

## وظیفه مراقبت در گفتگوهای پیش قراردادی

حبیب طالب احمدی<sup>۱</sup>  
حمید حمیدیان<sup>۲</sup>

تاریخ ارسال: ۹۹/۱/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۰/۲۷

### چکیده

گفتگوهای پیش قراردادی، به عنوان اصلی ترین بستر ایجاد تعهدات حقوقی، می تواند متضمن مخاطراتی برای طرفین باشد و منجر به عدم انعقاد قرارداد، صرف هزینه های مقدماتی توسط یک طرف و یا انعقاد قراردادی متزلزل و ناقص شود. دو طرف باید مراقب هرگونه گفتار و کردار خود در دوره پیش قراردادی باشند؛ زیرا ممکن است حسب آنها اقدامی از سوی دیگری صورت گیرد و در نتیجه طرف مقابل عقد، زیان ببیند. وظیفه مراقبت،<sup>۳</sup> تعهدی حقوقی است که به منظور احتراز از بروز چنین زیانی که به جهت تقصیر یک طرف به طرف مقابل وارد می گردد. این وظیفه به عنوان یک شرط یا توافق ضمنی در ورود به مرحله پیش قراردادی قابل توجیه است و وظیفه مراقبت، موجب رشد اقتصادی، جلوگیری از شکست بازار و گسترش اعتماد معاملات می شود. در باب ماهیت این وظیفه اختلاف نظر وجود دارد. بر اساس رویکرد کلاسیک به مسئولیت غیرقراردادی نزدیک تر است. لیکن به نظر می رسد بر اساس یک رویکرد نوین بتوان ورود به مذاکره را نوعی توافق یا شرط ضمنی مبنی بر رعایت وظیفه مراقبت در طی مذاکرات و نوعی مسئولیت قراردادی تلقی نمود. در صورت تخطی از این وظیفه، بر حسب موقعیت تضمیناتی چون الزام به بازگشت به مذاکره، جبران خسارت، الزام به انعقاد قرارداد و فسخ یا ابطال قرارداد قابل بررسی و تحلیل است. این وظیفه در حقوق ایران و فقه اسلامی ناشناخته مانده است، باین حال، وظیفه مراقبت را می توان مبتنی بر قواعد عام مسئولیت مدنی و یا استنباط قرارداد ضمنی مبنی بر رعایت وظیفه مراقبت و همچنین ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک برداشت و ضمانت اجرای آن را تعیین کرد.

**کلیدواژه ها:** اصل حسن نیت، دوره پیش قراردادی، گفتگوهای پیش قراردادی، نظریه قرارداد اجتماعی، وظیفه مراقبت.

talebahmadi@yahoo.co.uk

h.hamidian69@yahoo.com

3. Duty of care.

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق شیراز و مدرس دانشگاه حکیم سبزواری (نویسنده مسئول)

## مقدمه

دنیای کنونی صحنه مخاطرات و چالش‌هایی می‌باشد که گاهی بشر، توان پیش‌بینی آن را ندارد. این مخاطرات می‌تواند در حوزه‌های اجتماعی و اقتصادی باشد که نتیجه آن ظهور نابرابری و برهم خوردن نظم عمومی است. در حوزه اقتصادی، همواره اشخاص به دنبال بالا بردن میزان بهره‌وری و سود خود می‌باشند؛ لذا در معاملات هر طرف تلاش می‌کند خود را پیروز گرداند و در این راه، ملاحظه طرف دیگر را نمی‌کند. گفتگوهای پیش‌قراردادی، به عنوان مهم‌ترین بستر ایجاد تعهدات حقوقی، ممکن است مخاطراتی برای طرفین داشته باشد. در طی این دوره مقدماتی، امید و انگیزه معقولی برای بستن قرارداد فراهم آمده و هرکدام از طرفین ممکن است هزینه‌هایی معقول در جهت اجرای مقدمات قرارداد کند. همچنین در این دوره ممکن است عدم شفافیت در ارائه برخی از اطلاعات و یا ارائه برخی اسرار تجاری، شرایط شکننده‌ای برای طرفین به وجود آورد و زمینه‌ای برای ایراد خسارت به وجود آید. در حقیقت گفتگوهای پیش‌قراردادی، رابطه‌ای حقوقی، بر اساس اعتماد متقابل ایجاد می‌کند که به سبب آن دو طرف می‌توانند از یکدیگر انتظار داشته باشند که طرف دیگر مراقب منافع آنها باشد. به منظور رشد بازار، رویکرد نویسی در حقوق قراردادی، تحت عنوان وظیفه یا تکلیف مراقبت مطرح شده که مستلزم الزاماتی برای طرفین قرارداد در جهت رعایت منافع طرف دیگر و نیل به معامله برد-برد می‌باشد. تعیین مبنا، ماهیت، آثار، گستره و ضمانت اجرای این وظیفه از چالش‌های حقوق روز است؛ لذا بایستی بررسی کرد در صورتی که در گفتگوهای پیش‌قراردادی یکی از طرفین، با تقصیر خود منجر به صورت مختلف منجر به ضرر به طرف مقابل گردد، این خسارت‌ها تحت عنوان وظیفه مراقبت قابل جبران به نظر می‌رسد؛ اما بایستی دانست که اولاً مفهوم و مبانی وظیفه مراقبت در گفتگوهای پیش‌قراردادی چیست؟ در ثانی ماهیت، جایگاه و معیار این وظیفه در چارچوب مسئولیت‌های حقوقی و نظام‌های حقوقی به ویژه نظام حقوق ایران چیست؟ و نهایتاً آثار و ضمانت اجرای حقوقی این وظیفه را چگونه می‌توان ارزیابی نمود؟ شایان به ذکر است که در باب این مسئولیت علی‌رغم بررسی‌های مقدماتی در کتب و آثار حقوقی و سعی در وجود و اثبات آن؛ هیچ‌گاه به عنوان تعهدی متقابل مبنی بر مراقبت از منافع طرف دیگر قرارداد صورت نگرفته است و بیشتر پژوهش‌ها از منظر قواعد عام مسئولیت مدنی به این مقوله نگاه شده است. هدف و ضرورت این پژوهش به طور کلی احراز مسئولیت حقوقی گفتگوها و اقدامات طرفین تا پیش از انعقاد قرارداد بر اساس یک تعهد متقابل حقوقی به نام وظیفه مراقبت است؛ لذا در این

پژوهش به دنبال ترسیم یک چارچوب حقوقی متقابل برای مرحله‌ای از قرارداد هستیم که طرفین ظاهراً خود را در آن فارغ از هر قیدوبند حقوقی می‌دانند. به نظر می‌رسد طرفین قرارداد در برابر هر اقدام و گفتگویی منجر به ایجاد امید معقولی در طرف مقابل برای انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد، هزینه کردن برای مقدمات اجرای تعهدات، فاش کردن اسرار تجاری، تشویق به انعقاد قرارداد، مسئولیت دارند و این مسئولیت دارای مبانی حقوقی و فقهی مستدلی در نظام حقوقی ما می‌باشد و طرفین را می‌تواند مستند به قواعد عام مسئولیت مدنی و در شرایط مسئولیت قراردادی، بر اساس انعقاد یک قرارداد ضمنی به جهت ورود به مذاکره مسئول دانست؛ لذا بایستی از مراقبت گفتگوها و اقدامات خود باشند و از طرفی این مسئولیت در این پژوهش نخست به مفهوم وظیفه مراقبت پرداخته و سپس مبانی وظیفه مراقبت از جهات اجتماعی، حقوقی، اقتصادی و فقهی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. همچنین ضمن بررسی ماهیت و گستره وظیفه مراقبت در گفتگوهای پیش‌قراردادی، به جایگاه، آثار و ضمانت اجرای این تعهد در دوره پیش‌قراردادی توجه می‌شود.

### ۱. مفهوم وظیفه مراقبت

وظیفه مراقبت در حقوق مسئولیت مدنی وسیله‌ای برای مشخص کردن تقصیراتی که موجب خسارت بر دیگران می‌شود؛ و بر اساس این تعهد هر فرد تکلیفی در برابر دیگری دارد تا مراقب باشد موجبات صدمات جسمی، روحی و مالی او را ایجاد نکند. حقوقدانان رومی-ژرمنی آشنایی با وظیفه مراقبت نداشتند، باین حال در نظام حقوقی کامن‌لا وظیفه مراقبت نقش مهمی ایفا می‌نمود و در دعاوی مسئولیت مدنی نتیجه دعوی را مشخص می‌کرد (Plunkett: ۲۰۱۵: ۷۱۶) و معیار مهمی برای بیان مسئولیت مبتنی بر سهل‌انگاری بود. البته برای احراز این مسئولیت، خواننده باید به حمایت و مراقبت از زیان دیده متعهد باشد. (Birks: ۲۰۰۰: ۴۱۵).

وظیفه مراقبت، تعهد حقوقی به منظور احتراز از بروز صدمات و خسارات است. (Black's Law Diction- ary: ۲۰۰۴) (و به تعبیری حصار محافظتی است در برابر افرادی که امکان یا توانایی پیش‌بینی خطرات و یا توانایی حفاظت از خود را نداشته و نیاز به مساعدت در مراقبت از خود و منافعی را دارند (Bohlen: ۱۹۰۸، ۲۳۹)؛ لذا تکلیفی که هر طرف در برابر دیگری دارد تا مواظب باشد موجبات صدمات جسمی، روحی، یا مالی او را ایجاد نکند، تکلیف مراقبت نامیده می‌شود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰).

وظیفه مراقبت با وظیفه سعی و تلاش<sup>۱</sup> متفاوت است. وظیفه مراقبت تلاش بر احتیاطات لازم به منظور اجتناب

1. Duty of try

وظیفه مراقبت می‌تواند مسئولیتی را ناشی از نقض مذاکرات مقدماتی به اتکای بر تقصیر قراردادی محقق نماید و این مسئولیت می‌تواند ماهیتی قراردادی داشته باشد به شرطی که وجود قراردادی معتبر برای اتکا به آن نیز محقق باشد (Mazeaud, ۱۹۸۵:۳۶۵). به نظر می‌رسد وقتی طرفین وارد مرحله مذاکراتی می‌شوند، به صورت خودبه‌خود بر قرارداد یا شرط ضمنی مبنی بر رعایت وظیفه مراقبت توافق می‌نمایند و این نوعی شرط یا قرارداد ضمنی محسوب می‌شود<sup>۴</sup> که به اتکای آن می‌توان برای طرفین در صورت نقض تعهد مسئولیت تصور نمود. فرضاً حفظ اسرار و محرمانگی از شروط و توافقات ضمنی قرارداد است و عدم رعایت آن نقض وظیفه مراقبت و یا شرط و قرارداد ضمنی در این مسئله است. باین حال علی‌رغم توجیه منطقی ثبوتی امر از دیدگاه حقوقی، لیکن اثبات وجود چنین توافقی و پذیرش آن به عنوان یک مبنا در دادرسی‌ها دشوار است و نیازمند مذاقه و تفکر عمیق حقوقی دارد.

۲.۱. نظریه قرارداد اجتماعی: انسان آزاد متولد شده است و حق آزادانه برای اقدامات مادی و معنوی خود دارد؛ لیکن به جهت حفظ و بقای اجتماع و روابط اجتماعی ناچار آزادی‌اش بایست محدود به آزادی دیگران و احترام به حقوق آنان گردد لذا تعهداتی برای افراد ایجاد شد که مبنای آن قراردادی اجتماعی در راستای تضمین بقای اجتماع می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۶). این نظریه، یکی از مهم‌ترین مبانی وظیفه مراقبت، می‌باشد (Atria: ۲۰۱۳، ۳۵۲). طبق این نظریه، دو گزینه اصلی یعنی صیانت از نفس و دیگر خواهی در طبیعت بشر وجود دارد (سبزه‌ای، ۱۳۶۵: ۸۵) و اشخاص بر اساس گزینه صیانت از ذات و حس همدردی با یکدیگر مراد می‌کنند که این امر باعث حفظ خود و دیگران می‌شود (Walte: ۱۹۷۳، ۱۶۵). گزینه دگرخواهی وجدانی باعث ایجاد قرارداد اجتماعی و مسئولیت اجتماعی می‌گردد. (Atria: ۲۰۱۳، ۳۵۶) برحسب این مبنا، وظیفه مراقبت، یک وظیفه حقوقی و اجتماعی در برابر دیگران شمرده می‌شود (Norris: ۲۰۱۱، ۶)؛ البته برخی معتقدند هر فرد، مجبور به رعایت احتیاط و مراقبت متعارف و معقول در برابر کل اجتماع نمی‌باشد، بلکه صرفاً در صورتی که میان افراد به نوعی ارتباط وجود داشته و قابل پیش‌بینی باشد که ممکن است از عمل او خسارتی به آنان وارد آید و تحمیل چنین تکلیفی بر عامل زیان، مطابق با عدل و انصاف باشد، بدین معنی که ایجاد چنین تکلیفی با منافع و مصالح اجتماعی در

از زیان رساندن به اشخاص می‌باشد، فارغ از اینکه منشأ زیان کسی باشد که این وظیفه را بر عهده دارد و یا زیان، ناشی از امر دیگری باشد؛ اما در وظیفه بکار گرفتن تلاش، باید از سعی شهود از خطای شخصی که این وظیفه را بر عهده دارد به متعدهله ضرر و زبانی وارد نشود (Herstein: ۲۰۱۰، ۴۰۴).

در برخی از آثار حقوقی، وظیفه مهارت<sup>۲</sup> در کنار وظیفه مراقبت آمده است (Stevens: ۲۰۱۷، ۱)؛ اما باید دانست وظیفه مهارت بیشتر مربوط به علم و دانش فرد است، درحالی‌که وظیفه مراقبت اعم از مهارت بوده و به نظر می‌رسد نوعی مسئولیت اجتماعی فارغ از تخصص می‌باشد.

اصل اولیه در گفتگوهای پیش قراردادی، آزادی طرفین در بستن قرارداد و عدم ایجاد تعهد در دوره پیش قراردادی است (Munukka, ۲۰۱۷: ۲۴۴)؛ لذا با توجه به مخاطره آمیز بودن این دوران نمی‌توان از طرف مقابل انتظار جبران خسارت داشت (Kottenhagen, ۲۰۰۶: ۵)؛ اما نخستین بار در قرن ۱۹ میلادی حقوقدانی آلمانی نظریه‌ای را تحت عنوان تقصیر در دوره پیش قراردادی<sup>۳</sup> مطرح کرد که به موجب آن ورود به گفتگوهای پیش قراردادی رابطه‌ای حقوقی را ایجاد می‌کند که به موجب آن هر طرف، وظیفه مراقبت دارد و نقض چنین وظیفه‌ای تقصیر شمرده می‌شود و سبب مسئولیت می‌گردد. (Christian von Bar: ۲۰۰۹، ۳۰۲) در حقوق برخی از کشورهای اروپایی مانند انگلیس و فرانسه، تعهد قراردادی اطلاع‌رسانی و هشداردهی، زیرمجموعه تعهد ضمنی مراقبت شمرده می‌شود (خورسندیان، ۱۳۹۷: ۱۳۵)؛ لذا در راستای وظیفه مراقبت، طرفین قرارداد بایستی ضمن جدیت و شفافیت در گفتگوهای پیش قراردادی، تعهد به رازداری، عدم مذاکره موازی و اطلاع‌رسانی به طرف دیگر داشته باشند و وظیفه مراقبت و مسئولیت ناشی از نقض آن به دو مقطع زمانی تقسیم می‌شود: نخست هنگامی که رفتار یکی از طرفین قرارداد منجر به عدم انعقاد قرارداد و شکست گفتگوها می‌گردد و دیگری هنگامی است که قرارداد منعقدشده و به دلیل رفتار یکی از طرفین، قرارداد بی‌اعتبار و ساقط می‌شود.

## ۱. مبانی وظیفه مراقبت

مبانی وظیفه مراقبت را می‌توان در دو بخش حقوقی و فقهی مطالعه کرد.

۱. مبانی حقوقی: از منظر حقوقی، مسئولیت قراردادی یا شرط ضمنی، نظریه قرارداد اجتماعی، وجود رابطه امانی میان دو طرف، اصل حسن نیت، منع رفتار معارض و اقتضای عدم دسترسی به اطلاعات را می‌توان مهم‌ترین مبانی حقوقی برای برقراری وظیفه مراقبت نام برد.

۱.۱. مسئولیت قراردادی یا شرط ضمنی: عدم رعایت

۴. نظریه قرارداد یا شرط ضمنی را «ایرینگ» حقوق دان آلمانی، طرح نمود (Terré Simler et Lequette, ۱۹۹۶: ۱۴۴) و البته مخالفانی دارد. فرضاً در رویه قضایی فرانسه این دیدگاه را مردود دانسته و مسئولیت‌های پیش قراردادی را مبنی بر تقصیر غیرقراردادی توجیه می‌کنند (De. Coninck, ۲۰۰۲: ۲)

2. Duty of skill  
3. Culpain Contrahendo

تعارض نباشد پذیرفتنی است (John Cooke: ۲۰۰۰، ۲۲). در حقوق انگلستان، دیدگاه اخیر یعنی همگانی نبودن وظیفه مراقبت طرفداران بیشتری دارد (پیرنهادی و نوعی، ۱۳۹۴: ۱۰۵).

**۳،۱. رابطه امانی:** اقتضای رابطه امانی آن است که اشخاص، مراقبت لازم را در روابط خود با سایرین داشته باشند و منافع آنها، اشخاص دیگر را در خطر قرار ندهد (Emerson: ۱۹۹۴، ۹۳۳). در برخی از قراردادها روابط طرفین روابط امانی می باشد، به طور مثال، دادگاه‌ها روابط بیمه‌گر و بیمه‌گذار را امانی دانسته و بیمه‌گر در برابر بیمه‌گذار امین و وکیل است که متن بیمه‌نامه را تنظیم کند و بر مبنای روابط امانی، امین نباید افراط و تفریط بنماید. در غیر این صورت مسئول است. ابهام در متن بیمه‌نامه اماره‌ای از نوعی افراط و تفریط در روابط امانی است (Fisher, James: ۱۹۹۵، ۱۰۲۰) و در نتیجه مسئولیتی مبتنی بر وظیفه مراقبت برای بیمه‌گر وجود دارد. شناسایی چنین مسئولیتی در جهت جلوگیری از پیشتازی‌های امین یا همان بیمه‌گر می باشد.

**۴،۱. حسن نیت:** تعهد به رعایت حسن نیت او معامله منصفانه از مبانی دیگر وظیفه مراقبت می باشد. طرفین، متعهد به رعایت حسن نیت معاملاتی می باشند و این خود مقتضی وظیفه مراقبت برای اشخاص است ((Emerson, ۱۹۹۴: ۹۳۰ به عبارت دیگر مراقبت مبتنی بر اصل حسن نیت و تعامل منصفانه است. در حقوق فرانسه، وظیفه داشتن رفتار خوب «تعهد به درستکاری و حسن نیت» نامیده شده و تکلیف به مراقبت از افراد آن شمرده می شود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰).

**۵،۱. منع رفتار معارض:** این قاعده تحت عنوان منع توسل به حق پس از تعهد به عدم اعمال آن نیز ترجمه شده است و بدین معنی است که هرگاه یکی از طرفین قرارداد صریحاً یا ضمناً به وسیله اعمال و گفتار خود در طرف مقابل به نحوی اطمینانی ایجاد کند که حقوق قانونی خود را اجرا نخواهد کرد در این صورت پس از توسل به آن حقوق از آن منع می شود لذا منع یک طرف قرارداد از اقدام مغایر با گفته‌ها و رفتار قبلی او را قاعده منع رفتار متعارض<sup>۵</sup> می گویند (عباسی، ۱۳۸۶: ۸۶). مبنای دیگر وظیفه مراقبت در حقوق کامن‌لا، به ویژه در حوزه قراردادی، منع رفتار معارض است. در نظام کامن‌لا، منع رفتار معارض یکی از عناصر تبیین مسئولیت و تفسیر قراردادها است. علی‌رغم عدم پذیرش تأثیر حقوقی گفتگوهای پیش قرارداد اگر طرفین با درک متقابل، فرض مشترک و یا توافقی صریح یا ضمنی یا اقدام و رفتار و گفتاری به شرطی معنایی خاص داده باشند در برابر این گفتار و اقدام متعهد هستند حتی اگر آن معنا را معقولانه نتوان استنباط کرد و غیرمتعارف باشد؛ لذا به نظر می‌رسد وقتی که یکی از طرفین اقدام یا

گفتاری انجام داده است که انتظار معقولی را برای طرف مقابل ایجاد کرده است در برابر این اقدام مسئول است و آن شخص وظیفه مراقبتی برای چنین امید معقولی و حفظ منافع طرف دیگر مبتنی بر آن اقدام بر عهده دارد حتی اگر سندی کتبی برای اثبات آن وجود نداشته باشد (Howatd: ۲۰۰۷، ۲۸۷).

**۶،۱. عدم دسترسی به اطلاعات:** از مهم‌ترین مبانی وظیفه مراقبت، نقص و کمبود اطلاعات در عرصه‌های مختلف، به ویژه امور اقتصادی می باشد. به طور مثال مصرف‌کنندگان کالا و خدمات در یک بازار ایده‌آل و رقابتی، قدرت مذاکراتی برابری دارند، لذا تصمیم آنها برای خرید و فروش کالا آزادانه است؛ اما زمانی که تعادل و توازن دستیابی به اطلاعات و موقعیت مذاکراتی برابر وجود ندارد، حقوق مداخله می‌کند و سعی در رفع چنین نابرابری دارد (Rodwin: ۱۹۹۶، ۱۳۱۹). یکی از ابزارهای مداخله حقوق برای رفع چنین وضعیتی، ایجاد وظیفه اطلاع‌رسانی است که به نوعی با وظیفه مراقبت ارتباط مبنایی پیدا می‌کند. از طرفی برای جلوگیری از شکست بازار و همچنین افزایش رونق معاملاتی و قدرت معاملاتی طرفین، باید تا حد ممکن در پی عوامل مؤثر و تضمیناتی باشیم که اعتماد روابط اشخاص را بیشتر نماید؛ که وظیفه مراقبت از جمله آنهاست.

**۲. مبانی فقهی:** از دلالت روایت کراهت تلقی رکنان و قواعد امر به معروف و نهی از منکر، انفاق و تحذیر می‌توان وظیفه مراقبت را برداشت کرد.

**۱،۲. کراهت تلقی رکنان:** منظور از عنوان یادشده در فقه عبارت است از استقبال اهل شهر در خارج شهر از کاروان‌های تجاری که برای فروش کالاهای خود یا تهیه کالاهای مورد نیاز قصد ورود به شهر را دارند به منظور خرید کالاهای آنان به بهای کمتر یا فروش جنس به ایشان به قیمت گران‌تر از آنچه در شهر معامله می‌شود (ابن‌العلامه، بی‌تا: ۴۰۸؛ محقق حلی: ۱۴۰۸: ۱۴/۲۰؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱۳). بر اساس این قاعده کاروانی که هنوز به شهر وارد نشده و از قیمت کالای خود در مقصد بی‌خبر است نباید با پیشواز کسانی روبه‌رو شود که تنها به سود خود می‌اندیشند و بدون سود فروشندگان، کالای آنها را به زیر قیمت خریداری کنند (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۵). در حقوق اسلام می‌توان کراهت تلقی رکنان را نشان از وجود مراقبت سود طرف دیگر شمرد؛ لذا فلسفه وجودی آن می‌تواند در راستای وظیفه مراقبت، به ویژه در دوره پیش‌قراردادی باشد.

**۲،۲. امر به معروف و نهی از منکر:** در اسلام وظیفه توصیه به امر نیک و هشدار از امر منکر به عنوان یک وظیفه اجتماعی و یک وظیفه مراقبت حقوقی-اجتماعی شناخته می‌شود. این وظیفه ناظر بر بایدها و نبایدها می‌باشد (رجایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۶). این مبنا با



مبنای اجتماعی وظیفه مراقبت بی‌ارتباط نیست. از دیدگاه اسلام، امر به معروف و نهی از منکر صرفاً یک حق تلقی نمی‌شود، بلکه یک وظیفه همگانی است. بر این اساس هیچ مکلفی نمی‌تواند از این فریضه انصراف دهد و خود را بری از آن بداند. این موضوع یک وظیفه دینی تلقی می‌شود و ترک آن از نظر شرعی حرام و معصیت است (منتظری ۱۳۶۷: ۱۴۱۹).

**۳.۲. لزوم انفاق:** انفاق به مفهوم خرج کردن و هزینه کردن است. با انفاق، باید گودال‌های فقر پر و منافذ خطرهای اقتصادی از میان برداشته می‌شود تا جامعه اسلامی گرفتار تکاثر، کثرت طلبی و مال‌اندوزی نشود و بحران اقتصادی پدید نیاید (محمودی: ۱۳۸۳: ۲۵). انفاق یکی از مهارت‌هایی است که افراد را در نزدیک شدن به یکدیگر یاری می‌کند و موجب مراقبت از یکدیگر و جلوگیری از ورود خسارت به دیگران است؛ زیرا در همدلی، فرد باهوش هیجانی مناسب خویش می‌تواند خود را در موقعیت دیگران بگذارد و از نگاه آنان به مشکلات بنگرد و آن را حل کند. اطلاع‌رسانی و هشدار به طرفی که ممکن است از واقعه‌ای خسارت ببیند به نوعی انفاق و کمک به دیگران محسوب می‌گردد.

**۴.۲. قاعده تحذیر:** قاعده تحذیر برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر» می‌باشد. این روایت منسوب به امام صادق (ع) است که ایشان آن را از حضرت علی (ع) نقل نموده‌اند (الحر العاملی، بی‌تا: ۱۱۲) و بر اساس آن اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد از رهگذر آن عمل، خطری متوجه دیگری شود هشدار دهد، با وجود این مخاطب و شنونده به هشدار وی بی‌توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و خود را در معرض خطر قرار دهد و در نتیجه فعل هشداردهنده خسارتی به هشدار شنونده وارد شود، هشداردهنده مسئولیتی ندارد. مستند فقهی چنین قاعده‌ای در شهرت قاعده تسبیب و بنای عقلاً استوار است (محقق داماد، ۱۳۷۱: ۱۰).

در قاعده یادشده، شرایط لازم برای رفع مسئولیت از هشدار دهنده معیارهای بسیار جالبی بیان شده است که از آن می‌توان در استقرار وظیفه مراقبت، وحدت ملاک گرفت. اولین معیار در جهت رفع مسئولیت این است که هشدار باید مؤثر باشد، بدین معنی که اعلام خطر با توجه به مکان و موضوع خطرآفرین متفاوت خواهد بود. هشدار باید به گونه‌ای باشد که در حد لزوم، هشداردهنده بتواند ثابت کند که در حد متعارف هشدار لازم را داده است<sup>۶</sup> (همان: ۱۳). هشدار باید به خسارت دیده تخاطب شود و او شنونده هشدار باشد و سوم اینکه امکان فرار و امکان نجات برای خسارت دیده فراهم باشد، بدین معنی که اولاً زمان کافی برای گریز از خطر وجود داشته باشد، ثانیاً توانایی لازم برای دور شدن از خطر وجود داشته باشد و ثالثاً اوضاع و احوال به او امکان اجتناب از خطر را بدهد (همان: ۱۷). مقصود اصلی از هشدار این است که مخاطب هشدار وضعیت خطرناک را

دریافته و از این رو متضرر باید از هشدار آگاه گردد، خواه از طریق شنیدن و یا دیدن و یا خواندن. هشدار وقتی قابل اعمال و استناد می‌باشد که اقدام هشداردهنده قانونی و مشروع بوده باشد لذا هشدار برای اقدامات غیرقانونی و ممنوع، رافع مسئولیت هشداردهنده نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، هشداردهنده باید در نیت و عمل صادق بوده و عاری از فریبکاری و قصد زیان‌رسانی باشد (مقدادی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۶۷) که این خود به مبانی وظیفه مراقب که همان حسن نیت می‌باشد اشاره نموده است و همان‌طور که مشخص است از معیارهای قاعده تحذیر می‌توان در تشخیص وظیفه مراقبت از منظر حقوقی و اقتصادی استفاده کرد.

### ۱. ماهیت وظیفه مراقبت

گفتگوهای پیش قراردادی، نوعی رابطه حقوقی مبتنی بر اعتماد ایجاد می‌کند که بر اساس آن هر یک از دو طرف می‌توانند از طرف دیگر انتظار داشته باشند منافع وی را محترم می‌شمارد. در خصوص ماهیت حقوقی این تعهد و قراردادی یا غیرقراردادی بودن این مسئولیت اختلاف نظر وجود دارد: برخی معتقدند هستند چون در مرحله مذاکراتی، قرارداد و توافق وجود ندارد ماهیت این مسئولیت، غیرقراردادی است و بایستی زیرشاخه حقوق مسئولیت مدنی باشد (Mclauchlan, ۱۹۹۷, ۴۶: & Kirsiene & Leonova, ۲۰۰۹: ۲۳۴) در کشورهایی مانند فرانسه و ایتالیا مسئولیت ناشی از وظیفه مراقبت را غیرقراردادی می‌دانند (Filipovic & Tomulic, ۲۰۱۲: ۱۵) در همین راستا بیان شده است که در گفتگوهای مقدماتی، دو طرف باید مراقب باشند تا در روند تشکیل قرارداد لطمه‌ای به یکدیگر وارد نکنند. اگر ارتباط طرفین به طوری نزدیک باشد که یکی از دو طرف بداند دیگری در معرض عملی زیان‌بار است؛ ولی او را منصرف نسازد یا حداقل واقعیت را بر او روشن نکند، مسئولیت بر عهده خواهد داشت. این مسئولیت اقتضا می‌نماید هر کاری که برای اجرای صحیح مذاکرات و گفتگوهای پیشین و اجرای قرارداد لازم است انجام گیرد و کسی که چنین وظیفه‌ای را برعهده دارد دارای مسئولیت مدنی می‌باشد (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰)؛ اما حقوقدانان آمریکایی معتقدند این تعهد، قراردادی و نوعی تعهد توافقی<sup>۷</sup> است (Summers, Hillman, ۲۰۰۱: ۵۳۴). و در کشورهایی مانند آلمان و اتریش ماهیت قراردادی برای این مسئولیت قائل‌اند (Filipovic & Tomulic, ۲۰۱۲: ۱۵) و در همین راستا بیان نموده‌اند که وظیفه آگاه‌سازی طرف مقابل که ناشی از وظیفه مراقبت می‌باشد. یکی از مهم‌ترین وظایف طرفین مذاکره در راستای معامله منصفانه و امنیت معاملاتی قید شده و هر طرف معامله موظف به آگاه‌سازی طرف مقابل به موضوعی است که ممکن است بر تصمیم او اثر بگذارد

۶. چیزی که در حقوق کامن‌لا تحت عنوان منصفانه بودن و متعارف بودن از آن یاد شده است. (Caterini, ۲۰۰۵, ۴)

7. promissory estoppel

و خودش به نوعی به این اطلاعات دسترسی نداشته باشد (Kessler, ۱۹۶۶:۴۰۶) و این تعهد، نتیجه قرارداد ضمنی مبتنی بر اصل حسن نیت و لزوم احترام به درک متقابل است. به عبارت دیگر، مسئولیت تخطی از وظیفه مراقبت، نقض تعهد قراردادی محسوب می‌شود. برخی از کشورها مانند یونان ماهیتی مختلط برای مسئولیت ناشی از وظیفه مراقبت قائل هستند و آن را دارای ماهیت ویژه می‌دانند (Filipovic & Tomulic, ۲۰۱۲:۱۵) یا در کشور چین، مسئولیت ناشی از این تعهد ماهیت ویژه‌ای داشته و نه مسئولیت قراردادی و نه غیرقراردادی است (Michonski, ۲۰۱۵ ۱۵۲, ۱۷۵).

هرچند می‌توان ورود به مرحله مذاکراتی را در هر قرارداد، نوعی توافق ضمنی مبنی بر رعایت حسن نیت، امانت داری، اطلاع‌رسانی، شفافیت و فی الجمله مراقبت از منافع طرفین دانست و ورود ضرر به طرف مقابل به دلیل نقض این عوامل را نقض توافق ضمنی تعبیر نمود و بایستی در مرحله اثبات به منشأ خطا اتکا کرد و مستند به آن به اثبات مسئولیت پرداخت و حسب اینکه مسئولیت ناشی از قرارداد و توافق است یا ناشی از یک واقعه‌ای مانند بطلان قرارداد تصمیم‌گیری نمود، لیکن بر اساس تئوری‌های کلاسیک، این رویکرد با پیکره سنتی قواعد حقوقی در نظام ما تطبیق نمی‌نماید؛ و در سیستم حقوقی ایران، ماهیت حقوقی وظیفه مراقبت بیشتر به عنوان یک مسئولیت مدنی و غیرقراردادی قابل تحلیل باشد؛ زیرا آن طور که از عقاید علمای حقوق برمی‌آید، اگر وظیفه مراقبت ناظر بر عدم انعقاد قرارداد توسط طرف دیگر باشد، التزام طرفین به قراردادی که هنوز منعقد نشده است با اصل آزادی قراردادها در تعارض است، لذا این مسئولیت بدین جهت که مبتنی بر اثبات نوعی تقصیر در فرایند انعقاد قرارداد است؛ از نظر تحلیلی و ماهیتی و اثباتی به مسئولیت مدنی نزدیک‌تر است. (کاتوزیان: ۱۳۹۵: ۱۷۴). با این حال نگارنده معتقد است، با رویکردی نوین، می‌توان، ورود به مرحله مذاکراتی را نوعی قرارداد ضمنی مبنی بر وظیفه مراقبت تلقی نمود و با توجه به بلاشکال بودن ایجاب و قبول عملی در نظام حقوقی ایران، ورود به مذاکره را نوعی قرارداد ضمنی و ایجاب و قبول آن را از ورود و شروع به مذاکره استنباط نمود.

#### ۱. جایگاه وظیفه مراقبت

در ماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان افراد مکلف هستند از تعدی و تفریط و خسارت زدن به حقوق و منافع افراد اعم از حیات، جسم، سلامت، آزادی و اموال پرهیز نمایند، در غیر این صورت مسئول خسارات وارده خواهند بود؛ (Bar: ۲۰۰۹, ۳۰۲) برای بیان این وظیفه از واژه‌هایی مانند منافع تحت حمایت، وظیفه امنیت و وظیفه حمایت استفاده می‌شود (جباری، ۱۳۸۸: ۲۴۴). در استونی نیز مانند آلمان در قانون تعهدات به این وظیفه اشاره شده

است و نقض چنین وظیفه‌ای را سبب مسئولیت دانسته و بر اساس حقوق مسئولیت مدنی، چنین خسارتی را قابل جبران می‌دانند (Käerdi, ۲۰۰۸, ۲۰۹). در حقوق فرانسه از این وظیفه در مرحله مذاکره قرارداد، تحت عنوان *obligation de moyens* یاد می‌شود که با وظیفه مراقبتی که در حقوق کامن‌لا مطرح می‌شود مفهوم نزدیکی دارد (Caterini, ۲۰۰۵, ۳۸) و کسی که در مرحله مذاکراتی، احتیاطات معقول را ننماید خودبه‌خود مسئول خسارات وارده از عدم رعایت این تعهد می‌باشد (Giliker: ۲۰۰۲, ۱۰۵)؛ همچنین در لوزامبورگ مقرراتی در این باب وضع شده است. به موجب ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی آن کشور، قطع فریب کارانه مذاکرات موجب مسئولیت برای خاطی می‌شود. اثبات چنین مسئولیتی در حقوق فرانسه دشواری‌های خاصی دارد؛ ولیکن اثبات تعهد رعایت حسن نیت برای جبران خسارات این مرحله از قرارداد کافی است و ضرورتی برای اثبات احراز وجود وظیفه مراقبت نیست (Summers, Hill- ۲۰۰۱, ۵۳۴). در حقوق انگلستان چنین وظیفه‌ای را برای طرفین مقرر نمی‌دارد و هرگونه خسارت و هزینه حاصل از مذاکرات را قابل بازپایی نمی‌دانند. از نظر محققان انگلیسی در این دوران طرفین به سود خود می‌اندیشند و سود طرف مقابل برای آنها اهمیتی ندارد (Giliker: ۲۰۰۲, ۱۱۹)؛ البته رویکرد معاصر حقوق کامن‌لا وجود و احراز وظیفه مراقبت در مذاکرات پیش قراردادی را از اصول اخلاقی و حقوقی ضروری دانسته و به طرفین چنین تعهدی را تحمیل کرده است. لذا در مواردی که روابط نزدیک و یا ویژه‌ای بین طرفین وجود داشته باشد این وظیفه به رسمیت شناخته شده است؛ زیرا به دلیل روابط نزدیک، اعتماد به وجود آمده و طرفین از هم انتظار مراقبت دارند (Cartwright: ۲۰۰۱, ۳۳۸). در حقوق چین از وظیفه مراقبت در مرحله پیش قراردادی تحت عنوان وظیفه حسن نیت به طور اعم یاد می‌شود (morgan, ۲۰۱۵: ۲۳) و برخی آن را یک وظیفه عمومی و مسئولیت اجتماعی در مرحله قراردادی برای طرفین می‌دانند. (Leonhardaa: ۲۰۱۰, ۳). در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا هم وظیفه مراقبت از ماده ۲۰۳-۱ و ۲۰۳(۱۹) که در باب حسن نیت و صداقت و رعایت انصاف بحث کرده است استنباط می‌شود (Kessler: ۱۹۶۴: ۴۰۸).

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی از ماده ۱۵-۱-۲ می‌توان استنباط کرد که به عنوان یک اصل، طرفین نه تنها آزادند که به قصد انعقاد قرارداد درباره زمان و طرف مذاکره تصمیم بگیرند؛ بلکه همچنین آزاد هستند راجع به ادامه کوشش برای دستیابی به توافق هم تصمیم‌گیری کنند و این مستنبط از اصل آزادی قراردادهاست، لیکن این حق به‌رحال محدود است و نباید با اصل حسن نیت و معامله منصفانه که در ماده

هر فرد نسبت به تمامی افراد جامعه مکلف به رعایت احتیاط باشد؛ زیرا مسئولیت در برابر همه، شخص را مکلف به رعایت احتیاط معقول و اجتناب از ورود زیان به دیگران کرده و ترس از محکومیت به جبران خسارت وارده به متضرر، او را موظف می‌سازد محتاط رفتار کند. در حقوق قراردادی ایران، هیچ ماده قانونی صریحی در بیان وظیفه مراقبت وجود ندارد؛ لیکن از برخی مواد قانونی، چنین وظیفه‌ای استنباط می‌شود. برای مثال در ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک بیان شده است که «اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف کننده باید در واسطی بادوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود»؛ بدین توضیح که قسمت اخیر این ماده توصیه قانونی به رعایت وضعیت افراد ناتوان و کودکان در معاملات الکترونیکی می‌نماید و این جز به رسمیت شناختن وظیفه مراقبت نیست.

### ۳. معیار وظیفه مراقبت

به دلیل اینکه برخی برای این مسئولیت ماهیتی غیرقراردادی قائل‌اند، لذا در اثبات آن از شرایط عام مسئولیت مدنی بهره می‌جویند (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵: ۱۵۷) و همین که باور وجود رابطه قراردادی و انتظار معقول از ایجاد آن در آینده شکل بگیرد و رفتار یکی از طرفین حکایت از انعقاد قرارداد کند، عدم انعقاد قرارداد برای طرف دیگر موجبات مسئولیت را فراهم می‌آورد (طالب احمدی، ۱۳۸۹: ۵۲)؛ لذا برای احراز مسئولیت باید باور و انتظار معقول در انعقاد قرارداد برای طرفین عرفاً فراهم آمده باشد (Dictrich, ۲۰۰۱, ۱۶۵) و زیان دیده با اتکا بر این باور معقول خسارتی ببیند.

نخستین نکته‌ای که در باب وجود چنین مسئولیتی باید مدنظر قرار گیرد آن است که معیار مراقبت، عملکرد یک فرد متعارف در اوضاع و احوال مشابه است. در بیشتر وضعیت‌هایی که شخصی به طور معقول بتواند پیش‌بینی کند اعمال او ممکن است به دیگری لطمه وارد کند، رعایت نوعی از وظیفه مراقبت مطرح می‌شود. شایان به ذکر است که در حقوق ایران از عملکرد انسان متعارف به عنوان الگوی احتیاط و مراقبت یاد شده نه عملکرد انسانی معقول (کاتوزیان: ۱۳۸۶: ۱۱۰) در حقوق انگلیس برای مشخص کردن الگوی مراقبت و مطابقت عملکرد خواننده با فردی متعارف (Baker: ۱۹۹۰, ۴۶۶)، شرایطی از جمله امکان ورود خسارت، میزان ضرر محتمل الوقوع، امکان جلوگیری از خطر، منافع اجتماعی اقدام و تطابق عملکرد خواننده با رویه عمومی ملاحظه می‌شود. ناتوانی افراد نیز گاهی بر تعیین معیار احتیاط و مراقبت مؤثر است. فرضاً رفتار طفل واردکننده زیان

۱-۷- همین اصول آمده است معارض باشد. به عبارتی طرف زیان دیده می‌تواند هزینه‌هایی را که در جریان مذاکرات متحمل شده در صورتی که مذاکره طرف دیگر با قصد عدم معامله و قرارداد باشد از طرف مقابل ادعا کند و به نظر می‌رسد این ماده به نوعی وظیفه مراقبت پیش قراردادی را به طور غیرمستقیم پیش‌بینی کرده است؛ زیرا اگر مذاکره با سوءنیت باشد ممکن است به منافع طرف مقابل زیان وارد کند و این به نوعی نقض وظیفه مراقبت در مرحله پیش قراردادی است (اخلاقی و امام، ۱۳۹۵: ۲۱). در ماده ۱۶-۲- همین اصول، وظیفه‌ای تحت عنوان محرمانه نگاه داشتن اطلاعات بیان گردیده است. این وظیفه محرمانگی نیز نوعی وظیفه مراقبت است و اغلب به عنوان قراردادی مستقل بین طرفین منعقد می‌گردد تا تمامی خسارات ناشی از نقض چنین وظیفه‌ای به صورت قراردادی قابل جبران باشد (همان: ۸۱-۷۹). در اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز وظیفه مراقبت از سود طرف مقابل در ماده ۲۰۱-در راستای که اصل حسن نیت و داشتن تعامل منصفانه با یکدیگر مقرر شده است (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۴).

در حقوق ایران نسبت به تکلیف اشخاص در مراقبت از دیگران مقررهای وجود ندارد (پیرنهادی: ۱۳۹۴: ۱۰۴)؛ لذا برخی قائل به وجود مبنای قانونی برای آن نیستند (بابایی، ۱۳۸۵: ۲). اگرچه می‌توان تکالیف افراد برای رعایت احتیاط و مراقبت متعارف را مبتنی بر موضوع آن در شکل تکلیف به رعایت احتیاط ناشی از شغل استنباط کرد. از طرفی همان‌طور که برخی از حقوقدانان مطرح نموده‌اند، اگرچه اصل حسن نیت در حقوق ما به صراحت نیامده، لیکن در پرتو اصل حاکمیت عرف در تعیین نتایج عقد و تفسیر قرارداد قابل دریافت است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۷۵). حسن نیت عمل به وجه معروف است که در ماده ۲۲۵ قانون مدنی تبیین شده و رعایت احتیاط و مراقبت معقول از مصادیق اجرای تعهدات می‌باشد (صالحی راد، ۱۳۸۷: ۱۰۳). از آنجایی که وظیفه مراقبت از نتایج اصل حسن نیت است؛ لذا وظیفه مراقبت را می‌توان از این اصل برداشت کرد. همچنین به نظر می‌رسد وظیفه مراقبت به عنوان شرط بنایی مبتنی بر عرف در هر مذاکره قراردادی می‌باشد. مقتضای ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی<sup>۸</sup> وجود چنین وظیفه‌ای در مرحله مذاکرات قراردادی است؛ لذا اشخاص در برابر همه متعهد به رعایت احتیاط و مراقبت بوده و دلیلی بر تحدید این مسئولیت در این شرایط وجود ندارد (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۱۶). عدالت نیز اقتضا دارد که

۸ ماده ۸ - کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جبران آن است. شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید.

با رفتار طفلی متعارف در شرایط او سنجیده می شود و در واقع شرایط هر فرد را در تعیین معیار نوعی شخص معقول مؤثر می دانند ((Stephenson: ۲۰۰۰: ۱۲۶-۱۲۷؛ البته نوعی بودن معیار مذکور به معنای وجود یک معیار ثابت برای همه نیست؛ زیرا ضرورت های عدالت ماهوی و تفاوت هایی که به دلایل عینی و برون ذاتی قابل بررسی است، باعث می شود که در مواردی این الگو تغییر کند. معیار احتیاط و مراقبت، بر اساس رفتار انسان معقول است و معیاری برای تبیین مرز بین آزادی عمل خواهان و امنیت خواننده می باشد. معیار مذکور، نوعی بوده و بر اساس رویه اکثریت مردم است؛ ولی احراز این تکلیف از موقعیتی به موقعیت دیگر متفاوت است؛ البته باید توجه داشت، منشأ وظیفه مراقبت متفاوت است و هنگام طرح دعوا، استنباط و احراز این وظیفه بر عهده دادگاه است: ۲۰۰۳، ۲۲: Harpwood.) برای اخذ خسارت بایستی اولاً وجود وظیفه مراقبت برای شخص احراز شود. ثانیاً نقض چنین وظیفه ای از سوی خاطی اثبات شود و نهایتاً خسارت در نتیجه مستقیم از نقض این وظیفه یا به سبب آن باشد ((Bryden: ۲۰۱۱: ۱۲۴). کسی که این وظیفه را دارد بایستی گام های معقولی در جهت اطلاع رساندن به وجود آن مراقبت برداشته باشد و مهم نیست که طرف دیگر از امکان ورود خسارت آگاه شده باشد یا خیر؛ لذا همان طور که از رویه قضایی دادگاه ها در آلمان، استرالیا، ایتالیا و فرانسه برمی آید، وظیفه مراقبت نوعی تعهد به وسیله است (Cateri- & Herstein, ۲۰۱۰: ۴۱۱). ni: ۲۰۰۵: ۳۸؛ لذا برای استقرار وظیفه مراقبت باید ثابت شود که خواننده مرتکب خطایی شده است. همچنین باید ثابت شود که رفتار او در حد استاندارد و رفتار یک شخص متعارف نبوده است. نهایتاً باید ثابت شود زیان، قابل پیش بینی بوده است (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۵). اما به نظر می رسد صرف ملاک و معیار تلاش معقول و متعارف کفایت نمی کند، لذا برای تشخیص وجود و احراز وظیفه مراقبت باید ملاک ها و ادله ای معرفی شده باشد که با اقامه آنها زیان دیده بتواند پس از اثبات وظیفه مراقبت از کسی که چنین وظیفه ای داشته، خسارت دریافت کند. بدین توضیح که برای جبران خسارت، ضرر وارده بایستی قابل پیش بینی باشد (Witting: ۲۰۰۵، ۳۳) و از نتایج یک رفتار مبتنی بر تقصیر باشد و نزدیکی موقعیت نسبی خواننده در برابر خواهان اثبات شود و تکلیف وظیفه مراقبت بر شخص، معقول و منصفانه باشد. همچنین میزانی از قطعیت از احتمال بروز خسارت از سوی کسی که وظیفه مراقبت را بر عهده دارد وجود داشته باشد و خسارت از عدم اعمال وظیفه

مراقبت برطرف مقابل تحمیل می شود. نهایتاً احتمال بیمه کردن خطر توسط زیان دیده در احراز و عدم احراز چنین وظیفه ای مؤثر است (Rosenhek: ۲۰۱۵، ۶). در هر صورت، اثبات و احراز وظیفه مراقبت در این مرحله آسان به نظر نمی رسد (Florence: ۲۰۰۵، ۲۵).

#### ۴. آثار وظیفه مراقبت

وظیفه مراقبت از منافع طرف دیگر، باعث می شود طرفین در روابط خود بیشتر به یکدیگر اعتماد کنند. بدین ترتیب امنیت معاملاتی تضمین می گردد و موجبات رشد اقتصادی بازار فراهم شده و از ورود خسارت ناروا جلوگیری می شود. در کنار آثار مثبت اعمال وظیفه مراقبت، آثار منفی حاصل از آن را نمی توان نادیده گرفت. از همین رو برخی دادگاه ها با وظیفه مراقبت در مرحله پیش قراردادی مخالفت نموده اند. برای مثال در دعوی *Marterl building Ltd علیه Canada* دو طرف در مورد قرارداد اجاره ده ساله مشغول گفتگو شدند. به دنبال کسادی بازار، خواننده که یک بخش دولتی بود با آوردن بهانه هایی مانند هزینه های تعمیر و ایمنی مورد اجاره از بستن قرارداد منصرف شد و با شخص دیگری معامله کرد. دادگاه استیناف رفتار او را مخالف با تعامل منصفانه شمرد و خواننده را مسئول دانست، ولی دیوان عالی کشور از پذیرش مسئولیت مدنی برای خواننده خودداری کرد و دریافت که در این مرحله لازم نیست خواننده به فکر سود طرف دیگر باشد و هیچ گونه وظیفه مراقبتی در این خصوص وجود ندارد. به نظر ایشان ماهیت دوره پیش قراردادی اقتضای هیچ گونه جبرانی ندارد و بدیهی است به دست آوردن سود در روند مذاکرات به هزینه دیگری خواهد بود و نباید جبرانی پیش بینی نمود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۳). در برخی پرونده ها، دادگاه به چند دلیل از شناسایی وظیفه مراقبت امتناع می کند: نخست اینکه چنین تعهدی موجب افزایش دعاوی حقوقی می شود. دوم آنکه دادگاه بایستی تا ریزترین مسائل دوره پیش قراردادی ورود کند که این صحیح نیست و در تضاد با تئوری بازار آزاد است و به نوعی اصل حاکمیت اراده تحت تأثیر قرار می گیرد (Derek: ۲۰۰۴، ۲۱) و به رسمیت شناختن رعایت وظیفه مراقبت، موجب بروز اجبار ناروا در اقتصاد بازار و دخالت دولت در روابط خصوصی می شود. نهایتاً گسترش این تکلیف موجب می شود که در طی فرایند مذاکره میزان دعاوی ارجاعی به دادگاه ها افزایش پیدا کند. علاوه بر این برخی معتقدند وقتی عناصری چون تدلیس، کلاهبرداری و تقلب در نظریه غیر وجدانی یا غیر معقول بودن، اکراه اقتصادی، نفوذ ناروا اظهار خلاف واقع در حقوق کامن لا وجود دارد، چه لزومی به گسترش این تعهد در حقوق قراردادی است؛ اما به نظر می رسد این عناوین را زمانی می توان برای اثبات و جبران خسارت به کار گرفت که قراردادی منعقد شده باشد و در صورت عدم انعقاد قرارداد کمتر کاربرد دارند ((Tsakalis: ۲۰۱۵، ۴).

در حقوق انگلستان دادگاه ها معتقدند طرفین در مذاکرات پیش قراردادی اولویت را به منافع خودشان ترجیح می دهند و منافع

۹. البته پاسخ به این پرسش که آیا چنین اقدام متعارفی صورت گرفته است یا خیر، بستگی به وقایع هر دعوا دارد (Padfield: ۱۹۹۵، ۲۰۱)



چه ضمانت اجرایی قابل جبران است.

### ۱. بازگشت به مذاکره:

به نظر می‌رسد عینی‌ترین روش جبران خسارتی که در نتیجه نقض وظیفه مراقبت و عدم انعقاد قرارداد حاصل شده باشد الزام طرف ممتنع با ازسرگیری گفتگوهای پیش قراردادی باشد. الزام به ازسرگیری مذاکره در برخی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه غیر قابل استناد است ((Bénabent, ۱۹۹۵: ۳۸). در نظام حقوقی فرانسه حتی در صورت انعقاد قرارداد موقت، توافق مقدماتی و یا قرارداد مذاکره<sup>۱۱</sup> الزامی به انعقاد قرارداد برای ممتنع به وجود نمی‌آید و این در رویه قضایی فرانسه مورد تأیید قرار گرفته است ((Lanore et Larribau-Terneyre, ۲۰۱۰: ۷۵۲) در ایران نیز این ضمانت اجرا به نظر توجیه قانونی و تضمین محکمی به نظر نمی‌رسد. چون نهایتاً الزامی قانونی مبنی بر انعقاد قرارداد برای ممتنع با توجه به اصل آزادی طرفین قرارداد وجود نخواهد داشت. لذا نیازمند درج مبنایی قانونی توسط قانون‌گذار است.

### ۲. دریافت خسارت:

برخی معتقدند صرفاً می‌توان از محکمه، تقاضای جبران خسارت وارده‌ای که حاصل از عدم رعایت این وظیفه بر خواهان وارد شده را مطالبه کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۸۱/۱). به طور کلی برای دریافت خسارت در فرض عدم انجام وظیفه مراقبت، شخص ممکن است دو نوع خسارت ببیند؛ اول هزینه‌ها و خساراتی که برای مذاکره در قرارداد انجام داده است که از آن تحت عنوان خسارت‌های منفی یاد شده و دوم منفی است که در صورت ایفای وظیفه مراقبت و انعقاد قرارداد، از دست نمی‌داد که از آن به عنوان خسارت‌های مثبت یاد شده است ((V. De Coninck, ۲۰۰۲: ۳۵). در مورد امکان جبران خسارت‌های منفی، علی‌رغم عدم اشاره قوانین ایران، با وحدت ملاک از ماده ۱۰۳۶ در بحث نامزدی می‌تواند خسارات ناشی از عدم انجام وظیفه مراقبت را مطالبه نماید. فرضاً در صورتی که عدم مراقبت، منجر به فاش شدن اسرار طرف مقابل و از بین رفتن محرمانگی اطلاعات او گردد و از این وضعیت خسارتی به طرف دوم وارد آید که رابطه سببیتی با عدم انجام وظیفه مراقبت داشته باشد؛ دریافت خسارت بر اساس نظر دادگاه، قابل توجیه است. البته در برخی از کشورها مانند فرانسه صرف فاش شدن اسرار تجاری در مذاکرات و عدم رعایت وظیفه مراقبت موجبی برای دریافت خسارت است اعم از اینکه ضرری وارد آمده باشد یا نه؛ زیرا در رویه قضایی فرانسه استفاده یا افشاسازی اسرار رویه ضد رقابتی و مکارانه محسوب می‌شود. (رهبری، ۱۳۸۸: ۱۸۷)؛ لیکن در ایران، به نظر

دیگری را مورد توجه قرار نمی‌دهد و در نظام کامن‌لا قاعده‌ای وجود دارد تحت عنوان «خریدار باید با چشم باز خرید کند» و لذا دادگاه‌ها از پذیرش وظیفه مراقبت در فرایند مذاکرات پیش قراردادی امتناع می‌کنند. به نظر می‌رسد که رقابت در فرایند قراردادهای تجاری، اقتضا می‌کند وظیفه مراقبتی وجود نداشته باشد. (Tsakalis: ۲۰۱۵, ۵)؛ لذا هدف اولیه در مذاکرات قراردادی دستیابی به درآمد طرف دیگر است و نه رعایت طرف دیگر. از طرفی توسعه تکلیف حسن نیت و وظیفه مراقبت در فرایند مذاکرات، منجر به کاهش کارایی اقتصادی و نفی ماهیت مذاکرات که همان مخاطره‌آمیز بودن آن است می‌شود و این دیدگاه نه تنها نقض آشکار اصل آزادی قراردادهای است بلکه موجب کاهش انگیزه و قدرت ریسک‌پذیری در انعقاد قرارداد می‌شود؛ لذا این عقیده وجود دارد که در حقوق انگلیس هیچ وظیفه مراقبتی در دوره پیش قراردادی وجود ندارد و در گفتگوهای مقدماتی، هر طرف باید بر اطلاعات خود یا نقطه نظر شخص ثالث اتکا نماید؛ زیرا در این دوران طرفین بیشتر از همه در فکر آن هستند که چگونه از معامله بیشترین سود را ببرند (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۴)؛ البته برخی وظیفه مراقب را در کنار وظیفه افشاسازی و اطلاع‌رسانی از جمله استثنائات این قاعده بیان نموده‌اند ((Caterini ۲۰۰۵: ۱۴).

در پرونده‌ای<sup>۱۲</sup> دیگر بیان گردید که گسترش وظیفه مراقبت مطابق اصل حسن نیت با انتقاداتی روبه‌رو است از جمله اینکه هدف اولیه طرفین در مذاکرات، دستیابی به درآمد طرف دیگر و کسب بیشترین درآمد در معامله است. همچنین توسعه وظیفه حسن نیت و به دنبال آن وظیفه مراقبت در فرایند مذاکراتی، منجر به کاهش کارایی اقتصادی و نفی ماهیت مذاکرات می‌گردد. توسعه تکلیف حسن نیت منجر به ورود دادگاه به عرصه‌های گنگ و مبهمی مانند گفتگوهای مقدماتی می‌شود که باید نظارت دقیق بر جزئیات فرایند مذاکره داشته باشد. به نظر می‌رسد احراز منطقی این تعهد تا حدودی که عرفاً هرگونه تقصیر در ورود خسارت، متضمن ضمانت اجرا باشد، می‌تواند معیار مناسبی برای توسعه بی‌قیدوشرط این تعهد و جلوگیری از آثار منفی آن در بازار و روند دادرسی گردد.

### ۵. ضمانت اجرای وظیفه مراقبت

ضمانت اجرای عدم انجام تعهد مراقبت از سوی متعهد، حسب مورد متفاوت است. در این زمینه ضمانت اجرای متفاوتی قابل تصور است جبران خسارت در صورت نقض وظیفه مراقبت، شیوه‌های مختلفی دارد عینی‌ترین شیوه جبران خسارت بازگشت به وضعیت پیشین متضرر است و در صورت عدم امکان بایستی خسارت به صورت پرداختی صورت گیرد (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۳۱۱)؛ لذا بایستی دید نقض وظیفه مراقبت حسب مورد با

11. accord preparatoire, contrat temporaire, contrat négociation

10. Martel Building Ltd. v. R 2000

رعایت وظیفه مراقبت در گفتگوهای پیش قراردادی، در این وضعیت منجر به از بین رفتن ثبات حقوقی قرارداد می شود.

### بحث و نتیجه گیری

در حقوق قراردادهای عمدتاً به بررسی ابعاد و آثار حقوقی تعهدات قراردادی طرفین پرداخته شده است؛ لیکن تعهدات طرفین نسبت به مراقبت از منافع طرف دیگر پیش از هرگونه الزام قراردادی، مغفول مانده است. مطالعات صورت گرفته حاکی از وجود چنین وظیفه‌ای در حوزه مسئولیت مدنی است و عمدتاً این مفهوم در گذاره‌ها و ادبیات حقوق مسئولیت مدنی گسترش یافته است؛ اما باید دانست که دوره پیش قراردادی مخاطراتی برای طرفین می آفریند و مخاطرات معاملاتی گسترش می یابد؛ لذا حقوق بایستی به عنوان چارچوب نگهدارنده اقتصاد و بازار با تبیین تعهداتی افراد، مخاطرات معاملاتی را کاهش داده و مانع شکست و رکود بازار شود. یکی از این ابزارها وظیفه مراقبت است. وظیفه مراقبت تعهدی است که مبتنی بر اسباب مختلف از جمله قانون و عرف به شخص تکلیف می شود و هر شخص به اقتضای وظیفه اجتماعی خود مکلف به مراقبت و اطلاع‌رسانی نسبت به موجباتی است که ممکن است سبب زیان‌های مالی و معنوی به منافع اشخاص دیگر گردد. مبنای اصلی آن اصل حسن نیت و نظریه قرارداد اجتماعی می باشد. از منظر اقتصادی و حقوقی وجود روابط امانی و حسن نیت در قراردادهای و مبنای فقهی چون قاعده تحذیر، انفاق، امر به معروف و تلقی رکیبان، چنین تعهدی را بر عهده طرفین ایجاب می نماید. به نظر می رسد علی‌رغم اینکه از دریچه رویکرد کلاسیک این مسئولیت در حقوق ایران بیشتر ماهیتی غیر توافقی دارد و اثبات وجود وظیفه مراقبت در مرحله پیش قراردادی بر مبنای مسئولیت مدنی استوار است؛ با یک نگاه جدید به این مقوله می توان ورود به مرحله مذاکراتی را نوعی ایجاب و قبول مبنی بر قرارداد ضمنی مراقبت از عدم لطمه به منافع طرف مقابل تعبیر نمود. احراز مسئولیت مبتنی بر وظیفه مراقبت در گفتگوهای پیش قراردادی را بایستی از طریق اثبات قابلیت پیش بینی خسارت، موقعیت نسبی و نزدیکی بین طرفین، معقولانه و منصفانه بودن وظیفه مراقبت ارزیابی کرد. البته گسترش وظیفه مراقبت به حوزه‌های مختلف اجتماعی و قراردادی در کنار مزایایی از جمله گسترش اعتماد معاملاتی و جلوگیری از شکست بازار، همیشه مورد تأیید نیست و ممکن است منجر به نفی ماهیت گفتگوها و اصل آزادی طرفین و درگیر کردن دادگاه‌ها در مرحله مبهم مذاکرات و دوره پیش قراردادی

می رسد بایستی ورود ضرر اثبات گردد و اما در مورد خسارت‌های مثبت علی‌رغم مخالفت برخی از حقوقدان مبنی بر امکان جبران به دلیل عدم ارتباط مستقیم با وظیفه مراقبت و گفتگوهای پیش قراردادی و عدم انعقاد قرارداد (De Coninck, ۲۰۰۲, ۳۶): به نظر می رسد در صورتی که عدم انجام وظیفه مراقبت منجر به عدم انعقاد قرارداد شده باشد، امکان دریافت خسارت‌ها با اثبات تقصیر و رابطه سببیت ضرر با تقصیر، به دلیل عدم رعایت این تکلیف قابل توجیه به نظر می رسد. چیزی که از آن در حقوق ما به عنوان عدم النفع مسلم یاد می شود.

### ۳. الزام به انعقاد قرارداد:

برخی از حقوقدانان فرانسوی معتقدند در صورت عدم انجام وظیفه مراقب و به تبع آن قطع مذاکرات قراردادی، بهترین ضمانت اجراء، الزام به انعقاد قرارداد با طرف مقابل است. (Terré, Simler et Lequette, ۱۹۹۶, ۱۴۴) این الزام در برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه رد شده است و حقوقدانان نیز ابراز داشته‌اند که الزام خاطی به انعقاد قرارداد با اصل آزادی قراردادها در تضاد به نظر می رسد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۸۱/۱). این ضمانت اجرا در نظام حقوقی ایران قابل توجیه نیست و این را می توان از ماده ۱۰۳۵ در بحث نامزدی استنباط نمود که حتی تعهد بر عقد، الزامی برای شخص ایجاد نمی کند چه برسد به مرحله گفتگوهای پیش قراردادی که شخص هر لحظه امکان خروج طرف مقابل را می دهد؛ لذا هیچ قاعده حقوقی مبنی بر الزام به انعقاد قرارداد نمی توان یافت لذا نیازمند مقررگذاری قانون‌گذار برای وضعیت‌های خاص در جهت الزام به انعقاد قرارداد است. باین حال اگر به نظر می رسد، ایجاب و قبول ضمنی آن قدر مسلم باشد که هیچ ذهن معقول و متعارف نتواند عدم انعقاد قرارداد را فرض کند و در این صورت با احتیاط می تواند گفت بهترین ضمانت اجرا الزام به انعقاد قرارداد یا به تعبیر صحیح تر الزام به اجرای قرارداد است، زیرا که اصلاً قرارداد سابقاً منعقد شده بوده است.

### ۴. فسخ یا ابطال قرارداد:

اقدامات یکی از طرفین در زمان گفتگوهای پیش قراردادی ممکن است منجر به انعقاد قرارداد گشته و طرف دیگر فریب آن گفتگوها و چرب‌زبانی‌هایی که معمولاً در تجارت و خریدوفروش است را بخورد. در این شرایط، ضمانت‌های مختلفی از جمله خیار تدلیس، عیب، غبن، تفلیس و گاهی بطلان معامله را قوانین پیش بینی شده است که شرح آنها در این مقال نمی‌گنجد. لذا عدم

مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم امر به معروف و نهی از منکر. تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان. رهبری ابراهیم (۱۳۸۸). حقوق اسرار تجاری. تهران: انتشارات سمت.

سبزه‌ای، محمدتقی (۱۳۸۶). «جامعه مدنی به مثابه قرارداد اجتماعی، تحلیل مقایسه‌ای اندیشه‌های لاک و رسو». پژوهش‌های حقوق عمومی. شماره ۲۲. صص ۶۷-۹۸.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). حقوق مدنی عقود معین. جلد ۵. تهران: نشر مجد.

صالحی راد، محمد (۱۳۷۸). «حسن نیت در اجرای قرارداد و آثار آن». مجله حقوقی دادگستری.

صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹). الزامات خارج از قرارداد. تهران: انتشارات سمت.

طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۲). مسئولیت پیش قراردادی. تهران: انتشارات میزان.

عباسی، اسماعیل (۱۳۸۶). «معنا و مفهوم حسن نیت در قراردادهای». مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل. شماره ۲. صص ۷۱-۹۸.

کاتوزیان ناصر (۱۳۸۶). الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی (جلد اول) قواعد عمومی. چاپ هشتم. تهران: انتشارات گنج دانش.

----- (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادهای (جلد اول). چاپ سیزدهم. تهران: گنج دانش.

----- (۱۳۷۴). حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد. چاپ پنجم. تهران: دانشگاه تهران.

----- (۱۳۸۶). مقدمه علم حقوق تهران. چاپ پنجاه و هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

----- (۱۳۶۴). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای. تهران: انتشارات به نشر.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴). قواعد فقه. جلد ۵. چاپ دوم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

----- (۱۳۷۱). «قاعده تحذیر: نقد هشدار در رفع مسئولیت». مجله حقوق دادگستری. شماره ۱۸. صص ۷-۲۴.

محمودی، عباسعلی (۱۳۸۳). انفاق کلید اقتصاد. تهران: انتشارات فیض کاشانی.

مقدادی، محمد مهدی (۱۳۹۱). «تأثیر هشدار در انتفای مسئولیت مدنی پزشکان». مجله حقوق پزشکی. شماره ۹ و ۱۰. صص ۱۸۸-۱۶۵.

*A. Garner, Bryan Black's Law Dictionary. (2004). United States of America: West Publishing Co. 8<sup>th</sup> Ed*

*Baker, John Hamilton (1990), Introduction to English Legal History, UK, Butterworth, 3rd ed*  
*Bénabent, Alain. (1995). Droit civil, Les obliga-*

شود. نهایتاً ضمانت اجرای نقض این وظیفه در مرحله پیش قراردادی بر حسب موقعیت و وضعیت طرفین متفاوت است؛ عینی‌ترین ضمانت اجرای این تعهد، در فرض عدم انعقاد قرارداد، الزام به بازگشت به مذاکره است که البته با توجه به عدم وجود مبنای قانونی مبنی بر الزام به انعقاد قرارداد، این مسئله دشوار به نظر می‌رسد، لذا بایستی عدم رعایت این وظیفه را از طریق جبران خسارت تضمین نمود. باین حال در صورتی که امید معقول در جهت انعقاد قرارداد ایجاد شده باشد؛ که هر شخص متعارف انعقاد قرارداد را تمام شده بداند، به نظر می‌رسد، بهترین ضمانت اجرا ایجاد اثر قراردادی و الزام به اجرا و انعقاد قرارداد باشد که با توجه به تضاد با اصل آزادی قراردادهای معمولاً قضاوت از استناد به آن اجتناب می‌کنند، لذا پیشنهاد می‌شود در این زمینه قانون‌گذار مبنای قانونی مناسبی را فراهم آورد تا قضاوت بدون تردید احکامی در جهت الزام به انعقاد قرارداد صادر کنند. همچنین در صورت انعقاد قرارداد و عدم رعایت این وظیفه در مرحله پیش قراردادی، ضمانت‌های اجرایی چون فسخ و ابطال قرارداد قابل استناد و اتکا می‌باشد. نهایتاً به نظر می‌رسد این وظیفه را بتوان با اتکا به قواعد عام مسئولیت مدنی چون ماده ۱ ق.م.م و قواعد عامی چون لاضرر و فرض انعقاد قرارداد یا شرط ضمنی مبنی بر رعایت وظیفه مراقبت در مذاکرات و همچنین ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیکی استنباط و تحلیل نمود.

## منابع و مأخذ

ابن‌العلامة (بی‌تا). ایضاح الفوائد. جلد ۱. قم: چاپ اسماعیلیان.

امیری قائم مقام، عبدالحمید (۱۳۸۵). حقوق تعهدات. چاپ سوم. تهران: چاپ میزان.

اخلاقی، بهروز؛ امام، فرهاد. (۱۳۹۵). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۰. چاپ ششم. تهران: نشر شهر دانش.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). قواعد فقه (مختصر هفتاد و هفت قاعده فقهی حقوقی با تطبیق بر قوانین). چاپ دوم. تهران: دانشگاه امام صادق.

بابایی، ایرج (۱۳۸۵). حقوق بیمه، تهران: انتشارات سمت.

پیرنهادی، محمدرضا؛ نوعی، الیاس (۱۳۹۴). «مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در حقوق ایران و انگلستان».

مجله تحقیقات حقوقی آزاد. شماره ۲. صص ۸۱-۱۲۵.

جباری، منصور؛ شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸). «مسئولیت مدنی پلیس در نقض وظیفه مراقبت». فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی. دوره ۱۱. شماره ۳. صص ۲۳۸-۲۷۰.

رجایی، مهدی (۱۳۹۲). گزارش پژوهشی آشنایی با

- MELEON: AN EXAMINATION OF THE DOCTRINE OF GOOD FAITH IN CHINESE AND AMERICAN CONTRACT LAW, *Connecticut Journal of International Law*, 25 Conn. J. Int'l L.No305,pp 1-25
- Dictrich, Joachim (2001), *classifying Pre-contractual liability: A comparative Analysis*, *journal of legal studies*, vol.21. pp. 153-191
- Daniele Bryden, (2011) *Duty of care and medical negligence*, Volume 11, Issue 4,pp 124-127
- Derek A. Brindle, Q.C., (1971) *Procurement and the Duty of Good Faith*, *Journal of Jenkins Marzban Logan LLPSuite 900, Nelson Square Box 12144, 808 Nelson Street Vancouver, BC V6Z 2H2 Canada*, [www.jml.ca](http://www.jml.ca)
- Francis H. Bohlen, (1908) *The Moral Duty to Aid Others as a Basis of Tort Liability*. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, *The University of Pennsylvania Law Review* Vol. 56, No. 4, Volume 47 New Series, pp. 217-244
- Fernando Atria, (2013) *Social Rights, Social Contract, Socialism, Social Rights and the Market workshop held at the University of Glasgow*, [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14\\_Atria\\_CV\\_Eng.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_Atria_CV_Eng.pdf)
- Filipović, Mihaela Braut & Tomulić Vehovec, Marjeta (2012), "Precontractual Liability in EU and Croatian Law", Available at: [www.harmonius.org/.../01%20Precontractual%20Liability%20.In%20Eu%20and%20](http://www.harmonius.org/.../01%20Precontractual%20Liability%20.In%20Eu%20and%20)
- Fisher, James M. (1995) "Why Are Insurance Contract Subject to Specail Rule of Interpretation: Texr Versus Context", *Arizona State Law Journal* 24:995-1067
- Friedrich Kessler, (1964) *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*.pp401-449
- Florence Caterini, (2005) *Pre-contractual Obligations in France and the United States*, *University of Georgia School of Law*,pp1-86
- Fisher, James M. (1995) "Why Are Insurance Contract Subject to Specail Rule of Interpretation: Texr Versus Context", *Arizona State Law Journal* .24:pp995-1067
- George Tsakalis, (2015) *Negotiation Ethics: Pro-*
- tion.*, Paris, Éditions Montchrestien., 5e éd
- Bennett, Howatd, (2007) *Law Of Marine Insurance..Asturalia & New zeland:Oxford University Press*, 2<sup>nd</sup>Ed
- Birks, P, (2000) *English Private Law Vol.II*, UK, Oxford University Press. 2<sup>rd</sup> ed
- Buffelan-Lanore, Yvaine et Larribau-Terneyre, Virginie. (2010). *Droit Civil, les obligations.*, Paris, Dalloz. 12e éd
- Cartwright, John; (2009) *Hesselink, Martijn, Pre-contractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 1<sup>Ed</sup>
- C.F.Padfied, (1995) *Law Made Simple*, oxford, 1989.G.H.Trite l, *Law of Contract*, London, Sweet and Maxwell, 9<sup>Ed</sup>
- Christian Witting, (2005) *Duty of Care: An Analytical Approach*, Oxford University Press., 2<sup>nd</sup>Ed
- C.F.Padfied, (1995) *Law Made Simple*, oxford, 7<sup>th</sup> Edition 1989.G.H.Trite l, *Law of Contract*, London, Sweet and Maxwell, 9<sup>th</sup> Edition
- Cooke, John, (2009) *Law of Tort.*, Edinburgh, Pearson, Longman, 9<sup>th</sup>edn
- De Coninck, Bertrand. (2002). *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles, in Le processus de formation du contrat*, Paris, LGDJ, 4e éd
- Harpowood, V., (2003) *Modern Tort Law.* (London, Careudish pub 6t h ed
- Mazeauds, Henri, Léon et Jean et Chabas, François, (1985). *leçons de Droit civil*, T. 2, V. I, 7e éd., Paris, Éditions Montchrestien
- Summers, Robert S. Hillman, Robert A. (2001) *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*, West Group; 4<sup>th</sup> edition
- Stephenson, Graham (2000), *Sourcebook on Tort.*, London, Cavendish, 2<sup>nd</sup>edn
- Terré François, Simler Philippe, Et Lequette, Yves. (1996). *Droit Civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 6e éd
- Von Bar, Christian & Drobnig, Ulrich, (2004) *The Interaction of contract law and Tort and Property Law in Europe (Acomparative Study)*, 1<sup>stedn.</sup>, (Munchen, Sellier (European Law Publishers
- William Norris (1997), *PERSONAL INJURY & THE DUTY OF CARE IN TORT JPIL*
- Articles:**
- Chunlin Leonhardaa, (2010) *A LEGAL CHA-*



Try”, *Cornell Law Faculty Publications*, pp403-428  
 Paula Giliker, (2003) *A Role For Tort In Pre-Contractual Negotiations? An Examination Of English, French, And Canadian Law, International and Comparative Law Quarterly*. pp. 969-993

Park, Arthur J, (2012.)” *What to Reasonably Expect in The Coming Years From The Reasonable Expectations of The Insured Doctrine*”, *Willamette Law Review* 49pp,165-188

Paula Giliker, (2003) *A Role For Tort In Pre-Contractual Negotiations? An Examination Of English, French, And Canadian Law, International and Comparative Law Quarterly*. pp. 969-993

Robert W. Emerson, (1994) *Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care toward Its Franchisees*, *NORTH Carolina Law Review*, Volume 72 | Number 4.906-973

Richard Stevens, (2017) *The Legal Nature of the Duty of Care and Skill: Contract or Delict?*, *Pioneer in peer-reviewed, open access online law publications, University of Stellenbosch, South Africa*, Vol 20, 3, pp 969 - 993

Rosenhek, Steven F and Brad Freelan. (2015) *“The Torts of Good Faith Bargaining, Inducing Breach of Contract and Intentional Interference with Economic Interests.” Fasken Martineau*. <http://www.fasken.com/en/torts-of-duty-of-good-faith-bargaining>.

**Cases:**

Case Law: (2000) *Martel Building Ltd. v. R.*, *supra* 2 S.C.R. 860 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1825/index>

*posals for Reform to the Law Society of Upper Canada’s Rules of Professional Conduct*, *Western Journal of Legal Studies*, Volume 5 | Issue 4, p1-16

Fisher, James M. (1995)” *Why Are Insurance Contract Subject to Special Rule of Interpretation: Text Versus Context*”, *Arizona State Law Journal* 24:pp995-1067

James C Plunkett, (2015) *The Historical Foundations Of The Duty Of Care*, *Monash University Law Review* (Vol 41, No 3), pp716-743

JONATHAN MORGAN, (2015) *LIABILITY FOR INDEPENDENT CONTRACTORS IN CONTRACT AND TORT: DUTIES TO ENSURE THAT CARE IS TAKEN*, *Cambridge Law Journal and Contributors* 2015 Get access Volume 74, Issue 1,, pp. 109-139

Käerdi, Martin (2008), *“The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law”*, *Juridica International*, XIV.

Kirsiene, Julija & Leonova, Natalia (2009), *“Qualification of Precontractual Liability and The Value of Lost Opportunity as a Form of Losses*, *Jurisprudencija*”, 1 (115)

Marc A. Rodwin, (1996) *Consumer Protection and Managed Care: Issuey, Reform Proposals, and Trade-Offs*, 32 *HOUS. L. REv*. pp 1319, 1996

Martin Käerdi, (2008) *The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law*, *JURIDICA INTERNATIONAL XIV* pp 209-218

Michonski, Dominik (2015), *“Contractual or Delictual? On the Character of Precontractual Liability in Selected European Legal Systems”*, *Comparative Law Review*, 20

Ori J. Herstein, (2010) *Responsibility in Negligence: Why the Duty of Care is not a Duty* “To