

## مقاله علمی پژوهشی

## وظیفه مراقبت در گفت‌وگوهای پیش قراردادی

حبیب طالب احمدی<sup>۱</sup>، حمید حمیدیان<sup>۲\*</sup>

۱. استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

(دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۳۰ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۵)

## The Duty of Care in Pre-Contractual Negotiations

Habib Talib Ahmadi<sup>1</sup>, Hamid Hamidian<sup>\*2</sup>

1. Assistant Professor of Private Law, Shiraz University, Shiraz, Iran

2. Ph.D. Student in Law, Shiraz University, Shiraz, Iran

(Received: 18/Apr/2020)

Accepted: 06/Oct/2020)

## چکیده

## Abstract

Pre-contractual negotiations, as the main platform for creating legal obligations, can involve risks for the parties and lead to non-conclusion of the contract, spending preliminary expenses by one party, or concluding a shaky and breached contract. The two parties must be careful about what they say or do in the pre-contractual period; Because according to them, an action may be taken by the other party and as a result, the other party to the contract will be harmed. The duty of care is a legal obligation that is justified in order to avoid the occurrence of such damage to the other party through the fault of one party. This duty can be justified as a condition or implicit agreement in entering the pre-contractual stage. Economically, it prevents market failure and expands trading confidence. There is disagreement about the nature of this task. According to the classical approach, it is closer to non-contractual liability. However, according to a new approach, entering into negotiations can be considered as an agreement or an implicit condition for observing the duty of care during negotiations and a kind of contractual liability. In case of violation of this duty, according to the situation of guarantees such as, obligation to return to negotiation, compensation, obligation to conclude a contract and termination or cancellation of the contract can be reviewed and analyzed. This duty remains unknown in Iranian law and Islamic jurisprudence. However, the duty of care can be determined based on the general rules of civil liability or the inference of an implicit contract based on the observance of the duty of care, as well as Article 35 of the Electronic Commerce Law and the guarantee of its implementation.

**Keywords:** Duty of Care, Pre-Contractual Talks, Social Contract Theory, Good Faith Principle, Pre-Contractual Period.

گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، به عنوان اصلی‌ترین بستر ایجاد تعهدات حقوقی، می‌تواند متضمن مخاطراتی برای طرفین باشد و منجر به عدم انعقاد قرارداد، صرف هزینه‌های مقدماتی توسط یک طرف و یا انعقاد قراردادی متزلزل و ناقص شود. دو طرف باید مراقب هرگونه گفتار و کردار خود در دوره پیش‌قراردادی باشند؛ زیرا ممکن است حسب آنها اقدامی از سوی دیگری صورت گیرد و در نتیجه طرف مقابل عقد، زیان ببیند. وظیفه مراقبت، تعهدی حقوقی است که به منظور احتراز از بروز چنین زبانی که به جهت تقصیر یک طرف به طرف مقابل وارد می‌گردد. این وظیفه به عنوان یک شرط یا توافق ضمنی در ورود به مرحله پیش‌قراردادی قابل توجیه است. وظیفه مراقبت، موجب رشد اقتصادی، جلوگیری از شکست بازار و گسترش اعتماد معاملاتی می‌شود. در باب ماهیت این وظیفه اختلاف نظر وجود دارد. براساس رویکرد کلاسیک به مسئولیت غیرقراردادی نزدیک‌تر است. لیکن به نظر می‌رسد براساس 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 کرد. 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؛ با این حال، وظیفه مراقبت را می‌توان مبتنی بر قواعد عام مسئولیت مدنی و یا استنباط قرارداد ضمنی مبتنی بر رعایت وظیفه مراقبت و همچنین ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک برداشت و ضمانت اجرای آن را تعیین کرد.

**کلیدواژه‌ها:** وظیفه مراقبت، گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، نظریه قرارداد اجتماعی، اصل حسن نیت، دوره پیش‌قراردادی.

\*Corresponding Author: Hamid Hamidian

E-mail: h.hamidian69@yahoo.com

## مقدمه

دنیای کنونی صحنه مخاطرات و چالش‌هایی است 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 هستند. لذا در معاملات هر طرف تلاش می‌کند که خود را پیروز گرداند و در این راه، ملاحظه طرف دیگر را نمی‌کند. گفت‌وگوهای 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 هر کدام 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 گفت‌وگوهای 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 نوینی 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 مبنای ماهیت، آثار، گستره و ضمانت اجرای این وظیفه از چالش‌های حقوق روز است. لذا باید بررسی کرد در صورتی که در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی یکی از طرفین، با تقصیر خود منجر به صورت مختلف منجر به ضرر به طرف مقابل گردد، این خسارت‌ها تحت عنوان وظیفه مراقبت<sup>۱</sup> قابل جبران به نظر می‌رسد، اما بایستی دانست که اولاً مفهوم و مبانی وظیفه مراقبت در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی چیست؟ در ثانی ماهیت، جایگاه و معیار این وظیفه در چارچوب مسئولیت‌های حقوقی و نظام‌های حقوقی به ویژه نظام حقوق ایران چیست؟ و در نهایت آثار و ضمانت اجرای حقوقی این وظیفه را چگونه می‌توان ارزیابی کرد؟ شایان ذکر است که در باب این مسئولیت به‌رغم 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 گفت‌وگوها و اقدامات طرفین تا پیش از انعقاد قرارداد براساس 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 قید و بند حقوقی می‌دانند. به نظر می‌رسد که طرفین قرارداد در برابر هر اقدام و گفت‌وگویی منجر به ایجاد امید معقولی در طرف مقابل برای انعقاد و یا عدم انعقاد قرارداد، هزینه کردن برای مقدمات اجرای تعهدات، فاش کردن اسرار تجاری و تشویق به انعقاد قرارداد مسئولیت دارند و این مسئولیت دارای مبانی حقوقی و فقهی مستدلی در نظام حقوقی ما است و طرفین را می‌تواند مستند به قواعد عام مسئولیت مدنی و در شرایط مسئولیت قراردادی، براساس انعقاد یک قرارداد ضمنی به جهت ورود به مذاکره مسئول دانست. لذا بایستی از مراقبت گفت‌وگوها 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 گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، به جایگاه، آثار و ضمانت اجرای این تعهد در دوره پیش‌قراردادی توجه می‌شود.

## مفهوم وظیفه مراقبت

وظیفه مراقبت در حقوق مسئولیت مدنی وسیله‌ای برای مشخص کردن تقصیراتی که موجب خسارت بر دیگران می‌شود و براساس 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، با این حال در نظام حقوقی کامن لا وظیفه مراقبت نقش مهمی ایفا می‌نمود و در دعاوی مسئولیت مدنی نتیجه دعوی را مشخص می‌کرد (Plunkett, 2015: 716) 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, 2000: 415).

وظیفه مراقبت، تعهد حقوقی به منظور احتراز از بروز صدمات و خسارات است. (Black's Law Dictionary, 2004) و به تعبیری حصار محافظتی است در برابر افرادی که

1. Duty of care

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 گفت‌وگوها می‌گردد و دیگری هنگامی است که قرارداد منعقد شده و به دلیل رفتار یکی از طرفین، قرارداد بی اعتبار و ساقط می‌شود.

### 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

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. (Mazeauds, 1985: 365) به نظر می‌رسد وقتی طرفین وارد مرحله مذاکراتی می‌شوند، به صورت خود به خود 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. با این 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

امکان یا توانایی پیشبینی خطرات و یا توانایی حفاظت از خود را نداشته و نیاز به مساعدت در مراقبت از خود و منافعشان را دارند (Bohlen, 1908: 239). 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 از زیان رساندن به اشخاص می‌باشد فارغ از این که منشا 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 شود از خطای شخصی که این وظیفه را بر عهده دارد به متعده ضرر و زبانی وارد نشود. (Herstein, 2010: 404)

در برخی از آثار حقوقی، وظیفه مهارت<sup>۲</sup> در کنار وظیفه مراقبت آمده است (Stevens, 2017: 1)، اما باید دانست وظیفه مهارت بیشتر مربوط به علم و دانش فرد است، در حالی که وظیفه مراقبت اعم از مهارت بوده و به نظر می‌رسد نوعی مسئولیت اجتماعی فارغ از تخصص می‌باشد. اصل اولیه در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، آزادی طرفین در بستن قرارداد و عدم ایجاد تعهد در دوره پیش‌قراردادی است. (Munukka, 2017: 244) لذا با توجه به مخاطره‌آمیز بودن این دوران نمی‌توان از طرف مقابل انتظار جبران خسارت داشت. (Kottenhagen, 2006: 5) اما نخستین بار در قرن ۱۹ میلادی حقوق‌دانی آلمانی نظریه‌ای را با عنوان تقصیر در دوره پیش‌قراردادی<sup>۳</sup> مطرح کرد که به موجب آن ورود به گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی 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, 2009: 302)

در حقوق برخی از کشورهای اروپایی مانند انگلیس و فرانسه، تعهد قراردادی اطلاع‌رسانی و هشداردهی، زیر مجموعه تعهد ضمنی مراقبت شمرده می‌شود (خورسندیان، ۱۳۹۷: ۱۳۵). لذا در راستای وظیفه مراقبت، طرفین قرارداد بایستی ضمن جدیت و شفافیت در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی،

۴. نظریه قرارداد یا شرط ضمنی را "ابرینگ" حقوق‌دان آلمانی طرح نمود (Terré Simler et Lequette, 1996: 144) و البته مخالفانی دارد. فرضاً در رویه قضایی فرانسه این دیدگاه را مردود دانسته و مسئولیت‌های پیش‌قراردادی را مبتنی بر تقصیر غیرقراردادی توجیه می‌کنند. برای اطلاع بیشتر مراجعه کنید به: (De Coninck, 2002: 2)

1. Duty of try  
2. Duty of skill  
3. Culpain Contrahendo

منصفانه از مبانی دیگر وظیفه مراقبت است. طرفین، متعهد به رعایت حسن نیت معاملاتی هستند و این خود مقتضی وظیفه مراقبت برای اشخاص است. (Emerson, 1994: 930) 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 می‌شود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰)

**۵-۱. منع رفتار معارض<sup>۱</sup>:** 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 می‌شود. لذا منع یک طرف قرارداد از اقدام مغایر با گفته‌ها و رفتار قبلی او را قاعده منع رفتار متعارض می‌گویند. (عباسی، ۱۳۸۶: ۸۶) مبانی 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. به‌رغم عدم پذیرش تأثیر حقوقی گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی 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 غیر متعارف 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 برعهده دارد، حتی اگر سندی کتبی برای اثبات آن وجود نداشته باشد. (Howatd, 2007: 287)

**۶-۱. عدم دسترسی به اطلاعات:** از مهم‌ترین مبانی وظیفه مراقبت، نقص و کمبود اطلاعات در عرصه‌های مختلف، به ویژه امور اقتصادی است. به طور مثال مصرف‌کنندگان کالا و خدمات در یک بازار ایده‌آل و رقابتی، قدرت مذاکره‌ای برابری دارند، لذا تصمیم آنها برای خرید و فروش کالا آزادانه است، اما زمانی که تعادل و توازن دستیابی به اطلاعات و موقعیت

است و حق آزادانه برای اقدامات مادی و معنوی خود دارد، لیکن به جهت حفظ و بقای اجتماع و روابط اجتماعی ناچار آزادی‌اش باید 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, 2013: 352) 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 مراوده می‌کنند که این امر باعث حفظ خود و دیگران می‌شود. (Walte, 1973: 165) گزینه دگرخواهی وجدانی باعث ایجاد قرارداد اجتماعی و مسئولیت اجتماعی می‌شود. (Atria, 2013: 356) بر حسب این مبنا، وظیفه مراقبت، یک وظیفه حقوقی و اجتماعی در برابر دیگران شمرده می‌شود. (Norris, 2011: 6) 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 تعارض نباشد پذیرفتنی است. (John, 2000: 22) در حقوق انگلستان، دیدگاه اخیر یعنی همگانی نبودن وظیفه مراقبت طرفداران بیشتری دارد. (پیرنهادی و همکار، 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, 1994: 933). در برخی از قراردادها روابط طرفین روابط امانی است، 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, 1995: 1020) و در نتیجه مسئولیتی مبتنی بر وظیفه مراقبت برای بیمه‌گر وجود دارد. شناسایی چنین مسئولیتی در جهت جلوگیری از پیشتازی‌های امین یا همان بیمه‌گر است.

**۴-۱. حسن نیت:** تعهد به رعایت حسن نیت او معامله

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، کثرت‌طلبی 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 با هوش 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 می‌شود.

۴-۲. قاعده تحذیر: قاعده تحذیر برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر» است. این روایت منسوب به امام صادق (ع) است که ایشان آن را از حضرت علی (ع) نقل نموده‌اند (الحر العاملی، بی‌تا: ۱۱۲) و براساس 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 عقلا استوار است. (محقق داماد، ۱۳۷۱: ۱۰)

در قاعده یادشده، شرایط لازم برای رفع مسئولیت از هشداردهنده 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 خطر آفرین 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>۱</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

مذاکراتی برابر وجود ندارد، حقوق مداخله می‌کند و سعی در رفع چنین نابرابری دارد. (Rodwin, 1996: 1319) 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 رکبان و قواعد امر به معروف و نهی از منکر، انفاق و تحذیر می‌توان وظیفه مراقبت را برداشت کرد.

۱-۲. کراهت تلقی رکبان: 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. (ابن العلامه، بی‌تا: ۴۰۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۰/۱۴؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱۳)، براساس 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 (طالب‌احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۵). در حقوق اسلام می‌توان کراهت تلقی رکبان 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 است (رجایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۶) 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، ۱۴۱۹: ۱۳۶۷)

۱. چیزی که در حقوق کامن لا تحت عنوان منصفانه بودن و متعارف بودن از آن یاد شده است. (Caterini, 2005: 4)

توافقی<sup>۱</sup> است (Summers, Hillman, 2001: 534) و در کشورهایمانند آلمان و اتریش ماهیت قراردادی برای این مسئولیت قائلند (Filipovic & Tomulic, 2012: 15) و در همین راستا بیان نموده‌اند که وظیفه آگاه‌سازی طرف مقابل که ناشی از وظیفه مراقبت است، 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 و خودش به نوعی به این اطلاعات دسترسی نداشته باشد (Kessler, 1946: 406) 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, 2012: 15) یا در کشور چین، مسئولیت ناشی از این تعهد ماهیت ویژه‌ای داشته و نه مسئولیت قراردادی و نه غیر قراردادی است (Michonski, 2015: 152, 175) هرچند می‌توان ورود به مرحله مذاکراتی را در هر قرارداد، نوعی توافق ضمنی مبنی بر رعایت حسن نیت، امانت‌داری، اطلاع‌رسانی، شفافیت و فی‌الجمله 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 منشا 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 براساس 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،

اوضاع و احوال به او امکان اجتناب از خطر را بدهد. (محقق داماد، ۱۳۷۱: ۱۷) مقصود اصلی از هشدار این است که مخاطب هشدار وضعیت خطرناک را دریافته و از این‌رو متضرر باید از هشدار آگاه گردد، خواه از طریق شنیدن و یا دیدن و یا خواندن. هشدار وقتی قابل اعمال و استناد است که اقدام هشداردهنده قانونی و مشروع بوده باشد. لذا هشدار برای اقدامات غیر قانونی و ممنوع، رافع مسئولیت هشداردهنده نمی‌باشد. به عبارت دیگر، هشدار دهنده باید در نیت و عمل صادق بوده و عاری از فریبکاری و قصد زیان رسانی باشد (مقدادی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۶۸) 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.

### ماهیت وظیفه مراقبت

گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، 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 شمارد. در خصوص ماهیت حقوقی این تعهد و قراردادی یا غیر قراردادی بودن این مسئولیت اختلاف نظر وجود دارد: برخی معتقدند هستند چون در مرحله مذاکراتی، قرارداد و توافقی وجود ندارد ماهیت این مسئولیت، غیرقراردادی است و بایستی زیر شاخه حقوق مسئولیت مدنی باشد (Mclauchlan, Kirsiene & Leonova, 2009 & 1997: 46, 234) در کشورهایی مانند فرانسه و ایتالیا مسئولیت ناشی از وظیفه مراقبت را غیرقراردادی می‌دانند (Filipovic & Tomulic, 2012: 15) در همین راستا بیان شده است که در گفت‌وگوهای 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 گفت‌وگوهای پیشین و اجرای قرارداد لازم است انجام گیرد و کسی که چنین وظیفه‌ای را برعهده دارد دارای مسئولیت مدنی است (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۰)، اما حقوقدانان آمریکایی معتقدند این تعهد، قراردادی و نوعی تعهد

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, 2001: 338) در حقوق چین از وظیفه مراقبت در مرحله پیش‌قراردادی تحت عنوان وظیفه حسن نیت به طور اعم یاد می‌شود (Morgan, 2015: 23) و برخی آن را یک وظیفه عمومی و مسئولیت اجتماعی در مرحله قراردادی برای طرفین می‌دانند. (Leonharda1, 2010: 3) در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا هم وظیفه مراقبت از ماده ۲۰۳-۱ و ۲۰۳(۱۹) که در باب حسن نیت و صداقت رعایت انصاف بحث کرده است، استنباط می‌شود. (Kessler, 1964: 408)

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 به هر حال محدود است و نباید با اصل حسن نیت و معامله منصفانه که در ماده ۷-۱ همین اصول آمده است معارض باشد. به عبارتی طرف زیان‌دیده 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 که این ماده به نوعی وظیفه مراقبت پیش‌قراردادی را به طور غیر مستقیم 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 پیش‌قراردادی است. (اخلاقی و همکار، ۱۳۹۵: ۲۱) در ماده ۱۶-۱-۲ همین اصول، وظیفه‌ای تحت عنوان محرمانه نگاه داشتن اطلاعات بیان شده 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: ۷۹-۸۱) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز وظیفه مراقبت از سود طرف مقابل در ماده ۲۰۱-۲ در راستای که اصل حسن نیت و داشتن تعامل منصفانه با یکدیگر مقرر شده است. (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۲)

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

(۱۳۹۵: ۱۴۷) 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.

### 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, 2009: 302) 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 براساس حقوق مسئولیت مدنی، چنین خسارتی را قابل جبران می‌داند. (Käerdi, 2008: 209) در حقوق فرانسه از این وظیفه در مرحله مذاکره قرارداد، تحت عنوان obligation de moyens یاد می‌شود که با وظیفه مراقبتی که در حقوق کامن لا مطرح می‌شود، مفهوم نزدیکی دارد (Caterini, 2005: 38) و کسی که در مرحله مذاکراتی، احتیاطات معقول را ننماید خود به خود مسئول خسارات وارده از عدم رعایت این تعهد است. (Giliker, 2002: 105) 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 و لیکن اثبات تعهد رعایت حسن نیت برای جبران خسارات این مرحله از قرارداد کفایت و ضرورتی برای اثبات احراز وجود وظیفه مراقبت نیست (Summers & Hillman, 2001: 534). 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, 2002: 119) البته رویکرد معاصر حقوق کامن لا وجود و احراز وظیفه مراقبت در مذاکرات پیش‌قراردادی 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

### معیار وظیفه مراقبت

به دلیل این که برخی برای این مسئولیت ماهیتی غیر قراردادی قائلند، 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, 2001: 165) 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 که اعمال او ممکن است به دیگری لطمه وارد کند، رعایت نوعی از وظیفه مراقبت مطرح می‌شود. شایان 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, 1990: 466)، 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 با رفتار طفلی متعارف در شرایط او سنجیده می‌شود و در واقع شرایط هر فرد را در تعیین معیار نوعی شخص معقول مؤثر می‌دانند. (Stephenson, 126-127: 2000) البته نوعی بودن معیار مذکور به معنای وجود یک معیار ثابت برای همه نیست؛ زیرا ضرورت‌های عدالت ماهوی و تفاوت‌هایی که به دلایل عینی و برون ذاتی قابل بررسی است، باعث می‌شود که در مواردی این الگو تغییر کند. معیار احتیاط و مراقبت، براساس رفتار انسان معقول است و معیاری برای تبیین مرز بین آزادی عمل خواهان و امنیت خواننده می‌باشد. معیار مذکور، نوعی بوده و براساس 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. (Harpowood, 2003: 22)

متعارف را مبتنی بر موضوع آن در شکل تکلیف به رعایت احتیاط ناشی از شغل استنباط کرد. از طرف دیگر، 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 است. (صالحی‌راد، ۱۳۷۸: 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 که وظیفه مراقبت به عنوان شرط بنایی مبتنی بر عرف در هر مذاکره قراردادی می‌باشد. مقتضای ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی<sup>۱</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 همکار، ۱۳۸۹: ۱۱۶) عدالت نیز اقتضا دارد که 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 که 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 مصرف‌کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی درمدت معین و براساس 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.

۱. 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.



معاملاتی تضمین می‌گردد و موجبات رشد اقتصادی بازار فراهم شده و از ورود خسارت ناروا جلوگیری می‌شود. در کنار آثار مثبت اعمال وظیفه مراقبت، آثار منفی حاصل از آن را نمی‌توان نادیده گرفت. از همین‌رو برخی دادگاه‌ها با وظیفه مراقبت در مرحله پیش‌قراردادی مخالفت نموده‌اند. برای مثال در دعوی Marterl building علیه Canada دو طرف در مورد قرارداد اجاره ده ساله مشغول گفت‌وگو شدند. به دنبال کسادی بازار، خوانده که یک بخش دولتی بود با آوردن بهانه‌هایی مانند هزینه‌های 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 خوانده را مسئول دانست، ولی دیوان عالی کشور از پذیرش مسئولیت مدنی برای خوانده خودداری کرد و دریافت که در این مرحله لازم نیست خوانده به فکر سود طرف دیگر باشد و هیچ‌گونه وظیفه مراقبتی در این خصوص وجود ندارد. به نظر ایشان ماهیت دوره پیش‌قراردادی اقتضای هیچ‌گونه جبرانی ندارد و بدیهی است به دست آوردن سود در روند مذاکرات به هزینه دیگری خواهد بود و نباید جبرانی پیش‌بینی نمود (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۳). در برخی پرونده‌ها، دادگاه به چند دلیل از شناسایی وظیفه مراقبت امتناع می‌کند: نخست اینکه چنین تعهدی موجب افزایش دعاوی حقوقی می‌شود. دوم آنکه دادگاه بایستی تا ریزترین مسائل دوره پیش‌قراردادی ورود کند که این صحیح نیست و در تضاد با تئوری بازار آزاد است و به نوعی اصل حاکمیت اراده تحت تأثیر قرار می‌گیرد (Derek, 2004: 21) و به رسمیت شناختن رعایت وظیفه مراقبت، موجب بروز اجبار ناروا در اقتصاد بازار و دخالت دولت در روابط خصوصی می‌شود. در نهایت گسترش این تکلیف موجب می‌شود که در طی فرایند مذاکره میزان دعاوی ارجاعی به دادگاه افزایش پیدا کند. علاوه بر این برخی معتقدند وقتی عناصری چون تدلیس، کلاهبرداری و تقلب در نظریه غیروجدانی یا غیرمعقول بودن، اکراه اقتصادی، نفوذ ناروا اظهار خلاف واقع در حقوق کامن‌لا وجود دارد، چه لزومی به گسترش این تعهد در حقوق قراردادی است، اما به نظر می‌رسد این عناوین را زمانی می‌توان برای اثبات و جبران خسارت به کار گرفت که قراردادی منعقد شده باشد و در صورت عدم انعقاد قرارداد کمتر کاربرد دارند. (Tsakalis, 2015: 4)

در حقوق انگلستان دادگاه‌ها معتقدند طرفین در مذاکرات پیش‌قراردادی اولویت را به منافع خودشان ترجیح می‌دهند و منافع دیگری را مورد توجه قرار نمی‌دهد و در نظام کامن‌لا

برای اخذ خسارت بایستی اولاً وجود وظیفه مراقبت برای شخص احراز شود. ثانیاً نقض چنین وظیفه‌ای از سوی خاطی اثبات شود و در نهایت خسارت در نتیجه مستقیم از نقض این وظیفه یا به سبب آن باشد (Bryden, 2011: 124) کسی که این وظیفه را دارد بایستی گام‌های 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 همان‌طور که از رویه قضایی دادگاه‌ها در آلمان، استرالیا، ایتالیا و فرانسه بر می‌آید، وظیفه مراقبت نوعی تعهد به وسیله است (Herstein, 2010: 411; Caterini, 2005: 38). لذا برای استقرار وظیفه مراقبت باید ثابت شود که خوانده مرتکب خطایی شده است. همچنین باید ثابت شود که رفتار او در حد استاندارد و رفتار یک شخص متعارف نبوده است. در نهایت باید ثابت شود زیان، قابل پیش‌بینی بوده است (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۱۸۵)،<sup>۱</sup> اما به نظر می‌رسد صرف ملاک و معیار تلاش معقول و متعارف کفایت نمی‌کند. لذا برای تشخیص وجود و احراز وظیفه مراقبت باید ملاک‌ها و ادله‌ای معرفی شده باشد که با اقامه آنها زیان دیده بتواند پس از اثبات وظیفه مراقبت از کسی که چنین وظیفه‌ای داشته، خسارت دریافت کند. بدین توضیح که برای جبران خسارت، ضرر وارده بایستی قابل پیش‌بینی باشد (Witting, 2005: 33) و از نتایج یک رفتار مبتنی بر تقصیر باشد و نزدیکی موقعیت نسبی خوانده 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 برعهده دارد وجود داشته باشد و خسارت از عدم اعمال وظیفه مراقبت بر طرف مقابل تحمیل می‌شود. در نهایت احتمال بیمه کردن خطر توسط زیان‌دیده در احراز و عدم احراز چنین وظیفه‌ای مؤثر است. (Rosenhek, 2015: 6) در هر صورت، اثبات و احراز وظیفه مراقبت در این مرحله آسان به نظر نمی‌رسد (Florence, 2005: 25)

### آثار وظیفه مراقبت

وظیفه مراقبت از منافع طرف دیگر، باعث می‌شود که طرفین در روابط خود بیشتر به یکدیگر اعتماد کنند. بدین ترتیب امنیت

۱. البته پاسخ به این پرسش که آیا چنین اقدام متعارفی صورت گرفته است یا خیر، بستگی به وقایع هر دعوا دارد. (Padfield, 1995: 201)

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 چه ضمانت اجرایی قابل جبران است.

### بازگشت به مذاکره

به نظر می‌رسد که عینی‌ترین روش جبران خسارتی که در نتیجه نقض وظیفه مراقبت و عدم انعقاد قرارداد حاصل شده باشد، الزام طرف ممتنع با از سرگیری گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی باشد. الزام به از سرگیری مذاکره در برخی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه غیر قابل استناد است (Bénabent, 1995: 38). در نظام حقوقی فرانسه حتی در صورت انعقاد قرارداد موقت، توافق مقدماتی و یا قرارداد مذاکره<sup>۲</sup> الزامی به انعقاد قرارداد برای ممتنع به وجود نمی‌آید و این در رویه قضایی فرانسه مورد تأیید قرار گرفته است (Lanore et al., 2010: 752). در ایران نیز این ضمانت اجرا به نظر توجیه قانونی و تضمین محکمی به نظر نمی‌رسد؛ چون در نهایت 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.

### ۱. دریافت خسارت

برخی معتقدند فقط 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 منافعی است که در صورت ایفای وظیفه مراقبت و انعقاد قرارداد، از دست نمی‌داده که از آن به عنوان خسارت‌های مثبت یاد شده است (V. De Coninck, 2002: 35). در مورد امکان جبران خسارت‌های منفی، به‌رغم عدم اشاره قوانین ایران، با وحدت

قاعده‌ای وجود دارد تحت عنوان «خریدار باید با چشم باز خرید کند» و لذا دادگاه‌ها از پذیرش وظیفه مراقبت در فرایند مذاکرات پیش‌قراردادی امتناع می‌کنند. به نظر می‌رسد که رقابت در فرایند قراردادهای تجاری، اقتضا می‌کند وظیفه مراقبتی وجود نداشته باشد. (Tsakalis, 2015: 5) 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 گفت‌وگوهای 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 اطلاع-رسانی از جمله استثنائات این قاعده بیان نموده‌اند (Caterini, 2005: 14).

در پرونده‌ای<sup>۱</sup> دیگر بیان شد که گسترش وظیفه مراقبت مطابق اصل حسن نیت با انتقاداتی روبه‌رو است؛ از جمله این که 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 می‌شود. توسعه تکلیف حسن نیت منجر به ورود دادگاه به عرصه‌های گنگ و مبهمی مانند گفت‌وگوهای 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 بی قید و شرط این تعهد و جلوگیری از آثار منفی آن در بازار و روند دادرسی شود.

### ضمانت اجرای وظیفه مراقبت

ضمانت اجرای عدم انجام تعهد مراقبت از سوی متعهد، حسب

2. accord preparatoire, contrat temporaire, contrat négociation

1. Martel Building Ltd. v. R 2000

ذهن معقول و متعارف نتواند عدم انعقاد قرارداد را فرض کند و در این صورت با احتیاط می‌توان گفت بهترین ضمانت اجرا الزام به انعقاد قرارداد یا به تعبیر صحیح‌تر الزام به اجرای قرارداد است؛ زیرا که اصلاً قرارداد سابقاً منعقد شده بوده است.

### ۳. فسخ یا ابطال قرارداد

اقدامات یکی از طرفین در زمان گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی ممکن است منجر به انعقاد قرارداد گشته و طرف دیگر فریب آن گفت‌وگوها و چرب‌زبانی‌هایی که معمولاً در تجارت و خرید و فروش است را بخورد. در این شرایط، ضمانت‌های مختلفی از جمله خیار تدلیس، عیب، غبن، تفریس و گاهی بطلان معامله در قوانین پیش‌بینی شده است که شرح آنها در این مقاله نمی‌گنجد. لذا عدم رعایت وظیفه مراقبت در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، در این وضعیت منجر به ازبین رفتن ثبات حقوقی قرارداد می‌شود.

### بحث و نتیجه‌گیری

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 پیش‌قراردادی مخاطراتی برای طرفین می‌آفریند و مخاطرات معاملاتی گسترش می‌یابد. 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 می‌شود 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 است. از منظر اقتصادی و حقوقی وجود روابط انسانی و حسن نیت در قراردادهای و مبانی فقهی چون قاعده تحذیر، انفاق، امر به معروف و تلقی رکبان، چنین تعهدی را بر عهده طرفین ایجاب می‌نماید. به نظر می‌رسد به‌رغم اینکه از دریچه رویکرد کلاسیک این مسئولیت در حقوق ایران بیشتر ماهیتی غیرتوافقی دارد و اثبات وجود وظیفه مراقبت در مرحله پیش-

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 شود و از این وضعیت خسارتی به طرف دوم وارد آید که رابط سببیتی با عدم انجام وظیفه مراقبت داشته باشد، دریافت خسارات براساس نظر دادگاه، قابل توجیه است. البته در برخی از کشورها مانند فرانسه صرف فاش شدن اسرار تجاری در مذاکرات و عدم رعایت وظیفه مراقبت موجب برای دریافت خسارت است اعم از اینکه ضرری وارد آمده باشد یا نه؛ زیرا در رویه قضایی فرانسه استفاده و یا افشاسازی اسرار رویه ضد رقابتی و مکارانه محسوب می‌شود. (رهبری، ۱۳۸۸: ۱۸۷) لیکن به نظر می‌رسد که در ایران، باید ورود ضرر اثبات شود و اما در مورد خسارت‌های مثبت، به‌رغم مخالفت برخی از حقوقدانان مبنی بر امکان جبران به دلیل عدم ارتباط مستقیم با وظیفه مراقبت و گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی و عدم انعقاد قرارداد (De Coninck, 2002: 36) به نظر می‌رسد 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 می‌رسد. چیزی که از آن در حقوق ما به عنوان عدم النفع مسلم یاد می‌شود.

### ۲. الزام به انعقاد قرارداد

برخی از حقوقدانان فرانسوی معتقدند در صورت عدم انجام وظیفه مراقب و به تبع آن قطع مذاکرات قراردادی، بهترین ضمانت اجرا، الزام به انعقاد قرارداد با طرف مقابل است. (Terré, Simler et Lequette, 1996: 144) 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 قراردادهای در تضاد به نظر می‌رسد (کانونیان، ۱۳۹۵: ۲۸۱ / ۱). این ضمانت اجرا در نظام حقوقی ایران قابل توجیه نیست و این را می‌توان از ماده ۱۰۳۵ در بحث نامزدی استنباط نمود که حتی تعهد بر عقد، الزامی برای شخص ایجاد نمی‌کند چه برسد به مرحله گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی که شخص هر لحظه امکان خروج طرف مقابل را می‌دهد. لذا هیچ قاعده حقوقی مبنی بر الزام به انعقاد قرارداد نمی‌توان یافت. لذا نیازمند مقررگذاری قانون‌گذار برای وضعیت‌های خاص در جهت الزام به انعقاد قرارداد است. با این حال اگر به نظر می‌رسد که ایجاب و قبول ضمنی آن قدر مسلم باشد که هیچ

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

امیری قائم‌مقام، عبدالحمید (۱۳۸۵). *حقوق تعهدات*. جلد اول. تهران: میزان. چاپ سوم.

بابایی، ایرج (۱۳۸۵). *حقوق بیمه*. تهران: سمت. چاپ اول.

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

پیرنهادی، محمدرضا؛ نوعی، الیاس (۱۳۹۴). «مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در حقوق ایران و انگلستان». *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 ۳۸-۲۷۰.

رجایی، مهدی (۱۳۹۲). *گزارش پژوهشی آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم امر به معروف و نهی از منکر*. مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

رهبری، ابراهیم (۱۳۸۸). *حقوق اسرار تجاری*. تهران: سمت. چاپ اول.

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

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

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

صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹). *الزامات خارج از قرارداد*. تهران: سمت. چاپ اول.

طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۴). *مسئولیت پیش‌قراردادی*. تهران: انتشارات میزان. چاپ اول.

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

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴). *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای*. جلد اول. تهران: انتشارات بهنشر. چاپ اول.

\_\_\_\_\_ (۱۳۷۴). *حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد*. جلد اول. تهران: دانشگاه تهران. چاپ پنجم.

قراردادی بر مبنای مسئولیت مدنی استوار است؛ با یک نگاه جدید به این مقوله می‌توان ورود به مرحله مذاکراتی را توعی ایجاب و قبول مبنی بر قرارداد ضمنی مراقبت از عدم لطمه به منافع طرف مقابل تعبیر نمود. احراز مسئولیت مبتنی بر وظیفه مراقبت در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی را بایستی از طریق اثبات قابلیت پیش‌بینی 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 گفت‌وگوها و اصل آزادی طرفین و درگیر کردن دادگاه‌ها در مرحله مبهم مذاکرات و دوره پیش‌قراردادی شود. در نهایت ضمانت اجرای نقض این وظیفه در مرحله پیش‌قراردادی 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. با این حال در صورتی که امید معقول در جهت انعقاد قرارداد ایجاد شده باشد که هر شخص متعارف انعقاد قرارداد را تمام‌شده بدانند، به نظر می‌رسد که بهترین ضمانت اجرا ایجاد اثر قراردادی و الزام به اجرا و انعقاد قرارداد باشد که با توجه به تضاد با اصل آزادی قراردادهای معمولاً قضات از استناد به آن اجتناب می‌کنند، لذا پیشنهاد می‌شود در این زمینه قانون‌گذار مبنای قانونی مناسبی را فراهم آورد تا قضات بدون تردید احکامی در جهت الزام به انعقاد قرارداد صادر کنند. همچنین در صورت انعقاد قرارداد و عدم رعایت این وظیفه در مرحله پیش‌قراردادی، ضمانت اجراهایی چون فسخ و ابطال قرارداد قابل استناد و اتکا می‌باشد. در نهایت به نظر می‌رسد که 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 الکترونیک استنباط و تحلیل نمود.

## منابع

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

- صص ۲۴-۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴). قواعد فقه. جلد پنجم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ دوم.
- محمودی، عباسعلی (۱۳۸۳). *انفاق کلید اقتصاد*. تهران: انتشارات فیض کاشانی. چاپ اول
- مقدادی، محمدمهدی (۱۳۹۱). «تأثیر هشدار در انتفای مسئولیت مدنی پزشکان». *مجله حقوق پزشکی*، شماره ۹ و ۱۰ صص ۱۸۸-۱۶۵.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *الزامهای خارج از قرارداد مسئولیت مدنی*. (جلد اول) قواعد عمومی. تهران: گنج دانش. چاپ هشتم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *مقدمه علم حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ پنجاه و هفتم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵). *قواعد عمومی قراردادها* (جلد اول). تهران: گنج دانش. چاپ سیزدهم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۱). «قاعده تحذیر: نقد هشدار در رفع مسئولیت». *مجله حقوق دادگستری*، شماره ۱۸، University Press, 2<sup>nd</sup>Ed.
- Chunlin Leonhardaa (2010). "A Legal Chameleon: 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. No 305, pp 1-25.
- Cooke, John (2009). *Law of Tort*. Edinburgh, Pearson, Longman. 9th edn
- Daniele Bryden (2011). "Duty of care and medical negligence". Vol. 11, Issue 4, pp. 124-127.
- De Coninck, Bertrand (2002). *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*. in *Le processus de formation du contrat*. Paris: LGDJ, 4e éd.
- 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.
- Dictrich, Joachim (2001). "classifying Pre-contractual liability: A comparative Analysis". *journal of legal studies*, vol.21. pp. 153-191.
- 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)
- Flliooií, Miaaela Bratt & Tomuiíc Vehovec, Marjeta (2012).
- A. aa rner, Brya;; Black's Law Dictionary (2004). *United States of America: West Publishing Co.* 8<sup>nd</sup>Ed.
- Baker, John Hamilton (1990). *Introduction to English Legal History*. UK, Butterworth, 3rd ed.
- Bénabent, Alain (1995). *Droit civil, Les obligation*. 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. 2rd ed.
- Buffelan-Lanore; Yvaine et Larribau-Terneyre, Virginie (2010). *Droit Civil, les obligations*. Paris, Dalloz. 12e éd.
- C.F.Padfield (1995). *Law Made Simple*. Oxford. 1989. G.H. Trite 1. Law of Contract. London: Sweet and Maxwell, 9Ed.
- C.F.Padfield (1995). *Law Made Simple*. Oxford. 7th Edition 1989.G.H. Trite 1, Law of Contract. London: Sweet and Maxwell, 9<sup>th</sup>Edition.
- Cartwright, John (2009). *Hesselink, Martijn*. Pre-contractual Liability in European Private Law. Cambridge University Press, 1Ed.
- Case Law (2000). *Martel Building Ltd. v. R.*, supra2 S.C.R. 860 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1825/index>.
- Christian Witting (2005). *Duty of Care: An Analytical Approach*. Oxford

- "Precontractual Liability in EU and Croatian Law". Available at: [www.harmonius.org/.../01%20Precontractual%20Liability%20In%20Eu%20and%20](http://www.harmonius.org/.../01%20Precontractual%20Liability%20In%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: pp. 995-1067
- Fisher, James M. (1995). "Why Are Insurance Contract Subject to Specail Rule of Interpretation: Texr Versus Context". *Arizona State Law Journal*, 24, pp. 995-1067.
- Fisher, James M. (1995). "Why Are Insurance Contract Subject to Specail Rule of Interpretation :Texr Versus Context". *Arizona State Law Journal*, 24, pp. 995-1067.
- Florence Caterini (2005). "Pre-contractual Obligations in France and the United States". *University of Georgia School of Law*, pp1-86.
- 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, Vol. 47, New Series, pp. 217-244.
- Friedrich Kessler (1964). "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study". *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, pp 401-449.
- George Tsakalis (2015). "Negotiation Ethics: Proposals for Reform to the Law Society of Upper Canada's Rules of Professional Conduct". *Western Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 4, pp.1-16.
- Harpowood , V. (2003). *Modern Tort Law*. London: Careudish pub 6t h ed.
- James, C. Plunkett (2015). "The Historical Foundations Of The Duty Of Care". *Monash University Law Review* (Vol 41, No 3), pp. 716-743.
- 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, Vol. 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.
- Martin Käerdi (2008). "The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law". *JURIDICA INTERNATIONAL XIV*, pp. 209-218.
- Mazeauds, Henri; Léon et Jean et Chabas, François (1985). *leçons de Droit civil*. T. 2 , V. 1, 7e éd., Paris: Éditions Montchrestien.
- 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 uuty "To Try"". *Cornell Law Faculty Publications*, pp. 403-428.
- Park, Atthur J. (2012). "What to Reasonably Expect in The Coming Years From The Reasonable Expectations of The Insured Doctrine". *Willamerre Law Review*, 49, pp. 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.
- 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,
- 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.
- Robert W. Emerson (1994). "Franchise Contract Clauses and the Franchisor's Duty of Care toward Its Franchisees". *NORTH Carolina Law Review*, Vol. 72, No. 4, pp. 906-973.
- 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>.
- Stephenson, Graham (2000). *Sourcebook on Tort*. London: Cavendish, 2nd edn.
- Summers, Robert S.; Hillman, Robert A. (2001). *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*. West Group. 4th edition.
- Terré François; Simler Philippe, Et Lequette, Yves (1996). *Droit Civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 6e éd.
- Von Bar, Christian & Drobniç, Ulrich (2004). *The Interaction of contract law and Tort and Property Law in Europe (A comparative Study)*. 1st edn. Munchen, Sellier (European Law Publishers).
- William Norris (1997). *PERSONAL INJURY & THE DUTY OF CARE IN TORT JPIL*.