

مسئولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی

عیسی گلین مقدم* / صالح یمرلی**

چکیده

در قانون مدنی و سایر قوانین موضوعه ایران، در مورد مسئولیت پیش قراردادی نص صریحی وجود ندارد. در مورد ایجاب در فقه، حقوق عرفی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین، اصل بر این است که رجوع از آن مسئولیت آور نیست مگر در صورتی که حفظ ایجاب به نحو صریح یا ضمنی الزام آور باشد. در مورد توافق مقدماتی باید گفت که در صورتی که یکی از طرفین از توافق مقدماتی تخلف و رجوع نماید مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی، مسؤول است. در واقع با اثبات تقصیر، رابطه سببیت و زیان وارد به طرف دیگر، زیان زنده ضامن می باشد هرچند که قرارداد نهایی منعقد نشده باشد. بنابراین آزادی اشخاص برای رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی، ملازمه با نفی مسئولیت آنها برای جبران خسارت ندارد و در صورتی که حسب مورد شرایط قانونی برای مسؤول دانستن شخص وجود داشته باشد، می توان او را مسؤول دانست.

کلیدواژه: پیش قرارداد، مذاکره مقدماتی، توافق مقدماتی، ایجاب، رجوع

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه مفید قم، نویسنده مسئول salehyamrali@yahoo.com

تاریخ وصول: ۹۱/۴/۷ - پذیرش نهایی: ۹۱/۱۰/۱۰

طرح مسأله

مسئولیت مدنی جبران خسارت وارده بردیگری می باشد که ممکن است منشأ این خسارت، قرارداد یا امری خارج از قرارداد باشد. در اجتماع و روابط بین افراد ممکن است قبل از انعقاد قرارداد نهایی، توافقاتی صورت گیرد ولی یکی از طرفین از انعقاد قرارداد نهایی امتناع ورزد؛ برای مثال یک شرکت صنعتی که در مرحله راه اندازی است از وکیلی درخواست می کند که بعد از راه اندازی شرکت، قراردادی را جهت مشاوره و وصول مطالبات آن به عنوان مشاور حقوقی این شرکت منعقد کند و مذاکراتی را نیز جهت انعقاد قرارداد نهایی با یکدیگر آغاز می کنند. وکیل به اعتماد این مذاکره مقدماتی از انعقاد قرارداد با شرکت بازرگانی دیگر در همان شهر صرف نظر می کند. ولی وقتی بعد از راه اندازی به شرکت صنعتی مراجعه می کند، شرکت از انعقاد قرارداد با وی خودداری می کند. آیا شرکت صنعتی برای این نقض توافق مقدماتی مسؤول است. اگر مسؤول است، این مسؤولیت از نوع مسؤولیت قراردادی است یا قهری؟ در این تحقیق که ما مسؤولیت مدنی ناشی از نقض پیش قرارداد و توافق مقدماتی را بررسی می کنیم، ابتدا به بحث ایجاب می پردازیم که آیا گوینده ایجاب در مقابل نقض ایجاب خود مسؤولیت دارد و اینکه اگر پیشنهاد ارایه شده صرفاً دعوت به ایجاب باشد، وضعیت چگونه می باشد. سپس به بررسی مذاکره مقدماتی، می پردازیم تا این کنکاش صورت گیرد که نقض این امور مسؤولیت آور است یا خیر؟ و اگر مسؤولیت آور است جزء کدام یک از شاخه های مسؤولیت قراردادی یا قهری قرار می گیرد؟ مبانی و قواعد فقهی مسأله از این حیث که از نظر فقهی می توان قابل به چنین مسؤولیتی بود نیز در این تحقیق مورد بررسی قرار می گیرد.

بررسی ایجاب و توافق مقدماتی

گاه یکی از طرفین به طرف دیگر، معامله را پیشنهاد و ایجاب می کند، گاهی نیز تنها دعوت به ایجاب و دعوت به پیشنهاد معامله را می نماید، بدون اینکه خود ایجاب را انشاء نماید. گاهی نیز طرفین با قبول انجام مذاکرات مقدماتی برای انعقاد عقد نهایی و قبل از ایجاب و قبول عقد اصلی، که شاید این مذاکرات در مورد پروژه های مهم طولانی نیز باشد، به مذاکره می پردازند. حال باید بررسی کرد اگر ایجاب کننده یا دعوت کننده به ایجاب از ایجاب و دعوت به ایجاب عدول نماید آیا برای وی مسؤولیتی متصور می توان شد یا اگر یکی از طرفین مذاکره که ماهها برای انعقاد عقد آینده مذاکرات و هزینه هایی را نمودند

مسئولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی _____ ۴۵
بلاجهت از انعقاد قرارداد نهایی خودداری نماید مسؤول جبران زیان طرف مقابل می باشد؟
برای یافتن پاسخ به این سؤالات ابتدا باید ایجاب و دعوت به ایجاب و مذاکرات مقدماتی
تبیین گردند.

تعریف ایجاب

ایجاب در لغت به معنی واجب کردن، لازم گردانیدن، لازم کردن بیع، پذیرفتن،
مقابل نفی یا سلب به کار رفته است. (فرهنگ فارسی عمید/۱۷۲). در اصطلاح، برخی معتقدند
که ایجاب عبارت از آن است که یکی از طرفین قرارداد، نخست اراده خود را بر ایجاد رابطه
حقوقی معین اعلام دارد. (صفایی، قواعد عمومی قراردادها/۶۸). برخی نیز در تعریف خود از
ایجاب بدون اینکه از نخستین یا متعاقب بودن اراده سخن گویند بیان می دارند، ایجاب
پیشنهاد انجام معامله است. اعلام اراده کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به عقد
بستن می خواند، بدین گونه که، اگر پیشنهاد مورد قبول قرار گیرد، هر دو طرف به مفاد آن
پای بند باشند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/ ۲۸۲/۱).

برخی نیز ضمن اعلام اینکه در حقوق روم اعلام اراده طلبکار ایجاب و اعلام اراده
بدهکار قبول نامیده شده و ایجاب مقدم بر قبول است و برعکس در حقوق آلمان تصور شده
که وعده بدهکار که طلبکار آن را قبول کرده جوهر و ماهیت عقد است، ایجاب را اعلام اراده
ای می دانند که مستلزم رضایت (اعلام قبول) طرف مقابل (طرف قبول) باشد، و به وسیله
آن یک شخص به شخص دیگر عناصر اساسی انعقاد عقدی را پیشنهاد می کند به نحوی که
با قبول طرف دیگر عقد تشکیل می شود(حقوق تعهدات/۲/۲۱۶).

بنابر این ایجاب پیشنهادی است که برای انشاء معامله به طرف مخاطب قبول، اعلام
می شود و باید کامل، مشخص و قاطع باشد. تقدم اعلام اراده هر یک بر اعلام اراده دیگری
ضرورت ندارد، معذالک اولین اعلام اراده ای که واقع شده ایجاب نام دارد. ایجاب به دو نوع،
ایجاب ساده و ملزم تقسیم می شود. ایجاب ساده، ایجابی است که هیچ گونه التزامی دایر بر
نگاهداری همراه با آن نیست و صرفاً پیشنهاد انجام معامله است، البته این پیشنهاد ممکن
است دارای شرایطی نیز باشد. ایجاب ملزم یا غیر قابل عدول^۱ ایجابی است که بدون پیوستن
قبول به آن منشأ تعهد گردد. اگر کسی ایجاب را انشاء کند و برای ابراز و انشاء قبول توسط
طرف مقابل به صراحت یا به دلایل قرائن مهلتی معین نماید، ایجاب ملزم می باشد.

^۱ - irrevocable offer

در مورد اینکه آیا اراده متعهد به تنهایی و بدون بستن قرارداد می تواند برای او ایجاد تعهد بکند اختلاف نظر وجود دارد، برخی از حقوقدانان امکان آن را پذیرفته اند و از نظر ایشان هیچ معنی وجود ندارد که یک اراده بتواند خود را در برابر دیگری متعهد کند و حتی برای ایجاد تعهد به نفع ثالث الزاماً به یک قرارداد پایه نیازی نیست. (قاسم زاده، اصول قراردادها و تعهدات/۱۵۵؛ دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت/۹۶۸). برخی دیگر در ذیل تعهد به نفع ثالث بیان نمودند که ایجاد تعهد به سود ثالث نیاز به یک پایه قراردادی دارد و به طور مستقل و از راه ایقاع (اراده متعهد) ممکن نیست و چنانکه یکی از مؤلفان فرانسوی به نام گودمه پیشنهاد کرده است، اصطلاح «قرارداد به سود ثالث» مناسب تر از «تعهد به سود ثالث» است. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/۳/۳۱۶).

تفاوت ایجاب و دعوت به معامله

با این حال ایجاب متمایز از دعوت به ایجاب یا دعوت به معامله است. گاهی منظور شخص فقط دعوت طرف دیگر به گفتگوست نه اعلام قصد انشاء معامله. فایده این تشخیص بسیار است. اگر اقدام شخص ایجاب تلقی شود با تحقق قبول قرارداد منعقد و اجرای آن الزامی شناخته خواهد شد. اگر عمل، دعوت به مذاکره باشد، ایجاد تعهد نمی کند. تشخیص این امر همیشه آسان نیست. قاضی باید با توجه به اوضاع و احوال، اراده معامله کننده را کشف کند و تشخیص دهد که آیا ایجاب واقعی، یا فقط یک دعوت ساده به گفتگو در میان بوده است. (صفایی، قواعد عمومی قراردادها/۶۹).

این پرسش در خصوص مزایده و حراج نیز مطرح می شود که آیا پس از تعیین بالاترین قیمت قرارداد بسته می شود، به این معنا که درخواست ارسال پیشنهاد توسط آگهی کننده ایجاب و بالاترین قیمت، قبول تلقی می شود یا درخواست مزبور تنها دعوت به پیشنهاد است و ارسال قیمتها و بالاترین قیمت، ایجاب بوده است و قبول بعدی آگهی کننده سبب انعقاد قرارداد می شود؟

در فقه اسلامی فقیهان تحت عنوان «بیع من یزید» به این موضوع پرداخته اند. «بیع من یزید» یا «مزایده» عبارت از بیعی است که بعد از ندا و اعلام آن، طالبان خرید با هم به رقابت پرداخته، هر کس که ثمن بیشتری بدهد مقدم است و بالاترین قیمت پیشنهادی، ثمن معامله خواهد بود. در فقه به این بیع، «بیع فقراء» نیز می گویند، زیرا معمولاً کالای کم بها

را به گروهی عرضه کرده و می فروختند. در آثار فقیهان «بیع من یزید» در کنار «بیع مستام» مطرح می شود. (دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت/۹۰۳).

بیع مستام (دخول الرجل علی سوم اخیه) عبارت از بیع شخصی است که وارد معامله برادر مسلمان خود می شود. به این معنا که دو نفر با هم معامله می کنند، فروشنده قیمتی را می گوید و خریدار نیز می پذیرد، اما شخصی دیگر وارد معامله شده، به قیمت زیادتر یا به همان قیمت، کالا را می خرد.

آگهی فروش، حاوی شرایط لازم برای انشای معتبر و صحیح نیست و ایجاب تلقی نمی شود، بلکه دعوت از دیگران برای شرکت در معامله ای است که پس از جمع آوری و ارسال پیشنهادها ایجاب و قبول آن انشا می شود مگر اینکه از اوضاع و احوال موجود چنین استنباط شود که منظور از آگهی فروش، ایجاب است. چنانکه آگهی دهنده خود اعلام دارد فردی که بیشترین قیمت را اعلام دارد، پیشنهاد او قبول تلقی می شود. آگهی فروش هیچ گونه تعهدی برای متصدی مزایده و حراج ایجاد نمی کند و تعهد ضمنی به نفع پیشنهاد دهندگان احتمالی مبنی بر وقوع بیع نیست، زیرا اولاً آگهی مزبور تنها به منظور جمع آوری پیشنهادها برای انعقاد قرارداد در آینده است و جنبه انشایی و تأسیسی ندارد. ثانیاً ایجاد تعهد به وسیله عمل حقوقی یک طرفه خلاف اصل است و دلیلی بر اعتبار آن جز در موارد استثنایی وجود ندارد. ثالثاً تعهدات ابتدایی از نظر مشهور فقیهان اسلامی فاقد اعتبار تلقی می شود. حتی آگهی با قید «بدون حق تغییر در قیمت یا سلب حق تغییر در قیمت» دعوت به معامله محسوب می شود و صرف سلب این حق سبب نمی شود آن را ایجاب تلقی کنیم. (حقوق قراردادها در فقه امامیه/۲۴-۲۵). البته نظر مخالف در این خصوص که خود آگهی فروش، ایجاب محسوب می شود، و هریک از کسانی که بیشترین قیمت را در این خصوص ابراز دارد، اظهارش قبول تلقی می شود نیز قابل دفاع می باشد. حتی می توان در مورد عدول از چنین ایجابی نظر داد که طرف مزایده اگر به صورت معین باشد و مزایده کننده از مزایده خود عدول کند در صورت انجام هزینه هایی توسط طرف مقابل، مسؤول است و اگر طرف مزایده غیرمعین باشد مانند مزایده ای که از طریق آگهی در روزنامه به عمل می آید، ایجاب کننده در صورت عدول، مسؤول نیست.

توافق مقدماتی

طرفین ممکن است، قبل از انعقاد قرارداد اصلی مورد نظر و قبل از ایجاب و قبول آن، با یکدیگر طبق توافقشان، مذاکرات را جهت انعقاد قرارداد ادامه دهند و در این بین مقدماتی

را نیز در جهت قرارداد اصلی تهیه نمایند. مثلاً در خرید یک قطعه زمین، امکان نقل و انتقال فوری آن وجود ندارد زیرا فروشنده می بایست مقدمات این انتقال رسمی را فراهم نماید که مستلزم صرف وقت و هزینه است و متقابلاً خریدار نیز ممکن است به زمان و پول نیاز داشته باشد که بتواند ثمن معامله را تهیه نماید.

تمییز مرحله مقدماتی از ایجاب و قبول آسان نیست، زیرا گاه یکی از دو طرف وعده های مشروط دیگری را ایجاب می پندارد و به وسیله آن وسایل اجرای تعهد های ناشی از عقد را فراهم می آورد، در حالی که طرف دیگر خود را هنوز در مرحله مقدماتی و اندیشیدن می بیند. برای نمونه اختلاف بین شرکت هواپیمایی ایران (هما) و خلبان انگلیسی و دعوی طرح شده در این خصوص در دادگاه انگلستان، می تواند مصداق جالبی از این امر باشد. خلاصه دعوی این است که خلبان نماینده «هما» ضمن نامه ۲۶ ژوئن ۱۹۷۷ پیشنهاد مربوط به استخدام خلبان ... در شرکت هواپیمایی ملی ایران را به او اطلاع داده و خواسته است تا ظرف ده روز از تاریخ دریافت قبولی خود را اعلام کند. پس از وصول این نامه، خلبان ... در تاریخ ۳۰ ژوئن سمت پیشنهاد شده را پذیرفته و با تلکس به آقای ... اعلام کرده است. بدین ترتیب قرارداد استخدام با اعلام ایجاب و قبول واقع شده است و بر مبنای آن شرکت هواپیمایی ایران می بایستی خلبان ... را استخدام کند، ولی چون این قرارداد را نقض کرده است، بایستی خسارات ناشی از آن را که رقم عمده آن ۶۷ ماه دستمزد بیکاری ... است بپردازد، زیرا نامبرده به اعتماد این قرارداد از شغل سابق خود استعفاء داده است. ولی نامه خلبان ... (نماینده هما) شرایط ایجاب یک قرارداد الزام آور را ندارد، زیرا قاطع نیست؛ در آن آمده است که قبولی خلبان ... موکول به موفقیت او در آزمایش های پروازی است و شرکت همچنان در مرحله تدبیر است. پیشنهاد کامل نیز نیست زیرا قرارداد استخدام در حقوق ما از نظر شرایط اساسی تابع قرارداد عقد اجاره خدمات است و در آن می بایست مدت قرارداد و میزان دستمزد معین باشد. بدین ترتیب طرفین هنوز در مرحله مذاکرات مقدماتی هستند و هیچ انسان متعارفی به اعتماد مذاکره نیمه تمام خود با مؤسسه ای شغل کنونی خود را رها نمی کند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/۱-۲۳۴-۲۳۶).

در قراردادهای پیچیده و سنگین لزوم مذاکرات و توافق های مقدماتی بیشتر ظاهر می گردد زیرا برای ارائه پیشنهاد، طرف بایستی هزینه های زیادی را متحمل گردد و با مراکز و موسسات متعددی هماهنگی و رایزنی نماید. فرض کنید دولت تصمیم دارد ساخت خطوط راه آهن سریع السیر بین دو شهر را بر اساس قرارداد ساخت، بهره برداری و

انتقال (بی.او.تی) به یک پیمانکار خصوصی واگذار کند. برای اینکه پیمانکار خصوصی بتواند پیشنهاد معقولی ارائه نماید ضروری است مطالعات و بررسی های مفصلی در خصوص اقتصادی بودن پروژه، کسب موافقت اولیه موسسه های اعتباری و مالی جهت تأمین منابع مالی پروژه، رایزنی با پیمانکاران فرعی، بررسی شرایط بازار و تخمین میزان مشتریان آتی و غیره انجام گیرد. (شیروی، « توافق های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»/۶-۷).

بررسی فقهی مسئولیت ناشی از رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی

در فقه اسلامی منابع متعددی برای ضمانات و مسئولیت 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 مسئولیت پیش قراردادی را توجیه و در آن بکار می آید. با توجه به این که در مسئولیت 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 مسئولیت بکار نمی آید، لذا مواردی را که امکان شمول بر مسئولیت پیش قراردادی در آن وجود دارد را بررسی می کنیم.

۱- 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: «هرکس 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.» هرچند 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 اخذ بالسوم مشخص می شود که اخذ بالسوم که کالایی را قبل از انعقاد قرارداد برای بررسی اخذ می کند در صورت تلف کردن آن مسؤول می باشد. در واقع در این مورد اخذ بالسوم به دو لحاظ ضامن می باشد یکی از لحاظ قاعده ضمان ید و دوم از لحاظ قاعده اتلاف. ولی بدیهی است که بیش 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 اخذ بالسوم در صورتی که منجر به اتلاف توسط گیرنده شود، هم ضمان ید وجود دارد و هم ضمان اتلاف.

البته ذکر این امر ضروری است که «اخذ بالسوم» در قاعده اتلاف، نسبت به موضوع حاضر تنها در جایی بکار می رود که کالایی مستقیماً در اختیار پیش خریدار قرار گیرد و وی آن را تلف نماید. در نتیجه «اخذ بالسوم» و قاعده اتلاف در جایی که کالایی مستقیماً در اختیار پیش خریدار قرار نمی گیرد کاربرد ندارد. برای مثال چنانچه موجب فروش ۱۰ تن برنج را ایجاب کند و طرف قبول با توجه به اوضاع و احوال موجود، انباری را برای نگهداری از مورد معامله اجاره می کند اما پس از مدتی موجب از ایجاب خود رجوع می نماید و باعث ضرر طرف قبول می شود. بدیهی است که این امر در قالب «اخذ بالسوم» نمی گنجد ولی جزء مباحث مسؤولیت پیش قراردادی می باشد. بنابراین قاعده اتلاف برای اثبات مسؤولیت پیش قراردادی به نحوی اخص از مدعاست و تنها در جایی که کالایی مستقیماً در اختیار طرف مقابل قرار گرفته و سپس تلف شده به کار می رود.

همانطور که بیان شد با توجه به اینکه در فقه اسلامی، تنها جایی که قاعده اتلاف بتواند، مسؤولیت پیش قراردادی را اثبات نماید در بحث «اخذ بالسوم» بحث شده است لذا به بررسی این امر به طور مفصل می پردازیم. هرچند که امکان تلف شدن مال مورد معامله در هنگام توافق مقدماتی در غیر از بحث اخذ بالسوم نیز وجود دارد چنانکه اگر طرف پیش خریدار بدون اینکه مال را در دست بگیرد با عصبانیت و عدم توافق آن را تلف کند و هرچند در این جا در حیطة قاعده اتلاف قرار می گیرد ولی در قلمرو اخذ بالسوم قرار نمی گیرد، که البته این امر دور از ذهن است و فقها نیز به این موارد نپرداخته اند، لذا ما بحث را در قاعده اتلاف به «اخذ بالسوم» متمرکز می کنیم.

«سوم» در لغت به معنی عرضه کالا و ذکر ثمن از طرف بایع و درخواست و تقاضای فروش از طرف مشتری را گویند. کسی که کالایی را از دست بایع و یا از بساط او گرفته که در آن مطالعه کند و بسنجد و بعداً وارد مذاکره برای خرید آن شود این نوع از وضع ید بر مال غیر را «اخذ به سوم» گویند. (ترمینولوژی حقوق/۱۹).

در خصوص امانی یا ضمانتی بودن ید اخذ بالسوم، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها معتقدند ید اخذ بالسوم امانی است و لذا او مسؤول تلف و نقص کالای موجود در دست

خود نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط نموده و ید او تبدیل به ید ضمانی گردد. (مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان/۲/۷۶).

مشهور فقها معتقدند ید آخذ بالسوم ید ضمانی است. (جواهر الکلام/۳۷/۷۳؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد/۱/۳۶۵) دلیل اصلی ایشان استناد به قاعده علی الید می باشد و اخذ بالسوم را مشمول قاعده « علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» می دانند و عمومیت قاعده را به این مورد هم تسری می دهند. عده ای از حقوقدانان نیز به پیروی از نظر مشهور، ید آخذ بالسوم را ضمانی می دانند. به این استدلال که فروشنده، کالا را به این شرط به خریدار داده است که یا کالا را بردارد و ثمن را پرداخت نماید و یا خود کالا را مسترد نماید لذا ید او ضمانی است و تعهد به نتیجه دارد. دلیلی بر خارج کردن آخذ بالسوم از ماده ۳۰۱ قانون مدنی وجود ندارد. در ماده ۶۳۱ قانون مدنی نیز برای اینکه شخصی امین محسوب شود باید «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد» و چون گیرنده را قانون مدنی در هیچ متنی امین مالک قرار نداده است، باید او را مسؤول هر تلف و نقص دانست، اگرچه تقصیر نکرده باشد. (امامی، حقوق مدنی/۲/۱۷۰).

عده ای از فقها نیز آخذ بالسوم را ایراد و استثنایی بر قاعده استیمان دانسته اند که در آن با اینکه آخذ بالسوم امین است ولی باز هم مسؤول جبران خسارت وارده می باشد و ید آخذ بالسوم را ضمانی می دانند. (القواعد الفقهیه/۲/۱۱).

به نظر با توجه به اطلاق ماده ۶۳۱ قانون مدنی و همچنین اینکه اصل بر ضمانی بودن ید می باشد، نظر مشهور فقها صحیح به نظر می رسد. در خصوص نوع مسؤولیت نیز با عنایت به اینکه قراردادی هنوز منعقد نشده مسؤولیت 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 می دهد 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 مسؤول می باشد.

۲- 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 کار یا به علل دیگری تلف واقع می شود مثل اینکه چاهی در معبر عمومی می کند و دیگری در آن می افتد. (وقایع حقوقی/ ۲۹-۳۱). در تسبیب کاری که به مسبب نسبت داده می شود باید در نظر عرف عدوان و خطا باشد. اما برای شمول بحث تسبیب برای مسؤولیت 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؟ هرچند قانون مدنی از مواد ۳۳۱ الی ۳۳۵ به بحث تسبیب اختصاص داده شده است ولی تسبیب در هیچ یک از این مواد 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 الواسطه سبب می شود که مال غیر از بین برود. (محقق داماد، قواعد فقه/۱۱۷). از مباحث مطرح شده این عده، این طور برداشت می شود که در تسبیب می بایست حتماً مال مع الواسطه «تلف» شود و صرف ورود زیان برای تحقق تسبیب کفایت نمی کند. تا آنجا که فقها، اتلاف را به اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب تقسیم کرده اند و هر دو قسم را زیر یک عنوان بررسی نموده اند. ولی به هر حال در کلام آنها برای صدق عنوان تسبیب، خطا و عدوان می بایست وجود داشته باشد. (جواهر الکلام/۶/۹۴).

اما بیشتر حقوقدانان معتقدند اگر کسی زمینه «ضرر» برای دیگری را فراهم آورد مشمول قاعده تسبیب می شود. (مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا/۳۳؛ الزامهای خارج از قرارداد/۶۵۳-۶۵۴). برای مثال یکی از مبانی که تولیدکننده را در مقابل مصرف کننده مسؤول 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 مسؤوول است. همچنین این امر در موردی نیز که یک طرف با رجوع از ایجاب ملزم خویش به دیگری زیان رساند صادق و مطابق قاعده تسبیب ضامن می باشد. در واقع زیان زنده با رجوع 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.

۳- غرور

به موجب این قاعده هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگری بشود و از این رهگذر، ضرر و زبانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارات وارده برآید. هرچند شخص اول قصد فریب دادن شخص اخیر را نداشته و خودش نیز فریب خورده یا ناآگاه و در اشتباه بوده باشد. (القواعد الفقهیه/۲۲۵/۱). شخص اول را غارز (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 «غارز» اسم 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. (القواعد الفقهیه/۲۲۵/۱).

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. (شهابی، قواعد فقه/۹۳).

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 جهل 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، هرچند ترغیب کننده به ترتب ضرر بر آن عمل

جاهل باشد لذا این حالت نیز مشمول قاعده غرور می شود. (محقق داماد، قواعد فقه / ۱۶۹ - ۱۷۰).

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 جاهل به عدم انعقاد قرارداد نهایی باشد و برای انعقاد قرارداد آینده هزینه هایی متقبل شود و بعلاوه بتوان تقصیری به غار نسبت داد هرچند وی جاهل باشد و قصد فریب نداشته باشد، غار یا نقض کننده گفتگوهای مقدماتی، مسؤول 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 مسؤول می باشد. حتی می توان پا را فراتر از این نهاد و در خصوص ایجاب ساده نیز نظر داد که هرچند اصولاً موجب، حق رجوع از ایجاب را دارد ولی اگر طرف ایجاب قبل از قبول و به اعتماد ایجاب سابق هزینه هایی را نماید، 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 مسؤول قلمداد می شود. اما اگر چنین اقوال و اعمال تقصیر آمیزی را نتوان به موجب منتسب نمود، چنانکه به آن خواهیم پرداخت موجب مسؤول نیست و طرف قبول، به دلیل قاعده اقدام خود مسؤول می باشد و جهل وی نیز در خصوص « حق رجوع موجب» مسموع نیست.

۴- 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 غیرمنافی با مقتضای عقد و شروطی که در کتاب و سنت دلیلی بر منع آنها وارد نشده نگردیده جایز است. (جامع المقاصد فی شرح القواعد/ ۳۱/۷). 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. (المکاسب/۶/۱۶۶-۱۶۷). 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. (نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی/۱۷۳؛ شکاری، «شرط ابتدایی»/۷۳).

شرط بنایی یعنی شرطی که متعاقدين قبل از اجرای عقد پیرامون آن گفتگو نموده باشند لیکن هنگام انشاء عقد آن را ذکر نمی کنند. (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب/۱۱۹). برای مثال قبل از اینکه صیغه عقد بیع انشاء شود شرط کرده باشند متعاقدين خیار مجلس نداشته باشند. بعضی از فقها بلکه مشهور آن را شرط ابتدایی می دانند و به عقیده آنان از عموم «المؤمنون عند شروطهم» تخصیصاً یا تخصصاً خارج است. (شکاری، «شرط ابتدایی»/۷۳).

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. (اصفهانی، حاشیه بر مکاسب/۵/۱۷۱). امام خمینی نیز در مورد شرط بنایی در عقد نکاح بیان کرده اند: «ظاهر 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». (تحریر الوسیله/۲/۲۹۶).

برخی نیز برای صحیح و لازم الوفاء بودن شروط بنایی، علاوه بر توجیه فقهی، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی را در این خصوص بیان نموده اند. (نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی/۲۰۳).

۵- لاضرر

حدیث «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» در شرع در موردی وضع شد که شخصی از حق مالکیت خویش با سوء نیت به ضرر غیر استفاده می کرد ولی فقها به درستی آن را محدود به موردش ننموده و به موارد دیگر نیز سرایت داده اند. در اینکه لزوم جبران ضرر یا مسئولیت مدنی را نیز می توان از قاعده لاضرر استنباط کرد اختلاف نظر وجود دارد. به نظر مشهور فقها قاعده لاضرر اثبات ضمان نمی کند چون نقش لاضرر این است که حکمی را بردارد نه اینکه حکمی را ثابت کند. تا آنجا که برخی از فقها نظیر میرزای نائینی معتقدند

چنانچه لاضرر نقش اثباتی در احکام داشته باشد، لازمه آن تأسیس فقه جدید است. (منیه الطالب/۲/۲۲۱).

برخی معتقدند محدود کردن دایره لاضرر به نفی ضرر و عدم جعل ضمان موجب ضرر زیان دیده می شود. چنانکه رسول اکرم(ص) هنگام وضع حق شفعه برای شفیع جمله لاضرر و لاضرر را متذکر شدند. (محقق داماد، قواعد فقه/۱۶۰). برخی حقوقدانان نیز ضمن قبول اینکه همه ضررها را نمی توان جبران کرد معتقدند که محدود ساختن قلمرو اجرای قاعده «لاضرر» به نفی احکام از نقش اجتماعی آن در اجرای عدالت به شدت می کاهد و نهادی را که می تواند پایه اصلی همزیستی در اجتماع و جمع منافع و آزادی ها باشد در حصار از احتیاط و سنت گرایی زندانی می کند. (الزامهای خارج از قرارداد، ۱۵۵).

به نظر ما در دوران پیش قراردادی نیز چنانچه یکی از طرفین از ایجابی که ملزم به رعایت آن بوده رجوع یا با قطع گفتگوها و مذاکرات از انعقاد قرارداد نهایی خودداری کرده و از این طریق به طرف دیگر ضرر ناروا وارد نماید، برای مسؤولیت زیان زننده به قاعده «لاضرر» می توان استناد نمود. خصوصاً نقش «لاضرر» زمانی ممتاز جلوه می کند که سایر قواعد فقه از اثبات ضمان در مسئله ای خاص عاجز باشد. البته در مسئله حاضر، هم با قاعده لاضرر و هم با سایر قواعد نظیر غرور و تسبیب، ضمان زیان زننده اثبات شد.

مسؤولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب

بعد از تمایز ایجاب و دعوت به معامله، و عدم الزام آور بودن دعوت به معامله، باید دید آیا ایجاب قبل از قبول الزام آور و رجوع از آن موجب مسؤولیت می شود؟ متأسفانه قوانین موضوعه در کشور ما، موادی که بیان کننده مسؤولیت ناشی از رجوع از ایجاب باشد را مقرر ننموده و از این حیث خلاء قانونی محسوس می باشد، هر چند که فقهای مذاهب اسلامی در این خصوص نظراتی را ارائه نموده اند و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی می بایست با مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید. آنان که ایجاب را پیش از قبول الزام آور نمی دانند بیشتر به مفهوم «تراضی»، تکیه می کنند و معتقدند تراضی در صورتی واقع می شود که در لحظه ای معین دو اراده یک چیز را بخواهند و گرنه هر گاه یکی از دو اراده هنگام ضمیمه شدن دیگری به دلیلی از بین رفته باشد، اراده دیگر نیز اثری به بار نمی آورد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/۳۰۰/۱) برعکس کسانی که ایجاب را الزام آور می دانند، اعتقاد دارند که ایجاب خود به تنهایی یک عمل حقوقی

است و اراده ایجاب کننده نیز می تواند او را ملزم سازد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/۱/۳۰).

در این خصوص که آیا ایجاب الزام آور است یا خیر، باید بین ایجاب ساده و ملزم تمایز قایل شد. در خصوص ایجاب ساده باید گفت اصولاً ایجاب کننده تا زمانی که طرف مقابل، قبول خود را اعلام نکرده می تواند از ایجاب خود رجوع و عدول کند. در مورد ایجاب ملزم باید گفت که با توجه به اینکه موجب به صورت صریح و یا به دلالت قرائن مهلتی را برای ابراز قبول به مخاطب داده و حقی را در این خصوص برای وی قایل شده است، لذا موجب نمی تواند از ایجاب خود عدول نماید و همانگونه که از نام آن پیداست بدان ملزم می باشد، و در صورت رجوع و البته ورود خسارت مسؤول قلمداد خواهد شد.

مطابق کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین، استرداد یا رجوع از ایجاب در دو فرض قابل تصور است. اول، ایجاب که هنوز به مخاطب واصل نشده است؛ که بر طبق بند ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون اصل بر قابل رجوع بودن این نوع ایجاب است، حتی در صورتی که ایجاب به صورت غیر قابل رجوع اعلام شده باشد. دوم، ایجابی که به مخاطب واصل شده است؛ مطابق ماده ۱۶ کنوانسیون در این مورد هم اصل بر قابل رجوع بودن ایجاب است، البته قابل رجوع بودن ایجاب در این فرض تابع دو شرط است: ۱- نامه رجوع از ایجاب پیش از این که مخاطب، قبول خود را ارسال کند، به او برسد. ۲- ایجاب از مواردی که غیر قابل رجوع است نباشد. (حقوق بیع بین المللی/۴۰-۴۱).

اما سؤال اصلی این است اگر موجب در ایجاب ملزم، می بایست به ایجاب خویش ملتزم باشد، آیا در صورت عدول می بایست خسارت دهد یا به هیچ وجه نمی تواند عدول کند و قبول لاحق قبول کننده عقد را واقع می سازد؟

با توجه به اینکه عقد به تراضی طرفین واقع می شود، این رضا تا هنگام انعقاد عقد می بایست وجود داشته باشد و نمی توان کسی را مجبور به انعقاد عقد کرد. در خصوص ایجاب ملزم با توجه به اینکه قصد ضمنی موجب مبتنی بر این امر بوده است که موجب می بایست در مدت مقرر ایجاب خویش را حفظ نماید و در صورت عدم نگهداری، در صورت زیان طرف مقابل مسؤول زیان ناشی از اقدام خویش است، می توان نظر داد که موجب مجبور به انعقاد عقد نیست. ایجاب ساده را نمی توان با نظریه تعهد یک طرفی توجیه کرد چرا که تعهد یک طرفی خلاف اصل است و تنها از ایقاعاتی که صریحاً در قانون بیان شده تعهد حاصل می شود ولی در ایجاب ملزم که موجب خود را متعهد به نگهداری دانسته است

در صورتی که از رجوع و عدول خود زبانی به طرف مخاطب وارد آید وی طبق عموماً مسؤولیت مدنی مسؤول تلقی می شود.

با این حال برخی حقوقدانان معتقدند مسؤولیت پیش قراردادی به معنی عام، واسطه بین دو گروه مسؤولیت قراردادی و قهری است. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها/۴/۱۳۴-۱۳۵). به نظر می رسد هر جا که هنوز عقدی واقع نشده است، از جمله در ایجاب ملزم، اگر یکی از طرفین با تقصیر خویش به دیگری زیان وارد نماید، مطابق قواعد ضمان قهری و الزامات خارج از قرارداد مسؤول می باشد. منتها ارکان مسؤولیت قهری یعنی تقصیر، رابطه سببیت و ورود زیان می بایست توسط زیان دیده اثبات گردد. اما نمی توان تا آنجا پیش رفت که شخص موجب را در ایجاب ملزم، الزام به انعقاد قرارداد نمود چرا که اصل بر آزادی اشخاص تا هنگام انعقاد قرارداد است و قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۳۵ به دلیل اهمیت اجتماعی نکاح، حتی وعده ازدواج یا نامزدی را که یک توافق مقدماتی دو طرفه می باشد لازم الاتباع ندانسته است.

مسؤولیت مدنی ناشی از رجوع از توافق مقدماتی

در برخی کشورها برای مسؤولیت پیش قراردادی، نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» به عنوان مبنا مطرح شده است. نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» بیانگر آن است که اگر هر طرف در دوره پیش قراردادی با عملکرد نکوهیده خود مانع از رسیدن به توافق نهایی شود یا سبب بی اعتباری آن گردد، در برابر دیگری مسؤول است و باید زبانی را که او با اتکا بر قرارداد آینده یا اعتبار آن تحمل کرده، جبران کند. واضح آلمانی این نظریه یعنی ایرینگ به تشریح مقصود خود از رفتار نکوهیده پرداخته، ولی شارحین آن بدون اختلاف، منظور از رفتار قابل سرزنش را هر رفتاری می دانند که برخلاف حسن نیت باشد. به همین جهت در حقوق بیشتر کشورها به این نظریه از دیدگاه دکترین حسن نیت نگاه می شود. پس هر چند رفتار نکوهیده ای که طبق این نظریه در روند گفتگوهای مقدماتی سبب مسؤولیت می شود به تقصیر ترجمه شده، ولی رفتار خلاف حسن نیت ملازمه با تقصیر به معنی خاص آن ندارد. استفاده از این واژه نباید موجب شود که آن را زیر مجموعه نظریه مشهور تقصیر در قواعد عمومی مسؤولیت مدنی پنداریم. (طالب احمدی، «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی»/۱۵۵-۱۵۶).

در حقوق ما نظریه «تقصیر در گفتگوهای مقدماتی» را برای مسئولیت مدنی ناشی از نقض پیش قرارداد نمی توان بکار برد. زیرا همانطور که بیان شد، در این نظریه رفتار خلاف حسن نیت ملاک می باشد که حسن نیت مفهومی است که حقوق کشور ما چندان با آن مأنوس نمی باشد.

در واقع در حقوق کشور ما نیز همانند حقوق انگلیس، حسن نیت به عنوان یک قاعده کلی حاکم بر همه قراردادهای منعقد، پذیرفته نشده است. هر چند در موارد منصوصی مانند جواز مراجعه به بایع برای گرفتن غرامت ها در صورت جهل اصیل به فضولی بودن معامله، صحیح بودن معاملات منعقد از سوی وکیل بعد از عزل، ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک و... می توان به عنوان مصادیقی از اصل حسن نیت در حقوق ایران اشاره نمود. (اصغری آقمشهدی و ابوتی، «حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق انگلیس و ایران»/۴۸).

اگر از مذاکرات مقدماتی، به دلیل امتناع طرف دیگر از ادامه مذاکره یا عدم انعقاد قرارداد نهایی، زیانی به یک طرف وارد شود، اینکه این زیان قابل مطالبه است یا خیر، باید گفت قانون مدنی هرچند نص صریحی در این خصوص ندارد ولی در ماده ۱۰۳۵ در خصوص نامزدی مقرر می دارد: «... بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید».

ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ ضمن اصلاحاتی در قانون مدنی حذف شد. اما به نظر می رسد علت موجه شرعی و فقهی برای این حذف وجود ندارد، چرا که این گونه خسارات طبق شرع و قانون قابل مطالبه است و در این مورد قانون مدنی با موازین شرعی مطابقت داشته است، زیرا فرض مسأله در ماده فوق این است که طرفی که به او وعده نامزدی داده شده است خود یا کسانی با این وعده مغرور شده و مخارجی را متحمل می شوند که با بهم خوردن نامزدی از این رهگذر متضرر می گردند. (بررسی فقهی حقوق خانواده/۳۵).

در خصوص مذاکرات نیز می توان این قاعده کلی را بیان کرد که صرف امتناع از مذاکره یا عدم انعقاد قرارداد بعد از مذاکره موجب مسئولیت امتناع کننده نیست ولی چنانچه امتناع کننده از این حق خود سوء استفاده کرده و باعث زیان طرف دیگر شود در صورت احراز ارکان مسئولیت مدنی خارج از قرارداد یعنی تقصیر، رابطه سببیت و زیان وارده وی مسؤول می باشد.

در حقوق کشور ما، به نظر می‌رسد که برای مسؤؤل قلمداد کردن متخلف در دوره پیش قراردادی نظریه تقصیر که در ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی بکار رفته به عنوان قاعده عام حاکم می‌باشد. یعنی خواهان می‌بایست علاوه بر ورود زیان و رابطه سببیت بین زیان وارده و فعل زیانبار، تقصیر خواننده را نیز مطابق قواعد عام مسؤولیت مدنی اثبات کند. در واقع این امر به وسیله نظریه «سوء استفاده از حق» که رابطه تنگاتنگی با قاعده «لاضرر» دارد توجیه می‌شود و طرف گفتگو نمی‌تواند با این عنوان که چون هنوز عقدی منعقد نشده از حق خویش برای عدم انعقاد قرارداد و نادیده گرفتن مذاکرات مقدماتی سخن گوید.

اصل چهلم قانون اساسی نیز بیان می‌کند: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» البته از این اصل قانون اساسی نمی‌توان استنباط کرد که تنها مصداق و یگانه مورد سوء استفاده از حق موردی است که در آن «قصد اضرار» وجود داشته باشد. در واقع ضابطه محوری در سوء استفاده از حق لاضرر و نفی ضرر می‌باشد. چنانکه ماده ۱۳۲ قانون مدنی این ملاک را مد نظر قرار داده و مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع تضرر از خود باشد.» (سوء استفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی/ ۲۰۳-۲۰۴).

نتیجه

مسؤولیت ناشی از ایجاب در ایجاب ساده و ملزم جداگانه بررسی شد. در خصوص ایجاب ساده باید گفت اصولاً ایجاب کننده تا زمانی که طرف مقابل قبول خود را اعلام نکرده می‌تواند از ایجاب خود رجوع و عدول کند. اما در ایجاب ملزم که در آن ایجاب کننده ایجاب را انشاء می‌کند و برای ابراز و انشاء قبول توسط طرف مقابل به صراحت یا به دلایل قرائن مهلتی معین می‌نماید، موجب نمی‌تواند در این مهلت از ایجاب خود عدول نماید و در صورت عدول مسؤولیت غیرقراردادی دارد. در مذاکرات مقدماتی ای که طرفین خصوصاً در قراردادهای پیچیده می‌نمایند، در صورتی که یکی از طرفین بعد از توافقات مقدماتی، از ادامه مذاکره و انعقاد قرارداد نهایی خودداری کند و طرف دیگر نیز برای این تمهیدات هزینه‌هایی را انجام داده باشد، نقض کننده و رجوع کننده، مسؤؤل می‌باشد منتها از نوع مسؤولیت غیرقراردادی چراکه هنوز هیچ گونه قراردادی منعقد نشده است. منتهای مراتب نمی‌توان موجب را در ایجاب ملزم بدلیل مقرر کردن مهلت و طرف گفتگوی مقدماتی را به دلیل

گفتگوهای رد و بدل شده، الزام به انعقاد عقد نمود چرا که اصل آزادی اراده اشخاص تا هنگام انعقاد قرارداد و اصل احترام به اراده طرفین قرارداد ایجاب می کند که در قراردادها نبایستی هیچ گونه تحمیلی در انشاء و توافق طرفین صورت گیرد. در واقع ایجاب و توافق مقدماتی علی الاصول الزام آور نبوده و از این رو حق رجوع از آن برای اشخاص وجود دارد. اما در صورتی که از رجوع خسارتی به طرف مقابل وارد شود در اینکه می توان رجوع کننده را مسؤول جبران آن دانست یا خیر؛ نتیجه بررسی های به عمل آمده در این تحقیق نشان دهنده آن است که آزادی اشخاص برای رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی ملازمه با نفی مسئولیت آنها برای جبران خسارت ندارد و در صورتی که حسب مورد شرایط قانونی برای مسؤول دانستن شخص وجود داشته باشد، می توان او را مسؤول دانست. از نظر فقهی نیز با استناد به قواعد اتلاف، تسبیب، غرور، لاضرر، مسؤولیت و ضمان تخلف در دوره پیش قراردادی برای متخلف ایجاب می شود و شرط بنایی و مفاد بنایی نیز نشان می دهد که گفتگوهای مقدماتی در دوره پیش از انعقاد قرارداد نیز دارای ضمانت اجرا می باشد.

منابع

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و ابوئی، حمید رضا، **حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق انگلیس و ایران**، اندیشه های حقوق خصوصی، شماره دوازدهم، سال پنجم، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه بر مکاسب**، ج ۵، قم، موسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۲۳، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۹۰.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، ج ۲، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۷۸.
- انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، ج ۶، چ ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
- بجنوردی، سید حسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، چ ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
- بجنوردی، سید محمد، **قواعد الفقهیه**، ج ۲، چ ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
- بهرامی احمدی، حمید، **سوء استفاده از حق؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی**، چ ۳، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷.
- جعفری تبار، حسن، **مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا**، چ ۱، تهران، نشر دادگستر، مهرماه ۱۳۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۲۴، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
- _____، **دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت**، چ ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
- خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، ج ۲، چ ۱۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶.
- خوانساری، شیخ موسی، **منیه الطالب**، چ ۲، تهران، چاپ سنگی، بی تا.

- شکاری، روشنعلی، شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۹، بهار ۱۳۷۷.
- شهبابی، محمود، قواعد فقه، ج ۵، تهران، انتشارات فرد، ۱۳۴۱.
- شیروی، عبدالحسین، توافق های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا، اندیشه های حقوقی، سال اول، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
- صفایی، حسین و سایرین، حقوق بیع بین المللی، زیر نظر حسین صفایی، ج ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران، نشر میزان، پائیز ۱۳۸۳.
- طالب احمدی، حبیب، تقصیر در گفتگوهای مقدماتی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دور اول، شماره سوم، ۱۳۸۸.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، تهران، انتشارات فرهنگ نما، ۱۳۸۸.
- قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۸، تهران، نشر دادگستر، بهار ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۸، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ج ۸، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳ و ۴، ج ۵، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- _____، وقایع حقوقی، ج ۱۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱ و ۷، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، ج ۱۵، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- _____، قواعد فقه؛ بخش مدنی، ج ۱۶، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- _____، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، ج ۲، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- محقق داماد، سید مصطفی، و سایرین، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، ج ۱، قم، پژوهشگاه حوزه و