

سازگار ساختن دولت با مسئولیت جبران خسارت، گامی در استوارسازی عدالت*

تاریخ دریافت: ۹۵/۷/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۵/۹/۲۱

سید ضیاء مرتضوی**



امروزه ثبوت ضمان و مسئولیت مدنی دولت یا حاکم در برابر زیان‌هایی که از سوی دستگاه‌ها یا کارکنان آن بر شهروندان وارد می‌شود، اجمالاً امری پذیرفته بوده، این مسئولیت در قوانین اساسی و عادی کشورها نیز کم‌وبیش پیش‌بینی شده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به خطای قاضی تصریح شده است و با هدف حمایت از حقوق شهروندان که هم‌داستان با عدالت اجتماعی به شمار می‌رود، این مسئله در دیگر قوانین، به‌ویژه در قانون مجازات اسلامی مصوبه ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی مصوب همین سال گسترش یافته است. مقتضای ادله فقهی نیز چنان‌که نویسنده در پژوهشی تفصیلی نشان داده، همین است که نه‌تنها در چنین زیان‌هایی ضمان ثابت است، بلکه مسئولیت مستقیم و حتی در مواردی تقصیر برعهده دولت یا حاکم است و این نگاه را می‌توان در راستای تحکیم و گسترش عدالت اجتماعی تفسیر کرد. با این حال، برخی اشکال‌ها و دلایل وجود دارد که ممکن است گمان رود با اثبات ضمان و مسئولیت دولت یا حاکم ناسازگار است: یکی، جایگاه دولت و ویژگی حاکمیتی و مقتضیات آن و نسبتی است که با جامعه دارد. دوم، اصل تقدم مصالح عمومی است. سوم، برخی قواعد عمومی مُسقط ضمان است؛ چنان‌که برخی ادله خاص نقلی نیز وجود دارد که در ظاهر با چنین

* این مقاله گزیده‌ای از پژوهش گسترده نگارنده در موضوع ضمان دولت در برابر اقدامات زیان‌بار کارکنان است که در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی مراحل پایانی خود را می‌گذراند.

** دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (mortazavi@isca.ac.ir).



مسئولیتی سازگاری ندارد. پرهیز از طولانی شدن بحث، ما را از پرداختن به ادله خاص بازمی‌دارد و آن را باید جداگانه بررسی کرد. در این مقاله نشان داده شده است که نه جایگاه دولت و حاکم یا اصل تقدم مصالح عمومی با ثبوت ضمان حاکم یا مسئولیت مدنی دولت ناسازگار است و نه قواعد مُسقط ضمان راه را بر عدم مسئولیت دولت و حاکم بازمی‌کند. در نتیجه، ادله ثبوت ضمان و مسئولیت مانعی ندارد.

کلیدواژگان: دولت، حاکمیت، ضمان دولت، نفی ضمان، مصلحت مردم.

۱. مقدمه

بر پایه ادله عمومی ضمان و برخی ادله خاص، اگر دولت در معنای عام آن، که شامل قوای حاکم می‌شود یا کارکنان آن، هرچند در چارچوب عمل به وظایف خود، زبانی را بر شخصی حقیقی یا حقوقی وارد کنند، ضمان ثابت است و باید همانند دیگر زبان‌های موجب ضمان، جبران شود. این مسئله را باید به‌عنوان اصل و قاعده‌ای کلی بر مناسبات میان دولت و مردم حاکم دانست و بر پایه آن، دولت و اعضا و اشخاص آن را از جایگاه فرمانروایی مطلق و غیرپاسخ‌گو، به فرمانروایی پاسخ‌گو و پایبند به عدالت و بلکه به خدمتگزاری مسئول، اما مقتدر درآورد. باین‌حال، ثبوت ضمان امری مطلق و همیشگی نیست، بلکه در کنار ادله و قواعد کلی ثبوت ضمان، ادله و قواعد سقوط ضمان و تعیین قلمرو آن نیز باید مورد توجه باشد. برای نمونه، محقق مراغی پس از بحث از «موجبات ضمان» به «مسقطات ضمان» مانند عدم ضمان امین پرداخته است (نک: مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۳ به بعد). البته یکی از ارکان شکل‌گیری دولت، حق حاکمیت است و دولت بدون آن پدیده‌ای بی‌معنا خواهد بود و اعمال حق حاکمیت نیازمند اقتدار است؛ چنان‌که تقدم مصالح عمومی جامعه بر مصالح افراد نیز یک اصل به شمار می‌رود و مصلحت فرد، همان‌گونه که برخی اندیشمندان ما نیز بر آن تأکید کرده‌اند (از جمله نک: طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۷۱) و شرح آن خواهد آمد، در طول مصالح عمومی و اجتماعی تعریف می‌شود. برخی از پرسش‌های اساسی در این موضوع که از گذشته مورد توجه بوده، بدین قرار است: آیا مسئول شمردن دولت در برابر اقدامات زیان‌بار با جایگاه حاکمیتی و لزوم اقتدار آن سازگاری دارد؟ آیا مقتضای اصل تقدم مصالح عمومی این نیست که دولت و مسئولان و کارگزاران آن در برابر اقدامات زیان‌بار غیرعمدی خود که در قلمرو شئون دولت صورت می‌گیرد، مصونیت داشته باشند؟ هنگامی که اقدامی در راستای مصالح و منافع عمومی

صورت می‌گیرد، به فرض اگر زبانی را نیز متوجه افرادی خاص بکند، آیا نباید آن را نادیده گرفت؟ به هر حال، کدام‌یک به استقرار کلی عدالت نزدیک‌تر است: رعایت جانب دولت و نادیده گرفتن زیان موردی شهروندان یا حمایت حقوقی از شهروندان و الزام دولت به جبران اقدامات زیان‌بار کارکنان، حتی اگر سر تقصیر و عمد نباشد؟ این است که اشکال کلی و مهمی پدید می‌آید که: چگونه ثبوت ضمان برعهده دولت یا کارکنان آن و لزوم جبران خسارت، با ماهیت و جایگاه دولت و مصالح عمومی قابل جمع است؟ چنان که ثبوت ضمان و مسئولیت دولت یا حاکم با قواعد مسقط ضمان، مانند قاعده احسان یا اذن یا عدم ضمان امین و نیز با جایگاه و اقدامات دولت چگونه قابل جمع است؟ افزون بر اینکه، برخی ادله لفظی نیز وجود دارد که چه‌بسا مانع ثبوت مسئولیت باشد و اینک مجال پرداختن به آنها نیست.

در این مقاله به دلیل پرهیز از طولانی شدن بحث، بررسی ادله خاص لفظی را به مجال دیگری وامی‌گذاریم و تنها به بررسی ضمان و مسئول شمردن دولت با توجه به جایگاه دولت و کارکرد آن در راستای مصالح عمومی و نیز قواعد مسقط ضمان می‌پردازیم تا نشان دهیم این جایگاه و کارکرد با ضمان و مسئولیت در برابر زیان‌های موضوع بحث ناسازگار نیست و چنین زیان‌هایی نیز مشمول ادله عام و خاص ثبوت زیان است.

۲. بخش اول: اقتدار دولت و تقدم مصالح عمومی

از اموری که می‌تواند به‌عنوان مانع ضمان و مسئولیت دولت مورد توجه قرار گیرد، یکی «ضرورت اقتدار دولت و حق اعمال حاکمیت» است و دیگر «اصل تقدم مصالح عمومی بر منافع فردی» است که در دو مطلب بررسی خواهد شد.

الف) مطلب یکم: حق اعمال حاکمیت و تلازم دولت با اقتدار

واژه حاکمیت که به‌معنای لغوی «حکمرانی» و «فرمان‌فرمایی» آمده است، از نگاه اصطلاحی تعریف‌های بسیاری شده است. ما بر پایه نوع نگاه خود به دولت و منشأ مشروعیت و قدرت آن، حاکمیت را عبارت از «شایستگی و قدرت برتر برای حکمرانی در چارچوب اختیارات» می‌دانیم، ولی همه تعریف‌ها به ویژگی برخوردار بودن دولت از قدرتی برتر اشاره دارند که هیچ قدرتی در جامعه نمی‌تواند با آن رقابت کند (درباره تعریف‌های موجود نک: مرتضوی، ۱۳۹۴، ص ۳۴-۳۷). این است که از حاکمیت به «قدرت عمومی» نیز تعبیر می‌کنند. این ویژگی لازمه وجود دولت است و دولت و حکومت بدون آن فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد. دولت اگر هم در چارچوب هنجارها و





قوانین برتر شکل گیرد، نیازمند اقتداری است که بتواند در سایه آن حاکمیت خود را اعمال کند. بنابراین، اگر از لزوم اقتدار دولت سخن گفته می‌شود، این مسئله برخاسته از «حق حاکمیت» دولت است و حق حاکمیت ویژگی ذاتی دولت‌هاست. حال پرسش این است که: چگونه می‌توان دولت را در برابر «اعمال حق» خود و به عبارت دیگر، در برابر عمل به وظیفه خود مسئول و ضامن دانست؟ این است که برخی با اشاره به تازه بودن قبول نظریه مسئولیت مدنی دولت و اینکه بیشتر دولت‌ها تا نیمه اول قرن نوزدهم میلادی مسئولیت دولت را قبول نداشتند و آن را از نتایج منطقی اصل حاکمیت دولت، یعنی کشور می‌دانستند، درباره استدلال حقوق‌دانان نوشته‌اند: «اصل حاکمیت مطلق دولت، منافات با جبران خسارت دارد و دولت که حاکمیت مطلق در تمام امور دارد، نمی‌تواند و نباید جواب‌گوی اعمالی باشد که به نام حاکمیت انجام می‌دهد» (ابوالحمد، ۱۳۷۵، ص ۲؛ نیز نک: همو، ۱۳۸۸، ص ۷۷۹).

فرق‌گذاری میان خسارات در متن قانون مسئولیت مدنی نیز ناشی از همین اصل است. در ماده ۱۱ این قانون که در سال ۱۳۳۹ به تصویب رسیده، آمده است: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند، ولی هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت برعهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود» و به این ترتیب، بخشی از دستگاه‌ها و اعمال دولت از قلمرو مسئولیت خارج است.

از نظر تحلیلی و درمقایسه با آنچه در فقه آمده، می‌توان عدم مسئولیت دولت را بر پایه «حق اعمال حاکمیت»، با زیان‌هایی سنجید که به سبب بهره‌وری شخص در قلمرو ملک خود پدید می‌آید و موجب ضمان وی نیست؛ مانند اینکه اگر در زمین خود یا در چارچوب بهره‌وری از زمین موات، چاهی بکند و دیگری در آن بیفتد، به شرحی که در منابع حدیثی و فقهی آمده، ضامن نیست (از جمله نک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۵۰؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۲۵-۴۲۶) یا اگر کوزه یا سنگی را روی دیوار یا پشت‌بام خانه خود به درستی بگذارد و باد آن را بر سر عابر بیندازد و مایه قتل یا زیان به وی شود، ضامن

نخواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۴۴)؛ درحالی که اگر در ملک دیگری یا در ملک عمومی مانند کوچه و خیابان و بدون اذن باشد، ضامن خسارت‌هاست. چنان که می‌توان روایات و نیز دیدگاه‌هایی که در صورت وقوع قتل به دنبال اجرای حد تازیانه یا اجرای قصاص عضو، ضمان را نفی می‌کند و شرح بیشتر آن در مطلب بعد خواهد آمد، مؤید این مدعا گرفت که اعمال حق حاکمیت، موجب ضمان نیست؛ زیرا حاکم به وظیفه خود عمل کرده است و به‌رغم اینکه در برخی روایات و گفته‌های فقها میان حدود خداوند و حدود مردم فرق گذاشته شده، برخی این فرق را نیز نپذیرفته‌اند؛ با این استدلال که اجرای حد وظیفه‌ای شرعی و کاری مجاز است و ضمان ندارد (از جمله نک: علامه حلی، ۱۴۱۳ب، ج ۹، ص ۳۴۷-۳۴۸).

بنابراین، نمی‌توان حکومت و دولت یا کارکنان آن را که بر پایه حق حاکمیت و بهره‌مندی از اقتدار خود در انجام وظایف ذاتی و فلسفه وجودی خویش در تصویب قوانین و اجرای آنها و پی‌گرد بزهکاران عمل کرده و مایه خسارت به فردی یا گروهی شده‌اند، مسئول جبران آن دانست؛ درحالی که وقوع خطا و زیان لازمه عادی کار دولت در هر یک از قوا و دستگاه‌هاست و همان‌گونه که تصویب یک قانون ممکن است مایه خسارت شود، اجرای آیین‌نامه دادرسی قضایی نیز ممکن است موجب زندانی شدن و تبعید بی‌گناهی شود و همان‌گونه که یک تصمیم اقتصادی ممکن است مایه زیان عده‌ای گردد، اعلان منع عبور و مرور به هدف ایجاد امنیت نیز ممکن است برخی را دچار زیان مالی یا حتی زیان جانی کند و مثلاً بیماری نتواند به‌موقع معالجه شود.

نقد استدلال

به نظر می‌رسد عمده‌ترین شبهه و مانع در ثبوت ضمان دولت مورد بحث همین امر است؛ با این حال ملاحظاتی وجود دارد که دست‌کم قلمرو دلالت این دلیل را بر نفی ضمان بسی محدود می‌سازد:

(۱) به‌رغم نبود تعریف روشن و دقیقی از حق اعمال حاکمیت و قلمرو آن (نک: ابوالحمد، ۱۳۷۵، ص ۲۶؛ غمامی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۳-۱۱۵)، حقوق‌دانان پیشین میان دو موضوع اعمال حاکمیت و تصدی‌گری دولت فرق گذاشته‌اند. این فرق‌گذاری در آغاز از سوی حقوق‌دانان فرانسوی دانسته شده است (مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۴۱۲). آنها بخشی از فعالیت‌های دولت را که دولت‌ها بسته به اختیارات و وظایفی که برای خود قائل هستند، عهده‌دار آن می‌شوند، تنها به‌عنوان تصدی‌گری دولت و نه لزوماً برخاسته از حق حاکمیت و ملازم با آن می‌دانند و





چنین است که دامنه این بخش در نظام‌های سیاسی و حقوقی مختلف فرق می‌کند. امروزه، دولت‌ها از محدوده کارکرد پاسبانی و ناظمی خود در گذشته، به گسترش مستقیم و غیرمستقیم خدمات در حوزه‌های گوناگون اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، آموزشی، بهداشتی، رفاهی و مانند آن، که در اصل می‌توان آن را مربوط به بخش خصوصی دانست، رو آورده و برخی جوامع به‌سوی تشکیل دولت‌های رفاه حرکت کرده‌اند. این است که اینک بخش عمده‌ای از کارکردهای دولت در بخش‌های مختلف، حتی در حوزه قانون گذاری، در قلمرو تصدی‌گری دولت تعریف می‌شود و نه برخاسته از ویژگی حاکمیتی و اقتدار آن. برای نمونه، می‌توان به ماده ۶۴ برنامه سوم توسعه، مصوب ۲۹ بهمن ۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی اشاره کرد که به این دو نوع کارکرد در فعالیت‌های دولت تصریح کرده و مصادیقی از هریک را برشمرده است.

برخی حقوق دانان، در تعریف این بخش، اعمالی را که دولت به‌مثابه اشخاص خصوصی انجام می‌دهد و به عبارتی، اعمالی که در آنها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود، بلکه دولت با همان شرایطی که برای افراد مقرر شده عمل می‌کند، از مقوله «تصدی‌گری» دانسته‌اند (نک: همان، ص ۴۱۲-۴۱۳؛ غمامی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۳-۱۱۵)؛ چنان‌که در تبصره ۱ ماده‌واحد قانون تعیین مرجع دعاوی میان افراد و دولت، مصوب ۱۹ اردیبهشت ۱۳۰۷ در تعریف «اعمال تصدی» نیز آمده است: «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوقی، مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد؛ مانند خرید و فروش املاک و غلات و اجاره و استیجار و امثال آن». همین تعریف عیناً در تبصره ماده ۴ قانون تعیین مرجع دعاوی میان افراد و دولت که در ۱۳ آبان ۱۳۰۹ به تصویب رسید و ناسخ قانون مصوب ۱۳۰۷ بود، تکرار شده است.

از این‌رو، به فرض که دولت در قلمرو اعمال حق حاکمیت خود، مصون از ضمان باشد، دیگر کارکردهای آن در قلمرو ادله ثبوت ضمان قرار دارد و به عبارتی خطای اداری، عنوانی متمایز از اعمال حاکمیت است. اینکه به فرض و برای نمونه، دولت در برابر زیان ناشی از وضع قانون یا اعلام حکومت نظامی که به هدف حفظ امنیت عمومی است، مسئول نباشد، اما چنانچه در خدمات بهداشت یا حمل‌ونقل به‌ویژه وقتی در برابر آن هزینه دریافت می‌کند، زبانی را متوجه کسی یا گروهی کرد، پیداست که ربطی به حق اعمال حاکمیت ندارد و ضامن است.

این است که گرچه اینک دیگر این فرق گذاری نیز - چنان‌که خواهد آمد - رنگ باخته

است، در منابع حقوقی به روشنی به این تفکیک پرداخته شده است و به هر حال بخش عمده ای از کارکردهای کنونی دولت‌ها، خودبه خود از موضوع اعمال حاکمیت بیرون است (نک: ابوالحمد، ۱۳۷۵، ص ۲۶-۴۰؛ همو، ۱۳۸۸، ص ۸۲۷-۸۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۵۸؛ مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۴۱۲-۴۱۳؛ غمامی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۳-۱۱۵).

۲) ادله موجود، از جمله آنچه به صورت خاص در ثبوت ضمان دولت و حاکم نشان می‌دهد که صرف اعمال حق حاکمیت نمی‌تواند مانع ثبوت ضمان باشد؛ چنان که قاضی هرچند مصونیت دارد، چنان که در روایت صحیح ابومریم (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۵۴) و نیز مرسله اصبع بن نباته (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷) آمده و فقها نیز بدان تصریح کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص ۸۸)، اصل ضمان ثابت و برعهده بیت‌المال است؛ با اینکه امر قضا و کیفر بزهکار از مصادیق آشکار اعمال حاکمیت به شمار می‌آید. قضیه احضار زن متهم از سوی خلیفه دوم و سقط جنین وی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۳۱۲) که در شمار ادله ضمان حاکم یا دولت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۴، ص ۴۷۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۷۲) و نیز اصل اجرای حد در صورت خطا و تأکید امیرمؤمنان علی علیه السلام به مالک اشتر بر جبران زیان (امام علی علیه السلام، ۱۴۱۴ق، نامه ۵۳) همه از مصادیق اعمال حاکمیت به شمار می‌آید.

مقایسه این موارد با مواردی مانند نفی ضمان از زیان ناشی از اجرای حد، نشان می‌دهد اجمالاً باید میان موارد اعمال حاکمیت فرق گذاشت. یک فرق آشکار این است که گفته شود در مواردی که زیان ناشی از خطای حاکم نیست، بلکه طبیعت آن کار این است که گاه مایه زیان می‌شود، اگر زیانی پیش آمد، مایه ضمان نیست. برای نمونه، در جایی که حاکم یا قاضی در اصل اجرای کیفر قصور و خطایی نداشته و همه شرایط اجرای آن را رعایت کرده است، ولی خود کیفر مانند تازیانه یا قصاص عضو به صورت اتفاقی مایه زیان جسمی یا جانی شده است، ضمان ساقط است؛ درحالی که اگر مثلاً در سرمای شدید به مجرم تازیانه بزند و به خسارت جانی به او بینجامد، ضمان ثابت خواهد بود. بر همین پایه است که شیخ طوسی در موضوع احضار زن باردار، میان دیه مادر و جنین فرق گذاشته است؛ با این استدلال که انسان بزرگ سال نوعاً به دلیل ترس و وحشت از احضار قضایی جان نمی‌دهد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۶۴) و براین اساس، اگر به صورت اتفاقی شخص بزرگ سال به دلیل احضار به دادگاه جان بدهد، ضمانی در میان نیست. یک فرق را نیز می‌توان اجمالاً در اضطراری بودن و نبودن اقدام مورد توجه قرار داد (از جمله نک: غمامی،





۱۳۷۶، ص ۱۱۷-۱۱۹)؛ با این توجه که پیش تر نشان دادیم اذن شارع ملازم عدم ضمان نیست.

بنابراین، این گفته که «اعمال قوه مقننه و نمایندگان مجالس قانون گذاری در شمار اعمال حاکمیت و مصون از تعقیب است و در نتیجه، اگر به دلیل سخن یک نماینده یا تصویب به یک قانون زبانی متوجه دیگری شود، زیان قابل جبران نیست» (ابوالحمد، ۱۳۷۵، ص ۲۷-۲۸)، امری کلی و عام نیست.

۳) اصل عدم ضمان در موارد اعمال حاکمیت، از نگاه حقوقی نیز با اشکال و پرسش روبه‌روست و حتی آن را غیرمنطقی دانسته‌اند؛ از جمله به این دلیل که اگر تأمین منافع عمومی، توجیه‌کننده عدم مسئولیت در اعمال حاکمیت باشد، در برابر آن، یکسانی همگان در برابر هزینه‌های عمومی اقتضا می‌کند هرگاه عده خاصی از کار عمومی دولت زیان ببینند، زیان نیز در میان همه توزیع شود و راه آن، جبران زیان زیان‌دیدگان از سوی دولت است. نیز نفی ضمان و مسئولیت در اعمال حاکمیت، به گسترش لجام گسیختگی در بهره‌جویی از قدرت می‌انجامد و ابزار خطرناکی به مأموران و اشخاص دولت می‌سپارد تا در برابر بخش قابل توجهی از اعمال زیان‌بار خود مصونیت یابند و این امر چیزی جز اباحت زیان رساندن به دیگران نیست؛ امری که با مبانی مسئولیت مدنی و ادله نفی ضرر ناسازگار است؛ به‌ویژه که تعریف دقیقی از اعمال حاکمیت وجود ندارد و دولت یا مأموران آن می‌توانند نوع اقدامات خود را ناشی از حق اعمال حاکمیت بدانند که به هدف تأمین منافع عمومی صورت گرفته است.

این است که ملاحظات چندی متوجه بخش پایانی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که دولت را در اعمال حاکمیت مصون از ضمان دانسته، وجود دارد (نک: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۵۸-۱۵۹؛ همو، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۸۸-۲۸۹؛ غمامی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۵-۱۱۶) و حتی گفته شده نظریه تفکیک میان اعمال حاکمیت و اعمال تصدی که روزگاری طرفداران بسیاری داشت، اینک حتی در زادگاه خود فرانسسه نیز نظری منسوخ به شمار می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۵۸؛ مؤتمنی، ۱۳۷۵، ص ۴۱۲-۴۱۳). بالاین حال، تصمیم‌های حساس سیاسی، مانند امنیت ملی و روابط بین‌الملل که بر مبنای مصالح سیاسی گرفته می‌شود، امکان تجدیدنظر در دادگاه‌ها را ندارد، ولی گفته‌اند در سال‌های اخیر گرایش به این سو بوده که از تعداد مواردی که از نظارت قضایی استثنای شده، کاسته شود (بل و بیرون، ۱۳۹۰، ص ۱۳۱-۱۳۲).

۴) این نظر که حاکمیت دولت امری مطلق و مصونیت آن امری ذاتی و تفکیک‌ناپذیر

است، امری نادرست است و دست کم عدم مصونیت دولت از نگاه ثبوتی، امری ممتنع نیست و ثبوت ضمان خطای قاضی، یک نمونه روشن آن است که در اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز آمده است؛ چنان که به رغم عدم پذیرش جبران خسارت ناشی از قانون در حقوق اداری فرانسه، شاهد استثنای مواردی هستیم که در خود قانون پیش بینی شده و حتی شورای دولتی فرانسه در برخی موارد به جبران خسارت ناشی از وضع قانون رأی داده است (نک: غمامی، ۱۳۷۶، ص ۳۰-۳۱).

بدین ترتیب، در بحث از ضمان زیان ناشی از اعمال حاکمیت، از منظر نگاه به خاستگاه دولت، این ملاحظه مبنایی نیز وجود دارد که از یک سو، معلوم شود نقش مردم در دولت و حکومت چیست و از سوی دیگر، روشن گردد منابع مالی دولت و بیت المال چه جایگاهی دارد و اختیار آن به دست کیست و اگر به فرض مصارف و متولی بخشی از منابع مالی جامعه نیز از پیش از سوی شارع حکیم به صورت خاص تعیین شده باشد، اما آیا دیگر منابع مالی، از جمله مالیاتی که به صورت رایج از مردم گرفته می شود نیز همین گونه است.

در دولت های مردم سالار با این پیش فرض که مشروعیت و دامنه مسئولیت و قدرت و اختیارات، همه برخاسته از خواست و رأی مردم است و این تنها خواست مردم است که جامعه قانون می پوشد، طبعاً مصونیت و عدم مصونیت دولت و اشخاص آن را نیز باید یکی از موضوعات جاری در حکومت دانست که تابع خواست مردم است و از نگاه ثبوتی، در این امر فرقی میان اعمال حاکمیت و اعمال تصدی دیده نمی شود. این شهروندان هستند که دامنه مسئولیت و مصونیت دولت و چگونگی هزینه کردن اموال در اختیار دولت، از جمله مالیات را تعیین می کنند. حال باید دید این نقش در جامعه و دولت اسلامی چگونه تعریف می شود.

اگر گزینش حاکم اسلامی، هر چند غیر معصوم، تنها با نصب الهی باشد و مردم هیچ نقشی جز وجوب حمایت و اطاعت نداشته باشند و همه اختیارات در دست وی یا نظام سیاسی مورد تأیید وی محدود شود، طبیعی است در خصوص ضمان دولت نیز، اگر ادله دیگر بر لزوم یا نفی آن دلالت نکند، باید صلاح دید وی را ملاک عمل دانست، ولی اگر گزینش آن را در غیر معصوم با شرایطی در قلمرو خواست و اختیار مردم بدانیم یا دست کم، آن گونه که امام خمینی نوشته است و ظاهر سخن ایشان نشان می دهد، «تولی» و عهده داری عملی آن تنها با خواست و رأی مردم مشروع باشد (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰،





ص ۴۵۹)، در این صورت باید پذیرفت که مردم می‌توانند در چارچوب شناخت مصالح اجتماعی خود، اختیارات و تصرفات حاکم یا حکومت را از جمله در اعمال حاکمیت مشروط به ضمان و جبران زیان کنند. این امر اگر هم در خصوص بخشی از بیت‌المال محدودیت داشته باشد، درباره همه اموال دولت چنین نیست. برای نمونه، مردم می‌توانند دولت را ملزم کنند بخشی از درآمدهای مالیاتی یا درآمدهای عمومی و یا حتی بخشی از انفال را که در اختیار دولت اسلامی است، به جبران زیان‌هایی که هرچند به دلیل اعمال حاکمیت پدید می‌آید، اختصاص دهد.

بنابراین، صرف نظر از ادله عام و خاصی که بر ضمان و مسئولیت در اقدامات زیان‌بار دولت و اشخاص آن دلالت می‌کند، نوع نگاه به خاستگاه حکومت و مشروعیت آن یا مشروعیت تصرفات آن می‌تواند ثبوت ضمان را در همه یا بخشی از اقدامات دولت به‌عنوان یک سیاست و قانون ممکن سازد. آنچه از مجموع نکته‌های پیش گفته به دست می‌آید این است که جایگاه دولت و لزوم اقتدار دولت و حق اعمال حاکمیت و صرف جواز یک کار از نگاه ثبوتی، مانع ضمان و مسئولیت نیست و از نگاه اثباتی در جای دیگر ادله عام و خاص چندی را بر ثبوت آن آورده ایم و تنها در جایی که زیان، برخاسته از طبیعت خود فعل باشد و نه اقدام و خطای شخص، ضمان نیست؛ مانند اینکه اجرای حد تازیانه، بدون اینکه کوتاهی و خطایی از سوی حاکم یا دستگاه دولتی صورت گرفته باشد، به زیان جانی شخص بینجامد.

ب) مطلب دوم: تقدم مصلحت عمومی

ممکن است گمان رود عدم مصونیت دولت و اشخاص آن در اقدامات خود و ثبوت ضمان، با لزوم رعایت مصلحت عمومی ناسازگار است. به بیان دیگر، وقتی کاری در جهت منافع و مصالح عمومی صورت می‌گیرد، در واقع در مسیر عدالت صورت گرفته است و ثبوت ضمان در برابر زیان احتمالی با تقدم مصلحت عمومی به‌عنوان یک اصل حاکم و یک قاعده در گسترش و اجرای عدالت عمومی منافات دارد. تعیین قلمرو عدم مسئولیت دولت در ماده ۱۱ قانون مدنی بر پایه «تأمین منافع اجتماعی» مشعر به همین استدلال است؛ استدلالی که ممکن است در راستای آنچه در بحث از نفی ضمان به استناد قاعده احسان می‌آوریم، ارزیابی گردد، ولی نکته اصلی توجیهی آن را می‌توان در توجه به عنصر مصلحت اجتماعی و عمومی برتر در اقدامات دولت و اشخاص آن دانست. مسئول دانستن دولت یا اشخاص آن در برابر خطاهای احتمالی در کاری که به هدف مصلحتی برتر

صورت می‌گیرد، با برتری و تقدم آن مصلحت همخوانی ندارد.

استناد به این دلیل در نفی مسئولیت دولت در برخی منابع حقوقی نیز مشاهده می‌شود (از جمله نک: ابوالحمد، ۱۳۷۵، ص ۲۸؛ نیز همو، ۱۳۸۸، ص ۸۳۳). در منابع فقهی اهل سنت نیز این امر به‌عنوان یکی از موانع ضمان مورد توجه و استدلال قرار گرفته است (در این باره و مستندات آن نک: عموش، ۱۴۳۰ق، ص ۳۱۰-۳۱۲). شاهد یا مؤید این دلیل، روایات چندی است که در فرض اینکه دشمن، گروهی از مسلمانان را سپر دفاعی خود قرار داده و رزمندگان اسلام در پیش برد جنگ یا جلوگیری از شکست، چاره‌ای جز کشتن آن گروه مسلمان ندارند، نفی ضمان و دیه کرده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۱۴۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص ۶۲) و فقها بر پایه آن به عدم ضمان فتوا داده اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۶۹).

نقد استدلال

همان‌گونه که از برخی نکته‌ها در نقد استدلال به قواعد نفی ضمان نیز برمی‌آید و خواهد آمد، این دلیل نیز از جهاتی ناتمام است و نمی‌تواند ضمان و مسئولیت را از عهده دولت یا اشخاص آن بردارد:

۱) در نقد استدلال به اقتضای حق حاکمیت برای نفی ضمان، اشاره کردیم که صرف عذر تأمین منافع اجتماعی، نمی‌تواند دلیل مصونیت باشد و یکسانی شهروندان در برابر بیت‌المال و هزینه‌های عمومی اقتضا می‌کند زیان موجود نیز که متوجه فرد یا بخش خاصی از جامعه شده و ناشی از اقداماتی است که در راستای منافع و مصالح عمومی صورت می‌گیرد، به‌صورت یکسان میان مردم توزیع شود و راهکار طبیعی آن، جبران زیان زیان‌دیده از بودجه عمومی است.

۲) اگر بتوان به عذر تأمین منافع اجتماعی و تقدم مصالح عمومی و به عبارت دیگر، در راستای گسترش عدالت، ضمان را نفی کرد، همان‌گونه که برخی حقوق دانان نیز خاطر نشان کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۵۹) این امر به بخشی از اقدامات دولت اختصاص ندارد و باید سازمان حکومتی را در همه کارها مصون از مسئولیت دانست؛ زیرا این ویژگی را می‌توان هدف همه کارهای دولت برشمرد؛ درحالی که چگونه می‌توان سازمان حکومت و اقدامات آن را به‌رغم گستره بسیار زیاد آن مصون از ضمان دانست؟

۳) چنان که خواهد آمد، میان اذن در تصرف و حتی موظف بودن به آن با نفی ثبوت ضمان ملازمه نیست و قاعده‌ای عام وجود ندارد که در مال یا جان دیگران، زیان ناشی از



فعل واجب یا مأذون ضمان ندارد. اگر موارد خاصی مانند نفی دیه در قتل سپر انسانی باشد، تابع دلیل خاص خود است؛ چنان که درباره قتل افرادی که سپر گرفته شده‌اند نیز نفی کامل زیان، مورد سؤال و بلکه قابل خدشه است.

۴) ادله خاصی که شاهد بر ثبوت ضمان در اقدامات حکومت وجود دارد، مانند ضمان خطای قاضی و ضمان سقط جنین که اشاره کردیم، خود به‌روشنی نشان می‌دهد صرف تقدم مصلحت عمومی، مانع ثبوت مسئولیت و ضمان نیست.

۳. بخش دوم: قواعد نفی ضمان

در کنار قواعد عمومی ثبوت ضمان، دسته‌ای قواعد هست که به‌صورت خاص و به‌رغم وجود زیان، مانع ثبوت ضمان است. نقطه مشترک در میان این قواعد آن است که نفی ضمان با جریان عمومی عدالت سازگاری بیشتری دارد. پرسش کلی این بود که: با پذیرش این دسته از قواعد، میان ضمان در زیان‌های موضوع بحث با این دسته قواعد چه نسبتی وجود دارد؟ پاسخ به این پرسش نیازمند بررسی جداگانه این قواعد است، ولی آنچه با این بحث پیوند دارد، تنها سه قاعده «احسان»، «عدم ضمان امین» و «اذن» است که طی سه مطلب بیان می‌شود؛ با این توجه که در نگاه نخست، نفی ضمان در هر سه قاعده تداعی‌گر رعایت جانب عدالت در حفظ حقوق عامل زیان است که در اینجا دولت یا کارکنان آن هستند؛ زیرا مسئول دانستن کسی که به انگیزه احسان موجب زیانی اتفاقی شده یا کسی که با اذن قبلی اقدامی کرده که به‌صورت اتفاقی مایه زیان شده یا کسی که در مسیر امانتداری خود موجب زیان اتفاقی گردیده، همه ناسازگار با روح عدالت پروری در جامعه جلوه می‌کند.

الف) مطلب یکم: قاعده احسان

یکی از قواعدی که در شمار قواعد مسقط ضمان اجمالاً مورد استناد قرار گرفته، قاعده احسان است که خاستگاه اصلی آن آیه شریفه «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) می‌باشد؛ چنان که در استدلال بر آن به حکم و دوری عقل نیز استناد شده و در واقع خاستگاه خود این آیه است که پاسخ نیکی را نیکی می‌داند؛ امری ارتكازی که در آیه «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» (الرحمن: ۶۰) به آن اشاره دارد و از این‌رو، برخی لسان بیان یا مفاد آن را امری تخصیص‌ناپذیر دانسته‌اند (لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۳-۲۹۴). مفاد آیه در استدلال بر قاعده این است که راهی بر مسئول شمردن نیکوکاران نیست و عموم این آیه که از یک‌سو از «المحسنین» برمی‌خیزد که جمع همراه با «الف» و



«لام» است و از سوی دیگر قرار گرفتن کلمه نکره «سبیل» پس از نفی، افزون بر گسترش آیه به همه کسانی که عنوان «محسن» بر آنان صدق می‌کند، شامل نفی مسئولیت کیفری در دنیا و آخرت و نیز نفی مسئولیت مدنی و ضمان می‌شود و آیه نیز در مقام قانون‌گذاری و تشریح است، نه خبر از امری بیرونی. البته اینکه عنوان «احسان» شامل سودرسانی هم می‌شود یا محدود به دفع زیان است و اینکه مشروط به قصد نیکی نیز می‌باشد یا همان واقعیت کار در صدق موضوعی یا حکمی آن کافی است یا باید هر دو قید وجود داشته باشد، پرسش‌ها و احتمال‌هایی را پدید آورده و مایه اختلاف در نگاه شده است. اما بی‌گمان مفاد اجمالی قاعده از نگاه فقها، چنان‌که فتاوا و استدلال‌های آنان نشان می‌دهد، امری پذیرفته شده است. آنان حتی این قاعده را دلیل بر برخی قواعد دیگر، مانند نفی ضمان امین دانسته‌اند و فراوانی موارد آن ما را از ذکر آنها بی‌نیاز می‌سازد (برای این مطالب نک: مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۴-۴۷۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۹-۲۰؛ لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۸۱-۲۹۴). برخی قلمرو قاعده احسان را از نیکی به دیگران نیز فراتر دیده، آن را شامل هر کار درستی که شخص به‌جا می‌آورد، حتی اگر تنها به خود فاعل برگردد نیز دانسته‌اند و بر همین پایه از فاعلی که کار درست او مایه زیان به دیگری شده، نفی ضمان کرده‌اند؛ مانند زیان به دیگری در دفاع شخصی یا در نصب مجاز پنجره و ناودان در کوچه (نک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۶۸، ۳۷۰ و ۵۰۷)؛ امری که با نقد دیگران روبه‌رو شده است (نک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۶۱-۳۶۳). آنچه این قاعده را به بحث ما پیوند می‌دهد، این است که گفته شود خاستگاه و فلسفه وجودی دولت و حکومت یا به بیان دیگر، خاستگاه شخصیت حقوقی دولت، چیزی جز احسان و خیرخواهی درباره شهروندان نیست. کار دولت و اشخاص آن «دفع مفسده و زیان» از مردم و «جلب مصلحت و سود» برای آنان است و از این رو، هم دولت و هم مسئولان، کارگزاران و کارکنان دولت در شمار «محسنین» قرار دارند و ضمانت زیان‌های احتمالی کار خود نیستند و در این جهت فرقی میان خود نهاد و شخصیت حقوقی دولت و اشخاص حقیقی آن نیست و عموم «المحسنین» افزون بر اشخاص دولت، شامل شخص حقوقی دولت نیز می‌شود. در این خصوص و برای نمونه می‌توان سخن شهید ثانی را شاهد گرفت که در نفی ضمان امام و حاکم، در صورتی که اجرای حدی مانند تازیانه به مرگ شخص بینجامد، از جمله گفته است که امام در این کار فرمان خداوند را امتثال کرده و حدود او را بر پا داشته و محسن است و «بر محستان





راهی نیست» (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۴، ص ۴۷۲؛ نیز: فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۹)؛ چنان که فقهایمانند محقق حلی (۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۳۷) و علامه حلی (۱۴۱۳ق الف، ج ۳، ص ۶۵۴؛ همو، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۵۴۰) حفر چاه را در گذرگاه عمومی در صورتی که به مصلحت عمومی صورت گیرد و به زیان بینجامد، موجب ضمان ندانسته‌اند و فاضل اصفهانی در استدلال بر آن از جمله به این قاعده و آیه مستند آن استناد کرده است (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸). شیخ طوسی نیز میان وجود و عدم وجود مصلحت عمومی فرق گذاشته است؛ با این تفاوت که حفر چاه با اجازه امام باشد و در گذرگاه تنگ نباشد، و اگر در کوچه تنگ اقدام به حفر کند، حتی اگر با اذن امام باشد، چاه‌کن ضامن است؛ زیرا امام نیز چنین اختیاری ندارد که در جایی که حفر چاه مایه در تنگنا قرار گرفتن مسلمانان می‌شود و به آنان زیان می‌رساند، اجازه حفر دهد. او این حکم را درباره ساختن مسجد در گذرگاه عمومی نیز جاری می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۸۶).

نقد استدلال

در استدلال به قاعده احسان برای نفی ضمان دولت و اشخاص آن، ملاحظاتی وجود دارد که مانع استدلال است:

(۱) مفاد اجمالی و بلکه اصل اولی در موارد موضوع قاعده احسان این است که حکم وضعی ضمان، همانند حکم تکلیفی حرمت و کیفر نفی شود، ولی این امر کلی مانع از آن نیست که حتی با فرض صدق عنوان «احسان» حکم وضعی ضمان ثابت باشد؛ چنان که برای مثال، ثبوت ضمان یابنده مال در صورتی که آن را از سوی مالک صدقه دهد، با صدق «احسان» ناسازگار نیست. پزشک و مربی نیز همین گونه‌اند. کار پزشک و مربی حتی اگر دستمزد بگیرند، گرچه نوعاً یا دست کم در پاره‌ای موارد از مصادیق احسان است، با مسئول بودن آنان منافاتی ندارد. افزون بر اینکه با فرض ثبوت ضمان بر عهده بیت المال، مانند خطای قاضی، این ناسازگاری دست کم درباره کارکنان دولت، یعنی اشخاص حقیقی موضوع ندارد؛ زیرا در عمل چیزی بر عهده آنان نیامده است.

این ویژگی که اشخاص دولت در سطوح و در قوای مختلف، به‌عنوان حقوق‌بگیران دولت، در برابر خدمات خود دستمزد دریافت می‌کنند، آنان را از نظر موضوعی از عنوان «احسان» بیرون می‌برد و در ردیف شغل‌ها و حرفه‌هایی مانند پزشکی، باربری و دوزندگی قرار می‌دهد که چون دستمزد می‌گیرند، ضامن اموال مشتریان خواهند بود و شرح بیشتر آن را در نفی ضمان امین خواهید دید. دولت نیز اگر در برابر خدمات خود

هزینه مستقیم یا غیرمستقیم از شهروندان دریافت نکند، می‌دانیم هزینه‌هایش از خزانه عمومی، یعنی بیت‌المال است و چنین اموالی اگر هم مال مردم به شمار نرود، مال دولت بوده، از حوزه ملک شخصی حاکم بیرون است. به عبارت دیگر، وجود دولت هرچند در کلیت خود در جهت خدمت و مصلحت جامعه است، ارائه خدمات در همه بخش‌های آن نوعاً بر دریافت هزینه متوقف است. افزون بر اینکه قاعده کلی و عمومی درباره اشخاص در دولت این است که با دریافت حقوق و امتیازهای اجتماعی، به مصلحت و سود خود عمل می‌کنند و اگر به فرض کسی در جایی از بدنه دولت به قصد تبرع عمل کند، کلیت دولت چنین نیست و چنین مواردی نیز بیشتر احسان به خود دولت است تا زیان دیده.

تلازم میان تحقق «مصلحت خود» از جمله دریافت دستمزد با نفی موضوعی احسان، نکته‌ای است که در استدلال به قاعده احسان همواره مورد توجه فقها بوده است (از جمله نک: کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶ ص ۹۳-۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۸۲ و ج ۵، ص ۱۶۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۶۸) و توجه دادن مکرر به «احسان محض» در امکان استدلال (از جمله نک: کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶ ص ۱۶۲؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۴۵۸؛ عاملی، ۱۴۱۱ق الف، ج ۴، ص ۳۹۶؛ همو، ۱۴۱۱ق ب، ج ۲، ص ۳۶۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۵، ص ۲۹۴) بر همین پایه است. بنابراین، قرار دادن «حاکم» در شمار اولیا که تنها به مصلحت «مولی علیهم» عمل می‌کنند و نفی ضمان از وی (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۷۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۸؛ لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۲)، اگر هم در مثل نماز و روزه و حج استیجاری برای مرده از سوی حاکم که در مثال برخی آمده درست باشد، در نوع کارکردهای حکومت و خدمات دولت، به‌ویژه با قلمرو گسترده‌ای که امروزه دارد، درست نیست.

۲) اگر آن‌گونه که در نکته پیش نشان دادیم، عنوان «محسن» بر دولت و اشخاص آن همواره یا نوعاً صادق نباشد، طبعاً از شمول ادله نفی ضمان «محسن» بیرون است. اما در صورتی که همه را «محسن» بدانیم، ادله خاص ثبوت ضمان دولت و اشخاص آن، برای ادله نفی ضمان محسن، «خاص» به شمار می‌رود و مایه تخصیص آن خواهد بود و ادله ضمان مقدم می‌شود. برخی نیز که لسان ادله قاعده احسان را تخصیص‌ناپذیر دانسته‌اند، خود با این اشکال روبه‌رو شده‌اند که: با مواردی که با وجود صدق احسان، دلیل خاص بر ثبوت ضمان در آن مورد هست، مانند ضمان پزشک و مربی چه باید کرد؟ (لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۹۳-۲۹۴). اما دست کم به قرینه موارد متعددی که در منابع روایی و فقهی





آمده، چاره ای جز پذیرش امکان جمع میان صدق احسان و ثبوت ضمان نیست؛ یا به دلیل خروج موضوعی و تخصصی از عنوان ضمان، به این بیان که برای مثال، آنچه موضوع برای قاعده است، احسان محض است و یا خروج تخصصی و نفی این ادعا که ادله قاعده تخصیص ناپذیر است. چنان که برای نمونه، فاضل اصفهانی در استدلال بر اینکه چرا ضمان خطای قضات بر عهده بیت المال است، می نویسد: زیرا آنان «محسن» هستند و سپس به روایت اصبح بن نباته - که اشاره شد - استناد می کند (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۷۹). آری، با فرض اینکه تنها بخشی از کارکنان دولت «محسن» به شمار نروند، ممکن است این شبهه پیش آید که در این صورت نسبت میان ادله عموم و خصوص مطلق نخواهد بود تا ادله خاص مقدم شود و در خصوص مواردی که صدق احسان کند، دو دسته دلیل متعارض خواهند شد، ولی با نادیده گرفتن آن دو به دلیل تعارض نیز باید به مفاد قواعد عمومی ثبوت ضمان عمل کرد.

۳) آنچه گفتیم در نفی این استدلال است که گفته شود دولت و کارکنان آن به دلیل جایگاه خود همواره از مصادیق قاعده احسان به شمار می روند و ثبوت ضمان علیه آنان با مفاد قاعده ناسازگار است. اما این امر با واقعیت دیگر ناسازگار نیست که در پاره ای اقدامات دولت یا کارکنان آن و صرف نظر از عنوان عام دولت و حکومت و تنها با توجه به خصوصیات مورد، ضمان به دلیل قاعده احسان منتفی باشد. از این رو، درباره هر مورد باید به حساب خود آن مورد حکم کرد و نمی توان ضمان را به صرف خیر اندیشی و قصد احسان نفی نمود؛ چنان که مثلاً فاضل اصفهانی درباره ضمان حفر چاه در مسیر عمومی که مایه زیان جانی به کسی شود، می نویسد: اگر حفر چاه در مسیری که مورد استفاده است، به مصلحت مسلمین باشد، شیخ طوسی در نهاییه و مبسوط و محقق در شرایع الاسلام گفته اند ضمانی بر عهده حفرکننده چاه نیست. علامه حلی نیز در تحریر الاحکام همین را قریب شمرده است؛ زیرا کاری است که شرعاً جایز است و به این دلیل که وی «محسن» است و «ما علی المحسنین من سبیل».

وی سپس تفصیلی را که پیش تر نیز اشاره کردیم، از شیخ طوسی در مبسوط نقل می کند: اگر راه تنگ باشد، ضمان بر عهده حفرکننده است؛ چه آن را با اذن امام حفر کند چه بدون اذن او؛ زیرا امام اختیار اذنی را که مایه در تنگنا قرار گرفتن مسلمین و زیان رسیدن به آنان است، ندارد و اگر راه به گونه ای پهن باشد که حفر چاه آن را بر مسلمین تنگ نمی کند و هدف شخص بهره مندی مسلمین از آن است، اگر با اذن امام باشد،

ضمانی برعهده او نیست؛ زیرا امام می‌تواند به آنچه مفید به حال مسلمین است و زیانی به آنان نمی‌رساند و آنان را به تنگی و دشواری نمی‌اندازد، اذن دهد و اگر آن را بدون اذن امام حفر کند و قصد او تملک آن از این طریق باشد، ضامن است؛ چون با این حفر، تعدی کرده و با آن مالک نمی‌شود؛ زیرا هیچ‌کس حق ندارد راه مسلمانان را مال خود کند. از این رو، ضامن بر عهده اوست. اما اگر چاه را به قصد ثواب سودرسانی به مسلمین حفر کند، برخی به دلیل سخن پیامبر که «چاه هدر است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۷؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۵۴) وی را ضامن نمی‌دانند و برخی به دلیل این سخن حضرت که «دیه جان صد شتر است» (بیهقی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۸۰؛ نسائی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۲۴۶) او را ضامن شمرده‌اند.

شیخ طوسی خود گفته نخست را قوی‌تر شمرده است، ولی فاضل اصفهانی در همین فرض نیز که به قصد خیر صورت گرفته، احتمال ضامن را مطرح ساخته است؛ زیرا انجام کاری که دارای مصلحت برای مسلمین است، تنها در صورتی جایز است که مفسده‌ای دربر نداشته باشد؛ درحالی که حفر چاه در مسیر، مسلمانان را در معرض سقوط در آن قرار می‌دهد (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۵۸-۲۵۹؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۸۶). پس همان‌گونه که از جمله پایانی این فقیه برجسته پیداست، حفر چاه خصوصیت ندارد و این می‌تواند قاعده‌ای کلی در دیگر اقدامات خیرخواهانه باشد. از سوی دیگر، این پرسش مطرح است که: اقدامات و کارهای دولت همواره باید برابر مصلحت عمومی باشد یا همین که دارای مفسده و به زیان نباشد، کافی است؟ اگر فرض دوم را بپذیریم، طبعاً صدق عنوان احسان امری عمومی نخواهد بود.

ب) مطلب دوم: قاعده عدم ضامن امین

یکی از قواعد فقهی مورد اتفاق، قاعده نفی ضامن امین است که به آن «قاعده استیمان» نیز گفته می‌شود. مفاد کلی قاعده این است که شخص امین در برابر زیانی که بدون کوتاهی وی به مال امانی در دستش وارد می‌شود، ضامن نیست. این قاعده با بخش گسترده‌ای از مسائل در ابواب مختلف پیوند می‌خورد و شامل انواع اموال امانی می‌شود؛ اعم از امانت مالکی که مال با اذن مالک در اختیار امین قرار گرفته و امانت شرعی که مال با اذن شارع در اختیار وی قرار گرفته است. در امانت مالکی، عناوینی مانند ودیعه، عاریه، رهن، مضاربه، مزارعه، مساقات، اجاره و وکالت و در امانت شرعی، عناوینی مانند لقطه، اموال شرعی همچون زکات و خمس و ولایت اولیا اعم از حاکم و





وصی و پدر و جدّ قرار می‌گیرد. این قاعده مورد توجه و استدلال فقهای اهل سنت نیز قرار داشته است (نک: هاجری، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۵۹۲-۶۰۰).

آنچه این قاعده را به این بحث پیوند می‌دهد آن است که گفته شود مسئولان و کارکنان دولت در قلمرو مسئولیت و وظیفه‌ای که برعهده دارند، «امین» به شمار می‌روند و این نه تنها از جهت اموال و امکاناتی است که در اختیار آنان است، بلکه از این منظر نیز مشمول قاعده‌اند که امین در اعمالی هستند که در مقام ادای وظیفه خود و در جهت مصالح دولت و جامعه انجام می‌دهند؛ چنان‌که در آموزه‌های دینی نیز مسئولیت و کارگزاری در حکومت اسلامی با عنوان امانت معرفی شده است؛ از جمله این سخن امیرمؤمنان علی علیه السلام خطاب به اشعث بن قیس، کارگزار آذربایجان: «وإنَّ عَمَلَكَ لَيْسَ لَكَ بِطُعْمَةٍ وَلَكِنَّهُ فِي عُنُقِكَ أَمَانَةٌ» (امام علی علیه السلام، ۱۴۱۴ق، نامه ۵). این امر با مواردی مانند وکیل یا وصی بی‌شبهت نیست که در صورت عدم کوتاهی در وکالت یا وصایت، ضامن زیان ناخواسته نیستند؛ زیرا تصرف آنان همراه با «اذن» بوده و در کار خود امین هستند. از این رو، زمامداران و کارگزاران دولت که از سوی شارع یا مردم، در اقدامات خود اذن دارند، اگر در چارچوب انجام وظایف خود مایه زیانی ناخواسته شوند، ضامن نخواهند بود.

در استدلال بر قاعده نفی ضمان امین به وجوه و ادله نقلی و اعتباری چندی استناد شده است؛ مانند روایت «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۴، ص ۱۶) یا روایت «لیس لک آن تتهم من قد ائتمنته» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۸۱)؛ چنان‌که نه تنها بنای عقلا، بلکه حتی حکم عقل نیز بر آن شاهد گرفته شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۲). یک دلیل روشن آن نیز افزون بر روایات یادشده، دسته‌هایی از روایات در ابواب مختلف است که نفی ضمان را می‌رساند. این ادله در مجموع تردیدی در درستی مفاد اجمالی قاعده باقی نمی‌گذارد و از این رو، فقهای ما آن را به‌عنوان قاعده‌ای مسلم پذیرفته‌اند و به بررسی تفصیلی آنها نیازی نیست (نک: مراعی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۸۵-۴۸۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۹-۱۲؛ مکارم، ۱۴۱۱ق، ص ۲۵۱-۲۶۸).

از سوی دیگر، مقوم نفی ضمان، وصف «امین» بودن است و تحقق این وصف افزون بر عدم کوتاهی، مشروط به «اذن» از سوی مالک یا شارع برای در اختیار داشتن مال یا تصرف در آن است. در واقع آنچه در نفی ضمان تعیین‌کننده است، همان اذن است؛ زیرا فرض تعدی و تفریط در نگهداری، بیرون از قلمرو آن است. این است که

شاهدیم عدم ضمان «امین»، بر محوریت اذن مالک یا شارع تحلیل شده (نک: بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۳-۱۷) و ظاهر سخن فقها در بیان علت عدم ضمان نیز همین را می‌رساند. باین‌حال، ثبوت ضمان در موارد متعدد به‌رغم وجود اذن، مانند ضمان مال در عقد فاسد و ضمان مال مالک ناشناخته به‌رغم اذن در صدقه یا تملک آن و ضمان صاحبان حرفه مانند خیاط و پزشک که در دسته‌هایی از روایات آمده و فقها نیز آن را پذیرفته‌اند، سبب شده برخی این قاعده را به جایی محدود کنند که نگهداری یا تصرف تنها در جهت مصلحت و سود مالک بوده است و نه کسی که مال در اختیار اوست یا هر دو و تأکید کنند که گرچه تحقق وصف امانت منوط به اذن است، چنان‌که خواهیم دید، ضمان به صرف اذن از میان نمی‌رود و به‌رحال «امانت» و «اذن» دو امر جداگانه است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۸۳-۴۸۵).

قید مصلحت انحصاری مالک، قیدی قابل توجه در شکل‌گیری قاعده نفی ضمان امین است، ولی اینکه فرق‌گذاری میان مصلحت صرف مالک و غیر آن بتواند همه موارد ثبوت ضمان را در موارد یادشده دربرگیرد و از موضوع امانت بیرون ببرد، مورد تردید و در برخی موارد مایه تکلف و نیازمند بررسی جداگانه است. برای نمونه، ضمان در عاریه نفی شده است، با اینکه وجود مال در دست عاریه‌گیرنده به مصلحت وی است و درعین‌حال عاریه گرفتن طلا و نقره از همین حکم استثنا شده است. چنان‌که برخی در دفاع از عمومیت این قاعده در برابر روایات فراوانی که در ابواب چندی اثبات ضمان کرده، به صورت‌های دیگری مانند حمل بر حکم حکومتی یا فرض اتلاف یا تخصیص قاعده، درصدد پاسخ و رفع تعارض برآمده‌اند (نک: مکارم، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۶۱-۲۶۸)، ولی در مجموع نشان می‌دهد صرف اذن در تصرف و صرف نفی اتهام نمی‌تواند رافع مسئولیت و ضمان باشد و با فرض ثبوت چنین قاعده‌ای کلی، بخشی از موارد از باب تخصیص یا خروج موضوعی از شمول قاعده بیرون است.

نقد استدلال

در استدلال به این قاعده نیز ملاحظاتی وجود دارد که مانع استدلال است:

- ۱) چنان‌که در مطلب بعد، در نقد استدلال به قاعده اذن خواهیم آورد و در اینجا نیز به‌صورت خاص تأکید کردیم، صرف اذن در تصرف، با رفع ضمان ملازم نیست و نفی آن نیازمند دلیل جداگانه است. امین بودن، شخص را از اتهام کوتاهی در نگهداری مال و مسئولیت حیف و میل عمدی دور می‌سازد، ولی رفع ضمان ناشی از تلف نیازمند دلیل





جداگانه است. این دلیل می‌تواند عموم قاعده مورد بحث باشد، ولی با توجه به اینکه در میان ادله قاعده، عموم لفظی معتبری در میان نیست و چنان‌که اشاره شد، موارد متعددی نیز از شمول آن بیرون رفته، امکان نفی ضمان مورد بحث از طریق استناد به صرف خود قاعده مورد تردید است.

۲) برای اثبات ضمان در زیان‌های موضوع بحث، دو دسته دلیل «عام» و «خاص» در دست داریم که اینک مجال پرداختن به آنها نیست. از این‌رو، گرچه نسبت میان قواعد و ادله «عام» ثبوت ضمان با نفی آن به دلیل قاعده عدم ضمان امین، عموم و خصوص است و ادله این قاعده، عموم آن قواعد و ادله را تخصیص می‌زند، پیداست با فرض پذیرش عمومیت قاعده عدم ضمان امین، نسبت ادله آن با ادله‌ای که به صورت «خاص» ضمان در موضوع بحث را ثابت می‌کند، عکس این است و ادله خاص ضمان، مخصص ادله قاعده عدم ضمان امین و بر آن مقدم است و این قاعده نمی‌تواند مانع ثبوت ضمان شود. این در صورتی است که دولت و کارکنان آن، همه از مصادیق عنوان «امین» شمرده شوند؛ وگرنه چنان‌که پیداست، موضوع آن، دست کم در بخشی از تصرفات دولتی منتفی است.

روایات متعددی درباره ضمان صاحبان مشاغل خدماتی و مانند آن، که با اموال و اجناس و سلامت و جان مردم سروکار دارند، مانند رختشوی، زرگر، رنگ‌کار، دوزنده، بافنده، باربر، تعمیرکار، پزشک و ختّان وارد شده است (از جمله نک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ابواب اجاره، باب ۲۹ و ۳۰، ص ۱۴۱-۱۵۳). این روایات اجمالاً نشان می‌دهد افرادی که از این راه‌ها در پی درآمد هستند، مسئول‌اند و در صورتی که مایه زیان به مال یا جان شوند، ضامن آن خواهند بود، مگر در برخی موارد؛ از جمله اینکه عامل زیان بیرون از اراده آنان باشد. پیداست ذکر موارد یادشده در این دسته روایات، از باب مصادیق جاری و مورد نیاز بوده است و خصوصیتی ندارد؛ چنان‌که در روایات چندی گاه مستقل و گاهی در کنار ذکر برخی از مصادیق، به صورت کلی آمده است که «هرکس» یا «هر کننده‌ای» یا «هر اجیری» که دستمزد می‌گیرد تا چیزی را درست کند، ولی آن را تباہ سازد، ضامن است. چنان‌که در روایت صحیح حلبی آمده است که از امام صادق علیه السلام درباره شوینده لباس که آن را ضایع می‌کند پرسیده شد، پاسخ داد: «کُلُّ اجیرٍ یُعطى الاجرة علی ان یصلحَ فینفسدُ فهو ضامنٌ» (همان، ص ۱۴۱). در تعبیری دیگر به صورت کلی آمده است که «اجیر مُشارک» یا «عامل مشترک» ضامن است، مگر اینکه عامل زیان مواردی مانند سیل و آتش‌سوزی و خارج از

اراده شخص باشد (همان، ص ۱۴۹ و ۱۵۲). مقصود از «مشارک» و «مشترک» همان گونه که شارحان حدیث خاطر نشان کرده اند (نک: فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸، ص ۹۱۰؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۳۰۱) و حتی در خود روایت آمده، این است که اجیر و کننده کار برای افراد مختلف کار می کند و نوع خدمت او به شخص خاصی اختصاص ندارد. فقهای ما نیز اجمالاً به مفاد این روایات عمل نموده، حتی — هرچند در بخشی از موارد — ادعای اتفاق نظر کرده اند (از جمله نک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۳۲۲-۳۲۸).

از سوی دیگر، با شناختی که از قلمرو گسترده دخالت دولت‌های امروزی و گسترش خدمات آنها و مراکز خدمات عمومی مانند شهرداری‌ها داریم، تردیدی نیست که بخش عمده و بلکه بخش اصلی کار دولت، خدمات‌رسانی عمومی است و عوامل اجرایی در سطوح مختلف مسئولیت و کارگزاری و کارمندی، نه تنها بابت کار خود حقوق دریافت می‌کنند، بلکه دولت افزون بر هزینه‌های کلی و عمومی که در قالب مالیات و عوارض و مانند آن از شهروندان می‌گیرد، در برابر بخش عمده‌ای از خدمات دستگاه‌های مختلف خود، هزینه دریافت می‌کند و از این رو، مشمول اطلاق یا عموم ادله یادشده است. پس در شمول آن برای نمونه، میان خدمات پزشکی یا خدمات حمل‌ونقل بخش خصوصی و بخش دولتی فرقی نیست و صرف اینکه دریافت هزینه از سوی دولت به سود شخص خاص نیست یا اینکه فلسفه وجودی دولت، کسب درآمد و سود نیست، نمی‌تواند خدمات آن را از شمول اطلاق یا عموم ادله یادشده بیرون ببرد؛ به‌ویژه که نقطه محوری در برخی از روایات این است که زیان دیده هزینه می‌کند که کار او به درستی صورت گیرد. در چندین روایت مورد اشاره این نکته به صورت قاعده‌ای کلی و ثابت آمده است که «هر اجیری که دستمزد می‌گیرد تا اصلاح کند، ولی تباه می‌کند، ضامن است»؛ همین‌طور است در روایت صحیح حلبی که پیش‌تر اشاره کردیم. حضرت در روایتی دیگر درباره زبانی که رختشوی وارد کرده فرمود: از او خسارت بگیر؛ زیرا لباس را به او دادی که درست کند و ندادی که آن را ضایع سازد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۴۳). این مضمون در روایات دیگری نیز آمده است (نک: همان، ص ۱۴۵، ح ۱۳ و ص ۱۴۷، ح ۱۹ و ۲۲).

از نگاه حقوقی نیز در اقدامات دولت و کار کارکنان آن، میان «اعمال حاکمیت» و «اعمال تصدی» فرق گذاشته شده است و مسئولیت مدنی و ضمان دولت در بخش دوم که مربوط به خدمات غیرحاکمیتی است، به راحتی پذیرفته شده است. با این بیان، این روایات نه تنها خود دلیلی مستقل برای ثبوت ضمان مورد بحث، دست کم در بخشی که در





قلمرو تصدی گری دولت صورت می گیرد و نه صرف اعمال حاکمیت به شمار می رود و از این نظر می توان آن را در بخش ادله ضمان آورد، بلکه مخصّص ادله نفی ضمان امین است که اینک موضوع بحث می باشد. البته شناخت قلمرو دقیق این روایات که در پاره ای از موارد آن، نگاه یکسانی نیز میان فقها وجود ندارد، نیازمند بررسی جداگانه است و از دامنه این بررسی بیرون است.

۴. مطلب سوم: قاعده اذن

یکی دیگر از قواعد سقوط ضمان «قاعده اذن» است؛ به این معنا که اگر از سوی مالک یا کسی که مانند شارع یا وکیل و ولی، به حکم مالک است، اجازه تصرف در مال داده شود، ضمان ساقط است؛ همان گونه که این اذن، حرمت تکلیفی تصرف در مال دیگری را از میان می برد. با اذن قبلی در تصرف، تردیدی در رفع حرمت تکلیفی نیست؛ چنان که با فرض تصریح مالک به ضمان یا عدم ضمان، تردیدی در حکم باقی نمی ماند و این از جمله به مقتضای این اصل است که انسان می تواند دست از حق خود بردارد، ولی آیا اذن کلی در تصرف، بدون تصریح به ضمان و عدم ضمان، با سقوط ضمان ملازم است؟ این پرسشی است که در قاعده اذن از منظر پیوند آن با ضمان بدان پرداخته شده است. به عبارت دیگر، آنچه در قاعده اذن مورد پرسش و بحث است «مقام ثبوت» بحث نیست؛ زیرا می دانیم ضمان تصرف با اذن قبلی یا اجازه بعدی قابل رفع است، بلکه «مقام اثبات» موضوع محل توجه و بحث است که: آیا عدم تقیید به ضمان، دلیل بر نفی ضمان است؟ چنان که بخش عمده ای از مباحث قاعده متوجه اقسامی از اذن لفظی و غیرلفظی و دلالت و عدم دلالت آنها بر اسقاط یا رفع ضمان از سوی مالک شده است (نک: مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۵۰۶-۵۲۰).

آنچه این قاعده را به بحث از ضمان دولت و اشخاص آن پیوند می دهد این است که گفته شود همه تصرفات دولت و کارکنان آن در اموال و شئون مختلف جامعه و آحاد شهروندان برخاسته از اذن قبلی است؛ اذنی که از سوی شارع صادر شده است یا شارع آن را به مردم واگذار کرده و آنان طی فرایندی تعریف شده به شخصی حقیقی با عنوان «حاکم» یا شخصیتی حقوقی به نام «دولت» واگذار کرده اند، اذن در تصرف به معنای نفی ضمان زیان های احتمالی است و مسئول شمردن دولت به رغم اجازه قبلی با عدالت ناسازگار است. در مطلب پیش دیدیم که برخی اساساً تحقق وصف امانت را در اذنی دیده اند که امین از سوی مالک دارد.

نقد استدلال

این قاعده نیز همانند دو قاعده پیشین، مانع کلی ضمان در موضوع بحث نیست و عدم دلالت آن به نسبت آن دو، روشن تر است؛ زیرا:

(۱) چنان که در مطلب پیش اشاره شد، به صورت کلی صرف اذن در تصرف ملازم با نادیده گرفتن ضمان نیست؛ زیرا اذن اعم از آن است و شاهد آن موارد فراوانی در فقه است که با وجود اذن در تصرف، ضمان نیز ثابت است؛ مانند چیزی که پیش از بیع با گفت‌وگوی مقدماتی یا با عقد فاسد در اختیار شخص قرار می‌گیرد و مالی که در عقود معاوضات پیش از قبض تلف شود و مال غصبی که اذن در بقای آن پیش غاصب باشد و مال مجهول‌المالک که صدقه داده شود و مالی که در قحطی و از سر ناچاری خورده شود و چیزی که در دست صاحبان حرفه و صنعت تلف شود و مالی که پیش از ازدواج با عنوان شیربها پرداخت شود (نک: همان، ص ۴۸۳ و ۵۱۳، قاعده عدم ضمان امین). چنان که صاحب جواهر در استدلال بر ضمان زبانی که ناشی از ساختن مسجد در گذرگاه عمومی و بدون اذن امام باشد، ضمن استناد به اطلاق دلیل و فتاوی فقها، تصریح می‌کند جایز بودن یک کار یا محسن بودن شخص با ثبوت ضمان ناسازگار نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۰۲). روایاتی که در بحث پیش درباره ضمان صاحبان حرفه و صنعت آوردیم یا بدان اشاره کردیم، به خوبی بر این امر دلالت می‌کرد. به همین دلیل شیخ محمدحسین کاشف‌الغطاء در نقد ماده ۹۲۷ قانون «المجله» که جواز شرعی را برابر فقه اهل سنت با ضمان ناسازگار دانسته، می‌نویسد: «مشروعیت تصرف، ضمان ضرر ناشی از تصرف را وقتی عرفاً مستند به آن باشد رفع نمی‌کند؛ زیرا معنای اذن در تصرف، اذن در زیان رساندن نیست» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، قسم ۱، ص ۱۴۹). نمونه روشن آن، اذن شارع به گرسنه رو به مرگ است تا از مال دیگری به رغم نارضایتی وی بخورد و حتی وی را به آن ملزم کرده، ولی ضمان مال را نیز بر عهده او گذاشته است و او باید بهای معمولی غذا را به مالک بپردازد.

(۲) از نگاه مصداق شناسی، این پرسش مورد توجه است که: اختیار دخالت و تصرفات مسئولان و کارکنان دولت در امور حکومت و مردم، از این منظر که این اختیار ناشی از اذن شارع باشد یا اذن خود مردم، چگونه می‌تواند اقدام‌های آنان را در شمار مصادیق قاعده اذن قرار دهد؟ اگر اذن تصرف از سوی شارع صادر شده باشد، می‌دانیم که ادله خاص ضمان نشان می‌دهد خود شارع آن را ملازم با سقوط ضمان نگرفته است و اگر هم ادله نفی ضمان به دلیل اذن عمومیت داشته باشد، موضوع ادله ضمان دولت و کارکنان





آن از شمول حکم نفي ضمان بیرون است. برای نمونه، می‌توان به ضمان خطای قاضی اشاره کرد که به‌رغم مصونیت وی، اصل ضمان درباره زیان دیده نادیده گرفته نشده است و باید از بیت المال پرداخت شود. نیز اگر اختیارات و اذن تصرف، ناشی از حق و خواست مردم باشد، در نگاه نخست چه‌بسا به نظر می‌آید که تعیین اصل ضمان و قلمرو آن هم به دست خود صاحبان حق، یعنی مردم خواهد بود. به‌هرروی، با این فرض که آنان چنین اختیاری نیز داشته باشند که افزون بر گزینش دولت و کارگزاران آن، محدوده اختیارات دولت، از جمله در حوزه حقوق عمومی و خصوصی شهروندان را مشخص کنند، اثبات این مسئله که از جمله بر پایه نظر اکثر بتوان حقوق زیان دیدگان را نیز محدود یا ملغی ساخت، با موانع و دست‌کم قیودی روبه‌روست که باید در جای دیگری بدان پرداخت.

بنا بر آنچه گذشت، هیچ‌یک از سه قاعده احسان، اذن و عدم ضمان امین، مانع کلی و عمومی مسئولیت و ضمان دولت و کارکنان آن در برابر اقدامات زیان‌بار خود نیست و اگر موارد خاصی باشد که مضمون نفي ضمان به دلیل یکی از این قواعد باشد، مانع ثبوت کلی ضمان نخواهد بود.

نتیجه

برخورداری دولت یا حاکم از اصل حاکمیت و تلازم آن با اقتدار، از ارکان شکل‌گیری دولت به شمار می‌رود؛ چنان که تقدم مصالح عمومی جامعه بر مصالح افراد، یکی از اصولی است که مناسبات دولت و جامعه و فرد و جامعه را شکل می‌دهد. از سوی دیگر، اصل ضمان و نیز مسئولیت مستقیم دولت در برابر اقدامات زیان‌باری که دستگاه‌ها و کارکنان دولت بر شهروندان وارد می‌کنند، امری است که هم در حقوق موضوعه اجمالاً پذیرفته شده و هم ادله و مبانی عام ضمان و شواهد خاص فقهی بر آن دلالت می‌کند. آنچه در این مقاله بر آن استدلال و تأکید شد، این است که به‌رغم برخورداری دولت از اصل حاکمیت و تلازم آن با اقتدار و نیز تقدم مصالح عمومی که کارکردها و اقدامات دولت در چارچوب آن و گسترش عدالت شکل می‌گیرد، این مسئولیت ثابت و قابل جمع است؛ چنان که قواعد احسان و استیمان و اذن نیز که در شمار قواعد اسقاط ضمان هستند و نوعی سنخیت میان قلمرو آنها با خاستگاه و ماهیت تصرفات دولت دیده می‌شود، در کلیت خود مانع این مسئولیت نیستند و اگر موارد خاصی از تصرفات و کارکردهای دولت را بتوان یافت که مضمون ادله این قواعد قرار گیرند، اینها با مسئولیت و ضمان عام دولت ناسازگار نیستند و تلاش برای حفظ حداکثری حقوق شهروندان و رعایت جانب آنان، نه‌تنها با اصل

عدالت ناسازگار نیست، بلکه آن را باید در راستای گسترش و استوارسازی عدالت در جامعه برشمرد که از مهم‌ترین و بلکه مهم‌ترین وظیفه و رسالت دولت‌ها به شمار می‌رود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- قرآن کریم.
- نهج البلاغه، تصحيح عزيزالله عطاردي، (۱۴۱۴ق)، قم: مؤسسه نهج البلاغه.
- ابن ادریس، حلی، محمد بن منصور بن احمد (۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- ابن حمزه، طوسی، محمد بن علی (۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۸)، حقوق اداری ایران، ویرایش سوم، تهران: توس، چاپ هشتم.
- _____ (۱۳۷۵)، «مسئولیت مدنی دولت» در: تحولات حقوق خصوصی، زیر نظر ناصر کاتوزیان، تهران: دانشگاه تهران.
- اصفهانی، فاضل، محمد بن حسن (۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- امام خمینی (۱۳۷۸)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- بجنوردی، سیدحسن (۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم: الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بل، جان و سوفی بیرون (۱۳۹۰)، مبانی حقوق عمومی فرانسه، ترجمه علی رضا اسدپور طهرانی، تهران: دادگستر.
- بیهقی، احمد بن حسین (۴۱۴ق)، السنن الکبری، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، مکه: دار الباز.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف (۴۲۰ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- _____ (۴۱۳ق الف)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- _____ (۴۱۳ق ب)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.





- حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، *من لا یحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- طباطبائی، سید محمد حسین (۱۴۱۷ق)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، *تهذیب الأحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- _____ (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
- عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق الف)، *مدارك الأحکام فی شرح عبادة شرائع الإسلام*، بیروت: مؤسسه آل البيت.
- _____ (۱۴۱۱ق ب)، *نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عموش، دوجان، محمد محمود (۱۴۳۰ق)، *موانع الضمان*، اردن: دار النفائس.
- غمامی، مجید (۱۳۷۶)، *مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود*، تهران: نشر دادگستر.
- فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، *الزام های خارج از قرارداد (ضمنان قهری)*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- _____ (۱۳۷۷)، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: نشر دادگستر.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ق)، *تحریر المجله*، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
- کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- لنکرانی، موحدی، محمد فاضل (۱۴۱۶ق)، *القواعد الفقهية*، قم: چاپخانه مهر.

- مؤتمنی، طباطبایی، منوچهر (۱۳۷۳)، حقوق اداری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، بحار الانوار، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم.
- مراغی حسینی، میرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقہیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مرتضوی، سیدضیاء (پاییز ۱۴۹۴)، «اطلاق و تقیید حاکمیت سیاسی»، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم سیاسی، شماره ۷۱.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقہیة، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام، چاپ سوم.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق عباس قوچانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم.
- نسائی، احمد بن شعیب (۱۴۱۱ق)، سنن نسائی (السنن الکبری)، تحقیق عبدالغفار سلیمان بنداری و سید کسروی حسن، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- نوری، محدث، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت.
- هاجری، حمد بن محمد الجابر (۱۴۲۹ق)، القواعد و الضوابط الفقہیة فی الضمان المالی، ریاض: دار کنوز اشبیلیا.

