

مسئولیت پیش قراردادی؛ شرایط تحقق وزیان‌های قابل جبران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۴/۲۴

سیدعلی خزائی*

چکیده

از زمانی که طرفین به قصد انعقاد قرارداد با یکدیگر ارتباط برقرار نموده تا هنگامی که قرارداد نهایی مورد نظر ایشان منعقد شود یا از آن صرف نظر نمایند، دوره پیش قراردادی نامیده می‌شود. در این دوره، طرفین در مورد شرایط قرارداد آینده گفتگو کرده و حداکثر تلاش خود را به کار می‌گیرند تا به هدف نهایی که انعقاد قرارداد اصلی است، برسند. ممکن است در شرایطی که یکی از طرفین هزینه‌هایی را در این دوره متحمل شده، دیگری گفتگوها را به صورت یک طرفه و بدون دلیل موجه، خاتمه دهد. اصل آزادی قراردادی، مستلزم پذیرش مخاطرات این دوره توسط طرفین است. با این وجود، گاه زیان دیده به دلایل ویژه‌ای حق جبران پیدا کرده و طرف مقابل ملزم به تدارک زیان او می‌گردد. مسئولیتی که برای جبران این قبیل زیان‌ها ایجاد می‌گردد، مسئولیت پیش قراردادی نامیده می‌شود. از آنجا که معمولاً زیان‌های دوره پیش قراردادی به واسطه اتکای زیان‌بار یکی از طرفین به باور معقول خود از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک صورت می‌گیرد، این دسته از خسارات تحت عنوان زیان‌های اتکایی مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرند. امروزه مسئولیت پیش قراردادی مورد توجه نظام حقوقی برخی کشورها از جمله فرانسه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

دوره پیش قراردادی، توافقات مقدماتی، مسئولیت پیش قراردادی، زیان‌های اتکایی.

مقدمه

در گذشته، قراردادها به سهولت و با ایجاب و قبول ساده منعقد می‌شدند و دوره پیش‌قراردادی از اهمیت چندانی برخوردار نبود. به همین دلیل، میان نویسندگان حقوقی مرسوم بود که به هنگام تألیف مبحث حقوق قراردادها، قرارداد را به‌عنوان یک نهاد حقوقی دو مرحله‌ای یعنی «انعقاد» و «اجرا» مورد مطالعه قرار دهند. به مرور زمان و با رشد روزافزون معاملات بازرگانی بین‌المللی، اهمیت دوره پیش‌قراردادی در قراردادها، به ویژه در معاملات کلان پدیدار گشت و رفته‌رفته این دیدگاه به وجود آمد که دوره پیش‌قراردادی را باید به‌عنوان یک مرحله مقدماتی مهم برای تشکیل قرارداد مورد توجه ویژه قرار داد.

دوره پیش‌قراردادی، بازه زمانی است که طرفین در آن ضمن برقراری ارتباط با یکدیگر، در راستای رسیدن به هدف مشترک که همان انعقاد قرارداد نهایی است، به ارزیابی و انطباق شرایط و امکانات خود با ویژگی‌های کلی قرارداد موردنظر و همچنین شرایط و امکانات طرف مقابل می‌پردازند. ممکن است طرفین، دوره پیش‌قراردادی را با تشکیل قرارداد اصلی به سرانجام برسانند اما همواره نباید انعقاد قرارداد را انتظار داشت، بلکه احتمال دارد که طرفین یا یکی از آنها با در نظر داشتن منافع و مصالح خود، بنا به هر دلیلی دوره مذکور را در هر مقطعی خاتمه دهند. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که آیا طرف ترک‌کننده مذاکره، به استناد الزام‌آور نبودن گفتگوهای مقدماتی، از جبران خسارات وارده به طرف مقابل معاف است یا اینکه می‌توان علی‌رغم آزادی طرفین در آغاز و تداوم گفتگوهای مقدماتی، ترک گفتگوها را تحت شرایطی موجب مسئولیت دانست؟ در این مقاله، پس از مطالعه مفهوم مسئولیت پیش‌قراردادی، ارکان و شرایط تحقق آن را بیان نموده و در نهایت، زیان‌های قابل جبران بر مبنای پذیرش این مسئولیت را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. مفهوم مسئولیت پیش‌قراردادی

عبارت مسئولیت پیش‌قراردادی، مرکب از دو واژه مسئولیت و پیش‌قراردادی می‌باشد. مسئولیت در لغت به معنای بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و موظف بودن به انجام دادن امری آمده است (معین، ۱۳۷۱، ص ۴۰۷۷). در اصطلاح حقوقی، الزام شخص به جبران

خساراتی که عرفاً مستند به اوست، به مسئولیت تعبیر می‌شود، چنانچه برخی از اساتید حقوق مدنی نیز اظهار نظر نموده‌اند، در هر مورد که کسی موظف به جبران خسارت دیگری است، در برابر او مسئولیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۴۸). منظور از پیش‌قراردادی نیز بازه زمانی است که طرفین در آن ضمن برقراری ارتباط با یکدیگر، در راستای فراهم آوردن زمینه انعقاد قرارداد نهایی تلاش می‌کنند. بر این اساس، «مسئولیت پیش‌قراردادی»، مسئولیت یکی از طرفین دوره پیش‌قراردادی مبنی بر جبران زیان‌هایی است که طرف مقابل در نتیجه عدم انعقاد قرارداد به واسطه عملکرد و رفتار او در دوره مزبور متحمل شده است.

با توجه به تعریف مزبور، مسئولیت پیش‌قراردادی در صورتی مطرح می‌گردد که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد. با این حال، برخی تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی در فرض انعقاد قرارداد را ممکن دانسته و معتقدند که اگر وضعیت حقوقی قرارداد به دلایل مربوط به دوره پیش‌قراردادی، از حال صحت خارج شده باشد، مسئولیت پیش‌قراردادی محقق می‌شود. ایشان حتی از این فراتر رفته و اظهار نظر نموده‌اند که در برخی موارد، جمع میان مسئولیت پیش‌قراردادی با قرارداد نافذ نیز ممکن است. برای مثال، اگر یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی با اظهارات نادرست خود سبب انعقاد قرارداد شود، به نحوی که اگر طرف دیگر از واقعیت آگاه می‌بود، قرارداد را با شرایط دیگری می‌بست، هر چند قرارداد صحیح است، اما اظهارکننده خلاف واقع دارای مسئولیت پیش‌قراردادی خواهد بود (طالب‌احمدی، ۱۳۸۹، ص ۴۳). با این وجود، دیدگاه یاد شده مبنی بر تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی به‌رغم انعقاد قرارداد نهایی و یا امکان جمع میان این مسئولیت با قرارداد نافذ، چندان قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر بخواهیم تمام موارد تحقق مسئولیت به دلایل مربوط به دوره پیش‌قراردادی را در مبحث مسئولیت پیش‌قراردادی در مفهوم اصطلاحی آن مطالعه کنیم، ناگزیر خواهیم بود که حجم گسترده‌ای از موارد مسئولیت را در این دسته جای دهیم، درحالی‌که حقوق‌دانان و فقها به هنگام بررسی مسئولیت ناشی از بطلان عقد یا عقد باطل، اهمیت و ویژگی خاصی برای دلایل مربوط به دوره پیش‌قراردادی قائل نشده و آنچه در این خصوص مورد توجه قرار گرفته، صرف بطلان عقد و حکم به استرداد عین و جبران خسارات بر مبنای قواعد غصب و ضمان مقبوض به عقد فاسد

می‌باشد. به‌علاوه، در مواردی که میان طرفین، قرارداد صحیحی منعقد شده، اما یکی از ایشان از واقعیت‌های موجود ناآگاه بوده، احقاق حق طرف زیان‌دیده به‌طور معمول در قالب ضمانت اجراهای خاصی از قبیل خیارات قانونی پیش‌بینی شده و از سایر مسئولیت‌های احتمالی طرف مقابل نیز به مسئولیت پیش‌قراردادی تعبیر نمی‌شود. بنابراین، فرض اصلی در تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی در مفهوم اصطلاحی، آن است که قراردادی میان طرفین منعقد نشده باشد.

۲. شرایط تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی

صرف ترک گفتگوهای مقدماتی، موجب طرح موضوع مسئولیت پیش‌قراردادی نمی‌شود، بلکه برای طرح این موضوع باید شرایطی فراهم باشد که شناخت آن‌ها می‌تواند ما را در فهم بهتر و دقیق‌تر این مسئولیت یاری دهد. برخی شرایط طرح مسئولیت پیش‌قراردادی را منحصر در «باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول از ایجاد آن در آینده نزدیک» و «رفتار یکی از طرفین در دوره پیش‌قراردادی» دانسته‌اند (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص ۵۲). «باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک»، شرط اول تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی می‌باشد اما باید توجه داشت که باور یا انتظار صرف کافی نیست بلکه «اتکای زیان‌دیده بر باور یا انتظار معقول» باید احراز شود. ضمناً این اتکاء باید موجب «ورود زیان» گردد. عبارت کلی «رفتار یکی از طرفین در دوره پیش‌قراردادی» چندان واضح نیست و به نظر می‌رسد که به‌جای آن باید «رفتار غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش‌قراردادی» را شرط چهارم تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی دانست. در نهایت، «رابطه سببیت» را باید از دیگر شرایط مهم مسئولیت به‌طور کلی و شرط پنجم تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی دانست. این شروط به اجمال بررسی می‌شود.

شرط نخست تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی، باور زیان‌دیده بر وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک می‌باشد. گاهی طرفین دوره پیش‌قراردادی، هنوز در خصوص تمام شرایط قرارداد آینده گفتگو نکرده و یا به توافق نرسیده‌اند اما با این وجود، روند گفتگوهای مقدماتی این انتظار معقول را در ایشان به وجود می‌آورد که قرارداد در موعد مقرر منعقد خواهد شد (Dietrich, 2001, p. 165).

صورت وجود سایر شرایط ذیل، تحقق باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک می‌تواند باعث طرح مسئولیت پیش‌قراردادی شود.

شرط دوم تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی، اتکای زیان‌دیده بر باور یا انتظار معقول خود است؛ زیرا صرف باور یا انتظار معقول تا زمانی که مورد اتکای زیان‌دیده قرار نگرفته، منشاء اثر نمی‌باشد. اتکای زیان‌دیده می‌تواند به شکل‌های مختلف ایجابی یا سلبی بروز کند. برای مثال، انجام کارهایی که مقدمه‌ای برای اجرای قرارداد آینده می‌باشند و یا اجرای مقدماتی قرارداد آینده، حاکی از اتکای زیان‌دیده بر باور یا انتظار معقول خود به شمار می‌روند. حتی ممکن است انجام کارهایی که ارتباطی با اجرای قرارداد آینده ندارند، نشانه‌ای از اتکای زیان‌دیده بر باور یا انتظار معقول خود تلقی شوند. برای مثال، اقدام خریدار در ارتقاء و بهبود وضعیت زمین زراعی فروشنده با این باور که پس از انعقاد قرارداد نهایی، محصول بهتر یا بیشتری برای وی به ارمان خواهد آورد، نوعی اتکاء به شمار می‌رود که ارتباطی با اجرای قرارداد آینده ندارد. همچنین ممکن است که یکی از طرفین، اجرای زودهنگام قرارداد آینده را آغاز کرده باشد و این اقدام نوعی اتکاء بر باور یا انتظار معقول تلقی می‌شود (Dietrich, 2001, p. 166). به‌عنوان مثال، تولیدکننده‌ای که در حال گفتگوی مقدماتی برای انعقاد قرارداد تولید کالای مشخصی برای شخص «الف» می‌باشد، ممکن است به درخواست وی و بدون وجود هرگونه توافق الزام‌آور، تولید کالاهای موضوع قرارداد آینده را آغاز نماید و چنین اقدامی به منزله اتکاء بر انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک می‌باشد.

شرط سوم تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی آن است که اتکاء بر باور یا انتظار معقول انعقاد قرارداد، باعث بروز زیان شود. این شرط با شرط قبلی ارتباط نزدیکی دارد و شاید در وهله نخست تکراری به نظر برسد اما باید توجه داشت که تأکید بر زیان‌بار بودن اتکاء از آن جهت است که شاید عمل ایجابی یا سلبی متکی بر باور یا انتظار معقول انعقاد قرارداد به قصد تبرع انجام گرفته و یا به هر دلیل دیگری بروز زیان منتفی باشد. بر این اساس، اگر به‌رغم اتکای یکی از طرفین بر انتظار معقول انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، طرف مقابل بدون دلیل موجهی گفتگوها را ترک نماید و از انعقاد قرارداد خودداری ورزد، مسئولیت پیش‌قراردادی مطرح می‌گردد؛ مشروط بر آنکه این اتکاء زیان‌بار تلقی گردد (Bebchuk, 2001, p. 423).

شرط چهارم که در تحقق مسئولیت پیش قراردادی لازم و ضروری می‌نماید، رفتار ناموجه و غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی است. باید توجه داشت که فرض اولیه آن است که مخاطرات دوره پیش قراردادی بر عهده هر دو طرف گفتگوها باشد؛ زیرا اصل آزادی قراردادی اقتضاء دارد که هر یک از طرفین بتوانند در هر زمان دلخواه گفتگوهای مقدماتی را خاتمه دهند. لذا برای تحمیل بار مسئولیت مخاطرات دوره پیش قراردادی بر یکی از طرفین، صرف خاتمه دادن به گفتگوهای مقدماتی کفایت نمی‌کند، بلکه دلیل خاص دیگری نیز لازم می‌نماید و این دلیل خاص، همان رفتار ناموجه و غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی است.

به‌عنوان مثال، آغاز گفتگوهای مقدماتی و یا تداوم آن بدون داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد، می‌تواند رفتار ناموجه و غیرمتعارف تلقی گردد. در حقوق فرانسه، قصد جدی برای انعقاد قرارداد از تعهدات مبتنی بر حسن‌نیت تلقی شده (Cartwright, 2009, p. 75) و ضمانت‌اجرای آن، حکم به مسئولیت کسی است که بدون قصد جدی برای انعقاد قرارداد، گفتگوها را آغاز کرده و یا ادامه داده است (Cartwright, 2009, p. 29). برای مثال، شخص «الف» که صاحب یک کتاب‌فروشی است، مطلع می‌شود که شخص «ج»، صاحب فروشگاه‌های زنجیره‌ای کتاب، قصد دارد مغازه شخص «ب» که درست در مقابل فروشگاه شخص «الف» قرار دارد را به مبلغ ۱.۲۰۰.۰۰۰ یورو خریداری نماید. شخص «الف» به واسطه نگرانی از رقابت آینده با شخص «ج»، بدون آنکه قصد جدی برای انعقاد قرارداد داشته باشد، به شخص «ب» مراجعه و به بهانه اینکه می‌خواهد فعالیت حرفه‌ای خود را گسترش دهد، عنوان می‌کند که حاضر است مغازه او را به مبلغ ۱.۵۰۰.۰۰۰ یورو خریداری کند. به همین دلیل، مذاکرات شخص «ب» با شخص «ج» خاتمه می‌یابد و شخص «ج»، مغازه موردنیاز خود را در نقطه دیگری از شهر خریداری می‌نماید. اما پس از آن، شخص «الف» مذاکرات خود با شخص «ب» را ترک کرده و انصراف خود را از خرید مغازه او اعلام می‌کند. این امر باعث می‌شود که شخص «ب» در نهایت بتواند مغازه خود را تنها به مبلغ ۱.۰۰۰.۰۰۰ یورو، به شخص دیگری به فروش برساند. در حقوق فرانسه، این اتفاق نظر وجود دارد که شخص «ب» می‌تواند به استناد مسئولیت مدنی ناشی از شبه‌جرم^۲ برای مطالبه خسارات خود به شخص «الف» مراجعه کند (Cartwright, 2009, p. 32).

در حقوق انگلیس، اصل حسن‌نیت به‌عنوان یک قاعده کلی الزام‌آور مورد پذیرش قرار نگرفته تا لزوم قصد جدی برای انعقاد قرارداد، از آن نشأت گیرد. با این حال، در حقوق این کشور نیز مصادیق مختلفی از این بحث مطرح و مورد بررسی قرار گرفته است. برای مثال، شخص «ب» طی یک قرارداد سه ساله مستأجر انبار متعلق به شخص «الف» بود. قرارداد اجاره در پایان سال ۱۹۹۹ میلادی خاتمه می‌یافت و به همین دلیل طرفین برای تجدید قرارداد اجاره گفتگوهای مقدماتی را آغاز کردند. پیش از آغاز گفتگوهای مقدماتی، شخص «ب» امکان جابجایی به یک انبار جدید را مورد بررسی قرار داد و انباری نیز با شرایط مناسب پیدا کرد، اما با توجه به یکسان بودن اجاره‌بهای آن با انبار فعلی و لزوم پرداخت هزینه جابجایی، از نقل مکان به انبار جدید پشیمان شد. پیش از این، شخص «الف» تصمیم گرفته بود که انبار را بفروشد. او همزمان با گفتگوهای مقدماتی با شخص «ب» جهت تجدید اجاره انبار، برای فروش آن با شخص «ج» نیز گفتگو می‌کرد. شخص «الف» می‌دانست که شخص «ج» قصد دارد تا پس از خرید انبار آن را به شخص «د» اجاره دهد، اما با این حال برای آنکه به شخص «ج» نشان دهد انبار قابلیت اجاره دارد، گفتگوهای مقدماتی با شخص «ب» را ادامه می‌داد. گفتگوهای مقدماتی شخص «الف» با شخص «ب» باعث شد تا شخص «ج» ترغیب شود بهای بیشتری بابت خرید انبار بپردازد و فروش انبار نیز باعث شد تا شخص «ب» مجبور شود انبار دیگری را با بهای گران‌تر اجاره کند. در حقوق انگلیس اظهارنظر شده است که می‌توان شخص «الف» را به استناد مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری^۳ مسئول دانست (Cartwright, 2009, p. 69).

در حقوق ایران، موضوع لزوم یا عدم لزوم قصد جدی برای انعقاد قرارداد، مورد توجه و بررسی برخی نویسندگان و اساتید حقوق مدنی قرار گرفته است. در این راستا، عده‌ای از محققین که درصدد مطالعه جدیت در دوره پیش‌قراردادی برآمده‌اند، آن را در دو مفهوم به‌کار برده و اظهارنظر نموده‌اند که اگر جدیت به معنای عدم شوخی باشد، بررسی خاصی را نمی‌طلبد؛ زیرا در معاملات و قراردادهای تجاری، کسی به قصد شوخی گفتگوهای مقدماتی را با دیگری آغاز نمی‌کند (باریکلو، ۱۳۹۱، ص ۱۸). اما اگر جدیت به معنای تعهد به پیشرفت مذاکره باشد نیز معادل همکاری طرفین در دوره پیش‌قراردادی است که آن هم با اصل آزادی قراردادی و ملزومات معامله در بازار

رقابتهی آزاد منافات دارد (باریکلو، ۱۳۹۱، ص ۳۱). با این حال، به نظر می‌رسد که منظور از قصد جدی برای انعقاد قرارداد که در این قسمت از مقاله مورد مطالعه قرار گرفت، چندان با دو مفهوم یاد شده منطبق نیست. در واقع، آنچه در حقوق قراردادهای تحت عنوان تعهد به همکاری میان طرفین مطرح می‌گردد و به‌طور معمول ناظر بر مرحله اجرای قرارداد است، موضوعی علی‌حده از قصد جدی برای انعقاد قرارداد تلقی می‌گردد. به علاوه، لزوماً نمی‌توان گفت کسی که بدون قصد جدی برای انعقاد قرارداد، گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده و یا ادامه می‌دهد، در حال شوخی با طرف مقابل است. چنین شخصی در عین حال که گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده یا آن را ادامه می‌دهد، فقط قصد انعقاد قرارداد ندارد اما ممکن است با هدف و قصد دیگری از جمله تحصیل اطلاعات طرف مقابل، با او گفتگو کند و در این راه جدیت نیز داشته باشد. در این میان، برخی از اساتید حقوق مدنی به هنگام بررسی ارکان توافق، اظهار نظر نموده‌اند که اگر ثابت شود شخصی بدون اینکه اراده جدی بر بستن عقد داشته باشد، با دیگری به مذاکره پرداخته و باعث شده است که هزینه‌هایی برای تحقیق یا فراهم آوردن سایر وسایل اجرای عقد بکند، مسئول خسارتی است که از این رهگذر به بار می‌آید. همچنین است در موردی که شخص یکی از پیشنهادهای گوناگونی را که به او شده است بپذیرد و دیگران را آگاه نسازد و آنان به امید جلب نظر او هزینه‌هایی را متحمل شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۸۱). چنین مسئولیتی همان است که در این مقاله تحت عنوان «مسئولیت پیش‌قراردادی» مورد مطالعه واقع می‌شود. به موجب این دیدگاه، مسئولیت شخصی که بدون داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد، گفتگوهای مقدماتی را آغاز نموده یا آن را ادامه می‌دهد، در حقوق ایران با قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل توجیه است. بدین ترتیب، جبران خساراتی که زیان‌دیده به واسطه عدم قصد جدی طرف مقابل برای انعقاد قرارداد متحمل شده، مستلزم تحقق ارکان این نوع مسئولیت از جمله تقصیر است. بر این اساس به منظور اثبات رکن تقصیر، ظاهراً باید احراز فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد را ملاک عمل قرار داد. در این راستا، دو مشکل جدی به ذهن می‌رسد. از یک سو، اثبات مواردی که یکی از طرفین واقعاً قصد جدی برای انعقاد قرارداد نداشته است، در وهله نخست بسیار دشوار می‌نماید؛ زیرا اثبات امر عدمی، کار چندان ساده‌ای نیست. از سوی دیگر، تشخیص مصادیق تقصیر در

این فرض دقت زیادی را می‌طلبد؛ چرا که اندکی بی‌احتیاطی در این زمینه ممکن است باعث شود که تمام موارد عدم انعقاد قرارداد به فقدان قصد جدی طرف مقابل منتسب گردد. با توجه به این ملاحظات، شاید بتوان مصادیق امکان پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی به دلیل فقدان قصد جدی برای انعقاد قرارداد را معطوف به مواردی دانست که طرف مقابل به‌رغم اقدام قبلی خود در جهت سالبه به انتفاع موضوع نمودن قرارداد موضوع گفتگوها و یا با علم به منتفی بودن آن، گفتگوهای مقدماتی را با زیان‌دیده آغاز کرده یا همچنان گفتگوها را ادامه می‌دهد.

شرط پنجم تحقق مسئولیت پیش‌قراردادی، احراز رابطه سببیت است. یعنی باید احراز شود که بین ضرر و فعل یا رفتار زیان‌بار رابطه سببیت وجود دارد و ضرر از آن فعل یا رفتار ناشی شده است. اثبات رابطه سببیت با زیان‌دیده است و او باید ثابت کند که بین فعل یا رفتار خواننده و ایجاد ضرر، رابطه علت و معلولی وجود دارد. البته گاهی خواننده دعوی ناچار می‌شود که برای اثبات عدم دخالت خود دلیل بیاورد؛ زیرا در برخی موارد همین که زیان‌دیده، وقوع کاری را که به‌طور معمول از طرف خواننده انجام می‌شود را اثبات کند، دیگر نیازی به ثابت کردن انتساب آن به خواننده ندارد. باید توجه داشت در مواردی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست، رابطه سببیت اهمیت بیشتری پیدا می‌کند و اثبات وجود آن نیز دشوارتر می‌گردد. برعکس، در مواردی که تقصیر از ارکان مسئولیت به‌شمار می‌رود، رابطه سببیت اهمیت خود را از دست می‌دهد و تنها به حوادثی توجه می‌شود که در اثر بی‌احتیاطی یا غفلت شخص رخ داده و زیان به بار آورده است؛ زیرا این تصور عمومی وجود دارد که تقصیر سبب بروز زیان شده است. به غیر از مواردی که زیان فوراً و مستقیماً به فعل یا رفتار زیان‌بار متصل نیست یا اسباب دیگری نیز در بروز زیان دخالت دارند، رابطه سببیت واضح و آشکار به نظر می‌رسد. در مسئولیت پیش‌قراردادی، از آنجا که صحبت از مسئولیت یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی در برابر دیگری است، علی‌الاصول، احراز رابطه سببیت میان زیان و فعل یا رفتار زیان‌بار با دشواری چندانی روبرو نخواهد بود.

۳. زیان‌های قابل جبران

مسئولیت به معنای جبران خسارات و زیان‌های ناشی از اعمال نامتعارف و نامشروع

است. هدف کلی از برقراری مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان‌دیده و در عین حال، تسلی خاطر وی و بازداشتن فاعل و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاقی خاص در جامعه است. بدین ترتیب، پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، مستلزم جبران خسارات و زیان‌هایی است که به واسطه رفتار نامتعارف یکی از طرفین در دوره پیش‌قراردادی بر طرف مقابل تحمیل شده است.

به‌طور معمول، طرفین به اتکای انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، اقداماتی را انجام داده و در صورت عدم انعقاد قرارداد، متحمل زیان‌هایی می‌شوند. به همین دلیل، نویسندگان خارجی این دسته از خسارات را تحت عنوان زیان‌های اتکایی^۴ مورد مطالعه و بررسی قرار داده‌اند (Kiršienė, 2009, p. 226). زیان‌های اتکایی در دوره پیش‌قراردادی را می‌توان در پنج دسته کلی جای داد. دسته نخست زیان‌های اتکایی، هزینه‌هایی است که طرف زیان‌دیده در دوره پیش‌قراردادی و در راستای تهیه مقدمات انعقاد قرارداد، انجام داده است. دسته دوم، مابه‌ازای کارها یا خدماتی است که پیش از انعقاد قرارداد نهایی توسط یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی انجام شده است. دسته سوم این زیان‌ها، زیان ناشی از معاملات است که یکی از طرفین با انتظار معقول و متعارف از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک، انجام داده است. چهارمین نوع زیان اتکایی، زیان از دست دادن فرصت‌هایی^۵ می‌باشد که در خلال گفتگوهای مقدماتی، پیش روی طرفین قرار داشته و در حال حاضر، از دست رفته است. این نوع از زیان، علاوه بر اتلاف وقت که دارای ارزش است و عرفاً برای برخورداری از آن بها پرداخت می‌شود، فرصت گفتگوهای مقدماتی و انعقاد قرارداد با اشخاص ثالث را نیز شامل می‌شود. دسته پنجم زیان‌های اتکایی، زیان ناشی از عدم حصول «منافع مورد انتظار»^۶ یا «عدم‌المنفع»^۷ است. امکان جبران زیان‌های اتکایی یاد شده با فرض پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، در این بخش از مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

این اتفاق نظر وجود دارد که دسته نخست زیان‌های اتکایی شایع‌ترین نوع خساراتی تلقی می‌شود که ممکن است طرفین در دوره پیش‌قراردادی متحمل شوند و پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، مستلزم جبران کامل آن‌ها است. برای مثال، در پرونده برور علیه بارکلیز^۸ در سال ۱۹۵۴ میلادی، هنوز هیچ قرارداد نهایی میان طرفین منعقد نشده بود و ایشان در دوره پیش‌قراردادی به سر می‌بردند. با این حال، دادگاه رأی داد

که اگر در دوره پیش‌قراردادی، یکی از طرفین به اتکای انتظار معقول خود مبنی بر انعقاد قرارداد، هزینه‌هایی کرده و به دلیل بسته نشدن قرارداد نهایی متحمل زیان شود، به‌رغم آنکه پیش‌بینی طرفین برای انعقاد قرارداد به سرانجام نرسیده است، خسارت زیان‌دیده باید جبران گردد (Dietrich, 2001, p. 160).

دسته دوم زیان‌های اتکایی یعنی مابه‌ازای کارها یا خدماتی که پیش از انعقاد قرارداد نهایی توسط یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی انجام شده نیز به استناد مسئولیت پیش‌قراردادی، قابل جبران است. به‌عنوان مثال، در پرونده ویلیام علیه دیویس^۹ در سال ۱۹۵۷ میلادی، یک شرکت ساختمانی در مناقصه بازسازی مستغلات برنده شده بود. این شرکت به درخواست خوانده و با این باور که قرارداد در آینده نزدیک میان دو طرف بسته خواهد شد، ضمن انجام هزینه قابل توجهی، ارزیابی‌های اولیه و انواع محاسبات را آغاز کرد و می‌خواست نتیجه را در اختیار خوانده بگذارد اما پیش از انعقاد قرارداد نهایی، خوانده مستغلاتی که قرار بود بازسازی شوند را فروخت. شرکت ساختمانی برای دریافت اجرت کارهای انجام گرفته، طرح دعوی کرد. دادگاه ضمن رد ادعای خوانده مبنی بر ضرورت احراز یک قرارداد در روابط دو طرف، به نفع خواهان رأی داد (Cartwright, 2009, p. 263). به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، این نوع از خسارات با تنقیح مناط از ماده ۲۴۶ قانون مدنی^{۱۰} قابل مطالبه باشد.

همچنین، دسته سوم زیان‌های اتکایی، یعنی زیان ناشی از معاملاتی که یکی از طرفین با انتظار معقول و متعارف از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک انجام داده است، با پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، قابل جبران است. برای مثال، در پرونده هافمن علیه رد اول^{۱۱} در سال ۱۹۶۵ میلادی، گفتگوهای مقدماتی میان طرفین مبنی بر واگذاری بخشی از سهام نمایندگی یک سوپرمارکت بزرگ در ازای پرداخت مبلغ ۱۸۰,۰۰۰ دلار انجام شده بود و خواهان به منظور سرمایه‌گذاری در این پروژه، نانوائی و مغازه خود را فروخت و ضمن شناسایی منطقه‌ای برای تأسیس سوپرمارکت جدید، خانه‌ای را نیز در نزدیکی آن محل اجاره کرد. اما پس از مدتی، خوانده به او اطلاع داد که تنها در ازای پرداخت ۳۴,۰۰۰ دلار حاضر به انعقاد قرارداد خواهد بود. با توجه به تغییر عقیده خوانده، گفتگوهای مقدماتی برای انعقاد قرارداد خاتمه یافت و خواهان که مغازه خود را فروخته و خانه‌ای را نیز اجاره کرده بود، متحمل زیان گردید. در این پرونده، دادگاه خوانده را به

جبران زیان‌های اتکایی خواهان که ناشی از معاملات وی با انتظار معقول و متعارف از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک بود، محکوم نمود (Schwartz, 2007, p. 665).

در خصوص جبران دسته چهارم زیان‌های اتکایی یعنی زیان از دست رفتن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی پیش‌روی طرفین قرار داشته است، در نظام‌های مختلف حقوقی دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. در حقوق فرانسه، پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، مستلزم جبران زیان ناشی از دست رفتن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی پیش‌روی طرفین قرار داشته است نیز خواهد بود؛ زیرا به موجب اصل جبران کامل خسارت^{۱۲}، تمام خسارات زیان‌دیده باید جبران شود تا او به شرایطی بازگردد که اگر زبانی روی نمی‌داد، در آن شرایط قرار داشت. زیان از دست رفتن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی پیش‌روی طرفین قرار داشته است، به دو شکل متصور است. شکل نخست، زیان ناشی از دست دادن فرصت انعقاد قراردادی است که طرفین راجع به آن گفتگو کرده‌اند و شکل دوم، زیان ناشی از دست دادن فرصت انعقاد قراردادهای جایگزین و مشابه با دیگران است که در حال حاضر طرفین از آن محروم شده‌اند. در میان حقوق‌دانان فرانسه، نسبت به جبران زیان ناشی از دست دادن فرصت انعقاد قراردادهای جایگزین با دیگران اتفاق نظر وجود دارد، درحالی‌که جبران شکل نخست با انتقاد حقوق‌دانان روبرو شده است. دیوان عالی کشور فرانسه تا سال‌های اخیر این تفاوت را مورد توجه قرار نمی‌داد اما در رأی مورخ ۲۶ نوامبر ۲۰۰۳ میلادی خود اعلام کرد که شرایط و اوضاع و احوال موجب تقصیر در اجرای آزادی ترک گفتگوها، سبب دعوی مطالبه زیان ناشی از دست دادن فرصت انعقاد قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی را فراهم نمی‌کند (Cartwright, 2009, p. 30).

متعاقب صدور رأی مزبور، نویسندگان و حقوق‌دانان فرانسه تا مدت‌ها تصور می‌کردند که از این پس، زیان ناشی از دست دادن فرصت کلاً قابل مطالبه نیست. از آنجا که رأی یاد شده با آراء بسیاری در تعارض بود، از سوی دیوان عالی کشور انتشار نیافت. اما پس از مدتی در تاریخ ۲۸ ژوئن ۲۰۰۶ میلادی، شعبه سوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه مفاد رأی قبلی را مورد تأیید و تأکید قرار داد (Cartwright, 2009, p. 30). دیوان عالی کشور فرانسه رأی اخیر را در همان سال منتشر کرد و اعلام داشت که صرف خاتمه دادن به گفتگوهای مقدماتی تقصیر محسوب نمی‌شود بلکه شرایط و اوضاع و

احوال گفتگوهاست که باعث تحقق تقصیر می‌گردد و به همین دلیل نمی‌توان آن را سبب دعوی مطالبه زیان ناشی از دست دادن فرصت انعقاد قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی دانست (Cartwright, 2009, p. 31).

در حقوق انگلیس، زیان ناشی از دست دادن فرصت‌هایی که در جریان گفتگوهای مقدماتی پیش روی طرفین قرار داشته است، قابل جبران می‌باشد، مشروط بر آنکه زیان دیده بتواند یکی از اسباب دعوی مسئولیت مدنی را مبنای ادعای خود قرار دهد. به‌عنوان مثال، در صورتی که خواهان بتواند ثابت کند که خوانده با فریبکاری، اظهارات خلاف واقعی خطاب به او داشته است، با این قصد که خواهان براساس این اظهارات نادرست عمل کند و در نتیجه اقدام خواهان بر مبنای آن‌ها، متحمل زیان گردد، پذیرش «مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری»^{۱۳} مستلزم جبران زیان ناشی از دست دادن فرصت‌هایی که در جریان گفتگوهای مقدماتی پیش روی طرفین قرار داشته است، نیز خواهد بود. البته یکی از شرایط مهم جبران خسارت بر مبنای مسئولیت مدنی ناشی از فریبکاری، آن است که خواهان باید رابطه سببیت بین اظهارات خوانده و زیان وارده را اثبات کند. تنها محدودیتی که در این رابطه وجود دارد آن است که خواهان نمی‌تواند زیان‌هایی که به محض اطلاع از فریبکاری خوانده می‌توانست اقدامات معقولی در جهت کاهش یا حذف آن‌ها به عمل آورد، را از خوانده مطالبه کند. زیان قابل جبران ناشی از فریبکاری در حقوق انگلیس، معادل میزان کاهش دارایی خواهان است که در نتیجه اتکای او به اظهارات خوانده حادث شده است (Cartwright, 2009, p. 24).

در فقه امامیه، اظهار نظر صریحی در خصوص امکان یا عدم امکان جبران خسارات ناشی از «فرصت از دست رفته»، به چشم نمی‌خورد. با توجه به اینکه «عدم‌النفع» از سوی مشهور فقها به‌عنوان ضرر قابل جبران پذیرفته نشده، شاید در وهله نخست چنین تصور شود که «از دست دادن فرصت» نیز جزء مقوله «عدم‌النفع» بوده و بنابراین در فقه امامیه، به‌عنوان ضرر قابل جبران مورد پذیرش قرار نگرفته است. اما باید توجه داشت که آنچه در اینجا به‌عنوان زیان و خسارت مطرح می‌باشد و در قابلیت جبران آن بحث است، نفس همین «فرصت از دست رفته» است، نه آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن در صورت انعقاد قرارداد وجود داشته و با تقصیر خوانده، غیرقابل تحصیل شده است. لذا «فرصت از دست رفته» را نباید با «عدم‌النفع» اشتباه نمود؛ زیرا در این فرض، دیگر

صحبت از زیان آینده یا عدم‌النفع نیست بلکه اگر نفس از دست دادن فرصت عرفاً ضرر محسوب شود، وجود ضرر بالفعل است نه مربوط به آینده. حال، سؤال مهمی که باید به آن پاسخ داد، این است که آیا از نظر فقهی می‌توان «از دست دادن فرصت» را ضرر تلقی کرد و آن را قابل جبران دانست؟ به منظور پاسخ به این سؤال، باید مفهوم ضرر در دیدگاه فقها مورد بررسی قرار گیرد. برخی از فقها در مقام تبیین مفهوم ضرر، به صراحت بیان داشته‌اند که برای تعیین اینکه چه چیزی ضرر است و چه چیزی ضرر نیست، باید به عرف مراجعه نمود (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۴۹). برخی از فقهای معاصر نیز در بررسی مفهوم ضرر، اظهارنظر نموده‌اند که اگر معنای این لفظ نزد عرف روشن باشد، رجوع به لغت مشکل است و باید به ذهن اهل عرف، رجوع نمود و معنای ضرر را معین کرد. آنچه از ارتکازات ذهنی و موارد استعمال این لغت در نزد عرف به دست می‌آید، این است که ضرر عبارت است از فقدان هر چیزی که شخص دارا می‌باشد و به سبب آن از مواهب حیات از قبیل نفس و عرض و غیره منتفع می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۵۵).

با توجه به مطالب ذکر شده، می‌توان گفت که مفهوم ضرر یک مفهوم عرفی است و برای تعیین موضوع ضرری باید به عرف مراجعه نمود. برای تشخیص اینکه چه چیزی در عرف ضرر محسوب می‌شود، ابتدا باید آنچه واجد ارزش است مورد شناسایی قرار گیرد؛ زیرا فقدان و یا از دست دادن آنچه دارای ارزش است، ضرر تلقی می‌گردد. با مراجعه به عرف، ملاحظه می‌گردد که در مواردی، نفس «فرصت» در نظر برخی اشخاص دارای ارزش بوده و گاهی افراد حاضرند به خاطر آن، هزینه‌های مادی و معنوی صرف کنند. حتی در مواردی با وجود آنکه نتیجه نهایی ممتنع است، باز نفس «فرصت» و برخورداری فرد از آن، نوعی رضایت خاطر بوده و شخص خوشحال است که در راه رسیدن به مطلوب تلاش می‌کند، هر چند در نهایت به نتیجه‌ای نرسد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۵ به بعد). بدین ترتیب، اگر نفس «فرصت» در عرف واجد ارزش اقتصادی باشد، شاید بتوان فقدان و یا از دست دادن آن را نیز در عرف، ضرری قابل جبران تلقی کرد.

در حقوق ایران، نص قانونی صریحی مبنی بر امکان یا عدم امکان جبران زیان ناشی از «فرصت از دست رفته» به چشم نمی‌خورد اما با این وجود، برخی از اساتید

حقوق مدنی، از بین بردن امکان استفاده از فرصتی که در عرف، ارزش ویژه دارد را زیان قابل جبران دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۸). با این حال، باید توجه داشت آنچه باعث می‌شود که در رابطه با جبران زیان از دست رفتن فرصت، با احتیاط بیشتری اظهار نظر شود، آن است که این نوع فرصت‌ها مربوط به آینده می‌باشند و اثر آن‌ها با گذشت زمان مشخص می‌شود. در واقع، آنچه ماهیت و رکن اصلی «فرصت» را تشکیل می‌دهد، وجود «احتمال» در تحقق آن است و باید توجه داشت که به واقعیت پیوستن فرصت در آینده، همواره امری احتمالی تلقی می‌گردد و این‌گونه نیست که یک فرصت و شانس همیشه به واقعیت بپیوندد؛ چرا که در غیر این صورت، شانس نامیده نمی‌شود. لذا زمان باید طی گردد و شخص این فرصت را تجربه کند تا معلوم شود که آیا به نتیجه می‌رسد و مقصود تحقق پیدا می‌کند یا خیر. بدین ترتیب، اشکال مهمی که باعث تردید نسبت به امکان جبران خسارت ناشی از «فرصت از دست رفته» می‌گردد، تردید در مسلم بودن ضرر است؛ زیرا تحقق ضرر مسلم منوط به از دست دادن منافع مسلم است، درحالی‌که منافع ناشی از فرصت در آینده، قطعی نیست تا منتفی شدن آن، ضرر مسلم محسوب شود. شاید به همین دلیل است که نویسندگان حقوقی، «فرصت از دست رفته» را در مبحث «ضرر» و ذیل عنوان کلی «شرایط قابل جبران بودن ضرر» و عنوان فرعی «مسلم بودن ضرر» مطرح نموده و مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهند. بر این اساس، به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، جبران زیان از دست رفتن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی پیش‌روی طرفین قرار داشته است، چندان مورد پذیرش قرار نگیرد.

در خصوص جبران دسته پنجم زیان‌های اتکایی یعنی زیان ناشی از عدم حصول «منافع مورد انتظار» از قرارداد آینده، دیدگاه یکسانی در نظام‌های مختلف حقوقی به چشم نمی‌خورد. این دسته از خسارات، به «عدم‌النفع» نیز شهرت یافته و تعاریف مختلفی از آن توسط حقوق‌دانان ارائه گردیده است. برخی آن را به ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که مقتضی آن حاصل شده است، تعریف نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۱۴۲). در عبارت دیگری، از عدم‌النفع به حرمان از نفعی تعبیر شده که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور و اوضاع و احوال موجود، امید وصول به آن نفع، معقول و مقدور بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۵۶).

عده‌ای دیگر از نویسندگان، عدم‌النفع را محروم شدن شخص از فایده مورد انتظار می‌دانند (بهرامی احمدی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۸). جبران زیان ناشی از عدم حصول سود مورد انتظار از قرارداد آینده، در حقوق برخی از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته اما در بعضی دیگر از کشورها، با استقبال زیادی روبرو نشده است. در حقوق فرانسه، زیان ناشی از عدم‌النفع به‌عنوان زیان قابل جبران شناخته شده است. مواد ۱۱۴۹ و ۱۱۵۰ قانون مدنی این کشور به جبران زیان ناشی از عدم‌النفع اشاره دارد. بر اساس ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه، «خسارات قابل پرداخت به متعهدله، به‌طور کلی عبارتند از زیان‌هایی که متحمل گردیده و سودی که از آن محروم شده است؛ به جز استثنائات و تغییراتی که در ذیل می‌آید». ماده ۱۱۵۰ قانون مذکور نیز مقرر داشته است که «متعهد تنها پرداخت زیان‌ها و خساراتی را بر عهده دارد که هنگام انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌شده یا بایستی پیش‌بینی می‌شد؛ مشروط بر آنکه عدم اجرای تعهدات، به‌هیچ‌وجه ناشی از تدلیس وی نباشد». برخی اظهارنظر نموده‌اند که در حقوق فرانسه، پذیرش مسئولیت پیش‌قراردادی، مستلزم جبران ناشی از عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی نیز خواهد بود؛ زیرا رعایت اصل جبران کامل خسارات^{۱۴} ایجاب می‌کند که تمام خسارات زیان‌دیده جبران شود و او به شرایطی بازگردد که اگر زیانی روی نمی‌داد، در آن شرایط قرار داشت (Cartwright, 2009, p. 30). با این حال، به‌رغم وجود اصل کلی پذیرش عدم‌النفع در حقوق فرانسه، جبران زیان ناشی از عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی، مورد انتقاد حقوق‌دانان این کشور قرار گرفته است (Cartwright, 2009, p. 31). البته باید توجه داشت که جبران زیان ناشی از عدم‌النفع، ذیل مبحث «خسارات و زیان‌های ناشی از عدم اجرای تعهدات» در قانون مدنی فرانسه آمده و خود این مبحث نیز تحت عنوان کلی «آثار تعهدات» تقنین گردیده است و بنابراین به نظر می‌رسد که مواد فوق‌الذکر تنها در صورت وجود تعهد قانونی لازم‌الوفاء، قابلیت اجرا داشته باشند.

در فقه امامیه، بحث از عدم‌النفع از پیشینه‌ای طولانی برخوردار است. البته نسبت به امکان یا عدم امکان جبران آن اتفاق نظر وجود ندارد. براساس نظر مشهور فقها، عدم‌النفع به‌عنوان زیان قابل جبران شناخته نشده و بنابراین حتی اگر خواهان ثابت

نماید که از نفعی محروم گردیده، مستحق جبران نخواهد بود (نجفی، ۱۳۶۸، ص ۳۹ به بعد). این جمله در میان فقهای امامیه مشهور است که «عدم‌النفع لیس بضرر»، یعنی عدم‌النفع ضرر محسوب نمی‌شود. با این حال، دسته‌ای از فقها مبنای تشخیص مفهوم ضرر را عرف دانسته و عدم‌النفع را عرفاً ضرر دانسته‌اند. در همین راستا، برخی از فقها معتقدند که ضرر عبارت است از فوت آنچه انسان واجد آن است، خواه نفس باشد یا مال یا جوارح، بلکه عدم‌النفع نیز چنانچه مقتضی آن کامل باشد، ضرر محسوب می‌شود (النجفی الخوانساری، بی‌تا، ص ۱۹۹). برخی دیگر نیز اظهارنظر نموده‌اند که ضرر عرفاً عبارت است از نقص در چیزی از شئون انسان بعد از اینکه وجود یافته است یا مقتضی پدیدار شدن آن در آینده نزدیک وجود دارد، به طوری که عرف آن را موجود می‌داند (موسوی البجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۲۱۴).

ملاحظه اجمالی دیدگاه آن دسته از فقهای امامیه که عدم‌النفع را ضرر می‌دانند، حاکی از آن است که هر عدم‌النفعی از نظر ایشان ضرر تلقی نمی‌گردد، بلکه عدم‌النفعی که مقتضی آن کامل شده باشد، ضرر محسوب می‌شود. عدم‌النفع به لحاظ متعلق آن، به دو دسته تقسیم می‌گردد: عدم‌النفع مسلم و عدم‌النفع محتمل. منظور از عدم‌النفع مسلم، عدم حصول نفعی است که مقتضی آن کامل شده و اگر فعل مانع نشود، مسلماً نفع موردنظر به زیان‌دیده می‌رسید و فعل مزبور، سبب منحصر نرسیدن نفع شده است. عدم‌النفع محتمل نیز عبارت است از فوت شدن منفعتی که مقتضی آن کامل نشده و اگر فعل معین نبود، صرفاً احتمال داشت که عاید طرف گردد. همان‌گونه که ملاحظه گردید، از بین دو قسم عدم‌النفع ذکر شده، تنها قابلیت جبران دسته اول محل بحث است و قسم دوم قطعاً قابل مطالبه نیست؛ زیرا در فرض دوم، احراز رابطه سببیت بین فعل و عدم پیدایش نفع مشکل است، چرا که حتی در صورتی که فعل معین نبود، همچنان حصول نفع قطعیت نداشت و احتمالی بود.

اندکی دقت در موارد عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد آینده، این نکته را روشن می‌سازد که این نوع از عدم‌النفع در زمره عدم‌النفع محتمل قرار می‌گیرد؛ زیرا تحقق آن با دو احتمال پی‌درپی روبرو می‌باشد. از یک سو، به سرانجام رسیدن گفتگوهای مقدماتی طرفین در دوره پیش‌قراردادی و انعقاد قرارداد نهایی موردنظر ایشان، امری احتمالی است و از سوی دیگر، منافی که انتظار حصول آن از قرارداد

آینده می‌رود، امر احتمالی دوم است. لذا چنین عدم‌النفعی را نمی‌توان جزء دسته عدم‌النفع مسلم دانست تا براساس نظر غیرمشهور فقها، عنوان ضرر بر آن صدق کند و مشمول ادله لزوم جبران قرار بگیرد. بر این اساس، می‌توان گفت که زیان ناشی از عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد آینده، از دیدگاه مشهور فقها به دلیل عدم قابلیت جبران عدم‌النفع به‌طور کلی، قابل مطالبه نیست. همچنین در صورت پذیرش و اعمال نظر غیرمشهور فقها مبنی بر قابلیت جبران عدم‌النفع، عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد آینده، به واسطه کامل نبودن مقتضی و وجود احتمال در تحقق آن، زیان قابل جبران تلقی نمی‌گردد.

در حقوق ایران، امکان یا عدم امکان جبران زیان ناشی از عدم‌النفع، با فراز و نشیب بسیاری همراه بوده است. در قانون مدنی، ماده صریحی به این موضوع مهم اختصاص نیافته و به نظر می‌رسد که دلیل آن، پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر عدم قابلیت جبران زیان ناشی از عدم‌النفع است. با این حال، ماده ۷۲۸ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت که «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است». عبارت «فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است»، مدت‌ها باعث ایجاد این تصور در ذهن حقوق‌دانان شده بود که قانون‌گذار، مسئولیت و ضمان را به‌طور کلی به عدم‌النفع نیز سرایت داده است، درحالی‌که ماده مزبور در فصل چهارم قانون، تحت عنوان «خسارات حاصل از عدم انجام تعهد» قرار گرفته بود و بدین ترتیب، عدم‌النفع را به‌طور کلی، ضرر قابل جبران محسوب نمی‌کرد بلکه امکان حکم به ضمان و مسئولیت را منحصر در بروز عدم‌النفعی می‌دانست که منشاء آن تخلف از انجام تعهد باشد. لذا حکم به جبران عدم‌النفع در روابط غیرقراردادی اشخاص، با استفاده از ماده یاد شده ممکن نبود.

از یک سو، سکوت قانون مدنی نسبت به قابلیت جبران عدم‌النفع و از سوی دیگر، انحصار ماده ۷۲۸ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی به جبران عدم‌النفع ناشی از تخلفات قراردادی، قانون‌گذار را در سال ۱۳۳۹ و به هنگام تدوین قانون مسئولیت مدنی، متوجه این ضرورت نمود که عدم‌النفع را طی مواد ۵ و ۶ این قانون، در مسئولیت‌های خارج از قرارداد تا حدودی مورد پذیرش قرار دهد. در سال ۱۳۷۸ و به هنگام تصویب قانون

آیین دادرسی کیفری، بند ۲ ماده ۹ قانون مذکور، شبیه آنچه در قانون قدیم تقنین شده بود، «منافعی که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر شده» را در زمره ضرر و زیان قابل مطالبه دانست. اما دیری نپایید که قانون‌گذار در سال ۱۳۷۹ و با تدوین و تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی، در ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون مذکور، ضرر و زیان یا خسارات ناشی از عدم‌النفع را به‌طور کلی غیرقابل مطالبه اعلام نمود و بدین ترتیب پس از سال‌ها، پیروی کامل از نظریه مشهور فقهای امامیه را در پیش گرفت.

دو قانون یاد شده، با فاصله یک سال از یکدیگر مورد تصویب قرار گرفته بود و به واسطه تعارض آن‌ها در حکم زیان ناشی از عدم‌النفع، برخی حقوق‌دانان اراده اخیر قانون‌گذار را به نسخ مقررات سابق در این رابطه و عدم پذیرش عدم‌النفع به‌عنوان ضرر قابل جبران تفسیر کرده و اظهارنظر نمودند که غیرقابل جبران معرفی شدن خسارت محروم ماندن از منافع مسلم در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، با ظرافت کنونی مبانی مسئولیت‌ها و امنیت و سرعت روابط قراردادی عصر حاضر به‌هیچ‌وجه سازگار نیست و در اصلاحات بعدی قانون، باید مسئولیت جبران خسارت محروم ماندن متعهدله از منافع مسلم، مانند گذشته مقرر گردد (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۷۱). در مقابل، برخی اساتید حقوق مدنی، نسخ مقررات سابق را مورد پذیرش قرار نداده و با تفسیر ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، منظور قانون‌گذار در دو ماده اخیر را به آن دسته از منافع احتمالی منصرف دانستند که موجبات آن‌ها کامل نشده و ممکن‌الحصول نیست (بهرامی احمدی، ۱۳۸۱، ص ۱۳۴). در همین راستا، برخی محققین اظهارنظر نمودند که به‌رغم تصویب تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی، خسارت عدم‌النفع همچنان قابل مطالبه است؛ زیرا تبصره مذکور اطلاق دارد و معنای این اطلاق آن است که جبران عدم‌النفع به‌طور کلی ضرر قابل جبران تلقی نمی‌شود، درحالی‌که بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مقید این اطلاق است و براساس آن، منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه خواهد بود (ره‌پیک، ۱۳۷۹، ص ۳۵). دیدگاه اخیر با نسخ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و تصویب تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ دچار چالش گردید؛ زیرا تبصره اخیرالذکر مقرر نمود که «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که

صدق اتلاف نماید...». بدین ترتیب، هر منفعت ممکن‌الحصولی قابل مطالبه نخواهد بود، بلکه امکان جبران زیان از دست دادن منافع ممکن‌الحصول منحصر به مواردی است که از مصادیق اتلاف باشد. به تبصره مذکور، انتقادات بسیاری وارد است که خارج از موضوع این نوشتار تلقی می‌گردد. در هر حال، با توجه به مطالب بیان شده، به نظر می‌رسد که زیان ناشی از عدم حصول سود مورد انتظار از قرارداد آینده در حقوق ایران قابل جبران تلقی نمی‌شود؛ خواه قائل باشیم که «خسارت ناشی از عدم‌النفع در حقوق ایران به‌طور کلی قابل مطالبه نیست» و خواه «غیرقابل مطالبه بودن را منحصر به عدم‌النفع محتمل‌الحصول یا غیرمسلم بدانیم». در حقیقت، حصول سود مورد انتظار از قرارداد آینده، همان‌گونه که بیان شد، با دو احتمال پی‌درپی روبرو می‌باشد و بنابراین ضرورتاً باید آن را نه نفعی ممکن‌الحصول، بلکه در زمره منافع محتمل‌الحصول دانست.

جمع‌بندی

اصل آزادی قراردادی اقتضا دارد که طرفین دوره پیش‌قراردادی تا لحظه انعقاد قرارداد، هیچ تعهد و التزامی در برابر یکدیگر نداشته باشند. به همین دلیل، هر یک از طرفین علی‌الاصول می‌تواند در هر مقطع دلخواه، دوره مذکور را خاتمه دهد. از آنجا که به‌طور معمول، طرفین در جریان گفتگوهای مقدماتی هزینه‌هایی در راستای فراهم نمودن مقدمات انعقاد قرارداد انجام می‌دهند، اگر نتوانند راجع به قرارداد به توافق برسند، این هزینه‌ها بر ایشان تحمیل می‌گردد. لذا دوره پیش‌قراردادی، دوران مخاطره‌آمیزی محسوب می‌شود و فرض بر آن است که طرفین با پذیرش این مخاطرات، گفتگوها را آغاز نموده و تداوم می‌بخشند. اگرچه علی‌الاصول، هزینه‌هایی که طرفین در راستای انعقاد قرارداد صرف می‌کنند قابل مطالبه نمی‌باشد، اما گاهی یکی از طرفین به دلایل ویژه‌ای حق جبران پیدا می‌کند و طرف مقابل، ملزم به تدارک زیان او می‌گردد. مسئولیتی که برای جبران این قبیل زیان‌ها ایجاد می‌شود، مسئولیت پیش‌قراردادی نام دارد.

در کشورهای مختلف، نسبت به مسئولیت پیش‌قراردادی رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است. در حقوق فرانسه، مسئولیت پیش‌قراردادی مورد شناسایی قرار گرفته است. در حقوق این کشور، با شناسایی اصل حسن‌نیت، تعهداتی را برای طرفین دوره پیش‌قراردادی در نظر گرفته‌اند و نقض این تعهدات را به منزله تقصیر دانسته و مقدمه

صدور حکم به مسئولیت پیش قراردادی قرار داده‌اند. برای مثال، داشتن قصد جدی برای انعقاد قرارداد یکی از تعهدات مبتنی بر حسن نیت در فرانسه قلمداد می‌شوند که نقض آن تقصیر محسوب شده و بر مبنای مسئولیت ناشی از تقصیر، ضمان‌آور است. اصل حسن نیت در حقوق انگلیس جایگاهی نداشته و به همین دلیل در حقوق این کشور، تمایل چندانی به پذیرش مسئولیت پیش قراردادی وجود ندارد. با این حال، اگر طرف زیان‌دیده دوره پیش قراردادی بتواند فریبکاری یا اظهار خلاف واقع خوانده را به اثبات برساند، صدور حکم به جبران این قبیل زیان‌ها ممکن خواهد بود.

صدور حکم به مسئولیت پیش قراردادی، مستلزم احراز ارکان پنج‌گانه «باور وجود رابطه قراردادی یا انتظار معقول ایجاد آن در آینده نزدیک»، «اتکای زیان‌دیده بر باور یا انتظار معقول خود»، «ورود زیان»، «رفتار غیرمتعارف یکی از طرفین در دوره پیش قراردادی» و «رابطه سببیت» می‌باشد. در صورت پذیرش مسئولیت پیش قراردادی یکی از طرفین، نوبت به جبران می‌رسد و در این راستا، «هزینه‌هایی که در دوره پیش قراردادی و در راستای تهیه مقدمات انعقاد قرارداد صورت گرفته»، «مابه‌ازای کارها یا خدماتی که پیش از انعقاد قرارداد نهایی توسط یکی از طرفین گفتگوهای مقدماتی انجام شده» و «زیان ناشی از معاملاتی که یکی از طرفین با انتظار معقول و متعارف از انعقاد قرارداد در آینده نزدیک انجام داده»، خساراتی تلقی می‌شوند که در اغلب نظام‌های حقوقی نسبت به لزوم جبران آن‌ها اتفاق نظر وجود دارد. «زیان از دست دادن فرصت‌هایی که در خلال گفتگوهای مقدماتی، پیش روی طرفین قرار داشته و از دست رفته است» و نیز «خسارت ناشی از عدم حصول منافع مورد انتظار از قرارداد موضوع گفتگوهای مقدماتی»، دو دسته دیگر از زیان‌های اتکایی هستند که ضرورت جبران آن‌ها در در حقوق برخی کشورها مانند فرانسه مورد تأکید قرار گرفته اما پذیرش آن‌ها در حقوق ایران، از دیدگاه شرعی و قانونی با دشواری روبرو است.

یادداشت‌ها

1. pre-contractual liability (En), responsabilité pré-contractuelle (Fr).
2. tort
3. tort of deceit.
4. reliance damages.
5. loss of opportunity.

6. expectation interest.
7. loss of profit.
8. Brewer St. Investments Ltd. v. Barclays Woollen Co.
9. William Lacey Ltd v. Davis

۱۰. ماده ۲۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروطه بگیرد».

11. Hoffman v. Red Owl Stores
12. Principe de Réparation Intégral
13. tort of deceit.
14. principe de réparation intégral.

کتابنامه

- اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷)، ایجاب و زوال آن از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مجله علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، شماره نهم.
- معین، محمد (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، انتشارات امیرکبیر، جلد سوم.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۳۶۱)، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار (ع)، دار احیاء تراث العربی، جلد ۷۲.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۵)، مسئولیت مدنی، نشر میزان.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۹۱)، مسئولیت مدنی در حقوق تجارت بین‌الملل، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل پردیس فارابی دانشگاه تهران، نیمسال اول ۹۲-۱۳۹۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۹)، مسئولیت پیش‌قراردادی، رساله دکتری در حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۰۸)، عوائد الایام فی بیان قواعد استنباط الاحکام، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع)، ۱۴۰۸ ه.ق.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲)، القواعد الفقہیہ، جلد اول، دارالعلم.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۰)، نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشای قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش.
بهرامی احمدی، حمید (۱۳۶۶)، سوء استفاده از حق، انتشارات مؤسسه اطلاعات.
نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۶۸)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، به تحقیق عباس
قوچانی، جلد سی و هفتم، دار احیاء التراث العربی.
النجفی الخوانساری، موسی (بی‌تا)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
موسوی البجنوردی، السید میرزا حسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهيہ، به تحقیق مهدی مهریزی و
محمد حسین درایتی، جلد اول، مؤسسه الهادی.
شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، حقوق تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادهای حقوق مدنی ۳، تهران: نشر میزان.
ره‌پیک، سیامک (۱۳۷۹)، خسارت عدم‌النفع: نظریات و مقررات، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوقی،
شماره ۱۹ و ۲۰.

Dietrich, Joachim (2001), Classifying Pre-contractual Liability: A Comparative Analysis, *Journal of Legal Studies*, Vol. 21.
Bebchuk, Lucian Arye and Omri Ben-Shahar (2001), Pre-contractual Reliance, *The Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, vol. 30 (2).
Kiršienė, Julija and Natalja Leonova (2009), Qualification of Pre-contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, *University of Wrocław, Jurisprudencija*, Vol. 115.
Schwartz, Alan and Robert E. Scott (2007), Pre-contractual Liability and preliminary Agreements, *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 3.
Cartwright, John and Martijn Hesselink (2009), Pre-contractual Liability in European Private Law, Cambridge University Press, New York.
Caterini, Florence (2005), Pre-contractual Obligations in France and the United States, LLM Thesis, University of Georgia, School of Law.