عبارت دیگر نسبت به حق یا تعهد وجه ثبوتی پیدا می کند، مانند: ظاهر در اماره مطلق قانونی اعتبار قضیه محکوم بها و غیر قابل انکار بودن مفاد اسناد رسمی و قاعده غرور.

مبحث دوم : تاثیر حسن نیت در فسخ قرارداد بیمه در حق ایران

همه ی قراردادهای باید بر اساس حسن نیت باشد اما در بیمه داشتن حسن نیت از اهمیت بسیاری برخوردار است. بیمه گذار در انعقاد قراردادی بر مبنای اصل حسن نیت متعهد به افشاء اطلاعات و خود داری از اظهارات کاذبه می باشد افشاء اطلاعات در قرارداد بیمه از اهمیت بنیادین برخوردار است. چندان که میتوان گفت تعهد مزبور از شرایط اساسی عقد بیمه است وزیر بنای تعهدات طرفین را تشکیل میدهد. از آنجا که بیمه گر جبران خساراتی در آینده را میپذیرد که از میزان دقیق آنها آگاهی ندارد بنابراین بیمه گذار باید در ارائه ی داده ها واطلاعات لازم و بایسته حسن نیت داشته باشد وگرنه زیربنای قراردادی که بر پایه ی احتمال و توافق است زیر سوال میرود زیرا بیمه گر، بدون آگاهی از میزان خطر واهمیت آن که قرار بوده بیمه گذار با اظهارات درست آنها را برای بیمه گر روشن کند پوشش بیمه ای میدهد واین توافق ورضایت بیمه گر را مخدوش میکند.

از سوی دیگر رعایت اصل حسن نیت مخصوص بیمه گذار نیست بلکه بیمه گر نیز باید تعهدات خود را در هنگام صدور بیمه نامه به صورت روشن به آگاهی بیمه گذار برساند ودر بیمه نامه درج نماید تا بیمه گذار از میزان پوشش خود آگاه باشد نا گفته پیداست که پایبندی به اصل حسن نیت از سوی بیمه گر در هنگام اجرای قرارداد و انجام تعهداتش بیشتر نمایان میشود.

در قراردادی بیمه گذار مکلف است هر آنچه که از پیرامون خطر موضوع قرارداد اطلاع دارد یا عرفا باید اطلاع داشته باشد را در اختیار بیمه گر قرار دهد. در اینجا حسن نیت مستلزم «امر ایجابی و سلبی به نحو توانمان» است. به عبارت دیگر بیمه گذار از یک طرف باید کلیه اطلاعات لازم را افشا کند واز سوی دیگر باید از بیان مطالب غیر واقع و کذب اجتناب کند. چنانچه بیمه گذار در زمان انعقاد عقد بیمه عمدا از اظهار مطالبی خود داری کند با عمدا کاذبه بنماید با اثبات آن، عقد بیمه باطل خواهد بود (ماده ۱۲ ق. بیمه).

چنان چه بیمه گذار مطالبی را کتمان نموده یا خلاف واقع تشریح کرده باشد میتواند قبل از تحقق خطر به بیمه گر رجوع نموده اظهارات سابق خود را اصلاح نماید واطلاعات صحیح را در اختیار اقرار دهد. این رجوع بیمه گذار نشان دهنده ی حسن نیت او بوده و جنبه حمایتی حسن نیت ایجاب میکند بیمه گر نتواند بر مبنای اظهارات نخستین وی عقد بیمه را باطل کند. با این حال چون اراده ی بیمه گر به اظهارات نخستین بیمه گذار تعلق گرفته و با توجه به آن اقدام به قبول انعقاد عقد بیمه نموده است می تواند یا اضافه حق بیمه را از بیمه گذار در صورت رضایت او دریافت داشته قرارداد را ابقا کند ویا قرارداد بیمه را فسخ کند. (وحدت ملاک ماده ۱۳ ق. بیمه).

بخش سوم: تاثیر حسن نیت بر فسخ قراردادبمع در کنوانسیون بيع بين المللی کالا

یکی از قواعد مسلم حقوقی که با تفاوت‌های جزئی تقریباً در اغلب نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده " اصل لزوم قرار دادها " است . از این اصل در حقوق فرانسه تحت عنوان عبارت مشهور لاتینی *Pacta sunt servanda* یاد شده و در حقوق اسلام قاعده " اصله اللزوم " یکی از قواعد معروف فقهی به شمار می رود . بسیاری از فقها ، مبنای این قاعده را آیه شریفه " اوفو بالعقود " می دانند . و در حقوق ایران نیز در مقام بیان مبانی اصل یاد شده به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اشاره شده است . صرفنظر از اختلافات نظری موجود میان حقوقدانان ، معنا و مفهوم این اصل به زبان ساده آن است که وقتی طرفین قراردادی ، با رعایت شرایط ماهوی و شکلی مبادرت به انعقاد عقدی نمودند ، اصولاً ملزم و مأخوذ به تعهداتی هستند که به موجب قرار داد به عهده گرفته اند . و در صورت تخلف هر یک از متعاملین ، طرف مقابل قرار داد با استفاده از راهکارهای مختلفی که در نظام حقوقی هر کشور پذیرفته شده " اجرای عین تعهد " و یا جبران خسارات ناشی از نقض قرار داد را مطالبه نماید . مصلحت اجتماعی و اقتصادی عظیمی پشتوانه این اصل حقوقی می باشد . با این حال مواردی پیش می آید که تأکید بر تداوم لزوم قرار داد و اصرار به اجرای مفاد آن ، به دلایل متعدد امری لغو و بیهوده به نظر می رسد . و اینجاست که به شخص اجازه داده می شود تا التزام ناشی از عقد را به سود خود بر هم زده و از تعهدات ناشی از عقد رهایی یابد . در قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه ضمن اینکه " اصل لزوم قراردادهای " به صراحت پذیرفته شده است ، با این حال بخش نسبتاً وسیعی از قانون مدنی به مبحث خیارات و احکام راجع به آن اختصاص داده شده است .

در کنوانسیون بيع بين الملل ۱۹۸۰ وین نیز موارد فسخ عقد بيع از سوی فروشنده و خریدار به ترتیب طی مواد ۶۴ و ۴۹ پیش بینی شده است . بحث راجع به اینکه فروشنده یا خریدار تحت چه شرایطی حق اعلام فسخ عقد بيع را دارند ، در تألیفات داخلی اعم از منابع فقهی و یا حقوقی و نیز در کتب خارجی به صورت مبسوط و جامع انجام شده است . ولی در خصوص بررسی و شناخت روابط حقوقی طرفین بعد از اعلام فسخ معامله و حقوق تکالیف آنان در این مدت ، هنوز ابهامات زیادی احساس می شود و هر ذی نفعی تمایل دارد که قبل از اعلام فسخ عقد بيع بداند که سرنوشت معامله بعد از اعلام فسخ عقد چه خواهد شد ؟ نگارنده در این مقاله سعی نموده با توجه به اهمیت موضوع و آثار علمی آن از حیث مسئولیت طرفین و دعاوی احتمالی ناشی از آن پاسخی متناسب تهیه و ارائه نماید . و از آنجا که این آثار در قانون مدنی بصورت مبحث مستقل و جداگانه ای نیامده و به ناچار از سایر مواد قانونی که بطور پراکنده در فصول مختلف ذکر شده و نیز اصول و قواعد کلی حقوقی بهره خواهیم گرفت . همچنین کنوانسیون بيع بين المللی " آثار فسخ عقد بيع " را طی مواد ۸۱ الی ۸۴ بیان نموده

که تطبیق آنها با احکام قانون مدنی ایران موجبات غنای بحث را فراهم نموده و به روشن شدن ابعاد موضوع و رفع خلاء های قانونی آن کمک نماید .

اثر طبیعی فسخ عقد بیع ، انحلال آن و مبری شدن طرفین از تعهداتی است که به موجب عقد بر عهده گرفته اند . بعلاوه فسخ عقد باعث می شود تا تعهداتی که احیاناً هر کدام از طرفین قبلاً آن را انجام داده اند حتی المقدور به حالت قبل از عقد برگردد . بعنوان مثال اگر ثمنی پرداخت شده به پرداخت کننده مسترد شود یا اگر کالایی تحویل شده به مالک قبل از عقد برگردد . بدیهی است که فسخ عقد ممکن است به تنهایی کافی برای اعاده وضع زیان دیده به حالت قبل از عقد نباشد و حق جبران خساراتی که در نتیجه عهد شکنی به طرف قرار داد وارد شده ، نیز از آثار فسخ عقد ، به شمار می رود

مبحث اول : انحلال عقد و زوال تعهدات قرار دادی

در اصطلاح حقوقی ، فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرار داد بوسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث . بدین ترتیب فسخ یک عقد در واقع انشای یک طرفه انحلال آن و ماهیتاً به منزله نوعی ایقاع است . و مبنای این حق اختیاری است که بنا به توافق طرفین یا مستقیماً به حکم قانون برای یک یا دو طرف قرارداد و یا شخص ثالث شناخته شده است . در حقوق ایران فسخ عقد موجب انحلال عقد از زمان انشای فسخ می شود بنا بر این اگر مورد معامله مثلاً عین معینی بوده که با انعقاد عقد بیع به مالکیت خریدار در آمده بود ، با اعلام فسخ ، مالکیت مبیع از تاریخ فسخ به فروشنده بر می گردد و یا اگر مورد معامله کلی فی الذمه ای بود که فروشنده می بایست مصداق آنرا تعیین و به خریدار تسلیم نماید ، با اعلام فسخ ، تعهد وی از این حیث ساقط شده و دیگر تکلیفی از لحاظ تهیه مصداق کلی مورد نظر و تحویل آن به خریدار ندارد . گفتنی است هر چند که ایجاد عقد مستلزم توافق اراده های دو طرف عقد است ولی فسخ عقد عملی است یک طرفه و با اجتماع شرایط قانونی ، اراده یکی از طرفین به تنهایی قادر به مرتفع ساختن عقد و زوال تعهدات ناشی از آن است معذک بعد از فسخ ، هر دو طرف قرار داد ، از تعهدات قراردادی خود مبری می شوند . یعنی به عنوان مثال همانطور که با اعلام فسخ قرار داد از ناحیه بایع ، دیگر نامبرده تکلیفی در جهت تهیه و تسلیم مبیع کلی مورد معامله ندارد ، متقابلاً خریدار نیز از هر گونه تعهد ناشی از عقد بیع اعم از پرداخت ثمن یا دیگر شروط قرار دادی مبری می شود .

هر چند که در قانون مدنی ایران ماده و یا مواد قانونی که به روشنی اثر فسخ عقد را بیان نماید وجود ندارد ولی با توجه به منابع فقهی و احکام مقرر در مواد متعدد قانون مدنی مسلم می گردد که اصولاً اثر فسخ ناظر بر آینده است و جز در موارد خاص در گذشته اثر ندارد . همچنین بعد از فسخ قرار داد ، آثار قانونی آن در فاصله انعقاد تا فسخ به قوت خود باقی می ماند . در متن انگلیسی کنوانسیون ، مسائل مربوط به آثار فسخ عقد بیع تحت عنوان "

" Effects of avoidance of the contract و در متن فرانسوی با عنوان " Effects de l'annulation du contrat

و در متن عربی با عبارت " آثار الفسخ " بحث شده است و با مطالعه مواد مختلف

کنوانسیون ملاحظه می شود که فسخ بیع در کنوانسیون با معنی و مفهوم فسخ عقد در هر یک از نظامهای حقوقی کشورهای عضو کنوانسیون متفاوت می باشد و شاید همین تفاوت معنی فسخ در کنوانسیون با مفهوم این واژه در حقوق ایران باعث شده است که بعضی از اساتید در ترجمه متن انگلیسی کنوانسیون به زبان فارسی به جای واژه فسخ از " اعلام بطلان " عقد بیع استفاده کرده اند و بعضی نیز از واژه " حق اجتناب از قرارداد " استفاده نموده اند . به هر حال هر کدام از عبارات که به کار گرفته شود باز در شناخت مفهوم این واژه الزاماً بایستی به خود کنوانسیون رجوع نمائیم ، نه قواعد داخلی کشور یا کشورهای خاصی که این اصطلاح ممکن است در آنجا معنی خاص داشته باشد .

در بند اول ماده ۸۱ کنوانسیون آمده است :

«فسخ قرار داد هر دو طرف را از وظایف مربوطه ، مشروط به این پرداخت هر گونه خساراتی که قابل مطالبه باشند خلاص می نماید . »

بدین ترتیب چه از نظر کنوانسیون و چه از دیدگاه حقوق داخلی ، فسخ عقد به معنی انحلال ارادی و یکجانبه آن توسط یکی از طرفین می باشد و از تاریخ فسخ ، هیچکدام از طرفین الزامی به اجرای آن چیزی که به موجب عقد بدان متعهد شده بودند ، نداشته و طرف دیگر نیز حق چنین ادعایی را از او ندارد . البته این امر در صورتی صادق است که کل قرار داد به عنوان یک مجموعه واحد فسخ شود . امکان فسخ قرارداد نسبت به قسمتی از مبیع و آثار آن ذیلاً بررسی می شود.

فسخ تمام یا قسمتی از عقد بیع

در موارد معمولی که یکی از طرفین از اختیارات قانونی خود در زمینه انحلال ارادی عقد استفاده می کند ، تمام عقد به عنوان پیکره واحدی موضوع فسخ قرار گرفته و تمام مبیع زائل می گردد . با وجود این ممکن است مبیع مقداری کالای مثلی ، نظیر ۱۰ تن شکر باشد که فقط قسمتی از آن معیوب در آید ، یا این که چندین کالا

مانند یخچال ، تلویزیون و ... باشد که فقط برخی از آنها معیوب بوده و یا مطابق اوصاف مقرر نباشد و یا به دلایل دیگر خریدار بخواهد عقد بیع را صرفاً نسبت به قسمتی از مبیع فسخ کند . در حقوق ایران چنانچه مبیع متعدد بوده و یا در صورت واحد بودن نیز ، قابل تجزیه بوده و قیمت هر یک از آنها یا هر واحد کالا مشخص باشد خریدار می تواند عقد بیع را نسبت به قسمتی از مبیع ، فسخ کرده و نسبت به قسمت دیگر نگهدارد . در ماده ۴۳۱ در مبحث خیار عیب آمده است :

« در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود بدون اینکه قیمت هر یک علیحده معین شده باشد و بعضی از آنها معیوب در آید مشتری باید تمام آن را رد کند و ثمن را مسترد دارد و یا تمام را نگاه دارد وارش بگیرد و تبعیض نمی تواند بکند مگر به رضای بایع».

مثلاً مورد معامله تعدادی لوازم خانگی مانند یخچال - تلویزیون - کولر و ... باشد و همه آنها یک جا به مبلغ ۵ میلیون ریال فروخته شود و یکی از آنها معیوب درآید مشتری حق تبعیض ندارد . بدیهی است اگر مورد معامله یک چیز باشد و جزئی از آن معیوب درآید مشتری نمی تواند جزء معیوب را از اصل مبیع جدا نموده و بیع را نسبت به آن فسخ نماید . البته اگر مبیع به عنوان مثال چند دستگاه تلویزیون نو باشد و یکی از آنها معیوب درآید یا مثلاً مبیع ۱۰ تن شکر باشد و سه تن از آن معیوب درآید در اینجا چون بهاء کل با آسانی قابل توزیع به نسبت تعداد اقلام مورد معامله و یا واحد کالای فروخته شده است ، خریدار مخیر در فسخ معامله نسبت به جزء معیوب یا مطالبه ارش است و چنانچه از اوضاع و احوال معلوم شود که وجود جمع در شرایط قرار داد مؤثر بوده فروشنده نیز به نوبه خود حق فسخ نسبت به جزء سالم را دارد .

ب - در صورتی که در یک عقد بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود مشتریان نمی توانند در اعمال خیار تبعیض کنند بلکه یا باید با توافق هم مبیع را رد و بیع را فسخ کنند یا اینکه به اخذ ارش به نسبت سهم خود بسنده نمایند و حق تبعیض ندارند (ماده ۴۳۲ قانون مدنی)

ج - اگر در یک عقد بایع متعدد باشد ، مشتری می تواند سهم یکی را رد و سهم دیگری را با اخذ ارش قبول کند (ماده ۴۳۳ قانون مدنی) و علت این امر آن است که مبنای حقوقی ممنوعیت تبعیض ، جلوگیری از اضرار فروشنده است که در این فرض منتفی است . همچنین در ماده ۵۱ کنوانسیون می خوانیم :

«در صورتی که بایع تنها قسمتی از کالا را تسلیم کند یا تنها قسمتی از کالای تسلیم شده " مطابق قرار داد " باشد مواد ۴۶ تا ۵۰ نسبت به بخشی که تسلیم نشده یا منطبق با قرار داد نیست اعمال خواهد شده . خریدار فقط در صورتی می تواند از تمام قرار داد اجتناب کند که عدم توفیق در تسلیم همه کالا یا عدم توفیق در تسلیم کالای مطابق با قرارداد منجر به نقض اساسی قرار داد گردد .

از نظر کنوانسیون وقتی قسمتی از کالا مقدور التسليم نباشد یا به دلیل عدم مطابقت با اوصاف مندرج در قرار

داد برای خریدار مطلوب نباشد خریدار فقط حق دارد ، بیع را نسبت به مقدار یاد شده فسخ کند و نمی تواند نسبت به مقدار دیگری که سالم است فسخ نماید به عبارت دیگر چون در تجارت بین المللی عرفاً قیمت و مشخصات کالاهای مورد معامله معمولاً به تفصیل و جداگانه نوشته می شود لذا گرایش به تجزیه بیع و فسخ فقط قسمت معیوب یا غیر مطابق با قرار داد ، بر فسخ تمام عقد بیع ترجیح داده شده است . بدین ترتیب در مواردی که مطابق کنوانسیون یا قانون مدنی عقد بیع فقط نسبت به قسمتی از مبیع فسخ می شود طرفین فقط از تعهدات مربوط به آن قسمت مبری می شوند .

عدم تاثیر فسخ عقد نسبت به پاره ای از مقررات عقد بیع

از لحاظ حقوقی عقد محصول اراده های طرفین و نقطه تلاقی خواسته های آنها با همدیگر است و در تعبیر و تفسیر مفاد آن و در چهارچوب مقررات قانونی باید به قصد مشترک طرفین به عنوان خالق و موجد عقد توجه کرد و قواعد مشهور فقهی مانند " العقود تابعه للقصد " و " اصله الصحه " مؤید این نتیجه است که اصولاً قرار دادها و توافقات اشخاص قطع نظر از قالب و شکل ظاهری آن و تا جایی که مغایر حکم آمره قانونگذار نباشد نافذ و معتبر است . تحقق هر عقد مستلزم توافق طرفین بر روی چندین امر که اصطلاحاً راکان عقد یا مقتضای ذات عقد نامیده می شود به عنوان مثال ماده ۳۳۹ قانون مدنی می گوید :

«پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن ، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود .»

عقد بیهی که مبیع آن نامعلوم و یا مقدار ثمن مشخص نباشد باطل است . با این حال قانونگذار اجازه می دهد که طرفین علاوه بر ارکان اصلی عقد ، پاره ای از امورات دیگر را نیز در قالب شروط ضمن عقد ، به مفاد قرار داد اضافه نمایند . قانون مدنی این شروط را به سه دسته تقسیم کرده است :

1- شرط صفت ۲ - شرط فعل ۳ - شرط نتیجه اما از انجا که حسب انشاء متعاقدين ، این شروط وجود مستقل ندارند لذا وجوداً و بقائاً تابع اعتبار عقد اصلی هستند و به همین علت معمولاً با فسخ عقد یا بطلان آن ، شروط مندرج در آن نیز به تبع خود عقد از بین می روند معذک بعضی شروط وجود دارند که بعد از فسخ قرار داد نیز اعتبار خود را از دست نمی دهند و اساساً این شروط زمانی قابلیت اجرائی پیدا می کنند که عقد بیع به دلیلی فسخ و یا باطل اعلام شده باشد . موارد ذیل از جمله این شروط هستند :

الف : مقررات قرار داد راجع به نحوه حل و فصل دعوی

جز در موارد خاص که به دلیل مصلحت خاص و یا به اقتضای نظم عمومی ممکن است توافق طرفین در زمینه نحوه حل و فصل دعاوی احتمالی ناشی از قرار داد مؤثر نباشد ؛ اصولاً طرفین قرار دادهای تجاری بین المللی می توانند از قبل در زمینه چگونگی حل و فصل اختلافات آتی خود که ناشی از ابهام یا اجمال یا تفسیر یا اجرا و یا

تخلف از قرار داد و یا حتی بطلان قرار داد فیما بین باشد تصمیم بگیرند و به عنوان مثال شرط نمایند که ؛ کلیه اختلافات ناشی از رابطه حقوقی معین بوسیله داور یا هیات داوری منتخب طرفین و مطابق قانون ماهوی معین و بر اساس آئین داوری مشخصی حل و فصل خواهد شد . یا اینکه طرفین توافق نمایند که در صورت بروز هر گونه اختلاف ، محاکم کشور معین و مطابق قانون فلان کشور که معمولاً قانون مقرر دادگاه مورد نظر طرفین است به دعوی رسیدگی خواهد کرد یعنی صلاحیت قانونی یا صلاحیت قضایی را در ارتباط با قرارداد خودشان تعیین نمایند . امروز این قبیل توافقات در اغلب نظام های حقوقی معتبر شناخته شده و نظریه سنتی که معتقد بود با خاتمه یافتن قرار داد ، مقررات تابع آن نیز به تبع قرار داد اصلی باطل خواهد شد مردود دانسته شده است و علت این امر پوچ و بی اثر بودن نظریه مزبور می باشد زیرا اساساً چنین مقرراتی زمانی مفید فایده است که قرار داد نتواند به مرحله اجرا گذاشته شود و از آن اجتناب گردد و هر گونه بی توجهی به آن بعد از فسخ قرار داد و اصرار بر تسری یافتن انحلال قرار داد اصلی به شرط ارجاع امر به داوری مندرج در آن در واقع به منزله نادیده گرفتن توافق صریح طرفین بوده و مانع بزرگی بر سر راه شکل گیری و توسعه مکانیزم داوری به عنوان یک تجربه موفق حل و فصل اختلافات و منازعات تجاری بوده و مبنای علمی قابل توجیهی ندارد . در بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون آمده است :

«فسخ قرار داد تأثیری در مقررات آن قرارداد که برای حل و فصل دعاوی وضع گردیده ... ندارد .»
در حقوق ایران این موضوع به شدت مورد اختلاف است . برخی از حقوقدانان با اعتقاد به نظریه تابعیت شرط از عقد اصلی ، معتقد هستند که اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است ، شرط هم بی اثر می شود هر چند که به خودی خود تمام شرایط صحت معامله را نیز دارا باشد و در توجیه نظر خود به ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق استناد می کردند که به موجب این ماده مقرر شده بود :

«در مورد ماده قبل (۶۳۵) هر گاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه قبلاً به آن رسیدگی کرده و پس از احراز معامله و قرار داد ، داور ممتنع را معین می نماید .»
حکم مقرر در ماده ۶۳۶ قانون سابق به صورتی دیگر در ماده ۴۶۱ قانون جدید آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز تکرار شده است . در این ماده می خوانیم :

«هر گاه نسبت به اصل معامله یا قرار داد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد . دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید .»

با این حال به نظر می رسد که با کمک تحلیل حقوقی و با در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده و این واقعیت که انشاء چنین شروطی در قصد مشترک طرفین ، نسبت به مقتضای ذات عقد ، از نوعی استقلال و اصالت برخوردار است و پیش بینی آن در قرار داد صرفاً در زمانی است که عقد اصلی فسخ شده و یا باطل اعلام شود ، بتوان

گفت که این توافق طرفین به منزله قرار داد علیحده ای بوده که در نفس خود معتبر می باشد و از لحاظ اعتبار و بقاء تابع عقد اصلی نمی باشد . همین نظریه در قانون داورى تجارى بين المللى مصوب ۷۶/۶/۲۶ مجلس شورای اسلامی مورد تبعیت قرار گرفته است . بند ۱ ماده ۱۶ قانون یاد شده مقرر داشته است :

« داور می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت نامه داورى اتخاذ تصمیم کند ، شرط داورى که به صورت جزئى از یک قرار داد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت نامه ای مستقل تلقى می شود و تصمیم داور در خصوص بطلان یا ملغى الاثر بودن قرار داد ، فى نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داورى مندرج در قرار داد نخواهد بود. »

و برای رسیدن به این مقصود می توان حکم ماده ۴۶۱ قانون جدید و یا ماده ۶۳۶ قانون سابق را ناظر بر موردی دانست که به تعبیر قانونگذار " اصل معامله " یا " قرارداد راجع به داورى " محل اختلاف باشد مانند این که موضوع اختلاف طرفین در خصوص امضاء یا عدم امضاء اصل معامله یا موافقت نامه داورى باشد والا در مواردی که یکی از طرفین به دلایلی نظیر خیار غبن و یا عیب مبیع در صدد فسخ عقد بر آمده و یا به علت عدم امکان تسلیم مبیع یا مالیت نداشتن آن یا تلف مبیع قبل از قبض و امثال آنها ، بطلان یا انفساخ عقد مورد ادعای یکی از طرفین باشد ؛ داور یا داوران منتخب می توانند و باید به موضوع رسیدگی و انشاء رای نمایند ولو آنکه نتیجه رای داور ممکن است اعلام تصدیق فسخ قرار داد از ناحیه فسخ کننده و یا اعلام انفساخ بیع به دلایل قانونی و یا حتی بطلان بیع از ابتدا باشد . با این توضیح که نهایتاً دادگاه صالح در مرحله شناسایی و اجرای رای داور نظارت قضایی مقرر در قوانین مربوطه را اعمال نموده و در صورت احراز شرایط قانونی ، دستور اجرای رای داور را صادر خواهد کرد . و پر واضح است که قبول نظریه مخالف مبنی بر این که در صورت وجود هرگونه اختلاف راجع به قرار داد اصلی ، داور حق رسیدگی و اظهار نظر نداشته باشد و طرفین ملزم به مراجعه به دادگاه باشند ، عملاً موجب حذف اعتبار داورى به عنوان یک نهاد حقوقی کار آمد در حل و فصل مناقشات مدنی و تجارى خواهد بود . زیرا که ملزم نمودن اشخاص به مراجعه به دستگاه قضایی دولتی ، به صرف ادعای یک طرف مبنی بر بی اعتباری معامله اصلی و یا موافقت نامه داورى و موکول نمودن ادامه رسیدگی داور به بعد از تایید شرط ارجاع به داورى یا موافقت نامه داورى از طرف دادگاه ، نهاد داورى را از اساس نابود می کند و به یاد داشته باشیم که حتی در این فرض نیز به هنگام درخواست شناسائی و اجرای رای داور مراجعه به دادگاه ضرورى خواهد بود که چنین نگرشی به نهاد داورى به هیچ وجه با اهداف آن تناسب نداشته و حتی در تجارت بین الملل گاهی چنان مرجع مشخص قضایی برای تایید صحت شرط ارجاع و یا موافقت نامه داورى وجود ندارد .

ب : ترتیب استرداد عوضین

بعد از اعلام فسخ معامله ، رابطه قرار دادی طرفین قطع می شود و این قطع رابطه حقوقی ، اقتضاء می کند که

هر کدام از طرفین مالی را که گرفته به طرف مقابل رد کند و امتناع از استرداد کالا یا وجه به مالک قبل از عقد ، ضمان آور است . نکته مهمی که بحث پیرامون آن در این جا ضروری به نظر می رسد مبنای حقوقی تکلیف طرفین در استرداد آن چیز است که به موجب عقد تحویل گرفته اند یعنی این که آیا بعد از فسخ معامله ، مبنای حکم لزوم استرداد عوضین مقتضای قصد مشترک طرفین می باشد ؛ و یا به عبارت دیگر توافق ضمنی طرفین ایجاب می کند که فسخ کننده ، آن چیزی را که دریافت داشته قبلاً یا همزمان با اعلام فسخ قرار داد مسترد دارد؟ و بدون این عمل فسخ عقد حاصل نخواهد شد ؟ یا اینکه لزوم استرداد هر کدام از عوضین به مالک قبل از عقد در مرحله تحقق فسخ و انحلال عقد تاثیری نداشته ، و ناشی از حکم کلی حرمت تصرف در مال دیگری بدون رضایت مالک بوده و جنبه تعهد قانونی دارد ؟

با توجه به مجموع مواد قانونی به نظر می رسد که در حقوق ایران تکلیف استرداد عوضین منسوب به قرار داد نبوده بلکه به حکم قانون و ناشی از ممنوعیت نگهداری و تصرف مال غیر است ولی از نظر کنوانسیون این تکلیف چهره قرار دادی دارد . بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون مقرر می دارد :

«طرفی که تمام یا قسمتی از قرارداد را اجرا کرده است می تواند از طرف دیگر اعاده آنچه را که به موجب قرار داد تحویل یا تادیه نموده است طلب کند . چنانچه هر دو طرف ملزم به اعاده باشند باید همزمان اقدام نمایند .»

قائل شدن نوعی حق حبس در مرحله استرداد عوضین با قراردادی بودن این تکلیف سازگاری بیشتری دارد . در حالی که در حقوق ایران بعد از اعلام فسخ قرار داد و مطالبه مالک ، تصرف گیرنده از مصادیق غصب بوده و هیچکدام در برابر هم حق حبس ندارند .

مع الوصف ، این امر که تکلیف طرفین به استرداد مال ماخوذه مبنای قانونی دارد . منافاتی با آن ندارد که طرفین در قرار داد خودشان راجع به چگونگی استرداد عوضین بعد از اعلام فسخ با همدیگر توافق نمایند به عنوان مثال در قرار داد ذکر نمایند که هر گاه قرار داد به یکی از دلایل مقرر در کنوانسیون فسخ شود ، خریدار مکلف است کالاهای دریافتی را به طرز خاصی بسته بندی و از طریق موسسه حمل و نقل به مقصد جدیدی که فروشنده تعیین می کند ارسال نماید . در حقوق ایران نیز چنانچه طرفین به عنوان مثال شرط نمایند هر گاه عقد بیع به دلیلی از دلایل از سوی یکی از طرفین فسخ شود ؛ فسخ کننده موظف است کالا یا وجهی را که به موجب عقد از طرف دیگر دریافت داشته همزمان با اعلام فسخ معامله به طرف مقابل تحویل یا به حساب او تودیع کند .

این شروط علی القاعده معتبر بوده و فسخ عقد نه تنها موجب زوال اعتبار آنها نخواهد بود بلکه پیدایش حق فسخ برای هر طرف منوط به این است که قبل از اعلام فسخ یا هم زمان با آن عوض دریافتی به موجب عقد را ،

به طرف مقابل تحویل داده و یا طبق تراضی قبلی فیما بین عمل نماید . در توجیه نفوذ حقوقی این شروط می توان از وحدت ملاک ماده ۴۴۸ قانون مدنی استفاده کرد زیرا وقتی طرفین می توانند سقوط تمام خیارات را به نحو مطلق در قرار داد شرط نمایند ، بالطبع می توانند ایجاد و بقاء خیار را نیز با توافق همدیگر منوط به شرایط و یا اقدامات خاصی نمایند .

بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون این قبیل توافقات را معتبر دانسته و فسخ قرار داد در مورد اعتبار آنها بی تأثیر دانسته است .

« فسخ قرار داد تاثیری در ... هر گونه مقررات دیگر قرار داد که حاکم بر حقوق و وظایف طرفین که ناشی از فسخ قرار داد است ندارد. »

هدف از وضع این قاعده مردود دانستن نظریه ای بود که به موجب آن با خاتمه یافتن قرار داد ، مقررات تابع نیز باطل خواهد شد . شروط و قیود مربوط به حقوق و وظایف طرفین که ناشی از فسخ قرار داد باشد از جمله شامل شروط محدود کننده و یا استثناء کننده مسئولیت می باشد .

9- ج : جبران خسارات ناشی از فسخ

قائل شدن حق فسخ به کسی که از قرار داد متضرر شده است ممکن است برای جبران خسارت او کافی نباشد . به عنوان مثال هر چند که خریدار مال معیوب ، بعد از اطلاع از عیب کالا نسبت به فسخ عقد اقدام می کند ؛ ولی موضوع به همین جا ختم نمی شود زیرا ممکن است خریدار در این مدت چندین فروشنده مناسب را از دست داده یا قیمتها بالا رفته یا در اثر تأخیر در تحویل کالا متضرر شده باشد این قبیل خسارتهای که عرفاً مسلم بوده و به حکم عقل سلیم می بایست جبران شود ؛ متأسفانه در قانون مدنی و سایر قوانین به وضوح قابل جبران اعلام نشده و رویه قضایی به عناوین مختلف مانند مستقیم نبودن ورود خسارت یا مربوط نبودن خسارت به خواننده دعوی و عناوینی از این قبیل تمایلی به جبران این قبیل خسارتهای ندارد . ولی در کنوانسیون به لزوم جبران این خسارتهای و نیز نحوه تقویم آنها تصریح شده است . در صدر بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون آمده است : « فسخ قرار داد هر دو طرف از وظایف مربوطه ، مشروط به پرداخت هر گونه خسارتی که قابل مطالبه باشد ، خلاص می نماید. »

همچنین طرفین می توانند از قبل راجع به میزان این خسارتهای توافق نمایند . مثلاً شرط نمایند که هر گاه عقد بیع وسیله یکی از طرفین به علت یکی از موارد مندرج در قانون فسخ شود طرف مقابل ملزم به پرداخت خسارت معینی خواهد بود . این ها در واقع شروطی هستند که آثار عدم ایفا تعهد را پیش بینی نموده اند و شروط محدود کننده و استثناء کننده یا تشدید کننده مسئولیت ، امروزه در قرار دادهای تجاری مرسوم و مقبول است .

در قانون مدنی ایران این نتیجه را شاید بتوان از مدلول ماده ۲۳۰ استخراج نمود به موجب این ماده قانونی مقرر شده است :

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف ، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید ، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»

کاربرد معمولی این حکم در جایی است که شخص متعهد به انجام امری شده و از ایفای آن تعهد خودداری نماید . در این صورت به درخواست متعهدله وجه التزام مرقوم در قرار داد به عنوان خسارت ، جایگزین اصل تعهد شده و متخلف به پرداخت آن محکوم می شود . ولی به نظر می رسد که حق مطالبه وجه التزام (خسارت عدم انجام تعهد به معنای عام کلمه) منافاتی با داشتن حق فسخ معامله ندارد و حتی بعضی از مواد قانون مدنی مانند ماده ۳۸۶ در فرضی معین آنها را قابل جمع دانسته است و فسخ معامله مانع از مطالبه وجه التزام یا هر گونه خسارت ناشی از نقض عهد فروشنده نخواهد بود .

مسئولیت متصرف بعد از اعلام فسخ معامله

از آنجا که بعد از اعلام فسخ معامله ممکن است برای مدتی مبیع در تصرف خریدار و ثمن در تصرف بایع باقی بماند ، لذا سوالی که در این جا مطرح می شود این است که بعد از اعلام فسخ معامله از ناحیه یکی از طرفین و در حالی که مبیع و ثمن قبض و اقباض شده است ، ماهیت حقوقی تصرفات هر یک از آنها نسبت به مال طرف مقابل چیست ؟

آیا بعد از فسخ معامله ، ید هر کدام از آنها نسبت به مال دیگری امانی است یا ضمانی ؟ و چنانچه بعد از اعلام فسخ معامله ، یکی از عوضین به واسطه حوادث قهری نزد دیگری تلف شود ، آیا متصرف ضامن مثل یا قیمت آن می باشد یا خیر ؟

امام خمینی (ره) در این مورد و در پاسخ به این سوال که : اگر معامله فسخ شود آیا فاسخ و مفسوخ علیه به آن چیزی که در ید اوست ضامن است یا خیر ؟ می فرماید :

« تردیدی نیست که اگر صاحب مال آن را مطالبه کند و متصرف به عدوان آن را نگهدارد یا بعد از اعلم به عدم رضایت مالک آن را حبس کند ، ید متصرف ید ضمانی است . همچنین اگر بعد از فسخ معامله متصرف با اتمام در حفظ مال ، شروع به رد آن به مالک کند و در بین راه بدون تعدی و تفریط تلف شود ؛ عدم ضمان متصرف بعید نیست .

(به دلیل قاعده احسان و انصراف دلیل ید از آن) . و اما اگر در صدد رد برنیاید و منتظر مطالبه آن از سوی مالک باشد آیا این مورد به عدوان ملحق می شود و موجب ضمان است یا ملحق به احسان و عدم ضمان است ؟

دو عقیده است که صحیح ترین آن ضمان است . به خاطر اطلاق قاعده ید و عدم انصراف آن به ید عدوانی و فقدان دلیل بر امانت شرعی بودن آن و همچنین امانت مالکانه . و شیخ فرموده که چون قبل از فسخ ید مضمونه بوده بعد از فسخ نیز اصل بقا آن است . و این قول درست نیست زیرا آنچه قبلاً ثابت بود ضمان معاملی بود که با قبض ساقط شده است .

و عده ای بین فسخ بایع و فسخ خریدار فرق قائل شده و فقط در صورت فسخ از ناحیه خریدار ، ید او را ضمانی می دانند .

دیدیم که فسخ معامله از ناحیه یکی از متعاملین ، چنانچه مطابق شرایط مقرر در قانون یا قرار داد صورت گیرد به طور یک جانبه عقد را منحل و طرفین را از انجام تعهداتی که موجب عقد بر عهده گرفته اند معاف می کند و هر دو طرف می تواند به انحلال عقد در نتیجه اعلام فسخ یکی از طرفین ، استناد کند . بعد از اعلام فسخ عدول فسخ کننده اصولاً تأثیری ندارد ؛ زیرا که با اعلام فسخ عقد فیما بین منحل و روابط قرار دادی متعاملین قطع می گردد و عدول بعدی فسخ کننده موجب اعاده وضعیت قرار دادی آنها نخواهد بود ؛ و انعقاد مجدد عقد بیع منوط به تراضی طرفین است . فسخ عقد ممکن است تمام مفاد آن شود ؛ و در مواردی که با قصد مشترک طرفین منافات نداشته باشد و تشخیص میزان ثمن در برابر ارقام مبیع معلوم باشد ، ممکن است قسمتی از عقد بیع فسخ شود . در بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون به این اثر فسخ عقد بیع ، با عبارت زیر اشاره شده است :

«فسخ قرار داد هر دو طرف را از وظایف مربوطه ... خلاص می نماید.» و بدین ترتیب انحلال عقد و زوال تعهدات آنها نسبت به آینده بدیهی ترین اثر فسخ عقد بیع است . با این حال ممکن است در عقد بیع شروطی ذکر شود که فسخ عقد در طبیعت الزامی بودن آنها ، تأثیری نکند این شروط متعدد هستند و سه مورد مهم آنها عبارتند از :

- 1- شروط مربوطه به نحوه حل و فصل دعاوی ناشی از قرار داد مانند تعیین قانون حاکم بر قرار داد یا دادگاه صالح یا ارجاع امر به داور و تشکیل هیأت داور و آیین داور و مانند اینها .
 - 2- شروط مربوط به تکالیف طرفین در مورد استرداد عوضین
 - 3- چگونگی جبران خسارت وارده
- که در موارد فوق فسخ عقد علی الاصول تأثیری نداشته و اعتبار حقوقی آنها باید به طور جداگانه و منفک از قرار داد بیع مد نظر قرار گیرد .

مبحث دوم

آثار فسخ عقد بیع نسبت به گذشته

انحلال عقد و تطبیق آثار آن

همین که عقد به طرز صحیح منعقد شد آثار حقوقی آن به حکم قانون در روابط طرفین جاری می شود و هر کدام از آنها به اعتبار وقوع عقد ممکن است دست به اعمالی زده باشند ؛ به عنوان مثال ، احتمال دارد قسمتی از کالای تحویل شده و یا جزئی از ثمن پرداخت شده باشد و مشتری از مبیع و بایع از ثمن پرداختی ، استفاده نموده باشند ؛ و حتی ممکن است آنها را موضوع اعمال حقوقی متفاوت قرار داده و به دیگری فروخته یا اجاره داده یا به وثیقه گذاشته باشند . بعد از فسخ معامله باید تکلیف اقداماتی که هر یک از طرفین به اعتبار وقوع عقد انجام داده اند ؛ مشخص شود . در حقوق ایران اثر مهم اعمال حق فسخ انحلال عقد لازم است و این انحلال نسبت به آینده انجام می شود و وجود عقد را از ابتدا حذف نمی کند . و به عنوان یک اصل اولیه تصرفات مشتری قبل از فسخ نافذ و بلا اشکال است . اعم از اینکه تصرفات ، حقوقی باشند مانند اجاره ، رهن ، و یا تصرفات مادی باشند مانند استفاده از مبیع و یا تبدیل آن به کالای دیگر ، همچنین تصرفات حقوقی مشتری جز در مورد خیار شرط اصولاً نافذ و معتبر است در مواد ۴۵۴ قانون مدنی نفوذ تصرفات حقوقی مشتری قبل از فسخ بدین عبارت بیان شده است :

« هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود. »

همینطور در ماده ۴۵۵ اعلام شده :

« اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد . » در مورد تصرفات مادی نیز اگر مشتری از مبیع استفاده نموده باشد در قبال استفاده از آن چیزی نمی پردازد ؛ زیرا عمل او به استناد حق مالکیت قانونی بوده که داشته و مالک برای استفاده از مال خود نیازمند اذن کسی نیست . البته در کنوانسیون بیع بین المللی حکم

موضوع متفاوت بوده و با اعلام فسخ معامله مشتری موظف است مبیع را مسترد نموده و منافع حاصله از آن را نیز به بايع رد کند و همينطور بايع نیز مکلف است علاوه بر رد ثمن ، بهره آن را تا مدتی که در اختیار خود داشته بپردازد . و از دیدگاه کنوانسیون اصل این است که با اعلام فسخ معامله ، کلیه اقداماتی که از تاریخ عقد صورت گرفته به حالت قبلی برگردد .

تکلیف استرداد عوضین و هزینه های آن

همانطور که در شماره " ۸ " اشاره شد ، بعد از اعلام فسخ عقد بیع ، هر کدام از طرفین حق دارند که استرداد هر آنچه را که در مقام انجام وظایف و تعهدات قرار دادی خود به طرف دیگر پرداخته یا تحویل داده بخواهد . فروشنده مکلف است ثمن دریافتی را به خریدار پس بدهد و خریدار نیز بنوبه خود مکلف به رد مبیع است . علیرغم فقدان نص قانونی به نظر می رسد که هزینه استرداد مبیع بر عهده خریدار و هزینه رد ثمن بر عهده فروشنده باشد ؛ مگر این که علت فسخ قرار داد تخلف یکی از طرفین از انجام تعهداتی باشد که بر عهده گرفته بوده که در این صورت مسئولیت هر گونه خسارت وارده بر عهده فرد متخلف است . در کنوانسیون بیع بین المللی بعد از اعلام فسخ قرار داد توسط یکی از طرفین " طرفی که تمام یا بخشی از قرار داد را اجرا کرده می تواند تقاضای استرداد آن چیزی را که وی به موجب قرار داد تحویل داده یا تادیه کرده بنماید . " و اصولاً اقدامات طرفین تابع قانون ملی قابل اعمال است و ممکن است از قبل در خصوص چگونگی استرداد عوضین با همدیگر توافق کرده باشند . در خصوص هزینه های مربوط به استرداد چنانچه عقد بیع به علت حوادث خارجی و مطابق مقررات مذکور در ماده ۷۹ به بعد کنوانسیون غیر قابل اجرا شده باشد هر کس مسئول مخارج خویش برای استرداد کالا یا باز پرداخت ثمن است . و چنانچه علت فسخ قرار داد نقض اساسی تعهدات یکی از طرفین باشد متخلف مسئول جبران کلیه خسارت وارده است . با در نظر گرفتن مطالب فوق و اصول و قواعد حقوقی می توان گفت چنانچه عقد بیع به یکی از علل قانونی فسخ شود ؛ استرداد عوضین و تکلیف طرفین نسبت به آن ، ناشی از حکم قانونگذار است و تاخیر در آن یا امتناع از استرداد بویژه زمانی که مالک آن را مطالبه کند ، موجب تغییر ید متصرف به ید غاصبانه است . در مورد هزینه ها نیز چنانچه علت فسخ قرار داد خواست مشترک طرفین باشد (مانند خیار شرط) یا به علت حادثه خارجی باشد (مانند عارض شدن عدم قدرت بر تسلیم و استفاده از خیار تعذر تسلیم) هر طرف مسئول هزینه هایی است که جهت استرداد عوض دریافتی خود لازم است . و چنانچه علت فسخ مربوط به تخلف یکی از طرفین باشد مانند عیب مبیع یا کمتر درآمدن آن از مقدار معین در قرار داد ؛ که در این موارد فقط متخلف مسئول پرداخت هزینه های مربوط به استرداد عوضین است .

همزمانی استرداد عوضین

گفته شد که تکلیف استرداد عوضین در حقوق ایران اصولاً ناشی از حکم قانون و ناشی از حرمت تصرف مال غیر بدون اجازه مالک است . و روی همین اصل است که هیچ کدام از طرفین حق حبس مال دیگری را به بهانه دریافت مال خود از او ندارد . ولی از دیدگاه کنوانسیون :

«چنانچه هر دو طرف ملزم به اعاده باشند آنها باید این کار را همزمان انجام دهند .»

به عبارت دیگر بعد از اعلام فسخ قرار داد هر کدام از طرفین می تواند استرداد آن چیزی را که به موجب عقد دریافت داشته منوط به رد عوض دریافتی طرف دیگر نماید . مقررات کنوانسیون در خصوص مبادله عوضین بعد از فسخ قرارداد از حیث رعایت عدالت قراردادی و حقوق طرفین جالب توجه است و با قائل شدن نوعی حق حبس (تعلیق ایفاء تعهد) سعی دارد از ورود خسارت به دیگری جلوگیری نماید . و قاعده اساسی در کنوانسیون این است که هر دو طرف احتمالاً می تواند ایفاء تعهد خود را معلق کند مشروط بر اینکه آشکار شود که طرف دیگر بخش عظیمی از وظایف خود را انجام نخواهد داد .

نتیجه این که با توجه به فقدان حکم صریح قانونی که بیان کننده چگونگی انجام استرداد عوضین بعد از فسخ معامله باشد و با در نظر گرفتن ماهیت حقوقی موضوع و اصول کلی حقوقی به نظر می رسد چنانچه طرفین به موجب شرط ضمن عقد اعمال حق فسخ را منوط به استرداد قبلی کالا یا ثمن (یا تودیع قبلی هر یک از آنها نزد مرجع قضایی) نکرده باشند اصولاً اعمال حق فسخ ، یک عمل حقوقی بوده و مطابق ماده ۴۴۹ و ۴۵۱ قانون مدنی فسخ ممکن است به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن داشته باشد واقع گردد . و تحقق فسخ و انحلال عقد مستلزم این نیست که فسخ کننده قبل از اعلام فسخ یا مقارن آن نسبت به استرداد مبیع یا ثمن اقدام نماید و در این مورد مقررات کنوانسیون با قصد مشترک طرفین و رعایت حقوق طرف مقابل سازگاری بیشتری داشته و بر شیوه اتخاذی قانون مدنی ما ارجحیت دارد . و انصاف اقتضاء می کند کسی که فسخ قرارداد را اعلام می کند حداقل در فاصله زمانی کوتاه آن چیزی را که به موجب عقد تحویل گرفته به طرف مقابل رد کند و طرف دیگر نیز حق دارد استرداد عوض دریافتی را منوط به دریافت مال خود کند . البته شایان ذکر است که از لحاظ فقهی و به موجب قاعده " تقاص " تصاحب مال مدیون منکر دین یا ممتنع از پرداخت دین ، از طرف بستانکار و بدون مراجعه به دادگاه در صورتی که خوف فتنه نباشد جایز است ولی در قوانین کنونی کشور تقاص نیست .

مقدور نبودن استرداد مبیع

از آنجا که به مجرد انعقاد عقد بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود و هر گونه تصرفات منتقل الیه اصولاً جایز است ؛ بنا بر این ممکن است بعد از اعلام فسخ عقد و بدلیل تصرفات یا اتفاقاتی که بعد از تسلیم مبیع به خریدار ، رخ داده باشد استرداد مبیع ممکن نباشد ؛ مانند اینکه خریدار آن را به دیگری انتقال داده و یا

در ید وی تلف شده و یا تغییرات اساسی یافته باشد . حال می خواهیم ببینیم در این موارد حکم قانون چه می باشد ؟ مسلم است که تلف مبیع یا انتقال آن به ثالث مانع اجرای حق فسخ نمی باشد ؛ جز در مورد خیار عیب که در صورت تلف مبیع یا انتقال آن به دیگری و یا انجام تغییرات اساسی در آن ، حق فسخ به حکم قانون ساقط و شخص ذینفع ، فقط حق مطالبه ارزش را دارد . در بقیه موارد حق فسخ به قوت خود باقی بوده و ذوالخیار می تواند عقد بیع را فسخ کند . که صور مختلف موضوع ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد .

تلف یکی از عوضین

مطابق ماده ۲۸۶ قانون مدنی :

«تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود » .

در حکم تلف است موردی که یکی از عوضین در وضعیتی باشد که عادتاً مقدور التسليم نیست ؛ مثلاً به سرقت رفته و یا مفقود شده و یافتن آن عادتاً مقدور نمی باشد . هر چند که این ماده در مورد اقاله است ولی دیدیم که آثار اقاله با آثار فسخ اصولاً یکی است جز اینکه فسخ انحلال یکجانبه عقد است و اقاله انحلال دو جانبه آن می باشد که گاهی تفاسخ نیز نامیده می شود . بنا بر این از حیث آثار و نقش تلف در روابط حقوقی طرفین احکام مقرر درمبحث اقاله در خصوص فسخ قرارداد نیز قابل اجراست . پس در صورت تلف مبیع یا ثمن عین معین ، فروشنده یا خریدار حسب مورد باید مثل عوض تلف شده را در صورت مثلی بودن و قیمت آن را در صورت قیمی بودن به طرف قرارداد خود بدهد و سوالی که در اینجا به ذهن می رسد این است که اگر قرار باشد قیمت مال تلف شده به صاحب آن داده شود قیمت چه زمانی ملاک خواهد بود ؟ قیمت زمان تلف یا زمان فسخ یا زمان پرداخت یا اعلی القیم در فاصله تلف تا پرداخت ؟

قانون مدنی در این باره حکم روشنی ندارد ولی بعضی از فقهای امامیه قیمت زمان تلف را ملاک دانسته اند و به نظر برخی از حقوقدانان ، قیمت زمان تلف نمی تواند ملاک باشد زیرا در زمان تلف کالا مال مالک بوده و دلیلی ندارد که قیمت مال تلف شده در زمان تلف بر ذمه مالک آن قرار گیرد بلکه چون در زمان فسخ انتقال گیرنده می بایست عین مال را به مالک اول برگرداند بعلت تعذر استرداد عین در همین لحظه ذمه او به قیمت مال مشغول می گردد .

با این حال به نظر می رسد که باید تلف مال قبل از فسخ بیع و تلف آن بعد از اعلام فسخ تفاوت قائل شد . در فرضی که مال در ید خریدار و در زمانی که او به موجب عقد بیع مالک شرعی و قانونی آن است تلف شود دلیلی

بر محکومیت او به قیمت مال تلف شده مشغول می شود. ولی چنانچه بعد از اعلام فسخ، مبیع در ید خریدار و یا ثمن معین در ید بایع تلف شود به دلیل صدق عنوان تصرف بر مال غیر بدون مجوز قانونی بعید نیست که قیمت زمان تلف یا پرداخت ملاک باشد.

حال باید دید هرگاه بعد از اعلام فسخ معامله، مثل یا قیمت مالی بعنوان بدل به مالک اصلی داده شد و بعداً اصل مال پیدا شده و به حیطة اختیار شخصی درآید که بدل را داده است آیا او ملزم است آن را به مالک اصلی بدهد؟ یا با دادن بدل، ذمه او بری شده و موجبی برای این التزام وجود ندارد؟ با این حال به نظر می رسد که باید با باباد

ممکن است در پاسخ به این سوال گفته شود چون با مفقود شدن یا سرقت رفتن یکی از عوضین رابطه قانونی مالکیت شخص مالک قطع نمی شود، لذا با اعلام فسخ خود بخود مالکیت آن مال مفقود یا مسروقه به مالک اولی بر میگردد و حال که خود مال پیدا شده و در حیطة اختیار کسی در آمده که به موجب عقد آن مالک شده بود، باید همین مال به او تسلیم شده و اگر بدلی قبلاً داده شده آن بدل مسترد گردد. ولی این استدلال قانع کننده بنظر نمیرسد چه اینکه در زمان اعلام فسخ بدلیل اینکه تعذر در حکم تلف است؛ شخص مالی را بعنوان بدل همیشگی به مالک اولی داده و برائت ذمه پیدا کرده است و این مورد قابل مقایسه با بدل حیوله در غصب نیست. زیرا در غصب بدل حیوله همانطور که نامش پیداست بدلی است که بعنوان جانشین موقت و بعلت حایل شدن غاصب بین مال و مالک داده می شود و بعد از پیدا شدن مال نیازی به بدل حایل نیست ولی در فسخ بدلیل این که تسلیم مال عادتاً مقدور نبوده بدل داده شده قطعی و همیشگی است.

انتقال یکی از عوضین به دیگری

چنانچه بعد از انعقاد عقد بیع، منتقل الیه مالی را که او تحت عنوان مبیع یا ثمن تملیک شده به دیگری انتقال دهد، و سپس عقد بیع توسط یکی از طرفین فسخ شود؛ مثلاً خریدار مبیع را به دیگری بفروشد و سپس فروشنده به استناد خیار غین در مقام فسخ عقد بیع اولی برآید سوال این است که با انحلال عقد بیع اول، تکلیف بیع دوم چه می شود؟ و منتقل الیه بیع اول بعد از فسخ عقد چیزی به بایع باید رد کند؟ در پاسخ به این سوال شاید بتوان گفت انحلال بیع اول کاشف بعمل آید که خریدار مالک نبوده و لذا بیع دوم خود بخود منفسخ میگردد. ولی این نظریه قابل دفاع نیست زیرا اگر بیع اول باطل نبود این استدلال قابل قبول و مالاً تمام قراردادهای در ملک خود مطابق قانون صورت گرفته لذا هیچ خدشه ای به بیع دوم وارد نمی شود بدیهی است چنانچه ذوالخیار خود خریدار باشد و با علم به خیار آن را به ثالث انتقال دهد، مطابق عقیده مشهور فقهای امامیه حق فسخ او ساقط

می شود؛ ولی اگر بدون اطلاع اطلاع خیار آن را به دیگری انتقال دهد و سپس متوجه خیار فسخ شود حق فسخ

او باقی است. و در هر حال انتقال مبیع توسط خریدار به دیگر مسقط خیار فسخ بایع نخواهد بود و بعد از اعلام فسخ بیع، خریدار موظف است بدل آن را از مثل یا قیمت بر حسب مورد به بایع بدهد. البته خیار عیب از این قاعده مستثناست و چنانچه خریدار مال معیوب، آن را به دیگری انتقال دهد بعد از اطلاع از عیب فقط حق مطالبه ازش دارد و نمی تواند عقد بیع را فسخ نماید.

چگونگی استرداد عوضین در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین

از نظر کنوانسیون برای اینکه خریدار بتواند قرارداد را فسخ کند یا حتی مطالبه بدل را بنماید باید بتواند کالای دریافتی را عمدتاً با همان وضعیت که آنها را دریافت نموده مسترد دارد؛ و در صورت توانایی انجام این عمل، حق اجتناب از قرارداد را از دست خواهد داد. با این حال مواردی وجود دارد که علیرغم مقدور نبودن استرداد کالا بیع قابل فسخ است.

این موارد در ماده ۸۲ کنوانسیون بدین شرح آمده است:

«اگر برای خریدار استرداد کالا عمدتاً با همان وضعیتی که آنها را دریافت کرده مقدور نباشد حق اعلام فسخ قرارداد یا الزام فروشنده به تسلیم بدل کالا را از دست خواهد داد؛ پاراگراف بالا در موارد ذیل مجری نیست:

الف - چنانچه عدم امکان استرداد کالا یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که خریدار آنها را دریافت کرده ناشی از فعل یا ترک وی نباشد.

ب - چنانچه تمام یا بخشی از کالا بر اثر بازرسی و آزمایش موضوع ماده ۳۸ از بین رفته باشد.

ج - تمام یا بخشی از کالا، پیش از آنکه خریدار عدم انطباق کالا را کشف نموده یا باید کشف می نمود در جریان عادی تجاری توسط وی به فروش رسیده یا مصرف شده یا تغییر شکل یافته باشد»

بدین ترتیب ملاحظه می شود که از نظر کنوانسیون امکان عملی استرداد کالا رابطه نزدیکی با حق فسخ عقد بیع دارد و خریداری که نخواهد یا نتواند کالای دریافتی را مسترد نماید ولو آنکه عدم مطابقت کالا را با مشخصات مورد توافق به اثبات برساند حق فسخ بیع را ندارد. استثنای مذکور در بندهای سه گانه ماده ۸۲ کنوانسیون بعلت مقتضیات عملی تجاری بین المللی بوده و قابل توجیه است زیرا عادلانه نیست که حق فسخ خریدار در صورتی که عامل خارجی اجتناب ناپذیر موجب عدم امکان استرداد کالا میشود نادیده بگیریم یا بعضی عیوب ممکن است در کالا وجود داشته باشد که قبل از بازرسی دقیق فنی و آزمایشگاهی معلوم نمیشود؛ و در مرحله بازرسی و آزمایش لایذ مقداری از کالا از بین رفته یا فاسد خواهد شد و این امر نباید مضیع حق خریدار باشد و بالاخره مورد مقرر در بند ج ماده ۸۲ برای حمایت از مشتری با حسن نیت است، که قبل از کشف عیوب کالا، مقداری از آن به فروش رفته یا مصرف شده یا تغییر شکل یافته و بعداً انطباق کالا کشف شود حق فسخ خریدار را محفوظ می داند.

مفسرین کنوانسیون اضافه می نمایند؛ اگر کالا کلی فی الذمه یعنی کالایی باشد که اشتباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع است ولو آنکه کالای دریافتی مشتری بدلیل قصور او تلف شد باشد خریدار میتواند کالای جانشین را تدارک نموده و با اعلام فسخ قرارداد آنها را به فروشنده مسترد دارد و در مقام استرداد حکم کنوانسیون انعطاف پذیرد بوده و لازم نیست که کالا « عیناً » در همان وضعیتی که دریافت شده مسترد گردد. بلکه کافی است که عمدتاً در همان وضعیتی که دریافت نموده باشد. به عنوان مثال ممکن است ماشینی که تنها چند بار از آن استفاده شده قابل استرداد باشد.

منافع و نمائات حاصله از کالا

نظر به اینکه قانون مدنی در مبحث خیارات در خصوص احکام منافع مبیع یا ثمن بعد از اعلام فسخ بیع به سکوت رفتار کرده و از آنجا که از نظر تحلیلی اقاله و فسخ عقد از حیث آثار حقوقی شبیه به هم هستند لذا غالب مولفین و نویسندگان حقوقی در تعیین حکم منافع (منفصل و متصل) از مواد قانونی مدنی در زمینه اقاله استفاده می نمایند مطابق ماده ۲۸۷ قانون مدنی

« نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ، ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود.» مطابق این ماده در مورد فسخ نیز میتوان گفت نمائات و منافع منفصله مورد معامله از زمان عقد تا زمان فسخ ، ملک شخصی است که بموجب عقد بیع مالک شده است ولی نمائات متصله مربوط به زمان به تبع عین مال ، مجدداً به مالکیت مالک اولی (فروشنده) بر میگردد. بعنوان مثال چنانچه مبیع یک قطعه باغ باشد، در این صورت چنانچه عقد بیع مثلاً بعد از سه ماه فسخ شود، کلیه میوه های درختان باغ که بعد از عقد، از باغ حاصل شده و توسط خریدار برداشت شده و یا قابل برداشت ، مالک خریدار بوده، ولی منافع مربوط به میوه های نرسیده و بزرگ شدن درختان در مدت سه ماه به تبع عین باغ به بایع برمیگردد و علت این امر آن است که چون منافع منفصله در مالکیت خریدار ایجاد شده لذا متعلق به اوست ؛ ولی منافع متصله هر چند که در مالکیت خریدار بوجود آمده ولی نظر به اینکه جدا از عین باغ استقلال عرفی نداشته و با آن وحدت کامل دارد لذا به تبع عین مالکیت فروشنده درخواهد آمد .

قانون مدنی در حالی که در ماده ۲۸۷ بشرح فوق میان منافع منفصل و متصل قائل به تفکیک شده ولی در ماده ۴۵۹ در بیع شرط ظاهراً این امر را لازم ندانسته و مقرر داشته :

«...نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.»

و ممکن است تو هم شود که در فسخ بیع، نمائات و منافع منفصله و متصله هر دو متعلق به مشتری می شود و

در مقام جمع بین حکم مقرر در این ماده و ماده ۲۸۷ گفته شود که ماده ۴۵۹ در مورد فسخ عقد است ولی ماده ۲۸۷ در مورد اقاله و هر کدام در مورد موضوع خاص خود باید اجرا شود. ولی این نظریه قابل دفاع نیست زیرا اقاله همان فسخ عقد وسیله طرفین است و بعید است که اثر فسخ و اقاله در خصوص منافع چنین متعارض باشد بلکه باید بر آن بود که قانون گذار در ماده ۴۵۹ در مقابله بیان تفصیلی حکم منافع در مورد فسخ نبوده است و تفصیل مطلب را ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مبحث اقاله بیان می کند که همان احکام در فسخ نیز جاری است . در کنوانسیون مسئله منافع در نمائات به صور محدودتری مطرح شده زیرا منافع متصل موضوعاً مطرح نیست یعنی کالاهای مورد معامله در تجارت بین المللی چیزهایی نیستند که منافع متصل مانند چاقی در حیوانات یا بزرگ شدن در درختان داشته باشند و منافع منفصل هم نوعاً، چیزی نیستند که قابل تفکیک بوده و وجود مستقل از مال مورد معامله باشد مثل بره گوسفند ؛ بدین ترتیب منافع مورد نظر کنوانسیون بصورت استفاده از یک کالا مطرح می شود منتهی موارد دیگر نیز به این بحث ملحق شده که حقیقتاً منافع یا نماء نمی توان گفت بلکه بدل کالای مورد معامله است. خلاصه آنکه از دیدگاه کنوانسیون بعد از فسخ بیع هر کدام از متعاملین موظف هستند که عوض دریافتی را به همراه هرگونه منافعی که برده اند به مالک اولیه عودت دهند و فرقی بین منافع منفصل و متصل قائل نشده و مبنای این قاعده را تئوری دارا شدن غیر عادلانه دانسته اند منافع در کنوانسیون معنای عامی داشته و شامل هرگونه عواید و وجهی است که از محل فروش ، اجاره ، رهن یا استفاده کالا عاید خریدار شده است و منظور نویسندگان کنوانسیون آن بوده که بعد از فسخ بیع، موقعیت هر یک از طرفین به حالت قبل از عقد برگشته و اینگونه تلقی شود که اصلاً قراردادی منعقد نشده بوده است بهمین موال و متقابلاً فروشنده به رد بهره ثمن دریافتی میباید در ماده ۸۴ کنوانسیون می خوانیم :

«۱- چنانچه بایع ملزم به رد ثمن باشد مکلف است بهره آن را از تاریخ تادیه ثمن بپردازد .

۲- در موارد زیر مشتری مکلف است منافع حاصله از تمام یا بخشی از کالا را تحویل بایع نماید :

الف - چنانچه مکلف به اعاده تمام یا قسمتی از کالا باشد .

ب - چنانچه اعاده تمام یا قسمتی از کالا یا عمدتاً با همان وضعیتی که دریافت نموده برای وی مقدور نباشد ولی با این وصف ، اعلام فسخ کرده یا از بایع مطالبه بدل نموده باشد.»

کنوانسیون در مورد نرخ بهره و اینکه اساس قانون کدام کشور محاسبه شود. حکمی ندارد . عده ای از مفسرین نرخ محل اقامت فروشنده را ملاک می دانند زیرا وظیفه پرداخت مشتق از تعهدات فروشنده می باشد تا استرداد را عملی سازد نه وظیفه خریدار که مدعی خسارت شود بهر حال این دیدگاه محل بحث است؛ و تعیین قانون حاکم بر نرخ بهره در عمل بسیار پیچیده تر است وانگهی اگر هدف اعاده وضعیت هر کدام از طرفین به حالت قبل از انعقاد عقد باشد باید نرخ محل اقامت خریدار که ثمن را پرداخته ملاک قرار گیرد و مقام رسیدگی کننده

به اختلاف ابتدا قانون ماهوی حاکم بر قرارداد را تعیین و سپس درمورد تعلق بهره و میزان آن تصمیم می گیرد . فراموش نکنیم که تعلق بهره به ثمن پرداختی و لزوم استرداد آن بعد از فسخ بیع در متن کنوانسیون به تصریح پذیرفته شده و در صورت شمول کنوانسیون ، قاضی رسیدگی کننده باید فقط در مورد نرخ بهره تصمیم بگیرد؛ و حق انکار تعلق بهره را ندارد .

در کشور ما با توجه به ممنوعیت ربا و فقدان شیوه قانونی روشن در مورد جبران خسارات ناشی از عدم پرداخت بموقع بدهی های پولی ، عملکرد فعلی محاکم بدین صورت است که شخص فقط می تواند اصل ثمن پرداختی را مطالبه کند و حق مطالبه رقمی غیر از چیزی که در هنگام عقد پرداخت کرده است ندارد که این رویه محاکم به لحاظ تورم روزافزون موجود در جامعه و کاهش قدرت خرید پول ملی از نظر عملی و اقتصادی موجب اجحاف می شود و تحت تاثیر همین واقعیت ها بوده که مقنن با انجام اصلاحاتی در قانون مدنی در سال ۱۷۶ امکان محاسبه بدهی های پولی ناشی از مهریه را که به لحاظ گذشت زمان ، ارزش اقتصادی مبلغ مندرج در نکاحنامه ها بطرز فاحشی کاسته شده بود با رعایت جدول شاخص کالا و خدمات بانک مرکزی فراهم نمود و سپس همین شیوه در مورد بدهیهای پولی ناشی از صدور چک نیز مورد مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفت . از لحاظ تحلیلی نیز ماهیت حقوقی پول ایجاب می کند که در مقام استرداد مثل مبلغ دریافتی ، تفاوت ناشی از سقوط ارزش پول و کاهش قدرت خرید نهفته در آن توسط بدهکار جبران شود و این زیادتی ظاهری ، موضوعاً از شمول احکام ربا خارج میباشد .

تغییرات قیمت مبیع و مسئولیت خریدار نسبت به آن

ممکن است در فاصله عقد تا فسخ آن، خریدار تصرفاتی در مبیع نماید که موجب کاهش قیمت مبیع شود مثلاً با اتومبیل مورد معامله تصادف در اینجا خریدار مکلف است از عهده کاهش قیمت برآید و در محاسبه کاهش قیمت ، ثمن معامله مورد نظر قرار نمی گیرد بلکه کاستی ناشی از عمل مشتری با در نظر گرفتن بهای روز، محاسبه می شود یعنی خریدار عین مبیع را به فروشنده مسترد و تفاوت قیمت مبیع پس از تصرف و قبل از تصرف را در زمان فسخ، تقویم و به بایع می دهد .

چنانچه تصرف مشتری باعث افزایش قیمت مبیع شده باشد چند صورت قابل تصرف است :

۱- چنانچه زیادتی حاصل از تصرف مشتری بصورت عین جداگانه و قابل انفکاک باشد ؛ مثلاً خریدار به اتومبیل مورد معامله ضبط صوت نصب کرده ، یا روکش صندلی کشیده است یا به خانه مورد معامله لوستر و پرده اضافه کرده و جدا کردن آنها عرفاً باعث کسر قیمت یا خرابی آنها نمی شود ، در این صورت بعد از فسخ معامله خریدار اموال یاد شده را جدا کرده و ملک را به همان حالت که تحویل گرفت به بایع رد میکند .

۲- افزایش قیمت نه در اثر تصرفات مشتری بلکه بعلت عوامل دیگر نظیر بالا رفتن هزینه های زندگی و تورم و

افزایش تقاضا یا کاهش عرضه و... باشد. خریدار از این حیث نمی تواند ادعای حقی را نماید و عین مال بعد از فسخ به بایع رد خواهد شد .

۳-افزایش قیمت به دلیل تصرفات خریدار است ولی تصرفات وی به گونه ای است که در نظر عرف مورد معامله را تغییر ماهیت داده مثلاً پارچه تبدیل به لباس شده یا تخم مرغ تبدیل به جوجه شده که این عرفاً به منزله تلف بوده و خریدار ملزم به رد مثل یا قیمت مورد معامله است و از بابت افزایش بهاء چیزی به بایع نمی پردازد و فروشنده نمی تواند مال حاصل از تغییر را مطالبه کند ولو آن که آماده پرداخت هزینه های مشتری باشد .

۴-افزایش قیمت در نتیجه امتزاج و اختلاط مورد معامله با اموال خریدار میباشد مثلاً گندم یا چای مورد معامله با گندمها یا چایهای دیگر متعلق به خریدار مخلوط شده در این قبیل موارد چنانچه تجزیه اموال یاد شده از نظر عرف مقدور نباشد هر کدام از طرفین به نسبت ارزش مال خود در مجموعه مخلوط جدید شریک خواهند شد البته اگر این امتزاج به نوعی باشد که مال مورد معامله مستهلک شده تلقی شود مانند این که مبیع مقداری رنگ بوده که جهت رنگ آمیزی خانه متعلق به خریدار استفاده شده است در این موارد مالک بعد از عقد باید بدل آن را از مثل یا قیمت به مالک قبل از عقد بدهد .

۵-شایع ترین مورد افزایش قیمت بدین صورت اتفاق می افتد که افزایش قیمت در نتیجه کار انجام شده روی مال مورد معامله حاصل شده باشد مثلاً اتومبیل مورد معامله توسط خریدار تعمیر شده ، هرچند که در هنگام تعمیر عینی نیز به آن اضافه شده باشد ؛ مثلاً مقداری سیم و فیوز و رینگ و شمع و... خریداری و تعویض شده است. در این موارد هر چند که تجزیه و انفکاک آنها عملاً امکان پذیر است ولی عرفاً کاری عبث و بیهوده است و ای بسا که باز کردن موتور و برداشتن آنها مستلزم هزینه بیشتر باشد و لذا در این موارد مالک بعد از عقد مستحق زیادتی ناشی از عمل خود می باشد .چون عمل اودر ملک خود ومطابق قانون صورت گرفته و محترم است

بنابراین اگر افزایش قیمت ناشی از صرف انجام کار روی مورد معامله باشد یا اعیانی به آن اضافه شده که عرف تجزیه و انفصال آن را معقول و ممکن نمی داند مالک بعد از عقد مستحق افزایش مزبور خواهد بود النهایه ممکن است اختلاف در این باشد که آیا به مقدار افزایش قیمت ناشی از تغییر مستحق خواهد بود یا به مقدار هزینه های انجام شده ؟ بعنوان مثال ممکن است خریدار اتومبیلی دویست هزار تومان هزینه صرف تعمیر کرده ، ولی اتومبیل فعلاً صد هزار تومان افزایش قیمت پیدا کرده باشد ونکته دیگر آن که طریق وصول حق مشتری چگونه است آیا مستحق مبلغ مورد نظر از مالک قبل از عقد است یا این که به نسبت در مورد معامله شریک می شوند؟ به نظر می رسد اولاً مالک بعد از عقد مستحق افزایش قیمتی خواهد بود که در نتیجه عمل او حاصل شده است یعنی اگر اتومبیل مورد نظر قبلاً ده میلیون ریال ارزش داشته و با صرف هزینه ای بالغ بر دو میلیون ریال توسط خریدار ، الان یازده میلیون ریال ارزش دارد خریدار مستحق یک میلیون ریال خواهد بود نه دو میلیون ریال که

هزینه کرده و علت این آن است که الزام فروشنده به پرداخت چیزی که در مورد معامله تغییر قیمت نداده مخالف با اصل برائت بوده و دلیلی ندارد. ثانیاً چنانچه خریدار در نوع تعمیر و هزینه ها دقت نماید معمولاً معادل همان مبلغ هزینه شده و شاید بیشتر افزایش قیمت حاصل میشود مگر این که او به غلط مثلاً قسمت های رنگ نشده اتومبیل را رنگ آمیزی بکند و در عرف نه تنها افزایش قیمت به دنبال نخواهد داشت ای بسا که کاهش قیمت را نیز باعث شود و تحمل خسارت ناشی از بی دقتی مشتری بر عهده خودش خواهد بود. و در خصوص نحوه استیفاء حق مشتری نیز، باید گفت که پس از فسخ، خریدار به نسبت افزایش قیمت، از عین مال استحقاق دارد و فسخ عقد دلالتی بر انتقال این حق متبلور در عین مال مورد معامله در برابر قیمت آن را ندارد بدین جهت مالک پس از عقد به نسبت افزایش قیمت حاصل از عمل با او طرف دیگر در عین مورد معامله شریک خواهد شد.

در پایان شایان ذکر است که چون در اغلب بیع ها ثمن به صورت وجه نقد است و پول معیار سنجش ارزش کالاهاست لذا در موارد ۵ گانه فوق صحبت از تغییر قیمت مبیع و مسئولیت خریدار نسبت به آن بحث شد بدیهی است چنانچه ثمن نیز عین معین و غیر از پول باشد افزایش قیمت ممکن است بر اثر فعل بایع و در ثمن نیز محقق شود که در این قبیل موارد، مبیع و ثمن عین معین با هم تفاوت نداشته و حکم همان هست که در فرض یاد شده بحث شد.

مبحث سوم

جبران خسارات وارده

امکان جمع حق فسخ و جبران خسارات وارده

در مواردی که یکی از طرفین بیع به استناد یکی از خیارات قانونی و به منظور جلوگیری از ضرر خود اقدام عقد بیع می کند در واقع ساده ترین و موثر ترین گام را در جهت حفظ نفع خود و فرار از موقعیت زیانبار ناشی از عقد برمی دارد ولی همیشه موضوع به این سادگی نبوده و فسخ عقد کافی برای جبران خسارت ذوالخیار نمی باشد و ای بسا که شخص فرصتهای ارزشمند معامله با دیگران را از دست داده و به علت تورم و افزایش قیمت مجبور خواهد شد تا جنس مورد نظر را به چندین برابر قیمت قبلی خریداری نماید. فرض کنیم شخصی در نظر دارد یک دستگاه اتومبیل را که همین امروز نیز مورد او هست خریداری کند. او به یک بنگاه خرید و فروش اتومبیل را از مالک آن خریداری نموده و مبیع را تحویل گرفته و ثمن را نیز پرداخت میکند. بعد از تحویل مبیع، خریدار با همان اتومبیل روانه مسافرت خارج از شهر می شود و در بین راه به علت عیب مخفی که

در اتومبیل روانه مسافرت خارج از شهر

می شود و در بین راه به علت مخفی که در اتومبیل بوده، حادثه ناگواری اتفاق افتاده و اتومبیل و سرنشینان آن تلف می شوند. بر فرض این که خریدار بتواند عیب مورد معامله را ثابت و عقد بیع را فسخ کند و به جای اتومبیل مورد نظر مثل یا قیمت آن را به بایع بدهد، ولی وجدان احساس میکند که مسئولیت بایع خاتمه نیافته و خسارات وارده به خریدار نیز باید جبران شود .

در خصوص جبران خسارات وارده به مشتری که ناشی از عیب مورد معامله بوده باشد از نظر قانون مسئولیت مدنی و به شرط اجتماع شرایط سه گانه (فصل زیانبار + رابطه سببیت + ورود ضرر) بایع ملزم به پرداخت خسارات وارده خواهد بود ولی در مورد خساراتی که بعد از فسخ، خریدار متحمل میشود در حقوق ایران به غیر از هزینه های متعارف انجام معامله ، حکم روشنی وجود ندارد. در این مورد به مقررات کنوانسیون توجه کنیم. به موجب بند ۱ ماده ۸۱ و نیز بند ۲ از ماده ۴۵ کنوانسیون، استفاده از حق توسل به سایر طرق جبرانی (مانند فسخ بیع یا مطالبه کالای جانشین) مشتری را از هیچ حقی که ممکن است جهت مطالبه خسارات داشته باشد محروم نمی کند و فسخ قرارداد ، به شرط تادیه هر نوع خسارت قابل مطالبه ، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد مبری میکند به عنوان مثال خریداری که مجبور شده قرارداد بیع در مورد یک ماشین را چند روز قبل از رفتن به مرخصی به خاطر عدم مطابقت وسیله نقلیه مذکور فسخ کند ممکن است بتواند نسبت به هزینه اجاره ماشین کرایه ای اقامه دعوی نموده و آنها را مطالبه کند. در بعضی نظامهای حقوقی به طرفی که قرارداد را به علت نیاز بودن عقد فسخ میکند دیگر اجازه مطالبه خسارت داده نمی شود که این طرز فکر در کنوانسیون مردود شناخته شده و اجازه داده شده است تا خریداری که عقد بیع را به یکی از دلایل مذکور در کنوانسیون یا قرارداد فسخ میکند حق مطالبه هرگونه خسارت وارده را نیز داشته باشد .

در حقوق ایران در ماده ۳۸۶ قانون مدنی اجازه مطالبه خسارت علاوه بر فسخ معامله بطور محدودتری به زیان دیده داده شده است در این ماده می خوانیم :

« اگر در مورد دو ماده قبل، معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن.»

«مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد.»

تصور نمی شود حکم مقرر در این ماده یک حکم خاص و ویژه موارد معین در مادتين ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی باشد و این حکم قابل تعمیم به موارد مشابه نیز که یکی از متبایعین عقد بیع را به یکی از علل قانونی فسخ نماید، میباشد البته بدیهی است در این میان خیار شرط وضع دیگری دارد چون در خیار شرط بنای طرفین این است که ذوالخیار در صورت تمایل حق فسخ داشته باشد لذا بعد از فسخ خسارت قابل مطالبه به نظر می رسد ولی در مورد خیار تدلیس یا عیب غبنی که در نتیجه استفاده از ناآگاهی و بی مبالاتی مغبون بر او تحمیل شده

خریدار بعد از فسخ نیز حق مطالبه خسارت وارده را خواهد داشت به هر حال محروم کردن ذوالخیار از حق مطالبه خسارت و اکتفا کردن به فسخ عقد، رویه ای مذموم و غیر صحیح در رویه قضایی است که بر هیچ پایه محکم حقوقی و فقهی استوار نیست.

از طرف دیگر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی مقرر شده است.

«در صورت مستحق للغیر در آمدن کل یا بعض از مبیع باید ثمن مبیع را مستر دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید.»

حکم این ماده در ضمان درک بوده و جایی مطرح می شود که مبیع مال غیر درآید و مالک عقد بیع را تنفیذ نکند و نتیجتاً عقد بیع باطل شود و شاید قیاس این ماده به مورد فسخ معامله از این حیث ناصحیح به نظر رسد اما حکمت وضع این ماده با فسخ عقد به علت نقض یکی از تعهدات طرف عقد، یکی است یعنی همانگونه که در هر عقدی به طور ضمنی یا صریح شرط میشود که مبیع سالم بوده و ثمن معامله متعادل و متناسب باشد و فروشنده تدلیس نکرده باشد و به شرط مندرج در قرارداد پایبند باشد همین طور این شرط تلویحی نیز قابل استنباط است که فروشنده مال خود را به دیگری بفروشد و فروش مال غیر بدون مجوز قانونی امر خلاف قانون است و مرتکب آن باید از عهده خسارت ناشی از این عمل خود برآید بویژه آن که از نظر کنوانسیون نیز مستحق للغیر درآمدن مبیع نوعی عدم مطابقت حقوقی کالا تلقی شده و موجب حق فسخ خریدار میشود نتیجه این که در حقوق ایران چنانچه یکی از متبایعین بر خلاف شروط صریح یا ضمنی مندرج در قرارداد عمل نماید و طرف مقابل مجبور به فسخ عقد شود، فسخ عقد او را از مطالبه هرگونه خسارت که رابطه سببیت متعارف با تخلف طرف دیگر عقد داشته باشد، محروم نمی کند.

مبنای مسئولیت جبران خسارت وارده

هرگاه عقد بیع به علت تخلف یکی ازطرفین قرارداد فسخ شود متخلف ملزم به جبران خسارات وارده خواهد بود و این خسارات را به دو دسته میتوان تقسیم کرد:

دسته اول خساراتی است که به علت نقص یا عیب مورد معامله و در هنگام استفاده آن توسط منتقل الیه حادث شده مانند اینکه نقص سیستم ترمز اتومبیلی باعث تصادف و ورود خسارت شده باشد و دسته دوم خساراتی که در نتیجه به هم زدن عقد بیع و انجام معامله دیگر است مثلاً خریدار عقد بیع را به علت معیوب بودن مبیع فسخ و مجدداً با صرف هزینه ای جدید کالای دیگری را به بهای بالاتری خرید میکند یا بایع به علت تاخیر در پرداخت ثمن، عقد بیع را فسخ و ناگزیر می شود کالا را به قیمت نازلتری به دیگری بفروشد. سوالی که در این جا مطرح میشود مبنای حقوقی مسئولیت شخصی است که به شرح فوق ملزم به جبران خسارت میباشد. به

عبارت دیگر سوال این است که آیا این مسئولیت ادامه مسئولیت قراردادی او در زمینه تعهدات پیش بینی شده در قرارداد تلقی میشود؟ با این که اجازه مطالبه جبران خسارت وارده مبتنی بر قواعد ضمان قهری و از مقوله نسبیست است؟ و این سوال فقط جنبه نظری نداشته و از لحاظ آثار علمی نیز اهمیت دارد به عنوان مثال اگر مسئولیت شخص را به پرداخت خسارت، ناشی از توافق ضمنی آنها در عقد بیع دانسته و وصف قراردادی بدان قائل شویم صرف تخلف از قرارداد کافی است که وی را محکوم به پرداخت خسارت بدانیم مگر این که او ثابت کند که علت ورود خسارت حادثه خارجی غیر قابل اجتنابی است که به هیچ وجه به او مربوط نیست. ولی اگر مبنای مسئولیت را ضمان قهری بدانیم زیان دیده

می بایست تقصیر او را نیز ثابت کند و از طرف دیگر مسئله توافق طرفین در هنگام عقد قرارداد در خصوص میزان خسارات وارده (وجه التزام) در مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد متفاوت است. از دیدگاه کنوانسیون بموجب مواد ۴۵ و ۸۱ کافی است که مشتری طبق اصول کنوانسیون فسخ معامله را اعلام کند و حق مطالبه خسارت او در هر حال محفوظ بوده و به هیچ وجه منوط بر اثبات تقصیر بایع نمی باشد و ذکر از شرط تقصیر نشده است. مع هذا در حقوق ایران عقیده حقوق دانان این است که ضمان مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی مبتنی بر قاعده نسبیه و غرور است که هر دو از موجبات ضمان قهری به شمار میرود ولی در خصوص مورد مذکور در ماده ۳۸۶ قانون مدنی هر چند که ظاهر ماده موید قهری بودن این ضمان هست ولی از آن جا که در هر عقدی بایع به طور ضمنی تعهد میکند که مبیع را مطابق شرایط و اوصاف مندرج در قرارداد تهیه و به مشتری تحویل دهد لذا قصد مشترک طرفین آن است که در صورت تخلف علاوه بر ایجاد حق فسخ برای ذی نفع، خسارات وارده بر او نیز باید جبران شود.

24- چگونگی ارزیابی خسارات وارده

ارزیابی خسارات مذکور در دسته اول شماره قبل چندان مشکل نیست و دادگاه با جلب نظر کارشناسی یا خبره میزان خسارت مادی یا معنوی یا جسمانی را بر حسب مورد معین می کند و رویه قضایی به طور روزمره با این قبیل موارد درگیر است ولی چگونگی احتساب خسارات دسته دوم با ابهامات زیاد مواجه هست و به همین دلیل پاره ای از محاکم اساساً قائل به جواز مطالبه این خسارات نیستند به طور کلی در خصوص ارزیابی خسارت وارده سه روش در نظام های حقوقی متداول است:

الف - تقویم قانونی: یعنی میزان خسارات قبلاً و به وسیله قانونگذار تعیین شده است مثلاً برای تاخیر در پرداخت دیون مالی که به صورت وجه نقد باشد ۱۲٪ در سال خسارت منظور میشود استفاده از این روش در مورد بهره ثمن معامله امکان پذیر است و در کنوانسیون نیز چنانچه بایع موظف به رد ثمن باشد مکلف است بهره متعلقه را نیز طبق قانون قابل اعمال ملی به خریدار بپردازد.

ب - تقویم قضایی : غالباً خسارت ها توسط دادگاه و با جلب نظر کارشناس معین میشود البته اوصاف خسارت قابل جبران و شرایط لازم قبلاً توسط قانونگذار معین شده و با رعایت این چهارچوب میزان خسارات وارده تعیین میشود .

ج - تقویم قراردادی : یعنی این که طرفین قبلاً در مورد میزان خسارات احتمالی ناشی از نقض عهد با همدیگر کرده اند. مانند مورد مقرر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی که به « وجه التزام » موسوم است .
کنوانسیون از هر سه روش در ارزیابی خسارت وارده بهره گرفته است به عنوان مثال در خصوص نرخ بهره متعلقه به ثمن معامله که فروشنده باید بپردازد با توجه به قانون ملی حاکم از تقویم قانونی استفاده میشود و توافق طرفین راجع به میزان خسارت وارده محترم شناخته شده و حتی فسخ عقد را در اعتبار این قبیل مشروط موثر ندانسته و اعلام داشته که بعد از فسخ نیز این مشروط به اعتبار خود باقی هستند و در سایر موارد نیز اجازه تقویم خسارت به دادگاه یا دیوان داوری سپرده شده است .

ماده ۷۵ کنوانسیون مقرر داشته است :

«هرگاه قرارداد فسخ شده باشد و مشتری پس از فسخ به شیوه ای متعارف و ظرف مدنی متعارف کالای دیگری به جای مبیع خریداری نموده باشد یا بایع مبیع را به دیگری فروخته باشد طرفی که مدعی خسارت است میتواند تفاوت مذکور در قرارداد را با قیمت حاصله از معامله جانشین و همچنین هر نوع خسارت دیگر را که به موجب ماده قبل وصول باشد مطالبه و وصول نماید.»

همچنین در ماده ۷۶ کنوانسیون آمده است :

هرگاه قرارداد فسخ شده و برای کالا قیمت رایجی موجود باشد طرفی که مدعی خسارت است میتواند در صورتی که به موجب ماده ۷۵ به خرید یا فروش مجدد مبادرت ننموده باشد تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ و همچنین سایر خسارات قابل وصول طبق ماده ۷۴ را مطالبه و وصول نماید .
بدین ترتیب کنوانسیون ضمن ارائه روش های تمثیلی برای ارزیابی خسارات وارده در نهایت با ارجاع به ماده ۷۴ امکان مداخله و اظهارنظر دادگاه یا دیوان داوری را در ارزیابی هرگونه خسارت وارده محفوظ میداند .

مستنبط از مجموعه مقررات کنوانسیون بیع بین المللی در زمینه جبران خسارات وارده آن است که اولاً استفاده از حق فسخ ، به هیچ وجه منافاتی با حق توسل به مطالبه خسارت وارده طبق مواد ۷۴ تا ۷۶ کنوانسیون ندارد و این دو طریقه به طور همزمان برای جبران کامل خسارت وارده با هم قابل جمع هستند مبنای مسئولیت متعهد در جبران خسارات وارده مبتنی بر قرارداد است و نه ضمان قهری ، لذا نیازی به اثبات تقصیر طرف مختلف نیست. البته چنانچه متعهد بتواند ثابت کند که علت نقض تعهد حادثه خارجی اجتناب ناپذیری است که به او

ارتباط ندارد (فورس مائور) از جبران خسارات وارد معاف خواهد بود و از طرف دیگر در ارزیابی خسارات وارده، کنوانسیون ضمن ارائه طرق تمثیلی و متداول در بازرگانی بین المللی نهایتاً احکام خود را به صورت انعطاف پذیر تنظیم نموده و راه را برای مداخله و اظهار نظر مقام رسیدگی کننده اعاده از دادگاه یا دیوان داوری بازگذاشته تا بدین طریق حق جبران خسارت وارده به زیان دیده را محترم شمارد.

در حقوق ایران علیرغم فقدان متن قانونی روشن راجع به امکان جبران این خسارتها بویژه جمع آنها با حق فسخ و رویه موسوم در محاکم که عملاً به پرداخت این قبیل خسارتها نداده و به بهانه های مختلف، نظیر این که تحمل نتیجه تورم و سیاستهای اقتصادی دولت بر عهده طرف قرارداد و یا این که رابطه علیت بین نقض تعهد فروش مال به قیمت ارزانتر در زمان بعد یا خرید آن به قیمت گرانتر بعد از فسخ عقد ضعیف می باشد و از صدور حکم به نفع خواهان دعوی جبران خسارت وارده امتناع می نمایند معهدا به نظر میرسد از نظر علمی و تحلیل حقوقی این خسارت ها قابل جبران هستند زیرا اولاً ورود خسارت در این موارد غیر قابل انکار است و رابطه سببیت عرفی، با نقض عهد طرف مقابل نیز به راحتی قابل قبول است و بدین ترتیب تردیدی در امکان محکوم کردن وی به پرداخت خسارت ناشی از نقض عهد باقی نمی ماند و فسخ عقد که به منظور جلوگیری از ورود خسارت بیشتر و خاتمه دادن به حیات حقوقی عقد به زیان دیده داده شده منافاتی با حق او در مطالبه سایر خسارات وارده ندارد.

بخش چهارم: تاثیر حسن نیت در مذاکرات دوره ی پیش قراردادی بر فسخ قرارداد در کنوانسیون

مبحث اول: دوره پیش قراردادی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا

بدیهی است که براساس «اصول قراردادها» و «کنوانسیون»، مفهوم حسن نیت داخلی خاصی نمی تواند اجرا شود؛ مگر مفهومی که برای روابط تجاری بین المللی مناسب باشد. هر دو سند مزبور این عقیده را صریحا تأیید می کند.

معیارهای بین المللی حسن نیت ممکن است تا اندازه ای از قبل موجود باشد و ممکن است دست کم در رشته های تجاری دارای عرف طولانی ثابت، به روشنی کشف و تعریف شود، اما برخی از معیارهای آن ممکن است در رشته های تجاری جدید و مدرن (مانند «فروشهای تلفنی» و نظایر آن) وجود نداشته باشد و آنچه باقی مانده به وسیله مجامع بازرگانی، داوریها و دادگاهها توسعه و رشد یابد.

موضوع حسن نیت

بدیهی است که بر اساس اصول قراردادها موضوع اصل حسن نیت و رفتار منصفانه، رفتار طرفهای قرارداد است. طرفهای قرارداد باید موافق این اصل عمل کنند و (به بیانی دیگر) رفتارشان [با آن] هماهنگ و تنظیم شده باشد.

براساس کنوانسیون، موضوع اصل حسن نیت روشن نیست، اما کنوانسیون نیز می خواهد مطمئن باشد که قراردادهای فروشی که بین طرفهای متعلق به کشورهای متفاوت به وجود می آید، با اصل حسن نیت اداره می شود.

بدین ترتیب، اصول قراردادها می تواند به روشن شدن اصل حسن نیت که در کنوانسیون گنجانده شده است، کمک کند.

مقررات خاص حسن نیت

هریک از اصول بین المللی و کنوانسیون، تعدادی مقررات خاص در نظر گرفته اند تا چپستی حسن نیت در شرایط خاص معین شود. کنوانسیون بیشتر مقررات خاصی را که در نوع واحدی از قرارداد [یعنی بیع] متمرکز می باشد، فراهم کرده است، اما اصول قراردادها با وجود یا به دلیل ماهیت عامش، بیشترین قیود و شروط تفصیلی را درباره حسن نیت و سوء نیت داراست.

تعهدات پیش قراردادی در مرحله مذاکرات فروش

کنوانسیون، مرحله پیش قراردادی را تنها در قسمت «ب» بند ۲ ماده ۱۶ به طور غیرمستقیم مورد اشاره قرار می دهد. ماده مزبور بر این دلالت دارد که فروشنده هرگاه وضعیتی را به وجود آورد که خریدار در آن وضعیت به گونه ای معقول به قطعی بودن پیشنهاد وی اعتماد کند و براساس آن اعتماد، به پیشنهاد مزبور عمل کند، این پیشنهاد، غیرقابل فسخ است. شبیه این قاعده با عبارتی متفاوت از سوی اصول قراردادها نیز پذیرفته شده است. نتیجه الزام آوری که از اصل حسن نیت درباره پاره ای از رفتارهای شخصی و اعتماد کردن نسبت به آن ناشی می شود، این است که هیچ کس نباید از رفتار یا وضعیتهایی که براساس رفتار شخصی وی قطعی شده است، سوء استفاده کند و کسی را فریب دهد (ممنوعیت عمل متناقض با عمل قبلی).

اما اصول قراردادها (در مقابل کنوانسیون) وظیفه دوم عدم ادامه تعهدهای قراردادی را که مبتنی بر سوء نیت است، تأسیس می کند و مطابق بند ۳ ماده ۵ فصل ۲ اصول قراردادها، اگر یک طرف، مذاکره را شروع کند یا آن را ادامه دهد، در حالی که «قصد ندارد با طرف دیگر به توافق برسد»، این سوء نیت است. بدین ترتیب، اصل حسن نیت خواستار مذاکره منصفانه همراه با منطقی روشن است که به توافق برسد. سوء استفاده از مرحله مذاکرات پیش قراردادی به زیان طرف دیگر، تخلف از معیار حسن نیت برشمرده شده در اصول قراردادهاست.

کنوانسیون بر مرحله پیش قراردادی دلالت ندارد، اما ساختار موجود در اصول قراردادها برای دعاوی ای که طرفهای مذاکره نسبت به اصلاح یا خاتمه دادن قراردادهای کنوانسیون فعلی دارند، سودمند خواهد بود. راه حل پیش بینی شده به وسیله ماده ۱۵ فصل ۲ اصول قراردادها، به موجب کنوانسیون نیز اقامه می شود.

عقد و اصلاح قرارداد

براساس هریک از کنوانسیون و اصول قراردادها، قرارداد و اصلاح آن، برای اینکه قانونی باشد، به شکلی مصوب نیاز ندارد. فقط اگر قرارداد مکتوب، هیچ قید شفاهی اصلاحی را دربرنگیرد، هر اصلاحی باید مکتوب یا به گونه

ای باشد که طرفها بر روی آن توافق کرده باشند. اما نسبت به این استثنا کنوانسیون همانند اصول قراردادهای، شبه استثنای یکسانی را که مبتنی بر اصل حسن نیت باشد، اجازه می دهد [و می گوید]:

یک طرف ممکن است با عملکردش از ادعای چنین شرط وسیعی که طرف دیگر براساس اعتماد بر وی عمل کرده است، جلوگیری کند.

پس رفتاری که وضعیت اعتماد کردن و کفالت نسبت به آن را ایجاد می کند، مقررات تشریفاتی سخت را لغو می کند.

اعتبار اسنادی

سابقه ندارد که شروط قواعد در کنوانسیون با سؤالهای اعتبار اسنادی ارتباط برقرار کند؛ چراکه کنوانسیون بر این سؤالها دلالتی ندارد. اصول قراردادهای در اینجا نیز اصل حسن نیت را اجرا می کند.

تفسیر قراردادها

همان گونه که قبلاً بیان شد، فقط اصول قراردادهای درباره اینکه تفسیر قرارداد نیز باید براساس حسن نیت و رفتار منصفانه هدایت شود، صراحت بیشتر یا کمتری را فراهم کرده است. بر اساس کنوانسیون باید راه حلهای یکسانی شایع شود. اجرای اصول قراردادهای می تواند و باید به تفسیر کنوانسیون واحد، یاری رساند.

تعهدهای پیش قراردادی صریح

چند ماده درباره تعهدات قانونی طرفهای قرارداد در کنوانسیون وجود دارد که عناصر حسن نیت را دربرمی گیرد: برای نمونه، قسمت «ب» بند ۲ ماده ۳۵ کنوانسیون، فروشنده را ملزم می کند تا کالاهای متناسب با هدف خاصی که به وی تفهیم شده، فراهم کند؛ مگر آنجا که خریدار نتواند به طوری معقولانه نسبت به مهارت وی اعتماد پیدا کند. یا به موجب قسمت «ب» بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون، فروشنده اگر کالاهایی را تحویل دهد که حقوق شخص ثالث بر آن تعلق گرفته باشد، در صورتی از تعهداتش تجاوز نکرده است که حقوق شخص ثالث مانند تولید، طراحی و نظایر آن، ناشی از تبعیت فروشنده از درخواست شخص خریدار باشد.

تعجبی ندارد که اصول قراردادهای هیچ تعهد خاصی مانند اینها را دربرنمی گیرد؛ چراکه به عنوان آیین نامه ای عمومی برای همه انواع قراردادهاست.

تعهدات ضمنی

اصول قراردادهای به موجب ماده ۲ فصل ۵ صریحاً توضیح می دهد که ممکن است براساس اصل حسن نیت، تعهدات قراردادی، ضمنی باشد. کنوانسیون قاعده ای همانند این را دربر ندارد. با این حال، این بسیار پذیرفته شده است که به موجب کنوانسیون نیز تعهدات اضافی، به ویژه وظیفه همکاری همگانی، می تواند ضمنی باشد. این دقیقاً همان قاعده ای است که هم اکنون به طور صریح از ماده ۳ فصل ۵ فراهم شده است:

در صورتی که برای انجام تعهدات طرف دیگر، انجام همکاری به طور معقول و متعارف قابل انتظار باشد، هر طرف باید با طرف دیگر همکاری کند.

قاعده مزبور می تواند به عنوان مبین این اصل کلی مبتنی بر حسن نیت که هیچ یک از طرفهای قرارداد نباید از اجرای قرارداد توسط دیگری ممانعت کند و به شکلی دیگر هم مانع اجرای مفاد قراردادی نشود، شناخته شود. قواعد اصول قراردادهای صریحاً از این تفسیر کنوانسیون حمایت می کند.

طرح دعوای عدم اجرای تعهد از سوی طلبکار

هریک از کنوانسیون و اصول قراردادهای بیان می کند:

یک طرف قرارداد نمی تواند تا آن میزان که عدم اجرای تعهدات قرارداد به دلیل فعل یا ترک فعل طرف دیگر است.

و اصول قراردادهای می افزاید:

یا به موجب واقعه دیگری که مسئولیت آن بر عهده طرف مذکور است، بر عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر تکیه کند.^(۲۶)

این شرط بار دیگر می تواند منشأ اصل فرعی ای از حسن نیت شود؛ چراکه هیچ کس نباید از راه مالکیت نامشروع و اعمال غیرقانونی دیگر سود تحصیل کند. علاوه بر این، به نظر می رسد مقررات سودمندی در اصول قراردادهای برای آنجا که کنوانسیون به طور شفاف تنظیم نشده است، وجود دارد.

کاهش خسارت

اصلی شبیه آنچه انصاف نامبرده می شود، قاعده مشهور «کاهش» را توضیح می دهد. طرف زیان دیده نمی تواند خسارات ازدست داده ای را ادعا کند که خودش می توانسته از آن جلوگیری کند. طرف زیان دیده نباید از ترک

فعل خودش سود ببرد. هریک از کنوانسیون و اصول قراردادهای، دارای قاعده کاهش است؛ گرچه آنها از حیث عبارت متفاوت می باشند.^(۲۷)

به نظر می رسد قاعده کاهش اصول قراردادهای ادعای طرف زیان دیده را در دعاوی، وقتی کاهش می دهد که قصور طرف نسبت به کاهش دادن، به طور سببی با تلف در ارتباط باشد؛ در حالی که قاعده تنظیم شده کنوانسیون، برخی احتیاطها را در این باره در نظر می گیرد: «می تواند به میزانی که خسارت قابل پیشگیری بوده، مدعی کاهش خسارات گردد».

اظهار نظرهای نهایی

تفاوتهای بین کنوانسیون و اصول قراردادهای می تواند تا آنجا که به مفهوم عمومی حسن نیت در قراردادهای بین المللی مربوط می شود، مورد بی توجهی قرار گیرد و برخی از تفاوتهای لفظی، تأثیری در ماهیت ندارد.

هریک از کنوانسیون و اصول قراردادهای تصدیق می کند که حسن نیت، در قراردادهای بین المللی به عنوان قاعده ای بااهمیت، دارای نقش است. علاوه بر این، هریک از سندها منحصر به قاعده انتزاعی و کلی حسن نیت وابسته نیست، اما سعی می کند تا مفهوم آن را با قواعد ویژه بیشتری که اصل را به تفصیل توضیح می دهد، تعیین کند.

گاهی اصول قراردادهای ثابت می کند پشتیبان سودمندی برای تفسیر حسن نیت موجود در کنوانسیون است. با ترکیب کنوانسیون و اصول قراردادهای چنین برداشتی می شود که حسن نیت در روابط تجاری بین المللی چه معنایی می بایست و می توانست داشته باشد.

مبحث دوم : اثربیش قرارداد در نظام حقوقی ایران

یکی از دستاوردهای قابل توجه انشان در زندگی اجتماعی قرارداد است. بشر از دیرباز این نکته را دریافته که در پی توافق با دیگری می تواند وی را وادار به انجام یا خودداری از انجام کاری نماید؛ اما همانگونه که هر اراده ای که از ذهن انسان ظهور پیدا می نماید، مراحل را طی می کند ، هنگامی که این اراده بخواهد با اراده دیگری منطبق گردد، ظهور مادی آن نیز مراحل را پشت سر می گذارد.

دو شخص باید اراده خود را به صورت حضور فیزیکی یا معنوی در کنار هم قرار دهند، زواید خواسته های خود را حذف کرده و کمبودهای آن را جبران نمایند، به جرح و تعدیل درخواست های خود بپردازند، توانایی های خود را به یکدیگر منتقل کنند و مقدمات انعقاد قرارداد را از پیش تهیه و فراهم نمایند. از این رو مذاکرات ابتدایی پایه و اساس هر قراردادی است که طرفین آن را منعقد می کنند. قراردادهای قابل انعقاد میان اشخاص متعدد و متنوع هستند که در این نوشتار به اثربیش قرارداد در قراردادهای تجاری پرداخته می شود.

هدف از پرداختن به چنین موضوعی آن است که دریافته شود پیش قرارداد و مذاکرات ابتدایی طرفین تا چه اندازه آنان را به انعقاد قرارداد اصلی رهنمون می نماید و به عبارت دیگر اثر آن بر انعقاد قرارداد چیست. همچنین نگارنده در پی پاسخگویی به این پرسش است که در اجرای قرارداد آیا می توان از پیش قرارداد استفاده نمود و آن را مبنایی برای افزایش تعهدات قرارداد دانست و یا در تحدید مسئولیت قراردادی بدان استناد نمود؟

در صورتی که در قرارداد ابهاماتی وجود داشته باشد، آیا می توان در تفسیر آن از مذاکرات ابتدایی استفاده کرد؟ آیا لازم است طرفین در مذاکرات ابتدایی تمام اطلاعات لازم را برای حصول توافق در اختیار هم قرار دهند و سرانجام در صورتی که یکی از

طرفین اطلاعاتی را در اختیار طرف دیگر قرار داد، آیا شخص اخیر مکلف به حفظ اطلاعات و اسرار می باشد؟

مبنای کار در انجام این تحقیق اصول قراردادهای تجاری بین الملل است؛ اما از آنجایی که این مقرر از سوی حقوقدانان مورد شرح و تفسیر واقع شده، از کتاب های حقوقی در این زمینه استفاده شده است. در انجام کار نیز به لحاظ این که پاسخ به پرسش های مطرح شده در حقوق کشورمان قابل توجه هستند، ضمن مقایسه تطبیقی

با حقوق ایران، ابتدا به مفهوم و مصادیق پیش قرارداد در حقوق کشورمان پرداخته شده سپس بحث اصلی عنوان می گردد. در بخش دوم نیز به مرکز بحث وارد شده و سپس نتیجه گیری به عمل می آید.

اثر پیش قرارداد در حقوق ایران

از مجموع مقررات و نوشته های حقوقی در ایران چنین استنباط می شود که پیش قرارداد به ۴ صورت واقع می گردد. از این رو ابتدا به انواع مذاکرات ابتدایی و سپس به اثر آن پرداخته می شود.

فصل نخست: انواع پیش قرارداد

با توجه به نحوه مذاکرات طرفین در آغاز انعقاد یک قرارداد به پیش قرارداد ۴ صورت می توان داد:

۱- مذاکره مقدماتی طرف

اصولا طرفین، مذاکرات ابتدایی خود را آغاز و خواسته های خویش را به هم منتقل می نمایند و گاهی از بخشی از خواسته های خود عدول نموده و بر بخشی از آن می افزایند تا در نهایت توافق اصلی حاصل شود؛ اما این امر همیشه منجر به حصول توافق نمی گردد و مذاکرات طرفین بدون حصول نتیجه خاتمه می یابد. چنین پیش قراردادی اثر یک قرارداد را ندارد؛ اما این بحث مطرح است که آیا یک طرف می تواند هر زمان که خواست از ادامه مذاکرات صرف نظر نماید یا خیر؟ این موضوع در بحث

عدول از اینجانب در حقوق ما مورد توجه حقوقدانان واقع شده است که از این جهت ایجاب را به ساده و همراه با التزام تقسیم نموده اند و گفته شده که در ایجاب ساده ایجاب کننده می تواند از ایجاب خود عدول نماید. در خصوص ایجاب همراه با التزام نیز اگر چه اختلاف نظر وجود دارد؛ اما بیشتر حقوقدانان در نهایت امر به اختیار عدول از ایجاب تماثل بیشتری نشان داده و در ایجاب همراه با التزام برای گوینده ایجاب تعهد به حفظ آن را قائل شده اند که نتیجه آن عدم قابلیت عدول می باشد. به این ترتیب به نظر می رسد که عدول از آن فایده ای نداشته باشد. پس در صورتی که مذاکرات مقدماتی طرفین صرفا آغاز گفت و گوهایی ساده باشد، هیچ الزامی را برای طرفین و یا یکی از آنها ایجاد نمی نماید و چنین مذاکراتی صرفا مقدمات وقوع یک عقد را فراهم می نماید؛ به شرط این که تداوم یابد.

۲- وعده یک طرفی و پیش قرارداد

ممکن است شخصی به طور یک جانبه خود را متعهد نماید که تنها فرد خاصی را طرف قرارداد خود قرار دهد. در خصوص موضوع، تعهد به قرارداد خاص با فرد خاص نماید و یا تعهد کند که خود را با فرد خاصی طرف تعهد قرار ندهد. این چنین تعهدات یک طرفه ای نیز مقدمات ایجاب یا عدم ایجاد تعهدات در آینده است. اما آیا این نوع وعده، ایجاد الزام می نماید؟ در این قبیل موارد بحث به این باز می گردد که آیا ایقاع الزام آور است و به عنوان قاعده عمومی تعهدات پذیرفته شده است یا خیر؟ به نظر می رسد مانعی نداشته باشد که یک فرد بتواند با یک اراده خود را متعهد کند. بنابراین اگر شخصی متعهد شد که قراردادی را با شخص دیگری منعقد کند، این عمل حقوقی الزام آور است؛ چنان که در ایجاب همراه با التزام بیان شد.

۳- قولنامه

در این وضعیت طرفین قراردادی را منعقد می نمایند که تعهد ناشی از این عقد آنان را ملزم می کند در آینده قراردادی را که موضوع و عنوان آن در قرارداد اولیه مشخص

شده است، منعقد نمایند. به عبارت دیگر قولنامه نوشته ای است که غالبا عادی و حاکی از توافق برواق ساختن عقدی در یک مورد معین که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی (Dedit) است. این توافق مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد. در مواردی که ۲ نفر تصمیم به بستن پیمان می گیرند و در خصوص شرایط آن نیز با هم کنار آمده اند؛ اما به دلیل وجود موانع خارجی نمی توانند پیمان نهایی را به طور قطع و یقین منعقد نمایند، برای این که زمینه را آماده سازند و در آینده نیز به وقوع آن مطمئن باشند، در برابر هم تعهد می کنند که در یک مدت معین شرایط مورد توافق قرارداد را منعقد سازند. این پیمان مقدماتی «وعده قرارداد یا پیش قرارداد» و گاه قولنامه نامیده می شود.

قولنامه ها خود ۲ گونه هستند. گاهی به صراحت طرفین قراردادی را منعقد می سازند و به موجب آن درباره وقوع قراردادی گفت و گو می نمایند، مانند این که طرفین قراردادی را منعقد می کنند که براساس آن ملزمی شوند سال بعد قرارداد اجاره منزلی را امضا کنند.

گاه نیز قولنامه «قراردادی است ضمنی که پیش از وقوع قرارداد اصلی یا حین آن بسته می شود.»

۴- پیش قراردادی که منجر به عقد دیگری می شود

گاهی اوقات طرفین قراردادی را منعقد می نمایند و در ضمن این قرارداد شرطی درج می گردد که با حصول آن شرط و به خودی خود عقد دیگری محقق می شود. به عبارت دیگر ایجاد عقد جدید معلق به حصول شرایطی است که در ضمن عقد اول درج شده است. بدین ترتیب عقد اول پیش قرارداد عقد دوم است. طبیعی است که بدون انعقاد عقد اول، عقد دوم به هیچ وجه محقق نخواهد شد و با وجود عقد اول ممکن است عقد دوم منعقد و محقق نشود و این همان چیزی است که از «شرط» به معنای فلسفی آن انتظار داریم. این امر در حقوق ما در اجاره به شرط تملیک دیده

می شود. براین اساس فردی ملک خود را به دیگری اجاره می دهد و با دریافت مبلغی به صورت ماهانه تعهد می کند که با پرداخت آخرین قسط مستاجر مالک عین مستاجره شود و یا این که شخص دیگری را وکیل خود می نماید که اقساط وام وی را بپردازد؛ به این شرط که به محض اتمام اقساط وام، مالک اصلی گردد.

فصل دوم: اثر پیش قرارداد

در خصوص تاثیر پیش قرارداد بر قرارداد در کشورمان در این مبحث ابتدا نگاهی به فقه - که ریشه حقوق مدنی ماست - نموده و سپس به قانون مدنی و نظریه حقوقدانان پرداخته می شود.

۱- فقه

بررسی انجام شده حاکی از آن است که فقط به بحث مذاکرات مقدماتی به صورت مستقل نپرداخته اند؛ بلکه قواعد عمومی قراردادها را نیز در مبحث بیع مطرح نموده اند و تقسیم بندی مباحث در کتب فقهی جای این بحث را خالی می نمایند. با این وجود و با توجه به اصول کلی حاکم بر قرارداد و نحوه آزادی طرفین در انعقاد قراردادها و رهایی از قیود و بندهای آن، فقها خود در موضوع آزادی انعقاد قرارداد ۲ دسته اند:

گروه نخست معتقدند که آزادی قراردادها اصل نیست؛ بلکه استثنا بوده و این آزادی تا حدودی است که در شروع آمده است. پس هرچه که در شرع آمده است، وفای به عهد لازم است (اوفوا بالعقود) نه معاطات. در این صورت معاطات باطل است؛ گرچه «ال» عقود عام است؛ اما عام آن شامل عموم عقودی است که در شرع آمده و شارع متذکر آن شده است نه سایر موارد. بنابراین نظر، عقودی مانند بیمه و بستری شدن در بیمارستان باطل است و مذاکرات مقدماتی اصولاً قابل توجه نیست.

گروه دوم از فقها اعتقاد دارند که هرگاه نهی از شارع نیامده باشد، اصل بر اباحه است و چنانچه معامله ای واقع گردد، اصل بر صحت است؛ زیرا **دلیلی وجود ندارد**

چنانچه طرفین با انعقاد یک قرارداد شرطی را در آن بگنجانند تا با حصول معلق علیه عقد دیگری محقق شود و به عبارت دیگر وقوع یک عقد دیگر در قرارداد شرط نتیجه باشد، با حصول شرط، عقد محقق می شود. بنابراین اثر عقد اول بر عقد دوم مشخص است. در شرط تملیک در اجاره نیز این گونه است و در صورتی که طرفین باهم توافق نمایند در آینده قراردادی را واقع نمایند، موضوع عقد اول که پیش قرارداد عقد دوم تلقی می گردد، زمینه ایجاد تعهد در عقد دوم است. در صورتی که یکی از طرفین از انجام این عقد خودداری نماید، اجبار به انجام آن راه دستیابی است.

به عبارت دیگر چنین - پیش قراردادی مطابق اصول کلی حاکم بر حقوق، الزام آور است. این همان چیزی است که در همان عرف به قولنامه معروف شده است. بنابراین قولنامه نیز اثر یک قرارداد الزام آور را دارد و لازم الاتباع است. **با این وجود در ۲ مورد قولنامه مواجه با محدودیت می گردد.**

نخست در بیع اموال غیر منقول در صورتی که قولنامه تنظیم شود و طرفین با سند عادی انتقال ملک را موضوع عقد قرار دهند. در اعتبار و صحت آن نیز تردید وجود دارد؛ چه مغایرت آن با مواد ۴۶، ۲۲، ۴۷ و قانون ثبت آن را موضوع نزاع میان حقوقدانان قراردادهاست. با این وجود عده ای از حقوقدانان با تمسک به تعهد به بیع در آینده در قولنامه های موضوع بیع ملک مسبوق به ثبت، آن را معمول بر صحت و الزام آور دانسته اند.

دوم نکاح که قانونگذار در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی - پیش قرارداد مربوط به انعقاد عقد نکاح در آینده را پذیرفته است؛ اما در صورتی که مذاکرات طرفین یکسویه بوده و از یک طرق آغاز شده و طرف دیگر همچنان

در حال تدبیر درباره قبول یا عدم قبول پیشنهاد موجب باشد و موجب از پیشنهاد خود صرف نظر نماید، ۲ تئوری بیان شده است:

که ایجاب کند معاملات سابقه شرعی داشته باشند. البته در صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروز متداول است، جریان داشته؛ ولی این امر بدان معنا نیست که جریان تعبدی بوده و ضروری باشد که شارع حتما اشاره کند که فلان معامله صحیح است و معامله دیگر باطل.

۲ عقدی که میان ۲ نفر صورت می گیرد را شارع تنفیذ کرده است؛ چه این عقود سابقه داشته و چه نداشته باشند؛ مگر این که خلاف آن ثابت گردد.

با این وصف تمام معاملات صحیح هستند. اگر چه تا این حد نمی توان اثر این گفتار را بر مذاکرات مقدماتی دریافت؛ اما از گفتار پراکنده دیگر می توان به توجه به مذاکرات مقدماتی پی برد. چنان که در بحث و جوب پرداخت دین مطرح شده که شخص باید نیت ادای دین داشته باشد و ضرورت این موضوع تا جایی است که نیت ادای دین را به حد وجوب رسانده اند. در کتب فقهی آمده است مردی که در حال قرض گرفتن است، در همان زمان قرض گرفتن باید قصد پرداخت را داشته باشد. در غیر این صورت عقد باطل و بر مقتضای تصرف در آن مال حرام است.

۲- نظریه حقوقدانان

علمای حقوق این بحث را در انعقاد قراردادها مطرح ساخته اند. به ویژه زمانی که بحث بیان ایجاب و انتظار برای قبول وجود دارد، موضوع امکان عدول از آن مطرح است. بدین ترتیب که آیا یک طرف می تواند به طور یک جانبه مذاکرات مقدماتی را رها نماید و فرد دیگری را به عنوان طرف قرارداد خود انتخاب کند؟

در خصوص وعده یک طرفی قرارداد موضوع روشن است. اگر یک طرف خود را متعهد نماید که با شخص خاصی قراردادی را منعقد کرده و یا از آن خودداری نماید، طبیعتا این وعده یک جانبه ایجاد الزام می نماید؛ چرا که نوعی ایقاع است و ایقاع نیز الزام آور می باشد؛ زیرا یک اراده نیز می تواند منشا تعهد و آثار حقوقی باشد. اگر

مذاکرات ابتدایی طرفین به اکراه باشد، برابر ماده ۱۹۹ قانون مدنی موجب عدم نفوذ معامله است. بنیان بسیاری از اختیارات قانون مدنی مذاکرات ابتدایی طرفین است. چنان که توصیف غیر واقع موضوع معامله از سوی یکی از طرفین در مذاکرات موجبات اختیارات تخلف از وصف یا شرط یا خیار عیب را فراهم می نماید و حتی سکوت طرفین در مذاکرات ابتدایی به خودی خود خیار عیب را ایجاد می کند. عدم بیان قیمت واقعی از سوی یکی از طرفین (سکوت در مذاکره) سبب خیار غبن شده و مواد ۴۱، ۴۱۶ و ۴۲۲ در این زمینه قابل توجه است. مهم تر از همه اینها مذاکراتی است که از روی خدعه و فریب صورت می گیرد؛ یعنی یکی از طرفین وصفی را که موهوم بوده یا وجود نداشته موجود جلوه می دهد و بدین ترتیب موجبات خیار تدلیس فراهم می گردد. بنابراین اگر از سوی معامل عملیاتی صورت گیرد که موجب رغبت طرف به انجام معامله گردد. خیار تدلیس ماده ۴۳۸ محقق می شود.

فصل چهارم :

نتیجه گیری و انتقادات و پیشنهادات

نتیجه گیری :

حسن نیت اصلی اخلاقی و وجدانی است که همواره در آموزه های دینی بر رعایت آن سفارش شده^۴ کلیت حسن نیت و تنوع نقش آن به حسن نیت این امکان را می دهد که در مراحل مختلف قراردادی ایفای نقش نماید.

حسن نیت در مذاکرات

در این مرحله اصل و قاعده اولیه عبارت است از آزادی طرفین در ورود به مذاکره، ادامه آن و در نهایت تصمیم به انعقاد یا قطع مذاکرات این قاعده مبتنی بر ایده آزادی منفی است. مطابق این مفهوم از آزادی، شخص تا زمانی که تصمیم به قرارداد نگرفته از هرگونه تعهدی آزاد است. لیکن، حسن نیت به عنوان یک ابزار حقوقی این قاعده اولیه را بدین صورت محدود می سازد که آزادی مذاکره به معنای سوءاستفاده از آن و یا بی توجهی به منافع دیگران نیست، لذا ورود به مذاکره بدون قصد انعقاد به قصد کسب اطلاعات محرمانه و ... رفتاری است خلاف حسن نیت و مسئولیت‌زا. در این مرحله حسن نیت مبنای تعهد دادن اطلاعات برای فراهم ساختن زمینه اخذ تصمیم آگاهانه و تعهد حفظ محرمانگی اطلاعات دریافتی نیز می باشد

حسن نیت در اجرای قرارداد

قاعده اولیه در این مرحله، اجرای قراردادی است که قبلاً به صورت معتبر منعقد شده است. هیچ یک از طرفین و حتی قاضی حق ندارد در قرارداد منعقد دخال نماید. لیکن حسن نیت این قلعه به ظاهر تسخیرناپذیر را تا حدودی متزلزل ساخته است بدین صورت که: اولاً حسن نیت در این مرحله مبنای ضمنی گرفتن برخی تعهدات قراردادی است مثل تعهد به همکاری در اجرای قرارداد. بنابراین کسی که در اجرای تعهد طرف مقابل همکاری نکند و یا ایجاد مانع کند برخلاف حسن نیت عمل کرده و نمی تواند به مقررات قانونی استناد نماید. ثانیاً اگر مفاد قرارداد منعقد به نحوی باشد که نتایج غیرمنصفانه ایجاد کند حسن نیت مبنایی می شود برای تعدیل شرط و حتی در مواردی حذف آن از قرارداد بی آنکه به اصل قرارداد لطمه وارد شود. ثالثاً حسن نیت ابزاری است در تعدیل قراردادی که در نتیجه حوادث خاص، تعادل آن به نحوی اساسی برهم خورده است تا یکی از طرفین به پای حوادث و به نفع طرف مقابل قربانی نشود.

(من حسن نیت نیتة امدہ التوفیق): (هر کس نیت خوب باشد، توفیق یاری اش خواهد نمود): نهج البلاغه، خطبه ی ۱۸۴.

حسن نیت در توسل به ضمانت اجراها

طبق حکم اولیه هرکس از حقی برخوردار باشد باید بتواند از آن بهره جسته و استفاده نماید لذا اگر کسی از حق فسخ قراردادی برخوردار است توان اعمال آن را دارد و نمی‌توان به نام انگیزه‌های بد مانع از استفاده وی شد. ولی اگر هدف و مقصدی که برای تحقق آن حقی اعطا شده است حاصل شود به‌خصوص در صورتی که اصرار بر اجرای حق برای طرف مقابل بیش از حد ضرری باشد اصرار بر اعمال حق رفتاری است خلاف حسن نیت؛ در واقع حسن نیت در این مرحله به‌عنوان یک عامل محدودکننده عمل می‌کند؛ توسل به حق فسخی که نتیجه‌ای ندارد رفتاری است مغایر حسن نیت لذا باید از آن اجتناب شود.

حسن نیت در تفسیر قراردادها

در تفسیر قراردادها قاعده اولیه جستجوی قصد مشترک طرفین است. این اصل به‌وضوح در بسیاری از مقررات پیش‌بینی شده است. تفسیر معمولاً جایی رخ می‌دهد که عبارتی، واژه‌ای و... مبهم است. در این صورت قاضی برحسب نظام حقوقی خود تلاش می‌کند تا ضمن اعمال قاعده تفسیری موردنظر خود، موضوع را حل و فصل نماید. لیکن در مواردی ممکن است متنی مبهم نباشد ولی اجرای عین قرارداد منتهی به نتیجه‌ای شود که غیرمنصفانه است. در این صورت حسن نیت ابزاری در دست قاضی است تا ضمن تفسیر، آنچه را که متعارف می‌یابد به طرفین قرارداد مستند سازد. بنابراین اگر شخصی که دو میلیون بدهکار است برای پرداخت آن از ۱۰ گونی سکه ۱۰ تومانی استفاده کند قاضی با تفسیر قرارداد و اینکه چنین ایفای تعهدی با رویه جاری سازگار نیست آن را نوعی رفتار بدون حسن نیت تلقی می‌نماید تا از این طریق وی را به ایفای مناسب تعهد وادارد.

در اجرای قراردادها است که اصل حسن نیت، به معنای وفاداری به عهد و گفتار، بیشترین کاربرد را دارد. اصل بر این است که قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند (بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی). فسخ قرارداد نیز متکی بر همین اصل اجرای قرارداد به درستی اجرا نشده باشد. قضات ماهوی، حسن نیت یا سوء نیت متعهد را مورد بررسی قرار می‌دهند. چنانچه شرط فسخی در قرارداد وجود داشته باشد، اثر این شرط منوطه در موردی که عدم اجرا ناشی از فعل خود خواهان باشد.

با توجه به آنچه گفته آمد حسن نیت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی واجد خصایصی همچون انتزاعی بودن، کلی بودن، دائمی بودن و ارزشی بودن است که از رفتار صادقانه و اعتقاد یا تصور ناشی از جهل و ظواهر فریبنده در روابط حقوقی، حمایت می‌نماید و با تمسک به صداقت و شرافت، اجرای شرافتمندانه و صادقانه تعهدات را لازم می‌داند و بدین وسیله برخورد خشن و خشک قواعد حقوقی را از بین می‌برد و به دیگر سخن، قواعد مزبور

را تعدیل و از اجرای غیرعادلانه آن‌ها جلوگیری می‌کند. در حقوق ایران، با توجه به مصادیقی که از فقه و قوانین و آرا بیان شد، حسن نیت به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی قابل توجه است؛ اصلی که حتی قانونگذار را مجاب ساخته تا در متون قانونی از آن غافل نماند و صراحتاً بدان استناد نماید. از سوی دیگر با توجه به آنچه بیان شد نمی‌توان پذیرفت که اصل کلی حقوقی حسن نیت معادل عرف و عادت و مفاهیمی مشابه است و بدین ترتیب نمی‌توان بی‌توجه به خاستگاه، هدف و نتایج ناشی از هر یک، شان مفهومی کلی و انتزاعی و دائمی و ارزشی را به مفهومی قابل عدول و عینی و متغیر کاهش داد. باری، حسن نیت و معقولیت دو اصل درهم تنیده حقوقی‌اند.

گفته شد که در حقوق ایران فسخ عقد باعث انحلال آن و قطع آثار حقوقی عقد است اگر عقد هنوز اجرا نشده طرفین از اجرای تعهدات ناشی از عقد مبری می‌شوند و اگر عقد اجرا شده باشد آثار حقوقی آن در فاصله انعقاد تا زمان فسخ به قوت خود باقی است. اگر خریدار از مبیع استفاده نموده در قبال استفاده از آن چیزی نمی‌پردازد و اگر بایع از ثمن معامله منتفع شده ملزم به پرداخت بهره نمی‌باشد بعد از اعلام فسخ هر یک از طرفین به حکم قانون ملزم به استرداد مورد معامله به مالک قبل از عقد است و این ضمان در حقوق ما ریشه قانونی داشته و ناشی از حرمت تصرف در مال غیر است هیچکدام از طرفین در مرحله استرداد عوضین حق حبس ندارند و در صورت امتناع از استرداد یا انکار مال دیگری ولو به بهانه دریافت مال خود بد متصرف غاصبانه خواهد بود و اگر شخصی عقد را فسخ کند مادام که مال متعلق به خود را از طرف دیگر مطالبه ننموده امانی بودن تصرف طرف مقابل بعید نیست ولی چنانچه شخص فسخ کننده بعد از فسخ مال متعلق به طرف دیگر را همچنان در تصرف خود نگهداری ید او غاصبانه خواهد بود.

اصولاً تلف یا انتقال مورد معامله به دیگری موجب سقوط حق فسخ نخواهد شد مگر این که ذوالخیار با آگاهی از خیار فسخ تصرفاتی نماید که نوعاً حاکی از رضایت به معامله و انصرف از حق فسخ باشد در صورت تلف یا انتقال به غیر شخص ملزم است بدل مورد معامله را از حق فسخ باشد در صورت تلف یا انتقال به غیر شخص ملزم است بدل مورد معامله را از مثل یا قیمت به مالک از عقد برگرداند و خیار عیب از این حکم مستثناست و در این مورد فقط حق مطالبه ارزش باقی است و چنانچه مورد معامله بعد از عقد در اثر فعل یکی از طرفین افزایش قیمت یابد و سپس عقد فسخ گردد اصولاً شخص انتقال گیرنده بعد از عقد مستحق زیادتی ناشی از عمل خود می‌باشد و این استحقاق به این صورت است که شخص می‌تواند عین مال اضافه شده را بردارد و در صورت مقدور نبودن آن، حق مطالبه قیمت مال را خواهد داشت که در این مقام نیز در مال تغییر یافته به نسبت افزایش قیمت ناشی از فعل خود شریک خواهد بود.

«کنوانسیون» به عنوان یک سند حقوقی بین المللی یکنواخت، در بند ۱ ماده ۷ خود که درباره قواعد تفسیر کنوانسیون است، از «اصل حسن نیت» نام می برد. براساس این بند، کنوانسیون باید به شیوه ای تفسیر و اجرا شود که «رعایت حسن نیت در تجارت بین المللی» ارتقا یابد. اما کنوانسیون دربردارنده ماده صریحی که قراردادهای شخصی را ملزم سازد که از اصل حسن نیت پیروی کند، نیست.

بر عکس کنوانسیون بیع بین المللی کالا «اصول قراردادهای تجاری بین المللی»، حسن نیت را به عنوان اصلی که متوجه طرفهای قراردادهای بین المللی می باشد، مورد بحث قرار می دهد [و می گوید]: «هریک از طرفهای قرارداد در تجارت بین المللی باید بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه عمل کند».^(۱۲) حتی قسمت «ج» بند ۲ ماده ۸ در فصل ۴ اصول قراردادها صریحا از «حسن نیت» و «رفتار منصفانه» به عنوان عنصر تعیین کننده در اینکه قرارداد چه موقع و کدام شرط مسکوت مانده را باید به طور ضمنی دربرداشته باشد، نام می برد، ولی ماده ۶ فصل ۱ آن که درباره تفسیر اصول مزبور است، از اصل حسن نیت نام نمی برد.

با وجود این تفاوت‌های آشکار ظاهری، هر دو سند از حیث ماهیت با یکدیگر سازگار است؛ زیرا این موضوع که اصل حسن نیت بر اساس کنوانسیون نیز در تفسیر قراردادهای شخصی و به معنای دقیق کلمه، نسبت به رابطه قراردادی طرفها به کار رود، مبنایی مشترک است.

از سوی دیگر، تفسیر مؤسسه بین المللی درباره اصول بین المللی، تأیید می کند که اصل حسن نیت «ممکن است به عنوان بیان هدف اساسی اصول مزبور به نظر رسد» و ممکن است در تفسیر اصول مزبور به کار برده شود.

بدین ترتیب، نه تنها تفسیر خود سندهای حقوقی یکنواخت، بلکه تفسیر قراردادهای شخصی و همچنین همه روابط قراردادی طرفهای قرارداد، باید با اصل حسن نیت هدایت شود. نتیجه اینکه، بر اساس هر دو سند، اصل حسن نیت وظیفه دوگانه ای را ایجاد می کند؛ یعنی اصل حسن نیت به عنوان یکی از عوامل سرنوشت ساز، نه تنها بر هدف قواعد حقوقی انتزاعی، بلکه قرارداد شخصی نیز حاکم است. بنابراین در کنوانسیون بیع بین المللی کالا به طور صریح از رعایت اصل حسن نیت در قراردادهای بین المللی اسمی نبرده است فقط در مورد تفسیر قرارداد گفته شده است که این اصل باید رعایت شود شاید بتوان به طور ضمنی قایل به رعایت اصل حسن نیت در همه ی مراحل قراردادها شد .

انتقادات و پیشنهادات :

در نتیجه ی این پژوهش می تواند پیشنهادهایی را نسبت به طرف های مختلف دخیل و تاثیر گذار در خانواده ی حقوقی به شرح زیر مطرح کرد:

با توجه به مبانی اخلاقی و انسانی اصل حسن نیت و نقش واقعی که ان ، حتی در وضعیت فعلی حقوقی ، در جنبه های مختلف حقوق تعهدات دارد به قانونگذار پیشنهاد میشود که این نقش را نه به شکل تلویحی و تردید آمیز ، بلکه صریحا به رسمیت شناخته و به روشنی ان را در قوانین موضوعه گنجانده و به این ترتیب گام بلندی در جهت تکمیل قواعد حقوقی و هر چه بیشتر اخلاقی وقاعده مند شدن اصول تعهدات قراردادی بردارد.

به مراکز آموزشی پیشنهاد میشود که در تدوین و آموزش حقوق تعهدات اصل حسن نیت رابه عنوان یکی از اصول کلی و بنیادین حقوق تعهدات مورد توجه قرار داده و به تبیین و تکمیل جنبه های مختلف ان بپردازند تا به این ترتیب هم حقوق تعهدات توسعه یافته تر شده و هم هر چه بیشتر بر ارزشهای اخلاقی و انسانی مبتنی گردد.

به قضات پیشنهاد میشود که در تفسیر قضایی قوانین در حوزه ی حقوق تعهدات و در مواردی که نص خاصی وجود ندارد اصل حسن نیت رابه عنوان قاعده ی کلی و مکمل ، در تفسیر خود مورد استناد قرار داده و تبدیل به یک رویه کنند .

در پایان یاد آور میشوم که الحاق ایران به کنوانسیون بیع بین المللی به معنی نسخ و کنار گذاشتن مقررات داخلی نخواهد بود زیرا این کنوانسیون فقط در بیع های بین المللی ، یعنی بیع های که محل تجارت طرفین ان ها در دو کشور مختلف عضو کنوانسیون قرار دارد ، اعمال خواهد شد و بیع های داخلی کماکان تابع مقررات قانون مدنی خواهد بود .

منابع:

- ۱- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۶۸.
 - ۲- انصاری علی، (۱۳۸۸)، تئوری حسن نیت در قراردادها، چ ۱، تهران، انتشارات جنگل.
 - ۳- بهرامی احمدی حمید، (۱۳۸۸)، حقوق مدنی ۴، مسئولیت مدنی، چ ۱، تهران، نشر میزان.
 - ۴- بیانکا، چزاره ماسیموبا همکاری جمعی از حقوقدانان بین المللی، (۱۳۹۱) تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، مهراب داراب پور، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
 - ۵- حائری مسعود، (۱۳۷۳)، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چ ۱، تهران، انتشارات کیهان.
 - ۶- دیلمی، احمد (۱۳۸۹) حسن نیت در مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، میزان.
 - ۷- شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، مجد، تهران، ۱۳۸۰.
 - ۸- شهیدی مهدی، (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۳ - تعهدات، چ ۷، تهران، انتشارات مجد.
 - ۹- صفایی سید حسین، (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چ ۴، تهران، نشر میزان.
 - ۱۰- صفایی سید حسین، رحیمی، حبیب الله، (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چ ۱، تهران، سمت.
 - ۱۱- صفایی، دکتر سید حسین، حقوق بیع بین المللی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۰.
 - ۱۲- صفایی، دکتر سید حسن، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، میزان، تهران، ۱۳۸۲.
 - ۱۳- طباطبائی یزدی سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، حاشیة المکاسب (چاپ سنگی)، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
 - ۱۴- کاتوزیان ناصر، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
 - ۱۵- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی دوره ی عقود معین، ج ۱، چاپ ششم، انتشارات مدرس، تهران، ۱۳۸۴.
- (ب) مقالات: محسنی، حسن، اصل حسن نیت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، مجله حقوق تطبیقی، شماره یک، بهار و تابستان، ۱۳۸۵، ص ۲۰۳-۲۳۵.

