

## شرایط و آثار اقدامات پیشدستانه در حقوق ایران

عبداله رجیبی\*

استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پروفسور فارابی)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۱/۱)

### چکیده

پیشرفت علم و نوآوری، در کنار نتایج مفیدی که به ارمغان می‌آورد، گاه نتایج زیانبار هنگفتی به همراه دارد که آثار جبران‌ناشدنی آن هم ناشناخته است. بشر، با توجه به تجارب گذشته و با استعانت از احکام حقوقی، در برخی موارد، سعی در کاهش آثار عمل زیانبار و بروز برخی از این خسارات پیش‌بینی‌ناپذیر و غیرقطعی دارد. از جمله ابزارهای حقوقی برای حصول این هدف، بار کردن تکلیف اقدامات پیشدستانه بر عامل است. این تکلیف که اخیراً در حقوق وارد شده، مبتنی بر منطق اقتصادی آن است. دغدغه اصلی این نوشته، آشنایی با این تکلیف، از طریق بررسی مفهوم و مبنا و نحوه اعمال و آثار آن است. از طرف دیگر، مشروعیت تکلیف به اقدامات پیشدستانه در نظام حقوقی ایران، به‌ویژه تطبیق آن با احکام مسئولیت مدنی، خود دل‌مشغولی دیگری است که امید است در این نوشته محقق شود، چراکه هدف اصلی حقوق مسئولیت مدنی جبران زیان وارده است؛ اما در اینجا، با احکامی روبه‌رو می‌شویم که بدون ورود زیان، تکالیفی را پیش از آن و حتی پیش از عمل زیانبار، بر عامل بار می‌کند. به نظر می‌رسد که اعمال تکالیف قانونی در فرض ریسکی بودن فعالیت، در حقوق ایران، مشروع باشد، اما تعیین حدود این تکلیف نیازمند ایجاد رویه یا حکم قانون است.

### واژگان کلیدی

اصول فقه، اقدامات پیشدستانه، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق محیط زیست، ریسک، مسئولیت مدنی، مالکیت فکری.

\* Email: rajabya@ut.ac.ir

نویسنده قردادان نظرها و یادداشت‌های ارزشمند خانم دکتر نسرین ترازوی در پیش‌نویس اولیه مقاله است که بدون آن، نوشته غنای علمی کافی را نمی‌یافت.

## ۱. مقدمه

در دهه‌های اخیر، به‌واسطه پیشرفت فناوری و گسترش قلمرو زیان، با وضعیت‌هایی روبه‌رو هستیم که به‌دلیل بدیع و حادث بودن، کمتر در تاریخ حقوق ریشه دارد. از جمله این موارد، تولید آلودگی از طریق صنایع و تأثیر منفی پیشرفت بر سلامت انسان و محیط زیست، همچنین، چیرگی بر قلمرو عمومی<sup>۱</sup> و آزاد به‌دلیل نوآوری مخترعان، در کنار آسیب متحمله از هوش مصنوعی است. سابقه اندک این فعالیت‌ها و پیشرفت‌های صنعتی سبب شده است تا درباره تولید زیان و میزان آن، «قطعیت» نباشد و چه‌بسا، پس از سال‌های متمادی و به مرور، زیان‌هایی آشکار و کشف شود که به قیمت جان بسیاری از انسان‌ها تمام شود (فجایع). در این میان، سؤال اصلی آن است که آیا باید به‌دلیل نبود قطعیت بروز زیان از این فعالیت‌ها، حکم به جواز آن داد یا تمهیداتی را برای بروز این خسارات سنگین و پیش‌بینی‌ناپذیر اندیشید؟ آیا از نظر حقوقی، «ابهام» مذکور، سبب رهایی عاملان از مسئولیت است یا باید ایشان را به‌دلیل فعالیت خطرناک، مسئول دانست. به‌عبارت روشن‌تر، آیا می‌توان به‌واسطه «احتمال» وقوع فاجعه یا زیان، عاملان مذکور را ملزم به اتخاذ تدابیر کرد و در صورت عدم تمکین، مسئولیت بر ایشان بار کرد؟

چنانکه می‌دانیم، نخستین و طبیعی‌ترین اثر مسئولیت مدنی جبران خسارت است؛ یعنی دادگاه رأی به جبران عینی، مثلی یا پولی زیان وارده می‌دهد. اما در اینجا، خواننده به این دلیل محکوم به جبران خسارت می‌شود که اقدامات پیشدستانه را اتخاذ نکرده است؛ پس، قبل از ورود زیان، عامل احتمالی می‌تواند طرف دعوا قرار می‌گیرد و الزام قانونی را متحمل می‌شود. حال، مسئله، جدای از امکان حقوقی امر، شمارش این فرایند در خیل مسئولیت مدنی است. برای رسیدن به پاسخ پرسش‌های مذکور، که مقدمتاً و اجمالاً مثبت است، باید با ماهیت این تکالیف، که یکی از مصداق‌های آن در حقوق محیط زیست مشهور به «اصل احتیاط» است، آشنا شد و آن را با مبانی حقوق ایران تطبیق داد.

## ۲. سابقه و کارکرد اقدامات پیشدستانه

براساس اصول کلی حقوقی، عملی که بدون توجیه قانونی، برای دیگران زیانبار باشد، ممنوع است و در صورت ورود زیان، اقدام‌کننده مسئول جبران خسارات وارده است. اما گاه درباره زیانبار بودن عمل تردید است. این تردید ممکن است به‌واسطه پیش‌بینی‌ناپذیری زیان باشد یا به‌دلیل نبود علم و آگاهی کافی از ماهیت عمل و اقدام، نتوان درباره آثار آن به یقین رسید.

سؤال اصلی آن است که به دلیل ابهام و تردید، می‌توان به ممنوعیت اقدام ریسکی حکم داد یا عامل آن را مسئول شناخت؟

منطق عرف و عقل سلیم و قاعده منطقی «ایمنی بهتر از تأسف آینده» (Cousy, 2008: 9)، ما را بر این می‌دارد که حتی اگر رابطه سببیت اثبات نشد، «احتیاط» کنیم (Hayward, 2005: 168). پس، عامل نه تنها باید از اعمالی که شبهه ورود زیان دارد، بپرهیزد، حتی مکلف است اقدامات مثبتی را برای وارد نشدن زیان به انجام رساند (Fischer, 2001: 320).

در میان اسناد حقوقی، نخستین بار، این تکلیف را می‌توان در سیاست‌های زیست‌محیطی آلمان غربی یافت که در زبان آلمانی با عباراتی مثل «نگرانی یا مراقبت پیشین»<sup>۱</sup> آمده است (Fischer, 2001: 317; Cousy, 2008: 99; Stookes, 2009: 31; Alder & Wilkinson, 1999: 155; Reynolds, 2013: 99). اوایل دهه ۹۰ در بیشتر معاهدات زیست‌محیطی ذکر شد (Fischer, 2001: 317; Cousy, 2008: 10). برای نمونه، در معاهده اتحادیه اروپا (ماستریخت) سال ۱۹۹۳ (بند ۲ ماده ۱۷۴) ذکر شد که سیاست زیست‌محیطی اروپا «مبتنی بر اصل احتیاط و اصل ضروری بودن اتخاذ اقدام پیشگیرانه است...»<sup>۲</sup>. در کتاب سفید اروپایی نیز آمده که برای ایجاد نظام مسئولیت زیست‌محیطی، باید رویکرد احتیاطی اتخاذ کرد (Wilde, 2001: 35). در بند ۲ (الف) ماده ۲ کنوانسیون پاریس و ماده ۳ (۳) کنوانسیون تغییرات آب‌وهوایی ۱۹۹۲ نیز این اصل بیان شده است. از این گذشته، در راستای تأیید مفهوم اصل احتیاط، دیوان دادگستری اروپا، در رأیی، ممنوعیت صادرات گوشت از بریتانیا را به‌منظور کاهش خطر انتقال بیماری به دام‌های کشورهای دیگر اعلام کرد (Wolf, 2013: 16).

در میان اسناد جهانی، شاید نخستین بیان از مفهوم احتیاط را بتوان در اصل ۱۵ اعلامیه ریو یافت. این دیدگاه از منظر هزینه و فایده موجه است (Steele, Katie, 2006: 21). با این حال، در رویه برخی مراجع بین‌المللی، مانند دیوان بین‌المللی دادگستری و سازمان تجارت جهانی، با اقبال چندانی روبه‌رو نبوده است؛ اما، مراجعی چون دادگاه حقوق دریاها از این اصل حمایت کرده است (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۲: ۱۴۵).

در فرانسه نیز، قانون ۲ فوریه ۱۹۹۵، اعمال این تکلیف را پذیرفت؛ بنابراین، «نبود اطمینان، با درنظر گرفتن معلومات علمی و فنی روز، اتخاذ اعمال مؤثر و مناسب برای منع خطر زیان‌های بزرگ و برگشت‌ناپذیر بر محیط زیست را، که از نظر اقتصادی با صرفه است، به تأخیر نمی‌اندازد» (Priure, 2011: 145).

## 1. Vorsorgeprinzip

۲. ماده ۲ R ۱۳۰ معاهده جامعه اروپا که با معاهده اتحادیه اروپا در سال ۱۹۹۳ اصلاح شد.

در کامن‌لا، تکلیف احتیاط را می‌توان با تکلیف مراقبت<sup>۱</sup> مقایسه کرد؛ اما با مراجعه به آرای قضایی، درمی‌یابیم که این اصل جایگاه فراتری نسبت به آن دارد (Wolf & Stanley, 2013: 16). برای نمونه، در پرونده‌ای<sup>۲</sup> به سبب خطر محتمل اشعه برق<sup>۳</sup> برای کودکان و ایجاد بیماری افزایش گلبول‌های سفید خون،<sup>۴</sup> مدعی خواهان کاهش ولتاژ برای منع خطر شد؛ دادگاه نیز بنابر خواسته وی و با شرایط ذیل حکم داد: الف) خطر جدی باشد؛ ب) دلیل مناسبی برای جلوگیری از عمل ممنوعه با هزینه مناسب‌تر از هزینه جبران زیان باشد؛ ج) اگر تدبیر مناسبی نشود، خسارت جبران‌ناپذیر باشد (Wolf & Stanley, 2013: 16). در میان کشورهای دیگر، ولز جنوبی، در قانون حمایت از مدیریت محیط زیست مصوب ۱۹۹۱، این‌گونه تکالیف را گنجانیده است. همچنین در زلاندنو، قانون طرح و سیاست‌های دولت تاسمانیا ۱۹۹۳ به آن پرداخته است (Alder & Wilkinson, 1999: 149-150).

از منظر مبانی حقوق، هر گاه بخواهیم عامل را از پیش، منع کنیم، با اصول کلی حقوقی، مثل آزادی انسان و مباح بودن عمل او مبارزه کرده‌ایم و نیز در مسیر توسعه، ایجاد مانع یا آن را مسدود کرده‌ایم و اگر بخواهیم به آن عمل، جواز بروز دهیم، ممکن است سبب تولید زیان و حتی فاجعه شود. به همین دلیل، می‌توان دو رویکرد متضاد را، به‌ویژه در زیان‌های زیست‌محیطی، درباره خطر بالقوه زیان جدی و برگشت‌ناپذیر یافت: رویکرد اخلاقی پرهیز، که مبتنی بر توسعه پایدار و مسئولیت اجتماعی در برابر نسل‌های آینده است و رویکرد مبتنی بر توسعه که ناظر بر نیاز به فناوری و تقدم منفعت پیشرفت بشر است (Cousy, 2008: 14). مسئله اصلی، بار کردن مسئولیت و تکالیف قانونی لازم بر شخصی است که قدم در مسیر مبهم پیشرفت علمی نهاده است. آیا رواست کسی بدون آگاهی از عاقبت کار سودمند خود، مسئول باشد؟

منطق حقوق، مخالف انجام گسیختگی بشر در زمینه‌های گوناگونی مثل توسعه است. هر گاه زیان افراد و جامعه در میان باشد، حقوق از آنجا که نقش پاسداری از حقوق خصوصی را بر دوش دارد، آن را بر نمی‌تابد. بنابراین، هر گاه پیشرفت، نه تنها سبب زیان قطعی حال و آینده دیگران، که اگر همراه احتمال ورود زیان به نوع انسان باشد، باید فرو گذارده شود. با این همه، اگر پیشرفت به سود نوع انسان باشد، چرا باید بر دوش اقدام‌کننده تکلیف بگذاریم و تحمل زیان را به دیگران بار نکنیم؟ به نظر می‌رسد که با توجه به مبانی اقتصادی و اصول حاکم بر

1. Duty of care

2. R v Secretary of State for Trade and Industry ex p Duddridge and others 1995

3. EMF

4. leukaemia

مسئولیت در حقوق ایران و تاریخ آن (مسئولیت بدون تقصیر) باید عامل را منع کرد؛ نه اینکه دیگران را زیر بار سنگین تحمل زیان قرار داد.

در حقیقت، اندیشه تناسب میان هزینه و فایده بر اتخاذ رویکرد مذکور مؤثر است (Steele, 197: Jenny, 2004). پس، برای ایجاد توازن میان توسعه و ایمنی، لازم است بدانیم که آیا منافع پیشرفت علمی کمتر از هزینه عوارض مصیبت‌بار احتمالی آن است یا خیر؛ اگر کمتر باشد، باید بر جنبه هزینه تحلیل «هزینه فایده» انگشت نهاد (Posner, 2004: 148). توضیح اینکه، تجربه بشر در زمینه توسعه به ما آموخته است که اثر پیشرفت در طول زمان شناخته می‌شود و به سبب اهمیت جان انسان و سلامتی او، نمی‌توان بر سر آن خطر کرد. پس، باید بر پیشرفت و توسعه لجام نهاد و هر کسی که بخواهد پیشرفتی به قیمت جان انسان‌ها کند، متقبل الزامات قانونی و عرفی و اخلاقی آن هم باشد. بنابراین، امروزه، حقوق مسئولیت از الگوی درمانی<sup>۱</sup> قرن نوزدهم میلادی و الگوی پیشگیرانه<sup>۲</sup> اواخر قرن بیستم، به سوی نمونه جدید مبتنی بر پیشدستی<sup>۳</sup> قرن بیست و یکم پیش می‌رود (Cousy, 2008: 11) و در نتیجه آن، رویکرد احتیاطی به اصل حقوقی تبدیل شده است.

### ۳. شرایط اقدامات پیشدستانه

سخن بر سر اقدامات مجازی است که احتمالاً آثار ناخوشایندی به همراه دارد. حقوقی که آن را مجاز دانسته، حال در پی زدودن عوارض نامطلوب آن است. از ویژگی‌های این الزام، در مقایسه با سایر الزامات، مثل جبران خسارات یا تکلیف به پیشگیری و...، آن است که الف) قبل از زیان باشد، ب) بر عمل اقدام‌کننده بار شود. این دو را در دو بند جداگانه بررسی می‌کنیم:

#### ۱. ۳. تقدم بر زیان

در دسته‌بندی علوم، حقوق را علم متأخر می‌شناسند و بر آن‌اند که ابتدا باید عمل تحقق یابد تا سپس، بتوان حکم را بر آن بار کرد. اما موضوع بحث ما نسخه‌ای از قاعده هزینه فایده در حقوق و اقتصاد است (Wolf & Stanley, 2013: 15). در واقع، نتیجه دخالت اقتصاد در حقوق و نگاه پیشینی به وقایعی است که اثر حقوقی دارد؛ یعنی شیوه پیشگیرانه و ناظر بر آینده است، نه درمان ناظر بر گذشته (see. Veljanovski, 2007: 8). شاید بتوان مبنای فلسفی بحث را در این سخن پاسکال یافت که می‌گوید: شایسته است که انسان به خدا اعتقاد داشته باشد، زیرا اگر آخرتی باشد، به نفع اوست (Posner, 2004: 149). پس، موضوع بحث اقدامات پیشدستانه،

1. Curative  
2. Preventive  
3. Anticipation

فرض روبرو شدن با زبانی است که هم در آینده رخ می‌دهد و بالفعل نیست و هم، قطعی و حتمی و مسلم نیست. در حقیقت، الزام قانون‌گذار به دلیل «زیان» نیست، چراکه ممکن است هیچ‌گاه زیان رخ ندهد و الزام همچنان باقی ماند؛ بلکه دلیل الزامات و تکالیف حقوقی، ایجاد ریسک است. بنابراین، مغز و ماهیت این تکلیف «عدم قطعیت» است.

قطعیت امر موضوعی و تخصصی است که ارزیابی آن در اختیار حقوقدانان نیست. ممکن است عدم قطعیت با خطر خلط شود: می‌توان احتمال خطر را ارزیابی و هزینه‌های آن را محاسبه و حتی آن را بیمه کرد؛ اما عدم قطعیت، اساساً از خطر محاسبه‌پذیر جداسازی و روش علمی برای ارزیابی آن وجود ندارد و برخلاف خطر، نمی‌توان آن را کاهش داد (Cousy, 2008: 4). در فرض عدم قطعیت، نه تنها مکان، زمان، تعداد و شدت حادثه خطرناک مبهم است، بلکه وجود خطر نیز نامعلوم است (Cousy, 2008: 4-5)؛ چراکه مطمئن نیستیم که از اقدام موضوع بحث زیان حاصل می‌شود یا خیر، که اگر چنین اطمینانی داشتیم، آنگاه، براساس اصل بازدارندگی و پیشگیری اقدام می‌کردیم.

توضیح اینکه، برخی مواقع، عملی که به سود پیشرفت بشر باشد، خطرناک و زیانبار است؛ این‌گونه اعمال ممنوع است. بحث ما مربوط به این نوع اعمال نیست، بلکه در خصوص وقتی است که در مورد زیانبار بودن آن عمل قطعیت نباشد یا اینکه در مورد میزان آن قطعیتی نیست. افزون‌بر این، تنها عدم قطعیت در خطر جدی برای توجیه الزام به اتخاذ اقدام احتیاطی کافی نیست (Wolf & Stanley, 2013: 16). باید بین خطری که مبتنی بر خیال است و باوری که پشتیبان آن تجربه است، تفاوت نهاد (Cousy, 2008: 14)؛ تکلیف احتیاط برای زبانی است که براساس تجربه نوعی افراد، احتمال وقوع دارد و حدس و گمان افراد در مورد بروز زیان از فعالیت خاص در آینده نمی‌تواند توجیه عقلانی برای اعمال تکلیف بر عاملان باشد. شایان ذکر است که این با خطر توسعه، که در عرصه‌های جدید مسئولیت مدنی آمده، متفاوت است؛ توضیح اینکه، خطر توسعه به مثابه دفاع در برابر دعوی پرداخت خسارات وارده از فناوری خاص است (کاتوزیان و انصاری، ۱۳۸۷: ۳۰۹).

در هر حال، هر گاه فعالیتی خطرناک باشد، نباید نبود اطمینان علمی درباره آن، موجب بی‌عملی شود (Fischer, 2001: 316). در واقع، نباید ناتوانی در پیش‌بینی دقیق نتایج کوتاه‌مدت یا بلندمدت برخی اعمال، عذری برای عملی باشد که تخریب محیط زیست را منع می‌کند (Priure, 2011: 145).

## ۲. ۳. تکلیف اقدام‌کننده

گاهی ممکن است زیان دیده، به دلیل کمتر بودن هزینه احتراز از خطر، مکلف به اقدام شناخته شود (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۳۷) یا اینکه هر دو عامل و زیان دیده چنین تکلیفی را بر عهده داشته باشند (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۳۸). با این حال، اقدامات پیشدستانه اغلب باید از جانب کسی اتخاذ شود که عامل عمل زیانبار است.<sup>۱</sup>

به نظر برخی، تنها اثر الزامات پیشدستانه سختگیری بیشتر قاضی در قبال افرادی است که احتیاط لازم را نکرده‌اند (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۴: ۴۸۴). درست است؛ این الزامات تکلیف انسان متعارف را افزایش و گسترش می‌دهد. برای مثال، تکلیف ارائه اطلاعات و هشدار فروشنده به خریدار، تحت تأثیر این الزامات، وسیع‌تر شده و به جای محدود بودن به خطرهای ممکن و احتمالی، به خطرهای بالقوه هم گسترش یافته است (Cousy, 2008: 21)؛ اما مهم‌ترین اثر آن، تکلیف کاهش یا حذف نتایج زیانبار فعل از جانب کسی است که ممکن است به دیگران آسیب برساند؛ از جمله، منع یا محدود کردن جریان مواد یا محصولات مانده زباله و... (Krämer, 2003: 17). از این بالاتر، این الزام همیشه ناظر بر منع فعل زیانبار و ترک فعل نیست و می‌تواند در قالب مثبت فعل تحقق یابد؛ مثل تکلیف به تمهیداتی درباره کاستن نتایج عمل، شامل هشدار و تحذیر. البته، به اعتقاد برخی، تکلیف مذکور، همواره نیازمند عمل مثبت است (Steele, Jenny, 2004: 197). از این گذشته، تکلیف حاضر ممکن است شامل انتخاب جایگزین‌های دیگر برای عمل محدود شده یا منع شده باشد. برخی این امر را رویکرد راه‌حل‌محور این اصل و آینده‌نگری می‌دانند (Steele, Katie, 2006: 21). گاهی نیز شیوه‌های جبرانی خاص خارج از عرصه مسئولیت مدنی، مثل جبران از راه صندوق‌های زیست‌محیطی مورد حکم قرار می‌گیرد (رجبی، ۱۳۸۸: ۱۸۷-۱۸۶).

بر این مبنا، گاه الزامات مذکور جنبه تأمین‌ی دارد و شخصی است و در قالب مسائلی مثل اضطراب و دفاع مشروع و احقاق شخصی حق مطرح می‌شود. همچنین گاه اقدام‌کننده را ملزم می‌کند که خود، پیشاپیش به فکر کاهش آثار زیان ناشی از اقدام مجازش باشد یا اینکه به گونه خاصی عمل کند تا اقدام مجاز وی آسیب کمتری ایجاد کند.

ممکن است پرسیم که اگر عامل اثبات کند که از عمل او زیانی بر نخواهد خاست، چه اثری دارد. مسلم است که اگر از عمل اشخاص زیان ایجاد نشود یا احتمال بروز آن نرود، ایشان تکلیفی بر عهده ندارند و به‌رغم آن معلوم است که اثبات این وضعیت درباره

۱. این شرط، مطالعه این اقدامات را جزو مسئولیت مدنی قرار می‌دهد و از ورود آن به مسئولیت دولت و حقوق اداری پیشگیری می‌کند، چراکه برخی حقوق‌دانان اعتقاد دارند که مطالعه این اصل در قالب اصول حقوق عمومی امکان‌پذیر است (Salworthy, 2003, p. 5).

نوآوری‌های جدید، تقریباً غیرممکن است. اما عامل، با استناد به فنون پیشین<sup>۱</sup> و اینکه اقدامات او در قالب وضعیت موجود فنی<sup>۲</sup> قرار می‌گیرد، می‌تواند عمل خود را نوآورانه نداند و از تکلیف مذکور رهایی یابد (Thierer *et al.*, 2017: 45).

در هر حال، شخص باید برای کاهش خطر و هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی احتمالی ناشی از آن اقدام کند و در صورت امکان، خطر را از بین ببرد و ضمن اطلاع به دیگران، پیشنهادهایی را نیز در این زمینه به ایشان بدهد. آنچه در اینجا اهمیت می‌یابد، اصل تناسب است؛ یعنی، این اقدامات باید متناسب با اهمیت خطر باشد و در طی زمان حالت پویا دارد تا ایستا (Cousy, 2008: 13). توضیح اینکه، با اجرای این تکلیف، طرف‌های مخاطب خطر یا زیان و نیز گاهی زمان اجرای تعهدات تغییر می‌یابد؛ بدین‌نحو که در موضوعات مرتبط با سلامتی و خطرهای مربوط به حیات انسان، تعهد به اطلاع‌رسانی به زیان‌دیده احتمالی، نه تنها به طرف‌های رابطه، بلکه به عموم و همه اشخاص در معرض خطر تسری می‌یابد. همچنین در برخی موارد مثل فروش مال، تعهد فروشنده طولانی‌تر خواهد بود و به بعد از زمان تحویل هم گسترش می‌یابد (Cousy, 2008: 21) و این جلوه‌ای از الزامات پیشدستانه در نتیجه قرارداد است. می‌توان جلوتر رفت و گفت که براساس این الزامات، تکلیف مضاعفی بر دوش دانشمندان قرار می‌گیرد. از جمله، با ملاحظه موارد عدم قطعیت، باید در خصوص این تردیدها گزارش دهند تا خطاها و لغزش‌های ناخواسته علمی به‌وجود نیاید (Steele, Katie, 2006: 23)، چراکه سبب اعمال استانداردهای بالاتری نسبت به تعهدات انسان متعارف در مواجهه با خطرهای احتمالی پیش رو می‌شود (Cousy, 2008: 22).

بر این اساس، باید گفت که در این فرض، تحلیل اقتصادی و مباحث هزینه فایده پا به میان می‌نهد و دو راه «جواز» و «منع» را پیش روی عامل می‌گذارد. همچنین، می‌توان به روش سوم اندیشید و بر اتخاذ تدابیر پیشگیرانه تمرکز کرد؛ برای مثال هر گاه نیروگاه یا پالایشگاهی اقدام به تولید نیرو یا پالایش نفت می‌کند، به کاهش آلودگی ناشی از آن نیز می‌اندیشد. از جمله از توزیع دود سمی حاصل از تولید نیرو با وسایل فنی پیشگیری می‌کند یا به اهالی منطقه یا مسئولان نگهداری محیط زیست سالم خسارت می‌پردازد.



#### ۴. مشروعیت اقدامات پیشدستانه در حقوق ایران

مطالعه اقدامات پیشدستانه در حقوق اروپا تنها از این نظر سودمند است که بتوان نتایج آن را در حقوق ایران به کار بست؛ وگرنه این مطالعه، بیشتر حالت مطالعات جامعه‌شناسانه خواهد داشت و از تبار علم حقوق نخواهد بود.

##### ۴.۱. مبانی کلی حقوق ایران

ابتدا الزامات ناشی از عدم قطعیت در ورود زیان از اقدامات آینده را با اصل فقهی احتیاط و سپس، با عناصر دادرسی مدنی تطبیق می‌دهیم:

**نخست، اصل فقهی احتیاط؛** به نظر برخی، مبانی تکلیف به اتخاذ اقدامات احتیاطی، با اصل فقهی احتیاط یکی است (حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۹۴)، بنابراین، به واسطه این تشابه، باید دید که این اصل ممدوح (ر.ک: محمدی، ۱۳۸۰: ۳۱۲) توان اعمال در نوشته حاضر را دارد یا خیر.<sup>۱</sup> در بیان شباهت اقدامات پیشدستانه و احتیاط فقهی (اصالت اشتغال)، باید گفت محل جریان اصل احتیاط فقهی وقتی است که تکلیف مشخص است و تردید در موضوع تکلیف (مکلف به) باشد (ر.ک: محمدی، ۱۳۸۰: ۳۱۱؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۹۰).

منتها، در اینجا، تکلیف از نوع پیشدستانه است. از این رو، هم در خصوص تکلیف و هم موضوع آن (ورود زیان و اثر زیانبار) قطعیتی نیست؛ یعنی شبهه ما از نوع موضوعی و حکمی است؛ پس، اگر در خصوص موضوع شبهه داشته باشیم، آیا این شبهه، سبب می‌شود که نتوانیم تکلیفی را بر واردکننده احتمالی زیان بار کنیم؟ همچنین، همگان تکلیف دارند که از زیان به دیگران بپرهیزند، اما آیا قبل از ورود زیان احتمالی نیز چنین تکلیفی وجود دارد؟ بنابراین، مسئله این است که با وجود عدم قطعیت زیان و صرف ریسک، آیا می‌توان اقدام‌کننده را ملزم به اتخاذ تدابیر لازم کرد؟

گاهی نیز با تکلیفی از جانب صاحب فعالیت مشکوک به زیان روبه‌رو هستیم که مبتنی بر ناآگاهی بشر و ناتوانی علم کنونی او بر آثار فعالیت‌های اوست. از این رو، کسی که احتمال خطر را بالا می‌برد، باید خسارات عمل خویش را نیز بپردازد (Steele, Katie, 2006: 19; Reynolds, 2013: 105). در کنار این، دفاعیات خواننده، مثل دفاع رعایت آخرین دانش فنی یا وجود مجوزهای دولتی نیز از جمله مصداق‌های مؤید تردید ماست (ر.ک: رجبی، ۱۳۸۸: ۱۶۹).

از نظر فقهی، اگر چنین تردیدی باشد، نه محل اعمال اصل احتیاط، که باید اصل برائت را جاری ساخت (محمدی، ۱۳۸۰: ۳۱۲؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۱۲۷ و ۱۴۸). با این حال، درباره

۱. شایان ذکر است که گروهی از فقهای امامیه قایل به اصالت حظر به‌جای اباحه در افعال هستند و بر این مبنا نیز اصل احتیاط را توجیه می‌کنند (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۳۷۷: ۹۰).

این تکلیف تردید چندانی نیست و در نتیجه، می‌توان منشأ هر دو اصل احتیاط فقهی و عرفی را یکی دانست؛ به‌گونه‌ای که در هر حال، هر گاه علم اجمالی باشد که محرمات بسیاری از عمل ناشی شود، باید احتیاط پیشه کرد (شیخ انصاری، ۱۳۷۷، ۸۷)، چراکه همه اتفاق نظر دارند اشتغال ذمه یقینی نیازمند برائت ذمه یقینی است (شیخ انصاری، ۱۳۷۷، ۸۷) و این با اصل احتیاط برطرف می‌شود.<sup>۱</sup>

از این گذشته، احتیاط فقهی در فرضی رواست که با شبهه محصوره طرف باشیم؛ یعنی مردد بین دو یا چند حکم مشخص قانونی باشیم. در اقدامات پیشدستانه شبهه محصوره وجود ندارد و ممکن است اقدام‌کننده را ملزم به چیزی کنیم که پیش از این در قوانین درباره آن حکمی نداشته‌ایم. همچنین، گفته شده که احتیاط ناظر بر شبهه اجمالی راجع به متباین است (محمدی، ۱۳۸۰: ۳۱۳؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۷، ۱۷۸)؛ در فرض این نوشته نیز، در حقیقت، بین دو امر متباین شک داریم؛ اینکه اقدامی که هنوز قطعیتی در مورد زیان ناشی از آن وجود ندارد، زیانبار است یا خیر. منتها، در فقه اقدام در این فرض را صحیح نمی‌دانند، اما در الزامات پیشدستانه اقدام به شرطی مشروع است که تدابیر لازم (فعل مثبت یا منفی) اتخاذ شود. البته فقه نتیجه احتیاط را همیشه خودداری از اقدام نمی‌دانند، بلکه در بیشتر موارد، مکلف باید هر دو اقدام مباح را به انجام برساند، تا بگوییم که براساس احتیاط عمل کرده است. چنانکه در خصوص شک در گزاردن نماز ظهر جمعه به‌صورت عادی یا در قالب نماز جمعه، گفته شده است هر دو را بنابر احتیاط باید به‌جا آورد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، ۲۰۴).

در مورد آثار این تکالیف نیز بین حقوق غرب و فقه شیعه توافق وجود ندارد. در حقوق اسلام، برخلاف حقوق غربی، این تکلیف بیشتر ماهیت معنوی و درونی دارد و ضمانت اجرای اجتماعی را برای رعایت نکردن احتیاط نمی‌توان یافت یا دست‌کم، نویسنده چنین مثالی را ندیده است. اما، الزامات پیشدستانه نوعی الزام حاکمیتی است که در شرع سابقه ندارد؛ پس در دایره منطقه فراغ قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> منتها، ممکن است با امر واجب و حرام دیگری تعارض داشته باشد که خود به بررسی محتوای تکلیف وابسته است.

همچنین، در هر دو، تفاوتی بین انواع مکلفان نیست. در فقه ممکن است مجتهد یا مقلد در شبهه باشد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، ۲۰۵) و در الزامات پیشدستانه ممکن است آلاینده یا مراجع عمومی در خصوص نتیجه زیان قطعیت نداشته باشند و تکالیف آن بر هر دو بار شود. با این حال، اغلب تکلیف پیشدستی تکلیف خصوصی است.

۱. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل (عراقی، ۱۴۲۰ق: ۱۸۲).

۲. برای مطالعه درباره منطقه فراغ، ر.ک: صدر، ۱۳۸۲: ۶۸۹.

دوم، آیین دادرسی؛ ممکن است الزامات پیش‌دستانه را از نظر شکلی و در قالب شرایط اقامه دعوا بررسی کنیم و از آنجا که شرط دعوا ذی‌نفع بودن مدعی است و نفع نیز باید به وجود آمده باشد (شمس، ۱۳۸۰: ۳۲۰)، بر آن باشیم که اعمال این اصل چنین شرطی را نادیده می‌گیرد (حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۹۸). با این حال، از دو نظر می‌توان استدلال مذکور را رد کرد؛ نخست اینکه، شرط شکلی مذکور اتفاقاً در دعوای مبتنی بر اصل احتیاط وجود دارد و آنچه مفقود است، شرط ماهوی مسئولیت مدنی، یعنی ضرر است؛ دوم اینکه، حتی در قانون آیین دادرسی مدنی، از جمله مواد ۱۱۴ و ۱۴۹ق، می‌توان مصادیقی را یافت (ر.ک: شمس، ۱۳۸۰: ۳۲۰)، که قانون‌گذار به نفع احتمالی و آینده شخص ترتیب اثر داده است. با این همه، البته طرح دعوای پیشگیرانه و اعلامی بهتر می‌تواند اقامه دعوا بر مبنای این اصل را توجیه کند (حیاتی، ۱۳۹۳: ۲۰۰)؛ منتها، این دعوا در حقوق ایران، به‌جز در مصادیق اندکی مثل پیام مطمئن شورای رقابت (موضوع ماده ۴۹ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی) وجود ندارد و بیشتر در حقوق آمریکا مورد توجه است. شاید در حقوق کنونی بتوان با امر شکلی دستور موقت به برخی نتایج اصل مذکور یا دعوای پیشگیرانه رسید.

سرانجام، باید دید که می‌توان اقدامات پیشدستانه را در قالب قواعد مسئولیت مدنی قرار داد یا خیر.

#### ۴.۲. قواعد مسئولیت مدنی

از آنجا که الزامات پیشدستانه تکالیفی را بر دوش اقدام‌کنندگان می‌نهد، بی‌شک مرتبط‌ترین گرایش حقوقی با آن، مسئولیت و به‌ویژه حقوق مسئولیت مدنی است. البته، گروهی بر آن‌اند که الزامات پیشدستانه با مسئولیت مدنی رابطه‌ای ندارد و برخی دیگر نظر مخالف دارند و می‌گویند که یکی از اصول اساسی و جدید آن است یا دست‌کم عمیقاً بر مفاهیم سنتی تقصیر و خطر مؤثر است؛ و سرانجام، برخی دیگر نظر میانه را پذیرفته‌اند (Cousy, 2008: 16).

از دو نظر، می‌توان الزامات ناشی از اقدامات زیانبار احتمالی آینده را از دایره حقوق مسئولیت مدنی خارج کرد: الف) مبنای مسئولیت مدنی در اسلام، حمایت از اشخاص و متعلقات آن (اموال) است، نه ایجاد انتظام اجتماعی یا اهداف دیگری جز آن و این علل تاریخی و فرهنگی و جغرافیایی دارد. به‌عبارت دیگر، فقه شیعه در پی انتظام دادن به امور اجتماعی نبوده و حتی به‌صورت اولی، در پی آن نیست که از تجاوز اشخاص به حقوق دیگران پیشگیری کند، چراکه ابزار مهم آن یعنی حکومت و قدرت اجرای احکام را است، بلکه سعی کرده با تذکر دادن احکام مجازات و با استفاده از وجدان فردی و احساس دینی مردم، فعل متجاوز را مجازات کند و با احکام مسئولیت مدنی عدالت جبرانی را برقرار کند. اما الزامات

پیشدستانه در پی تنظیم امور اجتماعی برای پرهیز از اثر زیان‌های احتمالی آینده یا دست‌کم کاهش تأثیرات آن است.

با این حال، می‌توان نگاه اصلاح‌گرایانه برخی فقها را در احکام مسئولیت یافت؛ مثل دخیل دانستن عدوان در مسئولیت و... همچنین، اصولی مثل حذر که مبتنی بر اصل احتیاط است، در این مسیر یاریگر ماست. در واقع، بر مبنای قاعده حذر یا تحذیر، در صورتی که شرایط ذیل موجود باشد، هشداردهنده مسئولیتی در قبال زیان وارده ندارد: هشدار داده شود، هشدار قبل از وقوع حادثه باشد، وسایل هشداردهنده متناسب با حادثه باشد و ورود زیان نباید ناشی از اقدام عمدی باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱۲۸-۱۲۶). چنانکه می‌بینیم، پیشدستی دارای آثاری در این نظام حقوق است.

بر مبنای اصل براءت و اباحه، اصولاً تکلیفی بر عهده اقدام‌کنندگان نیست. منتها، در برابر، باید گفت که دامنه اصول عملی مذکور تا جایی است که زیانی وارد نشده یا تهدیدی در میان نباشد. وگرنه، باید این اصل را کنار گذاشت و به سایر موارد رجوع کرد، چراکه حق زیان‌دیده معارض حق واردکننده زیان است و استفاده از اصل عدم مسئولیت، روا نیست و شایسته است تحمل زیان بر عهده عامل باشد نه کسی که نتایج عمل را تحمل کرده است. از طرف دیگر، ابتنای حقوق اسلام بر عدم تقصیر، یاریگر ما در این قضیه است، چراکه هر گاه تهدیدی باشد، عامل آن مسئول است؛ اعم از اینکه تقصیری داشته باشد یا خیر. در واقع، هشدار به اقدام‌کننده می‌دهیم و بر این اساس، تکالیفی را بر وی بار می‌کنیم و در صورت ورود زیان، صرفاً به مسائل عینی و انتساب زیان به اقدام مذکور توجه می‌کنیم و به حالات ذهنی و روحی اقدام‌کننده کاری نداریم.

حال، ضرورت دارد که این تکلیف اقدامات پیشدستانه را از دریچه احکام مسئولیت ببینیم: **نخست، هدف و ارکان مسئولیت مدنی؛** هدف اقدامات پیشدستانه «احتراز از زیان‌های احتمالی» است که ممکن است آثار سوء و جبران‌ناپذیری در زندگی و حیات بشر بر جای گذارد (Steele, Jenny, 2004: 193)، اما هدف سنتی مسئولیت مدنی جبران «زیان‌های وارده» از عمل خاص است و اصولاً پس از ورود زیان مصداق می‌یابد. بنابراین، باید گفت که در بحث ما منطق پیشدستی و پیشگیری حاکم است، نه اعاده وضع سابق یا جبران خسارت. پس، هدف آن، اجتناب از خطر، پیش از رخداد است؛ درحالی‌که مسئولیت مدنی پس از ورود زیان و برای تعیین آثار آن، وارد عمل می‌شود. همچنین، علت تکلیف مبتنی بر اقدامات پیشدستانه، وجود خطر حاصل از زیان عظیم و برگشت‌ناپذیر است؛ اما تکلیف جبران خسارت مبتنی بر فرض برگشت‌پذیری زیان است (Cousy, 2008: 16). بسیاری از آثار زیان تنها پس از رخ دادن، اثبات می‌شود و پیش از آن معلوم نیست که آیا اصولاً زیانی وارد شده یا خیر (Steele, Jenny, 2004: )

193). بر این اساس، هر گاه یقین به زیان‌های ناشی از فعالیت نباشد، یعنی وقتی مطمئن نباشیم که فعالیت زیانبار است یا خیر، بی‌شک چنین تکلیفی، از نگاه سنتی با تردید روبه‌روست، چراکه هنوز به وجود زیان علم نداریم و این امر مستلزم بار کردن تکلیف اضافی به فعالان است.

می‌توان به شرط پیش‌بینی‌پذیری ضرر در مسئولیت مدنی استناد کرد و گفت که وجود چنین نهادی توجیه‌کننده تکلیف مبتنی بر احتیاط و عدم قطعیت است. با این حال، باید گفت در اقدامات پیشدستانه، در خصوص ماهیت خطر مبنای اقدام، شک و شبهه وجود دارد، نه در خصوص حالت ذهنی خواننده (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۹۷). به عبارت دیگر، قابلیت پیش‌بینی زیان ناظر بر زیانی است که وارد شده است، نه زیانی که احتمالاً وقوع آن در آینده می‌رود.

همچنین، ممکن است اقدامات پیشدستانه را با عدم‌النفع یا زیان آینده در مسئولیت مدنی مقایسه کنیم و بگوییم که این اقدامات از نفع آینده حمایت می‌کند. با این حال، شرط اصلی مسئولیت مدنی، «مسلم بودن ضرر» است؛ حتی اگر این ضرر رخ نداده و ناظر بر آینده باشد. مثل کارگری که نیروی کار خود را برای دو ماه آینده از دست داده است (باریکلو، ۱۳۹۳: ۸۰). پس، شرط «احتمال» موجود برای تکلیف اقدامات پیشدستانه مخالف این استدلال است. در واقع، عدم‌النفع چون ناظر بر احتمال است، جبران‌پذیر نیست (ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری) و تنها تقویت منفعت که عرفاً بر آن صدق اتلاف کند، امکان جبران خسارت دارد.<sup>۱</sup> چراکه موقعیتی که می‌توانست سبب کسب سود شود، به صورت حتمی از دست رفته است. نتیجه اینکه، محل یقین موجود در مسئولیت مدنی و احتمال موجود در الزامات پیشدستانه یکی نیست و فرق بسیاری دارند.

**دوم، عمومی یا خصوصی بودن الزامات ناشی از احتیاط؛** مسئولیت مدنی با زیان به حق شخصی که معمولاً زیان‌دیده مشخص باشد، سروکار دارد<sup>۲</sup>، اما اقدامات پیشدستانه ناظر بر احتمال ورود زیان‌هایی است که جمع بسیاری از افراد را پوشش می‌دهد و در صورت وقوع، بیشتر شبیه «فاجعه» است تا «زیان». فاجعه زیان است؛ اما زیانی که گستره زیادی دارد و افراد بسیاری را درگیر می‌سازد. این افراد را نمی‌توان شامل گروه با ویژگی مشترک حقوقی و اعتباری مثل وکلا، پزشکان و... دانست؛ پس، با زیان جمعی متفاوت است. در اینجا، اشخاص، تنها به واسطه اشتراکات مادی، از جمله حضور همزمان در یک مکان یا استفاده از وسیله خاص و... در دایره زیان‌دیده قرار می‌گیرند. همچنین، می‌توان گفت که فاجعه مفهومی مرتبط با منافع

۱. برای مطالعه درباره حکایت عدم‌النفع در حقوق ایران، ر.ک: شهیدی، ۲۵۲.

۲. در حقوق مسئولیت مدنی با زیان جمعی هم روبه‌رو هستیم؛ متها، در آنجا هم بحث است که زیان عمومی است یا خصوصی.

عمومی و زیان مفهومی با خصیصه خصوصی است. در جهت این تحلیل، نویسندگان غربی، اصل اقدام احتیاطی را بر اساس ماهیت و سطح زیان تقسیم نموده‌اند و میان اصل احتیاط جزئی و کلان تفاوت نهاده‌اند. احتیاط کلان مربوط به توسعه پایدار و درباره خطرهایی است که مضر به حال کره زمین، زندگی بشر و طبیعت است (Cousy, 2008: 14-15)؛ اما احتیاط خرد چنین نیست.

بر این پایه، باید گفت که دست‌کم، احتیاط در سطح کلان را نمی‌توان در قالب مسئولیت مدنی جای داد، چراکه مکلفان آن مراجع عمومی‌اند و به دلیل نیاز به اعمال اداری یا سیاسی، کاملاً پیشدستانه است و در قالب حقوق اداری یا حتی سیاسی مطالعه می‌شود. بنابراین، فجایع و احتیاط کلان را باید در قلمرو حکومت مسئولیت اجتماعی مطالعه کرد. اما حوادث در محدوده مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد؛ پس، در فجایع، مجالی برای جبران خسارت نیست، بلکه تقدم با پیشدستی<sup>۱</sup> است (Cousy, 2008: 16). زیان زیست‌محیطی که به دلایل پیش‌گفته، ممکن است فاجعه نیز باشد، زیان عمومی و در عین حال، به دلیل زیان به تک‌تک اشخاص خصوصی، دارای ماهیت خصوصی است. بنابراین، نیازمند توسل به اقدامات احتیاطی خرد مرتبط با مسئولیت مدنی و رفتار فردی نیز است؛ درحالی‌که مقوله اعمال احتیاط کلان بیشتر با رویکردها و تصمیمات جمعی سروکار دارد (Cousy, 2008: 18). با این همه، باید گفت که نمی‌توان از ورود مسئولیت مدنی به عرصه احتیاط کلان پیشگیری کرد؛ همچنان‌که توسل به تحلیل‌های اقتصادی و اقدام به پیشگیری را کسی در احتیاط خرد نفی نمی‌کند.

در هر حال، مشروعیت اقدامات پیشدستانه در مسئولیت مدنی، برای تنظیم رفتار است و مقصود آن اصلاح قوانین به سمت‌وسوی محدود کردن فعالیت‌های عمومی و مستقل در راستای نفع انسان و محیط اوست (Steele, Katie, 2006: 20). به عبارت دیگر، در موارد احتیاط علمی، اقدام از صلاحیت قاضی و کارشناس خارج و بر دوش مدیر و سیاست‌گذاران است، چراکه وضعیت‌های پیچیده و نامعین، مبتنی بر قضاوت ارزشی است و با اقدامات حفاظتی درهم آمیخته است (Cousy, 2008: 18). همین مسئله سبب می‌شود که از نظر ماهیتی اصل احتیاط را تصمیمی در حقوق عمومی بدانیم و مسئولیت مدنی را نهادی در حقوق خصوصی.

**سوم، مبنای مسئولیت؛** به باور برخی نویسندگان، اقدامات پیشدستانه، با ایجاد تعهدات جدید، به‌نحو جدیدی مسئولیت مبتنی بر تقصیر را توجیه می‌کند (Priure, 2011: 871). توضیح اینکه، یکی از مصادیق تقصیر، عدم احتیاط است. پس، هر گاه کسی بی‌احتیاطی کند و از این طریق به دیگران زبانی وارد کند، مسئول است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۵۴ و بعد)؛ حکم مقرر در ماده ۱۲ ق. م. م. نیز مبتنی بر این دیدگاه است. در واقع، بخش دوم ماده بیان می‌کند که «...مگر

## 1. Anticipation

اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به‌عمل آورده و یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به‌عمل می‌آوردند، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود...». اما این فرض را در نوشته حاضر نمی‌توان به‌کار گرفت: الف) به‌دلیل عدم ورود زیان، چراکه پیش‌شرط اعمال نظریه تقصیر، ورود زیان است؛ ب) بار کردن الزامات پیشدستانه در فرضی شایسته است که «احتمال» زیان باشد؛ احتمالی که کمتر از یقین است و انسان عرفی نمی‌تواند آن را تقصیر بداند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۹۶).

برخی دیگر نیز عقیده دارند که عدم قطعیت موجود در الزامات پیشدستانه، به معنای «خطر» نامعین یا بالقوه است (Cousy, 2008: 1). در نتیجه، تکالیف ناشی از آن، نوعی مسئولیت مبتنی بر خطر است و ضمانت اجرای کوتاهی از اتخاذ اقدامات پیشدستانه، مسئولیت محض عامل برای جبران خسارات است (Cousy, 2008: 18). شاید به همین دلیل باشد که اصل مذکور، در برخی کشورها، از جمله آلمان، به رابطه سببیت معروف است (Krämer, 2003: 19)؛ چراکه به تخفیف شرایط سببیت، با توجه به خطرهای بالقوه منجر می‌شود (Cousy, 2008: 25) و بار اثبات را بر دوش عاملان می‌نهد (Steele, Katie, 2006: 26)؛ یعنی، امارات را جابه‌جا می‌کند و خود اماره‌ای مبنی بر حق حفاظت در برابر مواد خطرناک زیست‌محیطی است و اقدام‌کننده و آلاینده باید اثبات کنند که عمل آنان اثر خطرناک ندارد (Hayward, 2005: 168). پس، اقدامات احتیاطی می‌تواند هنگامی که زیان در حال انتشار یا حتی بالقوه است، برای پرهیز از لوازم اثباتی و نظری محدودکننده به‌کار رود (Stallworthy, 2003, p. 5).

در پاسخ باید گفت که مسئولیت ناشی از خطر، ناظر بر فرض ورود زیان است، درحالی‌که در اینجا، پیش از ورود زیان، باید تدابیری را اتخاذ کرد. به بیان روشن‌تر، نمی‌توان بر مبنای مسئولیت مبتنی بر خطر، حکم به مشروعیت اقدام احتیاطی و تکالیف ناشی از آن داد، چراکه زیان وارد نشده است. بنابراین، حتی اگر اقدامی به فعل فرد مستند باشد، نمی‌توان قبل از ورود زیان و بر مبنای احتمال ورود آن، او را ملزم به اتخاذ اقدامات خاص کرد (برای دیدن نظر مخالف، ر.ک: حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۹۷). در هر حال، الزامات پیشدستانه، در فرض اثبات، به معنای مفروض دانستن زیان، در کنار فرض گرفتن رابطه سببیت بین اقدام و زیان احتمالی است. به‌عبارت دیگر، با توجه به ماهیت خاص اصل احتیاط، باید «بار اثبات» جدیدی برای توجیه فعل یا ترک فعل تدوین شود یا نسخه‌ای جدید برای ارزیابی صحیح عدم قطعیت پیچید (Steele, Jenny, 2004: 194).

احتمال دارد بگوییم که الزامات پیشدستانه بیانگر نوعی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل با همه نقص‌ها و تردیدهای حقوقی راجع به آن است. اما چنانکه گفتیم، ماهیت اساسی این الزام، عذر ندانستن نبود اطمینان علمی برای اتخاذ نکردن تمهیدات مقرون به صرفه است؛

از این رو فارغ از شرایط مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل، در اینجا تکلیف وجود دارد (Cousy, 2008: 22)؛ همچنین، در مسئولیت ناشی از ترک فعل زیان وجود دارد، اما در اینجا، حتی در خصوص وجود زیان قطعیت نیست.

با این همه، اقدامات پیشدستانه که پیشگیرانه نیز هستند، وقتی اتخاذ می‌شوند که دلیل قاطعی برای رابطه سببیت میان عامل ورود و آثار آن وجود نداشته، اما دلیل متعارفی برای ترس از ورود مستقیم یا غیرمستقیم زیان وجود دارد؛ این اصل شباهت بسیاری با «اصل پیشگیری»<sup>۱</sup> دارد و نباید با آن خلط شود (Krämer, 2003: 16). در واقع، در تفاوت میان اتخاذ اقدامات پیشدستانه و پیشگیرانه باید گفت که اقدامات پیشگیرانه در برابر خطری اتخاذ می‌شود که شناخته شده، محاسبه پذیر و اجتناب پذیر باشد؛ اما پیشدستی، رویکردی عاقلانه است و در حالت نامشخص بودن علت و معلول، که پیشگیری معنا ندارد، یعنی در موقعیت عدم قطعیت اتخاذ می‌شود (Cousy, 2008: 18). به عبارت دیگر، پیشدستی مرتبط با عدم قطعیت است؛ چنانکه پیشگیری مرتبط با خطر است (Cousy, 2008: 12). از طرف دیگر، مکلف اقدامات پیشگیرانه گاه خود عامل نیست، اما پیشدستی وظیفه عامل است. در واقع باید گفت که رابطه بین این دو، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی اصل پیشگیری دایره‌ای مضیق تر از اقدامات پیشدستانه دارد. با این حال، برخی، آن را متباین می‌دانند، چراکه در اصل پیشگیری باید قطعیت وجود داشته باشد (حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۸۸).

سرانجام، الزامات پیشدستانه نتیجه دخالت اقتصاد در منطبق حقوق است. در واقع، برخی اصول عادلانه حقوقی (دادرسی و مسئولیت) را به چالش طلبیده است. در طی تاریخ حقوق، هیچ‌گاه اقتصاد از حقوق دور نبوده و همیشه کارکرد بازدارندگی در حقوق وجود داشته است (Veljanovski, 2007: 19)؛ اما امروزه به جایی رسیده‌ایم که باید نه تنها از «زیان» که از «احتمال زیان» نیز پیشگیری کرد و این تکلیف، نه تنها تکلیف به خودداری از اقدام دارای اثر زیانبار است که مکلف باید اقدامات مثبتی را نیز به انجام برساند.

## ۵. نتیجه‌گیری

گاه زیان بالفعل است و رخ داده و گاه بالقوه است و حتماً یا احتمالاً در آینده رخ می‌دهد. در فرض نخست، شکی در مشروعیت و منطقی بودن اعمال تکالیف جبران بر عامل زیان نیست؛ در این فرض، گاه ممکن است قانون‌گذار اجازه تنبیه عامل را بدهد و حتی زیان‌دیده مختار در تلافی و... شود. اما اگر زیان در آینده رخ دهد، باید بین دو حالت فرق گذاشت: منع و نفی ورود کل یا بخشی از زیان در آینده یا اتخاذ تمهیداتی برای کاهش آثار زیانی که احتمالاً، در



آینده رخ می‌دهد. اولی پیشگیری و دومی پیشدستی است. اقدامات پیشگیرانه و بازدارنده ناظر بر نفی وقوع کامل یا جزئی زیان «حتمی» در آینده است که بر اشخاص «خصوصی یا عمومی» بار می‌شود. اما اقدامات پیشدستانه با فرض «احتمال» وقوع زیان، ضروری است؛ یعنی فرض می‌شود که اگر زیان در آینده وارد شود، چه تمهیداتی را برای کاهش آثار آن باید در پیش گرفت و اغلب تکلیف عمومی حاکم بر «اشخاص خصوصی» است. پس، به‌طور کلی، در حقوق سه نوع اقدام «پیشگیرانه»، «پیشدستانه» و «جبرانی» داریم.

الزامات پیشدستانه ممکن است در فرض قطعی یا ظنی زیان وجود داشته باشد، مثل الزام به هشدار درباره آثار مصرف دارو یا عبور از محل خاص و... همچنین، ممکن است در فرضی حاکم باشد که قطعیتی برای ورود زیان نباشد، اما نوع پیشرفت بشر و حالات صنایع نشان دهد که ممکن است زیانی در راه باشد و ایجاب کند که اقدامی صورت گیرد (اقدامات احتیاطی)؛ پرداخت پول به نهادهای زیست‌محیطی به دلیل راه‌اندازی کارخانه از این جمله است. در حقیقت، در این فرض، بیشتر با الزام قانونی به دلیل ایجاد «ریسک» مواجهیم و کمتر با «زیان» سروکار داریم.

همچنین، اقدامات پیش‌دستانه گاه مستقیماً مد نظر قانون یا مراجع قانونی است و ایشان آن را بر اقدام‌کننده بار می‌کنند تا در صورت احتمال ورود ضرر اتخاذ کنند (الزامی که در قالب پیشگیری است) و گاه تکلیفی عرفی است که اگر اقدام‌کننده آن را اتخاذ نکند، در صورت زیان، موجب مسئولیت اوست. حال، سؤال آن است که می‌توان به دلیل قرار دادن افراد یا خیل عظیمی از افراد در شرایط ریسکی، تکالیفی را بر عامل بار کرد؟ و این تکالیف در قالب مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد؟

به‌منظور درک و شناخت جایگاه اقدامات پیشدستانه در حقوق داخلی، باید به مبنای آن توجه کرد. به‌طور کلی، چه از نظر عقلی و شرعی، احتیاط امر مستحسن و پسندیده‌ای است؛ بنابراین، باید اصل احتیاط فقهی را در قالب قواعد حقوقی درآورد و با اعمال آثار حقوقی لازم، لباس حکم الزام‌آور قانونی را بر تن آن کرد. برای نمونه، احتیاط در فقه، امر درونی و با ذهنیت اقدام‌کننده مرتبط است و ممکن است در مرحله اثبات با مشکل برخوردیم؛ پس، باید از پیش معیاری را برای اتخاذ اقدام احتیاطی داد و آن را از امور شخصی و ذهنی خارج کرد. الزامات قانونی و عرفی مبنی بر اتخاذ تدبیر ملاک مناسبی برای این امر است.

تردید دیگر، درباره بار کردن تکلیف به اشخاصی است که عمل‌شان مباح است و تنها به‌واسطه ضروریات و مصالح موجود، در فرض احتمال اندک ورود زیان، ملزم به اتخاذ اقدام خاص است و با خودداری از تدابیر لازم، خساراتی را جبران کند که معلوم نیست از عمل وی ناشی شده باشد یا خیر. پس، مخالف اباحه و برائت و از اقتضائات جامعه کنونی بشری است.

بنابراین، بحث همیشگی تعارض حق شخصی و حق عمومی باقی می‌ماند و در این راه باید یکی را بر دیگری ترجیح داد: هر گاه قائل به ترجیح حقوق عمومی باشیم، اقدامات پیشدستانه موجه‌تر است.

از مهم‌ترین ابهامات، آثار اقدامات و تکلیف دادگاه در حقوق کنونی است، که نیازمند قانون‌گذاری است. در واقع، چگونه می‌توان فردی را ملزم به اتخاذ اقدامات پیشدستانه کرد؟ اسباب و زمینه آن کدام است؟ چه کسی باید اقدام‌کننده را ملزم کند؟ آیا تصمیم‌وی از نوع تصمیمات اداری است یا باید از طریق دادگاه و به صورت قضایی باشد؟ آیا تصمیم مذکور امکان بازبینی یا تجدیدنظر دارد؟ اگر اقدام‌کننده سر باز زد یا شخصی که بایستی او را ملزم کند، از تکلیف خود کوتاهی کند، چه ضمانت اجرا و مسئولیتی دارد؟ کیفری، انتظامی و مدنی؟ آیا مسئولیت اقدام‌کننده در قبال زیان وارده مبتنی بر ترک فعل است؟ یعنی به واسطه اتخاذ نکردن اقدام متناسب، هرزبانی که وارد آید، متناسب به اوست؟

در سابقه حقوق ایران کمتر متنی در خصوص تکلیف به اتخاذ اقدامات پیشدستانه یافت می‌شود. با این حال، در مواردی، از جمله در حقوق دادرسی، قانون‌گذار اقدام به شناسایی احتمالات کرده (مثل موارد تعارض ماده ۱۱۲ و ۱۱۴ ق. آ. د. م.) و طرح دعاوی غیرقطعی را مجاز دانسته است. همچنین، می‌توان کلیه الزاماتی را که برای پیشگیری از فاجعه یا زیان بر اشخاص بار می‌شود، از جمله احکامی آورد که مطابق آن قانونگذار تمایل خود را به اقدامات پیشدستانه آشکار کرده است؛ مثل بند ۲ ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، که تولیدکننده را ملزم به آگهی قبل از مصرف کرده است. در قانون الحاق ایران به کنوانسیون مواد روان‌گردان و نیز در قانون الحاق ایران به کنوانسیون چارچوب سازمان بهداشت جهانی در مورد کنترل دخانیات، هشدار و احتیاط به رسمیت شناخته شده است و در آیین‌نامه ایمنی ساختمان‌ها در برابر زلزله (استاندارد ۲۸۰۰) الزاماتی برای اشخاص خصوصی مقرر شده و مطابق آیین‌نامه حفاظت فنی و بهداشت در کار کشاورزی مربوط به مصرف سموم دفع آفات نباتی هشدار اجباری شده است.

به هر روی، با نظر به احکام فوق، از حقوق ایران می‌توان این الزامات را استخراج و براساس آن تکالیفی را بر اشخاص خصوصی بار کرد و اینها خود می‌تواند مبنایی برای پذیرش اقدامات پیشدستانه و مطالعه ابعاد آن در آینده باشد.

## منابع

## الف) فارسی و عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۷). *فرانداصول*، ج ۲، واقع در نرم‌افزار رایانه‌ای مواقع مؤسسه المیلانی لاحیاء الفکر الشیعی.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۴). *فلسفه مسئولیت مدنی*، ج نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی*، چ پنجم، تهران: میزان.
۴. حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۳). «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، ش ۲، ص ۱۸۵-۲۰۶.
۵. رجبی، عبدالله (۱۳۸۸). «بررسی معیارهای ویژه در طراحی نظام مسئولیت مدنی زیست‌محیطی»، *حقوق محیط زیست (نظریه‌ها و رویه‌ها)*، دفتر حقوقی و امور مجلس سازمان حفاظت محیط زیست، تهران: خرسندی، ص ۱۵۷-۱۸۸.
۶. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۲). «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، ش ۴۰، ص ۱۶۴-۱۴۱.
۷. شمس، عبدالله (۱۳۸۰). *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، تهران: میزان.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *اصول قراردادها و تعهدات*، ج اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۹. صدر، السید محمدباقر (۱۳۸۲). *اقتصادنا*، مکتب الإعلام اسلامی (فرع خراسان).
۱۰. عراقی، آقا ضیاء (۱۴۲۰ق). *مقالات/أصول*، تحقیق: الشیخ مجتبی موجدی و السید منذر الحکیم، چاپ الأولى.
۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ انصاری، مهدی (۱۳۸۷). «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست‌محیطی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۲، صص ۲۸۵-۳۱۳.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری*، ج سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۸۹). *فرهنگ‌نامه اصول فقه*، چاپ پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، کتابخانه اینترنتی مدرسه فقهات.
۱۴. محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۹۴). «اصل احتیاط در حقوق علوم کشاورزی و محیط زیست»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۵، ش ۳، صص ۴۸۶-۴۷۱.
۱۵. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، ج سیزدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). *قواعد فقهیه*، ج ۱، تهران: مجد.

## ب) خارجی

17. Alder, John & David Wilkinson (1999). *Environmental Law & Ethics*, Macmillan, London.
18. Cousy, Herman A., (2008). "Risks and Uncertainties in the Law of Tort", *Tort and Insurance Yearbook* (European Tort Law 2006), European Centre of Tort and Insurance Law (Ed.), Springer-Verlag, Wien.
19. Fischer, Elizabeth (2001). "Is the Precautionary principle Justifiable?", *Journal of Environmental Law*, Vol. 13, No. 3, pp. 315-334.
20. Hayward, Tim (2005). *Constitutional Environmental Right*, Oxford, New York.
21. Krämer, Ludwig (2003). *EC Environmental Law*, Forth Ed., Sweet & Maxwell, London.
22. Posner, Richard A., (2004). *Catastrophe: Risk and Response*, New York: Oxford University Press.
23. Prieure, Michel (2011). *Droit de L'environnement*, Dalloz, 6ème éd. Paris.
24. Reynolds, Graham J., (2013). "The Precautionary Principle and it's Application in the Intellectual Property Context: Towards a Public Domain Impact Assessment", *Intellectual Property for 21<sup>st</sup> Century* (Interdisciplinary Approches), Irwin Law Inc., Toronto.
25. Stallworthy, Mark (2003). "Environmental Liability and the Impact of Statutory Authority", *Journal of Environmental Law*, Vol. 15, No. 1.
26. Steele, Jenny (2004). *Risk and Legal Theories*, (Gen. Ed. John Gardner), Hart Publishing, Oxford.

27. Steele, Katie (2006). "The Precautionary Principle: a New Approach to Public Decision-making", *Law, Probability and Risk*, 5.
28. Stookes, Paul (2009). *a Practical Approach to Environmental Law*, Oxford University Press, 2nd ed., New York.
29. Thierer, Adam, Andrea Castillo O'Sullivan & Raymond Russel (2017). *Artificial Intelligence and Public Policy*, Mercus Center, George Mason University.
30. Veljanovski, Cento g., (2007). *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press.
31. Wilde, Mark L., (2001). "The EC Commission's White Paper on Environment Liability: Issues and Implication", *Journal of Environmental Law*, Vol. 13, No. 1 , pp. 21-37.
32. Wolf, Susan & Neil Stanley (2013). *Wolf and Stanley on Environmental Law*, Cavendish Publishing limited, 6<sup>th</sup> ed.