

# بررسی احتیاط در معنای فقهی به مثابه اصل زیست محیطی احتیاط

حامد خوبیاری\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۱/۱۳

## چکیده

در دنیای جدید، با پیشرفت علم و صنعت، انسان‌ها به درجه‌ای مطلوب از آسایش دست پیدا کرده‌اند. هزینه به دست آوردن این آسایش اما از دست دادن آرامش در محیط زندگی بوده است. دنیا در غوغای فناوری و تغییرات سریع حاصل از آن، امنیت پیشین خود را از دست می‌دهد و متعاقباً قانون‌گذاران به دنبال آن‌اند تا قوانینی تصویب کنند که منافع عمومی را در برابر این خطرات تأمین نماید. اصل احتیاط، زاده همین نیاز بوده و تقریباً پنج دهه است که در قوانین به‌عنوان اصلی مستقل به‌کاربرده می‌شود. هرچند در قوانین ما مبانی‌ای از قبیل قاعده لا ضرر و قاعده عقلی-شرعی احتیاط وجود دارد که قادرند تا حدود زیادی خلأ حاصل از نبود اصل احتیاط را پر کنند، اما قانونی شدن اصل احتیاط، می‌تواند از نظر روانی موجی مثبت ایجاد کرده و با جایگزینی مسئولیت پیشگیرانه به‌جای مسئولیت جبران‌گرایانه دست قانون‌گذار را در تصویب قوانین حمایتی از محیط‌زیست باز بگذارد. در این مقاله کوشیده‌ایم تا با تطبیق اصل فقهی و غربی احتیاط، نقاط شباهت و تفاوت آن‌ها را باز یافته و جعل اصل احتیاط بر مبانی فقهی-حقوق کشورمان را امکان‌سنجی کنیم. به نظر می‌رسد، حال که بسیاری از مقررات مصوب در ایران در منطقه الفراغ شرع قرار دارند، بهتر است، در راستای

---

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان و مدرس دانشگاه آزاد بندرعباس.



حمایت از محیط‌زیست و نوع بشر، اصل احتیاط را به‌عنوان اصلی عقلی، در سایه قواعد احتیاط و لاضرر، پذیرفته و به آن جامه قانون بپوشانیم.

**کلید واژه ها:** اصل احتیاط، قاعده احتیاط، قاعده لاضرر، بار اثبات دعوا.

## ۱ مقدمه

احتیاط به معنای دوراندیشی و مراقبت در تمام کشورها و فرهنگ‌ها، ممدوح و ستوده است. در فرهنگ دینی ما احتیاط نه تنها قاعده‌ای عقلی، بلکه اصلی شرعی نیز محسوب می‌شود؛ تا در تاریخ - روشن راه سعادت، راه کاری برای رفع شک از مکلف باشد. فقهای تیزبین نیز بسیار درباره انواع، مجرا و ارکان احتیاط بحث و فحص کرده‌اند. گروهی آن را اصلی عملی و گروهی که احتیاط را از منظر عقلی می‌نگرند، آن را قاعده به شمار آورده‌اند. در سایر نظام‌های حقوقی اما احتیاط در این معنا به‌عنوان یک اصل مجزا چندان شناخته شده نیست، البته نمی‌توان منکر وجود تکلیف عرفی و قانونی به احتیاط در کشورهای دیگر شد. در کشورهای کامن‌لا، بی‌احتیاطی<sup>۱</sup> یکی از عناصر موجد ضمان محسوب می‌شود. امروزه معیار سنجش بی‌احتیاطی برای ضامن دانستن و یا مبری کردن، معیار نوعی است (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۵۶/۱). در سیستم حقوقی ما بی‌احتیاطی مبنای مستقلی برای ضمان محسوب نشده و در واقع قسمی از تقصیر است (تبصره ماده ۱۴۵ ق. م. ا). باین وجود به نظر می‌رسد؛ قانون مسئولیت مدنی با نظر به گستره وسیع بی‌احتیاطی در کشورهای غربی، بی‌احتیاطی را به معنای اعم آن یعنی تقصیر به‌کاربرده است (ماده ۱ ق. م. م). در فقه واژه بی‌احتیاطی مورد استفاده قرار نگرفته و از مفهوم کلی عدم مبالات استفاده کرده‌اند. قانون مجازات اسلامی اما به نظر می‌رسد، با به کار بردن هر دو واژه ذیل یک ماده، معتقد به تغایر مفهومی آن دو است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۴۰). از آنچه گفته شد نباید چنین پنداشت که فقه نسبت به تخطی از احتیاط معقول موضعی اختیار نکرده، بلکه باید دانست که اگر در حقوق کامن‌لا پس از سال‌ها فراز و نشیب، معیاری نوعی برای بی‌احتیاطی در نظر گرفته شده، قرن‌ها پیش از آن فقها برای ضامن دانستن مرتکب، استناد عرفی را کافی می‌دانستند (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۲/۲). محتاط بودن وظیفه‌ای قانونی و عرفی بر دوش شهروندان است، باین وجود نمی‌توان گفت بین لزوم این احتیاط و احتیاط به‌مثابه یک اصل، این‌همانی وجود دارد؛ چراکه احتیاط پیش از تبدیل شدن به یک اصل، معیاری برای ایجاد ضمان در روابط بین دو شخص بود و در حقوق کلان به کار نمی‌رفت. در واقع بی‌احتیاطی رازمانی می‌توان تقییح کرد و موجد ضمان دانست که ضرری ایجاد شده باشد؛ اما اصل احتیاط برای آن ظهور کرده تا تأمین‌کننده منافع کلان جامعه در طول سال‌ها و برای نسل‌های آینده باشد (Fisher & Others, 2006: 226).

<sup>1</sup>- Negligence.



نکته قابل تأمل آنکه، تکلیف همواره در حقوق با حق ملازمه دارد. در مورد محیط‌زیست و تکلیف انسان‌ها در برابر نسل‌های آینده اما موضوع کمی متفاوت است. اگر احتیاط در استفاده از محیط‌زیست تکلیف انسان‌ها در برابر آیندگان باشد، حق ایشان چیست؟ ملازمه حق و تکلیف در خطبه ۲۱۶ نهج‌البلاغه صراحتاً مورد تأکید قرار گرفته است. بسیاری از اندیشمندان نیز تکلیف، اعم از اجتماعی و فردی را موجد حق برای مکلف دانسته‌اند (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۲۵۵). با این حال باید پذیرفت، حق مکلف همواره از سوی صاحب حق تأمین نمی‌شود، بلکه ممکن است تلازم حق و تکلیف نه به صورت متقابل که در طول یکدیگر باشد، به این معنا که صاحب حق هیچ تکلیفی در برابر متعهد نداشته باشد اما اشخاص دیگری در برابر متعهد، مکلف باشند. این موضوع در حقوق معاملات نیز مصداق دارد (مواد ۱۹۶ و ۷۶۸ قانون مدنی). با توجه به آنچه گفته شد؛ انسان معاصر در برابر آیندگان مکلف و در برابر پیشینیان ذی‌حق محسوب می‌شود.

پیدایش اصل احتیاط<sup>۱</sup> در معنای حقوقی به دهه هفتاد میلادی برمی‌گردد. واژه احتیاط را برگرفته از مفهوم آلمانی آن<sup>۲</sup> می‌دانند (Gardiner, 2006: 35). اصل احتیاط در کشورهای اروپایی پاسخی برای نیازهای زیست‌محیطی و جلوگیری از مخاطرات آن بود. این اصل امروزه تقریباً همه عرصه‌های فعالیت انسان؛ از جمله موارد پزشکی - دارویی، مسائل اقتصادی، مواد غذایی، علم ژنتیک و حتی سیاست را تحت شمول خود قرار داده است. این گستره تا آنجاست که برخی از آن به عنوان اصل طلایی در این حوزه‌ها یاد کرده‌اند (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۰: ۲۰۰). به کارگیری اصل احتیاط می‌تواند موجد تغییرات مثبتی در تصمیم‌گیری‌ها باشد. با این وجود، رویکرد اقتصادی به احتیاط معتقد است آنجا که احتیاط مستلزم پرداخت هزینه زیادی است باید تن به خطری داد که در صورت رخ داد، مخارج کمتری در بردارد (Hahn, 2005: 2). این رویکرد اقتصادی امروزه در نحوه برخورد مسئولیت مدنی با عاملین زیان به چشم می‌خورد و باعث پیدایش مکاتب ابزارگرایانه‌ای شده است که احتیاط را در هر وضعیتی، مطلوب و وظیفه عرفی یا قانونی نمی‌دانند (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۸۱-۴۰۸).

## ۲ جایگاه اصل احتیاط در اسناد بین‌المللی و ملی

اصل احتیاط به عنوان پشتوانه مقررات زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل سابقه بیشتری از حقوق کشورمان دارد. از همین رو در ابتدا به تقنین این اصل در حقوق بین‌المللی و سپس به تاثیر این اصل در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup>- precautionary principle.

<sup>۲</sup> - Vorsorge در زبان آلمانی معنای پیشگیری و مراقبت می‌دهد و واژه Vorsorgeprinzip دقیقاً معادل precautionary principle است. پیش از آنکه این واژه توسط کشورهای دیگر به کار گرفته شود، در آلمان و در حدود دهه‌ی شصت قرن بیستم برای مسائل مربوط به سلامت و محافظت از محیط‌زیست در برابر مخاطرات عصر نو مورد استفاده قرار می‌گرفته است (Raffensperger, 1999: 4).



## ۲- ۱ اصل احتیاط در اسناد بین‌المللی

لفظ اصل احتیاط برای نخستین بار و به صورت رسمی در اولین کنفرانس بین‌المللی مربوط به حفاظت از دریای شمال، در سال ۱۹۸۴ به کار رفت<sup>۱</sup>، اما بدون تردید یکی از مهم‌ترین موارد پرداختن به این اصل، به کار بردن آن در بیانیه ریو در سال ۱۹۹۲ می‌باشد. این بیانیه نتیجه نشست ۱۷۸ کشور متحد، از جمله ایالات متحده، در ریودوژانیرو پیرامون مسئله محیط‌زیست و توسعه است. بیانیه در اصل پانزدهم مقرر می‌دارد که اگر احتمال خطر جدی و برگشت‌ناپذیری وجود داشته باشد نمی‌توان به بهانه عدم وجود اطلاعات علمی کافی در مورد اتفاق افتادن ضرر، قائل به مجاز بودن تصرف مخاطره‌آمیز باشیم. به عبارت دیگر حتی احتمال ضعیف رخ دادن برخی خسارات، اتخاذ تدابیر در مقابل آن را برای محافظت از انسان و طبیعت ایجاب می‌کند. کاربرد اصل احتیاط در بیانیه ریو، باعث تکرار آن در بسیاری از اسناد بین‌المللی دیگر شد. این اصل در همان سال و در کنوانسیون تغییرات آب و هوایی مورد تأکید قرار گرفت. در این کنوانسیون اصل احتیاط با زبانی نرم‌تر طرفین را ملزم به ارزیابی‌های محتاطانه درباره خطرات موجود در انجام پروژه می‌داند و آنان را مکلف می‌کند تا با اتخاذ تدابیری مخاطرات احتمالی را به حداقل برسانند (Article 3(3)).

به این ترتیب، هیچ‌یک از بیانیه‌های گفته‌شده معنا و چارچوب دقیقی از اصل احتیاط بیان نکرده‌اند. این سردرگمی و ابهام در ادامه و در معاهده ماستریخت (۱۹۹۲) و همین‌طور در معاهده تشکیل جامعه اروپایی (۱۹۹۷) به اوج خود می‌رسد. این معاهدات تنها به کلی‌گویی‌هایی در مورد رعایت احتیاط و الزام خاصی به پرداختن جریمه و بازسازی محیط آلوده‌شده، بسنده کرده‌اند (Article 174). این کاستی، کمیسیون اروپایی را بر آن داشت تا در سال ۲۰۰۰ اقدام به تعیین چارچوب و تحدید اصل احتیاط کند (COM(2000) 1). این اصل در اتحادیه اروپا و کشورهای عضو آن در عمل بسیار رعایت می‌شود، هرچند در ایالات متحده آمریکا به شدت اتحادیه اروپا مقبولیت ندارد. همین موضوع در می ۲۰۰۳ باعث طرح دعوایی از سوی آمریکا و کانادا علیه کشورهای عضو اتحادیه اروپا در سازمان تجارت جهانی شد. اروپایی‌ها مبتنی بر اصل احتیاط از واردات تولیدات زیست‌فناوری آمریکا و کانادا جلوگیری می‌کردند و ایالات متحده معتقد بود پیش از اثبات مضر بودن این تولیدات، منع واردات نوعی تبعیض غیرقانونی محسوب می‌شود. سازمان تجارت جهانی این ادعا را رد کرد و تشخیص داد که کشورها برای سلامت مردم خود می‌توانند از واردات کالاهای مشکوک خودداری کنند<sup>۲</sup>. این اقدام نوعی تغییر نگرش در حکم موارد مشکوک بود. به این معنا که اگر پیش‌ازاین در موارد مشکوک حکم به جواز داده می‌شد، از این‌پس اصل اولی در موارد مشکوک مضر زیست‌محیطی، منع خواهد بود. کشور ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۹۲ به بیانیه ریو پیوست؛ هرچند در قانون اساسی خود، اصل احتیاط را وارد نکرد و همواره در دید عموم محققان کشوری بوده که از اعمال

1- Bermen Ministerial Declaration of the International Conference on the Protection of the North Sea.

2- WTO Director General Pascal Lamy, Speech, October 10-11, 2005, Geneva, Switzerland, at [http://www.wto.org/English/news\\_e/sppl\\_e.htm](http://www.wto.org/English/news_e/sppl_e.htm).



صریح اصل احتیاط خودداری کرده است. با این وجود بسیاری معتقدند ایالات متحده نیز در عمل در برابر خطرات زیست‌محیطی مانند اتحادیه اروپا مواضع سخت‌گیرانه‌ای دارد (Percival, 2005: 20). البته اظهارات دونالد ترامپ، رئیس‌جمهور ایالات متحده و اقدام وی در خروج از معاهده زیست‌محیطی پاریس در سال ۲۰۱۷ نشان از عدم برنامه‌ریزی پایه‌ای در این کشور نسبت به حفظ محیط‌زیست دارد.

## ۲-۲ اصل احتیاط در اسناد ملی

اصل ۵۰ قانون اساسی مقرر داشته: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط‌زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است.» اصل ۴۵ همین قانون نیز به صورت تلویحی به اهمیت محیط‌زیست و شأن محافظت از آن پرداخته است. سابقه دغدغه‌های قانونی زیست‌محیطی در ایران؛ سابق بر قانون اساسی است. قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست (۱۳۵۳)، لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها (مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران)، قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور (۱۳۷۱)، قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۸) و بسیاری قوانین دیگر از این دست مؤید این نظر است که راهکارهای احتیاطی و حفاظتی در دهه‌های اخیر همواره مدنظر قانون‌گذاران ایران بوده است. بیان این پیشینه لازم بود تا به اهمیت احتیاط به عنوان یک اصل که باید دارای ضمانت اجراهای قوی باشد، پی ببریم. پس از این به شباهت‌ها و تفاوت‌ها بین اصل احتیاط در معنای حقوق غرب و اصل احتیاط در معنای فقهی، روشن کردن معنای قاعده احتیاط، یافتن مبنایی برای الزام احتیاط در حقوق کشورمان، اثرات ملزم کردن به احتیاط و ضمانت اجراهای آن خواهیم پرداخت.

## ۳ تطبیق اصل احتیاط با قواعد و اصول فقهی

موضوع اصل احتیاط تصمیم‌گیری در موارد شک و عدم اطمینان بوده و این تصمیم‌گیری بیشتر مربوط به واکاوی‌ها و سیاست‌های قانون‌گذاران است. علم تنها می‌تواند به سنجش و ارزیابی خود تصمیم‌پرداز و نتایج احتمالی و اجتناب از خطرات آن بیشتر به سیاست‌گذاری‌ها بستگی دارد. در زیر به تطبیق اصل احتیاط و اصل شرعی احتیاط می‌پردازیم.

## ۳-۱ اصل احتیاط

اصل احتیاط در حقوق بین‌الملل دارای عناصر متعددی است:

۱. اتخاذ اعمال احتیاط‌آمیز قبل از انجام عمل و ظهور آثار: اصل احتیاط وظیفه‌ای را بر دوش دولت‌ها و افراد جامعه قرار می‌دهد تا در مواقع تردید مکلف به رعایت احتیاط باشند. این امر به صورت کلی از اصل احتیاط انتزاع می‌شود و نیازمند قانون خاص نیست. به نظر می‌رسد ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی نمود همین



عنصر است، چراکه کارفرما را مکلف به رعایت احتیاط می‌کند. قانون امنیت و سلامت شغلی نیز تکالیف مشابهی را بر عهده کارفرما گذاشته است.<sup>۱</sup>

۲. تعیین اهداف: اصل احتیاط مشوقی است برای اینکه هر طرحی بر پایه اهداف از پیش مشخص شده پیگیری شود.

۳. جستجو برای راهکارهای جایگزین: مطابق این عنصر فردی که اقدام به رفتار مخاطره‌آمیز می‌کند و در رفتار وی خطراتی احتمالی نهفته است، باید پیش از اقدام به آن عمل، همه راه‌های جایگزین را بررسی نموده باشد. این عنصر را شاید بتوان با فحص پیش از یاس در مورد اصل شرعی احتیاط مشابه دانست (Tickner, Raffensperge, Myers, 1998: 4).

باین حال باید توجه داشت اصل احتیاط، اصلی جهت جبران نیست، بلکه تنها راهی برای پیشگیری است. وجود ضرر از ارکان مسئولیت است (باریکلو، ۱۳۸۵: ۶۰)، بنابراین نمی‌توان بی‌احتیاط را قبل از ورود ضرر ضامن جبران چیزی دانست، اما می‌توان وی را به دلیل بی‌احتیاطی جریمه نمود. چالش دیگر اجرای اصل احتیاط، حیطة اقتدار دولت‌ها و قوانین است. میدانیم حقوق قانونی را قوانین موضوعه - یعنی قوانینی که فرزند حکومت‌اند؛ به مردم اعطا می‌کنند اما آزادی اراده انسان‌ها ناشی از حقوق اخلاقی‌ای می‌باشد که حتی حاکم بر دولت و قانون‌گذاران است (نبویان، ۱۳۹۳: ۱۵۷). پس چگونه دولت‌ها می‌توانند بر اساس احتمالات، آزادی خطر کردن افراد را محدود نمایند؟ آیا ایجاد چنین محدودیت‌هایی، سد راه ابتکار انسان نخواهد شد؟ در ادامه به بررسی پاسخ این پرسش‌ها خواهیم پرداخت، اما پیش از آن باید بدانیم؛ آیا از اصل شرعی احتیاط نیز می‌توان در برابر مخاطرات احتمالی زیستی راهکارهای سه‌گانه فوق را استنباط کرد؟ آیا می‌توان این راهکارها را از قاعده احتیاط با مبنای عقلی آن برداشت کرد و اگر چنین امری ممکن باشد آیا می‌توان حکم وضعی از آن انتزاع نمود؟ در صورت عدم امکان آیا قواعد فقهی دیگر همچون لا ضرر می‌تواند راهگشا باشد؟

### ۳-۲ اصل شرعی احتیاط

اصل احتیاط یکی از اصول عملی محسوب می‌شود که در موردشک در مکلف به، مورد استفاده قرار می‌گیرد. اصل احتیاط برای فقهای متقدم، به‌عنوان یک اصل عملی مستقل و جدا از اصاله الحظر شناخته شده نبود. اصل احتیاط را اصل اشتغال نیز می‌نامند چراکه ذمه (به تعبیر دقیق‌تر در اینجا - عهده) فرد یقیناً مشغول است، بنابراین باید فراغ ذمه یقینی نیز حاصل کند (نائینی، ۱۴۰۹ق: ۳ و ۳۰۴/۴ - ۳۰۶). سید مرتضی از فقهای متقدم در کتاب خود و در باب الکلام فی الحظر و الاباحه، معتقد است: «مردمان در مورد آنچه می‌توان از آن

<sup>1</sup>- the Occupational Safety and Health Act demands that an employer "furnish each of his employees employment and a place of employment which are free from recognized hazards that are causing or are likely to cause death or serious physical injury."



انتفاع برد و در آن ضرری به هیچ‌کس نمی‌رسد با یکدیگر اختلاف دارند؛ گروهی به حضر معتقدند، گروهی برآنند که مباح است و گروهی توقف کرده‌اند... نظر صحیح، نظر آن‌کس است که حکم چنین فعلی را عقلاً اباحه می‌داند (علم الهدی، ۱۳۶۳: ۸۰۵). در زمان مرحوم وحید بهبهانی اصل احتیاط شکل نسبتاً واضحی به خود می‌گیرد و بالاخره در زمان شیخ اعظم تدوین‌شده و ساختار کنونی را پیدا می‌کند (هدایی، ۱۳۸۳: ۲۹۹).

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد؛ اصولیین در موارد شک در مکلف به حکم به اباحه می‌دهند. باید در نظر داشت که حکم به اباحه در چنین وضعیتی خود مستلزم شرایط دیگری است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. اخباری‌ها اما برخلاف اصولی‌ها در موارد شبهات تحریمیه معتقد به احتیاط و رعایت آن بودند، چه منشأ شبهه فقدان نص، اجمال نص و یا تعارض نصین باشد. احتیاطی‌ها برای رأی خود متوسل به آیاتی نظیر این آیات‌اند: «لا یكلف الله نفسا الا ما آتیها (بقره: ۲۸۶)» یا «و ماکان الله لیضل قوماً بعد اذ هدیهم حتی یبین لهم ما یتقون (توبه: ۱۱۵)» یا «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا (اسراء: ۱۵)». اخباری‌ها نیز در برابر به این آیات استناد می‌کنند: «أتقولون علی الله ما لا تعلمون (یونس: ۵۹)» یا «قل الله اذن لکم ام علی الله تفترون (۶۸)». اصولیین معتقدند احتیاط مطلوب است، مطلوب عقلی و شرعی؛ اما عملی که اخباری‌ها انجام می‌دهند تشریح است و تشریح قطعاً مبعوض است، چراکه حرام دانستن ترک احتیاط خود تشریح محسوب می‌شود و این فعل تنها در صلاحیت پروردگار و معصومین است. از طرف دیگر می‌توان به قاعده قبح عقاب بلا بیان استناد کرد. می‌دانیم عقاب بدون بیان قبیح است و فعل قبیح از جانب خداوند صادر نمی‌شود. در تعارض حاصله، اخباری‌ها معتقدند اگر قبح عقاب بلا بیان یک قاعده عقلی است، قطعاً عقل، خود نیز حاکم بر احتیاط است. وقتی عقل که دارای حجیت باطنی است، دستور به احتیاط می‌دهد به قاعده فوق ورود پیدا خواهد کرد و آنجا که جاء البیان، ارتفاع عدم البیان؛ بنابراین در اینجا نیز بیان وجود دارد و نتیجتاً عقاب پس از آن منطقی می‌نماید. پاسخ این ایراد آن است که بیان شارع، مقصود اخباریان بوده و نه بیان عقل، چراکه عقل خود وسیله‌ای برای کشف مراد شارع است. در واقع عقل کاشف است و نه شارع.

اما اصولیین هم برای جریان پیدا کردن اباحه شرایطی قائل شده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها یاس بعد از فحص است. به این معنی که مکلف باید ابتدا تمام تلاش خود را برای یافتن حکم انجام دهد تا در صورت نیافتن، فعل بر وی مباح شود. از این تکلیف می‌توان به تفاوتی ظریف بین اباحه و احتیاط پی برد. اباحه یا برائت از آن‌رو که احتمال خطا در عمل مکلف هم وجود دارد، هر دو اصل هستند، اما در احتیاط عمل مکلف حتماً به‌واقع اصابت خواهد کرد، بنابراین می‌توان احتیاط را اماره دانست (اسدی، ۱۳۸۳: ۴۴). پرسش این است که اگر فرد پیش از جستجو مرتکب فعل شود آیا این عمل حرام است؟ تفاوت این عمل با تجریمی چیست؟

<sup>۱</sup> - لازم به ذکر است که اخباری‌ها برای رد استناد اصولیین به قرآن، استدلالاتی نیز دارند. برای مثال در مورد آیه ۲۸۶ سوره بقره آنان «ما» را معطوف به تکلیف نمی‌دانند و معتقدند «ما» در مورد اموال است (زرقی، صابری، ۱۳۹۳: ۱۰۰-۱۰۴).



اصولیین معتقدند که شرط جریان براءت در شبهات حکمیه فحوص است. مرحوم آخوند خراسانی معتقد است اگر ترک تعلم و تفحص منجر به مخالفت با تکلیف الهی شود، فرد مستحق عقوبت است. این عقوبت به دلیل مخالفت تکلیف واقعی است نه اینکه عقوبت به خاطر ترک تفحص باشد؛ بنابراین وجوب تفحص طریقی است و نه نفسی. مرحوم آخوند در جواب این سؤال که اگر بدون فحوص عمل مرتکب به اباحه اصابت کرد آیا مستوجب عقوبت است یا نه؟ می‌فرماید مستحق است و این استحقاق به خاطر تجری و عدم مبالات نسبت به مخالفت تکلیف است. از نظر ایشان چنین عملی معصیت حکمیه است، زیرا مکلف باوجود علم به وجوب فحوص آن را ترک کرده است. معصیت حکمیه در واقع همان تجری محسوب می‌شود؛ بنابراین همان‌طور که دیده می‌شود مرحوم آخوند ابتدا به طریقت و سپس همچون مرحوم اردبیلی قائل به موضوعیت شد (خراسانی، ۱۳۹۱: ۲۵۶/۶ - ۲۶۰). از این سخنان، موضع ایشان نسبت به تجری نیز روشن می‌شود. وی معتقد است: اگرچه در تجری امرونهی واقعی نبوده تا مخالفت شود، بلکه امرونهی خیالی بوده ولی استحقاق عقوبت بر آن مترتب است، زیرا بر تجری، عناوینی صادق است که عقلاً صاحب آن عناوین را مستحق مذمت می‌دانند؛ عناوینی مانند: هتک حرمت مولا، خروج از رسم بندگی، طغیان بر مولا و عزم بر عصیان او (خراسانی، ۱۳۹۱: ۳۳/۵). باوجود آنچه از آخوند خراسانی نقل شد بسیاری معتقدند؛ تجری هرچند قبیح اما نمی‌توان از آن با عنوان معصیت یادکرد (انصاری، ۱۳۷۷: ۳۸/۱). آنان معتقدند تجری قبیح فاعلی دارد و نه قبیح فعلی؛ بنابراین در تجری فعل صورت گرفته موضوعیت ندارد، حال آنکه برای عقوبت فعل باید مذموم باشد.

مسئله دیگری که در اینجا باید ذکر نمود، تفاوت موضوعی احتیاط در احتمال با احتیاط در محتمل است. در حقیقت بحث اصلی نیز همین جاست. چراکه اصل احتیاط، خود در موردشک در مکلف به است و نه تکلیف، حال آنکه در اصل قانونی احتیاط آنچه موردشک است تکلیف است. احتیاط در احتمال همان مورد نخست و احتیاط در محتمل شبیه به احتیاط در تکلیف است. احتیاط در احتمال تمام موارد مربوط به احتمال را شامل می‌شود. به آن معنی که احتمال وجوب را می‌گیرد، احتمال حرمت، احتمال قوی، احتمال ضعیف، شبهات موضوعیه و حکمیه و احتمال تساوی الطرفین را دربرمی‌گیرد. در تمام این موارد احتیاط رجحان دارد.

گاهی محتمل از امور مهم است از قبیل جان و ناموس. در این موارد احتیاط بسیار اهمیت دارد تا آنجا که برخی فرد را مکلف به احتیاط می‌دانند. برای مثال اگر کسی بخواهد تیراندازی کند و نداند که هدف انسان است یا حیوان بر او احتیاط واجب می‌شود. چراکه محتمل از اهمیت بالا برخوردار است (سبحانی، ۱۳۸۰: ۱۲۳/۲). در مورد محیط‌زیست نیز باید اذعان کرد محتمل از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می‌باشد. چراکه مستقیماً باجان و حیات آدمی مرتبط است. خداوند نیز در قرآن به اهمیت این امر اشاره کرده است: «و إذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها و يهلك الحرث و النسل و الله لا يحب الفساد (۲۰۵ بقره)» یا «ولا تفسدوا فى الأرض بعد إصلاحها (۸۵ اعراف)». با تدبر در این آیات می‌توان گفت که تخریب محیط مآلاً به





هلاک انسانی می‌انجامد و نهی از این عمل، مشمول کبرا نیز می‌شود؛ بنابراین می‌توان از مقدمات یادشده حرمت هرگونه تخریب را استنتاج کرد (تاری مرادی، فخعلی، ۳۹). در آیه ۵۵ سوره یوسف نیز می‌فرماید: «اجعلنی علی خزائن الأرض إنی حفیظ علیم». علامه طباطبایی از این آیه این‌گونه برداشت می‌کنند که دو ویژگی حفیظ بودن و علیم بودن، باید ویژگی هرکسی باشد که اداره امر ارزاق عمومی به عهده اوست (طباطبایی، ۱۳۷۲: ۱۸۵/۱۱). به نظر می‌رسد عبارت خزائن الارض عمومیت و شمول دارد و کلیه ذخایر از جمله منابع محیط‌زیست را دربرمی‌گیرد.

پیش‌ازاین به‌اجمال به طریقت یا موضوعیت داشتن اصل احتیاط در چهره بین‌المللی و شرعی آن پرداختیم؛ با این وجود بررسی دقیق‌تر این ویژگی، جهت تطبیق اصول فوق، ضروری است. در بین اخباری‌ها گروهی برای احتیاط ارزشی فی‌نفسه قائل بودند. در بین اصولیین نیز کسانی همچون مرحوم آخوند خراسانی برای فحوص، وجوبی ذاتی قائل بودند و تخلف از آن را دارای قبح فعلی می‌دانستند؛ بنابراین نمی‌توانیم از نظر اصل شرعی احتیاط، خود احتیاط را دارای موضوعیت بدانیم. در حقوق غرب و درباره موجبات ضمان نیز باید گفت تنها زمانی بی‌احتیاطی موجد ضمان است که ضرری واردشده باشد.<sup>۱</sup> در واقع اجماع بر آن است که برای محکوم بودن فردی به بی‌احتیاطی باید ضرری وجود داشته باشد (Owen, 2007: 1685). در حقوق کشور ما و در ماده یک قانون مسئولیت مدنی نیز تنها کسی مسئول جبران شناخته می‌شود که ضرری وارد کرده باشد. در واقع قوانین مربوط به مسئولیت مدنی همواره نگاهی به گذشته و وجود ضرر دارند، درحالی‌که اصل احتیاط با نگاه به آینده رویکرد پیشگیری از خطر را اتخاذ کرده است. با توجه به آنچه گفته شد باید دید آیا می‌توان کسی را به خاطر بی‌احتیاطی و به‌صرف انجام رفتار سهل‌انگارانه محکوم کرد؟ قطعاً عرف سرپرستی را که کودک را در حین بازی با توپ روی بام رها می‌کند سرزنش می‌کند؛ اما آیا نمی‌توان او را ملزم به رعایت احتیاط کرد، آن‌گونه که در مورد تخلفات رانندگی مجری است؟ در قوانین رانندگی سرعت زیاد ضمان آور است و مسئولیت پرداخت جریمه را به عهده فرد خاطی می‌گذارد، صرف‌نظر از ورود یا عدم ورود ضرر. روشن است که پرداخت در اینجا ماهیت جبران خسارت ندارد و جریمه است، اما ضمانت اجرای خوبی برای سرپیچی از رفتار محتاطانه است. پشتوانه چنین قوانینی نیز از بین بردن فضای مخاطره‌آمیز در دنیای مضطرب امروز است. در حقوق کامن‌لا مفهومی به نام بی‌احتیاطی مجرمانه<sup>۲</sup> وجود دارد که می‌تواند کمی با مطلوب ما منطبق باشد. برای مثال اگر پدری تفنگ پر را برای بازی به نوزاد خود بدهد، حتی اگر موجب خسارتی نشود به پرداخت جریمه محکوم خواهد شد. این مورد را می‌توان شبیه به موردی دانست که فقها به رعایت احتیاط در مورد خطر نسبت به جان و ناموس، شأن موضوع بودن می‌دادند. در حقیقت در هر دو مورد وظیفه مراقبت<sup>۳</sup> توأم با ضمانت اجرا به عهده مرتکب است. در فقه ضمانت اجرای

1- Constantine v Imperial Hotels Ltd [1944] KB 693

2- Criminal Negligence.

3- Duty of Care.



اخروی و در کامن لا ضمانت اجرای دنیوی (Ramraj, 1998: 160). اهمیت حرام دانستن بی‌احتیاطی از آن‌روست که با اثبات حرمت آن، می‌توان قائل به قابل تعزیر بودن بی‌احتیاطی شد، چراکه مشهور فقها معتقدند: «هرکس واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، امام یا نایب او می‌تواند او را تعزیر کند» (حسینی، ۱۳۹۶: ۸۵)؛ هرچند در صورت اثبات حرمت نیز برخی از فقها حرامی را قابل تعزیر می‌دانند که انجام آن ارتکاب گناه کبیره باشد (حسینی، ۱۳۹۶: ۸۶).

ما در راستای پیدا کردن مبنایی برای اعمال اصل احتیاط در حقوق ایران، اصل شرعی احتیاط را واکاوی کردیم؛ اما به نظر می‌رسد این اصل با آنچه در غرب مبنای قوانین زیست‌محیطی است متفاوت باشد. از جمله تفاوت‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. اصل شرعی احتیاط تنها مواردی را شامل می‌شود که علم اجمالی وجود داشته باشد و حتی در صورت وجود علم اجمالی بازهم اگر مکلف سربلندی کند، در صورت عدم تغایر با مطلوب مستحق عقاب نیست.
۲. اصول عملیه در موارد رفع شک و حیرت شک استفاده می‌شوند (مظفر، ۱۳۷۰: ۲۳۴/۲)، حال آنکه مخاطرات زیست‌محیطی در بسیاری موارد مظنون است و نه مشکوک؛ بنابراین نوبت به تمسک به اصول عملیه نمی‌رسد (محمدی، ۱۳۷۸: ۱۷/۴).
۳. اخباری‌ها احتیاط را امری مولوی می‌دانستند و اصولیین آن را امری ارشادی. با پذیرفتن نظر اصولیین جایی برای انتزاع حکم از این اصل شرعی باقی نمی‌ماند، چراکه حکم ارشادی نمی‌تواند علت حکم ارشادی دیگر باشد.
۴. مهم‌ترین ایراد این است که اساساً اصل شرعی احتیاط روشنگر راهی است که سربلندی از آن مستوجب عقوبت اخروی است و نه دنیوی. به این معنی که خطر در اصل احتیاط همواره اخروی است. به همین دلیل نیز در مورد مسائل دنیوی، عقل را حاکم احتیاط می‌دانند و نه شرع. اصل احتیاط نه فقط شک در مکلف به است، بلکه برای تعیین حکم شرعی به کار می‌رود. از این رو مبنای این دو اصل کاملاً با همدیگر متفاوت است. اصل شرعی احتیاط می‌خواهد تکلیف انسان را در برابر خدا مشخص کند و دیگری قصد دارد تا برای انسان در برابر انسان تعیین تکلیف کند. علاوه بر آنچه گفته شد، بسیاری اصل قانونی احتیاط را محدود به رابطه حقوقی بین دولت و شهروندان می‌دانند و این اصل را در روابط حقوقی عمودی مجری می‌دانند و نه عرضی (حیاتی، ۱۹۱: ۹۳). با توجه به آنچه گفته شد اصل شرعی احتیاط نمی‌تواند مبنایی برای تقنین اصل زیست محیطی احتیاط باشد. از این رو و در جستجوی مبنایی برای تقنین اصل زیست محیطی احتیاط؛ احتیاط را به عنوان قاعده ای عقلی و سپس قاعده لاضرر را مورد بررسی قرار خواهیم داد.



### ۳-۳ قاعده احتیاط

دانستیم که احتیاط عقلاً حسن است و تقریباً همه فقها معتقدند قاعده احتیاط که همان حکم عقل به احتیاط است از مستقلات عقلیه محسوب می‌شود. احادیث و روایات زیادی در مورد محتاط بودن انسان مؤمن نقل شده است. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل نیز از قواعد عقلی است که مضمون آن حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است. در بحث حجیت مطلق ظن استدلال می‌شود: ظن به حکم شرعی با ظن به ضرر ملازم است و دفع ضرر مظنون از نظر عقل واجب است. در نتیجه عمل به ظن واجب می‌باشد. در بحث احتیاط نیز یکی از ادله عقلی که برای وجوب احتیاط به آن استناد می‌شود، همین قاعده است (لطفی، ۱۳۹۱: ۲۰۶). مرحوم خوئی و علامه نائینی نیز با تکیه بر همین قاعده معتقدند اگر در انجام امری احتمال ضرر وجود داشته باشد عمل به آن عقلاً قبیح است (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق: ۲/۲۱۵ و نائینی، ۱۴۰۹: ۳/۲۱۴).

منظور از احتمال مذکور در این قاعده همان ظن است که گرایش ذهن انسان به سمت آن است. حال که دانستیم فقها حاکم به احتیاط را عقل می‌دانند، آیا می‌توانیم برای اینکه این وجوب را وجوب شرعی بدانیم به قاعده کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع استناد کنیم؟ علامه نائینی معتقدند هنگامی که حسن و قبح عقلی به شیء فارغ از حکم شرعی آن تعلق بگیرد، برای احکام دیگر، در مرتبه علل می‌باشد. برای مثال حسن و قبح ذاتی عدل و ظلم، برای وضع سایر احکام در مرتبه علت می‌باشند. وقتی حسن و قبح عقلی به شیء در طول حکم شرعی قرار بگیرند و در سلسله معلولات احکام باشند- مانند حسن اطاعت و قبح معصیت- محال است منشأ حکم شرعی شوند و خود حکم ارشادی خواهند بود (موسوی خوئی، ۱۴۱۹ق: ۳/۳۵۴). در اینجا به نظر می‌رسد ضرر نرساندن و ضرر ندیدن، می‌تواند علت این حکم باشد؛ بنابراین دیدیم که قاعده احتیاط مبنایی کاملاً عقلی دارد و خود از مستقلات عقلیه و احکام ارشادی محسوب می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان از این قاعده حکم تکلیفی انتزاع کرد. باین‌حال نباید منکر کار آیی این قاعده شد. چراکه در منطقه الفراغ و آنجا که شرع ساکت است، حاکم عقل است. به نظر می‌رسد با تکیه بر آرا فقها بتوان مسئله تبدیل احکام مباح به مقررات الزام‌آور توسط حاکم اسلامی با استناد به مصلحت جامعه را مطرح کرد (الشریف، ۱۳۹۲: ۵۴۷-۵۵۱). این قاعده عقلی می‌تواند مبنای مناسبی برای ممنوع کردن فعالیت‌های خطرناک زیست‌محیطی باشد.

### ۳-۴ قاعده لاضرر

پیرامون قاعده لاضرر کتاب‌ها و مقالات زیادی تحریر شده است. از این‌رو از اطناب می‌گذریم و به اختصار بررسی خواهیم کرد که آیا قاعده لاضرر با اصل احتیاط هم‌پوشانی دارد؟ و در صورت وجود این هم‌پوشانی آیا می‌توان به این‌همانی اصل احتیاط و قاعده لاضرر قائل شد یا خیر؟

در باب دلالت لاضرر و لاضرار گفتگوهای بسیاری صورت گرفته است. شیخ انصاری منظور از نفی ضرر را نفی احکام ضرری می‌داند؛ یعنی «لا» در معنای نفی به کاررفته و کلمه حکم را باید در تقدیر گرفت



(انصاری، ۱۳۷۷: ۲/۴۶۰). آخوند خراسانی منظور از قاعده لا ضرر را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته که مانند آن در اخبار، فراوان است، مثل «لا شک لکثیر الشک» (خراسانی، بی تا: ۱/۳۸۱). مرحوم نراقی می‌گوید: منظور، نفی ضرر غیر متدارک است، یعنی هر کس به دیگری ضرر بزند، موظف است آن را تدارک و تلافی کند و ضرری که جبران نداشته باشد در اسلام وجود ندارد (نراقی، ۱۳۶۶: ۱/۱۷). امام خمینی اما همچون شریعت اصفهانی معتقد است لا در اینجا ناهیه است و نوعی نهی حکومتی می‌باشد.

آنچه در اینجا اهمیت دارد این است که آیا این قاعده می‌تواند موجد حکم باشد و یا تنها نفی حکم می‌کند؟ گروهی بر این عقیده‌اند که خود می‌تواند ایجاد حکم کند. آنچه مسلم است این‌که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد. این عدم مشروعیت هم شامل مرحله قانون‌گذاری و هم فرآیند اجرای قانون می‌شود (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ۱۳۴). حدیث شفعه نیز خود، موجد حکم بوده است و در حقیقت منبع ضرر را از بین می‌برد. بنا بر نظر این دسته از فقها نه فقط خسارت‌های تخریب محیط‌زیست از طریق این قاعده نفی می‌شود که حتی پیش از ورود ضرر هم با استناد به این قاعده می‌توان از ورود ضرر محتمل جلوگیری کرد. در حدیث شفعه هم هنوز ضرری پدید نیامده است و از همه مهم‌تر اینکه شراکت لزوماً ضرر نیست اما از باب تغلیب عیب و ضرر شمرده شده است. به نظر می‌رسد با استناد به قاعده لا ضرر بتوانیم به اصل احتیاط نزدیک شویم و به قانون‌گذار اجازه دهیم در راستای تأمین منافع جمعی و حفاظت از محیط‌زیست قوانینی پیشگیرانه وضع کند و ضمانت اجرای تخلف از آن قوانین را موجب ضمان عمومی یا جریمه بداند. آن‌گونه که گفته شد، چنانچه ترک اقدام‌های اصلاحی و سازنده هم به اضرار در محیط‌زیست بیانجامد، قاعده لا ضرر با آن مقابله خواهد کرد.<sup>۱</sup> می‌توان نتیجه گرفت لا ضرر و قاعده احتیاط با توجه به مبنای عقلی خود می‌توانند مبنایی برای قانون‌گذاری در زمینه‌های زیست‌محیطی و یا هر زمینه‌ی دیگر که خطر احتمالی وجود دارد باشد.

#### ۴ آثار اصل احتیاط

اصل احتیاط با توجه به سیطره زیاد بر امور حقوقی و مادی، سبب تغییراتی در زمینه‌های دادرسی و اعمال حقوق تولیدکنندگان شده است. از جمله این تغییرات می‌توان به تغییر بار اثبات و دیگری گرفتن مجوز از نهادهای ذی‌صلاح اشاره کرد.

۴-۱ تغییر بار اثبات دعوا: اصل سی و هفتم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «اصل، برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این‌که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» در امور روزمره نیز اصل صحت فعل است و ادعای تجاوز به حقوق دیگران نیازمند اثبات است. برائت یک اصل عقلی است که در همه نظام‌های حقوقی جهان مورد پذیرش قرار گرفته است. هرچند برخی از نظام‌های استبدادی ممکن است

<sup>۱</sup> - برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک: محمدرضا محمد زاده رهنی، مقاله بررسی مبانی فقهی حمایت از محیط‌زیست.



در مورد برخی از جرم‌ها اصل را بر مجرم بودن بگذارند. در ماده نه اعلامیه حقوق بشر فرانسه آمده است: «هرکسی پیش از آنکه مجرم شناخته شود، بی‌گناه به شمار می‌رود. از این رو اگر دستگیری اجتناب‌ناپذیر باشد، جلوی هرگونه سخت‌گیری و رفتار بد با زندانی، در صورتی که در راستای حفظ امنیتش نباشد، توسط قانون گرفته می‌شود.» این ماده یادآور این قاعده است که: «البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه». ماده ۱۱ اعلامیه حقوق بشر نیز گویای همین قاعده است: «بند ۱- هرکس که به ارتکاب جرمی متهم می‌شود این حق را دارد که بی‌گناه فرض شود تا زمانی که جرم او بر اساس قانون در یک دادگاه علنی که در آن تمامی ضمانت‌های لازم برای دفاع او وجود داشته باشد ثابت شود. بند ۲- هیچ‌کس را نباید به دلیل انجام یا خودداری از انجام عملی که در هنگام ارتکاب، طبق قوانین ملی و یا بین‌المللی جرم محسوب نمی‌شده است مجرم شناخت و نیز کیفری شدیدتر از آن که در زمان ارتکاب جرم قابل اجرا بوده نباید اعمال شود.» بنابراین اصل را بر براءت عامل می‌گذاریم، اما اصل احتیاط این دیدگاه قطعی را دگرگون کرده است.

دو رویکرد در اجرای اصل احتیاط وجود دارد؛ قوی و ضعیف<sup>۱</sup>. احتیاط قوی مقرر می‌دارد که عامل در هر زمینه‌ای که خطر احتمالی وجود دارد، اعم از سلامت، امنیت، محیط‌زیست و... باید رویکردی محتاطانه در پیش گیرد، هرچند اتخاذ این رویکرد هزینه‌های زیادی را به بار آورد (Sachs, 2011: 1295). احتیاط ضعیف اما مقرر می‌دارد که در خلأ علم، نباید از حرکت بازماند حتی اگر خطرات علمی مهم و غیرقابل بازگشت باشند. این نوع از احتیاط در واقع همان احتیاطی است که همه ما در روزمره به کار می‌گیریم. آنچه بیشتر در اعلامیه‌ها و قوانین زیست‌محیطی به آن پرداخته‌اند، احتیاط قوی بوده است و نه ضعیف. این رویکرد باعث می‌شود تا بار اثبات بی‌خطر بودن بر دوش عامل فعل قرار گیرد. اگر معتقد به احتیاط ضعیف باشیم کسانی که نماینده منافع عمومی هستند باید خطرناک بودن عمل را ثابت کنند اما در رویکرد دیگر، این عامل است که باید امن بودن فعالیت خود را به اثبات برساند. منتقدان به این اصل معتقدند اصل احتیاط از دو جنبه قابل نقد است؛ نخست منطقی، آن‌هم این که فرد نمی‌تواند عدم را به اثبات برساند. در مواردی که علم ساکت است چگونه می‌توان عدم خطر را ثابت کرد؟ حال آنکه در احتیاط قوی کسانی که معتقد به خطرناک بودن امر بودند باید وجود خطر را اثبات می‌کردند. حالت دوم همان حالت معمول و رایج است. انتقاد دوم مربوط به بحث ادراکی است و آن، اینکه به کار بردن واژه احتیاط؛ به دلیل عقلایی بودن، بار روانی را ایجاد می‌کند که یارای مقابله را از مخالفان می‌گیرد (Hathcock, 2000: 56). منتقدان معتقدند اصل احتیاط جلوی نوآوری دانشمندان را نیز می‌گیرد و همین مسئله باعث خواهد شد تا ضرر بیشتری به منافع عموم وارد شود (Seethaler, 2009: 120). دانش هسته‌ای را در نظر بگیریم؛ قطعاً می‌تواند حاوی خطرات نامعلومی برای بشریت باشد، حال آنکه عدم پیشرفت در دانش هسته‌ای یعنی استفاده از سوخت‌های فسیلی و منجر شدن به خطر قطعی گازهای گلخانه‌ای (Mandel, Gathii, 2006: 1055).

<sup>1</sup>- strong and weak.



در پاسخ به این انتقادات می‌توان گفت گازه‌های گلخانه‌ای یا گرمای جهانی، نتیجه بی‌احتیاطی نسل‌های پیشین و زیر پا گذاشتن بسیاری از اصول بشری است. اصل احتیاط بی‌مبنا راه حرکت را سد نمی‌کند بلکه به خطر احتمالی آگاه است، خطراتی که علم از سنجش آنان ناتوان است. می‌توان گفت اصل احتیاط در همه مواقع ورود نمی‌کند، بلکه تنها در موارد ظن، لازم‌الاجرا می‌شود.

**۴-۲ اخذ مجوز از نهادهای ذی‌صلاح:** با توجه به این وظیفه کسانی که خواستار انجام فعالیت‌هایی هستند که ممکن است خطرآفرین باشند باید با ارائه دلیل مبنی بر امن بودن فعالیت خود از نهادهای مربوطه مجوز اخذ کنند. ماده ۳ قانون حفاظت و به سازی محیط‌زیست مربوط به اختیارات شورای عالی حفاظت از محیط‌زیست و تصریح موارد صدور مجوز است. قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران اما تصریح بیشتری بر این موضوع دارد. ماده ۴ مقرر می‌دارد: «صدور، تمدید و لغو مجوز فعالیت در امور مرتبط با فناوری زیستی جدید با رعایت قوانین مربوط به هر دستگاه و ضوابط ایمنی زیستی موضوع ماده ۳ این قانون بر عهده دستگاه‌های اجرایی ذی‌صلاح به شرح ذیل می‌باشد...». از این دست مواد در قوانین کشورها زیاد به چشم می‌خورد اما آنچه اهمیت دارد این است که آیا بار اثبات دلیل تغییر می‌کند؟ آنچه در قوانین ما آمده است جلب نظر کارشناسی مبنی بر عدم وجود خطر است. این فرآیند بسیار شبیه اعمال اصل احتیاط با رویکرد قوی است.

## ۵ ضمانت اجرای اصل احتیاط

ضمانت اجرای اصل قانونی احتیاط، جریمه است و ضمانت اجرای اصل شرعی احتیاط، عقوبت اخروی. باید توجه داشت اصل قانونی احتیاط پیش از وقوع ضرر ورود می‌کند و نه پس‌از آن. پس از وقوع ضرر هرچند می‌توان از باب بی‌احتیاطی فرد خاطی را جریمه کرد اما عمده ضمان وی به دلیل جبران خسارت خواهد بود و اصل احتیاط ماهیت پیش‌گیرانه خود را از دست خواهد داد. دیوان دادگستری جوامع اروپایی در جهت شفاف کردن اصل احتیاط گام‌های بسیاری برداشته است. بحران مربوط به جنون گاوی نقطه عطفی در خصوص اصل احتیاط در چارچوب اتحادیه اروپایی محسوب می‌شود. با طرح موضوعاتی چون قابلیت انتقال جنون گاوی از حیوان به انسان، صدور گوشت و فرآورده‌های گوشتی از انگلستان را به سایر دول عضو ممنوع کرد. گروه در تصمیم خود با تأکید بر اصل احتیاط، صدور گوشت‌های مزبور را اعلام کرد: «زمانی که عدم یقین در مورد وجود یا دامنه خطرات برای سلامت و بهداشت افراد وجود داشته باشد، نهادهای اروپایی می‌توانند تدابیری اتخاذ کنند بدون اینکه منتظر بمانند تا واقعیت و شدت این خطرات به‌طور کامل به اثبات برسد»<sup>۱</sup>.

سؤالی که پیش می‌آید این است که ممنوعیت و جریمه چه مبنایی دارند و این ضمانت اجراها با چه پشتوانه‌ای اعمال می‌شود؟ همان‌طور که پیش‌ازین نیز گفته شد علاوه بر قانون اساسی در ایران، قوانین عادی

<sup>1</sup>- National Farmer's Union, 1998: CJCE, Rec. C-157/96.



زیادی به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست پرداخته‌اند. می‌توان قوانین عادی را منشعب از قانون اساسی دانست که در منطقه الفراغ شرع، اقدام به وضع مقرر کرده است. هرچند در حقوق غربی یافتن مبنایی جهت تحدید اختیار شهروندان موجب اختلاف نظر و صدور آراء مضطرب حقوقدانان شده است، در حقوق اسلامی و علی‌الخصوص باوجود مبانی فقه شیعه که حاکم اصلی را خداوند می‌داند؛ این ایراد به راحتی قابل رد است. مخلص کلام آنکه حق آزادی انسان عطیه‌ای الهی است که تنها خداوند می‌تواند آن را محدود نماید. در دین مبین اسلام، آزادی عمل ناشی از حکم تکلیفی اباحه است که هرچند بارآاده انسان قابل تحدید به صورت جزئی (با تعیین مصداق و تعیین زمان نه‌چندان زیاد) هست اما سلب آن تنها در حیطه اختیار باریتعالاست (هاشم پور مولا، ۱۳۹۰: ۶۹). تشریح سلب اباحه از انسان به وسیله خداوند در قرآن کریم و پس از آن، رسول خدا و سپس اولیا امر صورت خواهد گرفت. با توجه به فلسفه تشریح و قانون‌گذاری در فقه شیعه - علی‌الخصوص منطبق با نظریه ولایت فقیه که نظریه مقبول قانون اساسی ماست - حاکم می‌تواند این محدودیت را ایجاد و اعمال نماید (جاوید و جمعی از نویسندگان (راجی)، ۱۳۹۰: ۲۵۸).

### نتیجه‌گیری

با توجه به خطرات و اضطراب‌های موجود در دنیای جدید، احتیاط در امور کلان باید مورد حکم قانون‌گذار باشد. این لزوم در دنیای غرب در قالب اصل احتیاط نمود پیدا کرده است. در فقه و قانون ما مواردی وجود دارد که بسیار شبیه اصل احتیاط است. دانستیم که اصل شرعی احتیاط در مبنای خود با اصل قانونی احتیاط متفاوت است، اما قاعده عقلی احتیاط می‌تواند مبنایی برای ورود اصل احتیاط به سیستم حقوقی کشورمان باشد. قاعده لاضرر نیز تا حد زیادی می‌تواند مبنای اصل احتیاط قرار گیرد. باین وجود باید دانست اصل احتیاط در سیستم حقوقی ایران نمی‌تواند حکمی متزع از حکم تکلیفی باشد، بلکه حکمی است که واضع آن اندیشه آدمی است و از مستقلات عقلیه محسوب می‌شود. اعمال اصل احتیاط می‌تواند بار اثبات دعوا را از دوش خواهان، به دوش خوانده منتقل کند و به این وسیله امنیت حوزه فعالیت را بیش از پیش تأمین نماید.

قوانین کشور ما بر مبنای استواری بنا شده‌اند که جامع بسیاری از اصول است. باین وجود این مبانی در برخی موارد مانعیت لازم را ندارند و همین امر باعث می‌شود تا خلأ موجود را با استفاده از تجارب سایر دستگاه‌های حقوقی برطرف کنیم. اگر اصل احتیاط همچون قاعده لاضرر، اصلی مستقل در قانون اساسی ما باشد، قطعاً تأثیر روانی بیشتری بر نحوه قانون‌گذاری و اعمال قانون خواهد داشت. نکته حائز اهمیت آنکه با توجه به اسلامی بودن قانون اساسی کشورمان، مباحث و معضلات راجع به تحدید حقوق تکوینی، نمی‌تواند مانع اساسی در مسیر اتخاذ رویکرد احتیاط‌آمیز در قوانین باشد.



## منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه، ترجمه عبدالمحمد آیتی.

اسدی، حسن (۱۳۸۳)، «قاعده احتیاط از دیدگاه فقهاء و اصولیین مذاهب پنجگانه اسلامی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، پیش‌شماره ۱ (پیاپی ۳-)، سال اول، صص ۴۲-۶۴.

انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۷)، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الإسلامی.

بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.

باریکلو، علی رضا (۱۳۸۵)، مسئولیت مدنی، تهران، میزان.

بجنوردی، محمدحسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، محققان: محمدحسین درایتی و مهدی مهریزی، قم، نشر هادی.

تاری مرادی، احسان، فخعلی، احسان (۱۳۸۵)، «مبانی و احکام فقهی محیط‌زیست»، الهیات و معارف اسلامی (مطالعات اسلامی)، شماره ۷۱، صص ۳۱-۶۶.

جاوید، محمدجواد و جمعی از نویسندگان (۱۳۹۰)، قانون و قانون‌گذاری در آراء اندیشمندان شیعه، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲)، حق و تکلیف در اسلام، قم، مرکز نشر اسراء.

حسینی، مهدی (۱۳۹۶)، «بررسی قاعده «قابل تعزیر بودن هر عمل حرام» در فقه امامیه و حنفی»، دو فصلنامه علمی ترویجی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شماره ۳۵، سال یازدهم، صص ۸۳-۱۰۱.

حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳)، «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره دوم (پیاپی ۴۰)، سال پانزدهم، صص ۱۸۵-۲۰۶.

خراسانی، محمدکاظم (۱۳۹۱)، شرح کفایة الاصول، تدوین: محمدعلی صالحی مازندرانی، قم، نشر صالحان.

خراسانی، محمدکاظم (بی‌تا)، کفایة الاصول، قم، موسسه آل‌البت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.

رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۰)، «پیشگیری و سرکوب جرائم زیست‌محیطی در پرتو اقدامات سازمان‌های غیردولتی در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، صص ۱۹۹-۲۲۵.

زرقی، موسی، صابری، حسین (۱۳۹۳)، «بازکاوی ملاک تقسیم فقها به اخباریان و اصولیان»، مطالعات اسلامی، فقه و اصول، شماره ۹۸، سال ۴۶، صص ۹۷-۱۲۲.

سبحانی، جعفر (۱۳۸۰)، الوسیط فی اصول الفقه، قم، موسسه امام الصادق (ع).

سیستانی، علی حسینی (۱۴۱۴ ق)، قاعده لا ضرر و لا ضرار، قم: مکتب آیت‌الله‌العظمی سیستانی.

الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۲)، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.

طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۲)، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، موسسه نشر اسلامی.

علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۳)، الذریعة الی اصول الشریعة، تهران، دانشگاه تهران.

قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۷)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، میزان.

لطفی، اسدالله (۱۳۹۱)، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۹، صص ۲۰۵-۲۳۴.





محمد زاده رهنی، محمدرضا (۱۳۸۹)، «بررسی مبانی فقهی حمایت از محیط‌زیست»، فصل‌نامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، شماره ۲۵، سال ششم، صص ۱۷۷-۱۹۵.

محمدی، علی (۱۳۷۸)، شرح اصول فقه، قم، انتشارات دارالفکر.

مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰)، اصول الفقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۹ ق)، اجود التقریرات، تقریر درس علامه نائینی، قم، انتشارات ستاره.

موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق)، مصباح الاصول، تقریر: محمد سرور واعظ حسینی، قم، انتشارات داوری.

نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۰۹ ق)، فراید الاصول، تقریر: محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، موسسه نشر اسلامی.

نبویان، محمود (۱۳۹۳)، «معنا و لوازم حق تکوینی و حق اعتباری»، فصلنامه علمی پژوهشی آیین حکمت، شماره مسلسل ۲۱، صص ۱۵۲-۱۸۳.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۶۶)، عوائد الایام، قم، نشر مکتبه بصیرتی.

هاشم‌پور مولا، محمد (۱۳۹۰)، «حق و حکم در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره اول، صص ۶۵-۸۶.

هدایی، علیرضا (۱۳۸۳)، «سیر تاریخی پیدایش اصل اشتغال در اصول فقه شیعه»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۷۶، صص ۲۸۹-۳۰۰.

یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، میزان.

## منابع لاتین

- Fisher, Elizabeth, Jones, Judith Sutherland, Schomberg, Rene Von (2006), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Edward Elgar Publishing.
- Gardiner, Stephen. M (2006), "A Core Precautionary Principle", *The Journal of Political Philosophy*, Volume 14, Number 1.
- Geistfeld, Mark (2003), "Implementing the Precautionary Principle", *New York University School of Law*, 31 ELR.
- Hahn, Robert W. and Cass R. Sunstein (2005), "The Precautionary Principle as a Basis for Decision Making", *University of Chicago, The Economists Voice*, Vol. 2, No. 2, Article 8.
- Hathcock, John N (2000), "The Precautionary Principle-An Impossible Burden Of Proof for New Products", *Ag Bio Forum*, Volume 3, Number 4.
- Mandel, Gregory N, Thuo Gathii, James (2006), *Cost-Benefit Analysis Versus The Precautionary Principle*, *University of Illinois Law Review*.
- Owen, David G (2007), "The Five Elements of Negligence", *Hofstra Law Review*, Volume 35, No. 4.
- Percival, Robert V (2005), "Who's Afraid of Precautionary Principle?" *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, No 62.
- Raffensperger, Carolyn (1999), *Protecting Public Health and the Environment*, Island Press, Washington D.C.



Ramraj, Victor Vridar (1998), A Theory of Criminal Negligence, University of Toronto, A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Philosophy.

Sachs, Noah M (2011), "Rescuing the Strong Precautionary Principle from its Critics", University of Illinois Law Review, Vol 13.

Seethaler, Sherry (2009), Lies, Damned Lies, and Science, FT Press, New Jersey, Vol 1.

Tickner, Joel, Raffensperge, Carolyn and Nancy Myers (1998), The Precautionary Principle In Action, Science and Environmental Health Network, First Edition.

#### وبسایت‌ها

[http://www.legifrance.gouv.fr/affich\\_texte=LEGTEXT000006051372](http://www.legifrance.gouv.fr/affich_texte=LEGTEXT000006051372) & date text (consulted 12/5/2010).

[http://www.wto.org/English/news\\_e/sppl\\_e.htm](http://www.wto.org/English/news_e/sppl_e.htm).

#### بیانیه‌ها

Article 174, Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts (1997).

Article 3(3), United Nations Framework Convention on Climate Change.

Bermen Ministerial Declaration of the International Conference on the Protection of the North Sea.

Communication from the Commission on the Precautionary Principle (COM(2000) 1).

Preamble to the Convention on Biological Diversity, 1992.

