

مبانی فقهی - حقوقی امکان طرح دعوی پیشگیرانه با شروع به خسارت در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی فرانسه^۱

علمی - پژوهشی

حسینعلی میرزاجانی رودپشتی *

مهدی فلاح خاریکی **

سید حسن حسینی مقدم ***

چکیده

مقارن با طرح دعوی و برابر قواعد عمومی مسئولیت مدنی، خواهان باید اثبات نماید که دارای نفعی منجز می باشد. بنابراین اگر موضوع دعوی، جبران خساراتی است که در اثر اقدام خوانده به خواهان وارد شده است، این خسارات باید در زمان اقامه دعوی به خواهان وارد شده باشد. مقاله حاضر با روش توصیفی و تحلیلی و با رویکرد مقایسه ای در صدد واکاوی و پاسخگویی به این پرسش است که آیا با قوانین و مقررات موضوعه ایران و با استفاده از قواعد فقهی و از طریق کارگرد بازدارندگی مسئولیت مدنی " با تاکید بر رویه قضایی فرانسه " می توان اشخاص را مکلف به احتیاط و پیش بینی ضرر نمود تا جایی که عدم پایبندی به این اصول و قواعد، مواجه شدن با دعوی جبران خسارت حتی قبل از فعلیت یافتن در قالب دعوی شروع به خسارت باشد؟ یافته های این پژوهش نوین حکایت از آن دارد که مسئولیت مدنی با بهره گیری از قواعد فقهی و حقوقی و همچنین " رویکرد مثبت رویه قضایی فرانسه " قادر خواهد بود تا با ادعای نقض قاعده حقوقی و پیش از ورود زیان دخالت نموده و نهاد شروع به خسارت را در مقابل اصل خسارت شناسایی و از این طریق موجبات قانونی طرح دعوی را فراهم نماید.

واژگان کلیدی: دعوی پیشگیرانه، ضرر و نفع، شروع به خسارت، قواعد فقهی.

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۱۱/۲۹) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۰/۰۹/۱۷)

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت اله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران ha.mirzajani46@yahoo.com
** استادیار گروه حقوق، واحد آیت اله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران (نویسنده مسئول) mehdi.fallah@gmail.com
*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. S.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

۱- مقدمه

از منظر علم حقوق، بدیهی است تا وقتی رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل در عالم خارج از ذهن ظهور و نمود نداشته باشد به ندرت انعکاسی داشته و از این حیث نمی‌توان مسئولیتی بر آن حمل نمود. یعنی هدف اولیه و بالذات مسئولیت مدنی که جبران ضرر می‌باشد تنها در صورتی قابلیت استناد و اجرا را دارا می‌گردد که خسارتی مسلم و قطعی اتفاق افتاده باشد. به تعبیر دیگر، به صرف احتمال ورود زیان نمی‌توان کسی را به جبران خسارت محکوم کرد. و این امر در حالی است که در مواردی چند و به جهت وجود احتمال قریب به یقین، بروز خسارت، قابلیت پیش‌بینی را داشته و عقل سلیم هم، حکم به رعایت احتیاط و دفع ضرر احتمالی می‌دهد تا جایی که تساهل و بی‌توجهی به این موضوع تبعات جبران‌ناپذیری را به همراه خواهد داشت.

مع الوصف و با علم به اینکه در حقوق جزا، نقض قاعده حقوقی با شروع به جرم نیز ممکن است، اما در بستر قواعد مسئولیت مدنی و با ملحوظ نظر قراردادن این موضوع که معیار عملی و محسوس خسارت و ضرر آن است که در طبیعت ظهور و بروز داشته باشد، بنابراین طرح هرگونه ادعایی در این خصوص منوط به ورود قطعی خسارت می‌باشد. از این حیث پرسشی که در این مقام قابلیت بررسی و پژوهش را دارد این است که آیا به موازات پذیرش قاعده شروع به جرم در حقوق جزا، می‌توان چنین رویکردی را در شروع به خسارت در مقوله مسئولیت مدنی نیز قایل بوده و مسئولیت را متوجه شخص فاعل دانست؟ به بیان دیگر آیا با قوانین و مقررات موضوعه در حقوق ایران و از طریق کارکرد بازدارندگی مسئولیت مدنی و همچنین با ملحوظ نظر قرار دادن قواعد فقهی و رویه قضایی فرانسه، می‌توان اشخاص را مکلف به احتیاط و پیش‌بینی ضرر نمود تا جایی که نتیجه عدم پایبندی به این اصول و قواعد، مآلاً مواجه شدن با چالش‌هایی نظیر دعوی جبران خسارت حتی قبل از فعلیت یافتن خطر در قالب "دعوی شروع به خسارت" باشد؟ بنابراین پرسش محوری این مقاله این است که آیا مسئولیت مدنی می‌تواند با ادعای نقض قاعده حقوقی و پیش از ورود زیان و خسارت دخالت نموده و بدو نهاد شروع به خسارت را در مقابل اصل خسارت شناسایی و با طرح دعوی شروع به خسارت، خطر بالقوه مسئولیت ساز را منتفی و متعاقباً خساراتی را که در راستای پیشگیری از خطر، متقبل شده است را مطالبه کند؟

۲- مفهوم دعوی و شرایط قانونی اقامه دعوی

در قوانین موضوعه ایران "دعوی" تعریف نشده است. دکتر احمد متین دفتری، دعوی را اینگونه تعریف می کند: "دعوی عبارت از عملی است که برای تثبیت حقی انجام می شود، یعنی حقی که مورد انکار یا تجاوز قرار گرفته است" (متین دفتری، ۱۳۷۸، جلد ۱، ۲۰۹). صاحب مفتاح الکرامه در تعریف دعوی گفته است: "دعوی از نظر لغوی به معنی طلب است و گفته شده دعوی از نظر شرعی عبارت است از اینکه انسان چیزی را به خود یا دیگری اضافه نماید اعم از اینکه ملکی باشد یا حتی در دست دیگری یا بر ذمه (حسینی العاملی، ۱۴۱۸، ۱۰۹). دعوا به مفهوم اخص، یعنی حق مراجعه به مراجع صالحه به منظور احقاق حق ماهوی تزییع شده، مستلزم وجود شرایطی است که با نبودن هر یک از شرایط، دادگاه از ورود به ماهیت دعوا، یعنی بررسی "وجود یا فقدان حق اصلی مورد ادعا و تزییع یا انکار آن" و ترتب آثار قانونی مربوط در قالب حکم، اجتناب می نماید. یکی از آن شرایط این است که حق مورد ادعا باید "به وجود آمده و باقی" باشد. بنابراین چنانچه وجود نفع برای خواهان منوط به وجود شرط یا معلق به وقوع امری باشد، خواهان نمی تواند ذی نفعی یا محق بودن خود را توجیه نماید (شمس، ۱۳۹۵، ۲۸۶). با توجه به مطالب فوق، حقوق دانان ایران نظیر دکتر ناصر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۱۱۷) و دکتر عبدالله شمس (شمس، ۱۳۸۰، ۱، ۳۱۱-۳۱۰)، اقامه یک دعوا را منوط به شرایطی دانسته اند که از جمله آن شرایط این است که اولاً: "حق مورد نظر باید منجز و قطعی باشد نه معلق و مشروط". ثانیاً: اینکه "اعمال کننده حق باید ذی نفع" باشد. گرچه مطابق قوانین بعضی از کشورها مانند آلمان و فرانسه، قضات محاکم این اجازه را دارند که دعاوی مربوط به مطالبه خسارت، حتی قبل از فعلیت یافتن ضرر را پذیرش نمایند (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۴۲۷). بنابراین وبا این استدلال، در دعوی "شروع به خسارت" که هنوز خسارتی وارد نشده، علی القاعده، موجبی قانونی برای پذیرش دعوی حقوقی وجود ندارد چرا که یکی از شروط اولیه اقامه دعوی، خارجاً تحقق پیدا نکرده است. و این همان نقطه ثقل بحث و نکته ای است که نگارنده بدنبال رهیافتی حقوقی برای جواز طرح "دعوی خسارت قبل از بروز و حدوث آن" می باشد.

۳- مفهوم ضرر و خسارت

لفظ ضرر که در مقابل نفع استعمال می شود در لغت به معنی نقصان و زیان است و زیان نیز که

ضد سود می باشد به معنی خسارت است . بنابراین ضرر ، زیان و خسارت در لغت مترادف یکدیگر استعمال می شوند (جوهری، ۱۴۱۳ق، ۷۱۹). در مواد ۱۴۵ و ۱۴۶ قانون آئین دادرسی کیفری ، اصطلاح ضرر و زیان توامان و در معنای لغوی آن استعمال شده ولی در ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی ، ضرر به معنی از بین رفتن مال یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شود ، آمده است. در قانون مجازات عمومی سابق و همینطور در قانون مجازات اسلامی ، لفظ ضرر به ندرت به کار گرفته شده و غالباً قانونگذار به جای ضرر و زیان لفظ خسارت را به کار برده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۱۴). در عرف قضایی نیز مفهوم ضرر از معنی لغوی آن مایه گرفته و حقوقدانانی مانند دکتر محمود آخوندی در آئین دادرسی کیفری و دکتر ناصر کاتوزیان در مسیولیت مدنی " ضمان قهری " نیز به هنگام بحث از مسیولیت (اعم از جزایی و مدنی) اصطلاح ضرر و زیان را مترادف خسارت دانسته و آن را شامل زیان های مادی و معنوی می شناسند. همچنین در اصطلاح حقوقی ، ضرر به هر نوع ایجاد نقص در اموال و یا از بین بردن منفعت مسلم و هر نوع لطمه ای که به سلامت ، حیثیت و عواطف شخص وارد آید ، اطلاق می شود (ولیدی ، ۱۳۹۴ ، ۴۷).

۴- ضرر و شرایط آن

یکی از شرایط اساسی خسارت قابل جبران این است که ضرر مزبور ، قطعی و مسلم باشد و مدعی خسارت باید ثابت کند که ضرر به دلیل وقوع آن در گذشته و یا محقق الوقوع بودن آن در آینده ، قطعی و مسلم است. زیرا ، اصل ، عدم مسیولیت است و به صرف احتمال ورود خسارت نمی توان کسی را ملزم به جبران خسارت کرد . شرط مزبور آن قدر بدیهی است که بدون نیاز به استدلال نظری قابل تصدیق است و قانون مدنی به دلیل بدهتش از ذکر آن خودداری کرده است . البته مراد از مسلم بودن خسارت این نیست که ضرر در زمان صدور حکم ، وجود عینی و بیرونی داشته و در عالم خارج محقق شده باشد. بلکه همین مقدار که عرف و عقلا در تحقق ضرر ولو در آینده و یا به صورت تدریجی تردید نداشته و آن را احتمالی و موهوم نپندارد ، برای تحقق مسیولیت کافی است (قاسمی ، ۱۳۹۵ ، ۲۲۴). به عبارت دیگر : " ضرری موجب مسیولیت مدنی و قابل جبران است که مسلم باشد، نه احتمالی . با این وصف ، گاهی پس از تحقق فعل زیان بار یا تقصیر ، هیچ ضرری پدید نمی آید، اما احتمال ورود خسارت وجود دارد . بدین معنا که در حال حاضر خسارتی نیست و در آینده نیز محقق الوقوع نمی باشد ، اما احتمال ورود ضرر وجود دارد که به آن " ضرر احتمالی " گفته شده است

(لطفی، ۱۳۹۱، ۲۱۱). حالیه، در این مقام، پرسش قابل طرح این است که آیا اساساً چنین خسارتی قابل جبران است؟ به نظر می‌رسد قرارگرفتن در معرض بروز و ظهور چنین خسارت حتی به صورت احتمالی، نوعی ضرر است. بنابراین جبران ضرر محتمل نیز، امکان دارد (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۱، ۳۱۳). شایان ذکر است که خسارت آینده، همان عدم النفع مندرج در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی نیست. چرا که خسارتی که در آینده وارد خواهد شد زمانی قابل مطالبه است که مقتضی در آن ثابت باشد. به عنوان نمونه، ماده ۴۰ قانون ثبت اختراعات و علائم تجاری ایران، اشاره به خسارت آینده دارد. بدین معنی که محروم شدن موجود در آن، دلالت دارد که منفعتی وجود دارد یا در آینده موجود خواهد شد (مقتضی بودن) که مدعی از آن (به دلیل فقدان شرط و وجود مانع) محروم شده است و این با منفعتی که می‌توانست موجود باشد، بنیاناً متفاوت است (سکوتی نسیمی - شمالی، ۱۳۹۰، ۸۴).

۵- مشخصه ضرر و خسارت آینده

بدون شک، هر خسارت محتملی نمی‌تواند مصدر جواز طرح دعوی حقوقی "قبل از بروز و ظهور خسارت" باشد. چرا که با توجه به عمومیت شرایط مطالبه خسارت، ضررهایی قابلیت جبران و مطالبه را دارند که در زمان طرح دعوی "وجود خارجی" داشته باشند. با این وصف، خسارات مورد نظر باید دارای ارکان و متصف به اوصافی باشند تا بتوان قانوناً و در مقام طرح دعوی به آن استناد نمود. حالیه به بررسی این شرایط می‌پردازیم:

۵-۱ - تقسیم بندی ضرر از حیث زمان

۵-۱-۱ - ضرر کنونی

ضررهایی که در گذشته وارد شده باشد و عرفاً ضرر به حساب آید، از نظر عرف، ضرر مسلم است و حقوق نیز در جبران چنین خساراتی تردید به خود راه نمی‌دهد. به عبارت دیگر "خسارت فعلی و کنونی" خساراتی است که در گذشته وارد شده و فعلاً موجود است (Piqueras, ۲۰۰۵، ۱۵). یعنی در زمانی که خواهان از دادگاه تقاضای جبران آن را دارد، موجود است. در این موارد خسارت از قبل رخ داده است و در هنگام دادرسی قاضی مشکلی ندارد و فقط باید احراز گردد که خسارت قابل ملاحظه و غیر متعارف است. در این فرض، خسارت قطعی است. در غیر این صورت یعنی در فرضی که خسارت از پیامد های زندگی اجتماعی بوده و عرف چنین ضرری را خسارت به معنی دقیق آن نداند، خسارت

قطعی و مسلم نمی باشد. اما نسبت به معقول بودن جبران ضررهای آینده تردید وجود دارد (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۱، ۳۰۳).

۵-۱-۲ - ضرر آینده

یکی دیگر از خسارات، ضررهای آینده است. "ضرر آینده" ضرری است که فعلاً ایجاد نشده، اما در اثر حادثه ای که اتفاق افتاده است، بر حسب سیر طبیعی امور، در آینده به وجود می آید (امامی، ۱۳۹۱، ۱، ۷۳۰). جبران ضرر آینده، مشکوک و مورد تردید است. تردید از اینجا نشأت می گیرد که هرچند سبب و منبع چنین خسارتی یعنی فعل زیان بار در حال حاضر اتفاق افتاده است، اما رکن مهم مسئولیت مدنی، یعنی ضرر هنوز به وجود نیامده است. بنابراین شاید حکم به چنین خسارتی نه عادلانه باشد و نه منطقی. به علاوه، ارزیابی و تقویم ضرری که هنوز پدید نیامده است، اصولاً میسر نیست. اما به نظر می رسد با توجه به محقق الوقوع بودن خسارت در آینده، جبران چنین ضرری، نامعقول نیست. همانطور که رویه قضایی فرانسه، جبران ضرر آینده را جایز می داند. زیرا چنین ضرری مسلم است و جبران آن معقول. چنانچه جبران خسارات آینده که قطعی و مسلم باشد، به عنوان یک اصل پذیرفته شده است (Vineyt, Jourdain, ۱۹۸۸، ۲۹۸). در مسئولیت مدنی قراردادی، ضرر آینده قابل تصور است. به عنوان مثال اگر صنعتگری با کارخانه ای در خصوص (تهیه) مواد خام قراردادی منعقد نماید که برای یک ماه بعد از انعقاد عقد، مواد خام مورد نیاز صنعتگر را فراهم سازد و متعهد به تعهد خود عمل ننماید و صنعتگر در حال حاضر در انبارهای خود مواد خام به اندازه یک ماه داشته باشد، گرچه وی فعلاً متحمل ضرری نمی شود و به تولید خود ادامه می دهد، اما ضرر آینده وی مسلم و حتمی است. بنابراین آیا جبران چنین ضرری نامعقول است؟ ضرر آینده در مسئولیت مدنی قهری نیز بدین نحو قابل تصور است که به عنوان مثال اگر کارگری تصادف نماید به نحوی که از پرداختن به کسب و کاری، ناتوان گردد، خسارت فقط برای ناتوانی کنونی نیست، بلکه ضرر برای ناتوانی از انجام کسب و کار در آینده نیز قابل تصور است (امامی، ۱۳۹۱، ۱، ۳۰۳). بنابراین، در پاره ای از اوقات، وقوع خسارت در گذر زمان و در راستای خسارات قبلی و مآلاً منبعث از آن می باشد. مانند اینکه شخصی که به جهت وقوع حادثه تصادف با اتومبیل، مصدوم شده و در اثر سرایت صدمه قبلی، آسیب دیگری در آینده می بیند. در این فرض از حیث زمان، ما دو نوع خسارت داریم الف- خسارتی که به واسطه حادثه اولیه "بالفعل" اتفاق افتاده است ب- خسارتی که در ادامه خسارت اولیه و در

آینده اتفاق می افتد. در این فرض خسارت مورد نظر (در آینده) در استمرار خسارات قبلی می باشد. به عبارت دیگر بخشی از خسارت وارد شده از حیث زمانی متعلق به گذشته و بخشی دیگر ناظر به آینده است. اما گاهی، ماهیت خسارت آینده بگونه ای است که هنوز فعلیت نیافته و مسبوق به سابقه نیست بلکه به جهت رفتار فرد یا افرادی، احتمال قریب الحدوث بر وقوع آن وجود دارد. در این فرض خسارت هنوز محقق نشده است اما از شواهد و قرائن متقن بر می آید که در صورت عدم اقدام به موقع بمنظور پیشگیری، تحقیقاً، این خسارات به وقوع خواهد پیوست (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۳۰۲).

۶- جایگاه نهاد شروع به خسارت در حقوق ایران و رویه قضایی فرانسه

با توجه به مباحث مطروحه در خصوص شروع به جرم در حقوق جزا، سوال بسیار مهم و تعیین کننده ای که در اینجا مطرح می گردد این است که آیا مسئولیت مدنی می تواند به بهانه نقض قاعده حقوقی و پیش از ورود زیان دخالت کند و "نهاد شروع به خسارت" را در مقابل اصل خسارت شناسایی نماید؟ بی گمان تحول قواعد مسئولیت مدنی و ظهور نظریات موسوم به "خطر" باعث حرکت سریع تر آن شده و نوعی مسئولیت رابرای شروع به برخی اعمال خطرناک پیش بینی می کند و هشدار می دهد که در صورت انجام این اعمال، مسئولیت به آسانی محقق خواهد شد. اما این رویکرد تا زمانی که اصل زیان تحقق نیابد، به خودی خود اثری ندارد و نمی توان شخص را صرفاً بر اساس شروع به عمل خطرناکی مانند رانندگی وسیله نقلیه، مسئول مدنی دانست (خدابخشی، ۱۳۹۶، ۳۱). این تفاوت در مسئولیت مدنی و کیفری، یکی از اصول بدیهی به شمار می رود و تاکنون ایراد قابل توجهی متوجه آن نشده است زیرا در مسئولیت مدنی، حقوق، با ذهن مرتکب و باور او کاری ندارد بلکه مهم، تحقق خسارت با معیار بیرونی و عینی است. اما این تفاوت نیز بدون تحول نبوده و زمینه هایی از شروع به خسارت را می توان در برخی از مسئولیت های مدنی ملاحظه کرد.

در حقوق فرانسه و بر اساس "اصل اقدامات احتیاطی" احکامی صادر شده است که پیش از تحقق زیان، مسئولیت مدنی را محقق دانسته اند که علت آن، به یکی از کارکردهای مهم این مسئولیت در پیش گیری از ارتکاب اعمال زیانبار بر می گردد. در یک مورد مدعی از دادگاه درخواست نمود که همسایه خود را به تخریب دو جایگاه شکار محکوم کند. او مدعی مزاحمت شده و اعلام می کرد جایگاه شکار همسایه در نزدیکی جایگاه شکار او قرار دارد و می تواند سهم او را از شکار کم کند.

دادگاه پژوهش ، همسایه را محکوم به تخریب جایگاه شکار نموده ولی درخواست غرامت مدعی را نپذیرفت ، با این استدلال که هیچ خسارتی یا مزاحمتی برای او بوجود نیامده است. در فرجام خواهی از این رای ، شعبه دوم مدنی دیوان کشور فرانسه در رای ۱۸ دسامبر ۲۰۰۳ نظر دادگاه پژوهش را نقض کرد و به دلیل عدم تحقق زیان، دعوا را نپذیرفت زیرا وقتی خسارت به وجود نیاید ، صدور حکم به امری که از آثار مسئولیت مدنی است قابل قبول به نظر نمی رسد (ژوردن، ۱۳۹۱، ۵۹). با وجود این، مطالعه رویه قضایی فرانسه نشان می دهد که گاهی فقط در صورت وجود خطر وقوع زبانی که هنوز ایجاد نشده است حکم به تدابیری از همان نوعی که در این پرونده خواسته شده بود ، صادر می شود. اما در برخی موارد ، حتی اگر با هیچ تدابیری نتوان از وقوع زیان جلوگیری کرد، صرف وجود خطر، منبع یک زیان معنوی ، یعنی نگرانی از وقوع زیان است . به همین دلیل در صورتی که صرفاً خطر وقوع زیان وجود داشته باشد ، قضات تردیدی نمی کنند که حکم به جبران عین صادر کنند. در این موارد، زیان از شرایط مسئولیت حذف نشده بلکه با خطر امیخته شده است و مبتنی بر منطقی پیش گیری و جبران خسارت است و در چنین وضعیتی این دو کارکرد مسئولیت مدنی (اگر غیر قابل تفکیک نباشد) دست کم رابطه بسیار نزدیکی با هم دارند(همان، ۱۳۹۱، ۶۰). بنابراین در موضوع " دعوی شروع به خسارت " که مبتنی بر منطقی پیش گیری و جبران خسارت می باشد ، محاکم قضایی باید دو مساله را مد نظر داشته باشند. ۱- اتخاذ تدابیر پیشگیرانه بمنظور جلوگیری از وقوع زبانی که هنوز ایجاد نشده و باصطلاح در شرف وقوع است. ۲- حکم به محکومیت خواننده به جبران هرگونه خسارتی که در راستای پیشگیری از خطر قریب الوقوع " از باب تسبیب " بر خواهان عارض شده است . چراکه در مسئولیت مدنی یکی از اهداف مهمه این است که تدابیر پیش گیرانه با جبران خسارت همراه شده تا جایی که یک وضعیت غیر قانونی و زیان بار یا خطر یک زیان نزدیک و قطعی از بین برود.

۷ - جایگاه دعوی شروع به خسارت در فقه امامیه

با مراجعه به منابع فقهی می توان به دلایلی استناد جست که من حیث المجموع بیانگر این مطلب می باشند که محاکم قضایی می توانند دعوی شروع به خسارت را " حتی قبل از فعلیت یافتن آن " پذیرش نموده و پس از ورود در ماهیت دعوی ، اقدام به صدور رای مقتضی نمایند. حالیه در این مقام و پس از شناخت نهاد شروع به خسارت و لزوم جبران خسارت آینده و بمنظور تثبیت این نظریه ، به تبیین مهم ترین مبانی آن پرداخته می شود :

۱-۷- اصل " احتیاط فقهی " و ظهور اصل پیشگیری در حقوق مسئولیت مدنی

اصل احتیاط یکی از اصول عملی محسوب می شود که در مورد شک در مکلف به ، مورد استفاده قرار می گیرد . اصل احتیاط برای فقهای متقدم ، به عنوان یک اصل عملی مستقل و جدا از اساله الحظر شناخته شده نبود . اصل احتیاط را اصل اشتغال نیز می نامند چرا که ذمه (به تعبیر دقیق تر در اینجا - عهده) فرد یقیناً مشغول است ، بنابراین باید فراغ ذمه یقینی نیز حاصل کند (نائینی ، ۱۴۰۹ ق: ۳ / ۳۰۴-۳۰۶) . صرف نظر از فروض و شقوق بسیاری که در باب " اصل احتیاط " در بین فقهاء مطرح شده است ، این اصل در اموری جریان پیدا می کند که اگر اصل تکلیف به اجمال معلوم بوده ولی در نحوه انجام آن تردید وجود داشته باشد ، بر اساس این اصل باید به گونه ای به تکلیف عمل کرد که یقین بر امتثال امر شارع وجود داشته باشد . اگرچه فقهاء بزرگوارى نظیر شیخ مرتضی انصاری در فرائد الاصول (انصاری ، ۱۳۷۸ ، ۳۹۸) و همچنین مرحوم آخوند خراسانی در کفایه الاصول (آخوند خراسانی ، ۱۴۱۲ ، ۳۴۹ و ۳۵۰) و استاد محمد رضا مظفر در اصول فقه (مظفر ، ۱۴۰۵ ، ۲۸) متذکر شده اند که در امور عبادی " یعنی جایی که شک در حکم تکلیفی باشد " به این اصل می توان استناد جست ، اما علی الظاهر این قاعده در امور غیر عبادی نیز قابلیت استناد را دارد . لازم به ذکر است که اصل احتیاط حقوقی با اصل احتیاط فقهی ، متفاوت است . بدین معنی که اصل احتیاط حقوقی اصلی است که برای دفع ضرر احتمالی که اطمینان علمی و فنی در زیان بار بودن آن وجود ندارد و در عین حال زیان احتمالی بسیار سنگین و جبران ناپذیر است ، مورد استفاده قرار می گیرد در حالی که اصل احتیاط فقهی در جایی ملاک عمل قرار می گیرد که مکلف در اصل وجود تکلیف شک ندارد ولی در مکلف به ، شک دارد و در عین حال امکان احتیاط هم وجود دارد . بر اساس این اصل ، باید بگونه ای به تکلیف عمل کرد که یقین بر امتثال امر شارع وجود داشته باشد . اصل احتیاط فقهی هم بر دو قسم منقسم می شود : یکی اصل احتیاط عقلی ، یعنی حکم عقل به لزوم انجام دادن آنچه ترک آن احتمال ضرر اخروی دارد یا لزوم ترک آنچه انجام دادن آن دارای چنین احتمالی است . دیگری اصل احتیاط شرعی و آن عبارت است از حکم شارع به لزوم انجام دادن کار محتمل الوجوب یا ترک کار محتمل الحرمة . نیکو بودن احتیاط مورد توافق همه علمای اسلام بلکه همه عقلاست (انصاری ، ۱۳۷۹ ، ۳۹۸) زیرا عقل ، بدون هیچ گونه ابهام حسن آن را درک می کند (آخوند خراسانی ، ۱۳۹۰ ، صص ۳۴۹-۳۵۰) ، مگر آنکه زیاده روی در احتیاط موجب عسر و حرج شود یا

در نظام زندگی اختلالی پیش آورد (انصاری، ۱۳۷۸، ۴۱۳). بنابراین، قلمرو موضوعی این قاعده، ضرر های احتمالی است اعم از اینکه ضرر به خاطر عقاب ناشی از تخلف از حکم تکلیفی بوده یا اینکه ضرر مادی و دنیایی باشد. با وجود این میزان ضرر اهمیت چندانی در استناد به این قاعده ندارد یعنی حتی دفع ضرر کم احتمالی نیز عقلاً واجب است مگر ضرر هایی که عرفاً قابل تسامح باشد. مدرک این قاعده هم، حکم "عقل" است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۳۳۹). منظور از احتمال در این قاعده همان ظن است که گرایش ذهن انسان به سمت آن است. سوالی که در این مقام قابلیت طرح دارد این است که آیا می توان این وجوب را وجوب شرعی دانست و در این راستا به قاعده "کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع" استناد نمود؟ علامه نائینی در این خصوص معتقدند: هنگامی که حسن و قبح عقلی به شیء فارغ از حکم شرعی آن تعلق بگیرد، برای احکام دیگر، در مرتبه علل می باشد. برای مثال حسن و قبح ذاتی عدل و ظلم، برای وضع سایر احکام در مرتبه علت می باشند. 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 منشاء حکم شرعی شوند و خود حکم ارشادی خواهند بود. (موسوی خویی، ۱۴۱۹ق ک ۳/۳۵۴). بنابراین به نظر می رسد در مانحن فیه، ضرر نرساندن و ضرر ندیدن می تواند علت این حکم باشد. لذا قاعده احتیاط، مبنایی کاملاً عقلی داشته و خود از مستقالات عقلیه و احکام ارشادی محسوب می شود. بنابراین نمی توان از این قاعده حکم تکلیفی انتزاع کرد. با این حال نباید منکر کارایی این قاعده شد. چراکه در منطقه الفراغ و آنجا که شرع ساکت است، حاکم عقل است و به نظر می رسد با تکیه بر آراء فقها بتوان مساله تبدیل احکام مباح به مقررات الزام آور توسط حاکم اسلامی با استناد به مصلحت جامعه را مطرح کرد (الشریف، ۱۳۹۲، ۵۴۷-۵۵۱). به تعبیر دیگر عقل سلیم حکم می کند که ضرر احتمالی دفع گردد لذا اگر شخصی بر خلاف این قاعده برای دفع ضرر احتمالی اقدام مقتضی به عمل نیاورد و در اثر بی مبالاتی متحمل زبانی گردد که می توانست با درایت از آن احتراز نماید، نزد عقلای جامعه قابل مذمت و سرزنش است. بنابراین، نتیجه عمل به این قاعده پیشگیری از بروز خسارت در آینده می باشد. بنابراین برخلاف زمان های گذشته که مسئولیت، حالت قهقرایی داشت، دیگر امروزه مسئولیت فقط نسبت به اعمال گذشته نیست، بلکه طبق "اصل احتیاط" باید راهی را در پیش گرفت که عمل کنونی، مسئولیت آینده را در پی نداشته باشد. این اصل، آمیزه ای از اخلاق و سیاست بوده و اقتضاء

دارد که از اعمال زیان بار پیشگیری نماید. زیرا عمل کنونی می تواند مسئولیت آینده را به دنبال داشته باشد. بی جهت نیست که در حقوق مسئولیت مدنی امروزی باید با " اصل احتیاط " در صورت وجود " خطرات مشکوک و نامعین و محتمل الوقوع " از وقوع برخی از " خطرات یقینی و مسلم و محقق الوقوع " جلوگیری نمود. (Martin, ۲۰۰۵, ۲۲۲۳).

برخلاف نظام مسئولیت سنتی که به اعمال از پیش انجام شده و جبران خسارت های ناشی از آن می پردازد در این جا سخن از مسئولیتی است که " به آینده بر می گردد " و انسان را به حفاظت از دنیای خود و موجودات نسل های آینده فرا می خواند مبنای این مسئولیت " اصل احتیاط " است که به موجب آن ، اشخاص در صورت عدم اطمینان به رعایت یافته های علمی و فنی زمان ، نایستی در انجام اقدامات مؤثر و متناسب نسبت به پیشگیری از خطرووقوع خسارت های شدید و غیرقابل برگشت درنگ کنند این اصل به کارکرد مسئولیت مدنی کمک می کند تا از وقوع خسارت ها جلوگیری شود و از طرفی در زمینه مسئولیت زیست محیطی و سلامتی نیز امری پذیرفته شده است رویه قضایی در فرانسه با تکیه بر مقررات قانون مدنی وجود دعوی پیشگیری را پذیرفته که به موجب آن دیگر برای مطالبه خسارت، ضرورتی به شروع خسارت نیست بلکه آنها دعوی مربوط به خطر قریب الوقوع رانیز می پذیرند " و گاهی دادگاه های فرانسه نیز از این هم فراتر رفته اند زیرا می پذیرند که برای توجیه دعوی " خسارت قریب الوقوع " نیز با گرایش " صرف خطر وقوع خسارت " مسئولیت مدنی کافی است (انصاری، ۱۳۸۸، ۹۷).

۷-۲- قاعده فقهی " لاضرر "

مدلول قاعده " لاضرر " جزء مستقلات عقلیه بوده و مهمترین دلیل بر حجیت آن ، عقل می باشد (محقق داماد، ۱۳۶۶، ۱۳۴). به بیان دیگر ، علاوه بر منابع کتاب و سنت در خصوص اثبات قاعده فوق ، عقل نیز به عنوان یک حجت خدادادی ، ضرورت این قاعده را توجیه می کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۳۸۷). به نظر امام خمینی " ره " ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است (موسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ق، ۳۰). در معنای " ضرر " کلمات لغویین مختلف است : عده ای آن را به " سوء حال " تعبیر می کنند اعم از اینکه سوء حال نفس به سبب قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به سبب فقدان عضوی از اعضاء یا به علت قلت مال و آبرو باشد. (راغب اصفهانی ، ۱۴۰۴ ، صص ۳۹۷-۳۹۸) . صحاح آن را مخالف نفع و القاموس ، ان را به معنی ضد نفع و بد حالی دانسته و در المصباح به

معنای انجام کار ناپسند در مورد افراد و ایراد نقص در مورد اشیاست. به نظر می‌رسد اختلاف در این تعبیرات به سبب وضوح معنای کلمه ضرر است نه به جهت اختلاف در معنای آن (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ج ۲/۱۰۵). در خصوص " ضرار " بعضی معتقدند ضرار از باب مفاعله نیست، زیرا در مفاعله تکرار و صدور از دو نفر است ولی در قضیه ی سمره بن جندب، صدور فعل از یک نفر یعنی سمره است نه از دو فاعل. وجود دو فاعل در باب تفاعل، شرط است مانند " تضارب زید عمرو " چنان که در قرآن کریم آمده است که " ان منافقین یخادعون الله و هو خادعهم " " همانا منافقین به خدا مکر و حيله می‌کنند و خدا نیز به آنها مکر می‌کند ". طبیعی است که خدا به آنها خدعه وارد نمی‌کند، بلکه مکر و خدعه ی آنها را خنثی و باطل می‌کند و این منافقین هستند که بر خدعه اصرار می‌ورزند و آن را تکرار می‌کنند. پس اشکالی ندارد که ضرار از باب مفاعله این امر را تکرار می‌کند و " کثیرالضرر " است و بر ضرر اصرار می‌ورزد، به قرینه ی این که پیامبر اکرم (ص) به او فرمودند: " انک رجل مضار " (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، صص ۵۶ و ۵۵). تواتر معنوی که از تعاریف مذکور بدست می‌آید بیانگر این حقیقت است که ضرر و زیان شامل تمامی حقوق و منافع انسانها در چارچوب شرع و قانون است. (احمری و ذکائیان، ۱۳۹۲، ۱۷). قاعده لاضرر مانند سایر قواعدی که وجود آنها در شرع مقدس اسلام ثابت است. می‌تواند به عنوان علت منصوصه برای بسیاری از احکام مورد استفاده واقع شود. از طرف دیگر با آنکه لاضرر از احکام تکلیفی است اما به طور غیر مستقیم زمینه ایجاد احکام وضعی را در بسیاری موارد فراهم می‌کند. با توجه به نظریات مختلفی که در باب ضرر بین فقهای عظام وجود دارد، " لاضرر " به این معناست که ضرر چه در مقام قانونگذاری و چه در مقام اجرای قانون، در اسلام مشروعیت ندارد (محقق داماد، ۱۳۶۶، ۱۵۶). رسول گرامی اسلام "ص" با جمله " لاضرر و لا ضرار فی الاسلام " وجود ضرر را در محیط تشریح، معدوم اعلام نموده است و همینطور در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر، آنجا که عملی منجر به اضرار به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت. این حدیث ناظر به مطلق موارد شرعی است که مسبب ضرر هستند و از طرفی دلیلی بر ادعای انصراف این قاعده به احکام شرعی وجودی، موجود نیست. لذا می‌توان گفت در صورتی که عدم وضع حکمی، موجبات ضرر را برای شخصی فراهم کند، با استناد به قاعده " لاضرر " بتوان مبادرت به وضع حکم نمود (صدر، ۱۴۲۰ق، ۳۴۹). مستفاد از قاعده لاضرر این است که این قاعده اثبات حکم می‌کند. به عبارت

دیگر اگر از وجود حکمی خواه تکلیفی و خواه وضعی، ضرری برای کسی پیش آید به استناد این قاعده، آن حکم نفی می شود. بر این اساس، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد. با پذیرش امور عدمی در قاعده لاضرر، این قاعده نقش بازدارندگی خواهد داشت و قانونگذار را مکلف به تدوین قوانین حمایتی می کند یعنی همان طور که در حکمت شارع مقدس نفی احکام ضرری واجب است، به همین ترتیب جعل احکامی که از عدم آن احکام، ضرری پدید می آید نیز واجب است زیرا حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است (حسن زاده، ۱۳۹۸، ۱۳۴).

"قاعده لاضرر" علاوه بر آنکه در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، همچنین حاکی از یک خط مشی کلی در تشریح احکام اولیه می باشد. به عبارت دیگر، قاعده لاضرر بیان کننده این است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی مبتنی بر نفی ضرر بر مردم وضع گردید و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی بر بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفع است (محقق داماد، ۱۳۶۶، ۱۵۷). به عبارت دیگر چنانچه حکم شرعی مستلزم ضرر باشد اعم از اینکه ضرر به خود مکلف باشد یا به دیگری، آن حکم برداشته می شود مانند رفع حکم لزوم از معامله ای که یکی از متعاملین در آن مغبون شده باشد و کاستن از اطلاق اختیارات مالک از تصرف در ملک خویش، چنانچه تصرفات مزبور برای دیگران موجبات ضرر را فراهم نماید. سوالی که در این مقام مطرح می شود این است که رابطه قاعده لاضرر و تسلیط از نوع تعارض است یا تراحم؟ باید بگوئیم که این دو قاعده حتی در جایی که تصرفات و اقدامات مالک و یا هر صاحب حقی منجر به بروز زیان و ایراد خسارت برای دیگران شود، هیچگاه تعارض پیدا نمی کنند، بلکه رابطه آنها در این گونه موارد از نوع تراحم است، زیرا لازمه انتفاع و تصرف در ملک، اضرار به دیگران نیست ولی گاه اجرای این دو قاعده همزمان با هم ناممکن است. توضیح اینکه بین تعارض و تراحم، تفاوت جوهری وجود دارد. تعارض در مرحله قانونگذاری و وضع دو دلیل است، حال آنکه تراحم در مرحله اجرای دو حکم نمایان می شود، به همین دلیل می گویند: "تراحم حکمین و تعارض دلیلین". مضافاً اینکه: در مقام حل تعارض، قواعد خاصی همچون تخصیص و نسخ پیش بینی گردیده است و در نهایت چنانچه نتوان تعارض را از این طریق حل کرد باید قایل به تساقط هر دو دلیل شد (الدلیلان اذا تعارضا تساقطاً). در حالی که در تراحم، هیچکدام از قواعد فوق راه پیدا نمی کند و در مقام حل تراحم چنانچه ترتبی وجود داشته باشد، باید "اهم" را

بر " مهم " ترجیح داد والا هیچ وجهی برای ترجیح و امکان تقدم یکی بر دیگری وجود ندارد). ترجیح بلا مرجح (و باید قایل به تخییر شد و انتخاب حکم و مصداق را بر عهده " مکلف " گذاشت تا او به هر کدام از احکام که بخواهد عمل نماید . بنابراین رابطه قاعده لاضرر و تسلیط از همین نوع است . چه آنکه همه تصرفات و اقدامات صاحب حق (مالک) این گونه نیست که منجر به ورود زیان به دیگری شود که در این صورت هیچ گونه برخورد و یا تزاممی هم پیش نمی آید ، ولی برخی تصرفات ممکن است زیانبار باشد و ایراد خسارت به دیگری را به همراه داشته باشد ، در اینجا است که دو قاعده لاضرر و تسلیط در عمل و اجرا برای همدیگر ایجاد زحمت (تزامم) می نمایند و باید به دنبال راه حلی بود که اصطکاک و مزاحمت ایجاد شده را مطابق موازین عقلی و حقوقی به نحو احسن و اکمل مرتفع ساخت. بنابراین قاعده لاضرر با توجه به حکومتی که بر قاعده تسلیط دارد ، وسیله ای در دفع منبع ضرر می باشد . به عبارتی هر جا اختیارات مالک برای دیگران مضر باشد ، قاعده " لا ضرر " آن اختیار را محدود می نماید. بدیهی است دفع منبع ضرر ، نظر به خسارت آینده داشته و مانعی است بر ورود خسارات آینده و این همان وظیفه پیشگیرانه مسئولیت مدنی است (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۱، ۱۷۴). سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که " آیا قاعده لاضرر شامل امور عدمی هم می شود " ؟ در پاسخ باید گفت : تردیدی نیست که قاعده لاضرر شامل احکام وجودی است . حال اگر از فقدان یک امر وجودی ، ضرر و خسران پدید آید ، آیا قاعده لاضرر حاکم بر این فقدان است ؟ مثلاً اگر عدم حکمی متضمن ضرر باشد ، آیا می توان به قاعده لاضرر تمسک نمود و گفت ، آن ضرر منتفی است و به موجب آن حکمی وضع نمود ؟ سوال فوق را می توان چنین طرح نمود که آیا قاعده لاضرر تنها نقش بازدارنده دارد یا می تواند نقش سازنده هم ایفاء کند ؟ به عنوان مثال : اگر شخصی دیگری را حبس و مانع حضوری در محل کارش گردد ، آیا ضامن منافع کار از دست رفته محبوس می باشد ؟ و آیا می توان استدلال کرد که چون عدم ضمان ، امری ضرری است ، پس حبس کننده ضامن است و بوسیله لا ضرر ، اثبات ضمان بشود ، آنهم به جهت رفع ضرر ؟ فقهاء در این مورد اختلاف نظر دارند : عده ای از فقهاء عقیده دارند قاعده لاضرر " اثبات ضمان " نمی کند . چراکه نقش لاضرر این است که حکمی را بر می دارد نه اینکه حکمی را ثابت کند.

مرحوم نائینی از جمله این گروه است و چنین اعتقاد دارد که قاعده لاضرر همیشه بصورت معارض و مخالف عموماً دیگر وارد صحنه می شود و بر آن ها غلبه می کند . پس باید همواره حکم

ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضروری بوده تا به موجب قاعده لاضرر، شمول عام مزبور نسبت به آن مورد مرتفع گردد (نائینی، ۱۳۵۷، ۲۲۱). با این فرض و به نظر ایشان، قاعده لاضرر، نقش بازدارنده دارد نه نقش سازنده. ایشان در این جهت اصرار ورزیده تا آنجا که عقیده دارند "چنانچه لاضرر نقش اثباتی در احکام داشته باشد، لازم می آید "فقه جدید" تاسیس گردد. سپس توالی فاسده ای در خصوص فروع و مسائلی در ابواب فقه (نظیر جواز طلاق زوجه در غیبت ممتد زوج و یا ترک انفاق، وقتی منجر به ضرر زوجه گردد) مطرح ساخته اند که چنانچه نقش اثباتی لاضرر پذیرفته شود، می بایست تمامی آن توالی را بپذیریم و بر مسائلی نا آشنا، فتوی دهیم. مضافاً بعضی از فقیهان معاصر نیز همین راه را پیموده اند و تمسک به لاضرر را برای اثبات ضمان در موارد یاد شده، مخدوش می دانند و تالی فاسد آن را لزوم فقه جدید متذکر شده اند. بنابراین و با توجه به نظریه مورد اختیار در تفسیر لاضرر و لاضرار مبنی بر اینکه به موجب قاعده مزبور، هرگونه ضرر در دائره تشریح، نفی گردیده است، اینک این پرسش مطرح می شود که آیا از عدم جعل ضمان توسط شرع مقدس و مبری دانستن عهده زیان زننده، ضرر متوجه زیان دیده نمی گردد؟ پاسخ مثبت است و بر این اساس بایستی با قبول ضمان بر عهده زیان زننده، ورود خسارت را بر زیان دیده، مرتفع ساخت. با این وصف، نمی توان باور کرد که دائره قاعده لاضرر محدود به رفع احکام و افعال خاص وجودی باشد. با این توجیه که چنانچه جعل حکم از ناحیه شارع موجب ضرر بر بندگان شود، ورود ضرر و زیان منتسب به شارع نخواهد بود تا لاضرر آن را مرتفع سازد. چرا که محیط تشریح و قانونگذاری به جمع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همانطور که جعل قانون ممکن است برای فرد یا جامعه، زیان بار باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران وارد می سازد. النهایه اینکه: حکومتی که نظام جامعه و ملتی را بدست دارد، هرگونه سوء جریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر اوست، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب و یا ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش بینی های لازم. (محقق داماد، ۱۶۵، ۱۳۶۶).

۷-۳ - قاعده فقهی "سد ذرایع"

"سد" یعنی بستن و جلوگیری کردن و "ذرایع" جمع ذریعه و به معنای وسیله است. "سد ذرایع" در اصطلاح به معنای جلوگیری کردن از هر کاری است که به حسب عادت، منجر به مفسده ای می گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ۲، ۵۴۱). در بین فقهای اسلامی و صرفنظر از دیدگاهها

ومبانی گوناگون در خصوص حجیت یا عدم حجیت سد ذرایع، بر ضرورت مقابله با زمینه‌ها و اسباب جرم تاکید شده است تا جایی که مرحوم "حکیم" در کتاب "الاصول العامه للفقهاء المقارن" می‌فرماید (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۳۹۳) "عمده اصولی‌ینی که ما می‌شناسیم چه از شیعه و چه از اهل سنت، جملگی از معتقدان به سد ذرایع هستند اگرچه در حد و مرز ذریعه‌هایی که به آنها استناد می‌کنند و ذریعه‌هایی که رها می‌کنند، با هم اختلاف نمایند". کما اینکه در مسایل اجتماعی و از منظر علمای جامعه‌شناسی، یکی از مهم‌ترین روش‌های مقابله با بزهکاری، کنترل اسباب و مقدمات جرم است (میرخلیلی، ۱۳۹۰، ۱۹). و جرم‌انگاشتن مقدمات رفتار مجرمانه و تحریم مقدمه حرام که از آن به "سد ذرایع" نیز تعبیر می‌شود می‌تواند جهت کاهش فرصت‌ها و زمینه‌های ارتکاب جرم ارزیابی شود. هدف از "سد ذرایع" حفظ مصالح و دفع هرگونه مفسده است. بر اساس این قاعده، هر چه حرام است، راه و وسایل رسیدن به آن نیز حرام است. چه بسا آنچه به قواعد منطبق‌تر است آن است که پیشگیری از منکر (دفع المنکر) و بازداشتن عملی از منشاء فساد و بزهکاری، واجب است (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۲۷). حضرت علی علیه السلام در کلام خویش، مشاغلی که منشاء جرم و فسادند را ممنوع دانسته، می‌فرماید: "خداوند هر گونه شغلی را که فساد و تباهی از آن ناشی می‌شود، حرام دانسته است" (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۳، ۲۱). در منابع اسلامی، پیشگیری وضعی با تعبیر "دفع المنکر" بیان شده است کما اینکه محقق کرکی در این باره می‌فرماید "دفع منکر بر همه مکلفین واجب است و شرط آن قصد قربت نیست، اگرچه برای کسب ثواب قصد قربت شرط است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ۲۵۱). معنای دفع منکر در اینجا ناتوان کردن مرتکب از انجام عمل مجرمانه و ایجاد آن در خارج است. خواه به اختیار خود دست از عمل مجرمانه بکشد یا از انجام عمل منصرف نشود در حالی که نهی از منکر، چیزی جز منع کردن و بازداشتن طبق مراتب مقرر در شرع نیست (خویی، ۱۴۱۰ق، ۱۸۱).

در تحریر الوسیله حضرت امام خمینی "ره"، ضمن بحث از ضرورت پیشگیری از انحرافات و امور منکر و حرام آمده است "اگر پیشگیری از جرم متوقف به ورود به منزل یا ملک مجرم و یا تصرف در اموال وی، مانند محل سکونت و زندگی او باشد، جایز است در صورتی که جرم در حال وقوع از امور مهمی باشد که خداوند به هیچ وجه راضی به تحقق آن نیست مانند قتل. در غیر اینصورت، بدون رعایت اهمیت و سلسله مراتب، محل اشکال است (موسوی الخمینی، ۱۴۰۹ق، ۲۸۶).

. بنابر این مبناى پیشگیری وضعی در سیاست جنایی اسلام این است که دفع المنکرو جلوگیری از وقوع جرم، به هر طریق مشروعی لازم بوده و یکی از روش های موثر در رسیدن به این هدف، اخذ تدابیر پیشگیرانه وضعی است. یعنی شارع مقدس به جهت سد باب مفسد در جامعه در صدد از بین بردن زمینه و راههای منتهی به فساد بوده به نحوی که یا هیچ فسادى رخ ندهد و یا اینکه به حد اقل برسد. معهداً با ملحوظ نظر قراردادن تحلیل مذکور در بیان فقها مشعر بر اهتمام شارع به از بین بردن زمینه های فساد و بستن باب مفسد، قاعده سد ذرایع بیانگر این است که همانگونه که اصل وارد نمودن خسارت به دیگران امری منهی عنه بوده و فاعل آن مسئول رفتار خود می باشد و باید از عهده خسارات وارده بر آید. بعلاوه، می بایست از وقوع هرگونه اعمال مفسده خیز که تحت عنوان " رفتارهای زمینه ای " شناخته شده اند، جلوگیری نمود. مضافاً انجام هرگونه عملی که در راستای ایصال خسارت به دیگری به عنوان رفتارهای معده تلقی می گردند، امری ایذایی و می بایست از وقوع آن جلوگیری نمود. لزوم سد ذرایع، وجوب مقدمه واجب یا تحریم و جرم انگاری مقدمه حرام، بخشی از سیاست جنایی اسلام در قالب تدابیر پیشگیری وضعی است. قاعده سد ذرایع، در میان کسانی که آن را پذیرفته اند با این ایده مطرح شده که باید با زمینه ها، اسباب و ابزار گناه و بزه، مقابله کرد و از این راه از وقوع آنها جلوگیری شود. هرچند فقهای امامیه سد ذرایع را به عنوان قاعده ای کلی مورد استناد در ابواب فقهی نپذیرفته اند، ولی از مجموع دیدگاههای وارده، این نتیجه بدست می آید که فقهای امامیه و سایر مذاهب مخالف با قاعده سد ذرایع بر مقابله با زمینه ها و ابزار جرم تاکید ویژه دارند و عقیده دارند، در مقابله با بزهکاری باید از همه امکانات و همه روشها های مجاز موثر استفاده کرد. یکی از مهم ترین روش های مقابله با جرم و کج روی، از بین بردن زمینه ها، فرصت ها، موقعیت ها، ابزارها، مقدمات و وضعیت های وسوسه کننده و تحریک کننده است. لازم به یاد آوری است که در برخورد کیفی با زمینه ها و اسباب و آلات جرم می بایست به حداقل ها اکتفا کنند و دامنه جرم انگاری را توسعه ندهند، به گونه ای که برخی از فقهای بزرگ مانند امام خمینی " ره " تحریم و جرم انگاشتن مقدمات و اسباب را منحصر به مواردی دانستند که جزء اخیر، علت تامه باشد، یعنی در واقع به نوعی عنصر مادی جرم را مد نظر داشته اند. (میرخلیلی، ۱۳۹۰، ۱۱۹).

"دفع" در لغت در جایی استعمال می‌گردد که شیء موجود نیست ولی مقتضی و زمینه آن وجود دارد. این معنا با معنای اصطلاحی آن یعنی پیشگیری که در فقه و حقوق مورد استفاده قرار می‌گیرد رابطه نزدیکی دارد. پس دفع در اصطلاح وجود دفع ضرر محتمل به معنای پیشگیری از تحقق ضرری است که زمینه، شرایط و مقتضی آن وجود دارد (لطفی، ۱۳۹۱، ۲۰۹). مراد از دفع در قاعده مزبور، جلوگیری کردن از ایجاد ضرر محتمل می‌باشد. توضیح اینکه دفع ضرر با رفع ضرر تفاوت دارد. رفع، عرفاً برداشتن و ازاله شیء موجود را گویند که مقتضی بقاء آن نیز موجود می‌باشد. اما دفع، عرفاً مانع شدن از ایجاد چیزی است که مقتضی برای ایجادش موجود است. به عبارتی، دفع پیشگیری است و رفع درمان. لذا در قاعده وجود دفع ضرر محتمل، عقل، حکم به وجوب جلوگیری از ضرری می‌کند که هنوز به وجود نیامده ولی احتمال به وجود آمدنش وجود دارد. (سبحانی، ۱۴۱۹ هـ، ج ۳/۳۴۹). قاعده دفع ضرر محتمل، از قواعد عقلی است که مضمون آن حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است. از آنجا که اصلی‌ترین دلیل این قاعده، حکم عقل و بنای عقلاست، لذا باید به حکم عقل و مفاد سیره عقلا توجه کرد تا درک مناظ و ملاکی که دفع بر آن مترتب می‌گردد، به گونه‌ای صحیح صورت پذیرد (طباطبایی مجاهد، ۱۴۱۵، ۴۸۷). در این قاعده دو مولفه مورد توجه قرار می‌گیرد. نخست مولفه محتمل و دوم مولفه احتمال. محتمل (متعلق احتمال) ضرر یا پیامد و رویداد زیان‌آفرینی است که متعاقب بر رفتار خاصی و مستند به آن رفتار حادث می‌شود. محتمل می‌تواند یکی از این موارد باشد: ضرر بر جان، ضرر بر عقل و ضرر بر دین، ضرر بر حکومت، ضرر بر عرض و ضرر بر مال. آنچه مهم است این است که رفتار عامل وقوع ضرر در صورتی با حکم مستقل عقل دفع و منع می‌گردد که ضرر مزبور، معتدبه و معتنابه باشد احتمال نیز مقیاس و درجه کمی است که بر مبنای آن حدوث ضرر یا رویداد زیان‌آفرین، قابل پیش‌بینی گردد. با ملاحظه این مولفه، انسان می‌تواند نسبت به تحقق ضرر در آینده یکی از حالات را داشته باشد: وهم، شک، ظن متأخم به علم، اطمینان و یقین (عراقی، ۱۳۸۸، ۲۲۱). مرحوم فیروزآبادی در خصوص اینکه میزان نقش و جایگاه هر یک از دو مولفه مذکور در ترتب وجوب دفع ضرر چقدر است، درجات احتمال وقوع ضرر را به سه قسم تقسیم می‌نماید (احسانی فر، ۱۳۹۹، ۱۵۱): قسم اول رفتارهایی که با احتمال ظن آور به وقوع ضرر همراه است، قسم دوم رفتارهایی که با احتمال شک آور نسبت به وقوع ضرر همراه است و قسم سوم رفتارهایی که با احتمال وهم آور

نسبت به وقوع ضرر همراه است. به اعتقاد ایشان در جایی که احتمال ظن آور نسبت به وقوع ضرر وجود دارد، اتفاق فقیهان بر دفع و منع رفتاری است که با چنین احتمالی همراه است، اما در جایی که احتمال شک آور و تردید برانگیز نسبت به وقوع ضرر وجود دارد، میان فقیهان در دفع و منع رفتاری که با چنین احتمالی همراه است، اختلاف نظر وجود دارد (حسینی فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۳/۲۷۸). بنابراین، انسان عاقل هر گاه احتمال ضرر در امری را بدهد و یا عملی را موجب ضرر بداند باید به فرمان عقل و با تکیه بر منطق عقلا از آن احتراز نموده تا نتیجتاً از وقوع در ضرر و زیان محتمل، ایمن گردد. به عبارت دیگر اصل "لزوم دفع ضرر" یکی از پایدارترین اصول زندگی بشر به شمار می رود و تجربه قرن‌ها زندگی انسان، استواری آن را تأیید می کند. بطوری که هرچه ضرر و زیان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار باشد، اصل یاد شده قاطع‌تر و نمایان‌تر خواهد بود. در این صورت احتمال ضرر نیز کافی است تا انسان را به چاره‌اندیشی برای پیش‌گیری از آن اقدام برانگیزد. در قاعده دفع ضرر محتمل که گفته می‌شود دفع ضرر محتمل واجب است، نظر به اینکه قاعده مزبور یک قاعده عقلی است و این عقل است که حکم به دفع ضرر احتمالی می‌کند، منظور از وجوب، وجوب عقلی است نه شرعی. یعنی واجب نیست که شارع مقدس و خداوند متعال به آن امر فرموده باشد. همچون وجوب نماز و روزه، بلکه عقل انسان به طور مستقل و بدون استمداد از شرع به دفع ضرر محتمل حکم می‌کند همچون وجوب تبعیت جاهل از عالم. لذا بسیاری از فقهاء و دانشمندان از این قاعده، تعبیر به یک قاعده عقلی کرده‌اند. (نائینی، ۱۳۶۵، ج ۳/۲۱۴ و خوبی، ۱۴۱۷، حق، ج ۲/۱۸۶، سبحانی، ۱۴۱۹، حق، ج ۳/۳۹۲). این قاعده در مباحث مختلف اصولی همچون بحث حجیت مطلق ظن، کاربرد دارد. 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 است. در بحث احتیاط نیز یکی از ادله عقلی که برای وجوب احتیاط به آن استناد می‌شود همین قاعده است به این بیان که مبنای اصل احتیاط، حکم عقل به دفع ضرر محتمل است یعنی عقل به لزوم دفع ضرر محتمل حکم می‌کند و هرگاه در مورد ترک یا انجام کاری احتمال ضرر باشد، عقل به احتیاط حکم می‌کند یعنی در جایی که احتمال ضرر وجود دارد، عقل دفع آن ضرر را واجب می‌داند یا اینکه می‌گوید اگر در یک موردی احتمال ضرر وجود دارد، اقدام بر آن صحیح است. (خوبی، ۱۴۱۷، ج ۲/۲۱۵). احتمالی که در قاعده دفع ضرر محتمل وجود دارد، به معنای ظن است که گرایش ذهن

انسان به طرف راجح را گویند که در مقابل آن طرف مرجوح وجود دارد که احتمال ضعیف است. البته چنانچه در موضوعی ذهن انسان به طور مساوی بین دو طرف قرار بگیرد و تردید داشته باشد، از این حالت تعبیر به شک می‌شود که در اینجا قطعاً شک نمی‌تواند مورد نظر در قاعده مزبور باشد زیرا شک به هیچ وجه نظر به واقع نداشته و هیچ گونه کاشفیتی از واقع ندارد و مورد توجه عقلاء قرار نمی‌گیرد. در خصوص ظن، که احتمال قوی‌تر از شک می‌باشد، هر چند اصل، عدم حجیت می‌باشد و گفته می‌شود: ظن ذاتاً حجت و معتبر نیست ولی قابلیت آن را دارد چون فرض این است که ظن، تاب و توان آن را ندارد که دقیقاً و به طور کامل واقع را نشان دهد ولی از آنجا که ناظر به واقع است و احتمالی راجح و قوی می‌باشد، قابلیت آن را دارد که شارع احتمال خلاف آن را نادیده بگیرد و آن را بجای قطع و یقین فرض کرده و معتبر بداند. (مظفر، ۱۴۰۳، ج ۲/۲۴-۲۵). بنابراین، اگر انسان در باره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است. یعنی هر عاقل و خردمندی می‌داند که اجتناب از هر نوع ضرر محتمل، گرچه آن ضرر احتمالی باشد، لازم است. مفاد قاعده این است که اگر احتمال ضرری پیش آید باید ضرر مزبور دفع گردد خواه ضرر مزبور دنیوی باشد یا اخروی و خواه ضرر مادی یا معنوی باشد (رحمانی منشادی، ۱۳۹۴، ۱۶). با این توضیح که عقل سلیم حکم می‌کند که ضرر احتمالی دفع گردد و اگر شخصی بر خلاف این قاعده برای دفع ضرر احتمالی اقدام مقتضی به عمل نیابد و در اثر بی‌مبالاتی متحمل زبانی گردد که می‌توانست با درایت از آن احتراز نماید، نزد عقلای جامعه، قابل مذمت و سرزنش است، بنابراین، نتیجه عمل به این قاعده پیشگیری از بروز خسارت است (پهرامی احمدی، ۱۳۹۰ ص ۳۳۹).

۷-۵- قاعده فقهی " اقدام "

از منظر فقه، اقدام قاعده‌ای است که مفاد آن این است: هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند، در آن صورت کسی به نفع او ضمان قهری و یا مسئولیت مدنی ندارد. چنانکه در مقبوض به عقد فاسد که مالک اذن در تصرف در مال خود را به طرف دیگر عقد داده است، هرگاه مال مزبور بعد از قبض خود به خود تلف شود یا قبض کننده آن را تلف کند یا منتقل به ثالث نماید، در مقابل مالک مسئولیتی نخواهد داشت (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵، ۲۴). اگرچه استفاده از قاعده " اقدام " به عنوان یکی از موجبات ضمان واز منابع مسئولیت مدنی در فقه و همچنین حقوق موضوعه کمتر مورد توجه قرار گرفته است اما باید گفت که این قاعده یکی از قواعدی است که در حقوق

خصوصی بالاخص در بخش مسئولیت ها می تواند راهگشا و موثر باشد. یکی از مستندات این قاعده حدیث نبوی مشهور " لا یحل مال امری مسلم الا بطیب نفسه " (حر عاملی ، ۱۴۰۹ ق ، ۲۵ ، ۴۲۷) می باشد . روایت مذکور سبب ضمان است زیرا دلیل بر احترام مال مسلم است ولی به واسطه نفی آن از طرف مالک ، ضمان ساقط و منتفی می شود . زیرا مالک با طیب نفس و رضایت ، تصرف غیر را بر مال خود ، به نحو بلاعوض داده است ، بنابراین وجهی برای ضمان نیست . گروهی از فقهای عظام فکر کرده اند که اراده حکم تکلیفی و وضعی به استعمال واحد از این خبر ممکن نیست زیرا استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد می شود ، فلذا حمل بر حکم تکلیفی کرده اند که اظهر است ولی بعد از اینکه بگوئیم : حل و جواز و منع و عدم حل در موارد تکلیف و وضع به یک معناست و هر دو از خصوصیات مورد است و معنای مستعمل فیه در هر دو شیء ، واحد است همانند هیئت امر در قول " صل " و " صم " و... که استعمال نمی شود مگر در " بعث " ، واژه " حل " نیز استعمال نمی شود مگر در " رفع منع " . در این صورت می توان از " لا یحل " اراده حکم تکلیفی و وضعی نمود . (موسوی الخمینی ، ۱۳۷۹ ، ج ۱۱۰/۱) . بنابراین آنگونه که بیان شد ، قاعده اقدام در فقه از مسقطات ضمان محسوب می شود و اقدام زیان دیده موجب معافیت کامل عامل زیان می گردد. به عنوان نمونه در صورتی که خریدار با علم به اینکه با فضول معامله می کند و مال را از مالک حقیقی نمی خرد ، وارد معامله با فضول شود و پس از معامله ، مالک اصلی به خریدار رجوع کند و مال خود را از او بگیرد ، خریدار آگاه حق مطالبه خسارات را از فضول نخواهد داشت و یا اگر فردی مال خود را به کودک یا دیوانه بسپارد و کودک یا دیوانه ، کالا را تلف کند ، مالک حق رجوع به متلف کودک یا دیوانه را نخواهد داشت ، زیرا مالک به زیان خود اقدام کرده است و رضایت داده که دیگری مالش را بدون دادن عوضی ، تلف کند . بنابراین قاعده اقدام هنوز هم در فقه یک دفاع مطلق و کامل تلقی می شود. البته باید توجه داشت که دامنه اقدام در فقه محدود به جایی است که زیان دیده ، خود به کار زیان بار رضایت می دهد و نمونه هایی که فقیهان برشمرده اند ، ناظر به این جنبه قاعده اقدام است ، یا اگر خریدار با علم به عیب موجود در مبیع ، آن را بخرد ، خیار عیب ندارد ، یا اگر غردی تبرعاً از مدیونی ضمانت کند ، پس از پرداخت دین ، حق رجوع به مضمون عنه را نخواهد داشت (مراعی ، ۱۴۱۸ ، ج ۲/۴۸۸-۴۹۹ و موسوی بجنوردی ، ۱۳۷۹ : ۹۲-۹۷) .

براساس این قاعده ، هرگاه مالک به طور آگاهانه بر ضرر خویش اقدام نماید ، فرد مقابل نسبت

به ضرر وارده ضمان و مسئولیتی ندارد مانند اینکه فردی با علم به این که طرف مقابل مالک مال نیست با وی وارد معامله شود و آنرا خریداری نماید در واقع با این کار به ضرر خود اقدام کرده و نمی‌تواند فرد دیگری را مسئول ضرر ناشی از این معامله بداند. با اعمال این قاعده می‌توان نتیجه‌ای مشابه آنچه در قاعده تقلیل خسارت وجود دارد، گرفت چرا که وقتی طرف قرارداد یا شخص دیگری که در اثر تقصیر دیگری در معرض تحمل زیان قرار گرفته است با اقدام متعارف قادر به جلوگیری از وقوع زیان به خود یا کاهش آن باشد، عرفاً متعهد به انجام آنست و در صورت خودداری، زیان‌هایی که قابل پیشگیری بوده است، عرفاً منتسب به اوست و او نسبت به آن میزان حق مطالبه خسارت ندارد. بعلاوه بر مبنای "سببیت" نیز می‌توان آثار این قاعده را در حقوق اسلام و ایران توجیه کرد. با توجه به توضیحات فوق‌الذکر شخص متضرر مستحق دریافت کلیه خسارات و هزینه‌های معقولی است که در اثر اقدام برای کاهش خسارت بر وی تحمیل شده است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۵، ۲۷۴). امروزه برخی از استادان حقوق برآنند که دامنه اقدام را نباید به آنچه فقیهان پرداخته‌اند، محدود کرد. به باور این دسته از صاحب نظران، درست است که قاعده اقدام، به طور سنتی ناظر به جایی است که اقدام زیان دیده، تنها علت بروز خسارت به شمار می‌آید ولی باید دامنه آن را گسترش داد تا جایی را که تقصیر زیان دیده به تقصیر دیگری گره خورده است و هر دو موجب پیدایش خسارت می‌شود هم دربرگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۵۰۲-۵۰۳ و ۳۰۶). النهایه، پرسشی که در این مقام مطرح می‌گردد این است که آیا قاعده اقدام تنها مسقط ضمان است و یک دفاع کامل و نام‌عیار به شمار می‌آید یا اینکه در مواردی موجب کاهش مسئولیت است و یک دفاع جزئی است؟ افزون بر این، آیا اقدام زیان دیده در خسارت‌های وارد بر اموال تاثیر دارد یا اقدام در همه خسارت‌ها اعم از مالی و بدنی و جانی نیز سرایت دارد؟ نگاهی اجمالی به نمونه‌های پیش گفته، اینگونه می‌نمایاند که نویسندگان کتب قواعد فقه، در قاعده اقدام، تنها به سراغ خسارت‌های وارد بر اموال رفته‌اند و با این وصف، اقدام زیان دیده صرفاً در خسارت‌های وارد بر اموال موجب معافیت از مسئولیت است و در خسارت‌های وارد بر جان و لطمه بر حیثیت، اقدام موثری نداشته و مسقط ضمان نیست. با وجود این، بررسی عمیق دیدگاه فقها، نادرستی این برداشت را نشان می‌دهد، زیرا از یک سو، مبانی قاعده اقدام این تردید را بر طرف می‌سازد و از سوی دیگر، نمونه‌های مطرح در ابواب فقهی، ضعف این دیدگاه را آشکار می‌سازد. نمونه‌های ذیل، به خوبی نشان می‌دهند که فقیهان در

خسارت های وارد بر اشخاص هم برای نفی ضمان ، به سراغ قاعده اقدام رفته اند . (اسماعیل آبادی ، رضوی ، ۱۳۸۶ ، ۷۷) . مثلاً اگر کسی پوست هندوانه یا موز در راه و مسیر عبور عابران بریزد یا در راه آنقدر آب بپاشد که جاده لغزنده شود و در نتیجه آن ، پای عابر بلغزد و صدمه ببیند ، آب ریزنده یا کسی که پوست ها را ریخته ، ضامن است ، ولی اگر عابر با آنکه می توانسته از خطر احتراز کند ، به عمد پایش را بر روی پوست بگذارد ، کسی ضامن نیست . به باور فقها ، دلیل حکم ، اقوی بودن مباشر (زیان دیده) است ولی افزون بر این باید گفت که عابر با آنکه می توانسته از خطر احتراز کند ، خود به استقبال خطر رفته و بدان رضایت داده است . بنابراین مسئولیتی پدید نیامده است (نجفی ، بی تا ، ۱۲۸ ، و حلی ، ۱۴۱۹ ، ۶۵۶) . همچنین اگر کسی دیگری را به آتش اندازد و او با آنکه توانایی بیرون آمدن از آتش را دارد ، از آن بیرون نیاید ، کسی که فرد را به میان آتش انداخته است ، ضامن نیست ، زیرا مرگ ، مستند به فعل خود متوفی است و اقدام ریان دیده علیه خود ، رابطه سببیت میان فعل فاعل با زیان را قطع می کند (خویی ، ۱۴۲۲ ، ۶) .

۷-۶- قاعده فقهی تحذیر

تحذیر در لغت از ماده " حذر " به معنای دوری نمودن از امور خطرناک و ترسناک آمده است (راغب اصفهانی ۱۴۱۲، ۲۲۳ و ابن منظوره ، ۱۴۰۵، ج ۴/۱۷۵) . در اصطلاح بدین معناست که اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد از رهگذر اعمال آن خطری متوجه دیگری گردد هشدار دهد و با وجود این ، مخاطب یا شنونده به هشدار وی بی توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و خود را در معرض خطر قرار دهد ، هشدار دهنده مسئولیتی نخواهد داشت (طوسی ، ۱۴۰۰ ، ۷۵۵) . بر این اساس ، این قاعده در مواردی که عدم توجه به آن موجب ضمان و مسئولیت مدنی یا کیفری است ، می تواند رافع مسئولیت باشد و ضمان را از ذمه مکلفان و اشخاص حقیقی و حقوقی بردارد (فلاح ، ۱۳۸۵ ، ۴۷) . اگرچه برای قاعده تحذیر ، مبانی متفاوتی از کتاب ، سنت ، سیره عقلا ، شهرت عملی و ادله تسبیب نام برده اند (موسوی خمینی ، ۱۴۲۵ ، ۶۹۷/۲ و موسوی بجنوردی ، ۱۳۷۹ ، ۱۶۴) . مبانی قاعده تحذیر یا هشدار در فقه روایت معروفی است از امام صادق علیه السلام که در آن عبارت معروف حضرت علی علیه السلام " قد اعذر من حذر " (حر عاملی ، ۱۴۱۴ ، ۱۹ ، ۵۰) آمده است که از نظر محتوا و دلالت و همچنین از جهت سند و مدرک نیز قوی و خالی از ضعف است. این قاعده با کارکرد بسیار حساس و پیشگیرانه ی آن قلمرو بسیار گسترده و مصادیق متعددی دارد . این قاعده ، علاوه بر نقش

و کارکرد پیشگیرانه و احتیاطی در مرحله قبل از وقوع حادثه از جهت حل و فصل منازعات و اختلافات حقوقی میان افراد با یک دیگر یا با دولت و سازمان های دولتی، چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی نیز دارای قابلیت استناد و استفاده می باشد (صبح مشهدی، ۱۳۸۵، ۶۰). قاعده تحذیر در فقه در خصوص موضوع ضمان تیر انداز مورد استفاده و فتوا قرار گرفته است و بسیاری از فقها مانند شیخ حر عاملی در وسایل الشیعه (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹ / ۶۹) و محقق اردبیلی در مجمع الفایده والبرهان فی شرح الازهان (محقق اردبیلی، ۱۴۰۴، ج ۱۴ / ۲۴۳) و نیز آیه اله خویی در مبانی تکمله المنهاج (خویی، ۱۳۹۰، ۱۶۱) در مقام صدور فتوا و تعیین حکم از قاعده ی تحذیر کمک گرفته اند. همچنین مرحوم صاحب جواهر در جلد ۴۳ جواهر الکلام می فرمایند " در خصوص مساله تیر انداز و عدم ضمان وی در صورت انجام هشدار نظر مخالفی ندیده است " (نجفی، ۱۲۶۲، ۶۶). بابررسی علت عدم مسئولیت مدنی هشدار دهنده در قبال خسارات می توان به این نتیجه دست یافت که ناآگاهی آسیب دیده از خطر قریب الوقوع و آگاهی هشداردهنده از چنین خطری، موجب نفی مسئولیت مدنی و کیفری هشداردهنده می گردد. بر این اساس می توان مبنای اصلی قاعده تحذیر را به مساله حسن و قبح عقلی و قاعده قبح عقاب بلا بیان ارجاع نمود، چرا که آسیب دیدن شخص مذکور از سویی اگر به جهت ناآگاهی او از فضای خطرناک باشد و از سوی دیگر به جهت هشدار ندادن شخص آگاه از فضای خطرناک باشد، مسئولیت نداشتن شخص آگاه و جبران نشدن خسارت شخص ناآگاه قبیح است و همان گونه که عقاب بلا بیان در امور اخروی قبیح است، از طریق تنقیح مناط، عدم جبران خسارت شخص آسیب دیده نیز قبیح استوار طریق قانون ملازمه عقل و شرع می توان حکم به وجوب شرعی جبران خسارت داد. بر این اساس، سایر ادله حتی روایات نیز جنبه ارشادی پیدا می کنند نه مولوی که در صورت عدم وجود آن ها، باز هم حکم به جبران خسارت از طریق عقلی امکان پذیر است (عراقی، ۱۳۸۸، ۱۴۹ و طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ج ۱/۶۷). بنابر این با استفاده از مفهوم مخالف قاعده موصوفه می توان دریافت که کسی که عمل زیان آوری را انجام داده و یا شرایط آن را (اعم از سهوی و عمدی) مهیا نماید و بعلاوه هشدار و آگاهی بایسته جهت گریز از خطر را ندهد و بدین جهت افراد را در معرض خسارت قرار دهد، بنابرمنطق عقلا و عرف مسلم، مسئول بوده و می بایست از عهده خسارت محتمل الوقوع برآید.

۸ - وظیفه پیشگیرانه مسئولیت مدنی در تحدید قلمرو مالکیت

ضرورت احساس امنیت و اقتدار افراد نسبت به اموال خود و تثبیت مالیت، سبب ظهور " قاعده تسلیط " شده است. ماده ۳۰ قانون مدنی اشعار می دارد: "هرمالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد". ریشه این قاعده حدیث مشهوری است به این بیان که "الناس مسلطون علی اموالهم" (مجلسی، ۱۳۱۵، ۲، ۲۷۲) که به مالک توان انحاء تصرف در دارایی خویش را می دهد. در حقوق فرانسه نیز طبق ماده ۵۴۴ق.م.ف مالکیت یک شیء به مالک آن "حق" مطلق در بهره برداری از آن عطا می کند، مشروط به این که مخالف قوانین و مقررات نباشد (سنهوری، ۱۹۹۸، ۸، ۵۵۴). امروزه به تعبیر برخی حقوقدانان، مالکیت، حق نیست، بلکه وظیفه ای اجتماعی است یکی از حقوقدانان فرانسه به نام "دوگی" از این تعبیر استفاده نموده و آن را وظیفه اجتماعی می داند (Duguit, ۲۰۰۰، ۵۷). برخی از حقوقدانان نیز مانند "مازو" اگرچه آن را ذاتاً حق می دانند، اما معتقدند که کاربرد این حق باید به صورت امری اجتماعی و محدود به مبانی اجتماعی آن باشد یکی از محدودیت‌های وارد بر حق مالکیت که به موضوع بحث ما مربوط می شود، رعایت حقوق املاک مجاور و همسایگان است (Frank, ۱۸۶، ۱۹۷۶). رعایت حق همسایه که روزی جنبه اخلاقی داشت، امروز وارد عرصه حقوق شده است در حقوق ایران ماده ۱۳۲ ق.م.مقرر می دارد: "کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد" بنابراین حق مالکیت مطلق نیست و نمی توان از آن به عنوان حربه ای در اضرار به غیر استفاده کرد و باید در محدوده خاصی اعمال شود. اگر مانند عقیده برخی از حقوقدانان فرانسوی پذیرفته شود (بادینی، ۱۳۸۴، ۳۵۷) که مسئولیت مدنی نه تنها "وظیفه جبران خسارت" دارد، بلکه دارای "وظیفه پیشگیرانه" نیز هست، در اینجا مسئولیت مدنی دارای کارکرد پیشگیرانه بوده و برای جلوگیری از اضرار به غیر باید تدابیری در جهت محدود نمودن حق مالکیت به کاربرد. در فقه برای تحدید حق مالکیت، اکثر فقها نظیر شیخ انصاری در رساله لاضرر مطبوع در آخر مکاسب، جلد دوم صفحه ۲۴۸ و مرحوم نائینی در تقریرات خود در منیه الطالب در جلد دوم صفحه ۲۲۱ و همچنین سید احمد خوانساری در جامع المدارک، جلد ۵ در صفحه ۱۹۲، قاعده تسلیط را با قاعده لا ضرر، محدود نموده اند یعنی قایل به حکومت لاضرر بر قاعده تسلیط می باشند (یزدانیان، ۱۳۹۵، ۱، ۱۷۴).

۹- رویه قضایی در مواجهه با "ضرر محقق الوقوع" در حقوق ایران و فرانسه

الف - در حقوق ایران

در "حقوق ایران" رویه قضایی در دعاوی جبران خسارت در روابط همسایگان، نه تنها به جبران خسارت ناشی از تصرفات نامتعارف یا به قصد اضرار می‌پردازد، برای از بین بردن منبع ضرر (مانند پر کردن چاه و قیر اندود کردن مجرای فاضلاب و از بین بردن باغچه نامتعارف و خراب کردن دودکش) تردید نکرده است که خود اقدامی "احتیاطی و بازدارنده از ضرر آینده" است. در قانون آئین دادرسی مدنی نیز پیش‌بینی شده است که، اگر مالی (خواسته) در معرض تضییع و تفریط باشد، دادگاه تصرف در آن را با صدور قرار تامین خواسته ممنوع سازد یا آن مال را توقیف کند (بند ب ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م. در تامین خواسته) یا برای جلوگیری از ضرر آینده دستور موقت صادر کند. همچنین، دادگاه می‌تواند برای جلوگیری از جبران خسارت احتمالی ناشی از صدور دستور موقت از درخواست کننده، تامین بگیرد، چنان که ماده ۳۱۹ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: "دادگاه مکلف است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از خواهان تامین مناسبی اخذ نماید. در این صورت صدور دستور موقت منوط به سپردن تامین می‌باشد". بدین ترتیب، وظیفه احکام مسئولیت مدنی محدود به جبران خسارت نمی‌شود، و "جلوگیری و دفع ضرر" را نیز در برنامه خود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۷۱).

ب - در حقوق فرانسه

به طور معمول، احکام مسئولیت مدنی، ضرری را که وارد شده است جبران می‌کند و به گذشته توجه دارد. ولی، نسبت به ضررهای مستمر که در "آینده" نیز ادامه دارد، مانند خسارتهای ناشی از بیکاری، ناتوانی جسمی و روحی، بی‌اعتنا نیست و می‌کوشد که آنها را بوسیله از بین بردن منبع ضرر و سایر اقدام‌های تأمینی دفع کند. از جمله این اقدام‌ها، رویه قضایی پاره‌ای از نظام‌های حقوقی است که در راستای احتراز و پیشگیری از ضرری که "هنوز آغاز نشده و احتمال وقوع آن می‌رود" استوار شده و با این رویکرد، بر این چهره از جبران خسارت تکیه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۷۰). در "حقوق فرانسه"، دعاوی احتیاطی به منظور دفع ضرر احتمالی به عنوان قاعده پیش‌بینی نشده می‌باشد، ولی رویه قضایی تمایل خود را به پذیرش پاره‌ای از مصداق‌های آن نشان داده است: دیوان کشور، جبران خسارتی را که ورود آن در "آینده مسلم" است مباح می‌شمرد. در مواردی هم که دادگاهها به جبران ضرر محقق می‌پردازند، در بسیاری موارد برای جلوگیری از تکرار آن در آینده به

اقدامهای احتیاطی و بازدارنده دست می زنند ، و بعضی از قوانین ، از جمله " مقررات دستور موقت برای جلوگیری از خطر آینده " به جبران نقص قانون مدنی در این باره می پردازد و ، به تقلید از حقوق انگلیس و آمریکا ، دستورهای احتیاطی صادر می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۷۱).

در پی طوفان دسامبر ۱۹۹۹ چندین درخت از یک ملک ، در ملک همسایه افتادند و تعدادی دیگر به طرف آن خم شدند به طوری که احتمال افتادنشان وجود داشت مالک ملک همسایه با اقامه دعوا علیه مالک درختان، با استناد به مزاحمت غیرعادی و نامتعارف همسایه ، خواستار انتقال درخت های افتاده ، بازگردان زمین به وضعیت اول و انجام تدابیر لازم برای پیش گیری از افتادن دیگر درخت ها شد دادگاه پژوهش ، به نفع وی حکم صادر کرد دادگاه احراز کرده بود که درخت های صنوبر به طول ۱۲۰ متر و به عرض ۲۰ متر بر روی ملک همسایه افتاده بودند ، ۴۰۰۰ متر از این ملک، غیر قابل استفاده شده بود، برخی از درخت های خوانده از ریشه در آمده و افتاده بودند، احتمال افتادن چند درخت هم وجود داشته ، حدود یک متر علف روئیده بود و به زمین آسیب رسیده بود قطعاً چنین دلائلی نشان دهنده مزاحمتی فراتر از معایب عادی همسایگی است (ژوردن، ۱۳۹۱، ۳۵۸).

ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه در این خصوص مقرر می دارد : " اشخاص نه تنها مسئول خسارات ناشی از اعمال شخص خود می باشند بلکه جوابگوی اعمال اشخاص و اشیاء تحت اقتدار خود هستند . پدر و در صورت فوت پدر ، مادر مسئول خسارات وارده از ناحیه اطفال صغیرشان می باشند مشروط بر اینکه این اطفال در نزد آنان بسر برند . ارباب و موکل مسئول خسارات ناشی از مستخدم و وکیل خود در امری که اینان مامور انجام آن شده اند می باشند. معلم و استادکار مسئول دانش آموز و شاگرد خود در مدتی که تحت مراقبتشان قرار دارند می باشند . این مسئولیتها در صورتی که پدر ، مادر ، معلم و استادکار نتواند اثبات نماید که قادر به دفع اعمال موجد خسارت نبوده اند ، صورت وقوع پیدا می کند " . (ژوردن ، ۱۳۹۱ ، ۳۲۵) . در صدر ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه ، مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء مطرح شده است. بنابراین هرچند امروزه مسئولیت فوق منوط به تقصیر نیست، اما به هر صورت ، اگر مالک در استفاده از ملک خود مرتکب تقصیر شود، در حقوق فرانسه به استناد ماده فوق و در حقوق ایران به استناد مقررات اتلاف، تسبیب و نیز ماده ۱ ق.م.م مسئول جبران خسارت خواهد بود. به بیان دیگر، هرجا اختیارات مالک برای دیگران مضر باشد ، با استفاده از قاعده لاضرر می توان آن را محدود نموده و از وقوع آن جلوگیری کرد. بدیهی است که دفع منبع ضرر، نظر به خسارات آینده

داشته و مانعی است بر ورود خسارات آینده. این همان "وظیفه پیشگیریانه" مسئولیت مدنی است (همان، ص ۳۸۵).

۱۰- مصادیقی از مواد قانونی مشعر بر "لزوم پیشگیری از خسارت" در حقوق ایران و فرانسه

در حقوق ایران و رویه قضایی فرانسه می‌توان برخی از مواد قانونی و آراء محاکم قضایی را در مورد لزوم پیشگیری از خسارت و یا همان "رفتارهای مسئولیت ساز ناشی از شروع به عمل زیان بار" را ملاحظه نمود که ذیلاً به تعدادی از آنها اشاره می‌گردد:

الف- در حقوق ایران

۱-۱۰- ماده ۵۱۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:

"هرگاه دیوار یا بنایی که بر پایه استوار و غیر متمایل احداث شده است، در معرض ریزش قرارگیرد یا متمایل به سقوط به سمت ملک دیگری یا معبر گردد اگر قبل از آنکه مالک تمکن اصلاح یا خراب کردن آن را پیدا کند، ساقط شود و موجب آسیب گردد، ضمان منتفی است مشروط به آنکه به نحو مقتضی افراد در معرض آسیب را از وجود خطر آگاه کرده باشد. چنانچه مالک با وجود تمکن از اصلاح یا رفع یا آگاه سازی و جلوگیری از وقوع آسیب، سهل انگاری نماید، ضامن است.

تبصره: "هرگاه دیوار یا بنایی که ساقط شده متعلق به صغیر یا مجنون باشد، ولی او ضامن است. و اگر بنای مذکور از بناهای عمومی و دولتی باشد، متولی و مسئول ضامن است". سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا در فرض مذکور، دعوی شخص همسایه که در معرض خسارت قرار گرفته است "با عنوان الزام به تعمیر یا اصلاح دیوار" نباید پذیرفته شود؟ البته که پاسخ مثبت می‌باشد. چرا که بدیهی است مسئولیت مدنی، تنها منحصر در پرداخت خسارت و پول نیست و جبران های مختلفی برحسب ماهیت خود دارد که الزام به دفع خطر، یکی از آنها محسوب می‌شود (بیگدلی، حسینی الموسوی، ۱۳۹۵، ۸۷).

۱۰-۲- بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری (اصلاحی ۱۳۴۵/۱۱/۲۷) در حکمی مشابه به هنگام احصاء وظایف شهرداری اعلام می‌کند:

"اتخاذ تدابیر موثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و همچنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی، کوچه‌ها و اماکن عمومی و دالان های

عمومی و خصوصی و پرکردن و پوشاندن چاه ها و چاله های واقع در معابر و جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکن ها و ایوان های مشرف و مجاور به معابر عمومی که افتادن آنها موجب خطر برای عابری است و جلوگیری از ناودان ها و دودکش های ساختمانها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد."

تبصره این بند نیز رفع اثر از خطرات مذکور را پس از اخطار به مالکین اعلام می دارد. بدیهی است دعوی شخص علیه چنین مالکی می تواند مبتنی بر " شروع به خسارت " باشد تا بدینوسیله خطر بالقوه مسئولیت ساز را منتفی نماید.

۱۰-۳- ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمانها (الحاقی مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۱) مقرر می

دارد:

" در صورتی که به تشخیص سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود و اقلیت مالکان قسمت های اختصاصی در تجدید بنای آن موافق نباشند، آن دسته از مالکان که قصد بازسازی مجموعه را دارند، می توانند بر اساس حکم دادگاه ، با تامین مسکن استیجاری مناسب برای مالک یا مالکان که از همکاری خودداری می ورزند نسبت به تجدید بنای مجموعه اقدام نمایند و پس از اتمام بازسازی و تعیین سهم هر یک از مالکان از بنا و هزینه های انجام شده، سهم مالک یا مالکان یاد شده را به اضافه اجوری که برای مسکن اجاری ایشان پرداخت شده است از اموال آنها از جمله همان واحد استیفاء کنند ". با مذاقه در قانون فوق این امر روشن می گردد که در موضوعاتی که " بیم خطر یا ضرر مالی و جانی در آن می رود " بدون نیاز به ورود خسارت یا ضرر فعلی ، می توان اقدام به رفع یا اصلاح منبع و منشاء خطر تهدید کننده و قریب الوقوع نمود .

ب- در حقوق فرانسه

۱۰-۴- ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی فرانسه:

ماده ۱۲۲۲ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶) در خصوص تعهد به ترک فعل مقرر داشته است : « متعهد له حق دارد پس از مطالبه ی رسمی اجرای عین تعهد ، شخصاً تعهد را اجرا کند .. وی می تواند بازپرداخت هزینه هایی را که بدین منظور متحمل شده است را از متعهد ، مطالبه نماید».

۱۰-۵- اقدام برای جلوگیری از توسعه و افزایش خسارت در حقوق بیمه :

ماده ۱۵ قانون بیمه، بیمه گذار را موظف نموده که مساعی خود را برای عدم تحقق حادثه مبذول دارد و در صورت وقوع حادثه اقدامات شایسته و متعارف را برای جلوگیری از گسترش خسارت انجام دهد. مطابق این ماده : " بیمه گذار باید برای جلوگیری از خسارت ، مراقبتی را که عادتاً هرکس از مال خود می نماید نسبت به موضوع بیمه بنماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد... ". ماده ۱۵ ناظر به اصل کلی در حقوق تعهدات است که حقوقدانان ایرانی " نظیر دکتر ناصر کاتوزیان در قواعد عمومی قراردادها " و " دکتر مهدی شهیدی در حقوق تعهدات " از آن به قاعده مقابله با خسارت تعبیر نموده اند و ماده فوق تنها موردی است که به صراحت به این قاعده اشاره کرده و آثار آن را بیان نموده است. از این رو با توجه به رویکردی که در سالهای اخیر به قاعده مقابله با خسارت شده ، جامعه حقوقی توجه خاصی به این ماده از قانون بیمه نموده اند.

بنا و آثار قاعده مقابله با خسارت را باید در رابطه با استناد بین فعل زیانبار و خسارت وارده و نقش زیان دیده در تحقق خسارت یا توسعه آن جستجو نمود. در واقع ، چنانچه حادثه ای در شرف وقوع باشد، افراد باید به نحو معقول با آن مقابله نموده و حتی المقدور جلوی وقوع آن را بگیرند و چنانچه حادثه واقع شد، رفتار معقول و مورد انتظار آن است که زیان دیده سعی خود را برای جلوگیری از توسعه خسارت مبذول دارد. در این موارد چنانچه زیان دیده به علت آنکه خسارت را دیگری ایجاد نموده و مطابق اصول مسئولیت مدنی، دیگری مسئول پرداخت خواهد بود، از اقدامات منطقی و معمولی ای که هرکس برای جلوگیری از ایجاد حادثه یا توسعه خسارت انجام می دهد امتناع نماید ، بخشی از خسارات مذکور به خود زیان دیده مستند خواهد شد. لذا به رغم آنکه منشاء ایجاد حادثه و خسارت دیگری بوده و مطابق اصول کلی مسئولیت قهری یا قراردادی، دیگری مسئول جبران خسارات خواهد بود، این امر سبب بی مسئولیتی زیان دیده نمی شود و او نیز باید برای جلوگیری از بروز و توسعه خسارت کوشش نماید و اگر تا میزانی که می تواند و در حد امکان و معقول از بروز حادثه یا توسعه آن جلوگیری نکند، حقی در مورد جبران خسارت و طلب مسئولیت نخواهد داشت. در نهایت، از آنجا که مقابله با خسارت ممکن است هزینه ای در بر داشته باشد و با توجه به آنکه مقابله در جهت حفظ منافع بیمه گر در عدم تحقق حادثه یا جلوگیری از توسعه آن است و می تواند موجب کاهش

گراماتی که پرداخت آن بر عهده بیمه گر است ، شود همچنین مطابق اصول کلی حاکم بر قاعده مقابله با خسارت ، مذکور در ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ مقرر نموده است که پرداخت هزینه های انجام شده به شرط آنکه در حد معقول و متعارف صورت گرفته باشد ، بر عهده بیمه گر قرار دارد . تحلیل مساله نشان می دهد که بیمه گذاری که با خودداری از انجام عملی که می توانسته است جلوی خسارت را بگیرد یا سبب کاهش خسارت گردد ، اقدام به این عمل نکرده و از این طریق زمینه ورود خسارت یا تشدید و توسعه آن را فراهم ساخته است ، با ترک فعل ، مسئول خسارات شناخته خواهد شد . با این وصف هرگونه اقدام متعارف بیمه گذار در جهت پیشگیری از خسارت متأثر از پذیرش تئوری " شروع به خسارت " می باشد . (بابایی ، ۱۳۸۴ ، صص ۹۹ و ۱۰۰) .

۱۱ - جمع بندی و نتیجه گیری

به عنوان نتیجه گیری و در مقام ارزیابی مطلوبیت پذیرش " نهاد شروع به خسارت " در حقوق ایران که منبعث از فقه امامیه است و همچنین در پیوند موضوع و با مطالعه رویه قضایی فرانسه اینگونه به نظر می رسد که : الف - از منظر فقه امامیه و با نگاه اجمالی به قواعد فقهی مرتبط با موضوع ، مشخص می گردد که باید در قالب تدابیر پیشگیرانه با زمینه ها ، اسباب و ابزار رفتارهای خسارت بار مقابله گردد . بنابراین انسانها در این نوع تفکر مکلف شده اند تا مراقبت های لازم را در رفتارهای خود داشته باشند بنحوی که عدم توجه و اهتمام متعارف به این تکلیف ، آنان را مواجه با مسئولیتهایی می نماید . ب - از دیدگاه حقوق ایران و با عنایت به قواعد مسئولیت مدنی از یک طرف تمرکز مسئولیت مدنی مدرن ، بر پیشگیری از خسارت آتی بوده و از این منظر ، تفکر پیشگیری ، براندیشه جبران غلبه داشته و ناظر بر آینده می باشد و از طرف دیگر و در راستای مواجهه و مقابله با خسارات قریب الوقوع و حتمی الصدور ، اندیشه پیشگیری قبل از زیان ، مهم ترین گزینه و تصمیم حکیمانه ای است که می تواند مجوزی برای پذیرش دعوی در " شروع به خسارت " باشد . بدیهی است که در چنین وضعیتی عقل سلیم حکم می نماید تا آن فرد در معرض خطر (با ملحوظ نظر قراردادن اهمیت و ریسک خطر) تلاشهای لازم جهت احتراز از ایراد خسارت را به عمل آورد . ج - از نقطه نظر حقوق فرانسه و از مطالعه و تجزیه و تحلیل برخی آراء و رویه قضایی فرانسه (که با برخی مواد قانونی و قواعد فقهی و حقوقی ایران منطبق و یک سو می باشند) مستفاد است که بعضاً و در صورت وجود خطر وقوع زیانی که هنوز ایجاد نشده ، حکم به تدابیری از همان نوعی که در این پرونده خواسته شده بود ، صادر می

شود که در این خصوص، زیان، عبارت است از اقدامات یا هزینه‌های مشروعی که خطر، انجام آن را لازم گردانده بود. بنابراین و در یک جمع بندی کلی و از نتایج این پژوهش اینگونه بر می آید که لزومی ندارد که خسارت " اصلی محقق الوقوع "، درجین تقدیم دادخواست به مرجع قضایی، وجود بالفعل داشته باشد بلکه ذینفع می تواند با تامین دلیل موضوع خسارت و اخذ نظریه کارشناس فنی، ممانعت از ضرری را که در نتیجه ایجاد وضعیت مخصوص از طرف مرتکب، بوجود خواهد آمد را " از باب شروع به خسارت " از مرتکب بخواهد. و مضافاً خواسته مورد مطالبه در " دعوی شروع به خسارت "، اولاً وبالذات عبارت خواهد بود از " الزام فوری خوانده به اصلاح یا رفع خطر مستحدثه " و ثانیاً جبران خسارت حاصله از رفتار خوانده مقصر که بر خواهان تحمیل شده است. خسارتی که ناخواسته و در مقام پیشگیری از بروز خسارت " اصلی " بوجود آمده است. با عنایت به موارد فوق الذکر و توجهاً به این امر که امروزه دغدغه تامین امنیت مالی، سلامت روحی و روانی جامعه را تحت الشعاع خود قرار داده است، می توان ادعا نمود که پذیرش نظریه " نهاد شروع به خسارت " امری ضروری بوده و اجرایی شدن آن مستقیماً تضمین کننده منافع مادی و معنوی افراد در معرض خطر و همچنین تقلیل دهنده مسئولیت ایجادکنندگان خطر خواهد بود.

فهرست منابع :

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۲) کفایه الاصول، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، چاپ سوم.
۲. ابن منظور- افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق) لسان العرب، ادب الحوزه، قم.
۳. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۲) منطق حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۴. احمری، حسین، ذکائیان، پرویز (۱۳۹۲) مطالعه تطبیقی خسارت عدم النفع در فقه امامیه و قوانین ایران و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی بابل، سال نهم، شماره ۳۲، ص ۱۷.
۵. احسانی فر، احمد (۱۳۹۹) ابعاد فقهی و حقوقی بیماریهای واگیر خطرناک و سریع الانتشار از منظر قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، مجله حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره ۶۴.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۹۱) حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، تهران.

۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۸) فرائد الاصول رسائل، موسسه مطبوعات دینی، قم.
۸. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۴ق) رسایل فقهیه، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۹. انصاری، مهدی (۱۳۸۸) بررسی نوآوری لایحه مسئولیت مدنی فرانسه (۲۰۰۵)، مجله اطلاع رسانی حقوقی، دوره جدید، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ش ۱۹ و ۲۰، سال ششم.
۱۰. بابایی، ایرج (۱۳۸۴) حقوق بیمه، انتشارات سمت، تهران.
۱۱. بادینی، حسن (۱۳۸۳) هدف مسیولیت مدنی، تهران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶.
۱۲. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰) قواعد فقه، جلد اول، نشر دانشگاه امام صادق "ع"، تهران.
۱۳. بیگدلی، سعید و حسینی الموسوی (۱۳۹۵) مجتبی، تفسیر اصولی قانون مدنی، انتشارات مهرسا، تهران.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران.
۱۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۳) صحاح اللغه، تحقیق: احمد عبدالغفور عطار، مطابع دارالکتاب العربی.
۱۶. ابوالفضل حشمتی، محمد حسین بیاتی (۱۳۹۴) وظایف و مسئولیت مدنی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت. پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، دوره ۲، شماره ۳، ۲۳-۵۲.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی (۱۴۰۹) تفصیل وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، نشر موسسه آل البيت "ع"، قم، جلد ۲۵.
۱۸. حسینی العاملی، سید جواد (۱۴۱۸) مفتاح الکرامه فی شرح القواعد، جلد ۲۰، نشر دارالتراث، بیروت.
۱۹. حسینی المرآگی، عبدالفتاح (۱۴۱۸) العناوین، جلد دوم، موسسه نشر اسلامی.
۲۰. حسینی فیروزآبادی، سید مرتضی (۱۴۰۰) عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول، نشر فیروزآبادی، قم.
۲۱. حکیم، سید محمد تقی (۱۴۱۸) الاصول العامه للفقہ المقارن، انتشارات موسسه آل البيت "ع"، قم.
۲۲. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳) مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی، پژوهشنامه

- حقوق اسلامی ، ۴۰. ۱۸۵-۲۰۶.
۲۳. خمینی ، سید مصطفی (۱۴۱۸ق) مستند تحریر الوسیله ، جلد دوم ، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، تهران .
۲۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶) حقوق بیمه و مسئولیت مدنی ، تهران ، انتشارات شرکت سهامی انتشار .
۲۵. خوانساری ، سید احمد (۱۴۰۵) جامع المدارک ، جلد ۳ ، انتشارات مکتب الصدوق ، تهران .
۲۶. خویی ، سید ابوالقاسم ، فیاض، محمد اسحاق (۱۳۹۰) محاضرات فی الاصول الفقهه ، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی ، قم.
۲۷. خویی ، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷) مصباح الاصول ، قم ، انتشارات الهادی ، چاپ دوم ۱۴۱۶ ، قم ، انتشارات مدرسه امام صادق " ع " .
۲۸. خویی ، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹) اجود التقريرات - تقرير درس علامه نائینی ، انتشارات ستاره ، قم .
۲۹. خویی ، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق) موسوعه الامام الخویی (مبانی تکمله المنهاج) ، جلد ۴۲ ، موسسه احیاء آثار الامام الخویی ، قم .
۳۰. راغب اصفهانی ، حسین بن محمد (۱۴۱۱) مفردات الفاظ القرآن الکریم ، تهران ، مکتبه المرتضویه.
۳۱. راغب اصفهانی ، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق) مفردات الفاظ قرآن ، دارالعلم ، لبنان .
۳۲. رحمانی منشادی، مهدی(۱۳۹۴) قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، تهران، مرکز همایش های توسعه ایران.
۳۳. ژوردن، پاتریس(۱۳۸۶) تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی ، ترجمه مجید ادیب ، انتشارات میزان ، تهران.
۳۴. سبحانی ، آیت اله جعفر (۱۴۱۹) المحصول فی اصول الفقه - تقرير سید محمد جلال مازندرانی ، موسسه الامام الصادق ع قم .
۳۵. سنهوری، عبدالرزاق(۱۹۹۸) الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، جلد ۸ ، انتشارات منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت.
۳۶. سکوتی نسیمی رضا و شمالی ، نگار (۱۳۹۰) عدم النفع در نظام حقوقی ایران ، مجله پژوهشی

مطالعات حقوقی معاصر . شماره ۲ , ص ۸۴.

۳۷. شمس ، عبدالله (۱۳۹۵) آئین دادرسی مدنی دوره پیشرفته ، جلد اول ، انتشارات دراک ، تهران .
۳۸. شهیدی ، مهدی (۱۳۸۸) حقوق مدنی ، آثار قراردادهای و تعهدات ، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران.
۳۹. صدر ، سید محمد باقر (۱۴۲۰) بحوث فی علم الاصول ، انتشارات موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، قم .
۴۰. صفایی ، حسین و رحیمی ، حبیب اله (۱۳۹۵) مسئولیت مدنی الزامات خارج از قرارداد ، انتشارات سمت، تهران.
۴۱. صفایی ، حسین و کاظمی ، محمود و عادل ، مرتضی و میرزا نژاد ، اکبر (۱۳۹۵) حقوق بیع بین المللی ، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۴۲. طباطبایی قمی ، سید تقی (۱۳۷۱) آراءنا فی اصول الفقه ، نشر محلاتی ، قم .
۴۳. عراقی ، ضیاءالدین (۱۳۸۸ش) الاجتهاد و التقليد ، نشر نوید اسلام ، قم .
۴۴. غروی نائینی ، محمد حسین (۱۳۶۵) فوائد الاصول – تقریر محمد علی کاظمی خراسانی ، موسسه النشر الاسلامی ، قم .
۴۵. فلاح ، مهدی (۱۳۸۵) قاعده تحذیر در رویکرد فقهی و حقوقی ، ماهنامه معرفت ، شماره ۱۰۶ .
۴۶. متین دفتری ، احمد (۱۳۸۱) آئین دادرسی مدنی ، جلد دوم ، نشر مجد ، تهران .
۴۷. محقق ثانی ، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد ، موسسه آل البيت "ع" ، قم .
۴۸. محقق اردبیلی، احمد (۱۴۰۴ ق) مجمع القایده والبرهان فی شرح الاذهان، جلد ۱۴ ، نشر جامعه المدرسین، قم .
۴۹. کاتوزیان ، ناصر (۱۳۸۵) الزام های خارج از قرارداد – مسئولیت مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران.
۵۰. کاتوزیان ، ناصر (۱۳۸۴) مسئولیت ناشی از عیب تولید ، انتشارات دانشگاه تهران ، تهران .
۵۱. مراغی ، میرفتاح (۱۴۱۸) العناوین ، جلد دوم ، موسسه النشر الاسلامی ، قم .
۵۲. مظفر ، محمد رضا (۱۴۰۵ ق) اصول الفقه ، جلد ۲ ، نشر دانش اسلامی .
۵۳. محقق داماد ، مصطفی (۱۳۶۶) قواعد فقه بخش مدنی ، انتشارات سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ، تهران .

۵۴. مکارم شیرازی ، ناصر (۱۳۷۳) انوارالاصول ، جلد دوم ، نشر نسل جوان، قم .
۵۵. مکارم شیرازی ، ناصر (۱۳۸۳) القواعد الفقهیه ، جلد دوم ، نشر مدرسه امام علی بن ابی طالب ، قم .
۵۶. موسوی خمینی ، سید روح الله (۱۴۰۹) تحریر الوسیله ، انتشارات دارالکتب العلمیه، قم .
۵۷. موسوی خمینی ، سید روح الله (۱۳۸۵) الرسائل ، انتشارات اسماعیلیان، قم .
۵۸. موسوی خمینی ، سید روح الله (۱۳۷۹) کتاب البیع ، جلد اول ، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی "ره" .
۵۹. موسوی بجنوردی ، سید محمد حسن (۱۳۷۷) القواعد الفقهیه ، جلد اول ، انتشارات الهدی، قم .
۶۰. موسوی بجنوردی ، سید محمد حسن (۱۳۷۵) قاعده اقدام ، مجله دیدگاه های حقوقی ، شماره ۲ .
۶۱. میر خلیلی ، سید محمود (۱۳۹۰) سد ذرایع و پیشگیری از بزهکاری دذ آموزه های اسلامی ، تهران، محله حقوق اسلامی ، سال هشتم ، شماره ۳۱ .
۶۲. نائینی ، میرزا محمد حسین (۱۴۰۹ ق) فرائد الاصول - تقریرات : محمد علی کاظمی خراسانی ، موسسه نشر اسلامی ، قم .
۶۳. نائینی ، میرزا محمد حسین (۱۳۵۷ ق) منیه الطالب ، نجف .
۶۴. نراقی ، احمد ابن محمد مهدی (۱۲۴۵) عوائد الایام ، نشر التابع المکتب الاعلام الاسلامی، تهران .
۶۵. نجفی ، محمد حسن (۱۲۶۲ ق) جواهرالکلام ، انتشارات دارلحیاء التراث العربی ، جلد چهل و سوم ، بیروت .
۶۶. ولیدی ، محمد صالح (۱۳۹۴) حقوق جزای عمومی ، جلد اول ، نشر سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی .
۶۷. یزدانیان ، علیرضا (۱۳۹۵) قواعد عمومی مسئولیت مدنی ، جلد اول ، انتشارات بنیاد حقوقی میزان ، تهران .
۶۸. Lambert- Faivre (۱۹۹۸). (Yvonne) Lethique de la Responsabilite. RTD Civ.P.۱
۶۹. Franc (Michel) (۲۰۰۳). Traitement Jaridique du risqué et principe de precaution. AJaa.P۳۶۰

۷۰. Martin, G. J. (۲۰۰۵). Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité: quelle novation, quel avenir. L'Actualité juridique. Droit administratif, (۱۱-۰۵), ۲۲۲۲-۲۲۲۶.
۷۱. Frank, W.F. (۱۹۷۶). The Genral Principles of english law. ۶th.ed.Harrap. London.P-۱۸۶
۷۲. Piquéras, A. (۲۰۰۵). Risques et responsabilités en action sociale. ESF Ed.
۷۳. Vineygenevieve.Jourdain, (۱۹۹۸). Patrice.Traite De Droit Civil Les Conditions De La Responablite Civile. ۲e. Ed.Librairie Generale De Droit Et De Jurisprudence.P۶۸.N.۲۷۷
۷۴. Duguit , leon (۲۰۰۰) , lecons de droit public general , paris , editions la memoire du droit.