



Principle of Precaution, and the Precautionary Approach in Civil Liability

Ahmad Deylami¹

Received: 21/04/2022; Accepted: 01/10/2022

Abstract

Preference for prevention over cure is a truism. Precaution is an important type of prevention. Particularly, the *Precautionary Approach in Civil Liability* has been increasingly emphasized in recent decades. However, what the term *precaution* conveys and the specific stance it takes in civil liability is underexplored. Indeed, despite the many recommendations for the Precautionary Approach, little has it been studied to define what it is or how it works. In this vein, recruiting a descriptive-analytical design, the present study seeks to answer this fundamental question. The *Principle of Precaution* has already established itself as a moral and legal duty, and of great importance in dealing with various issues, especially social behaviors. Findings suggest that, among the many proposed and conceivable roles, precaution could logically be considered as the *goal* of civil liability in this respect. Explanation and justification on other roles are beyond the scope of the study.

KeyWords: Preemptive Action, Precautionary Approach, Principle of Precaution, Goal of Civil Liability, Prevention, Precaution.

¹ . Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom; Email: A-Deylami@qom.ac.ir

قاعده احتیاط و رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی

تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۲/۰۱ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۰۷/۰۹ احمد دیلمی^۱

چکیده

ترجیح پیشگیری بر درمان، بدیهی و بی نیاز از استدلال است. احتیاط گونه ای مهم از پیشگیری است. به ویژه در ده های اخیر، بر «رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی» بیشتر تأکید می گردد. اما، مراد از این عنوان چیست؟ در این رویکرد، احتیاط چه نقشی در مسئولیت مدنی ایفا می کند؛ و به طور مشخص نقش کدام یک از مولفه های مسئولیت مدنی را بر عهده می گیرد؛ باوجود توصیه ها و تأکیدهای فراوانی که بر رویکرد احتیاط آمیز می شود، کمتر به چیستی و چگونگی آن پرداخته شده است. هدف اصلی این مقاله پاسخ به این پرسش اساسی است؛ که با روش توصیفی و تحلیلی به انجام خواهد رسید. در حالی که قاعده احتیاط به عنوان یک تکلیف اخلاقی و حقوقی، در برخورد با موضوعات و به ویژه در رفتارهای اجتماعی، از اهمیت بسیاری برخوردار است، ولی این جنبه آن کمتر مورد پژوهش قرار گرفته است. از این رو، در این تحقیق به مقدار ضرورت به شناسایی آن نیز پرداخته شده است. بر اساس یافته های این پژوهش از میان نقش های پیشنهاد شده و قابل تصور، احتیاط به مثابه هدف مسئولیت مدنی، نقشی است که منطقی می توان در حوزه مسئولیت مدنی برای آن قائل شد. نویسنده نتوانسته است، برای نقش های پیشنهادی دیگر احتیاط در این زمینه، تبیین و توجیه معقولی پیدا کند.

واژگان کلیدی: پیشدستی، پیشگیری، رویکرد احتیاط آمیز، قاعده احتیاط، هدف مسئولیت مدنی.





مقدمه

یکی از مهم ترین قواعدی که در مرحله پیشگیری از وقوع ناهنجاری های کیفری و مدنی مطرح می شود، و نتیجه و کارکردی بازدارنده در پی دارد، قاعده احتیاط است. احتیاط یکی از مهم ترین راههای پیشگیری است؛ که هم افراد و هم نهادهای عمومی عهده دار آن هستند. در این مقاله اما، پرسش اصلی این است که ماهیت قاعده احتیاط چیست؟ و در رویکرد احتیاط آمیز نقش کدام یک از عناصر دخیل در مسئولیت مدنی را برعهده دارد؟ هدف اصلی این نوشتار پاسخ به این پرسشها به روش توصیفی و تحلیلی است. این مطالعه با نگاهی به پیشینه و ادبیات موضوع آغاز می گردد؛ با تبیین مبانی، معیار و شرایط آن ادامه می یابد؛ و با بیان قلمرو آن به پایان می رسد. فرضیه نویسنده که در این تحقیق به اثبات آن پرداخته شده و یافته آن نیز به شمار می آید، این است که احتیاط در اینجا به عنوان یک قاعده ماهوی مطرح است؛ و نه یک اصل عملی. یعنی احتیاط تکلیفی عام است که نقض آن تأمین کننده شرط عدم مشروعیت فعل زیانبار است. همچنین با تحقق مقتضی و مبنای مسئولیت مدنی توسط فرد بی احتیاط، و حکم به مسئولیت مدنی وی، افراد بیشتر ترغیب به رفتار احتیاط آمیز می شوند و از این طریق تا حدودی از ایراد خسارت به دیگران پیشگیری می گردد.

۱. پیشینه بحث

در سنت اسلامی گاهی احتیاط به مثابه یک قاعده ماهوی در بردارنده «تکلیف به احتیاط» مطرح است؛ و گاهی به مثابه یک اصل عملی در موارد شک نسبت به انجام وظیفه که در این صورت به آن اصل (عملی) احتیاط یا اشتغال گفته می شود. کاربرد دوم را می توان گونه خاصی از کاربرد نخست دانست. ولی موضوع این نوشتار کاربرد نخست احتیاط





است؛ و از این رو، با عنوان «قاعده احتیاط» از آن یاد شده است. این قاعده در علوم مختلف اسلامی مورد بحث بوده، توجیه شده و مورد استفاده قرار گرفته است. در محیط فقهی نیز از این قاعده عمدتاً با عنوان «وجوب (تکلیف به) دفع ضرر محتمل» یاد می‌شود. و از جمله در تبیین ضرورت یادگیری مسائل مورد ابتلای شرعی، ضرورت قضاوت (طوسی، ۱۳۸۷، ۳: ۷۴ و ۷: ۲۷۹؛ حلی، ۱۴۱۰: ۳۶۷؛ بجنوردی، ۱۳۸۸، ۷: ۳۳۳؛ بحرانی، ۱۴۲۶: ۷۷؛ شبیری، ۱۴۱۹، ۲: ۵۱۰-۵۰۵؛ حسینی، ۱۴۲۶، ۱: ۱۰)؛ تفاوت علت با حکمت، و دلیل استفاده از حکمت به جای علت در توجیه احکام در روایات (شبیری، ۱۴۱۹، ۱: ۳۳)؛ از آن استفاده شده است. در ادبیات حقوقی انگلیسی از این قاعده با نام «Precautionary Principle» یا «Principle of Precaution» یاد می‌شود: Cass, 2003: 1003-1058; Fisher, 2001: 315-334; Nash, 2008: (494-527; Hughes, 1995:224-244; Hammitt, 2005: 7-8. در حقوق فرانسه با عنوان «précaution» «le principe de» مورد شناسایی قرار گرفته: Rey, 1998: 1039; Kourilsky, (1999: 54-98; Tapinos, 2008:41- 77; Noiville, 2009: 74; chanteur, 2001: 135) و در نیم قرن اخیر بیشتر مورد توجه واقع شده است (آملی، ۱۳۸۸: ۱۲۶-۱۲۷). و از جمله در قانون حفاظت محیط زیست فرانسه^۱ مصوب ۱۹۹۵م؛ و در مواد (۲۴) و (۲۵) قانون برنامه توسعه پایدار بلژیک مصوب ۲۰۰۰م؛ و در برخی اسناد بین‌المللی مانند اصل (۱۵) معاهده تنوع زیستی^۲ مصوب ۱۹۹۲م و در قوانین داخلی بسیاری دیگر از کشورها مورد شناسایی قرار گرفته است (ایزانلو، اسدی، ۱۳۹۸: ۴۱۰). در فرهنگ حقوقی عربی اما، با عنوان احتراز، احتراس، حیطة یا تحوط؛ حذر و تحوط شناخته می‌شود؛ یعنی توجه پیشاپیش نسبت به امری و آمادگی قبلی برای وقوع آن (الفاروقی، ۲۰۰۶: ۵۴۲، ۵۶۶). در قوانین موضوعه ایران تصریح به تکلیف به احتیاط مشاهده نشده است؛ لکن از نقض آن با عنوان بی احتیاطی در موارد مختلفی از جمله ماده (۱) ق.م.م و ماده (۱۴۵) ق.م.ا و ماده (۷۱۴) ق.م.ا (تعزیرات) نام برده شده است. از این رو، قاعده احتیاط به عنوان «تکلیف به احتیاط کردن» را باید از اصول مسلم حقوقی نانوشته





دانست. زیرا وقتی که قانونگذار از «بی احتیاطی» به عنوان یک خلاف و عمل نامشروع یاد می کند، منطقاً پیش از آن «احتیاط کردن» را یک تکلیف عمومی دانسته است. در پیشینه پژوهشی اخیر در باب احتیاط مقالات ارزشمندی تا کنون به چاپ رسیده و مورد استفاده نگارنده قرار گرفته است. آنهایی که به حوزه حقوق خصوصی مربوط می شوند را می توان در دو گروه جای داد: مقالات مربوط به قواعد عمومی مسئولیت مدنی (مانند: حیاتی، ۱۳۹۳: ۲۰۶-۱۸۵؛ ایزانلو، اسدی، ۱۳۹۸: ۴۰۷-۴۲۸)، مقالات مربوط به حوز های خاص مسئولیت مدنی از جمله محیط زیست (مانند: بلیک، صادقی، ۱۳۹۸: ۸۷-۱۰۰؛ دهقان و دیگران، ۱۳۹۸: ۳۵۵-۳۶۶). لکن درباره عمده ترین نوآوری های مقاله حاضر نسبت به آنها می توان گفت که در این مقاله تمام نقش هایی که «احتیاط» یا نقیض آن «بی احتیاطی» می توانند در مسئولیت مدنی داشته باشند تحلیل شده و برخی پذیرفته شده است. در برخی از آن مقاله ها تنها به بی احتیاطی به عنوان مبنای مسئولیت مدنی پرداخته و پذیرفته شده که در این مقاله مورد نقد واقع شده است. بعلاوه، بحث های معیار و ضابطه احتیاط، شرایط و قلمرو آن، و مبنای توجیهی آن در مقالاتی که تا کنون نوشته شده، وجود ندارد. همچنین در این مقاله بر احتیاط به عنوان یک قاعده ماهوی، اعم از مسائل موضوعی و حکمی و نه تنها یک اصل عملی، چنانکه در ابتدا به ذهن می رسد؛ تأکید شده است.

۲. تعاریف

در این قاعده واژگان پیش گیری، احتیاط، پیش دستی، ضرر و خطر مورد استفاده قرار گرفته؛ و لازم است مختصری توضیح داده شوند.

۲-۱. پیشگیری^۱

یعنی جلوگیری و ایجاد مانع در مقابل پیدایش چیزی که برای فاعل ناخوشایند است. مانند ضرر و خطر. به عبارت دیگر، مجموعه تدابیر و آموزشهایی که هدف آن جلوگیری یا دست کم، کاهش حوادث و اعمال زیانبار، از طریق فراهم کردن ابزار و وسائل مناسب،





یعنی اقدامات پیشگیرانه^۱ است (Degergue, 2007: 166; Bourguignon, 2015:3). گرچه بازدارندگی از نظر وجودی نتیجه پیشگیری و احتیاط است؛ لکن از نظر مفهومی و منطقی پیشگیری و احتیاط از جهتی اعم از بازدارندگی^۲ اند؛ زیرا در حالی که بازدارندگی در مقابل اقدامات عناصر انسانی معنی دارد؛ پیشگیری و احتیاط نسبت به حوادث طبیعی و قهری هم مصداق پیدا می کنند. برخی بر این باورند که پیشگیری هنگامی مطرح می شود که درجه احتمال وقوع امر ناخوشایند در آینده مسلم، یعنی اطمینان بخش یا قطعی باشد (ژوردن، ۱۳۹۷: ۱-۳؛ آملی، ۱۳۸۸: ۱۲۸؛ Rey, 1998: 643, 730; Cornu, 1996: 1039, 1154; Collart, 2012: 250-252; Jiang, 2014: 501; Gogdard, (2003:7). لکن به نظر می رسد که حقیقت پیشگیری حتی در موردی که وقوع خطر و ضرر در آینده محتمل یا مظنون است نیز، صادق است.

۲-۲. احتیاط^۳

یعنی درپیش گرفتن رفتاری، اعم از فعل یا ترک فعل که یا مانع وقوع ضرر و خطر محتمل در آینده شود و یا از میزان آن بکاهد. به بیان دیگر، احتیاط یعنی آنچه را که احتمال می رود واقعیت باشد، به مثابه واقعیت مسلم و قطعی انگاشتن، و به عنوان امر واقع و قطعی با آن رفتار کردن (یزدی، ۱۴۲۶ق: ۲۵۳). برخی از حقوقدانان بر این باورند که بر خلاف پیشگیری، در احتیاط درجه احتمال وقوع خطر و ضرر در آینده مسلم نیست، بلکه حداکثر مظنون و گمان آور است (ژوردن، ۱۳۹۷: ۱-۳؛ Bourguignon, 2015: 4-8). طبق تعریف ارائه شده از احتیاط، این نظر را در مورد احتیاط می توان تأیید کرد؛ اما در مورد پیشگیری پذیرش آن دشوار است. زیرا در حالی که در احتیاط عدم قطعیت خطر، شرط است (Godard. 2003:1)؛ پیشگیری در مورد خطر قطعی آینده هم، مصداق دارد. در مقابل برخی بر این باوراند که در پیشگیری خطر باید قطعی باشد. همچنین گفته می شود که در احتیاط علاوه بر این که خطر احتمالی است، احتیاط هم جنبه موقتی دارد، برخلاف



1 . Preventive/ Préventif
2 . Deterrence/ Répression
3 . Precaution, Prudence/ précaution



پیشگیری که ممکن است دائمی باشد (ایزانلو، ۱۳۹۸: ۴۱۰-۴۱۱). لکن به نظر می رسد که پیشگیری در مورد ضرر احتمالی هم صادق است؛ و علت و دلیلی برای ضرورت موقتی بودن احتیاط وجود ندارد؛ و احتیاط و پیشگیری از این جهت یکسان هستند. از این رو، پیشگیری اعم مطلق از احتیاط است. یعنی همه احتیاط ها گونه ای پیشگیری هستند؛ ولی برخی از پیشگیری ها احتیاط به شمار نمی آیند.

۲-۳. پیشدستی^۱

پیشدستی واکنش نشان دادن بالفعل به رفتار یا حادثه ای است که وقوع آن در آینده مسلّم است و یا فرض می شود که در آینده واقع خواهد شد. یعنی مسلم بودن واقعی یا فرضی قید امر خطرناک و زیانبار است. برخلاف پیشگیری که هدف آن جلوگیری از وقوع چیزی در آینده است؛ و احتیاط که هدف آن از بین بردن یا کاهش آثار امری محتمل در آینده است؛ پیشدستی واکنش فعال است از هم اکنون، نسبت به امری که در آینده اتفاق خواهد افتاد یا وقوع آن در آینده مفروض پنداشته می شود، Campbell, 1993: 89; Martin, 2006: 31, 62; الفاروقی، ۲۰۰۶: ۴۵).

۲-۴. ضرر^۲

یعنی بروز نقص در جان، اعضای بدن، ناموس، آبرو و مال قابل توجه. ضرر در مقابل نفع قرار دارد؛ و این که تقابل بین آنها از نوع عدم و ملکه ذاتی یا عرضی و یا تقابل تضاد باشد؛ در بین صاحب نظران اختلاف نظر وجود دارد (خراسانی، ۱۴۳۹، ۳: ۱۶۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ۴: ۴۳۶). به بیان دیگر، ضرر بروز نقص در سلامت (بدنی و زیبایی)، یا در اموال (دینی، نقدی، مادی) و یا در احساسات شخص (ضرر معنوی) است؛ به طوری که برای زیان دیده حق مطالبه خسارت ایجاد می گردد (Campbell, 1993: 634; Cornu, 1996: 718, 389; Martin, 2006: 146).



1 . Preemption, Anticipation/ Devancer, anticiper, prévenir
2 . Harm, Damage, Loss/ Préjudice, dommage

۲-۵. خطر^۱

خطر یعنی حوادث و رفتارهای زیانبار. مانند سیل، زلزله، بیماری، جنگ، رانندگی با سرعت زیاد، ندانسته اقدام کردن، و مانند آن. به بیان دقیق تر، خطر عبارت است از احتمال وقوع یک حادثه عام یا خاص زیانباری که اصل تحقق یا زمان وقوع آن مسلم نیست؛ مانند، مرگ، سرقت و یا آتش سوزی. خطر ممکن است اخلاقی، فیزیکی یا اقتصادی باشد (Cornu, 1996: 751; Campbell, 1993: 1328). موقعیت خطرناک ممکن است در نتیجه حوادث قهری و خارجی پدید آید و یا شخص خود آن را پدید آورد؛ به اصطلاح خود «خطر کند». به نظر می رسد که از نظر وجودی، خطر کردن، علت ضرر است؛ و این دو در یک مصداق با هم جمع می شوند؛ اگرچه از نظر مفهومی با هم تباین دارند.

۳. دلیل و مبنای قاعده

۳-۱. دلیل عقلی

مهم ترین دلیل برای پیشگیری و احتیاط دلیل عقلی است. عقلی عملی انسان ابتدا براساس داده های عقل نظری در مورد مفهوم ضرر و خطر و علل و آثار آنها، و مفهوم پیشگیری و احتیاط و فواید و آثار آن، دست به کار تأسیس قاعده لزوم دفع ضرر محتمل، و در پی آن لزوم دفع، پیشگیری و احتیاط می شود؛ و حکم به وجوب و ضرورت آن می کند؛ به عنوان قاعده ای برای سلوک و رفتار که در موقعیت خطرناک و گمان به وقوع خطر و بروز ضرر قابل توجه، هر انسان دارای شعور و اختیار و اراده ای باید آن را بکار بندد؛ یعنی مبادرت به پیشگیری و احتیاط کند (انصاری، ۱۴۱۹، ۱: ۳۶۷-۳۷۰؛ خراسانی، ۱۴۳۹: ۴۳-۴۰، ۵۷، ۶۳-۷۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ۴: ۱۵۸-۱۸۷؛ غروی، ۱۴۰۶: ۲۱۴-۲۱۶، ۳۷۱-۳۶۶؛ عراقی، ۱۴۱۷، ۳: ۲۴۷-۲۴۸؛ خوبی، ۱۴۲۸: ۱۸۶-۱۸۹). زیرا، عقل عملی عدم دفع ضرر محتمل را مصداق ظلم می داند (خمینی، ۱۴۱۸ق: ۷، ۱۴۵).





۲-۳. سیره و عرف خردمندان (عقلا)

با صرف نظر از استدلال عقلی مذکور، مطالعه در رفتار مکرر، مستمر و کهن خردمندان جهان از هر ملت، قوم و دینی که باشند، نشان می دهد که پیشگیری و احتیاط عرف و عادت آنها است؛ و آنها تلاش می کنند که علاج واقعه را قبل از وقوع آن کنند. به ویژه، امروزه «آینده پژوهی»^۱ و «آینده نگری»^۲ یکی از شاخص های رفتار خردمندان و حکیمانه است. و مهم ترین رویکرد و کارکرد آینده نگری و آینده پژوهی، پیشگیری و احتیاط است. و میزان توسعه یافتگی ملل و جوامع، به ویژه، بر پایه میزان آینده نگری و تدابیر پیشگیرانه و احتیاط آمیز آنها سنجیده می شود.

۳-۳. نصوص و حیانی

با وجود دلیل روشن عقلی در باب اصل لزوم احتیاط نسبت به خطر محتمل، نیازی به دلیل خاص و حیانی نیست؛ لکن از باب تأیید و ارشاد به حکم عقل، از میان انبوه نصوص و حیانی که در این باره وجود دارد، تنها به نمونه هایی از آنها اشاره می گردد. در احادیث متعددی از جمله از امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود: «الوقوف عندالشبهه خیر من الاقتحام فی الهلکه؛ توقف در هنگام شبهه، بهتر از فرو رفتن در نابودی است» (عاملی، ۲۰، ۱۴۰۷: ۲۵۹). توقف در شرایط وجود شبهه و تردید، از مصادیق و راههای بارز احتیاط است. همچنین، در حدیث معروف عمران بصری که خود به تنهایی یک منشور کامل سلوک اخلاقی و حقوقی است، فرمود: «و خذ بالاحتیاط فی جمع امورک ما تجد الیه سبیلاً؛ در همه امور خویش راه احتیاط در پیش گیر؛ تا آنجایی که راهی برای احتیاط ورزی می یابی» (عاملی، ۱۴۰۷، ۲۷: ۱۷۲). بنابراین، قاعده احتیاط با قلمروی بسیار گسترده، به عنوان یک راهبرد، از مبانی عقلانی و و حیانی مستحکمی برخوردار است. قلمرو این قاعده اعم از حوزه اجتهاد و تفسیر، و مرحله تطبیق و اجرای قانون توسط کارگزاران و قضات، و همچنین رفتارهای فردی و اجتماعی همه مردم است. شایان ذکر است که در پژوهشهای اصولی احتیاط به عنوان یک اصل عملی در جایی که اصل و نوع تکلیف معلوم است؛ ولی



1. Futurology
2. Future-Regard/ Providence



شک در «ملزم به» و «انجام وظیفه» وجود دارد، ضروری دانسته می شود (حسینی، ۱۳۸۰: ۲۵۸-۵۰؛ و ۱۳۸۲: ۱۵۰-۲۵۸)؛ لکن در این نوشتار تکلیف به احتیاط به مثابه یک قاعده ماهوی مطرح است؛ و اصل عملی احتیاط در هر قلمروی که معتبر باشد، تنها مصداقی از آن قاعده کلی است و بر مبنای آن توجیه می گردد. یعنی در عدم احتیاط در انجام وظیفه با وجود علم اجمالی به اصل وظیفه، احتمال خطر و ضرر غیر قابل چشم پوشی وجود دارد؛ پس باید احتیاط کرد. بعلاوه در اینجا تکلیف به احتیاط اختصاص به مورد وجود علم اجمالی ندارد. بلکه در مورد شک ابتدائی به احتمال وجود خطر و ضرر مهم در هر فعل یا ترک فعلی، این تکلیف وجود دارد. در اینجا به نقش قاعده احتیاط در رفتار های اجتماعی به ویژه آنجایی که با اموال و حقوق مالی دیگران ارتباط دارد، پرداخته می شود.

قاعده احتیاط در رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی

۴. تبیین رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی

مراد از رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی چیست؟ شایان ذکر است که چون سخن در نقش احتیاط در مسئولیت مدنی است، محور بحث در اینجا، تنها تکلیف به احتیاط نیست؛ بلکه عمدتاً عنوان صادق بر نقض این تکلیف، یعنی «بی احتیاطی»^۱ است. تکلیف به احتیاط شرط لازم برای تحقق مسئولیت مدنی هست، لکن مراد از «رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی»، این نقش دور نیست. برخی از شارحان این رویکرد، آن را در مقابل رویکرد های: اقتصادی، عدالت محور (اخلاقی)، سیاسی و حتی رویکرد پیشگیرانه (یا بازدارنده)، قرار داده اند (ژوردن، ۱۳۹۷: ۱-۳). بدون تردید، این مقدار مقایسه و تقابل، نمی تواند نقش و کارکرد بی احتیاطی را بر اساس این رویکرد در مسئولیت مدنی و ضمان توضیح داده و تبیین کند. شاید بتوان نقش های محتمل بی احتیاطی در این رویکرد را در اقسام زیر صورت بندی کرد:





۴-۱. بی احتیاطی به مثابه مبنای مسئولیت مدنی

این که بی احتیاطی به عنوان گونه ای از تقصیر و غفلت، به شرط وجود رابطه سببیت بین آن و خسارت به بار آمده، به عنوان مبنای مسئولیت مدنی به رسمیت شناخته شود. در نظام کامن لا نیز از گذشته های دور، بی احتیاطی به عنوان یکی از مصادیق غفلت^۱ و نوعی «خطا»،^۲ مورد قبول بوده است (Campbell, 1993: 1032; White, 1961: 592-595; Fitzgerald, 1962: 49-58; Morkel, (1983: 325-333). و در نظام رومی - ژرمنی نیز بی احتیاطی نوعی تقصیر شبه عمد است؛ و در قلمرو نظریه تقصیر و مسئولیت مبتنی بر تقصیر جای می گیرد (Tourneau, 1972: 42-44). برداشت برخی از حقوقدانان ایرانی از واژه «بی احتیاطی» در ماده (۱) قانون مسئولیت مدنی نیز همین گونه است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۰؛ امیری، ۱۳۸۵: ۱۸۹، ۱۹۶-۲۰۱؛ صفائی، ۱۳۹۰: ۸۳-۸۵). لکن در این تفسیر رویکرد احتیاط آمیز هیچ دست آورد جدیدی در مسئولیت مدنی ندارد؛ و قاعده تازه ای را مطرح نمی کند؛ و تنها بیان ادبی جدیدی است برای قواعدی از پیش موجود، که عمدتاً همان نظریه تقصیر است.

فصلنامه پژوهش حقوقی حقوق اسلام و فقه تطبیقی پژوهش - سال نهم - شماره چهارم - زمستان ۱۳۹۱

۴-۲. بی احتیاطی به عنوان شرط مسئولیت مدنی

چنانکه در قواعد عمومی مسئولیت مدنی مبرهن است، عدم مشروعیت فعل یا ترک فعل زیانبار، شرط پیدایش مسئولیت مدنی است. و این شرط خود ناشی از نقض یک تکلیف قراردادی یا عمومی است. پذیرش قاعده عمومی تکلیف به احتیاط زمینه تحقق این شرط را فراهم می کند. زیرا، بی احتیاطی عمل نامشروعی خواهد بود که با وجود بقیه عوامل دخیل، مسئولیت مدنی را پدید می آورند. نقش بی احتیاطی مطرح شده در ماده (۱) ق. م. مدنی، تبصره ماده (۱۴۵) ق. م. اسلامی، و ماده (۷۱۴) و (۶۱۶) ق. م. ا (تعزیرات)، از منظر مسئولیت مدنی با همین تفسیر سازگار است. این نقش غیرقابل انکار است؛ اما نباید پنداشت که برای تحقق مسئولیت مدنی کافی است (ایزانلو، ۱۳۹۸: ۴۱۲-۴۱۳)؛ بلکه باید رابطه استناد عرفی بین بی احتیاطی و ضرر نیز احراز گردد.



1 . Negligence
2 . Tort

۳-۴. بی احتیاطی جایگزین ضرر

در یک برداشت دیگر از رویکرد احتیاط آمیز، گفته شده است که در این رویکرد از مسئولیت مدنی، نیازی به وجود فعل زیانبار و ضرر بالفعل نیست؛ و تحقق بی احتیاطی توسط شخص برای پیدایش مسئولیت مدنی کافی است. یعنی افراد به محض بی احتیاطی مسئولیت مدنی پیدا می کنند؛ و محکوم به جبران خسارت می گردند. این سیاست حقوقی افراد را وادار می کند که هر چه بیشتر رفتار احتیاط آمیز داشته باشند (حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۹۵-۲۰۳). روشن است که این تفسیر به معنی نادیده انگاشتن موضوع مسئولیت مدنی یعنی «وجود ضرر» است. هیچ علمی در ورای موضوع خود حضور ندارد. از این رو، این تفسیر ساختارهای اساسی تقسیمات و مرزبندی های شاخه های مختلف حقوقی، از جمله مرز بین مسئولیت مدنی و کیفری و به ویژه اقدامات تأمینی و پیشگیرانه را ویران می کند؛ و نمی توان آن را در چارچوب مفهوم و قلمرو پذیرفته شده از مسئولیت مدنی، مورد قبول قرار داد.

۴-۴. بی احتیاطی به مثابه پذیرش خطر

تکلیف به احتیاط هم وظیفه فاعل فعل یا ترک فعل مخاطره آمیز است؛ و هم وظیفه مخاطب خطر و ضرر. براین اساس، می توان تفسیری را از رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی مطرح کرد؛ مبنی بر این که بی احتیاطی زیاننده در برابر فعل زیانبار، به معنی استقبال از ضرر، عدم مقابله با آن، و اقدام علیه خود است؛ و وی را به طور کلی یا جزئی از حق مطالبه خسارت، محروم می کند. یعنی بی احتیاطی زیاننده رافع کلی یا جزئی مسئولیت خوانده می گردد. در پیش گرفتن این رویکرد حقوقی باعث می گردد که هم فاعل فعل های خطرناک و زیانبار، و هم مخاطب آنها، همواره رفتار احتیاط آمیز در پیش گیرند؛ و در نتیجه بازدارندگی این سیاست حقوقی، در آینده کمتر خسارت ببار آید؛ و حکم به جبران خسارت کمتر گردد. این گفته اگرچه درست است، لکن نگاه تازه ای در مسئولیت مدنی و ضمان نیست. قاعده «مقابله با خسارت»^۱ در حقوق خارجی، و





«اقدام» در حقوق اسلام بیان کننده همین امر هستند. بعلاوه، به نظر می رسد که نظر طرفداران رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی، معطوف به امری فراتر از اثر عامی است که همه ضمانت اجراها نسبت به آینده دارند. یعنی رویکرد احتیاط آمیز می خواهد نقشی اساسی برای بی احتیاطی در چگونگی حل و فصل ضرر بالفعل و واقع شده، و یافتن مسئول جبران آن، در نظر بگیرد.

۴-۵. احتیاط به مثابه هدف مسئولیت مدنی

احتیاط به مثابه ی هدف مسئولیت مدنی یعنی، مراد از رویکرد احتیاط آمیز این باشد که مؤلفه های تأثیر گذار در مسئولیت مدنی باید طوری طراحی و تعریف شوند که در نتیجه کارکرد آنها، نه تنها خسارت بالفعل ناشی از بی احتیاطی منجر به ضرر دیگران جبران گردد و مسئولیت مدنی ضمانت اجرای تکلیف به احتیاط باشد، بلکه نظام حقوقی مسئولیت مدنی نقش پیشگیرانه و بازدارنده داشته باشد، و افراد را وادار به رفتار احتیاط آمیز نسبت به اموال دیگران کند. تا از این رهگذر نرخ بروز و ورود خسارت در جامعه کمتر و کمتر گردد؛ و مانند همه اقدامات احتیاط آمیز دیگر، هزینه های زندگی اجتماعی کاهش یافته؛ و در نتیجه سرعت رشد و توسعه، به ویژه رشد اقتصادی، برای فرد و جامعه بیشتر و بیشتر شود. این تفسیر دربردارنده جوهری متمایز از برداشت پیشین است، و گونه ای متکامل تر از نظام مسئولیت مدنی را با خود دارد. زیرا، بر بنیاد آن، نظام مسئولیت مدنی تنها به جبران خسارت و تلاش برای بازگرداندن وضعیت به حالت سابق، بسنده نمی کند؛ بلکه در کنار درمان ضرر های پیشین، از طریق اصلاح رفتار های مخاطره آمیز و پرهزینه اشخاص، و ترغیب آنها به انجام رفتارهای بی خطر یا کم هزینه، از بروز ضرر در آینده، و مسئولیت مدنی و هزینه های اصلی و تبعی آن، از جمله هزینه های دادرسی قضائی و غیر قضائی، پیشگیری می کند. این رویکرد، اگر بتواند از آزمون های لازم برای تبدیل شدن به قواعد هنجاری حقوقی الزام آور، سر بلند بیرون آید، پیشرفتی بزرگ در دانش مسئولیت مدنی خواهد بود. اگرچه، قلمرو آزادی های مدنی افراد را محدودتر می کند، لکن مناسبات اجتماعی را به شکلی انسانی تر و اخلاقی تر تنظیم خواهد کرد. برخلاف تفسیرهای پیشین که نظر به رفتار احتیاط آمیز در گذشته دارد، این قرائت از رویکرد





احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی، رسیدن به رفتار احتیاط آمیز در آینده را هدف خود قرار می دهد و مؤلفه های مسئولیت مدنی را به عنوان ابزاری برای رسیدن به این هدف به کار می گیرد. به بیان دیگر، در این برداشت رفتار احتیاط آمیز به مثابه غایت مورد توجه قرار می گیرد؛ ولی در تفسیرهای پیشین بی احتیاطی به عنوان شرط پیدایش مسئولیت مدنی مورد مطالعه بوده است؛ که نگاهی درمانی و معطوف به گذشته بود. نمی توان انکار کرد که الزام به بیمه مسئولیت مدنی، مانند بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری، اگر به دقت و با نگاه همه جانبه نگر طراحی نشود، برخلاف این هدف عمل خواهد کرد. از این رو، باید در هماهنگی کامل با هدف احتیاط آمیز و پیش گیرانه در مسئولیت مدنی تنظیم گردد.

قاعده احتیاط و رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی

در منابع فقهی می توان دلایلی برای پذیرش این رویکرد یافت. از جمله از امام صادق(ع) روایت شده است که فرمود: «کان ابی امیرالمؤمنین(ع) یضمن القصار و الصباغ و الصائغ، احتیاطاً لامتعه الناس؛ پدرم امیرالمؤمنین(ع) سفید شوی (گازر)، رنگرز و ریخته گر (زرگر) را، به منظور احتیاط نسبت به اموال مردم، ضامن می دانست» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۴۲؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ۲۴: ۱۳۶-۱۴۶). اولاً، این حکم در مورد مسئولیت مدنی و ضمان ناشی از استیلا بر اموال دیگران است؛ ثانیاً، صاحبان این حرفه ها، اصولاً، اموال مردم را برای اصلاح یا تغییر، با اذن صاحبان آنها در اختیار می گیرند، از این رو، در صورت ورود خسارت به مالی که در اختیار آنها است، طبق قاعده استیمان باید، امین بوده و اماره امانت باعث معافیت آنها از مسئولیت مدنی گردد؛ مگر این که زیان دیده تعدی و تفریط آنها را ثابت کند. لکن طبق این حدیث، امام(ع) این مصونیت را از آنها سلب نموده و استیلا را آنها را ضمان آور قرار داده؛ و آنها را در موقعیت مسئولیت نهاده است؛ و دلیل این امر را احتیاط ورزی نسبت به اموال مردم بیان فرموده است. به روشنی مراد این است که این حکم به منظور وادار کردن صاحبان این حرفه ها به رفتار احتیاط آمیز نسبت به اموالی از مردم که در اختیار آنها قرار دارد، است؛ تا به نیکی از آن اموال نگهداری و مراقبت کرده؛ و مصونیت نسبی از مسئولیت مدنی زمینه کوتاهی و بی احتیاطی آنها در نگهداری و تصرف





در اموال مردم را فراهم نکند. این قرائت از رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی، معقول و در راستای اهداف کلان نظام مسئولیت، و به ویژه مسئولیت مدنی است.

۵. معیار و ضابطه احتیاط

همواره اجرای هرچه دقیق تر قواعد و قوانین عملی نیازمند تدوین معیارها و ضابطه های کمی است. احتیاط و بی احتیاطی که به ترتیب موضوع وجه مثبت و منفی قاعده احتیاط هستند، تا حدود زیادی، مفاهیمی کیفی اند؛ و لازم است که حتی المقدور ضابطه و استانداردی کمی و ملموس برای آنها تعیین گردد، تا اجرا و اثبات آنها آسان تر و دقیق تر صورت گیرد. برای این منظور، معیار های زیر پیشنهاد شده است:

۵-۱. معیار رفتار فرد متعارف^۱

نظریه فرد معقول و متعارف، معیار نوعی کلانی ارائه می کند که در حوزه های مختلف حقوقی، از جمله در مسئولیت مدنی، و به ویژه تشخیص وقوع تقصیر، از آن استفاده می شود (بادینی، ۱۳۸۹: ۷۳-۹۳؛ Wright, 1995: 249-275). اعمال این معیار به عنوان ضابطه احتیاط به این معنی است که در داوری نسبت به انجام یا نقض تکلیف به احتیاط باید رفتار انسانی را در آن موقعیت شاخص قرارداد که نه یک انسان ایده آل و نمونه است؛ و نه یک شرور و بدجنس؛ بلکه معیار، انسانی برخوردار از میانگین ویژگی های یک فرد مراقب، هشیار و دوراندیش، از یک سو؛ و یک فرد بی توجه و بی تفاوت، از سوی دیگر، است (بادینی، ۱۳۸۹: ۷۹).

۵-۲. معیار رفتار همسایه خوب

براساس این معیار، افراد در زندگی اجتماعی به مانند همسایه یکدیگر به شمار می آیند؛ و باید همانند یک همسایه خوب نسبت به هم، به ویژه در مورد خطراتی که از ناحیه رفتار آنها دیگران را تهدید می کند، عمل نمایند. به بیان دیگر، رفتار احتیاط آمیز باید بر بنیاد رابطه ای تبیین و تفسیر گردد؛ و آن رابطه همسایگی است. همسایه کسی است که احتمال



1. The Reasonable Man Standard
2. The Neighbor Principle



می رود و پیش بینی می شود که رفتار ما خطر و ضرری را متوجه وی کند؛ و بی احتیاطی هنگامی رخ می دهد که چنین تکلیفی نقض گردد (Bender, 1988: 3-46; Wright, 1995: 254-255).

۵-۳. معیار رفتار زنانه^۱

طبق این معیار که اغلب از سوی طرفداران برابری یا برتری حقوق زنان پیشنهاد می گردد، به جای معیارهایی که اصولاً بر نوعی رفتار مردانه بنیاد شده است؛ و از این رو بیشتر به مردسالاری دامن می زند؛ باید رفتار زنانه معیار احتیاط قرار گیرد. زنها نوعاً با دقت، وسواس و سخت گیری بیشتری رفتار می کنند؛ و از وجدان کاری بالاتری برخوردارند. بر خلاف مردها که بیشتر اهل بی توجهی، سهل انگاری، مسامحه و بی احتیاطی اند (Bender, 1988: 3-37; Tobias, 1993: 1517-1526). بنابراین، ممکن است رفتاری که در معیار مسامحه آمیز مردانه بی احتیاطی به شمار نیاید، براساس استانداردهای سخت گیرانه زنانه بی احتیاطی دانسته شود. معیار زنانه چون بازدارندگی بیشتری دارد؛ و با رویکرد پیشگیرانه و احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی سازگارتر است، باید مورد شناسایی و پیروی قرار گیرد. هریک از این معیارها در حوزه هایی کارآمد و مفید است. لکن هیچیک به تنهایی کافی نیست؛ بلکه باید از همه آنها و معیارهای قابل طرح دیگر، حسب مورد استفاده کرد. ولی هرگاه بین این معیارها تعارض رخ دهد؛ نگارنده معیار رفتار زنانه را به دلیل مذکور ترجیح می دهد.

۶. شرایط احتیاط

عمده ترین شرایطی که آستانه تکلیف به احتیاط را ترسیم می کنند، به قرار زیر اند:

۶-۱. عدم اختلال نظام

افراد اعم از فاعل و مخاطب فعل، در روابط اجتماعی و حتی در زندگی فردی، تا آنجا تکلیف به احتیاط دارند که رفتار احتیاط آمیز موجب بروز اختلال در زندگی آنها نگردد؛





و تا سرحد و سواس پیش نرود. یعنی امور ضروری و حتی عادی زندگی آنها یا دیگران را مختل نکند (انصاری، ۱۴۱۹، ۲: ۱۳۷؛ خراسانی، ۱۴۳۹، ۲: ۳۵۷-۳۵۸؛ ۳: ۷۹-۸۰، ۱۴۵). مثلاً یک راننده، تکلیف و بلکه حق ندارد که در خیابان برای رعایت احتیاط آنقدر آهسته حرکت کرده، یا توقف کند که باعث بروز اختلال رفت و آمد روان خودروهای دیگر یا حتی عابران پیاده گردد. قاعده حفظ نظام فردی و اجتماعی یکی از قواعد ثانوی بسیار مهمی است که حاکم و ناظر بر قواعد اولیه بوده و قلمرو آنها را تحدید می کند. این قاعده عقلی و عقلانی در موارد بسیاری مورد استناد قرار می گیرد (عاملی، ۱۴۰۷، ۱۱: ۲۱۵؛ شهید ثانی، ۱۴۰۵، ۴: ۳۲۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۲، ۱۲: ۱۹۸، ۲۸).

۶-۲. عدم عسر و حرج

چه عامل و چه مخاطب فعل، تکلیف ندارند که برای پایبندی به رفتار احتیاط آمیز خود را دچار عسر و حرج کنند؛ یعنی زندگی خویش را همراه مشقت غیرمعمول کرده و خود را در تنگنای غیرمتعارف قرار دهند. از این رو، تکلیف به رفتار احتیاط آمیز مشروط به عدم بروز عسر و حرج برای فرد است (خراسانی، ۱۴۳۹، ۲: ۳۵۶-۳۵۷؛ خویی، ۱۴۲۸: ۱۷۵). این قاعده نیز از قواعد مسلم ثانویه و حاکم بر تکالیف اولیه است؛ و قلمرو آنها را تحدید و چگونگی اجرای احکام اولیه و از جمله تکلیف به احتیاط را تعدیل می کند (حسینی، ۱۴۲۵، ۱: ۳۰۱-۲۸۲؛ بجنوردی، ۱۳۸۸، ۱: ۲۴۹-۲۶۶). برخی از نویسندگان ویژگی ها یا شرایط دیگری برای احتیاط از قبیل: متناسب بودن، غیر تبعیض آمیز بودن، همسان بودن و دارا بودن تحلیل هزینه-فایده، ذکر کرده اند (ایزائلو، ۱۳۸۸: ۴۱۲-۴۱۳) که چون مربوط به جنبه های اجرائی و مصداقی است؛ و به دلیل محدودیت های موجود در این نوشتار از بررسی آن صرف نظر می شود.

۷. قلمرو احتیاط

بیان شرایط احتیاط، مرزهای این قاعده را در مناسبات بیرونی آن با قواعد دیگر ترسیم می کند. اما مراد از قلمرو آن در اینجا، تحدید حدود قاعده احتیاط بر اساس گستره ارکان و عناصر داخلی و تشکیل دهنده آن است. احتیاط فعل یا ترک فعلی است که به منظور





اجتناب و دوری از خطر یا ضرری که متوجه شخصی شده است، صورت می گیرد. از این رو، برای تحقق آن وجود عناصر: اقدام کننده، خطر و ضرر (محتمل)، مخاطب اقدام و خطر (خود اقدام کننده یا شخصی دیگر)، و وجود احتمال، لازم است. از این میان، اساساً، قلمرو قاعده احتیاط را از یک سو، گستره خطر و ضرر به لحاظ اهمیت و ماهیت؛ و از سوی دیگر، درجه احتمال لازم و مخاطب ضرر، ترسیم می کنند. بنابراین، ضروری است که آستانه احتیاط را از هر یک از جهات مرتبط مورد بررسی قرار دهیم:

۷-۱. قلمرو احتیاط از جهت درجه احتمال

احتیاط نسبت به خطر و ضرر بالفعل موجود، بی معنی است؛ و تنها در مورد خطر و ضرری که ممکن است در آینده رخ دهد، معنی و مصداق پیدا می کند. اما، چه درجه ای از احتمال بروز خطر و ضرر لازم است تا افراد عقلاً مکلف به احتیاط گردند؟ لزوم مقطوع، اطمینان بخش، مظنون، مشکوک و موهوم بودن خطر و ضرر، پاسخ هایی است که می توان به این پرسش داد. به دلیل شدت و ضعفی که در درجه احتمال در این عناوین وجود دارد، اگر درجه پایین تری از درجه احتمال برای تحقق تکلیف به احتیاط کافی دانسته شود، بدیهی است که تکلیف به احتیاط شامل درجات بالاتر احتمال هم خواهد شد. مثلاً اگر مظنون بودن احتمال خطر برای پیدایش تکلیف به احتیاط کافی دانسته شود، بدون تردید در صورت اطمینانی بودن احتمال خطر هم احتیاط ورزیدن ضروری می گردد.

۱- ۱- ۷- ضرر مظنون؛ بسیاری از فقیهان این قاعده را با عنوان «دفع ضرر مظنون» معرفی کرده اند؛ و بر این باورند که درجه احتمال نسبت به وقوع ضرر در آینده، باید در حدّ ظنّ و گمان باشد (حلی، ۱۴۲۵، ۳: ۴۰۶؛ انصاری، ۱۴۱۹، ۲: ۳۵۱؛ عراقی، ۱۴۱۷، ۳: ۱۴۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ۲: ۵۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۹، ۳: ۴۳۶؛ میرزای قمی، ۱۴۳۰، ۳: ۱۸-۳۸). زیرا، عقل عملی، در این صورت حکم به لزوم احتیاط می کند. در نزد بسیاری از حقوقدانان خارجی نیز مظنون بودن خطر شرط احتیاط دانسته شده است: Collart, 2003: (Kourisky, 1999: 10; Gignon, 2013: 266 244, 249-250; Garcia, 2008:70;)





۲- ۱- ۷- ضرر محتمل^۱؛ برخی براین باورند که برای پیدایش تکلیف به دفع ضرر، لازم نیست که ضرر معلوم یا حتی مظنون باشد، وجود احتمال عقلانی نسبت به وقوع ضرر در آینده کافی است که شخص مرتبط با آن، عقلاً مکلف به اقدام احتیاط آمیز گردد (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷، ۵: ۱۰۷، ۲۷۶-۲۸۵، ۵۴۴-۵۵۳). بر اساس این نظر، دست کم ضرر مشکوک در قلمرو این قاعده قرار خواهد گرفت. حتی می توان گفت که ضرر موهوم منطقی، یعنی با احتمال کمتر از پنجاه درصد نیز ممکن است موجب حکم عقل به لزوم احتیاط گردد؛ و مهم وجود احتمال عقلانی و خردمندانه ضرر است. این امر در بخش اهمیت محتمل روشن تر خواهد شد. محتمل از نظر لغوی و عرفی شامل همه درجات احتمال خردمندانه می شود؛ و در مقابل ممتنع و محال قرار داد. از این رو، شامل درجات پایین تر، یعنی مشکوک و موهوم نیز، می گردد. در عرف عمومی عقلانی از این مفهوم احتمال با عنوان «ممکن» هم یاد می شود؛ یعنی چیزی که عدم آن ضروری و حتمی نیست (طباطبائی، ۱۳۶۲: ۴۷).

۳- ۱- ۷- ضرر مشکوک^۲؛ به عقیده بعضی، نه تنها باید ضرر معلوم و مظنون را دفع کرد، بلکه عقل به لزوم دفع ضرر مشکوک هم حکم می کند (خوئی، ۱۴۲۸، ۲: ۳۱).

۴- ۱- ۷- ضرر موهوم^۳؛ بعضی از فقیهان قلمرو این قاعده را حتی تا آستانه ضرر موهوم یا مستبعد^۴ هم توسعه داده اند. آنان معتقدند که ممکن است حتی موهوم بودن یک ضرر هم در پاره ای موارد «احتمال عقلانی» به شمار آید؛ و در نتیجه جلوگیری از این ضرر عقلاً لازم گردد (غروی، ۱۴۰۶: ۳۱۴-۳۱۵؛ روحانی، ۱۳۸۲، ۴: ۲۷۴). اغلب صاحب نظران سخنی از ضرر اطمینان بخش و مقطوع به میان نیاورده اند. این امر ممکن است به دو معنی تفسیر گردد: نخست این که روشن است که در این دو صورت به طریق اولی باید احتیاط کرد (طباطبائی، ۱۳۹۶: ۴۸۶؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۷، ۳: ۵۰۶، ۶۰۳؛ ایروانی، ۱۴۲۲، ۲:



1. Contingent/ éventuel
2. Doubtful
3. fictitious
4. exclu



۲۴۲)؛ و دوم این که این دو فرض از قلمرو احتیاط خارج و داخل در تحت قاعده دیگری هستند (ژوردن، ۱۳۹۷: ۱-۳).

به نظر می‌رسد که نظریه سبب محتمل منطقی‌ترین دیدگاه در این باره باشد؛ زیرا با توجه به مفهوم عقلانی و عرفی احتمال، و با در نظر گرفتن درجه اهمیت محتمل، درجه احتمال لازم در هر مورد مشخص می‌شود؛ و تکلیف به احتیاط به شکل عادلانه تری تعیین و اجرا می‌گردد. شاید به همین جهت بیشتر از دفع ضرر محتمل، سخن گفته شده است. از این رو، بی احتیاطی نه تنها شرط ضروری «نامشروع بودن» فعل یا ترک فعل را در سطح «تقصیر آمیز بودن» فراهم می‌کند؛ بلکه حتی در آنچه در حقوق خارجی «مسئولیت بدون تقصیر» یا «مسئولیت مبتنی بر خطر» نامیده می‌شود نیز، تأمین کننده شرط «نامشروع بودن» است. زیرا احتمال اندک خطر و وقوع ضرر بزرگ، احتیاط را ضروری می‌کند؛ و ترک آن عملی نامشروع خواهد بود؛ هر چند که آن عمل تقصیر عمدی یا شبه عمد به شمار نیاید.

۷-۲. قلمرو احتیاط از جهت اهمیت ضرر محتمل

جهت لزوم احتیاط، علاوه بر درجه احتمال وقوع ضرر در آینده، اهمیت ضرر محتمل نیز تأثیر گذار است (423: Applegate, 2000: 583-613; Wood, 2006: 42-43). مثلاً، تنها وجود چند درصد احتمال بروز نقص فنی برای یک هواپیمای مسافری، برای احتیاط و دفع ضرر محتمل و در نتیجه لزوم لغو پرواز کافی است. در حالی که این مقدار احتمال بروز نقص فنی در یک اتوبوس مسافری، برای احتیاط و لغو سفر آن کفایت نمی‌کند. از این رو، هر قدر که درجه اهمیت ضرر بیشتر، و ضرر سنگین تر و ناگوارتر باشد، درجه احتمال کمتر و ضعیف تری برای لزوم احتیاط کفایت می‌کند؛ و بر عکس هر چه ضرر محتمل سبک تر و کم اهمیت تر باشد، درجه احتمال وقوع آن باید بیشتر و قوی تر باشد، تا احتیاط ضروری گردد. یعنی بین اهمیت ضرر محتمل و درجه احتمال لازم برای احتیاط، رابطه معکوس وجود دارد (غروی، ۱۴۰۶: ۲۱۶-۲۱۷؛ Puttagunta, 2001: 30). توجه به این نکته، فهم دیدگاه کسانی را که حتی ضرر موهوم را هم، دست کم در پاره ای موارد، مبنای حکم عقل به لزوم احتیاط می‌پندارند، آسان می‌کند. از این رو، این گفته که در احتیاط فقهی جدی بودن و اهمیت ضرر مورد توجه قرار نمی‌گیرد، مقرون به صحت





نیست. همانطور که مورد احتیاط حقوقی را شک در اصل تکلیف دانستن، نادرست است. زیرا عدم لزوم احتیاط در مورد تردید در وجود الزام و تکلیف، مستظهر است به اصل عقلی، شرعی و جهانی «ممنوعیت عقاب بدون بیان» که نقض آن ظلم محض است (ایزانلو، ۱۳۸۸: ۴۰۹، ۴۱۱).

۷-۳. قلمرو احتیاط از جهت شخص متضرر

آیا تکلیف به احتیاط تنها شامل ضرری که خود شخص را تهدید می کند می شود؛ یا حتی ضرری را که متوجه شخص دیگری است نیز، دربر می گیرد؟ براساس آنچه در تبیین قاعده دفع ضرر محتمل بیان شد، افراد نه تنها وظیفه دارند که ضرر محتمل را از خود دفع کنند، بلکه مکلف اند که مانع بروز ضرری که احتمال دارد از جانب آنها به دیگران وارد شود، گردند. همچنین، قلمرو تکلیف به احتیاط هم فاعل فعل خطرناک، و هم مخاطب فعل خطرناک را دربر می گیرد.

نتیجه گیری

در این نوشتار تکلیف به احتیاط به مثابه یک قاعده ماهوی مطرح است؛ و اصل عملی احتیاط، تنها مصداقی از آن قاعده کلی است و بر مبنای آن توجیه می گردد. بعلاوه در اینجا تکلیف به احتیاط اختصاص به مورد وجود علم اجمالی ندارد؛ بلکه در مورد شک ابتدائی به احتمال وجود خطر و ضرر مهم در هر فعل یا ترک فعلی نیز وجود دارد. قاعده ماهوی متضمن تکلیف به احتیاط از مهم ترین وجوه پیشگیری است. مهم ترین مبنای تکلیف به احتیاط، قاعده عقلی لزوم دفع ضرر محتمل است. براساس این قاعده وجود احتمال عقلائی و خردمندانه خطر و ضرر برای ضرورت احتیاط ورزی کافی است. از این رو، ضرورت احتیاط برنیاد همه مکاتب اخلاقی و وظیفه گرا، فضیلت گرا و سودگرا قابل توجیه است. نصاب درجه احتمال خطر و ضرر وابسته به میزان اهمیت محتمل است. یعنی بین نصاب درجه احتمال و اهمیت محتمل نسبت معکوس برقرار است. معیارهایی برای اجرای عینی تر قاعده احتیاط پیشنهاد شده است. لکن هیچیک از آنها به تنهایی کافی نیست؛ و باید از هریک در مورد متناسب استفاده؛ و برای تدوین استانداردهای جدید تلاش





کرد. تکلیف به احتیاط هرگز نباید تا مرز ایجاد اختلال و بی‌نظمی، وسواس، دشواری و مضیقۀ غیر متعارف در زندگی تعمیم داده شود. در نگاه نخست، قرائت‌های مختلفی از رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی، قابل تصور است. این نقشها عمدتاً، در قالب وجه سلبی احتیاط، یعنی بی‌احتیاطی، بیان شده است. به باور نویسنده، بی‌احتیاطی هرگز نمی‌تواند جایگزین موضوع مسئولیت مدنی (ضرر) گردد. همچنین، بی‌احتیاطی محض برای ایجاد مسئولیت مدنی کافی نیست؛ زیرا، اقتضای آن را ندارد؛ و موجب و سبب مسئولیت مدنی باید مقتضی آن باشد. لکن مسئولیت مدنی به عنوان ضمانت اجرای تکلیف به احتیاط نقش ایفا می‌کند؛ از این رو، بی‌احتیاطی تأمین‌کننده شرط نامشروع بودن فعل زیانبار است. بعلاوه، بی‌احتیاطی زیان‌دیده ممکن است فعل زیانبار خواننده را مباح کرده و رافع کلی یا جزئی مسئولیت مدنی وی گردد. لکن این نقشها در چارچوب نظریۀ تقصیر هم حاصل است. از این رو، تنها تبیین معقول از رویکرد احتیاط آمیز در مسئولیت مدنی این است که احتیاط، و به بیان دیگر، پیشگیری به مثابۀ احتیاط، هدف مسئولیت مدنی قلمداد گردد؛ و در طراحی و اجرای قواعد مسئولیت مدنی بیش از نگاه به جبران گذشته، پیشگیری از وقوع خطر و زیان در آینده، مورد توجه قرار گیرد. این امر در سطح قانونی با تصریح به تکلیف عمومی به احتیاط در موارد وجود خطر محتمل حاصل می‌گردد. بنابراین، به قانونگذار پیشنهاد می‌گردد که تکلیف عمومی به احتیاط به ویژه در قوانین مربوط به مسئولیت مدنی صریحاً بیان شود؛ و نیز دست کم در مورد خطرهای زیان‌های بزرگ صرفاً عدم احتیاط اماره قانونی استناد عرفی ضرر به نقض‌کننده این تکلیف مقرر گردد.

منابع

۱. اردبیلی (محقق)، ۱۴۰۲ق، مجمع الفائده و البرهان، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲. اصفهانی، سید ابوالحسن، ۱۴۲۲ق، وسیله الوصول الی حقائق الاصول، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۳. اصفهانی، محمد حسین، ۱۳۷۲-۱۳۶۶ش، نهاییه الدراییه، قم، موسسه آل‌البیت (ع).





۴. املی، زهرا نوو انگلیز، ۱۳۸۸ش، «اصل احتیاط (Le principe de précaution) به مثابه ذهنیت و نشانه ای از نیاز انسان پست مدرن»، دو فصلنامه فلسفی شناخت، دوره ۲، ش ۲.
۵. امیری قائم مقام، عبدالمجید، ۱۳۸۵ش، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، چ ۵.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۹ق، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۷. ایروانی، علی، ۱۴۲۲ق، الاصول فی علم الاصول، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه.
۸. ایزانلو، محسن، اسدی، زهرا، ۱۳۹۸ش، «مطالعه تطبیقی کارکرد های دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، ش ۲.
۹. بادینی، حسن، ۱۳۸۹ش، «نگرش انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، ش ۱.
۱۰. بجنوردی، سید محمد حسن، ۱۳۸۸ش، القواعد الفقهیه، قم، دلیل ما.
۱۱. بحرانی، محمد سند، ۱۴۲۶ق، اساس النظام سیاسی عند الامامیه، قم، مکتبه فدک.
۱۲. بروجردی، آقا حسین، ۱۳۸۶ش، جامع احادیث الشیعہ، تهران، فرهنگ سبز.
۱۳. -----، ۱۴۱۵ق، نهایه الاصول، تهران: تفکر.
۱۴. بلیک، ژان الیزابت، صادقی، کمیل، ۱۳۹۸ش، اصل احتیاط زیست محیطی در پرتو قانون ایمنی زیستی، اخلاق زیستی، دوره ۹، ش ۳۲.
۱۵. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۱۴۲۵ق، العنایین، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۱۶. حسینی، سید احمد، ۱۳۸۰ش، «احتیاط یا راه سوم»، فقه، دوره ۸، ش ۲۹-۳۰.
۱۷. حسینی، سید احمد، ۱۳۸۲ش، «احتیاط های روا و ناروا: معیارها و ضوابط»، فقه، دوره ۱۰، ش ۳۵.
۱۸. حلّی (علامه)، حسن، ۱۴۲۵ق، نهایه الوصول الی علم الاصول، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع).
۱۹. حلّی، ابن ادريس، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. حلّی، حسین، ۱۴۳۲ق، اصول الفقه، قم، مکتبه الفقه و الاصول المختصه.





۲۱. حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۳ش، «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، ش ۴۰.

۲۲. خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۳۹ق، کفایه الاصول، قم، موسسه النشر، الاسلامی.

۲۳. خمینی، سید مصطفی، ۱۴۱۸ق، تحریرات الاصول، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲۴. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۸ق، غایه المأمول، قم، مجمع الفکر الاسلامی.

۲۵. دهقان، محمود، شعاریان ستاری، ابراهیم، تقی زاده، ابراهیم، سلطان احمدی، جلال، ۱۳۹۸ش، بازدارندگی به مثابه توجه به اصول اخلاقی در خسارت تنبیهی، اخلاق زیستی، ویژه نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی.

۲۶. روحانی، محمد صادق، ۱۳۸۲ش، زبده الاصول، تهران، حدیث دل.

۲۷. ژوردن، پاتریس، ۱۳۹۷ش، حقوق مسئولیت مدنی و پارادیم های جدید آن (نشست علمی)، کانون وکلای داگستری اصفهان.

۲۸. شبیری زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹ق، کتاب النکاح، قم، موسسه پژوهشی رأی پرداز.

۲۹. شهید ثانی، ۱۴۰۵ق، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.

۳۰. صدر، رضا، ۱۴۲۰ق، الاجتهاد و التقليد، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه.

۳۱. صفائی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، ۱۳۹۰ش، مسئولیت مدنی، تهران، سمت، چ ۲.

۳۲. طباطبائی قمی، تقی، ۱۳۷۱ش، آراؤنا فی اصول الفقه، قم، محلاتی.

۳۳. طباطبائی مجاهد، محمد، ۱۲۹۶ق، مفاتیح الاصول، قم، مؤسسه آل البيت (ع).

۳۴. طوسی (شیخ)، محمد، ۱۳۸۷ش، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه.

۳۵. عاملی، شیخ حرّ، ۱۴۰۷ق، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت.

۳۶. عراقی، آقا ضیاء الدین، ۱۴۱۷ق، نهایه الافکار، قم، موسسه النشر الاسلامی.

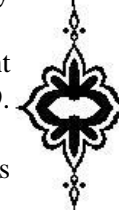
۳۷. غروی نائینی، محمد حسین، ۱۴۰۶ق، فوائد الاصول، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۳۸. الفاروقی، حارث سلیمان، ۲۰۰۶م، المعجم القانونی، بیروت، مکتبه بیروت ناشرون.





۳۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸ش، الزامهای خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲.
۴۰. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۴۱. موسوی قزوینی، علی، ۱۴۲۷ق، تعلیقه علی معالم الاصول، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۴۲. میرزای قمی، ابوالقاسم، ۱۴۳۰ق، القوانين المحکمه فی الاصول، قم، احیاء الکتب الاسلامیه.
۴۳. نجم آبادی، ابوالفصل، ۱۳۸۰ش، الاصول، قم، موسسه آیت الله بروجردی.
۴۴. نراقی، مولی احمد، ۱۴۱۷ق، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۵. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۶ق، حاشیه فرائد الاصول، قم، دارالهدی.
46. Applegate, J. (2000) "The precautionary preference: an American perspective on the precautionary principle", *Human and Ecological Risk Assessment*, 6(3), 413-443. <https://doi.org/10.1080/10807030091124554>.
47. Bender L (1988) "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort", *Journal of Legal Education*, 38(1-2), 3-46. <https://eric.ed.gov/?id=EJ373725>.
48. Bourguignon, D (2015) *Le Principe de précaution; Définitions, applications et gouvernance*, Union européenne.
49. Campbell, G H (1993) *Black's Law Dictionary*, 6th Ed, United States: west.
50. Cass R S (2003) "Beyond the Precautionary Principle", *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), 1003-1058. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=307098.
51. Chanteur, J (2001) "A philosopher's view", in *La prévention et la protection dans la société du risqué: le principe de precaution prevention and protection in the risk society: the precautionary principle*, Perret, L, Ridant, A, Guardiola, B, Amsterdam: Elsevier.
52. Collart, D F (2003) "Le principe de précaution dans le règlement communautaire du 28 janvier 2002", *Giuffre*, 1, 239. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=864580>.
53. Cornu, G (1996) *Vocabulaire Juridique*, Sixième Édition, Paris: Press Universitaires de France.





54. Deguergue, M (2006) "Les avancées du principe de précaution en droit administratif français", *Revue internationale de droit compare*, 58(2), 621-641. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_2_19439.
55. Fisher E (2001) "Is the Precautionary Principle Justice?" *Journal of Environmental Law*, 13(3), 315-334. https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/331.
56. Fitzgerald P J & Glanville Williams (1962) "Carelessness, Indifference and Recklessness: Two Replies", *the Modern Law Review*, 25(1), 49-58. <https://www.jstor.org/stable/1092634>.
57. Gignon Maxim, Oliver Ganry, Oliver Jardé, Cécile Manaouil (2013) "The Precautionary Principle: Is it Safe", *European Journal of Health Law*, 20(1), 261-270. Doi: 10.1163/15718093-12341272.
58. Godard O (2003) "Revisiting the precautionary principle under the light of 2002-2003 French and international events", Hal archives-ouvertes, Paris: Godard – Alliance workshop.
59. Hammitt J K, Jonathan B Wiener, Brendon Swedlow, Denise Koll and Zheng Zhou (2005) "Precautionary Regulation in Europe and the United States: A Quantitative Comparison", *Risk Analysis* 25, 25(5), 1-29. Doi: 10.1111/j.1539-6924.2005.00662.x.
60. Hughes D (1995) "The Status of the 'Precautionary Principle' in Law", *Journal of Environmental Law*, 7(2), 224-244. <https://www.jstor.org/stable/44248040>.
61. Jiang P (2014) "A uniform precautionary principle under EU law", *PKU transnational law review*, 2(2), 490-518. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pekuntlar2&div=20&id=&page=>.
62. Kourilsky, Philippe, ET Geneviève Viney (1999) *Le Principe de Précaution*, Paris: Inistut de France.
63. Martin E A (2006) *Oxford Dictionary of Law*, Sixth Edition, London: Oxford University Press.
64. Morkel D W (1983) "On the Distinction between Recklessness and Conscious Negligence", *the American Journal of Comparative Law*, 30(2), 325-333. <https://www.jstor.org/stable/839632>.
65. Nash J R (2008) "Standing and Precautionary Principle", *Columbia Law Review*, 108(2), 494-527. <https://www.jstor.org/stable/40041763>.
66. Noiville, C (2009) "Principe De Précaution ET Santé: Le point sur quinze années de jurisprudence", *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 1(3), 73-89. <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-centre-georgescanguilhem-2009-1-page-73.htm>.



67. Rey, A (1998) *Le Robert Micro*, Nouvelle édition, Montréal Canada: Dicorobert Inc.
68. Tapinos, D (2008) *Prévention, précaution ET responsabilité civile*, Paris: L'harmattan/ Logique Juridique.
69. Tobias C w (1993) "The Case for a Feminist Torts Casebook", *Villanova Law Review*, 38, 1517-1526. <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1851&context=law-faculty-publications>.
70. Tourneau, P (1972) *La Responsabilité Civile*, Paris: Dalloz.
71. White A R (1961) "Carelessness, Indifference and Recklessness", the *Modern Law Review*, 24(5), 592-595. <https://www.jstor.org/stable/1092634>.
72. Wood, Stephen G, Stephen Q. Wood, Rachel A. Wood (2006) "Whither the precautionary Principle? An American assessment from an administrative Law Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, 45(1), 581-613. <https://doi.org/10.1093/ajcl/54.suppl1.581>.
73. Wright R W (1995) "The standards of Care in Negligence Law", Published in: *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, pp. 249-275.

