

مقاله پژوهشی

# مسئولیت ناشی از گفتگوهای موازی در انعقاد قراردادهای بازرگانی

پذیرش: ۱۴۰۰/۱/۲۱

دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۶

سیدعلی خزائی<sup>۱</sup>

چکیده

یکی از طرفین یا هر دو تعهد کرده باشند که برای مدت معین، راجع به قرارداد موضوع گفتگوها با شخص ثالث گفتگوی موازی نکنند، عدم اجرای این تعهد، موجب مسئولیت قراردادی خواهد بود. در فرض عدم وجود چنین تعهدی، تقصیر در گفتگوهای موازی، می‌تواند موجب مسئولیت خارج از قرارداد شود. هر دو نوع این مسئولیت که در حقوق برخی کشورها مانند فرانسه و انگلیس صراحتاً مورد پذیرش قرار گرفته است، حسب مورد، با ضوابط و اصول حاکم بر مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد در حقوق ایران نیز سازگار است.

هنگام گفتگوهای مقدماتی برای انعقاد قراردادهای بازرگانی، همواره این احتمال وجود دارد که یکی از طرفین، به گفتگوها با طرف مقابل اکتفا نکند و همزمان، راجع به قرارداد بازرگانی موردنظر خود، با سایر اشخاص نیز در حال گفتگو باشد. پذیرش و اعمال اصل آزادی قراردادی در نظام حقوقی کشورهای مختلف، اقتضا دارد که علی‌الاصول، شخصی که گفتگوهای موازی را انجام داده، مسئولیتی متحمل نگردد. با این حال، در برخی موارد ممکن است گفتگوکننده موازی، طبق ضوابط مسئولیت قراردادی و یا مسئولیت خارج از قرارداد، مسئول قلمداد شود. اگر در گفتگوهای مقدماتی،

طبقه‌بندی JEL: K120، K130

گفتگوی موازی / حسن نیت / تقصیر / توافق مقدماتی / مسئولیت قراردادی

## ۱. مقدمه: طرح مسأله

در گذشته، گفتگوهای مقدماتی اهمیت چندانی در روند تشکیل قرارداد نداشت؛ زیرا قراردادهای به سرعت و صرفاً با ایجاب و قبول ساده منعقد می‌شدند. به مرور زمان، شیوه ساده انعقاد قراردادهای تقریباً منسوخ گردید و در حال حاضر شاهد آن هستیم که در اغلب قراردادهای، به ویژه در قراردادهای کلان و مهم بازرگانی، اشخاص به طور معمول پس از انجام گفتگوهای مقدماتی نسبتاً طولانی مدت، به توافق نهایی می‌رسند. لذا امروزه گفتگوهای مقدماتی به ویژه در معاملات کلان و برای فعالان حوزه بازرگانی اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است. اهمیت گفتگوهای مقدماتی در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی بیشتر است؛ زیرا در این‌گونه قراردادهای طرفین برای رسیدن به هدف نهایی خود، زمان بسیاری را به گفتگو درباره جزئیات و شرایط قرارداد مورد نظر و مطلوب اختصاص می‌دهند.

هنگامی که اشخاص گفتگوها برای انعقاد قرارداد بازرگانی را آغاز می‌کنند، ظاهر آن است که هر دو طرف، تمام تلاش خود را برای رسیدن به هدف نهایی که همان انعقاد قرارداد است، به کار می‌گیرند. لذا با پیشرفت گفتگوهای طرفین در راستای انعقاد قرارداد بازرگانی مورد نظر، هر لحظه این احتمال بیشتر می‌شود که هر دو یا یکی از آن‌ها با انتظار معقول از انعقاد قرارداد، هزینه‌هایی را انجام دهد. در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، طولانی بودن گفتگوهای مقدماتی از یک سو و فاصله زیاد فیزیکی میان طرفین از سوی دیگر، هزینه‌های قابل توجهی برای طرفین ایجاد می‌کند. مخارج سفر، هزینه به دست آوردن اطلاعات مورد نیاز، مخارج کارشناسی و ارزیابی قیمت کالا یا خدمات موضوع قرارداد آینده، از جمله هزینه‌های رایج در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی هستند. اگر گفتگوهای مقدماتی به انعقاد قرارداد منجر شود، طرفین به هزینه‌هایی که در این دوره متحمل شده‌اند، راضی خواهند بود. اما در صورتی که گفتگوها به سرانجام نرسد، طبیعی است که

تحمل هزینه برای طرفین ناخوشایند است. اما باید توجه داشت که در گفتگوهای مقدماتی، طرفین آزاد هستند که در صورت تأمین سود و منفعت خود، گفتگوها را تا انعقاد قرارداد نهایی ادامه دهند و اگر در جریان گفتگوها دریابند که انجام معامله به نفع یا صلاح آن‌ها نیست، اختیار دارند تا از ادامه گفتگوها چشم‌پوشی کنند. لذا هر یک از طرفین باید با در نظر داشتن احتمال به نتیجه نرسیدن گفتگوها وارد این مقطع شود و از آنجا که انعقاد قرارداد میان طرفین قطعی نیست، هیچ‌یک نمی‌تواند دیگری را نسبت به هزینه‌هایی که در دوره پیش‌قراردادی متحمل شده و به واسطه عدم انعقاد قرارداد، چیزی عاید او نگردیده، مسئول بداند (کریسین، ۲۰۰۹). ترتیب مذکور مبتنی بر این فرض است که طرفین فقط با یکدیگر در حال گفتگو هستند و اگرچه برای رسیدن به قرارداد مورد نظر تلاش کرده‌اند اما به واسطه عدم توافق در موضوعات مورد مذاکره، قراردادی میان آن‌ها منعقد نشده است. با این حال، احتمال دارد که یکی از طرفین در دوره پیش‌قراردادی، به گفتگوها با دیگری بسنده نکند و همزمان با سایر اشخاص نیز راجع به قرارداد بازرگانی مورد نظر خود در حال گفتگو باشد و به واسطه گفتگوهای موازی و هم‌زمان با سایر اشخاص، نسبت به گفتگوهای خود با طرف مقابل جدیت لازم را نداشته باشد. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که آیا در فرض عدم انعقاد قرارداد، می‌توان طرفی که همزمان با اشخاص ثالث راجع به قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی به مذاکره پرداخته است را مسئول قلمداد نمود؟ سؤال کلی‌تر آن است که آیا طرفین می‌توانند بدون هیچ‌گونه محدودیتی، راجع به قرارداد بازرگانی موضوع گفتگوهای مقدماتی، همزمان با اشخاص ثالث گفتگوی موازی داشته باشند؟

## ۲. آزادی طرفین در گفتگوهای موازی

گفتگو در لغت، به معنای مذاکره کردن یا سخن گفتن با هم است. منظور از «گفتگوهای مقدماتی» در این مقاله،

مذاکرات طرفین پیش از انعقاد قرارداد است. در فرهنگ حقوقی بلک، گفتگوهای مقدماتی به «بررسی، بحث و شور دو یا چند نفر راجع به شرایط و جزئیات توافق مقصود طرفین» (هنری، ۱۹۷۹)، «عمل نظم دادن به شرایط یک معامله، فروش یا قرارداد تجاری دیگر» و «فرایند تبادل و بررسی ایجاب‌ها میان طرفین تا جایی که ایجاب قابل قبولی ارائه و مورد پذیرش واقع گردد»، تعریف شده است.

برخی نویسندگان خارجی، گفتگوهای مقدماتی را به فرایندی تعریف نموده‌اند که طی آن، دو شخص با تمایلات متفاوت، ضمن بررسی پیشنهادها و ایجاب‌های رد و بدل شده، در صدد رفع اختلاف نظرها و رسیدن به یک توافق می‌باشند (فلز، ۲۰۰۹).

در حقوق ایران، برخی از اساتید حقوق مدنی، عبارت «مقاله» را برای گفتگوهای مقدماتی انتخاب کرده و در تعریف آن می‌گویند که مقاله در باب معاملات حقوق مدنی، مذاکره متعاقبین است قبل از این که در مقام ایجاب و قبول یا هرگونه کاشف دیگر از قصد نتیجه، برآیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲). برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی صرفاً اظهار نظر نموده‌اند که «پذیرفته شدن ایجاب، پایان گفتگوها و زمان آغاز التزام به شمار می‌رود و تا هنگامی که ایجاب، بدون قید و شرط قبول نشود، طرفین در حال گفتگوی مقدماتی می‌باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳) و تعریف مشخصی را برای گفتگوهای مقدماتی ارائه نداده‌اند. از عبارات یاد شده، می‌توان نتیجه گرفت که گفتگوهای مقدماتی مجموعه تلاش‌ها و اقدامات دو یا چندجانبه اشخاص خواهان انعقاد قرارداد است که با هدف رسیدن به یک نقطه مشترک، ضمن تبادل اطلاعات و بیان خواسته‌های خود، در پی فراهم کردن زمینه انعقاد قرارداد مقصود و مورد نظر خود هستند.

پس از آن که طرفین، گفتگوهای مقدماتی راجع به قرارداد بازرگانی مورد نظر خود را آغاز می‌کنند، هر یک از آن‌ها به طرح خواسته‌ها و انتظارات خود می‌پردازد و در راستای رسیدن

به هدف نهایی که همان انعقاد قرارداد اصلی است، تلاش می‌کند. فرایند پویای گفتگوهای مقدماتی ممکن است به نتیجه مورد نظر برسد و طرفین، انعقاد قرارداد را شاهد باشند. البته نباید چنین پنداشت که همیشه انعقاد قرارداد به معنی رضایت کامل طرفین به قرارداد مورد نظر است؛ زیرا در برخی مواقع، طرفین به علت نیازهای خاص خود، محدودیت‌های زمانی، اضطراب و یا فشارهای اقتصادی ممکن است تن به انعقاد قراردادی بدهند که هرگز رضایت کامل را نسبت به آن نداشته باشند. (اسکینی، ۱۳۷۷) در مقابل، ممکن است گفتگوهای مقدماتی بدون هیچ نتیجه‌ای ختم شود؛ چرا که به طور معمول، طرفین تا آن جا پیش می‌روند که سود و منفعتشان ایجاب می‌کند و اگر در جریان مذاکرات دریابند که انجام معامله به نفع یا صلاح آن‌ها نیست، اختیار دارند تا از ادامه گفتگوها چشم‌پوشی کنند. این آزادی در آغاز کردن، تداوم بخشیدن یا خاتمه دادن به روند تشکیل قرارداد، «آزادی در گفتگوهای مقدماتی» نامیده می‌شود که یکی از نتایج مهم «اصل آزادی قراردادی» است.

اصل آزادی قراردادی، امروزه یکی از اصول مهم و اساسی حاکم بر حقوق قراردادها در نظام‌های مختلف حقوقی و نیز اسناد بین‌المللی به شمار می‌رود. برای مثال، در ماده ۱٫۱ اصول اونیدروا برای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی این اصل مورد تأکید قرار گرفته است. بر اساس ماده مذکور، طرفین در انعقاد قرارداد و تعیین مفاد آن آزاد هستند. در این اصول، آزادی در گفتگوهای مقدماتی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. طبق ماده ۲٫۱٫۱۵ این اصول، طرفین در گفتگوهای مقدماتی آزادند و برای عدم انعقاد قرارداد مسئولیتی ندارند.

ماده ۶ کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا نیز که امروزه در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی متعددی حاکم است، متضمن اصل آزادی قراردادی و استقلال طرفین است. در اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز اصل آزادی قراردادی مورد تأکید قرار گرفته است. طبق ماده ۱:۱۰۲ اصول مذکور، طرفین در انعقاد قرارداد و تعیین مفاد آن آزاد هستند.

همچنین در این اصول، آزادی در گفتگوهای مقدماتی مورد شناسایی قرار گرفته است. طبق ماده ۲:۳۰۱ از اصول یاد شده، هر یک از طرفین برای گفتگو آزاد است و مسئول عدم انعقاد قرارداد نخواهد بود.

در حقوق ایران، این دیدگاه در میان نویسندگان و اساتید حقوق مدنی شهرت یافته است که اصل آزادی قراردادی به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی شناسایی شده است. به موجب ماده مزبور، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». این دیدگاه قابل انتقاد است؛ زیرا ماده مذکور تنها بخشی از نتایج اصل آزادی قراردادی را مورد شناسایی قرار داده و تمام نتایجی که از این اصل نشأت می‌گیرد را در خود جای نداده است. به عنوان مثال، آزاد بودن افراد در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد که در این مقاله با عنوان «آزادی در گفتگوهای مقدماتی» مورد مطالعه قرار می‌گیرد، در ماده مذکور پیش‌بینی نشده است. در عین حال، با وجود عدم تصریح قانون‌گذار در این خصوص، نویسندگان این آزادی را به عنوان یک اصل مهم در حقوق ما مورد پذیرش قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳).

امروزه در تمام نظام‌های حقوقی، آزادی طرفین در گفتگوهای مقدماتی به عنوان پرتوی از آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده، به اشخاص حق می‌دهد تا تصمیمی آزادانه بگیرند (کاتوزیان، ۱۳۸۷) و در صورت عدم تمایل به بستن قرارداد مورد نظر، از انعقاد آن خودداری کنند (کارت رایت، ۲۰۰۹). در واقع، فلسفه گفتگوهای مقدماتی، به طور طبیعی، فراهم شدن فرصتی برای طرفین است تا بتوانند با سنجش و ارزیابی عوامل مؤثر در بازار رقابتی آزاد، قرارداد بازرگانی خود را با بهترین شرایط منعقد نمایند (هسلینک، ۲۰۰۴). لذا شروع گفتگوهای مقدماتی، الزاماً به معنای آن نیست که شروع‌کننده، بهترین طرف گفتگو را یافته است، بلکه ممکن است او همزمان با اشخاص ثالث نیز مذاکره کند و حتی در نهایت به این نتیجه برسد که گفتگو را با

همه آن‌ها خاتمه دهد (سید جوادین، ۱۳۸۹). بر این اساس، حقوق نه تنها هیچ سرزنشی برای گفتگوهای موازی در قراردادهای بازرگانی به همراه ندارد، بلکه باعث می‌شود تا باب گفتگوهای جدید باز شود و به این ترتیب اشخاص، کالاهای و خدمات مورد نیاز خود را با مطلوبیت بیشتری به دست آورند.

لذا آزادی در گفتگوهای موازی را می‌توان به عنوان پرتوی از آزادی قراردادی، یکی از اصول مهم ناظر بر عدم مسئولیت طرفین هنگام گفتگوهای موازی دانست. منظور از اصل ناظر بر عدم مسئولیت، آن است که اعمال این اصل، طرفین را از هرگونه التزام، تعهد یا مسئولیت احتمالی می‌رهاند.

با این حال، در برخی موارد ممکن است گفتگوکننده موازی، طبق ضوابط مسئولیت قراردادی و یا مسئولیت خارج از قرارداد، مسئول قلمداد شود. به عنوان مثال، اگر در گفتگوهای مقدماتی، یکی از طرفین یا هر دو تعهد کرده باشند که برای مدت معین، راجع به قرارداد موضوع گفتگوها با شخص ثالث گفتگوی موازی نداشته باشند و یا سایر پیشنهادها را نادیده بگیرند، عدم اجرای این تعهد می‌تواند در صورت تحقق سایر شرایط، موجب مسئولیت قراردادی شود. حتی در مواردی که میان طرفین، چنین توافق یا تعهدی وجود نداشته باشد نیز تقصیر در گفتگوهای موازی می‌تواند در صورت وجود سایر شرایط، مسئولیت خارج از قرارداد ایجاد کند. این دو فرض در ذیل مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

### ۳. تحقق مسئولیت خارج از قرارداد در گفتگوهای موازی

آزادی طرفین در گفتگوهای موازی با سایر اشخاص، ناظر به مواردی است که طرفین با حسن نیت (روستا و همکاران، ۱۳۸۹) تمام و ضمن پرهیز از هرگونه رفتار ناموجه و زیان‌بار اقدام به گفتگوی موازی نموده‌اند. در این فرض، می‌توان پذیرفت که صرف عدم حصول توافق با طرف مقابل راجع به انعقاد قرارداد بازرگانی مورد نظر، موجب مسئولیت نخواهد



بود. اما در برخی موارد و با وجود شرایطی، گفتگوی موازی ممکن است موجب مسئولیت گردد. این شرایط به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

شرط نخست، باور یا انتظار معقول زیان دیده بر انعقاد قرارداد در آینده نزدیک است. در واقع، اگر طرفین امیدی به انعقاد قرارداد در آینده نزدیک نداشته باشند، گفتگوها را در هر مقطعی خاتمه می‌دهند؛ زیرا در این صورت، ادامه گفتگوها توجیه منطقی برای طرفین ندارد. گاهی روند گفتگوها این انتظار معقول را در طرفین به وجود می‌آورد که قرارداد در موعد مقرر منعقد خواهد شد؛ حتی اگر آن‌ها هنوز در خصوص تمام شرایط قرارداد آینده گفتگو نکرده و یا به توافق نرسیده باشند. لذا در صورت ایجاد باور یا انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، در صورت وجود سایر شرایط ذیل، مسئولیت حادث می‌گردد.

شرط دوم، اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول است؛ زیرا صرف باور یا انتظار معقول تا زمانی که مورد اتکای زیان دیده قرار نگرفته، منشاء اثر نیست. اتکای زیان دیده می‌تواند به شکل‌های مختلف بروز کند. برای مثال، نادیده گرفتن فرصت‌هایی که هنگام گفتگوها برای طرفین وجود داشته، تدارک مقدمات قرارداد آینده (دایتریک، ۲۰۰۱) و یا اجرای زود هنگام قرارداد آینده (خزائی، ۱۳۹۵) حاکی از اتکای زیان دیده بر باور یا انتظار معقول خود به شمار می‌روند.

شرط سوم مسئولیت، احراز تقصیر کسی است که گفتگوهای موازی را انجام داده است. باید توجه داشت که با در نظر داشتن اصل آزادی قراردادی، گفتگوی موازی، به خودی خود، تقصیر محسوب نمی‌شود، بلکه دلیل خاص دیگری نیز لازم است و این دلیل خاص، همان رفتار ناموجه و غیرمعارف گفتگوکننده موازی است. رفتارها و عملکردهای غیرمعارف به کلیه رفتارهایی اطلاق می‌شود که طرفین گفتگو باید از ارتکاب آن‌ها پرهیز نمایند و انجام آن‌ها توسط طرفین مذموم و ناپسند شمرده شده و در صورت

وجود سایر شرایط، ممکن است مسئولیت شخص را به دنبال داشته باشند (دایتریک، ۲۰۰۱). برای تشخیص رفتار غیرمعارف در گفتگوهای موازی، معیار و ضابطه واحدی وجود ندارد و به همین دلیل، نظام حقوقی کشورهای مختلف، ملاک‌های متفاوتی را برای احراز تقصیر اعمال می‌کنند.

برای مثال در حقوق فرانسه، گفتگوی موازی و همزمان با اشخاص ثالث راجع به قرارداد بازرگانی موضوع گفتگوها، در صورتی که با فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد همراه باشد، به عنوان رفتار غیرمعارف و خلاف حسن نیت تلقی شده است (بیچوک، ۲۰۰۱). برای روشن شدن موضوع، مسأله در قالب یک مثال بیان می‌شود. فرض کنیم شخص (الف) که تولیدکننده قطعات کامپیوتری است، می‌خواهد تا برای گسترش فعالیت‌های خود، ساختمان جدیدی احداث کند. به همین دلیل، با شخص (ب) که یک مهندس طراح حرفه‌ای است، گفتگوهای مقدماتی را آغاز می‌کند. روش کار شخص (ب) آن است که همزمان در بیشتر از یک پروژه درگیر نشود. او حتی تا زمانی که پروژه قبلی خود را به پایان نرسانده است، برای پروژه جدید گفتگو نمی‌کند. شخص (ب) با امید به انعقاد قرارداد در آینده نزدیک و در حالی که هنوز قراردادی میان طرفین منعقد نشده است، کارهای مقدماتی روی نقشه‌ها را آغاز و محاسبات مورد نظر را انجام می‌دهد. شخص (الف) همزمان با شخص (ج) که او نیز یک مهندس طراح است، در حال گفتگو می‌باشد اما شخص (ب) را از این امر آگاه نکرده است. یک سال بعد، قراردادی میان شخص (الف) و شخص (ج) منعقد می‌گردد. حال ممکن است شخص (ب) پس از اطلاع از انعقاد این قرارداد، مدعی شود که اگر او از گفتگوهای موازی شخص (الف) با شخص (ج) اطلاع داشت، هیچ‌گاه کارهای مقدماتی قرارداد را آغاز نمی‌کرد و در این راه متحمل هزینه‌ای نمی‌شد. حال این سؤال مطرح می‌گردد که آیا شخص (الف) به واسطه گفتگوهای موازی با شخص (ج)،

مسئولیتی در قبال شخص (ب) خواهد داشت؟

در حقوق فرانسه اظهارنظر شده است که تا زمانی که یک توافق واقعی راجع به همه موضوعات قرارداد میان طرفین حاصل نشده باشد، علی‌الاصول هر یک از طرفین آزاد هستند تا گفتگوها را ترک کنند (کارت رایت، ۲۰۰۹). در این رابطه، شعبه تجاری دیوان عالی کشور فرانسه اظهارنظر کرده است که گفتگوی موازی با شخص ثالث، به خودی خود تقصیر محسوب نمی‌شود؛ زیرا یک شخص حرفه‌ای باید بداند که در بازار رقابتی آزاد معامله می‌کند. بر اساس رأی مورخ ۲۰ مارس ۱۹۷۲ میلادی شعبه تجاری دیوان عالی کشور فرانسه، در چنین مواردی تقصیر بر اساس شرایط و اوضاع و احوال گفتگوهای موازی و خاتمه دادن به گفتگوها ارزیابی می‌شود. برای مثال، شعبه تجاری دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۸ دسامبر ۱۹۹۰ میلادی اظهارنظر نمود که به واسطه عمق اختلافات میان طرفین، نمی‌توان تقصیر را احراز کرد.

با این حال، اگر بررسی و ارزیابی شرایط و اوضاع و احوال، نشان‌دهنده ارتکاب تقصیر باشد، قاضی آن را مورد توجه قرار خواهد داد. برای مثال، دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از آراء خود به تاریخ ۴ ژوئن ۱۹۹۷ میلادی، اظهارنظر کرده است که گفتگوهای موازی و همزمان با اشخاص ثالث راجع به قرارداد بازرگانی موردنظر، به خودی خود تقصیر محسوب نمی‌شود، اما اگر دادگاه تشخیص دهد که از ابتدای گفتگوهای مقدماتی قصد جدی برای انعقاد قرارداد وجود نداشته است، تقصیر محرز است.

همچنین در مواردی که یکی از طرفین طوری رفتار می‌کند که باعث اتکای زیان‌دیده به این باور می‌شود که قرارداد موردنظر در حال انعقاد است، گفتگوهای موازی ممکن است تقصیر محسوب شود. این که آیا اتکاء به این باور، معقول و منطقی تلقی می‌شود یا خیر، به عواملی از جمله اهمیت کارهای مقدماتی صورت گرفته، مدت زمان گفتگوهای مقدماتی و میزان حرفه‌ای بودن طرفین بستگی

دارد. بر این اساس، در مثال مذکور چنین اظهارنظر شده است که اگر شخص (الف) از شیوه کاری شخص (ب) مطلع نباشد و عناصر مذکور نیز محقق نگردند، تقصیری ارتکاب نیافته است. اما اگر او از این امر اطلاع داشته باشد، حکم مسأله کمی متفاوت خواهد بود. اگرچه اطلاع شخص (الف) از این واقعیت، به خودی خود او را ملتزم نمی‌سازد که گفتگوهای موازی‌اش را به شخص (ب) اطلاع دهد، اما باعث می‌شود که شخص (الف) از اهمیت گفتگوهای مقدماتی برای شخص (ب) آگاه شود. لذا در این حالت، دادگاه ممکن است که شخص (الف) را از این جهت مسئول بداند که او به اندازه کافی برای شخص (ب)، بر این واقعیت که ممکن است قراردادی میان آن‌ها منعقد نشود، تأکید نکرده است. شخص (ب) به واسطه انجام اقداماتی که در ازای آن سودی نبرده، متحمل زیان شده است. او همچنین فرصت انعقاد قرارداد با دیگری را از دست داده است. در واقع، اگر شخص (الف) به او اطلاع می‌داد که در حال گفتگوی موازی است، ممکن بود که شخص (ب) با شخص دیگری برای انعقاد قرارداد گفتگو می‌کرد. لذا به منظور ارزیابی خسارت شخص (ب)، دادگاه این موضوع را بررسی خواهد کرد که ارزش فرصت انعقاد قراردادی که او از دست داده، به چه میزان است.

در حقوق انگلیس اظهارنظر شده است که شخص (الف) به واسطه گفتگوهای موازی، مسئولیتی در قبال شخص (ب) نخواهد داشت. صرف آن که شخص (الف) با شخص دیگر گفتگوی موازی داشته است، موجبی برای طرح دعوی علیه او نخواهد بود؛ زیرا شخص (الف) صراحتاً به شخص (ب) تعهد نداده است که با شخص دیگری راجع به قرارداد موردنظر گفتگو نکند و از روابط طرفین نیز نمی‌توان تعهد ضمنی مبنی بر عدم گفتگوی موازی را برداشت کرد. بنابراین تحقق مسئولیت قراردادی منتفی است. همچنین امکان طرح دعوی بر مبنای شبه جرم (کارت رایت، ۲۰۰۹) یا قاعده استاپل وجود ندارد. به علاوه، شخص (ب) مبنایی

برای طرح دعوی اعاده منافع حاصله نخواهد داشت؛ زیرا در جایی که یکی از طرفین به درخواست طرف مقابل کارهای مقدماتی را انجام می‌دهد و این اقدامات منجر به کسب منفعت توسط طرف مقابل می‌گردد، امکان طرح دعوی اعاده منافع حاصله به میزانی که منتفع شده است، وجود دارد اما در مثال مورد بحث، اقداماتی که شخص (ب) انجام داده به درخواست شخص (الف) نبوده و او از نتایج این اقدامات، منفعتی کسب نکرده است. در پرونده *الفورد علیه مایلز* (کارت رایت، ۲۰۰۹) که در سال ۱۹۹۲ میلادی منجر به صدور رأی شد، طرفین در خصوص واگذاری شرکت خوانده به خواهان در حال گفتگو بودند اما پس از مدتی، خوانده شرکت مزبور را به شخص ثالثی واگذار کرد. خواهان ضمن طرح دعوی مدعی بود که خوانده می‌بایست ضمن رعایت حسن نیت، مذاکره با او را ادامه می‌داد. اما لرد اکثر (بال، ۲۰۱۰) از اعضای مجلس اعیان انگلیس، با موافقت اکثریت اعضای این مجلس، اظهارنظر نمود که هر یک از طرفین تا جایی که اظهار خلاف واقعی انجام ندهد، می‌تواند منافع خود را دنبال کند و برای پیشبرد منافع خود، او باید از این امکان بهره‌مند باشد تا در صورت لزوم، طرف مقابل را به خروج از گفتگوهای مقدماتی تهدید کند و یا گفتگوهای مقدماتی را به این امید پایان دهد که طرف مقابل شرایط قراردادی بهتری را به او پیشنهاد نماید. بر این اساس، هر یک از طرفین در هر هنگام و به هر دلیل می‌تواند از ادامه گفتگوهای مقدماتی صرف نظر کند. به علاوه، حقوق قراردادهای انگلیس هنوز حسن نیت را به عنوان یک اصل در تمامی قراردادها شناسایی نکرده و حتی یکی از موانع پیوستن این کشور به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، شناسایی اصل حسن نیت در کنوانسیون مذکور دانسته شده است. البته این به معنای عدم انطباق قوانین این کشور با ضروریات حسن نیت نیست (هافمن، ۲۰۱۰). به هر حال، مثال یاد شده به خوبی نشان می‌دهد که حقوق انگلیس هیچ تمایلی به پذیرش مسئولیت در مقطع گفتگوهای مقدماتی ندارد؛ مگر در فرضی که تعهد

مشخص یا اظهار خلاف واقعی صورت گرفته باشد. لذا اگر یکی از طرفین بخواهد که آزادی طرف دیگر در گفتگوهای موازی با اشخاص ثالث را محدود کند، خودش باید در این کار پیش قدم شود.

در حقوق ایران، موضوع گفتگوهای موازی در انعقاد قراردادهای بازرگانی چندان مورد توجه حقوق دانان قرار نگرفته است. در این میان، برخی نویسندگان، اظهارنظر نموده‌اند که مسئولیت در مرحله قبل از انعقاد قرارداد، با قواعد عام مسئولیت مدنی قابل توجیه است (پتینلی، ۲۰۰۵). لذا باید دید آیا می‌توان بر مبنای این قواعد عام، برای شخصی که به‌طور موازی با چند نفر در حال گفتگوی مقدماتی بوده، نیز مسئولیتی قائل شد؟ به این منظور، باید این موضوع بررسی شود که آیا می‌توان در فرض موردنظر، ارکان و مهم‌ترین رکن دعوی مسئولیت مدنی یعنی تقصیر را احراز کرد؟ در وهله نخست، باید توجه داشت که اصل آزادی قراردادی و بازار رقابتی آزاد اقتضا می‌کند که هر کس در روابط تجاری خود برای کسب حداکثر منفعت و تحصیل مطلوبیت بیشتر، این توانایی را داشته باشد که با هر شخصی که شرایط قراردادی بهتری پیشنهاد می‌نماید، گفتگوهای خود را نهایی کرده و به هدف اصلی یعنی انعقاد قرارداد برسد. آگاهی از شرایط قراردادی موجود به منظور اتخاذ تصمیم راجع به انتخاب طرف قراردادی مناسب، مستلزم آن است که اشخاص بتوانند همزمان با چند نفر راجع به شرایط و جزئیات قرارداد موردنظر خود، گفتگو و در نهایت، از میان گزینه‌های موجود، یکی را انتخاب کنند. لذا گفتگوهای موازی با چند نفر راجع به قرارداد یکسان، علی‌الاصول نباید با مانع جدی روبرو باشد. بر این اساس، کسی که همزمان در حال گفتگو با چند نفر برای انعقاد یک قرارداد مشخص است، به صرف گفتگوهای موازی با دیگران، نمی‌توان تقصیری را به او نسبت داد؛ مگر آنکه در مسیر گفتگوهای موازی، مرتکب رفتار ناموجه یا غیرمتمعارفی شده باشد. برای مثال، فقدان قصد جدی برای انعقاد

قرارداد و گفتگوی موازی همزمان با اشخاص ثالث راجع به قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی، می‌تواند به‌عنوان یک رفتار ناموجه یا غیرمتمتعرف، مبنای ایجاد مسئولیت قرار گیرد. در چنین فرضی، احراز فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد، می‌تواند رکن تقصیر به‌شمار آید. اما باید توجه داشت که از یک سو، اثبات مواردی که یکی از طرفین واقعاً قصد جدی برای انعقاد قرارداد نداشته، بسیار دشوار است؛ زیرا اثبات امر عدمی، کار چندان ساده‌ای نیست. از سوی دیگر، تشخیص مصادیق تقصیر در این فرض دقت زیادی را می‌طلبد؛ چرا که اندکی بی‌احتیاطی در این زمینه ممکن است باعث شود که تمام موارد عدم انعقاد قرارداد به فقدان قصد جدی طرف مقابل منتسب گردد. لذا در صورتی که نتوان فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد را اثبات نمود، اصل بر آن است که گفتگوهای موازی با دیگران که علی‌القاعده برای یافتن شرایط قراردادی مناسب‌تر صورت می‌گیرند، هیچ مسئولیتی نمی‌آفریند.

باید توجه داشت که علاوه بر شرایط یاد شده، احراز ضرر نیز لازم است. در واقع، اتکاء بر باور یا انتظار معقول شخص از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، باید در نتیجه تقصیر طرف مقابل منجر به بروز زیان گردد. تأکید بر زیان بار بودن اتکاء از آن جهت است که شاید عمل ایجابی یا سلبی متکی بر باور یا انتظار معقول، به قصد تبرع انجام گرفته و یا به هر دلیل دیگری بروز زیان منتفی باشد. بر این اساس، اگر به‌رغم اتکای یکی از طرفین بر انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، طرف مقابل به واسطه گفتگوی موازی با دیگری قرارداد را منعقد نماید، گفتگوکننده موازی مسئول قلمداد می‌گردد؛ مشروط بر آنکه این اتکاء زیان بار تلقی گردد (خزائی، ۱۳۹۵).

#### ۴. تحقق مسئولیت قراردادی در گفتگوی موازی

گاهی ممکن است که یکی از طرفین هنگام گفتگوهای مقدماتی در مقابل دیگری تعهد نماید که راجع به قرارداد

بازرگانی موردنظر، با اشخاص ثالث گفتگوی موازی نداشته باشد. این فرض در حقوق فرانسه و انگلیس با مثال‌های مختلفی مورد مطالعه قرار گرفته است. برای مثال، شخص (الف) در حال گفتگوهای مقدماتی با شخص (ب) برای فروش کارخانه خود به او بود. در ابتدای گفتگوها، شخص (الف) تعهد کرده بود که به مدت سه ماه با دیگران راجع به قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی، مذاکره موازی نکند و پیشنهادهایی که از طرف اشخاص ثالث برای خرید کارخانه می‌شود را نیز نادیده بگیرد. در گفتگوهای مقدماتی میان شخص (الف) و (ب)، کارخانه دو میلیون یورو قیمت‌گذاری گردید، اگرچه هنوز قراردادی میان طرفین منعقد نشده بود؛ زیرا مسائلی از جمله استخدام تمام نیروی کار توسط شخص (ب) باقی مانده بود که طرفین در خصوص آن به توافق نرسیده بودند. پس از دو ماه، شخص (الف) پیشنهاد بهتری به مبلغ سه میلیون یورو و استخدام تمام نیروی کار، از شخص (ج) دریافت کرد و به همین دلیل، به گفتگوهای مقدماتی خود با شخص (ب) پایان داد. شخص (ب) در طول گفتگوهای مقدماتی برای تخمین ارزش کارخانه و پرداخت حق‌الزحمه مشاورین حقوقی و حسابداران، هزینه قابل توجهی انجام داده بود و به دلیل خاتمه یافتن گفتگوهای مقدماتی، متحمل زیان گردید. ارزش واقعی کارخانه سه میلیون یورو بود. آیا در این مثال شخص (الف) مسئولیتی در قبال شخص (ب) خواهد داشت؟

در حقوق فرانسه، توافق‌های مقدماتی طرفین قبل از انعقاد قرارداد، ماهیت قراردادی دارد. در این کشور، نویسندگان حقوقی و دادگاه‌ها عبارت پیش‌قرارداد (بیچوک، ۲۰۰۱) را برای این‌گونه توافق‌ها به کار می‌برند تا تأکید کنند که این توافق، که زمینه انعقاد قرارداد اصلی را فراهم می‌کند، لازم‌الاجرا است. در حقوق فرانسه، در فرض مذکور چنین اظهارنظر شده که تقصیر قراردادی روی داده است؛ زیرا شخص (الف) با گفتگوی خود با شخص (ج) پیش از انقضای سه ماه، تعهد خود را نقض کرده است. لذا شخص

(ب) ملزم است که بر مبنای حقوق قراردادهای اقامه دعوی کند. زیان وارده به سه صورت کلی قابل تصور است: نخست هزینه‌هایی از قبیل حق‌الزحمه مشاور و کارشناس و غیره که در جریان گفتگوهای مقدماتی به شخص (ب) تحمیل شده است. دوم زیان ناشی از دست دادن فرصت‌های موجود. سوم، نفعی که شخص (ب) به واسطه عدم انعقاد قرارداد از آن محروم شده است. نمی‌توان با قطعیت گفت که گفتگوهای مقدماتی در صورت تداوم لزوماً به انعقاد قرارداد منتج می‌شود و به همین دلیل، پذیرش جبران عدم‌النفع قرارداد موضوع گفتگوها با دشواری روبه‌رو است. به علاوه، دادگاه‌های فرانسه از دست رفتن فرصت را زمانی قابل جبران می‌دانند که واقعی و جدی باشد. در مثال موردنظر، شخص (ب) شانس ناچیزی برای انعقاد قرارداد با مبلغ دو میلیون یورو دارد؛ زیرا شخص دیگری حاضر شده که سه میلیون یورو بابت کارخانه پرداخت کند.

در حقوق انگلیس، شخص (الف) در قبال شخص (ب) مسئول است؛ زیرا او تعهد قراردادی خود مبنی بر عدم گفتگو با اشخاص ثالث یا رد پیشنهادات به مدت سه ماه را نقض کرده است. در واقع، توافقی که طی آن یکی از طرفین متعهد می‌شود که راجع به قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی با سایر اشخاص ثالث گفتگوی موازی نکند، در حقوق انگلیس به lock-out agreement معروف است و قراردادی لازم‌الاجرا تلقی می‌شود؛ البته مشروط بر آنکه تعهد مذکور برای مدت مشخص بوده و در ازای آن، عوض (کارت رایت، ۲۰۰۹) وجود داشته باشد. اگرچه در این مثال صراحتاً در ازای این تعهد، عوض مشخص نشده است، اما دادگاه‌ها در هر پرونده وقایع را به دقت مورد بررسی قرار می‌دهند تا ببینند که آیا در ازای تعهد یکی از طرفین به محدود کردن گفتگوهای مقدماتی خود با اشخاص ثالث، صراحتاً یا ضمناً عوض قرار داده شده است یا خیر. البته دادگاه‌ها تمایل چندانی ندارند که اینگونه توافقات میان طرفین قراردادهای بازرگانی را به استناد فقدان عوض باطل اعلام

کنند. در صورتی که دادگاه بتواند برای تعهد مذکور، عوض شناسایی کند، شخص (الف) در صورت نقض تعهد، مسئول جبران خسارت شخص (ب) خواهد بود و میزان خسارت پرداختی به شخص (ب) معادل مبلغی است که اگر توافق اجرا می‌شد، او کسب می‌کرد. در این مثال، میزان خسارت پرداختی به شخص (ب) برابر یک میلیون یورو خواهد بود؛ زیرا اگر شخص (الف) گفتگوهای مقدماتی با شخص (ب) را خاتمه نمی‌داد و با شخص (ج) قرارداد نمی‌بست، شخص (ب) کارخانه‌ای را به دست می‌آورد که سه میلیون یورو ارزش داشت و در ازای آن دو میلیون یورو پرداخت می‌کرد. در این صورت شخص (ب) قادر به مطالبه حق‌الزحمه مشاور و کارشناس و غیره نیست؛ زیرا فرض بر آن است که او می‌بایست برای رسیدن به قرارداد موردنظر چنین هزینه‌هایی را متحمل شود. با این وجود، ممکن است که خواهان تنها هزینه‌های صرف‌شده در جریان گفتگوهای مقدماتی را مطالبه نماید. در این صورت، میزان خسارت قابل جبران، صرفاً معادل با هزینه‌هایی است که جبران نشده باشند که در مثال یاد شده بسیار ناچیز می‌باشند. اگر شخص (ب) بر اساس مسئولیت قراردادی طرح دعوی کند و نتواند اثبات نماید که در ازای تعهد شخص (الف) به محدود کردن گفتگوهای مقدماتی با اشخاص ثالث، عوض قرار داده شده است، در دعوی موفق نخواهد بود. از سوی دیگر هزینه‌های شخص (ب) بر مبنای مسئولیت مدنی ناشی از شبه جرم قابل مطالبه خواهند بود، اما باید توجه داشت که شخص (الف) هیچ شبه جرمی مرتکب نشده است؛ مگر احراز شود که او در اظهارات خود مبنی بر عدم گفتگو با اشخاص ثالث، تقلبی به کار برده یا قصد فریب شخص (ب) را داشته است.

در حقوق ایران، توافق بر عدم گفتگوی موازی با اشخاص ثالث راجع به قرارداد بازرگانی موضوع گفتگوهای مقدماتی، چندان مورد توجه حقوق دانان و نویسندگان قرار نگرفته است. برخی از محققین، چنین توافقی را تا حدی که



مخل آزادی قراردادی و منافی موازین حقوق رقابت نباشد، مورد پذیرش قرار داده‌اند (کارت رایت، ۲۰۰۹). اما اطلاق این دیدگاه چندان با اصول حاکم بر حقوق قراردادهای ایران سازگار نیست؛ زیرا در حقوق ما، الزام‌آور بودن توافق مستلزم آن است که یا بتوان آن را در قالب یکی از عقود معین و یا عقود غیرمعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی (باریکلو، ۱۳۹۱) قرار داد و یا این توافق در ضمن عقد لازم دیگری شرط شده باشد (شرط ضمن عقد). این در حالی است که اولاً تا زمانی که شرایط اساسی مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی (ماده ۱۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها، ۲- اهلیت طرفین، ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد و ۴- مشروعیت جهت معامله») فراهم نباشد، پذیرش توافق بر عدم گفتگوی موازی به‌عنوان یک عقد غیرمعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دشوار است. ثانیاً اگر توافق بر عدم گفتگوی موازی به‌عنوان یک شرط، ذیل قرارداد لازم دیگری (غیر از قرارداد موضوع گفتگوها که هنوز منعقد نشده است) درج شود، از آنجا که گفتگوی مقدماتی یک عمل مادی تلقی می‌شود و نه عمل حقوقی، چنین شرطی به‌عنوان یک شرط ترک فعل مادی تلقی می‌گردد که اعمال ضمانت‌اجرای آن در موضوع مانحن‌فیه چندان کارساز نیست. در واقع، در شرط ترک فعل مادی، در صورت تخلف از مفاد شرط، اگر آنچه متعلق اراده قرار گرفته فقط عدم حدوث عمل مادی باشد و مشروط‌له نشانه‌های تخلف را ببیند، می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروط‌علیه را به ترک تخلف اجبار کند، ولی اگر عمل انجام شود در این صورت مشروط‌له خیار تخلف از شرط خواهد داشت. اما اگر خواسته مشروط‌له، حدوث و بقای ترک آن عمل مادی باشد و مشروط‌علیه تخلف نماید، مشروط‌له می‌تواند الزام به ترک فعل مادی را از دادگاه بخواهد و در فرض عدم امکان الزام، برای مشروط‌له خیار تخلف شرط ثابت می‌شود (سعادت مصطفوی، سید مصطفی، ضمانت اجرای تخلف از شرط

ترک فعل حقوقی، مجله دین و ارتباطات، زمستان ۱۳۸۳، شماره ۲۴، صفحه ۱۷۱ به بعد). لذا در هر دو حالت، خیار تخلف از شرط نسبت به قرارداد دیگری ایجاد می‌شود که توافق ضمن آن درج شده و کاملاً مشخص است که این ضمانت‌اجرا نسبت به قراردادی که در نتیجه گفتگوهای موازی منعقد شده است، تأثیری نخواهد داشت.

البته فرض دیگری نیز ممکن است و آن حالتی است که شرط میان طرفین به گونه‌ای باشد که بتوان آن را شرط ترک فعل حقوقی (برای مثال عدم انعقاد قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی با شخص ثالث) تلقی کرد. در خصوص ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، میان فقها و حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد. برخی حقوق دانان معتقدند اثر تخلف از این نوع شروط را می‌بایست در مواد عمومی مربوط به شروط، یعنی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی جستجو نمود. با توجه به مواد فوق، ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، ابتدا اجبار مشروط‌له بر ترک فعل حقوقی است؛ به این صورت که هرگاه مشروط‌له نشانه‌های تخلف از شرط را ببیند، می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروط‌علیه را به ترک تخلف اجبار کند، ولی در صورت تخلف و ارتکاب عملی که ترک آن شرط شده است، مشروط‌له خیار تخلف شرط خواهد داشت (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳). اما برخی از محققین با مراجعه به برخی مواد قانون مدنی اظهارنظر نموده‌اند که قانون‌گذار در رابطه با ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی راه حل خاصی را در نظر گرفته است که مانع از اجرای احکام عمومی تخلف از شرط می‌شود. برای مثال در ماده ۴۵۴ قانون مدنی مقرر شده است که «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود؛ مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است» و یا در ماده ۴۵۵ همان قانون آمده است که «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد،

فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». از این دو ماده استفاده می‌شود که ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، در صورت تخلف، بطلان است؛ زیرا اعمال حقوقی مندرج در این دو ماده هیچ خصوصیت ممتازی ندارند. لذا از باب تنقیح مناط، می‌توان حکم آن‌ها را در همه شروط ترک فعل حقوقی جاری دانست و در موارد تخلف از این شروط، معتقد به باطل بودن اعمال مذکور شد (کاتوزیان، ۱۳۷۶). بر اساس این دیدگاه، می‌توان گفت قراردادی که در نتیجه گفتگوهای موازی با شخص ثالث منعقد شده است، باطل می‌باشد.

حال اگر شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی در چنین توافقی فراهم نباشد و این توافق از مصادیق ماده ۱۰ قانون مذکور محسوب نگردد و در ضمن عقدی از عقود لازم نیز شرط نشده باشد، شاید بتوان چنین شرطی را از مصادیق شروط تبانی و یا شروط ابتدایی دانست.

اصطلاح شرط تبانی از ابتکارات فقه امامیه می‌باشد که از آن به شرط بنایی و شرط مقدم نیز تعبیر می‌شود (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳). در قانون مدنی ما تعریفی از شرط بنایی به چشم نمی‌خورد. به نظر برخی حقوق دانان، شروط تبانی مذاکراتی هستند که طرفین، پیش از عقد انجام داده و روی آن توافق دارند و لکن در موقع عقد، تصریحی به آن نمی‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۸). برخی این شرط را به تعهدی تعریف نموده‌اند که پیش از عقد مورد گفتگو قرار می‌گیرد و عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹) و طرفین عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می‌کنند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۱). در این میان، برخی محققین شرط بنایی را دارای دو مفهوم عام و خاص دانسته‌اند. این شرط در مفهوم اخص، تعهدی تبعی تلقی می‌شود که پیش از انشای قرارداد مورد گفتگو قرار گرفته و قرارداد با لحاظ آن تشکیل می‌شود. مفهوم اعم این شرط، علاوه بر پوشش دادن مفهوم اخص، شامل شروط معهود میان طرفین نیز می‌شود. شروط معهود، شروطی هستند که

هیچ سخنی راجع به آن‌ها میان طرفین رد و بدل نشده و هر یک از آن‌ها با آگاهی از ضمیر دیگری قرارداد را می‌بندد (شهیدی، ۱۳۷۹).

در خصوص اعتبار و نفوذ شرط بنایی میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. مشهور فقها به بی‌اعتباری این شرط نظر داده و در توجیه این عقیده، استناد کرده‌اند که در تفاهم عرف، مدلول ایجاب و قبول بر شرط بنایی دلالت نمی‌کند. به علاوه، طرفین گفتگوهای مقدماتی پیش از عقد نسبت به شرط توافق می‌کنند و سپس عقد را بدون آن می‌بندند و این ظهور در انصراف و پشیمانی ایشان دارد. افزون بر آن، الزام عقد به شرط پیش از آن سرایت نمی‌کند (سیمایی صراف، ۱۳۸۰). با این وجود، برخی اساتید حقوق مدنی اظهار نظر نموده‌اند که دلایل مشهور فقها از قوت لازم برخوردار نیست و عمومات فقهی شامل شروط بنایی نیز می‌شوند (نجفی، ۱۳۶۸). لذا در همین راستا، برخی از اساتید حقوق مدنی شرط بنایی را معتبر دانسته و به منظور توجیه آن استدلال کرده‌اند که تراضی طرفین در خصوص قرارداد، مبتنی بر شرط سابق بر آن است و پذیرش نفوذ شرط بنایی، موجب لزوم وفای به عقد مقید و قید آن می‌گردد. در عین حال، نمی‌توان این دیدگاه را به طور مطلق پذیرفت، بلکه باید آن را محدود به مواردی نمود که گفتگوهای مقدماتی، پیوست قرارداد بوده و بتوان ایجاب و قبول را ناظر بر آن گفتگوها دانست؛ زیرا در این صورت، گفتگوهای مقدماتی داخل در گستره قصد انشاء قرار می‌گیرند.

قانون مدنی ایران، تعریفی از شرط بنایی ارائه نداده، اما در بیان نفوذ و اعتبار آن، از دیدگاه کسانی پیروی کرده که این شرط را معتبر می‌دانند (شهیدی، ۱۳۷۹). برای تأیید این دیدگاه می‌توان به ماده ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی استناد کرد. در واقع، این دو ماده در مقررات مربوط به نکاح آمده، اما چنانچه برخی از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۷۶) نیز اظهار نظر نموده‌اند، علت ذکر شرط بنایی در عقد نکاح، سنت فقهی بوده و در غیر نکاح نیز باید رعایت شود.

با توجه به مطالبی که بیان گردید، از آنجا که موضوع بحث این مقاله در جایی است که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد، تطبیق توافق بر عدم گفتگوی موازی با شرط بنایی، کمی دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا شرط بنایی در جایی مطرح می‌گردد که قراردادی منعقد شده و طرفین قرارداد روی موضوعات دیگری نیز توافق کرده‌اند، بدون آنکه در موقع عقد، تصریحی به آن‌ها شده باشد.

در مقام بررسی توافق بر عدم گفتگوی موازی به عنوان یک شرط ابتدایی، باید اشاره کرد که شرط ابتدایی شروطی هستند که خارج از قلمرو قرارداد، قبل از عقد یا بعد از عقد میان طرفین مورد توافق قرار می‌گیرند، بدون آن که به عقد ارتباطی داشته باشند یا عقد بر مبنای آن‌ها منعقد شده باشد. باید توجه داشت که این شروط، از لحاظ ماهیت، تفاوتی با تعهدات مندرج در عقد ندارند و صرفاً تبعی نبودن و استقلال این تعهدات است که باعث تفکیک آن‌ها از سایر شروط می‌گردد. در خصوص الزام‌آور بودن شروط ابتدایی اتفاق نظر وجود ندارد. نظر مشهور در فقه امامیه، عدم لزوم شروط ابتدایی است. اهل لغت در مقام بیان معنای شرط، آن را به التزام در ضمن بیع و مانند آن مقید نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۷۹). بر همین اساس، مشهور فقها شرط را به معنای التزام ضمن عقد تلقی کرده و شروط ابتدایی را از شمول آن خارج دانسته‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴). برخی فقها نیز بر عدم لزوم وفاء به شروط ابتدایی ادعای اجماع کرده‌اند (توحیدی، ۱۳۶۸). لذا اگر طرفین خارج از عقد توافقی کنند و این توافق در زمره شروط ابتدایی قرار گیرد، بر اساس قول مشهور فقها، التزامی برای آن‌ها به وجود نخواهد آمد.

با این حال، برخی اساتید حقوق مدنی معتقدند که «هرگاه موضوع شرط امری مستقل باشد، اعتبار آن تابع شروط ابتدایی است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، در نفوذ آن تردید روا نیست». عده‌ای از نویسندگان نیز به پیروی از این دیدگاه، اظهار نظر نموده‌اند که «شرط ابتدایی

شرطی است بدون ذکر در عقد که اگر بدون توافق هر دو طرف باشد، نوعی تعهد یک طرفی محسوب می‌شود و اگر با توافق طرفین باشد، نوعی قرارداد بوده و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴). اما باید توجه داشت که اگر شروط ابتدایی مصداقی از قراردادهای غیرمعیّن موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب شود، علاوه بر اثبات صحت و نفوذ شروط ابتدایی، باید امکان انطباق لفظ شرط با عقد (قرارداد) نیز احراز گردد. این در حالی است که اگر شروط ابتدایی واجد تمام شرایط لازم برای تحقق یک قرارداد باشند، دیگر به آن‌ها شرط ابتدایی گفته نمی‌شود بلکه باید این گونه توافق‌ها را نوعی قرارداد تلقی کرد. از سوی دیگر، اگر مفهوم شرط و قرارداد بر یکدیگر منطبق باشد، تمام شروط از جمله شروط ضمن عقد را باید نوعی قرارداد و دارای ماهیت و موجودیت مستقل تلقی کرد. این در حالی است که ماده ۲۴۶ قانون مدنی، شرط ضمن عقد را واجد موجودیت مستقل نمی‌داند. بر اساس این ماده، «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروط‌له بگیرد». لذا نمی‌توان شروط ابتدایی را از مصادیق عقود غیرمعیّن موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرد و آن‌ها را الزام‌آور دانست. بر این اساس، اگر بخواهیم توافق بر عدم گفتگوی موازی با اشخاص ثالث را به عنوان یک شرط ابتدایی قلمداد کنیم، نمی‌توان آن را یک توافق الزام‌آور دانست.

##### ۵. جمع‌بندی و توصیه‌های سیاستی

گفتگوهای مقدماتی برای انعقاد قراردادهای بازرگانی، از فراز و نشیب بسیاری برخوردار است. نباید تصور کرد که همیشه گفتگوها به انعقاد قرارداد منتهی می‌گردد، بلکه ممکن است در عین حال که گفتگوهای مقدماتی از پیشرفت قابل توجهی برخوردار شده، طرفین همچنان در

خصوص انعقاد قرارداد به نتیجه‌ای نرسند. امروزه بیشتر قراردادهای بازرگانی از پیچیدگی خاصی برخوردار بوده و نتیجه چندین دور گفتگوهای مقدماتی طولانی مدت میان طرفین است. به همین جهت، اغلب بازرگانان تمایل دارند به منظور کاستن از مخاطرات مقطع گفتگوها، با انجام توافق‌های مقدماتی، مسائل مختلف مربوط به توافق اصلی خود را هنگام گفتگوهای مقدماتی حل و فصل کنند. یکی از انواع توافق‌های مقدماتی که ممکن است طرفین دوره پیش‌قراردادی، به تنظیم آن روی آورند، توافق بر عدم گفتگوی موازی است. به موجب این توافق، طرفین در مقابل یکدیگر تعهد می‌کنند که راجع به قرارداد بازرگانی موضوع گفتگوهای مقدماتی، با اشخاص ثالث گفتگوی موازی نداشته باشند و یا سایر پیشنهادها را تا مدت معینی نادیده بگیرند.

در حقوق فرانسه، توافق بر عدم گفتگوی موازی با اشخاص ثالث، پیش‌قرارداد نامیده شده و ماهیت قراردادی دارد. لذا نقض چنین توافقی موجب مسئولیت قراردادی می‌گردد. در حقوق انگلیس، توافق بر عدم گفتگوی موازی به شرطی که برای مدت مشخص بوده و در ازای آن، عوض وجود داشته باشد، به lock-out agreement معروف است و قراردادی لازم‌الاجرا تلقی می‌شود و مسئولیت قراردادی به همراه خواهد داشت. در حقوق ایران، با در نظر داشتن اصول حاکم بر حقوق قراردادهای الزام‌آور دانستن توافق بر عدم گفتگوی موازی با اشخاص ثالث، محل تأمل است؛ مگر آنکه در این نوع از توافق، شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی فراهم باشد و بتوان آن را از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب کرد. در غیر این صورت، چنین توافقی ممکن است از مصادیق شروط تبانی و یا شروط ابتدایی قلمداد شود. اما از آنجا که موضوع بحث این مقاله در جایی است که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد، تطبیق توافق بر عدم گفتگوی موازی با شرط بنایی، دشوار به نظر می‌رسد. به علاوه، شرط ابتدایی بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه،

الزام‌آور نیست و رابطه قراردادی ایجاد نمی‌کند. لذا تحقق مسئولیت قراردادی در این فرض منتفی به نظر می‌رسد. در فرضی که طرفین توافقی مبنی بر عدم گفتگوی موازی نداشته باشند، اصل آزادی در گفتگوهای مقدماتی به عنوان یک اصل پذیرفته شده در نظام‌های مختلف حقوقی و اسناد بین‌المللی، فرصتی را فراهم می‌سازد تا طرفین بتوانند با سنجش و ارزیابی عوامل مؤثر در بازار رقابتی آزاد، همزمان با اشخاص ثالث نیز گفتگو کنند و قرارداد بازرگانی خود را با بهترین شرایط منعقد نمایند. لذا حقوق نه تنها سرزنی برای گفتگوهای موازی در قراردادهای بازرگانی به همراه ندارد، بلکه با پذیرش آن، باعث می‌شود تا باب گفتگوهای جدید باز شود و به این ترتیب اشخاص، کالاها و خدمات مورد نیاز خود را با مطلوبیت بیشتری به دست آورند. این شیوه، این خود باعث کاهش اختلافات قراردادی و به تبع آن، افزایش انگیزه طرفین برای اجرای تعهدات قراردادی خواهد شد. لذا گفتگوهای موازی در انعقاد قراردادهای بازرگانی، به خودی خود موجب مسئولیت نخواهد بود.

با این حال، در مواردی که گفتگوهای موازی با تقصیر و رفتار ناموجه یا غیرمتعارف همراه باشد، موجب مسئولیت خواهد بود. این مسئولیت از نوع خارج از قرارداد بوده و تحقق آن مستلزم تمامی ارکان، از جمله اثبات تقصیر است. باید توجه داشت که گفتگوهای موازی با اشخاص ثالث راجع به قرارداد موضوع گفتگوها، به خودی خود تقصیر محسوب نمی‌شود و برای اثبات رکن تقصیر، دلیل دیگری لازم است که همان رفتار ناموجه یا غیرمتعارف از قبیل فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد می‌باشد.

### منابع

- ابن منظور، جمال‌الدین ابوالفضل محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). «لسان العرب»، جلد هفتم، انتشارات دارالفکر، صفحه ۳۲۹.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۷). «حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری»، جلد دوم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، صفحه ۸۵.

شهییدی، مهدی. (۱۳۷۹). «حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم»، عصر حقوق، تهران، صفحه ۳۴۱.

شهییدی، مهدی. «حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات»، جلد دوم، منبع پیشین، صفحه ۳۴۴.

شهییدی، مهدی. «حقوق مدنی: شروط ضمن عقد»، جلد چهارم، منبع پیشین، صفحه ۵۰.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم»، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶، صفحه ۲۰۶.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، صفحه ۲۷۸.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول»، پیشین، صفحه ۱۴۴.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، صفحه ۱۲۹.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، پائیز ۱۳۸۷، صفحه ۳۲۹.

کاتوزیان، ناصر. «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، منبع پیشین، صفحه ۴۳.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸). «نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی»، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، صفحه ۱۷۸ به بعد.

موسوی‌البجنوردی، السید میرزا حسن. (۱۳۷۱). «القواعد الفقهیه»، جلد سوم، مؤسسه اسماعیلیان، صفحه ۲۲۵.

نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۸). «جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام»، جلد سی‌ام، دارالکتب الاسلامیه، صفحه ۱۸۳.

Bebchuk, Lucian Arye and Omri Ben-Shahar (2001), Precontractual Reliance, The Journal of Legal Studies, University of Chicago Press, vol. 30 (2), p. 423.

Bilal, Ahmad (2010), The Pre-Contractual duty of Good Faith: A comparative analysis of the duty of utmost Good Faith in the Marine Insurance Contract Law with the duty of Good Faith in the General Contract Law, Lund University, p. 15.

Campbell Black, Henry (1979); Black's Law Dictionary, 5th edition, West Publishing Company.

Cartwright, John and Martijn Hesselink (2009). Pre-contractual Liability in European Private Law, Cambridge University Press, New York, p. 24 and 31.

Cartwright, John and Martijn Hesselink, op.cit, p. 119.

امامی، سید حسن. (۱۳۷۷). «حقوق مدنی، جلد چهارم»، کتابفروشی اسلامیة، تهران، صفحه ۱۵۸.

انصاری، مرتضی بن محمد امین. (بی‌تا). «منیه الطالب»، جلد دوم، مکتبه المحمديه.

باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۱). «مسئولیت مدنی در حقوق تجارت بین‌الملل»، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل پردیس قم دانشگاه تهران، صفحه ۳۲.

بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۸۱). «کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی ۳»، نشر میزان صفحه ۱۷۵.

بهرامی احمدی، حمید. «کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی ۳»، پیشین، ص ۱۷۶.

توحیدی، محمد علی. (۱۳۶۸). «مصباح الفقاهه فی المعاملات: من تقریر بحث السید ابوالقاسم الخوئی»، جلد دوم، انتشارات وجدانی، صفحه ۱۴۲.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۹). «دوره حقوقی مدنی: حقوق تعهدات»، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران صفحه ۲۰۰.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). «صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق»، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۱۱۷.

خزائی، سیدعلی. (۱۳۹۵). «مسئولیت پیش‌قراردادی؛ شرایط تحقق و زیان‌های قابل جبران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره اول (پیاپی ۴۳)، صفحه ۱۰۹.

خزائی، سیدعلی. منبع پیشین، صفحه ۱۱۲.

ذاکر صالحی، غلامرضا. (۱۳۸۳). «شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین»، مجله مقالات و بررسی‌های دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، دوره ۳۷، شماره ۴.

روستا، احمد و عبدالحمید ابراهیمی و داور ونوس. (۱۳۸۹). «مدیریت بازاریابی، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)»، صفحه ۵۰.

سعادت مصطفوی، سید مصطفی. (۱۳۸۳). «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، مجله دین و ارتباطات، شماره ۲۴، صفحه ۱۷۱ به بعد.

سعادت مصطفوی، سید مصطفی. منبع پیشین، صفحه ۱۹۸.

سید جوادین، سید رضا. (۱۳۸۹). «مدیریت رفتار سازمانی، انتشارات نگاه دانش»، صفحه ۱۰۵.

سیمایی صراف، حسین. (۱۳۸۰). «شرط ضمنی: پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و قانون خارجی»، بوستان کتاب، صفحه ۳۹.



- Hesselink, Martijn W. (2004), The Politics of a European Civil Code, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, pp. 675-697.
- Hofmann, Nathalie (2010), Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe, *Pace International Law Review*, Vol. 22, Issue 1, p. 163.
- Kiršienė, Julija and Natalja Leonova (2009), Qualification of Pre-contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, *University of Wrocław, Jurisprudencija*, Vol. 115, p. 226.
- Pettinelli, Avv. Cristiano (2005), Good Faith in Contract Law: Two paths, Two Systems, The Need for Harmonization, *Diritto & Diritti, Rivista Giuridica Pubblicata su Internet*, Inserito il, p. 16.
- Cartwright, John and Martijn Hesselink, op.cit, p. 122.
- Cartwright, John and Martijn Hesselink, op.cit, p. 166.
- Cartwright, John and Martijn Hesselink, op.cit, p. 172.
- Cartwright, John and Martijn Hesselink, op.cit, p. 29.
- Dietrich, Joachim (2001), Classifying Pre-contractual Liability: A Comparative Analysis, *Journal of Legal Studies*, Vol. 21, , p. 165.
- Fells, Ray (2009), Negotiation is a process where two parties with differences which they need to resolve are trying to reach agreement through exploring for options and exchanging offers; *Effective Negotiation: From Research to Results*, Cambridge University Press, p. 3.
- Fells, Ray (2009); *Effective Negotiation: From Research to Results*, Cambridge University Press.
- Henry, Black's (1979), The deliberation, discussion or conference upon the terms of a proposed agreement; *Campbell Black, Law Dictionary*, 5th edition, West Publishing Company, p. 934.

