



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد تهران مرکزی
دانشکده حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)
گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:
مسئولیت مدنی ناشی از مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد

استاد راهنما:
دکتر منصور امینی

استاد مشاور:
دکتر سید هادی حسینی

نگارش:
ندا نواب مطلق

زمستان ۱۳۹۰

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
فصل اول: مذاکرات پیش قراردادی	۷
مبحث اول: بررسی مفهوم مذاکرات پیش قراردادی و نقش آن در انعقاد قرارداد	۸
گفتار اول: تعریف مذاکرات پیش قراردادی و تمییز آن از مرحله ایجاب و قبول	۹
گفتار دوم: تقسیم بندی مفاد مذاکرات پیش قراردادی	۱۳
گفتار سوم: شرط بنایی	۱۸
گفتار چهارم: نقش مذاکرات پیش قراردادی در انعقاد قرارداد	۲۷
مبحث دوم: مذاکرات منتهی به توافق پیش قراردادی و نظریه مخاطره آمیز بودن دوران گفتگوهای	
مقدماتی	۳۲
گفتار اول: مذاکرات منتهی به توافق پیش قراردادی	۳۲
گفتار دوم: نظریه مخاطره آمیز بودن دوران گفتگوهای مقدماتی	۳۴
مبحث سوم: توافق های وثیقه ای و توافق های مشروط به قرارداد	۴۳
گفتار اول: توافق های وثیقه ای	۴۳
گفتار دوم: توافق های مشروط به قرارداد	۵۱
فصل دوم: اصول حاکم بر دوران مذاکرات پیش قراردادی	۵۷
مبحث اول: اصل آزادی	۵۹
گفتار اول: تعریف اصل آزادی در دوران مذاکرات پیش قراردادی	۵۹
گفتار دوم: مبنای اصل آزادی در دوران مذاکرات پیش قراردادی	۶۰
گفتار سوم: اصل آزادی و قطع مذاکرات پیش قراردادی	۶۲

گفتار چهارم: دیدگاه نظام های حقوقی در خصوص اصل آزادی در مذاکرات پیش قراردادی ..	۶۷
مبحث دوم: اصل حسن نیت ..	۷۳
گفتار اول: تعریف اصل حسن نیت و مبنای آن در دوران مذاکرات پیش قراردادی ..	۷۳
گفتار دوم: دیدگاه نظام های حقوقی در خصوص اصل حسن نیت در دوران مذاکرات پیش قراردادی ..	۷۶
گفتار سوم: آثار حقوقی اصل حسن نیت در مرحله مذاکرات پیش قراردادی ..	۸۸
گفتار چهارم- اصل حسن نیت و امر اطلاع رسانی ..	۱۰۳
فصل سوم: شناسایی مسئولیت مدنی در مرحله مذاکرات پیش قراردادی ..	۱۲۶
مبحث اول: مفهوم مسئولیت پیش قراردادی و بررسی آن در حقوق فراملی ..	۱۲۸
گفتار اول: تعریف و ماهیت مسئولیت پیش قراردادی ..	۱۲۸
گفتار دوم: مسئولیت اشخاص ثالث در دوران مذاکرات پیش قراردادی ..	۱۳۸
گفتار سوم: عوامل پیدایش مسئولیت پیش قراردادی ..	۱۳۹
گفتار چهارم: مسئولیت پیش قراردادی در حقوق فراملی ..	۱۴۱
مبحث دوم: آثار مسئولیت پیش قراردادی و شناسایی قانون حاکم بر دعاوی ناشی از مذاکرات پیش قراردادی ..	۱۴۹
گفتار اول: آثار مسئولیت پیش قراردادی ..	۱۵۰
گفتار دوم: قانون حاکم بر حل و فصل دعاوی ناشی از مذاکرات پیش قراردادی ..	۱۵۵
فصل چهارم مبنای مسئولیت مدنی پیش قراردادی ..	۱۵۸
مبحث اول: نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی ..	۱۶۱
گفتار اول: تاریخچه و تبیین نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی ..	۱۶۲
گفتار دوم: شرایط ایجاد مسئولیت بر مبنای نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی ..	۱۶۶

گفتار سوم: ماهیت مسئولیت پیش قراردادی بر مبنای نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی.....	۱۶۹
گفتار چهارم: جبران زیان های وارده بر اساس نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی	۱۷۲
گفتار پنجم: دیدگاه نظام های حقوقی در خصوص نظریه تقصیر در گفتگوهای مقدماتی	۱۷۴
مبحث دوم: نظریه اظهار خلاف واقع.....	۱۸۸
گفتار اول: تبیین نظریه اظهار خلاف واقع و ضمانت اجرای آن	۱۸۸
گفتار دوم: دیدگاه نظام های حقوقی در خصوص نظریه اظهار خلاف واقع	۱۹۳
مبحث سوم: نظریه دارا شدن بدون جهت یا عادلانه.....	۱۹۹
گفتار اول: تبیین نظریه دارا شدن بدون جهت یا ناعادلانه و ضمانت اجرای آن	۱۹۹
گفتار دوم: دیدگاه نظام های حقوقی در خصوص نظریه دارا شدن بدون جهت یا ناعادلانه	۲۰۴
مبحث چهارم: نظریه تعهد الزام آور	۲۱۰
گفتار اول: تبیین نظریه تعهد الزام آور و ضمانت اجرای آن.....	۲۱۰
گفتار دوم: دیدگاه نظام حقوق نوشته و اصول قراردادهای بازرگانی در خصوص نظریه تعهد الزام آور	
.....	۲۱۵
مبحث پنجم: نظریه سوء استفاده از حق	۲۱۷
گفتار اول: تبیین نظریه سوء استفاده از حق و ضمانت اجرای آن	۲۱۷
گفتار دوم: دیدگاه نظام حقوق نوشته در خصوص نظریه سوء استفاده از حق	۲۱۸
مبحث ششم: نظریه زیان های اتکایی.....	۲۲۱
گفتار اول: سیر تکوین نظریه زیان های اتکایی	۲۲۱
گفتار دوم: نظریه زیان های اتکایی در حقوق فراملی.....	۲۲۳
نتیجه گیری.....	۲۲۵
منابع و ماخذ.....	۲۲۹

چکیده

مذاکرات پیش قراردادی دورانی است ضروری جهت انعقاد قرارداد، که در آن طرفین یک قرارداد تبادل نظر نموده و با دیدگاه های یکدیگر آشنا می شوند. با توجه به حاکمیت اصل آزادی بر دوران مذاکرات پیش قراردادی طرفین در ادامه دادن به گفتگوها و یا خروج از آن اختیار دارند. روند مذاکرات باید با رعایت اصل حسن نیت باشد. پایان دادن غیر موجه به گفتگوها می تواند منجر به بروز زیان شود. موضوع مسئولیت کسی که از گفتگوها بدون حسن نیت خارج شده است، جهت حمایت از زیان دیده قابل بررسی می باشد. مسئولیت پیش قراردادی در اکثر کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته بر خلاف نظام حقوق عرفی پذیرفته شده و در مقرراتشان پیش بینی گردیده است. در خصوص ماهیت چنین مسئولیتی اختلاف نظر می باشد: گروهی آن را از اقسام مسئولیت های قراردادی دانسته اند، گروهی آن را از الزام های خارج از قرارداد تلقی کرده اند و گروهی دیگر برای آن ماهیتی بینابین و یا ویژه قائل شده اند. این پایان نامه به بررسی مسئولیت هایی که از مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد ناشی می شود می پردازد.

کلید واژه: مسئولیت مدنی، مذاکرات، پیش قرارداد، حسن نیت، اصل آزادی

مقدمه

با بررسی قوانین و مقررات مربوط به حقوق قراردادهای ملاحظه می‌کنیم، این مبحث با تعریف مفهوم قرارداد و با برشمردن ارکان آن آغاز شده است. حال آنچه در انعقاد قرارداد می‌تواند حائز اهمیت و حتی مسئولیت‌زا باشد، روند تشکیل آن است. مذاکرات پیش قراردادی و یا به عبارت دیگر گفتگوهای مقدماتی که قبل از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد، پیش‌زمینه‌ای است جهت انعقاد قرارداد اصلی، به همین جهت می‌توان این دوران را به عنوان یکی از بخش‌هایی که در فرآیند انعقاد قرارداد دارای نقش اساسی می‌باشد مورد توجه و بررسی قرار داد.

با شروع مذاکرات، دوران پیش قراردادی آغاز می‌شود و تا هنگامی که گفتگوها ادامه دارد دو طرف در آن دوران به سر می‌برند. طرفین یک قرارداد در دوران مزبور می‌توانند به ذکر کلیات و موارد عام موضوع قرارداد اکتفا کنند و یا به جزئیات بپردازند، به عنوان مثال در دوران مذاکرات پیش قراردادی، طرفین در خصوص قیمت و ویژگی‌های کالا و خدماتی که قرار است مورد معامله واقع شود، به گفتگو می‌پردازند. این گفتگوها می‌تواند تا جایی ادامه پیدا کند که به انشای ایجاب قرارداد مورد نظر منتهی شود. در نهایت در صورتی که چنین ایجابی، بی‌قید و شرط پذیرفته و مورد قبول واقع شود، قرارداد منعقد می‌گردد. در غیر این صورت اگر قبولی به صورت مشروط باشد، خود ایجابی متقابل است، که نیازمند قبول مجدد می‌باشد. این روند می‌تواند بارها میان طرفین تکرار شود تا محصول نهایی که قرارداد اصلی است به دست آید.

نتیجه آن که در دوران پیش قراردادی تصور انجام معامله رخ داده و گفتگوهای مقدماتی آغاز می‌شود که در واقع مرحله سنجش قرارداد محسوب می‌شود. هدف دو طرف از آغاز روابط پیش قراردادی و مذاکراتی که در آن دوران می‌نمایند، مطالعه دقیق‌تر و یافتن آگاهی بیشتر است. گفتگوهای مقدماتی سبب

آگاهی و هوشیاری ایشان شده^۱، و با تبادل اطلاعاتی که در این دوره صورت می‌گیرد، هر طرف بهتر قادر به تصمیم‌گیری می‌شود.

به طور کلی می‌توان گفت، منظور از دوره پیش‌قراردادی به مفهوم خاص، عبارت است از دورانی که طرفین در حال مذاکره و گفتگو می‌باشند و هنوز هیچ‌رکنی از ارکان قرارداد، اعم از ایجاب و قبول، انشا نشده باشد. دوره پیش‌قراردادی در این معنی از هنگام آغاز ارتباط دو طرف به منظور انعقاد قراردادی در آینده آغاز و با انشای ایجاب قرارداد و با خروج از گفتگوهای مقدماتی پایان می‌پذیرد.^۲ به عبارت دیگر پیش از انعقاد هر قرارداد، دو طرف درباره شرایط و حدود تعهدات خود به گفتگو می‌پردازند و پس از تراضی، قصد خویش را در انشای آن ابراز می‌کنند.^۳

در گذشته اصولی همچون مخاطره‌آمیز بودن دوران گفتگوهای مقدماتی و همچنین اصل آزادی پر رنگ‌تر بود. به همین جهت طرفین با علم به آن که ممکن است در دوران گفتگوهای مقدماتی هزینه‌هایی را بنمایند و در نهایت به نتیجه دلخواه خود نرسند، این دوران را آغاز می‌کردند و متحمل زیان‌های وارده به خود بودند. پیشرفت‌های اقتصادی و توسعه روز افزون تجارت‌های داخلی و بین‌المللی موجب گردید استناد به اصول مذکور محدود گردد و برای مذاکرات پیش‌قراردادی مسئولیت‌هایی پیش‌بینی شود. امروزه اکثر نظام‌های حقوقی ضرورت وضع قواعد و مقررات، برای دوران پیش‌قراردادی و روند مذاکرات را دریافته‌اند، که با بررسی آراء صادره دادگاه‌های خارجی متوجه می‌شویم این امر آراء دادگاه‌ها را نیز تحت تاثیر قرار داده است.

نظام‌هایی که در صدد وضع مقررات برای دوره پیش‌قراردادی بر آمده‌اند به دو شیوه عمل کرده‌اند: برخی نظام‌های قانونی به تدوین اصول کلی رفتارهای پیش‌قراردادی پرداخته و از دو طرف خواسته‌اند

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ایقاع، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۲

^۲ - سنهوری، عبد الرزاق احمد، الموجز فی النظریه العامه للالتزامات فی القانون المدنی المصری، دار احیاء التراث العربی، بیروت:

پی تا، ص ۶۴

^۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، چاپ اول، نشر گنج دانش، ۱۳۸۸، ص

مطابق این اصول عمل نمایند. برابر این اصول، دو طرف در گفتگوهای مقدماتی موظف به داشتن حسن نیت و تعامل منصفانه با یکدیگرند و سرپیچی از این اصول، سبب مسئولیت می‌گردد. با استناد به اصل حسن نیت و تعامل منصفانه، تکلیف بسیاری از مسائلی که در دوره پیش قراردادی رخ می‌دهد مانند پایان دادن غیر موجه به گفتگو یا عدم تمایل به گفتگوی بیشتر روشن می‌شود. در این گروه، علاوه بر پیش بینی اصول کلی حاکم بر دوره پیش قراردادی، برخی از مصادیق گفتگوهای مخالف آنها را نام برده و دو طرف را از ارتکاب آنها منع کرده‌اند. گروه دوم کشورهایی هستند که به احصای مواردی پرداخته‌اند که در دوره پیش قراردادی، نادرست شمرده می‌شوند. شاید علت اتخاذ چنین شیوه‌ای، عدم تمایل این گروه در پذیرش اصول کلی مانند اصل حسن نیت می‌باشد.

با توجه به این که امروزه، روابط و معاملات بازرگانی گسترش یافته و انعقاد این معاملات اکثراً با انجام مذاکرات پیچیده، مفصل و گاهی طولانی مدت انجام می‌پذیرد، اظهاراتی که در این دوران به عمل می‌آید و همچنین میزان پیشرفت این گفتگوها، اعم از آن که قرارداد هدف منعقد گردد یا گفتگوها به شکست منتهی شود، می‌تواند دارای آثاری باشد که می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد.

به عنوان مثال ممکن است در دوران مذاکرات پیش قراردادی یکی از طرفین، به دلیل پیشرفت گفتگوهای مقدماتی و امید به انعقاد قرارداد هزینه‌هایی را بنماید و زمینه اجرای قرارداد هدف را فراهم سازد، در این صورت اگر گفتگوها به نتیجه نرسیده و با شکست مواجه شود، چنین شخصی متحمل زیان می‌شود.

در توجیه انتخاب موضوع پایان نامه باید به این امر اشاره نمود که اهمیت دوران قبل از انعقاد قرارداد و ضرورت ایجاد نظم در روابط بازرگانی ایجاب می‌کند که دوران مذاکرات پیش قراردادی مورد بازرسی حقوقی قرار گیرد و اشخاص ناگزیر باشند که به شیوه متعارف رفتار کنند.^۴ زیرا امروزه به جای روند سنتی انعقاد قراردادها که با انشای ایجاب و قبول صورت می‌گرفت، طرفین در معاملات

^۴ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، جلد ۱، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۲۷۹

بازرگانی، با انجام مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد، به توافق نهایی می‌رسند. از آنجایی که این توافق در روند مذاکرات به تدریج بین طرفین حاصل می‌شود، تعیین لحظه انعقاد قرارداد در معاملات بازرگانی دشوار می‌باشد.

در حقوق ایران لازم است برای دوران پیش قراردادی، اصول و قواعدی پیش بینی شود تا دو طرف در قالبی مطمئن به گفتگو پردازند. هیچ طرف دیگری را بیهوده امیدوار نکند، از اعتماد او سوء استفاده ننماید و اسباب ورود زیان به دیگری را فراهم نیاورد. با وضع قاعده برای دوره پیش قراردادی، طرفین می‌توانند به نظام حقوقی در مورد پر کردن خلاءهای موجود با قواعدی که منجر به توزیع مقتضی و مناسب ریسک‌های اجتناب‌ناپذیر شده و انگیزه‌های مناسبی برای اجرای مناسب فراهم می‌کنند، اتکاء کنند، این هزینه می‌تواند صرفه جویی شده و مذاکره به موضوعات اساسی محدود گردد.^۵

در نهایت این امر می‌تواند، به رشد و گسترش روابط بازرگانی یاری کند. با تدوین مقررات برای گفتگوهای مقدماتی، دو طرف قواعد گفتگو را شناخته و با احساس امنیت بیشتر وارد دوره پیش قراردادی می‌شوند.^۶

به عنوان مثال، اشخاصی که بدون قصد انعقاد قرارداد وارد مذاکره می‌شوند، و در طرف مقابل امید و بارو به انعقاد قرارداد را ایجاد می‌نمایند و یا در این دوران اظهارات نادرستی می‌نمایند را، نمی‌توان فاقد مسئولیت دانست، زیرا اشخاصی که با حسن نیت وارد مذاکرات می‌شوند نه تنها متحمل هزینه می‌شوند بلکه فرصت معامله با دیگران را از دست می‌دهند و متحمل زیان می‌شوند.

خلاء قانونی موجود در حقوق ایران در خصوص موضوع مسئولیت‌هایی که از مذاکرات پیش قراردادی ناشی می‌شود و همچنین گسترش معاملات قراردادی و بازرگانی اعم از داخلی و بین‌المللی و

^۵ - کوتس، هاین، حقوق قراردادها در اروپا، ترجمه احمدوند، ولی‌الله و دیگران، جلد ۱، چاپ اول، نشر موسسه انتشاراتی جهان جام جم، ۱۳۸۵ ص ۱۰

^۶ - Kucher, Alyona N, "pre contractual liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiation", NYU- paper.doc, May 2004.p. 33

بروز قصورات ناشی از تعهدات دوران گفتگوهای پیش قراردادی در این گونه معاملات موجب گردید، این موضوع در چهارچوب پایان نامه کارشناسی ارشد مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد. با بررسی حقوق ایران مشاهده می کنیم که قوانین و مقرراتی برای دوران مذاکرات پیش قراردادی پیش بینی نشده و تحقیق جامع و مستقلى در خصوص مسؤلیت های احتمالی ناشی از این مذاکرات به عمل نیامده است، و این دوران پیرو قواعد و اصول کلی حقوقی می باشد و متأسفانه در قانون مدنی نیز از پرداختن به این دوران غافل مانده اند.^۷

در حالی که گسترش روزافزون معاملات و پیچیدگی های موجود در انعقاد قراردادها ایجاب می نماید که تعیین گردد در دوران پیش قراردادی در چه شرایطی می توان برای مذاکره کنندگان مسؤلیت قائل شد؟ حد و مرز مسؤلیت های ناشی از این مذاکرات تا چه میزان است؟ و همچنین در نهایت ضمانت اجراهای موجود تعیین گردد.

عدم وجود نص قانونی و همچنین رویه قضایی در خصوص این موضوع در حقوق ایران موجب گردید که برای تهیه و تنظیم این پایان نامه به بررسی نظام های مختلف حقوقی و همچنین حقوق فراملی بپردازیم و همچنین آراء صادره از دادگاه ها در خصوص این موضوع مورد مطالعه قرار گیرد. و از آنجایی که نظریه آلمانی «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» یکی از مبانی مطرح مسؤلیت های پیش قراردادی می باشد، با توجه به آشنایی ام به این زبان در این تحقیق از منابع متعدد آلمانی استفاده شده است.

این پایان نامه مشتمل بر چهار فصل می باشد: در فصل اول به بررسی مفهوم مذاکرات پیش قراردادی و نقش آن در انعقاد قرارداد و همچنین تمییز آن از مرحله ایجاب و قبول پرداخته شده است. در فصل دوم اصول حاکم بر دوران مذاکرات پیش قراردادی که اهم آن ها عبارتند از اصل آزادی و اصل حسن نیت و آثار و نتایجی که این اصول در پی دارند مورد مطالعه قرار گرفته است. در فصل سوم مفهوم مسؤلیت

^۷ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲ ص ۶۷۹ تا آخر

پیش قراردادی، ماهیت و آثار آن و همچنین عوامل پیدایش مسئولیت تعیین گردیده است. فصل آخر نیز اختصاص به بررسی مبانی مسئولیت پیش قراردادی در نظام های حقوقی مختلف و همچنین حقوق فراملی دارد.

به طور کلی سعی بر آن بوده است که مباحث موضوع پایان نامه در مقررات نظام های حقوقی نوشته، عرفی و همچنین مهمترین مقررات فراملی و حقوق ایران مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

فصل اول:

مذاکرات پیش قراردادی

در مبحث اول این فصل به بررسی مفهوم مذاکرات پیش قراردادی می پردازیم. و از آنجا که اظهارات صورت گرفته در دوران پیش قراردادی می تواند ایجاد مسئولیت نماید، مفاد مذاکرات مورد تقسیم بندی، تجزیه و تحلیل قرار می گیرد. در گفتاری جداگانه نیز به بررسی نقش مذاکرات در انعقاد قرارداد می پردازیم.

در مبحث دوم نیز مذاکرات منتهی به توافق پیش قراردادی و نظریه مخاطره آمیز بودن دوران گفتگوهای مقدماتی که مبتنی بر اصل آزادی قراردادی و نظریه اخطار به خریدار می باشد مورد مطالعه قرار می گیرد.

مبحث اول: بررسی مفهوم مذاکرات پیش قراردادی و نقش آن در انعقاد قرارداد

در این مبحث ابتدا با تعریف مذاکرات پیش قراردادی مرز بین آن دوران و مرحله ایجاب و قبول تعیین می گردد. همچنین اهمیت برخی از اظهارات صورت گرفته در دوران گفتگوهای مقدماتی ایجاب می نماید که این اظهارات مورد تقسیم بندی و بررسی قرار گیرد. و از آنجایی که در حقوق ایران شرط بنایی از شروطی می باشد که قبل از انعقاد قرارداد و در دوران گفتگوهای مقدماتی بر آن توافق صورت گرفته است، طی گفتاری جداگانه مفهوم، ماهیت، مبنا و ضمانت اجرای این شرط مورد مطالعه قرار می گیرد.

گفتار اول: تعریف مذاکرات پیش قراردادی و تمییز آن از مرحله ایجاب و قبول

مذاکرات پیش قراردادی مرحله ای است قبل از تصمیم به انعقاد قرارداد که در واقع مرحله سنجش انجام معامله می باشد. هدف از گفتگو، بررسی دقیق و یافتن آگاهی بیشتر در مورد قراردادی است که انعقاد آن

به ذهن دو طرف رسیده است. اگر در دوره پیش قراردادی هر یک از ایشان دریابد که انجام معامله به صلاح او نیست، از ادامه گفتگوها چشم می‌پوشد و در صورت تامین سود خود، گفتگوها را تا رسیدن به قرارداد نهایی ادامه می‌دهد.^۸

در حقوق ایران برخی اساتید حقوق مدنی، برگرفته از فقه، واژه مقاوله را برای گفتگوهای مقدماتی برگزیده و در تعریف آن می‌گویند: «مقاوله در باب معاملات حقوق مدنی، مذاکرات متعاقبین است قبل از اینکه در مقام ایجاب و قبول (و هر گونه کاشف دیگر از قصد نتیجه) بر آیند در مرحله مقاوله ممکن است طرح عقد را بریزند بدون این که عقد منعقد گردد. مقاولات در عقود بزرگ (نه در امور کوچک یعنی محقرات) سیمای روشن دارد. هر مقاوله الزاما منتهی به طرح عقد نمی‌شود یعنی مذاکرات، ناقص مانده و آنها را پی نمی‌گیرند. از طرف دیگر هر طرح عقد، مقاوله نیست. در فقه امامیه مسئله مقاوله نص دارد و آن را منشا اثر نمی‌دانند، مگر آن که در ضمن عقدی از عقود لازمه شرعی، شرط شده باشد.»^۹

گفتگوهای پیش از قرارداد و روبرو شدن با نماینده نفعی متعارض، به فکر پختگی می‌بخشد و موجب می‌شود که طرفین از نظرات یکدیگر راجع به مفاد قرارداد مطلع شوند.^{۱۰}

و دو طرف را به اندیشه وا می‌دارد. این گفتگوها در بر گیرنده تبادل دیدگاه‌ها بوده و با انجام آن، موانع قابل پیش بینی در روابط دو طرف از میان می‌رود تا ایشان در مورد قرارداد اصلی به توافق نهایی دست یابند.^{۱۱}

به طور کلی می‌توان گفت گفتگوهای مقدماتی رویارویی دو موضع است که با انجام آن، ادعاهای دو طرف اندک اندک کاهش یافته و نقطه نظر های ایشان به هم نزدیک می‌شود تا بستر پیدایش قرارداد

^۸ - قنواتی، جلیل، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، چاپ اول، نشر موسسه بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳، ص ۲۱۴
^۹ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، چاپ اول، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۱۷
^{۱۰} - Merz Hans, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg/Schweiz 1988; (zitiert als: Merz Vertrag), P.70

^{۱۱} - Giliker, Paula, pre contractual liability in English and French law, Kluwer Law International, the Hague: 2002, p.23

فراهم آید. به عبارت دیگر شرایط قرارداد آینده، نتیجه گفتگوهای آزاد و مقدماتی دو طرف است و پیشنهاد کننده نمی تواند شرایط خود را بر پذیرنده تحمیل کند.^{۱۲} در واقع طرفین با نظرات و علانق یکدیگر آشنا می شوند و متن قرارداد را بر اساس منافع متقابل، تدوین و نهایی می نمایند.^{۱۳}

دیوان عالی کشور ایتالیا به سال ۲۰۰۰ در تعریف واژه گفتگوهای مقدماتی آن را دوره ای پیش از تشکیل قرارداد معرفی کرده که طی آن دو یا چند طرف، بدون انشای ایجاب و قبول که مشخصه قرارداد است، تمایل به انعقاد قرارداد را ابراز می کنند.^{۱۴}

به همین جهت هر چند تعیین مرز میان مذاکرات پیش قراردادی با ایجاب و قبول به سادگی امکان پذیر نمی باشد، اما می بایست بین آن دو قائل به تفکیک شد.

غالباً، جهت ارائه ایجاب و پذیرش آن از سوی طرف مقابل و نهایتاً انعقاد قرارداد مراحل طی می شود که یکی از این مراحل مذاکرات مقدماتی، یعنی گفتگوهای پیش از عقد است، که به منظور تعیین ارکان و شرایط قرارداد انجام می پذیرد. الفاظ و کلمات طرفین قرارداد و قراین حالی و گفتاری نقش موثری در تمییز مذاکرات پیش از عقد از ایجاب و قبول دارد.^{۱۵}

به عبارت دیگر یک اقدام معاملی معمولاً با چیزی که گفتگوهای مقدماتی نامیده می شود، آغاز می گردد. این مذاکرات همانطور که می تواند به تشکیل ایجابی موثر منجر گردد، ممکن است بدون رسیدن به هیچ نتیجه ای پایان یابد.

برای تشخیص این که مذاکرات معاملی عملاً به انعقاد قرارداد منتهی می شوند یا خیر، باید تمام مذاکرات و ایجاب ها و ایجاب های متقابل را ارزیابی و اظهارات طرفین را تفسیر کرد. اما باید توجه

^{۱۲} - کاتوزیان، ایقاع، ص ۳۰

^{۱۳} - Hollwegs Horst, Die Haftung für die Vergütung beim Kostenvoranschlag und für andere Aufwendungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Diss. Hamburg 1982, p. 102

^{۱۴} - Dindo, Stefano, "Formation of Contract and Pre contractual liability (culpa in contrahendo) in international law" General reporter, working session on how to negotiation a cross- border business deal, 47th congress of the union international des avocats- UIA , Lisbon, 30 August-2 september 2003

^{۱۵} - قنواتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ص ۲۱۳

داشت که ممکن است طرفین در مذاکرات از الفاظی استفاده کنند که در حالت معمولی، الفاظ قرارداد تلقی می شوند، در حالی که به روشنی اراده شان صرف مذاکرات مقدماتی است. اصولاً این مذاکرات مقدماتی اثر حقوقی ندارند، به همین دلیل هر یک از طرفین می تواند بدون هیچ گونه مسئولیتی مذاکره را قطع کند. هدف مذاکرات مقدماتی این است که طرفین با بررسی دقیق تر و با آگاهی بیش تری، سنجش خود را انجام دهند، زیرا ممکن است یکی از طرفین در حین مذاکره دریابد که نباید مذاکره کند و از ادامه گفتگوها صرف نظر نماید یا تردیدی برای او ایجاد شود.^{۱۶}

اما باید به این نکته توجه داشت که گرچه مذاکرات مقدماتی به عنوان ایجاب یک معامله تاثیر حقوقی ندارد، لکن می توانند در قراردادی که متعاقباً انجام می شود، تاثیر عمده ای داشته باشند. ممکن است این مذاکرات در ایجابی که سرانجام مورد پذیرش قرار می گیرد، درج شوند یا آن که تاثیر به سزایی در تفسیر قرارداد داشته باشند. تفسیر الفاظ و عباراتی که توسط طرفین در قرارداد به کار رفته است از امور مهمی است که قاضی باید در موارد اختلاف در مفهوم الفاظ به آن توجه نماید. تبیین مفهوم لفظی که توسط موجب یا مخاطب ایجاب به کار رفته و این که آیا طرف مقابل همین معنایی را که گوینده در نظر داشته است درک کرده یا نه، از اموری است که در حل اختلاف موثر است. مذاکرات مقدماتی در تفسیر و تبیین محمل الفاظ و عبارات و اعمال طرفین قرارداد نیز، تاثیر به سزایی دارند. بنابراین، در گفتگوهای مقدماتی طرفین هیچ قصدی بر ملزم شدن، نسبت به آن چه می گویند، ندارند، و این مذاکرات صرفاً زمینه را برای انعقاد ایجاب و قبول آماده می سازند و به این ترتیب تفاوت ایجاب و مذاکرات مقدماتی آشکار می شود.^{۱۷}

به طور کلی تمیز مرحله مقدماتی از ایجاب و قبول آسان نیست. در برخی موارد یکی از طرفین قرارداد، گفته های طرف^{۱۸} دیگر را در مرحله مقدماتی، ایجاب می پندارد در حالی که گوینده، خود را

^{۱۶} - همان، ص ۲۱۴

^{۱۷} - همان، ص ۲۱۵

^{۱۸} - همان، ص ۲۱۷

در مرحله مقدماتی می بیند و گفته هایش را همراه با قصد انشا ابراز نمی کند. در اینجا نیز اگر طرفین قرارداد نسبت به مورد خاصی، به عنوان مقدمه قرارداد توافق کرده، اما به عنوان شرطی در قرارداد ذکر نکرده اند، می توان آن را شرط تبانی دانسته و معتبر تلقی کرد.^{۱۹} و یا این که باید دید آیا اعلام طرفین اوصاف ویژه تصمیم نهایی را دارد و عرف آن را پیشنهاد قاطع یا قبول می داند.^{۲۰}

با این ترتیب، تمیز گفتگوهای مقدماتی و نویدها و پیشنهاد های مذاکره از ایجاب و قبول گاه دشوار است و دادگاه باید اوصاف ایجاب را، که مبنای توافق ظاهری است، در نظر داشته باشد.^{۲۱} در حقوق ما برخی از اساتید حقوق مدنی، پذیرفته شدن ایجاب را پایان گفتگوها و زمان آغاز التزام شمرده و تا هنگامی که ایجاب، بدون قید و شرط قبول نشده، دو طرف را در حال گفت و شنود مقدماتی می دانند.^{۲۲} احتمال دارد اعلام اراده به منظور طرح و پیشنهاد توافق آینده باشد. در قرارداد، از آنجا که باید دو اراده به توافق برسد، فرض این است که اراده هر کدام از نظر حقوقی جدی است و پذیرفته شدن ایجاب پایان گفتگوها و زمان آغاز التزام است. از آنجا که قرارداد از توافق بین دو نفع متعارض ایجاد می شود، هر کدام از دو طرف به این نکته می اندیشد که دلیلی بر وجود این توافق تهیه کند.^{۲۳}

برای بسته شدن عقد، باید دو اراده در باب ایجاد اثر حقوقی مطلوب با هم توافق کنند. روند متعارف تراضی بدین گونه است که یکی از دو طرف پیش قدم می شود و دیگری را به انجام معامله دعوت می کند، و این دعوت هنگامی که با انشاء موافقت دیگری در آمیزد عقد را به وجود می آورد. به عبارت دیگر با گفتگوهای مقدماتی یکی سخن را آغاز و پایه ریزی می کند و دیگری به دنبال آن موافقت یا

۱۹- همان، ص ۲۱۸

۲۰- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۲۷۷ و ۲۸۸

۲۱- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی- قرارداد- ایقاع، چاپ هشتم، نشر شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۸۱ ص ۶۲

۲- کاتوزیان، حقوق مدنی: ایقاع، ص ۱۲۸

۲۳- همان و کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی - قرارداد- ایقاع، ص ۶۹ قنواتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ص ۲۱۴ و انصاری، علی، تئوری حسن نیت در قراردادها، چاپ دوم، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۸، ص

مخالفت خود را اعلام می‌دارد. در واقع ایجاب و قبول عنوانی است که، به بیان اراده دو طرف داده می‌شود.^{۲۴}

گفتار دوم: تقسیم بندی مفاد مذاکرات پیش قراردادی

به طور کلی اظهاراتی که در دوران مذاکرات پیش قراردادی بیان می‌گردد، به خودی خود التزامی برای دو طرف قرارداد به موجود نمی‌آورد؛ پیش از نهای شدن قرارداد و انعقاد آن، طرفین می‌توانند از گفته خود پشیمان شوند، لکن آنچه که باید مورد توجه قرار گیرد آن است که کلیه گفتگوهایی که پیش از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد ارزش یکسان نداشته است. به طور کلی چنین اظهاراتی را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: نخست اظهاراتی می‌باشد که درحین مذاکرات پیش قراردادی بیان گردیده لکن در روابط آینده دو طرف موثر نیستند. به عنوان مثال در تبلیغ های تجاری درباره کالای عرضه شده، گزافه های آشکار و نهان زیاد دیده می‌شود و هر فروشنده می‌کوشد تا کالای خود را مرغوب جلوه دهد. اخلاق هر دروغ و تصنع را مضموم می‌شمارد. ولی، حقوق نرمش بیشتری دارد و درپاره ای از گزافه های متعارف خطا پوش است و آن را لازمه مهارت در فروشنده می‌بیند. ولی به هر حال تعبیر عادات و رسوم و عرف هر تجارت در ارزیابی اثر دروغ و گزافه نقش بسیار موثر دارد.^{۲۵} همچنین اظهار تمایل برای اخذ تخفیف یا تقسیط ثمن و مانند آن همگی از اظهاراتی است که نباید جز مفاد قرارداد آینده آورد و منشا التزام دانست. با وجود این، یکی از دشواری های «تعیین مفاد عقد» تمیز گفته های الزام آور از این نمایش های تبلیغی است که به اشکال مربوط به احراز قصد مشترک باز می‌گردد.^{۲۶}

۶- کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی - قرارداد- ایقاع، ص ۶۹

^{۲۵} - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، جلد ۵، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۳۲۸ و ۳۲۹

^{۲۶} - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، جلد ۳، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۷

دوم، اظهاراتی است که قرارداد بر اساس آنها شکل می‌گیرد که در حقوق ایران به چنین اظهاراتی «شروط بنایی» می‌گویند. این گروه از اظهارات به سادگی مورد توافق قرار نگرفته‌اند و گاه مذاکرات فراوانی را در پی داشته‌اند.

هر اظهار یا اعلامی که یک بازرگان حرفه‌ای درباره ویژگی‌های کالا یا خدمات در دوره پیش قراردادی به عمل می‌آورد، بی‌اثر نیست. چنین اظهاری با بسته شدن قرارداد، بخشی از آن کالا را تشکیل داده، برای گوینده ایجاد التزام می‌کند، مگر آن که طرف معامله از نادرستی اظهارات مزبور آگاه باشد یا ثابت شود که این اظهارات تأثیری بر تصمیم ایشان نداشته است.^{۲۷}

در رویه دادگاه‌های انگلیس و ایرلند نیز اظهاراتی که پیش از انعقاد قرارداد بیان می‌گردند به دو گونه اظهارات موثر و بی‌اثر تقسیم بندی شده‌اند. دادگاه‌های انگلیس اظهارات طرفین در اثنای مذاکرات منتهی به انعقاد قرارداد را به «توصیفات» یا «شروط» طبقه بندی کرده‌اند. منظور از «توصیف»، اظهاری است که موجب ترغیب طرف مقابل به انعقاد قرارداد می‌گردد ولی بخشی از قرارداد را تشکیل نمی‌دهد، در حالی که «شرط» قول یا تعهدی است که بخشی از خود قرارداد می‌باشد.^{۲۸} و^{۲۹}

جهت تفکیک اظهارات موثر از اظهارات غیر موثر می‌بایست معیارهای تعیین شده در این خصوص شناسایی شود. موارد مذکور در زیر معیار تشخیص این دو نوع اظهار از یکدیگر در دادگاه‌های انگلیس می‌باشد:

بند اول- شیوه بیان اظهارات: اگر شخصی که مطالبی را بیان می‌کند از دیگری بخواهد که صحت آن را بررسی یا تایید کند، آن مطلب نمی‌تواند شرط تلقی شود. به عنوان مثال در دعوی *Ecay v. Godfery* به سال ۱۹۴۷ فروشنده قایق ادعای سالم بودن آن را داشت لکن، از خریدار خواست که آن را بیازماید.

²⁷ -Schulze, Reiner, "Conclusion of Contract", ERA-forum, vol.7,no.1,January 2006, p. 47

^{۲۸} - داکسبری، رابرت، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ترجمه حسین میر محمد صادقی، چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۷۸

²⁹ - Cartwright, John and Martijin Hesselink, pre contractual liability in European private law, Cambridge university press, new York : 2009, p. 379

دادگاه سالم بودن قایق را شرط قرارداد محسوب نکرد. البته اگر دعوت مخاطب به بررسی، برای فریب او و جلوگیری از نمایان گشتن عیب کالا بود، احتمال داشت دادگاه آن را شرط بشمارد، چنان که در دعوی *Schawel v. Reade Schawel* به سال ۱۹۱۳ فروشنده اسب به خریدار گفته بود لازم نیست دنبال چیزی بگردد، اسب سالم است. مجلس اعیان این گفته فروشنده را شرط قرارداد شمرد.

بند دوم- زمان بیان اظهارات: هرگاه فاصله زمانی قابل توجهی بین اظهارات و انعقاد قرارداد وجود داشته باشد، این امر ممکن است دلالت بر آن کند که نیت طرفین آن نبوده است که این گفته یک شرط از شروط قرارداد باشد. نمونه آن دعوی *Routledge v. Mckay* دادگاه استیناف در سال ۱۹۵۴ می باشد.

بند سوم- اهمیت اظهارات: اگر یک اظهار به گونه ای باشد که طرف متضرر در صورت اظهار نشدن آن قرارداد را منعقد نمی کرد، آن اظهار یک شرط تلقی خواهد شد. در دعوی *Bannerman v. White* به سال ۱۸۶۱ فروشنده به خریدار گفته بود میوه های مورد معامله، مواد افزودنی ندارند. پس از انجام معامله معلوم شد میوه ها حاوی سولفور هستند در حالی که خریدار چنین میوه هایی را نمی خواست. و در صورت آگاهی از این امر میوه ها را خریداری نمی نمود به همین جهت دادگاه عاری بودن میوه ها از مواد افزودنی را، شرط قرارداد شمرد.^{۳۰}

در برخی موارد دادگاه ها تعهدات شفاهی معارض را اساس یک قرارداد جنبی دانسته اند. بدین ترتیب در دعوی *Webster v. Higgin* در دادگاه استیناف در سال ۱۹۴۸، یک تعهد شفاهی دال بر این که اتومبیل در وضعیت خوبی قرار دارد به عنوان یک قرارداد جنبی لازم الاجرا شناخته شد، علیرغم این حقیقت که قرارداد اجاره به شرط تملیک (یعنی قرارداد اصلی) محتوی یک شرط سلب مسئولیت بود.^{۳۱} دعوی *De Lassalle v. Guildford* به سال ۱۹۰۱، نمونه دیگر از مواردی است که اظهارات پیش قراردادی برای مخاطب از اهمیت زیادی برخوردار بوده، به همین جهت دادگاه آن اظهارات را شرط محسوب نمود. در این دعوی خواننده در روند گفتگوهای مقدماتی به خواهان اطمینان داده بود که

^{۳۰} - داکسبری، منبع پیشین، ص ۷۹

^{۳۱} - همان، ص ۱۰۱