

Comparative analysis of pre-contractual legal rules in jurisprudence and law

Ehsan Farzadifar^۱

1. Master's degree in Private Law, Islamic Azad University, Rafsanjan Branch, Kerman, Iran.

Abstract.

Although the conclusion of certain contracts by law is common among individuals, it is possible that individuals, before concluding their contract, enter into preliminary discussions about its conclusion and these discussions lead to an agreement regarding the conclusion of their desired contract in the future. These agreements are called preliminary contracts or promise contracts. Although Article 10 of the Civil Code generally allows the conclusion of private contracts, the law does not devote a discussion to this issue and only Articles 339 and 1035 can be used to understand the existence of such an agreement. What is referred to as preliminary contracts in the statements of lawyers is a bilateral and unilateral promise of a contract. In the first case, both parties to the agreement commit to express an offer in the future regarding the contract they are considering, and in the second case, despite the existence of two parties, only one party expresses an offer related to the main contract and an obligation to maintain it along with setting a deadline for the other party to declare its acceptance. The question that arises is what is the nature of these two agreements and consequently what are their effects and is it a reliable agreement to protect the rights of the parties? Some consider these two promises to be initial conditions and a purely moral promise, and some consider the second type to be something between an offer and a final contract. It seems that if this agreement has the characteristics of a contract and the intention of the parties in concluding this contract is not merely to doubt the conclusion of the main contract and they really want to conclude it, also considering that nowadays contracts are no longer limited to certain cases, they can be considered a valid contract. As a result, if there is a violation in the implementation of this contract, it can be compensated based on contractual liability.

Keywords: Pre-contractual obligations, provision of information, preliminary negotiations, principle of good faith, collusion terms

واکاوی تطبیقی قواعد حقوقی پیش قرارداد در فقه و حقوق

احسان فرزادی فر^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۰

چکیده

اگرچه انعقاد قراردادهای معین توسط قانون در میان افراد متداول می‌باشد، اما امکان دارد افراد، پیش از انعقاد قرارداد خویش راجع به انعقاد آن وارد گفتگوهای مقدماتی گشته و این گفتگوها در خصوص انعقاد عقد مورد نظرشان در آینده به توافق بینجامد. این توافقات را پیش‌قرارداد یا وعده‌ی قرارداد می‌نامند. با وجود اینکه در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی به صورت کلی جواز انعقاد قراردادهای خصوصی داده شده‌است، ولی در قانون، مبحثی به این موضوع اختصاص داده نشده و تنها در دو ماده‌ی ۳۳۹ و ۱۰۳۵ می‌توان به وجود چنین توافقی پی‌برد. آنچه‌که در بیانات حقوقدانان به عنوان پیش‌قرارداد مطرح شده، وعده‌ی دوجانبه و یک‌جانبه‌ی قرارداد می‌باشد. در مورد اول دوسوی توافق، تعهد به بیان ایجاب در آینده در خصوص عقد مدنظرشان می‌کنند و در مورد دوم علی‌رغم وجود دو طرف، تنها یک طرف ایجاب مربوط به عقد اصلی را بیان و تعهد به نگهداری آن همراه با تعیین مهلت برای اعلام قبولی طرف مقابلش می‌کند. پرسشی که مطرح می‌باشد این است که ماهیت این دو توافق و به تبع آن آثار آن چیست و آیا توافقی مطمئن برای حفظ حقوق طرفین می‌باشد؟ عده‌ای این دو وعده را شرط ابتدایی و وعده‌ای صرفاً اخلاقی دانسته و عده‌ای نوع دوم را چیزی مابین ایجاب و عقد نهایی می‌دانند. به نظر می‌رسد اگر این توافق، خصوصیات یک قرارداد را دارا باشد و قصد طرفین از بستن این عقد صرفاً تردید در انعقاد عقد اصلی نبوده و واقعاً خواهان انعقاد آن باشند، همچنین با توجه به اینکه امروزه دیگر قراردادها محصور در موارد معین نمی‌باشند بتوان آن‌ها را قراردادی معتبر دانست. در نتیجه در صورتی‌که تخلفی هم در اجرای این قرارداد صورت بگیرد می‌توان بر مبنای مسئولیت قراردادی آن را جبران نمود.

واژگان کلیدی: تعهدات پیش قراردادی، ارائه اطلاعات، مذاکرات مقدماتی، اصل حسن نیت، شروط تبانی.



^۱ - دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، کرمان، ایران.

۱- مقدمه

قرارداد از دیرباز به عنوان راهکاری موثر در مبادله کالا یا به کارگیری خدمات تلقی می شده و استفاده از آن همواره در بین افراد در جوامع گوناگون و نیز در رابطه دول مختلف دنیا با یکدیگر رایج بوده است. همین رواج بوده که باعث ایجاد عرف های متعددی نیز در این زمینه گردیده است. حقوق قراردادها با توجه به گستردگی آن دارای شاخه های متعدد و زمینه های تحلیلی گوناگون می باشد.

تعهدات ناشی از قرارداد یکی از موضوعات مهمی است که در حقوق قراردادها با آن روبه رو هستیم. این تعهدات تقسیم بندی متنوعی دارند از جمله تعهدات موجود در زمان مذاکره برای انعقاد قرارداد، تعهدات موجود در قرارداد، تعهدات ناشی از نقض قرارداد، تعهدات ناشی از عدم اجرای قرارداد به طور کامل و مواردی از این دست، که هر کدام می تواند موضوع بحث رساله های متعددی گردد. یکی از انواع تعهدات، تعهدات پیش از قرارداد است. به طور اجمالی مقصود از تعهدات پیش از قرارداد هر گونه عملی در پیش از انعقاد قرارداد است که موجب به وجود آمدن تعهد یا مسئولیت برای فرد در مقابل طرف دیگر می شود. ارائه اطلاعات و راهنمایی های مورد نیاز برای انعقاد معامله و نیز اطلاعات مورد نیاز جهت استفاده صحیح و کامل از مورد معامله در زمره مهمترین این تعهدات است. این اهمیت تا جایی است که حتی گاهی ممکن است این تصور اشتباه را پیش آورد که تنها مصداق و بلکه تنها مفهومی که از تعهدات پیش قراردادی استنباط می شود، ارائه اطلاعات پیش قراردادی است. علی رغم اهمیتی که ارائه اطلاعات دارد، تنها مصداق تعهدات پیش از قرارداد نیست. تعهدات دیگری نظیر تعهد به حفظ اطلاعات افشا شده در مرحله مذاکرات مقدماتی، تعهد به عدم قطع با سوء نیت مذاکرات و تعهد به عدول از ایجاب از جمله مصادیق دیگر تعهدات پیش از قرارداد هستند. البته در فقه و حقوق ایران هیچ پیشینه ای تحت عنوان خاص تعهدات پیش از قرارداد یا عناوین مشابه به چشم نمی خورد بلکه مفهوم جدیدی است که از حقوق کامن لا اخذ شده و به حقوق ما راه یافته است. در حقوق روز دنیا برای توجیه مسئولیت پیش قراردادی عموماً از اصل حسن نیت استفاده می شود. با استفاده از این اصل و نفوذ آن در ارتباطات حقوقی، طرفین به رعایت حسن نیت در طول مراحل انعقاد قرارداد و از جمله در مراحل پیش قراردادی ملزم می شوند. اما در حقوق ما خود اصل حسن نیت و پذیرش آن نیز مورد مناقشه است.

۲- مبانی نظری پژوهش

۲-۱- اعلام اراده

برای این که بتوانیم تعهدات پیش از قرارداد را به نحو دقیق بشناسیم، ابتدا باید محدوده این تعهدات را تعیین کنیم یعنی باید مشخص کنیم که تعهدات پیش قراردادی از چه زمانی آغاز می شوند و نقطه پایان این تعهدات کجاست؟ از همین رو در این بخش مراحل را که عموماً پیش از انعقاد قرارداد طی می شود و اصولاً اعلام اراده و شکل خارجی آن، یعنی ایجاب و قبول مهم ترین آن هاست، بررسی کرده و از این طریق به شناسایی مرحله پیش قراردادی کمک می نماییم. نخستین عنصر لازم برای تشکیل عقد اراده است. اراده طرفین است که در نهایت منجر به تشکیل عقد می شود. اراده در لغت به معنی طلب^۱ آمده است. در اصطلاح، اراده یک کیف نفسانی است که برای این که واجد اثر حقوقی گردد نیاز به مبرز خارجی دارد. بدون این مبرز خارجی، اراده هیچ گونه اثری را در عالم حقوق بر جای نمی گذارد. در زمینه ماهیت اراده، بحث از تفکیک اراده و طلب یا وحدت آن نیز در مباحث عمیق فلسفی جریان دارد که تبیین آن در گنجایش این نوشتار نیست؛ فقط در همین حد بسنده می شود که از بین دو نظر وحدت یا تفکیک اراده و طلب، به نظر دلایلی برای پذیرش وحدت آن دو بیشتر است.^۲

مراحل پیدایش اراده

برای شناخت دقیق اراده لازم است تا در این جا مراحل پیدایش اراده را نیز مورد شناسایی قرار دهیم. اصولاً برای پیدایش اراده انسانی مراحل سه گانه ای طی می شود که به طور مختصر مورد اشاره قرار می گیرد:

مرحله ادراک یا تصور

مرحله اول از پیدایش اراده، تصور آن است. در این مرحله موضوع مورد اراده در ذهن انسان مورد تصور و ادراک قرار می گیرد. اصولاً هیچ عمل ارادی بدون تصور موضوع آن محقق نمی شود و وجه تمایز عمده اعمال ارادی و غیر ارادی همین وجود و یا عدم وجود تصور و ادراک است. اهمیت این مرحله در تمام اعمالی که انسان از روی اراده انجام می دهد به یک میزان نیست و در اعمال شخصی یا تأسیسی همچون قراردادها بیشتر به چشم می آید. اعمال شخصی اعمالی هستند که افراد با اتکای کامل به اراده خود به آن ها شکل می دهند و جزئیات آن را تنظیم می کنند. در مقابل، اعمال قانونی قرار دارند که در مورد آن ها تنها نیاز

^۱- ابن منظور، لسن العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۵، ص ۳۶۶.

^۲- جلیل قنوتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳، ص ۲۸.

است تا شرایط مقرر در قانون مورد اجرا در آید و نیازی به تصور و ادراک ندارند.^۱

مرحله تدبر و تصمیم

تصورهای گوناگونی که در ذهن انسان شکل می‌گیرد در این مرحله مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد و فرد با توجه به دواعی و انگیزه‌هایی که دارد می‌تواند تصمیم بگیرد که چه کاری برای او مفیدتر و مقرون به صرفه‌تر است. این سنجش و ارزیابی، که در نهایت منجر به تصمیم‌گیری فرد می‌شود را می‌توان «جهت» نامید.^۲ تا این مرحله هنوز اراده در ذهن انسان است و به شکل خارجی بروز پیدا نکرده است.

مرحله اعلام اراده

در این مرحله که مرحله پایانی اراده می‌باشد، فرد تصمیمی را که در مورد موضوع مورد تصور گرفته است به اجرا در می‌آورد. در حقیقت تا این جا اگر چه فرد تصمیم به تحقق عقد مورد نظر خود گرفته است، اما بدین جهت که هنوز آن را اعلام نکرده نمی‌توان اثر حقوقی را بر آن بار کرد. اما همین که فرد با فراهم آوردن مقدمات کار اقدام به اعلام اراده خود مبنی بر ایجاد عقد می‌نماید، موجود ذهنی اعتباری به وجود خارجی تبدیل می‌شود و در نهایت با لحوق قبول به آن سبب ایجاد عقد می‌گردد.^۳ در حقیقت این اعلام اراده همان نمود عینی و خارجی قصد و رضای طرف است که به شکل ایجاب از وی صادر می‌شود.

۲-۲- ایجاب و قبول

برای این که اراده فرد یا همان قصد و رضای معاملی طرفین، که در گفتار قبل از آن سخن گفتیم، در ایجاد یک رابطه حقوقی جنبه بیرونی و عینی بیابد و دارای اثر حقوقی گردد محتاج یک وسیله ابزار خارجی هستیم. یعنی همان چیزی که در ماده ۱۹۱ قانون مدنی از آن «به چیزی که دلالت بر قصد کند» تعبیر نموده. این وسیله اعلام اراده خارجی همان ایجاب و قبول است که از سوی دو طرف یک معامله صورت می‌پذیرد، هرچند برخی معتقدند که ایجاب و قبول صرفاً باید به وسیله الفاظ و صیغه مخصوص عربی باشد و در غیر اینصورت عقدی محقق نمی‌شود، مگر این که طرفین ناتوان از تکلم عربی باشند؛^۴ اما ایشان نیز در باب جعله، قبول آن را به نحو عملی کافی می‌دانند.^۵ در مورد معنی ایجاب گفته شده است: «در لغت به

^۱-ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۵، ج ۷، ص ۲۳۵.

^۲جلیل قنوتی، پیشین، ص ۳۲

^۳ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۰.

^۴ محقق ثانی، ۱۴۰۹ ه. ق، ج ۱، ص ۱۷۷.

^۵ همان، ص ۱۹۴

معنی اثبات است. در اصطلاح حقوق مدنی رضای عاقد است که حالت فعلی (تأثیری) دارد، در برابر رضای طرف که جنبه انفعالی دارد و آن را قبول می گویند.^۱ همچنین استاد معظم دیگری در معنی ایجاب فرموده اند: «ایجاب پیشنهاد انجام معامله است؛ اعلام اراده کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به عقد بستن می خواند».^۲

تمییز ایجاب از موارد مشابه

۱. ایجاب و مذاکرات مقدماتی

دلیل لزوم بررسی و تمییز ایجاب از موارد مشابه، آن است که در صورتی که ایجابی با شرایط کاملی که برای آن ذکر شد از سوی شخصی ارائه شود طرف مقابل با ارائه یک قبول حاوی شرایطی که پس از این بدان اشاره خواهد شد، یک عقد کامل را به وجود می آورد که دیگر علی الاصول قابل عدول نیست. همچنین تمییز ایجاب از سایر موارد مشابه این حسن عمده را دارد که به تشخیص مرحله پیش قراردادی کمک می کند چون تنها هنگامی مرحله پیش قراردادی به اتمام می رسد که قبول به ایجاب ملحق گردد، اما واضح است که در صورتی که ایجابی صورت نگرفته باشد عقدی نیز به وجود نمی آید.

لزوم تبیین شرایط مورد نیاز برای ایجاب و همچنین شرایط لازم برای یک قبول صحیح نیز، از همین جا نشأت می گیرد. ایجاب و قبولی که دارای شرایط لازم نباشند، به وجود آورنده قرارداد نهایی نخواهند بود و این بدان معنی است که هنوز مرحله پیش قراردادی به اتمام نرسیده است. معمولاً در هر عقدی و پیش از انعقاد آن طرفین اقدام به طی مراحل و گذراندن سلسله گفتگوهای مقدماتی می کنند که از آن تعبیر به مرحله مذاکرات مقدماتی یا مذاکرات پیش قراردادی می شود. این مذاکرات بسته به نوع و حجم مبادلات به عمل آمده می توانند مختصر و یا بسیار گسترده باشند. در برخی موارد تمییز مذاکرات مقدماتی از ایجاب بسیار مشکل بوده و نیاز به بررسی های موشکافانه دارد. این کار با تحلیل ویژگی هایی که برای ایجاب برشمرده شد می تواند با سهولت بیشتری به عمل آید.^۳ در فقه امامیه و حقوق ما می توان مذاکرات مقدماتی را با بحث شروط تبانی مقایسه کرد^۴ و از این طریق اعتبار یا بی اعتباری آن ها را به طور دقیق بررسی کرد.^۵

^۱ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۷۵۱.

^۲ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۸۲.

^۳ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۷.

^۴ جلیل قنواتی، پیشین، ص ۲۱۶.

^۵ همان، ص ۲۲۰.

۲. ایجاب و دعوت به ایجاب

الف: تعریف قبول

وقتی که ایجابی با جمیع شرایط ذکر شده در بالا همراه باشد، برای این که بتواند منجر به ایجاد یک عقد شود نیازمند آن است که از سوی طرف معامله مورد پذیرش قرار گیرد و یا در اصطلاح قبول شود. قبول را گاهی به معنی ضد ایجاب تعبیر کرده اند و رابطه بین آن دو را رابطه فعل و انفعال خوانده اند.^۱

قبول در حقیقت به معنای اعلام رضایت بدون قید و شرط نسبت به مفاد ایجاب است. ایجاب همانند ایقاع نیست که به تنهایی منشاء اثر باشد، بلکه برای ایجاد آثار حقوقی نیازمند این است تا قبول به آن بپیوندد. به تعبیر دیگر رضای معاملی که برای ایجاد عقد باید محقق گردد، از مفاد ایجاب و قبول و لحوق آن دو به یکدیگر استنتاج می شود. معمولاً قبول نیز همانند ایجاب به صورتی لفظی و صریح صورت می گیرد اگرچه می توان به غیر الفاظ و حتی به طور ضمنی نیز قبول یا ایجاب را ابراز نمود.^۲

به طور معمول در انعقاد قراردادها ابتدا ایجاب مطرح می شود و پس از آن قبول می آید. در کتب فقهی و حقوقی مفصلاً در مورد بحث تقدم قبول بر ایجاب سخن گفته شده است.^۳ برخی، اگرچه تقدیم ایجاب بر قبول را ضروری تلقی نمی کنند اما مقدم بودن ایجاب را بهتر می دانند^۴ و به عقیده برخی دیگر ایجاب همیشه مقدم بر قبول است، چون در ایجاد آثار عقد تقدم با ایجاب است و این تقدم، تقدمی طبیعی بوده و ربطی به عالم الفاظ ندارد.^۵

۲-۳- مصادیق تعهدات پیش قراردادی

اهمیت برخورداری از اطلاعات

نخستین مصادیقی که در زمینه پیش قراردادی، شایسته است تا بدان اشاره شود، بحث تعهد به دادن اطلاعات در مرحله پیش از انعقاد قرارداد است. ارائه اطلاعات پیش قراردادی به عنوان مهم ترین این تعهدات مطرح است، به گونه ای که حتی برخی از اوقات تعهدات پیش قراردادی را مرادف با ارائه اطلاعات پیش قراردادی در نظر می گیرند.

^۱ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۸۶۷

^۲ بتول آهنی، ۱۳۸۳، ش ۳۴ و ۳۵، ص ۶۵

^۳ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۵.

^۴ شهید ثانی، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۳، ص ۲۲۵.

^۵ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۵۴.

برخوررداری از اطلاعات یکی از حقوقی است که مسلماً طرفین یک قرارداد اعم از خریدار و فروشنده بی نیاز از آن نیستند، علاوه بر متبایعین، اراده دهندگان انواع خدمات و نیز افرادی که از این خدمات بهره می برند، محتاج به برخوردارگی از اطلاعات لازم در خصوص خدمتی هستند که موضوع تعهد آن ها را در بر می گیرد. به طور کلی می توان گفت که برخوردارگی از اطلاعات و حق ناشی از آن، محصور به قرارداد یا توافق خاصی نیست و می تواند در تمام انواع قراردادها مورد توجه قرار گیرد؛ اعم از عقود معین و غیر معین.

تعهد به ارائه اطلاعات پیش از قرارداد

تعهد به دادن اطلاعات در مراحل مختلف یک قرارداد می تواند مطرح گردد از زمانی که هنوز قراردادی منعقد نشده و طرفین در حال مذاکره برای تشکیل یک قرارداد می باشند تا زمان اجرای تعهدات قراردادی و هنگامی که توافقات آن ها منتهی به شکل گیری قرارداد شده است. با وجود این که ظاهراً برخوردارگی از اطلاعات و یا وظیفه ارائه اطلاعات در تمامی این مراحل به یک چشم نگریسته می شوند اما باید خاطر نشان کرد که وظیفه ارائه اطلاعات در زمانی که قرارداد منعقد نشده است با زمان پس از انعقاد قرارداد کاملاً یکسان نیستند. البته تمیز این دو از یکدیگر نیز به آسانی ممکن نیست و حتی گاه تفکیک ناپذیر می نماید.

اصولاً هنگامی که یک شخص جهت انعقاد معامله وارد مذاکرات می شود که خود را جهت انجام معامله صالح بداند؛ حال اگر یک شخص در حالی که از وجود این صلاحیت برای خود اطمینان ندارد برای شکل گیری قرارداد حاضر شود، می توان سبب گمراهی طرف مقابل شده و موجبات ورود زیان به او را فراهم نماید. به عنوان مثال اگر فرد متوقف که در صحت معاملات خود شک دارد اقدام به انعقاد معامله کند مسئول جبران زیان های طرف مقابل می باشد. اما نباید از این نکته غافل شد که این عدم صلاحیت را نباید با عدم اهلیت موضوع ماده ۲۱۲ قانون مدنی خلط کرد چرا که سفیه، صغیر و مجنون تکلیفی در بیان عدم صلاحیت خود به انجام معامله ندارند.^۱

تعهد به ارائه اطلاعات در معاملات خاص

بحث تعهد به دادن اطلاعات دامنه شمول گسترده ای دارد و در عقود مختلف می توان مطرح گردد اما در برخی از عقود که شاید بارزترین آن ها عقد بیمه باشد بحث ارائه اطلاعات جایگاه ویژه ای دارد. عقد بیمه از جمله عقود است که تحت شمول قاعده کلی «اوفو

^۱ طالب احمدی، ۱۳۸۸، ش ۳، ص ۱۵۸

بالعقود» و احساس نیاز شدید اجتماع به آن در حقوق ایران به طور مستقل پذیرفته شده است^۱. بیمه عقدی است رضایی، معوض، اتفافی، استمراری، الحاقی، مبتنی بر حسن نیت و لازم. البته در بیمه عمر قید آخر متفاوت می باشد. چرا که در این نوع بیمه، بیمه گذار می تواند هر وقت که بخواهد قرارداد را متوقف کند. پس بیمه عمر نسبت به بیمه گذار جایز و نسبت به بیمه گر لازم محسوب می گردد.^۲

عقد بیمه و عقود از این دست علاوه بر شرایط عمومی برای صحت عقود و تعهدات برای صحت خود نیازمند برخورداری از کلیه مسائل مهم و اطلاعات اساسی در مورد قرارداد می باشند. بیمه عقدی است که نیازمند اعتماد دو طرف آن می باشد و در راستای این اعتماد، ارائه اطلاعات نقش پر رنگی را ایفا می کند. از همین روست که اصل «حداکثر حسن نیت»^۳ در بیمه جایگاهی ویژه یافته است و یکی از وجوه تمایز عمده بین قرارداد بیمه و سایر قراردادها وجود همین اصل است.^۴

بنابر اصل حداکثر حسن نیت طرفین عقد بیمه موظفند با رعایت اعتماد متقابل نسبت به یکدیگر به بیان اطلاعات اساسی بپردازند. البته در این قرارداد کسی که اطلاعات بیشتری را در اختیار دارد و می تواند بر سرنوشت عقد تاثیرگذاری بیشتری داشته باشد بیمه گذار است و به دلیل اهمیت ارائه اطلاعات از ناحیه وی است که گفته شده موضوع تعهد بیمه گذار را پرداخت اقساط حق بیمه به همراه تعهدات فرعی چون حسن نیت و ارائه اطلاعات کامل در برمی گیرد.^۵ چرا که وی برای انعقاد قرارداد باید اطلاعاتی را به بیمه گر منتقل کند که این اطلاعات در میزان ریسک و خطری که متحمل آن خواهد شد و نیز حق بیمه ای که دریافت می کند اثر مستقیم دارد و با توجه به میزان این خطر است که بیمه گر حاضر به قبول یا رد قرارداد می شود. اما به هر حال اصل مذکور طرفین عقد بیمه را در بر می گیرد و طرفین موظفند تا رعایت اصل حداکثر حسن نیت و ارائه اطلاعات را بنمایند.^۶

^۱ محمدی گیلانی، ۱۳۷۵، صص ۸۶ و ۸۷

^۲ بابایی، ۱۳۸۶، صص ۳۲-۴۰.

^۳ Utmost good faith

^۴ یحیی ابراهیمی، پیشین صص ۷۶.

^۵ السان، ۱۳۸۳، صص ۷۵.

^۶ کوشا، ۱۳۸۴، صص ۴۹.

۳- ادله پذیرش تعهدات پیش قراردادی

۳-۱- حسن نیت

یکی از مبانی، که چه در حوزه بین المللی و چه در حوزه داخلی می تواند برای توجیه استناد به وجود تعهدات پیش قراردادی به کار رود حسن نیت است. البته این کار در حقوق بین المللی با توجه به جایگاه حسن نیت با سهولت بیشتری همراه است. اما در سطح داخلی و در حقوق ایران نیز چه در فقه و چه در قوانین موضوعه، می توان به مواردی برخورد کرد که برای استناد به اصل حسن نیت و در نهایت استفاده از آن برای توجیه تعهدات پیش قراردادی مناسب باشند.

در فقه اسلامی و حقوق ما با توجه به جدید بودن این مفهوم سابقه روشنی از این اصل به چشم نمی خورد و مفهوم حسن نیت دارای تعریف مستقل و جامعی نیست. بلکه در زمره مفاهیم انتزاعی و ذهنی قرار می گیرد. اما به هر حال قانون گذار اسلامی با برقراری چهار چوب هایی نظیر: «المغرور یرجع الی من غره» و یا «غبن المسترسل سحت» سعی کرده است تا درستی و عدلت را در معاملات برقرار سازد و از اعمال مدلسانه و متقلبانه جلوگیری به عمل آورد. در قوانین ایران نیز اگر چه حسن نیت نمود چندان آشکاری نداشته و مفهوم چندان روشنی نیست اما برای اولین بار در قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۷ دی ماه ۱۳۸۳ به طور صریح از حسن نیت یاد شده است.

به طور کلی برای حسن نیت دو مفهوم را می توان در نظر گرفت:

حسن نیت در مفهوم اول عبارت است از این که فرد نسبت به آن چه او را در مظان اتهام قرار می دهد جاهل بوده باشد، یا به تعبیر دیگر به اشتباه و در حالی که گمان صحیحی در مورد ارتکاب عمل خود داشته است به آن اقدام نموده باشد. شاید برای این مفهوم بتوان ماده ۲۶۳ قانون مدنی کشورمان راجع به معامله فضولی را مثال زد. در این ماده مقرر شده است: «هرگاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد، حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت». در این ماده تفاوتی که بین خریدار با حسن نیت و خریدار بدون حسن نیت فرض شده است بر مبنای علم و جهل آن ها برقرار شده است.

مفهوم دوم حسن نیت در بردارنده عنصر صداقت و درستکاری است. این مفهوم در برابر مفهوم اول که حالت سلبی داشت مفهوم ایجابی دارد و نویسندگان حقوقی همین معنی دوم را در حقوق اکثر کشورها نظیر فرانسه و آلمان جاری می دانند.^۱

^۱ اسکینی و نیازی شهرکی، ۱۳۸۶، ص ۶.

نکته دیگری که ذکر آن در این جا خالی از فایده به نظر نمی آید و چه بسا درک مفهوم حسن نیت بدون آن دشوار به نظر می رسد «سوء نیت»^۱ است. سوء نیت در نقطه مقابل حسن نیت قرار دارد یا به عبارت دیگر هر کجا که عملی خالی از سوء نیت باشد می توان گفت آن عمل مبنی بر حسن نیت بوده است. سوء نیت دارای مصادیق متعددی از جمله تدلیس، تقلب و سوء استفاده از حق می باشد. فقدان مصادیق می تواند ما را به معامله ای توأم با حسن نیت سوق دهد.^۲

حسن نیت در مرحله پیش قراردادی

حسن نیت به عنوان یک اصل و قاعده کلی حقوقی زمینه اجرایی گسترده ای را در مراحل مختلف یک قرارداد دارد. بحث اعمال حسن نیت از مرحله مذاکرات مقدماتی و پیش از انعقاد قرارداد مطرح می شود و در ادامه در انعقاد قرارداد، مرحله اجرا و در پایان نیز در زمینه تفسیر قرارداد مطرح می شود. اما آن چه که در این نوشتار اهمیت دارد اعمال حسن نیت در مرحله ی پیش از قرارداد و جایی است که هنوز قراردادی منعقد نشده و ما با تعهدات پیش قراردادی رو به رو هستیم که امکان دارد هیچ گونه مبنای قراردادی برای توجیه خود نداشته باشند.

در قانون ما هیچ نشانه خاصی در زمینه ی اجرای حسن نیت در مرحله ی پیش قراردادی به چشم نمی خورد مگر همان موارد کلی و غیر مصرحی که پیش از این به آن ها اشاره شد و لذا نمی توان هیچ برداشت دقیق و قطعی را در زمینه ی پذیرش و یا عدم پذیرش حسن نیت در مرحله ی پیش قراردادی ارائه داد.

اما در حقوق اروپایی وضعیت به گونه ی متفاوتی است. در کشورهای گروه حقوق نوشته همان گونه که در مورد خود اصل حسن نیت نیز شاهد رویکرد مثبتی در زمینه پذیرش آن بودیم، در مورد حسن نیت پیش قراردادی نیز شاهد چنین رویکردی هستیم و بحث حسن نیت در مرحله ی مذاکرات مقدماتی و پیش از انعقاد عقد یا به قوانین کشور ها راه یافته است و یا به تدریج در حال راهیابی است. در کشور ایتالیا ضرورت رعایت حسن نیت در مرحله ی پیش قراردادی صراحتاً در ماده ۱۳۳۷ قانون مدنی این کشور پیش بینی شده است. در آلمان نیز با توجه به ماده ۲۴۲ قانون مدنی و نیز اصل «تفسیر پیش قراردادی» می توان قائل به پذیرش حسن نیت در مذاکرات پیش از انعقاد قرارداد شد.^۳ اما در حقوق فرانسه اگر چه همچون بند ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی، صراحتی در مورد اعمال حسن نیت در پیش از انعقاد قرارداد وجود

^۱ Bad faith

^۲ قاسمی حامد، ۱۳۸۱، ص ۱۰۵.

^۳ ابراهیمی، ۱۳۸۸، ص ۷۱

ندارد اما با توجه به اصول کلی حقوقی و رویه قضایی وجود چنین اصلی، امری محرز و مسلم تلقی می شود. دادگاه های این کشور با توجه به ضرورت ایجاد تعادل قراردادی بین طرفین یک قرارداد، وجود حسن نیت را در مرحله مذاکرات قراردادی به خصوص از سوی شخصی که دارای قدرت اقتصادی بیشتری است لازم دانسته و با توجه به آن به اصدار حکم می پردازند.^۱

۲-۳- مسؤولیت پیش قرارداد در فقه امامیه

در فقه اسلامی منابع متعددی برای ضمانات و مسؤولیت مدنی ذکر شده است. از جمله قاعده اتلاف، تسبیب، غرور، استیمان، لاضرر، ضمان ید و ... که هر یک به طور مشروح در کلام فقها دیده می شود. اما باید دید از میان مبانی و قواعد و گفتار فقها، کدامیک مسؤولیت پیش قراردادی را توجیه و در آن بکار می آید. با توجه به این که در مسؤولیت پیش قراردادی دو طرف با یکدیگر گفتگوهایی را آغاز و برای قرارداد آینده ای که می خواهند منعقد نمایند در برخی موارد هزینه ها و مقدمات و لوازمی را فراهم می کنند، که با تخلف و یا انصراف یک طرف برای دیگری زیان وارد می شود، با توجه به جایگاه خاص خود، تمام قواعد فقه برای توجیه این مسؤولیت بکار نمی آید، لذا مواردی را که امکان شمول بر مسؤولیت پیش قراردادی در آن وجود دارد را بررسی می کنیم.^۲

قاعده اتلاف

در اتلاف رابطه علیت مستقیم بین کار مباشر و تلف کافی است و تقصیر در آن شرط نیست. ماده ۳۲۸ قانون مدنی نیز مقرر می دارد: "هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت، و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص یا قیمت آن مال است." هر چند بحث قاعده اتلاف در حقوق امروزی در دوره پیش قراردادی در قراردادهای پیچیده کمتر مصداق دارد، ولی با نگرش به سابقه فقهی مسئله در بحث آخذ بالسوم مشخص می شود که آخذ بالسوم که کالایی را قبل از انعقاد قرارداد برای بررسی اخذ می کند در صورت تلف کردن آن مسؤل می باشد. در واقع در این مورد آخذ بالسوم به دو لحاظ ضامن می باشد یکی از لحاظ قاعده ضمان ید و دوم از لحاظ قاعده اتلاف. ولی بدیهی است که بیش

^۱ قاسمی حامد، پیشین، ص ۱۰۹.

^۲ گلین مقدم و یمرلی، ۱۳۹۱، ۱۹۵ ص.

از یک ضمان بر عهده وی مستقر نخواهد شد. نسبت بین قاعده اتلاف و ضمان ید، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی در بعضی موارد، ضمان ید وجود دارد و ضمان اتلاف نیست و در بعضی موارد، ضمان اتلاف وجود دارد و ضمان ید نیست و در بعضی موارد، مثل آخذ بالسوم در صورتی که منجر به اتلاف توسط گیرنده شود، هم ضمان ید وجود دارد و هم ضمان اتلاف^۱.

به نظر با توجه به اطلاق ماده ۶۳۱ قانون مدنی و همچنین اینکه اصل بر ضمانی بودن ید می باشد، نظر مشهور فقها صحیح بنظر می رسد. در خصوص نوع مسئولیت نیز با عنایت به اینکه قراردادی هنوز منعقد نشده مسئولیت غیر قراردادی می باشد منتها از نوع عینی و حتی اگر وی تقصیری نیز نکرده باشد در صورت تلف و نقص ضامن می باشد.

"آخذ بالسوم" نیز نشان میدهد اگر طرفین هنوز عقدی را منعقد نکرده باشند (خصوصاً در مرحله پس از ایجاب) و طرف دیگر زبانی به فروشنده برساند، در صورتی که سایر شرایط وجود داشته باشد زیان زنده مسئول می باشد.

قاعده تسبیب

در تسبیب شخص به طور مستقیم مباشر تلف کردن مال نیست، مقدمات تلف را فراهم می کند، یعنی کاری انجام می دهد که در نتیجه آن مار یا به علل دیگری تلف واقع می شود مثل اینکه چاهی در معبر عمومی می کند و دیگری در آن می افتد^۲.

در تسبیب کاری که به مسبب نسبت داده می شود باید در نظر عرف عدوان و خطا باشد. اما برای شمول بحث تسبیب برای مسئولیت دوره پیش قراردادی ابتدا این امر باید مشخص شود که آیا قاعده تسبیب فقط اتلاف مال را شامل می شود و یا اینکه هرگونه ضرر وارده به دیگری را؟ هر چند قانون مدنی از مواد ۳۳۱ الی ۳۳۵ به بحث تسبیب اختصاص داده شده است ولی تسبیب در هیچ یک از این ماد تعریف نشده است. با این حال قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در ماده ۳۱۸ تسبیب را اینچنین تعریف نموده است: "تسبیب در جنایت آن است که انسان سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که اگر نبود جنایت حاصل نمی شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیافتد و آسیب ببیند."

در این خصوص برخی معتقدند که تسبیب نوعی از اتلاف است به این تعبیر که در اتلاف شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مال می گردد ولی در تسبیب، عمل مسبب مع

^۱ - گلین مقدم و یمرلی، ۱۳۹۱، ۱۹۵ ص.

^۲ - کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۸۰.

الواسطه سبب می شود که مال غیر از بین برود^۱. اما بیشتر حقوقدانان معتقدند اگر کسی زمینه «ضرر» برای دیگری را فراهم آورد مشمول قاعده تسبیب می شود^۲. برای مثال یکی از مبانی که تولید کننده رادر مقابل مصرف کننده مسئول می داند، مبنای «تسبیب» است، در حالی که مصرف و استفاده از کالا لزوماً منجر به مرگ مصرف کننده نمی شود. به نظر می رسد صرف ورود «ضرر» مع الواسطه به دیگری در صورت خطا و عدوان مشمول عنوان تسبیب می شود و «تلف» در این خصوص موضوعیت ندارد. قسمت اخیر ماده ۳۳۱ که بیان می کند: «... اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید» و ماده ۳۱۸ قانون مجازات اسلامی که بیان می دارد: «... سبب تلف شدن یا جنایت علیه دیگری را فراهم کند...»، که تلف و جنایت به عنوان دو مقوله جدا مطرح شده است، خود نشان دهنده این است که در تسبیب ورود زیان به مال یا جان دیگری ملاک می باشد.

اگر طرفین با یکدیگر مذاکراتی را برای انعقاد قرارداد، انجام دهند و به توافقاتی برای انعقاد قرارداد نهایی نایل شوند و با قصد انعقاد قرارداد نهایی هزینه هایی را نیز متقبل شوند در صورتی که یکی از طرفین بلاجهت از انعقاد قرارداد خودداری کند، سبب ورود زیان به دیگری شده و مسئول است. همچنین این امر در موردی نیز که یک طرف با رجوع از ایجاب ملزم خویش به دیگری زیان رساند صادق و مطابق تسبیب ضامن می باشد. در واقع زیان زنده با رجوه بلاجهت از توافقات مقدماتی و انعقاد قرارداد و یا رجوع از ایجاب ملزم خویش در مسأله ایجاب صرف، مرتکب «تقصیر» و «سبب» ورود زیان به دیگری شده است.

قاعده غرور

به موجب این قاعده هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگری بشود و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارات وارده برآید. هر چند شخص اول قصد فریب دادن شخص اخیر را نداشته و خودش نیز فریب خورده یا ناآگاه و در اشتباه بوده باشد^۳. شخص اول را غار(فریب دهنده)، شخص دوم را مغرور(فریب خورده) و این قاعده را قاعده غرور می گویند. مطابق تعریف فوق شخص اول لازم نیست قصد فریب و خدعه داشته باشد بلکه ممکن است خودش هم از دیگری گول خورده باشد. اشکال راجع به اینکه کلمه "غار" اسم

^۱ - محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۴۶۰.

^۲ - جعفری تبار، ۱۳۷۵، ص ۲۲.

^۳ - محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۴۶۰.

فاعل و به معنای فریب دهنده است و در آن قصد و عمد مستتر است با این پاسخ که در صدق عناوین افعال قصد و عمد شرط نیست مرتفع می شود.^۱

در تعریف دیگری از قاعده غرور آمده است: هرگاه کسی شخصی را فریب دهد و در نتیجه موجب تلف مالی از او گردد... باید از عهده ضرر شخصی که فریب خورده برآید^۲ از حیث علم و جهل و صدق غرور چهار حالت متصور است: در حالت اول، غار و مغرور به ضرر عالم هستند که در این صورت نه غاری وجود دارد و نه مغروری، زیرا در غرور جعل مغرور شرط است. حالت دوم، که مغرور عالم و غار جاهل است نیز از قاعده غرور خارج است؛ زیرا همانطور که گفتیم در غرور جهل مغرور شرط می باشد. حالت سوم، که مغرور جاهل و غار عالم است بدون تردید مصداق بارز قاعده غرور است. حالت چهارم، که هر دو جاهل هستند بین علما اختلاف نظر وجود دارد. ولی با توجه به اینکه صدق عنوان افعال احتیاجی به علم ندارد و در صدق غرور نیز فقط لازم است که یک نفر دیگری را بر عملی که متضمن ضرر است، تشویق و ترغیب کند، هر چند ترغیب کننده به ترتیب ضرر بر آن عمل جاهل باشد لذا این حالت نیز مشمول قاعده غرور می شود.^۳

در دوران پیش از انعقاد قرارداد و در توافقات مقدماتی، برای جبران زیان وارده می توان به قاعده غرور استناد کرد، در واقع چنانچه مغرور جاعل به عدم انعقاد قرارداد نهایی باشد و برای انعقاد قرارداد آینده هزینه هایی متقبل شود و بعلاوه بتوان تقصیری به غار نسبت داد هر چند وی جاهل باشد و قصد فریب نداشته باشد، غار یا نقض کننده گفتگوهای مقدماتی، مسئول می باشد. در مورد رجوع از ایجاب ملزم نیز با عنایت به اینکه موجب با وجود الزام خویش به نگهداری از ایجاب از آن رجوع و تخلف نموده، در صورت زیان به طرف دیگر که مغرور در این خصوص شده است مسئول می باشد. حتی می توان پا را فراتر از این نهاد و در خصوص ایجاب ساده نیز چنانچه بتوان تقصیری متوجه ایجاب کننده نمود یعنی اعمال و اقوال ایجاب کننده به نحوی باشد که موجب این هزینه های طرف ایجاب شده باشد، موجب به دلیل رجوع از ایجاب مسئول قلمداد می شود. اما اگر چنین اقوال و اعمال تقصیرآمیزی را نتوان به موجب منتسب نمود، چنانکه به آن خواهیم پرداخت موجب مسئول نیست و طرف قبول، به دلیل قاعده اقدام خود مسئول می باشد و جهل وی نیز در خصوص "حق رجوع موجب" مسموع نیست.^۴

^۱ - محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۵۰۰

^۲ - شهابی، ۱۳۴۱، ص ۲۹۰.

^۳ - محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۴۶۰.

^۴ - گلین مقدم و یمرلی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۵.

شرط بنایی

شروط از نظر فقهی به شرط ضمن عقد، شرط بنایی و شرط ابتدایی تقسیم می شوند. شروطی که ضمن عقد گنجانده می شود، شروط ضمن عقد می نامند. محقق کرکی در این خصوص بیان می دارد که بدون تردید تمام شروط واجد شرایط صحت یعنی شروط غیر منافی با مقتضای عقد و شروطی که در کتاب و سنت دلیلی بر منع آنها وارد نشده نگردیده جایز است. علاوه بر این عموم حدیث المؤمنون عند شروطهم شامل آن می شود. قانون مدنی ایران فصل چهارم را به "در بیان شرایطی که در ضمن عقد می شود" اختصاص داده است. شروط مستقل یا تعهد ابتدایی، شروطی هستند که در عقد گنجانده نشده و عقد مبتنی بر آنها نیست، بلکه مجرد تعهد و الزام و التزام یک طرف در مقابل دیگری است. در فقه امامیه از دیدگاه بیشتر فقیهان، تعهدات مستقل، شروط ابتدایی تلقی شده و تعهدی را برای شخص ایجاد نمی کند. با این حال برخی معتقدند "التزامات غیر تبعی" مصداق عرفی شرط قرار می گیرند و مشمول ادله وجوب وفا به شرط هستند و دلیلی بر تخصیص عمومات وجود ندارد.^۱

اما بسیاری از فقها و حقوقدانان شرط بنایی را شرطی صحیح و لازم الوفاء می دانند. محقق اصفهانی شرط تبانی شده قبل از عقد را مصداق شرط دانسته و الزام آور بودن آن را از امور بدیهی می داند. ایشان بیان می کنند که قدر متیقن از شرط ابتدایی که به اجماع فقها لازم الوفاء نیست، آن تعهدی است که هیچ معامله ای به آن مقید نشده باشد. شرطی که قرارداد مبتنی بر آن منعقد شده، شرط ابتدایی نیست، خواه در ضمن عقد ذکر شود خواه نه. امام خمینی نیز در مورد شرط بنایی در عقد نکاح بیان کرده اند: «ظاهرا این است که چنانچه هنگام خواستگاری و گفتگوی ابتدایی، زوجه را به اوصافی از اوصاف کمال توصیف کنند و سپس عقد را مبنی بر آن منعقد سازند به منزله اشتراط است و موجب خیار فسخ است»^۲

۴- نتیجه گیری

به طور کلی و با یک جمع بندی نهایی از جمیع مطالبی که پیش از این بیان شد، اولین مطلبی که به عنوان نتیجه گیری بحث باید بدان اشاره کرد؛ مرحله پیش قراردادی و تمیز حدود آن است. مرحله پیش قراردادی، از نخستین لحظه ای که فرد اراده خود را مبنی بر تمایل به انعقاد معامله به نمایش می گذرد، آغاز می گردد. این ابراز نخستین اراده در معاملات گوناگون می تواند به شکل های گوناگونی باشد، مثلا به شکل مذاکرات مقدماتی، دعوت به

^۱- شکاری روشنعلی، ۱۳۷۷، ۲۲۰، ۳۹ص.

^۲- خمینی، ۱۳۷۶، ۵۳۰ص.

ایجاب و یا حتی خود ایجاب.

مرحله پیش قراردادی در ادامه روند ابراز اراده، جریان می یابد تا هنگامی که قرارداد منعقد گردد. معمولاً قرارداد با ارائه قبول از سوی طرف مقابل منعقد گردیده و از همین لحظه شکل قرارداد به خود می گیرد. این عمل به طور کلی با اشکالی مواجه نیست، مگر در عقد بین غائبین که اختلاف در زمان انعقاد قرارداد پیش می آید. در این زمینه هم به نظر بهتر آن آید که در هر مورد برای تشخیص زمان انعقاد قرارداد به اوضاع و احوال و شرایط خاص آن مورد توجه گردیده و بر اساس آن حکم داد.

با تشخیص مرحله پیش قراردادی شناسایی تعهدات پیش قراردادی نیز چندان کار مشکلی به نظر نمی رسد. کلیه تعهداتی که فرد در پیش از انعقاد قرارداد به عهده می گیرد را می توان تحت عنوان تعهدات پیش قراردادی به شمار آورد. این تعهدات دارای انواع و اقسام متعدد و مهمی هستند. از جمله ارائه اطلاعات پیش قراردادی، که بر اساس آن طرفین در پیش از انعقاد و در مرحله مذاکرات مقدماتی موظف به ارائه اطلاعاتی دانسته می شوند که برای طرف مقابل در جهت انعقاد معامله ضروری است. مورد دیگر تعهدات پیش قراردادی هر گونه عملی است که منجر به عدم انعقاد قرارداد گردد. عدم انعقاد قرارداد، طرفی را که به اعتماد آن حاضر به صرف هزینه و زمینه سازی نموده است، با خسارت فراوان روبه رو می نماید.

به همین دلیل زیان های وارده به افراد در مرحله پیش قراردادی است که حقوقدانان در کشورهای مختلف به فکر ایجاد راه حلی برای جلوگیری از این زیان ها افتاده است. در این میان یکی از پر طرفدارترین راه حل ها، به کارگیری اصل حسن نیت است. با استفاده از این اصل و لزوم به کارگیری آن، طرفین موظف می شوند تا از هر گونه عمل منافی با حسن نیت خودداری نمایند. عمل منافی با حسن نیت تقریباً تمامی نقض تعهداتی را که در مرحله پیش قراردادی بر شمردیم، در بر می گیرد. یعنی در تمام مصادیق مذکور عمل مخالف با این تعهدات پیش قراردادی، عمل مغایر با حسن نیت تلقی می گردد. اصل حسن نیت کلیتی دارد که تمام مسائل مربوط به قرارداد را در بر می گیرد. از مرحله پیش از انعقاد قرارداد تا مرحله انعقاد، اجرا و تفسیر و مفاد قرارداد همه مشمول اصل حسن نیت قرار می گیرند.

در فقه نیز می توان نمونه هایی را مبنی بر پذیرش حسن نیت مشاهده کرد. اگر چه نشانه های مذکور حاوی صراحت کافی نبوده و اشاره دقیقی به حسن نیت به خصوص در مرحله پیش قراردادی ندارند. اما می توان در آن ها از همین حد استفاده کرد که از نظر فقهی نه تنها مخالفتی با اصل حسن نیت وجود ندارد، بلکه تمایل عمومی حاکی از گرایش مثبت نسبت به آن است. همچنین در حقوق معاصر و در قوانین موضوعه از نشانه های روشنی از موافقت ضمنی با اصل حسن نیت و به تبع آن، وجود ضمانت اجرای حقوقی برای تعهدات پیش قراردادی، دیده می شود. اگرچه این نشانه ها نیز به کمبود صراحت همراه هستند.

یکی دیگر از راه حل های موجود در زمینه اعتبار بخشیدن به تعهدات پیش قراردادی استفاده از نهاد توافقات مقدماتی است. این راه حل در صورتی که پیش از انعقاد قرارداد به طور صریح پیش بینی شود، جای هیچ گونه شک و شبه ای را برای جبران خسارت ناشی از تعهدات پیش قراردادی، باقی نمی گذارد. اما مشکل اینجاست که عموماً چنین توافقات صریحی در مرحله پیش قراردادی وجود ندارد.

اما به عقیده ما لزومی ندارد که این توافقات مقدماتی حتماً به صورت صریح موجود باشند. همین که به طور ضمنی و اوضاع و احوال و سایر قرائن موجود استنباط شود که طرفین در پیش از انعقاد قرارداد، متبانیاً بر این قصد بوده اند که بین خود توافق مقدماتی را در جریان بدانند تا بوسیله آن، ملزم به رعایت تعهدات پیش قراردادی گردند، کافی است تا تعهدات پیش قراردادی را در قرارداد بین آن ها دارای اعتبار و ضمانت اجرا در نظر بگیریم. عموماً چنین تصوراتی نیز در میان معامله کنندگان وجود دارد و اعتبار بخشیدن به شروط تبانی امری ذهنی و دور از واقعیت نیست.

علی هذا پیشنهاد می شود تا با توجه به اهمیت روز افزونی که تعهدات پیش قراردادی در معاملات داخلی و بین المللی یافته اند و خسارتهای فراوانی که در نتیجه نقض آن ها متوجه طرفین می گردد؛ قانونگذار ایران نیز به تاسی از قانونگذاران در کشورهای دیگر و مقررات متحدالشکل بین المللی و کنوانسیون های مختلف موجود در این زمینه، اقدام به گنجانیدن صریح مصادیق تعهدات پیش قراردادی و اعتبار بخشیدن به این تعهدات در متن قوانین نماید.

قوانینی نظیر قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، و همچنین قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی مصوب ۱۳۴۶ از جمله قوانین پیشرو در این زمینه هستند. این قوانین علی رغم کاستی هایی که در زمینه تعهدات پیش قراردادی دارند، می توانند زمینه ورود هر چه بیشتر و دقیق تر تعهدات پیش قراردادی به متون قانونی را فراهم آورده و گامی موثر را در جهت کاهش اختلافات ناشی از نقض تعهدات پیش قراردادی بردارند.

منابع

- ابراهیمی، یحیی. «مطالعه تطبیقی مفهوم آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، ش ۴۱، پائیز و زمستان ۱۳۸۸.
- ابن منظور، لسن العرب، بیروت، دار احیاء تراث العربی، ج ۵، ۱۴۱۶ ه.ق.
- اسکینی ربیعا و نیازی شهرکی، رضا. «مفهوم اصل حسن نیت و رفتار منصفانه»، فصلنامه حقوقی گواه، ش ۱۰، پائیز ۱۳۸۶.

- امامی، محمد. مصطفی‌السان، «ماهیت و آثار حقوقی قراردادهای بیمه عمر»، مجله صنعت بیمه، ش ۷۴. ۱۳۸۳
- آهنی، بتول. «انعقاد قراردادهای الکترونیکی»، مجله ندای صادق، ش ۳۴ و ۳۵، تابستان ۱۳۸۳.
- بابایی، ایرج. حقوق بیمه، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب انسانی (سمت) ۱۳۸۶
- جعفری تبار حسن، مسوولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، چاپ ۱، تهران، انتشارات نشر دادگستر، ۱۳۷۵
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. تاثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش ۱۳۸۷
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش
- خمینی سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، چاپ ۱۴، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶.
- شکاری روشنعلی، شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۲۰، ۱۳۷۷.
- طالب احمدی، حبیب. «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ش ۳، زمستان ۱۳۸۸
- عاملی (شهید ثانی) زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح لمعه الدمشقیه، قم، کتابفروشی دآوری، ج ۳، ۱۴۱۰ ه.ق
- عاملی کرکی (محقق ثانی) علی بن حسین، رسائل المحقق کرکی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۹ ه.ق،
- قاسمی حامد عباس «حسن نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۱.
- کوشا، ابوطالب. «اصل حداکثر حسن نیت در معاملات بیمه و نیم نگاهی به آن در سایر عقود و قراردادها»، فصلنامه ی دیدگاه های حقوقی دانشگاه علوم قضائی و خدمات حقوقی، ش ۳۶ و ۳۷، ۱۳۸۴.
- گیلانی، محمد. «بیمه»، مجله فقه اهل بیت، ش ۸، زمستان ۱۳۷۵
- فتواتی، جلیل. مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳
- کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر. الزام های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲، ص ۶۳۸، ش ۳۳۹، زمستان ۱۳۷۸.

- گلین مقدم عیسی و یمرلی صالح، مسوولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۹۵. ۱۳۹
- محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی (مالکیت-مسوولیت) تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- محقق داماد سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.