

اصول حاکم بر اجرای تعهدات پیش قراردادی و ضمانت اجرای تخلف از آنها در عقد بیع

فرزاد جهانتاب^۱، محمدباقر فیجان^۲

^۱دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، نورآباد ممسنی، ایران.

^۲استادیار گروه حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، نورآباد ممسنی، ایران (نویسنده مسئول)

چکیده

در بررسی روند توسعه حقوق قراردادهای می توان ملاحظه نمود که این بخش از حقوق خصوصی به عنوان حقوقی پویا و در حال رشد، شاهد پیشرفتهای فراوانی بوده و می باشد. گسترش روز افزون زمینه های مختلف حقوق قراردادهای در جهت شفافیت و نظم هر چه بیشتر معاملات، نشان دهنده حرکت بی وقفه این بخش به سمت تحقق اهداف عالی فلسفه حقوق از جمله عدالت و انصاف است که یکی از شقوق این موضوع در بحث مسئولیت ناشی از نقض تعهدات نمایان می شود. توضیح اینکه تخلف از اجرای تعهد موجب ایجاد مسئولیت برای متخلف می گردد و مسئولیت نیز در یک طبقه بندی کلی به دو نوع تقسیم می شود: مسئولیت قهری (ضمان قهری یا الزامات خارج از قرارداد) و مسئولیت قراردادی. تمیز مسئولیت قراردادی از ضمان قهری گاه دشوار است که این اشکال، ناشی از تردید در طبیعت رابطه حقوقی منبع تعهد است. مسئولیت قراردادی طرفین عقد تا جایی است که تخلف مربوط به تعهدی باشد که در زمان تشکیل عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد. اما طرفین در جریان مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد نیز دارای تعهداتی هستند که باید به آن پایبند باشند. با توجه به این مطلب، آیا در صورت تخلف از تعهدات پیش از انعقاد عقد، باید قائل به مسئولیت متخلف شد؟ اگر پاسخ مثبت باشد، این مسئولیت در چه قالبی می گنجد و به چه میزان می باشد؟ آیا چنین تخلفی در حیطه مسئولیت قراردادی قرار می گیرد یا در حیطه مسئولیت قهری یا هیچکدام؟ آیا تخلف از چنین تعهدات مقدماتی ضمانت اجرایی دارد یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، محدوده و میزان این ضمانت اجراء تا چه اندازه ای خواهد بود؟ به هر حال بررسی تعهدات پیش از قرارداد و ضمانت اجرای تخلف از آنها به عنوان یک ضرورت در حقوق قراردادهای مطرح می باشد و در این تحقیق سعی می گردد که بررسی نسبتاً منسجمی در خصوص موضوع فوق صورت گیرد؛ امری که در حقوق ما معمولاً به صورت پراکنده به آن اشاره شده است.

واژه های کلیدی: تعهدات، مذاکرات، پیش قراردادی، ضمانت اجراء، مسئولیت

مقدمه

مذاکرات طرفین پیش از انعقاد قرارداد از اهمیت بسیاری برخوردار است؛ به طوری که نمی توان بدون توجه به آن به بررسی حقوق قراردادهای پرداخت. در حقیقت عقود معین که قانون تحت عناوین مشخص از آنها نام برده است، تنها به عنوان ماهیت هایحقوقی که دارای آثار مشخصی می باشند، مورد نظر قانونگذار قرار گرفته اند. هر یک از این ماهیت های حقوقی در واقع به مثابه یک ظرف می باشد که محتوای آن را تعهدات و اراده های طرفین در مذاکرات پیش از عقد تشکیل می دهد. به عبارت ساده تر، وقتی که طرفین تصمیم به انشای یک عمل حقوقی می گیرند، تعهداتی در قبال یکدیگر می کنند که قانونگذار جهت نظم بخشیدن به این تعهدات و مشخص شدن آثار آنها، نام مشخصی برای این ماهیت حقوقی وضع نموده که آثار حقوقی ویژه خود را دارد. ممکن است طرفین قرارداد از برخی از آثار آن عمل حقوقی خاص بی اطلاع باشند، اما این امر اهمیت چندانی ندارد؛ بلکه آنچه از نظر حقوق و قانون واجد اهمیت می باشد این است که طرفین چه چیزی را قصد نموده اند و پس از روشن شدن این موضوع، برخی از آثار خاص قانونی و عرفی بر آن عمل حقوقی بار خواهد شد و طرفین نمی توانند عدم اطلاع از تمام یا برخی از آثار را عذر عدم انجام تعهدات قانونی مربوطه قرار دهند. به عنوان مثال اگر کسی قصد فروش مال خود را داشته باشد، قانون عقد بیع را برای این منظور تشریح کرده است که آثار مشخصی دارد از جمله: تعهد به تسلیم مبیع و پرداخت ثمن. حذف یکی از این تعهدات اصلی با عرف و منطق حقوقی در شناسایی عقد بیع سازگاری ندارد و مسموع نیست. اگر ثابت شود که قصد تسلیم مبیع از ابتدا وجود نداشته است، در واقع طرفین در ماهیت عقد توافق نداشته اند و بنابراین، عقد بیع باطل است (ماده ۱۹۴ قانون مدنی ایران) مگر اینکه ثابت شود طرفین در واقع عقد دیگری را مدنظر داشته و تنها عنوانی اشتباه برای آن برگزیده اند که در این صورت احکام خاصه آن عقد در روابط طرفین جاری خواهد شد. (صفایی، ۱۳۸۵: ۸۹ و شهیدی، ۱۳۸۵ الف: ۱۵۹)

مطالب مذکور، حالت ساده روند یک قرارداد را بازگو می کند، اما همیشه روال به این صورت نیست. گاهی طرفین آگاهانه یا ناآگاهانه در پی اضافه نمودن یا تغییر یا حذف برخی از تعهدات و آثار عمل حقوقی می باشند. در این حالت اولاً باید بررسی نمود که قانون تا چه اندازه این اختیار را به طرفین داده است و ثانیاً این تغییرات چه تأثیری بر عنوان قانونی عمل حقوقی مربوطه و آثار آن بر جای می گذارند؟ قانون مدنی ایران با بیان اصل آزادی قراردادی^۱ در ماده ۱۰ تا حدود زیادی دست طرفین را برای انعقاد هر نوع قراردادی باز گذاشته است و تنها برخی محدودیتها مانند رعایت قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه و جهت مشروع را مانع راه آنان در این زمینه قرار داده است. طرفین عقد نمی توانند یک عمل حقوقی خاص را اراده کنند و سپس به قدری تعهدات و آثار ناشی از آن را تغییر دهند که جز نامی از آن باقی نماند، بلکه این تغییرات باید تا حدی باشد که به مقتضای ذات عقد آسیب نزده و ماهیت آن را تغییر ندهد. به عنوان مثال نمی توان عنوان عقد بیع را بر قراردادی گذاشت که ماهیت اصلی آن اجاره است. (شهیدی، ۱۳۸۶ ب: ۱۱۳ و شکاری، ۱۳۸۰: ۱۴۵)

توافقات مقدماتی پیش از قرارداد گاهی در قالب شروط ابتدائی^۲ و بنائی^۳ می گنجد که در این حالت به نوعی به عقد اصلی ارتباط پیدا می کنند و می توان با عنوان شروط ضمن عقد آنها را بررسی کرد. چنین شروطی ممکن است صریح^۴ یا ضمنی^۴

^۱Freedom of Contract.

^۲Primary Clauses.

^۳Express (or Explicit).

^۴Implicit.

باشند. گاهی طرفین تحت عنوان شروط ضمن عقد، تعهد نمی کنند بلکه صرفاً مذاکراتی مستقل انجام می دهند که ممکن است در نگاه اول نتوان عنوان تعهد به معنای خاص را بر آنها مترتب کرد. دسته اول بیشتر مربوط به موضوع عقد اصلی و خصوصیات آن و ویژگیهای طرفین معامله و زمان و مکان عقد و مسائلی از این قبیل می باشند اما توافقات دسته دوم اینگونه نیستند و باید بررسی شود که نحوه برخورد با آنها چگونه است؟ آیا آنها را هم باید هم ردیف شروط ضمن عقد دانست یا اینکه آنها را یک عقد مستقل تلقی کرد یا باید گفت که این گفتگوها هیچ اعتباری ندارند؟ در هر صورت تقسیم بندی انواع تعهدات پیش از قرارداد و ضمانت اجرای تخلف از آنها به عنوان یک ضرورت در حقوق قراردادهای مطرح می باشد و در این تحقیق سعی خواهد شد که بررسی نسبتاً منسجمی در خصوص موضوع فوق صورت گیرد، امری که معمولاً به صورت پراکنده به آن اشاره شده است.

مفهوم بیع

بیع در لغت به معنای خرید و فروش و داد و ستد آمده است. بیع در اصطلاح فقهی و حقوقی ایجاب و قبولی است که بر نقل ملک در مقابل عوض معلوم و معین دلالت دارد. بیع از واژه های متضاد به شمار می رود، چرا که در لغت به معنا خریدن و فروختن است (امامی، ۱۳۴۰-۴۱۶) قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیع را اینگونه تعریف کرده «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» از این تعریف بر می آید که بیع عقدی معوض و تملیکی است. بنابر تعریف بیع، مبیع باید عین مانند خانه، زمین باشد. پس هیچگاه منفعت و عمل را نمی توان مبیع قرارداد. در مورد ثمن هیچ گونه قیدی در تعریف دیده نمی شود زیرا قانون از ثمن به کلمه عوض تعبیر کرده است که می تواند شامل عین، منفعت و عمل نیز باشد. عقد بیع دارای دو موضوع است: مبیع و ثمن، در عرف کنونی ثمن بطور معمول پول است نه کالا مبیع باید عین باشد یعنی، محسوس و مادی باشد و به طور مستقل مورد داد و ستد قرار بگیرد و مالیت داشته باشد و همچنین معین بوده و مبهم نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴ ص: ۱۰۳).

تعریف تعهد

تعاریف مختلفی از تعهد در حقوق داخلی و حقوق خارجی ارائه شده است. ممکن است در نظر اول، واژه تعهد با واژه عقد که مهمترین سبب ایجاد تعهد می باشد، یکسان تلقی شود. باید توجه داشت که هرچند مفهوم تعهد و مفهوم عقد به هم نزدیکند، اما این بدان معنا نیست که این دو مفهوم را به یک معنا تعبیر کنیم. به عبارت دیگر، در شکل گیری تعهد لازم نیست که حتماً عقدی بین طرفین منعقد شود و اسباب ایجاد تعهدات متعددند. با بررسی قانون مدنی ایران نیز می توان گفت که منظور قانونگذار از واژه تعهد، مطلق بوده و هم شامل التزامات و تعهدات ناشی از تراضی و قرارداد و هم شامل الزامات قهری خارج از قرارداد که به حکم مستقیم قانون یا در اثر وقایع حقوقی بر اشخاص تحمیل می شوند، می گردد. (حسنعلی درودیان به نقل از احمدی، ۱۳۸۸: ۱۱)

در تعریف تعهد گفته شده است که: ((رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کار یا عدم انجام کاری می شود، خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری)). (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف: ۷۱)

این رابطه حقوقی گاهی از قرارداد ناشی می شود و گاهی نیز قانون به طور مستقیم و بدون اینکه طرفین خواسته باشند، آن را ایجاد می کند. تعهد به این معنی شامل الزامات خارج از قرارداد نیز می گردد. (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۳)

یکی از ارکان تعهد، طرفین آن می باشد. در این رابطه حقوقی، شخصی را که در برابر دیگری ملتزم به ایفای تعهد شده است، مدیون یا بدهکار و شخصی را که حق مطالبه و اجبار مدیون را پیدا کرده است، دائن یا طلبکار می نامند. پس بنابراین، دین و طلب؛ دو روی یک سکه هستند به این توضیح که تعهد از جنبه مثبت، حق دینی یا طلب گفته می شود و از جنبه منفی، دین یا تعهد نامیده می شود.

گفته شد که مفهوم تعهد در معنای عام با مفهوم عقد تفاوت دارد و نباید آنها را به یک معنی تعبیر کرد. عقد، سبب ایجاد گروهی از تعهدات می شود که این رابطه علیّت نباید باعث اختلاط دو مفهوم عتّ و معلول در ذهن شود. اثر عقد نیز محدود به ایجاد تعهد نیست و آثار دیگری از جمله ایجاد حق عینی و ایجاد شخصیت حقوقی (در عقد شرکت) و اعطای اذن و نمایندگی (در عقد وکالت) و نحو آن دارد. اثر مشترک و طبیعی هر تعهد این است که طلبکار می تواند وفای به عهد را از مدیون بخواهد و در صورت امتناع وی از این کار، مطالبه جبران خسارت نماید ولی اثر قرارداد، وابسته به مفاد تراضی طرفین و احکامی که قانونگذار در این زمینه بیان داشته، می باشد. هر چند که مهمترین و شایع ترین منبع تعهد، عقد است اما تعهد یک رابطه دینی و شخصی بین طلبکار و بدهکار است که گاهی از طریق عقد و گاهی در اثر وقایع دیگر از جمله مسئولیت مدنی به وجود می آید. البته تفکیک بین عقد و تعهد در حقوق اسلام و حقوق فرانسه و نیز قانون مدنی ایران که مقتبس و متأثر از دو منبع مذکور است، آن طور که باید صورت پذیرفته است که این موضوع در حقوق کنونی قابل انتقاد است.^۷ بنابراین عقد و تعهد، دو مفهوم متفاوت از هم هستند که ملازمه ای هم با یکدیگر ندارند؛ زیرا گاه تعهد بدون عقد به وجود می آید و گاه نیز از عقد تعهدی ایجاد نمی شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف: ۷۶-۷۱)

مبانی و شرایط تحقق آزادی پیش قراردادی

مبانی اصلی آزادی در دوره پیش قراردادی عبارتند از: حاکمیت اراده و بنای عقلاء و عرف. مفاد حاکمیت اراده که به عنوان اصلی غیرقابل انکار در حقوق قراردادها پذیرفته شده، بیانگر این قاعده می باشد که اشخاص در عقد قرارداد با دیگران آزاد بوده و هیچ کس را نمی توان به بستن قرارداد با دیگری وادار یا او را از بستن قراردادی که بدان مایل است منع نمود، مگر به موجب قانون. قانون مدنی ایران ضمن حمایت از این اصل در بسیاری از موارد به صورت مستقیم و غیرمستقیم به آن تصریح نموده است. بند یک ماده ۱۹۰ ق.م. قصد طرفین و رضای آنها (اراده) را به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معامله بیان کرده است. اما جایگاه اصلی حاکمیت اراده در قانون مدنی، در ماده ۱۰ این قانون متجلی شده است. همانطور که قبلاً اشاره شد هر چند که در نگاه نخست، این ماده به دوره قراردادی مربوط می شود اما در اصل و به صورت غیرمستقیم دوره پیش قراردادی را نیز در بر می گیرد. بنای عقلای جامعه و عرف نیز بر این امر صحه گذاشته و اجبار اشخاص به بستن قرارداد را مذموم و غیرقابل پذیرش می شمارد.

برای صحیح محسوب شدن اراده اشخاص، شرایطی لازم است. از جمله این شرایط می توان به داشتن اختیار در زمان ابراز اراده اشاره کرد. ضمانت اجرای این شرط، عدم نفوذ معامله است که با تنفیذ بعدی شخص می توان این ایراد را برطرف و معامله صورت گرفته را صحیح تلقی نمود. به عبارت ساده تر، اراده صحیح اراده ای است که خالی از عیوب شناخته شده برای آن

^۵Debt.

^۶Demand.

^۷برای مشاهده این موضوع در فقه مراجعه شود به: شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، بحث خیرات و شیخ موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب (تقریرات میرزا حسین نائینی)، جلد اول، صفحه ۳۳.

باشد. شایع ترین این عیوب عبارتند از اکراه و اشتباه. ماده ۱۹۹ ق.م. در این باره مقرر می دارد که: ((رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست)). در برخی کشورها، تدلیس و غبن نیز در زمره عیوب اراده آمده است اما قانونگذار ایرانی بنا بر مصالحی از جمله جلوگیری از باطل شدن قراردادها، در این موارد حق فسخ معامله را به عنوان ضمانت اجرای غبن و تدلیس تعیین نموده است. محدود بودن دامنه عیوب اراده مانع از این است که بتوان آنچه تحت شمول اشتباه و اکراه قرار می گیرد را به وسیله قیاس گسترش داد. (همان، ۱۳۸۵: ۵: ۳۹۴)

نتایج آزادی پیش قراردادی

نتیجه مهمی که از اصل آزادی پیش قراردادی به دست می آید، تضمین این حق برای طرفین است که چنانچه با حسن نیت از ادامه گفتگوهای مقدماتی خودداری کرده و آن را ترک کنند، ضمانت اجرایی متوجه آنان نباشد. البته ممکن است در مواردی، ترک مذاکرات به حدی غیرقابل پیش بینی باشد که حتی در صورت داشتن حسن نیت، باز هم تکلیف به جبران خسارت بر عهده شخص تحمیل شود. در هر صورت طرفینمی توانند بر خلاف این امر توافق کرده و ترک مذاکرات را در هر حالتی مستوجب جبران خسارات وارده به طرف مقابل دانسته یا اینکه بالعکس، بر عدم ضمانت اجراء در صورت ترک مذاکرات توافق نمایند. اصل آزادی در دوره پیش قراردادی نتایج غرمستقیمی نیز دارد که از آن جمله می توان به رونق گرفتن معاملات و تضمین رقابت پذیری بازار و جلوگیری از تحمیل شرایط یک طرفه از سوی برخی سودجویان اشاره نمود. با پذیرش این اصل و فرض حسن نیت اشخاص در استناد به آن، هر جا که یکی از طرفین ادامه گفتگوها را مستوجب ورود زیان به خود ببیند، سریعاً مذاکرات را ترک کرده و به معامله دیگر روی خواهد آورد.

محدوده آزادی پیش قراردادی

هر چند که آزادی پیش قراردادی به عنوان یک اصل کلی بر دوره پیش قراردادی حاکم است، اما این به معنای آزادی بدون حد و مرز اشخاص در ترک مذاکرات پیش قراردادی نیست. شناسایی آزادی مطلق در این دوره، ضمن ایجاد تزلزل در امر ثبات قراردادها، باعث ورود ضررهای فراوان به طرفین و نیز ایجاد ابهام در پیش بینی آینده معاملات خواهد شد. از این رو بهتر است که ضمن شناسایی آزادی پیش قراردادی، قیودی نیز برای آن تعیین شود تا روند مذاکرات از خطرات مذکور در امان باشد. عمل کردن به این نحو باعث ایجاد ثبات و تعادل در دوره پیش قراردادی و رونق قراردادها خواهد شد.

در حقوق اسلامی و از جمله حقوق ایران که مبتنی بر فقه امامیه می باشد، ضمن مشروع بودن گفتگوهای مقدماتی، اصل آزادی پیش قراردادی به عنوان فرعی از اصل حاکمیت اراده و با در نظر داشتن اصولی همچون اباحه و صحت و نیز برخی از روایات، پذیرفته شده است. بر اساس عبارت معروف العقود تابعه للقصود، در اندیشه اسلامی، اشخاص در معامله با دیگران تا جایی که اعمالشان با احکام و مقررات شرع منافات نداشته باشد آزادند. (شهیدی، ۱۳۸۵ الف: ۵۶)

هر چند که نظریه آزادی مطلق و بدون قید و شرط اشخاص در ترک مذاکرات پیش قراردادی به ویژه در حقوق عرفی طرفدارانی دارد، اما این دیدگاه در هیچ نظامی به صورت کامل پذیرفته نشده است. (جعفرزاده و سیمائی صراف، ۱۳۸۴: ش ۴۱ و پتینل، ۲۰۰۵)

در اکثر نظامهای حقوقی در کشورهای مختلف، ایجاد باور^۸ رسیدن به قرارداد نهایی در طرفین مذاکره، به عنوان ملاک و مبنای اصلی در تشخیص نحوه برخورد با ترک مذاکرات پیش قراردادی و تعیین قلمرو اصل آزادی پیش قراردادی شناخته شده است. به عبارت دقیق تر، در صورت پیشرفت گفتگوها و ایجاد انتظار معقول^۹ و متعارف نسبت به بسته شدن قرارداد آینده در طرفین مذاکره، پایان دادن غیرموجه به مذاکرات را نباید بی اثر شمرد و نظر غالب در این رابطه نیز قائل به جبران زیان وارده به طرف مقابل است. در واقع پس از ایجاد چنین انتظاری در طرفین، پایان دادن به گفتگوها بر خلاف اصل حسن نیت^{۱۰} نمی باشد. (مصطفی محمد جمال به نقل از طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۱۳)

اصل رعایت حسن نیت و نتایج آن^{۱۱}

دومین اصل اساسی و برجسته ای که باید در دوره پیش قراردادی به آن پایبند بود عبارت است از رعایت حسن نیت در مذاکرات مقدماتی. با توجه به اینکه حسن نیت یک مفهوم ذهنی است، ارائه معنای دقیق و واحدی از آن دشوار بوده و لذا در تعریف آن اختلاف نظر وجود دارد. می توان گفت که ((منظور از حسن نیت در روابط معاملاتی، مفهومی ذهنی است که رعایت آن موجب می شود تا هر طرف در تعامل با دیگران، راستگو و با انصاف بوده و وظایف خود را به گونه ای که در جامعه قابل قبول است به انجام رساند. بنابراین داشتن رفتار متعارف بر وجود حسن نیت دلالت می کند)). (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۲۴)

برخی حسن نیت را به دو مفهوم مورد بررسی قرار داده اند که عبارتند از: حسن نیت ناشی از جهل و حسن نیت ناشی از رفتار. حسن نیت در مفهوم اول، جهل نسبت به یک موضوع یا شرایطی است که مانع از دادن اثر کامل به وضع حقوقی می شود یا اینکه اعتقاد نادرست به وجود وضع حقوقی معتبر است. چنین حسن نیتی باعث تعدیل حکم قانونی می گردد. به عنوان مثال می توان از حسن نیت مشتری جاهل در رجوع به باع فضولی نام برد. در مفهوم دوم، حسن نیت به معنای گفتار و رفتار صادقانه است و در مقابل آن، تقلب و نیرنگ قرار دارد. در این کارکرد، حسن نیت، یک قاعده رفتاری برای ارزیابی رفتار و گفتار متعاملین از زمان شروع مذاکرات پیش قراردادی تا خاتمه قرارداد ارائه می دهد. حسن نیت در قراردادها ایجاب می کند که اشخاص با صداقت و دلسوزی رفتار کنند و از نیرنگ و تقلب بپرهیزند. حسن نیت در قراردادها به اعتقاد ذهنی و روانی اشخاص نمی پردازد بلکه در این فرض، گفتار و رفتار آنان ملاک داوری قرار می گیرد. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۶۸)

اصل حسن نیت در بسیاری از امور حقوقی از جمله بحث تعهدات و قراردادها جریان دارد و دوره پیش قراردادی نیز از آن مستثنی نمی باشد. اهمیت توجه به این اصل مسلم بر هیچ کس پوشیده نیست؛ زیرا بدیهی است که در صورت عدم شناسایی آن در تعاملات پیش قراردادی، هر یک از طرفین به صورت جانبدارانه به حمایت از منافع شخصی خود پرداخته و ارزشی برای مصلحت طرف مقابل قائل نخواهد شد. حتی می توان گفت که در دوره پیش قراردادی، شالوده بیشتر قواعد حاکم بر گفتگوهای مقدماتی بر این اصل استوار است. الزام طرفین به رعایت این اصل اخلاقی منجر به استحکام هر چه بیشتر معاملات و جلوگیری از دعاوی ناشی از یکجانبه نگری آنها به موضوعات مختلف پیش قراردادی خواهد شد.

^۸Belief.

^۹Reasonable Expectation.

^{۱۰}- برای شناخت مفهوم حسن نیت به شماره ۳-۱ و ۳-۲ و ۳-۱ به بعد مراجعه شود.

^{۱۱}Good Faith Consideration Principle and it's Results.

تعهدات پیش قراردادی^{۱۲}

در این گفتار به انواع تعهداتی که طرفین در دوره پیش قراردادی دارند اشاره خواهد شد. این تعهدات اعم از تعهدات حقوقی و اخلاقی بوده و دارای ضمانت اجراهای مستقیم یا غیرمستقیم می باشند.

تعهد به داشتن حسن نیت^{۱۳}

همانطور که قبلاً ذکر شد، حسن نیت مفهومی ذهنی بوده و حقوقدانان در تعریف آن اختلاف نظر دارند. این اختلاف نظر اما، به ماهیت حسن نیت به عنوان یک اصل کلی لازم الرعایه در مسائل مربوط به قراردادها لطمه ای وارد نکرده و لذا این مفهوم، کم و بیش در تمام نظامهای حقوقی به صراحت یا به طور ضمنی پذیرفته شده است و عقلای جامعه نیز بر این امر صحه گذاشته اند. در حقوق اسلامی نیز به مسأله حسن و قبح عقلی اعمال و امور اشاره شده است و با توجه به اینکه گفته شده: کَلِّمًا حَكَمٌ بِه الْعَقْلُ حَكَمٌ بِه الشَّرْعُ وَ كَلِّمًا حَكَمٌ بِه الشَّرْعُ حَكَمٌ بِه الْعَقْلُ، بنابراین می توان لزوم داشتن حسن نیت در انجام تمامی اعمال، از جمله معاملات را از قواعد حقوق اسلامی برداشت نمود. (مظفر، ۱۳۸۶: ۴۱۵)

تعهد به داشتن حسن نیت در روابط پیش قراردادی به عنوان یکی از مهمترین تعهدات پیش قراردادی محسوب شده و به عنوان مبنای بسیاری از تعهدات دیگر در این دوره قرار گرفته است. علاوه بر مبانی عمومی حسن نیت از جمله اخلاق، عدالت، نظم، ضرورت، عرف و عادت و اقتضای ذات قرارداد، مبانی مختلفی برای تلقی حسن نیت به عنوان یک تعهد پیش قراردادی وجود دارد که از آن جمله می توان به توافق طرفین بر گفتگوی با حسن نیت، اشاره صریح یا ضمنی قوانین و مقررات مختلف به این مفهوم، معقول بودن داشتن حسن نیت در روابط با دیگران و ضرورتهای اجتماعی پایبندی به این اصل اشاره کرد. (جعفر زاده و سیمائی صراف، ۱۳۸۴ و طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۴۲-۱۳۸ و کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۵)

برخی برای ارائه مفهوم حسن نیت در دوره پیش قراردادی گفته اند که حسن نیت ((رفتاری صادقانه، منصفانه و معقول است که در مرحله گفتگوهای مقدماتی، انعقاد، اجراء و تفسیر قرارداد، عرفاً از طرفین نسبت به یکدیگر و یا حتی نسبت به اشخاص ثالثی که با قرارداد ارتباط پیدا می کنند، انتظار انجام آن می رود)). (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۵۶)

در موارد تردید باید اصل را بر داشتن حسن نیت قرار داد. به عبارت دیگر سوء نیت امری استثنایی تلقی می شود که نیازمند اثبات از طرف مدعی است. در غیر این صورت، طرفین در تمامی موارد باید حسن نیت خود را ثابت نمایند که این نتیجه با عقل و منطق سازگار نبوده و باعث ایجاد بی ثباتی در امر قراردادها خواهد شد. در حقوق کشورهای خارجی از جمله فرانسه نیز به این امر اذعان شده است. (انصاری، ۱۳۸۸: ۷۳)

با اینکه در قوانین ایران به صورت مستقیم به لزوم رعایت حسن نیت در دوره پیش قراردادی اشاره نشده است، اما این به معنای عدم توجه به این اصل مهم در حقوق ایران نیست. در عمل، اکثر حقوقدانان ایرانی با استقراء در قوانین و با یاری گرفتن از اصول دیگری همچون عدالت و انصاف، بر لزوم داشتن حسن نیت در تعامل با دیگران صحه گذاشته و آن را تأیید کرده اند. علاوه بر این در بسیاری از موارد، احکام قانونی مبتنی بر حسن نیت بوده و این نشان دهنده تأیید ضمنی این اصل از سوی قانونگذار است. از جمله مواردی که قانونگذار به حسن نیت توجه داشته می توان به موارد ذیل اشاره کرد: حسن نیت خریدار

^{۱۲}Pre-contractual Obligations.

^{۱۳}Obligation (or Duty) to have Good Faith.

جاهل در رجوع به بایع فضولی، حسن نیت در عقد بیمه، حسن نیت در حقوق اسناد بازرگانی و رقابتهای بازرگانی. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۶۹-۱۴۴)

به عنوان مثال در عقد بیمه، بیمه گذار موظف است که بیمه گذار را از شرایط جدید موضوع بیمه که باعث تشدید خطرات شده است آگاه نماید و در صورت لزوم، قرارداد را با شرایطی که مورد توافق بیمه گر نیز باشد، اصلاح نماید. این موضوع در ماده ۱۶ قانون بیمه ایران مصوب ۱۳۱۱ مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته و برای تخلف از آن ضمانت اجراء پیش بینی شده است. به نظر می رسد که این امر و بسیاری از امور دیگر در عقد بیمه، نشان دهنده اهمیت حسن نیت در این عقد است. (بابایی، ۱۳۸۶: ۵۶-۶۳)

نتیجه اینکه هر چند در حقوق ایران حسن نیت در روابط پیش قراردادی به صراحت پذیرفته نشده است، لیکن همانطور که اشاره شد، با یاری گرفتن از اصولی مانند عدالت و انصاف و نیز با اخذ وحدت ملاک از برخی احکام قانونی همچون ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ که به صراحت به واژه حسن نیت اشاره نموده است^{۱۲} می توان لزوم رعایت حسن نیت در روابط پیش قراردادی را چه در فرض تصریح و چه در فرض عدم تصریح به آن از سوی طرفین برداشت نمود. همچنین با توجه به اینکه در فقه امامیه در بحث آداب معامله به مواردی اشاره شده است که نشان دهنده اهمیت حسن نیت در نظر فقهاء است، می توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران هم که قسمت عمده ای از آن برگرفته از فقه امامیه می باشد، حسن نیت دارای ارزشی والا است. (امینی و آیتی، ۱۳۸۶: ۱۸۹)

تعهد به امانتداری (رازداری) و عدم افشای اطلاعات محرمانه

بدیهی است که هر یک از طرفین روابط پیش قراردادی در جریان مذاکرات و گفتگوهای مقدماتی برای رسیدن به موقعیت برتر نسبت به طرف مقابل خود تلاش می کنند. گاهی ممکن است اهداف دیگری نیز از این گفتگوها مدنظر باشد، مانند کسب بازار کار و معرفی محصولات یک شرکت به کشور یا شریک تجاری دیگر. در همه این حالات و نیز در موارد مشابه آنها ممکن است طرفین به امید رسیدن به قراردادی نهایی و پایدار، ناچار به ارائه برخی از اسرار محرمانه^{۱۳} تجاری و حرفه ای خود به طرف مقابل شوند. در حالت عادی هیچکدام از این اسرار به رقبای تجاری فاش نمی شود، اما در جریان گفتگوهای مقدماتی ممکن است که طرفین برای شناخت یکدیگر از قرارداد آینده ناچار به این افشاء شوند. حال اگر همه امور بر طبق برنامه پیش رفته و قرارداد نهایی مطابق پیش بینی های طرفین بسته شود، مشکل ویژه ای به وجود نخواهد آمد. اما همواره روال کار مطابق میل طرفین نیست و ممکن است که آنها به هیچ توافقی دست نیافته و مذاکرات بدون نتیجه خاصی پایان یابد. در این حالت تکلیف اسرار فاش شده چیست؟ آیا طرفین نسبت به سوء استفاده از این اسرار مسئول می باشند یا اینکه ضمانت اجرای خاصی در اینگونه موارد قابل تصور نخواهد بود؟

^{۱۲}- ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹ مقرر می دارد: ((کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع، به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورده مسئول جبران آن است. شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد، می تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر، زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید)).

^{۱۳}Obligation (or Duty) to Confidentiality.

^{۱۴}Confidential Secrets.

در پاسخ به این پرسش باید گفت که هرچند به موجب نظریه مخاطره آمیز بودن دوره پیش قراردادی^۷، هر یک از طرفین با آگاهی از خطرات احتمالی نرسیدن به توافق نهایی پای به عرصه مذاکرات پیش قراردادی نهاده اند و نیز اصل اولیه بر این است که ترک گفتگوهای مقدماتی مسئولیتی به بار نخواهد آورد، اما این سخن در جایی صدق می نماید که طرفین از این حق، سوء استفاده ننموده و موجبات ضرر دیگری را فراهم نیاورند. سوء استفاده از اسرار محرمانه طرف مذاکراتی، مصداق بارز ضرر رساندن به وی بوده و بسته به حالات مختلف، دارای ضمانت اجراهای حقوقی خواهد بود. به دیگر سخن طرفین در جریان مذاکرات پیش قراردادی و پس از آن، خواه مذاکرات به نتیجه رسیده و قرارداد نهایی منعقد شود خواه گفتگوها به شکست بیانجامد و قراردادی بسته نشود، متعهد به امانت داری و حفظ اسرار طرف مقابل بوده و در صورت تخلف از این تعهد، مرتکب تقصیر شده و ملزم به جبران خسارات وارده به طرف مقابل می باشند. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۵)

عوامل مختلفی را می توان به عنوان منشأ تعهد به رازداری مطرح کرد. گاهی قانونگذار به صورت مستقیم یا غیر مستقیم به این تکلیف اشاره نموده و برای آن ضمانت اجرای قانونی قرار داده است. در برخی موارد بدون اینکه قانون نسبت به این موضوع اشاره ای داشته باشد، می توان به عرف تجاری یا اخلاق و انصاف^۸ متوسل شد. به موجب عرف تجاری هنگامی که بر مبنای اعتماد دوجانبه، اطلاعاتی بین طرفین مبادله می شود که حاوی اسرار محرمانه بوده و قرائن موجود نیز دلّ بر عدم تمایل آنها به افشای این اطلاعات است، ایشان موظف به رازداری و عدم افشای چنین اطلاعاتی برای دیگران یا سوء استفاده شخصی از آن هستند. در غیر این صورت، می توان طرف متخلف از این وظیفه را مسئول جبران خسارات وارده دانست. گاهی نیز خود طرفین برای حصول اطمینان از عدم افشای اسرار خود توسط طرف مقابل، ضمن قراردادی جداگانه به نحو صریح یا ضمنی به این مسأله پرداخته و برای آن تعیین تکلیف می کنند. در چنین حالتی تعهد به رازداری و عدم افشای اطلاعات محرمانه، صرفنظر از اینکه در قانون یا عرف و اخلاق بر آن تأکید شده باشد، تعهدی قراردادی تلقی شده که دارای ضمانت اجرای قراردادی می باشد. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۷-۱۸۶)

باید توجه نمود که اصل اولیه بر این است که طرفین از قبل افشای اطلاعات مبادله شده در گفتگوهای مقدماتی مسئولیتی ندارند، مگر اینکه به طور صریح یا ضمنی تعهد به عدم افشاء توافق شده باشد یا اینکه از اوضاع و احوال حاکم بر مذاکرات چنین برداشت شود که نباید آن اطلاعات را فاش نمود و یا اینکه اهمیت و ماهیت اطلاعات مبادله شده به گونه ای باشد که عقلاء و اشخاص متعارف جامعه بر لزوم عدم افشای آنها بدون وجود هیچگونه توافق یا عرف خاصی، صحّه گذارند. (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۹۶)

در پایان باید گفت که علاوه بر موارد ذکر شده، برای احراز این تعهد می توان به اصل حسن نیت نیز اشاره نمود. به موجب اصل حسن نیت هر طرف در برابر دیگری ملزم به تعامل منصفانه^۹ و متعارف بوده و باید مراقب باشد که موجبات صدمه جسمی، روحی و مالی وی را فراهم نیاورد. (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۷۳)

^۷Venturesome Theory of Pre-contractual Process.

^۸Equity.

^۹Fair Dealing.

^{۲۰}- از این وظیفه تحت عنوان تعهد به مراقبت یاد می شود که در ادامه به آن اشاره خواهیم کرد.

تعهد به مراقبت^{۲۱}

تعهد به مراقبت که ذیلاً به بررسی آن خواهیم پرداخت، از جمله تعهدات مهم پیش قراردادی و در ارتباط مستقیم با اصل حسن نیت است. ((تکلیفی که هر طرف در برابر دیگری دارد تا مواظب باشد موجبات صدمات جسمی، روحی یا مالی او را فراهم نکند، تکلیف مراقبت نامیده می شود و این وظیفه مبتنی بر اصل حسن نیت و تعامل منصفانه است)). (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰ و باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۷۶)

شناسایی چنین تعهدی در دوره پیش قراردادی به عنوان عاملی در جهت تضمین سلامت مذاکرات و ایجاد اطمینان هر چه بیشتر بین طرفین و در نتیجه ثبات و رونق معاملات خواهد بود. در برخی کشورها همچون انگلیس، چنین وظیفه ای برای طرفین پیش بینی نشده است و آنها باید به طرق مقتضی مراقب منافع خود باشند و این انتظار را از طرف مقابل نداشته باشند. البته در صورت وجود روابط نزدیک و امانی ناشی از اعتماد متقابل بین ایشان، آنها موظف به مراقبت از منافع یکدیگر هستند. (Giliker, 2002: p.119)

در روابط حقوقی مبتنی بر اعتماد دو جانبه، طبیعی است که هر یک از طرفین انتظار داشته باشد که طرف مقابل به منافع وی نیز احترام بگذارد. به موجب تعهد به مراقبت، هر یک از طرفین به نحو مقتضی و تا حد امکان، ملزم به جلوگیری از ورود ضرر و زیان به طرف مقابل خود می باشد. برای مثال هیچیک از آنها نباید با سوء استفاده از اعتماد پیش آمده بین خود، دست به عملی بزند که موجب زیان ناروای طرف مقابل شود. همچنین در صورتی که هر یک از طرفین در روند رسیدن به قرارداد نهایی بدون اطلاع از شرایط موجود اقدامی علیه خود انجام دهد که آن اقدام در جریان مذاکرات، بی فایده و غیر ضروری تلقی شود و طرف مقابل با آگاهی از این موضوع وی را از این اقدام منع نکند، هر چند که عمد و سوء نیتی نداشته و فقط سهل انگاری کرده باشد، ملزم به جبران زبانی که از این مسیر به طرف مقابل وارد شده است خواهد بود. البته باید توجه داشت که این موضوع به معنای مقدم داشتن منافع طرف مقابل بر منافع شخصی خود که در تضاد با شرایط بازارهای رقابتی و آزاد می باشد، نیست بلکه طرفین تنها تا حدود متعارف ملزم به رعایت این تعهد می باشند و توقع بیش از آن به بازار رقابتی آسیب جدی وارد کرده و موجب کم رونقی معاملات خواهد شد.

عرف آذر تشخیص میزان تعهد طرفین در زمینه مراقبت از منافع و مصالح یکدیگر نقش مهمی دارد. به عنوان مثال ممکن است که در عرف خاص تجاری مرتبط با موضوع مذاکرات، خود طرفین ملزم به بررسی تمام جوانب امر بوده و لذا تعهد به مراقبت کم رنگ تر شود یا اینکه برعکس، طرفین متعهد به مراقبت از تمام منافع یکدیگر باشند که در این صورت تکلیف مراقبت بیش از سایر موارد خواهد بود.

همانطور که گفته شد، تخلف از چنین تعهدی ممکن است به صورت عمدی یا سهوی واقع شود که در هر دو صورت الزام به جبران خسارات وارده قابل پیش بینی می باشد. در صورت عمدی بودن تخلف مذکور، این موضوع می تواند تحت عنوان اظهار خلاف واقع^{۲۲} یا تدلیس^{۲۳} قابل پیگیری باشد و در موارد غیرعمدی بودن نیز می توان آن را مشمول عنوان تقصیر^{۲۴} دانست. (اوصیاء، ۱۳۸۱: ۳۲۷)

^{۲۱}Obligation (or Duty) to Care.

^{۲۲}Custom.

^{۲۳}Misrepresentation.

^{۲۴}Deceive.

تعهد به صداقت^{۲۶}

سنگ بنای رونق معاملات تجاری به اعتماد صاحبان کار و سرمایه به یگدیگر بستگی دارد. به عبارت دیگر، چنانچه اعتمادی بین اشخاص وجود نداشته باشد، این امر به بدبینی و عدم تمایل به برقراری روابط قراردادی منجر خواهد شد و از این طریق ثبات و امنیت معاملات را با تهدیدی جدی مواجه نموده و موجب رکود اقتصادی خواهد شد. چنین اعتمادی تنها از طریق صداقت در گفتار و رفتار به وجود خواهد آمد و لذا یکی از تعهدات پیش قراردادی را می توان تحت عنوان تعهد به صداقت مطرح نمود. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۷۵)

دوره پیش قراردادی به عنوان مسیر گذر طرفین از روابط ساده به روابط قراردادی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. کمک به ایجاد اعتماد در این مرحله به معنای تضمین ثبات و رونق معاملات خواهد بود. به موجب اصل حسن نیت و تعامل منصفانه، طرفین متعهد به درستکاری و داشتن صداقت در بیان تمام جزئیات مربوط به معامله هستند. عدم راستگویی و درستکاری در این مرحله می تواند با ایجاد انتظارات واهی در طرفین به حصول توافق نهایی آسیب رسانده و یا پس از حصول توافق نهایی به انحلال آن منجر شود. (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۹۵)

تعهد به شفافیت^{۲۷}

پنجمین مورد از مجموعه تعهدات مهم پیش قراردادی، تعهد به شفافیت در گفتگوها و عدم گمراه کردن طرف مقابل به واسطه گفتار یا رفتار نادرست است. به عبارت دیگر، با توجه به اصل حسن نیت در مذاکرات پیش قراردادی، هر یک از طرفین در جریان گفتگوهای مقدماتی ملزم به رعایت نکاتی می باشند که منجر به درک هر چه صحیح تر طرف مقابل از مفاد قرارداد آینده و پرهیز از سوء تفاهم خواهد شد. (باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۶۵)

از مصادیق رعایت چنین تعهدی می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- به کار بردن زبان ساده و قابل فهم^{۲۸} برای هر دو طرف در پروسه مذاکرات پیش قراردادی به نحوی که از هر گونه سخنان مبهم و دو پهلو و گمراه کننده خودداری شود. به بیان دیگر، طرفین باید با زبان مورد استفاده در گفتگوهای شفاهی و اسناد مبادله شده بین خود آشنایی کامل داشته تا بدینوسیله اختلافات ناشی از برداشت متفاوت از گفتگوهای مقدماتی به حداقل ممکن کاهش یابد. این امر به ویژه در مذاکراتی که طرفین آن دارای تابعیت های مختلف بوده و به غیر از زبان کشور خود با زبان دیگری آشنایی ندارند از اهمیت بسیاری برخوردار است. زبان مورد استفاده در مذاکرات، همانند بسیاری از مسائل دیگر تابع توافق طرفین است، اما بهتر است که آنها به جهت جلوگیری از بروز مشکلات در آینده روابط خود، حتی الامکان از زبانهای رایج بین المللی و نیز مترجمان و نمایندگان با تجربه و آشنا با جزئیات آن زبان خاص استفاده نمایند. به عنوان نمونه نیز می توان از حقوق انگلستان نام برد که در آن، بر استفاده بیمه گران از زبان انگلیسی ساده در قراردادهای بیمه تأکید شده است. (عابدیان و خروشی، ۱۳۸۸)

^{۲۶}Negligence.

^{۲۷}Duty to Honesty.

^{۲۸}Duty to Clarity (or Clearness).

^{۲۹}Plain Language.

۲- داشتن رفتاری متعارف و همراه با حسن نیت در جریان گفتگوهای مقدماتی. به دیگر سخن، در بسیاری از موارد طرفین با زبان مورد استفاده در مذاکرات آشنایی دارند، اما رفتاری گمراه کننده در پیش گرفته و به این واسطه موجب ایجاد تصورات اشتباه در طرف مقابل خود می شوند. چنین رفتاری تقصیر محسوب شده و می تواند تحت عنوان تدلیس قابل پیگیری باشد. تعهد به شفافیت در گفتگوهای مقدماتی اقتضاء می کند که طرفین نه فقط در گفتار و نوشتار بلکه در نحوه رفتار خود نیز دقت کافی را مبذول داشته تا از ایجاد انتظارات نادرست در طرف مقابل جلوگیری شود. به عنوان مثال، چنانچه تولید کننده کالا با زدن برخی علائم و برچسبها بر روی کالای مزبور، آن را واجد وصفی اعلام کند که در واقع چنین نیست یا اینکه فروشنده کالا، نمونه ای از آن را به مشتری ارائه کند که با کالای اصلی متفاوت است، می توان گفت که او با رفتار و عملیات متقلبانه خود، بر خلاف تعهد به صداقت و شفافیت عمل کرده و بنابراین مسئول جبران خسارات وارده به طرف مقابل است. (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۳)

تعهدات پیش قراردادی در حقوق خارجی

حقوق خارجی در زمینه تعهدات پیش قراردادی از غنای بیشتری نسبت به حقوق داخلی ایران برخوردار می باشد. اهمیت مسائل مربوط به دوره پیش قراردادی در حقوق خارجی باعث شده که در بسیاری از موارد، قانونگذاران دست به کار شده و نسبت به تنظیم قواعد این دوره در قالب قوانین و مقررات مختلف اقدام نمایند. رویه قضایی و نظریات علمای حقوق نیز به ویژه در موارد غفلت قانونگذار به یاری قوانین آمده و تا حدود زیادی خلاء های قانونی در این زمینه را پوشش داده اند. در ادامه این بخش به ذکر خلاصه ای از وضعیت تعهدات مختلف پیش قراردادی در حقوق خارجی و بین المللی می پردازیم.

۱- تعهد به داشتن حسن نیت در روابط پیش قراردادی: اصل حسن نیت از گذشته های دور وارد عرصه حقوق شده و در حقوق روم و یونان باستان شواهدی مبنی بر آن یافت شده است. در حقوق تعهدات نیز به ویژه از قرن نوزدهم میلادی به بعد، به این مفهوم توجه ویژه ای شده و در حال حاضر به عنوان یکی از مهمترین اصول و تعهدات مطرح در عرصه بازرگانی جهان محسوب می شود. البته در نظام حقوق نوشته پیش از نظام حقوق عرفی بر حسن نیت تأکید شده است. (اصغری آقمشهدی و ابویی، ۱۳۸۷)

در نظام حقوق نوشته در برخی کشورها همچون ایتالیا و آلمان و ایالت کبک^۹ گانادا، حسن نیت به عنوان اصلی فراگیر در قوانین و مقررات مورد اشاره قرار گرفته است. (انصاری، ۱۳۸۸: ۲۹ و دیلمی، ۱۳۸۹: ۳۳)

در برخی دیگر از کشورها همچون فرانسه، اغلب رویه دادگاهها و دیدگاه علمای حقوق سبب گسترش این مفهوم شده و آن را به اصلی عمومی تبدیل ساخته است. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۲)

این در حالی است که در کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی به خصوص انگلستان، ضمن مخالفت و انکار حسن نیت به مفاهیمی همچون آزادی قراردادی و اصالت فرد بها داده می شود. در این کشورها اعتقاد بر این است که انگیزه و نیت اشخاص در حقوق قانونی آنها تأثیری نداشته و آنها باید مراقب منافع خود باشند.

اما حقوق امریکا نرمش بیشتری نسبت به حسن نیت داشته و آن را تا حدودی پذیرفته است. (بائو و تای، ۲۰۰۵)

۲- تعهد به عدم افشای اطلاعات محرمانه: در حقوق کشورهایی همچون آلمان و اتریش و پرتغال، رازدار بودن در گفتگوهای مقدماتی را زیر مجموعه مراقبت در گفتگوها دانسته اند.

^۹Quebec.

در اکثر کشورهایی که اصل حسن نیت در آنها پذیرفته شده، وظیفه رازداری نیز شناسایی و بر آن تأکید شده است که به عنوان نمونه می توان از کشورهای لیتوانی و دانمارک و آلمان نام برد. در حقوق انگلیس این وظیفه بر اساس اصل انصاف توجیه می شود و عمل بر خلاف آن را غیرمنصفانه می دانند. در فرانسه نیز افشای اطلاعات محرمانه، تقصیر محسوب شده و موجب مسئولیت مدنی است. در حقوق فراملی نیز ماده ۳۰۲-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^{۳۰} و نیز ماده ۱۶-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین المللی^{۳۱} به این وظیفه اشاره دارند. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۹-۱۸۸)

۳-تعهد به جدیت: این تعهد در بند ۳ ماده ۱۵-۲ اصول قراردادهای تجاری بین المللی موسوم به یونیدقوا مورد اشاره قرار گرفته است. در این بند، عدم جدیت در ورود به گفتگوهای مقدماتی یا ادامه آنها از مصادیق سوء نیت تلقی شده است. همچنین بند ۳ ماده ۳۰۱-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز عدم جدیت را بر خلاف حسن نیت و تعامل منصفانه شناخته است. در حقوق فرانسه، عدم جدیت در ادامه گفتگوها که باعث امیدوار شدن بی دلیل طرف مقابل می شود، از مصادیق تقصیر محسوب شده است و چنین تخلفی از طریق رفتار انفعالی نیز قابل تحقق می باشد.

۴-تعهد به همکاری: این تعهد در مقررات و رویه قضایی برخی کشورها همچون فرانسه مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین در ماده ۲۰۲-۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی و نیز ماده ۳-۱-۵ اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی به وظیفه همکاری متقابل اشاره شده است. هر چند که مقررات مذکور به بحث اجرای قرارداد مربوط می شوند اما با وحدت ملاک از آنها می توان طرفین را در دوره پیش قراردادی نیز ملزم به همکاری دانست. (قاسمی حامد، ۱۳۷۵)

۵-تعهد به شفافیت: در مقررات برخی کشورها همچون ایتالیا به تعامل روشن و بدون ابهام در بستن قرارداد اشاره شده است. در حقوق انگلیس نیز به همین ترتیب بر شفافیت تأکید شده و به عنوان نمونه، بیمه گران ملزم به استفاده از زبان انگلیسی ساده در قراردادهای خود شده اند. (عابدیان و خروشی، ۱۳۸۸)

گفتار سوم: مصادیق توافقات پیش قراردادی^{۳۲}

پس از بیان انواع تعهدات پیش قراردادی، برخی از مصادیق و قالب هایی را که تعهدات مذکور در آنها تجلی می یابد، مورد بررسی قرار خواهیم داد. منظور از توافقات پیش قراردادی که شالوده و مبنای قرارداد آینده طرفین را تشکیل می دهند و زمینه ساز آن محسوب می شوند، آن دسته از توافقاتی است که در مرحله پیش قراردادی و با هدف پیشرفت گفتگوهای مقدماتی و تسهیل و تضمین رسیدن به قرارداد نهایی بین طرفین حاصل می شود. به عبارت دیگر، چنین توافقاتی دلالت بر قصد طرفین نسبت به پیگیری، انجام مذاکره و یا نهایی کردن یک یا چند قرارداد در آینده دارند و ممکن است که ساده و مختصر یا بسیار پیچیده و مفصل باشند. بدیهی است که اگر توافق طرفین به این موضوع مرتبط نبوده و با اهداف دیگری صورت گیرد یا اینکه از لحاظ زمانی در مرحله دیگری واقع شود، توافقی جداگانه تلقی شده و دیگر نمی توان آن را توافقی پیش قراردادی به معنای مرسوم دانست. ممکن است که توافقات مذکور ماهیتی قراردادی داشته باشند، اما همواره اینگونه نیست. همچنین ممکن است چنین توافقاتی در یک مرحله به صورت ساده و مختصر صورت گرفته و تنها به ذکر کلیات بسنده کنند، یا اینکه در چند مرحله به صورت پیچیده و مفصل انجام شده و حاوی تمامی شرایط مهم قرارداد آینده باشند. باید توجه داشت که در هر حال رسیدن

^{۳۰}The Principles of European Contract Law (PECL).

^{۳۱}UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.

^{۳۲}Pre-contractual Agreements Instances.

به توافقات مقدماتی به معنای قطعیت در رسیدن به قرارداد نهایی تلقی نمی شود، بلکه این توافقات تنها جنبه تسهیل و ایجاد پیشرفت در روند مذکور را دارند. (شیروی، ۱۳۸۲: ۷)

قولنامه^{۳۳}

یکی از قدیمی ترین و رایج ترین قالبهای توافق پیش قراردادی که برای فراهم نمودن زمینه رسیدن به قرارداد نهایی بین طرفین مورد استفاده قرار می گیرد، عبارت است از قولنامه؛ که از آن به وعده قرارداد یا پیش قرارداد نیز یاد شده است. تعاریف مختلفی در مورد قولنامه صورت گرفته، اما این اصطلاح معمولاً به هرگونه توافق مقدماتی مکتوب که طرفین در دوره مقدماتی برای رسیدن به قرارداد نهایی تنظیم می کنند اطلاق می شود. چنین توافقی به طور معمول در قالب سند عادی تنظیم می شود و شباهت زیادی به یک قرارداد قطعی دارد و لذا می توان آن را دارای ماهیتی قراردادی دانست. برای تشخیص قولنامه از قرارداد قطعی و نهایی نباید تنها به شکل سند تنظیمی توجه کرد، بلکه باید مفاد آن را مدنظر قرار داد و قصد واقعی طرفین را کشف کرد. ممکن است قولنامه در قالب یک سند رسمی یا عادی مستقل تنظیم شده یا اینکه در قالب شرطی در ضمن عقد دیگر بیاید مانند اینکه ضمن عقد بیع بر انجام معامله ای در آینده توافق شود. (اباذری فومشی، ۱۳۷۸: ۱۵)

در تعریف قولنامه می توان گفت: موافقتنامه ای است که شرایط و زمان ایجاد عقد دیگری را که طرفین ملزم به اجرای آن در زمان مورد نظر می باشند، بیان می دارد. (جلیلی، ۱۳۸۱: ۶۶)

همانطور که در مباحث پیشین بیان شد، دوره پیش قراردادی، مرحله ای مخاطره انگیز بوده و فرض بر این است که در صورت ترک مذاکرات در وهله اول هیچ ضمانت اجرایی متوجه طرفین نیست، اما آنها می توانند با استفاده از قالبهایی همچون قولنامه بر خلاف این امر توافق کنند. تنظیم قولنامه پیش از عقد قرارداد نهایی باعث ثبات هر چه بیشتر مذاکرات و کاهش خطرات احتمالی شده و هر یک از طرفین می توانند با استناد به آن به اهداف موردنظر خود از ادامه گفتگوها جامه عمل ببوشاند. در قولنامه همچنین می توان بر ضمانت اجراهای خاص تصریح نمود. چنین ضمانت اجرایی حسب توافق طرفین در شرایطی همچون ترک مذاکرات یا عدم انعقاد قرارداد نهایی قابل اعمال خواهد بود. البته ممکن است که قولنامه تنظیمی بین طرفین فاقد ضمانت اجرا بوده و تنها جنبه ثبت و ضبط^{۳۴} توافقات صورت گرفته تا آن مرحله خاص را داشته باشد. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۲۴۸ و جلیلی، ۱۳۸۱: ۶۵)

قولنامه به ویژه در قراردادهای بزرگ و پیچیده تجاری، نقش مؤثری در پیشرفت گفتگوها و آشنایی طرفین با اهداف یکدیگر از ادامه مذاکرات دارد. تنظیم قولنامه پس از مذاکرات سخت و وقت گیر موجب حفظ دستاوردهای طرفین و جلوگیری از هدر رفتن تلاشها و هزینه های صورت گرفته تا آن مرحله می شود. از دیگر مزیتهای فراوان قولنامه می توان به جنبه اثباتی و استنادی آن و نیز کمک گرفتن از آن برای تفسیر قرارداد نهایی اشاره نمود.

در واقع قولنامه قراردادی است که به عنوان مقدمه ای برای رسیدن به قرارداد نهایی بین طرفین تلقی می شود و به همین جهت، برخی از اساتید آن را پیمان مقدماتی یا پیش قرارداد یا وعده قرارداد و قولنامه نامیده اند. (کاتوزیان و قائم مقامی به نقل از جلیلی، ۱۳۸۱: ۶۵)

^{۳۳}Preliminary Agreement (or Letter of Intent).

^{۳۴}Recording.

نامزدی در عقد نکاح^{۳۵}

هر چند که تکیه اصلی مطالب این پژوهش بر قراردادهای تجاری و اقتصادی می باشد، اما این بدان معنا نیست که امکان طرح مباحث دوره پیش قراردادی در عقود خاص همچون عقد نکاح وجود ندارد. همانطور که می دانیم، چهره معنوی و اخلاقی عقد نکاح بر چهره مادی و مالی آن برتری دارد و نمی توان آن را در ردیف سایر عقود قرار داد. پس از خواستگاری، طرفین بر ازدواج آینده به توافق مقدماتی رسیده اند و دوران نامزدی در واقع دوران پیش قراردادی نسبت به عقد نکاح محسوب می شود که البته دارای ویژگیهای خاص و مختلف از سایر عقود است.

تعریف مشخصی از نامزدی در قوانین ایران مشاهده نمی شود، اما تعریف ساده ای که حقوقدانان از آن ارائه کرده اند به این صورت است که: موافقت زن با درخواست خواستگاری از سوی مرد را در اصطلاح عرفی نامزدی می گویند. نامزدی که از آن به وعده ازدواج نیز یاد می کنند، در واقع توافقی مقدماتی و تشریفاتی برای ازدواج آینده است که التزامی برای طرفین ایجاد نمی کند. اختیار ورود یا عدم ورود به قرارداد که در بحث آزادی قراردادی به آن اشاره نمودیم، در مورد عقد نکاح نیز رعایت شده و مطابق ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نکرده و هیچکس را نمی توان مجبور به ازدواج نمود. این آزادی در تصمیم گیری برای ازدواج به دلیل داشتن تبعات معنوی و اخلاقی و اجتماعی از اهمیتی دو چندان نسبت به عقود دیگر برخوردار است. (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۳۳)

سؤال اینجاست که پس از نامزدی، در صورت تخلف از وعده های داده شده و ممانعت از انعقاد عقد نکاح از سوی یکی از طرفین، آیا طرف مقابل می تواند تقاضای جبران خسارت نماید؟ پاسخ این است که نامزدی هیچگونه تعهدی برای ازدواج ایجاد نکرده و بر هم زدن آن نیز هیچ مسئولیتی در پی ندارد، بلکه تنها در صورت تعیین ضمانت اجرا برای بر هم زدن غیرموجه نامزدیاز سوی طرفین یا تجویز عرف و قانون نسبت به این امر می توان تقاضای جبران خسارت نمود. ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی ایران که در اصلاحات سال ۱۳۷۰ حذف شده است به این موضوع اشاره کرده بود. (همان، ۱۳۸۵: ۳۴ و محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۳ و ۱۳۸۷: ۱۷۶-۱۷۴)

رعایت تمامی تعهداتی که در گفتار پیشین به آنها اشاره کردیم در دوره نامزدی ضروری است و عدم توجه به آنها ضمن ایجاد تبعات سنگین اخلاقی و اجتماعی و معنوی، موجب ایجاد مسئولیت برای طرف متخلف به عناوین گوناگون از جمله تدلیس و اظهار خلاف واقع خواهد شد.

بررسی کالا پیش از خرید^{۳۶}

از گذشته های دور مرسوم بوده که اشخاصی که با هدف خرید یا اجاره یا قراردادهای مشابه آنها به بازار مراجعه می کردند، برای اطمینان از صحت عملکرد کالای مورد نظر یا بررسی اوصاف مدنظر خود از کالای مربوطه، آن را از فروشنده مطالبه و مورد رؤیت و آزمایش قرار می دادند. فروشنده نیز برای جلب رضایت هر چه بیشتر مشتریان و فروش بهتر کالاهای خود یا بعضاً به جهت تبلیغ آن، کالای مورد نظر را با بیان شرایط معامله در اختیار مشتری قرار می داد. این رسم قدیمی امروزه نیز جریان دارد و فروشنندگان و خریداران با اهداف مختلف به تبادل کالایی می پردازند که هنوز مورد معامله قطعی قرار نگرفته است. تسلیم کالا حسب مورد ممکن است تنها برای لحظاتی اندک صورت پذیرد یا اینکه بررسی کالا نیاز به زمان زیادی داشته

^{۳۵}Engagement in Marriage Contract.

^{۳۶}Examination Goods before Purchase.

و به عنوان مثال تا چند روز در اختیار مشتری قرار گیرد. کالایی که بدین نحو به مشتری تسلیم می شود را در اصطلاح فقهی و حقوقی، مأخوذ بالسوم گویند. واژه مأخوذ در زبان عربی، اسم مفعول و به معنای اخذ شده و تحویل گرفته شده و واژه السوم به معنای بازار است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۹۰)

در مورد کالای مأخوذ بالسوم می توان گفت که در چنین شرایطی، طرفین وارد دوره پیش قراردادی برای انعقاد عقد نهایی شده اند و در نتیجه ملزم به رعایت تمامی تعهدات خاص این دوره می باشند. به عنوان مثال بایع و مشتری هر دو باید حسن نیت داشته و با صداقت و جدیت در انجام معامله، کالای مورد نظر را مبادله کنند. نداشتن قصد واقعی برای انجام معامله یا سوء نیت یکی از طرفین، موجب اتلاف وقت و از بین رفتن فرصت معامله با اشخاص دیگر شده و از نظر عرف تجاری نیز جایز نیست و در بسیاری از موارد می تواند به صورت ناروا موجب ضرر و زیان طرفی که حسن نیت داشته گردد. در چنین حالتی طرف متخلف، ملزم به اطلاع رسانی سریع به طرف مقابل و حسب مورد بازگرداندن کالا یا وجه الضمان به مالک آن (مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ قانون مدنی ایران) بوده و در صورت ورود ضرر به وی باید از عهده خسارات وارده برآید، زیرا تعهد به داشتن حسن نیت و صداقت و جدیت را رعایت نکرده است. البته اگر دلیل موجهی ارائه شود مانند اینکه مشتری پس از بازگرداندن کالا به بایع استدلال کند که کالای مورد نظر خصوصیات مدنظر وی را نداشته، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود، زیرا فرض بر این است که بیان این امر با حسن نیت صورت گرفته است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در فقه امامیه هم گفته شده که هر چند قاعده اولیه این است که اذن مالک موجب اباحه تصرف می شود، اما مشهور فقهاء معتقدند که مال مأخوذ بالسوم از استثنائات اصل فوق بوده و متصرف مال مذکور را در حکم غاصب و مشمول قاعده ضمان ید و در نتیجه، ضامن تلف و عیب و نقص آن مال دانسته اند. (محمدی، ۱۳۹۰: ۵۷-۵۵ و انصاری، ۱۳۷۲: ج ۱: ۳۰۹)

توافقات مقدماتی پیش از عقد^{۳۷}

اشخاصی که قصد انجام معامله با یکدیگر را دارند در بسیاری از موارد نمی توانند به یکباره و بلافاصله در مورد شرایط مختلف آن به توافق رسیده و قرارداد نهایی را بین خود تنظیم و اجرا کنند. داشتن چنین انتظاری حتی در قراردادهای ساده به دور از منطق و تصویری اشتباه است، زیرا طرفین باید از جزئیات معامله و اهداف یکدیگر به درستی آگاه شوند تا در آینده و در اجرای قرارداد به مشکل برنخورده و حتی الامکان تصور مشابهی از شرایط قرارداد داشته باشند. در واقع عنصر اصلی و سازنده قراردادها که همان قصد مشترک طرفین است، تنها از طریق رایزنی پیش از قرارداد و در قالب توافقات مرحله به مرحله^{۳۸} حاصل خواهد شد.

اصولاً هر عقدی مسبوق به توافقات مشترک پیش از آن می باشد و تا حصول یک نقطه نظر واحد و متفق القول بین طرفین، هیچ عقدی به وجود نمی آید. قانونگذار نیز به این امر واقف بوده است. ماده ۳۳۹ قانون مدنی ایران در همین راستا مقرر داشته: ((پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود)). روشن است که توافقات مذکور جنبه مقدماتی داشته و به عنوان قرارداد نهایی بیع شناخته نمی شوند. چنین توافقاتی جنبه مبنایی داشته و زمینه انشای عقد نهایی از سوی طرفین را فراهم می کنند. همچنین اینگونه توافقات به عقد بیع منحصر نبوده و در تمامی قراردادها قابلیت طرح دارند. (شهیدی، ۱۳۸۵ الف: ۱۵۹-۱۵۶)

^{۳۷}Preliminary Agreements before Contract.

^{۳۸}Step to Step.

هر چند که در ظاهر توافقات مقدماتی پیش از انعقاد قرارداد اصلی، خود به قراردادی مستقل شباهت دارند اما این شباهت ظاهری نباید موجب غفلت از این نکته شود که تمامی این توافقات برای رسیدن به یک هدف نهایی که همان عقد قرارداد اصلی بین طرفین می باشد، صورت می پذیرند و لذا نمی توان خارج از این مفهوم برای آنها ارزشی قائل شد. پس بنابراین، توافقات مذکور در واقع همان دوره پیش قراردادی برای انعقاد قرارداد نهایی تلقی شده و لذا طرفین باید تعهدات مربوط به آن دوره از جمله حسن نیت و شفافیت و جدیت و امثال آنها را در توافقات مقدماتی رعایت کرده و به بهانه های واهی از آن شانه خالی نکنند. در صورت تخلف از این وظیفه و ورود زیان به طرف مقابل قبل از اینکه قراردادی بین طرفین حاصل شود، طرف متخلف بر مبنای مسئولیت پیش قراردادی ملزم به جبران خسارات وارده خواهد بود و در صورت حصول قرارداد نهایی، دارای مسئولیت قراردادی بوده و طرف دیگر نیز به استناد رخ دادن همان تخلفات پیش قراردادی از حقوقی مانند حق فسخ قرارداد برخوردار خواهد شد. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۲۳۷-۲۳۶)

گفتار نخست: اجرای تعهدات پیش قراردادی^{۳۹}

سؤال مهمی که در این خصوص مطرح می باشد این است که نحوه اجرای تعهدات پیش قراردادی چگونه است؟ آیا شخص متعهد، برای ایفای تعهدات مذکور ملزم به پذیرش و انجام امور دیگری هم هست یا خیر؟ چه عواملی باعث رفع تکلیف از وی می شوند؟ در این گفتار به پاسخ این سؤالات و پرسشهای مشابه دیگر خواهیم پرداخت، اما قبل از آن لازم است که با مفهوم و مبنای اجرای تعهد آشنا شویم که ذیلاً به آن اشاره می کنیم.

۱-۱-۴- مفهوم و مبنای اجرای تعهد^{۴۰}

تعهد در معنای رایج خود عبارت از رابطه ای حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می شود، خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری. (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف: ۷۱)

در اینجا اما منظور و هدف از طرح بحث، آشنایی کلی با مفهوم اجرای تعهد است. به عبارت دیگر، نحوه اجرای همان تعهدی که تعریف آن گذشت چگونه است و چه زمانی می توان گفت که تعهد از عهده شخص متعهد ساقط می شود؟

به عبارت ساده می توان گفت که ((اجرای تعهد به معنی بجا آوردن التزامی است که مدیون بر عهده دارد، خواه این اقدام ارادی باشد و از سوی شخص مدیون صورت گیرد یا اینکه به قهر انجام پذیرد. اثر اجرای تعهد به طور معمول زوال و سقوط آن است؛ بدین معنی که در اثر وفای به عهد یا اجرای حکم دادگاه، طلبکار به حق خود می رسد و موضوع تعهد از بین رفته و رابطه حقوقی پایان می پذیرد)). (همان، ۱۳۸۵ الف: ۳۴۲)

در پاسخ به سؤالی که در بالا مطرح شد باید گفت که ترتیب اجرای تعهدات و زمان رفع تکلیف از عهده شخص متعهد، مباحثی هستند که در کتب حقوقی زیر عنوان سقوط تعهدات مفصلاً مورد بررسی قرار گرفته اند. در ادامه مطالب این فصل و به صورت غیرمستقیم به قسمتی از مباحث مربوط به سقوط تعهدات اشاره خواهیم کرد، اما به طور کلی باید گفت که در تعهدات دارای منشأ قراردادی عواملی همچون وفای به عهد، اقاله، ابراء و اعراض، تبدیل تعهد، تهاتر، مالکیت ما فی الذمه، فسخ، تلف مال مورد تعهد و ناممکن شدن عمل مورد تعهد و در برخی موارد نیز مرور زمان موجبات سقوط تعهد را فراهم می آورند. در تعهدات

^{۳۹}Enforcement of Pre-contractual Obligations.

^{۴۰}Concept and Base of the Obligation Enforcement.

دارای منشأ غیرقراردادی نیز اجرای دقیق حکم قانون که معمولاً در قالب حکم دادگاه اعلام می گردد، موجب سقوط تعهد و رفع مسئولیت مدنی خواهد شد.^{۴۱}

مبنای اجرای تعهد، بسته به اینکه تعهد دارای منشأ قراردادی بوده یا اینکه از زمره تعهدات و الزامات خارج از قرارداد باشد، متفاوت است. در تعهدات قراردادی یا شبه قراردادی معمولاً نیروی الزام آور قرارداد است که طرفین آن را به اجرای آنچه که توافق کرده اند و می دارد، اما در الزامات خارج از قرارداد این حکم قانون و رأی دادگاه است که شخص متعهد را به انجام تعهد مدنی خود ملزم کرده و در صورت عدم انجام تعهد، او را مسئول می شناسد. البته در مورد تعهدات قراردادی نیز می توان گفت که نیروی الزام آور عقد، ناشی از قانون است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی)، اما تفاوت این دو در آن است که در الزامات خارج از قرارداد، حکم قانون مستقیماً موجب الزام اشخاص به اجرای تعهد می شود در حالی که در تعهدات قراردادی، این الزام قانونی به صورت غیرمستقیم و به واسطه عقد ایجاد می شود. (امامی، ۱۳۸۶: ۱۷۱ و ۳۵۰ و ۳۵۷)

اجرای تعهدات پیش قراردادی قبل از توافق نهایی^{۴۲}

با توجه به اینکه پیش از رسیدن به یک توافق نسبتاً جامع و قطعی و نهایی که حاصل اراده مشترک طرفین بوده و به عنوان عنصر سازنده عقد تلقی می شود، هیچگونه رابطه قراردادی بین آنها متصور نیست، بدیهی است که نمی توان به استناد قرارداد آینده که هنوز پای به عرصه وجود نگذاشته است، طرفین را مکلف به اجرای تعهدات خود دانست. سؤال این است که مبنا و پشتوانه اجرای تعهدات پیش قراردادی در این فرض چیست؟ به عبارت دیگر نحوه اجرای تعهدات در این حالت چگونه است و چه عواملی باعث می شود که ما این الزام را برای طرفین شناسایی کنیم؟

در این رابطه لازم است که بین تعهدات پیش قراردادی با منشأ قراردادی و تعهدات پیش قراردادی با منشأ غیرقراردادی تفکیک قائل شده و جداگانه به نحوه اجرای هر یک اشاره نماییم. پیش از ورود به بحث لازم به یادآوری است که با توجه به حاکمیت اصول عملی در بحث تفسیر قراردادها که به عقیده برخی حقوقدانان در حکم قانون می باشند، چنانچه تردیدی در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد بین طرفین حاصل شود، باید اصل عدم را جاری ساخت که نتیجه آن عدم وجود قرارداد است؛ مگر اینکه دلایل و قرائن دیگری مبنی بر وجود قرارداد بین طرفین موجود باشد که در این صورت رابطه آنها قراردادی تلقی می شود. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۲۷)

باید توجه داشت که اجرای تعهدات پیش قراردادی در دوره پیش قراردادی تنها در صورتی قابل مطالبه و تحقق می باشد که طرفین به نحوی از انحاء، اجرای آنها را به حصول توافق نهایی موکول نکرده باشند. به عبارت دیگر، در صورت تعلیق اجرای تعهدات مذکور به حصول قرارداد نهایی یا واقعه ای دیگر که از لحاظ زمانی بعد از توافق نهایی محقق خواهد شد، بحث اجرای تعهدات پیش قراردادی در دوره پیش قراردادی موضوعاً منتفی خواهد بود. البته در چنین مواردی با حصول معلق علیه، طرفین ملزم به اجرای تعهدات خود می باشند، خواه در متن قرارداد نهایی به این تعهدات تصریح شده باشد یا تصریح نشده باشد. در هر صورت، وفای به عهد از حیث زمان، تابع توافق طرفین است مگر اینکه آنها زمان خاصی را برای اجراء تعیین نکرده باشند که در این فرض، تعهد باید فوراً ایفاء شود. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۸)

^{۴۱} - جهت مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع کنید به: شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد.

^{۴۲} Enforcement of Pre-contractual Obligations before Final Agreement.

۱-۲-۱-۴- اجرای تعهدات دارای منشأ قراردادی^{۴۳}

همانطور که در خلال مباحث پیشین بیان شد، این امکان وجود دارد که طرفین مذاکره کننده، توافقات خود را در قالب قراردادهای گوناگون و متعدد گنجانده و بدینوسیله به روابط خود جنبه قراردادی بدهند. چنین توافقاتی ممکن است در قالب تعهد به وسیله یا تعهد به نتیجه مطرح شوند. عقد قراردادهای فرعی در خلال دوره پیش قراردادی در جهت پیشرفت مذاکرات و رسیدن به قرارداد اصلی و نهایی با انگیزه های مختلفی صورت گرفته و فواید زیادی برای آن متصور است که از آن جمله می توان به جلوگیری از هدر رفت توافقات مرحله ای طرفین به ویژه در قراردادهای بزرگ تجاری، ایجاد نظم بیشتر در روابط طرفین، ایجاد ثبات و امنیت بیشتر در دوره پیش قراردادی، قرار دادن ضمانت اجراهای مختلف قراردادی جهت جلوگیری از ترک غیرموجه مذاکرات توسط طرفین، جلوگیری از بسیاری از اختلافات ناشی از برداشت متفاوت طرفین از شرایط دوره پیش قراردادی و مواردی از این قبیل اشاره نمود.

در هر موردی که تعهداتپیش قراردادی در قالب یک قرارداد فرعی بین طرفین تنظیم می شود، دقیقاً مشابه تعهدات قراردادی با آن رفتار خواهد شد. به عبارت دیگر، همانطور که برای اجرای تعهدات قراردادی به عقدی که آن تعهدات را برای طرفین ایجاد نموده مراجعه می کنیم، در خصوص نحوه اجرای آن دسته از تعهدات پیش قراردادی که به صورت یک قرارداد منسجم و جداگانه مورد توافق قرار گرفته اند نیز در وهله اول به همان قرارداد منشأ ایجاد تعهد مراجعه می کنیم. در همین راستا، برخی از حقوقدانان گفته اند که عقد، قانون متعاقدين است؛ یعنی همانطور که رعایت قانون بر اشخاص فرض است، رعایت عقد نیز بر متعاقدين فرض است. ماده ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی ایران هم بیانگر این امر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۷)

در این حالت لازم است که موضوع اجراء، دقیقاً با قرارداد منعقد شده بین طرفین مطابقت نموده و با تعهد صورت گرفته ضمن همان قرارداد، منطبق باشد. در واقع، طرفین قرارداد مکلفند که آن را اجراء و به مفاد و شرایط آن عمل کنند. از این قاعده به اجباری بودن قرارداد یاد می شود. چنانچه تعهد یا تعهدات مورد نظر در قالب چندین قرارداد مرتبط به هم مورد توافق قرار گرفته باشند، باید به تمامی قراردادهای مذکور توجه نمود و اراده کامل طرفین را کشف و بر اساس آن نسبت به نحوه اجرای تعهدات مذکور اظهارنظر نمود. در حقیقت در مقام اجرای تعهد، باید تمامی این قراردادها را در حکم یک قرارداد واحد تلقی کرد. به عنوان مثال، چنانچه در ضمن یکی از قراردادها نسبت به لزوم اطلاع رسانی در خصوص جنبه خاصی از یک موضوع توافق شده و در ضمن قرارداد دیگر نسبت به لزوم اطلاع رسانی در مورد جنبه دیگری از همان موضوع توافق شود، باید چنین توافقاتی را در کنار هم قرار داده و آنها را به شکل یک قرارداد واحد مورد توجه قرار داد. در این موارد چنانچه شکل خاصی از اطلاع رسانی مورد توافق قرار گرفته باشد، طرفین ملزم به رعایت همان شکل خاص بوده و اطلاع رسانی به طرق دیگر، این تعهد را از عهده آنها ساقط نخواهد کرد. (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۵۷)

۲-۲-۱-۴- اجرای تعهدات دارای منشأ غیرقراردادی^{۴۴}

تعهدات دارای منشأ غیرقراردادی ممکن است در شرایط و مصادیق گوناگون برای اشخاص ایجاد شوند، اما تمامی این حالات را می توان تحت دو عنوان کلی تعهدات حقوقی و تعهدات طبیعی مورد بررسی قرار داد که ذیلاً به آن اشاره خواهیم کرد.

^{۴۳}Enforcement of Obligations with Contractual Origin (or Source).

^{۴۴}Enforcement of Obligations with None Contractual Origin.

تعهدات حقوقی و قانونی

منظور از تعهدات حقوقی^{۴۵} خارج از قرارداد در این مبحث، تعهداتی است که هیچگونه قراردادی در بوجود آمدن آنها نقش ندارد و اصولاً این حکم مستقیم قانون است که نیروی الزام آور اجرای چنین تعهداتی را فراهم کرده و برای تخلف از آنها ضمانت اجرا مقرر می کند. چنین تعهداتی ممکن است بدون اراده یا با اراده برای اشخاص ایجاد شود. تعهداتی که بدون اراده برای اشخاص ایجاد می شود تحت عنوان وقایع حقوقی و تعهداتی که با اراده برای ایشان ایجاد می شود تحت عنوان ایقاعات بررسی می شوند.

۱- وقایع حقوقی: اصطلاح وقایع حقوقی که در مقابل اصطلاح اعمال حقوقی قرار می گیرد به رویدادهایی اطلاق می شود که اثر آنها به حکم قانون معین شده و اراده و انشاء مرتکب، سبب اصلی آن آثار نیست. البته همانطور که از تعریف پیداست، در وقایع حقوقی، اصل عمل انجام شده با اراده شخص صورت گرفته است اما آثار آن مدنظر نبوده و این قانون است که آثار آن را تعیین می کند. در چنین وقایعی آنچه سبب ضمان و ایجاد مسئولیت مدنی می گردد، ممکن است در نتیجه عمل عمدی شخص بوده یا اینکه در نتیجه قصور و بی مبالاتی وی ایجاد شود. مبنای ضمان در اینگونه الزامها می تواند ضرر زدن به دیگران یا بهره برداری و استیفاء ناروا از مال یا عمل دیگران باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴ ب: ۹-۱۰)

اهمّ مصادیق وقایع حقوقی که موجب ایجاد مسئولیت مدنی برای شخص متعهد می گردند عبارتند از: غصب، استیفاء بلاجهت، ایفای ناروا و اداره فضولی اموال غیر. البته لازم به یادآوری است که برای تحقق مسئولیت مدنی نیاز به احراز ارکان چنین مسئولیتی می باشد که عبارتند از: وجود ضرر، ارتکاب فعل زیانبار، رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است. (همان، ۱۳۸۴ ب: ۳۷)

همانگونه که آثار وقایع حقوقی را قانون تعیین می کند، به منظور آشنایی با نحوه اجرای تعهدات مربوط به این وقایع نیز باید از قانون کمک گرفت. به عنوان مثال، در مورد غصب ماده ۳۱۱ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: ((غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد)). بنابراین در خصوص دوره پیش قراردادی نیز چنانچه یکی از طرفین رابطه پیش قراردادی حسب مورد و تحت هر عنوان، مالی را از دیگری دریافت کند و این امر در جهت رسیدن به توافق نهایی صورت گرفته باشد، ید او ضمانی است و در صورت عدم حصول توافق نهایی، آن شخص در حکم غاصب بوده و با توجه به قاعده ضمان ید، مکلف به بازگرداندن عین مال یا بدل آن به مالک اصلی است. اجرای تعهدات مربوط به وقایع حقوقی معمولاً به دو صورت انجام می پذیرد که عبارتند از: برگرداندن وضع موجود به حالت سابق و جبران خسارت از راه دادن معادل.^{۴۶}

۲- ایقاعات: در تعریف ساده و مختصر ایقاع گفته شده که ((عمل حقوقی است که با یک اراده واقع می شود)). در تعریفی دیگر، گفته شده که ایقاع ((انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می شود)). (همان، ۱۳۸۴ ج: ۲۰-۱۹)

اصطلاح ایقاع در برابر عقد قرار می گیرد که اثر حقوقی مطلوب آن، نتیجه تراضی است و با یک انشاء تحقق نمی یابد. در ایقاع آنچه صورت می پذیرد کاری ارادی است که به منظور رسیدن به هدف خاص انجام می پذیرد و نباید آن را با رویدادهای طبیعی و قهری اشتباه کرد. همچنین اثری که بر این کار ارادی و حاوی قصد انشاء مترتب می شود، دلخواه است. به عبارت

^{۴۵}Legal Obligations.

^{۴۶}جهت مطالعه مفصل در این خصوص مراجعه کنید به: کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، شرکت سهامی انتشار، صفحه ۱۵۷ به بعد.

دیگر، آنچه به حکم قانون صورت می پذیرد همان است که اراده کننده خواسته و انشاء کرده است و از این لحاظ باید آن را از وقایع حقوقی تفکیک کرد. (همان، ۱۳۸۴ ج: ۱۹)

۳-۱-۴- اجرای تعهدات پیش قراردادی بعد از توافق نهایی^{۴۷}

تردید در نحوه اجرای تعهدات پیش قراردادی تنها در دوره پیش قراردادی وجود دارد و همین امر باعث ایجاد برخی مشکلات و اختلاف نظرها در موضوع اجرای تعهدات مذکور می شود که البته با کمک گرفتن از قواعد عمومی مربوط به تعهدات و اجرای آنها می توان بر این مشکلات فائق آمده و اختلافات را حل و فصل نمود. پس از حصول توافق نهایی بین طرفین و ورود آنها به دوره قراردادی، اختلاف نظرها و مشکلاتی که در دوره پیش قراردادی در خصوص نحوه اجرای تعهدات مطرح بود تا حد زیادی حل شده و روابط طرفین نظم و انسجام خاصی به خود می گیرد.

در واقع با تنظیم قرارداد نهایی بین طرفین، تمامی تعهدات قبلی که در دوره پیش قراردادی صورت پذیرفته بود، در حکم قرارداد بوده و جزئی از آن محسوب خواهد شد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده و به عنوان مثال، در قرارداد نهایی، خود را از برخی تعهدات مذکور بری نمایند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۹)

تعهدات پیش قراردادی در چنین فرضی ممکن است در قالب شروطبنایی صریح یا ضمنی تلقی شده و از این لحاظ طرفین را به اجرای مفاد آنها ملزم نمایند؛ زیرا شروط ضمن عقد از لحاظ لزوم تابع عقد بوده و لذا در صورت صحت قرارداد، طرفین ضمن ملزم بودن به اجرای مفاد قرارداد، مکلف به اجرای شروط ضمن آن نیز می باشند. چنانچه طرفین ضمن عقد نهایی به لزوم اجرای توافقات صورت گرفته بین خود در دوره پیش قراردادی تصریح نمایند، این امر به عنوان شرط صریح تلقی شده و در لزوم اجرای آن تردیدی وجود ندارد. اگر چنین تصریحی در قرارداد نهایی نشده باشد، اما از شواهد و قرائن دیگر بتوان برداشت نمود که طرفین در زمان انعقاد قرارداد به توافقات قبلی خود نیز توجه داشته و با در نظر گرفتن آنها نسبت به انعقاد قرارداد با طرف مقابل اقدام نموده اند، در این حالت نیز طرفین به عنوان شرط بنایی، ملزم به اجرای تعهدات پیش قراردادی خود می باشند.

در صورت تأخیر در اجرای آن دسته از تعهدات پیش قراردادی که اجرای آنها در همان دوره پیش قراردادی مدنظر بوده است، در مواردی که رابطه موضوع اجرای تعهد با زمان اجرای آن، از نوع تعدد مطلوب باشد می توان پس از حصول توافق نهایی نیز اجرای آن را از طرف مقابل درخواست نمود، اما در صورتی که این رابطه از نوع وحدت مطلوب باشد دیگر اجرای تعهد فایده ای نداشته و باید به دنبال راههای جایگزین مانند جبران خسارت یا فسخ قرارداد بود. (ره پیک، ۱۳۸۷: ۱۳۱)

در پایان این بخش لازم به یادآوری است که علاوه بر اینکه تعهدات پیش قراردادی پس از رسیدن به توافق نهایی نیز تحت عناوینی همچون تعهد قراردادی یا شرط ضمن عقد یا قرارداد مستقل لازم الاجراء می باشند، در بسیاری از موارد نیز قراردادهای مذاکرات پیش قراردادی نقش تفسیرکننده قرارداد اصلی را ایفاء کرده و به عنوان قرینه، باعث کشف اراده واقعی و مشترک طرفین در خصوص موضوعات و تعهدات گوناگون قراردادی می شوند و از این حیث موجب رفع اختلافات قراردادی خواهند شد. (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۶۲ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۹)

گفتار دوم: ضمانت اجرای تعهدات پیش‌قراردادی^{۴۸}

عدم اجرا یا اجرای ناقص تعهدات پیش‌قراردادی، موجب زیان طرف مقابل خواهد شد. اگر عدم رعایت تعهدات پیش‌قراردادی از جانب هر دو طرف باشد می‌توان گفت که آنها قصد واقعی رسیدن به قرارداد نهایی را نداشته و اقدامات آنها با انگیزه‌های نمایشی صورت گرفته و در مقابل هم مسئول نیستند. اما اگر این تخلف از سوی یکی از طرفین رخ دهد و طرف دیگر با حسن نیت وارد مذاکرات شده و آنها را ادامه داده و به بستن قرارداد امیدوار شده باشد، نمی‌توان به راحتی از چنین تخلفی گذشت و باید زیان وارده به آن شخص را جبران کرد. این بحث که تحت عنوان ضمانت اجرای تعهدات پیش‌قراردادی یا مسئولیت پیش‌قراردادی از آن نام می‌برند در این گفتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت. هدف اصلی از این گفتار، آشنایی با مطلوبترین شیوه‌های جبران خسارت از شخص زیان‌دیده است تا ضمن احقاق حقوق وی، طرف متخلف نیز به دلیل اهمال یا سوء نیت در روابط پیش‌قراردادی مورد مجازات قرار گیرد. این رویه در برقراری هر چه بیشتر عدالت و جلوگیری از سوء استفاده‌های بعدی و نیز ثبات معاملات مؤثر خواهد بود. همانطور که قبلاً بیان شد، این گفتار نیز به سبک گفتار نخست به دو بخش ضمانت اجرای اجرائی پیش از حصول توافق نهایی و پس از حصول توافق نهایی تقسیم می‌شود که در ادامه به آنها اشاره خواهیم کرد. پیش از ورود به بحث لازم به ذکر است که در این گفتار تنها به ضمانت اجرای عدم رعایت تعهدات پیش‌قراردادی و آثار ناشی از آن خواهیم پرداخت و بحث از مبانی مسئولیت پیش‌قراردادی را به گفتار بعدی موکول می‌کنیم تا حتی الامکان از اختلاط مباحث جلوگیری شود.

ضمانت اجرای تعهدات پیش‌قراردادی قبل از رسیدن به توافق نهایی

عدم اجرای آن دسته از تعهدات پیش‌قراردادی که رعایت و اجرای آنها در محدوده زمانی قبل از توافق نهایی مدنظر بوده است، موجب ایجاد مسئولیت پیش‌قراردادی به معنای خاص می‌گردد. در این حالت با توجه به اینکه هنوز هیچگونه قرارداد نهایی بین طرفین منعقد نشده است، فرض مسئولیت قراردادی به معنای خاص قابل تصور نخواهد بود و لذا برای جبران خسارات وارده باید به قواعد مربوط به مسئولیت پیش‌قراردادی متوسل شد.

منظور از مسئولیت پیش‌قراردادی به معنای خاص، مسئولیتی است که در نتیجه عدم رعایت تعهدات پیش‌قراردادی قبل از حصول قرارداد اصلی و نهایی ایجاد می‌شود و ممکن است که دارای منشأ قراردادی یا غیرقراردادی باشد. مسئولیت پیش‌قراردادی در معنای عام نیز مسئولیتی است که در نتیجه عدم رعایت تعهدات پیش‌قراردادی در هر محدوده زمانی، از جمله پس از رسیدن به توافق اصلی و نهایی، برای شخص متخلف ایجاد می‌شود که در بسیاری از موارد با مسئولیت قراردادی یکسان تلقی می‌شود. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۷۰-۶۹)

نتیجه‌گیری:

به طور کلی نتایج حاصل از این پژوهش را می‌توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

۱- هر چند که در حقوق ایران به نحوی شایسته به موضوع تعهدات دوره پیش‌قراردادی و ضمانت اجرای آنها پرداخته نشده و قانونگذار ایرانی هم تا حدود زیادی از دوره مهم پیش از انعقاد قرارداد غافل مانده است، اما این بدان معنا نیست که نتوان بر

^{۴۸}Pre-contractual Obligations Sanction.

اساس قواعد عمومی مربوط به تعهدات، راه حلی برای این نقص و خلاء حقوقی یافت. به عبارت دیگر، با تلاش در جهت تحقیق و به کار گیری قواعد عام مربوط به تعهدات قراردادی و الزامات قهری خارج از قرارداد، امکان جمع بندی این قواعد و ارائه یک نظریه منسجم در موضوع تعهدات پیش قراردادی و مسئولیت ناشی از نقض آنها وجود دارد. در این رابطه می توان از تلاشهای صورت گرفته در خصوص مباحث دوره پیش قراردادی در حقوق کشورهای خارجی و نیز حقوق فراملی استفاده نموده و با بومی سازی و تطبیق این قواعد با حقوق داخلی، با دقت بیشتر و در مدت زمان کمتری خلاء موجود در این زمینه را پر کرد.

۲- تعهدات پیش قراردادی حسب مورد و بسته به اینکه منشأ تعهد چه باشد، می تواند از نوع تعهدات قراردادی و یا از نوع تعهدات و الزامات قهری خارج از قرارداد محسوب شوند. البته با توجه به اینکه به طور کلی، تعهدات قراردادی از ضمانت اجرای مطلوبتری نسبت به الزامات خارج از قرارداد برخوردار هستند و همچنین اثبات مسئولیت مدنی قهری نسبت به اثبات مسئولیت قراردادی دشوارتر می باشد، طبیعی است که تمایل بیشتری نسبت به قراردادی تلقی کردن تعهدات پیش قراردادی وجود دارد. حتی در برخی موارد ممکن است تعهد پیش قراردادی دارای هر دو منشأ مذکور باشد که این امر معمولاً در شرایطی پیش می آید که زیان دیده، مدعی جبران زیان به میزانی بیش از آنچه که در قرارداد مورد توافق قرار گرفته است می باشد. در بررسی چنین ادعایی باید دقت کافی را مبذول داشت تا از سوء استفاده های احتمالی جلوگیری شود.

۳- در بررسی قواعد مربوط به دوره پیش قراردادی باید نسبت به مسأله توصیف مفاهیم ویژه این دوره همچون تعهد پیش قراردادی و مسئولیت پیش قراردادی اهتمام ورزید. این امر از این لحاظ حائز اهمیت است که مفاهیم مذکور در بسیاری از موارد با مفاهیم دوره قراردادی اشتباه گرفته می شوند. در این راستا در وهله اول باید به تفکیک دوره پیش قراردادی از دوره قراردادی پرداخت و ملاک اساسی این تفکیک نیز وقوع یا عدم وقوع قرارداد اصلی و نهایی بین طرفین است که با توجه به قانون حاکم بر قرارداد و سایر قرائن و شرایط پیرامون موضوع صورت می گیرد. پس از شناسایی دوره ای که طرفین در آن به سر می برند، ماهیت دقیق روابط آنها از لحاظ قراردادی یا پیش قراردادی بودن روشن شده و پس از آن، بررسی تعهدات خاص آنها و ضمانت اجرای تخلف از تعهدات مذکور ساده تر خواهد بود. البته در بررسی مسئولیت پیش قراردادی به معنای عام که شامل دوره قراردادی نیز می شود و همچنین در مواردی که هنوز هیچ توافق نهایی بین طرفین حاصل نشده و مسئولیت پیش قراردادی با منشأ قراردادی مورد توجه قرار می گیرد، ممکن است بین مفهوم مسئولیت قراردادی و مسئولیت پیش قراردادی اختلاط پیش آید که باید در تفکیک آنها دقت کافی شود.

۴- یکی از اصول مهم شناخته شده در موضوع قراردادها و تعهدات، اصل آزادی قراردادی می باشد. مطابق این اصل، اشخاص در ورود یا عدم ورود به قرارداد و همچنین در تعیین مفاد آن تا حدودی که بر خلاف قوانین امری و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، آزاد خواهند بود و هیچکس را نمی توان به انعقاد قراردادی که بدان مایل نیست اجبار کرد. همچنین به عقیده بسیاری از حقوقدانان به ویژه در کشورهای پیرو نظام حقوق عرفی، دوره پیش قراردادی دورانی مخاطره آمیز بوده و هر طرف باید مراقب منافع خویش بوده و از طرف مقابل چنین انتظاری نداشته باشد. با تمامی این اوصاف، بدون تردید طرفین در دوره پیش قراردادی نسبت به یکدیگر تعهداتی داشته و اینگونه نیست که آنها در رفتار و گفتار خود دارای آزادی مطلق باشند. آنها نباید با سوء استفاده از آزادی قراردادی و با استناد به مخاطره آمیز بودن دوره پیش قراردادی به نحوی رفتار کنند که موجب زیان طرف مقابل شده و از خود رفع مسئولیت کنند. اساس تمامی تعهدات پیش قراردادی را می توان در اصل والای حسن نیت جستجو کرد. بر اساس این اصل که خود به عنوان مهمترین تعهد در دوره پیش قراردادی نیز محسوب می شود، طرفین ملزم به رعایت حسن نیت و تعامل منصفانه با طرف مقابل خود می باشند و هر رفتاری بر خلاف این اصل، موجب ایجاد

مسئولیت نسبت به جبران خسارات وارده به طرفی که با حسن نیت وارد مذاکرات شده و به آن ادامه داده است می شود. برخی از مهمترین تعهدات پیش قراردادی عبارتند از: تعهد به داشتن حسن نیت، امانتداری و عدم افشای اطلاعات محرمانه، مراقبت، صداقت، شفافیت، گفتگوی انحصاری، جدیت، همکاری متقابل و اطلاع رسانی.

۵- نقض تعهدات پیش قراردادی منجر به ایجاد مسئولیت پیش قراردادی و لزوم جبران خسارات وارده به زیان‌دیده خواهد شد. چنین مسئولیتی بسته به اینکه گفتگوهای مقدماتی تا چه حدی پیشرفت کرده و انتظار رسیدن به قرارداد نهایی تا چه اندازه در طرفین ایجاد شده باشد، دارای شدت و ضعف خواهد بود. ضمانت اجرای قابل اعمال در صورت تخلف از تعهدات پیش قراردادی نیز حسب مورد و بسته به اینکه منشأ تعهد چه باشد، متغیر خواهد بود. به عبارت دیگر، میزان جبران خسارات وارده از لحاظ کمی و کیفی تابع نوع تعهد می باشد. در بهترین حالت ممکن باید وضعیت زیان‌دیده به حالتی که پیش از ورود زیان داشت بازگردانده شود. در تعهدات دارای منشأ قراردادی، در وهله اول به آنچه که طرفین در قرارداد توافق کرده اند توجه می شود. ممکن است آنها توافق کرده باشند که میزان جبران خسارات، کمتر یا برابر یا بیشتر از حد واقعی خسارات وارده باشد. همچنین نحوه جبران خسارات نیز قابل توافق خواهد بود. در این صورت، طرفین ملزم به رعایت مفاد قرارداد می باشند مگر اینکه بر خلاف آن به توافق مجددی دست یابند. در خصوص تعهدات دارای منشأ غیرقراردادی نیز در درجه اول قانون، نحوه اثبات زیان و شیوه جبران خسارات را تعیین می کند. همانطور که قبلاً نیز بیان شد، به طور کلی اثبات ورود زیان و برقراری مسئولیت در مورد تعهدات قراردادی ساده تر از الزامات خارج از قرارداد می باشد و به همین دلیل در بین حقوقدانان و قانونگذاران، قراردادی تلقی کردن تعهدات پیش قراردادی نسبت به غیرقراردادی دانستن آنها رجحان دارد.

پیشنهادات^{۴۹}:

در نهایت پیشنهاد ذیل مطرح می گردد:

۱- هر چند که بر مبنای عقل و منطق و اصول کلی حقوقی و اخلاقی همچون عدالت و انصاف، ضرر ناروایی که در نتیجه نقض تعهدات پیش قراردادی توسط یکی از طرفین مذاکره کننده به طرف مقابل وارد شده است، نباید بلاجبران باقی بماند و به استناد قواعد عام مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری باید چنین ضرری را جبران نمود؛ اما با تمام این اوصاف در نظام حقوقی ایران، فقدان یک حکم قانونی صریح و شفاف در خصوص مسئولیت پیش قراردادی به شدت احساس می شود. به عبارت دیگر در یک نظام حقوقی مدرن، غفلت از بیان حکم صریح موضوعات مهم حقوقی و صرف تکیه کردن به قواعد عمومی برای حل مسائل روز حقوقی، امری پسندیده نبوده و خود باعث بروز مشکلات دیگر خواهد شد. لذا شایسته است که قانونگذار ایرانی به صراحت و در قالب قانونی خاص یا حداقل در قالب الحاق ماده یا تبصره ای به قانون مدنی یا قانون مسئولیت مدنی، به بیان حکم مسئولیت ناشی از نقض تعهدات پیش قراردادی بپردازد. چنین اقدامی باعث تضمین حقوق افرادی که با حسن نیت وارد مذاکرات مقدماتی می شوند خواهد شد و از سوء استفاده های احتمالی از این خلاء قانونی خواهد کاست.

۲- تا پیش از برقراری چنین حکمی توسط قانونگذار و به منظور جلوگیری از سوء استفاده از اصولی همچون آزادی قراردادی، به اشخاصی که قصد انعقاد قرارداد به ویژه در خصوص موضوعات بزرگ تجاری را دارند توصیه می شود که صرفاً به ضمانت اجراهای غیرقراردادی مصرح در قوانین تکیه نکرده و در همان مراحل ابتدایی مذاکرات، از طریق انعقاد قراردادهای فرعی نسبت به برقراری تضمینات مناسب در روابط خود با طرف مقابل مبادرت نمایند. از آنجا که تعهدات دارای منشأ قراردادی از حیث مسائلی همچون سادگی اثبات ورود زیان، قابلیت تعیین میزان و نحوه جبران خسارات وارده و سایر ضمانت اجراهای حقوقی در

وضعیت مطلوبتری نسبت به الزامات خارج از قرارداد می باشند، پیشنهاد می شود که اشخاص در دوره پیش قراردادی نسبت به انعقاد قراردادهای فرعی اقدام کنند. چنین روشی ضمن ایجاد ثبات بیشتر در روابط طرفین، باعث جلوگیری از تضییع توافقات مرحله ای آنها شده و به این طریق می توان از ضمانت اجراهای مطلوب قراردادی نیز بهره جست.

۳- از آنجا که همواره یکی از رسالت های قانونگذاران و حقوقدانان هر کشور، تلاش در جهت روزآمد کردن قواعد حقوقی و قوانین موضوعه و رفع نواقص و خلاء های موجود در آنها به منظور احقاق هر چه بهتر حقوق فردی و حل اختلافات حقوقی می باشد و نظر به اینکه در بسیاری از کشورهای مختلف دنیا به موضوع تعهدات پیش قراردادی و مسئولیت ناشی از نقض آنها توجه ویژه ای گردیده است، پیشنهاد می شود که ضمن گسترش مطالعه و تحقیق در نظامهای حقوقی موفق دنیا در رابطه با موضوع مذکور، نسبت به استخراج جنبه های مثبت و قابل اعمال در حقوق داخلی ایران اهتمام ورزیده شود. در این راستا می توان از قواعد حقوقی فراملی نیز که حاصل تلاش مستمر بین المللی در جهت یکنواخت کردن حقوق خصوصی کشورهای مختلف دنیا و به حداقل رساندن اختلافات موجود بین آنها می باشد، استفاده شایانی نمود که از مهمترین چنین قواعدی می توان به کنوانسیون بیع بین المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی نام برد.

فهرست منابع و مآخذ

الف: منابع فارسی:

- ۱- اباذری فومشی، منصور. (۱۳۷۸). نحوه رسیدگی به دعاوی قولنامه و مبیعه نامه در محاکم قضایی، تهران: انتشارات خرسندی
- ۲- احمدی، محمدرضا. (۱۳۸۸). تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد، مجله پژوهش حقوق و سیاست (دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی)، سال یازدهم، شماره ۲۶، صص ۷ الی ۴۲
- ۳- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و ابوئی، حمیدرضا. (۱۳۸۷). حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق انگلیس و ایران، فصلنامه اندیشه های حقوق خصوصی، شماره ۱۲، صص ۲۹ الی ۴۹
- ۴- امامی، سید حسن. (۱۳۸۶). حقوق مدنی (در شش مجلد)، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه
- ۵- انصاری، علی. (۱۳۸۸). تئوری حسن نیت در قراردادهای، تهران: انتشارات جنگل
- ۶- اوصیاء، پرویز. (۱۳۸۱). تدلیس-مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- ۷- باریکلو، علیرضا و خزایی، سیدعلی. (۱۳۹۰). اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قراردادی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، صص ۵۳ الی ۸۷
- ۸- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰). حقوق مدنی (در یک مجلد)، تهران: مجد
- ۹- جعفرزاده، میرقاسم و سیمائی صراف، حسین. (۱۳۸۴). حسن نیت در قراردادهای بین المللی: قاعده ای فراگیر یا حکمی استثنایی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۱
- ۱۰- جعفری، فیض اله. (۱۳۹۱). تقریرات درس حقوق مدنی تطبیقی دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه بوعلی سینا همدان
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش
- ۱۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران: گنج دانش
- ۱۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش
- ۱۴- جلیلی، معصومه. (۱۳۸۱). بررسی و مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قولنامه و آثار آن در حقوق ایران، فرانسه، آلمان، سوئیس، امریکا، مصر و عراق، مجله کانون، سال چهل و ششم، دوره دوم، شماره ۴۰، صص ۵۹ الی ۷۴
- ۱۵- جنیدی، لعیا. (۱۳۸۱). مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تأکید بر نظامهای کامن لا، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۶، صص ۱۱ الی ۴۷
- ۱۶- دیلمی، احمد. (۱۳۸۹). حسن نیت در مسئولیت مدنی، تهران: میزان
- ۱۷- ره پیک، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی - حقوق قراردادهای، تهران: خرسندی

- ۱۸- شکاری، روشنعلی. (۱۳۸۰). شرح و ترجمه متون فقه - بیع و خیارات، به کوشش یاسر صحرائی اردکانی، تهران: نشر کشاورز
- ۱۹- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳). اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد
- ۲۰- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ الف). تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد
- ۲۱- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ ب). سقوط تعهدات، تهران: مجد
- ۲۲- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ ج). مجموعه مقالات حقوقی، تهران: مجد
- ۲۳- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ الف). آثار قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد
- ۲۴- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ ب). شروط ضمن عقد، تهران: مجد
- ۲۵- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۲). توافقه‌های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و امریکا، اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۲، صص ۵ الی ۲۸
- ۲۶- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادهای، تهران: میزان
- ۲۷- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، اشخاص و اموال، تهران: میزان
- ۲۸- صفایی، سید حسین و امامی، اسداله. (۱۳۸۵). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان
- ۲۹- طالب احمدی، حبیب و قاسمی حامد، عباس. (۱۳۹۰). اطلاع رسانی پیش قراردادی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص ۱۵۷ الی ۱۹۱
- ۳۰- طالب احمدی، حبیب. (۱۳۹۲). مسئولیت پیش قراردادی، تهران: میزان
- ۳۱- عابدیان، میرحسین و خروشی، عبدالعظیم. (۱۳۸۸). تعهدات پیش قراردادی بیمه گر و جای خالی آن در لایحه بیمه تجاری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، صص ۲۱۹ الی ۲۵۳
- ۳۲- قاسمی حامد، عباس. (۱۳۷۵). مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۰
- ۳۳- قاسمی حامد، عباس. (۱۳۸۶). حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، صص ۹۹ الی ۱۲۸
- ۳۴- قاسمی حامد، عباس. (۱۳۸۸). متخصص، متعهد ارائه اطلاعات به مصرف کننده در حقوق فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، صص ۱۸۷ الی ۲۰۹
- ۳۵- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴ الف). مسئولیت ناشی از عیب تولید (مطالعه انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولید کننده و مصرف کننده)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- ۳۶- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴ ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، تهران: شرکت انتشار
- ۳۷- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴ ج). حقوق مدنی، ایقاع، تهران: میزان

- ۳۸- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ الف). نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان
- ۳۹- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ ب). حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد-ایقاع، تهران: شرکت انتشار
- ۴۰- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ ج). حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: میزان
- ۴۱- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ د). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا
- ۴۲- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ الف). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت انتشار
- ۴۳- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ ب). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان
- ۴۴- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: شرکت انتشار
- ۴۵- کاتوزیان، ناصر و عباس زاده، محمدهادی. (۱۳۹۲). حسن نیت در حقوق ایران، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳، صص ۱۶۷ الی ۱۸۶
- ۴۶- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۶). بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- ۴۷- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۷). قواعد فقه، بخش مدنی ۱ (مالکیت و مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- ۴۸- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۵). مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- ۴۹- مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۶). اصول فقه (در دو مجلد)، ج ۱، محسن غرویان (مترجم)، قم: انتشارات دارالفکر

ب: منابع عربی:

- ۵۰- امینی، علیرضا و آیتی، سید محمدرضا. (۱۳۸۶). تحریر الروضة فی شرح اللمعة (در دو مجلد)، ج ۱، تهران: سمت
- ۵۱- انصاری، حاج شیخ مرتضی. (۱۳۷۲). المکاسب (در دو مجلد)، قم: انتشارات دهقانی (اسماعیلیان)
- ۵۲- حرّ عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۳ ه.ق.). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تهران: مکتبه الاسلامیه
- ۵۳- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۸ ه.ق.). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۵۴- نجفی، حاج شیخ محمدحسن. (۱۴۱۲ ه.ق.). جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام (در پانزده مجلد)، ج ۸، بیروت: ۱۴۱۲ هجری قمری
- ۵۵- نجفی الخوانساری، موسی بن محمد. (۱۴۲۱ ه.ق.). منیة الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات المیرزا محمدحسین النائینی، ج ۲ و ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی

ج: منابع انگلیسی:

- 56- Bao Anh Thai. *Culpa in Contrahendo in English Law*, available at: <http://www.baolawfirm.com.vn/dmdocuments>
- 57- Brownsword, Roger. (2001). *Individualism, Cooperativism and an Ethic for European Contract Law*, Vol. 64, available at: <http://www3.interscience.wiley.com/cgi-bin/fulltext/118977125>
- 58- Cartwright, John and Hesselink, Martijn. (2009). *Pre-contractual Liability in European Private Law*, available at: <http://www.cambridge.org/catalogue>
- 59- El-Malik, Walied M.H. (1996). *Precontractual Liability in Mineral Negotiations with Special Reference to Islamic Law*, available at: <http://www.heinonline.org>
- 60- Fantelli Stelini, Mariana and Borla, Manuel. *Letters of Intent and Other Pre-contractual Agreements*, available at: <http://www.bmalegal.ch/ENG/PDF/CONTRATTUALISTICA>
- 61- Florence, Caterini. (2005). *Pre-contractual Obligations in France and the United States*, LLM theses, University of Georgia School of Law
- 62- Giliker, Paula. (2002). *Pre-contractual Liability in English and French Law*, Kluwer Law International, The Hague
- 63- Giliker, Paula. (2003). *A Role for Tort in Pre-contractual Negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law*, available at: <http://www.jstor.org/pss/3663380>
- 64- Kotz, Hein. (2000). *Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective*, *European Journal of Law and Economics*, Hamburg: Kluwer Academic Publishers
- 65- Kucher, Alyona N. (2004). *Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations*, available at: <http://www.nyulawglobal.org/fellowsscholars/forums/papers/kucher-paper.pdf>
- 66- Lando, Ole and Hugh, Beale. (2000). *Principles of European contract law*, Kluwer Law International, The Hague, available at: <http://books.google.com>
- 67- Musy, Alberto M. (2000). *The good faith principle in contract law and the pre-contractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures*, available at: <http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf>
- 68- Naniwadekar, Mihir C. (2005). *Liability Arising under Pre-contractual Agreements*, *The National Law School of India Journal*, N. 46. Available at: <http://news.indlaw.com/publicdata/articles>
- 69- Novoa, Rodrigo. (2005). *Culpa in Contrahendo*, available at: <http://www.law.arizona.edu/Journals>
- 70- Pettinelli, Cristiano. (2005). *Good Faith in contract law: Two paths, two systems, the need for harmonization*, available at: <http://www.diritto.it/archivio/1/20772.pdf>

The principles governing the implementation of pre-contractual obligations and the guarantee of their violation in the sales contract

Farzad Jahantab¹, Mohammad Bagher Fijan²

¹Master's student in private law, Department of Law, Noorabad Mamsani branch, Islamic Azad University, Noorabad Mamsani, Iran.

²Assistant Professor, Department of Private Law, Department of Law, Noorabad Mamsani Branch, Islamic Azad University, Noorabad Mamsani, Iran (Corresponding author)

Abstract :

In examining the development process of contract law, it can be seen that this part of private law, as a dynamic and growing law, has witnessed many developments. The ever-increasing expansion of various fields of contract law in the direction of greater transparency and orderliness of transactions, shows the continuous movement of this sector towards the achievement of the high goals of legal philosophy, including justice and fairness, which is one of the divisions of this issue in the discussion of liability due to violations. Commitments appear. Explaining that the violation of the obligation creates responsibility for the violator, and the responsibility is divided into two types in a general classification: forced responsibility (forced guarantee or requirements outside the contract) and contractual responsibility. It is sometimes difficult to distinguish contractual responsibility from forced guarantee, which is caused by doubts about the nature of the legal relationship that is the source of the obligation. The contractual responsibility of the parties to the contract is to the extent that the violation is related to the obligation that was agreed upon by the parties at the time of the conclusion of the contract. But the parties also have obligations that they must adhere to during the negotiations before concluding the contract. According to this article, in case of violation of obligations before concluding the contract, should the violator be held responsible? If the answer is yes, in what form does this responsibility fit and to what extent? Is such a violation in the scope of contractual responsibility or in the scope of coercive responsibility or neither? Does the violation of such preliminary obligations have an enforceable guarantee or not, and if the answer is positive, what is the scope and extent of this enforceable guarantee? In any case, the examination of pre-contractual obligations and the guarantee of their violation is considered as a necessity in the law of contracts, and in this research, an attempt is made to conduct a relatively coherent examination of the above issue; Something that is usually mentioned sporadically in our laws.

Keywords: commitments, negotiations, pre-contract, performance guarantee, responsibility
