

چیستی و چرایی مسئولیت پیش قراردادی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان

محمدحسین خلیل خلیلی*

تاریخ تألیف: ۱۴۰۲/۲/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۹

چکیده

حقوقدانان در رابطه با حدود تعهدات پیش قراردادی طرفین در دوره قبل از انعقاد قرارداد سه نظریه با عنوان «اصل مسئولیت مذاکره‌کننده، اصل عدم مسئولیت مذاکره‌کننده و نظریه بینابینی» را مطرح ساخته و هرکدام بسته به مورد برای توجیه نظریه خود به اصل حُسن نیت در قراردادها و اصل آزادی مذاکره استناد جست‌و‌جو کردند. روش این پژوهش، توصیفی تحلیلی است. در رابطه با چرایی و مبنای مسئولیت مذاکره‌کننده در قرارداد، تخطی از اصل حُسن نیت، توافقات ابتدایی، رابطه اعتمادی، عرف و اراده مفروض طرفین، مواردی هستند که دکتربین جدید از آن برای توجیه مسئولیت استفاده می‌کند. از سوی دیگر در رابطه با چیستی و ماهیت چنین مسئولیتی در فقه امامیه و حقوق ایران، عده‌ای از صاحب نظران، اعتقاد بر قراردادی بودن مسئولیت پیش قراردادی و برخی دیگر آن را ناشی از حاکمیت قانون و دارای ریشه قهری می‌دانند. به نظر می‌رسد در جایی که عرف این چنین مسئولیتی را درباره افشای اطلاعات اساسی و رعایت حُسن نیت، به رسمیت می‌شناسد، دارای ماهیت قهری باشد.

واژگان کلیدی: مسئولیت پیش قراردادی، ماهیت قهری و قراردادی، حُسن نیت، اطلاع‌رسانی.

مقدمه

دوران پیش قراردادی یکی از بازه‌های مهم زمانی در رابطه با انعقاد قراردادها است که طرفین مذاکره، موضع قراردادی اقتصادی خود را در رابطه با طرف مقابل محک زده و مقرون به صرفه بودن قرارداد را از لحاظ شرایط و توابع عقد و مشکلات اجرایی، زمانی که موضوع قرارداد اجرای یک طرح پیمانکاری است، مورد بررسی دقیق قرار می‌دهند. گفت‌وگو و مذاکره طرفین عقد پیش از انعقاد قرارداد، پیشینه‌ای طولانی در فقه و حقوق دارد و می‌توان گفت سابقه آن به تاریخ ورود انسان به عرصه معامله و دادوستد برگشت می‌کند. سؤال پژوهش این است که مسئولیت پیش قراردادی دارای چه ماهیت حقوقی بوده و بر چه مبنایی استوار است؟ آنچه مسلم است؛ هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند چراکه هدف اصلی و مستقیم مسئولیت قهری و قراردادی، جبران خسارات زیان دیده است اما بنظر می‌رسد ماهیت و مبنای مسئولیت پیش قراردادی، در موارد مختلف می‌تواند متفاوت باشد و در همه قراردادها به یک نحوه نخواهد بود. بررسی اینکه طرفین قرارداد بر چه مبنایی در برابر یکدیگر مسئولند و این مسئولیت آیا برخاسته از توافق است یا اینکه مفروض محسوب می‌شود، از جمله ضرورت‌های تحقیق محسوب می‌شود. بدین منظور در تحقیق حاضر در قدم نخست به نظرات سه گانه (لزوم پای‌بندی، عدم لزوم پای‌بندی به مذاکرات و نظریه بینابینی) در مورد پای‌بندی به تعهدات در دوران پیش قراردادی پرداخته شد و سپس به مبنای و چرایی مسئولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی بذل همت گردید و آنگاه چیستی و ماهیت مسئولیت پیش قراردادی (قهری بودن، قراردادی بودن، ماهیت تفکیکی) مورد تحلیل قرار گرفت.

۱۱۰

۱. مفهوم دوران پیش قراردادی

دوران پیش قراردادی به هر گونه تبادل نظر و ارزیابی شرایط قراردادی قبل از انعقاد قرارداد اطلاق می‌شود که توافق هنوز به مرحله ایجاب و قبول نرسیده است. طرفین ابتدا قصد ایجاد رابطه حقوقی را می‌نمایند و سپس آن را در طی مذاکراتی مطرح ساخته و در رابطه با آن دنبال نقاط ضعف و قوت خود و طرف قراردادی‌شان بوده و بعد از تصمیم قطعی، ایجاب و قبول خود را اعلام می‌دارند. در این دوران، ما با مفاهیم متفاوتی از جمله اینکه طرفین در رابطه با مذاکراتشان ابتدا ملزم به رعایت حُسن نیت و صداقت در رفتار (Chen, Nili, 1989, p.252)، اطلاع‌رسانی در رابطه با شرایط و

واقعیات اجرایی قرارداد (Gililker, 2002, p.111) یا عیوب افشا نشده و پنهان کالا، زمانی که موضوع قرارداد خرید و فروش کالایی باشد (Treitel, 1999, p.356-366) روبه‌رو هستیم.

۲. پایبندی به تعهدات در دوران پیش‌قراردادی

از اصول دوران پیش‌قراردادی، اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداد در ورود و ادامه مذاکرات تا رسیدن به ایجاب و قبول است. این اصل مبتنی بر این نظر است که اشخاص در هر زمانی می‌توانند وارد مذاکره با اشخاص دیگر گردیده و یا از مذاکره منصرف شوند. در نگاه اولیه این طور به نظر می‌آید که طرفین بر مبنای این اصل، از باب مذاکراتشان در دوران پیش‌قراردادی چندان الزامی به پایبندی به قرارداد نداشته و می‌توانند در هر زمانی از ادامه مذاکره منصرف شوند ولی اهمیت این موضوع چه‌بسا در قراردادهای امروزی که طرفین در نفع متعارض با یکدیگر هستند بیشتر قدرت نمایی می‌کند. پس باید مشخص شود هر طرف مجاز به رعایت چه تعهداتی در قرارداد بوده و چه اطلاعاتی را باید افشا کند (Cartwright, 2009, p.811) بر همین مبنا حقوقدانان در این زمینه نظریاتی مطرح کرده‌اند. طرفداران پایبندی به مذاکره، به اصل لزوم در معاملات اشاره نموده و از آن در توجیه پایبندی به مذاکرات پیش‌قراردادی استفاده کرده‌اند. در مقابل عده‌ای در اثر نفوذ اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداد، شخص را مختار می‌دانند که هر وقت اراده نماید مذاکرات را خاتمه دهد و سرانجام گروهی نیز قائل به تفکیک بوده و نظریه بینابینی را مطرح کرده‌اند که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱۲. اصل لزوم پایبندی به مذاکرات

طرفداران این نظریه معتقدند: کسی که بر مبنای اعتماد وارد قرارداد می‌شود، طرف مقابل او صرف نظر از اینکه پیش‌بینی انعقاد عقد را بکند یا نه، از باب اوضاع و احوالی که به‌وجود آورده ملزم به پایبندی به مذاکرات است؛ در غیر این صورت وی از باب نقض مذاکرات مقدماتی مرتکب خطای مدنی شده است (Kessler, F.&Fine, 1963, p.404) حتی این نظریه تا آنجا پیش رفته که طرفداران آن به تئوری‌هایی همچون دکترین آگاه باش خریدار (caveat emptora) اشاره می‌کنند و معتقدند که طرف قرارداد، خود مسئول آگاهی از اوضاع و احوال قرارداد بوده و از باب عدم اطلاع‌رسانی نیز اجازه نقض مذاکرات را ندارد. مطابق این اصل که ناشی از عقاید مکتب فردگرایی است هر طرف خود باید اطلاعات مورد نیازش را به دست آورد و نمی‌تواند از طرف دیگر، انتظار

اطلاع‌رسانی داشته و از باب نقض این وظیفه از قرارداد عدول کند (Nova Rodrego, 2005, p.594) در حقوق انگلیس اگر هرکدام از دو طرف بر موضوعی آگاه باشد و نیز بداند که با دسترسی طرف دیگر بر آن، وی حاضر به بستن قرارداد نمی‌شود، لازم نیست چیزی در این مورد بگوید (Peter C&J Gregory Dees, 1993, p.5) در حقوق ایران با توجه به اینکه اصل آزادی قرارداد بیشتر مورد توجه حقوقدانان بوده و از منظر قانونی نیز تعهدات طرفین از لحظه ایجاب و قبول و انعقاد عقد جریان می‌یابد، تا عقد منعقد نشده، پای‌بندی به مذاکرات وجود ندارد مگر اینکه بر طبق یک «پیش‌قرارداد»، طرفین خود را ملتزم به رعایت مفاد آن کنند. به نظر می‌رسد در این مورد نیز مبنای مسئولیت مذاکره‌کننده بر طبق پیش‌قرارداد تنظیمی است نه بر مبنای مسئولیت پیش‌قراردادی. از لحاظ فقهی این بحث علی‌رغم نظرات مطرح در حقوق انگلستان به این گستردگی مطرح نمی‌باشد ولی اقلیتی از فقها معتقدند که اشخاص از باب تعهدات ابتدایی نیز ملزم به مذاکرات هستند (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۴۳) که این نظریه در فقه مقبول واقع نشده و طرفدار چندانی ندارد.

۲۲. اصل عدم لزوم پای‌بندی به مذاکرات

عدم لزوم پای‌بندی به مذاکرات برخاسته از عقایدی است که طرفداران آزادی قرارداد آن را مطرح ساخته‌اند. این اصل، خود برخاسته از اصل حاکمیت اراده است (Kucher Alyona N, 2004, p.6) بر طبق این نظریه، اصل آزادی قرارداد شامل آزادی در انتخاب طرف معامله، نوع و مفاد قرارداد و اصل انعقاد خود قرارداد است (Tavits Gaabriel, 1999, p.181) در نظر طرفداران این تئوری [نظریه مقبول در حقوق انگلستان] جبران خسارت پیش‌قراردادی مفهومی ندارد؛ چراکه سبب جبران هنوز به وجود نیامده است. البته این اصل در روابط عمومی و قراردادهای بزرگ که شخص به‌عنوان مأمور عمومی معامله می‌کند محدود شده است. زیرا تامین منافع جامعه همیشه بر منافع اشخاص اولویت دارد ولی در روابط خصوصی بر طبق حاکمیت اراده چون برخاسته از قانون نیست به نظریه آزادی در بستن یا بستن قرارداد نزدیک‌تر است. مطابق فقه امامیه که حقوق ایران نیز برخاسته از آن است، اصل آزادی مذاکرات به نحو بارزی جلوه‌نمایی می‌کند. شایان ذکر است که اصل آزادی قرارداد در فقه دارای دو مفهوم است. یکی آزادی در انتخاب نوع قرارداد و دیگری آزادی در دوره مذاکرات قبل از انعقاد قرارداد (انصاری، ۱۲۷۵، ص ۱۰۱۰۱). برابر عقیده جاری در فقه، دوران مذاکرات قبل از قرارداد، الزامی به پای‌بندی بوجود نمی‌آورد و اگر هم خسارتی در بین باشد فقط مختص دوران بعد از انعقاد قرارداد است (ابن‌قدمه، [بی‌تا]، ص ۵۶۲). البته این بدان معنا نیست

که هرگز خسارتی در بین نباشد. زیرا در برخی موارد از باب تقصیر پیش قراردادی ممکن است حکم به جبران خسارت در دوران قراردادی نیز بشود (محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۹۱) که در مباحث آتی چگونگی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. در مقام مقایسه نیز، حقوق انگلیس بر طبق اصل آزادی مذاکره، توافقات افراد مبنی بر مذاکره را لازم الاجرا نمی‌داند (Tarig Hassan, 1980, p.50). با وجود این در ادامه خواهیم دید که حقوق کامن لو نیز در این باره بدون استثنا نمانده است.

۳۲. نظریه بینابین

نظریه بینابین که برخاسته از حقوق انگلستان است، بر این مبنا استوار گشته که اصل بر عدم مسئولیت شخص، در قطع مذاکرات مقدماتی است، مگر در مواردی که عملکرد طرف قرارداد به نوعی اوضاع و احوالی را منجر شود که طرف معامله به اشتباه، قرارداد را اجرایی یا سازنده یا کالا را دارای کیفیت مطلوب بداند. مثلاً جایی که موضوع قرارداد یک طرح مورد پیمانکاری است، کارفرما نباید پیمانکار را از موانع و مشکلات ساخت و اجرای طرح بی‌اطلاع بگذارد تا پیمانکار به اعتماد قابل اجرا بودن طرح، هزینه‌های گزافی بنماید؛ بنابراین تنها در این زمان می‌توان آزادی اراده اشخاص را در رابطه به عدم پای‌بندی به مذاکرات محدود کرد. به‌عنوان مثال اگر عملکرد یک طرف، موجب سوء تفاهم دیگری شود، یا روابط خاص میان دو طرف حاکم باشد و یا عرف پای‌بندی به مذاکرات را در دوره پیش قراردادی نسبت به معاملات به رسمیت بشناسد، لزوم پای‌بندی به مذاکرات تا حدودی مورد پذیرش حقوقدانان و دادگاه‌های این کشور واقع شده است (Blaemendal Ian, 2001, p.27).

در حقوق داخلی این نظر مورد توجه حقوقدانان واقع نشده و تنها بنظر یکی از حقوقدانان در صورتی که تعهدات طرفین در خصوص نحوه مذاکره و شرایط قرارداد و امثال آن به روشنی بیان شده و مشخص شود که طرفین قصد التزام به آن داشته و این قرارداد دارای عوض باشد، دادگاه توافقات مزبور راجع به پای‌بندی به مذاکره را لازم الاجرا تلقی خواهد کرد (شیرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۱). البته در حقوق انگلستان این بحث در رابطه با تعهد به دادن اطلاعات در دوره پیش قرارداد تا حدودی مورد پذیرش واقع شده و به‌عنوان استثنائات اصل «آگاه باش خریدار» نیز معروف است (Treitel, 1999, p.356-366) از منظر حقوق داخلی؛ اصل حُسن نیت در حقوق ما به اندازه اصل آزادی قرارداد مورد توجه قرار نگرفته است ولی این به معنای آن نیست که حقوقدانان این اصل مترقی را

به رسمیت نشناسند زیرا این اصل در بسیاری از نظامهای بزرگ حقوقی از جمله فرانسه مورد توجه واقع شده و حتی حقوق انگلستان و امریکا نیز نتوانستند جلوی نفوذ حُسن نیت را در برخی موارد بگیرند. پس عدم وجود صریح مقررهای در قانون، به معنای عدم وجود آن نیست و چه بسا که عرف به عنوان یکی از منابع حقوق، طرفین را ملزم به پای بندی به مذاکرات بدانند؛ بنابراین دقیقاً نمی توان گفت فقه و حقوق ایران و انگلستان در تمامی موارد، از نظریه مسئولیت مذاکره کننده پیروی کرده است. به همین دلیل تئوری بینابین، مبنای مناسبی برای مسئولیت پیش قراردادی ارائه کرده است. حال، بعد از بررسی نظریات مطرح در رابطه با لزوم پای بندی به مذاکرات، تدریجاً رویه کشورها بر این است که دوران پیش قراردادی را با التزام بیشتری در رابطه با پای بندی به مذاکرات مورد توجه قرار دهند که این مهم مستلزم بررسی مبنای این التزام در دوران پیش قراردادی است که در ادامه موضوع بحث آتی را تشکیل میدهد.

۳. چرایی مسئولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی

امروزه بسیاری از تعهدات طرفین قرارداد در دوران اجرایی عقد، برخاسته از مذاکراتی است که در مرحله پیش قراردادی انجام شده است. هرچند که ما اصل را بر آزادی طرفین در ورود به مذاکره و انتخاب طرف قراردادی نهادیم ولی این بدین معنا نیست که طرفین بر طبق اصل عدم مسئولیت، هیچ گاه در رابطه با دوران پیش قراردادی خود مسئول نباشند. در واقع حقوق قراردادهای مدرن، مبانی را معرفی می نماید که در پی وقوع اعمال یا شرایطی، طرفین از باب مسئولیت پیش قراردادی ملزم به جبران خسارت طرف قراردادهای خود در دوره مذاکرات مقدماتی یا دوره اجرای قرارداد هستند. این مبانی به شرح ذیل است:

۱۳. تخطی از اصل حُسن نیت

در فرهنگهای حقوقی حُسن نیت بدین تعریف آمده است:

یک استاندارد رفتاری مورد انتظار از یک انسان متعارف، به ویژه به هنگام بستن قرارداد و اعمال حقوقی مشابه و همچنین اقدام بدون قصد متقلبانه یا سوء نیت^۱ (Bryan A. Garner, 2004,)

1. Good faith A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing

حُسن نیت علاوه بر حقوق داخلی، در اسناد بین المللی نیز مورد توجه بوده به طوری که نویسندگان «کنوانسیون بیع بین الملل کالا»^{۱۹۸۰م}، در مقدمه کنوانسیون مزبور به این نکته اشاره دارند که توسعه تجارت بین المللی، بر اساس برابری و نفع متقابل، عنصر مهمی در جهت ارتقای مناسبات دوستانه بین دولتهاست. ماده ۷ کنوانسیون مزبور و همچنین ماده ۷ فصل نخست اصول قراردادهای تجاری بین المللی معروف به یونی دغا نیز بر رعایت حُسن نیت در قراردادهای تجاری بین المللی تصریح دارد. بر طبق این ماده «۱. در تجارت بین المللی، هر طرف قرارداد باید مطابق با حُسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند. ۲. طرفین نمی توانند این تکلیف را مستثنا یا محدود کنند». مواد مشابه دیگری نیز در دو سند مذکور وجود دارد که مستقیم یا غیر مستقیم، بر اصل حُسن نیت تصریح دارد؛ برای مثال، ماده ۱۵ فصل دوم اصول قراردادهای تجاری بین المللی، مسئولیت زیانهای ناشی از مذاکرات همراه با سوء نیت و ماده ۸ فصل سوم اصول مزبور، مسئولیت زیانهای ناشی از فریب و فریبکاری در قراردادها را بررسی می کند، یا ماده ۳۵ کنوانسیون بیع بین المللی، فروشنده را بر رعایت تطابق اوصاف کالای تسلیمی با اوصاف قرارداد ملزم می کند و بیان میدارد: «فروشنده باید کالایی را تسلیم کند که دارای مقدار و واجد کیفیت و وصف مقرر در قرارداد باشد.» در مقررات اصول قراردادهای اروپا نیز این اصل مورد اشاره قرار گرفته و بر رعایت حُسن نیت در قراردادها تصریح شده است (Principles of European Contract Law "PECL", part II, p12) به طوری که بر طبق اصل ۲۰۱ از فصل اول این سند بین المللی «هر یک از طرفین قرارداد باید مطابق با حُسن نیت و رفتار منصفانه عمل کند و طرفین نمی توانند این وظیفه را محدود و استثنا کنند»^۲.

یکی از مهم ترین جنبه های حُسن نیت، تعهد به اطلاع رسانی صادقانه است. این جنبه از حُسن نیت در اصول قراردادهای اروپایی نیز مورد توجه واقع شده به طوری که بر طبق بندهای ۲ و ۳ از

in a given trade business, or (4) absence of intene to defraud or to seek unconscionable advantage - Also termed bona fides.د

1. Good faith A state of mind consisting in faithfulness to one's duty or obligation.

۲. برای دیدن مواد بیشتر در این باره ر.ک: مواد ۱۰۱، ۱۰۲ و ۱۰۸ از فصل ششم و اصل ۹۰۱ از فصل چهار مقررات (PECL). هم در مورد لزوم صحت اطلاعات در تجارتی که در فضای مجازی صورت می گیرد، هم در رابطه با اصل حُسن نیت سخن به میان آورده است.

اصل ۳۰۱ در فصل دوم این سند بین المللی بدان اشاره شده است. در این دیدگاه یکی از حقوقدانان معتقد است که ضرورت همکاری در روابط پیش قراردادی اقتضا می‌کند که تمام اطلاعات لازم در اختیار دو طرف قرار بگیرد تا یک رضایت کامل و بدون ایراد تحقق یابد (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۱۹۴). دو طرف باید در مورد عناصر اساسی قرارداد و وعده‌هایی که در رابطه با نوع و طرز اجرای قرارداد به هم می‌دهند حُسن نیت را رعایت کنند (Chen Nili, 1989, p.252). تخلف از چنین وظیفه‌ای با عدم افشای اطلاعات یا کتمان آن محقق می‌شود که در هر دو حال، تمایل قانونگذاران و نویسندگان حقوقی بر این است که در قراردادها، بیان تمام وقایع مؤثر در تراضی را با انجام تکالیف دو طرف در رعایت حُسن نیت تضمین کنند (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۵، ص ۳۳۳). به هر حال با وجود عدم شناسایی صحیح این اصل در حقوق کشورهای کامن لو (Rosenberg, Ken and Yachnin Maryth, 2005, p.8) این ملاک رفته رفته مورد اتفاق نظر برخی از حقوقدانان کامن لو شده و از لحاظ دکترین حقوقی خالی از دقت نظر نبوده است (Vanessa sims, 2004, p.214-26) در نظام حقوقی ایران، حُسن نیت به عنوان یک اصل کلی در قوانین و مقررات صراحتاً مورد توجه قرار نگرفته است تا افراد ملزم به رعایتش در تشکیل قرارداد باشند اما با مطالعه قوانین خاص و بررسی منابع فقهی که مبنای تنظیم قوانین و مقررات می‌باشد، قانونگذار بصورت تلویحی، جریان این اصل و متعلقات آن را در برخی قوانین و مقررات مدنظر قرار داده است.

در همین راستا مواد ۳۱ و ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷ در خصوص ارائه اطلاعات صحیح در انعقاد قرارداد بوده و ضمانت اجرایی تخطی از این تکلیف نیز ذکر گردیده است. مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ مبنای تعهد به حُسن نیت در آثار فقها نیز مورد توجه است. از جمله اینکه به نظر بعضی از فقها؛ در معاملات و یا غیر آن نیز، اگر به واسطه ی خدعه و فریب توأم با سوء نیت، کسی متضرر شد و یا خسارتی بر او وارد شد، به شخص فریب دهنده رجوع نموده و خسارت را از او می‌گیرد (بجنوردی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۲۷). از دیگر نشانه‌های فقهی اصالت اصل حُسن نیت در قراردادها، کلام برخی از فقها در تبیین شرط ضمنی بودن تساوی و تعادل بین عوضین در قرارداد بیع است. با این بیان که معادله غبنی، تجارت همراه با تراضی نیست؛ چراکه هرگاه زیان دیده، نسبت به غبنی بودن معامله که ناشی از عدم حُسن نیت فروشنده است اطلاع یابد، هرگز به چنین معامله‌ای رضایت نخواهد داد. (خویی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۱)؛ بنابراین این همانگونه که از رویه فقهی و مقررات قانونی در برخی قوانین از جمله قانون بیمه و قانون تجارت الکترونیک قابل

استنباط است، علیرغم پیش بینی صریح قانونی، اصلِ حُسن نیت، نفوذ خود را به طور غیرمستقیم در رویه حقوقی کشور داشته و مقبول حقوقدانان واقع شده است. هرچند وظیفه حُسن نیت در حقوق نوشته از وظایف پیش قراردادی طرفین است ولی عدم رعایت حُسن نیت فی نفسه ضمان آور نیست بلکه سوءنیت موجب مسئولیت است.

۲۳. توافقات ابتدایی (Contract Trgain)

گاهی قبل از انعقاد عقد رسمی در رابطه با اوضاع و احوال قرارداد گفت و گو شده و عمل حقوقی نیمه زنده ای در عالم حقوقی به وجود می آید که چهره ای از تعهد و پای بندی را به همراه دارد ولی قرارداد کامل تلفی نمی شود. بعقیده یکی از حقوقدانان: «توافقات مقدماتی به مجموعه ای از قولنامه ها، قراردادها، توافق نامه ها، موافقت نامه ها، یادداشت تفاهم ها، پروتکل ها و... اطلاق می شود که دلالت بر قصد طرفین نسبت به پیگیری، انجام مذاکره و یا نهایی کردن یک یا چند قرارداد در آینده دارد» (شیروی، ۱۳۸۲، ص ۸). توافق ابتدایی به این صورت است که قبل از تشکیل قرارداد، طرفین به نوعی خود را پای بند به انعقاد قرارداد کنند. این عنوان که همان معادل قولنامه در حقوق ماست در صورتی که بعداً طرفین موفقیت خود را بدان اعلام کنند لازم الاجرا خواهد بود (Contract trgain Treitel, 1997, p.273) و بر همین اساس برخی حقوقدانان حتی در صورت جمع شرایط صحیح معاملات، حکم به جبران خسارت ناشی از تقصیرهای دوران توافق بدون قرارداد را هم لازم الاجرا می دانند (Chitty, 1983, p.12) بنابراین توافقات مقدماتی یکی از مبانی مسئولیت پیش قراردادی در حقوق انگلستان است که ممکن است در برخی موارد لازم الاجرا و در برخی موارد صرفاً یک توافق باشد؛ مانند زمانی که در برگیرنده شروط ناعادلانه در قرارداد است که این گونه قراردادها و توافقات در فقه نیز الزام آور نیست مگر زمانی که به حد ایجاب و قبول برسد. باین حال، خالی از دقت نظر نخواهد بود که طبق نظر برخی از فقها، بر مبنای قاعده لا ضرر، قید شروط غیر منصفانه در این توافقات را جایز بدانیم و بر مبنای آن، طرفین را ملزم به پای بندی به این توافقات بدانیم (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۷۲). نکته قابل ذکر آن است که اگر تعهدات ابتدایی، قبل از انعقاد عقد بطور صحیح بوجود آمده باشد، مصداق تعهد برای متعهد است؛ به این صورت که در مقابل وفای به عهد و اجرای تعهد، بنا به قاعده تسبیب، عدم اجرای تعهد، متعهد را ملزم خواهد نمود که در صورت اضرار، خسارت متعهدله را جبران نماید (ابوالسعود، ۱۹۸۶، ص ۵۲-۵۳).

۳-۳. رابطه اعتمادی

طرفین قرارداد ممکن است از باب رابطه اعتمادی که در دوران پیش قراردادی با هم داشته‌اند، مسئول تلقی گردند.

حال ممکن است خود طرفین این رابطه اعتمادی را به وجود آورده باشند یا اینکه از اوضاع و احوال چنین استنباط گردد. این مبنا در حقوق داخلی هر چند به طور مستقیم مورد توجه حقوقدانان واقع نشده ولی بوده‌اند کسانی که وجود رابطه اعتمادی بین طرفین را زمینه ساز ایجاد تکالیف قانونی دانسته‌اند (اوصیا، ۱۳۷۱، ص ۳۳۳). قاعده کلی این است که با وجود رابطه اعتمادی، عدم اطلاع‌رسانی در پاره‌ای مواقع تقصیر محسوب نمی‌شود. این قاعده هر چند در کشورهای حقوق نوشته مورد توجه واقع شده ولی در کشورهای حقوق کامن لو بخصوص انگلیس نقش روابط اعتمادی طرفین، بیش‌تر در زمینه تعهد به دادن اطلاعات آشکار می‌شود به طوری که اگر در قراردادی، طرفین در اکثر معاملاتشان نسبت به توابع و اوضاع و احوال قرارداد، راهنمایی و اطلاعات لازم را به یکدیگر بدهند، همین اندازه عمل در روابط آینده آنها، برای مسئول شناختن طرف مقابل به عدم ارائه اطلاعات لازم در قرارداد کافی است (Smith J.C, 1992, p.332-333). البته تصور ذهنی طرف زیان‌دیده را نیز نباید [بی‌تا]ثیر دانست، به گونه‌ای که خود طرف قرارداد هم باید در چنین حالتی انتظار اطلاع‌رسانی از طرف دیگر داشته باشد. به هر حال چنانچه گفته شد؛ قواعد مسئولیت پیش‌قراردادی در این زمینه نیز خالی از استثنا نمانده به گونه‌ای که اگر اثر تغییر اوضاع و احوال قرارداد از زمان گفت‌وگوهای مقدماتی تا دوران اجرای قرارداد ادامه داشته باشد، عدم ارائه صحیح آن موجب مسئولیت شناخته شده است (Paul. D&C; M.S.O, 1991, p.17) در فقه نیز ضرورت توجه به رابطه اعتمادی قبل از تشکیل عقد، مورد توجه بوده به طوری که بیوع الامانات از جمله مصادیق بارز این تعهدات است. در این عقد، فروشنده قیمتی را از خریدار مطالبه می‌کند که بالاتر از قیمت خرید اوست. حال اگر فروشنده بر اساس رابطه اعتمادی مذکور، اطلاعات صحیحی در اختیار خریدار قرار ندهد، خریدار از باب نقض رابطه امانی و اینکه تدلیس صورت گرفته است حق فسخ دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۷۸) حتی در این زمینه برخی حقوقدانان عقیده دارند که صرف فریب فروشنده، نقض رابطه امانی را در پی دارد. حال ممکن است فریب مذکور آگاهانه یا بدون سوء نیت باشد ولی در عمل موجب تضییع خریدار شود (اوصیا، ۱۳۷۱، ص ۳۴۷).

۳-۴. عرف و اراده مفروض

از دیگر مبانی مسئولیت پیش‌قراردادی، نقش عرف و اراده مفروض طرفین در این زمینه است. در برخی موارد، عرف منطقه از باب ثبات معاملات، به طرفین عقد اجازه عدول از مذاکرات مقدماتی را نمی‌دهد. گاهی نیز ممکن است طرفین بر مبنای اینکه طرف مقابل تمام اوضاع و احوال قرارداد را شفاف سازی کرده و پای‌بند به مذاکرات است مسئول تلقی شده و این قصد از اراده مفروض طرفین نمایان باشد. در مورد نخست در برخی قراردادها، زمانیکه رویه خاصی در مورد مسئولیت طرف مقصر از قطع گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی موجود نباشد، عرف تأثیر خود را از باب لزوم معاملات آشکار می‌سازد (Kessler, 1963, p.400-401). به نظر می‌رسد حق نیز همین باشد زیرا عرف از جمله منابع حقوق بوده و هر جا که قانون ساکت باشد آن نقیصه را جبران می‌کند. در حقوق انگلستان نیز که از جمله نظام‌های عرفی می‌باشد، می‌توان مواردی از این دست مشاهده کرد. از جمله اینکه دادگاه‌های انگلستان در مورد خسارتهای ناشی از زیانهای ناشی از حمل و نقل دریایی با توجه به رویه معمول تجار در دعوای جانس بر علیه بوودین (Jones v. Bowden) حکم به جبران خسارت با استناد به عرف قراردادی داده‌اند (Treiter, 1999, p.365). با وجود این در فقه و حقوق داخلی، وضعیت اراده مفروض طرفین کمی مورد تامل است و موردی صریح برای آن دیده نشده است به طوری که برخی حقوقدانان معتقدند؛ اراده مفروض در این زمینه مبنای قابل توجیهی نداشته و امری خارجی محسوب نمی‌شود. ایشان اشاره دارند که در حقیقت، وجود تعهدی که ناشی از قرارداد یا حکم قانون نباشد و تنها به این اعتبار که مورد توجه حقوق است پذیرفته شود هر چند از لحاظ منطقی محال نیست ولی در حقوق ما مصداق ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۹۱).

۴. چیستی و ماهیت مسئولیت پیش‌قراردادی

از جمله مباحث مهم در زمینه حقوق قراردادها، ماهیت مسئولیت پیش‌قراردادی است. اگر بگوییم که ماهیت مسئولیت پیش‌قراردادی بسته به مبنایی است که بر اساس آن، اصل مسئولیت را قبول می‌کنیم سخنی به گزاف نگفته ایم. حقوقدانان در این زمینه به دو گروه تقسیم شده‌اند. عده‌ای معتقدند که مسئولیت طرفین قرارداد در دوران پیش‌قراردادی، جنبه قهری داشته و بدون اراده متعاملین، داخل در روابط آنها می‌شود و به اعتقاد عده‌ای دیگر؛ ماهیت مسئولیت ناشی از

مذاکرات مقدماتی، چهره قراردادی دارد و در نهایت عده قلیلی نیز معتقد به تلفیق از هر دو چهره مسئولیت قهری و قراردادی هستند که در ذیل مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱۴. تحلیل ماهیت مذاکرات پیش‌قراردادی بر مبنای قهری بودن

قبلا اشاره شد که یکی از مبانی مسئولیت پیش‌قراردادی، وجود عرف و ضرورت رعایت حُسن نیت در قراردادهاست. اگر بخواهیم موضوع را به مبحث ماهیت مسئولیت پیش‌قراردادی بسط دهیم، باید متذکر شویم که گاهی طرفین قرارداد، بر مبنای عرف ملزم به ادامه گفت‌وگوها هستند حتی اگر ضرورت رعایت عرف و عادت در رابطه با پای‌بندی به مذاکرات هنگام قطع گفت‌وگوها، وارد قصد ذهنی هیچ‌یک از طرفین نشده باشد. در این زمینه برخی از حقوقدانان از عنصر اخلاق نیز بهره جسته‌اند؛ که هر جا اخلاق، ضرورت چیزی را ایجاب کند، حقوق نیز ممکن است ضمانت اجرای تخطی از آن را بی‌پاسخ نگذارد (همان، ص ۱۸۰)؛ بنابراین عرف می‌تواند بر روابط طرفین حکومت داشته و به‌عنوان یکی از منابع حقوق، ضرورت رعایت حُسن نیت و رفتار صادقانه را با خود همراه کند. حقوق ما این اعتقاد را پذیرفته و در صورتی که از مفاد قرارداد و اراده طرفین چیزی استنباط نمی‌شود حکومت عرف مورد پذیرش واقع شده است و حتی در مواردی هم عملکرد طرفین و قصد ذهنی آنها به موارد غالب و عرف بلد انصراف دارد، اما از حقوق انگلستان که از جمله نظام‌های حقوق عرفی است استنباط می‌شود؛ که اصل حُسن نیت به‌عنوان یک مقرر عام در این کشور پذیرفته نشده است (Musy Alberto, 2000, p.6)؛ بنابراین حقوقدانانی که مایل به تفسیر ماهیت مسئولیت پیش‌قراردادی به چهره قهری بودن آن هستند، از جنبه دیگر مسئولیت قهری که همان عرف هست استفاده کرده و مسئولیت را مورد شناسایی قرار داده‌اند (Treitrl, 1999, p.365). به همین دلیل در حقوق انگلیس، مسئولیت پیش‌قراردادی با ماهیت قهری آن چندان مورد توجه نمی‌باشد ولی این به معنای عدم وجود مسئولیت نیست به طوری که بوده‌اند حقوقدانانی که معتقدند اگر طرف معامله از ابتدا قصد قرارداد نداشته یا عنصر تقلب مفروض باشد، مسئولیت بر این مبنا شناسایی شده و حکم به جبران خسارت خواهد شد (D&chive M O, Paul, 1991, p.93). به نظر می‌رسد حق نیز همین است و از آنجا که رابطه سببیت غیر مستقیم در حقوق این کشور، در صورتی مقبول می‌شود که اضرار عمدی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۸۸)؛ بنابراین در مورد شخصی که قصد جدی بر انعقاد قرارداد ندارد ولی اوضاع و احوالی را به وجود می‌آورد که باعث اعتماد کاذب طرف

مقابل می‌شود تنها در صورتی می‌توان او را مسئول بدانیم که مسئولیت قهری وی را مورد شناسایی قرار دهیم. از منظر فقهی، بحث قهری یا قراردادی بودن مسئولیت پیش قراردادی به گستردگی حقوق امروزی مورد توجه نبوده و فقها هم اشارهای بدان نداشته‌اند. به اعتقاد فقها؛ تعهدات قبل از زمان انعقاد ایجاب و قبول که عقد با آن واقع می‌شود، الزامی به پای‌بندی ندارد و در نتیجه جبران خسارت هم وارد قصد ذهنی طرفین قرارداد نمی‌شود مگر در جایی که عرف خاصی، حکم به جبران خسارت بدهد. در نتیجه به نظر می‌رسد که عقیده موجود در فقه در رابطه با ماهیت مسئولیت پیش قراردادی، حمل بر قهری بودن آن می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۹۴) که البته آن هم دور از استثنا نبوده و در بند بعدی مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۲۴. ماهیت مذاکرات پیش قراردادی بر مبنای قراردادی بودن آن

امروزه در حقوق قراردادها، بحث پیرامون قراردادی بودن ماهیت مذاکرات مقدماتی بیشتر مورد توجه است. اولین واژه‌ای که در رابطه با قراردادی بودن جنس ماهیت مسئولیت پیش قراردادی به ذهن تبادر می‌کند، مفهوم تعهدات ضمنی است. تعهدات ضمنی، چهره‌ای از همان شروط بنایی هستند که مبنای انعقاد قرارداد نهایی واقع می‌شود، باین حال نحوه ذکر آنها تابع قرارداد یا شرایط مقرر بین طرفین خواهد بود. در واقع هنگامی که طرفین می‌خواهند وارد مذاکرات مقدماتی شوند ممکن است بین خود، پیش قرارداد ضمنی را به وجود آورند و مستقیم و غیر مستقیم به آن ملتزم شوند. صرف همین اندازه از التزام، دارای بار حقوقی و منشا تعهد است و حقوق به سادگی از آن نمی‌گذرد ولی شایان دقت است که تعهدات ضمنی، الزاما باید مبنای انعقاد قرارداد نهایی باشد نه اینکه مستقل و جدا از عقد تلقی گردد. در همین زمینه بنظر حقوقدانان ما؛ اگر تعهدات ضمنی، ناشی از التزامی مستقل باشد، خود قراردادی جداگانه بوده و نباید آنها را به عقد اصلی سرایت داد بلکه آنها سوای قرارداد اصلی، مستقلا قادر به التزام طرف مقصر به پای‌بندی به مذاکرات و جبران خسارت هستند. همچنین هر گاه پیش از وقوع عقد، مفاد تعهدات ضمنی فراموش شود و هنگام تراضی مورد توجه قرار نگیرد، نمی‌توان مسئولیت عدم پای‌بندی به مذاکرات را قراردادی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۱۲۷).

از منظر حقوق تطبیقی نیز وضع به همین منوال است. تعهدات ضمنی طرفین در دوره پیش قراردادی باید تفسیر شود که آیا جزو مفاد اصلی عقد تلقی می‌شود یا نه؟ به نظر حقوقدانان

انگلیسی اگر شروط پیش‌قراردادی، جزو مفاد اصلی عقد بوده و وارد قصد ذهنی طرفین و مبنای قرارداد شود، بدون شک مسئولیت ناشی از نقض مذاکرات، قراردادی خواهد بود (Mclauchlan, D.W, 1980, p.30).

همین وضعیت در رابطه با تعهدات افشاگری پیش‌قراردادی نیز دیده می‌شود. بنظر عده‌ای از حقوق‌دانان؛ تعهدات افشاگری، جزیی از قرارداد هستند و خودداری از انجام چنین تعهدی، به منزله امتناع از تسلیم کالا است و حتی ممکن است طرف قرارداد، تعهدات افشاگری را از طریق لفظ یا فعل تعهد نماید که در این صورت خودداری از انجام آن، مسئولیت قراردادی را در پی خواهد داشت. با این حال چنین اندیشه‌ای در حقوق انگلستان محجور مانده است چراکه در حقوق این کشور، تعهد به دادن اطلاعات در شکل کلی آن مورد قبول نشده و هیچ اصل کلی مبنی بر دادن اطلاعات در رابطه با توابع کالا و عقد دیده نشده است؛ بنابراین در حقوق انگلیس، مسئولیت بدون تقصیر چندان مورد توجه واقع نشده و چهره قهری ندارد (Kotz, hein, 2000, p.9) در حقوق ایران نیز، مسئولیت ایجاد شده در رابطه با تعهد به دادن اطلاعات، قهری می‌باشد ولی اگر اطلاعات مورد نیاز؛ از جمله مواردی باشد که طرف قرارداد بابت بهره‌برداری از کالا یا خدمات به آنها نیاز داشته باشد. به نظر دارای ریشه قراردادی است، هرچند جمع مسئولیت قهری و قراردادی او را از استناد به مسئولیت قهری بی‌نیاز نمی‌کند. همچنین در مورد مصرف‌کننده‌ای که از عیوب پنهان کالا زیان دیده است، می‌توان از ضمان قهری فروشنده آگاه از عیب یا از شرط ضمنی سلامت کالا استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۵).

از منظر فقهی؛ در جایی که نسبت به اطلاعات ردّ و بدل شده در جریان مذاکرات قراردادی، اعلام صریحی وجود نداشته باشد، اگر بتوان از نوع حال و هوای قرارداد و وضعیت حرفه‌ای طرف معامله، این شرط ضمنی در رابطه با وظیفه افشاء را احراز کرد، مسئولیت پیش‌قراردادی در این زمینه قراردادی خواهد بود. همانند بیوع الامانات که مطابق مفروض طرفین، قیمت پیشنهاد شده از جانب فروشنده، بر طبق واقع و در راستای انعقاد قرارداد است (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۷۸). بنظر حق نیز همین است؛ چراکه اگر از عدم اطلاع‌رسانی مناسب فروشنده، بعد از انعقاد عقد خسارتی به بار آید، ناشی از جزئی است که بی‌واسطه در راستای انعقاد عقد مؤثر بوده و طرفین بر مبنای آن وارد قرارداد شده‌اند؛ بنابراین تنها در این مورد است که از منظر فقهی می‌توان جنس مسئولیت ایجاد شده را قراردادی محسوب کنیم.

۳۴. نظریه معتقد به ماهیت تفکیکی

در زمینه چستی مسئولیت پیش قراردادی، عده‌ای از حقوقدانان از برقراری رابطه بین حُسن نیت و تعهدات ضمنی و مفروض به این نتیجه رسیده‌اند که؛ اگر طرفین در دوران پیش قراردادی به‌طور صریح و ضمنی، توافق بر رعایت حُسن نیت و عدم قطع گفت‌وگوها کرده باشند، ماهیت مسئولیت قطعاً قراردادی است ولی اگر توافق به رعایت حُسن نیت به‌صورت مفروض باشد، جنس مسئولیت طرفین به‌صورت قهری است (قنوتی و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۱۵). در حقوق ما حقوقدانانی که تمایل به‌نظر اخیر دارند، بنا را بر حالت مفروض قرارداده و مسئله پیش قرارداد را در حقوق ما مورد پذیرش نمی‌دانند و معتقدند که؛ پیش قرارداد از آن جهت مورد توجه حقوق ما بوده که مسئولیت را توجیه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۹۱). در حقوق تطبیقی چون اصل حُسن نیت مورد توجه نیست بنابراین توافق ضمنی نسبت به آن هم مورد توجه نمی‌باشد (Banakas Stathis, 2009, p.4-5) و این موجب شده که مسئولیت، بیشتر چهره قهری بر مبنای حُسن نیت مفروض داشته باشد. شایان ذکر است که هیچ‌کدام از این مباحث، نافی آن نیست که حسّ ایجاد انتظار به پای‌بندی نسبت به مذاکرات نباید به‌رحال نادیده گرفته شود و می‌توان از طریق موضع قهری بودن ماهیت مسئولیت مزبور، احتمال جبران خسارت را قوت بخشید (Giliker, 2002, p.12).

با وجود بحث‌های فوق، حقوقدانان در حقوق امروری انگلستان برای توجیه مسئولیت پیش قراردادی از نظریه تقصیر استفاده نمی‌کنند گر چه بوده‌اند کسانی که برای یافتن راه حل، بابت حکم به پرداخت زیان‌های اتکایی، به نظریه استرداد (The theory of restitution) توسل جسته تا زیان‌های اتکایی را جبران کنند ولی به علت اصل آزادی قرارداد در حقوق انگلستان، اعتقاد عمومی بر این است که؛ اعمال گسترده این نظریه، موجب عدم رغبت افراد برای انجام معاملات و طی کردن آزادانه مذاکرات مقدماتی در راستای اجرای هرچه بهتر قرارداد می‌شود. باوجود این باز هم حقوقدانانی هستند که پرداخت زیان‌های اتکایی را بر مبنای اصل حُسن نیت مفروض بین طرفین، دارای هر دو چهره قهری و قراردادی یا تلفیقی از هر دو می‌دانند. ذکر این نکته لازم است که رفته رفته حقوق انگلستان نسبت به مسئولیت پیش قراردادی موضع نرم تری اتخاذ کرده و عناوینی مانند نظریه تعهد الزام‌آور (The theory of promissory estoppel) به جای نظریه تقصیر درگفت‌وگوهای مقدماتی در آن به‌کار می‌رود (Ipid, p.95-96).

۵. قواعد حاکم بر نقض ضمانت اجراها در بوته عمل

مسئولیت پیش قراردادی در قوانین مدون ما مورد توجه واقع نشده ولی اینگونه نیست که دادگاهها در عمل، رای به جبران خسارت ناشی از مسئولیت پیش قراردادی ندهند. بررسیها نشان میدهد که دادگاهها در نظام قضایی و حقوقی ایران، به جبران خسارت مسئولیت پیش قراردادی بر مبنای مسئولیت مدنی و قاعده غرور و نیز مسئولیت فضول به جبران خسارت در صورت رد مالک و جهل طرف قرارداد حکم میکنند. به همین رو از حیث نظری، تئوری اعتماد و از حیث قاعده، قاعده غرور مناسب است چراکه مهم‌ترین فلسفه و هدف طرفداران مسئولیت قراردادی، جبران هزینه مذاکرات در صورت به نتیجه نرسیدن مذاکرات و عدم انعقاد قرارداد است که مهم‌ترین مصداق و مورد آن مذاکرات صوری است.

قاعده غرور؛ «المغرور یرجع الی من غره» در تمام ابواب فقه به خصوص بحث مسئولیت مدنی و ضمان قهری مورد توجه واقع شده است. برخی از فقها معتقدند اگر کسی با وسائل گمراه‌کننده فعلی یا قولی، موجب رغبت کسی به معامله یا اعتماد کاذب به انعقاد معامله شود، عنوان «غار» بر وی صدق می‌کند و مسئولیت او ثابت است (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۶، ص ۱۹). این قاعده که بر مبنای فریب و تدلیس استوار است در جایی کاربرد دارد که طرف قرارداد [غار]؛ نسبت به کالا دست به اقداماتی زند که از نظر عرف تدلیس محسوب می‌شود (رحمانی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۸). در رابطه مصادیق تدلیس، فقها نظرات متفاوتی مطرح نموده‌اند. فقها تدلیس را زمانی دارای اثر می‌دانند که باعث اختلاف قیمت شود^۱ (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶۴۴). دیگر فقها معتقدند: گرچه معنای لغوی تدلیس، پوشاندن عیب متاع از مشتری است اما معنای اصطلاح فقهی با معنای لغوی تفاوت می‌کند. زیرا ایشان، تدلیس را بر کتمان وصف و اظهار صفت کمال؛ هر چند عیب نباشد هم اطلاق می‌کنند، چنانکه تدلیس را منحصر به متاع نمی‌کنند (همان، ص ۶۴۵)؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که؛ از لحاظ فقهی صرف ایجاد کردن رغبت و انگیزه در مشتری تدلیس محسوب نمی‌شود (خویی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۰۵).

با این حال چنین نیست که حتی اگر غار، قصد فریب نداشته باشد اما عمل و سخن وی باعث فریب طرف معامله چه در دوران پیش قراردادی و چه در دوران اجرای عقد باشد، عنوان غار بر وی

۱. «التدلیس بما یختلف الثمن بسببه یشیت به الحیار بین الفسخ والإمضاء».

صدق نکند.

لازم به ذکر است که در تئوری تدلیس و خیار عیب، عنصر تقلب در دوران پیش قراردادی صورت پذیرفته ولی خسارت وارده در دوران اجرای قرارداد نمایان می‌شود و ما بر اساس همین مبنا، قرارداد اجرائی را باطل یا منفسخ اعلام کرده و یا در پی شرایطی حکم به جبران خسارت می‌کنیم. در این تئوری، طرف قرارداد ممکن است در رابطه با کالایی که قصد فروش آن را دارد، اطلاعات نادرستی ارائه دهد و از این رهگذر طرف معامله را به انعقاد قرارداد ترغیب کند. در حالت دیگر ممکن است فروشنده در طی مذاکرات مقدماتی، اطلاع‌رسانی کافی به خریدار نسبت به عیب و نقص کالا ننماید و یا در این مورد سکوت کند. در همین راستا پای قواعدی از جمله، غرور، تحذیر و مصادیقی مانند غش در معاملات به میان می‌آید.

برخی فقها نیز معتقدند؛ با ورود به گفت‌وگوهای مقدماتی و پیشنهاد در جهت بستن قرارداد، قرارداد به صورت حمل شایع در می‌آید و اگر طرف مقابل بر این اساس اعتماد کرده و مخالفتی از خود نشان ندهد، صرف خروج از گفت‌وگوها و قطع مذاکرات یا بعد از پس گرفتن پیشنهاد بعد از اینکه طرف مقابل هزینه‌هایی را در این راستا انجام داده، موجب مسئولیت است (خمینی، ۱۴۰۷، ص ۲۲۳).

بنا به دیدگاه برخی از فقهای؛ اگر عیب موجود در مبیع طوری باشد که عرفاً قابل مسامحه باشد یا به نحوی بوده که حتی بدون اطلاع‌رسانی فروشنده، خریدار در موقعیتی باشد که می‌توانست از آن اطلاع حاصل کند یا می‌بایست از آن اطلاع حاصل می‌کرد و حتی اگر عیب به صورت ظاهر بوده ولی اتفاقاً مورد توجه طرف معامله واقع نشده است، خریدار به استناد خیار عیب ناشی از کتمان حقیقت در طی مذاکرات مقدماتی، حقی ندارد مگر در صورتی که عدم توجه خریدار به عیب کالا، ناشی از رفتار عامدانه فروشنده و ظاهر سازی بوده باشد که البته انتساب آن به مدلس باید محرز شود (محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۹۲). در این میان عده‌ای از فقها معتقدند؛ ورود خسارت ناشی از فریب کاری فروشنده، باید احراز شود و تنها در این صورت است که فسخ عقد را به علت تدلیس یا عیب مجاز می‌شمارند (خویی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۸۴-۳۸۰).

شایان ذکر است که در حقوق انگلستان، تاکنون مسئولیت پیش قراردادی پذیرفته نشده است.

نتیجه

در رابطه با چستی و چرایی مسئولیت پیش قراردادی، حقوقدانان بحث‌های زیادی مطرح کرده‌اند. در این میان عده‌ای اصل را بر مسئولیت شخص مذاکره‌کننده، برخی معتقد به عدم مسئولیت شخص مذاکره‌کننده و بعضی دیگر هم معتقد به جمع این دو نظریه بوده و با قبول عدم مسئولیت به‌عنوان مبنا در پاره‌ای موارد؛ از جمله عرف و ایجاد رابطه اعتمادی، بنا را بر مسئولیت مذاکره‌کننده قرار داده‌اند که تئوری اخیر با عنوان نظریه بینابین، با فقه و حقوق ایران و انگلستان همخوانی بیشتری دارد. در زمینه جبران خسارت نیز به قواعد متفاوتی استناد جسته‌اند، به‌طوری‌که دادگاه‌ها در فقه و حقوق ایران، جبران خسارت در رابطه با مسئولیت پیش قراردادی را بر مبنای مسئولیت مدنی و قاعده فقهی غرور و مسئولیت فضول به جبران خسارت در صورت رد مالک و جهل طرف قرارداد مورد توجه قرار می‌دهند ولی در حقوق انگلستان، مسئولیت پیش قراردادی تاکنون پذیرفته نشده است. در ادامه بسته به اینکه مسئولیت طرفین مذاکره را بر مبنای کدام یک از مبانی ذکر شده استوار سازیم، چستی و ماهیت مسئولیت پیش قراردادی متفاوت خواهد بود به‌گونه‌ای که در حقوق انگلستان درباره تعهد به اطلاع‌رسانی در رابطه با شرایط و توابع عقد، به‌خصوص در قراردادهای استاندارد یا زمانی که طرفین رابطه امانی با هم دارند یا زمانی که تکلیف به ارائه اطلاعات کلی و ساده راجع به خطرات احتمالی استفاده از کالا تا جایی که به مبحث تسلیم مربوط می‌شود، چهره مسئولیت پیش قراردادی، رنگ و بوی قراردادی داشته و در فقه و حقوق ایران جایی که عرف این چنین مسئولیتی را درباره افشای اطلاعات اساسی و رعایت حُسن نیت می‌شناسد، دارای ماهیت قهری باشد.

منابع

۱. ابن قدامه، عبدالله بن محمد بن احمد؛ المغنی؛ بیروت: دارالکتب العربی، [بی تا].
۲. ابوالسعود، رمضان؛ مبادئ الالتزام فی القانون المصری والبنانی؛ بیروت: المكتبة القانونیه، ۱۹۸۶م.
۳. انصاری، علی؛ توری حُسن نیت در قراردادها؛ ج ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۴. انصاری، مرتضی؛ رسائل محشی؛ ج ۱، قم: مؤسسه ادیب مصطفوی، ۱۳۶۸.
۵. اوصیا، پرویز؛ تدلیس (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران؛ تحولات حقوق خصوصی)؛ زیر نظر ناصر کاتوزیان؛ ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۱۷.
۶. بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
۷. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۴، قم: مؤسسه آل البيتؑ، [بی تا].
۸. حلّی (محقق حلّی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ج ۳، تهران: نشر استقلال، ۱۴۰۳ق.
۹. خمینی، سیدروح الله؛ البیع؛ تقریرات درس امام خمینیؑ توسط آیت الله قدیری؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینیؑ، ۱۴۱۸ق.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة فی المعاملات؛ ج ۱، ج ۴، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۷۴.
۱۱. رحمانی، محمد؛ «قواعد فقهی؛ قاعده غرور»، مجله فقه اهل بیت؛ ش ۱۰، تابستان ۱۳۷۶، ص ۱۶۸۲۰۲.
۱۲. شیروی، عبدالحسین؛ «توافق های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و امریکا»، مجله اندیشه های حقوقی؛ ش ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲، ص ۵۲۸.
۱۳. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ۲، قم: منشورات اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۱۴. قناتی، جلیل، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹.

۱۵. فتواتی، جلیل؛ «نظریه ایجاب ملزم در آینه تطبیق»، مجله مطالعات اسلامی؛ ش ۱۰، پاییز ۱۳۸۶، ص ۱۵۷۱۷۹.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۱.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، چ ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۱۸. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۵، چ ۱، تهران: نشر بهنشر، ۱۳۶۴.
۱۹. کاتوزیان، ناصر؛ مسئولیت مدنی؛ چ ۱، تهران: کتابفروشی دهخدا، ۱۳۶۲.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی؛ ج ۱، چ ۱۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵.
۲۱. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ «دو قاعده فقهی»، مجله مطالعات حقوقی و قضایی؛ ش ۱۰، تابستان ۱۳۶۶، ص ۱۲۳۷.
۲۲. موسوی، سیدابراهیم؛ «قاعده لاضرر»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۲۸۲۹، پاییز وزمستان ۱۳۷۸، ص ۱۱۹۱۴۲.
۲۳. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام؛ ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۲۴. نراقی، احمدبن محمد؛ عوائدالایام؛ ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.
25. Bloemendal, Ian, Precontractual negotiations and legal obligations, Seminar in Law Society House, Queensland Law Society, 12 June, 2011.
26. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th edition, Thomson publication, USA, p.713, 2004.
27. Cartwright John, the Problem of per contractual liability, New York, Cambridge University Press, 2008.
28. Cartwright, John and Martijn Hesselink, Precontractual Liability in European Private Law. New York, Cambridge University Press, 2009.
29. Chen Nili, Good Faith in Bargaining and Principles of contract Law, the Aviv university studies in Law, 1989.
30. Chitty, Chitty contracts 25th ed Volume 1, general principles, London, Article published in Tehran university law Review no17, 1983.
31. Dugdale & Lowe, "Contracts to Contract and Contracts to Negotiate"; Journal of Business Law, 1976.
32. Giliker, Paula, 2002 Pre-contractual Liability in English and French

- Law. Hague, Kluwer Law International.
33. Kessler, Friedrich and Edith Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study". Harvard Law Review, Vol. 64: 401-449, 1963.
 34. Kotz, Hein, "Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective". European Journal of Law and Economics, Vol. 9, No. 1: 5-19, 2000. 5. Kucher, Alyona N, "Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations, University School of Law, Russia, 2004.
 35. Mclauclan, D. W., Precontractual Negligent Misrepresentation, Citation: 4 Otago L. Rev. 23, 1977-1980, available at <http://heinonline.org/HOL/License>, 1980.
 36. Musy Alberto, the good Faith principle in contract law and per Contractual duty to disclose: Comparative analysis of new differences in legal culture, McGill University Faculty of Law, 2000.
 37. Novoa, Rodrigo, "Culpa in contrahendo: A comparative law study, Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 22, No. 3, 2005.
 38. Paul Dobson and Clive M. Schmitthoff, Business Law, 15th ed, London, Sweet and Maxwell, 1991.
 39. Peter C. Cramton and J. Gregory Dees, Promoting Honesty in Negotiation, Business Ethics Quarterly, Volume 3, Issue 4, 1993.
 40. Rosenberg, Ken and Yachnin Maryth, "Do You Have to Negotiate in Good Faith?", A Comparative Analysis of Good Faith in Commercial Transactions in Canada and the United States, 2005.
 41. Sims Vanessa, Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles, Ankara Law Review, Vol. 1 No. 2 (winter), 2004.
 42. Smith, J. C., Smith and Thomas, A Casebook on Contract. London: Sweet and Maxwell, 1992.

43. Tavits Gaabriel , Freedom of Contract in Labour Relations, Juridica International, No.1, 1991.
44. Treitel, Guenter , The Law of Contract. London: Sweet& Maxwell, 1999.