

۲۰۳۲۲۸۴

رویکرد حقوقی به مذاکرات پیش قرارداد

(از تعهد تا ضمانت اجرا)

تألیف و تدوین

محمد علی جويا

محمد علی خبیری

وکلاي پایه یک دادگستری

سید رضا موسوی

انتشارات آریان

۱۳۹۸

سرشناسه	:	خیبری، محمدعلی، ۱۳۴۹-
عنوان قراردادی	:	ایران، قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	:	رویکرد حقوقی به مذاکرات پیش قراردادی (از تعهد تا ضمانت اجرا) // تألیف محمدعلی خیبری، محمدعلی جويا، سیدرضا موسوی.
مشخصات نشر	:	تهران: انتشارات آریان، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	:	۲۱۸ ص.؛ ۱۴/۵ × ۲۱/۵ س.م.
شابک	:	۳۰۰۰۰ ریال : ۵-۵۹-۹۸۷۹-۶۰۰-۹۷۸
وضعیت فهرست نویسی	:	فیبا
یادداشت	:	کتابنامه
موضوع	:	تعهدات (حقوق) -- ایران
موضوع	:	Obligations (Law) -- Iran
موضوع	:	قراردادها -- ایران
موضوع	:	Contracts -- Iran
شناسه افزوده	:	جويا، محمدعلی، ۱۳۵۸ -
شناسه افزوده	:	موسوی، سیدرضا، ۱۳۵۵ -
رده بندی کنگره	:	۱۳۹۸ ز ۸۱۰/۹،۲ KMH
رده بندی دیویی	:	۳۴۶/۵۵۰۲
شماره کتابشناسی ملی	:	۵۶۰۴۵۰۸



رویکرد حقوقی به مذاکرات پیش قراردادی (از تعهد تا ضمانت اجرا)

تألیف: محمد علی خیبری، محمد علی جويا و سیدرضا موسوی

ناشر: انتشارات آریان (به سفارش موسسه حقوقی بین المللی نيماد عدالت کيان)

ناظر فنی: هادی عبدی

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۸

شمارگان: ۵۰۰ جلد

شابک: ۵-۵۹-۹۸۷۹-۶۰۰-۹۷۸

قیمت: ۳۰۰۰۰ تومان

آدرس: خیابان انقلاب، خیابان فخر رازی، کوچه فاتحی داریان، پلاک ۶ طبقه اول

تلفن: ۶۶۹۷۱۳۴۴

فهرست مطالب

۷	سخن مدیر عامل
۹	پیشگفتار
۱۷	فصل اول : مفاهیم پایه
۱۸	گفتار اول : مفاهیم و اصطلاحات عمومی
۱۹	۱-۱-۱- تعهد
۱۹	۱-۱-۱-۱- تعریف تعهد
۲۲	۱-۱-۱-۲- ارکان تعهد
۲۲	۱-۱-۱-۲-۱- موضوع تعهد
۲۴	۱-۱-۱-۲-۲- طرفین تعهد
۲۴	۱-۱-۱-۳- رابطه حقوقی
۲۵	۱-۱-۳- اوصاف تعهد
۲۷	۱-۱-۴- منابع تعهد
۲۷	۱-۱-۴-۱- منابع تعهد در قوانین
۳۲	۱-۱-۴-۲- منابع تعهد در نظریات حقوقی
۳۲	۱-۱-۴-۳- نظریه تعهدات قانونی و قراردادی
۳۴	۱-۱-۴-۲-۲- نظریه دموگ (تقسیم بر مبنای نقش اراده)
۳۶	۱-۱-۴-۳- تقسیم منابع تعهد به اعمال حقوقی و وقایع حقوقی
۳۸	۱-۱-۴-۲- نتیجه و انتخاب نظریه برتر
۴۲	۲-۱- آزادی قراردادی
۴۲	۱-۲-۱- تبیین اصل آزادی قراردادی
۴۵	۲-۲-۱- محدوده اصل آزادی قراردادی

- ۴۹ ۱-۱-۳- مواعین اصل آزادی قراردادی
- ۴۹ ۱-۱-۳-۱- قانون
- ۵۲ ۱-۱-۳-۲- نظم عمومی
- ۵۴ ۱-۱-۳-۳- اخلاق حسنه
- ۵۴ ۱-۱-۳- دوره قراردادی
- ۵۶ ۱-۱-۴- مسئولیت قراردادی
- ۵۹ ۱-۱-۵- ضرر

گفتار دوم: مفاهیم و اصطلاحات اختصاصی

- ۶۲ ۱-۲-۱- دوره پیش قراردادی
- ۶۳ ۱-۱-۲-۱- تعریف دوره پیش قراردادی
- ۶۷ ۱-۲-۱-۲- ملاک تفکیک دوره پیش قراردادی از قراردادی
- ۷۰ ۱-۲-۲- نظریه مخاطره‌آمیز بودن دوره پیش قراردادی
- ۷۰ ۱-۲-۲-۱- تعریف نظریه
- ۷۳ ۱-۲-۲-۲- مبانی نظریه
- ۷۳ ۱-۲-۲-۲-۱- آزادی قراردادی
- ۷۵ ۱-۲-۲-۲-۲- نظریه اخطار به خریدار
- ۷۷ ۱-۲-۳- مسئولیت پیش قراردادی
- ۷۸ ۱-۲-۴- ارتباط در دوره پیش قراردادی
- ۷۸ ۱-۲-۴-۱- گفتگوهای مقدماتی
- ۸۰ ۱-۲-۴-۲- مذاکرات پیش قراردادی

فصل دوم: انواع تعهدات پیش قراردادی و اصول حاکم بر آن

- ۸۴ گفتار اول: اصول حاکم بر دوره پیش قراردادی
- ۸۴ ۱-۱-۱- اصل آزادی پیش قراردادی و نتایج آن

۸۵	۲-۱-۱-۱- چهره‌های مختلف آزادی پیش قراردادی
۸۷	۲-۱-۱-۲- مبانی و شرایط تحقق آزادی پیش قراردادی
۸۹	۲-۱-۱-۳- نتایج آزادی پیش قراردادی
۹۰	۲-۱-۱-۴- محدوده آزادی پیش قراردادی
۹۲	۲-۱-۲- اصل رعایت حسن نیت و نتایج آن
۹۵	گفتار دوم : تعهدات پیش قراردادی
۹۶	۲-۲-۱- تعهد به داشتن حسن نیت
۹۹	۲-۲-۲- تعهد به امانت‌داری (رازداری) و عدم افشای اطلاعات محرمانه
۱۰۳	۲-۲-۳- تعهد به مراقبت
۱۰۵	۲-۲-۴- تعهد به صداقت
۱۰۷	۲-۲-۵- تعهد به شفافیت
۱۱۰	۲-۲-۶- تعهد به گفتگوی انحصاری
۱۱۳	۲-۲-۷- تعهد به داشتن جدیت
۱۱۶	۲-۲-۸- تعهد به همکاری متقابل
۱۱۸	۲-۲-۹- تعهد به اطلاع‌رسانی
۱۲۲	۲-۲-۱۰- تعهدات پیش قراردادی در حقوق خارجی
۱۳۰	گفتار سوم : مصادیق توافقات پیش قراردادی
۱۳۱	۲-۳-۱- قولنامه
۱۳۳	۲-۳-۲- نامزدی در عقد نکاح
۱۳۵	۲-۳-۳- بررسی کالا پیش از خرید
۱۳۸	۲-۳-۴- توافقات مقدماتی پیش از عقد
۱۴۲	فصل سوم : اجرای تعهدات پیش قراردادی و ضمانت اجرای تخلف از آن‌ها
۱۴۴	گفتار اول : اجرای تعهدات پیش قراردادی

- ۱۴۴ ۱-۱-۳- مفهوم و مبنای اجرای تعهد
- ۱۴۷ ۲-۱-۳- اجرای تعهدات پیش قراردادی قبل از توافق نهایی
- ۱۴۹ ۱-۲-۱-۳- اجرای تعهدات دارای منشأ قراردادی
- ۱۵۲ ۲-۲-۱-۳- اجرای تعهدات دارای منشأ غیر قراردادی
- ۱۵۲ ۱-۲-۲-۱-۳- تعهدات حقوقی و قانونی
- ۱۵۷ ۲-۲-۲-۱-۳- تعهدات طبیعی و اخلاقی
- ۱۵۹ ۳-۱-۳- اجرای تعهدات پیش قراردادی بعد از توافق نهایی
- ۱۶۱ **گفتار دوم: ضمانت اجرای تعهدات پیش قراردادی**
- ۱۶۲ ۱-۲-۳- ضمانت اجرای تعهدات پیش قراردادی قبل از رسیدن به توافق نهایی
- ۱۶۳ ۱-۱-۲-۳- ضمانت اجرای تعهدات دارای منشأ قراردادی
- ۱۶۷ ۲-۱-۲-۳- ضمانت اجرای تعهدات دارای منشأ غیر قراردادی
- ۱۷۳ ۲-۲-۳- ضمانت اجرای تعهدات پیش قراردادی بعد از رسیدن به توافق نهایی
- ۱۷۸ **گفتار سوم: مسئولیت پیش قراردادی**
- ۱۸۰ ۱-۳-۳- مفهوم مسئولیت پیش قراردادی
- ۱۸۴ ۲-۳-۳- ماهیت مسئولیت پیش قراردادی
- ۱۸۸ ۳-۳-۳- مبنای مسئولیت پیش قراردادی
- ۱۹۳ گفتار چهارم: رسیدگی به اختلافات دوره پیش قراردادی
- ۱۹۳ ۱-۴-۳- مرجع رسیدگی کننده به اختلافات پیش قراردادی
- ۱۹۶ ۲-۴-۳- نحوه رسیدگی به اختلافات پیش قراردادی
- ۲۰۲ **سخن پایانی**
- ۲۱۲ **فهرست منابع و مآخذ**

پیشگفتار

دوره پیش قراردادی^۱ به عنوان بستری برای رسیدن به قرارداد نهایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشد که متأسفانه در حقوق ایران به صورت کامل به آن پرداخته نشده است و از این جهت موجب بروز مشکلاتی در زمینه‌های مختلف از جمله موضوع ثبات قراردادهای و تفسیر آنها شده است. عده‌ای از اشخاص که قصد واقعی رسیدن به توافق نهایی را ندارند، وارد گفتگوهای مقدماتی^۲ برای بستن قرارداد شده و پس از ایجاد انتظاری متعارف برای رسیدن به قرارداد در طرف مقابل، بدون دلیل موجه مذاکرات را ترک کرده و موجب ایراد ضرر به وی که با حسن نیت^۳ وارد مذاکرات شده و به آن ادامه داده است می‌شوند. حقوق‌دانان و قضات و سایر دست‌اندرکاران امور حقوقی مربوط به تعهدات و قراردادهای نیز دچار وضعیت سردرگمی در برخورد با این‌گونه اشخاص شده‌اند؛ زیرا عدم پرداخت کافی به موضوع تعهدات پیش قراردادی، موجب اختلاف‌نظر در این زمینه گردیده است.

همچنین در بحث تفسیر قراردادهای، در مورد اینکه نحوه برخورد با تعهدات پیش قراردادی و نقض آنها چگونه است، اختلاف‌نظر وجود دارد. عده‌ای این‌گونه تعهدات را از جمله

^۱-Pre-contractual Course (or Process).

^۲-Preliminary Conversations.

^۳-Good Faith.

تعهدات قراردادی دانسته و معتقدند که نقض آن‌ها مسئولیت قراردادی^۱ را در پی خواهد داشت. عده‌ای معتقدند که این نوع تعهدات از مصادیق الزامات خارج از قرارداد یا همان ضمان قهری می‌باشند که نقض آن‌ها مشمول قواعد عام مسئولیت مدنی^۲ می‌گردد. عده دیگری هم که در اقلیت می‌باشند، معتقدند که نقض تعهدات پیش قراردادی نه تحت شمول مسئولیت قراردادی و نه تحت شمول مسئولیت مدنی قهری قرار می‌گیرد، بلکه مشمول گونه ویژه‌ای از مسئولیت می‌باشد که حد فاصل بین دو نوع مسئولیت مذکور است. (Kucher, 2004)

شناسایی نوع تعهدات پیش قراردادی و لحاظ کردن مسئولیت برای طرف متخلف، از آثار بسیاری برخوردار است؛ از جمله: برخورد با شخص متخلف و جلوگیری از تضییع حقوق طرف زیان دیده که با حسن نیت وارد مذاکرات شده است، کمک به مراجع رسیدگی کننده حقوقی و قضایی در تشخیص نحوه برخورد با تخلفات پیش قراردادی، پر کردن خلأهای قانونی در مورد مسئله مذکور که به نوبه خود باعث جلوگیری از سوءاستفاده و بهره‌برداری شخصی برخی از افراد مطلع از این گونه خلأها در قراردادهای خصوصی منعقد شده با افرادی که با حسن نیت وارد مذاکرات شده‌اند می‌گردد، گسترش دانش تئوریک حقوق در مورد مسئله مذکور، و نهایتاً تکامل هر چه

^۱-Contractual Liability.

^۲-Civil Liability.

بیشتر و ارتقای سطح حقوق داخلی و هماهنگ شدن آن با مسائل روز حقوق قراردادهای.

کتاب پیش روی که در آن سعی در جمع‌آوری نظرات مختلف در رابطه با موضوع تعهدات پیش قراردادی^۱ شده است، شامل ۳ فصل اصلی می‌باشد که عبارتند از: مفاهیم و اصطلاحات، انواع تعهدات پیش قراردادی، اجرا و ضمانت اجرای تعهدات پیش قراردادی. فصل اول مشتمل بر معرفی مفاهیم پایه و اصطلاحات مبنای بحث می‌باشد که سخن از آن‌ها به عنوان مقدمه ورود به قسمت اصلی کتاب (فصل دوم و سوم) ضروری می‌نماید. اهم مطالب این فصل که به درک هر چه بیشتر مباحث مطرح شده در قسمت‌های بعدی کمک می‌کنند عبارتند از: مفهوم تعهد و نظریه‌های مطرح در مورد آن، مفهوم دوره پیش قراردادی و ملاک تفکیک آن از دوره قراردادی، مفهوم مسئولیت پیش قراردادی و مسائلی از این قبیل. در فصل دوم ضمن بررسی اصول حاکم بر دوره پیش قراردادی، به انواع تعهداتی که طرفین در دوره پیش قراردادی دارند، که از جمله مهم‌ترین آن‌ها رعایت حسن نیت در روند گفتگوهای مقدماتی و عدم افشای اطلاعات محرمانه طرف مقابل می‌باشد و همچنین به برخی از مصادیق توافقات پیش قراردادی^۲ اشاره خواهد شد. مطالب این فصل نیز به مخاطب کمک می‌نماید تا ضمن تدبیر و درک بیشتر نسبت به موضوع تعهدات پیش

^۱-Pre-contractual Obligations.

^۲-Pre-contractual Agreements.

قراردادی، با مصادیقی از توافقات پیش قراردادی که این‌گونه تعهدات باید در آن‌ها رعایت شود آشنا گردد. در فصل سوم نیز به نحوه اجرا و ضمانت اجرای تعهدات پیش قراردادی اشاره می‌شود؛ به این مفهوم که در صورت عدم پایبندی به این‌گونه تعهدات، سرنوشت قرارداد اصلی و ضررهای وارده به طرف زیان‌دیده چه خواهد بود و چه مسئولیتی متوجه طرف متخلف می‌باشد؟ در واقع تفکر اصلی در این فصل آن است که در صورت مواجهه با نقض تعهدات پیش قراردادی بهترین روش‌های جبران زیان کدام است و مقتضای عدالت و انصاف در این زمینه چیست؟

هر چند هدف اصلی و کاربردی این کتاب، منسجم کردن موضوع تعهدات و مسئولیت‌های پیش قراردادی در حقوق داخلی ایران می‌باشد، اما با توجه به آنچه که قبلاً ذکر شد، یعنی عدم اشاره کافی به این مسئله در حقوق داخلی، می‌توان از نتیجه تلاش‌های صورت گرفته در حقوق خارجی کمک گرفته و سعی در جمع‌آوری نقاط مثبت نظام‌های حقوقی مدرن جهان در این زمینه و بررسی امکان پیاده‌سازی آن در حقوق داخلی ایران نمود. در این رابطه می‌توان از منابع موجود و معتبر در دو نظام بزرگ حقوقی یعنی حقوق نوشته (رومی - ژرمنی)^۱ و حقوق عرفی (کامن لو)^۲ و نیز حقوق فراملی استفاده نمود. البته با توجه به هدفی که در بالا به آن اشاره شد، بهره‌گیری از حقوق خارجی در این تحقیق، تنها به نحوی کلی صورت

^۱-Roman Law.

^۲-Common Law.

پذیرفته و بررسی تمامی جزئیات و دستاوردها و نقاط قوت نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف در این زمینه، مستلزم انجام تحقیقات مفصل و جداگانه خواهد بود که از وسع این پژوهش خارج است.

لازم به ذکر است که در حقوق خارجی، حتی در کشورهای عضو یک نظام حقوقی واحد، نیز اختلاف نظرات در زمینه نحوه برخورد با مذاکرات پیش قراردادی^۱ مشاهده می‌شود اما این اختلافات غالباً جنبه شکلی داشته و به‌عنوان مثال، در نام‌گذاری‌ها از عناوین مختلف استفاده شده است و ماهیت بحث که همان نظم بخشیدن به دوره پیش قراردادی است، به قوت خود باقی مانده است. همچنین این اختلافات نسبت به حقوق داخلی ایران که در آن اشاره چندانی به مسئله مذکور نشده است، کمتر می‌باشد و در اکثر کشورها، حقوق‌دانان به آن توجه کرده و سعی در ارائه پیشنهادی سازنده نموده‌اند. هر چند نمی‌توان در سطح جهانی و بین‌المللی، برخی ناهم‌آهنگی‌ها را در رابطه با موضوع تعهدات پیش قراردادی و ضمانت اجرای نقض آن‌ها انکار نمود، لیکن صرف تلاش برای ارائه راهکار جهت جبران خسارات زیان دیده پیش قراردادی که در هر کشور و نظام حقوقی با در نظر گرفتن ریشه‌های حقوقی و اجتماعی و اقتصادی ویژه آن صورت گرفته و می‌گیرد، بسیار ارزشمند و قابل تقدیر است. ضمن مباحث آتی اشاره خواهیم کرد که حتی در کشورهای نظیر انگلستان که مخالف فرض

^۱ Pre-contractual Negotiations.

مسئولیت پیش قراردادی هستند، جبران خسارت زیان دیده در برخی موارد پذیرفته شده است.

بایست دانست که دوره پیش قراردادی دارای ارتباط مؤثر و اساسی با دوره قراردادی است و لذا بسیاری از اصول و قواعد حاکم بر دوره قراردادی، قابل تسری و اجرا در دوره پیش قراردادی نیز می‌باشند. به عنوان مثال اصل آزادی قراردادی و حسن نیت، اصولی نیستند که آن‌ها را محدود به انعقاد و اجرای قراردادهای دانست و در دوره پیش قراردادی نیز این‌گونه اصول و فروع آن‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند و این امری منطقی و علمی است که نه تنها ایرادی به آن وارد نیست بلکه برای انسجام بیشتر بحث، مفید واقع می‌شود. این ارتباط و همبستگی آشکار در این پژوهش نیز نمود پیدا کرده و بنابراین سعی خواهد شد که از مباحث مطرح شده در باب معاملات و اصول قراردادی و حواشی آن‌ها برای درک بهتر مباحث مربوط به دوره پیش قراردادی کمک گرفته شود.

در این تلاش به مفاهیم گوناگونی که برگرفته از رشته‌ها و گرایش‌های مختلف علم حقوق می‌باشند اشاره شده است. مفاهیمی از جمله: عقد و شبه عقد، جرم و شبه جرم، نظم عمومی، اخلاق حسنه، مفاهیم مربوط به حقوق خارجی و بسیاری از مفاهیم دیگر که مخاطبین محترم در سراسر کتاب با آن‌ها مواجه خواهند شد. همان‌طور که می‌دانیم، اشاره کامل به تمامی جوانب و حاشیه‌های مباحث مربوط به این مفاهیم، موجب تکرار مکررات و ایجاد خستگی در مخاطب و به بیراهه

رفتن پژوهش به دلیل خروج از بحث اصلی خواهد شد. به جهت جلوگیری از این مشکلات، اولاً سعی بر این بوده که حتی الامکان از اشاره به مفاهیم کم ارتباط با تحقیق خودداری شود و ثانیاً در مواردی هم که به مفاهیم مذکور اشاره شده، سعی بر این بوده که اصل مفهوم به طور خلاصه و با استفاده از منابع و نظریات برتر حقوقی توضیح داده شود و از تفسیر آن مفاهیم خودداری شود. مخاطبین محترم در صورت علاقه می‌توانند به کتب و مقالات فراوانی که در خصوص آن مفاهیم نگاشته شده مراجعه نمایند. البته در سوی مقابل، تلاش شده مفاهیم ضروری که بیان آن‌ها برای درک بهتر موضوع لازم است، مورد اشاره مختصر و بعضاً مفصل قرار گیرند.

هرچند در این کتاب تلاش شده تا حتی الامکان مسئله تعهدات پیش قراردادی و ضمانت اجرای نقض آن‌ها به صورت منسجم بیان شود اما ناگفته پیداست که این تحقیق نیز همانند سایر تحقیقات صورت گرفته خالی از نقص و ایراد نیست و امکان غفلت از طرح برخی مطالب و نیز طرح مسائل جدید که خصیصه علوم انسانی است، همواره وجود دارد و لذا امید است که دید بصیر دانش‌پژوهان در این خصوص به یاری نگارنده آمده و زمینه تکامل هرچه بیشتر موضوع در آینده را فراهم آورد. تا چه قبول افتد و چه در نظر آید ...

مولفین

زمستان ۱۳۹۷