

روش‌شناسی اثبات قرارداد

مهدی فتاحی*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱۴

چکیده

یکی از موضوعات با اهمیت حقوق قراردادهای شیوه و روش اثبات و احراز قرارداد است. راه حل سنتی، مفید فروکاستن قرارداد به دو عنصر مجزا و مستقل ایجاب و قبول و آنگاه تحلیل جداگانه هر جزء و سپس ارتباط آنها با یکدیگر به منظور پاسخ به این پرسش است که آیا قراردادی منعقد شده است یا خیر؟ به موازات نگرش یاد شده و در راستای تصحیح و تکمیل آن، رویکرد دیگری ارائه و پیشنهاد شده است که به موجب آن تمام فرایندهای مذاکرات قراردادی به عنوان معیار احراز یا عدم احراز قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد و بر اساس آن و بدون جستجو به منظور یافتن ایجاب و قبول، حکم موضوع صادر می‌شود. دیدگاه اخیر که ره‌آورد مذاکرات پیچیده، زمان‌بر و پر جزئیات مورد نیاز برای انعقاد پاره‌ای از قراردادها است بیشتر می‌تواند در چنین مواردی راه حل مسئله را بیان نماید. تبیین و توجیه رویکرد یاد شده با توجه به حقوق داخلی و امعان نظر در نظام‌های حقوقی دیگر و نیز کنوانسیون‌ها و اصول حقوقی بین‌المللی موضوع این مقاله است.

واژگان کلیدی: قرارداد، توافق، ایجاب، قبول، مذاکرات قراردادی.

* دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضائیه.

مقدمه

دو رویکرد متفاوت در خصوص احراز و اثبات قرارداد وجود دارد؛ رویکرد نخست، معیاری است که اعتقاد دارد برای انعقاد قرارداد و احراز عقد باید ایجاب از سوی یکی از طرفین و قبول از سوی طرف دیگر وجود داشته باشد. در این دیدگاه، توافق به دو عنصر مجزا و متفاوت شکسته شده و ترتب آثار قرارداد، منوط به اثبات این دو رکن می‌شود. ماده ۳۳۹ ق.م.ق در این راستا بیان می‌دارد که «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد». رویکرد دوم بر این باور است که راه احراز عقد صرفاً محدود به اثبات ایجاب و قبول نبوده و اگر از مجموعه مذاکرات، مکاتبات و رفتارهای طرفین و ... وقوع عقد احراز شود قرارداد تحقق یافته تلقی می‌شود. بنابراین، نیازی نیست که حتماً برای احراز وقوع عقد در جستجوی ایجاب و قبول باشیم. ماده ۱۹۰ ق.م.ق شرایط لازم جهت صحت عقد را برشمرده و از ضرورت وجود ایجاب و قبول سخنی به میان نیاورده است. این ماده می‌گوید که «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

(۱) قصد طرفین و رضای آنها.

(۲) اهلیت طرفین.

(۳) موضوع معین که مورد معامله باشد.

(۴) مشروعیت جهت معامله».

یکی از حقوقدانان انگلیسی، دیدگاه اخیر را رویکرد آزادی کسب و کار لیبرال^۱ نامیده است؛ زیرا از هر چیزی می‌توان برای اثبات قرارداد استفاده نمود (Stone, 2014, p.12). حاکمیت رویکرد نخست که دیدگاه غالب در اکثر نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی است، بر قراردادهای کنونی دنیای اقتصاد و روابط تجاری با چالش‌هایی مواجه شده است، معاملاتی که برای دستیابی به توافق نیازمند مذاکرات فنی و بازرگانی پیشرفته، پیچیده و زمان‌بر است (Treitel, 2003, p.17)؛ زیرا تعیین و توافق درباره تمام جزئیات چنین معاملاتی از قبیل قراردادهای فروش ماشین‌آلات دارای تکنولوژی پیشرفته، اکتشاف معادن و نفت و ادغام یا خرید شرکت‌ها و ... محصول چانه‌زنی و مذاکرات متعدد و مکرر

1. Liberal laissez faire approach.

طرفین بوده است و قرارداد، با ایجاب و قبول ساده و در یک زمان مشخص به دست نمی‌آید (Pannebakker, 2013, p.132).

دوره پیش‌قراردادی چنین معاملاتی که از زمان آغاز مذاکرت شروع شده و تا انعقاد قرارداد ادامه می‌یابد ممکن است ماه‌ها و یا حتی سال‌ها به طول انجامد. در خلال این مدت طرفین به مبادله اطلاعات و گفتگو پیرامون موضوع قرارداد می‌پردازند. این مذاکرات، در پرتو یافته‌های دانش جدیدی که عهده‌دار مدیریت و پایش گفتگوهای پیش‌قراردادی است و می‌توان آن را فن مذاکره^۱ نامید صورت می‌پذیرد.

دانش فوق که در چند دهه اخیر شکل یافته است دانشی بین‌رشته‌ای است که از شیوه‌های علمی علمی همچون روانشناسی اجتماعی، اقتصاد و مدیریت بهره برده و درصد است تا شیوه عملی مذاکرات و راهکارهایی که شخص برای مذاکره در پی گرفته و فرایند مدیریت مذاکره و خلاصه تمام راهبردها^۲ و تاکتیک‌های^۳ موردنیاز را نشان دهد (Pannebakker, 2013, p.133). دانش فوق که جزئی از عرف حاکم بر معاملات تجاری است باید در فرایند تشکیل قرارداد مورد امعان نظر قرار گیرد.

نتیجه بحث فوق در حوزه‌های گوناگون قراردادی از جمله چگونگی احراز بیع در مزایده‌ها، زمان و مکان تحقق عقد و تعیین قانون حاکم در قراردادهای بین‌المللی با توجه به قاعده حل تعارض و ... تبلور می‌یابد.

نکته مقدماتی دیگری که لازم به تذکار آن است مفهوم قرارداد در این مقاله است. قرارداد،^۴ دست‌کم سه معنای متفاوت را در بر می‌گیرد که عبارتند از: ۱- سند مادی مکتوبی که متضمن حقوق و تعهدات طرفین بوده و ویژگی اثباتی آن مقصود طرفین است. ۲- گاهی عنوان فوق، به روابط حقوقی ناشی از اعمال حقوقی دوجانبه دلالت دارد. ۳- اعمال حقوقی که بر مبنای قصد طرفین منتج به ایجاد رابطه حقوقی می‌گردد (Corbin, 1917, p.169).

مراد از عقد یا قرارداد در این نوشتار، مفهوم سوّم است. همچنین، تأمل پیرامون دو

1. Negotiation studies.

۲. راهبردها یا Strategies نقشه راه دستیابی به هدف مشخص در مذاکره است.

۳. تاکتیک‌ها (Tactics) گام‌های کوتاه و منعطف برای دستیابی به راهبردها است.

4. Contract.

دیدگاه فوق و تشخیص موضع قانونی مدنی، با مطالعه تطبیقی و بررسی آراء داخلی و خارجی، در این مقاله مورد توجه قرار گرفته است.

۱. مفهوم ایجاب و قبول

۱-۱. مفهوم عام ایجاب و قبول

دیدگاه متداول میان حقوقدانان این است که قرارداد را ناشی از تلاقی و برخورد دو اراده متضاد که نهایتاً با هم سازگار شده و هدف مشترکی را تأمین می‌کنند، تعریف و توصیف نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۷۵؛ Poole, 2012, p.2).

ایجاب به اعلام اراده کسی که طرف دیگر را بر مبنای مشخصی به انجام معامله می‌خواند به نحوی که با پذیرش تمام شروط توسط دیگری، قرارداد منعقد می‌شود تعریف شده است. در مقابل، قبول، اعلام پذیرش مطلق و بدون قید و شرط شروط ایجاب است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۲). ایجاب و قبول به شرح فوق می‌تواند در قالب گفتار یا رفتار تجلی و نمود خارجی پیدا کند (مواد ۱۹۳ و ۱۹۴ قانون مدنی).

۲-۱. مفهوم خاص ایجاب و قبول؛ کاشف لفظی تراضی

دقت در مواد مرتبط با شیوه بیان اراده و حصول توافق در قانون مدنی مبین این معنا است که به زعم این قانون، ایجاب و قبول عبارت است از کاشف لفظی ایجاب و قبول (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۹۸). نحوه انشای مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ ق.م.ا به خوبی بیانگر اصل بودن کاشفیت لفظ در احراز قصد انشا است. مواد یاد شده متضمن جواز «امکان» تحقق عقد به وسیله اشاره و رفتارند، در حالی که درباره «لفظ» و نقش آن در ایجاد عقد، به جهت اتفاق نظر فقها در خصوص آن، سخنی به میان نیامده است.

در این راستا ماده ۳۳۹ ق.م.ا نیز قابل تفسیر و تحلیل است که مقرر می‌دارد: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد». این ماده، تحقق عقد بیع را مقید به ایجاب و قبول

۱. ماده ۱۹۲ ق.م.ا: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود».

ماده ۱۹۳ ق.م.ا: «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

دانسته و با تأمل در قسمت دوم ماده که وقوع بیع (و نه عقد بیع) را به داد و ستد نیز ممکن برشمرده است، این‌گونه به نظر می‌رسد که تحقق عنوان عقد منوط به وجود کاشف لفظی یعنی همان ایجاب و قبول است.

ماده ۳۴۰ ق.م نیز می‌تواند مؤید استنتاج فوق به شمار آید. این ماده بیان داشته است که «در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد». همچنین، ماده ۵۶ ق.م نیز بیان می‌نماید که «وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف‌علیهم...». ماده ۱۰۶۲ این قانون نیز می‌گوید: «تکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».

تفکیک مندرج در ماده ۵۷۳ ق.م نیز همین معنا را تأیید می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۰۲). در این ماده، تحقق شرکت را به عقدی از عقود می‌داند یا عملی از شرکا مثل قبول مالی مشاعاً در قبال انجام کاری.

ادعای فوق صرفاً متکی بر الفاظ و عبارات قانون نبوده است، بلکه فقه به عنوان پشتوانه تدوین و تفسیر قانون مدنی نیز بر آن صحه می‌گذارد.^۱

می‌توان گفت که عقد به معنای یاد شده، در مقابل معاطات که دربرگیرنده تراضی‌های مکشوف به رفتار است، قرار می‌گیرد.

به هر حال، چه معنای عام ایجاب و قبول مدنظر باشد و چه معنای خاص آن، مسئله مورد توجه آن است که آیا برای احراز قرارداد ضرورتی به تشخیص و تمییز ایجاب و قبول وجود دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا امکان تحقق عقد با نگرش به سیر مذاکرات و روند مکاتبات، بدون تصریح و تعیین عناصر ایجاب و قبول وجود دارد یا خیر؟

با امعان نظر در مواد قانون مدنی و نظرات اساتید حقوقی و رویه قضایی، این‌گونه به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، احراز قرارداد منحصر به تمییز ایجاب و قبول نیست بلکه هرگاه از فرایند مذاکرات طرفین و رفتار معاملاتی آنها امکان احراز قرارداد وجود داشته

۱. «... و اما عقدها بالمعنی الاخص فمعلوم انه مرکب من القولین ایجاباً و قبولاً» (ر.ک: نجفی، جواهرالکلام، ج ۴، ص ۴۸۹، به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۰۰)؛ همچنین اشاره شده است که امکان انشای عقد جایز به قبول فعلی نیز محتمل می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۰۱). ماده ۶۵۸ ق.م نیز در بحث عقد وکالت بیان می‌نماید که «وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می‌شود».

باشد عقد تشکیل یافته تلقی می‌شود. برای اثبات مدعای فوق، رأی زیر تحلیل و ارزیابی می‌شود.

در رأی اصراری شماره ۱ مورخ ۱۳۷۴/۱/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، جریان پرونده و روند وقایع آن به صورت گزیده حکایت از آن دارد که شخصی در تاریخ ۶۴/۸/۲۸، دعوایی علیه شرکت نقش جهان به خواسته اثبات مالکیت و الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال طرح می‌نماید که دعوا به دادگاه حقوقی یک شهرضا ارجاع و تحت رسیدگی قرار می‌گیرد. خواهان در تاریخ ۱۳۵۰/۶/۱۰ پیشنهاد خرید قطعه زمینی متعلق به شرکت را به مبلغ ۴ میلیون ریال طی نامه‌ای ارائه نموده و چکی را به مبلغ پانصد هزار تومان به عنوان بخشی از ثمن به آن ضمیمه و درخواست می‌کند که باقیمانده ثمن به اقساط پرداخت شود. شرکت نیز هفت روز بعد طی نامه‌ای موافقت خود را ابراز می‌کند مشروط به آن که مال‌الاجاره آن سال متعلق به شرکت باشد و اضافه می‌نماید که ملک پس از فک رهن به خریدار منتقل شود (البته، هیأت مدیره شرکت نیز شش ماه بعد یعنی در تاریخ ۱۳۵۱/۱/۱۷ معامله را تنفیذ می‌کند). خواهان با پرداخت اجاره آن سال و نیز حقوق زارعانه متصرفین، زمین را تحویل می‌گیرد. شرکت در مقام دفاع ادعا می‌کند که بیع واقع نشده است و اعلام می‌نماید که «هرگز ملک خویش را به خواهان نفروخته و اگر موافقتی برای فروش نموده، عدول کرده است. به علاوه، پیشنهاد خرید به معنای خرید مال نیست و موافقت هم به معنای فروش نمی‌باشد و مادام که معامله انجام نشده و عقد بیع طبق شرایط قانونی واقع نشده، هم پیشنهاددهنده خرید می‌تواند از پیشنهاد عدول کند و هم صاحب مال می‌تواند از فروش منصرف شود».

استدلال‌های فوق به همراه دیگر اظهارات خواننده مؤید آن است که شرکت، سیر مذاکرات و روند مکاتبات به عمل آمده را مفید بیع ندانسته و به تعبیری، پیشنهاد خرید خواهان را استیجاب و دعوت به معامله^۱ به شمار می‌آورد. شعبه یاد شده نیز با توجه به مفاد ماده ۷۹۳ ق.م.ا، معامله واقع شده را باطل و حکم بر بی‌حقی خواهان صادر می‌نماید. شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور، حکم صادره را به علت نقص در تحقیقات پیرامون بقا یا عدم بقای رهن، نقض می‌نماید (رأی شماره ۱۲۰۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۷) که متعاقباً شعبه

1. Invitation to treat.

۲. ماده ۷۹۳ ق.م.ا: «رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن».

مرجوع‌الیه مجدداً ردی بر عدم استحقاق خواهان صادر می‌نماید (رأی شماره ۱۴۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۳) (ر.ک: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵).

شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور با توجه به فک رهن از مورد معامله، دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض نموده و رسیدگی در این مرحله به شعبه چهارم دادگاه حقوقی یک شهر اصفهان محول می‌گردد (رأی شماره ۵۷ مورخ ۱۳۶۹/۱/۳۰). این دادگاه در رأی خویش با بررسی و مذاقه در اسناد و مکاتبات طرفین و عمل طرفین به مفاد توافق و ... بدون آن که ایجاب و قبولی را مشخصاً احراز و اعلام نماید حکم بر وقوع بیع صادر می‌کند (ر.ک: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶). پس از اعلام اعتراض از سوی محکوم‌علیه (شرکت)، شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور با استنباط این موضوع که حسب مواد ۳۳۷ و ۳۳۹ قانون مدنی، عقد به ایجاب از سوی بایع و قبول از سوی مشتری واقع می‌شود، اعلام می‌کند که «نامه مذکور [نامه خواهان در تاریخ ۱۳۵۰/۶/۱۰] ... صرفاً پیشنهاد خرید است [و] ایجاب تلقی نمی‌گردد» و با توجه به عدم توالی میان ایجاب و قبول و ... رأی بر عدم تحقق قرارداد می‌دهد و پرونده را جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگری از دادگاه حقوقی یک محول می‌کند (رأی شماره ۱۳/۴۲ مورخ ۱۳۷۳/۱/۳۰) (ر.ک: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، ج ۱، صص ۱۰-۱۲).

شعبه سوم دادگاه حقوقی یک اصفهان، با امعان نظر در قراین و امارات موجود در پرونده و اشاره به برخی از این شواهد از قبیل صورتجلسه موافقت هیأت مدیره شرکت و ... با اعلام این نکته که «... به هر جهت عقد بیع حاصل دو اراده است که بدین ترتیب تحقق یافته است ...»، حکم بر ثبوت بیع می‌دهد (رأی شماره ۷۷ مورخ ۱۳۷۳/۲/۳۰) (ر.ک: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۳).

با دقت در مفاد پرونده و آرای صادره از دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور روشن می‌گردد که اولاً، کانون اختلاف طرفین دعوا و محل نزاع، تحقق یا عدم تحقق عقد بیع است. ثانیاً، شعبه سیزدهم دیوان اعتقاد دارد که به علت عدم حصول ایجاب و قبول و تبعاً عدم احراز آنها، عقدی واقع نشده و توافقی حاصل نگشته است تا حکم بر اثبات بیع شود؛ در حالی که شعب بدوی بر این باورند که برای احراز توافق و اثبات بیع احتیاجی به اثبات ایجاب و قبول و تقدم ایجاب بر قبول - با این فرض که ایجاب مختص بایع و قبول

مربوط به مشتری است - نیست و در صورتی که دادگاه بتواند از سیر مذاکرات و رفتار طرفین و اسناد و مکاتبات آنها به توافق دست یابد قرارداد تحقق یافته است حتی اگر جزء خاصی به نام ایجاب و پاره‌ای دیگر با عنوان قبول مشخص و مبرز نباشد. سرانجام با صدور رأی فوق و اعتراض به آن، به علت اصراری بودن دادنامه صادره، پرونده جهت صدور رأی در جلسه هیأت عمومی حقوقی دیوان عالی کشور مطرح و منتج به رأی شماره ۱ مورخ ۱۳۷۴/۱/۲۹ می‌گردد. این رأی بیان می‌دارد که «با توجه به مکاتبات طرفین و دریافت بیعانه و تأیید مراتب توسط هیأت مدیره شرکت و سایر شواهد و قرائن موجود در پرونده ...، عقد محقق و بیع صورت پذیرفته قلمداد می‌گردد(ر.ک: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۸).

رأی اصراری دیوان در راستای تأیید و ابرام استنباط دادگاه‌های بدوی در چگونگی تحقق و احراز بیع و مفاداً حاکی از آن است که ضرورتی به تحقق توافق در قالب سنتی ایجاب و قبول نیست و دادگاه‌ها می‌توانند از جریان مذاکره و روند معامله، به احراز قرارداد نایل آیند.

۲. معیار عینی در احراز عقد نکاح

برخی از حقوقدان‌ها با اتکاء به نص ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی که می‌گوید، «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید» و استناد به ماده ۱۰۶۶ این قانون که بیان می‌دارد، «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشای عقد باشد»، الفاظ را تنها راه تحقق و احراز عقد نکاح قلمداد کرده‌اند و وقوع عقد به رفتار یا اشاره را در مواردی که تلفظ برای طرفین میسر است منتفی می‌دانند.

دیدگاه فوق مبنی بر ضرورت تحقق ایجاب و قبول لفظی، تقدّم ایجاب بر قبول و طرح ایجاب از سوی زوجه و قبول از سوی زوج، رویکرد رایج و حاکم است. تبلور این نگاه را می‌توان در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۸۰۰ مورخ ۹۱/۱۲/۲۸ صادره از شعبه هشتم دیوان عالی کشور مشاهده نمود. به موجب این رأی که در پی دعوایی به خواسته اثبات رابطه زوجیت دائم اتخاذ شده، آمده است: «... هنوز در قوانین موضوعه ارزش اعلام اراده و قصد و نیت برای عقد از طریق تلفن فاقد اعتبار قانونی است ...» (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، ص ۱۱۳).

با این حال، همین شعبه در دعوی دیگری راه متفاوتی برگزیده است. بر اساس خلاصه جریان این پرونده، خانمی در تاریخ ۸۹/۳/۳ دادخواستی به خواسته اثبات اصل نکاح در دادگاه عمومی نی‌ریز مطرح نموده و دلایل اثباتی دعوا را شهود و عکس و فیلم‌های موجود و در صورت لزوم پرینت تلفن اعلام نموده است. خوانده دعوا ادعای نامبرده را تکذیب می‌نماید. گواهان معرفی شده از سوی زوجه بر اقرار زوج به برقراری رابطه زناشویی با خواهان گواهی می‌دهند. دادگاه بدوی با توجه به این موضوع و استدلال به این که «اصل بر صحت و براءت و ظاهر است و ادعای نامشروع بودن این رابطه نیاز به دلیل اثباتی دارد»، حکم بر اثبات رابطه زوجیت می‌دهد. این رأی در شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر شیراز مورد رسیدگی مجدد قرار گرفته و پس از استیذان از پدر خواهان، حکم بدوی تأیید می‌گردد. سرانجام با فرجام‌خواهی محکوم‌علیه، دعوا در شعبه هشتم دیوان عالی کشور طرح و منتج به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۴۷۷ مورخ ۹۱/۱۰/۶ می‌شود. در این رأی آمده است: «با توجه به ارتباط فرجام‌خواه و فرجام‌خوانده از ابتدای آشنائی آنان با هم، که در مرئی و منظر عموم با عنوان زن و شوهر خود را معرفی می‌نموده‌اند و اغلب آشنایان آنان، خاصه شهودی که در جلسات دادرسی اقامه شده‌اند، بر اقرار صریح آقای ع.ن. [فرجام‌خواه، زوج]، بر این امر که بین آنان رابطه زوجیت [زناشویی] برقرار شده است، بیان شهادت و اطلاع نموده‌اند با در نظر گرفتن اینکه زوجین هر دو مسلمان و عمل مسلم محمول بر صحت است و تصور اینکه بدون توجه به موازین شرعی آنان در جامعه و نزد آشنایان، بدون وجود رابطه زوجیت با هم ظاهر شوند منتفی است بر رأی دادگاه که با محرز دانستن رابطه زوجیت فی‌مابین حکم بر اثبات آن داده است و رأی منطبق با دلائل و قرائن موجود در پرونده و اوضاع و احوال مسلم روابط فی‌مابین و حاکم بر قضیه بلااشکال بوده موجب جهت نقض آن نخواهد بود از حیث رعایت اصول و قواعد دادرسی بلااشکال است مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی ابرام می‌گردد» (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، صص ۱۱۱-۱۱۰).

رأی پیش‌گفته که بر مدار تلقی رایج از وقوع عقد نکاح قرار نگرفته و با استنباطی راهگشا و منطبق با شرایط و اوضاع و احوال موضوع صادر شده است آشکارا متضمن این معنا است که می‌توان از معیار عینی در اثبات و احراز عقد نکاح استفاده نمود. استدلال‌های شعب بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور به‌طور صریح یا ضمنی بر این امر دلالت دارد

که ایجاب و قبول تنها مسیر احراز نکاح نیست بلکه در صورتی که ظاهر حال و قراین و شواهد دیگر مفید استنباط عرفی تحقق عقد نکاح میان طرفین باشد می‌توان حکم بر ثبوت عقد نکاح نمود.

این توضیح نیز ضروری به نظر می‌رسد که با توجه به عرف جاری در جامعه اسلامی که خواستگاری و عقد نکاح بر طبق تشریفات و رسوم مذهبی منعقد می‌گردد، مورد فوق، حالت استثنایی داشته و نمی‌تواند به عنوان مبنا و معیار در حوزه حقوق خانواده تلقی گردد و به صرف برخی شواهد عرفی، بر وجود عقد نکاح اصرار ورزید. با این حال، موضوع یاد شده، به‌خوبی گویای این واقعیت است که حتی در عقد نکاح به عنوان سنتی و تشریفاتی‌ترین قرارداد نیز شیوه انعقاد در قالب ایجاب و قبول منحصر نیست و امکان احراز رابطه زوجیت با استناد از معیارهای عینی و عرفی وجود دارد.

۳. نظریه ایجاب و قبول از منظر حقوق تطبیقی

نظریه سنتی و رایج ایجاب و قبول، از سوی حقوقدان‌های مختلف مورد انتقاد قرار گرفته است و مبنای انتقاد از منظرهای مختلفی قابل ارزیابی است. برخی با توجه به تأثیر نگرش‌های اقتصادی بر تحلیل حقوق قراردادهای مدعی‌اند که تمرکز صرف بر دکترین ایجاب و قبول، هزینه‌های اقتصادی طرفین را افزایش می‌دهد. عده‌ای معیار نقد خویش را عرف و شیوه مرسوم انعقاد قرارداد میان طرفین آن قرار داده و می‌گویند که روش متعارف و معقول انعقاد قرارداد، تکیه بر ایجاب و قبول نیست بلکه در موارد متعددی با ابزارهای دیگری از جمله دست دادن، امضای همزمان سند قرارداد و ... روی می‌دهد که استخراج ایجاب و قبول از مجموعه رفتار متعاملین دشوار به نظر می‌رسد. در ادامه، رویکرد نظام‌های مختلف در این باره بررسی خواهد شد.

۳-۱. حقوق آمریکا

برخی از حقوقدان‌ها با انتقاد از آشفتگی نظری^۱ پارادایم حقوقی ایجاب و قبول اعتقاد دارند که به جای این سؤال آغازین پیرامون تشکیل قرارداد که آیا ایجاب و قبولی وجود دارد، باید این پرسش ساده‌تر و روشن‌تر را طرح نمود که آیا یکی از طرفین قرارداد، به‌طور

1. Doctrinal distraction.

معقولی اعتقاد دارد که قرارداد محقق شده است؟ (Shawn, 2015, p.73). این حقوقدان با استفاده از معیار عینی^۱ و تمایز آن با معیار ذهنی^۲، نتیجه‌گیری می‌کند که هرگاه طرفین قرارداد باور داشته باشند که میان آنها قراردادی وجود دارد این اعتقاد مشترک معمولاً جهت احراز قرارداد کافی است.^۳ هرگاه هیچ یک از طرفین معتقد نباشند که قرارداد منعقد شده است، حاکمیت قصد واقعی آنها،^۴ مقتضی آن است که قراردادی به وجود نیامده است. اما در صورتی که یکی از طرفین اعتقاد داشته باشد که عقد تحقق یافته است و باور او معقول‌تر از ادعای طرف دیگر مبنی بر عدم حصول توافق باشد قرارداد منعقد شده تلقی می‌شود (Shawn, 2015, p.74).

همچنین، ماده ۲۲ شرح جدید حقوق قراردادهای^۵ پس از بیان این نکته که تلاقی اراده و توافق طرفین معمولاً در قالب ایجاب و قبول رخ می‌دهد، در بند ۲ اضافه می‌کند که «ممکن است اعلام توافق طرفین حتی در جایی که ایجاب و قبولی قابل شناسایی نیست و حتی در مواردی که لحظه انعقاد قرارداد مشخص نیست، واقع شود».^۶ به علاوه، ماده ۲۰۴-۲ قانون یکنواخت تجاری^۷ مقرر می‌دارد: «۱- عقد بیع کالا می‌تواند به هر شیوه‌ای که بیانگر توافق طرفین باشد منعقد شود از جمله با رفتار طرفین به شرطی که دلالت بر وجود چنین قراردادی بنماید. ۲- توافق طرفین می‌تواند قرارداد بیع کالا را محقق نماید حتی اگر لحظه انعقاد قرارداد نامعین باشد».^۸

1. Objectivity.

2. Subjectivity.

۳. این نویسنده با استناد به بند ۱ ماده ۲۰۱ از Restatement (Second) of Contracts می‌نویسد که موضع حقوق آمریکا در مورد فوق چنین است (See: Shawn, 2015, p.73). بند ۱ ماده ۲۰۱ قانون فوق‌الذکر بیان می‌دارد:

«§ 201. Whose Meaning Prevails: (1) Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning».

4. Subjectivity.

5. The Restatement (Second) of the Law of Contracts.

6. §22. Mode of Assent: Offer and Acceptance: (2) A manifestation of mutual assent may be made even though neither offer nor acceptance can be identified and even though the moment of formation cannot be determined.

7. Uniform Commercial Code (UCC).

8. § 2-204. Formation in General:

«(1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract.

اسناد قانونی فوق‌گویی این مفهوم هستند که ایجاب و قبول، شیوه مرسوم احراز قرارداد می‌باشند اما یگانه راه آن نیستند بلکه اگر به طریقی اطمینان قطعی بر وقوع قرارداد احراز شود عقد تحقق یافته است (Carolyn, 1977, p.333).

۳-۲. دیدگاه جدید حقوق انگلستان؛ بررسی رویکرد لرد دنینگ^۱

در حقوق انگلستان به‌طور سنتی و از دیرباز، تلاقی ایجاب و قبول را برای تشکیل قرارداد لازم به شمار می‌آورند؛ بنابراین، احراز قرارداد وابسته به احراز توافق طرفین در قالب ایجاب و قبول است (Stone, 2014, p.12). این رویکرد ریشه‌دار، با چالش‌های اندکی مواجه شده است اما اخیراً دیوان عالی^۳ در دعوائی،^۴ به‌طور ضمنی معیار دیگری را مورد پذیرش قرار داد و بدون ارجاع به نظریه ایجاب و قبول، تحقق عقد و ترتب آثار قراردادی را اعلام نمود (Stone, 2012, p.1). در این دعوا، لرد کلارک^۵ اعلام کرد که «تحقق قرارداد و احراز شروط ضمن عقد، وابسته به توافق طرفین است اما نه بر مبنای قصد واقعی آنها بلکه بر اساس ارزیابی کلمات و رفتار متقابل طرفین. بدین‌سان، اگر مطابق با معیار عینی، قصد طرفین بر انعقاد قرارداد و ایجاد رابطه حقوقی و توافق در خصوص تمام شرایط لازم احراز شود قرارداد تحقق یافته تلقی می‌شود» (Stone, 2012, p.7).

دیدگاه لرد کلارک تا جایی که برای احراز قرارداد، معیار عینی را بر معیار ذهنی ترجیح می‌دهد در هماهنگی با قواعد مرسوم و حاکم حقوق قراردادها است؛ اما نکته حایز اهمیت در نگاه وی مشخص نکردن کلمات یا رفتار خاصی از طرفین به عنوان ایجاب و قبول است. در مقابل، به دقت فرایند مذاکرات طرفین را مورد کنکاش و واکاوی قرار داده و اظهار داشت که قرارداد از تاریخ مشخصی منعقد شده است.

(2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined».

۱. Lord Denning حقوقدان برجسته انگلیسی است که برخی او را همتای هولمز قاضی و حقوقدان نامی آمریکایی دانسته‌اند (جهت معرفی مختصر این دانشمند و شرحی از آرای حقوقی وی ر.ک: فلیپ، ۱۳۸۸، صص ۴۹۸-۴۹۳).

2. Agreement.

3. Supreme court.

4. Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR RTS 753.

5. Clarke lord.

بنابراین، لرد کلارک بدون توصیف عبارت یا رفتاری از طرفین به عنوان ایجاب از سوی و قبول از سوی دیگر، با تکیه بر معیار عینی،^۱ به بررسی مذاکرات طرفین پرداخت و از کلیت آن، ایجاد رابطه حقوقی در قالب قرارداد را اعلام داشت. به نظر می‌رسد که معیار مورد پذیرش وی قراردادادن شخص ثالث معقول به عنوان اساس ارزیابی توافق است، به این گونه که آیا طبق ارزیابی شخص ثالث متعارف و معقول، قرارداد میان طرفین واقع شده است یا خیر؟ (Stone, 2012, p.8).

دیدگاه لرد کلارک مسبوق به رویکرد لرد دنینگ است که سابقاً توجه و التفات به چشم‌انداز جدیدی در این حوزه را مورد تأمل و تأکید قرار داد.

نقطه آغاز توجه به نظریه رقیب، از سوی لرد دنینگ در دادگاه پژوهش در دعوی Gibson v. Manchester City Council [1978] 1 WLR 520 طرح شد. در این دعوا، در جریان بررسی این موضوع که آیا نامه خواهان به خواننده ایجاب محسوب می‌شود یا خیر و در این صورت، قبول چه هنگام صورت پذیرفته است، اظهار داشت: «این دیدگاه که هر قراردادی را می‌توان در قالب ایجاب و قبول بررسی کرد، اشتباه است. می‌دانم در برخی از کتاب‌ها، عرفی در این باره وجود دارد اما باور حقوقی من این است که نیازی به جستجو برای یافتن ایجاب و قبول به معنای دقیق کلمه وجود ندارد. شما باید مکاتبات طرفین و نیز رفتار آنها را به صورت کلی ملاحظه کرده و بر اساس آنها تصمیم بگیرید که آیا طرفین به آنچه که برای یک توافق نیاز است دست یافته‌اند؟».

لرد دنینگ، سابقاً نیز چنین استنباطی را ارائه کرده بود،^۲ اما دعوی فوق از آن جهت اهمیت بیشتری یافت که پس از تجدیدنظرخواهی، لرد دیپلاک^۳ در مجلس اعیان صراحتاً با دیدگاه لرد دنینگ مخالفت نمود و اظهار داشت: «ممکن قراردادهای خاصی وجود داشته باشد که من فکر می‌کنم استثنایی هستند و تناسبی با تحلیل مرسوم در خصوص تشکیل قراردادها مبنی بر احراز دو عنصر ایجاب و قبول نداشته باشند اما قرارداد موضوع دعوا یکی از آنها نیست» (Stone & Devenney, 2014, p.36).

نکته قابل تأمل در اظهارنظر فوق آن است که لرد دیپلاک صراحتاً به پذیرش نظریه

1. Objective basis.

2. in Port Sudan Cotton Co v. Chatter [1977] Lloyd's Rep 5 - Broaden v. Metropolitan Railway [1877] 2 AC 666.

3. Lord Diplock.

رقیب حتی در قراردادهای ویژه قائل نیست بلکه تنها به دشواری تطبیق قاعده مرسوم در این گونه موارد اشاره می‌کند (Stone & Devenney, 2014, p.4).^۱

۴. بررسی کنوانسیون‌های بین‌المللی

اصول حقوق قراردادهای اروپایی، در باب شرایط تشکیل قرارداد در ماده ۲-۲۰۱ به روشنی بیان می‌کند که اگر طرفین قصد ایجاد رابطه حقوقی الزام‌آور را داشته و به توافق لازم در این باره دست یابند، بدون نیاز به هیچ شرط دیگری قرارداد منعقد می‌گردد.^۲ به اعتقاد برخی حقوقدانان ماده فوق جهت احتراز از مباحث مربوط به عوض^۳ در نظام حقوقی کامن‌لا و مطالب مربوط به سبب^۴ در نظام حقوقی نوشته و به منظور دستیابی به توافق میان کشورهای دارای نظام‌های حقوقی مختلف درج شده و بنابراین در خصوص شیوه احراز قرارداد ساکت است (Del Pilar Perales Viscasillas, 2001, p.374). اما در ماده ۲-۲۱۱ با صراحت بیشتری تحت عنوان «قراردادهایی که از طریق ایجاب و قبول منعقد نمی‌شوند» این گونه آمده است که «مقررات این بخش، با لحاظ انطباق مناسب حتی در مواردی که فرایند انعقاد قرارداد ایجاب و قبول قابل تجزیه و تحلیل نیست نیز اعمال می‌شود».^۵

مبنای وضع ماده فوق رعایت ضرورت‌های تجاری در قراردادهایی است که دربرگیرنده مذاکرات طولانی و پیچیده بوده و جداسازی قرارداد به دو عنصر ایجاب و قبول و نیز تبعاً احراز زمان دقیق قرارداد با دشواری مواجه است. بر این اساس، در صورتی که قرارداد اجرا

۱. اظهار نظر مشابهی مبنی بر دست نکشیدن از دیدگاه سنتی در قراردادهایی که احراز ایجاب و قبول با دشواری مواجه و تطبیق این قاعده بر آنها مشکل است، با ذکر مصادیق این قراردادها از سوی لرد ویلبرفورس (Lord Wilberforce) در دعوی Shipping Co v. Satterthwaite, The Eurymedon [1975] AC 154 New Zealand قابل مشاهده است.

2. Article 2-201: «Conditions for the Conclusion of a Contract: (1) A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement Without any further requirement».

3. Consideration.

4. Cause.

5. Article 2-211: «Contracts not concluded through Offer and Acceptance The rules in this section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance».

شده باشد برای اثبات این نکته که قرارداد در زمانی پیش از آن منعقد شده است کفایت نموده و نیازی به تعیین ایجاب و قبول نیست (Treitel, 2003, p.17).

بنابراین، در تمام قراردادهایی که توافق قابل تشخیص بوده و یا قرارداد اجرا شده است مطابق ماده یاد شده، عقد منعقد شده تلقی می‌شود.

ماده ۱-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۱ نیز با التزام نسبت به هسته اصلی دکترین ایجاب و قبول مقرر می‌دارد: «قرارداد می‌تواند با قبول ایجاب یا رفتار طرفین به‌گونه‌ای که دلالت کافی بر توافق داشته باشد منعقد گردد»^۲.

تکیه و اعتماد به مکانیسم سنتی احراز عقد از مجرای ایجاب و قبول به عنوان اصلی‌ترین ابزار تشکیل و انعقاد قرارداد، در تفسیر رسمی تدوین‌کنندگان این کنوانسیون انعکاس یافته است (Pannebakker, 2013, p.133).

این اصول با بیان سه مسئله اساسی تشکیل قراردادهای ایجاب، قبول و تلاقی اراده‌ها، بر تشکیل قرارداد بر مبنای رفتار طرفین به شرط دلالت آن بر توافق آنها تصریح و قاعده سنتی را تلطیف نموده است. بنابراین، در قراردادهایی که تشخیص و تمیز ارکان قرارداد یعنی ایجاب و قبول، به جهت شرایط حاکم بر روابط طرفین با سختی همراه است می‌توان بر حسب رفتار متعاملین قائل به انعقاد عقد بود. به عنوان نمونه کاربرد این قاعده می‌تواند از مواردی همچون عقد چند طرفه،^۳ عقود معاطاتی^۴ و قراردادهای منعقد شده در جریان مذاکرات^۵ نام برد (Vogenauer & Kleinheisterkamp, 2009, p.220).

هرچند به اعتقاد برخی، مدل سنتی ایجاب-قبول تنها شیوه‌ای است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ (CISG)، در باب تشکیل قرارداد از آن صریحاً سخن گفته شده و مورد پذیرش قرار گرفته است (Schlechtriem, 2009, p.65 & Vural, 2013, p.129)، اما نظر صائب آن است که با وجود این که سند مذکور در پی عدم شناسایی مفاهیم آشنای نظام حقوقی کامن‌لا، از جمله ایجاب، قبول و صحت و ... نبوده است اما

1. UNIDROIT.

2. «A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement».

3. Multiparty contract.

4. Formation of contract by conduct.

5. Contracts formed in negotiations.

این سند بین‌المللی اعلام کرده که ممکن است قراردادی بدون لحاظ ایجاب و قبول منعقد گردد (Butler, 2012, p.10). مستند ادعای فوق ماده ۱۸ این کنوانسیون است که مقرر می‌دارد: «ممکن است قرارداد با انجام فعل نیز منعقد گردد»^۱.

۵. انتقاد از نظریه معیار عینی

پذیرش دیدگاه عینی، مصون از انتقاد نبوده و نقدهایی را در پی داشته است. یکی از ایرادهای طرح شده آن است دادگاه‌ها مجاز خواهند شد اراده طرفین را نادیده انگارند. توضیح آن که، بر اساس معیار مرسوم، دادگاه جهت احراز قرارداد مکلف به احراز و اعلام ایجاب و قبول از سوی طرفین است و بنابراین، به صورت روشن اراده آنها ارزیابی می‌گردد؛ اما دیدگاه بدیل که درصدد احراز قرارداد با امعان نظر در فرایند مذاکرات طرفین است می‌تواند منجر به عدم التفات و توجه لازم به اراده طرفین گردد و بدین‌سان، دادگاه در مقام ارده طرفین قرار گرفته و با دخالت در اموری که مربوط به طرفین است به اصل حاکمیت اراده خدشه وارد می‌آورد (Stone, 2012, p.10).

انتقاد دیگر آن است که پذیرش معیار عینی منجر به عدم قطعیت روابط حقوقی و عدم قابلیت پیش‌بینی آنها خواهد شد (Stone, 2014, p.12). توجه به این رویکرد، سرنوشت قرارداد را به دادگاه‌ها سپرده و امکان ارزیابی پیشین طرفین و وکلای آنها از سرانجام توافق و پیش‌بینی معقول آنها را مخدوش نموده و این موضوع در روابط قراردادی عموماً و در روابط تجاری خصوصاً امری نامطلوب است. طرفین قرارداد احتمالی می‌خواهند از این مطلب که چه هنگام به توافق دست یافته و در چه زمانی هنوز قرارداد حاصل نشده است اطمینان معقول و قابل اتکایی داشته باشند، موضوعی که دست کم در اعمال معیار عینی بیشتر مورد صدمه و آسیب واقع می‌شود.

1. «A statement made by or other conduct of the offeree medicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity doe s not in itself amount to acceptance».

نتیجه

به رغم تأکید برخی از مواد قانون مدنی بر ضرورت ایجاب و قبول جهت تشکیل قراردادها و توجه به سابقه مواد یاد شده که در تفسیر این مواد مورد استفاده قرار گرفت به نظر می‌رسد که حقوقدان‌ها هیچ اصراری به احراز دو عنصر فوق نداشته و رویه قضایی نیز در مواردی که سیر جریان مذاکرات و روابط پیش‌قراردادی بر تحقق عقد دلالت دارد در احراز و تشخیص رابطه قراردادی تردید نمی‌نماید. بنابراین، به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی ما برای احراز عقد نیازی به ایجاب و قبول وجود ندارد و استفاده از شیوه عینی کفایت می‌کند. با این حال، با توجه به تأثیری که ایجاب و قبول بر تعیین پاره‌ای از مسائل حقوقی این حوزه دارد از جمله زمان و مکان تشکیل قرارداد، مطلوب آن است که تلاش مصروف یافتن این دو جزء، خاصه قبول شود؛ اما در صورت فقد چنین امکانی، روش دیگر توجه به فرایند مذاکرات و استنباط تحقق یا عدم تحقق عقد بر مبنای آن به عنوان راه حل بدیل است.

در کشورهای آمریکا و انگلیس و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی، هرچند احراز عقد منوط به شناسایی دو رکن ایجاب و قبول است اما رویکرد جدیدی به موازات تئوری سنتی ایجاب و قبول، ایجاد گردیده و گسترش یافته و مؤید آن است که در مواردی از قبیل فنی و طولانی بودن مذاکرات، امکان احراز قرارداد با نگرش به سیر کلی فرایند مذاکرات وجود دارد.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

۱. اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ *مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۴*، جلد اول، نشر اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۹۰.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه؛ *مجموعه آرای قضایی دیوان عالی کشور (حقوقی) زمستان ۱۳۹۱*، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *فلسفه حقوق مدنی*، جلد اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰.
۴. فلیپ، ماری؛ *اندیشه‌های حقوقی*، ترجمه مرتضی کلانتریان، انتشارات آگاه، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۸.
۵. کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.

ب. منابع خارجی

6. Butler, Allison E.; *A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation*, 2012, (Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>).
7. Carolyn, Edwards, M.; *Contract Formulation under Article 2 of the Uniform Commercial Code*, Marquette Law Review, Vol.61, No.2, 1977.
8. Corbin, Arthur; *Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations*, Yale Law School, 1917, (Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2904).
9. Del Pilar Perales Viscasillas, Maria; *The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law*, 2001, (Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr>).
10. Pannebakker, Ekaterina; *Offer and Acceptance and the Dynamics of Negotiations: Arguments for Contract Theory from Negotiation Studies*, Erasmus Law Review, No.2, November 2013.
11. Poole, Jill; *Textbook on Contract Law*, OUP Oxford, 13 Edition, 2012.

12. Schlechtriem, Peter & Butler, Petra; *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, first edition, 2009.
13. Shawn, J. Bayern; *Offer and Acceptance in Modern Contract Law: A Needless Concept*, California Law Review, 2015, (Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview>).
14. Stone, Richard & Devenney, James; *Text, Cases and Materials on Contract Law*, Rutledge, 3 ed, 2014.
15. Stone, Richard; *Forming Contracts without Offer and Acceptance, Lord Denning and the Harmonisation of English Contract Law*, 2012, 4 Web JCLI, (Available at: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2012/issue4/index.html>).
16. Treitel, G. H.; *The Law of contract*, Sweet & Maxwell, Eleventh Edition, 2003.
17. Vogenauer, Stefan & Kleinheisterkamp, Jan; *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, first edition, 2009.
18. Vural, Belkis; *Formation of Contract According to the CISG*, Ankara Bar Review, Vol.1, 2013, pp.127-151, (Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/new-cases-april-2014.html>).

Methodology of Contract Formation

Mahdi Fattāhi*

Received: 05/03/2017

Accepted: 10/06/2017

Abstract:

The manner of contract formation is an important issue in the field of contract law. The traditional approach divides an agreement into two elements: offer and acceptance. After analyzing any of these elements and their relations, the question that whether contract is concluded will be replied. The parelle approach, which supplements the traditional one, considers that modern transactions often require long and elaborate negotiations and the doctrine of offer and acceptance cannot applied for proving existnce of contracts. Under this approach it is not necessary to discover offer and acceptance. The latter, which is the result of complicated, long-term and more detailed negotiitions for conclusion of some contracts, is suitable solution. The article deals with the explabnation and justification of the recent approach in term of national law and conventions and legal principles of international law.

Key words: *Contract, Agreement, Offer, Acceptance, Contractual negotiations.*

*Ph.D in Private Law of Tehran University and Researcher at the Institute of Judiciary.
mfatahi1@gmail.com