

## معیارهای سنجش الزام آوری توافقی‌های مقدماتی با تأکید بر رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا

سید علی خزائی<sup>۱</sup> - یاسر غلامی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: 1398/1/21 تاریخ پذیرش: 1398/7/6

### چکیده

توافق مقدماتی عبارت است از توافقی که در جریان گفتگوهای مقدماتی میان طرفین حاصل می‌شود تا زمینه انشای قرارداد اصلی و نهایی را فراهم آورد. توافق‌های مذکور که گاهی جهت رسیدن به قرارداد نهایی تلقی می‌شوند، عناوین گوناگونی را به خود اختصاص داده و شکل‌های متنوعی دارند. از حیث تحلیل حقوقی با این پرسش مواجه می‌باشیم که آیا این توافقی‌ها لازم‌الاجرا هستند یا خیر. در حقوق انگلستان رویکرد کلی بر الزام آور نبودن توافقی‌های مقدماتی است در حالی که در آمریکا تمایل به پذیرش الزام آوری آنها وجود دارد. در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته توافقی‌های مقدماتی الزام آوری شناخته شده‌اند. در حقوق ایران، اگر توافقی‌های مقدماتی طرفین واجد شرایط ماده 190 قانون مدنی باشد و از مصادیق ماده 10 محسوب گردد و یا در ضمن عقدی از عقود لازم شرط شده باشد، می‌توان حکم به الزام آوری توافقی مقدماتی نمود؛ در غیر این صورت نوعی شرط ابتدایی قلمداد می‌گردد که طبق نظر مشهور فقها الزام آور نیست. دادگاه‌های آمریکا معیارهایی از جمله بیان صریح طرفین، اجرای جزئی توافق، شروط باز، قراردادهای نوعاً مکتوب و زمینه مذاکرات را مورد توجه قرار می‌دهند. به کارگیری این معیارها در دادگاه‌های کشورمان می‌تواند زمینه‌ای برای رفع ابهامات راجع به ماهیت و آثار توافقی‌های مقدماتی در نظام حقوقی ایران باشد.

**واژگان کلیدی:** توافقی‌های مقدماتی، قصد الزام آوری، شروط باز، معیارهای سنجش، نظام حقوقی عرفی، نظام حقوقی نوشته

1. [sakhazaei@khu.ac.ir](mailto:sakhazaei@khu.ac.ir)

1. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران (نویسنده مسئول)

2. [yassergh8@gmail.com](mailto:yassergh8@gmail.com)

2. دکتری حقوق دانشگاه خوارزمی تهران

## مقدمه

در گذشته، دوره پیش قراردادی<sup>۱</sup> از اهمیتی خاصی برخوردار نبود؛ زیرا در معاملات روزمره اشخاص، دوره پیش قراردادی از حیث موضوع چندان به چشم نمی‌آمد و معاملات بازرگانی نیز هنوز به وسعت و گستردگی امروزی وجود نداشت. به مرور زمان و با رشد روزافزون معاملات بازرگانی بین‌المللی، اهمیت دوره پیش قراردادی در قراردادهای، به‌ویژه در معاملات کلان پدیدار گشت و رفته‌رفته این دیدگاه به وجود آمد که دوره پیش قراردادی را باید به‌عنوان یک مرحله مقدماتی مهم برای تشکیل قرارداد مورد توجه ویژه قرارداد؛ زیرا این چنین نیست که تمام معاملات، با انشای ایجاب و قبول ساده انجام پذیرند و یا همواره گفتگوهای مقدماتی طرفین فوراً به انعقاد قرارداد منتهی گردد، بلکه اغلب معاملات و روابط بازرگانی پیشرفته، به‌خصوص قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نوعاً ماهیت پیچیده‌ای دارند که در فرایند تشکیل بسیاری از آن‌ها، گاه گفتگوها و مذاکرات طرفین، مدت‌ها به طول انجامیده و موضوعات مختلفی میان ایشان مورد بحث قرار می‌گیرد.

دوره پیش قراردادی به مرحله و بازه‌ای زمانی اطلاق می‌گردد که دست کم دو شخص، به‌منظور رسیدن به یک هدف مشترک که همان انعقاد قرارداد نهایی است، با یکدیگر ارتباط برقرار نموده‌اند؛ اعم از این که در نهایت به قرارداد نهایی مورد نظر و مقصود خود برسند یا در جریان گفتگوهای مقدماتی از آن صرف نظر نمایند.<sup>۲</sup>

روابط طرفین در دوره پیش قراردادی از تنوع بسیاری برخوردار است. در این دوره، گاه طرفین همچنان در حال گفتگوهای مقدماتی هستند و هیچ توافقی میان ایشان شکل نمی‌گیرد؛ اما در مواردی که تهیه مقدمات و انجام مذاکرات باعث طولانی شدن روند تشکیل قرارداد می‌شود، طرفین ممکن است قبل از انعقاد قرارداد اصلی مورد نظر، با یکدیگر قول و قرار می‌گذارند و توافق نمایند که مذاکرات را جهت انعقاد قرارداد ادامه دهند و یا روشی را جهت پیشبرد مذاکرات اتخاذ نمایند و یا شروطی که به تدریج مورد موافقت قرار می‌گیرد را ثبت و ضبط نمایند.<sup>۳</sup> در واقع پس از انجام گفتگوها و حصول توافق‌های اولیه، طرفین در گامی

1. pre-contractual period.

2. خزائی، سید علی، «مسئولیت پیش قراردادی؛ شرایط تحقق و زیان‌های قابل جبران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره 43، 1395، ص 106.

3. شیروی، عبدالحسین، «توافق‌های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره اول، 1282، ص 8.

روبه‌جلو و جهت نیل به هدف نهایی که انعقاد قرارداد اصلی است، با یکدیگر پیمانی مقدماتی منعقد می‌نمایند. این گونه از توافقی‌ها که توافقی‌های مقدماتی<sup>۱</sup> نامیده می‌شوند، در دوره پیش‌قراردادی شکل می‌گیرند و نشان‌دهنده موفقیت نسبی طرفین در مسیر انعقاد قرارداد هستند. این توافقی‌ها از هر نوع که باشند در هر حال قرارداد اصلی و نهایی به شمار نمی‌روند.

در معاملات بازرگانی بین‌المللی به این توافقی‌ها اهمیت بسیاری داده می‌شود. وقتی دو شرکت تجاری توافقی مقدماتی امضا می‌کنند، طرفین اغلب آن را عاملی برای موفقیت می‌بینند. لذا توافقی مقدماتی یکی از مراحل برجسته به وجود آمدن معاملات بزرگ است.<sup>۲</sup> گرچه برخی حقوقدانان تمایلی به توافقی‌های مقدماتی ندارند و معتقدند باید در هر حال از آن‌ها پرهیز کرد<sup>۳</sup>، اما دو جنبه از تجارت مدرن باعث استفاده روزافزون از توافقی‌های مقدماتی شده است. نخست اینکه معاملات تجاری بزرگ اغلب بین دو طرف از دو کشور مختلف با تفاوت در ابعاد حقوقی و فرهنگی منعقد می‌شوند. دیگر آنکه نوع گفتگوهایی که امروزه برای قراردادهای انجام می‌شود، بسیار متفاوت از گذشته است.<sup>۴</sup> امروزه قراردادهای نیاز به پیش‌بینی جزئیات و مسائل بیشتری نسبت به گذشته دارند. این ایده که یکی از طرفین پیشنهاد را مطرح کند تا طرف دیگر ايجاب را قبول نماید، با آنچه در قراردادهای پیچیده امروزی روی می‌دهد، چندان منطبق نیست؛ چنانچه برخی گفته‌اند «تعهدات قراردادی عمده و بزرگ، بسیار پیچیده هستند و معمولاً در یک سند طولانی یا در چندین نسخه که توسط طرفین ردوبدل می‌شوند، تنظیم می‌گردند».<sup>۵</sup> اگرچه توافقی‌های مقدماتی با فقدان شفافیت شناخته می‌شوند، اما از آنجاکه این توافقی‌ها باعث تسهیل در انعقاد قرارداد نهایی موردنظر می‌شوند، مورد استقبال طرفین قرار می‌گیرند. استفاده روزافزون از این گونه توافقی‌ها در معاملات تجاری بین‌المللی، گواهی بر این ادعاست.<sup>۶</sup>

1. preliminary agreements.

2. Gregory G. Gosfield, The Structure and Use of Letters of Intent as Prenegotiation Contracts for Prospective Real Estate Transactions, American Bar Association, Real Property, Probate and Trust Journal, Volume 38, No 1. (2003), P 99.

3. Andrew R. Klein, Comment, Devil's Advocate: Salvaging the Letter of Intent, Emory Law Journal, Emory University, Atlanta, Volume 37, (1988), P 139.

4. Stewart, Macaulay, Non-Contractual Relations In Business. A preliminary Study American Sociological Review, Volume 28. (1963), P 55.

5. Farnsworth e, Allan, Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. Columbia law review, Volume 87, (1987), P 1.

6. J. Andrew Holten, Letters Of Intent In Corporate Negotiations: Using Hostage Exchanges And Legal Uncertainty To Promote Compliance, university of pennsylvania law review. J.d. Candidate,, volume 162 (2014), P 1236.

عبارت توافقی‌های مقدماتی برای اشاره به تمام اقسام توافقی‌هایی که طرفین قبل از انعقاد قرارداد نهایی به آن دست می‌یابند بکار می‌رود؛ خواه این توافقی‌ها الزام‌آور باشند یا نباشند.<sup>1</sup> تشخیص توافقی‌های مقدماتی الزام‌آور از موارد غیر الزام‌آور از موضوعات بسیار حائز اهمیت است که نظام‌های حقوقی مختلف را به خود مشغول داشته و آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت آن است که چه ملاک‌هایی برای تشخیص الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی وجود دارد؟ در این راستا، ابتدا ماهیت توافقی‌های مقدماتی با رویکرد تطبیقی به نظام حقوق عرفی و حقوق نوشته به نحو اجمالی بررسی می‌شود. پس از آن معیارهای تشخیص توافقی‌های مقدماتی الزام‌آور از توافقی‌های غیر الزام‌آور مورد بررسی قرار می‌گیرد تا از مجرای تحلیل این ملاک‌ها، زمینه پذیرش و به‌کارگیری آن‌ها در نظام حقوقی ایران فراهم آید. ضرورت و اهمیت این پژوهش در نظام حقوقی کشورمان آشکار است؛ چراکه دکترین حقوقی کشورمان تاکنون ملاک‌ها و معیارهای عینی در رابطه با سنجش قصد طرفین برای الزام‌آور بودن یا نبودن توافقی‌های مقدماتی ارائه ننموده است و بالتبع دادگاه‌ها و مراجع قضایی نیز به جهت این نقیصه، در خصوص تشخیص الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی دچار تشتت آراء خواهند بود.

### 1- اقسام و آثار توافقی‌های مقدماتی

توافقی‌های مقدماتی از گوناگونی بسیاری برخوردارند و عناوین مختلف دارند. این توافقی‌ها ممکن است مختصر و یا مفصل باشند. برخی از این توافقی‌ها، حاوی کلیه شروط اساسی قرارداد آتی بوده و یا صرفاً حاوی یک سری تعهدات مبهم و کلی هستند. در برخی از توافقی‌های مقدماتی، طرفین به‌صراحت پیش‌بینی می‌نمایند که توافقی آن‌ها فاقد هرگونه اثر حقوقی بوده و صرفاً بیان خواست و تمایل طرفین مبنی بر انجام مذاکره و انعقاد قرارداد اصلی در صورت رسیدن به توافق می‌باشد. برعکس، در برخی دیگر از این توافقی‌ها، تعهدات مشخص یا مبهمی برای طرفین منظور می‌شود که بر اساس آن، ایشان متعهد می‌شوند که مذاکرات را ادامه داده و قرارداد نهایی که هنوز جزئیات آن مشخص نیست را منعقد نمایند. همچنین در بسیاری از موارد، توافقی‌های مقدماتی فاقد هرگونه تصریح به داشتن یا نداشتن اثر

1. Carvalho Viegas, Comparative Analysis About Binding Preliminary Agreements Between Brazil And United States Legal Systems, Raisresearch Association For Interdisciplinary Studie (Rais Conferece), 16-17 october, (2017), P 17.

حقوقی هستند<sup>۱</sup>. باید توجه داشت که تکیه بر عناوین توافقی‌های مقدماتی، برای ارزش‌گذاری آن‌ها مفید نخواهد بود<sup>۲</sup>. بلکه محتوای این توافقی‌ها است که در تعیین ماهیت آن‌ها، نقشی مهم ایفا می‌کند. بررسی اجمالی مفاد و محتوای توافقی‌های مقدماتی، این سؤال ابتدایی را به ذهن متبادر می‌کند آیا این توافقی‌ها میان طرفین رابطه قراردادی ایجاد می‌کنند؟

## ۲-۱- نظام حقوق عرفی

در نظام حقوق عرفی، وجود قصد قراردادی را شرط مهم و ضروری برای تشکیل یک قرارداد به شمار می‌آورند<sup>۳</sup>. حقوق سنتی انگلستان در این رابطه هیچ منطقه خاکستری‌رنگ و مبهمی را باقی نمی‌گذارد؛ چراکه یا دلایل کافی بر وجود یک قرارداد وجود دارد و یا وجود ندارد. این دیدگاه به «همه‌یا هیچ» مشهور شده است<sup>۴</sup>. در حقوق انگلستان، طرفین می‌توانند برای دفع هر گونه احتمال الزام‌آور تلقی شدن توافقی مقدماتی، عبارت «مشروط به قرارداد» را بیاورند. به علاوه، طرفین می‌توانند تصریح نمایند که توافق حاصل شده، قرارداد تلقی نمی‌شود. دادگاه‌های انگلستان رغبت چندانی به پذیرش الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی ندارند<sup>۵</sup>. در هر حال، اینکه یک توافق مقدماتی تا چه حد می‌تواند نشانگر قصد طرفین بر ایجاد رابطه قراردادی باشد، امری موضوعی است<sup>۶</sup>. در واقع بررسی این قابلیت که توافقی مقدماتی بتواند رابطه قراردادی ایجاد کند، به شرایط و اوضاع و احوال هر پرونده بستگی دارد. به بیان دیگر، بررسی این قابلیت بیش از اینکه امری حکمی و نیازمند کاوش در منابع حقوقی باشد، امری موضوعی است که ارتباط مستقیمی با حوزه اثبات دارد. در ادامه مباحث مقاله‌ی حاضر، معیارهایی که در نظام حقوق عرفی برای سنجش الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی مورد استفاده قرار می‌گیرند، معرفی خواهند شد. باید توجه داشت که این معیارها، دستاوردهای رویه قضایی در خصوص موضوع الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی هستند. برای مثال، در پرونده بریتیش استیل علیه کلیولند بریج اند

1. شیروی، پیشین، ص 8.

2. طالب احمدی، حبیب، مسئولیت پیش قرارداد، تهران: نشر میزان، 1292، ص 334.

3. J. Chitty, Chity On Contracts, 24 th ed: Londen Sweet & Maxwell, (1977), P 117.

4. Giliker, Paula, Pre-Contractual Liability In English And French Law, Kluwer Law International, (2002), P 31.

5. Charles L. Knapp, Enforcing The Contract To Bargain, University of California, Hastings College of the Law, UC Hastings Scholarship Repository, (1969), P 1 .

6. A. Corbin, Corbin on Contracts, USA West Publishing Company, (1963), P 31.

اینجیرینگ<sup>۱</sup> در سال 1984 میلادی، خواهان قصدش را برای ورود به یک قرارداد پیمانکاری فرعی برای تأمین و تحویل فولاد اعلام کرد و فرم قرارداد پیمانکاری فرعی را تنظیم و با ذکر قیمت ارسال نمود اما خواننده با طرح این ادعا که تحویل دیر هنگام رخ داده و باعث افزایش قیمت شده است، از پرداخت امتناع کرد. در این پرونده، دادگاه اظهار نظر نمود که «پاسخ به این سؤال که آیا توافق مقدماتی منجر به ایجاد رابطه قراردادی الزام آور می‌گردد یا خیر، سریع و آسان نخواهد بود و همه چیز به شرایط خاص هر توافق بستگی دارد». دادگاه همچنین مقرر نمود که صرف توافق مقدماتی، نباید تصور الزام آور بودن آن را ایجاد کند، چرا که توافق مقدماتی یک قرارداد الزام آور را تشکیل نمی‌دهد.<sup>۲</sup>

همچنین در پرونده رز و فرانک علیه جی آر کورپشن و برادران ال. تی. دی.<sup>۳</sup> در سال 1924 میلادی، طرفین عبارت ذیل را درج کرده بودند: «این توافق نباید باعث ورود طرفین به رابطه قراردادی شود و نمی‌تواند سبب طرح دعوا در قلمرو انگلیس و آمریکا قرار گیرد، بلکه بیان صریح اهداف و قصد طرفین است و طرفین با توجه به سابقه کاری صادقانه مفاد آن را اجرا خواهند کرد و به این موضوع اعتماد کامل دارند». این پرونده منجر به ایجاد قاعده‌ای شد که اگر شرطی مبنی بر الزام آور نبودن توافق وجود داشته باشد، این شرط بر توافق حکومت می‌کند؛ قاعده‌ای که بعدها در رویه قضایی مورد تقویت قرار گرفت. در صورت نبودن عبارات صریح، دادگاه‌های انگلیس تلاش می‌کنند قصد طرفین را با نگاه به مجموع شرایط تعیین کنند. به طور کلی محاکم انگلیس به الزام آور دانستن توافقی‌های مقدماتی رغبتی ندارند؛ کما اینکه عموماً تمایلی به پذیرش تعهد طرفین بر انجام گفتگوهای مقدماتی همراه با حسن نیت نشان نمی‌دهند.<sup>۴</sup> دادگاه‌های انگلستان تا یک توافق کاملی را احراز نکنند مسئولیتی را تحمیل نمی‌کنند، حتی اگر در یک سند پیش‌قراردادی، طرفین توافق کرده باشند که مکلف به رعایت حسن نیت هستند.<sup>۵</sup> توجه عدم شناسایی چنین مسئولیتی در این است که خسارات

1. British Steel Corp v. Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd.

2. Ralph B. Lake, Letter Of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S. French And West German Law, The George Washington Journal of International Law and Economics, (1984), P 335.

3. Rose & Frank Co. v. J.R Corporation & Brothers Ltd.

4. Robert Coyne and Kevin Evans, Non-Binding Preliminary Agreements: Use Good Faith With Caution, Financier Worldwide Corporate, (2008), P 1.

5. P.S. Atiyah, An introduction to the law of contract, Oxford University Press, (4th ed. 1989), P 108.

خیلی مبهم و غیرقطعی‌اند و نیز امکان تخمین زدن و محاسبه آن‌ها بسیار دشوار است به‌ویژه که نتایج مذاکرات هم نامشخص می‌باشد. البته در برخی آراء صادره از دادگاه‌های انگلستان دیدگاه مخالف نیز وجود داشت تا اینکه مجلس اعیان انگلستان در سال 1992 در پرونده والفورد علیه مایلز<sup>۱</sup> به اختلاف نظر در این رابطه پایان داد. در این پرونده، طرفین که در خصوص واگذاری شرکت خواننده به خواهان در دوره پیش‌قراردادی به سر می‌بردند، با یکدیگر توافقی کردند که حسب آن خواننده متعهد گردید که با شخص ثالث مذاکره موازی نکند که دادگاه از آن به توافق بسته<sup>۲</sup> تعبیر کرد؛ اما پس از مدتی، خواننده شرکت مزبور را به شخص ثالثی واگذار کرد. خواهان ضمن طرح دعوی مدعی بود که خواننده می‌بایست ضمن رعایت حسن نیت، مذاکره با او را ادامه می‌داد. لرد آکنر<sup>۳</sup> از اعضای مجلس اعیان انگلیس، با موافقت اکثریت اعضای این مجلس، اظهار نظر نمود که توافق مقدماتی به تداوم گفتگوها با حسن نیت، با موضع رقابتی طرفین در دوره پیش‌قراردادی در تعارض است. هر یک از طرفین گفتگوهای مقدماتی 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 در دوره پیش‌قراردادی، هر یک از طرفین در هر هنگام و به هر دلیل می‌تواند از ادامه گفتگوهای مقدماتی چشم‌پوشی کند.<sup>۴</sup>

در حقوق آمریکا، دیدگاه سنتی آن بود که توافق‌های مقدماتی الزام‌آور تلقی نمی‌شوند؛<sup>۵</sup> اما امروزه دادگاه‌ها پی برده‌اند که جامعه تجار و بازرگانان به توافق مقدماتی صرفاً به‌عنوان

1. Walford v. Miles.

2. lock out agreement.

3. Lord Ackner.

4. The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms; Banakas, Stathis, Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test, University of East Anglia, Revista Para El Análisis Del Derecho, (2009), P 21.

5. Ralph B. Lake., op.cit, P 338.

یک توافق فاقد اثر نمی‌نگرند. در حقوق آمریکا اینکه چه نوع توافقی‌هایی الزام‌آور هستند، بستگی به قصد طرفین دارد. دادگاه‌های آمریکا در تعیین قصد طرفین ابتدا به مفاد توافقی‌های شفاهی و کتبی و سپس به اعمال و اقدامات بعدی و متعاقب بر توافق نگاه می‌کنند. در حقوق این کشور، استفاده از عبارت توافق مقدماتی فی‌نفسه غیر الزام‌آور بودن آن را نشان نمی‌دهد. در تشخیص قصد طرفین، ابتدا به بیان توافق و در صورت لزوم به اعمال آینده طرفین توجه می‌کنند. در پرونده سورس اکوئیتی علیه اندرسونز<sup>۱</sup> دادگاه یک دست‌نوشته‌ای را مورد توجه قرارداد که در آن نوشته شده بود: «چنانچه با توافق مقدماتی موافق هستید، ذیل این برگه را امضا کنید». با وجود آنکه هر دو طرف برگه را امضا کرده بودند اما خواهان ادعا می‌کرد تا زمانی که قرارداد توسط مشاورش تصویب نشود، معتبر نیست. باین حال، دادگاه با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر توافق، اظهار نظر نمود که از قصد طرفین احراز می‌شود که آن‌ها خواسته‌اند که به یک قرارداد الزام‌آور وارد شوند نه صرفاً یک توافق غیر الزام‌آور و بنابراین، توافق طرفین موجب رابطه قراردادی است.<sup>۲</sup>

## 2-1- نظام حقوق نوشته

در نظام حقوق نوشته، فلسفه حقوق قراردادها تفاوت اساسی با نظام حقوق عرفی دارد.<sup>۳</sup> حقوق فرانسه، برخلاف نظام حقوق عرفی در پذیرش اقسام توافقی‌های مقدماتی انعطاف بیشتری دارد و این توافقی‌ها را موجب رابطه قراردادی می‌داند.<sup>۴</sup> در حقوق این کشور، توافقی‌های مقدماتی نوعی پیش‌قرارداد<sup>۵</sup> تلقی گردیده و الزام‌آور می‌باشند. به همین دلیل، مسئولیتی که به واسطه نقض این توافق حادث می‌شود، در قالب مسئولیت قراردادی توجیه می‌گردد.<sup>۶</sup> در واقع، زیان دیده ملزم خواهد بود که بر مبنای حقوق قراردادها اقامه دعوی کند و البته در این راه باید تقصیر، بروز زیان و رابطه سببیت را به اثبات برساند. در رویه قضایی این کشور، دادگاه‌ها معتقدند که فرض بر الزام‌آور بودن توافقی‌های مقدماتی است، ولی امکان دارد خلاف

1. Source Equities. Inc. v. Andersons.

2. Ralph B. Lake., op .cit, P 341.

3. De vries, Pre-Contractual Obligations In International Contracts, The George Washington journal of international law and economic, the University of California, Volume 18, (1983), P 57.

4. Giliker., op.cit, P 42.

5. avant- contrat.

6. Cartwright. John & Martiin Hesselink. Precontractual Liability in European Private Law, Cambridge University Press, (2008), P 257.



این فرض با توجه به شرایط حاکم بر توافق یا واقعیاتی که اشاره بر قصد طرفین بر الزام‌آور نبودن دارد، ثابت گردد.<sup>۱</sup>

اگرچه نظام حقوقی آلمان در اصل کلی عدم لزوم تشریفاتی بودن روابط قراردادی با حقوق فرانسه مطابقت می‌کند اما با این حال، در حقوق این کشور برخی روابط حقوقی باید در قالب و فرم خاصی باشند تا لازم‌الاجرا تلقی شوند.<sup>۲</sup> البته برای لازم‌الاجرا شدن هر گونه توافقی، وجود شرایط اساسی ضروری می‌باشد. مثلاً اینکه طرفین باید قصد داشته باشند تا ملزم شوند. دادگاه‌های آلمان به شرایط و اوضاع و احوال هر پرونده نگاه می‌کنند که دریابند آیا طرفین قصد توافق داشته‌اند یا خیر. رفتار هر یک از طرفین و عرف معمول در معاملات تجاری موضوعاتی هستند که دادگاه‌ها در دستیابی به قصد طرفین به آن‌ها توجه می‌کنند. برای مثال، توافقی‌های غیررسمی یا شفاهی<sup>۳</sup> اگرچه ممکن است اخلاقی تلقی شوند ولی به جهت فقدان قصد ایجاد تعهد، الزام‌آور به شمار نمی‌روند. همچنین وقتی موضوع یک توافق مقدماتی مربوط به یک معامله پیچیده و یا با ارزش پولی زیاد است دادگاه‌ها حکم می‌دهند که توافق ضمنی بر این است که طرفین می‌خواهند التزام قراردادی را تا زمان امضای اسناد و اقدامات رسمی بیشتر، به تعویق اندازند.<sup>۴</sup> در حقوق آلمان، طرفین در انتخاب شکل و فرم توافق آزاد خواهند بود و چنانچه طرفین بر شکل و فرم خاصی توافق کنند، بین آن‌ها الزام‌آور خواهد بود. در حقوق این کشور، طرفین می‌توانند بر آثار قانونی مورد نظرشان از یک توافق، با یکدیگر تراضی کنند مثلاً می‌توانند اشاره کنند که اعتبار توافق بستگی به اجرای متعاقب آن دارد.<sup>۵</sup>

در حقوق ایران، موضوع توافقی‌های مقدماتی چندان مورد توجه نویسندگان و حقوق‌دانان قرار نگرفته است. دو مصداق مهم از توافقی‌های مقدماتی در نظام حقوقی ایران، یکی وعده ازدواج است که در ماده 1535 قانون مدنی به آن اشاره شده است و دیگری قولنامه که علی‌رغم شیوع بین مردم و تحلیل ماهیت و احکام آن توسط دکترین حقوقی، در قانون مدنی به آن اشاره‌ای نشده است. نامزدی یا وعده ازدواج مصداق بارز توافق مقدماتی در حقوق ایران است که هر گونه تعهد

1. Ralph B. Lake., op.cit, P 342.

2. Konrad Zweigert & Hein Kötz, An Introduction To Comparative Law, Clarendon Press Publication, Oxford University Press, (1987), P 37.

3. Gentlemen's agreement.

4. Von A.T, Mehren & James, Gordley, The Civil Law System, An Introduction To Comparative Law, Boston: Little, Brown, (1977), P 909.

5. De Vries, op.cit, P 56.

یا التزام به ازدواج را بر نمی‌تابد<sup>۱</sup> و حتی تعیین وجه التزام نیز در این موضوع تأثیری ندارد<sup>۲</sup>. قولنامه نیز نوعی توافق مقدماتی است که از آن به قرارداد تشکیل بیع تعبیر شده است<sup>۳</sup> و اغلب در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول به کار می‌رود<sup>۴</sup>. در حقوق ایران، راجع به ماهیت قولنامه و التزام یا عدم التزام به مفاد آن اتفاق نظر وجود ندارد. برخی ماهیت قولنامه را شبیه بیع با حق خیار مشروط دانسته‌اند؛ بدین سان که دو طرف به خریدار، حق خیار می‌دهند، به شرط پرداخت مبلغ معین<sup>۵</sup>. اشتراط خیار در بیع گاهی بدون قید و شرط است و گاه منوط به چیزی مانند پرداخت مبلغ معین از جانب برهم زننده به طرف دیگر یا به ملک او در آوردن، در صورتی که از پیش پرداخت شده باشد. مسئله قولنامه از همین قبیل است؛ زیرا معامله این گونه انجام می‌گیرد که قرارداد فروش همراه است با حق خیار برای خریدار، مشروط به تملیک در آوردن آنچه به فروشنده پرداخته است، به هنگام برهم زدن معامله و اگر آن را برهم نزد، مبلغ پرداختی بخشی از بها به حساب می‌آید<sup>۶</sup>. در مقابل، برخی اظهار نظر نموده‌اند که قولنامه فروش یا خرید یا قولنامه‌ای که در آن، حق تقدم در خرید به شخص معینی داده می‌شود، بیع نیست؛ زیرا در بیع، مالکیت میباید از بائع به مشتری منتقل می‌شود، در حالی که ماهیت قولنامه فقط وعده بیع است و وعده بیع اساساً الزام‌آور نیست. به همین جهت قولنامه فروش، الزام‌آور نیست و نمی‌توان به استناد آن، الزام به انجام معامله را در تاریخی که در قولنامه معین می‌شود، خواستار گردید<sup>۷</sup>. دیدگاه اخیر توسط برخی مورد انتقاد قرار گرفته است، با این استدلال که وعده بیع، اخبار طرفین یا یکی از ایشان از وقوع عقدی است که بعداً بین آن دو نفر واقع خواهد شد، بدون آن که تعهد یا انتقالی صورت گیرد و به همین جهت، منشأ اثر حقوقی نمی‌باشد و حال آن که قولنامه متضمن عقد مسلمی است که در آن، تعهدی واقع شده و نباید آن را وعده شمرد. مسلم است که در قولنامه، یک توافق کامل انجام گرفته و تمام ارکان یک عقد یا قرارداد را دارا می‌باشد و حال آن که وعده بیع، در واقع یک توافق است برای توافق اصلی بعدی که

1. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوقی خانواده، قم: نشر علوم اسلامی، 1368، ص 33.

2. صفایی، حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان، 1389، ص 30.

3. شهیدی، مهدی، «قرارداد تشکیل بیع»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 10، 1371، ص 2.

4. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، تهران: نشر میزان، 1292، ص 98.

5. معرفت، محمدهادی، دادوستد قولنامه‌ای: ماهیت، مشروعیت و احکام آن، فصلنامه فقه اهل بیت فارسی، شماره اول، 1374، ص 151.

6. همان.

7. کاشانی، سید محمود، نظریه حيله و تقلب نسبت به قانون، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، 1345، ص 192.

الزام آور نخواهد بود.<sup>۱</sup> مبنای انتقاد اخیر آن است که تحقق تمام ارکان و شرایط اساسی قرارداد را در قولنامه مفروض دانسته و آن را معادل مبایعه‌نامه یا یک قرارداد کامل تلقی کرده و به همین دلیل، آن را از وعده بیع تفکیک نموده است؛ اما باید توجه داشت که نمی‌توان به‌طور قطع همه توافقی‌هایی که در قالب قولنامه تنظیم می‌شوند را عقد مسلّم تلقی کرد و آن‌ها را الزام آور دانست. در حقیقت، برای تشخیص این امر باید به مفاد توافق طرفین توجه کرد. اگر مفاد توافق نشان دهد که منظور طرفین صرفاً آن است که قرارداد را در آینده منعقد نمایند، چنین توافقی علی‌الاصول الزام آور نخواهد بود. اصولاً به همین دلیل بود که پس از انقلاب اسلامی مشروعیت قولنامه و لازم‌الاجرا بودن آن، مورد اختلاف قرار گرفت و در تاریخ 1262/2/6، شورای عالی قضایی وقت طی بخشنامه شماره 1/6059 اعلام کرد، «نظر به این که با توجه به نظریه فقهای شورای نگهبان به شرح مندرج در نامه 6782 مورخ 1361/9/29 که طی نامه شماره 1/46963 مورخ 1361/10/8 شورای عالی قضایی بخشنامه شده است، در خصوص اعتبار قولنامه استعلاماتی می‌شود، لزوماً اعلام می‌دارد که آنچه صرفاً قولنامه است و ترتیب مقرر در آن، ضمن عقد لازم انجام نگرفته و تعهد نشده، اعتبار قانونی و شرعی ندارد و دادگاه‌ها نمی‌توانند طرفین را الزام به وفا نمایند».<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد بخشنامه شورای عالی قضایی وقت با این مبنا صادر شده است که صرف قولنامه یا توافق بر انعقاد بیع، اگر در ضمن عقد لازم انجام نگرفته باشد، نوعی شرط ابتدایی خواهد بود که بر اساس نظر مشهور فقها، الزام آور نمی‌باشد.

توافقی‌های مقدماتی در حقوق ایران با توجه به تنوع آن‌ها از حیث الزام آور بودن یا نبودن از قاعده ثابتی پیروی نمی‌کنند. اجمالاً می‌توان گفت توافقی‌های مقدماتی در دو حالت ممکن است الزام آور باشند. حالت نخست آن است که طرفین در توافق مقدماتی به گونه‌ای تراضی کرده باشند که شرایط ماده 190 قانون مدنی<sup>۳</sup> فراهم باشد و تراضی ایشان از مصادیق ماده 10 قانون مذکور<sup>۴</sup> شمرده شود که توافق در این فرض الزام آور به نظر می‌رسد. حالت دوم نیز آن است که توافق مقدماتی در ضمن

1. ابرام، احمد، ماهیت حقوقی قولنامه، تهران: انتشارات سفیدرود، 1375، ص 44.

2. حاجی زاده، حمیدرضا، مصوبات و تصمیمات قوه قضاییه و شورای عالی قضایی: شامل آیین‌نامه‌ها، اساسنامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها، تهران: انتشارات ققنوس، 1384، ص 78.

3. ماده 190 قانون مدنی مقرر می‌دارد که «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: 1- قصد طرفین و رضای آن‌ها، 2- اهلیت طرفین، 3- موضوع معین که مورد معامله باشد و 4- مشروعیت جهت معامله».

4. ماده 10 قانون مدنی مقرر می‌دارد که «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

عقدی از عقود لازم شرط شده باشد که در این صورت، چنین شرطی به تبعیت از عقد، الزام آور خواهد بود. در مقابل، اگر شرایط ماده 170 قانون مدنی در چنین توافقی فراهم نباشد و این توافق از مصادیق ماده 10 قانون مذکور محسوب نگردد و در ضمن عقدی از عقود لازم نیز شرط نشده باشد، شاید بتوان چنین توافقی را در زمره شروط ابتدایی دانست. شروط ابتدایی شروطی هستند که خارج از قلمرو قرارداد، مورد توافق و تراضی افراد واقع می‌شوند. به عبارت دیگر، شروط ابتدایی 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 الزام آور بودن یا نبودن شروط ابتدایی اتفاق نظر وجود ندارد. قول مشهور در فقه امامیه، ناظر بر عدم لزوم شروط ابتدایی است. اهل لغت در مقام بیان معنای شرط، آن را به التزام در ضمن بیع و مانند آن مقید نموده‌اند.<sup>1</sup> بر همین اساس، مشهور فقها شرط را به معنای الزام و التزام ضمن عقد تلقی کرده و شروط ابتدایی را از شمول آن خارج دانسته‌اند. به عنوان مثال، برخی از فقها در باب مفهوم شرط، به نقل از قاموس المحيط بیان داشته‌اند که شرط، الزام و التزام به چیزی در ضمن عقد بیع و نظیر آن است و به همین دلیل، شروط ابتدایی تحت شمول ادله لزوم ایفای تعهدات قرار نگرفته و لازم‌الوفا نخواهند بود.<sup>2</sup> همچنین برخی از فقها با استناد به ثبوت اجماع بر عدم لزوم وفا به شروط ابتدایی و تخصیص عموم «المؤمنون عند شروطهم»، اظهار نظر نموده‌اند که شروط ابتدایی الزام آور نمی‌باشند.<sup>3</sup> لذا اگر طرفین خارج از عقد توافقی کنند و این توافق در زمره شروط ابتدایی قرار گیرد، بر اساس قول مشهور فقها، التزامی برای ایشان به وجود نخواهد آمد.

با این حال، برخی از اساتید حقوق مدنی معتقدند که «هرگاه موضوع شرط امری مستقل باشد، اعتبار آن تابع شروط ابتدایی است که با وجود ماده 10 قانون مدنی، در نفوذ آن تردید

1. برای مثال، در لسان العرب واژه شرط چنین معنا شده است: «الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه» یعنی شرط، التزام به چیزی در ضمن عقد بیع و نظیر آن است؛ ابن منظور، جمال‌الدین ابوالفضل محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد هفتم، انتشارات دارالفکر، 1414 ه.ق.، ص 229.

2. «و فی القاموس أنه الزام الشيء و التزامه فی البیع ... إذن فالشروط الابتدائية خارجه عن حدود الروایه»؛ توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه فی المعاملات: من تقریر بحث السید ابوالقاسم الخوئی، جلد دوم، تهران: انتشارات وجدانی، 1368، ص 142.

3. «أخری غیر مذکوره فی العقد بل مجرد تعهد و التزام من أحدهما للآخر من غیر تعقبه بعقد و معاوضه أصلاً و هذا هو المراد من الشروط الابتدائية و لا شبهه فی عدم إفادتها للزوم بوجه و قد عرفت ثبوت الإجماع علی عدم لزومها و به یخصص عموم المؤمنون عند شروطهم بناء علی شموله لمثلها و عدم اختصاصه بالالتزام فی البیع»؛ انصاری، مرتضی بن محمد امین، منیه الطالب، جلد دوم، مکتبه المحمدیه، بی تا، ص 133.

روا نیست.<sup>1</sup> عده‌ای از نویسندگان نیز به پیروی از این دیدگاه، اظهارنظر نموده‌اند که «شرط ابتدایی شرطی است بدون ذکر در عقد که اگر بدون توافق هر دو طرف باشد، نوعی تعهد یک‌طرفی محسوب می‌شود و اگر با توافق طرفین باشد، نوعی قرارداد بوده و از مصادیق ماده 10 قانون مدنی است».<sup>2</sup> اما باید توجه داشت که اگر شروط ابتدایی مصداقی از قراردادهای غیر معین موضوع ماده 10 قانون مدنی محسوب شود، علاوه بر اثبات صحت و نفوذ شروط ابتدایی، باید امکان انطباق لفظ شرط با عقد (قرارداد) نیز احراز گردد. برخی از محققین، ضمن پذیرش انطباق لفظ شرط با عقد، اظهارنظر نموده‌اند که عقد و قرارداد در ماهیت خود، تعهد و التزام یک‌طرف در مقابل طرف دیگر است و همان ملاکی که در عقود موجود است، یعنی ارتباط اعتباری بین طرفین قرارداد و رضای آن‌ها به ایجاد التزام و حقی از حقوق برای متعهدله، در مورد تعهدات ابتدایی نیز وجود دارد. به همین دلیل است که برخی از فقها برای اثبات لزوم عقود، به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» تمسک نموده‌اند؛ زیرا اثبات لزوم و صحت عقود به وسیله دلیل شرط، فرع بر صدق عرفی معانی آن‌ها بر یکدیگر است؛<sup>3</sup> اما این دیدگاه را به راحتی نمی‌توان مورد پذیرش قرارداد؛ زیرا در صورتی که شروط ابتدایی واجد تمام شرایط لازم برای تحقق یک قرارداد باشند، دیگر اطلاق شرط ابتدایی به آن‌ها ممتنع است بلکه باید این گونه توافقی‌ها 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 دارای ماهیت و موجودیت مستقل تلقی کرد. این در حالی است که ماده 246 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 در زمره مصادیق ماده 10 قانون مدنی تلقی کرد و آن‌ها را الزام‌آور دانست.

با عنایت به مطالب پیش گفته ملاحظه می‌شود که روابط دو طرف در دوره پیش از انعقاد

1. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1388، ص 129.

2. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی 3، تهران: نشر میزان، 1386، ص 176.

3. ذاکر صالحی، غلامرضا، «شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین»، مجله مقالات و بررسی‌های دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، دوره 37، شماره 4، 1383، ص 188.

قرارداد نهایی از گوناگونی فراوانی برخوردار است و تشخیص آن‌ها در شناسایی ماهیت توافق‌های مقدماتی اهمیت به سزایی دارد. در دوره پیش قراردادی یا هنوز دو طرف به توافقی دست پیدا نکرده‌اند و همچنان در حال انجام گفتگو هستند یا پیش‌تر رفته و توافقی میان آن‌ها شکل گرفته است. وجود رابطه قراردادی الزام‌آور میان طرفین در توافق‌های مقدماتی کمی دور از ذهن است؛ چراکه هر توافقی را نمی‌توان قراردادی لازم‌الاجرا نامید. باین‌حال، در مواردی که شرایط ماده 190 قانون مدنی در توافق بر گفتگو فراهم باشد و این توافق از مصادیق ماده 10 قانون مذکور محسوب گردد و یا چنین توافقی در ضمن عقدی از عقود لازم شرط شده باشد، توافق یادشده الزام‌آور خواهد بود. رابطه‌ای که میان طرفین در دوره پیش قراردادی ایجاد می‌شود، ممکن است قراردادی باشد یا غیر قراردادی. چنانچه این رابطه دارای ماهیت قراردادی باشد، مسئولیتی که در این دوره به واسطه بروز زیان به طرف دیگر به وجود می‌آید، مسئولیت قراردادی می‌باشد و در غیر این صورت مسئولیت خارج از قرارداد خواهد بود. بررسی ضمانت اجرای تخطی از توافق‌های مقدماتی در حالت الزام‌آور بودن آن‌ها نیز در سایه مطالعات تطبیقی صورت گرفته در هر دو نظام حقوقی عرفی و نوشته، دارای فروعات و مبانی مفصلی است که در مقاله حاضر نمی‌گنجد و لازم است که طی نوشتاری مستقل به آن پرداخته شود.

## 2- معیارهای سنجش الزام‌آوری توافق‌های مقدماتی

یکی از قواعد بنیادین در حقوق قراردادها، آن است که صرف گفتگوها موجب تعهدات الزام‌آور نیستند. برای ایجاد یک رابطه قراردادی، طرفین باید قصد منجز و قطعی خویش را بر ملتزم شدن بیان نمایند.<sup>1</sup> نقش دادگاه‌ها در تعیین و تفسیر قصد طرفین در توافق‌های مقدماتی بسیار مهم است. از یک سو، دادگاه‌ها باید مراقب باشند تا طرفین را به تعهدی که حقیقتاً قصد آن را نداشته‌اند ملتزم نکنند و آن‌ها را به سوی اجرای تعهدات ناخواسته نکشانند. از سوی دیگر، باید طرفین را ملزم به اجرای تعهداتی نمایند که قصد آن را نموده‌اند؛ اگرچه بعداً قصد آن‌ها دچار تغییر شود. علیرغم اهمیت این موضوع، دادگاه‌ها در سنجش قصد طرفین از

1. Samuel Williston & richard a. Lord, A Treatise On The Law Of Contracts, Lawyers Cooperative Publisher, Volume 20, (4th ed. 2001), P 2:3.

توافقی‌های مقدماتی، معیار مشخص و قاعده شفافی در اختیار ندارند. در این رابطه دادگاه‌ها معمولاً به تمامی توافق و مجموع شرایط و قرائن مشهود و امارات عینی توجه می‌کنند.<sup>۱</sup> این قرائن و امارت می‌توانند از طرق مختلفی از قبیل بیان صریح در هر توافق یا اعمال و اقدامات طرفین یا درج در سند پیش‌نویس و یا سایر مکتوباتی که بین طرفین ردوبدل شده است، به دست آیند.<sup>۲</sup>

سنجش قصد طرفین در توافقی‌های مقدماتی از موضوعات چالش‌برانگیز در تمام نظام‌های حقوقی است. در کشور ایالات متحده آمریکا، برخی دادگاه‌ها مثل دادگاه‌های ایالت نیویورک در رویارویی با چالش فوق پیشگام شده‌اند و چهارچوب مفیدی را برای تشخیص قصد طرفین بر الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی فراهم کرده‌اند. دادگاه‌های ایالت مذکور، چندین معیار و عامل مختلف را برای سنجش قصد طرفین مورد توجه قرار می‌دهند. البته شرایط و امارات و قرائن موجود در هر توافق مقدماتی نیز گاهی با یکدیگر معارض هستند و این مسئله تشخیص قصد طرفین را دشوارتر می‌سازد. گاهی از برخی قرائن، الزام‌آور بودن توافق مقدماتی استنباط می‌شود و از قرائن دیگری خلاف آن قابل برداشت است. همچنین در قلمرو نظام حقوقی آمریکا با توجه به اینکه ممکن است هیئت منصفه در تشخیص قابلیت الزام‌آوری توافق مقدماتی تصمیم بگیرد، این امر بر دشواری کار می‌افزاید؛ چراکه ممکن است هیئت منصفه در کی کاملاً متفاوت از شرایط هر توافق یا برداشتی کاملاً تحت‌اللفظی از عبارات داشته باشند. لذا سپردن چنین مسائلی به هیئت منصفه خطرات زیادی دارد. دادگاه‌ها در مواقع تردید، به معیارها و عوامل مختلفی توجه می‌کنند. در واقع، یک معیار به‌تنهایی تعیین‌کننده الزام‌آوری توافق مقدماتی نخواهد بود.<sup>۳</sup>

در یکی از پرونده‌های مهم در دادگاه منطقه‌ای ایالت نیویورک آمریکا، دادگاه دو نوع از توافقی‌های مقدماتی را در پرونده تیچرز علیه تریبون<sup>۴</sup> تعریف کرد. در نوع اول، طرفین بر تمام موضوعات به توافق رسیده بودند، گرچه انعقاد یک قرارداد رسمی در آینده را نیز در نظر

1. B. Lake, R. & Draetta, U. (1994), letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms, Butterworth Legal Publishers (USA), P 93.

2. Gianfranco A. Pietrafesa, Law Governing Letters Of Intent And Other Preliminary Agreements, Publication Of New Jersey Lawyer Magazine, volume 35, (2003), P 2.

3. Farnsworth, op.cit, P 259.

4. Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Tribune Co., (1987).

داشتند. در این فرض، انعقاد رسمی قرارداد نهایی صرفاً مطلوب دو طرف بوده، اما ضروری نبوده است. در چنین حالتی، توافق مقدماتی طرفین لازم‌الاجرا است؛ حتی اگر قرارداد رسمی مورد نظر در آینده منعقد نگردد. عباراتی که حاکی از اجرای فوری قرارداد هستند یا قیودی که طبق آن، طرفین بدون وجود یک سند رسمی در آینده نسبت به یکدیگر ملتزم شده باشند، سازنده توافقی‌هایی از نوع اول هستند.<sup>1</sup> نوع دوم از توافقی‌های مقدماتی ناظر بر زمانی است که طرفین صرفاً بر شرایط اصلی و کلی توافق نموده‌اند، در حالی که هنوز شروط بازی برای گفتگوهای آینده باقی مانده است. در این فرض، احتمال دارد که قرارداد نهایی منعقد نشود یا حتی ممکن است طرفین به علت تغییر شرایط، مذاکره را رها کنند. لذا صرفاً تعهد به مذاکره با حسن نیت بر روی شروط باز وجود داشته و انعقاد قرارداد نهایی تضمین نشده است.<sup>2</sup>

اگرچه دادگاه تجدیدنظر ایالت نیویورک تقسیم‌بندی فوق را سخت و غیر منعطف خواند، اما به نحو مستدلی با آن مخالفت نکرد. دادگاه فدرال نیویورک نیز تقسیم‌بندی فوق را مورد پذیرش قرارداد. در ادامه، معیارها و عواملی<sup>3</sup> که در رویه قضایی دادگاه‌های منطقه‌ای نیویورک برای تشخیص الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی به کار گرفته می‌شوند، بررسی خواهند شد. این معیارها و عوامل، در واقع معیارهایی عینی جهت سنجش قصد طرفین هستند که به کمک آن‌ها می‌توان به الزام‌آوری یا عدم الزام‌آوری هر توافق مقدماتی دست یافت. این دادگاه‌ها یک تست مرکب از پنج معیار را اعمال می‌کنند تا دریابند که آیا طرفین قصد التزام به توافقی‌های مقدماتی را داشته‌اند یا خیر؟ در ادامه، معیارهایی که در رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا ملاک سنجش الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی هستند بررسی خواهند شد و سپس قابلیت به کارگیری این معیارها در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## 1-2- بیان صریح

اولین و مهم‌ترین معیار سنجش قصد طرفین، بیان صریح<sup>4</sup> موجود در هر توافق مقدماتی

1. Stewart D. Aaron & Jessica Caterina, Contract Formation Under New York Law: By Choice Or Through Inadvertence, Syracuse University College of Law Review, Volume 66, (2016), P 860.

2. Stephen I. Brodsky, Enforcing Preliminary Agreements Under New York Federal law, New York law journal - volume 259, No 4, (2018), P 4 .

3. Factors Test.

4. Express Language.



است. در واقع اگر بیان توافق مقدماتی واضح و غیرمبهم باشد این معیار کنترل می‌شود و بهترین وسیله برای دستیابی به قصد طرفین است. در پرونده فلدمن علیه آلیگینی اینترنشنال توافق مقدماتی حاوی بیانی بود که طرفین به تفاهم رسیده بودند که توافق مقدماتی الزام‌آور نباشد و الزام‌آوری حقوق و تعهدات منوط به انعقاد توافق قطعی و نهایی بین طرفین باشد. خواهان با این استدلال دادخواهی کرد که از حیث حقوقی، فرض بر رضایی بودن قراردادها و بی‌نیازی آن‌ها از انعقاد به نحو رسمی است؛ اما دادگاه مقرر کرد که چنین فرض قانونی فقط ناظر بر حالت سکوت قرارداد است. آنجا که سکوتی وجود ندارد بلکه بیان صریحی حاکی از لزوم رسمی بودن است، بدون رسمیت، قراردادی وجود نخواهد داشت.<sup>1</sup>

البته بیان صریحی که در یک توافقنامه یا پیش‌نویس مکتوب وجود دارد ممکن است با وجود یک قرارداد شفاهی مقدم، اثرگذاری اش کمتر می‌شود. چنانکه در پرونده یونایتد اینترنشنال هولدینگ علیه وارف هولدینگ<sup>2</sup> دادگاه حکم کرد که گرچه ظاهر توافق مقدماتی بیانگر لزوم وجود قرارداد رسمی است، اما مستندات ارائه شده حکایت از وجود یک قرارداد شفاهی لازم‌الاجرا قبل از آن دارد. علاوه بر این برخی دادگاه‌ها، آنجا که شرایط پیرامونی گفتگوها نشان دهد که طرفین ممکن است متعاقباً نظرشان را بر ملتمز بودن عوض کرده باشند، تمایلشان بر بی‌توجهی به عبارات صریح مندرج در توافق مقدماتی را نشان داده‌اند تا بدین وسیله آن‌ها را الزام‌آور نشناسند؛ اما سایر دادگاه‌ها علاقه‌ای بر زیر پا گذاشتن بیان صریح ندارند، مگر زمانی که طرف ادعای خود را اثبات و دادگاه را قانع کند.<sup>3</sup> به‌طور مثال دادگاه برای کنار گذاشتن توافق صریح مندرج در توافق مقدماتی نیاز به یک انصراف صریح دارد. یک انصراف صریح باید واضح و شفاف باشد مانند یک انصراف کتبی. همان‌طور که در پرونده ام.آر.ال. علیه مدآلیانس<sup>4</sup> طرفین یک توافقنامه مقدماتی امضا کردند که صریحاً در آن گفته شده بود این یک ایجاب نیست و حقوق و تکالیف طرفین در توافق آتی تعیین خواهد شد. طرفین بعداً پیش‌نویس‌های کتبی را مبادله کردند و خریدار یک نامه که حاوی اصلاح قیمت بود را فرستاد و آن را ایجاب خودش اعلام کرد. در مکاتبات بعدی فروشنده اعلام کرد

1. Feldman v. Allegheny International.

2. United International Holdings v. Wharf Holdings Ltd.

3. Browning Jeffries, Preliminary Negotiations Or Binding Obligations A Framework For Determining The Intent Of The Parties, Gonzaga University School of Law, Gonzaga Law Review, Volume 47, (2012), P 29.

4. Southern Colorado MRL Ltd. v. MED-Alliance, In., (1999).

که آن را رسماً خواهد پذیرفت. دادگاه مقرر کرد که این ایجاب و قبول همچون یک انصراف شفاف از توافق مقدماتی اولیه عمل می‌کند و لزومی به انصراف صریح دیگری نمی‌باشد. همچنین در پرونده سیاراملا طرفین در خصوص امضاء یک صلح‌نامه توافق کرده بودند. خوانده اظهار داشت که وکیلش باید قبل از امضاء، آن را تأیید کند. وکیل خوانده نیز اصلاحاتی در آن به عمل آورد و سپس با اعلام تغییرات جدید اظهار داشت «معامله کردیم»؛ اما قبل از اجرای توافق، خوانده با وکیل دیگری مشورت کرد و تصمیم گرفت از امضا امتناع کند. توافق اولیه حاوی شرط عدم الزام آوری قبل از امضای آن بود. دادگاه مقرر داشت که عبارت «معامله کردیم» دلالت صریح بر انصراف طرفین از لزوم امضا شدن - که در توافق اولیه آمده بود - ندارد<sup>1</sup>.

دادگاه‌های آمریکا در رویه خود گاهی اوقات حتی زمانی که توافق طرفین شامل بیان صریحی بر لزوم انعقاد قرارداد رسمی باشد، بیان غیرمستقیم‌تری که حاکی از عدم قصد الزام آوری توافق بوده را معیار عمل قرار داده‌اند. مثلاً نامیدن یک توافق مقدماتی تحت عنوان پیشنهاد و بیان اینکه طرف تمایل دارد کالایی را خریداری نماید، معیاری برای فقدان قصد ملتزم شدن قلمداد شده است<sup>2</sup>. باین حال، به نظر می‌رسد تمسک به چنین بیان‌های غیرمستقیمی نتایج مبهمی به بار خواهد آورد.

در قراردادهای شفاهی که هیچ نوشته و توافق مکتوبی وجود ندارد نیز ممکن است معیار فوق اعمال شود. مثلاً دادگاه ممکن است به مفاد پیش‌نویس قرارداد نهایی که هیچ‌گاه امضا نشده است، توجه کند. همچنین ممکن است دادگاه یک عبارت ترکیبی یا حاشیه‌ای را در سند پیش‌نویس بیابد که ثابت می‌کند طرفین قصد نداشته‌اند بدون وجود قرارداد نهایی ملتزم شوند. به‌طور مثال در پرونده کانتیننتال لابراتوریز علیه شرکت اسکات پیپر<sup>3</sup> دادگاه خاطر نشان کرد که شمول یک عبارت ترکیبی که می‌گوید «توافق‌ها و الزامات در توافقنامه نهایی بین طرفین منعکس می‌شود و سایر توافق‌ها و تفاهم‌ها قابل اعمال نخواهد بود» اشاره بر عدم قصد الزام آوری واقعی قبل از انعقاد قرارداد نهایی دارد. بر این اساس، طرفین باید تمام یادداشت‌های حاوی جزئیات دوره گفتگوها را نگهداری کنند؛ چرا که بعدها در تشخیص

1. Ciaramella v. Reader's Digest Association., (1997).

2. Jeffries, op.cit, P 29.

3. Continental Laboratories, Inc. v. Scott Paper Company.

قصد طرفین بسیار مفید خواهند بود.<sup>1</sup>

## 2-2- اجرای جزئی

دومین معیار از معیارهای پنج‌گانه سنجش این است که آیا طرفین درگیر اجرای جزئی<sup>2</sup> توافق شده‌اند یا خیر؟ اجرای جزئی یعنی یکی از طرفین طرف چیز باارزشی را که طرف دیگر پذیرفته به او اعطا کند یا تعهدی را به صورت جزئی ایفا نماید. در واقع، اجرای جزئی قرارداد که مورد قبول طرف دیگر قرار می‌گیرد وجود یک توافق الزام‌آور را اثبات می‌کند.<sup>3</sup> اجرای جزئی قرارداد از یک سو به مثابه مدرک و دلیل مثبت اعتقاد طرف به وجود قرارداد عمل می‌کند و از سوی دیگر نشان می‌دهد طرفی که اجرای جزئی را می‌پذیرد نیز فهمیده که یک قرارداد الزام‌آور وجود دارد. به عبارت دیگر، اجرای جزئی اماره و قرینه‌ای بر وجود یک توافق الزام‌آور است<sup>4</sup> و تنها برداشت منطقی که از اجرای متعاقب بر توافق مقدماتی به دست می‌آید، لازم‌الاجرا بودن نفس توافق مقدماتی در نظر طرفین است.<sup>5</sup>

مسئله‌ای قابل توجه در رابطه با معیار فوق این است که آیا اعمال و اقدامات یک طرف در راستای آمادگی و مقدمه‌سازی برای اجرای قرارداد را هم باید اجرای جزئی به شمار آورد؟ در واقع گاهی ممکن است یک طرف دست به تدارک مقدماتی بزند صرفاً برای اینکه احتمال به انعقاد رسیدن معامله را افزایش دهد. مثلاً در پرونده بلانتون اینترز علیه شرکت بورگر کینگ<sup>6</sup> اعلام گردید که دریافت مجوز یک فعالیت صرفاً زمینه‌سازی برای افزایش احتمال انعقاد قرارداد در آینده بوده و دلالتی بر وجود یک قرارداد الزام‌آور قبل از انعقاد رسمی توافقی‌نامه نمی‌باشد. دادگاه‌ها مقرر نموده‌اند که صرف تدارک مقدماتی نمی‌تواند اجرای جزئی قرارداد تلقی شود و بنابراین نمی‌تواند معیار سنجش الزام‌آوری توافق مقدماتی باشد.<sup>7</sup> بدین ترتیب، چنانچه سایر معیارها با وضوح بیشتری دلالت بر عدم قصد الزام‌آوری طرفین داشته باشند، ممکن است

1. Aarti Arunachalam, An Analysis Of The Duty To Negotiate In Good Faith: Precontractual Liability & Preliminary Agreement, B.S.L. B.L Symbiosis Society's Law College, University of Pune, India, (1999), P 89.

2. Partial Performance.

3. Brodsky, op.cit, P 4.

4. Williston, op.cit, P 4:1.

5. Horst, K.Luck, Arrangements Preliminary To Formal Contracts, The Adelaide Law Review, University of Adelaide, New York, (1967), P 64.

6. Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp., (D.S.C. 1988).

7. Brodsky, op.cit, P 5.

دادگاه‌ها اجرای جزئی قرارداد را معیار تحقق قصد الزام‌آوری آن‌ها به شمار نیاورند.<sup>1</sup> باین حال، در مواردی که مستندات اجرای جزئی قرارداد قوی باشد می‌تواند معیار مؤثری در سنجش قصد طرفین باشد. در پرونده بالتا علیه آیکو دادگاه اعلام کرد علیرغم اینکه مدارک قابل توجهی نشان می‌دهد که خواننده قصد ملتزم شدن قبل از انعقاد قرارداد نهایی را نداشته است ولی هنوز موضوعات قابل بررسی در رابطه با معیار اجرای جزئی قرارداد وجود داشت که می‌توانست مؤثر در سنجش قصد طرفین باشد به‌ویژه مدرکی که حسب آن یک طرف براتی را صادر و طرف دیگر آن را پرداخته بود.<sup>2</sup>

### 3-2- شروط باز

سومین معیاری که دادگاه‌های آمریکا در خلال تصمیم‌گیری‌های خود تحلیل می‌کنند این است که آیا تمام شرایط، مورد توافق واقع شده است یا هنوز شروط و موضوعات اساسی باز<sup>3</sup> و توافق نشده‌ای باقی مانده‌اند که باید مورد توافق قرار گیرند. در مواقعی که طرفین قصد دارند برخی از شرایط مهم و کلیدی قرارداد برای مذاکرات بعدی باز باقی بماند، معمولاً چنین توافق مقدماتی‌ای را «مشروط به قرارداد» می‌نامند که حاوی این قید است که طرفین در آتی مذاکره خواهند نمود تا به توافق بیشتری دست یابند.<sup>4</sup> حتی اگر طرفین قصد داشته باشند به یک قرارداد وارد شوند، در صورتی که شرایط اساسی به شکل باز و توافق نشده رها شده باشند یا آن قدر غیرقطعی باشند که نیاز باشد مورد توافق قطعی قرار گیرند، هنوز قرارداد لازم‌الاجرائی شکل نگرفته است.

برای تشخیص اینکه آیا توافق مقدماتی شامل تمام شرایط اساسی قرارداد می‌باشد یا خیر، دادگاه‌ها به نحو موردی در هر پرونده تصمیم می‌گیرند.<sup>5</sup> بدیهی است که باید برای دادگاه شرایط هر قرارداد به قدر کافی معلوم و معین باشد تا بتواند دامنه و قلمرو تعهدات هر یک از

1. John Klein & Carla Bachechi, Precontractual Liability And The Duty Of Good Faith Negotiation In International Transactions, Houston Journal of International Law, Volume 17, (1994), P 15.

2. Balta v. Ayco Co., (W.D.N.Y. 2009).

3. Open Issues, Open Terms.

4. Yolelwa Sikunyana, Conditional Letters Of Intent: Are They Binding?, University of pretoria, department: private law, (2018), P 34.

5. Candace Cooper, What are your intentions? Drafting And Negotiating Letters Of Intent, Presented November 24, 2015, At The Six Minute Real Estate Lawyer (2015), P 3.

طرفین را تعیین نماید اما میزان و درجه قطعیت موردنیاز، بسته به هر نوع معامله متفاوت است. دادگاه‌ها در رویه‌شان برای ارزیابی شرایط اساسی یک توافق با توجه به پیچیدگی‌ها و اهداف خاص آن توافق، تحلیل‌های منعطفی را به کار می‌گیرند. به‌عنوان مثال برخی از شرایط اساسی شامل قیمت، کیفیت و کمیت کالا و مشخصات آن، لازم است مورد توافق واقع شوند تا یک توافق مقدماتی لازم‌الاجرا تلقی گردد<sup>1</sup>.

به دلیل ابهاماتی که در خصوص تشخیص شرایط اساسی هر قرارداد، با توجه به تنوع و گستردگی آن‌ها، وجود دارد، در خصوص اهمیت بررسی شروط و موضوعات باز به‌عنوان یکی از معیارهای سنجش قصد طرفین نیز شاهد اختلاف قابل توجهی در رویه دادگاه‌های آمریکا هستیم. دادگاه‌ها نیز به‌طور موردی در هر پرونده تصمیم می‌گیرند. به‌طور معمول، اختلاف نظر آنجا بروز می‌کند که طرفین در حال تبادل پیش‌نویس‌های توافق نهایی هستند و یک طرف تلاش دارد آن را بدون اینکه توافق نهایی امضا شده باشد لازم‌الاجرا بدانند. در این حالت خواننده ممکن است استدلال کند که قصد التزام نداشته است؛ با این استدلال که پیش‌نویس اصلاح شده توافق، بعد از زمانی که خواهان استناد می‌کند یک قرارداد لازم‌الاجرا وجود داشته، تبادل شده است. بعضی دادگاه‌ها در تحلیل چنین حالتی فرض می‌نمایند اصلاحات منعکس شده در پیش‌نویس، جزئی و در مسائل غیر مهم بوده است لذا قرارداد منعقد بر اساس همان شرایطی که در پیش‌نویس قرارداد نهایی تنظیم شده است لازم‌الاجرا است؛ اما برخی دیگر از دادگاه‌ها معتقدند که چنین تغییرات و اصلاحاتی باید برای طرفین مهم بوده باشد که تاکنون مبادرت به امضای آن نکرده‌اند. لذا برای قاضی یا هیئت منصفه‌ای که تغییرات را جزئی می‌پندارند و مقرر می‌کنند که قرارداد منعقد لازم‌الاجراست، عملاً طرفین را از این حق که در قراردادی وارد شوند که دقیقاً انعقاد آن را مدنظر داشته‌اند محروم می‌کند<sup>2</sup>.

#### 4-2- قراردادهای نوعاً مکتوب

چهارمین معیاری که در رویه دادگاه‌های آمریکا در تشخیص قصد الزام‌آوری طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد این است که آیا قرارداد از قراردادهایی است که معمولاً به شکل

1. Williston, op.cit, P 3.

2. Jeffries, op.cit, P 30.

مکتوب منعقد می‌شوند<sup>۱</sup> یا خیر. دادگاه‌ها پس از تشخیص اینکه توافق حاضر از انواع قراردادهایی است که معمولاً کتبی بسته می‌شوند از این فرض قانونی که طرفین قصد الزام‌آوری توافق مقدماتی شفاهی را نداشته‌اند حمایت می‌کنند. در رابطه با معیار فوق، تشخیص اینکه چه نوع قراردادهایی نوعاً به شکل مکتوب منعقد می‌شوند، از مباحث حائز اهمیت است. دادگاه‌ها در رویه خود در پرونده‌ها به برخی از مسائل موضوعی هر قرارداد از قبیل میزان ثمن توجه می‌کنند تا به آن‌ها کمک کند که آیا یک قرارداد خاص با آن میزان ثمن به طور معمول مکتوب منعقد می‌شود یا خیر. به عنوان مثال، در پرونده بلانتون اینترز علیه شرکت بورگر کینگ<sup>۲</sup> که در رابطه با توافق شفاهی طرفین بر امتیاز بیست ساله فعالیت بود، با این استناد که چنین توافقی معمولاً نیازمند جزئیات مفصلی در خصوص نوع سرمایه یا اسرار تجاری یا توسعه عرصه فعالیت بین طرفین در قالب قرارداد کتبی می‌باشد، لازم‌الاجرا شناخته نشد.

گفتنی است همیشه به صرف تکیه بر میزان ثمن یک قرارداد نمی‌توان در خصوص به کارگیری معیار فوق داوری نمود. دادگاه‌های آمریکا اذعان نموده‌اند که توجه به مبلغ نمی‌تواند یک ملاک و معیار قطعی و مسلم باشد بلکه لازم است که سایر شرایط و اوضاع و احوال نیز در کنار بالا بودن مبلغ اثبات کنند که طرفین قصد ورود به یک توافق الزام‌آور را داشته‌اند. علاوه بر این، دادگاه‌ها به پیچیدگی معامله و طولانی بودن قرارداد هم نگاه می‌کنند<sup>۳</sup>. پیچیدگی بیشتر قرارداد و طولانی بودن زمان آن، اهمیت معامله را در عرف بازرگانان توسعه می‌دهد و به احتمال زیاد، دادگاه آن را از انواع توافقی‌هایی می‌یابد که باید مکتوب باشند.

علاوه بر قراین فوق‌الذکر، وقتی طرفین در مقام حل یک اختلاف، درگیر مذاکراتی هستند، دادگاه‌ها به احتمال زیاد ممکن است دریابند که هرگونه توافقی که بخواهد از چنین مذاکراتی خارج شود معمولاً مکتوب است. همچنین وقتی که قانونی مبنی بر لزوم مکتوب بودن یک توافق وجود دارد، قرارداد شفاهی در خصوص آن موضوع لازم‌الاجرا نخواهد بود<sup>۴</sup>.

1. Type of Contract Usually Committed to Writing.  
 2. Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp, (1988).  
 3. Brodsky, op.cit, P 5.  
 4. Jeffries, op.cit, P 32.

## 5-2- زمینه گفتگوها

برخی از حوزه‌های قضایی کشور آمریکا، زمینه گفتگوها<sup>۱</sup> را به‌عنوان پنجمین معیار برای تشخیص قصد طرفین قرار می‌دهند. بررسی آراء دادگاه‌ها نشان می‌دهد که نتایج حاصل از اعمال معیار زمینه گفتگوها، با سایر معیارها و عوامل در سنجش قصد طرفین هم‌پوشانی دارد.<sup>۲</sup> دادگاهی که زمینه و بستر گفتگوها را در تحلیل خود در نظر می‌گیرد، باید به رفتار طرفین در طول دوره پیش‌قراردادی توجه کند. مثلاً درجایی که طرفین تمایل به رعایت تشریفات و رسمی بودن رابطه پیش‌قراردادی در طول گفتگوها از خود نشان داده باشند، دادگاه ممکن است استدلال کند که برای ایجاد التزام میان طرفین، به یک توافق کتبی نهایی نیاز است. همچنین دادگاه ممکن است بررسی نماید که آیا عرف تجاری مرتبط با موضوع آن قرارداد، الزام‌آور بودن را به چنین توافقی مقدماتی نسبت می‌دهد یا خیر.<sup>۳</sup>

اگرچه برخی دادگاه‌ها، به نحو صریحی زمینه گفتگوها را به‌عنوان یک معیار و عامل مستقل تحلیل و بررسی نمی‌کنند، اما ممکن است به نحو غیرمستقیم توجه بیشتری به اعمال این معیار نمایند. همان‌طور که در پرونده اسپنسر تراسک علیه آر. پست اینترنشنال<sup>۴</sup> دادگاه به مسائلی اشاره کرد که نشان از توجه او به زمینه گفتگوها بود؛ آنجا که به این موضوع توجه کرده بود که طرفین در جلسه توافق شفاهی با یکدیگر دست داده بودند و این موضوع را اشاره‌ای بر قصد التزام دانسته بود. همچنین در پرونده بلانتون اینترز علیه شرکت بروگر کینگ<sup>۵</sup> دادگاه چهار معیار اول را به کار گرفت اما به سراغ وقایع و مسائلی رفت که نشان از اهمیت زمینه گفتگوها به‌عنوان معیار پنجم داشت. در این پرونده، دادگاه اظهار شفاهی خواننده دارنده امتیاز فروش که گفته بود «امتیاز مال شماست» و «این رسمی است» را با در نظر گرفتن سایر شرایط - از قبیل این واقعیت که خواننده تنها در صورت پیروی خواهان از پروسه‌های صحیح از جمله انعقاد توافقنامه دوجانبه رسمی، امتیاز فروش را اعطا می‌کند - مقرر کرد که توافق الزام‌آوری میان طرفین وجود ندارد.

درنهایت لازم به ذکر است برخی از دادگاه‌های آمریکا معیارهای سنجشی که تاکنون

1. Context of Negotiations.

2. Klein & Bachechi, op.cit, P 11.

3. Jeffries, op.cit, P 32.

4. Spencer Trask Software and Info. Services., LLC.v. R.Post International Ltd.( 2003).

5. Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp, (1988).

برشمرده شد را به شکل صریح اعمال نمی‌کنند. چنین دادگاه‌هایی بیشتر رویکرد کلی دارند و وقایع و شرایط موجود را لحاظ می‌کنند، بدون اینکه بخواهند مدارک و مستندات هر پرونده را در هر یک از معیارهای تعریف شده قرار داده و طبقه‌بندی کنند.<sup>1</sup> این دادگاه‌ها معتقدند که برای تعیین قصد طرفین باید به شرایط پیرامونی گفتگوها و اقدامات طرفین در زمان توافق و بعد از توافق، توجه کرد. البته حوزه‌های قضایی که دادگاه‌های آن صریحاً معیارهای سنجش را به کار نمی‌گیرند، همان جنس وقایعی را تحلیل می‌کنند که تحت شمول معیارهای سنجش هستند و این دلیل بر این است که اعتقاد به ناکارآمدی معیارهای سنجش، نتیجه قابل قبولی نیست. این موضوع از بررسی برخی پرونده‌ها آشکار می‌شود که ذیلاً دو مورد از آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

1- در پرونده ویگل برود کستینگ علیه تی وی.<sup>2</sup> دادگاه معیارهای سنجش را اعمال نکرد بلکه به مجموع شرایط پیرامونی و از جمله اعمال طرفین در طی و زمان بعد از گفتگوها توجه کرد. دادگاه علیرغم اینکه صریحاً معیارهای سنجش را اعمال نکرد، به سویی رفت که بر بیان صریح توافق مقدماتی به عنوان فاکتور اول تأکید می‌کرد. دادگاه همچنین استدلال کرد با این که توافق مقدماتی برخی شروط را دارد اما بیشتر شروطی که انتظار می‌رود در چنین قرارداد بزرگی پیدا شود را در خود ندارد که این مهم منعکس کننده معیار سوم از معیارهای سنجش بود. سرانجام دادگاه با بررسی ایمیل‌هایی که بین وکلای طرفین - در جریان مذاکره بر توافق نهایی که هنوز امضا نشده بود - ردوبدل شده بود و مکرراً حکایت از الزام آور نبودن توافق‌های مقدماتی داشت، به طور ضمنی معیار پنجم را لحاظ کرد.

2- در پرونده پرلس علیه کاگی<sup>3</sup> دادگاه صراحتاً معیارهای سنجش را در بررسی وجود توافق استخدامی الزام آور اعمال نکرد ولی استدلال کرد که طرفین بر دو عنصر اساسی قرارداد - اینکه کارگر چه مدت کار کند و چه کاری باید انجام دهد - توافق نکرده‌اند و این شبیه آن چیزی است که در معیار سوم از معیارهای سنجش مورد بررسی قرار گرفت. دادگاه همچنین به رفتار طرفین بعد از توافق توجه کرد؛ از این حیث که رفتار هیچ‌یک از طرفین نشان نمی‌داد که در کسی این اعتقاد را به وجود بیاورد که توافق لازم‌الاجرا می‌باشد. چنین تحلیلی

1. Ibid, P 32.

2. Weigel Broad. Co. v. TV-49, Inc.(2006).

3. Steven R. Perles, P.C. v. Kagy, (2007).



از رفتار طرفین با معیارهای دوم و پنجم همخوانی دارد. سرانجام دادگاه خاطر نشان کرد که قرارداد شفاهی مورد ادعا دربردارنده مقدار زیادی پول است که نشان می‌دهد طرفین معمولاً قصد ندارند بدون یک توافق کتبی و رسمی ملتزم شوند. چنین ملاحظه‌ای اعمال معیار چهارم از معیارهای سنجش است.

بنابراین زمانی که خط و مرز روشنی برای سنجش قصد طرفین وجود ندارد، دادگاه‌هایی که معیارهای سنجش را مورداستفاده قرار نمی‌دهند، ممکن است به همان نتایجی برسند که دادگاه‌های اعمال‌کننده معیارها به آن دست می‌یابند؛ گرچه لزوماً در تمام موارد نتایج یکسان نخواهد بود. برای مثال در حوزه‌های قضایی که معیارهای سنجش را اعمال می‌کنند، عموماً این باور وجود دارد که معیار اول یعنی بیان صریح مهم‌ترین معیار است. حال اگر حوزه‌های قضایی که معیارهای سنجش را اعمال نمی‌کنند تمایل داشته باشند به معیار اول وزن و اعتبار کمتری بدهند ممکن است که نتایج و خروجی‌های متفاوتی به دست آید. در هر حال، معیارهای پنج‌گانه ابزار مفیدی برای سنجش قصد الزام‌آوری در توافقی‌های مقدماتی هستند که به دلیل عمومیت آن‌ها، می‌توانند در تمام نظام‌های حقوقی از جمله حقوق قراردادهای کشور ما مؤثر واقع شوند؛ زیرا این معیارها جنبه بیش از آنکه جنبه ثبوتی داشته باشند جنبه اثباتی دارند و ابزارهایی هستند که قضات دادگاه‌های ایران در حوزه اثبات و نحوه اثبات می‌توانند از آن بهره ببرند.

### نتیجه‌گیری

توافقی‌های مقدماتی در روابط تجاری امروزی نقش ویژه‌ای ایفا می‌کنند؛ به نحوی که انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی مدرن، بدون استفاده از توافقی‌های مقدماتی، بسیار دشوار است. به عبارت دیگر، توافقی‌های مقدماتی سنگ بنای قراردادهای بزرگ نوین هستند و با توجه به شیوع و رواج آن در روابط تجاری، بررسی ماهیت و آثار آن‌ها نیز اهمیت بسزایی یافته است. موضوع الزام‌آوری توافقی‌های مقدماتی از موضوعاتی است که نظام‌های حقوقی مختلف را به خود مشغول داشته است. این پرسش که آیا با بستن توافق مقدماتی، طرفین قصد ایجاد رابطه قراردادی الزام‌آور داشته‌اند یا خیر، از موضوعاتی است که در نظام حقوقی ما دارای ابهاماتی است؛ زیرا معیار مشخصی و عینی برای تشخیص قصد طرفین توافقی‌های مقدماتی وجود ندارد.

این مسئله می‌تواند بلا تکلیفی و ابهام بزرگی را در حوزه حقوق قراردادها ایجاد کند؛ زیرا اندکی بی‌دقتی در تشخیص قصد طرفین از ایجاد یک توافق مقدماتی، می‌تواند آن‌ها را ناخواسته در مسیری قرار دهد که در عالم واقع، قصد آن را نداشته‌اند.

به علاوه، تشخیص ماهیت رابطه طرفین توافق مقدماتی، در نوع مسئولیت احتمالی طرفین اینگونه توافقات و مبانی توجیه این مسئولیت، تأثیر مستقیم خواهد داشت. اگر رابطه طرفین توافق مقدماتی، رابطه حقوقی الزام‌آور باشد و بتوان ارکان مسئولیت قراردادی از جمله وجود تعهد ناشی از یک قرارداد میان زیان‌دیده و عامل ورود زیان را احراز نمود و مسئولیت جبران زیان را ناشی از نقض این تعهد دانست، مبانی مسئولیت قراردادی (مسئولیت حقوقی ناشی از تخلف از اجرای تعهد) در توجیه مسئولیت ناشی از نقض توافقات مقدماتی قابل استفاده خواهد بود. در مقابل، اگر وجود چنین رابطه‌ای میان طرفین غیر قابل تصور باشد، مسئولیت خارج از قرارداد خواهد بود و باید از مبانی مسئولیت خارج از قرارداد برای توجیه آن بهره گرفت.

دادگاه‌های آمریکا به نحو پیش‌تاز با خلق رویه‌های علمی مبتنی بر سنجشی مرکب از پنج معیاری که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت، تلاش نموده‌اند تا راه شناسایی آثار توافقات مقدماتی و تحلیل قصد طرفین را هموار نمایند. در رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا برای نیل به تشخیص دقیق‌تر از قابلیت الزام‌آوری توافقات مقدماتی و افزایش قطعیت در این حوزه از حقوق و بهتر برآورده شدن انتظارات طرفین، قضات باید خود را با یک سنجش چند معیاره - سنجشی مرکب از پنج معیار - وفق دهند و بر آن اساس عمل نمایند. چنین سنجشی می‌تواند نقشه راه مفیدی برای تشخیص قصد طرفین باشد. گرچه معیارهای سنجش هنوز مرز روشنی ندارند و تحلیل معیارها ممکن است انعطافاتی را در آن ایجاد کند، اما با احترام دادگاه‌ها به این معیارها، طرفین حداقل یک راهنمای کمک‌کننده برای طرز رفتار و عملکردشان دارند. بدون وجود این راهنما، طرفین اعتماد و اطمینان نخواهند داشت که آیا با یک توافق یا مذاکره ساده ملتزم خواهند شد یا خیر. بدیهی است که این ابهام، اثر منفی بر فعالیت‌های تجاری اشخاص خواهد داشت.

در حقوق ایران، در نگاه اول به نظر می‌رسد که اگر توافق مقدماتی طرفین واجد شرایط مصرح در ماده 190 قانون مدنی باشد و این توافق از مصادیق ماده 10 قانون مذکور محسوب

گردد و یا چنین توافقی در ضمن عقدی از عقود لازم شرط شده باشد، می‌توان حکم به الزام آور بودن توافق مقدماتی نمود؛ در غیر این صورت چنین توافقی نوعی شرط ابتدایی قلمداد می‌گردد که طبق نظر مشهور فقها الزام آور نیست. با این حال، شاید بتوان با رویکرد تطبیقی به این حوزه و با عنایت به عام‌الشمول بودن معیارهای اشاره‌شده در رویه دادگاه‌های آمریکا، قابلیت به کارگیری این معیارها در حقوق ایران را نیز مورد پذیرش قرارداد و از آنها به‌عنوان راهکار مفیدی جهت سنجش ماهیت و آثار توافقی‌های مقدماتی بهره برد.



## منابع

### فارسی و عربی

- ابرام، احمد، ماهیت حقوقی قولنامه، تهران: انتشارات سفیدرود، 1375.
- ابن منظور، جمال‌الدین ابوالفضل محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد هفتم، (تهران: انتشارات دارالفکر، 1414 ه.ق)
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، منیه الطالب، جلد دوم، (قم: نشر مکتبه المحمديه، بی تا).
- بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها: حقوق مدنی 3، (تهران: نشر میزان، 1386).
- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه فی المعاملات: من تقریر بحث السید ابوالقاسم الخوئی، جلد دوم، (تهران: انتشارات وجدانی، 1262).
- حاجی زاده، حمیدرضا، مصوبات و تصمیمات قوه قضاییه و شورای عالی قضایی: شامل آیین نامه‌ها، اساسنامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها، (تهران: انتشارات ققنوس، 1384).
- خزائی، سید علی، «مسئولیت پیش قراردادی؛ شرایط تحقق و زیان‌های قابل جبران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره 43، 1395.
- ذاکر صالحی، غلامرضا، «شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین»، مجله مقالات و بررسی‌های دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، دوره 37، شماره 4، 1383.
- شهیدی، مهدی، «قرارداد تشکیل بیع»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 10، 1371.
- شیروی، عبدالحسین، «توافق‌های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره اول، 1282.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: نشر میزان، 138).
- طالب احمدی، حبیب، مسئولیت پیش قراردادی، (تهران: نشر میزان، 1292).
- کاشانی، سید محمود، نظریه حیل و تقلب نسبت به قانون، (تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، 1345).
- کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، (تهران: نشر میزان، 1292).
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت

سهامی انتشار، 1388.

- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی قهه‌ی حقوقی خانواده، (قم: نشر علوم اسلامی، 139).

- معرفت، محمدهادی، «دادوستد قولنامه‌ای: ماهیت، مشروعیت و احکام آن»، فصلنامه قهه اهل بیت فارسی، شماره اول، 1374.

### *English Sources*

- Aaron, S. & Caterina, J., *Contract Formation Under New York Law: By Choice Or Through Inadvertence*, Syracuse University College of Law Review, Volume 66, 2016.

- A.Pietrafesa, G., *Law Governing Letters Of Intent And Other Preliminary Agreements*, Publication Of New Jersey Lawyer Magazine, volume 35, 2003.

- Arunachalam, A., *An Analysis Of The Duty To Negotiate In Good Faith: Precontractual Liability & Preliminary Agreement*, B.S.L.B.L Symbiosis Society's Law College, University of Pune, India, 1993.

- Atiyah, P.S., *An introduction to the law of contract*, Oxford University Press, 1989.

- Banakas, S., *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, University of East Anglia, Revista Para El Análisis Del Derecho, 2009.

- Brodsky, A., *Enforcing Preliminary Agreements Under New York Federal law*, New York law journal, volume 259, 2018.

- Cartwright, J & Martijn H., *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008.

- Corbin, A., *Corbin on Contracts*, USA West Publishing Company. 1963.

- Cooper, C., *What are your intentions? Drafting And Negotiating Letters Of Intent*, Presented November 2015, At The Six Minute Real Estate Lawyer, 2015.

- Coyne, R. & Evans, K., *Non-Binding Preliminary Agreements: Use Good Faith With Caution*, Financier Worldwide Corporate, 2008.

- De vries, *Pre-Contractual Obligations In International Contracts*, The George Washington journal of international law and economic, the University of California, Volume 18, 1981.

- Farnsworth, A., *Precontractual Liability And Preliminary Agreements: Fair Dealing And Failed Negotiations*. Columbia law review, Volume 87, 1987.

- Giliker, P., *Pre-Contractual Liability In English And French Law*, Kluwer Law International, 2002.

- Gosfield, G., *The Structure and Use of Letters of Intent as*

*Prenegotiation Contracts for Prospective Real Estate Transactions*, American Bar Association, Real Property, Probate and Trust Journal, Volume 38, No. 1, 2003.

– Horst, K.L, *Arrangements Preliminary To Formal Contracts*, The Adelaide Law Review, University of Adelaide, New York. 1967.

– Holten J.A., *Letters Of Intent In Corporate Negotiations: Using Hostage Exchanges And Legal Uncertainty To Promote Compliance*, volume 162, university of pennsylvania law review. J.d. Candidate, 2014.

– Jeffries, B., *Preliminary Negotiations Or Binding Obligations A Framework For Determining The Intent Of The Parties*, Gonzaga University School of Law, Gonzaga Law Review, Volume 47, 2012.

– Klein, A.R., *Devil's Advocate: Salvaging the Letter of Intent*, Emory Law Journal, Emory University, Atlanta, Volume 37, 1988.

– Klein, J. & Bachechi, C. , *Precontractual Liability And The Duty Of Good Faith Negotiation In International Transactions*, Houston Journal of International Law, Volume 17, 1994.

– B.Lake, R., *Letter Of Intent: A Comparative Examination Under English, U.S., French And West German Law*, The George Washington Journal of International Law and Economics, Volume 18, 1984.

– B.Lake, R. & Draetta, U. , *letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, Butterworth Legal Publishers (USA), 1994.

– Knapp, C. , *Enforcing The Contract To Bargain*, University of California, Hastings College of the Law, 1969.

– Macaulay, S. , *Non-Contractual Relations In Business. A preliminary Study*, American Sociological Review, Volume 28, 1963.

– Von, M.A.T. & Gordley, J., *The civil law system: An introduction to the comparative study of law*, Boston: Little, Brown, 1977.

– Sikunyana, Y., *Conditional Letters Of Intent: Are They Binding?* University of pretoria, department: private law, 2018.

– Viegas, C. .*Comparative Analysis About Binding Preliminary Agreements Between Brazil And United States Legal Systems*, Raisresearch Association For Interdisciplinary Studie (Rais Conferece), 16-17 october, 2017.

– Williston, S. & Lord, R. , *A Treatise On The Law Of Contracts*, Lawyers Cooperative Publisher, Volume 20, 2007.

– Zweigert, K. & Kotz, H., *An Introduction To Comparative Law*, Clarendon Press Publication, Oxford University Press, 1967.