



Termination of Pre-Contractual Negotiations and Commitment to Non-Disclosure of Secrets in View of the Approach of European Contract Law Principles

Seyedeh Maryam Asadinejad  PhD student in private law, Department of Law, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran. E-mail: med88.asadinejad@gmail.com

Javad Vahedizadeh *  *Corresponding Author*, Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law, Department of Theology, Jurisprudence and Fundamentals of Law, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran. E-mail: ja.vahedi.zadeh@iauardabil.ac.ir

Alireza Salehifar  Assistant Professor of International Trade Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Khwarazmi University, Tehran, Iran. E-mail: salehifar@khu.ac.ir

Article Info

Article Type:

Reserch Article

Keywords:

Negotiation, mediation,
Criminalization,
disclosure of secrets,
sufficient agreement.

Article history:

Received 2024-4-21

Received in revised form
2024-8-22

Accepted 2024-11-6

Published Online
2024-12-16

ABSTRACT

The rules of international trade and diplomacy recommend negotiation before establishing and concluding any agreement and contract, which, like mediation and other alternative solutions, facilitates an adequate agreement and binding contract. Of course, negotiation may not lead to an agreement. Because the parties are not required to conclude a contract based on the principle of freedom of contracts. The present article, with a descriptive-analytical research method, examined the concept of negotiation and its difference with mediation, from the rights regarding termination of negotiations and the executive guarantee of keeping trade secrets, in the principles of European contract law and Iranian law. The question of the article was what executive guarantee exists regarding the disclosure of commercial or political secrets of one of the parties due to the termination of negotiations? The findings have shown that if the termination of the negotiation leads to the disclosure of the commercial and political secrets of the other party, this is against good faith, and Disclosure agents, according to the general rules of civil responsibility, are required to compensate for the damage caused, which seems to be from the examples be considered a fault.

Cite this Article: Asadinejad, S. M., vahedizadeh, J., & salehifar, A. (2024). Termination of negotiations and confidentiality in pre-contractual negotiations, in European law. *World Politics*, 13(3), 285-305. doi:10.22124/wp.2023.23931.3155



© Author(s)

Publisher: University of Guilan

DOI: 10.22124/wp.2023.23931.3155

1. Introduction

According to the current rules in the field of global trade and diplomacy, before concluding any agreement and contract, the parties negotiate directly and indirectly. Negotiations such as mediation and other alternative solutions, such as good offices, provide the necessary facilities for an adequate agreement and binding contract. Of course, negotiation or mediation may not lead to an agreement, because the parties are not required to conclude a contract based on the principle of freedom of contracts. In this situation, any of the parties may stop the negotiation without any reason, or delay the negotiation unnecessarily and prevent the settlement of the dispute or reach an agreement and contract. On the other hand, some natural or juridical persons did not intend to make an agreement from the beginning, or they may refuse to make an agreement and contract for various reasons to protect their personal interests and act against good faith and fair behavior. The present study, with the aim of investigating executive guarantees related to the disclosure of commercial and political secrets of the parties following the termination of negotiations, under the laws regarding the termination of negotiations, investigates the provisions of the principles of European contract law and Iranian law. The present article has been carried out by descriptive and analytical and library research methods.

2. Theoretical Framework

It should be noted here that although many articles have been written in relation to negotiation, a detailed article has not been presented in relation to the topic and question raised in this article.

3. Methodology

In this article, with a comparative approach and with a descriptive and explanatory research method and using library and internet sources, negotiation and its process that leads to a contract or an adequate agreement and its difference with mediation, termination rights, and guarantees The implementation of the protection of trade secrets of the parties has been discussed in terms of the principles of European contract law and Iranian law.

4. Results & Discussion

Based on the principle of freedom of contracts, the parties are not only free to enter into a contract or any agreement, but they are also free about the time and place of negotiation before concluding it and how to conduct the negotiation and its duration and process. However, the rights of the parties regarding the process of negotiation and reaching an adequate agreement are limited and must be based on good faith and fair behavior. If one of the parties deliberately or inadvertently or simply based on the change in the economic, political and social situation, puts forward new conditions regarding the agreement and sufficient conclusion of the contract in the

negotiation, in a way that causes the negotiation to be prolonged and then terminated, and his behavior is In such a way that causes the disclosure of commercial and political information of the other party, it acts against the rule of good faith and public laws, and according to the laws of civil liability, it will be required to compensate for damages.

5. Conclusions & Suggestions

It seems that all the cases mentioned by the principles of European contract law, It is considered as one of the cases and examples of fault. Therefore, if a person enters the negotiation from the beginning without the intention of agreement and the intention of concluding a contract, Or, after starting the negotiation, he no longer intends to agree and he made another decision, but continued to negotiate against good faith, then at a critical stage, he interrupted the negotiation, he is considered to be at fault and is required to compensate for the damage caused. Although termination of negotiations is the negotiator's right, but if he abuses this right and by termination of negotiations, he has caused the disclosure of commercial, economic, political or even family secrets of the other party, according to the rule of Harm in Islam and the general rules of civil liability, he is required to compensation for the damage.

سیاست جهانی

شاپا چاپی: ۲۳۸۳-۰۱۳۳
شاپا الکترونیکی: ۴۵۳۸-۴۸۹۹

Homepage: <https://interpolitics.guilan.ac.ir/>

قطع مذاکرات و رازداری در مذاکرات پیشا قراردادی، در حقوق اروپا

سیده مریم اسدی نژاد دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران.
رایانامه: med88.asadinejad@gmail.com

جواد واحدی زاده* نویسنده مسئول، استادیار فقه و حقوق اسلامی، گروه الهیات و فقه و مبانی حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران. رایانامه: ja.vahedi.zadeh@iauardabil.ac.ir

علیرضا صالحی فر استادیار حقوق تجارت بین الملل، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. رایانامه: salehifar@khu.ac.ir

در باره مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشی	امروز در عرصه جهان تجارت و دیپلماسی، قبل از انعقاد هرگونه توافق و قراردادی، طرفین به طور مستقیم و غیر مستقیم اقدام به مذاکره می‌کنند. مذاکره مانند میانجیگری و سایر راهکارهای جایگزین زمینه را برای توافق کافی و قرارداد لازم الاجرا فراهم می‌کند. البته مذاکره ممکن است منجر به توافق نگردد. در این صورت چه ضمانت اجرایی در خصوص افشاء اسرار تجاری و یا سیاسی یکی از طرفین در اثر قطع مذاکره وجود دارد؟ این مقاله با رویکرد تطبیقی و به روش تحقیق تبیینی و به بررسی توصیفی مذاکره و تفاوت آن با میانجی‌گری، از حقوق راجع به قطع مذاکره و همچنین ضمانت اجرای حفظ اسرار تجاری طرفین در مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران می‌پردازد. چنانچه قطع مذاکره به گونه‌ای بوده که موجب افشاء شدن اطلاعات تجاری و سیاسی طرف مقابل می‌گردد، خلاف حسن نیت عمل کرده و طبق قواعد عام مسئولیت مدنی ملزم به جبران خسارت خواهد بود. همه مواردی که در اصول حقوق قراردادهای اروپا ذکر شده است از موارد و مصادیق تقصیر محسوب می‌گردد.
کلیدواژه‌ها: مذاکره، میانجیگری، افشاء اسرار، قرارداد.	
تاریخچه مقاله تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۲/۱۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۶/۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۹/۲۶	

استناد به این مقاله: اسدی نژاد، سیده مریم، واحدی زده، جواد & صالحی فر، علیرضا (۱۴۰۳). قطع مذاکرات و رازداری در مذاکرات پیشا قراردادی، در حقوق اروپا. *سیاست جهانی*. ۱۳(۳)، ۲۸۵-۳۰۵. doi:10.22124/wp.2023.23931.3155

© نویسنده(گان)

ناشر: دانشگاه گیلان



طرفین به جای مراجعه به دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی، می‌توانند از سامانه‌های غیر قضائی و یا شبه قضائی که به آنها راهکارهای جایگزین^۱ گفته می‌شود، برای حل و فصل اختلاف استفاده کنند. این شیوه‌ها چون مبتنی بر تراضی طرفین و با هدف جلوگیری از بروز اختلاف در آینده و حل و فصل اختلاف موجود بوده و چون جایگزین مراجعه به دادگاه و رسیدگی قضائی محسوب می‌گردند، از این حیث جزء شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف به شمار می‌آید. بنابراین شیوه‌های جایگزین به مجموعه روش‌هایی اطلاق می‌شود که جایگزین «رسیدگی قضائی» در دادگاه گردیده و حل و فصل اختلاف، معمولاً توسط طرفین بدون دخالت شخص دیگری و یا شخص یا اشخاص ثالث بی طرف که توسط طرفین انتخاب می‌شوند، صورت می‌گیرد. این روش‌ها اغلب (و نه همه) دارای ماهیت غیر قضائی و غیر دولتی بوده و از خصوصیات ماهوی آن می‌توان انعطاف‌پذیری این شیوه‌ها، سریع و کم هزینه بودن، استفاده از افراد متخصص و مورد اعتماد طرفین به عنوان ثالث بی طرف و همچنین فراهم آوردن موجبات انجام مذاکرات و گفتگوها در محیطی دوستانه و محرمانه نام برد. آنچه موجب ایجاد چنین امتیازاتی برای شیوه‌های جایگزین گردیده اصول و قواعد حاکم بر این روش‌هاست. راهکارهای جایگزین عبارتند از مذاکره، داوری، میانجیگری، مساعی جمیله و غیره. هر کدام از راهکارهای حل و فصل و پیش قرارداد دارای مزایا و معایبی هستند. علاوه بر این قبل از هر قرارداد و یا انعقاد هر تفاهم‌نامه و یا صلح‌نامه طرفین با یکدیگر مذاکره می‌کنند. هدف از مذاکره ارزیابی طرفین نسبت به یکدیگر است. مذاکره مانند میانجیگری نه تنها یکی از راهکارهای حل و فصل اختلاف بوده بلکه تسهیلات لازم را برای حصول توافق و انعقاد قرارداد فراهم می‌کند.

از میان همه راهکارهای جایگزین، مذاکره دارای مزایای بیشتر و معایب کمتری است که در این مقاله به آن اشاره می‌شود. مذاکره، نقش اساسی و تعیین‌کننده‌ای در ایجاد قرارداد پایدار و لازم‌الاجرا از حیث شکلی و ماهوی و محتوا داشته، به طوری که طرفین بدون واسطه و دخالت اشخاص ثالث و بیگانه دور هم جمع شده تا به توافق برسند. در حالی که استفاده از سایر راهکارها که معمولاً با دخالت اشخاص ثالث صورت می‌گیرد، معایب زیادی از جمله افشاء اسرار و یا طولانی شدن دعوا را خواهد داشت. اما مذاکره چنین نیست با این حال ممکن است هر یک از طرفین بدون دلیل اقدام به قطع

1 ADR(Alternative Dispute Resolution)

مذاکره کند و یا موجب اطاله بی مورد مذاکره شده و مانع از حل و فصل اختلاف و یا حصول توافق و قرارداد گردد. در این صورت، سؤال این است که چنانچه قطع مذاکره به هر علتی صورت گیرد و به طرف مقابل خسارت وارد گردد و یا اسرار تجاری او افشاء گردد، در این صورت زیان دیده از حقوقی برخوردار بوده و تحت چه شرایطی می‌تواند مطالبه خسارت کند؟ بنابراین هدف اصلی نگارش این مقاله ضمن بیان اهمیت مذاکرات قبل از قرارداد و تاثیر گذاری آن در حل و فصل اختلاف بیان آثار گفتار و رفتار طرفین در صورت نقض تعهد راجع به آنها و افشاء اسرار طرفین است که زمینه را برای مطالبه خسارت فراهم می‌کند در مذاکره گاهی اوقات ممکن است برخی از اشخاص از ابتدا قصد ایجاد توافق نداشته و با چنین قصدی وارد مذاکره شده باشند و یا ممکن است به دلایل مختلف از جمله تغییر اوضاع و احوال اقتصادی و سیاسی و اجتماعی صرفاً برای حفظ منافع شخصی از انجام توافق و قرارداد خودداری کند و بالاخره ممکن است خلاف حسن نیت و رفتار منصفانه عمل کند در این صورت به نمی‌توان به کناره گیری یک طرف از مذاکره بی تفاوت شد. در اینجا لازم است متذکر گردد که هر چند در رابطه با مذاکره مقالات متعددی نوشته شده است اما در رابطه با موضوع و سوال مطرح شده در این مقاله، به تفصیل مطلبی مشاهده نشده است.

ادبیات پژوهشی

غفاری و هاشمی و صدیقیان، در مقاله ای با عنوان مسئولیت نقض مذاکرات پیش قراردادی (ارکان، اصول و آثار آن) را در حقوق ایران و انگلیس در مجله ماهنامه جامعه شناسی ایران در سال ۱۴۰۱ به چاپ رسانده اند. همچنین هدیه حبیبیان و علیرضایزدانیان و داراب پورمحراب و سیدمحمدرضا آیتی مقاله ای با عنوان مسئولیت مذاکره کنندگان در مرحله پیش قراردادی بر مبنای اسناد بین‌المللی، سیستم های حقوقی پیشرو (حقوق آلمان، فرانسه و انگلیس) و حقوق ایران را در مجله حقوق پزشکی سال ۱۴۰۱ به نگارش درآورده اند. همچنین سیدعلی سید دارابی و رضا حسین گندمکار و عزیزاله فهینی و عزت اله گنج خانلو، مقاله ای با عنوان مسئولیت ناشی از مذاکرات پیش قراردادی با نگاهی به کامن لا و فقه امامیه در مجله جامعه شناسی حقوق در سال ۱۴۰۱ تالیف نموده اند.

رهیافت نظری

۱. مفهوم و کلیاتی در مورد مذاکره^۱

به معنی گفتگو کردن درباره کاری یا امری است. مذاکره، مصدر از باب مفاعله بوده که در آن حداقل دو نفر و یا دو طرف هستند و درباره امر مشترک و مورد نظر چانه زنی می کنند. مذاکره، نوعی فرایند حل و فصل اختلاف است که از طریق آن، طرفین بدون واسطه و دخالت اشخاص ثالث به طور مستقیم دور هم جمع شده تا به توافق برسند. این شیوه، ساده ترین و قدیمی ترین و همچنین نخستین گام برای حل و فصل اختلاف است. رغبت و تمایل طرفین موجب می گردد که به این شیوه روی آورند. همان طور که گفته شد، در این شیوه پای شخص ثالث در میان نیست. بدیهی است که عدم دخالت اشخاص ثالث به عنوان میانجی در حل و فصل اختلاف، موجب می گردد تا اسرار تجاری طرفین محفوظ مانده و در این صورت شاید مجدداً طرفین به تعامل با یکدیگر بپردازند. در برخی از مقررات بین‌المللی، تأکید شده که در صورت اختلاف، ابتدا موضوع از طریق مذاکره حل و فصل گردد. به همین دلیل و با توجه به ویژگی های آن بر سایر شیوه های جایگزین مقدم دانسته شده است (Mortazavi, 2012: 33). در هر صورت مذاکره با میانجیگری متفاوت است. میانجیگری، آدر لغت به معنی وساطت و واسطه شدن میان دو نفر است (Amid, 2010: 60). در این شیوه، طرفین تراضی می کنند که شخص ثالث که یک شخصی است مورد اعتماد طرفین به عنوان میانجی از طریق تشکیل جلسات متعدد، در واقع زمینه را برای حل و فصل اختلاف تسهیل و هموار نماید. میانجیگر، مانند داور نیست و نمی تواند تصمیم و رای خود را در قالب حکم و یا رای به طرفین تحمیل نماید، ولی میانجیگر دخالت مستقیم می نماید و برای رسیدن به هدف او، باید صبر و تحمل زیادی داشته و با اعمال نفوذ در طرفین آنها را برای حل و فصل مسالمت آمیز ترغیب نماید. به طور معمول، میانجیگری در مواردی است که طرفین به علت عدم تمایل، حاضر به ارتباط و مذاکره مستقیم نبوده و در واقع از مذاکره قطع امید کرده اند. میانجیگر با دخالت مستقیم ابتدا برای درک دیدگاه طرفین با هر کدام از آنها به صورت خصوصی دیدار کرده و به نظرات آن ها گوش داده تا علایق و منافع مشترک آنها را دریافت نموده سپس بر اساس آن، راهکار ارائه نموده و طرفین را به انجام مذاکره مستقیم ترغیب و در تمامی فرایند حل و فصل اختلاف کمک می کند. در واقع، میانجی نقش پیشنهاد دهنده و مشاور را ایفاء می کند. البته تصمیم گیری را به طرفین واگذار می کند (Kuper, 1988).

¹- Negotiation

²- Mediation

36). برای اینکه میانجیگری نتیجه مطلوب بدهد، لازم است به صورت محرمانه صورت گیرد. در غیر اینصورت، ممکن است میانجیگری، منجر به حل و فصل اختلاف نشود. با توجه به ماهیت میانجیگری، به کار بردن آن در هر مورد و یا در هر مرحله امکان پذیر بوده، به طوری که از این شیوه حتی در هنگام دادرسی قضائی و داوری و مذاکره برای حصول توافق می توان استفاده کرد. در هر صورت میانجیگری، در حل و فصل اختلاف، میانجیگری در کار خیر است. به همین دلیل رسول اکرم فرمودند: «بهترین مردم کسی است که به مردم سود برساند. آنان را به هم نزدیک کند و در امر خیر آن ها را یاری کند»^۱ (Nouri, 1940: 390).

در هر صورت، بهترین راهکار برای حصول توافق، مذاکره است. نه تنها ساده ترین و ارزان ترین راهکار بوده، بلکه مانع از افشاء اسرار تجاری و یا سیاسی طرفین می گردد. در همه نظام های حقوقی، توافق بین طرفین سنگ بنای هر قراردادی را تشکیل می دهد. امروزه نیز در دکترین قراردادهای نوین، توافق به عنوان شرط اولیه برای مسئولیت قراردادی است. انعقاد قرارداد که توافق انجام می شود مبتنی بر اصل آزادی قراردادی است. تشخیص توافق بین طرفین، گاهی اوقات بسیار دشوار است. به طور خلاصه، بر اساس نگرش و رویکرد ذهنی باید گفت توافق مستلزم درک متناظر طرفین است. بر این اساس، همفکری^۲ واقعی طرفین بر انجام و ترک انجام فعلی توافق گفته می شود. اما بر اساس رویکرد و نگرش عینی و نوعی قصد واقعی طرفین در برخی از موارد نادیده گرفته می شود و اغلب به اظهارات و رفتار آن ها توجه می شود (Cartwright, 2014: 17).

هم در حقوق ایران و هم در مقررات اصول حقوق قرارداد های اروپا، برای چگونگی انعقاد قرارداد از دو الگوی سنتی و نهاد قدیمی، یعنی ایجاب یا پیشنهاد و قبول استفاده کرده و از این طریق مرز میان قرارداد و غیر قرارداد و یا مذاکرات صرف را مشخص کرده اند. قانون گذار ایرانی، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و مقررات اصول حقوق قرارداد های اروپا در ماده ۱۰۲-۲ مهم ترین و اساسی ترین عنصر تشکیل دهنده قرارداد را قصد انشاء و قصد التزام آور قانونی و یا قصد ایجاد رابطه قانونی اعلام کرده اند. ولی قصد، در صورتی موثر است که ابراز گردیده و به وسیله رسانه هایی به مخاطب اعلام گردد. این قصد، از طریق ایجاب و قبول، به هر وسیله ای مطرح می گردد. ولی قبل از هر چیز لازم است از مذاکرات قبل از قرارداد بحث کنیم. سپس در مورد ایجاب و قبول به عنوان دو عنصر اساسی عقد بحث نماییم.

۱ - خَيْرُ النَّاسِ مَنْ نَفَعَ وَ وُصِّلَ وَ أَعَانَ.

2- Meeting of minds

۲. مذاکرات قبل از قرارداد و تعهد به عدم افشاء اطلاعات

اصل آزادی قراردادی، براساس اصل حاکمیت اراده از هنگام شروع به مذاکره قبل از عقد تا پایان تشکیل عقد در همه موارد جاری است، مگر اینکه توافقی خلاف قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه شده باشد. بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر نظریه قاعده لزوم شروط است، (Mohaghegh-e-Damad, 2008: 27) می توان گفت تردیدی در لزوم احترام به اراده مشترک طرفین نیست. بنابراین، بر اساس اصل آزادی که سنگ بنای حقوق قرارداد است، طرفین می توانند قبل از انعقاد قرارداد، ابتدا اقدام به تشکیل جلسات متعدد برای انجام مذاکرات کنند. بدیهی است همان طور که طرفین بر اساس اصل آزادی قرارداد، می توانند وارد مذاکرات شوند، می توانند از ادامه مذاکرات به طور موقت و یا دائمی خودداری کنند. در هر صورت، مذاکرات ممکن است منجر به قرارداد نشود. با این حال ممکن است این سوال مطرح می شود که آیا طرفین، موظف به عدم افشاء اطلاعات دریافتی هستند یا خیر؟. واقعیت این است که در این رابطه، ممکن است طرفین قراردادی جهت تعهد به عدم افشاء اطلاعات محرمانه منعقد نکنند. در نتیجه، یکی از طرفین از اطلاعات به دست آمده به بهانه ارزیابی برای اهداف خود سوء استفاده نموده و یا آن را افشاء و یا در نگه داری آن سهل انگاری کند.

در مورد اهمیت بررسی مذاکرات قبل از قرارداد، لازم است گفته شود که مذاکرات قبل از قرارداد به عنوان مذاکرات ابتدایی در برخی از موارد، نقشی تعیین کننده در تشخیص قصد مشترک طرفین در تفسیر قرارداد به عنوان یکی از عوامل اوضاع و احوال مرتبط دارد. ماده ۱۰۲-۵ مقررات اصول حقوق قرار دادهای اروپا نیز به آن اشاره کرده است که در جایگاه خود توضیح داده می شود. بنابراین مذاکرات یا به تعبیر بهتر، امور مقدماتی می تواند پیرامون اوضاع و احوال شرایطی را که در آن توافق صورت گرفته روشننگری کند. در این قسمت نیز راجع به افشاء اطلاعات به دست آمده در طول مذاکرات هم براساس مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا و هم براساس حقوق ایران بحث خواهیم کرد:

۳. مذاکرات قبل از قرارداد و آثار ناشی از قطع آن

در اغلب موارد، قبل از طرح ایجاب و قبول، طرفین شروع به مذاکره جهت دریافت اطلاعاتی راجع به عوضین و شرایط آن انجام می دهند. معمولاً در متون حقوقی به آن، مذاکرات پیش از قرارداد گفته می شود. ولی بهتر است گفته شود مذاکرات پیش از توافق، زیرا که در این حوزه، سه مرحله قابل به تفکیک اند: مرحله اول پیش از حصول توافق، مرحله دوم، توافق، و بالاخره مرحله سوم، انشاء قرارداد که

از زمان اعلام و یا ارسال قبولی محقق می‌شود. البته در همه موارد در زندگی روزمره ممکن است قبل از عقد، مذاکره ای صورت نگیرد. به طور مثال خرید و معاملات روزمره ممکن است نیازی به مذاکره نداشته باشد.

مذاکرات پیش از قرارداد، نقش موثری در ایجاد رضایت آگاهانه در طرفین داشته، به طوری برای انعقاد قرارداد قصد جدی در آن‌ها به وجود آورده و یا به طور جدی از انعقاد قرارداد صرف نظر خواهند کرد. بنابراین، اگر مذاکرات قبل از قرارداد، صرفاً برای اطلاع از شرایط قرارداد احتمالی و یا اطلاع و آگاهی از عوضین قرارداد بوده تا تصمیم نهایی گرفته شود، در این صورت شکی نیست که هر کدام از طرفین حق دارند مذاکره را قطع کرده و از انعقاد قرارداد خودداری کنند. در این گونه موارد، در واقع هر طرف بدون هیچ گونه مسئولیتی می‌تواند گفتگو را پایان دهد (Ghanavati, 2013: 214).

حتی اگر در این رابطه، مقداری از موضوع قرارداد انجام شده باشد و یا به طور مثال، مبالغی نیز به عنوان پیش پرداخت انجام شده باشد، لیکن اگر قراردادی به صورت شفاهی و یا کتبی انجام نشده است، در این صورت نه تنها نمی‌توان طرف مذاکره را ملزم به انعقاد قرارداد نمود، بلکه حتی مطالبه خسارت بر اساس مسئولیت مدنی ناشی از عدم انعقاد قرارداد امکان‌پذیر نیست. رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۱۴۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۳ شعبه ۳۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران، موید این مطلب است. در این دادنامه، گفته شده که اگر روابط حقوقی طرفین، فقط در حد مذاکرات مقدماتی جهت انعقاد قرارداد باشد، موجب التزام و پایبندی طرفین به عقد احتمالی آینده نمی‌شود.

ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی در مورد امتناع از ازدواج که در واقع کناره‌گیری از ادامه مذاکره است، در این رابطه مقرر می‌دارد: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخت شده باشد. بنابراین، هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید».

با توجه به آنکه ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی که دقیقاً در ارتباط با همین بحث بوده، تعمداً توسط قانون‌گذار حذف گردیده است، دریافت خسارت از بابت امتناع از وصلت در بحث ازدواج، براساس قاعده غرور امکان‌پذیر نیست. در این ماده مقرر شده بود: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزنند، در حالی که طرف مقابل یا ابوی او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و

مخارجی کرده باشد، طرفی که وصلت را به هم زده است، باید از عهده خسارت وارده بر آید، ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

با اینکه ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی حذف شده و دیگر قابل استناد نیست، به نظر می‌رسد که زیان‌های ناشی از برهم زدن ناموجه نامزدی، طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل به مطالبه است. در واقع برهم زدن نامزدی، بدون علت موجه، یک نوع سوء استفاده از حق و تقصیر است که موجب ضمان و مسئولیت مدنی خواهد بود (Safai and Emami, 2018: 42).

هم اکنون ماده ۴ قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۹۱ یکی از مواردی را که در صلاحیت دادگاه خانواده گذاشته با این عبارت گذاشته است: «نامزدی و خسارات ناشی از برهم زدن آن». در واقع قانون گذار، به طور ضمنی، پذیرش دادخواست مربوط به خسارت ناشی از برهم زدن نامزدی را اعلام کرده و طرح چنین دعوایی بلامانع است. بر این اساس، می‌توان گفت هرگاه شخصی در جریان خروج از مذاکره مرتکب تقصیر شد، مسئول خسارت ناشی از آن خواهد بود (Katouzian, 1993: 288). بنابراین جبران خسارت امکان پذیر است. اما مسئولیت قطع مذاکره مسئولیتی ناشی از قرارداد نیست. بر اساس استدلال فوق، اگر مذاکرات قبل از قرارداد، به گونه‌ای باشد که موجب فراهم آوردن زمینه خاصی برای هر کدام از طرفین گردیده و عرفاً خسارتی به بار آورده باشد، طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی به ویژه ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و همچنین از باب قاعده غرور (المَغْرُورُ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ غَرَّهُ)، قابل به مطالبه است.

مسئولیت مربوط به این مرحله با عنوان مسئولیت ناشی از مذاکرات^۱ در ماده ۳۰۱-۲ اصول حقوق قرار داد های اروپا بدین شرح ذکر شده است:

- ۱- طرف قرارداد، نسبت به مذاکره کردن آزادی داشته و در قبال عدم رسیدن به توافق مسئولیتی ندارد.
- ۲- با این حال، هر طرف که خلاف حسن نیت^۲ و معامله و یا رفتار منصفانه^۳ مذاکره کرده یا مذاکره را قطع می‌کند، نسبت به خسارات وارده به طرف مقابل مسئول است.
- ۳- به ویژه، در مواردی که هر طرف بدون قصد واقعی برای رسیدن به توافق با دیگری وارد مذاکره شده یا مذاکره را ادامه باشد، خلاف حسن نیت و معامله منصفانه خواهد بود. این ماده، سه حالت از قطع مذاکره را متمایز کرده و قطع کننده چنین مذاکره‌ای را ملزم به جبران خسارت می‌داند:

^۱-Liability for negotiations.

^۲ good faith and fair dealing.

^۳ fair dealing.

الف- یکی از طرفین بدون اینکه قصد واقعی در انعقاد قرارداد داشته باشد، وارد مذاکره شده باشد.

ب- یکی از طرفین با اینکه قصد واقعی به مذاکره نداشته، ولی به مذاکره ادامه دهد.

پ- قطع مذاکره، خلاف حسن نیت و معامله منصفانه بوده باشد.

ماده ۲۰۱:۱ اصول حقوق قرار دادهای اروپا نیز مقرر می‌دارد: «هر یک از طرفین، باید همراه با حسن نیت و معامله و یا رفتار منصفانه عمل کنند».

سابقه این مقرر، به یکی از عوامل موثر در حقوق رم باز می‌گردد که در توسعه آن تأثیرگذار بوده است.^۱ این موضوع، به موجب حقوق مشترک^۲ اروپا، که یک سازوکاری حیاتی برای اجرای عدالت ماهوی بوده است، می‌باشد. همچنین امروز نیز اصل نیت (اراده باطنی)، در اعمال و اجرای قرارداد و تعیین حقوق و تکالیف قراردادی در تمام نظام های حقوق اتحادیه اروپایی به رسمیت شناخته شده است (Zimmermann and Whittaker, 2000, 93).

بنابراین، هر کدام از طرفین، با علم و به قصد عدم انعقاد قرارداد، حق ندارند تا وارد مذاکره شوند. دلایلی که می‌تواند نشانه عدم حسن نیت باشند، عبارت اند از: افشاء اسرار محرمانه و همچنین هیچ یک از طرفین حق ندارند از ناآگاهی و بی تجربگی و یا عدم مهارت های چانه زنی، که به شدت ناعادلانه است، سوء استفاده نماید. مانند آنچه که در مفاد ۱۰۹-۴- اصول حقوق قرار دادهای اروپا ذکر شده است. اگر هر کدام از موارد فوق اتفاق بیافتند، از موارد عدم حسن نیت و رفتار غیرمنصفانه محسوب می‌گردند. حسن نیت، به معنی صداقت و انصاف شخصی و ذهنی است که از مفاهیم شخصی و ذهنی محسوب می‌گردد. رفتار و یا معامله منصفانه، به معنی رعایت انصاف است که در واقع یک معیار عینی محسوب شده که تشخیص آن، خلاف حسن نیت مطلق، مشکل نخواهد بود. ماده ۱۵-۱-۲- یونیدورا^۳ نیز مشابه این ماده مقرر می‌دارد:

۱- هر طرف برای مذاکره آزاد است و مسئولیتی در قبال عدم حصول توافق نخواهد داشت.

۲- با این حال، طرفی که با سوء نیت مذاکره کرده و یا مذاکره را قطع کرده است، در قبال خسارت وارد شده به طرف مقابل، مسئولیت خواهد داشت.

۳- به ویژه این امر، برای یک طرف سوء نیت محسوب می‌شود که با قصد عدم دستیابی و حصول به توافق با طرف دیگر وارد مذاکره شود یا آن را ادامه دهد.

¹ thenotion of bona fides.

² ius commune.

³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC) Approved in 2010

هرچند مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا، مقرراتی اند که الزام آور نبوده و قضات به راحتی نمی توانند براساس آن تصمیم‌گیری کنند. با این حال در برخی پرونده‌های مطرح شده در دادگاه‌های اروپایی، به مقررات مذکور استناد شده است. به طور مثال، هر چند موارد مرتبط، در رای ذیل دعوای خواهان، رد شده اند، ولی بیانگر استفاده حقوقدانان از مقررات اصول حقوق قرار دادهای اروپایی در روند رسیدگی‌های قضائی هستند. به طور مثال، در پرونده اونرو ارند^۱ که طرفین در مورد فروش اموال غیر منقول مذاکره کرده بودند، لیکن فروشنده بسیار دیر هنگام عقب نشینی کرده و مذاکره را قطع کرد. خریدار طرح دعوا کرد و ادعا نمود که فروشنده، حق قطع مذاکره را نداشته و باید دادگاه حکم به ادامه مذاکره و پرداخت جریمه سنگین کند. خواهان برای استدلال ادعای خود به ماده ۲۰۱: (۱) و ماده ۲۰۱: ۲ (۳) اصول حقوق قرارداد های اروپایی استناد کرده مبنی براین که هر طرف باید مطابق حسن نیت و معامله منصفانه عمل کند. این که اگر کسی بدون قصد واقعی، برای دستیابی به توافق وارد مذاکره شده و یا مذاکره را قطع کند، خلاف حسن نیت و معامله منصفانه عمل کرده است (Honnnold.1999:180) هر چند استدلال خواهان، با استناد به مقررات فوق موجه بوده، ولی چون مقررات مذکور برای دادگاه‌های کشورهای اروپا لازم الاتباع نبود، دادگاه به نفع خواهان حکم نداد. هنوز دادگاه‌های اروپا، خود را در این رابطه مقید نمی دانند، مگر این که طرفین از قبل توافق کرده باشند.

۴. عدم افشاء اطلاعات

منظور از اطلاعات، در واقع اطلاعاتی است که محرمانه است و نه هرگونه اطلاعات و داده‌ها. اطلاعات محرمانه، به اطلاعاتی اطلاق می‌گردند که قرار نیست در اختیار عموم و یا اشخاص ثالث، بدون رضایت دارنده آن قرار گرفته و افشاء شود. طرفینی که در مورد یک قرارداد مذاکره می‌کنند، ظاهراً هیچ تعهدی نسبت به محرمانه نگه داشتن اطلاعاتی که در طول مذاکره دریافت می‌کند، ندارند. با این حال، اگر قراردادی در زمینه حفظ اطلاعات و تعهد به عدم افشاء آن نباشد، ممکن است طرف مقابل اطلاعاتی را که دریافت کرده برای دیگران افشاء نماید و یا برای اهداف خود سوء استفاده کند.

شاید بتوان گفت که با ورود به مذاکرات قبل از قرارداد، دریافت کننده، تعهد ضمنی به حفظ اسرار داشته و این امر حداقل به مورد معامله و شرایط و اوضاع و احوال قرارداد و ویژگی خاص اطلاعات و وضعیت حرفه‌ای و شغلی طرفین بستگی دارد. بدیهی است که در این شرایط و افشاء اطلاعات در هنگام

^۱- Mega Onroerend Goed B.V. v. X

مذاکرات قبل از قرارداد و یا استفاده از آن‌ها برای اهداف خود، خلاف حسن نیت و رفتار و معامله منصفانه و عملی غیر حرفه‌ای است. سال‌ها مسئولیت راجع به نقض محرمانه بودن اطلاعات، جزء عنصری از حقوق کامن‌لا بوده و با انتشار اولین نسخه PISS در سال ۱۹۹۴ به عنوان یک اصل حقوقی فراملی شناخته شد. هر چند موضوع، مربوط به حفظ محرمانگی منحصر در ارتباط با قراردادهای تجاری و یا قراردادهای داوری و دعاوی مطرح شده از طریق داوری اعمال می‌شد، ولی بعدها جزء ارکان قواعد و قوانین مدل اروپایی و از جمله مقررات اصول حقوق قرارداد‌های اروپا و DCFR به شرح ذیل درج شد (Jansen and Zimmermann, 2018: 968):

ماده ۳۰۲-۲- اصول حقوق قرار دادهای اروپا، مقرر کرده که طرف قرارداد متعهد به حفظ و عدم افشاء اطلاعات است: «هرگاه اطلاعات محرمانه‌ای، در جریان مذاکرات، توسط یکی از طرفین قرارداد ارائه شود، طرف دیگر موظف است (و یا تکلیف دارد) که این اطلاعات را افشاء نکند یا برای مقاصد شخصی از آن‌ها استفاده نکند. اعم از این که قراردادی منعقد شود یا نشود. جبران نقض این تکلیف، شامل غرامت برای ضرر وارد شده و استرداد سودی است که طرف مقابل دریافت کرده است».

در این ماده، به جای لفظ *Obligation* از *Duty* استفاده شده است. این اصطلاح، نوعاً به چارچوب قرارداد اشاره دارد، یعنی وظیفه برای حفظ محرمانگی است. در حالی که *Obligation* در واقع اصطلاح تعهد برای توصیف اجرای تعهد فکری و مادی مناسب‌تر است (Jansen and Zimmermann, 2018: 968). با این حال، نباید تفاوت زیادی بین آن دو قائل شد. در ماده ۳۰۲-۳- DCFR¹ در مورد تعهد به محرمانه ماندن اطلاعات نیز تأکید داشته و افشاء کننده را مسئول می‌شناسد، به طوری که بر اساس ماهیت و نوع اطلاعات و یا بر اساس اوضاع و احوال طرف مذاکره را می‌توان عالم به محرمانه بودن اطلاعات شناخت: ۱- اگر اطلاعات محرمانه، توسط یکی از طرفین، در جریان مذاکرات ارائه شود، طرف دیگر موظف است آن اطلاعات را فاش نکند و یا از آن برای اهداف خود استفاده نکند، اعم از اینکه قراردادی منعقد شود و یا منعقد نشود.

۲- در این ماده، «اطلاعات محرمانه» به اطلاعاتی اطلاق می‌شود که طرف دریافت کننده اطلاعات از ماهیت و شرایط و اوضاع و احوالی که به دست آمده از محرمانه بودن آن برای طرف دیگر مطلع بوده و یا به طور منطقی می‌توان انتظار داشت که آن را بداند.

¹- Draft of a Common Frame of Reference (DCFR) Approved in 2009

۳- طرفی که به طور معقول، نقض وظیفه (حفظ محرمانگی) را پیش بینی می کند، می تواند حکم دادگاه مبنی بر ممنوعیت آن را دریافت نماید.

۴- طرفی که وظیفه خود را نست به حفظ محرمانگی نقض می کند، مسئول هرگونه ضرر ناشی از نقض است و ممکن است به پرداخت منافع حاصل از نقض به طرف دیگر محکوم شود.

در هر صورت، در مقابل و همراه هر حقی تکلیفی وجود دارد (Asadinejad, 2012: 56). هر چند قطع مذاکره حق محسوب می گردد، لیکن تکلیف حفظ اسرار نیز باید لحاظ شود. بنابراین، ضمانت اجرای نقض تعهد به عدم افشاء اطلاعات محرمانه این است که اگر یکی از طرفین مرتکب تخلف شد، مسئول جبران خسارت وارده خواهد بود. می توان گفت که حتی زیان دیده، حق دریافت منافی را از متخلف، که از اطلاعات استفاده کرده، خواهد داشت، حتی اگر از این حیث ضرری به وی نرسیده باشد.

در حقوق ایران نیز تعهد به عدم افشاء اسرار تجاری و معاملاتی، در برخی از مقررات از جمله ماده ۶۴ و ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲ ذکر شده است. اسرار تجاری، شامل اطلاعات، فرمول ها، الگوها، نرم افزارها و برنامه ها، ابزار و روش ها، تکنیک ها و فرایندها، تالیفات منتشر نشده، روش های انجام تجارت و داد و ستد، فنون، نقشه ها و غیره، که به طور مستقل دارای ارزش اقتصادی هستند. باید در جهت حفظ و حراست آن ها، تلاش معقولانه ای به عمل آید. قانون گذار، در ماده ۷۵ قانون تجارت الکترونیکی، برای نقض تعهد نسبت به حفظ اسرار تجاری ضمانت اجرا گذاشته و به اشخاصی که اسرار تجاری را برای اهداف خود تحصیل و یا برای اشخاص ثالث افشاء نمایند، مجازات حبس در نظر گرفته است. علاوه بر این، بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، اگر در اثر افشاء اطلاعات، به طرف مذاکره خسارت وارد شود، قابل مطالبه خواهد بود. بنابراین هر چند قانون گذار ایرانی، در قانون مدنی در این رابطه مقررات شفافی وضع نکرده است، با این حال، طرفین مذاکره از حق مذاکره کردن و حق آزادی انعقاد قرارداد نمی تواند سوء استفاده کرده و موجب ضرر مادی و یا معنوی طرف مذاکره گردد.

۵. توافق و مدل ایجاب و قبول

طرفین از زمان شروع به مذاکره و دعوت به معامله، اقدام به جمع آوری اطلاعات در خصوص مورد معامله کرده تا زمینه برای اتفاق نظر و همفکری و در نهایت توافق کافی و کامل فراهم شود. به این ترتیب، مرحله دوم از فرایند انعقاد عقد، بعد از مذاکرات متعدد، رسیدن به توافق است. توافق کافی، از

حیث ثبوت برای انعقاد و انشاء عقد، کفایت می کند، چون که همه ارکان و اسباب و شرایط عقد موجود است و به اصطلاح مقتضی موجود و مانع مفقود است. به همین دلیل، نیاز به هیچ شرط دیگری نخواهد بود. با این حال، در همه نظام حقوقی از مدل و قلب حقوقی «ایجاب و قبول» بعد از توافق، برای نمایش و اثبات توافق حاصل شده استفاده می شود. در این قسمت، ابتدا از عنصر اساسی تشکیل قرارداد، یعنی توافق با عنوان «توافق کافی» بحث شده و سپس از مدل و قالب ایجاب و قبول بحث خواهیم کرد.

۵-۱. توافق کافی^۱

در مواردی که دو یا چند طرف، قصد انعقاد قرارداد را دارند، باید در مورد شرایطی که برای تعیین حقوق و تعهدات متقابل آن ها ضروری است و برای هر یک از آن ها تعیین کننده است، توافق کنند. از طرفی دیگر، پیشینه و سیر تحول حقوق قراردادها، به گونه ای بوده است که به مرور زمان، هر چه بیشتر از شکل و فرم قرارداد کاسته شده و حتی عناصری چون علت قرارداد نیز از قوانین برخی از کشورها حذف گردید. اکنون، در حقوق قراردادهای جدید در اغلب نظام های حقوقی، توافق و یا همفکری^۲ و رضایت^۳ در نظام حقوقی غرب و قصد و رضا در حقوق اسلامی از اهمیت به سزایی برخوردار است. تشکیل قرارداد، مستلزم توافق به اندازه کافی و مشخص است. بدیهی است که اگر طرفین، در مرحله مقدماتی بوده باشند و هنوز قصد جدی برای انعقاد قرارداد نداشته باشند، توافق و قرارداد هم وجود ندارند. توافقی کامل است که یا طرفین به اندازه کافی شرایط قرارداد را مشخص کرده، به طوری که قانونا قرارداد قابل اجرا خواهد بود یا این که شرایط مورد نظر را بتوان از مقررات و یا رویه متداول و یا عرف و عادت برداشت کرد. توافق کامل، زمانی حاصل می گردد که محتوای اصلی قرارداد، برای اجرای موثر آن اطمینان ایجاد کند. اگر طرفین، همه شرایط قرارداد را به گونه ای ذکر کرده که حقوق و تکالیف طرفین را به اندازه کافی مشخص کرده باشند، در این صورت توافق کامل خواهد بود. تعاریفی را که برخی از فقها، از عقد، به ویژه از عقد بیع داشته اند، به طور صریح و یا ضمنی، به موضوع توافق و یا تراضی اشاره دارد. به طور مثال، شیخ طوسی، در تعریف عقد بیع، تأکید بر تراضی می کند: البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی (Sheykh-e-Tusi, 1998:87).

بدیهی است که توافق و یا تراضی نهایی که به مرحله قصد انشاء رسیده باشد، در قالب ایجاب و قبول طراحی می شود. بنابراین، ایجاب و قبول، در واقع نمایشگر همان توافق و یا تراضی دو طرف است که

¹ sufficient agreement

² Consensus.

³ Consent.

جزئیات آن را در بحث های گذشته مطرح کردیم. به همین علت، برخی از حقوقدانان، توافق طرفین را رکن اساسی عقد و سایر شرایط را برای نفوذ این توافق، یک ضرورت دانسته اند (Katouzian, 1993: 87) و استدلال شده که اصطلاح Consentement در حقوق فرانسه، به معنی توافق دو اراده در نظر گرفته شده است و از این حیث، رکن اساسی قرارداد است.

براین اساس، ماده ۱۰۱-۲ مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا، مقرر می دارد که طرفین، به صرف داشتن قصد قراردادی، با یک توافق کامل و بدون اینکه نیازی به شرط اضافی دیگر باشد، منعقد می گردد. این ماده، مقرر می دارد: «قرارداد هنگامی منعقد خواهد شد که طرفین قرارداد، قصد نمایند که به طور قانونی ملتزم شوند. بدون این که نیاز به شرطی دیگری باشد تا طرفین قرارداد به توافق کامل برسند. قرارداد لازم نیست به صورت کتبی منعقد شود و یا مدلل و اثبات شود و منوط به شرط دیگری نیست. قرارداد، به هر روشی از جمله از طریق شاهد قابل اثبات است. بنابراین «توافق کافی»، سبب اصلی تشکیل قرارداد است و نیازی به مابه ازاء دیگری نیست. همان طور که در فصل قبل توضیح داده شد، از نظر این مقررات نه تنها به عنصر علت، بلکه به عنصر عوض و یا سایر تشریفات شکلی و ماهوی نیست. از جمله به قبض و اقباض، همان گونه که در عقود عینی اساسی است، از نظر این مقررات لازم نیست. حتی در برخی از موارد، به عنصر قبولی نیازی نبوده^۱ و حتی در برخی از قراردادها که امکان طرح ایجاب و قبول به طور عادی و آشکار نیست و یا امکان تجزیه و تحلیل عقد با ایجاب و قبول نباشد، قرارداد صرفاً با توافق تشکیل می گردد.^۲ از جنبه شکلی نیز برای اثبات قرارداد شرط کتبی بودن نیز لازم نیست. به طوری که قرارداد با شهادت شهود نیز قابل اثبات است.

ماده ۱۰۱-۲ فوق با تفکر عمیق و با ایده توسعه حقوق خصوصی و قراردادهای وضع شده، به طوری که با قید «عدم نیاز به شرط دیگری»، نه تنها موجب قطعیت قراردادها را فراهم آورده، بلکه نیاز به سایر اسباب تشکیل قرارداد، (از جمله داشتن عوض) را کاهش داده و از اضافه شدن موارد بطلان قرارداد جلوگیری می کند. برای مثال: بانک ب در پاریس، به درخواست مشتری فرانسوی اش، الف ضمانت عندالمطالبه به نفع ج، که شریک تجاری الف در انگلستان است، صادر می کند و در این حالت ب و الف، هیچ کدام نمی توانند به فقدان احتمالی مابه ازاء یا سبب، برای ضمانت نامه استناد کنند (Akhlaghi and Imam, 2013: 125).

۱ - ماده ۱۰۷-۲: تعهدی که قصد شده قانوناً الزام آور باشد بدون قبولی الزام آور است.

۲ - ۲۱۱-۲- این مقررات حتی اگر فرایند انعقاد قرارداد بر اساس ایجاب و قبول قابل تحلیل نباشد اعمال می گردند.

همان طور که ملاحظه می گردد، طبق ماده ۱۰۱-۲- اصول حقوق قرارداد های اروپا، از نظر ماهوی اسباب اصلی تشکیل قرارداد به حداقل آن تقلیل یافته، یعنی قصد و داشتن توافق کافی و از نظر شکلی و تشریفاتی نیز کتبی بودن قرارداد، حذف شده است. البته، طرفین می توانند کتبی بودن فرایند تشکیل قرارداد و یا توافق و یا حتی خاتمه قرارداد را شرط نمایند که به آن تعدیل کتبی گفته می شود. در این صورت، چنین شرطی لازم الاتباع خواهد بود. ماده ۱۰۶-۲- مقررات اصول حقوق قرار دادهای اروپا در این مورد مقرر می دارد: «چنانچه شرطی در یک قرارداد کتبی مقرر شده تا هر تعدیل یا خاتمه قرارداد با توافق باید به صورت کتبی صورت پذیرد، صرفا اماره ای ایجاد می کند که توافق بر تعدیل یا خاتمه قرارداد در صورتی قانونا لازم الاتباع است که صورت کتبی باشد.» عدول از شرایط و اسباب تشکیل قرارداد، بر اساس اصول حقوق قرار داد های اروپا، نه تنها از طریق تعدیل کتبی به طور مستقیم امکان پذیر است، بلکه از طریق قانون حاکم و یا قانون منتخب هر کشوری که دارای شرایطی متفاوت از مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا داشته باشد، قابل اعمال است.

۱-۵. شرایط توافق کافی

بدیهی است هر توافقی منجر به تشکیل قرارداد نمی گردد. بلکه توافقی که قانونا لازم الاتباع بوده و شرایط قانونی لازم داشته باشد، می تواند به عنوان سبب، منجر به تشکیل قرارداد شود. به همین دلیل از نظر مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا نیز صرف توافق به صورت کلی و نامفهوم کافی نیست، بلکه باید دارای شرایطی باشد. ماده ۱۰۳-۲ اصول حقوق قرار داد های اروپا در مورد توافق کامل مقرر می دارد:

۱- توافق کامل، وقتی وجود دارد که شرایط قرارداد:

الف) به میزان کافی از سوی طرفین تا حدی که قرارداد قابل اجرا باشد، معین شده باشد.

ب) براساس این اصول، قابل تعیین باشد.

۲- با وجود این، چنانچه یکی از طرفین بدون توافق بر روی برخی موضوعات خاص از انعقاد قرارداد امتناع کند، تا زمانی که توافق بر روی آن موضوعات صورت نگرفته باشد، قراردادی وجود نخواهد داشت.

ملاک و معیار برای تعیین توافق کامل، قابلیت اجرای قرارداد است. بنابراین اگر محتوای قرارداد به گونه ای باشد که اطمینانی در جهت اجرای قرارداد ایجاد نکند، در این صورت توافق کامل منجر به قرارداد نیست. البته اگر طرفین به اندازه کافی محتوای قرارداد را تعدا و یا سهوا مشخص نکرده و از این حیث

مبهم باشد. در این رابطه، ماده ۲-۱۰۳ (ب) اصول حقوق قرار داد های اروپا، مقرر داشته که چنانچه بر اساس مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا قابل تعیین بوده باشد، به طوری که توافق کامل محسوب گردد، در این صورت، قرارداد منعقد شده تلقی می گردد. بنابراین، ابهام قراردادن محتوای توافق و شرایط قراردادی، همیشه منجر به عقیم شدن قرارداد نمی گردد، بلکه با توجه به سایر مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا، می توان خلاء ایجاد شده را پر کرد. هر چند برخی از مفسرین، مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا معتقدند (Jansen and Zimmermann, 2018: 783) که مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپایی، خلاف DCFR^۱ که در این صورت موضوع را به عرف عادت ارجاع داده و از این حیث متفاوت است، تفسیری اشتباه است، چون که ارجاع امر به عرف و عادت و رویه متداول، در صورت سکوت طرفین که مبتنی بر اراده ضمنی طرفین است، بر هر مقرره ای که آمره نباشد، مقدم است. بنابراین، از این حیث مقررات اصول حقوق قرار داد های اروپا با سایر مقررات اسناد بین المللی، تفاوت آنچنانی نخواهد بود.

در هر صورت، به نظر می رسد توافق کافی شامل دو شرط است. اول، هر شرطی که طرفین مطرح کرده و قابل تعیین باشد. دوم، توافق در مورد شرایط قابل اختلاف. به طور مثال، توافق در مورد نوع قرارداد (مثلا فروش) و تعدادی از شروط مهم دیگر (مثل تعیین نوع کالا و مقدار) کافی خواهد بود و منجر به توافق کامل خواهد شد. اگر طرفین در مورد سایر موارد و موضوعات، مثل قیمت و کیفیت کالا سکوت کنند، بر اساس قواعد موجود در ماده ۱۰۴-۶ و ۱۰۸-۶ اصول حقوق قرار داد های اروپا، تکمیل خواهد شد. طبق ماده ۱۰۴-۶ در صورتی که در قرارداد مبلغ یا شیوه تعیین آن مشخص نباشد، چنین تلقی می شود که طرفین روی یک مبلغ متعارف توافق داشته باشند. همچنین طبق ماده ۱۰۸-۶ اگر قرارداد، کیفیت اجرا را معین نکرده باشد، طرف قرارداد باید با کیفیت متعارف و معقول قرارداد را اجرا کند. همان طور که ملاحظه می گردد، اصول حقوق قرار داد های اروپا، قابلیت تعیین را کافی دانسته است. در صورت وجود خلاء و عدم تعیین قیمت مبیع مبلغ متعارف را ملاک و ضابطه قرارداده است. با این حال، قبل از این مقرره قانونی رویه متداول بین طرفین بر اساس شرط ضمن عقد ملاک و معیار است.

اما در حقوق ایران نیز می توان گفت توافق کافی، سبب اصلی انعقاد عقد است. ماده ۳۳۹ قانون مدنی به طور صریح به این امر اشاره کرده است: «پس از توافق، بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد». بنابراین توافق کافی، در

¹ Draft of a Common Frame of Reference (DCFR) Approved in 2009

عقودی مثل عقد بیع موقعی به وجود می آید که عوضین تعیین و مشخص و معلوم گردند. عقد بیع، طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. از طرفی دیگر مورد معامله، اعم از اینکه مال باشد یا عمل باید طبق ماده ۲۱۶ قانون مدنی مبهم نبوده مگر در مواردی که علم اجمالی به کفایت کند. با قید بلید در این ماده که حاوی مقررات آمره است تکلیف را برای طرفین روشن کرده است. به طوری که اگر مبیع و یا ثمن مبهم بوده باشد و مشخص نشده باشد، طرفین نه تنها علم تفصیلی نداشته، بلکه اگر علم اجمالی هم نداشته باشد، عقد باطل خواهد بود. البته قانون گذار جهت تعیین و معلوم کردن مورد معامله سخت گیری نکرده است، بلکه معامله به شرط مقدار معین را پذیرفته است. ماده ۳۴۳ قانون مدنی در این مورد مقرر می دارد:

اگر مبیع، به شرط مقدار معین فروخته شود، بیع واقع می شود. اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل و ذرع نشده باشد. بنابراین، در حقوق ایران، چنانچه طرفین نسبت به عوضین، به ویژه نسبت به مبیع، حداقل علم اجمالی نداشته باشند و رویه متداولی هم از قبل در این خصوص نداشته باشند، در این صورت توافق کامل به وجود نیامده و عقد باطل است، مگر اینکه در عرف و عادت، عدم تعیین قیمت در هنگام معامله هنجار بوده و طرفین به طور ضمنی آن را به قیمت متعارف روز ارجاع داده باشند. یعنی طرفین، آنچنان اهل و تابع عرف و عادت بوده که تعیین قیمت را لازم ندانسته باشند. اما مقررات اصول حقوق قرارداد های اروپا در هر صورت، عدم تعیین قیمت را مانعی برای توافق کامل ندانسته و این خلا را با ارجاع امر به عرف جهت تعیین قیمت متعارف پر کرده است.

در هر صورت، عقدی ناشی از توافق کامل بین طرفین است که با همکاری اراده دو طرف محقق می گردد. فعالیت اراده هر یک از طرفین و حرکت اراده با تمرکز بر روی توافق بر امری باید به منصفه ظهور برسد. در غیر این صورت، سببی برای جلب اراده طرف مقابل نخواهد بود. بنابراین، حرکت و تمرکز اراده برای ایجاد توافق با اراده طرف مقابل، باید به وسیله رسانه ای ابراز گردد. به همین دلیل ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». به طور معمول، تمرکز و حرکت اراده یک طرف برای انشاء عقد، در قالب ایجاب و اراده طرف مقابل در قالب قبول است که تطابق آن دو، موجب انعقاد عقد می گردد. توافق کافی در حقوق ایران از طریق توافق اراده در امور اساسی عقد خواهد بود. در واقع، امور اساسی به قصد طرفین برمی گردد. سایر موارد که اساسی نبوده در قلمرو قصد قرار نگرفته، بلکه ممکن است مربوط به رضا باشد. چون که سازنده و خالق و انشاء کننده عقد، قصد طرفین است نه رضای طرفین. به همین دلیل برخی از

حقوقدانان تصریح کرده اند که رکن اساسی عقد توافق است و شرایط دیگر برای نفوذ این توافق ضرورت دارد (Katouzian, 1993: 142).

بر این اساس، در حقوق ایران، موارد لزوم توافق اراده ها که منجر به توافق کامل و منتهی به عقد می شود، به شرح ذیل خواهد بود:

الف) توافق در ماهیت عقد

هر عقدی، دارای ماهیت و مقتضایی است. این موضوع، به نوع عقد بر می گردد. بنابراین، وقتی گفته می شود که طرفین باید در ماهیت عقد توافق داشته باشند، یعنی در انتخاب نوع عقد اختلافی نداشته باشند. ماده ۱۹۴ قانون مدنی، در واقع بیانگر توافق کامل در مورد نوع عقد است: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می نمایند، باید موافق باشد، به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود». این امر، به این معناست که بین ایجاب و قبول راجع به ماهیت و یا نوع عقد باید تطابق و توافق بوده باشد. در غیر این صورت، به علت عدم توافق عقدی به وجود نمی آید. توافق در خصوصیات اصلی عقد، که مشخص کننده نوع است نیز ضرورت دارد. خصوصیات عقد، مثل مطلق بودن و یا مشروط بودن و منجز و معلق بودن است که طرفین باید توافق داشته باشند، در غیر این صورت، عقدی واقع نخواهد شد (Shahidi, 2016: 159). این موضوع، بر اساس ماده ۱۹۴ قانون مدنی نیز قابل تطبیق است. چون که منظور از اصطلاح توافق در همان عقد، شامل توافق در شرایط اساسی و نوع و ماهیت عقد است.

ب) توافق در مورد ماهیت مورد عقد

بین ایجاب و قبول، راجع به ماهیت مورد عقد، باید تطابق وجود داشت باشد. در غیر این صورت، عقد باطل است. بنابراین اگر ایجاب دهنده، قصد فروش یک دستگاه اتومبیل معین را داشت باشد، ولی قبول کننده، قبولی خود را نسبت به یک دستگاه آپارتمان اعلام کرده باشد، چنین عقدی به علت عدم تطابق قصد طرفین بر اساس ما قُصِدَ لَمْ یَقَعْ و ما وُقِعَ لَمْ یَقْصِدْ باطل است.

ج) توافق در صورت عرفیه موضوع عقد

طرفین، نه تنها باید در مورد عقد توافق داشته باشند، بلکه در صورت عرفیه موضوع عقد نیز که عرفاً همان اوصاف اصلی و اساسی است، باید توافق داشته باشند. بنابراین بین ایجاب و قبول از این حیث باید تطابق وجود داشته باشد و طرفین، نباید در این مورد مرتکب اشتباه شوند. به همین دلیل، ماده ۲۰۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد».

منظور از خود موضوع معامله، شامل صورت عرفیه مورد معامله است که در واقع جانشین ذات مورد عقد است (38: 3018 and 169: 2016, Shahidi).

د) توافق در مقدار و اوصاف و جنس مورد معامله کلی

بین ایجاب و قبول، راجع به مقدار و اوصاف و جنس مورد معامله کلی، باید تطابق وجود داشته باشد و گرنه چنانچه در مورد هر کدام از موارد مذکور، اختلاف وجود داشته باشد، معامله باطل خواهد بود. ماده ۳۵۱ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد: «در صورتی که مبیع کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

ه) شخص طرف معامله که علت عمده عقد باشد

بر اساس ماده ۲۰۱ قانون مدنی، باید بین ایجاب و قبول، راجع شخص مورد نظر، توافق و تطابق و هماهنگی باشد. هرگونه اشتباه در این خصوص، موجب اخلاف در صحت عقد می‌گردد: ماده ۲۰۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اشتباه در شخص طرف به صحت عقد خللی وارد نمی‌آورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد». بنابراین، توافق کافی موقعی محقق می‌شود که در همه موارد فوق اشتباهی رخ نداده، به طوری که ایجاب و قبول راجع به همه موارد مطابقت داشته باشد.

نتیجه‌گیری

از میان راهکارهای جایگزین جهت حل و فصل اختلاف و یا جهت انعقاد هر گونه قرارداد، مذاکره دارای مزایای بیشتر و معایب کمتری است. سایر راهکارها، از جمله میانجیگری و یا مساعی جمیله و یا داوری، به علت دخالت شخص ثالث، موجب افشاء اسرار و یا طولانی شدن اختلاف می‌گردد. از طرفی دیگر، قبل از انعقاد هر گونه قرارداد و یا توافق، طرفین ممکن است با یکدیگر مذاکراتی داشته باشند. بر اساس اصل آزادی قراردادها، طرفین نه تنها آزادند در مورد انعقاد قرارداد و یا هر توافق دیگری اقدام کنند، بلکه در مورد زمان و مکان مذاکره قبل از قرارداد و چگونگی انجام مذاکره و مدت و فرایند آن آزادانه اقدام کنند. با این حال، حقوق طرفین راجع به فرایند مذاکره و حصول توافق کافی محدود بوده و باید توأم با حسن نیت و مطابق رفتار متعارف و منصفانه باشد. چنانچه یکی از طرفین به عمد و یا از روی غفلت و یا صرفاً بر اساس تغییر اوضاع و احوال اقتصادی و سیاسی و اجتماعی، شروط جدیدی راجع به توافق کافی و انعقاد قرارداد در مذاکره مطرح کند، به طوری که موجب طولانی شدن مذاکره و سپس قطع

مذاکره شده باشد و رفتار وی به گونه ای بوده که موجب افشاء شدن اطلاعات تجاری و سیاسی طرف مقابل می گردد، خلاف حسن نیت عمل کرده و طبق قواعد عام مسئولیت مدنی ملزم به جبران خسارت وارده خواهد بود. به نظر می رسد که همه مواردی که اصول حقوق قراردادهای اروپا ذکر کرده است، از موارد و مصادیق تقصیر محسوب می گردد. بنابراین، اگر شخص از ابتدا بدون داشتن قصد توافق و انعقاد قرارداد وارد مذاکره شده و یا بعد از شروع مذاکره دیگر قصد توافق نداشته و تصمیم دیگری گرفته، اما خلاف حسن نیت به مذاکره ادامه دهد، سپس در مقطع حساس اقدام به قطع مذاکره نماید، از مصادیق تقصیر محسوب گردیده و ملزم به جبران خسارت وارده است. هر چند قطع مذاکره، حق مذاکره کننده است، ولی اگر از این حق سوء استفاده کرده و با قطع مذاکره موجب افشاء اسرار تجاری و اقتصادی و سیاسی و یا حتی خانوادگی طرف مقابل شده باشد، براساس قاعده لاضرر و لا ضرار فی الاسلام و قواعد عام مسئولیت مدنی ملزم به جبران خسارت وارده است.

References

- Adam and Jessica Kuper (1988) (Editors), *the Social Science Encyclopedia, Rutledge and Kegan*
- Akhlaghi, B, Imam, F. (2013), principles of international commercial contracts, Shahrdanesh: [In Persian].
- Asadinejad, M. (2012), A new look at rights and obligations through the lens of Nahj al-Balagha, *Journal of islamic human rights*, 1(2), 163-178. [In Persian].
- Cartwright, J. (2016), *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Third Edition, Oxford
- Dekhoda, A. (2008), *Dekhoda Dictionary*, Tehran University Press [In Persian].
- Ghanavati, J. (2013), a comparative study of Ihab and Ghaboul (request and acceptance), *Bostan Ketab* [In Persian].
- Honnold, J. O. (1999) *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nation Convention, 3rd ed, Kluwer law International*
- Hosseini, S. L. (2013). The Role of Economic Regionalism in Boosting Basics of Universal Trade: An Appraisal of the EU and the NAFTA's Function. *World Politics*, 2(2), 163-198. [In Persian].
- Jansen, N, Zimmermann, R. (2018) *Commentaries European Contract Laws, Oxford University Press*
- Katouzian, N. (1993), general rules of contracts, Sahami publishing company. [In Persian].
- Mohaghegh-e- Damad, M. (2008), *General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law*, Qom Islamic Publishing Center [In Persian].
- Moin, M. (2006), *Moin dictionary*, Zarin.[In Persian].
- Mortazavi, A. (2012), *International Commercial Arbitration Proceedings*, Jangal: [In Persian]
- Nouri, M. (1986), *Mustadrak al-Wasayel and Mustanbt al-Masael*, Volume 13, Al-Bait Institute

- Safai, H. (2018), general rules of contracts, volume 2, Mizan law publication [In Persian].
- Safai, H., Emami, A. (2018), Summary of Family Law, Mizan law publication. [In Persian].
- Shahidi, M. (2016), Formation of Contracts and Commitments, Volume 1, Majd Publication, [In Persian].
- Tusi, A. (1998), Al-Mabsaout, Vol. 1, Al-Mortazawieh:
- Zimmermann R,(1992) *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd.
- Zimmermann, R. Whittaker, S (2000) *Good faith in European contract law*, Cambridge university press.