

## ایجاب متقابل در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰): طرح نقشه صلح کنوانسیون وین برای نبرد فرم‌ها با تکیه بر نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی

فخرالدین اصغری آقمشهدی\*

حسین کاویار\*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2017.27975

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۰/۱۲

### چکیده

از اسباب ارادی زوال ایجاب که از طرف مخاطب ایجاب صورت می‌گیرد، رد ایجاب است. رد ایجاب می‌تواند به صورت صریح یا ضمنی با افزودن شرایط جدیدی در قبول صورت پذیرد. در رد ایجاب ضمنی، مخاطبی که چنین تلاشی می‌کند، خود موجب ایجاب متقابل<sup>۱</sup> است. این مخاطب بعداً نمی‌تواند ایجاب اصلی را قبول کند. در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، متعاملین، جزء به جزء و یکایک، شروط هر معامله را بررسی نمی‌کنند. بنابراین ناگزیرند برای معاملات خود، فرم‌های یکسان تهیه کنند. شروط مندرج در فرم‌های طرفین، شروط ضمن عقد است، مشروط بر اینکه با هم معارض نباشند. در صورت تعارض شروط مندرج در فرم‌های طرفین، نبرد فرم‌ها شکل می‌گیرد. نبرد فرم‌ها از مهم‌ترین و کاربردی‌ترین مباحث حقوق قراردادهاست که ذیل بحث رد ایجاب مطالعه می‌شود. در مورد نبرد فرم‌ها سه نظریه حقوق قراردادهای مطرح است: نظریه ارجاع به حقوق داخلی، نظریه اقدام آخر و نظریه تساقط (ناک آوت). فارغ از مطروود بودن نظریه اول، شارحین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با تفسیر ادبی و مضیق از ماده ۱۹، نظریه اقدام آخر و با تفسیر موسع و معتدل از ماده ۶، نظریه تساقط را استنباط کرده‌اند. علی‌رغم اقبال رویه محاکم و دیوان‌های داوری به نظریه تساقط، به نظر می‌رسد که باید نظریه چهارمی تحت عنوان «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی» را در راستای افزایش کارایی، کاهش هزینه‌های قراردادی و دادرسی، صرفه‌جویی در زمان و نیل به قرارداد کامل، تقویت کرد.

### واژگان کلیدی

ایجاب، رد ایجاب، رد صریح، ایجاب متقابل، نبرد فرم‌ها

f.asghari@umz.ac.ir

\* نویسنده مسئول، استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

h.kaviar@umz.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق دانشگاه اراک

1. Counter-offer

## مقدمه

بیان مخاطب، صرفاً در صورتی «قبول» محسوب می‌شود که مبین قصد وی بر التزام قرارداد مطابق با شرایط ایجاب باشد. اگر وی فقط وصول ایجاب را تأیید یا شرایط ایجاب را اصلاح یا تعدیل کند یا چنانچه احراز شود که وی با وجود دریافت ایجاب، هیچ تمایلی به متعهد کردن خود ندارد، ایجاب، رد شده تلقی می‌شود و قراردادی شکل نخواهد گرفت.<sup>۲</sup> ممکن است رد ایجاب به صورت صریح یا ضمنی با افزودن شرایط جدیدی در قبول، صورت پذیرد. در حالت دوم، مخاطبی که چنین تلاشی می‌کند، خود موجب ایجاب متقابل است. این مخاطب بعداً نمی‌تواند ایجاب اصلی را قبول کند. به عبارت دیگر، ایجاب متقابل، پاسخی است که بر تمایل به انعقاد قرارداد اما با شروطی متفاوت از ایجاب اولیه دلالت می‌کند. ایجاب متقابل، نوعی رد ایجاب است که به نحو ضمنی، ایجاب اصلی را زایل می‌سازد. مخاطبی که ایجاب را رد کرده است نمی‌تواند مجدداً آن را قبول کند. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)<sup>۳</sup> دو ماده ۱۷ و ۱۹ را به رد ایجاب و ایجاب متقابل اختصاص داده است.

این مقاله، مباحث مربوط به ایجاب متقابل را با بررسی دکترین و رویه قضایی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مطالعه می‌کند. کاربرد عملی بحث حاضر در حقوق تجارت بین‌الملل در تعارض فرم‌های طرفین قرارداد جلوه‌گر می‌شود. تحلیل، ارزیابی و نقد نظریات مطرح در حل چالش نبرد فرم‌ها از منظر شارحین کنوانسیون، رویکرد اصلی این مقاله است. مسیر بحث حاضر به طرح راه‌حل جدیدی در جهت صلح نبرد فرم‌ها ختم می‌شود که موسوم به «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی» یا «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر انصاف» است.

## ۱. رد صریح ایجاب (ماده ۱۷ کنوانسیون)

در فرهنگ حقوقی بلک در تعریف رد<sup>۴</sup> چنین آمده است: «۱. امتناع از قبول ایجاب؛ ۲. امتناع از قبول مبیع به‌عنوان اجرای قرارداد».<sup>۵</sup> ماده ۱۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «ایجاب حتی اگر غیرقابل رجوع باشد، از هنگامی که رد آن از سوی مخاطب به موجب واصل می‌شود، منتفی

2. See, *Duval & Co. v. Malcom*, 233 Ga. 784, 214 S.E.2d 356 (1975); *C.H. Leavell & Co. v. Grafe & Assoc.*, 90 Idaho 502, 414 P.2d 873 (1966); *Arthur Rubloff & Co. v. Drovers Nat'l Bank of Chicago*, 80 Ill. App. 3d 867, 400 N.E.2d 614 (1980); *Dodds v. Giachini*, 79 Ill. App. 3d 358, 398 N.E.2d 205 (1979); *Zeller v. First Nat'l Bank & Trust Co.*, 79 Ill. App. 3d 170, 398 N.E.2d 148 (1979); *In re Estate of Girga*, 15 Ill. App. 3d 916, 305 N.E.2d 565 (1973); *David J. Tierney, Jr., Inc. v. T. Wellington Carpets Inc.*, 392 N.E.2d 1066 (Mass. App. 1979); *Coffman Indus., Inc. v. Gorman-Taber Co.*, 521 S.W.2d 763 (Mo. App. 1975).

۳. جهت رعایت اختصار، از این پس، «کنوانسیون» نامیده می‌شود.

4. Rejection

5. Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, USA: West Group Pub, 9<sup>th</sup> ed, p. 1291, 2009; See also, Cozzillio, M. J., "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable", *Cath. U. L. Rev.*, vol. 39, p. 500. 1990.

خواهد شد». نقش ماده ۱۷ کنوانسیون را می‌توان در این مثال بیان کرد: فروشنده در اول ماه مه، ایجابی را برای خریدار ارسال می‌کند که بیان می‌دارد: «این ایجاب تا تاریخ ۱ ژوئن مفتوح می‌ماند». در ۷ مه، خریدار، متنی مشتمل بر عبارت زیر برای فروشنده می‌فرستد: «به دلیل بالا بودن قیمت نمی‌توانم ایجاب را قبول کنم». ولی در ۱۰ مه، متن زیر را ارسال می‌کند: «بدین وسیله ایجاب ۱ مه شما را قبول می‌کنم». فروشنده سریعاً به خریدار اطلاع می‌دهد که این قبول به دلیل رد پیشین قابل قبول نیست. خریدار پاسخ می‌دهد که این رد معتبر نیست زیرا فروشنده وعده داده که ایجاب را مفتوح نگه دارد.<sup>۶</sup> ماده ۱۷ کنوانسیون، این مسئله را حل و فصل خواهد کرد. ماده ۱۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد که «ایجاب حتی در صورت غیرقابل رجوع بودن، از هنگامی که رد آن به موجب واصل می‌شود، منتفی خواهد شد».

در مثال فوق، خریدار در تاریخ ۷ مه، سبب زوال ایجاب می‌شود، اگرچه این ایجاب تا تاریخ ۱ ژوئن، ملزم بود. لذا قراردادی شکل نخواهد گرفت. در چنین مواردی، ماده ۱۷ کنوانسیون از تردیدی که ممکن است از ماده ۱۶ مبنی بر غیرقابل رجوع بودن ایجاب به وجود آید، اجتناب می‌کند. به علاوه ملاحظات عملی نیز این قاعده کلی را که رد، به ایجاب خاتمه می‌دهد، تأیید می‌کند. هنگامی که ایجاب رد می‌شود، دلیلی وجود ندارد که موجب انتظار بکشد که مخاطب ممکن است نظر و قصد خود را تغییر بدهد. ماده ۱۷ موجب را قادر می‌سازد تا بی‌درنگ برنامه‌ریزی کرده و از منابع خود، حداکثر استفاده اقتصادی را ببرد.<sup>۸</sup> به محضی که موجب، اعلامیه رد ایجاب را دریافت کرد، آزاد است تا با شخص دیگری بدون در نظر گرفتن این موضوع که مخاطب ممکن است قصدش را عوض کند و سعی در قبول ایجابی کند که قبلاً آن را رد کرده، قرارداد را منعقد کند.

در برخی نظام‌های حقوقی، راه حل مندرج در ماده ۱۷ فقط در مورد ایجاب‌های قابل رجوع است و معتقدند که ایجاب غیرقابل رجوع با رد مخاطب خاتمه نمی‌یابد. وین‌شپ<sup>۹</sup> با اشاره به بخش‌های ۲۵ و ۳۷ مجموعه دوم حقوق قراردادهای امریکا معتقد است در کامن‌لا، رد ایجاب، موجب زوال ایجاب‌های غیرقابل رجوع نخواهد شد. وی می‌گوید قبولی‌ای که بعد از نامه رد می‌رسد، معتبر است مشروط بر اینکه ایجاب، غیرقابل رجوع باشد. از این لحاظ، کامن‌لا با ماده ۱۷

6. Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 3rd Edition, No. 152. 1999.

۷. ماده ۱۶: «۱. مادام که قرارداد منعقد نشده است ایجاب قابل رجوع است، به شرطی که رجوع پیش از آنکه مخاطب ایجاب، قبولی خود را ارسال دارد، به وی واصل شود. ۲. معیناً در موارد ذیل نمی‌توان از ایجاب رجوع کرد: (الف) در صورتی که ایجاب به واسطه قید زمان معین جهت قبول آن یا به علت دیگر، حکایت از این داشته باشد که غیرقابل رجوع است؛ یا (ب) هرگاه تکیه مخاطب بر ایجاب به عنوان ایجاب غیرقابل رجوع، امری معقول بوده و بر همان اساس عمل کرده باشد».

8. Honnold, *op. cit.*, No. 153.

9. Winship

کنوانسیون متفاوت است.<sup>۱۰</sup> البته در صورتی که ایجاب، غیرقابل رجوع باشد برخی اعتقاد دارند که رد، تنها در صورتی به حیات ایجاب پایان می‌دهد که موجب با تکیه بر این رد، نظرش تغییر کرده باشد.<sup>۱۱</sup> نتیجه این نظر این است که اگر مخاطب ایجاب غیرقابل رجوع، آن را رد کند، در صورتی که موجب بر این رد تکیه نکرده باشد، ردکننده می‌تواند در مدت اعتبار ایجاب، آن را قبول کند. مخالفین این دیدگاه معتقدند که این نظر نه تنها برخلاف قواعد حاکم بر ایجاب و قبول است، بلکه برخلاف قصد طرفین نیز هست. به علاوه، قائل شدن به این نظر بدین معناست که ایجاب غیرقابل رجوع، نه قابل رجوع است و نه قابل رد، یعنی حتی رد مخاطب ایجاب نیز آن را بی‌اثر نمی‌کند. چنین تفسیری برخلاف ارادهٔ موجب است که تنها می‌خواسته ایجابش در مدت معین یا متعارف، غیرقابل رجوع باشد. به عبارت دیگر، قصد وی این نبوده که ایجاب در هر حال، حتی در صورت رد، غیرقابل رجوع باشد.<sup>۱۲</sup> استدلال دیگر این است که وقتی ایجابی رد می‌شود، هیچ دلیلی وجود ندارد که موجب انتظار بکشد که آیا مخاطب، عقیده‌اش تغییر می‌کند یا خیر؟<sup>۱۳</sup> با رد ایجاب، موجب با تکیه بر رد می‌تواند در مال خود، هرگونه تصرفی بکند بدون اینکه با خطر قبول بعدی مواجه شود. پذیرش دیدگاه مزبور به لحاظ عملی، موجب را در موقعیت خطرناکی قرار می‌دهد زیرا وی در مدت اعتبار ایجاب، حق تصرفات منافی با ایجابش را ندارد. این در حالی است که مخاطب ایجاب، صریحاً اراده‌اش را مبنی بر عدم قبول ایجاب، اعلام کرده است.<sup>۱۴</sup>

بسیاری دیگر از نظام‌های حقوقی، راه‌حل مندرج در ماده مزبور را در مورد ایجاب‌های غیرقابل رجوع نیز پذیرفتند. هانولد<sup>۱۵</sup> معتقد است رویکرد ماده ۱۷ کنوانسیون در نظام حقوق نوشته و احتمالاً برخی کشورهای کامن‌لا مورد حمایت است.<sup>۱۶</sup> در نهایت، ماده ۱۷، رد ایجاب را از اسباب زوال ایجاب می‌داند اعم از اینکه ایجاب قابل رجوع باشد یا غیرقابل رجوع.<sup>۱۷</sup> این مقرر،

10. Winship, P., "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *International Lawyer*, vol. 17, p. 10, 1983; See also, Kritzer, A., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer & Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1st Edition, p. 170. 1989.

11. Cozzillio, *op. cit.*, p. 493.

12. *Ibid.*

13. Honnold, *op. cit.*, p. 169.

14. محقق داماد، مصطفی و محمدهادی دارایی؛ «مطالعه تطبیقی اسباب زوال ایجاب»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه شماره ۱۰، ۱۳۹۰، ص ۵۳.

15. Honnold

16. Honnold, *op. cit.*, p. 178.

17. A/CONF.97/5 - Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, p. 22. at, [http://www.uncitral.org/pdf/a\\_conf.97\\_5-ocred.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/a_conf.97_5-ocred.pdf), See also Text of Secretariat Commentary on Article 15 of the 1978 Draft [*draft counterpart of CISG Article 17*], Comment 2, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-17.html>>. See "The Legislative History of CISG Article 17: Match-up with 1978 Draft to Assess Relevance of Secretariat Commentary," available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-17.html>>. "CISG Article 17 and 1978 Draft Article 15 are identical. The Secretariat Commentary on 1978 Draft CISG Article 15 should

همانگ با قاعده مذکور در ماده (۲) ۱۵ کنوانسیون<sup>۱۸</sup> است.<sup>۱۹</sup> در واقع، در ایجاب غیرقابل رجوع، حق رجوع موجب از بین می‌رود و این بدین معنا نیست که رد ایجاب از سوی مخاطب در مدت مزبور، فاقد اثر است و مخاطب بعد از رد آن، مجدداً می‌تواند ایجاب را قبول کند.

## ۲. ایجاب متقابل (ماده ۱۹ کنوانسیون)

کنوانسیون در ماده ۱۹ در سه بند به ایجاب متقابل پرداخته است. بند اول این ماده به این اصل سنتی پرداخته که ایجاب متقابل، باعث زوال ایجاب نخست است. در بند دوم، ایجاب متقابلی را که در شرایط اساسی با ایجاب اول تفاوت نداشته باشد استثنا کرده است و در بند سوم، مقصود خود را از شرایط اساسی بیان می‌کند.<sup>۲۰</sup> ماده ۱۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «۱. هرگونه پاسخ به ایجاب که ظاهراً قبول ایجاب بوده ولی متضمن اضافات، محدودیت‌ها یا سایر اصلاحات (نسبت به ایجاب) باشد به منزله رد ایجاب است و ایجاب متقابل محسوب می‌شود.

۲. با وجود این، هرگونه پاسخ به ایجاب که ظاهراً قبول ایجاب بوده ولی متضمن شروط اضافی یا متفاوتی (نسبت به ایجاب) باشد که شرایط ایجاب را به‌طور اساسی تغییر ندهد، قبول ایجاب محسوب می‌شود، مگر اینکه ایجاب‌کننده بدون تأخیر موجه، شفاهاً یا با ارسال یادداشتی، نسبت به مغایرت اعتراض کند. چنانچه وی بدین نحو اعتراض نکند، شروط قرارداد عبارت‌اند از شروط ایجاب به‌علاوه اصلاحات مندرج در قبول.

۳. شروط اضافی یا متفاوت راجع به ثمن، پرداخت، کیفیت و کمیت کالا، مکان و زمان تسلیم، حدود مسئولیت یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر یا حل‌وفصل اختلافات، از جمله مواردی محسوب می‌شوند که شروط ایجاب را به‌نحو اساسی تغییر می‌دهند».

ماده ۱۹ کنوانسیون، یکی از چهار موضوع<sup>۲۱</sup> کنفرانس وین است که نظام‌های حقوقی

therefore be relevant to the interpretation of CISG Article 17.”

See, Secretariat's Commentary, Official Records, I, 22.

۱۸. ماده (۲) ۱۵: «ایجاب حتی در صورتی که به‌نحو غیرقابل رجوع باشد، قابل انصراف است مشروط بر اینکه اعلام انصراف، پیش از وصول ایجاب یا هم‌زمان با آن به اطلاع مخاطب ایجاب برسد».

۱۹. بیانکا. سی.ام و ام.جی. بونل؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد اول، ترجمه: مهرباب داراب‌پور، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۲۳.

۲۰. اسماعیلی، محسن؛ «ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مجله مدرس، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۷، ص ۹۵.

۲۱. این چهار موضوع عبارت‌اند از: (الف) دامنه اعمال عرف تا چه اندازه است؟ (ب) آیا فرم کتبی اجباری است؟ (ج) زمانی که قبول در امور غیرمهم با ایجاب متفاوت است، آیا قرارداد منعقد می‌شود؟ (د) زمانی که ثمن و روش تعیین آن در قرارداد ذکر نشده باشد، آیا قرارداد منعقد می‌شود؟ پاسخی که نظام‌های حقوقی سنت‌گرا (کشورهای شرقی و سوسیالیست) و اصلاح‌طلب (کشورهای غربی) به این چهار پرسش داده‌اند از قرار ذیل است:

سنت‌گرا و اصلاح‌طلب را از هم جدا کرد.<sup>۲۲</sup> لذا ماده ۱۹ از مواد بسیار مهم کنوانسیون است که شارحین کنوانسیون نیز تحلیل‌های فراوانی درباره آن نوشته‌اند.<sup>۲۳</sup> در این قسمت، بندهای سه‌گانه ماده ۱۹ کنوانسیون بررسی می‌شود:

## ۲-۱. خطوط کلی

ممکن است مخاطب ایجاب با پاسخی که نه به روشنی قبول است و نه رد، مشکلاتی ایجاد کند. ابهام می‌تواند در تلاش برای حفظ شرایط بهتر، هم‌زمان با درجریان‌نگه‌داشتن ایجاب، به‌عنوان ابزاری برای چانه‌زنی استفاده شود. اینکه آیا قبولی که دارای اصلاحات است، به‌عنوان قبول در نظر گرفته می‌شود یا رد، به‌موجب ماده ۱۹ مورد بحث قرار گرفته است. مثلاً در ۱ مه، فروشنده، ایجاب ملزم می‌کند. در ۷ مه، خریدار، بیانیه زیر را به فروشنده تحویل می‌دهد: «من ایجاب شما را همان‌طور که در فرم سفارش مشخص است، پذیرفته‌ام». فرم سفارش خرید، شامل بندی بود که بر اساس آن، اختلافات ناشی از قرارداد به داوری اجباری ارجاع می‌شد. این در حالی بود که ایجاب فروشنده، اشاره‌ای به داوری اجباری نکرده بود. در ۸ مه، فروشنده پاسخ داد که نمی‌تواند درخواست خریدار را بپذیرد و در نتیجه، ایجاب، زوال پیدا می‌کند. در ۱۰ مه، خریدار به فروشنده اطلاع می‌دهد که «من بدین وسیله ایجاب ۱ مه شما را بدون هیچ شرط و اصلاحی می‌پذیرم». فروشنده بی‌درنگ پاسخ می‌دهد «همان‌طور که به شما در ۸ مه اطلاع دادم، ایجاب منتفی شده است».<sup>۲۴</sup>

در مثال فوق، ارتباطات خریدار در ۷ مه، با وجود اینکه ادعا شده بود که قبول است، به دلیل شرایط اضافه‌شده، رد ضمنی به حساب می‌آید و در هر صورت، این قدرت را به موجب می‌دهد که به ایجاب خاتمه دهد.

موضوع	نظام حقوقی سنت‌گرا (کشورهای شرقی و سوسیالیست)	نظام حقوقی اصلاح‌طلب (کشورهای غربی)
الف	عرف، زمانی می‌تواند اعمال شود که طرفین بر آن توافق نمایند و این عرف، مغایر با مقررات آمره نباشد	عرف قابل اعمال است حتی اگر طرفین یا انسان‌های متعارف دیگر به‌طور ضمنی توافق بر عرف کرده باشند
ب	فرم کتبی باید الزامی شود	هیچ تشریفات ضرورت ندارد
ج	قرارداد قابل انعقاد نیست	قرارداد قابل انعقاد است
د	قرارداد قابل انعقاد نیست	قرارداد قابل انعقاد است

22. Eörsi, G., "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, vol. 31, p. 341, 1983.

23. برای ملاحظه تاریخچه ماده ۱۹ ن.ک: فرانس‌ورث، در: بیانکا و بونل: همان، صص ۲۳۸-۲۴۱.

24. Honnold, *op. cit.*, No. 155.

## ۲-۲. مفهوم ایجاب متقابل

در فرهنگ حقوقی بلک، ایجاب متقابل چنین تعریف شده است: «ایجاب متقابل عبارت است از پیشنهاد جدید مخاطب که با شرایط و مفاد ایجاب اصلی متفاوت است و معمولاً به حیات ایجاب اصلی خاتمه می‌دهد و آن را زائل می‌سازد».<sup>۲۵</sup> ایجاب متقابل معمولاً به‌عنوان رد محسوب می‌شود. در واقع، هرگونه پاسخ مخاطب به موجب، به‌نحوی که از ایجاب اصلی منحرف شود، به‌عنوان رد ایجاب محسوب می‌شود و قدرت قبول مخاطب را بی‌اعتبار می‌کند.<sup>۲۶</sup>

در یک پرونده، دادگاه آلمانی، تسلیم ۲۷۰۰ جفت کفش را رد ایجاب خریدار برای خریدن ۳۲۴۰ جفت کفش تلقی و تفسیر کرد. تسلیم ۲۷۰۰ جفت کفش، ایجاب متقابل است که خریدار، آن را قبول کرد.<sup>۲۷</sup>

## الف. قاعده تصویر آینه

از مفهوم بند ۱ ماده ۱۹ کنوانسیون برداشت می‌شود که قبول باید «آینه» ایجاب باشد. در کامن‌لا، طبق قاعده تصویر آینه،<sup>۲۸</sup> قبول باید همچون آینه، انعکاس‌دهنده رضای بدون قید، شرط و اصلاح ایجاب باشد. در غیر این صورت، حکم به تشکیل قرارداد نمی‌شود.<sup>۲۹</sup> لذا قبول مشروط، وابسته به رضایت موجب است مبنی بر اینکه آیا شروط مخاطب را بپذیرد یا خیر. در این صورت، ایجاب اصلی عموماً زایل می‌شود.<sup>۳۰</sup> بنابراین، مخاطب می‌تواند ایجاب را از طریق رد به چندین طریق زایل کند، از جمله: رد صریح، رد ضمنی از طریق ایجاب متقابل، قبول مشروط، قبول حاوی اضافات یا اصلاحات.<sup>۳۱</sup> در مرکز ثقل الگوی قراردادی ایجاب و قبول، قاعده تصویر آینه وجود دارد.<sup>۳۲</sup> معروف‌ترین و قدیمی‌ترین پرونده در مورد قاعده تصویر آینه، پرونده *Hyde v. Wrench*<sup>۳۳</sup> در

25. Garner, *op. cit.*, p. 354.

26. See, *Wagner v. Raimier Mfg. Co.*, 230 Or. 531, 371 P.2d 74 (1962). *Landberg v. Landberg*, 24 Cal. App. 3d 742, 101 Cal. Rptr. 335 (1972); *Green v. First Am. Bank & Trust*, 511 So. 2d 569 (Fla. Dist. Ct. App. 1987); *McCormick v. Stephany*, 61 N.J. Eq. 208, 48 A. 25 (1900).

27. (German) Oberlandesgericht Frankfurt 23 May 1995, CISG-Online No. 185. See also (French) Cour d'Appel, Paris, *ISEA Industrie v. Lu*, 13 December 1995, CISG-Online No. 312; (German) Oberlandesgericht Frankfurt 4 March 1994, CISG-Online No. 110.

28. Mirror Image Rule

29. See, *Newspaper Readers Serv., Inc. v. Canonsburg Pottery Co.*, 146 F.2d 963 (3d Cir. 1945); *Richardson v. Greensboro Warehouse & Storage Co.*, 223 N.C. 344, 26 S.E.2d 897 (1943); *J. R. Stone Co., Inc. v. Keate*, 576 P.2d 1285 (Utah 1978); see also *Pickett v. Miller*, 76 N.M. 105, 412 P.2d 400 (1966).

30. See Restatement (Second) of Contracts § 59 (1979), U.C.C. § 2-207(1) (1977); See also *Bartholf v. Hautala*, 22 Misc. 2d 46, 194 N.Y.S.2d 660 (N.Y. Sup. Ct. 1959).

31. Cozzillio, *op. cit.*, p. 500-501.

۳۲. آدامز، جان. ان و راجر براونزورد: تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ترجمه: سیدمهدی موسوی، میزان، ۱۳۸۶، ص ۹۵.

33. [1840] EWHC Ch J90.

سال ۱۸۴۰ است: شخصی به نام رنج (خوانده) ایجابی مبنی بر فروش مزرعه خود به هاید (خواهان) در ازای ۱۰۰۰ پوند داد. خواهان پاسخ داد که حاضر است آن را به قیمت ۹۵۰ پوند بخرد. خوانده از فروش مزرعه در ازای این مبلغ خودداری کرد. مدتی بعد، خواهان، ایجاب اولیه خوانده، برای فروش مزرعه به مبلغ ۱۰۰۰ پوند را قبول کرد. رنج از فروش مزرعه امتناع کرد. هاید نیز به علت نقض قرارداد علیه رنج طرح دعوا کرد. *لرد لانگدل*<sup>۳۴</sup> قاضی این پرونده گفت: «طبق اوضاع و احوال این پرونده، من فکر می‌کنم هیچ قرارداد الزام‌آوری بین طرفین منعقد نشده است. خوانده، ایجاب فروش مزرعه را به ۱۰۰۰ پوند داد و اگر این ایجاب، همان ابتدا بدون هیچ قید و شرطی قبول می‌شد، بی‌شک قرارداد الزام‌آور منعقد شده بود. اما خواهان به جای قبول، خودش خرید مزرعه به ۹۵۰ پوند را ایجاب می‌کند. لذا خواهان، ایجاب قبلی خوانده را رد کرده است. خواهان پس از رد ایجاب خوانده و ارائه ایجاب خرید مزرعه به ۹۵۰ پوند، دیگر نمی‌تواند ایجاب اولیه خوانده را قبول کند».<sup>۳۵</sup>

مثال سنتی که برای بیان این قاعده در کتب حقوق قراردادها بیان می‌شود، پرونده *Poel v. Brunswick Balke Collender Co.*<sup>۳۶</sup> است: در این پرونده، خریدار مجاز بود تا در شرایط سقوط بازار برای انتفاع بیشتر، به صورت یک‌جانبه از اجرای قرارداد و پرداخت بدهی‌اش امتناع کند. علی‌رغم اینکه طرفین، خود را متعهد به این شرط می‌دانستند، دادگاه مقرر داشت که قراردادی منعقد نشده است زیرا شرایط متعارضی در فرم‌های مبادله‌شده طرفین وجود دارد. دادگاه استدلال کرد که پیشنهاد توأم با اصلاح یا شرط برای قبول ایجاب، معادل رد ایجاب فروشنده است. قاعده تصویر آینه، طبق واقعیات عرصه تجارت، به‌ویژه تجارت بین‌الملل، نادیده گرفته می‌شود. در تجارت بین‌الملل، مرسوم است که قراردادها از طریق فرم‌های ازپیش‌تهیه‌شده تنظیم می‌شود. این فرم‌ها به‌ندرت انعکاس‌دهنده همدیگرند.<sup>۳۷</sup> برخی معتقدند که قاعده تصویر آینه با اصول سرعت و انعطاف‌پذیری در روابط بازرگانی چندان تناسبی ندارد. فرم‌های ازپیش‌پرینت گرفته‌شده توسط تجار به راحتی با پرکردن جاهای خالی و بدون هزینه‌های گزاف مشاوره حقوقی، برای روابط تجاری مختلف به کار می‌رود. به پیش‌رفتن توافق بدون مذاکره و بدون استفاده از وکیل و مشاور حقوقی، در عین سرعت بالا برای طرفین، هزینه کمتری دربردارد.<sup>۳۸</sup> چه بسا در این فرم‌ها شرایط ایجاب و قبول

34. Lord Langdale

35. See also, *Stevenson, Jacques & Co. v. McLean* [1880] 5 QBD 346; *Gibson v. Manchester City Council* [1979] UKHL 6; *Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-cello Cpn. (England) Ltd* 1979 1 WLR 401.

36. 110 N.E. 619 (N.Y. 1915), *reh'g denied*, 111 N.E. 1098 (1916).

37. Mathews, N. (1996), "Circuit Court Erie Errors and the District Court's Dilemma: From Roto-Lith and the Mirror Image Rule to Octagon Gas and Asset Securitization", *Cardozo Law Review*, vol. 17, Issue 3, p.747.

38. Corbin, A. L. (1963), *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, New York: West Publishing Company, 1<sup>st</sup> ed, p.498; Honnold, *op. cit.*, n.165.



با همدیگر تطابق نداشته باشد. لذا این سؤال مهم پیش می‌آید که آیا در این صورت، قراردادی منعقد می‌شود یا خیر؟ در ادامه به این سؤال پاسخ داده می‌شود. اما قبل از پاسخ به این سؤال لازم است تا استثنائات قاعده تصویر آینه، توضیح داده شود.

### ب. تعدیل قاعده تصویر آینه

به جهت اجتناب از وضعیت‌هایی که در آن، کوچک‌ترین تعارض میان قبول و ایجاب، ایجاب متقابل در نظر گرفته شود، بند ۲ ماده ۱۹ کنوانسیون، سه استثنا را مقرر کرده است. این استثنائات، جمود قاعده تصویر آینه را تعدیل می‌کند. طبق این سه استثنا، پاسخ معارض با ایجاب، تحت شرایطی خاص، قبول به حساب می‌آید و به انعقاد قرارداد منتج می‌شود و برای طرفین، حق و تعهد ایجاد می‌کند. این استثنائات در زیر، شرح داده می‌شود:

#### (۱) پاسخ به ایجاب در مقام قبول

پاسخ به ایجاب باید در مقام قبولی باشد. پاسخی که مشتمل بر تحقیق و واریسی بیشتر مخاطب است، نظرات و دیدگاه‌های مخالف راجع به ایجاب یا درخواست یک ایجاب بهتر یا سؤال در مورد شروط قرارداد، لزوماً قبول مشروط یا ایجاب متقابل نیست.<sup>۳۹</sup> ممکن است که پاسخ، صرفاً به قصد محک‌زدن موجب در قبال قبولی مغایر باشد و درعین‌حال، مخاطب ایجاب، امکان قبول ایجاب را در زمان بعدی برای خود محفوظ دارد. در صورتی که پاسخ ایجاب، صرفاً ناظر به پرسش یا پیشنهاد در خصوص امکان افزودن شروط اضافی باشد، چنین پاسخی نه قبول تلقی می‌شود و نه رد ایجاب.<sup>۴۰</sup> این امر موضوعی است که دادرس باید در هر قضیه به‌طور جداگانه تشخیص دهد که آیا پاسخ مخاطب در مقام قبول بوده است یا در مقام سؤال، پیشنهاد، تحقیق بیشتر و غیره.

همه ایجاب‌های متقابل به‌عنوان رد ایجاب عمل نمی‌کنند.<sup>۴۱</sup> برای مثال، اگر موجب صریحاً به مخاطب بگوید که ایجاب متقابل، ایجاب اصلی را نابود نخواهد کرد، مخاطب می‌تواند چنین

39. See *Katz v. Pratt St. Realty Co.*, 257 Md. 103, 262 A.2d 540 (1970); *Johnson v. Federal Union Sur. Co.*, 187 Mich. 454, 153 N.W. 788 (1915); *Mall Tool Co. v. Far W. Equip. Co.*, 45 Wash. 2d. 158, 273 P.2d 652 (1954).

۴۰. پارساپور، محمدباقر و وحید فقهی؛ «نبرد فرما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با مطالعه در حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱، ص ۸.

41. See *United States v. Marietta Mfg. Co.*, 339 F. Supp. 18 (D. W. Va. 1972); *Gyurkey v. Babler*, 103 Idaho 63, 651 P.2d 928 (1982); *Radio Picture Show Partnership v. Exclusive Int'l Pictures*, 482 N.E.2d 1159 (Ind. App. I Dist. 1985); *Rose v. Guerdon Indust. Inc.*, 374 N.W.2d 282 (Minn. App. 1985); *Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co.*, 216 N.Y. 310, 110 N.E. 619 (1915), *reh'g denied*, 216 N.Y. 771, 111 N.E. 1098 (1916).

ایجاب متقابلی را عرضه و حتی از این طریق، ایجاب اصلی را قبول کند. مضاف بر این، اگر مخاطب به موجب اطلاع دهد که مذاکرات ادامه پیدا کند و وی مایل است که ایجاب اصلی حفظ شود، ایجاب متقابل، صرفاً به‌عنوان مذاکره واسطه محسوب می‌شود و نه رد ایجاب اصلی.<sup>۴۲</sup> ضرورتی ندارد که قبول به‌طور دقیق با همان الفاظی بیان شود که در ایجاب استفاده شده است. تفاوت غیرعمده در الفاظ قبول، تغییری در تعهدات طرفین نمی‌دهد.<sup>۴۳</sup>

## ۲) عدم تغییر اساسی شروط ایجاب (جمله اول بند ۲ ماده ۱۹)

یکی از مهم‌ترین استثنائات قاعده تصویر آینه، در جمله اول بند ۲ ماده ۱۹ آمده است. به‌موجب این بند، شروط اضافی یا متفاوتی که شرایط ایجاب را به‌طور اساسی تغییر ندهند، قبول به حساب می‌آیند و نه رد ایجاب. تکیه به یک قاعده واضح و ازپیش‌تعیین‌شده برای تمیز بین تغییر اساسی و تغییر غیراساسی، کارچندان آسانی نیست. تشخیص تغییر اساسی به شرایط هر پرونده بستگی دارد. اگرچه کنوانسیون در بند ۳ ماده ۱۹ مصادیقی از شروطی را آورده است که به‌طور اساسی شرایط ایجاب را تغییر می‌دهد، این مصادیق، صرفاً جنبه تمثیلی دارد و حصری نیست. «شروط اضافی یا متفاوت راجع به ثمن، پرداخت، کیفیت و کمیت کالا، مکان و زمان تسلیم، حدود مسئولیت یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر یا حل‌وفصل اختلافات ازجمله مواردی محسوب می‌شود که شروط ایجاب را به‌نحو اساسی تغییر می‌دهد».

بنابراین شروط افزایش ثمن،<sup>۴۴</sup> زمانی متفاوت برای تحویل مبیع،<sup>۴۵</sup> مکانی متفاوت برای تسلیم مبیع،<sup>۴۶</sup> تغییر در صلاحیت دادگاه<sup>۴۷</sup> و تغییر در کیفیت کالا<sup>۴۸</sup> همگی شرایط اساسی به حساب می‌آیند. ممکن است تغییر در شرایط در یک پرونده، اساسی تلقی و در پرونده دیگر، همان تغییر، غیراساسی تلقی شود.<sup>۴۹</sup> به‌عنوان مثال، در دعوایی مقرر شد که اصلاح ایجاب درباره کمیت

42. See, e.g., *Collins v. Thompson*, 679 F.2d 168 (9<sup>th</sup> Cir. 1982); *Radford & Guise v. Practical Premium Co.*, 125 Ark. 199, 188 S.W. 562 (1916).

43. A/CONF.97/5 - Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, p. 24.

44. See e.g., (Austrian) Oberster Gerichtshof 9 March 2000, *Internationales Handelsrecht (IHR) 2001*, 39 = CISG-Online No. 573; (Swiss) Handelsgericht Zurich 10 July 1996, *Transportrecht – Internationales Handelsrecht (TransPRIHR) 1999*, 54 = CISG-Online No. 227.

45. (Austrian) Oberster Gerichtshof 6 February 1996, CISG-Online No. 224.

46. U.S. Federal District Court, New York, *Calzaturificio Claudia v. Olivieri Footwear*, 6 April 1998, CISG-Online No. 440.

47. (French) Cour de Cassation, *Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*, 16 July 1998, *Transportrecht – Internationales Handelsrecht (TranspR-IHR) 1999*, 43 = CISG-Online No. 344.

48. See, e.g., (German) Oberlandesgericht Frankfurt 31 March 1995, CISG-Online No. 137 (difference in quality of test tubes); (German) Oberlandesgericht Hamm 22 September 1992, *Transportrecht – Internationales Handelsrecht (TransPRIHR) 1999*, 24 = CISG-Online No. 57.

49. Schwenzer, I., Mohs, F. (2006). *Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World*, in: Rolf, H. (Ed.). *Internationales Handelsrecht*, vol. 6, Issue 6, published by Sellier, European

کالا، تغییر اساسی نیست.<sup>۵۰</sup>

به‌خاطر وسعتی که بند ۳ ماده ۱۹ در تفسیر، تاب می‌آورد، اکثر شروط تغییردهنده، اساسی تلقی و استثنای مندرج در بند ۲ ماده ۱۹ خیلی به‌ندرت استفاده می‌شود.<sup>۵۱</sup> همین امر باعث شده تا قاعده تصویر آینه در کنوانسیون، از کارایی بیفتد. حتی نویسنده‌ای معتقد است که کنوانسیون فقط یک روح بی‌جان از قاعده تصویر آینه را حفظ کرده است.<sup>۵۲</sup> برای اجتناب از این نتیجه و گسترش قلمرو بند ۲ ماده ۱۹، باید در اعمال بند ۳ ماده ۱۹ انعطاف به خرج داد. بدین‌سان می‌توان گفت موارد مذکور در بند ۳، همیشه از قلمرو گسترده برخوردار نیست و برحسب موضوع بیع، فرق می‌کند. مثلاً تغییر مدت زمان تسلیم مبیع در مورد مواد خوراکی و فصلی، قطعاً تغییر اساسی تلقی می‌شود، درحالی‌که در بیع کالاهای تجهیزاتی و تولیدی، زمان تسلیم، کمتر مهم است. البته باید توجه داشت این تفسیر، خلاف ظاهر ماده ۱۹ است.<sup>۵۳</sup> *فارنس‌ورث*<sup>۵۴</sup> نیز معتقد است که باید طبقه‌بندی‌های مندرج در بند ۳ ماده ۱۹ به‌طور مضیق تفسیر شود تا انعطاف بیشتری در اعمال ماده ۱۹ به عمل آید. تفسیر مضیق، به تضمین شمول اعمال بند ۲ کمک می‌کند.<sup>۵۵</sup>

تغییرات یا اضافاتی که معمولاً غیراساسی تلقی می‌شود به‌عنوان مثال، عبارت است از: درخواست نامه به‌طور محرمانه، مادامی که مذاکرات، علنی نشده است،<sup>۵۶</sup> شرط اینکه اعلامیه عیوب باید در ظرف مدت معینی داده شود،<sup>۵۷</sup> شرط اینکه ثمن، همپای نرخ بازار اصلاح شود و

---

Law Publishers, p.243.

**50.** (Austrian) Oberster Gerichtshof 20 March 1997, *Transportrecht-Internationales Handelsrecht* (TransPR-IHR) 1999, 52 = CISG-Online No. 269.

**51.** برای دیدن نظر مخالف، ن.ک: اسماعیلی؛ همان، ص ۹۶.

**52.** Gabriel, H. D., "The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: The Common Law and the Uniform Commercial Code", *The Business Lawyer*, vol. 49, p. 1058. 1994.

**53.** صفایی، حسین و همکاران؛ حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم (با تجدیدنظر و اضافات)، ۱۳۹۰، ص ۵۰.

**54.** Allan Farnsworth

**55.** ن.ک: بیانکا و بونل؛ همان، ص ۲۴۸.

**56.** (Hungarian) Fováosi Biróság Budapest, *Malev Hungarian Airlines v. United Technologies Inc. Pratt and Whitney Commercial Engine Business*, 10 January 1992, CISG-Online No. 43. Reversed on a different point by the Supreme Court, (Hungarian) Legfelsőbb Biróság 25 September 1992, CISG-Online No. 63.

**57.** (German) Landgericht Baden-Baden 14 August 1991, CISG-Online No. 24. The decision has been criticised by a number of scholars. See, e.g., *Karollus*, *Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994*, *Cornell Review of the CISG*, 51-94; *DiMatteo*, *The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings*, 22 *Yale Journal of International Law* (1997) 111, 154 (available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html>).

شرط به تعویق انداختن تسلیم یکی از اقلام مبیع.<sup>۵۸</sup>

نمونه‌های توضیحی ذیل، مثال‌های یونیدروا در توضیح ماده ۱۱-۱-۲ اصول اصلاحی ۵۹۲۰۱۰ است:<sup>۶۰</sup>

**مثال ۱.** (الف) سفارش دستگاہی را به (ب) می‌دهد تا در محل تجاری‌اش آزمایش شود. (ب) در برگ تصدیق سفارش اعلام می‌کند که شروط ایجاب را می‌پذیرد اما می‌افزاید که مایل است به هنگام آزمایش دستگاہ، حاضر باشد. این شرط اضافی یک اصلاح اساسی ایجاب محسوب نمی‌شود و بنابراین جزئی از قرارداد خواهد شد.

**مثال ۲.** این مثال، مشابه مثال قبلی است به استثنای اینکه در برگ تصدیق سفارش، (ب) یک قید داوری را اضافه می‌کند. این قید داوری، جز در مواردی که اوضاع و احوال برخلاف آن دلالت کند، به منزله اصلاح اساسی شروط ایجاب خواهد بود و نتیجتاً قبول در نظر گرفته شده، موجب ایجاب متقابل خواهد بود.

### ۳) عدم اعتراض موجب به تغییرات غیراساسی (جمله دوم بند ۲ ماده ۱۹)

مطابق مفهوم جمله دوم بند ۲ ماده ۱۹، اگر موجب بدون تأخیر موجه، شفاهاً یا با ارسال یادداشتی، نسبت به مغایرت غیراساسی در فرم‌های قرارداد اعتراض نکند، پاسخ مخاطب به ایجاب، قبول محسوب می‌شود. در این صورت، شروط قرارداد عبارت‌اند از شروط ایجاب به علاوه اصلاحات مندرج در قبول. اعتراض مذکور در بند ۲ ماده ۱۹ هیچ تشریفات ندارد. مهم این است که بدون تأخیر موجه به اطلاع مخاطب برسد. اثر اعتراض به موقوع، مساوی است با عدم انعقاد قرارداد.

**مثال.** (الف) مقدار معینی گندم را به (ب) سفارش می‌دهد. (ب) در برگ تصدیق سفارش، یک قید داوری اضافه می‌کند که در آن شاخه از تجارت کالای موردنظر، رویه‌ای متعارف و استاندارد است. از آنجاکه ممکن نیست قید مزبور برای (الف) غیرمنتظره باشد، اصلاحی اساسی بر

58. (French) Cour d'appel Paris, *Fauba v. Fujitsu*, 22 April 1992, CISG-Online No. 222, affirmed without reference to the Convention by the (French) Cour de Cassation 4 January 1995, CISG-Online No. 138. The decision is criticized by *Witz*, Case Commentary, The First Decision of France's Court of Cassation Applying the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (1995), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950104f1.html>.

59. ماده ۱۱-۱-۲ اصول یونیدروا (۲۰۱۰) به تبعیت از ماده ۱۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «۱. پاسخ به ایجاب که به‌ظاهر، حاوی قبول اما در واقع حاوی اضافات، محدودیت‌ها یا اصلاحات دیگری است، رد ایجاب محسوب می‌شود و موجب ایجاب متقابل است. ۲. اما پاسخ به ایجابی که به‌ظاهر حاوی قبول ولی در واقع حاوی شروط اضافی یا متفاوتی است که به‌طور اساسی، مفاد ایجاب را تغییر نمی‌دهد، موجب قبول است مگر اینکه موجب بدون تأخیر غیرموجه به مغایرت موجود اعتراض کند. اگر موجب اعتراض نکند، شروط قرارداد، همان مفاد ایجاب همراه با اصلاحات مندرج در قبول خواهد بود.»

60. به نقل از: بهروز اخلاقی و فرهاد امام؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، چاپ سوم (بر اساس ویرایش سال ۲۰۱۰)، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۶۶.

شروط ایجاب به حساب نمی‌آید و اگر (الف) بدون تأخیر غیرموجه اعتراض نکند، قید داوری، بخشی از قرارداد می‌شود.<sup>۶۱</sup>

بنابراین، برای اینکه قبول همراه با شروط اضافی یا متفاوت، یک قبول معتبر تلقی شود و به انعقاد قرارداد منتج شود، جمع سه شرط زیر ضروری است: اول - قصد مخاطب از پاسخ، قبول قرارداد باشد و نه چیز دیگر؛ دوم - قبول، تغییرات جزئی و غیرعمده در ایجاب ایجاد کند؛ سوم - موجب به تغییرات جزئی اعتراض نکند.

### ج. نبرد فرم‌ها

یکی از مهم‌ترین مباحثی که ذیل ماده ۱۹ کنوانسیون بحث می‌شود، بحث نبرد فرم‌هاست.<sup>۶۲</sup> این بحث، یکی از جدل‌آمیزترین مباحث کنوانسیون است. البته کنوانسیون، ماده خاصی را در این مورد پیش‌بینی نکرده است و گرچه موضوع در کنفرانس وین مورد بحث قرار گرفت، پیشنهادهای ارائه‌شده رد شد.<sup>۶۳</sup>

### (۱) خطوط کلی

در فرهنگ حقوقی بلک در تعریف نبرد فرم‌ها چنین آمده است: «تعارض بین شرایط فرم‌های نمونه‌ای که بین خریدار و فروشنده در طول مذاکرات قراردادی وجود دارد».<sup>۶۴</sup> گاه اتفاق می‌افتد که یک طرف، ایجابی را بر مبنای شرایط عمومی تجاری خود برای دیگری می‌فرستد و طرف دیگر، آن را بر مبنای شرایط عمومی تجاری خودش قبول می‌کند. این دو دسته شرایط، معمولاً موافق یکدیگر نیستند و ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا طرفین، واقعاً قراردادی منعقد کرده‌اند و اگر پاسخ مثبت است شرایط عمومی کدام طرف اعمال خواهد شد. به این وضعیت، تحت عنوان نبرد فرم‌ها اشاره می‌شود.<sup>۶۵</sup> در یک کلام می‌توان نبرد فرم‌ها را به «تعارض شروط استاندارد»<sup>۶۶</sup> طرفین قرارداد تعریف کرد.

بین کارشناسان حقوق قراردادها و شارحین کنوانسیون، در مورد پاسخ به دو سؤال زیر درباره نبرد فرم‌ها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد: اولاً، در صورت تعارض بین فرم‌های طرفین قرارداد،

۶۱. پیشین.

62. Battle of the forms

63. Vergne, F., "The Battle of the Forms under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, vol. 33, p. 233. 1985.

64. Garner, *op. cit.*, p. 146.

۶۵. اشمیتوف، کلايو. ام؛ حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، ترجمه: بهروز اخلاقی و همکاران، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۰، ص ۱۵۴.

66. Conflicting standard terms

آیا قرارداد منعقد می‌شود یا خیر؟ ثانیاً، حقوق و تعهدات قرارداد طبق شروط فروشنده ایجاد می‌شود یا شروط خریدار؟ میان کشورهای عضو کنوانسیون نیز رویکرد واحدی در این زمینه وجود ندارد.<sup>۶۷</sup> البته همین جا لازم به ذکر است که نبرد فرم‌ها اختصاص به ایجاب و قبول ندارد. پاسخ به سؤالات فوق از دو جنبه واجد اهمیت است: اولاً، ممکن است قبل از ایفای تعهدات ناشی از انعقاد قرارداد، اوضاع و احوال حاکم بر بازار تغییر کند. به‌عنوان مثال، امکان دارد در صورت نزول و صعود قیمت‌ها در بازار، یکی از طرفین برای انتفاع بیشتر در بازار، تعارض بین فرم‌ها را به‌عنوان بهانه‌ای برای عدم اجرا عَلم کند.<sup>۶۸</sup> ثانیاً، بعد از بارگیری کالا توسط فروشنده و قبض آن توسط خریدار، ممکن است دعوی بر سر یکی از جنبه‌های ایفای تعهد، که غالباً کیفیت کالا است، رخ دهد و لازم می‌آید که مشخص شود کدام شروط، حاکم بر این نبرد است.<sup>۶۹</sup>

## ۲) نقشه صلح برای نبرد فرم‌ها

کنوانسیون، هیچ مقرره خاصی در مورد مشکل نبرد فرم‌ها ندارد. البته این موضوع در مرحله نگارش پیش‌نویس کنوانسیون مورد بحث قرار گرفت اما به دلیل اینکه رویکرد مقبولی یافت نشد و موضوع همچنان مفتوح است،<sup>۷۰</sup> شارحین کنوانسیون و محاکم، رویکردهای متفاوتی در مورد چگونگی حل این مشکل اتخاذ کردند. سه رویکرد متفاوت در مقابل نبرد فرم‌ها ارائه شده است: طبق رویکرد اول برای رفع نبرد فرم‌ها باید به حقوق داخلی رجوع کرد. رویکرد دوم از قاعده آخرین اقدام تبعیت می‌کند. رویکرد سوم از قاعده تساقط پیروی می‌کند. راه‌حل‌های ارائه‌شده برای نبرد فرم‌ها فقط بحث نظری نیست، بلکه در دعاوی بسیاری نیز می‌تواند دستگیر دادرسان و داوران باشد. در ذیل به بررسی دلایل هریک از این دیدگاه‌ها و انتقادات وارده بر آن‌ها پرداخته می‌شود.

## دیدگاه یکم. دکتترین ارجاع به حقوق داخلی

مطابق این نظریه، کنوانسیون در مورد نبرد فرم‌ها راه‌حلی ارائه نکرده است زیرا موضوع نبرد

67. DiMatteo, L. A., et al., "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, pp. 349-357, 2004; Viscasillas, M., "Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 6, No. 2, p. 217, 2002.

68. Wildner, K., "Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002", *Pace International Law Review*, vol. 20, p. 3, 2008.

۶۹. بیانکا و بونل؛ همان، ص ۲۴۳.

70. Schlechtriem, P., Schwenzler, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, NY, Oxford, 2nd (English) Edition, Art. 19, para. 4, 2005.

فرم‌ها به‌طور مستقیم به اعتبار قرارداد ارتباط پیدا می‌کند. مطابق ماده ۴(الف) کنوانسیون،<sup>۷۱</sup> باید وفق مقررات حقوق داخلی به مسائل مرتبط با اعتبار قرارداد نیز پاسخ داده شود.<sup>۷۲</sup> این نظریه به دلایل زیر، طرفدار و عمومیت چندانی ندارد:

۱. بحث نبرد فرم‌ها بحثی است که به تشکیل قرارداد ارتباط پیدا می‌کند نه به اعتبار قرارداد. لذا طبق صدر ماده ۴ کنوانسیون، مقررات کنوانسیون، ناظر به آن نیز هست.
۲. از سوی دیگر، اعمال حقوق داخلی با اهداف کلان کنوانسیون، که عبارت است از خلق نظام متحدالشکل در حقوق بیع بین‌المللی کالا، در تعارض است.
۳. این دیدگاه به‌وضوح با ماده ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون در تعارض است.
۴. کنوانسیون در مواردی که تکلیف آن‌ها صراحتاً در کنوانسیون تعیین نشده، سازوکار گپ‌فیلینگ<sup>۷۳</sup> را اتخاذ کرده است، به این معنا که خلأهای کنوانسیون، محمول است بر اصول کلی‌ای که کنوانسیون بر آن‌ها مبتنی است (ماده (۷(۲)). مراجع رسیدگی، داوران و شارحین نیز، اصول کلی فراوانی را پیشنهاد داده‌اند. یکی از این اصول، اصل حاکمیت اراده است که از ماده ۶ کنوانسیون استخراج می‌شود.<sup>۷۴</sup>

بنابراین، ضرورت دارد قبل از توسل به دکترین حقوق داخلی، جستجو و کنکاش شود که آیا اصول کلی‌ای در کنوانسیون و همچنین در صورت‌جلسه مذاکرات کنفرانس وین وجود دارد یا خیر.<sup>۷۵</sup> نتیجه کلام اینکه دیدگاه اول، مطرود است و در رویه قضایی ملاحظه‌شده نیز از این دیدگاه تبعیت نشده است.

## دیدگاه دوم. دکترین اقدام آخر

### نخست. بیان دیدگاه

دکترین اقدام آخر<sup>۷۶</sup> که رویکرد سنتی مقبول در کامن‌لاست، بدین معناست که طرفی که آخرین

---

۷۱. ماده ۴(الف) کنوانسیون: مقررات این کنوانسیون، صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی است که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود و ارتباطی، خاصه با امور ذیل نخواهد داشت مگر خلاف آن تصریح شده باشد: (الف) اعتبار قرارداد یا هر یک از شرایط آن با اعتبار هرگونه عرف مربوط؛

72. Wildner, *op. cit.*, p. 4; Vergne, *op. cit.*, pp. 256-257.

73. Gap-filling

74. Huber, P., "Some Introductory Remarks on the CISG, in: Rolf, H. (Ed.) *Internationales Handelsrecht*, vol. 6, Issue 6, published by Sellier, European Law Publishers, p. 228, 2006.

75. Moccia, C., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of Forms", *Fordham Int'l L.J.*, vol. 13, pp. 662-663, 1990.

76. Last shot doctrine

ترجمه دیگری که می‌توان برای اصطلاح فوق ارائه داد، دکترین شلیک نهایی است. با توجه به اصطلاح نبرد فرم‌ها، استفاده از عبارت شلیک نهایی، دور از مقصود نیست و نوعی جناس است.

گام را در ارائه شروط استاندارد برمی‌دارد، در نبرد فرم‌ها پیروز می‌شود.<sup>۷۷</sup> در مثال‌های زیر، اعمال نظریه آخرین اقدام بیان شده است:

**مثال ۱.** خریدار فرم، ایجابش برای خرید کالا را به فروشنده ارسال می‌کند. فروشنده با فرمش پاسخ می‌دهد. فرم فروشنده، مشتمل بر اصلاحات اساسی است (ایجاب متقابل). فروشنده کالاها را ارسال می‌کند و خریدار نیز این کالاها را می‌پذیرد. پذیرش کالاها توسط خریدار به منزله قبول مفاد ایجاب متقابل فروشنده است.

**مثال ۲.** فروشنده با ارسال فرم نمونه، ایجاب برای فروش را واقع می‌سازد. خریدار با فرمی که مشتمل بر اصلاحات اساسی است پاسخ می‌دهد (ایجاب متقابل). فروشنده کالاها را ارسال می‌کند. این ارسال کالا به‌عنوان قبول شروط مندرج در فرم خریدار محسوب می‌شود.<sup>۷۸</sup> در ماده (۱) ۱۹ و (۳) ۱۹ پاسخ به ایجاب از طریق فرم استاندارد، همراه با تغییرات عمده و اساسی قبول نیست، بلکه به‌منزله رد ایجاب، و خود، ایجابی متقابل است. اگر طرف دیگر، مجدداً با فرمی مشتمل بر تغییرات اساسی متفاوت یا اضافی به این ایجاب متقابل پاسخ دهد، ایجاب متقابل، رد شده محسوب می‌شود و خود، ایجاب جدیدی است. ایجاب‌های رد شده و ایجاب‌های متقابل جدید که یکی پس از دیگری ارائه می‌شود، تا زمانی که طرف مقابل، شروع به اجرای تعهد نکند، منتج به تشکیل قرارداد نمی‌شود. اجرا<sup>۷۹</sup> به‌منزله قبول آخرین ایجاب متقابل محسوب می‌شود.<sup>۸۰</sup> ایده تلقی اجرا به‌عنوان قبول آخرین ایجاب متقابل در ماده (۱) ۱۸ کنوانسیون نیز پذیرفته شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «الفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاب که دال بر رضا به مفاد ایجاب باشد، قبول محسوب است». مطابق دکترین اقدام آخر، رفتار مخاطب ایجاب (اجرای تعهد) به‌عنوان اعلام رضای آخرین ایجاب به حساب می‌آید.<sup>۸۱</sup>

وفق دکترین آخرین اقدام، قرارداد، لحظه‌ای منعقد می‌شود که یکی از طرفین، شروع به اجرا می‌کند زیرا اجرا به‌عنوان قبول ایجاب آخر محسوب می‌شود. شرایط قرارداد نیز شرایط ایجاب آخر است. آخرین شخصی که ایجابی را ارائه می‌کند یا به عبارت دیگر، نامه حاوی شروط استاندارد ارسال می‌کند، آخرین شلیک را انجام می‌دهد و در نبرد فرم‌ها پیروز می‌شود.

مثلاً (الف) سفارش خریدی مشتمل بر شروط استاندارد در مورد صلاحیت دادگاه به نفع محاکم آلمان، به (ب) ارسال می‌کند. (ب) نیز با قبول ایجاب بر مبنای شرط اضافی مشتمل بر

77. Kelso, J. C., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21, p. 529. 1982.

78. Viscasillast, *op. cit.*, p. 114.

79. Performance

80. Viscasillast, *op. cit.*, p. 97.

81. Wildner, *op. cit.*, p. 5.



صلاحیت دیوان داوری، پاسخ می‌دهد. متعاقباً، (ب) کالاها را می‌فرستد و (الف) آن را قبول می‌کند. سپس، (الف) ادعا می‌کند که کالاها معیّب است اما از تسلیم دعوا به دیوان داوری امتناع می‌کند. اعمال نظریه اقدام آخر بدین معناست که (الف) به موجب قرارداد بر اساس شروط (ب) ملتزم است و بنابراین باید اختلاف را به داوری ارجاع دهد. سفارش خرید (الف) ایجاب اصلی است. قبول (ب) رد آن ایجاب است زیرا مشتمل بر تغییر اساسی است. پاسخ (ب) خود ایجاب متقابل به حساب می‌آید و ایجاب متقابلی است که مشتمل بر شرط داوری است. هنگامی که (الف) کالاها را قبول می‌کند در واقع، با رفتار و عمل خود، به ایجاب متقابل (ب) اعلام رضا می‌کند و بنابراین طبق شروط مندرج در ایجاب متقابل از جمله شرط داوری ملتزم است.

نظریه اقدام آخر، راه‌حلی است که سعی می‌کند با استمداد از مقررات کنوانسیون در بحث ایجاب و قبول، در باب نبرد فرم‌ها به نتیجه‌گیری برسد. به عبارت دیگر، پاسخ به ایجابی که دقیقاً با شرایط ایجاب انطباق ندارد، وفق ماده (۱) ۱۹ ایجاب متقابل است و رفتار مخاطب این ایجاب، قبول آخرین ایجاب متقابل است (وفق ماده (۱) ۱۸).<sup>۸۲</sup>

همچنین بحث شده است که این دیدگاه، متحدالشکل بودن و قابلیت پیش‌بینی شروط قرارداد را نیز تأمین می‌کند زیرا شروط ایجاب آخر، همیشه جزئی از قرارداد محسوب می‌شود.<sup>۸۳</sup> در مثال فوق اگر (الف) به جای قبول کالاها، آن را رد کند، طبق دیدگاه آخرین اقدام، قراردادی شکل نگرفته است زیرا (الف) ایجاب متقابل (ب) را قبول نکرده است. لذا انطباق دیدگاه اقدام آخر با واقعیات تجاری مشکل است. برخی از شارحین کنوانسیون، این نظر را پذیرفته‌اند<sup>۸۴</sup> اما مصون از انتقاد نیست.<sup>۸۵</sup>

## دوم. رویه قضایی

در زیر، چند رأی که بر اساس دکترین اقدام آخر صادر شده است، ذکر می‌شود:

**نمونه ۱.** در پرونده *Shock-Cushioning Seat* به سال ۲۰۰۶ در دادگاه استیناف کلن آلمان،<sup>۸۶</sup> یک فروشنده هلندی و یک خریدار آلمانی، قراردادی برای فروش اتوبوس با صندلی با مشخصات کیفی خاص<sup>۸۷</sup> منعقد کردند. خریدار به دلیل اینکه صندلی‌ها واجد اوصاف قراردادی نبود،

82. Wildner, *op. cit.*, p. 6.

83. Piltz, B., Standard Terms in UN-Contracts of Sale, *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb*, vol. 8, p. 233. 2004.

84. Piltz, *op. cit.*, p. 233; Viscasillast, *op. cit.*, p. 97.

85. See, Lookofsky, J., The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Herbots, J., Blanpain, R. (Eds.). *International Encyclopedia of Laws – Contracts*, Hague: Kluwer Law International, 1<sup>st</sup> Edition, p. 71; Schlechtriem & Schwenzler, *op. cit.*, Schlechtriem, *op. cit.*, Art. 19, No. 20, 2000.

86. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>.

87. Fitted with a shock-cushioning seat

علیه فروشنده در آلمان طرح دعوا کرد زیرا شرکت تابعه فروشنده که معامله با او واقع شده بود در آلمان مقیم بود. فروشنده صلاحیت دادگاه را منکر و مدعی شد که مرکز تجارت آن‌ها در هلند است و شرکت مزبور، شعبه‌ای در آلمان ندارد بلکه شرکتی که مذاکرات را با خریدار انجام داده است یک نماینده تجاری مستقل<sup>۸۸</sup> است. دادگاه بدوی ادعای خریدار را رد و خریدار تجدیدنظر کرد. دادگاه تجدیدنظر مقرر داشت بند ۵ ماده ۵ مقرر شورای اروپا (۴۴/۲۰۰۱) در مورد صلاحیت و شناسایی و اجرای آرای مدنی و تجاری<sup>۸۹</sup> قابل اعمال نیست زیرا قرارداد، مشتمل بر یک شرط معتبر انتخاب دادگاه به نفع دادگاه محل تجارت فروشنده است. دادگاه در بین استدلال‌های خود در مورد موضوع صلاحیت مقرر داشت که این موضوع بی‌ربط است که آیا طرفین در مورد شروط استاندارد فروشنده یا شروط استاندارد خریدار توافق کرده‌اند یا خیر. طبق ماده ۱۹ کنوانسیون که بر قرارداد مذکور حاکم است، تفسیر قراردادهایی که مشتمل بر شروط استاندارد متعارض است باید منجر به اعمال مقررهای شود که متفاوت نیست. در حالی که شروط استاندارد فروشنده و خریدار، متعارض است در مورد مسئله صلاحیت، تعارضی بین شروط طرفین نیست (یعنی صلاحیت دادگاه محل تجارت فروشنده). مطابق نظر دادگاه، حتی اگر دکترین آخرین اقدام اعمال می‌شد، نتیجه یکسان بود زیرا شروط استاندارد فروشنده، آخرین شرطی بود که مبادله شده بود.

#### نمونه ۲. سال ۱۹۹۶ در پرونده *ICT GmbH v. Princen Automatisering Oss BV*<sup>۹۰</sup>

یک فروشنده هلندی و یک خریدار آلمانی، توافق شفاهی برای فروش نرم‌افزارهای رایانه‌ای منعقد کردند. سه روز بعد، خریدار، مفاد توافق را به‌وسیله فرم سفارش مکتوب تأیید کرد (فرم تأییدیه). فرم تأییدیه مذکور، مشتمل بر شرط انتخاب دادگاه به نفع دادگاه آلمانی به‌عنوان تبصره در پاورقی فرم بود. متعاقباً فروشنده از طریق نمابر، سفارش مکتوب خریدار را تأیید و اذعان کرد که شرایط استاندارد مورد توافق، نسبت به همه مفاد قرارداد قابل اعمال است نه شروطی که در فرم تأییدیه خریدار بیان شده است. یک رونوشت از شرایط استاندارد به خریدار ارسال شد. فرم به خریدار واصل شد و وی هیچ اعتراضی نکرد. بعد از تحویل مبیع، فروشنده بر اساس شرط انتخاب دادگاه که در فرم فروشنده بیان شده بود، برای دریافت ثمن در دادگاه هلندی اقامه دعوا کرد. متقابلاً خریدار مدعی شد که شرط انتخاب دادگاه، مندرج در فرم او قابل اعمال است. دادگاه صلاحیتش را برای استماع دعوا رد کرد و مقرر داشت وفق مقررات کنوانسیون در مورد قبول

88. Independent commercial agency

89. Article 5 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: "A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:.... 5. as regards a dispute arising out of the operations of a branch, agency or other establishment, in the courts for the place in which the branch, agency or other establishment is situated".

90. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=329&step=Abstract>.

(ماده ۱۸ به بعد)، شرط انتخاب دادگاه خریدار قابل اعمال است. به نظر دادگاه، با پاسخ به تأییدی خریدار، فروشنده صریحاً قابلیت اعمال شروط استانداردش را با توجه به عبارت «همه شروط» معارض با شروطی که در فرم خریدار بیان شده بود استثنا کرده بود. نتیجه این شد که فروشنده تمام شروط مندرج در فرم خریدار را پذیرفت، از جمله شرط انتخاب دادگاه به نفع دادگاه آلمان.

### سوم. نقد دیدگاه

هانولد معتقد است که نظریه اقدام آخر، ناعادلانه مورد انتقاد قرار گرفته است.<sup>۹۱</sup> مهم‌ترین این انتقادات عبارت‌اند از:

۱. نظریه اقدام آخر، یک تعهد ضمنی بر موجب تحمیل می‌کند که به شروط اضافی یا متعارض اعتراض کند. قصور در اعتراض به همراه رفتاری که دال بر رضای ضمنی باشد، معادل قبول شروط ایجاب آخر محسوب می‌شود. اما باید توجه داشت که اغلب موارد، طرفین از تعارض شروط مندرج در فرم‌ها بی‌اطلاع‌اند. بنابراین، دکنترین اقدام آخر، تکلیف اثبات رضای ضمنی را به طرف اجراکننده تحمیل می‌کند.<sup>۹۲</sup>

۲. دومین انتقاد این است که همیشه معلوم نیست که کدام طرف، آخرین شروط را ارسال کرده است. این امر در تشخیص شروط قرارداد، مشکلات سخت و دشواری به وجود می‌آورد. گاهی شروط یکی از طرفین یا هر دو طرف، حاوی یک شرط الحاقی تدافعی<sup>۹۳</sup> است. این شرط، صراحتاً شرایط طرف دیگر را رد می‌کند و به وضوح، آن‌ها را از اندراج ضمن عقد مستثنا می‌کند. در چنین مواردی تلاش می‌شود که اجرا و رفتار به‌عنوان رضای ضمنی شروط طرف دیگر محسوب شود.<sup>۹۴</sup>

91. Honnold, *op. cit.*, pp. 182-192.

92. Wildner, *op. cit.*, p. 7.

93. Defensive incorporation clause

گاهی مخاطب ایجاب، ضمن قبول ایجاب، شروطی را نیز ضمیمه قبول خود می‌کند و در کنار این شروط، این شرط را هم مطرح می‌سازد که قرارداد باید مطابق شروط استاندارد وی منعقد شود و شروط استاندارد طرف دیگر را نمی‌پذیرد. شرط اخیر، شرط تدافعی نامیده می‌شود. برای مثال، شخصی ایجابی به‌منظور خرید مقداری شیرخشک مطرح می‌سازد و در فرم استاندارد خود قید می‌کند که در صورت ورود خسارت از ناحیه فروشنده به وی، فروشنده در همه زمان‌ها و به میزان معین، مسئول است؛ حال آنکه فروشنده به هنگام قبول، شرط می‌کند که در همه زمان‌ها مسئول نیست و مسئولیت وی، محدود به عیوبی است که خریدار در موقع تحویل دیده است و نسبت به عیوبی که در زمان تحویل قابل رؤیت نباشد، صرفاً تا قبل از فرارسیدن تاریخ انقضای کالای فروخته شده مسئول است و پس از آن مسئولیتی ندارد. فروشنده در کنار شروط استاندارد خود، این شرط را هم مطرح می‌کند که قرارداد، صرفاً مطابق شروط استاندارد وی منعقد می‌شود و شروط استاندارد خریدار را نمی‌پذیرد. شعاریان، ابراهیم، ابراهیم بیگ‌پور و رؤیا شیرین؛ «مطالعه تطبیقی نبرد فرم‌ها و آثار آن در انعقاد قرارداد»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ص ۴۳۵.

94. Wildner, *op. cit.*, p. 7; Schlechtriem, *op. cit.*, Art. 19, No. 20.

۳. انتقاد دیگر به دیدگاه اقدام آخر این است که این دیدگاه، بیش از آنکه از طرف ضعیف‌تر قرارداد (یعنی خریدار) حمایت کند از طرف قوی‌تر قرارداد (یعنی فروشنده) حمایت می‌کند. مثلاً خریدار (موجب) فرم سفارش خرید را به فروشنده (مخاطب) می‌فرستد. فروشنده با فرم قبولی که حاوی شروط مغایر با فرم خریدار است، پاسخ می‌دهد. اگر خریدار مبیع که متعاقب ایجاب متقابل فروشنده ارسال شده، بپذیرد، شروط متناقض در فرم‌ها را نیز قبول کرده است. در این سناریو با اعمال نظریه آخرین اقدام، قرارداد با رفتار خریدار مبنی بر پذیرفتن مبیع، واقع می‌شود و شروطی که بر قرارداد، کنترل و سیطره دارد همان است که در فرم فروشنده قید شده است.<sup>۹۵</sup> تبعیت از دیدگاه آخرین اقدام، معمولاً از طرفی که آخرین فرم را ارسال می‌کند، یعنی فروشنده حمایت می‌کند و شروط او را در قرارداد به کرسی می‌نشانند، درحالی‌که موقعیت آسیب‌پذیر خریدار در قراردادهای نیازمند حمایت بیشتر است؛ با این توضیح که اگر فروشنده، مبیع را نفرستد، قراردادی نیز شکل نخواهد گرفت، درحالی‌که اگر خریدار مبیع را بپذیرد، به‌طور ضمنی شروط مندرج در فرم فروشنده را قبول کرده است.<sup>۹۶</sup>

۴. گفته شده است که ممکن است مقایسه بین فرم‌ها در قضاوت و داوران، نوعی بی‌علاقگی برای جستجوی راه‌حل‌هایی که می‌تواند سختی و خشکی قاعده تصویر آینه را کاهش دهد، ایجاد کند. این نقد، بی‌پایه و اساس است زیرا رویه قضایی خلاف این نقد حرکت می‌کند. دلیل این امر در رویه قضایی کشورهای همچون فرانسه، آلمان و اسپانیا مشهود است. اگرچه ابتدا اعمال قاعده تصویر آینه بسیار سخت و خشک صورت می‌گرفت، سرانجام این سختی قاعده با تمییز قائل شدن بین شروط اساسی و شروط غیراساسی اندک شد.<sup>۹۷</sup> در این زمینه حتی برخی معتقدند که قاعده تصویر آینه فقط در کتاب‌ها وجود دارد.<sup>۹۸</sup>

۵. گفته شده است که اعمال قاعده اقدام آخر، اثر پینگ‌پنگی<sup>۹۹</sup> دارد. توضیح اینکه مطابق دیدگاه اقدام آخر، شروط مندرج در آخرین اراده بر قرارداد حکمفرماست و اراده آخر است که بر قرارداد کنترل دارد. این امر به نوعی اثر پینگ‌پنگی بین طرفین منتج می‌شود زیرا هر طرف با اطلاع به اثر قاعده اقدام آخر، به هر وسیله‌ای سعی می‌کند تا فرمش، فرم نهایی<sup>۱۰۰</sup> شود، که بر اثر آن، حجم سنگینی از کار کاغذی بین طرفین به گردش درمی‌آید. این رفتار از لحاظ اقتصادی هم به‌صرفه نیست. چنین

95. Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, New York, Westlaw, 4<sup>th</sup> ed, p. 133, 1990; Murray, J. E., *Murray on Contracts*, USA, Lexis Pub, 3rd Edition, p. 163, 1990; Murray, J. E., "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, p. 39, 1988; Moccia, *op. cit.*, p. 650.

96. Viscasillast, *op. cit.*, p. 117.

97. *Ibid.*

98. Baird, D. G., Weisberg, R., "Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of §2-207", *Virginia Law Review*, vol. 68, p. 1233.

99. Ping-pong effect

100. Final form

رفتاری بیش از آنکه مطلوب دنیای تجارت باشد، مطلوب بازی تنیس است.<sup>۱۰۱</sup>

۶. سرانجام اینکه، نظریه اقدام آخر، دچار شکاف و رخنه اساسی مفهومی است. این نظریه بر این فرضیه استوار است که خریداری که اول بار سفارش خریدش (مشمول بر شروط استاندارد) را به فروشنده ارسال می‌کند، با قبول مبیع، شروط مندرج در فرم فروشنده را (به‌عنوان ایجاب متقابل) قبول می‌کند (پیرو ماده (۱) ۱۸). اگرچه ماده (۱) ۱۸ مقرر می‌دارد که رفتار مخاطب باید حاکی از رضای به ایجاب باشد، سکوت یا عدم اقدام، دال بر رضایت نیست. از این رو برای اعمال نظریه اقدام آخر باید در این مورد کنکاش کرد که آیا رفتار مخاطب، حاکی از رضایت وی است یا خیر؟ زیرا در اکثر موارد، قبول صریح ایجاب متقابل طرف مقابل، خیلی بعید است. در نتیجه، تنها راه احراز قبول طرف مقابل، اعتماد به تفسیر رفتار وی است. این تفسیر باید با توجه به بندهای سه‌گانه ماده ۸ کنوانسیون صورت گیرد.<sup>۱۰۲</sup>

به‌عنوان نتیجه، نظریه اقدام آخر، راه‌حل متقاعدکننده برای مشکل نبرد فرم‌ها ارائه نمی‌دهد. این نظریه به نتایج اختیاری و دلخواه منتج می‌شود و از ارائه اطمینان حقوقی ناتوان است.<sup>۱۰۳</sup>

## دیدگاه سوم. دکترین تساقط

### نخست. بیان دیدگاه

قاعده تساقط<sup>۱۰۴</sup> نیز از نظریاتی است که برای پر کردن خلأهای نبرد فرم‌ها، مستند رویه قضایی در چندین کشور قرار گرفته و در اسناد مهمی نیز منعکس شده است. این راه‌حل سعی می‌کند با توجه به اصول کلی کنوانسیون به‌ویژه اصل حاکمیت اراده مندرج در ماده ۶ مشکل نبرد فرم‌ها را حل کند. قاعده تساقط به‌طور ویژه بین شروط قراردادی و انعقاد قرارداد، تمیز قائل می‌شود.<sup>۱۰۵</sup>

قاعده تساقط، اعتبار ویژه‌ای برای اصل حاکمیت اراده قائل است. اگر طرفین، قرارداد را اجرا کردند، مفروض است که هر دو طرف بر اساس یک پیمان معتبر عمل کرده‌اند. شروط چنین پیمانی، آن شروطی خواهد بود که طرفین به‌طور اساسی آن را پذیرفته‌اند<sup>۱۰۶</sup> و شروطی که با هم

101. Eiselen, S., Bergenthal, S. K., "The Battle of Forms: A Comparative Analysis", *Comp. & Int'l L.J. S. Afr.*, vol. 39, p. 221; Viscasillast, *op. cit.*, 2006, p. 118.

102. Eiselen & Bergenthal, *op. cit.*, p. 222.

103. Barron, P., Dunfee, T. W., "Two Decades of 2-207: Review, Reflection and Revision", *Clev. St. L. Rev.*, vol. 25, 1975, p. 176.

104. Knock-out doctrine

در ترجمه شرح اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (اخلاقی و امام؛ همان)، نظریه فوق، به «دکترین تباری و مشارکت» ترجمه شده است. به نظر می‌رسد که بهترین ترجمه برای اصطلاح ناک‌آوت، «نظریه تساقط» یا «نظریه ناکارکردن» یا «نظریه از کار انداختن» باشد.

105. Schlechtriem, *op. cit.*, pp. 244-245.

106. Wildner, *op. cit.*, p. 7.

تعارض دارند، ساقط می‌شوند. زمانی که این شروط معارض، همدیگر را ساقط کردند، کنوانسیون بر قرارداد حکم فرما می‌شود. در یک کلام، قاعده تساقط را می‌توان چنین تعریف کرد که شروط متعارض به دلیل ترجیح بلامرجح، همدیگر را ساقط می‌کنند.<sup>۱۰۷</sup> در این دیدگاه، اجرای قرارداد به‌عنوان توافق ضمنی بین طرفین برای انعقاد قرارداد محسوب می‌شود، البته بدون در نظر گرفتن ماده ۱۹. ماده ۶ کنوانسیون، این عدول را مجاز شمرده است. طبق ماده ۶ «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثنا یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آنها را تغییر دهند». لذا همان طور که در این ماده مشاهده می‌شود، توافق برای عدول و انحراف از مواد ۱۴ تا ۲۴ کنوانسیون مجاز است. این توافق چنان که می‌تواند به‌صورت صریح ابراز شود، می‌تواند به‌صورت ضمنی از طریق فعل و رفتار طرفین نیز احراز شود. چنین انحراف ضمنی از مقررات مذکور، وفق ماده ۸(۱) کنوانسیون نیز مجاز است که مقرر می‌دارد: «...هرگاه یکی از طرفین نسبت به مؤدای قصد طرف دیگر، علم داشته باشد یا چهل او مسموع نباشد، الفاظ و سایر اعمال طرف دیگر باید مطابق قصد وی تفسیر شود». اگر قصد درونی طرف قابل شناسایی نباشد، مطابق ماده ۸(۲) باید رویکرد عینی ملحوظ شود. مطابق بند ۲ ماده ۸: «در صورت غیرقابل اعمال بودن بند پیشین، اظهارات و رفتار هریک از طرفین باید مطابق با فهم شخص معقول هم‌صنف طرف مقابل در اوضاع و احوال مشابه تفسیر شود».<sup>۱۰۸</sup>

اگرچه دفع ضمنی ماده ۱۹ تنها انعقاد قرارداد را اثبات می‌کند، درمورد اینکه چرا شروط معارض طرفین، جزئی از قرارداد نمی‌شوند و بلکه همدیگر را ناک‌آوت می‌کنند، توضیحی در کنوانسیون نیست. نتیجتاً، قاعده تساقط، قاعده تصویر آینه (مندرج در ماده (۱) ۱۹) و استثنای آن (مندرج در ماده (۲) ۱۹) را مرتفع می‌سازد و فرض را بر این می‌گذارد که قرارداد، علی‌رغم شروط اساسی معارض، تشکیل می‌شود، اما این شروط معارض، با مقررات مندرج در کنوانسیون، پوشش داده می‌شود.<sup>۱۰۹</sup>

قاعده تساقط، راه‌حل کاربردی‌تری است و راهکار متعادلی ارائه می‌دهد زیرا یکی از طرفین را در موقعیت غیرممتاز قرار نمی‌دهد. گاهی تعیین آخرین ایجاب ارائه‌شده، اطناب‌آمیز و غیرضروری است زیرا برای انعقاد قرارداد، ضرورتی ندارد که درمورد همه شروط قرارداد، توافق شکل گرفته باشد، بلکه درمورد شروط اساسی باید توافق شود.<sup>۱۱۰</sup>

107. Viscasillat, M., "Cross-References and Editorial Analysis", 1996, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-19.html#fn0.html>

108. See generally UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Art. 8, UN Doc. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/8. Available at: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V0454762>

109. Wildner, *op. cit.*, p. 8.

110. *Ibid.*

## دوم. رویه قضایی

در زیر، چند رأی که مبتنی بر دکترین تساقط صادر شده است، ذکر می‌شود:

**نمونه ۱.** در سال ۱۹۹۵ در دادگاه آلمان،<sup>۱۱۱</sup> یک خریدار آلمانی و یک فروشنده ایتالیایی قراردادی در مورد وسایل آرایشی منعقد کردند. در فرم شرایط هریک از آنها، شرط قانون حاکم، یکی به نفع قانون آلمان و دیگری به نفع قانون ایتالیا درج شده بود. خریدار، کالاها را بر اساس نمونه فروشنده سفارش داد. خریدار از پرداخت ثمن امتناع کرد و مدعی شد که مبیع، با کیفیتی که نمونه ارسالی داشت، منطبق نیست. خریدار ادعا کرد که این عدم انطباق را از طریق تلفن، یک هفته بعد از پی‌بردن به آن، به فروشنده اطلاع داده است. شش هفته بعد از کشف عدم انطباق، خریدار نمابری مبنی بر فسخ معامله به فروشنده ارسال کرد. دادگاه مقرر داشت که کنوانسیون بر اختلاف حاکمیت دارد و در ماهیت، چنین بیان کرد که خریدار نمی‌تواند به عدم انطباق مبیع اتکا کند زیرا وی هیچ دلیلی بر اطلاع عدم انطباق به فروشنده از طریق تلفن ارائه نکرده است. دادگاه اشاره کرد که در موارد اطلاع از طریق تلفن، خریدار باید دقیقاً به شخص معینی که تماس را دریافت کرده و همچنین به محتوای مکالمات، اشاره کند و سپس مدرکی مبنی بر آن به دادگاه تسلیم کند. مضاف بر این، دادگاه مقرر داشت که اعلامیه عدم انطباقی که ظرف شش هفته بعد از ظهور عیوب داده شده است، ظرف مدت متعارف بعد از کشف عیب (مندرج در ماده ۳۹ کنوانسیون) تسلیم نشده است. در نتیجه، فروشنده مستحق دریافت ثمن پرداخت‌نشده به همراه منافع فوت‌شده است. با توجه به سکوت کنوانسیون، دادگاه در مورد میزان منافع مقرر داشت که این میزان، مطابق با قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود. لذا دادگاه به بررسی این موضوع پرداخت که آیا شرط انتخاب قانون حاکم بر قرارداد وجود دارد یا خیر؟ به‌عنوان شرط انتخاب قانون حاکم به نفع قانون ایتالیا مندرج در فرم فروشنده، دادگاه مقرر داشت که این شرط، جزئی از قرارداد نیست. مطابق استدلال دادگاه، اجرای قرارداد توسط طرفین، نشان‌دهنده قصد التزام طرفین به قرارداد و به شروط ضمن عقد است به‌استثنای شروط معارض از جمله همین شرط انتخاب قانون حاکم. این بدین معناست که طرفین به‌طور ضمنی از ماده ۱۹(۱) عدول کردند. دادگاه مقرر داشت که شرط قانون حاکم به نفع قانون آلمان (مندرج در فرم خریدار) نیز معتبر نیست زیرا خریدار نمی‌توانست مدرکی دال بر اینکه وی شروط عمومی‌اش را به زبانی غیر از زبان آلمانی (که زبان رسمی قرارداد نبود) ارسال کرده است، ارائه کند.

**نمونه ۲.** در یک دعوا در آلمان به سال ۲۰۰۲،<sup>۱۱۲</sup> فروشنده آلمانی و خریدار هلندی، چندین قرارداد فروش شیرخشک منعقد کرده بودند. این قراردادها ابتدا از طریق تلفن منعقد می‌شد و

111. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=163>.

112. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=766>.

متعاقباً طرفین به صورت کتبی نیز آن را تأیید می‌کردند. نامه تأییدیه ارسالی خریدار، علی‌رغم اینکه حاوی شرط مسئولیت فروشنده برای برگرداندن ثمن بود، مشتمل بر شرطی بود که میزان مسئولیت وی را در قبال خسارات متحمل‌شده، در همه زمان‌ها، به میزان مبلغ اعلام‌شده برای کالاهای تسلیم‌شده محدود می‌کرد. نامه تأییدیه فروشنده نیز حاوی شرطی بود که مطابق با آن قرارداد باید منحصراً تحت شروط و ضوابط مندرج در فرم استاندارد فروشنده قرار گیرد و شروط و ضوابط مغایر با شروط و ضوابط خریدار، صریحاً ملغی‌الاثراً است. مضاف بر این، یک شرط ضمانت در فرم استاندارد فروشنده وجود داشت که بیان می‌کرد خریدار به محض تسلیم مبیع باید آن‌ها را بازرسی کند و هرگونه تعارضی را در برگه تحویل کالا ذکر کند. عیوبی که در زمان تحویل ذکر نشده بود، فقط قبل از انقضای تاریخ مقرر در فرم می‌توانست طرح شود. خریدار، شیرخشک‌ها را به یک شرکت الجزایری و یک شرکت هلندی فروخت. زمان تحویل و بعد از بازرسی ساده خریدار، هیچ مغایرتی مشاهده نشد. بسته‌های شیر خشک به الجزایر و هلند بارگیری شد. مدتی بعد، بخشی از شیرخشک‌های تحویل‌شده به شرکت الجزایری، مزه فاسد پیدا کرد. مشتری الجزایری به علت عدم انطباق، علیه فروشنده آلمانی و خریدار هلندی طرح دعوا کرد. متعاقباً فروشنده طی نامه مورخ ۲۴ اوت ۱۹۹۸ با ارجاع به شروط مندرج در فرم استاندارد اعلام کرد که میزان مشخص‌شده شیرخشک‌ها از موارد مقرر برای مسئولیت قراردادی وی نیست و خریدار، ضامن آن میزان از شیرخشک‌هاست. در این اثناء، مشتری هلندی نیز مدعی عدم انطباق میزان مشخص‌شده شیرخشک‌ها شد. خریدار برای مطالبه خسارت‌ها علیه فروشنده اقامه دعوا کرد و مدعی شد که عدم انطباق مبیع، ناشی از عیب موجود در زمان انتقال ضمان معاوضی<sup>۱۱۳</sup> بوده است، درحالی‌که این عیب بعد از تسلیم مبیع هویدا شده است. دادگاه بدوی، دادخواست خریدار را رد کرد. دادگاه تجدیدنظر در سال ۲۰۰۰ به صورت جزئی ادعای خریدار را پذیرفت و فروشنده را به پرداخت خسارت‌ها مطابق با مواد ۷۴ و ۷۵ کنوانسیون محکوم کرد. دادگاه عالی با دادگاه تالی درمورد اینکه تعارض جزئی از شروط استاندارد (نبرد فرم‌ها) نمی‌تواند به بی‌ارزش شدن تمام قرارداد منجر شود، هم‌رأی بود زیرا طرفین در اجرای مفاد توافق، نشان دادند که چنین تعارضی به‌عنوان اصلاح اساسی توافق آن‌ها محسوب نمی‌شود (بند ۱ و ۳ ماده ۱۹). در خصوص نبرد فرم‌ها، دادگاه بر مبنای قاعده تساقط اضافه کرد که فقط شروط معارض، جزئی از قرارداد نمی‌شود ولی قرارداد منحل نخواهد شد. بنابراین مسئولیت فروشنده به جهت عدم انطباق، تحت حاکمیت کنوانسیون قرار دارد و شروط معارض خریدار و فروشنده تا جایی‌که به عدم انطباق کالا مربوط می‌شود، اعمال نخواهد شد. دادگاه در پایان اشعار داشت که در پرونده حاضر، نتیجه ابرازشده، اعمال قاعده اقدام آخر را تغییر نمی‌دهد زیرا این قاعده با اصل حسن‌نیت



مندرج در ماده (۱) ۷ کنوانسیون معارض است و این امر به ضرر فروشنده است که شروط استانداردش را بعد از شروط خریدار ارسال کرد. در دعوی فوق، نظریه اقدام آخر در رأی ذکر شده اما صراحتاً رد شده است، هرچند علت عدم رد نظریه اقدام آخر در این رأی مهم، حسن نیت اعلام شده است. نویسندگان در مورد این رأی،<sup>۱۱۴</sup> مقالات متعددی نوشته‌اند.<sup>۱۱۵</sup>

### سوم. نقد دیدگاه

قاعده تساقط نیز مصون از انتقاد نمانده است:

۱. این قاعده، انحراف از ماده ۱۹ کنوانسیون است.<sup>۱۱۶</sup>
۲. بیشتر نویسندگان پیش‌نویس کنوانسیون، قاعده مزبور را رد کردند. در زمان تهیه پیش‌نویس کنوانسیون، نماینده بلژیک، پیشنهادی تسلیم کنفرانس وین کرد که طبق آن، به‌طور مستقیم به مشکل نبرد فرم‌ها اشاره شده بود. این پیشنهاد، بند چهارمی به ماده ۱۹ می‌افزود که بیان می‌داشت اگر طرفین از شرایط عمومی استفاده کنند، شرایط معارض در فرم‌ها بخشی از قرارداد نخواهد شد.<sup>۱۱۷</sup> البته پیشنهاد نماینده بلژیک به دلایلی از جمله اینکه موضوع مزبور نیازمند تحقیق و بررسی بیشتر است رد شد.<sup>۱۱۸</sup>
۳. این قاعده با هدف مندرج در ماده ۷ کنوانسیون، یعنی ضرورت ایجاد هماهنگی و یکنواختی در اجرای کنوانسیون، در تعارض است.<sup>۱۱۹</sup> البته به این انتقاد می‌توان این‌گونه پاسخ داد که قاعده تساقط، منتج به این نتیجه می‌شود که شروط معارض، همدیگر را ساقط می‌کنند و به‌جای آن‌ها مقررات کنوانسیون جایگزین می‌شود. در نتیجه، این امر، اثر اعمال یکنواخت مقررات کنوانسیون است و به‌علاوه، قاعده تساقط، جلوی اجرای هماهنگ و یکنواخت مقررات کنوانسیون را نمی‌گیرد.

114. Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jan. 9, 2002, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHX] (F.R.G.), translated in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109gl.html>

115. See, Achilles, W. A., "Comment to the Decision of the German Federal Supreme Court of January 9/2002", *BGH Report*, pp. 267; Wildner, *op. cit.*, 2002, p.1.

116. Piltz, *op. cit.*, p. 233.

117. پیشنهاد نماینده بلژیک به‌عنوان بند ۴ ماده ۱۹ (که در پیش‌نویس ماده ۱۷ بود) به شرح زیر است:

"(4) When the offeror and the offeree have expressly (or implicitly) referred in the course of negotiations to general conditions the terms of which are mutually exclusive the conflict clauses should be considered not to form an integral part of the contract."

118. *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods-Official Records*, U.N. Doc. A/Conf.97/19, at 96, 1981.

119. Wildner, *op. cit.*, p. 9; Piltz, *op. cit.*, p. 233.

### دیدگاه چهارم. نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی و انصاف (نظر مختار)

همان‌طور که دیده شد، استفاده از شروط استاندارد متعارض در فرم‌های فروشنده و خریدار، متداول است و برای هر طرف نیز معقول این است که به شروط استاندارد و متداول خود استناد کند. اگر قرار بر این باشد که قاعده مطابقت ایجاب و قبول، همچون آینه، کاملاً در عرصه تجارت بین‌الملل رعایت شود، یا اصلاً قراردادی منعقد نمی‌شد یا اگر طرفین بدون اعتراض صریح به شروط یکدیگر، رفتاری دال بر اجرای تعهد را آغاز کرده بودند، چنین فرض می‌شد که قرارداد بر مبنای آخرین شرط ارسال شده منعقد شده است. لذا بناچار باید در این نبرد، به راه‌حل برد - برد رسید.

کنوانسیون در نبرد فرم‌ها، دارای دو وجه است: یعنی از یک سو، با تفسیری مضیق از ماده ۱۹، می‌توان رد پای دیدگاه اقدام آخر را در کنوانسیون ملاحظه کرد و از طرف دیگر، با تفسیری موسع از ماده ۶، می‌توان رد پای رویکرد تساقط را در کنوانسیون مشاهده کرد. ادعا شده است که هیچ‌یک از این نظریات، کارایی اقتصادی<sup>۱۲۰</sup> ندارند.<sup>۱۲۱</sup> لذا برای تأمین کارایی اقتصادی، پروفیسور گلدبرگ<sup>۱۲۲</sup> در سال ۱۹۹۷ نظریه چهارمی را با عنوان «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی»<sup>۱۲۳</sup> یا «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر انصاف»<sup>۱۲۴</sup> ابداع و دکتر روهل<sup>۱۲۵</sup> در سال ۲۰۰۳ آن را تقویت کرد. در سال ۲۰۱۰ دکتر گریفی در مجله تجارت، کارآفرینی و حقوق، در مقاله‌ای محققانه سعی کرد که نبرد فرم‌ها را با نظریه بازی‌ها<sup>۱۲۶</sup> حل کند. این نظریه در حال حاضر صرفاً نظریه است و در قوانین داخلی کشورها، اسناد بین‌المللی و آرای محاکم رسوخ نکرده است. این نظریه از اقتضات اواخر قرن ۲۰ و اوایل قرن ۲۱ است که ضرورت حضور اقتصاد در حقوق احساس شد.

این نظریه از لحاظ تشکیل قرارداد، به نظریه تساقط شباهت دارد، اما سازوکاری جدید برای تشخیص شروط قرارداد ارائه می‌دهد. مطابق این نظریه، قرارداد حتی در صورت تعارض ایجاب و قبول نیز شکل می‌گیرد. اگر قصد طرفین، بالواقع، الزام و التزام به مفاد توافق باشد، باید به این

**120.** Economic efficiency

**121.** Griffie, R., Explaining Adversarial Boilerplate Language in the Battle of the Forms: Are Consequential Damages in the U.C.C. Gap Fillers A Penalty Default Rule? *J. Bus. Entrepreneurship & L.*, vol. 4, 2010, pp. 1-42.

**122.** Goldberg, V. P., "The 'Battle of the Forms': Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule", *Oregon Law Review*, vol. 76, 1997, pp. 155-171.

**123.** Efficiency-based best-shot rule

**124.** Fairness-based best-shot rule

**125.** Rühl, G., "The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations", *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 24, 2003, pp. 189-224.

**126.** Game theory

نظریه بازی تلاش می‌کند تا رفتار ریاضی حاکم بر یک موقعیت راهبردی (تضاد منافع) را مدل‌سازی کند.

قصد احترام گذاشت. عیب و رخنه اصلی نظریات مطرح‌شده این است که هیچ‌یک از آن‌ها طرفین را تشویق نمی‌کنند تا شروط کارآمد و مؤثر خود را پیش‌بینی کنند. دادگاه در مواجهه با نبرد فرم‌ها، مطابق نظریه بهترین اقدام، باید فرم طرفی را انتخاب کند که کاراتر، مؤثرتر و منصفانه‌تر است. شروط کاراتر، مؤثرتر و منصفانه‌تر بر همه قرارداد سلطه خواهد داشت و شروط طرف مقابل باید لغو انگاشته شود.<sup>۱۲۷</sup>

مزیت استفاده از این شیوه برای تعیین شروط قراردادی این است که به طرفین قرارداد، انگیزه می‌دهد و آن‌ها را ترغیب می‌کند تا شروط کاراتر را در فرم خود بگنجانند. لذا در این رقابت، هر طرف سعی می‌کند تا شروطش نسبت به طرف مقابل از لحاظ اقتصادی، کارایی و بازده بیشتری داشته باشد.<sup>۱۲۸</sup> از دیگر مزایای این نظریه، انعطاف بالای آن نسبت به نظریه‌های پیشین است.

از معایبی که این نظریه با آن مواجه خواهد بود، هزینه بالای دادرسی است. ماهیت نظریه بهترین اقدام به‌گونه‌ای است که به دلیل انعطاف‌پذیری آن، در هر دعوا هزینه دادرسی بیشتری را به طرفین دعوا تحمیل می‌کند: دادگاهی که با دعوای نبرد فرم‌ها مواجه است باید بازده کلی فرم‌های هر دو طرف را در هر پرونده به‌طور مجزا بررسی کند. این در حالی است که نظریه اقدام آخر و تساقط، درمورد چگونگی تشخیص، شروط راهنمای ازپیش‌تعیین‌شده‌ای را پیش روی قاضی فراهم می‌کند. بنابراین اعمال آن نظریات، هزینه کمتری دارد. در نتیجه، اعمال نظریه بهترین اقدام نسبت به نظریات قبل، هزینه معاملاتی بالاتری را می‌طلبد.<sup>۱۲۹</sup>

اگرچه شیوه بهترین اقدام، هزینه‌های معاملاتی را کاهش می‌دهد،<sup>۱۳۰</sup> اگر این نظریه به‌خوبی و تمام و کمال اجرا شود، فرم‌های طرفین، اختلاف کمتری خواهند داشت. عدم اختلاف در فرم‌ها مساوی است با عدم مراجعه به دادرسی یا داوری و بالتبع، عدم پرداخت هزینه‌های گزاف دادرسی و صرفه‌جویی در زمان.

البته همیشه امکان بروز اختلاف میان طرفین قرارداد وجود دارد، اما پیش‌بینی‌های احتمالی و ارائه شروط مناسب در فرم‌ها، راهکاری بهینه برای نیل به قرارداد کامل<sup>۱۳۱</sup> است. در قرارداد کامل، مطلبی به اجمال و ابهام رها نشده، بلکه تمام پیش‌آمدهای احتمالی پیش‌بینی شده است و راه‌حل کارآمد آن در نظر گرفته می‌شود. در این قرارداد، شروط قرارداد، بیشترین امکان سودآوری

127. Rühl, *op. cit.*, p. 221.

128. Goldberg, *op. cit.*, p. 166.

129. Goldberg, *op. cit.*, p. 169-171.

130. Brousseau, E., Glachant, J. M. (Eds.), *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, UK: Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> Edition, 2004, p. 159.

131. Complete contract

ناشی از همکاری را به وجود می‌آورد. چنین قراردادی، سودمند و دوجانبه خواهد بود.<sup>۱۳۲</sup> قرارداد کامل، هیچ نقص و خلأیی نخواهد داشت و بیشترین سطح کارایی را ایجاد خواهد کرد. این قرارداد، هزینه‌های مربوط به تنظیم قرارداد از سوی دادگاه را از بین خواهد برد و دادگاه به‌جز نظارت بر اجرای این قرارداد، لزومی به مداخله نمی‌بیند. از آنجاکه نیازی به حضور پرنسپال دادگاه نیست، این قرارداد، بیشترین تناسب را با آزادی قراردادی دارد.<sup>۱۳۳</sup>

### نتیجه

ایجاب با رد مخاطب زایل می‌شود. تلاش برای قبول ایجاب با شرایط جدید می‌تواند رد ایجاب محسوب شود. مخاطبی که چنین تلاشی می‌کند، خود، ایجاب‌دهنده ایجاب متقابل است. این مخاطب بعداً نمی‌تواند ایجاب اصلی را قبول کند. شروط مندرج در فرم‌های طرفین، شروط ضمن‌العقد را تشکیل می‌دهند مشروط بر اینکه با هم تعارض نداشته باشند. ارزش این شروط، یکسان نیست: برخی از این شروط، اساسی و برخی دیگر غیراساسی است. قاعده اقدام آخر، مندرج در بطن ماده ۱۹ کنوانسیون، تنها برای شروط اساسی مناسب است. برای شروط متعارض غیراساسی، راه‌حل تساقط، مرجح است. اعمال قاعده تساقط، با تفسیری موسع از یکی از مهم‌ترین اصول راهبردی حاکم بر کنوانسیون، یعنی اصل حاکمیت اراده (مندرج در ماده ۶) قابل اعمال است. مضاف بر اینکه این راه‌حل، در مهم‌ترین اسناد بین‌المللی که بعد از کنوانسیون تصویب شده‌اند، راه‌حل منتخب است. رویه قضایی کشورهای نیز متمایل به این رویکرد است. علی‌رغم اقبال رویه قضایی محاکم و دیوان‌های داوری به نظریه تساقط، باید نظریه چهارمی را با عنوان «نظریه بهترین اقدام مبتنی بر کارایی اقتصادی» در راستای افزایش کارایی، کاهش هزینه‌های قراردادی و دادرسی، صرفه‌جویی در زمان و نیل به قرارداد کامل، تقویت کرد.

132. Shavell, S., *Foundation of Economics Analysis of Law*, USA: Harvard University Press, 1<sup>st</sup> ed, 2004, pp. 292-293.

۱۳۳. عبدالهیان، امید؛ راهکارهای کاهش هزینه مبادله در انعقاد قرارداد، گزارش پژوهشی در دفتر مطالعات اقتصادی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار) مرکز پژوهش‌های مجلس، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۳، ص ۵؛ کوتر، توماس و رابرت یولن؛ حقوق و اقتصاد، ترجمه: یدالله دادگر، انتشارات تربیت مدرس و نور علم، ۱۳۸۸، ص ۲۹۱.

### منابع:

#### الف) فارسی

##### – کتاب

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، چاپ سوم (بر اساس ویرایش سال ۲۰۱۰)، شهر دانش، ۱۳۹۳.
- اشمیتوف، کلايو. ام؛ *حقوق تجارت بین‌الملل*، جلد ۱، ترجمه: بهروز اخلاقی و همکاران، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۰.
- آدامز، جان. ان و راجر براونزورد؛ *تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان*، ترجمه: سیدمهدی موسوی، میزان، ۱۳۸۶.
- بیانکا. سی. ام و ام.جی. بونل؛ *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، جلد اول، ترجمه: مهرباب داراب‌پور، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- صفایی، حسین و همکاران؛ *حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده امریکا*، چاپ سوم (با تجدید نظر و اضافات)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- عبدالهیان، امید؛ *راهکارهای کاهش هزینه مبادله در انعقاد قرارداد*، گزارش پژوهشی در دفتر مطالعات اقتصادی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار) مرکز پژوهش‌های مجلس، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۳.
- کوتر، توماس و رابرت یولن؛ *حقوق و اقتصاد*، ترجمه: یدالله دادگر، انتشارات تربیت مدرس و نور علم، ۱۳۸۸.

##### – مقاله

- اسماعیلی، محسن؛ «ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، *مدرس*، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۷.
- پارساپور، محمدباقر و وحید فقیهی؛ *نبرد فرمها در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با مطالعه در حقوق ایران*، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۶، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱.
- شعاریان، ابراهیم و رؤیا شیرین بیگ‌پور؛ «مطالعه تطبیقی نبرد فرمها و آثار آن در انعقاد قرارداد»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳.
- محقق داماد، مصطفی و محمدهادی دارایی؛ «مطالعه تطبیقی اسباب زوال ایجاب»، *تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه شماره ۱۰، ۱۳۹۰.

## ب) انگلیسی

**- Books**

- Brousseau, E., Glachant, J. M. (Eds.), *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, UK: Cambridge University Press, 2004, 2<sup>nd</sup> Ed.
- Corbin, A. L., *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, New York: West Publishing Company, 1963, 1<sup>st</sup> Ed.
- Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, USA: West Group Pub., 9<sup>th</sup> Ed., 2009.
- Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 3<sup>rd</sup> Ed., 1999.
- Murray, J. E., *Murray on Contracts*, USA: Lexis Pub, 3<sup>rd</sup> Ed., 1990.
- Schlechtriem, P., Schwenzler, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, NY: Oxford, 2<sup>nd</sup> (English) Ed., 2005.
- Treitel, S. G., *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 11<sup>th</sup> Ed., 2003.
- Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, New York, Westlaw, 4<sup>th</sup> Ed., 1990.

**- Articles**

- Achilles, W. A., "Comment to the Decision of the German Federal Supreme Court of January 9/2002", *BGH Report*, 2002.
- Baird, D. G., Weisberg, R., "Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of §2-207", *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982.
- Barron, P., Dunfee, T. W., "Two Decades of 2-207: Review, Reflection and Revision", *Clev. St. L. Rev.*, vol. 25, 1975.
- Cozzillio, M. J., "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable", *Cath. U. L. Rev.*, vol. 39, 1990.
- DiMatteo, L. A., et al., "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2004.
- Eiselen, S., Bergenthal, S. K., "The Battle of Forms: A Comparative Analysis", *Comp. & Int'l L.J. S. Afr.*, vol. 39, 2006.
- Eörsi, G., "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, vol. 31, 1983.
- Gabriel, H. D., "The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: The Common Law and the Uniform Commercial Code", *The Business Lawyer*, vol. 49, 1994.
- Goldberg, V. P., "The 'Battle of the Forms': Fairness, Efficiency, and the

- 
- Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, vol. 76, 1997.
- Griffie, R., “Explaining Adversarial Boilerplate Language in the Battle of the Forms: Are Consequential Damages in the U.C.C. Gap Fillers a Penalty Default Rule?” *J. Bus. Entrepreneurship & L.*, vol. 4, 2010.
  - Huber, P., “Some Introductory Remarks on the CISG”, in: Rolf, H. (Ed.). *Internationales Handelsrecht*, vol. 6, Issue 6, Published by Sellier, European Law Publishers, 2006.
  - Kelso, J. C., “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1982.
  - Kritzer, A., “Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Deventer & Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1<sup>st</sup> Edition. 1989.
  - Lookofsky, J., “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, in: Herbots, J., Blanpain, R. (Eds.). *International Encyclopedia of Laws – Contracts*, Hague, Kluwer Law International, 1<sup>st</sup> Ed., 2000.
  - Mathews, N., “Circuit Court Erie Errors and the District Court's Dilemma: From Roto-Lith and the Mirror Image Rule to Octagon Gas and Asset Securitization”, *Cardozo Law Review*, vol. 17, Issue 3, 1996.
  - Moccia, C., “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of Forms”, *Fordham Int'l L.J.*, vol. 13, 1990.
  - Murray, J. E., “An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988.
  - Piltz, B., “Standard Terms in UN-Contracts of Sale”, *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb.*, vol. 8, 2004.
  - Rühl, G., “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 24, 2003.
  - Schwenger, I., Mohs, F., “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, in: Rolf, H. (Ed.). *Internationales Handelsrecht*, vol. 6, Issue 6, published by Sellier, European Law Publishers, 2006.
  - Shavell, S., *Foundation of Economics Analysis of Law*, USA: Harvard University Press, 1<sup>st</sup> Edition, 2004.
  - Vergne, F., “The Battle of the Forms under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 33, 1985.
  - Viscasillas, M., “Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 6, No. 2, 2002.

- Viscasillast, M., "Cross-References and Editorial Analysis", available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-19.html#fn0.html>, 1996.
- Wildner, K., "Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002", *Pace International Law Review*, vol. 20, 2008.
- Winship, P., "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *International Lawyer*, vol. 17, 1983.