

## پیرامون مسئولیت پیش قراردادی (ارکان، اصول و آثار آن)

## در حقوق ایران و انگلیس

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۶

حجت غفاری<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۲۱

سید جعفر هاشمی باجگانی<sup>۲</sup>امیر محمد صدیقیان<sup>۳</sup>

## چکیده

دوره پیش‌قراردادی بازه زمانی است که طرفین در حال مذاکره و گفتگو هستند و هنوز قرارداد موردنظر اعم از ایجاب و قبول، انشا نشده باشد. در این مرحله اصل آزادی مذاکرات حاکم است که خود برگرفته از اصل حاکمیت اراده است. مطابق این اصل اشخاص در ورود به مذاکره، تداوم آن و در نهایت انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد آزاد هستند و نمی‌توان مذاکره کننده را به اعتبار شروع مذاکره و ادامه آن به انعقاد قرارداد ملزم کرد. این بدان معنا است که تا زمانی که قراردادی منعقد نشده است نمی‌توان به طرفین مسئولیتی را تحمیل کرد. با این همه، ممکن است شروع مذاکره و تداوم آن در طرف مقابل این اتکا و اعتماد را بوجود آورد که قرارداد در نهایت منعقد خواهد شد و به این اعتبار هزینه‌هایی را متحمل شود. از این منظر قطع غیر موجه مذاکرات از سوی طرف مقابل، وی را با زیان مواجه خواهد ساخت. لذا در برخی از نظام‌های حقوقی سخن از تعهدات و مسئولیت پیش‌قراردادی به میان آمده است. در این تحقیق با تکیه بر مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان نشان داده شده است که در مذاکرات مقدماتی هم الزاماتی از قبیل رعایت حسن نیت، عدم قطع غیرموجه مذاکره، حفظ اسرار و ارائه اطلاعات درست وجود دارد که حاکی از مطلق نبودن اصل آزادی اراده در مذاکرات مقدماتی می‌باشد. در نظام حقوقی ایران و فقه نیز در پذیرش مسئولیت قطع کننده مذاکره، می‌توان از مبانی عام مسئولیت مدنی نظیر قواعد تسبیب، غرور، تقصیر و نفی ضرر بهره برد. هرچند توصیه می‌شود مقنن با رفع این خلاء قانونی مقررات صریحی را در باب حدود حقوق و تعهدات طرفین در این دوره وضع کند.

**لغات کلیدی:** "مذاکرات مقدماتی"، "مسئولیت پیش‌قراردادی"، "حسن نیت"، "جبران خسارت"

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران (نویسنده مسئول)

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران

مقصود از تعهدات پیش‌قراردادی هرگونه عملی پیش از انعقاد قرارداد است که موجب بوجود آمدن تعهد یا مسئولیت برای فرد در مقابل طرف دیگر می‌شود. ارائه اطلاعات و راهنمایی‌های مورد نیاز برای انعقاد معامله و نیز اطلاعات مورد نیاز جهت استفاده صحیح و کامل از مورد معامله در زمره مهمترین این تعهدات است. این اهمیت تاجایی است که حتی گاهی این تصور اشتباه پیش می‌آید که تنها مصداق بلکه تنها مفهومی که از تعهدات پیش‌قراردادی استنباط می‌شود ارائه اطلاعات پیش‌قراردادی است. بنابراین می‌توان گفت که در حقوق ایران لازم است برای دوران پیش‌قراردادی، اصول و قواعدی پیش‌بینی شود تا دو طرف در قالبی مطمئن به گفتگو بپردازند. هیچ‌کدام از طرفین، دیگری را بیهوده امیدوار نکنند، از اعتماد او سوءاستفاده ننمایند و اسباب ورود ضرر به دیگری را فراهم نکنند. با وضع قواعد برای دوره پیش‌قراردادی طرفین می‌توانند به نظام حقوقی در پر کردن خلأهای موجود با قواعدی که منجر به توزیع مقتضی و مناسب ریسک‌های اجتناب‌ناپذیر شده و انگیزه‌های مناسبی برای اجرای مناسب فراهم کنند، اتکا نمایند. از اهداف جلسات مذاکراتی رسیدن به توافقات، مکتوب کردن توافقات و تعهدات، تنظیم و امضاء قرارداد نهایی است، در این بین پیش‌قرارداد و یا به اصطلاح عده‌ای از حقوقدانان "وعده قرارداد" اهمیت ویژه‌ای دارد.

دوره پیش‌قراردادی، بازه زمانی است که طرفین در آن ضمن برقراری ارتباط با یکدیگر، در راستای رسیدن به هدف مشترک که همان انعقاد قرارداد نهایی است، به ارزیابی و انطباق شرایط و امکانات خود با ویژگی‌های کلی قرارداد موردنظر و همچنین شرایط و امکانات طرف مقابل می‌پردازند. ممکن است طرفین، دوره پیش‌قراردادی را با تشکیل قرارداد اصلی به سرانجام برسانند اما همواره نباید انعقاد قرارداد را انتظار داشت، بلکه احتمال دارد که طرفین یا یکی از آن‌ها با در نظر داشتن منافع و مصالح خود، بنا به هر دلیلی دوره مذکور را در هر مقطعی خاتمه دهند. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که آیا طرف ترک‌کننده مذاکره، به استناد الزام آور نبودن گفتگوهای مقدماتی، از جبران خسارات وارده به طرف مقابل معاف است یا اینکه می‌توان علی‌رغم آزادی طرفین در آغاز و تداوم گفتگوهای مقدماتی، ترک گفتگوها را تحت شرایطی موجب مسئولیت دانست؟

پس از مطالعه مفهوم مسئولیت پیش‌قراردادی، ارکان و شرایط تحقق آن را بیان می‌نماییم.

## ۲- مفهوم مسئولیت پیش‌قراردادی

عبارت مسئولیت پیش‌قراردادی، مرکب از دو واژه مسئولیت و پیش‌قراردادی می‌باشد. مسئولیت در لغت به معنای بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و موظف بودن به انجام دادن امری آمده است (معین، ۱۳۷۱، ص ۴۰۷۷). در اصطلاح حقوقی، الزام شخص به جبران خساراتی که عرفاً مستند به اوست، به مسئولیت تعبیر میشود، چنانچه برخی از اساتید حقوق مدنی نیز اظهارنظر نموده اند، در هر مورد که کسی موظف به جبران خسارت دیگری است، در برابر او مسئولیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۴۸). منظور از پیش‌قراردادی نیز بازه زمانی است که طرفین در آن ضمن برقراری ارتباط با یکدیگر، در راستای فراهم آوردن زمینه انعقاد قرارداد نهایی تلاش می‌کنند. بر این اساس، «مسئولیت پیش‌قراردادی» مسئولیت یکی از طرفین دوره پیش‌قراردادی مبنی بر جبران زیان‌هایی است که طرف مقابل در نتیجه عدم انعقاد قرارداد به واسطه عملکرد و رفتار او در دوره مزبور متحمل شده است.

با توجه به تعریف مزبور، مسئولیت پیش قراردادی در صورتی مطرح می‌گردد که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد. با این حال، برخی تحقق مسئولیت پیش قراردادی در فرض انعقاد قرارداد را ممکن دانسته و معتقدند که اگر وضعیت حقوقی قرارداد به دلایل مربوط به دوره پیش قراردادی، از حال صحت خارج شده باشد، مسئولیت پیش قراردادی محقق می‌شود. ایشان حتی از این فراتر رفته و اظهار نظر نموده‌اند که در برخی موارد، جمع میان مسئولیت پیش قراردادی با قرارداد نافذ نیز ممکن است. برای مثال، اگر یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی با اظهارات نادرست خود سبب انعقاد قرارداد شود، به نحوی که اگر طرف دیگر از واقعیت آگاه می‌بود، قرارداد را با شرایط دیگری می‌بست، هر چند قرارداد صحیح است، اما اظهارکننده خلاف واقع دارای مسئولیت پیش قراردادی خواهد بود (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص ۴۳)

با این وجود، دیدگاه یاد شده مبنی بر تحقق مسئولیت پیش قراردادی به رغم انعقاد قرارداد نهایی و یا امکان جمع میان این مسئولیت با قرارداد نافذ، چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر بخواهیم تمام موارد تحقق مسئولیت به دلایل مربوط به دوره پیش قراردادی را در مبحث مسئولیت پیش قراردادی در مفهوم اصطلاحی آن مطالعه کنیم، ناگزیر خواهیم بود که حجم گسترده‌ای از موارد مسئولیت را در این دسته جای دهیم، در حالیکه حقوق دانان و فقها به هنگام بررسی مسئولیت ناشی از بطلان عقد یا عقد باطل، اهمیت و ویژگی خاصی برای دلایل مربوط به دوره پیش قراردادی قائل نشده و آنچه در این خصوص مورد توجه قرار گرفته، صرف بطلان عقد و حکم به استرداد عین و جبران خسارات بر مبنای قواعد غصب و ضمان مقبوض به عقد فاسد می‌باشد. به علاوه، در مواردی که میان طرفین، قرارداد صحیحی منعقد شده، اما یکی از ایشان از واقعیت‌های موجود ناآگاه بوده، احقاق حق طرف زیان دیده به طور معمول در قالب ضمانت اجراهای خاصی از قبیل اختیارات قانونی پیش بینی شده و از سایر مسئولیت‌های احتمالی طرف مقابل نیز به مسئولیت پیش قراردادی تعبیر نمی‌شود. (خزایی، ۱۳۹۵: ۱۰۸)

بنابراین، فرض اصلی در تحقق مسئولیت پیش قراردادی در مفهوم اصطلاحی، آن است که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد.

### ۳- شرایط تحقق مسئولیت پیش قراردادی

صرف ترک گفتگوهای مقدماتی، موجب طرح موضوع مسئولیت پیش قراردادی نمی‌شود، بلکه برای طرح این موضوع باید شرایطی فراهم باشد که شناخت آن‌ها می‌تواند ما را در فهم بهتر و دقیق‌تر این مسئولیت یاری دهد. برخی شرایط طرح مسئولیت پیش قراردادی را منحصر در «باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول از ایجاد آن در آینده نزدیک» و «رفتار یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی» دانسته‌اند (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص ۵۲)

«باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک» شرط اول تحقق مسئولیت پیش قراردادی می‌باشد اما باید توجه داشت که باور یا انتظار صرف کافی نیست بلکه «اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول» باید احراز شود. ضمناً این اتکاء باید موجب «ورود زیان» گردد. عبارت کلی «رفتار یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی» چندان واضح نیست و به نظر می‌رسد که به جای آن باید «رفتار غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی» را شرط چهارم تحقق مسئولیت پیش قراردادی دانست. در نهایت

«رابطه سببیت» را باید از دیگر شرایط مهم مسئولیت ب هطور کلی و شرط پنجم تحقق مسئولیت پیش قراردادی دانست .

### ۳-۱- بررسی اجمالی شروط

این شروط به اجمال بررسی می شود.

#### ۳-۱-۱- عقیده زیان دیده بر وجود رابطه قراردادی

شرط نخست تحقق مسئولیت پیش قراردادی، باور زیان دیده بر وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک می باشد. گاهی طرفین دوره پیش قراردادی، هنوز در خصوص تمام شرایط قرارداد آینده گفتگو نکرده و یا به توافق نرسیده اند اما با این وجود، روند گفتگوهای مقدماتی این انتظار معقول را در ایشان به وجود می آورد که قرارداد در موعد مقرر منعقد خواهد شد (Dietrich, 2001, p:165) در صورت وجود سایر شرایط ذیل، تحقق باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک می تواند باعث طرح مسئولیت پیش قراردادی شود.

#### ۳-۱-۲- اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول خود

شرط دوم تحقق مسئولیت پیش قراردادی، اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول خود است؛ زیرا صرف باور یا انتظار معقول تا زمانی که مورد اتکای زیان دیده قرار نگرفته، منشاء اثر نمی باشد. اتکای زیان دیده می تواند به شکل های مختلف ایجابی یا سلبی بروز کند. برای مثال، انجام کارهایی که مقدمه ای برای اجرای قرارداد آینده می باشند و یا اجرای مقدماتی قرارداد آینده، حاکی از اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول خود به شمار می روند. حتی ممکن است انجام کارهایی که ارتباطی با اجرای قرارداد آینده ندارند، نشانه ای از اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول خود تلقی شوند. برای مثال، اقدام خریدار در ارتقاء و بهبود وضعیت زمین زراعی فروشنده با این باور که پس از انعقاد قرارداد نهایی، محصول بهتر یا بیشتری برای وی به ارمغان خواهد آورد، نوعی اتکاء به شمار می رود که ارتباطی با اجرای قرارداد آینده ندارد. همچنین ممکن است که یکی از طرفین، اجرای زود هنگام قرارداد آینده را آغاز کرده باشد و این اقدام نوعی اتکاء بر باور یا انتظار معقول تلقی می شود (Dietrich, 2001, p:166)

به عنوان مثال، تولیدکننده ای که در حال گفتگوی مقدماتی برای انعقاد قرارداد تولید کالای مشخصی برای شخص «الف» می باشد، ممکن است به درخواست وی و بدون وجود هرگونه توافق الزام آور، تولید کالاهای موضوع قرارداد آینده را آغاز نماید و چنین اقدامی به منزله اتکاء بر انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک می باشد.

#### ۳-۱-۳- اتکاء بر باور یا انتظار معقول انعقاد قرارداد

شرط سوم تحقق مسئولیت پیش قراردادی آن است که اتکاء بر باور یا انتظار معقول انعقاد قرارداد، باعث بروز زیان شود. این شرط با شرط قبلی ارتباط نزدیکی دارد و شاید در وهله نخست تکراری به نظر برسد اما باید توجه داشت که تأکید بر زیان بار بودن اتکاء از آن جهت است که شاید عمل ایجابی یا سلبی متکی بر باور یا

انتظار معقول انعقاد قرارداد به قصد تبرع انجام گرفته و یا به هر دلیل دیگری بروز زیان منتفی باشد. بر این اساس، اگر به رغم اتکای یکی از طرفین بر انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، طرف مقابل بدون دلیل موجهی گفتگوها را ترک نماید و از انعقاد قرارداد خودداری ورزد، مسئولیت پیش قراردادی مطرح می‌گردد؛ مشروط بر آنکه این اتکاء زیانبار تلقی گردد (Bebchuk, 2001, p: 423)

#### ۴-۱-۳- رفتار ناموجه و غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی

شرط چهارم که در تحقق مسئولیت پیش قراردادی لازم و ضروری می‌نماید، رفتار ناموجه و غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی است. باید توجه داشت که فرض اولیه آن است که مخاطرات دوره پیش قراردادی بر عهده هر دو طرف گفتگوها باشد؛ زیرا اصل آزادی قراردادی اقتضاء دارد که هر یک از طرفین بتوانند در هر زمان دلخواه گفتگوهای مقدماتی را خاتمه دهند. لذا برای تحمیل بار مسئولیت مخاطرات دوره پیش قراردادی بر یکی از طرفین، صرف خاتمه دادن به گفتگوهای مقدماتی کفایت نمی‌کند، بلکه دلیل خاص دیگری نیز لازم می‌نماید و این دلیل خاص، همان رفتار ناموجه و غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی است. به عنوان مثال، آغاز گفتگوهای مقدماتی و یا تداوم آن بدون داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد، می‌تواند رفتار ناموجه و غیرمتعارف تلقی گردد.

در حقوق انگلیس، اصل حسن نیت به عنوان یک قاعده کلی الزام آور مورد پذیرش قرار نگرفته تا لزوم قصد جدی برای انعقاد قرارداد، از آن نشأت گیرد. با این حال، در حقوق این کشور نیز مصادیق مختلفی از این بحث مطرح و مورد بررسی قرار گرفته است. برای مثال، شخص (ب) طی یک قرارداد سه ساله مستأجر انبار متعلق به شخص (الف) بود. قرارداد اجاره در پایان سال ۱۹۹۹ میلادی خاتمه می‌یافت و به همین دلیل طرفین برای تجدید قرارداد اجاره گفتگوهای مقدماتی را آغاز کردند. پیش از آغاز گفتگوهای مقدماتی، شخص (ب) امکان جابجایی به یک انبار جدید را مورد بررسی قرار داد و انباری نیز با شرایط مناسب پیدا کرد، اما با توجه به یکسان بودن اجاره بهای آن با انبار فعلی و لزوم پرداخت هزینه جابجایی، از نقل مکان به انبار جدید پشیمان شد. پیش از این، شخص (الف) تصمیم گرفته بود که انبار را بفروشد. او همزمان با گفتگوهای مقدماتی با شخص (ب) جهت تجدید اجاره انبار، برای فروش آن با شخص (ج) نیز گفتگو می‌کرد. شخص (الف) میدانست که شخص (ج) قصد دارد تا پس از خرید انبار آن را به شخص (د) اجاره دهد، اما با این حال برای آنکه به شخص (ج) نشان دهد انبار قابلیت اجاره دارد، گفتگوهای مقدماتی با شخص (ب) را ادامه می‌داد. گفتگوهای مقدماتی شخص (الف) با شخص (ب) باعث شد تا شخص (ج) ترغیب شود بهای بیشتری بابت خرید انبار بپردازد و فروش انبار نیز باعث شد تا شخص (ب) مجبور شود انبار دیگری را با بهای گران تر اجاره کند. در حقوق انگلیس اظهارنظر شده است که می‌توان شخص (الف) را به استناد مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری<sup>۱</sup> مسئول دانست (Cartwright, 2009, p: 69)

در حقوق ایران، موضوع لزوم یا عدم لزوم قصد جدی برای انعقاد قرارداد، مورد توجه و بررسی برخی نویسندگان و اساتید حقوق مدنی قرار گرفته است. در این راستا، عده ای از محققین که درصدد مطالعه جدیت در دوره پیش قراردادی برآمده اند، آن را در دو مفهوم به کار برده و اظهارنظر نموده اند که اگر جدیت به معنای

<sup>۱</sup> -tort of deceit

عدم شوخی باشد، بررسی خاصی را نمی‌طلبد؛ زیرا در معاملات و قراردادهای تجاری، کسی به قصد شوخی گفتگوهای مقدماتی را با دیگری آغاز نمی‌کند (باریکلو، ۱۳۹۱، ص ۱۸). اما اگر جدیت به معنای تعهد به پیشرفت مذاکره باشد نیز معادل همکاری طرفین در دوره پیش قراردادی است که آن هم با اصل آزادی قراردادی و ملزومات معامله در بازار رقابتی آزاد منافات دارد (باریکلو، ۱۳۹۱، ص ۳۱).

با این حال، به نظر می‌رسد که منظور از قصد جدی برای انعقاد قرارداد چندان با دو مفهوم یاد شده منطبق نیست. در واقع، آنچه در حقوق قراردادها تحت عنوان تعهد به همکاری میان طرفین مطرح میگردد و به طور معمول ناظر بر مرحله اجرای قرارداد است، موضوعی علیحده از قصد جدی برای انعقاد قرارداد تلقی می‌گردد. به علاوه، لزوماً نمی‌توان گفت کسی که بدون قصد جدی برای انعقاد قرارداد، گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده و یا ادامه می‌دهد، در حال شوخی با طرف مقابل است. چنین شخصی در عین حال که گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده یا آن را ادامه می‌دهد، فقط قصد انعقاد قرارداد ندارد اما ممکن است با هدف و قصد دیگری از جمله تحصیل اطلاعات طرف مقابل، با او گفتگو کند و در این راه جدیت نیز داشته باشد. در این میان، برخی از اساتید حقوق مدنی به هنگام بررسی ارکان توافق، اظهارنظر نموده‌اند که اگر ثابت شود شخصی بدون اینکه اراده جدی بر بستن عقد داشته باشد، با دیگری به مذاکره پرداخته و باعث شده است که هزینه‌هایی برای تحقیق یا فراهم آوردن سایر وسایل اجرای عقد بکند، مسئول خسارتی است که از این رهگذر به بار می‌آید. همچنین است در موردی که شخص یکی از پیشنهادهای گوناگونی را که به او شده است بپذیرد و دیگران را آگاه نسازد و آنان به امید جلب نظر او هزینه‌هایی را متحمل شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص: ۲۸۱).

به موجب این دیدگاه، مسئولیت شخصی که بدون داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد، گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده یا آن را ادامه می‌دهد، در حقوق ایران با قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل توجیه است. بدین ترتیب، جبران خساراتی که زیان دیده به واسطه عدم قصد جدی طرف مقابل برای انعقاد قرارداد متحمل شده، مستلزم تحقق ارکان این نوع مسئولیت از جمله تقصیر است. بر این اساس به منظور اثبات رکن تقصیر، ظاهراً باید احراز فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد را ملاک عمل قرار داد. در این راستا، دو مشکل جدی به ذهن می‌رسد. از یک سو، اثبات مواردی که یکی از طرفین واقعاً قصد جدی برای انعقاد قرارداد نداشته است، در وهله نخست بسیار دشوار می‌نماید؛ زیرا اثبات امر عدمی، کار چندان ساده‌ای نیست. از سوی دیگر، تشخیص مصادیق تقصیر در این فرض دقت زیادی را می‌طلبد؛ چرا که اندکی بی احتیاطی در این زمینه ممکن است باعث شود که تمام موارد عدم انعقاد قرارداد به فقدان قصد جدی طرف مقابل منتسب گردد. با توجه به این ملاحظات، شاید بتوان مصادیق امکان پذیرش مسئولیت پیش قراردادی به دلیل فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد را معطوف به مواردی دانست که طرف مقابل به رغم اقدام قبلی خود در جهت سالبه به انتفاع موضوع نمودن قرارداد موضوع گفتگوها و یا با علم به منتفی بودن آن، گفتگوهای مقدماتی را با زیان دیده آغاز کرده یا همچنان گفتگوها را ادامه می‌دهد.

در حقوق فرانسه، قصد جدی برای انعقاد قرارداد از تعهدات مبتنی بر حسن نیت تلقی شده و ضمانت اجرای آن، حکم به مسئولیت کسی است که بدون قصد جدی برای انعقاد قرارداد گفتگوها را آغاز کرده و یا ادامه داده است (Cartwright, 2009, p: 29) برای مثال، شخص «الف» که صاحب یک کتاب فروشی است، مطلع می‌شود که شخص «ج» صاحب فروشگاه‌های زنجیره‌ای کتاب، قصد دارد مغازه شخص «ب» که درست در مقابل

فروشگاه شخص «الف» قرار دارد را به مبلغ ۱۲۰۰۰۰۰ یورو خریداری نماید. شخص «الف» به واسطه نگرانی از رقابت آینده با شخص «ج» بدون آنکه قصد جدی برای انعقاد قرارداد داشته باشد، به شخص «ب» مراجعه و به بهانه اینکه می خواهد فعالیت حرفه ای خود را گسترش دهد، عنوان می کند که حاضر است مغازه او را به مبلغ ۱۵۰۰۰۰۰ یورو خریداری کند. به همین دلیل، مذاکرات شخص «ب» با شخص «ج» خاتمه می یابد و شخص «ج» مغازه موردنیاز خود را در نقطه دیگری از شهر خریداری می نماید. اما پس از آن، شخص «الف» مذاکرات خود با شخص «ب» ترک کرده و انصراف خود را از خرید مغازه او اعلام می کند. این امر باعث می شود که شخص «ب» در نهایت بتواند مغازه خود را تنها به مبلغ ۱۰۰۰۰۰۰ یورو، به شخص دیگری به فروش برساند. در حقوق فرانسه، این اتفاق نظر وجود دارد که شخص «ب» میتواند به استناد مسئولیت مدنی ناشی از شبه جرم برای مطالبه خسارات خود به شخص «الف» مراجعه کند. (خزایی، ۱۳۹۵: ۱۱۰)

### ۵-۱-۳- احراز رابطه سببیت

شرط پنجم تحقق مسئولیت پیش قراردادی، احراز رابطه سببیت است. یعنی باید احراز شود که بین ضرر و فعل یا رفتار زیان بار رابطه سببیت وجود دارد و ضرر از آن فعل یا رفتار ناشی شده است. اثبات رابطه سببیت با زیان دیده است و او باید ثابت کند که بین فعل یا رفتار خواننده و ایجاد ضرر، رابطه علت و معلولی وجود دارد. البته گاهی خواننده دعوی ناچار می شود که برای اثبات عدم دخالت خود دلیل بیاورد؛ زیرا در برخی موارد همین که زیان دیده، وقوع کاری را که به طور معمول از طرف خواننده انجام می شود را اثبات کند، دیگر نیازی به ثابت کردن انتساب آن به خواننده ندارد. باید توجه داشت در مواردی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست، رابطه سببیت اهمیت بیشتری پیدا میکند و اثبات وجود آن نیز دشوارتر می گردد. برعکس، در مواردی که تقصیر از ارکان مسئولیت به شمار می رود، رابطه سببیت اهمیت خود را از دست می دهد و تنها به حوادثی توجه می شود که در اثر بی احتیاطی یا غفلت شخص رخ داده و زیان به بار آورده است؛ زیرا این تصور عمومی وجود دارد که تقصیر سبب بروز زیان شده است. به غیر از مواردی که زیان فوراً و مستقیماً به فعل یا رفتار زیان بار متصل نیست یا اسباب دیگری نیز در بروز زیان دخالت دارند، رابطه سببیت واضح و آشکار به نظر می رسد. در مسئولیت پیش قراردادی، از آنجا که صحبت از مسئولیت یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی در برابر دیگری است، علی الاصول، احراز رابطه سببیت میان زیان و فعل یا رفتار زیان بار با دشواری چندانی روبرو نخواهد بود.

### ۲-۳- زیان های قابل جبران

مسئولیت به معنای جبران خسارات و زیان های ناشی از اعمال نامتعارف و نامشروع است. هدف کلی از برقراری مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان دیده و در عین حال، تسلی خاطر وی و بازداشتن فاعل و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاقی خاص در جامعه است. بدین ترتیب، پذیرش مسئولیت پیش قراردادی، مستلزم جبران خسارات و زیان هایی است که به واسطه رفتار نامتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی بر طرف مقابل تحمیل شده است. به طور معمول، طرفین به اتکای انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، اقداماتی را انجام داده و در صورت عدم انعقاد قرارداد، متحمل زیان هایی

می شوند. به همین دلیل، نویسندگان خارجی این دسته از خسارات را تحت عنوان زیان های اتکایی<sup>۲</sup> مورد مطالعه و بررسی قرار داده اند. زیان های اتکایی در دوره پیش قراردادی را می توان در پنج دسته کلی جای داد. دسته نخست زیان های اتکایی، هزینه هایی است که طرف زیان دیده در دوره پیش قراردادی و در راستای تهیه مقدمات انعقاد قرارداد، انجام داده است. دسته دوم، مابه ازای کارها یا خدماتی است که پیش از انعقاد قرارداد نهایی توسط یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی انجام شده است. دسته سوم این زیان ها، زیان ناشی از معاملاتی است که یکی از طرفین با انتظار معقول و متعارف از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، انجام داده است. چهارمین نوع زیان اتکایی، زیان از دست دادن فرصت هایی<sup>۳</sup> می باشد که در خلال گفتگوهای مقدماتی، پیش روی طرفین قرار داشته و در حال حاضر، از دست رفته است. این نوع از زیان، علاوه بر اتلاف وقت که دارای ارزش است و عرفاً برای برخورداری از آن بها پرداخت میشود، فرصت گفتگوهای مقدماتی و انعقاد قرارداد با اشخاص ثالث را نیز شامل می شود. دسته پنجم زیان های اتکایی، زیان ناشی از عدم حصول «منافع مورد انتظار»<sup>۴</sup> و «عدم النفع»<sup>۵</sup> است.

در حقوق انگلیس، زیان ناشی از دست دادن فرصت هایی که در جریان گفتگوهای مقدماتی پیش روی طرفین قرار داشته است، قابل جبران می باشد، مشروط بر آنکه زیان دیده بتواند یکی از اسباب دعوی مسئولیت مدنی را مبنای ادعای خود قرار دهد. به عنوان مثال، در صورتی که خواهان بتواند ثابت کند که خواننده با فریبکاری، اظهارات خلاف واقعی خطاب به او داشته است، با این قصد که خواهان بر اساس این اظهارات نادرست عمل کند و در نتیجه اقدام خواهان بر مبنای آنها، متحمل زیان گردد، پذیرش «مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری» مستلزم جبران زیان ناشی از دست دادن فرصت هایی که در جریان گفتگوهای مقدماتی پیش روی طرفین قرار داشته است، نیز خواهد بود. البته یکی از شرایط مهم جبران خسارت بر مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری، آن است که خواهان باید رابطه سببیت بین اظهارات خواننده و زیان وارده را اثبات کند. تنها محدودیتی که در این رابطه وجود دارد آن است که خواهان نمی تواند زیان هایی که به محض اطلاع از فریبکاری خواننده می توانست اقدامات معقولی در جهت کاهش یا حذف آن ها به عمل آورد، را از خواننده مطالبه کند. زیان قابل جبران ناشی از فریبکاری در حقوق انگلیس، معادل میزان کاهش دارایی خواهان است که در نتیجه اتکای او به اظهارات خواننده حادث شده است. (Cartwright, 2009, p: 24)

در فقه امامیه، اظهارنظر صریحی در خصوص امکان یا عدم امکان جبران خسارات ناشی از فرصت از دست رفته به چشم نمی خورد. با توجه به اینکه عدم النفع از سوی مشهور فقها به عنوان ضرر قابل جبران پذیرفته نشده، شاید در وهله نخست چنین تصور شود که از دست دادن فرصت نیز جزء مقوله عدم النفع بوده و بنابراین در فقه امامیه، به عنوان ضرر قابل جبران مورد پذیرش قرار نگرفته است. اما باید توجه داشت که آنچه در اینجا به عنوان زیان و خسارت مطرح می باشد و در قابلیت جبران آن بحث است، نفس همین فرصت از دست رفته است، نه آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن در صورت انعقاد قرارداد وجود داشته و با تقصیر

<sup>2</sup> -reliance damages

<sup>3</sup> -loss of opportunity

<sup>4</sup> -expectation interest.

<sup>5</sup> -loss of profit.

<sup>6</sup> -tort of deceit



خواننده، غیر قابل تحصیل شده است. لذا فرصت از دست رفته را نباید با عدم النفع اشتباه نمود؛ زیرا در این فرض، دیگر صحبت از زیان آینده یا عدم النفع نیست بلکه اگر نفس از دست دادن فرصت عرفاً ضرر محسوب شود، وجود ضرر بالفعل است نه مربوط به آینده. حال، سؤال مهمی که باید به آن پاسخ داد، این است که آیا از نظر فقهی میتوان از دست دادن فرصت را ضرر تلقی کرد و آن را قابل جبران دانست؟ به منظور پاسخ به این سؤال، باید مفهوم ضرر در دیدگاه فقها مورد بررسی قرار گیرد. برخی از فقها در مقام تبیین مفهوم ضرر، به صراحت بیان داشته اند که برای تعیین اینکه چه چیزی ضرر است و چه چیزی ضرر نیست، باید به عرف مراجعه نمود (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۴۹).

برخی از فقهای معاصر نیز در بررسی مفهوم ضرر، اظهار نظر نموده اند که اگر معنای این لفظ نزد عرف روشن باشد، رجوع به لغت مشکل است و باید به ذهن اهل عرف، رجوع نمود و معنای ضرر را معین کرد. آنچه از ارتکازات ذهنی و موارد استعمال این لغت در نزد عرف به دست میآید، این است که ضرر عبارت است از فقدان هر چیزی که شخص دارا می باشد و به سبب آن از مواهب حیات از قبیل نفس و عرض و غیره منتفع میشود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۵).

با توجه به مطالب ذکر شده، می توان گفت که مفهوم ضرر یک مفهوم عرفی است و برای تعیین موضوع ضرری باید به عرف مراجعه نمود. برای تشخیص اینکه چه چیزی در عرف ضرر محسوب می شود، ابتدا باید آنچه واجد ارزش است مورد شناسایی قرار گیرد؛ زیرا فقدان و یا از دست دادن آنچه دارای ارزش است، ضرر تلقی می گردد. با مراجعه به عرف، ملاحظه می گردد که در مواردی، نفس فرصت در نظر برخی اشخاص دارای ارزش بوده و گاهی افراد حاضرند به خاطر آن، هزینه های مادی و معنوی صرف کنند. حتی در مواردی با وجود آنکه نتیجه نهایی ممتنع است، باز نفس فرصت و برخورداری فرد از آن، نوعی رضایت خاطر بوده و شخص خوشحال است که در راه رسیدن به مطلوب تلاش می کند، هر چند در نهایت به نتیجه ای نرسد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۵).

بدین ترتیب، اگر نفس فرصت در عرف واجد ارزش اقتصادی باشد، شاید بتوان فقدان و یا از دست دادن آن را نیز در عرف، ضرری قابل جبران تلقی کرد.

در حقوق ایران، نص قانونی صریحی مبنی بر امکان یا عدم امکان جبران زیان ناشی از فرصت از دست رفته به چشم نمی خورد اما با این وجود، برخی از اساتید حقوق مدنی، از بین بردن امکان استفاده از فرصتی که در عرف، ارزش ویژه دارد را زیان قابل جبران دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۸).

با این حال، باید توجه داشت آنچه باعث می شود که در رابطه با جبران زیان از دست رفتن فرصت، با احتیاط بیشتری اظهار نظر شود، آن است که این نوع فرصت ها مربوط به آینده میباشند و اثر آنها با گذشت زمان مشخص میشود. در واقع، آنچه ماهیت و رکن اصلی فرصت را تشکیل می دهد وجود احتمال در تحقق آن است و باید توجه داشت که به واقعیت پیوستن فرصت در آینده، همواره امری احتمالی تلقی می گردد و این گونه نیست که یک فرصت و شانس همیشه به واقعیت بپیوندد؛ چرا که در غیر این صورت، شانس نامیده نمیشد. لذا زمان باید طی گردد و شخص این فرصت را تجربه کند تا معلوم شود که آیا به نتیجه میرسد و مقصود تحقق پیدا می کند یا خیر. بدین ترتیب، اشکال مهمی که باعث تردید نسبت به امکان جبران خسارت ناشی از فرصت

از دست رفته می‌گردد تردید در مسلم بودن ضرر است؛ زیرا تحقق ضرر مسلم منوط به از دست دادن منافع مسلم است، در حالیکه منافع ناشی از فرصت در آینده، قطعی نیست تا منتفی شدن آن، ضرر مسلم محسوب شود. شاید به همین دلیل است که نویسندگان حقوقی فرصت از دست رفته را در مبحث ضرر و ذیل عنوان کلی شرایط قابل جبران بودن ضرر و عنوان فرعی مسلم بودن ضرر مطرح نموده و مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهند. بر این اساس، به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، جبران زیان از دست رفتن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی پیش روی طرفین قرار داشته است، چندان مورد پذیرش قرار نگیرد. (خزایی، ۱۳۹۵: ۱۱۹)

### ۳- اصول حاکم بر مذاکره در مرحله پیش قراردادی

در توضیح اولین و مهمترین اصل باید گفت که حسن نیت یکی از اصول کلی حقوقی است که در پی نفوذ اخلاق در عرصه حقوق موضوعه پدیدار گشته است. در واقع ابتدایی‌ترین اقتضای حسن نیت، اطلاع‌رسانی در دوره پیش قراردادی است. دو طرف باید در مورد عناصر اساسی قرارداد که مؤثر در تصمیم‌گیری ایشان است به مبادله اطلاعات بپردازند. تخلف از چنین وظیفه‌ای می‌تواند با عدم افشای اطلاعات یا کتمان آن محقق شود که در هر دو حال، تمایل قانونگذاران و نویسندگان حقوقی بر آن است که در قراردادها بیان تمام وقایع مؤثر در تراضی را با انجام تکالیف دو طرف در رعایت حسن نیت تضمین کنند در راستای همین اطلاع‌رسانی برخی سکوت برخلاف حسن نیت را جایز نمی‌دانند و معتقدند لازمه حسن نیت در دوره پیش قراردادی، افشای اطلاعات و آگاه ساختن طرف دیگر در رابطه با بخش‌هایی یا سلبی تعهدات است که دستیابی به آن از حیطة پیش‌بینی معمول یطرف دیگر خارج است. بنابراین ما از حسن نیت میتوانیم رعایت اطلاع‌رسانی به طور صحیح و الزام به افشای اطلاعات اساسی و عدم رجوع از ایجاب را در قراردادها استنباط کنیم. با این وجود این اصل در حقوق کشورمان و هم چنین در سیستم کشورهای کامن‌لا به دید مضیقی نگریسته شده است و آنها بر طبق اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده اطلاع‌رسانی پیش قراردادی را به طور کامل نپذیرفته‌اند. همان‌طور که اشاره شد، نظریه ایجاب الزام آور از زیر شاخه‌های رعایت اصل حسن نیت می‌باشد که حقوق دانان در باره مبنای چنین ایجابی سه نظر به شرح نظریه تعهد یک طرفی، نظریه پیش قرارداد و نظریه تقصیر را اعلام نموده‌اند که مورد اخیر الذکر از جمله اساسی‌ترین نظریه‌ها در رابطه با مسوولیت پیش قراردادی است. به موجب این نظریه با آغاز گفتگوهای مقدماتی دو طرف در برابر هم دارای تعهداتی می‌شوند که نقض آنها تقصیر و موجب مسوولیت از نوع قراردادی آن می‌باشد

در حقیقت اساس این نظریه بر این امر استوار است که هر کس در دوره پیش قراردادی با هر عملی مانع از توافق نهایی شود یا باعث بی‌اعتباری قرار داده شود در برابر دیگری مسئول است و بر اساس مسوولیت قراردادی باید آن را جبران کند. این نظریه بیشتر در حوزه کشورهای حقوق نوشته مطرح بوده ولی رفته رفته در حقوق ایران و انگلستان نیز مورد توجه واقع شده است. برای تحقق این نظریه شرایطی مطرح می‌باشد که از جمله می‌توان به وجود رابطه پیش قراردادی، اعتبار گفتگوها، وجود ضرر و زیان، قابل جبران بودن زیان و تخطی از اصل حسن نیت نام برد. دومین مبنای مسوولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی توافق‌های مقدماتی می‌باشند. توافق‌های مقدماتی به مجموعه‌ای از قولنامه‌ها، قراردادها، توافق‌نامه‌ها، موافقتنامه‌ها، یادداشت تفاهم

ها، پروتکلها و غیره اطلاق میشود که دلالت بر قصد طرفین نسبت به پیگیری، انجام مذاکره و یا نهایه کردن یک یا چند قرارداد در آینده دارد.

### ۱-۳- اصل آزادی مذاکره

اولین موردی که در زمینه مذاکرات پیش قراردادی مورد توجه واقع می شود اصل آزادی مذاکره است. به عبارت دقیق تر این اصل به این معناست که قبل از انعقاد قرارداد سوی این که اشخاص آزادند که به قرارداد نهایه تن دهند، آیا آزادند که به میل خود وارد مذاکره شوند. اگر معتقد به حاکمیت اراده باشیم که هستیم باید طرفین قرارداد را آزاد در ورود به گفتگوها بدانیم، سوی این که قصد قراردادی دارند یا نه. با این وجود گاهی اوقات طرفین ممکن است ترجیح دهند که خود را به انجام مذاکرات ملزم نمایند. به نظر این حالت زمانی اتفاق می افتد که طرفین قصد جدی انعقاد قراردادی داشته باشد. با این وجود این الزام می تواند دارای دو وجه باشد: دسته اول توافقهایی است که طرفین را به انجام مذاکره متعهد میکند بدون این که اولییتی در انعقاد قرارداد نهایه به طرف مذاکره کننده اعطاء نماید «این توافقه مقرر می کند که در شرایط مساوی طرف مذاکره کننده نسبت به واگذاری قرارداد اولویت دارد». در این توافقه شروط قرارداد آتی هنوز مورد توافق قرار نگرفته و بنا است متعاقباً مورد توافق قرار گیرد. در صورتی که طرفین به توافق نرسند و طرف تصمیم بگیرد که قرارداد را به شخص دیگری واگذار نماید، در این صورت طرف مذاکره کننده اولی نسبت به واگذاری قرارداد اولویت دارد» (شیروی، ۱۳۸۲، ص ۱۸) و دسته دیگر درست عکس همین قضیه است.

در حقوق انگلستان بر طبق اصل آزادی مذاکره، توافقات افراد مبنی بر مذاکره، حتی در صورتی که مانند دسته نخست خود را به وجهی، ملزم نمایند لازم الجرا نمی باشد. با این وجود این قاعده آنچنان هم در حقوق انگلستان موصون از تعرض نبوده و دادگاه ها هر چند اصل حسن نیت را نمی پذیرند ولی در پی نفوذ این اصل هر چند به طور غیر مستقیم در صورتی که تعهدات طرفین در خصوص نحوه مذاکره و شرایط قرارداد و امثال آن به روشنی بیان شده باشد و مشخص شود که طرفین قصد داشته اند که خود را بدان ملزم نمایند و این قرارداد دارای عوض باشد، در آن صورت دادگاه توافق مزبور راجع به مذاکره را لازم الاجرا تلقی خواهد کرد. (همان، ص ۲۱).

### ۲-۳- اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی یکی از احکام ناشی در رابطه با مسوولیت پیش قراردادی است. اصل آزادی اراده خود منبعث از اصل حاکمیت اراده است با این وجود کمی در مفهوم با آن تفاوت دارد. در واقع معنی اصل حاکمیت اراده این است که حکومت اراده انسان استقلال دارد و منبعث از قانون نیست در حالی که اصل آزادی قراردادی خود برگرفته از قانون است و مصالح و ضوابط قانون بسته به مکان و زمان می تواند این اصل را محدود کند. این امر در ماده ۱۰ ق.م. ما مورد توجه واقع شده و نتیجه آن این است که آزادی اراده را به عنوان یک اصل در نظر بگیریم. حال اگر بخواهیم بحث را به حوزه حقوق قراردادها و به خصوص مرحله پیش قراردادی نزدیک کنیم باید خاطر نشان سازیم که اصل آزادی اراده از عوامل محدود کننده مسوولیت پیش قراردادی است. به عبارت دیگر با توسل به این اصل طرف قرارداد می تواند اصلاً وارد قرارداد نشود و یا اگر شد اطلاعات اساسی را درباره مبیع یا قرارداد خود افشاء نکند و النهایه هر وقت خواست حتی دقیقه ۹۰ نیز

گفتگو را قطع کند، هر چند طرف قرارداد هزینه هایی را در این راستا متحمل شده باشد. بنابراین مناسب می نماید احکامی که خود منبعت از اصل آزادی اراده می باشد مورد بررسی قرار داده و حدود هر یک را مشخص سازیم.

### ۳-۳- اصل آزادی قراردادی از منظر اقتصادی

بر طبق حقوق ایران اشخاص در معاملات آزادند که هر طور و با هر که بخواهند معامله کنند. ولی ناگفته نماند که این اصل در روابط عمومی و قراردادهای بزرگ جایی که شخص به عنوان مامور عمومی معامله می کند محدود شده است. ولی در روابط خصوصی بر طبق حاکمیت اراده چون منبعت از قانون نیست به نظر آزادی در بستن یا نبستن قرارداد وسیع تر است. قراردادهایی را در نظر بگیرید که شخص به عنوان یک تولید کننده منحصر کالاهای اساسی، به کار عرضه کالاها اقدام می کند، حال اگر وی آزاد باشد که با هر که دوست داشته معامله کند مسلماً مردم با مشکلات زیادی مواجه خواهند شد و یا قراردادهای برق و گاز را در نظر بگیرید که مردم فقط ناچارند با یک ارائه دهنده خدمات قرارداد ببندند. برای همین دولت در چنین قراردادهایی دخالت می کند و آزادی این شرکتها را در مواردی محدود می کند. (قربانی، ۱۳۹۶: ۹)

شاید در همین زمینه است که با مفهوم قراردادهای استاندارد آشنا می شویم که در آن یک طرف دارای قدرت برتر و صاحب امکانات و منابع است و یا تهیه ی شروط از قبل تنظیم شده، طرف قراردادی وی یا باید آن شروط را بپذیرد و یا کلاً از انعقاد قرارداد منصرف شود که آن هم مساوی است با این سخن که بگوییم اشخاص حق زندگی ندارد.

### ۳-۴- اصل آزادی قراردادی از منظر مبنای حقوقی

در معاملات خصوصی و به عبارت قانون، معاملات ماده ۱۰ ق.م. آزادی اراده در بستن و نبستن قرارداد تا حدود زیادی جلونمایی می کنند که در این قسمت به اصول حقوقی آن اشاره خواهیم رفت.

#### ۳-۴-۱- آزادی قراردادی و الزام به بستن قرارداد

در حوزه حقوق خصوصی اشخاص با توجه به قاعده آزادی قراردادی هرگز وادار به انعقاد قرارداد نمی شوند. ما مختاریم که با هر که بخواهیم وارد گفتگو شویم شرایط خود را مطرح سازیم و در رابطه با حدود مسوولیت خود مواردی را در پیش قرارداد تنظیمی بگنجانیم. با این وجود در پاره ای موارد که ظاهراً الزامی در انعقاد قرارداد نیست و خود به خود وارد قرارداد می شویم. به عبارت دیگر شخص به صورت اجباری وارد قرارداد می شود که خود هیچ اراده و خواستی در آن ندارد. به عنوان مثال به موجب ماده ۶۲۶ ق.م. ودیعه به فوت مودع باطل می شود و امین باید ودیعه را به وراثت تسلیم کند، اما در صورت عدم توافق و تعدد ورثه، مال ودیعه به حاکم سپرده می شود. بنابراین اگر ورثه در تعیین شخصی

که مال را نگهداری کند به توافق نرسند حاکم به جای آنها تصمیم می گیرد و مفاد قراردادی را که ورثه از بستن آن امتناع کرده اند را بر ایشان تحمیل می کند.

یکی از مولفان آلمانی مانند نی پردی در این زمینه می گوید: «الزام به بستن قرارداد، جز در مواردی که به حکم قانون مقرر شده است، فقط در صورتی مجاز شمرده می شود که امتناع از معامله به منظور بهره برداری غیراخلاقی از یک وضع انحصاری انجام گیرد و در صورتی که شخص برای دفاع از منافع مشروع خود از انعقاد قرارداد سرباز می زند، هیچ چیز نمی تواند در این راه مانع او شود» (الفت، ۱۳۸۴؛ ص ۱۰۰).

بنابراین اشخاص آنچنان هم که باید و شاید در انعقاد قرارداد آزاد نیستند و در پاره ای موارد بر اثر عرف، نظم عمومی، اخلاق حسنه و قانون ملزم به انعقاد قرارداد می شوند که از جمله این موارد به شرح زیر است:

- الزام موجر بر تجدید اجاره غیرمنقول پس از پایان مدت اجاره (ماده ۱۴ قانون موجر و مستاجر)

- الزام رانندگان وسایل نقلی عمومی در قبول مسافر. (آیین نامه راهنمایی و رانندگی، بند ۴ ماده ۱۵۸ مصوب ۱۳۴۷/۰۴/۱۸)

- الزام به پذیرش تقسیط دین توسط دادگاه (ماده ۲۷۷ ق.م).

#### ۲-۴-۳- آزادی قراردادی و الزام به بستن قرارداد

در رویه معلول همیشه ذهن ما درگیر این موضوع بوده که چه طور یک شخص ملزم به ورود در قراردادی به طور ناخواسته می شود. غافل از این که این امر همیشه در یک جهت استوار نمی باشد و اشخاص در پاره ای موارد ممکن است از بستن قرارداد ممنوع شوند. این مورد نیز مصداقی برای محدودیت آزادی قراردادی است. به نظر حق الزام و قوه قاهره در این نوع معاملات قدرت حاکمه کشور می باشد که در رابطه با قراردادهای زیانبار و عقود غیر منصفانه در آنها درج شده است نمایان می شود و رویه قضایی در این زمینه بیشترین کمک را به ما خواهد کرد. برای توجیه این الزام می توان از مصادیق موجود در ماده ۹۷۵ ق.م بهره جست ولی این موارد نسبت به حقوق خارجی کمتر مورد دقت نظر رویه قضایی واقع گشته است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۲۲).

#### ۳-۴-۳- آزادی اراده در ادامه یا قطع گفتگوها

یکی از مهمترین و اساسی ترین مباحث در رابطه با روابط طرفین در دوره پیش قراردادی محدوده آزادی طرفین عقد در رابطه با ادامه یا قطع گفتگوها است. موردی را فرض کنید که طرف قرارداد در زمینه پروژه ای بزرگ با همتای قراردادی خود وارد مذاکره مقدماتی می شوند. طرفین در طی گفتگوها درباره شرایط و اوضاع احوال قرارداد صحبت می کنند. نحوه اجرای پروژه تعداد نیروی انسانی مورد نیاز، و از همه مهمتر تهیه زیر ساخت ها ی اجرایی قرارداد را مورد بررسی قرار می گیرد. حال با توجه به مطالب بالا طرف قرارداد ممکن است یکی از حالات زیر را دارا باشد:

الف: ممکن است وی از اول قصد قراردادی نداشته باشد.

ب: ممکن است قصد قراردادی داشته ولی بدون عذر موجه از ادامه گفتگوها منصرف می شود.

ج: ممکن است قصد قراردادی داشته ولی با بدون عذر موجه از ادامه گفتگوها منصرف می شود.

و انواع اقسام حالات دیگر که بسته به قصد طرف برهم زنده گفتگوها قابل تصور می‌باشد. ولی همه این فروض برای پاسخ به چه سوالی مطرح می‌باشد؟ سوال اصلی این است که اگر ما برای طرف قرارداد آزادی اراده قائل شویم آیا این آزادی اراده می‌تواند توجیه کننده خساراتی باشد که طرف زیان‌دیده به اتکای فرض قصد معاملاتی طرف مقصر متحمل شده است؟ آیا وضعیت طرف زیان‌دیده در رابطه با پیش بینی چنین حالتی می‌تواند در رابطه با دریافت خسارت موثر باشد؟ آیا ایجاد اوضاع احوالی که مبین قصد حتمی طرف معامله به بستن قرارداد و ایجاد اطمینان در این زمینه باشد می‌تواند طرف زیان‌دیده را مستحق دریافت خسارت کند؟

پاسخ به این سوالات بسته به رویه کشورها در ارتباط با شناسایی اصل آزادی قراردادی متفاوت خواهد بود. به طوری که اگر کشوری اصل آزادی قراردادی را قبول کند، صرف مذاکرات مقدماتی الزامی به پایبند کردن به انعقاد قرارداد نمی‌کند. برعکس اگر این اصل مورد قبول واقع نشود به نظر در پی شرایطی بتوان خسارت را توجیه کرد. با این حال آنچه از مطالعه متون حقوقی سیستم انگلستان قابل استنباط است، اصل آزادی قراردادی به نوعی رابطه معکوس با اصل حسن نیت دارد. به طوری که اگر اصل پایبندی و ورود با حسن نیت به معامله چه در دوران پیش قراردادی یا اجرایی مورد قبول واقع شود می‌توان از نقص قاعده آزادی اراده به قاعده حسن نیت در مذاکرات مقدماتی توسل جست و خسارت را توجیه کرد. به نظر حقوق انگلستان اصل حسن نیت را به عنوان یک قاعده در ضمانت اجراها قبول نکرده ولی در تعداد محدود مواردی دکترین وجود عوض در مواردی که قرار داد تحت عوضی مورد حمایت قرار می‌گیرد حکم به خسارت می‌دهد (banakas, 2009, p,7). در واقع بر مخاطره بودن دوره پیش قراردادی با زیانهای ناروایی که از رفتار نکوهیده طرف مقصر در قطع گفتگوها وارد می‌شود رفته رفته ذهن حقوقدانان را متوجه مفهومی با عنوان «نظریه تقصیر در دوره پیش قراردادی» ساخت. ناگفته نماند که توجیه این نظریه رابطه تنگاتنگی با اصل حسن نیت دارد.

### ۵-۳- اصل هوشیاری خریدار

از تئوری‌هایی که در مرحله پیش قراردادی با توجه به اصل آزادی قراردادی در انگلستان در باره تعهد به دادن اطلاعات بحث می‌شود، دکترین «آگاه باش خریدار»<sup>۷</sup> می‌باشد. این اصل که ناشی از عقاید مکتب فرد گرابی می‌باشد به این معنا است که هر طرف خود باید اطلاعات مورد نیازش را به دست آورد و نمی‌تواند از طرف دیگر، انتظار اطلاع رسانی داشته باشد. در حقوق انگلیس اگر هر کدام از دو طرف بر موضوعی آگاه باشد و نیز بداند که با دسترسی طرف دیگر بر آن، وی حاضر به بستن قرارداد نمی‌شود، لازم نیست چیزی در این مورد بگوید. بنابراین باید خریدار خود را متقاعد کند که کالایی خریداری شده از (کیفیت مطلوب)<sup>۸</sup> برخوردار است. این قاعده مبتنی بر این فرضیه است که زمانی خریدار در یک بازار باز وارد می‌شود، می‌تواند بر تصمیم و مهارت خود متکی باشد. بنابراین تا زمانی که خریدار به عنوان یک شرط ارائه کالایی با کیفیت خاص را در قرارداد شرط نکرده باشد، فروشنده در طی مذاکرات مقدماتی الزامی به ارائه اطلاعات در رابط با کیفیت و شایستگی مورد معامله ندارد. (جابری، عصت‌الله، ...، ۱۳۸۶، ص ۳۱).

7. Buyer be ware.

8. desired quality .

بنابراین در صورت عدم تضمین صریح و وجود تدلیس از جانب طرف قراردادی، فرض بر این است که خریدار مبیع را دیده و از عیوب آن مطلع است. ولی این اصل به مانند هر اصل دیگری دارای استثنایا و محدودیت هایی به این شرح است که اگر عملکرد یک طرف، موجب سوء تفاهم دیگری شود، در صورتی که مورد معامله عیب پنهان داشته باشد، اگر روابط خاص میان دو طرف حاکم باشد، و یا هنگامی که یک طرف در گفتگوهای مقدماتی اظهاراتی کرده و سپس به نادرستی آنها پی برده باشد و همچنین اگر عرف و وظیفه اطلاع رسانی را در دوره پیش قراردادی نسبت به معاملات ویژه به رسمیت بشناسد، تعهد به دادن اطلاعات تا حدودی مورد پذیرش حقوقدانان و دادگاه های این کشور واقع شده است. البته این پذیرش تعهد به اطلاع رسانی به عنوان اصلی مستقل نیست بلکه موارد گفته شده به عنوان استثنایات اصل آگاه باش خریدار می باشند (Treitel, 1999, pp356-366). بنابراین اگر عملکرد طرف قرارداد به نوعی اوضاع احوالی را منجر شود که خریدار به اشتباه کالا را دارای کیفیت مطلوب بداند می توان آزادی اراده او را در رابطه با الزام به عدم ارائه اطلاعات مفید محدود کرد. (blaemendal lan , 2001 , p27). با این وجود به نظر می رسد زمانی که تعهد به ارائه اطلاعات اگر از منظر آزادی ارادی با مشکلاتی مواجه باشد، از طریق تعهد ضمنی یا صریح به حسن نیت قابل پیگیری باشد.

#### ۳-۶- اصل عدم مسئولیت مذاکره کننده

از دیگر احکام ناشی از مذاکره در مرحله پیش قراردادی اصل عدم مسئولیت مذاکره کننده است. این اصل که به نظر ناشی از اصل آزادی قراردادی باشد مبتنی بر این عقیده است که طرف قرارداد در رابطه با مذاکرات، شرایط و توابع عقد و در پاره ای موارد درباره قطع گفتگوها هیچ مسوولیتی نخواهد داشت. در واقع طبق یک قاعده کلی در کامن لا، یک قرارداد در موقع انعقاد آن هیچ الزامی به رعایت منافع طرف قرارداد ندارد، حتی اگر طرف قرارداد تصور نادرستی از وقایع داشته باشد باز مسوولیتی متوجه طرف قرارداد وی نیست. (چیتی، به نقل از تیموری ۱۳۷۵، ص ۲۸). با این وجود ناعدالتی که از قاعده فوق متصور می شد، رفته رفته حقوق انگلستان را وادار به منعطف کردن خود در پاره ای موارد نسبت به شناسایی مسوولیت پیش قراردادی در زمینه قاعده فوق نمود که عبارتند از:

الف- در مواردی که قرارداد نیاز به اعمال کامل حسن نیت دارد.

ب- موردی که رابطه مبتنی بر اعتماد و اطمینان بین متعاقدین وجود دارد از قبیل اصیل و نماینده، وصی و ذینفع ما ترک، بانک و سپرده گذار، اکثریت و اقلیت سهامداران و دوستان قدیمی.

در واقع وجود قاعده عدم مسوولیت، ناشی از منطقی بود که از آداب تجاری قدیمی کامن لا و تمایزاتی که مسوولیت مدنی گذشته بین قصور در انجام وظیفه و سوء استفاده از اختیارات قانونی ایجاد کرده بود اتخاذ می شد. در کامن لا قدیم، تمیز بین قصور در انجام وظیفه و سوء استفاده از اختیارات قانونی، اساساً شبیه تمیز بین اقدام و عدم اقدام بوده و در طول آن دوره مسوولیت صرفاً به خاطر قصور از حمایت دیگری در مقابل صدمات و خسارت وارده تحمیل نمی شد. به همین دلیل عدم اقدام به افشای اطلاعات و قطع گفتگوها به هیچ وجه موجب مسوولیت برای فروشنده نمی شد. هر چند این قاعده امروزه به نحو بارزی تعدیل شده است ولی با این وجود، اصل کلی در انگلستان به خاطر عدم پذیرش حسن نیت به عنوان یک ضمانت اجرای عام و

پذیرش اصل آزادی مذاکره نسبت به عدم مسوولیت پیش قراردادی تا حدودی دیده می شود (جابری، ۱۳۸۶، ص ۴۰-۳۹).

#### ۴- ارکان تحقق مسوولیت پیش قراردادی

تحقق مسوولیت پیشقراردادی مستلزم جمع شرایط ذیل است:

##### ۴-۱- وجود رابطه پیش قراردادی

عنصر محوری تحقق مسوولیت پیش قراردادی محرز بودن مذاکرات قراردادی است. منظور از مذاکرات قراردادی رابطه بین طرفین است که به منظور ایجاد قرارداد برقرار شده و متضمن یک رابطه نزدیک و ویژه است که موجب اعتماد بین طرفین است. در خصوص اینکه این رابطه کی شروع میشود میتوان گفت وقتی یک طرف وارد قلمرو دیگری با هدف امکان انعقاد قرارداد میشود، مذاکرات شروع شده است. به لحاظ عملی وقتی شخص وارد محل تجاری طرف مقابل میشود، مذاکرات شروع شده است. در رأی از دیوان عالی کراسی (مورخ ۲۰۰۷) در بیان معیار رابطه بیان شده است: لازم است طرفین، اطلاعات و نقطه‌نظرانشان را در خصوص محتوای قرارداد آتی ردوبدل کنند؛ شخصاً یا از طریق نماینده، داخل در تبادل متقابل شوند و غیره. (Filipovic & Tomulic, 2012: 26) به نقل از حاجی پور، ۱۳۹۷: ۶۱)

لازم است رابطه طرفین آن حد از قوت را داشته باشد که بتواند اعتماد طرفین را به مؤثر بودن مذاکره برانگیزد. بنابراین صرف ورود به مذاکره نمیتواند موجب رابطه حقوقی بین طرفین شود. از این رو، در هیچ نظام حقوقیای صرف ورود به مذاکره و بالاتر از آن، قطع مذاکره در مراحل اولیه مذاکرات مسوولیترا تلقی نشده است، مگر اینکه تقصیر واضحی در کار باشد. (Michonski, 2015, p: 164)

##### ۴-۲- اعتماد زیان دیده به وقوع آتی قرارداد

با اینکه توافق طرفین در خصوص همه شرایط قرارداد آتی ضروری نیست، ولی دست کم لازم است شخص به طور موجه این انتظار را داشته باشد که قرارداد در جریان عادی منعقد میشود (Bass, 2009, p: 221) برای مثال، درخواست خواننده بر انجام کارهای مقدماتی قرارداد اصلی میتواند این انتظار را ایجاد کند که قرارداد اصلی منعقد میشود. در پرونده *Brewer v Chrysler Canada Ltd* که در آن درخواست نمایندگی خواهان توصیه شده بود و تنها تأیید دفتر مرکزی لازم بود، خواهان به تجهیز و آماده سازی خود برای شروع تجارت از طریق خرید سهام، اجیر کردن کارمند، کرایه محل و مانند آن برانگیخته شد. دادگاه رأی داد علیه خواهان اینک قرارداد الزام آور نمایندگی در کار نبوده، خواهان مستحق جبران هزینه های متقبله به علاوه دو ماه حقوق است (Dietrich, 2001, p: 165) به نقل از حاجی پور، ۱۳۹۷: ۶۱)

بنابراین اگر هر دو طرف بر این باور باشند که آزادند هر موقع که خواستند از مذاکرات پس بکشند یا خواهان آگاهانه و عمداً راجع به نتیجه آتی مذاکرات برای اهداف خود قمار کند، در آن صورت شکست مذاکرات منتهی به مسوولیت حقوقی نمیشود. به بیان دیگر، در فرضی که ضرر ناشی از تصمیم خواهان به کنار کشیدن از مذاکرات باشد، تحمیل مسوولیت به خواننده به ندرت از طرف دادگاهها انجام میشود (Ibid: 170)



بدیهی است تحقق مسئولیت مستلزم انتظار خواهان به بدیهی است تحقق مسئولیت مستلزم انتظار خواهان به قطعیت مطلق تحقق قرارداد نیست؛ صرفاً لازم است انتظار معقول تحقق قرارداد در کار باشد.

### ۳-۴- نقض تعهد پیش قرارداد

شرط دیگر این است که شخص تعهدی را نقض کرده باشد. چنانکه اشاره شد به مرور زمان در بسیاری از اسناد ملی و بین المللی مرحله پیش قراردادی نیز مستلزم تعهدی از تعهدات شده است که لازم است طرفین مذاکره آن را رعایت کنند. مهمترین تعهدی که در این مرحله شناسایی شده است تعهد رعایت حسنیت در مذاکره است. مفهوم حسن نیت به لحاظ ماهیتی، سیال است؛ ولی به مرور زمان این تعهد در برخی مصادیق عینیت یافته است که ضرورت دارد طرفین در جریان مذاکره آن را رعایت کنند. مصادیقی که معمولاً به عنوان نقض رفتار منصفانه یاد میشود از این قرار است:

#### ۱-۳-۴- قطع بدون دلیل مذاکرات

قاعده این است که هریک از طرفین آزادند هر موقع که خواستند مذاکره را قطع کنند. بدیهی است ورود به مذاکره یا ادامه آن بدون قصد انعقاد قرارداد داخل در آزادی قطع مذاکره نبوده و نقض رفتار منصفانه است (اصول اروپا) خروج از مذاکره بدون دلیل موجه میتواند به صور مختلف ظاهر شود، نظیر قطع مذاکرات با توسل به پیشنهاد دادن شروطی که آشکارا غیرقابلقبول است یا اتخاذ موضعی که تداوم مذاکرات را به کل غیرممکن میسازد.

خروج از مذاکرات به دلایل تجاری، عدم توافق در شروط اساسی قرارداد و دلایلی از این دست موجه قلمداد میشود. اینکه بعد از چه لحظه ای نمیتوان از مذاکرات برگشت، بستگی به اوضاع و احوال هر مورد، به ویژه این امر دارد که آیا طرف مقابل به طور متعارف دلایلی برای اتکا به قرارداد داشته است یا خیر. همچنین شمار موضوعاتی که قبل از خروج در خصوص آن توافق حاصل شده است، شدت و مدت مذاکرات، ترغیب طرف به تقبل هزینه، و ناگهانی بودن خروج از مؤلفه هایی است که خروج را غیرقابل توجیه میسازد.

نکته ای که باید به آن اشاره کرد این است عمد و قصد سوء جزو شروط خروج غیرمنصفانه از مذاکره نیست؛ مهم این است که رفتار شخص در طرف مقابل ایجاد اتکا و انتظار مشروع بر انعقاد قرارداد کند. از این رو گفته شده است هر رفتاری، ولو اینکه غیرعمد باشد، ممکن است موجد اعتماد شده، ایجاد مسئولیت کند بدیهی است فقط اتکا و اعتماد معقول، مشروع و نوعی مستحق حمایت است؛ بنابراین، خسارتی که ناشی از برآورد اشتباه شخص در ارزیابی خطر، سرمایه گذاری بی احتیاطانه، غیرمعقولانه یا تصمیم عجولانه شخص باشد قابل جبران نیست.

#### ۲-۳-۴- خودداری از افشای اطلاعات

عدم افشای اطلاعاتی که برای طرف مقابل اهمیت داشته و بر انعقاد قرارداد تأثیر دارد نقض رفتار منصفانه است. برای اینکه چنین نقضی محقق شود لازم است طرف مقابل خود نتواند از مجاری عادی چنین اطلاعاتی را به دست آورد و طرف هم به این وضعیت آگاه باشد. برای نمونه شخص با اینکه به صورت پنهانی مذاکراتی را در خصوص فروش ملک انجام میدهد، امکان تمدید اجاره را تأیید میکند.

بعد از فروش، طرف مذاکره مسئول خساراتی است که طرف مقابل با اتکای به تمدید قرارداد اجاره متحمل شده است. همچنین، در مواردی سکوت در برابر ایجاب، به ویژه در فرضی که سکوت کننده درخواست ایجاب کرده است، به منزله نقض رفتار منصفانه تلقی شده است. میدانیم که صرف سکوت نمیتواند موجب نتیجه حقوقی باشد، ولی اگر در روابط تجاری بر مبنای عرف و رویه های تثبیت شده شخص بتواند به طور متعارف از طرف مقابل انتظار پاسخ به ایجاب را داشته باشد، به ویژه اگر طرف مقابل خود درخواست ایجاب کرده باشد، سکوت میتواند به منزله نقض رفتار منصفانه تلقی شود. (Kucher, op.cit:29) به نقل از حاجی پور، (۱۳۹۷: ۶۲)

### ۳-۳-۴- مذاکرات موازی

مذاکره موازی معمولاً در مراحل اولیه مذاکرات به منظور انتخاب طرف احتمالی قرارداد به عمل می‌آید؛ اما هرچقدر مذاکرات پیشرفت کند، باید از بین اطراف بالقوه انتخاب به عمل آید و طرف دیگر مذاکرات ممکن است به طور متعارف به انحصاری بودن مذاکرات اتکا کند، مگر اینکه اعلام شده باشد که مذاکرات انحصاری نیست.

علاوه بر موارد مذکور ممکن است در مواردی عدم همکاری به منزله نقض رفتار منصفانه تلقی شود؛ برای مثال اگر یکی از طرفین از ثبت توافق در دفترخانه امتناع ورزد، تعهد همکاری خود را نقض میکند. ضمانت اجرای عدم همکاری در برخی نظامهای حقوقی امکان مطالبه ثبت اجباری توافق (ماده ۵۰۱ قانون مدنی روسیه) و در برخی دیگر عدم امکان استناد به بیاعتباری یا عدم انعقاد قرارداد به دلیل عدم ثبت آن است.

### ۴-۴- ورود ضرر

مسئولیت زمانی تحمیل میشود که خواهان به صورت زیانباری به انعقاد قرارداد آتی تکیه کند. چنانکه میدانیم موضوع مسئولیت مدنی ضرر است و هدف آن جبران خسارات زیاننده؛ به نحوی که با نبود خسارت، مسئولیت مدنی سالبه به انتفاء موضوع میشود (باریکلو، ۱۳۸۹: ۶۲)

با اینکه تحقق ضرر رکن تحقق مسئولیت است، ولی در خصوص اینکه چه ضرری قابل جبران است وحدت نظر وجود ندارد. در حوزه جبران معمولاً از سه نفع یاد میشود: نفع متوقع، نفع اتکایی و نفع استرداد. مقصود از نفع متوقع این است که زیاننده در وضعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد به درستی اجرا میشد، در آن وضعیت می‌بود. حمایت از این منافع داخل در کارکرد حقوق قراردادها است. در مقابل، مقصود از نفع اتکایی این است که شخص در وضعیت موجود بماند، یعنی در همان وضعیتی قرار گیرد که اگر نقض در کار نبود در آن موقعیت بود. حمایت از این منافع داخل در کارکرد مسئولیت مدنی است. هدف نفع استرداد جبران خسارات زیاننده نیست، بلکه پس گرفتن منفعی است که مقصر در جریان اعمال غیرقانونی تحصیل کرده است. رویکرد غالب در مسئولیت پیش قراردادی در معنای خاص کلمه این است که تنها نفع منفی قابل جبران است. در توجیه عدم قابلیت مطالبه منافع متوقع (عدم النفع) میتوان گفت که اولاً، هدف جبران خسارات خواهان است، نه تنبیه؛ ثانیاً، پذیرش جبران منافع متوقع به این معنا است که با اینکه روشن نیست قراردادی در نهایت منعقد بشود، شخص بتواند منافع آن معامله را دریافت کند؛ ثالثاً، در فرضی که قراردادی در نهایت منعقد نشده است، امکان محاسبه نفعی که زیاننده از آن محروم شده، غیرممکن است. هر هزینه ای که شخص با اعتماد به

اعتبار قرارداد متوقع متحمل شده است با دو شرط داخل در قلمرو جبران نفع منفی است: قطعیت و معقول بودن. منظور از معقول بودن این است که هر ضرری قابل مطالبه نیست؛ ضرری قابل مطالبه است که در نظر شخص متعارف و نوعی در رسیدن به توافق به بار می‌آید. بنابراین، هزینه های غیرضروری، سرمایه گذارهای غیرقابل توجیه با پرداختهای غیرمعقول غیرقابل جبران است. (حاجی پور، ۱۳۹۷: ۶۵)

این رویکرد در اغلب نظامهای حقوقی ملی و بین المللی همچون اصول یونیدروا و اصول اروپا پذیرفته شده است. نکته مهمی که باید به آن توجه کرد این است که با اینکه منافع متوقع در مسئولیت پیشقراردادی قابلیت مطالبه ندارد، ولی قلمرو خسارات اتکایی به طور موسعی تعیین میشود به نحوی که مواردی چون هزینه های متحمل، کار انجام شده، از دست دادن معاملات ناشی از اتکا به انعقاد قرارداد و حتی از دست دادن فرصت نیز داخل در قلمرو آن است. در پیشنویس مشترک ارجاع نیز مسئولیت محدود به نفع منفی طرف دیگر میشود. و نفع اتکایی شامل ضرر مادی و غیرمادی من جمله از دست دادن فرصتها میشود (Doris, 2008: 49) به حاجی پور، ۱۳۹۷: ۶۵)

محدودیت مسئولیت پیش قراردادی به نفع اتکایی در رأی از دیوان عالی ایتالیا بدین بیان اعلام شده است مسئولیت پیش قراردادی نه از جبران تمام خسارات قراردادی متحمل توسط طرف دیگر، بلکه صرفاً از منافع منفی حمایت میکند، یعنی آن هزینه هایی که به امید قرارداد آتی تقبل شده است نظیر مسافرت و هزینه کارشناسی.

در جبران فرصت ازدسترفته باید به دو نکته مهم که قابلیت جبران آن را دشوار می کند توجه کرد: ۱. از دست دادن فرصتها، تجسم ریسک ذاتی فعالیت تجاری است. فعالان تجاری فرصتهای تجاری، احتمالات، هزینه و منافع را ارزیابی می کنند و سپس تصمیم به شروع مذاکرات میگیرند. ۲. اثبات احتمال فرصت از دست رفته، ارزیابی خسارات به بار آمده از ضرر ادعایی و اثبات وجود فرصتهای رقیب بسیار دشوار است. رویکرد اکثر کشورها با اثبات دقیق فرصت و تخمین متعارف و معقول احتمالات بر قابلیت جبران این فرصتها است. روشن است در چنین مواردی فقط فرصت ازدسترفته قابلیت جبران دارد و امکان مطالبه منافع متوقع ناشی از انعقاد احتمالی قرارداد وجود ندارد.

##### ۵- بررسی قرارداد جانبی بعنوان سپر مذاکرات قراردادی

تمییز ماهیت گفتگوهای پیش قراردادی سبب شناخت شیوه اثبات، آثار و ضمانت اجرای آنها میشود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۲۲). یکی از مهمتری آثار این تفکیک، تعیین نوع مسئولیت است. مسئولیت عامل زیان میتواند بر مبنای قرارداد یا الزامات خارج از قرارداد باشد. یکی از فروض ماهیت قراردادی در رابطه طرفین با عنوان قرارداد جانبی شناخته میشود. نقض چنین قراردادی موجب مسئولیت قراردادی، و شناسایی آن به سود زیاننده است.

در حقوق انگلیس قاعده نسبی بودن قراردادها و قاعده منع ادله شفاهی سالهاست شناخته شده و مورد عمل قرار گرفته است، ولی نتایج ناعادلانه که گاه حاصل پای بندی ساخت گیرانه به این قواعد بود، لزوم تعدیل آنها را اجتناب ناپذیر کرد. با گذر زمان از حاکمیت بی چون و چرای ارادهها کاسته شد و تفسیر قصد طرفین با درنظر گرفتن شرایط هر قرارداد صورت گرفت. استفاده از نظریه قرارداد جانبی به ویژه پیش از تصویب قانون

حقوق اشخاص ثالث در قراردادهای تلاشی در این راستا بود تا دادگاه‌ها برای صدور آرای منصفانه به آن استناد کنند. با استفاده از نظریه قرارداد جانبی، گفتگوهای اشخاص و وعده‌هایی که برای تشویق دیگران به بستن قرارداد بیان میکنند، قراردادی مستقل شمرده شد. چنین قراردادی به موازات قرارداد اصلی جای میگیرد و به موجب آن، بیان‌کننده مطالب پیش قراردادی در قبال محتوای آن مسئول بوده، در صورت نقض قرارداد یادشده باید جبران زیان کند.

#### ۱-۵- قرارداد جانبی در حقوق انگلیس

عمده دعاوی ای که در آن‌ها داده‌گاه‌ها به قرارداد جانبی استناد کردند، مربوط به قراردادهای اجاره به شرط تملیک است. در این قراردادهای شخص ثالث در نقش دلال یا تولیدکننده درباره کیفیت مورد معامله به طرف قرارداد تضمین می‌دهد و بر اساس آن، قرار داد اجاره به شرط تملیک بسته می‌شود. این قرارداد اصلی است. طرف قرارداد اصلی بابت تضمین ثالث نمی‌تواند علیه طرف دیگر اقامه دعوی کند، زیرا وی چنین تضمینی نداده است ولی متعهد له می‌تواند به موجب نقض قرار داد جانبی از ثالث مطالبه خسارت کند. در بسیاری موارد، مصرف‌کنندگان از ویژگی‌ها و جزئیات قرار داد اجاره به شرط تملیک آگاه نیستند. دلال با آگاهی و توصیف این ویژگی‌ها، کالا را به شرکت‌های تامین مالی می‌فروشد و شرکت همان کالا را به صورت اجاره به شرط تملیک در اختیار مصرف‌کنندگان قرار می‌دهد. (طالب احمدی و افتتاحی، ۱۳۹۸: ۵۵۰)

در چنین وضعیتی دو قرار داد وجود دارد: قرار داد خرید میان دلال و شرکت تامین مالی و دیگری قرار داد اجاره به شرط تملیک میان مصرف‌کننده و شرکت تامین مالی. بنابراین هیچ‌گونه قرار دادی میان مصرف‌کننده و دلال وجود ندارد. در چنین مواردی دادگاه‌ها با در نظر گرفتن قرار داد جانبی میان دلال و مصرف‌کننده، امکان دریافت جبران خسارات قراردادی میان دلال و مصرف‌کننده، امکان دریافت جبران خسارات قراردادی را برای مصرف‌کننده فراهم می‌کنند. به این منظور دادگاه باید اظهار شفاهی دلال را احراز کند تا بر مبنای آن بتواند قرارداد جانبی را در نظر بگیرد. نمونه چنین وضعیتی در دعاوی گوناگون مانند دعوی «Andrews v. Hopkinson» دیده می‌شود که طی آن میان دلال و خریدار، قرارداد جانبی شناسایی شد (Mckendriet, 1997, p.128).

قرارداد جانبی منحصر به قرارداد اجاره به شرط تملیک نیست. هنگامی که شروط مستثنی‌کننده در قرارداد مالک و متصدی حمل و نقل به نفع کارگران و تخلیه‌کنندگان بار وجود دارد، قرارداد جانبی در حمل و نقل کالا از طریق دریا به کار می‌رود (Antiyah, 1995, p.98). همچنین در مواردی که تولیدکنندگان کالا و محصولات به خریداران آینده درباره مناسب بودن کالا یا محصولاتشان تضمین می‌دهند، قرارداد جانبی مطرح است. از قرارداد جانبی برای مسئول دانستن تولیدکنندگان کالاهای معیوب و در قراردادهای ساخت که معماران در مقابل مالکان و مستأجران بعدی مسئول هستند نیز استفاده میشود. شروط دقیق این گونه از قراردادهای جانبی که بیشتر شفاهی هستند بر اساس ماهیت تضمین و اوضاع و شرایطی که در آن صورت گرفته است، معین میشوند. در قرار داد جانبی، طرفینی که منفعتی را از مالی به دست می‌آورند، ذی‌نفعان قرار داد جانبی به شمار می‌آیند (Barret, 2009, p.63-64).

برخی معتقدند در حقوق استرالیا قرارداد جانبی فقط در مورد قراردادهای اجاره به شرط تملیک پذیرفته میشود. این موضوع در قبال قرارداد جانبی با این توضیح مورد انتقاد قرار گرفته است که چرا نمی توان به موجب قرار داد جانبی، تولید کنندگان کالاهای معیوب را مسئول شمرد. از نظر منطقی تفاوتی میان مسئول تلقی کردن دلال و تولیدکنندگان وجود ندارد (Clarke, 1989, p. 115).

#### ۱-۱-۵- دلایل استفاده از این قرارداد

نظریه قرارداد جانبی به تصمیم گیری منصفانه قضات کمک می کند. از جمله دلایلی که نظریه یاد شده مورد استقبال قرار گرفته از قرار زیر است:

#### ۱-۱-۱-۵- اجتناب از قاعده منع ادله شفاهی

در مواردی که قرارداد جانبی وجود دارد دادگاه قرارداد شفاهی و قرارداد کتبی را توأمان احراز میکند. تقسیم معاملات به قرارداد مکتوب اصلی و قرارداد شفاهی جانبی از این باور نشئت می گیرد که قاعده منع ادله شفاهی ممنوعیتی سخت گیرانه است. در دعاوی ای که قرارداد جانبی مورد پذیرش قرار نگرفته است. شروط شفاهی بی اثر شناخته شدند. در چنین مواردی تنها با شناسایی قراردادی جانبی، تعهدات شفاهی قابل اجرا خواهند بود (Weddebburn, op. cit, p. 69). زمانی که دادگاه ها تمایل نداشتند چیزی جز قرارداد نوشته را مورد رسیدگی قرار دهند.

نظریه قرارداد جانبی راهی برای تعدیل رویکرد سخت گیرانه پایبندی به متن قرارداد ارائه می کرد. در چنین صورتی قاعده منع ادله شفاهی مانع شناسایی قراردادی جانبی نخواهد بود. اگر قرارداد جانبی مورد ادعا به همان معامله اصلی مربوط باشد، در صورتی که به اندازه کافی مستقل باشد به عنوان توافق جانبی به آن ترتیب اثر داده می شود و دلایل اثبات کننده قراردادی جانبی پذیرفته می شود (Blum, 2007, p. 188).

#### ۲-۱-۱-۵- اجتناب از اصل نسبی بودن قراردادها

قرارداد جانبی وسیله ای برای اجتناب از اصل نسبی بودن قراردادهاست، اگرچه با تصویب قانون حقوق اشخاص ثالث در قراردادها نیاز به استفاده از قرارداد جانبی کمتر شده است. در نظریه قراردادی جانبی، دادگاه از تحلیل وجود دو قرارداد به جای یک قرارداد استفاده می کند تا به یک اظهار شفاهی اثر قراردادی داده، برای نقض آن، جبران خسارت قراردادی را مقرر نماید. بهترین نمونه این رویه را می توان در دعوی (Shanklin v. Detel product ltd) مشاهده کرد.

مالکان اسکله با شخصی قرارداد تعمیر منعق کردند که به موجب آن حق تعیین نوع رنگ برای آن ها محفوظ بماند. نماینده شرکت فروشنده، مالکان را تشویق کرد که رنگ آن ها را انتخاب کنند و ایشان را از مناسب بودن رنگ و دوام آن مطمئن ساخت. رنگ با پیشنهاد مالکان از سوی تعمیر کار از شرکت یاد شده خریداری شد و مورد استفاده قرار گرفت. ولی دوام مورد نظر را نداشت. مالکان از شرکت شکایت کردند. شرکت یاد شده در مقام دفاع اظهار داشت که با مالکان رابطه قراردادی ندارد. دادگاه علاوه بر قرارداد فروش رنگ، قراردادی دیگری میان مالکان و شرکت را شناسایی کرد. بر اساس این قرارداد جانبی، شرکت فروشنده دوام رنگ و مناسب بودن

آن را در برابر مالکان تضمین کرده و عدم دوام رنگ، نقض چنین قراردادی بود. بنابراین مالکان شایسته دریافت جبران خسارت شناخته شدند. (Rose & Leibowitz, op.cit, p.36).

### ۳-۱-۱-۵- اجتناب از بی اثر شدن تعهد شفاهی

قرارداد جانبی در مواقعی که قرارداد اصلی نامعتبر و یا غیر قابل اجرا باد به کار می آید. دو موقعیت زیر در این خصوص قابل تصور است.

الف) الزامات خاص قوانین موضوعه به کتبی بودن قرارداد. گاهی ضرورت های قانونی اقتضا دارد برخی قراردادها نوشته شدند. در دعوی (Jameson v. Kbimell Bay Land Co, Ltd) شرکت خواننده ساختمانی را فروخت که شفاهی تعهد کرده بود راه دسترسی آن در زمان معقولی ساخته می شود. ناتوانی شرکت در ساخت راه، موجب مسئول شناخته شدن وی با عنوان قرارداد جانبی گردید. اگر تعهد خواننده در برابر خواهان قرارداد جانبی شمره نمی شد، از آنجا که به موجب قانون مالکیت ۱۹۲۵ م انگلستان (Law of property Act) چنین قرار دادی بایستی مکتوب باشد، تعهد شفاهی او بی اثر و غیر قابل اجرا شناخته می شد. این مزیت قرارداد جانبی اکنون اهمیت کمتری دارد. زیرا تعداد قراردادهایی که باید نوشته باشند. در حال کاهش است (Wwddebburn, op.cit, p.72).

ب) بطلان قرارداد اصلی، گاهی قرارداد اصلی به گونه ای که زیان دیده با حسن نیت نیز نمی تواند بر اساس آن شکایت کند. در چنین وضعیتی استفاده از قرارداد جانبی می تواند برای زیان دیده مفید باشد. تعهدات مستقل از قرارداد اصلی فرصت اتخاذ تصمیم مناسب تری را در اختیار دادگاه میگذارد که نمونه آن در دعوی (Stornman, Ltd. v. sincoc) دیده می شود.

خواننده با پیمانکاران قراردادی می بندد که نیاز به اخذ مجوز خاص داشت. او طی قرارداد متعهد به اخذ مجوز شد و بدون مجوز، قرارداد باطل و بیاعتبار بود. خواننده تنها موفق به اخذ مجوز برای بخشی از کار شد در حالی که کار انجام شده از سوی پیمانکاران بیش از مقداری بود که مجوز آن دریافت شده بود. خواننده به دلیل غیر قانونی بودن بخشی از قرارداد از پرداخت اجرت کار آنبخش خودداری کرد. دادگاه رای داد تعهد شفاهی خواننده برای اخذ مجوز که در نتیجه آن خواهان اقدام به بستن قرارداد نموده، قراردادی جانبی است که وی نتوانسته انجام دهد. بنابراین خواهان مستحق دریافت جبران خسارات نقض قرارداد جانبی خواهد بود که مبلغ آن معادل با میزان متعارف برای کار انجام شده است (Wright, 2016, p.193).

### ۲-۱-۵- فراهم کردن جبران خسارت قراردادی

قرارداد جانبی هنگامی مفید است که اظهارات صورت گرفته قسمتی از قرارداد اصلی نباشد. اما بر اساس آن، طرفین اقدام به بستن قرارداد اصلی کرده باشند. در این صورت، قرارداد جانبی می تواند مبنای جبران خسارت برای اشخاصی باشد که به این اظهارات اطمینان کرده اند (Boundy, 2016, p.339). استناد به اظهار ناروا<sup>۹</sup> نمی تواند جای قرار داد جانبی را پر کند. میزان خسارتی که بر اساس قرارداد جانبی قابل دریافت است در اظهار ناروا محدودتر است. برخلاف اظهار ناروا و به موجب قرارداد جانبی، زیان های متعارف در هنگام قرارداد قبل

<sup>9</sup> - Misrepresentation

مزالبه هستند (Stone, op.cit.198). همچنین جبران زیان بر اساس قرارداد جانبی مزیتی افزودن بر جبران خیار بر اساس اظهارات اشتباه دارد، زیرا به اظهارات مربوط به وقایع موجود محدود نیست و تعهد به انجام عمل را نیز پوشش می دهد. در دعوی متعهد اظهار کرده بود که به تمامی تماس های خدماتی در طی شش ساعت پاسخ خواهد داد. چنین اظهاری نمی تواند اشتباه شمرده شود، بلکه به عنوان نقض قرارداد جانبی قابل پیگیری است.

بیان حقیقت یا باور در صورتی که بتوان گفت گوینده صحت آن را تضمین کرده است نیز می تواند زمینه طرح قرارداد جانبی باشد. در مواردی که اظهارپیش قراردادی تضمین نتیجه یا محصول است. تفاوت میان جبران خسارات قراردادی یا خارج از قرارداد، دارای اهمیت است. با محصول است، تفاوت میان جبران خسارات قراردادی یا خارج از قرارداد، دارای اهمیت است. با امکان دریافت جبران خسارت قراردادی، خواهان برای دریافت خسارت نقض تعهد مسیرساده تری را طی میکند (Richard taylor & damain, 2017, p.110).

در قرارداد جانبی، شخص اظهار می کند فقط در صورتی قرارداد می بندد که دیگری تعهد خاصی بدهد، چنان که در پرونده ای مستاجر تصریح کرد فقط در صورتی قرارداد اجاره امضا می کند که موجر مناسب بودن وضعیت فاضلاب را تضمین کند. موجر تضمین داد و قرارداد اجاره امضا شد. زمانی که نامناسب بودن وضعیت فاضلاب آشکار گردید، موجر بر اساس قرارداد جانبی مسئول شناخته شد (Rose & Leibowitz, op.cit, p.36).

همچنین در دعوی «Websrer v. higgins» نماینده فروشنده به خریدار اطمینان داده بود که اگر موتور خودرو از آن ها خریداری شود، شرایط خوبی خواهد داشت. خریدار آن را از فروشنده خریداری کرد در حالی که تمامی تضمین ها در قرارداد مستثنی شده بود لیکن دادگاه فروشنده را به دلیل نقض قرارداد سابق بر اجاره مسئول شناخت. فروشنده مرتکب نقض قرارداد جانبی شده، باید مبالغی را که خریدار پرداخت کرده بود به وی بازگرداند. این قرارداد مستقل به موجب شروط مستثنی کننده قرارداد اجاره به شرط تملیک بی اثر شناخته نشد (Furmston & Cheshire, 2012, p.84).

البته قرارداد جانبی در قراردادهای مربوط به ارائه خدمات نیز کاربرد دارد. در دعوی «Charnock v. Liverpool corpn» خودرو خواهان در تصادفی آسیب می بیند و شرکت بیمه با تعمیرکار قرارداد می بندد. نظر به اینکه خواننده دعوی تعمیرات را به کندی انجام می داد، خواهان به استناد قرارداد جانبی توانست علیه خواننده شکایت کند. خواهان انتظار بحقی داشت که تعمیر خودرو در مدت معقولی انجام بگیرد. به منظور قابل اجرا کردن این حق، دادگاه میان خواهان و خواننده یک قرارداد جانبی در نظر گرفت. البته آرای از این دست مورد انتقاد قرار گرفته، مصنوعی سمرده می شود. لیکن هدف دادگاه ها اتخاذ تصمیم مناسب و منصفانه است. بنابراین حتی اگر نیاز به استدلال ساختگی باشد، ایرادی ندارد (Atiyah, op.cit). درخواست اجرای قرارداد جانبی همواره میان دو طرف بوده و حتی اگر قرارداد اصلی موثر بر اشخاص ثالث باشد نسبت به ایشان اثر ندارد. بنابراین دادگاه در خصوص تسری اثر قرارداد جانبی به اشخاص ثالث احتیاط می کند، هر چند نقض آن می تواند زمینه عدم اجرای قرارداد اصلی را به دنبال داشته باشد و یا مبنای جبران خسارت قراردادی قرار بگیرد (Weddeburn, op.cit, p.72).

## ۲-۵- قرارداد جانبی در حقوق ایران

اگرچه در حقوق ایران با منع پذیرش ادله شفاهی مواجه نیستیم، ولی سایر دلایل یادشده در حقوق انگلیس میتواند در حقوق ما ضرورت استفاده از قرارداد جانبی را توجیه کند. بر مبنای آن میتوان اعلان مزایده را چنین توجیه کرد که پیش از معامله اصلی، یک قرارداد جانبی درباره چگونگی انعقاد معامله بین دو طرف بسته میشود و امتناع از معامله با برنده واقعی نقض این، پیمان ضمنی است و متمایز از پیمان، مسئول نقض قرارداد جانبی است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۱۳).

همچنین استفاده از قرارداد جانبی در حقوق ما راه پذیرش نهاد لیزینگ اعتباری را که در اسناد بین المللی شناخته شده است، هموار میکند لیزینگ اعتباری نهادی حقوقی برای تأمین مالی است که وجه مشخصه آن، ارتباط متمایز مثلثی میان طرفین آن است (ساورائی و پیرمرادی، ۱۳۹۴: ۱۰۴). این نهاد قابل تطبیق با قرارداد جانبی سه جانبه است. با مفروض دانستن فواید چنین نهادی، ظرفیت حقوق ایران را در پذیرش قرارداد جانبی مطالعه میکنیم.

### ۱-۲-۵- نهادهای مشابه قرارداد جانبی

قرارداد جانبی دوطرفه از جهانی به شرط بنایی، قرارداد ضمنی و شرط مستقل شباهت دارد.

#### ۱-۱-۲-۵- شرط بنایی

مذاکراتی که طرفین پیش از عقد انجام می دهند و روی آن توافق دارند. اما در موقع عقد تصریحی به آن مذاکرات نمی کنند، شرط بنایی یا تبانی خوانده می شود (جعفری لنگردوی، ۱۳۶۹، ص ۱۰۰). اگرچه شرط یادشده پیش از عقد مورد بررسی قرار می گیرد. ولی پیش از عقد انشا نمی شود، لذا ماهیت جداگانه و مستقل ندارد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۴۵).

قانون مدنی در موارد ۱۱۱۱۳ و ۱۱۱۲۸ به آن اشاره کرده و تخلف از آن علاوه بر حق فسخ، موجب مسئولیت است. همان طور که عقد بر مبنای شرط انشا می شود، قرارداد اصلی نیز بر مبنای اظهاراتی که به عنوان قرارداد جانبی در نظر گرفته می شود واقع می گردد و نقض آن نیز همانند شرط بنایی، نمی تواند کاملاً نتایج حاصل از قرار داد جانبی را پوشش دهد. شرط بنایی بر خلاف قرارداد جانبی ماهیت مستقل از قرارداد اصلی ندارد و با بطلان قرارداد اصلی، شرط ضمن آن نیز باطل می شود و نمی توان آن را تعهد مستقل از قرارداد اصلی در نظر گرفت.

#### ۲-۱-۲-۵- قرارداد ضمنی

قرارداد ضمنی به قراردادی گفته می شود که طرفین به صراحت از آن سخن به میان نیاورده باشند. براساس این قرارداد تعهداتی به وجود می آید که چه بسا طرفین در هنگام بستن قرارداد به آن نیندیشیده باشند. چنین

<sup>۱۰</sup> «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد».

<sup>۱۱</sup> «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانی بر آن واقع شده باشد».



تعهداتی ممکن است ناشی از الزام قانونی، عرف یا اراده ضمنی باشد. اگر چه در مواد قانونی ما عنوان قرارداد ضمنی نیامده است. لیکن نمونه هایی از آن را می توان در موارد مختلف مشاهده کرد. در ماخوذ بالسوم این توافق مفروض است که اگر معامله نشود، خریدار کالا را بازگرداند (صفری و پاک طینت، ۱۳۸۹، ص ۲۵۱).

ضمان درک از دیگر مواردی است که در خصوص مبنا و مسئولیت مدنی ناشی از آن اختلاف نظر وجود دارد. لیکن می توان آن را از جمله قراردادهای ضمنی دانست. زیرا به هنگام انعقاد قراردادهای تملیکی، هر یک از طرفین به دیگری تضمین می دهد که مالک یا مجاز به انتقال آنچه که انتقال می دهد است و چنین توافقی مستقل از عقد تملیکی بوده، بطلان آن به این قرارداد سرایت نمی کند. بنابراین چنانچه مبیع به تملک غیردرآید، نقض قراردادی صورت گرفته است و مسئولیت قراردادی را به دنبال دارد (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۸).

از این تعهدات می توان به عنوان نمونه های قرارداد ضمنی یاد کرد. در قرارداد جانبی همانند قرارداد ضمنی به صراحت از قرارداد سخن گفته نمی شود، بلکه این امر از گفتار و رفتار طرفین استنباط می شود. اما تفاوتی که قرارداد جانبی با قرارداد ضمنی دارد آن است که قرارداد جانبی در کنار قرارداد اصلی معنا پیدا می کند و بیشتر در محدوده گفتگوهای مقدماتی مطرح می شود. بدون وجود قرارداد اصلی قرارداد جانبی اعتبار ندارد، در حالی که برای بستن قرارداد ضمنی به وجود قرارداد دیگری نیاز نیست با در نظر گرفتن این تفاوت، شاید بتوان قرارداد جانبی را به عنوان یکی از انواع قرارداد ضمنی شناخت.

### ۳-۱-۲-۵- شرط مستقل

شرط مستقل به شرطی گفته می شود که به ظاهر ضمن قرارداد می آید. ولی طرفین نمی خواهد تابع قرارداد باشند، بنابراین بطلان قرارداد خللی در آن ایجاد نمی کند. نمونه بارز آن شرط داوری است که به عنوان قراردادی مستقل در نظر گرفته می شود. زیرا قصد انشای جداگانه در آن موجود است و شرط به معنای رایج محسوب نمی شود (نیکبخت، ۱۳۷۶، ص ۲۷۲). گاهی مفاد شرط به صورت مستقل پیش از عقد اصلی انشا می شود. در این حالت، تعهد قابل اجرا خواهد بود. زیرا شرط مقدم به نحو مستقل تشکیل شده است. اگر چه معلق بر تشکیل عقد اصلی بعدی بوده باشد. (شهیدی، همان) چنین شروطی صحیح و لازم الوفا هستند و واقعیت های تجاری نیز موید این امر است. لذا در بسیاری از موارد طرفین با ذکر آن پیش از قرارداد خود را بی نیاز از تکرار آن در قرارداد میبینند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۰۴).

در رایی چنین آمده است: « اولاً قرارداد داوری و لو به صورت شرط ضمن عقد قرارداد اصلی در فرضی که بتوان استقلال و یا عدم استقلال آن را بر مبنای قصد طرفین احراز نمود از نظر این دادگاه قرارداد داوری مستقل از عقد اصلی است مگر اینکه متعاملین خلاف آن را تصریح نموده باشند. <sup>۱۲</sup>» در رای پیش گفته ملاک دادگاه قصد طرفین عنوان شده است و نمی توان آن را منحصر به قرارداد داوری دانست. بلکه در هر مورد که چنین قصدی احراز شود، می توان تعهد را مستقل از قرارداد در نظر گرفت. قرارداد جانبی یکی از آن موارد است، چرا که طرفین نمی خواهند آن را تابع قرارداد اصلی قرار دهند و نیز همچنانکه بطلان قرارداد اصلی شرط داوری را از میان نمیرد. صحت و سقم قرارداد اصلی در وضعیت قرارداد جانبی موثر نیست. اما تفاوت شرط مستقل با

<sup>۱۲</sup> . دادنامه ۱۷۷۲۰۱۷۲۱۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۵ مورخ ۲۵ اسفند ۹۵ شعبه پانزدهم دادگاه تجدید نظر تهران

قرارداد جانبی آن است که شرط مستقل در ضمن قرارداد می‌آید، در حالی که قرارداد جانبی اظهارات پیش از قرارداد را نیز پوشش می‌دهد.

از آنجا که استقلال شرط داوری و شرط پیش از عقد ضرورتی است که از موضوع قرارداد و خواست طرفین نشئت می‌گیرد (رئیزی و ساعدی، ۱۳۹۲، ص ۶) می‌توان این امر را قابل تعمیم در تمامی قراردادها دانست و اظهارداشت در هر قرارداد اصلی را دارد. لذا می‌توان قرارداد جانبی را با این استدلال در حقوق ما به عنوان شرط مستقل پذیرفت که طرفین با اظهاراتی عامل تشویق در بستن قرارداد بوده و قصد داشتند که این اظهارات خارج از قرارداد اصلی دارای ضمانت اجرای قرارداد مستقل باشد.

#### ۴-۱-۲-۵- انتقال حقوق قراردادی

اصل بر نسبی بودن قراردادهاست، ولی اسبابی وجود دارد که موجب انتقال حقوق ناشی از قرارداد به اشخاص ثالث می‌شود. بعضی از این اسباب، همانند فوت، قهری بوده و بعضی ارادی است که پس از تکمیل قرارداد، واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن امکان‌پذیر است. واگذاری قرارداد یا حقوق و تعهدات ناشی از آن، عمل حقوقی دوطرفه است و می‌تواند شفاهی نیز واقع شود (محقق داماد و امامی پور، ۱۳۸۸، ص ۴).

در آغاز امر به نظر می‌رسد که حقوق متعهدله قرارداد اصلی به متعهدله قرارداد جانبی واگذاری می‌شود. لیکن با اندکی دقت، تفاوت‌های این دو نهاد آشکار می‌شود. موضوع قرارداد جانبی و قرارداد اصلی متفاوت بوده، متعهدله قرارداد اصلی، حقوق خود را در برابر متعهد از دست نمی‌دهد، در حالی که با واگذاری حقوق و تعهدات قراردادی، واگذارنده از آن محروم می‌شود. بنابراین در توجیه قرارداد جانبی نمی‌توان از دیدگاه انتقال حقوق قراردادی استفاده کرد.

#### ۵-۱-۲-۵- تعهد به نفع ثالث

به منظور ایجاد تعهد برای ثالث در ضمن معامله دوطرفه، یکی از آن دو التزامی به نفع ثالث برعهده می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۶۴). تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران به موجب ماده ۱۹۶ قانون مدنی پذیرفته شده است و طرفین می‌توانند ضمن قرارداد، به نفع ثالث تعهد کنند. بر اساس ماده ۷۹۶ قانون مدنی، تعهد به نفع شخص ثالث می‌تواند یکی از عوضین قرارداد باشد و بنابراین قرارداد مستقلی شمرده شود (محقق داماد و صادقی، ۱۳۷۹، ص ۸۲).

در خصوص ماهیت تعهد به نفع ثالث دیدگاه‌های گوناگونی بیان شده است. در این میان، نظریه ایجاب و تعهد مستقیم از نظریاتی است که قابلیت مقایسه با قرارداد جانبی را دارد. نظریه ایجاب، تعهد به نفع ثالث را ایجابی می‌داند که با قبول ثالث، قراردادی تبعی و فرعی تشکیل می‌دهد، به همین دلیل به آن، نظریه دو قرارداد نیز اطلاق می‌شود (محمدی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۳).

ولی این نظریه با ظاهر قانون مخالف بوده قابل پذیرش نیست و نمی‌توان با-تکلیف، عقد- دیگری را برداشت کرد (کاتوزیان، همان، ص ۳۸۸). در نظریه تعهد مستقیم، حق ثالث بی‌واسطه از تعهد نشئت گرفته، نیازمند قبول نیست. چنین حقی منوط به وجود قرارداد بوده و با فسخ یا بطلان قرارداد از بین می‌رود (محمدی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴).

اختلاف در ماهیت تعهد به نفع ثالث موجب شده است در خصوص امکان مطالبه حق از سوی ثالث وحدت نظر وجود نداشته باشد. نظر قوی تر در حقوق ایران امکان مطالبه از سوی ثالث است، برخلاف حقوق انگلیس که ثالث چنین امکانی ندارد، زیرا ثالث متعهد له نبوده و عوضی پرداخت نکرده و تنها قادر به مطالبه ضرر و زیان ناشی از عدم انجام تعهد است (خادمی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۳۵)

در تعهد به نفع ثالث، همانند قرارداد جانبی سه طرفه، جبران خسارت قراردادی برای اطراف قابل دستیابی است.

با وجود این، حتی اگر نظریه دو قرارداد را در مورد تعهد به نفع ثالث بپذیریم. وجوه مفارقتی وجود دارد، با بطلان قرارداد اصلی به قرارداد جانبی سرایت نمی کند. همچنین تعهد به نفع ثالث می تواند بعد از قرارداد واقع شود، در حالی که از مشخصه های قرارداد جانبی وقت انعقاد آن است که هم زمان یا پیش از قرارداد اصلی انشا میشود، لذا نمی توان در توجیه قرارداد جانبی به تعهد به نفع ثالث استناد کرد.

### نتیجه گیری

اصل آزادی اراده در انعقاد قرارداد اصلی مسلم است و در آن شکمی وجود ندارد. بدین لحاظ نمی توان کسی را مجبور به ورود در قراردادی که بدان تمایل ندارد، کرد. این اصل در قوانین داخلی کشورها و کنوانسیون های متعدد مورد تاکید واقع شده است. بدین لحاظ هر شخصی آزاد است حتی تا آخرین مراحل انعقاد قرارداد از ادامه آن سرباز زند و خود را از تعهدات آتی آن رها سازد. در قراردادهای به خصوص زمانی می توان طرف را متعهد به آثار آن دانست که قرارداد صحیحی انعقاد یافته باشد. در این خصوص نیز شکمی نیست؛ اما ابهام در جایی وجود دارد که شخصی به منظور انعقاد قرارداد وارد مذاکره می گردد و آن را رها می سازد. فرض اولیه این است که نمی توان شخص را با وجود آزادی اراده به صرف مذاکره ابتدایی متعهد به تعهداتی دانست؛ اما در این تحقیق مشخص شد که این گونه نیست. مذاکره مقدماتی نیز در مواردی از جمله تفسیر قرارداد، احراز قصد و حتی ایجاد الزام موثر بوده و به علاوه در مذاکرات مقدماتی هم الزاماتی از قبیل رعایت حسن نیت، عدم قطع غیرموجه مذاکره، حفظ اطلاعات به دست آمده در حین مذاکره و ارائه اطلاعات درست وجود دارد که حاکی از مطلق نبودن اصل آزادی اراده در مذاکرات مقدماتی می باشد.

در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی برای پذیرش مسئولیت قطع کننده مذاکره، می توان از مبانی عام مسئولیت مدنی بهره برد؛ در این راستا، قواعد تسبیب، غرور، تقصیر و نفی ضرر قابل استفاده خواهد بود. البته بدیهی است اعمال هر یک از قواعد مزبور منوط به تحقق شرایط مربوط می باشد. در هر حال مسئولیت مدنی ناشی از قطع مذاکرات، تکلیف قطع کننده مذاکرات به جبران خسارت را به دنبال دارد، در این راستا امکان جبران عینی خسارت (الزام به انعقاد قرارداد یا از سرگیری مذاکرات) منتفی است. توضیح این که از سویی الزام به انعقاد قرارداد قابل پذیرش نیست. زیرا تعهد طرفین مذاکره یک تعهد ساده به رعایت حسن نیت بوده و نمی تواند موجب الزام ایشان به انعقاد قرارداد گردد. به دیگر سخن ایشان تعهدی به انعقاد قرارداد نداشته اند که در مقام جبران عینی، از الزام به انعقاد قرارداد سخن به میان آید. از سوی دیگر الزام طرفین به از سرگیری مذاکرات نیز پذیرفتنی نیست، زیرا مذاکره نمودن امری کاملاً شخصی است و بدون خواست و تمایل شخص، انجام مذاکره بی معنا است؛ بنابراین پرداخت غرامت تنها راه جبران خسارت است.

در حقوق انگلستان بر طبق اصل آزادی مذاکره، توافقات افراد مبنی بر مذاکره، حتی در صورتی که مانند دسته نخست خود را به وجهی، ملزم نمایند لازم‌الاجرا نمی‌باشد. با این وجود این قاعده آنچنان هم در حقوق انگلستان مصون از تعرض نبوده و دادگاه‌ها هر چند اصل حسن‌نیت را نمی‌پذیرند ولی در پی نفوذ این اصل هر چند به‌طور غیرمستقیم در صورتی که تعهدات طرفین در خصوص نحوه مذاکره و شرایط قرارداد و امثال آن به روشنی بیان شده باشد و مشخص شود که طرفین قصد داشته‌اند که خود را بدان ملزم نمایند و این قرارداد دارای عوض باشد، در آن صورت دادگاه توافق مزبور راجع به مذاکره را لازم‌الاجرا تلقی خواهد کرد.

در خصوص خسارت‌های قابل جبران، باید گفت هزینه‌های تحمیل شده به زیان‌دیده که از قطع مذاکرات ناشی شده و نیز منافع مسلمی که وی از دست داده، قابل مطالبه هستند؛ البته منافع احتمالی که در صورت انعقاد قرارداد و اجرای آن ممکن بود نصیب خواهان گردد و به خسارت‌های مثبت موسوم است، قابل مطالبه دانسته نشده است. از نظر حقوق ایران نیز فقط خسارت‌های مسلم قابل مطالبه است و منافع صرفاً احتمالی آینده قابل مطالبه نیست. البته برای مسلم دانستن منافع از دست رفته، داوری عرف و فراهم بودن موجبات منفعت لازم و کافی به نظر می‌رسد.

### منابع

- الفت، نعمت‌الله. (۱۳۸۴). نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد. مجله فقه و حقوق، سال دوم
- انصاری، علی. (۱۳۸۸). تئوری حسن‌نیت در قراردادها. تهران: انتشارات جنگل
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۹). مسئولیت‌مدنی چاپ سوم. تهران: میزان
- پورسعید، رامین، قنبری، پیمان. (۱۳۹۷). مسوولیت‌مدنی ناشی از قطع مذاکرات پیش‌قراردادی در حقوق تجارت بین‌الملل. دانش حقوق مالیه. سال اول، شماره ۴
- جابری، عصمت‌الله. (۱۳۸۶). حقوق مصرف‌کننده. تهران: نشر فکور، ۱۳۸۶
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). مسبوط در ترمینولوژی حقوق. ، جلد ۱ و ۴. تهران: گنج دانش
- حاجی‌پور، مرتضی. (۱۳۹۷). وضعیت حقوقی مسئولیت پیش‌قراردادی. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی. دوره ۲۴، شماره ۸۴
- حسینی‌مراغی، سیدمیرفتاح. (۱۴۱۸ق). عناوین. قم: موسسه نشر اسلامی
- حکیم، سیدمحسن. (بی‌تا). نهج الفقاهاه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن
- خزائی، سیدعلی. (۱۳۹۵). مسئولیت پیش‌قراردادی: شرایط تحقق و ضرر قابل جبران. پژوهشنامه حقوق اسلامی. سال هفدهم، شماره اول (پیاپی ۲۷)
- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۱). مسئولیت‌مدنی. تهران: سمت
- طالب احمدی، حبیب. (۱۳۹۰). مسئولیت پیش‌قراردادی. چاپ اول. تهران: نشر میزان

- طباطبائی یزدی، محمد کاظم. (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب. ج. ۱. قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
- قاسمی حامد، عباس. (۱۳۸۶). حسن نیت در قرارداد مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه. مجله تحقیقات حقوقی. شماره ۴۶
- قبولی درافشان، محمد مهدی و محسنی، سعید. (۱۳۹۳). مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه. اصول قراردادهای بین‌المللی و اروپایی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. سال دوم. شماره هفتم
- قربانی، الهام. (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی مسئولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی در حقوق ایران و انگلیس.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). حقوق مدنی الزامهای خارج از قرارداد. ج. ۱. تهران: دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). محدودیت آزادی ارادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده. فصلنامه حقوق دانشگاه تهران. دوره ۳۸. شماره ۳
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری). ج. ۱. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- لطفی، علیرضا. (۱۳۹۱). قولنامه و ادله اعتبار آن. دانشنامه حقوق و سیاست. شماره ۱۷
- محقق حلّی، جعفر این حسن. (۱۴۰۳ق). شرایع السلام فی المسائل حلال و حرام. تهران: نشر استقلال
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۷). قواعد فقه بخش مدنی. تهران: انتشارات سمت
- محمدزاده، جمال. (۱۳۹۷). بررسی تعهدات طرفین در مذاکرات پیش از قرارداد و ضمانت اجرای آن. همایش بین‌المللی حقوق
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۲). القواعد الفقهیه. ج. ۱. قمک دارالعلم
- معین، محمد. (۱۳۶۴). فرهنگ معین. تهران: امیرکبیر
- موسوی الخمینی، روح‌الله. (۱۴۰۷ق). استفتائات. قم: انتشارات اسلامی
- ناینی، محمد حسن. (۱۴۱۸ق). مینه الطالب. ج. ۲. قم: چاپ سنگی
- نراقی، ملا احمد. (۱۴۱۷ق). عوائد الایام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم
- Eftekhari Jahromi, G., (2006), law text, Tehran, 12th ed, Gange – e danesh Publication.
- Kotz, Hein , (2000), “Precontractual Duties of Disclosure Comparative and Economic Perspective”. European Journal of.

- Kucher, Alyona N ,(2004), "Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations, Available At".
- Kessler Friedrich and Edith Fine, (1963), "Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and FREEDOM of Contract, A Comparative Study". Harvard Law Review, Vol .64: 401-449.
- Novoa, Rodrigo (2005), "Culpa in Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law and the United Nations Convention on Contracts for theInternational Sales of Goods (CISG)", Arizona Journal of International& Comparative Law, Vol. 22, No. 3.
- Tarip Hassan, (1980),The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts, Suffolk Transnational Law Journal, Vol 5:1