

Responsibility arising from pre-contract negotiations with a view to common law and Imami jurisprudence

Abstract

Individuals enter into a dialogue with each other to discuss the terms of a contract and share their terms and conditions. This exchange of information continues from the time the parties communicate until their conversation leads to a contract or termination of negotiations. In the meantime, one of the parties may have entered into the negotiation without serious intention of concluding the transaction or may leave the dialogue without a reasonable and conventional reason. Individuals may enter into negotiations with other persons with the aim of depriving the negotiating party of the opportunity to do business with them. The parties may also misuse the technical and professional information provided by the contracting party and make it available to its competitors or make a profit by using it. All of this happens in the pre-contract phase. In the past, when the principle of contractual freedom was accepted as absolute, individuals were not held responsible for the above actions. Because everyone had the right to stop negotiations and not to enter into a contract. On the other hand, the negotiating parties have voluntarily entered into a risky process and accepted the possible losses in order to make a profit. As a result, they do not have the right to claim damages from the other party. But over time, the needs and changes of modern society and specialized sales on the one hand and the unethical competition of merchants on the other hand led to the adjustment of this approach and lawyers each with their own theorizing, try to make law more ethical and Recognition of pre-contractual liability, the result of which is evident in their domestic law and international treaties.

Keywords: Pre-contractual Liability, Goodwill, Termination of Negotiation, Fault, Compensation

مسئولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی با نگاهی به کامن لا و فقه امامیه

رضا حسین گندمکار^۱

عزیزالله فهیمی^۲

سید علی سید دارابی^۳

عزت الله گنج خانلو^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۱۵

چکیده

اشخاص برای بررسی در مورد شرایط انعقاد یک قرارداد با یکدیگر وارد گفت و گو شده و شروط و موارد مورد نظر خود را با هم در میان می‌گذارند. این ردّ و بدل شدن اطلاعات از هنگامی که طرفین با هم ارتباط برقرار می‌نمایند تا زمانی که گفت و گوی آنها منتهی به عقد قرارداد یا قطع مذاکرات می‌شود ادامه می‌یابد. در این بین ممکن است یکی از طرفین بدون قصد جدی برای معامله وارد مذاکره شده باشد یا گفت و گو را بدون دلیل معقول و متعارف ترک نماید. ممکن است افراد با هدف محروم نمودن طرف مذاکره از معامله با سایر اشخاص وارد مذاکره شوند تا او را از فرصت معامله با آنها محروم نمایند. همچنین ممکن است طرفین از اطلاعات فنی و تخصصی ارائه شده توسط طرف عقد سوء استفاده نموده و آنها را در اختیار رقبای وی قرار دهند یا با استفاده از آنها کسب سود کنند. همه این اتفاقات در مرحله پیش از انعقاد یک قرارداد رخ می‌دهد. در گذشته که اصل آزادی قراردادی به صورت مطلق مورد پذیرش قرار می‌گرفت، مسئولیتی در قبال اقدامات فوق‌الذکر متوجه افراد نمی‌شد. زیرا هر شخص حق داشت که مذاکرات را متوقف نموده و تن به انعقاد عقد ندهد. از سوی دیگر طرفین مذاکره با اختیار خود وارد یک فرآیند مخاطره‌آمیز شده‌اند و زیان‌های احتمالی را به منظور کسب سود پذیرفته‌اند. در نتیجه حق مطالبه خسارت از طرف مقابل را ندارند. اما به مرور زمان، نیازها و تغییرات جامعه مدرن و بیع‌های تخصصی از یک سو و رقابت‌های غیر اخلاقی تجار از سوی دیگر موجب شد تا رویکرد مذکور تعدیل شود و حقوقدانان هر یک با نظریه پردازی مطلوب خود، سعی در اخلاقی‌تر کردن حقوق و به رسمیت شناختن مسئولیت پیش قراردادی نمودند که نتیجه این تلاش‌ها در حقوق داخلی آنها و پیمان‌های بین‌المللی هویدا است. واژگان کلیدی: مسئولیت پیش قراردادی، حسن نیت، قطع مذاکره، تقصیر، جبران خسارت

^۱دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم. reza.saleh45@yahoo.com

^۲دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم. aziz.fahimi@yahoo.com

^۳دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم. (نویسنده مسئول) alidarabi3@yahoo.com

^۴دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم. ezatk@gmail.com

چه در بیع های تجاری و چه در سایر معاملات سنتی که بین اشخاص غیر تاجر صورت می گیرد، اشخاص قبل از انعقاد قرارداد در مورد شروط و آثار آن با یکدیگر مذاکره و گاه مکاتبه می نمایند. امروزه در بیع های تجاری اهمیت مذاکرات مقدماتی بیشتر از قبل خود نمایی می کند زیرا مذاکرات طرفین فقط به تعیین ثمن معامله و شروط سنتی محدود نمی شود و بحث های طولانی در خصوص مسائل تخصصی انتقال فناوری یا بحث بر سر جزئیات ساخت یک پروژه یا توافق بر سر نقشه های سازه یا سایر اطلاعات بین طرفین درمی گیرد. این مذاکرات نوعاً مستلزم صرف وقت و تحمیل هزینه هایی به طرفین، خصوصاً طرف ارائه دهنده خدمات تخصصی می گردد. حال ممکن است که پس از شروع این مذاکرات و گذشت مدت قابل توجهی از آن، یکی از طرفین از انعقاد معامله منصرف شود. این انصراف اغلب موجب تحمیل هزینه ها و خساراتی به طرف مذاکره می شود و با داغ تر شدن رقابت های تجاری در سطح جهانی این سوالات بیش از پیش مطرح می شود که آیا با وجود اصل آزادی قراردادی بازهم ممکن است که طرفین مذاکره را به خاطر زیان هایی که از اقدامات آنها به طرف مقابل وارد شده مسئول دانست؟ این مسئولیت بر چه مبنایی استوار خواهد شد؟ شرایط ایجاد این مسئولیت چیست و حدود و ثغور آن تا کجا خواهد بود؟ نحوه جبران زیان وارده به چه صورت خواهد بود؟

نظام های حقوقی داخلی و بین المللی در پاسخ به هیچ یک از این سوال ها اتفاق نظر نداشته و هر یک به سمت و سوی راه حلی که عادلانه تر یا منطقی تر دیده اند رفته اند. اختلاط بحث های مسئولیت مدنی و اصول حاکم بر روابط قراردادی از یک سو و بحث های فلسفی حقوق از سوی دیگر به دشواری بحث افزوده است. بدون بررسی دقیق تمامی مقدمات لازم، امکان پاسخگویی روشن و مدلل به سوالات مذکور وجود ندارد. ابتدا باید روشن شود که نقطه شروع و پایان مذاکرات پیش قراردادی کجاست؟ و سپس به این پرسش پاسخی در خور داده شود که با وجود اصل آزادی در انعقاد قراردادها بر چه مبنایی می توان طرفی را که در حین مذاکرات مرتکب اقداماتی شده که به طرف مذاکره زیان وارد نموده را مسئول تلقی کرد؟ آیا اصلاً می توان تمام افعال زیان آور در این مرحله را با انتخاب مبنایی واحد، موجب مسئولیت مدنی فاعل آن دانست؟ سهم زیان دیده و پذیرش ریسک های مرسوم در معاملات به وسیله او در کجای این معادله قرار می گیرد؟ در ادامه باید معلوم شود که چه نوعی از زیان های وارد شده قابل جبران است. قطع مذاکرات یا سایر اقدامات زیان بار باعث از بین رفتن هزینه هایی می شود که برای مذاکره یا ایجاد زمینه انعقاد و اجرای قرارداد احتمالی مورد مذاکره طرفین صورت گرفته است. همچنین طرف را از به دست آوردن سود احتمالی قراردادی که منعقد نشده محروم می کند. دیگر آنکه ممکن است مذاکرات باعث از بین رفتن فرصت عقد قرارداد با اشخاص دیگر شود. بنابراین باید حدود زیان های قابل جبران نیز معلوم و مشخص شود که در زیر به بررسی این مسائل خواهیم پرداخت.

همین جا لازم است یادآوری کنیم که رویه قدیمی حقوق غرب خصوصاً کامن لا در بحث حاضر این بوده که مطلقاً مسئولیتی از جهت قطع مذاکرات پیش قراردادی بر طرفین بار نمی کردند. اما رویه ای که اکنون در برخی

نظام های حقوقی طرفدارانی دارد آن است که اشخاص را مطلقاً مستحق دریافت هزینه هایی می داند که در مرحله پیش قراردادی متحمل شده اند ولی آن مذاکرات به انعقاد قراردادی معتبر منتهی نشده است.^۲

۲- قلمروی دوره پیش قراردادی

در بدو امر تعیین نقطه آغاز و پایان گفت و گوهای مقدماتی آسان می نماید اما همیشه اینطور نیست. برخی گفته اند: از زمانی که طرفین باهم ارتباط برقرار کرده تا موقعی که قرارداد مورد نظرشان منعقد می شود یا از آن صرف نظر می کنند را دوره پیش قراردادی می گویند. باید بگوییم که شروع و پایان مرحله پیش قراردادی امری موضوعی و عرفی است و بسته به نوع و موضوع معامله متفاوت است. ارسال پیشنهاد (ایجاب) حاوی شرایط مبیع و ثمن آن در بین تجار بین المللی نقطه آغاز مرحله پیش قراردادی محسوب می شود اما پرسیدن قیمت و ویژگی های اجناس موجود در یک مغازه فقط کسب اطلاعات بوده و داخل در مرحله پیش قراردادی نمی شود. همچنین ارسال رزومه از طرف یک متقاضی کار برای یک شرکت تجاری یا انتشار آگهی کار در سایت یک شرکت، تنها دعوت برای مذاکره می باشد. بنابراین می توان مرحله ای پیش از مذاکره را نیز تصور نمود که همان دعوت به مذاکره است. آنچه در این نوشتار قصد بررسی آن را داریم، مسئولیت مدنی طرفین در مرحله مذاکرات پیش از قرارداد است. به نظر می رسد نقطه شروع این مرحله زمانی است که شخصی ضمن اقداماتی که عرفاً قصد جدی برای معامله را به ذهن متبادر می نماید، از مخاطب درخواست رد و بدل نمودن اطلاعات و بررسی امکان انعقاد یک معامله را می نماید. در نتیجه ارسال یک ایمیل ساده به شرکت ایران خودرو برای ارائه طرح های تولیدی از سوی یک مهندس صنایع نمی تواند مبدائی برای شروع مذاکرات مقدماتی محسوب شود و تنها دعوت به مذاکره است. پس از شروع مذاکرات غالباً صحبت هایی بین طرفین یا نمایندگان آنها صورت می گیرد، از نظریه کارشناسان استفاده می شود، بحث هایی پیرامون عوضین و شرایط قرارداد مطرح می شود و در نهایت ممکن است طرفین درباره مفاد قرارداد احتمالی آینده به توافقی اولیه دست یابند یا اینکه به دلیل اختلاف نظر به این نقطه نرسند. بنابراین ممکن است با اعلام قطع مذاکرات یا رد ایجاب مذاکرات مقدماتی پایان یابد یا اینکه علیرغم موافقت ابتدائی یکی از طرفین مذاکره را به صورت یکجانبه رها نماید. پس می توان گفت نقطه پایان مذاکرات مقدماتی هنگامی است که ایجاب و قبول انشاء شده و عقد محقق می شود یا زمانی است که پیشنهادها با قطع مذاکرات یا رد یک طرف مواجه می شود و انعقاد قرارداد عملاً منتفی می گردد.

آنچه امروزه به عنوان دوره پیش قراردادی و به منظور بررسی مسئولیت مدنی طرفین مذاکره مورد بحث قرار می گیرد ناظر به همین دوره است. در واقع این دوره با آغاز مذاکرات یا پذیرش دعوت به مذاکره شروع شده و تا انعقاد قرارداد یا پایان مذاکرات طرفین خاتمه می یابد. آنچه در تعیین نقطه آغاز مذاکرات اهمیت می یابد این است که اقدام مزبور باید نوعاً برای مخاطب متعارف قابل اتکاء و حاکی از قصد جدی برای مذاکره باشد.^۳

^۱. strict liability

^۲ Lucian arye Bebchuk and Omri ben-SHahar, precontractual reliance, p 426.

^۳. مهدی قبولی درافشان، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی، ص ۸۳ و مرتضی حاجی پور، وضعیت حقوقی مسئولیت پیش قراردادی، ص ۴۹.

^۴. نکته ای که از نظرها دور ماده این است که اغلب نویسندگان بیان نموده اند که اصل حسن نیت اقتضاء دارد که اشخاص تنها در صورتی که قصد جدی برای معامله وجود داشته باشد شروع به مذاکره نمایند. این در حالی است که گاهی مذاکره ابزاری برای کسب اطلاعات و

حال ممکن است در این دوره، یک طرف بدون دلیل متعارف مذاکره را پایان دهد یا از اطلاعات سرّی یا فنی ارائه شده از سوی طرف مذاکره استفاده نموده و بر دارائی خود بیافزاید یا آنها را در اختیار رقبای او قرار دهد و موجب زیان وی گردد. باید دید آیا اگر در اثر این اقدامات زیانی به طرف مقابل وارد شود قابل جبران است؟ و اگر پاسخ مثبت است این حکم بر چه مبنایی استوار می‌شود.

۳- مبنای مسئولیت مدنی پیش قراردادی

۳-۱- پیشینه بحث

برای مقدمه می‌توان گفت که مصداق بارز اقداماتی که از سوی برخی نظام‌های حقوقی به عنوان تقصیر در مرحله پیش از قرارداد محسوب شده، قطع بی‌دلیل مذاکرات یا شروع مذاکرات بدون قصد جدی برای انجام معامله و همچنین سوء استفاده از اطلاعات مأخوذه از طرف مقابل است. در حقوق کلاسیک و کامن‌لا که فرد گرایی و حمایت از آزادی‌های فردی به شدت رواج دارد، روی خوشی به مسئولیت مدنی پیش قراردادی نشان داده نشده و در حقوق نوشته از جمله فرانسه نیز با احتیاط راجع به این موضوع اظهار نظر گردیده است. قاعده سنتی این است که اشخاص این آزادی را دارند که در مورد شرایط معامله با یکدیگر گفت و گو نمایند و در آخر این حق را دارند که با توافق یکدیگر قراردادی منعقد سازند یا از انعقاد آن سر باززنند. اهمیت آزادی قراردادی تا کنون حفظ شده تا حدی که در سال ۱۹۹۹ از طرف دیوان دادگستری اروپا به عنوان اصل کلی و عام حقوق مدنی مورد شنا سایی قرار گرفت و ماده ۱۶ منشور حقوق بنیادین اروپا نیز از آن در قالب آزادی انجام تجارت حمایت کرده است. با قبول این اصل به شکل مطلق، قطع مذاکره - ولو بدون دلیل معقول و متعارف - مسئولیتی برای قطع کننده ایجاد نمی‌نماید. همچنین برخی معتقد بودند که بر اساس تئوری مخاطره آمیز بودن مذاکرات، هر کس که وارد مذاکره می‌شود ریسک‌های مربوط به آن را هم می‌پذیرد، بنابراین نمی‌تواند زیان‌هایی که در این مرحله به وی وارد شده را از دیگری مطالبه نماید. به مرور زمان معلوم شد که عدم مسئولیت مطلق طرفین در مرحله پیش قرارداد ممکن است نتایج غیرمنصفانه‌ای در پی داشته باشد.^۵ بحث از مسئولیت پیش قراردادی در حقوق غرب با نظریه پردازی ایرینگ در سال ۱۸۶۱ آغاز شد. او صراحتاً اعلام نمود که تقصیر در مرحله پیش از قرارداد نیز می‌تواند باعث ایجاد مسئولیت شود. او سه فرض را مطرح می‌کند و در همه این حالات به این موضوع اشاره می‌کند که قرارداد ولو به صورت ظاهری منعقد شده اما به جهاتی باطل بوده یا موجب عیب اراده طرف عقد شده است.^۶ موضوع مطرح شده توسط ایرینگ با مسئولیت پیش قراردادی به معنای امروزی آن متفاوت است زیرا او به حالاتی اشاره نموده که قراردادی ولو به صورت ظاهری منعقد می‌شود اما ایراداتی در قصد یا شرایط صحت قرارداد وجود دارد که یک طرف آن را از دیگری پنهان داشته اما مراد از مسئولیت پیش قراردادی در حقوق کنونی آن است که یک طرف بدون دلیل متعارف مذاکره را قطع نماید یا اقداماتی نماید که به طرف مقابل زیان برساند. به هر حال نظریه ایرینگ به مرور زمان توسعه یافت و فرضی هم که مذاکرات منتهی به انعقاد قرارداد نشود را هم

تصمیم‌گیری راجع به انجام یا عدم انجام معامله است. بنابراین به نظر می‌رسد اگر شخص قصد جدی برای مذاکره داشته باشد اما فاقد قصد جدی برای معامله باشد مرتکب تقصیری نشده است. در آینده بیشتر به این موضوع خواهیم پرداخت.

^۵ مرتضی حاجی پور، وضعیت حقوقی مسئولیت پیش قراردادی، ص ۵۲.

^۶ . او از این مبنا برای جبران خسارت ناشی از تدلیس، اکراه یا متصرف با حسن نیت استفاده می‌نمود.

درب گرفت.^۷ به مرور زمان که نظریه پردازان قائل به مسئولیت پیش قراردادی شدند در مورد ماهیت قراردادی یا قهری آن دچار اختلاف نظر شدند. برخی از قبیل ایرینگ اعتقاد داشتند ورود به مذاکرات مقدماتی حاوی یک تراضی نانوشته و ضمنی بین طرفین است که خود یک قرارداد محسوب شده و تعهداتی بر دوش طرفین می گذارد. البته همانطور که برخی استادان حقوق ایران اذعان نموده اند که پندار مربوط به پیش قراردادی که با آغاز گفت و گوهای مقدماتی بین طرفین بسته می شود مبنای واقعی و خارجی ندارد و امری است که به خیال آنها نمی رسد.

۳-۲- مبنای مسئولیت پیش قراردادی

وقتی سخن از مبنای مسئولیت پیش قراردادی به میان می آید در واقع به دنبال این هستیم که معلوم کنیم به واسطه کدام برهان و سبب موجه حقوقی می توان اشخاص را به واسطه اعمال زیان بار آنها در مرحله پیش از قرارداد مسئول دانست. با توجه به رویکردهای متفاوت نظام های حقوقی نوشته، کامن لا و حقوق اسلام، به تفکیک به بررسی موضوع خواهیم پرداخت. البته مطابق قواعد عام، مسئول شناختن هر شخص منوط به ورود خسارت به طرف مقابل است. در نتیجه اگر یک طرف مذاکره به صورت موازی با شخص ثالثی هم وارد مذاکرات پیش قراردادی شود اما در نهایت مبادرت به انعقاد قرارداد با مخاطب اول خود بنماید، خسارتی متوجه وی نگردیده تا بتواند به جهت این مذاکرات موازی از وی مطالبه خسارت نماید.

۳-۲-۱- حقوق غرب

گفته شد که در حقوق کامن لا و حقوق نوشته، اصل آزادی قراردادی به شدت مورد حمایت و صیانت قرار گرفته است به حدی که مخالفان مسئولیت پیش قراردادی به تعارض آن با اصل آزادی قراردادی استناد می نمایند.^۸ این شدت در حقوق فرانسه به جهت گرایش های سوسیالیستی کم رنگ تر از حقوق انگلستان است. در فرانسه برخی معتقدند که هر کس هر زمان که بخواهد می تواند به مذاکرات پایان دهد و با توجه به اینکه مذاکرات مقدماتی به ایجاب حقیقی نیانجامیده، قطع مذاکرات مشروع است اما با اینهمه گروهی در مقابل عده ای بر این عقیده اند که اصل آزادی قراردادهای تنها یک محدودیت دارد و آن اصل حسن نیت و در ستکاری است؛ تعهد به رعایت حسن نیت در پیش از قرارداد در حقوق آلمان بیشتر بر اساس نظریه مسئولیت قراردادی است. حقوق آلمان برای خسارات ناشی از رفتار مذموم در حین مذاکره یا اجرای قرارداد راه حل های قراردادی ارائه می کند.^۹ در انگلیس تا مدت ها به صراحت اعلام می شد که مسئولیت پیش قراردادی از مقوله مسئولیت اخلاقی بوده و به دلیل جدایی حقوق از اخلاق، نمی توان به چنین مسئولیتی در عالم حقوق نظر داد زیرا اصل بر آزادی اشخاص در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد است. هر چند همه نظام های حقوقی به قاعده منطقی و عقلانی آزادی قراردادی پایبند بوده اند اما واقعیت این است که اخلاق جدا از حقوق نبوده لذا جذبه عدالت و میل به جلوگیری از ورود زیان های ناروا

^۷ همان.

^۸ E. Allan Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, p. 221.

^۹ مهدی قبولی درافشان، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی، ص ۱۳۳.

^۱: John Kleint and Carla Bachechi, PRECONTRACTUAL LIABILITY AND THE DUTY OF GOOD FAITH NEGOTIATION IN INTERNATIONAL TRANSACTIONS, p. 17.

باعث شکل‌گیری دکترین‌هایی جدید برای به رسمیت شناختن مسئولیت پیش‌قراردادی شده است. اختلاف نظرها فقط یک مسئله نظری نیست بلکه آثار عملی فراوانی از قبیل تفاوت در مرور زمان، تفاوت در ادله اثباتی و بار اثبات و صلاحیت دادگاه ایجاد می‌نماید. نویسندگان در این تلاش به دو گروه اصلی تقسیم شده و بحث را حول محور مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی پیش برده‌اند. البته این اختلاف نظرها فقط محدود به مبنای چنین مسئولیتی نیست، بلکه در زمینه نوع و میزان مسئولیت هم وجود دارد. اجمالاً در اینجا می‌توانیم به این نظریه اشاره کنیم که برخی با اینکه مسئولیت پیش‌قراردادی را می‌پذیرند اما سقف آن را محدود به هزینه‌هایی می‌دانند که عرفاً انجام آن‌ها معقول بوده است.^{۱۱}

یک - تئوری مسئولیت قراردادی

یک دسته این مسئولیت را به عنوان مسئولیت قراردادی توجیه و تحلیل می‌کنند، به این شرح که در هنگام شروع مذاکره برای انعقاد یک قرارداد به طور ضمنی طرفین در برابر یکدیگر متعهد می‌شوند تا اقداماتی که برخلاف حسن نیت است انجام ندهند. بنابراین با انجام اعمالی که برخلاف تعهدات مذکور است، شخص متخلف، مسئول جبران زیان‌های وارده خواهد بود. این گروه که ایرینگ به نوعی پیشرو آنها است، طرفداران چندانی در بین حقوقدانان ندارند زیرا تصور یک قرارداد ضمنی در بسیاری از فروض ناممکن و در غالب موارد، انتزاعی و فرضی است.

دو - تئوری مسئولیت غیر قراردادی

• نظریه سوء استفاده از حق

گروه دیگر که وجود قرارداد ضمنی را امری موهوم می‌دانند در توجیه این مسئولیت اختلاف نظر دارند. در کشورهایی که تعهد پیش‌قراردادی شناسایی نشده یا در شناسایی آن رویکرد حداقلی حاکم است به ابزارهای دیگری برای تحمیل مسئولیت ناشی از رفتار پیش‌قراردادی استناد می‌شود. برای نمونه رایج می‌توان به دکترین سوء استفاده از حق اشاره کرد. این دسته از نویسندگان، بنای استدلال خود را بر منع سوء استفاده از حق قرار می‌دهند به این شکل که اصل آزادی قراردادی را موجد حقی برای اشخاص نسبت به انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد می‌دانند و نظر می‌دهند که اعمال حق تا جایی ممکن است که منجر به سوء استفاده از آن نگردد. پس اگر شخص بدون قصد جدی برای معامله وارد مذاکره شده باشد یا بدون دلیل موجه اقدام به ترک مذاکره نماید، از حق خود سوء استفاده نموده و باید پاسخگوی زیان‌هایی که از این طریق به طرف مذاکره وارد شده باشد. بدیهی است که در این نظریه مدعی سوء استفاده از حق باید ادعای خود را اثبات نماید.

• نظریه حسن نیت

^{۱۱} ibid, p. 440: each party is required to compensate the other for a fraction of its reliance costs, regardless of their respective fault in the negotiation failure. Under the third intermediate rule, liability is strict but capped: each party is required to reimburse the other party, but only up to the amount of the socially optimal level of reliance.

^{۱۲} . مرتضی حاجی پور، وضعیت حقوقی مسئولیت پیش‌قراردادی، ص ۵۵.

برخی استدلال خود برای تحمیل مسئولیت پیش قراردادی را بر پایه تکلیف به رعایت حسن نیت و نتایج آن بنا می‌کنند.^{۱۳} هرچند این نظریه در حقوق انگلیس^{۱۴} به واسطه شدت فردگرایی در مورد مسئولیت پیش قراردادی مورد قبول واقع نشده و در تعارض بین حسن نیت و آزادی قراردادی، اصل اخیر بر دیگری رجحان دارد. البته با این‌که چون حقوق انگلیس تکلیفی مبنی بر انجام مذاکرات با حسن نیت را به رسمیت نمی‌شناسد، تشخیص وجود دکترین حسن نیت در حقوق قراردادهای انگلیس را برای دادگاه دشوارتر می‌کند. با این حال، این واقعیت به این معنا نیست که حسن نیت اصلاً تأثیری بر حقوق قراردادهای انگلیس ندارد. آن فقط به این معنا است که این قاعده در تنظیم قواعد حاکم بر حقوق قراردادها تأثیر چندانی ندارد. از سوی دیگر در حقوق داخلی بسیاری از کشورها و همچنین کنواسیون‌های بین‌المللی و از جمله اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپا بیش از سایر نظریه‌ها مورد اقبال واقع شده.^{۱۵} برای مثال در ماده ۱۵-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی آمده است که:^{۱۶} «هر طرف برای مذاکره آزاد است و مسئول ناکامی در دستیابی به توافق نیست. با این وجود طرفی که انجام یا قطع مذاکره را با سوء نیت همراه می‌سازد مسئول زیان‌هایی است که موجب شده است بر طرف دیگر وارد شود». همچنین ماده ۱۰۲-۱ اصول اروپایی قراردادهای با بیانی شفاف‌تر و تأثیر پذیرفته‌تر از قاعده حسن نیت^{۱۷} اشعار می‌دارد:^{۱۸} «طرفین در انعقاد قرارداد و تعیین مفاد آن با در نظر گرفتن اصل حسن نیت و معامله منصفانه و قواعد الزامی ایجاد شده توسط این اصول، آزاد می‌باشند» و ماده ۳۰۱-۲ همین اصول نیز

^{۱۳} . در حقوق کشورهای رومی ژرمنی، عدم رعایت حسن نیت نوعی تقصیر محسوب می‌شود. در واقع ممکن است در برخی نظام‌های حقوقی قاعده حسن نیت مبنای مسئولیت مدنی پیش قراردادی نباشد اما عدم رعایت حسن نیت به عنوان تقصیر شناخته شود و مقصر، بر پایه قواعد عام مسئولیت مدنی مسئول جبران خسارات وارده به طرف مقابل را به دوش کشد.

^{۱۴} . مهمترین پرونده انگلیسی در مورد حسن نیت، تصمیم مجلس لردها در پرونده *Walford v. Miles* است که در آن تصریح شد که تعهد به مذاکره با حسن نیت معتبر نیست. در این پرونده لرد اکثر می‌گوید که:

<a duty to negotiate in good faith was 'inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiations>

یعنی: وظیفه مذاکره با حسن نیت ذاتاً با موضع خصمانه [مغایبه‌ای] طرف‌های درگیر در مذاکرات منافات دارد.

^{۱۵} Ewan Mckendrick, contract law (text, cases and materials), p.494: While English contract law is influenced by notions of good faith, it does not, as yet, recognize the existence of a doctrine of good faith. In this respect English law stands out from many other legal systems in the world.

در حالی که حقوق قراردادهای انگلیسی تحت تأثیر مفاهیم حسن نیت است، اما هنوز وجود آموزه حسن نیت را به رسمیت نمی‌شناسد. از این نظر حقوق انگلیس از بسیاری از سیستم‌های حقوقی دیگر در جهان متمایز است.

^{۱۶} . بهروز اخلاقی و فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ص ۷۶:

2-1-15: A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

^{۱۷} . ماده ۱۵-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی آزادی طرفین را محدود به ارتکاب اعمال توأم با سوء نیت نموده است اما در اصول اروپایی حقوق قراردادهای اروپا طرفین ملزم به رعایت حسن نیت هستند. بدیهی است که قلمروی این دو مفهوم و بار اثبات در آنها متفاوت است. در گذشته در حقوق فرانسه قطع مذاکره هنگامی موجب مسئولیت مدنی بود که با نیت اضرار صورت گرفته باشد اما دیوان عالی فرانسه در آرای بعدی و تحت تأثیر مفهوم نوعی تقصیر چنین نظر داده که نیت و قصد اضرار برای توسل به مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی (بحث تقصیر) لازم نیست. نقل از مهدی قبولی درافشان، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی، ص ۱۳۴.

^{۱۸} Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

مقرر داشته که:^{۱۹} «طرف قرارداد در مذاکره نمودن آزاد است و نسبت به عدم حصول توافق مسئولیتی ندارد. با این وجود طرفی که بر خلاف اصل حسن نیت و معامله منصفانه مذاکره کرده یا مذاکرات را قطع نموده، نسبت به خسارات وارده به طرف مقابل مسئول است».^{۲۰}

شالوده این نظریه آن است که علی القاعده همه اشخاص مکلفند در رفتار خود به نحو متعارف عمل نمایند و در صورتی که رفتار غیر متعارفی از آنها سربرزند که موجب ورود ضرر به دیگران باشد، آنها مسئول جبران خسارت زیان دیده خواهند بود. این نظریه بیان می‌کند که اشخاص در همه اعمال خود از جمله مذاکرات پیش قراردادی مکلف به رعایت حسن نیت هستند. در نوشته‌های حقوقی تعاریف مختلفی از حسن نیت ارائه گردیده و سعی شده مصادیق مسلم آن به گونه‌ای احصاء و تعریف شود تا اصحاب دعوا در پیچ و خم اثبات این امور ایستادند. اگرچه در قوانین داخلی کشورها و کنوانسیون‌ها یا قواعد یکسان سازی شده حقوق خصوصی تعریف دقیقی از حسن نیت به عمل نیامده، اما ر عین حال سعی در احصاء مصادیق آن شده است.

در حقوق اروپایی، حسن نیت در دو بعد حمایتی و الزامی به کار رفته است.^{۲۱} حسن نیت در بعد حمایتی به تصور خلاف واقع (اشتباه) اطلاق می‌شود و در آن از شخصی که دچار اشتباه شده و به حقوق دیگران تعرض نموده حمایت به عمل می‌آید. همانند شخصی که با تصور اینکه مالی را از مالک خریده در آن تصرف می‌نماید و بعداً مشخص می‌شود که مال متعلق به شخصی دیگر بوده است. لذا به واسطه اینکه خریدار دچار اشتباه بوده و تصرف او در مال از روی حسن نیت بوده از وی در برابر صاحب واقعی مال حمایت می‌شود. اما حسن نیت در بعد الزامی خود در جایی به کار می‌رود که اشخاص تکلیف به رعایت حسن نیت در اعمال خود دارند. برای مثال اشخاص در گفت و گوهای مقدماتی خود مکلف به رعایت حسن نیت هستند. در این معنا عدم رعایت حسن نیت - به عنوان قاعده ای الزامی - موجب مسئولیت شخص به جبران خسارات وارده به اشخاص می‌گردد.

• نظریه تقصیر

این نظریه با رویکرد سنتی مسئولیت مدنی سعی در توجیه مسئولیت پیش قراردادی می‌نماید. البته این نظریه شباهت زیادی به نظریه حسن نیت دارد. بیان این نظریه این است که انجام هرگونه اعمالی که خارج از چهارچوب متعارف باشد تقصیر محسوب شده و فاعل آن مسئول جبران خسارات خواهد بود. تفاوت این نظریه با حسن نیت

^{۱۹} A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

^{۲۰} . ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی).

^{۲۱} . دیوان عالی فرانسه در رای ۲۲ آوریل ۱۹۹۷ خود اعلام نموده که تشخیص تقصیر در مقطع مذاکرات امری ماهوی بوده و در صلاحیت قضات ماهوی است. نقل از مهدی قبولی درافشان، همان، ص ۱۳۵. در این زمینه باید گفت که هرچند احراز ارتکاب یا عدم ارتکاب یک عمل در دادگاه با توسل به ادله صورت می‌گیرد و امری موضوعی است اما تطبیق آن عمل به عنوان مصداقی از حسن نیت یا سوء نیت، یک امر حکمی بوده و دیوان عالی کشور می‌تواند در زمینه درستی تطبیق مصداق، نظر دادگاه بدوی را مورد بررسی و نقض قرار دهد.

^{۲۲} . علیرضا باریکلو و سید علی خزائی، اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره ی پیش قراردادی؛ با مطالعه ی تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، ص ۵۵.

^{۲۳} . احمد دیلمی، حسن نیت در مسئولیت مدنی، ص ۴۹ به بعد.

را می توان در شخصی و نوعی بودن ضابطه آن دانست. حسن نیت با توجه به سابقه تاریخی آن، معیاری شخصی بوده و بنا کردن مسئولیت بر پایه آن می تواند اختلاف هایی در مورد ضابطه شخصی یا نوعی در رعایت حسن نیت به دنبال داشته باشد. تقصیر نیز در ابتدا مانند حسن نیت مفهومی شخصی بوده اما به مرور زمان دستخوش تغییراتی شده و بیشتر نفسیر نوعی تقصیر در نوشته های حقوقی مورد استناد قرار می گیرد. مضافاً اینکه تقصیر معیاری پذیرفته شده در نظام های حقوقی داخلی جهان - خصوصاً نظام های رومی ژرمنی - است اما قاعده حسن نیت به معنای الزامی آن، از چنین مقبولیتی برخوردار نبوده و همین امر باعث شده که برخی سیستم های حقوقی از تئوری تقصیر برای توجیه مسئولیت استفاده نمایند.

• نظریه دارا شدن بلاجهت

در آن دسته از نظام های حقوقی که مبانی پیش گفته در آنها مورد پذیرش قرار نگرفته - خصوصاً کامن لا - گاهی برای جبران رفتار ناعادلانه اشخاص در مرحله پیش قراردادی به استفاده بلاجهت استناد می شود.^{۲۴} این اتفاق هنگامی رخ می دهد که یکی از طرفین مذاکره، با استفاده از اطلاعات و امکاناتی که در این دوره کسب نموده، بدون جهتی مشروع به دارائی خود افزوده است. در واقع هرچند مستقیماً زبانی به طرف مقابل وارد نکرده اما در عمل از اطلاعات او برای افزودن به دارائی خود بهره برده است. برای مثال شرکتی که قصد خرید فرمولاسیون دارویی را داشته، مذاکرات را قطع می نماید و خود با استفاده از اطلاعاتی که در روند مذاکرات از طرف مقابل گرفته است، اقدام به ساخت دارو و کسب سود می نماید. این مبنا قابل قبول به نظر می رسد اما ایرادش این است که تنها مصادیق اندکی از مسئولیت پیش قراردادی را در بر میگیرد و محدود به فرضی است که استفاده بلاجهت صورت می گیرد و نمی تواند در فرض ورود زیان به این نظریه استناد نمود.

۲-۲-۳- در حقوق ایران و فقه امامیه

در فقه امامیه تاکید بسیاری به رعایت استانداردهای اخلاقی شده و مکرراً توصیه شده امور آن گونه که دوست داریم در حق ما انجام شود، نسبت به دیگران انجام دهیم. اما با این همه در توجیه مسئولیت پیش قراردادی مبنا و نظریه منسجمی وجود ندارد. البته فقدان طرحی منسجم به معنا بی تفاوتی این سیستم حقوقی به موضوع مسئولیت پیش قراردادی نیست. چراکه در قسمت آخر متاجر در کتب فقهی احادیثی در این زمینه وجود دارد که بیشتر تلقی اخلاقی از آنها شده و ضمانی برای مرتکب به بار نمی آورد. برای مثال منع از ورود در معامله دیگران در مرحله مذاکرات در روایات آمده است. گاهی این اقدام شخص ورود کننده با تبانی قبلی با طرف مذاکره و برای پایین آوردن یا بالا بردن قیمت صورت می گیرد.^{۲۵} همچنین فقهای امامیه بر مبنای روایات وارده حکم به ضمان مادرِ مردی داده اند که بدون اذن از سوی پسرش اقدام به تزویج فضولی خانمی برای فرزندش نموده و این اقدام وی با رد فرزندش مواجه شده. در اینجا فقهاء نظر به ضمان مادر (فضولی) به پرداخت نصف مهر به دختر داده اند. این حکم شباهت زیادی به نظریه ایرینگ دارد زیرا شخصی بدون سمت وارد مذاکره شده و عقدی منعقد کرده که باطل است. البته این مثال از معنای اخصّ مسئولیت پیش قراردادی فاصله می گیرد زیرا به انعقاد عقد - ولو به

^{۲۴}E. Allan Farnsworth, Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations, p. 229.

^{۲۵}. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۵۰.

شکل فضولی — منتهی شده است و بیشتر منطبق با نظریه او از مسئولیت پیش قراردادی است. ممکن است گفته شود که در اینجا خسارتی به کسی وارد نشده و آن روایت حاوی حکمی استثنائی است. اما برخی استادان حقوق اعتقاد دارند که در اثر اقدام فضولی مادر به آن دختر لطمه روانی وارد شده یا ورود لطمه روانی از منظر شارع مفروض است و در واقع پرداخت نصف مهر برای جبران خسارات معنوی است.^{۲۶} البته احادیث زیادی در فقه امامیه وجود دارد که مبنای آن در ستکاری و رعایت تقوا (حسن نیت) است اما بیشتر فقهاء رعایت این موارد را مستحب یا مکروه دانسته و مانند حقوقدانان انگلیس عملاً قائل به تفکیک مرزهای اخلاقی از فقه شده اند.

در حقوق ایران در زمینه مسئولیت پیش قراردادی تئوری پردازی خاصی صورت نگرفته و اصل حسن نیت هم به عنوان یک قاعده مشخص الزامی مورد شناسایی واقع نشده است. اما در سال های اخیر با تلاش حقوقدانان، تفسیرهایی از اصول کلی مسئولیت مدنی به عمل آمده که تا حدودی نیاز حقوقی جامعه را در به رسمیت شناختن مسئولیت پیش قراردادی رفع می نماید. البته این تفسیرها بیشتر جنبه نظری داشته و هنوز در قوانین وارد نشده است. همین امر می تواند موجب تفسیرهای متعارض شده و صدور احکامی در زمینه مسئولیت پیش قراردادی را به محاق برد. در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران در بخش خواستگاری به صراحت اعلام شده که طرفین هر زمان که بخواهند می توانند این وعده را به هم بزنند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید. البته برخی حقوقدانان در مقام تفسیر این ماده و برای عادلانه کردن حکم آن اعلام کرده اند که اگر ترک وصلت توأم با تقصیر باشد و خسارتی از باب هزینه های دوران عقد یا مراسم ازدواج به طرف مقابل وارد شود، زیان دیده می تواند از باب تسبیب این خسارات را مطالبه نماید.

برخی نویسندگان اعتقاد دارند که لآر حقوق ایران می توان مبنی متعددی یافت که به وسیله آنها مسئولیت مدنی پیش قراردادی محقق گردد از جمله تسبیب، غرور، تقصیر و نفی ضرر. به نظر می رسد سابقه تاریخی غرور و نفی ضرر نمی تواند کمکی در پذیرش مسئولیت پیش قراردادی نماید زیرا در غرور، فاعل زیان خود به واسطه گمراه شدن از سوی شخص ثالث ضرر را به دیگری وارد کرده و مفاد قاعده ناظر بر امکان مراجعه او به غار جهت استرداد خساراتی که به زیان دیده پرداخت کرده است، می باشد و از بحث مسئولیت پیش قراردادی فاصله زیادی دارد. همچنین اختلاف نظرها در خصوص کارکرد قاعده لا ضرر و توان این قاعده برای وضع حکم یا رفع حکم ضرری باعث شده تا رویکرد غالبی در این زمینه در حقوق ایران به وجود نیاید. البته کارکرد این قاعده در لسان فقهاء بیشتر منحصر به رفع حکم ضرری بوده و نوعاً فقهاء الزام به جبران خسارت و وضع ضمان را منحصرأً به قاعده لا ضرر مستند نموده اند.

به نظر می رسد در حقوق ایران بدون طی راه های پر پیچ و خم می توان مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی حکم به مسئولیت مدنی پیش قراردادی بدهیم. با این دیدگاه، مبنای مسئولیت پیش قراردادی در حقوق ایران همانند سایر مصادیق مسئولیت مدنی،^{۲۷} اجبران ضررهای ناروا به اشخاص است. بنابراین مسئولیت پیش قراردادی در حقوق ایران از خصوصیت خاصی برخوردار نیست و هر اقدامی در مرحله پیش قرارداد که باعث ایجاد ضرری ناروا به

^{۲۶} . حبیب الله رحیمی، تقریرات درس مسئولیت مدنی مقطع ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، نیمسال اول تحصیلی ۹۲-۹۳.

^{۲۷} . مهدی قبولی درافشان، همان، ص ۱۴۴.

^{۲۸} . غضب (ضمان ید) و استفاده بلاجهت از این حیث استثناء است و لزوماً نمی توان مبنای آنها را جبران خسارت دانست.

طرف مذاکره گردد، از باب اتلاف؛^{۲۹} تسبیب یا تمسک به قاعده مندرج در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی قابل جبران خواهد بود.

۳-۳- دیدگاه نگارنده

به نظر می‌رسد در حقوق داخلی و خارجی، مبنای اصلی در مسئول شناختن شخصی که در مرحله پیش قراردادی موجب زیان به طرف مقابل می‌گردد، جبران ضررهای ناروا است. حال عده ای زیانی را ناروا تو صیف می‌کنند که به واسطه تقصیر در مرحله پیش قراردادی به طرف مذاکره وارد شده و گروهی نیز ضرری را ناروا می‌پندارند که از نقض حسن نیت ناشی شده باشد. برخی نیز که در اقلیت قرار دارند، توافق ضمنی طرفین را ریشه اصلی مسئولیت پیش قراردادی می‌دانند. البته هیچ یک از این مبانی نمی‌تواند به تنهایی جوابگوی نیازهای حقوقی جامعه باشد. زیرا گاهی زیانی به شخص وارد نمی‌شود بلکه عمل طرف او در مرحله پیش قراردادی باعث شده تا بدون جهت، بر دارائی خود بیافزاید.

در نتیجه می‌توان به عنوان قاعده اصلی، مبنای مسئولیت پیش قراردادی را جبران زیان های ناروا دانست که هر نظام حقوقی با استدلال مخصوص به خود، ضرر ناروا را تعریف و تحلیل می‌کند.^{۳۰} همچنین به عنوان قاعده تکمیلی در مواردی که مستقیماً زیانی به شخص وارد نشده اما طرف مقابل با سوء استفاده از اطلاعات مأخوذه از وی و به شکلی ناروا به دارائی خود افزوده است، می‌توان به نظریه استفاده بلاجهت به عنوان مبنای مسئولیت پیش قراردادی تمسک نمود. به بیان دیگر همه نظریه ها و مصادیقی که به عنوان نتیج اصل حسن نیت در مرحله پیش قراردادی برشمرده اند در دو مبنای فوق الذکر جای می‌گیرد.

۴- مسئولیت مدنی پیش قراردادی و شرایط تحقق آن

بسته به اینکه چه مبنایی برای قبول مسئولیت پیش قراردادی مورد پذیرش قرار بگیرد، شرایط تحقق این مسئولیت دچار تغییر می‌شود. برای مثال اگر مسئولیت را بر پایه نظریه تقصیر استوار نماییم، باید مدعی اثبات نماید که خواننده در مرحله مذاکرات اقدامی توأم با تقصیر انجام داده یا عملی که می‌بایست انجام دهد را ترک کرده و از این طریق، خسارتی به مدعی وارد نموده است. اما اگر مبنا را بر حسن نیت قرار دهیم، مدعی باید اثبات نماید که خواننده در اقدامات خود اقتضای حسن نیت را رعایت نکرده و موجب ورود زیان به وی شده است. همچنین اگر مبنای استفاده بلاجهت مورد پذیرش قرار گیرد، لازم است افزودن به دارائی خواننده از یک سو و کاهش دارائی مدعی — ولو دارائی ممکن الحصول در آتی — مورد اثبات قرار گیرد. در نتیجه بیان شرایطی خاص برای تحقق مسئولیت قراردادی قابل دفاع نبوده و باید بسته به مبنایی که برای هر یک از مصادیق آن مورد قبول قرار می‌دهیم، شرایط و قیود آن نظریه به وجود بیاید تا بتوان شخص را به واسطه اقداماتش در مرحله پیش قراردادی مسئول دانست. از یک منظر زیان های وارده به اشخاص در مرحله پیش قراردادی به منفی و مثبت تقسیم می‌شود. زیان

^{۲۹} . برخی حقوقدانان تمسک به قاعده اتلاف یا تسبیب را با توجه به سابقه فقهی آن، منحصر به زمانی دانسته اند که فعل زیانبار موجب ورود خسارت به «اموال» گردد، رک سید حسین صفائی و حبیب الله رحیمی، مسئولیت مدنی، ص ۲۳. بنابراین در همه فرض مسئولیت پیش قراردادی نمی‌توان از اتلاف و تسبیب کمک گرفت اما قاعده عام ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی می‌تواند در اینجا راهگشا باشد.

^{۳۰} . برای مثال تقصیر در حقوق ایران، حسن نیت در حقوق بین المللی و فرانسه، استفاده بلاجهت و سرانجام تئوری سوء استفاده از حق در سایر نظام های حقوقی می‌تواند مبنایی برای مسئولیت پیش قراردادی باشد.

های منفی در برگزیده هزینه‌هایی است که شخص با تکیه بر اعتماد معقولی به طرف مقابل، برای پیش‌برد مذاکرات انجام داده است. به دیگر سخن در پی اقدامات طرف مقابل، اجزاء منفی دارائی شخص افزایش یافته است. برای مثال شرکتی معتبر سفارش یک سامانه احراز هویت را به یک تولیدی می‌دهد و این تولیدی برای برآورد هزینه‌ها و تعداد قطعات و نقشه برداری اقدام به هزینه‌هایی می‌نماید. مبنای اقدامات تولیدکننده اعتماد معقولی است که نوعاً به شرکت معتبر متقاضی می‌شود. حال اگر این شرکت بدون دلیل مذاکرات را متوقف نماید، مسئول جبران هزینه‌هایی خواهد بود که تولیدکننده در مرحله مذاکرات مقدماتی متحمل شده است. زیان‌های مثبت در این دیدگاه، با عدم النفع یا منافع ممکن الحصول در حقوق ایران شباهت دارد و مقصود از این زیان‌ها آن است که در فرضی که قرارداد منعقد می‌شد، طرف معامله به سودی دست پیدا می‌کرد که اکنون با قطع مذاکرات از آن محروم شده. در واقع اگر قرارداد منعقد می‌شد، جزئی مثبت (سود) وارد دارایی او می‌گردید که با خاتمه مذاکرات این سود منتفی شده است.

البته به طور مرسوم، یکی از شروط تحقق مسئولیت مدنی این است که ضرر «ناروا» باشد. به همین دلیل نویسندگان حقوقی به بررسی انواع زیان‌ها می‌پردازند و در نهایت ضررهای قابل جبران را احصاء می‌نمایند. به بیان دیگر ممکن است اقدامات اشخاص در مرحله پیش قراردادی موجب ورود زیان به اموال طرف مقابل گردد یا اینکه او را از منافع احتمالی که در صورت انعقاد قرارداد به وی می‌رسید محروم نماید یا اینکه از فرصت مذاکره و انعقاد قرارداد با سایرین محروم شود. همچنین ممکن است بدون اینکه زیان مستقیمی به وی وارد شود، طرف مقابل با بهره‌برداری از اطلاعات وی اقدام به کسب سود و افزودن به دارایی‌های خود نموده باشد. باید دید که کدام یک از این زیان‌ها قابلیت جبران دارد. برخی نویسندگان از زیان‌های متصوره در مرحله پیش قراردادی را به سه دسته تقسیم نموده‌اند. در واقع برای طرف مذاکره کسب سه دسته نفع متصور بوده که با منتفی شدن انعقاد قرارداد از آنها محروم شده که عبارتند از: نفع متوقع، نفع اتکایی و نفع استرداد.

مراد از نفع متوقع، همان سودی است که در صورت انعقاد قرارداد و اجرای آن به وی می‌رسیده است. اغلب نظام‌های حقوق مطالبه چنین خواسته‌ای را به دلیل احتمالی و غیر قطعی بودن آن، مقرون به صواب نمی‌دانند و تقصیر یک طرف در قطع مذاکرات را بهانه‌ای برای اخاذی طرف مقابل از وی قرار نمی‌دهند چراکه حتی در فرضی که قرارداد منعقد شود معلوم نیست که سود محتمل را به بار خواهد آورد یا خیر و در ما نحن فیه، چرا باید شخصی که هیچ اقدامی در راستای کسب سود خود انجام نداده بتواند عوایدی را از طرف مقابل به بهانه خروج او از مذاکرات دریافت نماید.

نفع اتکایی آن سودی است که در فرض ادامه مذاکرات و انعقاد قرارداد به طرفین می‌رسید. در واقع منظور این است که قطع مذاکرات باعث شده تا فرصت انعقاد قرارداد برای طرف مقابل از بین برود و این از دست رفتن فرصت، باعث زیان او خواهد بود. پذیرش این زیان در فرضی که شخص طبق روال عادی امور می‌توانسته با سایرین قراردادی منعقد نماید و در اثر اقدامات طرف مقابل و قطع مذاکره از سوی او، از آن محروم شده عادلانه

نمود زیرا موضوع تعهد آن‌ها (عوضین و شروط قرارداد نهایی) مشخص نبوده است. با این همه باید گفت که در بین نویسندگان حقوقی برخی بر این نظر هستند که چون بهترین راه جبران خسارت، الزام فاعل زیان به اجرای اصل تعهدی است که نقض نموده می‌توان او را به مذاکره الزام نمود. البته این سخن در جایی مصداق می‌یابد که یک طرف بدون دلیل مذاکره را ترک کرده است. لذا نمی‌توان در سایر موارد از قبیل افشای اطلاعات یا مذاکره موازی از جبران عینی بهره برد. طرفداران این نظریه می‌گویند که اشخاص در مذاکرات خود تعهد به رعایت حسن نیت دارند و نباید مذاکره را بدون دلیل منطقی و متعارف ناتمام بگذارند. در نتیجه بهترین راه این است که متخلف را به میز مذاکره برگردانیم و به الزام او حکم کنیم. در مقابل عده‌ای به حق گفته‌اند که این تعهد قائم به شخص بوده و عملاً ماهیت مذاکره به گونه‌ای است که نمی‌توان اشخاص را به ادامه آن الزام نمود و از سوی دیگر اصل آزادی قراردادی مانع از آن می‌شود که اشخاص را به بهانه نقض حسن نیت در مذاکرات پیش قراردادی ملزم به انعقاد قرارداد نماییم. فلذا به نظر می‌رسد امکان جبران عینی و تحمیل مذاکره انتزاعی بوده و در عمل میسر نخواهد بود.

۵-۲- جبران جایگزین

متداول‌ترین شیوه جبران زیان‌های وارده پرداخت خسارت است. بدین نحو که با توجه به مبنایی که در خصوص مسئولیت پیش قراردادی پذیرفته ایم، شرایط و ضوابط ضرر قابل جبران را مشخص می‌کنیم و آن‌گاه فاعل زیان را ملزم به پرداخت هزینه‌ها و خساراتی که قابلیت جبران دارند می‌نماییم. تعیین ضرر قابل جبران در بخش مربوط به شرایط تحقق مسئولیت پیش قراردادی آمده است.

نتیجه گیری

با توجه به مناسبات پیچیده دنیای کنونی و رواج روزافزون ماکیاولیسم و منفعت گرایی افراطی، دیگر نمی توان به اصول حقوقی پیشین بدون ایجاد تغییراتی در آن تمسک نمود و انتظار تامین نیازهای جامعه را داشت. تجربه بشری به مرور زمان دریافته است که آزادی در صحنه اقتصاد و عرصه قراردادها بهترین راه برای ایجاد عدالت و تقسیم ثروت است و می تواند نظم و عدالت را در بُعد حقوق قراردادها تحقق بخشد. اما به مرور زمان و شدت گرفتن نفع گرایی در بین اشخاص، خصوصاً در عرصه بین المللی و همچنین با ورود دولت ها از طریق شرکت های دولتی به صحنه تجارت خارجی مشخص شد که اصل آزادی قراردادی می تواند به شدت شکننده باشد و دستاویزی برای وارد ساختن خسارت به سایرین و ابزاری برای رقابت ناسالم بین تجار باشد. بنابراین حقوقدانان سعی در بیان راه حل هایی به منظور جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی در مرحله مذاکرات قراردادی نمودند. گروهی بنیان استدلال را به وجود پیش قرارداد استوار نمودند. برخی نیز با استناد به نتایج اصل حسن نیت (به معنای الزامی آن) در این راه کوشیدند و عده ای ترجیح دادند که با استفاده از تئوری های قدیمی از جمله نظریه تقصیر نوعی، استفاده بلاجت یا منع سوء استفاده از حق به مبارزه با بی عدالتی بروند. آنچه در قواعد حاکم بر روابط بین المللی بیشتر به چشم می خورد، پذیرش اصل حسن نیت و نتایج حاصل از آن است. در حقوق ایران می توان با استناد به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و قالب های اتلاف یا تسبیب، در مواردی که شخص در مرحله پیش قراردادی باعث ورود زیانی ناروا به طرف مذاکره شده است، حکم به الزام او به جبران خسارت نمود.

منابع

قرآن کریم

الف: فارسی

۱. اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، انتشارات شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳.
۲. باریکلو، علیرضا و خزایی، سیدعلی، اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره ی پیش قراردادی؛ با مطالعه ی تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری (علمی پژوهشی) سال ۷۵ / شماره ی ۷۶ / زمستان ۱۳۹۰.
۳. پور سعید، رامین و قنبری، پیمان، مسئولیت مدنی ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی در حقوق تجارت بین الملل، مجله دانش حقوق مالیه، سال اول، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۷.
۴. حاجی پور، مرتضی، وضعیت حقوقی مسئولیت پیش قراردادی، فرهنگنامه دیدگاههای حقوق قضایی، دوره ۴۲، شماره ۴۲، زمستان ۷۹.
۵. داراب پور، مهرباب و عالی پناه، علیرضا، چالش های حقوقی در مسئولیت های مدنی داخلی و بین المللی و راهکار توسل به ورشکستگی بین المللی، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۶.
۶. دیلمی، احمد، حسن نیت در مسئولیت مدنی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، بهار ۱۳۸۹.
۷. ژوردن، پاتریس (ترجمه ادیب، مجید)، اصول مسئولیت مدنی (چاپ دوم)، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
۸. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، انتشارات فروزش، تبریز، ۱۳۸۹.
۹. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، حقوق تعهدات (مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی)، انتشارات شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳.
۱۰. طالب احمدی، حبیب، مسئولیت پیش قراردادی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، بهار ۱۳۹۲.
۱۱. قبولی درافشان، مهدی و محسنی، سعید، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، اصول قراردادهای بین المللی و اروپایی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره هفتم، تابستان ۱۳۹۳.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۶.
۱۳. مفیدیان، شراره، مطالعه تطبیقی نظام مسئولیت ناشی از نقض قرارداد.

۱۴. Allan Farnsworth, precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations, *columbia law review*, vol. 87, no. 2 (mar, 1987).
۱۵. Alan Schwartz, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, columbia law school, 2007.
۱۶. Alyona N. Kucher, pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiations, doctor of law, moscow state university school of law, russia may 2004.E.
۱۷. Daniel C. Turack, *Precontractual Liability in the United States of America*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, Supplement. U. S. Law in an Era of Democratization (1990).
۱۸. EWAN Mckendrick, *contract law (text, cases and materials)*, fifth edition, Oxford University Press, 2012.
۱۹. HUGH COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford University Press 1994, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol 14, No 2.
۲۰. Hondius, *Pre-contractual Liability: Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Ewoud H. Hondius ed. 1991)
۲۱. John Cartwright and Martijn Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press 2008.
۲۲. John Kleint and Carla Bachechitt, *Precontractual liability and the duty of good faith negotiation in international transactions*, *houston journal of international law*, vol. 17, fall 1994.
۲۳. Lucian arye bebchuk and omri ben-shahar, *Precontractual reliance*, *the journal of legal studies*, vol. XXX (June 2001).
۲۴. Richard Stone, *the modern law of contract*, tenth edition published by routledge, 2013.
۲۵. R Brownsword, *Contract Law: Th emes for the Twenty-First Century*, 2nd edn, Oxford University Press, 2006.