

## نگرشی انتقادی به چالش‌های حقوق عمومی مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی (قوه مقننه)

نجداعلی الماسی\*

استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حمید قاسمی

مربی، گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۱۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۷/۱۶)

### چکیده

اصل مصونیت و اصل حاکمیت تقنینی با اصل جبران زیان و اصل زیان نزدن به دیگری در قوانین زیانبار سر ستیز دارند؛ به باور مخالفان مسئولیت مدنی، شکست دژ پایانی (حاکمیت تقنینی)، که مرکز فرمانروایی ست، با تداخل قوا، اقتدار کارآمد حکومت می‌شکند (تئوری کارآمدی و سودآوری)، شیرازه امور گسیخته شده، موجب چیرگی دادرسان بر شئونات قانونگذاری شده، نظم عمومی تقنینی، درهم می‌ریزد (خطر قاضی سالاری)؛ موافقان با تکیه بر اندیشه‌های فردگرایی، عدالت معاوضی و حاکمیت قانون، با تز فرمانروایی خوب، به سوی تسخیر دژ قانونگذار، شتافته‌اند؛ آنها، نخست با متدهای برابری همگان در برابر قانون و هزینه‌ها و خدمات عمومی، انتظارات مشروع و اقتصادگرایی، جبران زیان را روا ساخته‌اند؛ آنگاه با تکیه بر مکاتب تفسیر اجتماعی ساوینی و پژوهش آزاد ژنی و ماهیت‌گرایی قانون، در دولت خدمتگزار دوگی، امکان تحقق قانون ناشیانه و ترک زیانبار تقنین را نمایش داده‌اند. از آنجا که ستم روایی بر زیان‌دیده ناشی از سکوت قانون و نیافتن سازوکار احقاق حق، سزاوار نیست، می‌توان با دست‌یازی به اصول تعادل قوا و صلاحیت عام دادگستری، به‌خاطر عدالت مدنی، اعتماد به دادرسی حاکمیت قضایی را شایسته دانست و تعادل به هم خورده رابطه مدنی زیان‌دیده و عامل زیان را متوازن ساخت.

### واژگان کلیدی

عدالت مدنی، قاضی سالاری، مصونیت، نظم عمومی تقنینی.

## ۱. مقدمه

«اصل مصونیت حاکمیت» و «اصل حاکمیت تقنینی» با «اصل هیچ زیانی نایستی جبران نشده باقی بماند» و «اصل زیان نزدن به دیگری» در تعارض است؛ عدالت مدنی فرمان می‌راند، هنگامی که به واسطه بروز زیان برخاسته از سازمان دادن قوانین ناروا و خطاآمیز و زیانبار تعادل و موازنه بین وضع و زیان دیده، به هم بخورد، اصل پاسخگویی مدنی حکمفرما شود، اما این اصل با اقتضائات قدرت و اصل مصونیت حاکمیت برخورد می‌کند. در این پژوهش با نگرشی انتقادی درمی‌یابیم که چالش‌های فلسفی به میان آوردن مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی و راه نظری (فلسفی) درهم شکستن آنها کدام است؟! فرضیه این پژوهش عبارت است از اینکه همه دلایل نظری مصونیت از مسئولیت مدنی مقنن در حقوق عمومی هر چند به ظاهر، نهادینه شده باشند، به شیوه دانش‌پژوه سزاوار کنار زدن است؛ یعنی اصول مصونیت تقنینی توسط اصول مسئولیت مدنی شکسته می‌شود. هر حکومتی مجموعه اقتدارات فرمانروایی است؛ قوای سه‌گانه، تفکیک آن اقتدارات است؛ در میان این سه قوه مرکزیت فرمانروایی و مغز تصمیم‌گیری آن، قدرت قانونگذاری یا تشریح است که به عمل حکومتی مربوط به آن وضع قوانین و مقررات گویند؛ هر قانون یا مقرره‌ای باید از این قوه سرچشمه بگیرد تا معتبر و لازم‌الاجرا باشد. بر همین اساس حاکمیت<sup>۱</sup> را که جوهر حکومت است، می‌توان به حاکمیت تقنینی، حاکمیت قضایی و حاکمیت اجرایی تقسیم کرد؛ بدین ترتیب حاکمیت تقنینی، همان قدرت وضع قوانین و مقررات است که در اختیار حکومت است و مهم‌ترین بخش حاکمیت همین‌جاست؛ می‌دانیم حاکمیت وضع (تشریح) درجات و مراتبی دارد که همگی از یک‌جا سرچشمه می‌گیرند. این سرچشمه قدرت، مرکز فرمانروایی جامعه سیاسی به‌شمار می‌آید؛ بنابراین همه فرمان‌ها، مصوبات زیانبار مجلس مؤسسان (قانون اساسی)، مجلس (قانون عادی)، هیأت دولت، آیین‌نامه‌های اجرایی، دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها و فرمان‌های اداری مدیران مؤسسات عمومی (مثل شهرداری) موضوع این جستار است. قوانین و مقررات یا مستقیماً از قوه مقننه مؤسس یا عادی ناشی می‌شود یا به‌طور غیرمستقیم یعنی از طریق تفویض اختیار و صلاحیت قانونگذاری قوه مقننه به سازمان‌ها و اشخاص دیگر؛ به هر روی به این قدرت بی‌واسطه یا باواسطه قانونگذاری می‌توان گفت حاکمیت تقنینی. این حاکمیت، واقعاً (و شاید نه حقاً!) اختیار وسیع و صلاحیت عمومی گسترده دارد، زیرا این شاخه از حکومت مستقیماً به ملت (نمایندگان) برمی‌گردد و به‌دشواری می‌توان گفت قانون زیانبار، ناعادلانه و نارواست (کانوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۶). به‌عبارتی او حق و تکلیف همگان (پایه‌های قدرت و فرمانبرداران) را در قالب قاعده حقوقی روشن می‌کند، چگونگی می‌توان بر دوش وی (قوه مقننه) مسئولیت مدنی در

۱. تقسیم حاکمیت به حاکمیت تقنینی، قضایی و اجرایی در این مقاله پیشنهاد می‌شود.

اثر وضع قانون (اراده عمومی) را ثابت دانست؟! با تعبیر درست از فلسفه قدرت و حاکمیت تقنینی بر پایه اندیشه‌های دیرین و نوین می‌توان از میان انبوهی از چالش‌ها، راهی به‌سوی تسخیر دژ استوار مصونیت سازمان‌بخشان قوانین و مقررات گشود:

## ۲. اصل مصونیت

حکومت و قوای آن، همواره از مصونیت و یا معافیت از مسئولیت‌ها بهره‌مند بوده‌اند؛ چه در دوره حکومت مطلق فردی که باور داشتند فرمانروا مصون از خطاست (Holdsworth, 1922: 142) و چه در عصر مذهبی، که حکومت را حق الهی یا آسمانی فرمانروا دانسته<sup>۱</sup> (Borchard, 1927: 1056) و فرمانروا را مبرا از مسئولیت و چه در دوره حکومت فئودالی<sup>۲</sup> که حکومت را از هر گونه پاسخگویی معاف می‌دانستند (Street, 1949: 341) و چه در دوره جدید که ظاهراً حکومت بر پایه اصل برتری پارلمان (مشروط) استوار شده است (Radish; Cisar, 1991: 460) و تا حدودی قدرت، توسط اراده عمومی، مهار شده نمایان شده است، مصونیت، برجسته‌ترین ویژگی حاکمیت به‌شمار می‌آمده است<sup>۳</sup>؛ هرچند در اندیشه‌های نوین و محاسبه‌گرایانه نیز در ستایش از اصل مصونیت حاکمیت و توجیه عدم مسئولیت مدنی حاکمیت نظریاتی مطرح شده است (Barnett, 2002: 177). برآمده از فواید حاکمیت (اندیشه سودآوری<sup>۴</sup>)، در صرفه‌جویی امکانات محدود مالی (بودجه عمومی)، پاسداری از تساوی نسل‌ها (کنونی و آیندگان) در بهره‌مندی از امکانات (اموال و مالیات عمومی) و پاسداری از بستر مناسب مدیریت بی‌دغدغه و کارایی هرچه بیشتر کارگزاران عمومی همه این توجیحات در راستای مصونیت همه‌جانبه قدرت (اعم مطلق یا مشروط) بوده است (Eisenberg, 1987: 637-638).<sup>۵</sup>

طرفداران عدم مسئولیت و مطلق‌گرایی براساس باور سنتی درباره قدرت و ساختار آن در ستایش از قدرت و واهمه اینکه شیرازه قدرت و جامعه سیاسی از هم بپاشد، نمی‌خواهند سنگر پایانی را که مرکز فرمانروایی قدرت و مهم‌ترین بخش حاکمیت (متمركز یا غیرمتمركز) است، همانند سنگر قوه مجریه و مدیران و کارمندان و سنگر قوه قضاییه و قضات از دست بدهند؟ به‌ویژه که در بین قوا نیز اصل بر حاکمیت تقنینی (قوه مقننه) قلمداد شده است (بوشهری، ۱۳۹۰، ج ۲: ۸۲).

1. Divin Right of King Theory

2. Feudal Theory

3. Sovergien Immunity Theory

4. Efficiency Theory

5. See: McCamus, 2008: 295-297; Jones, 2000: 50; Rosenbloom, 1980: 169.

۶. در حقوق ما به‌رغم «مصونیت قضایی» در اصل ۱۶۴ قانون اساسی، با دستور آشکار بر پایه اصل موازنه مدنی مسئولیت مدنی شخصیت حقوقی حاکمیت قضایی و اجزای آن (دا درسان) به‌عنوان شخص حقیقی در اصل ۱۷۱ پذیرفته شده است؛

### ۳. جنبش از مصونیت به سوی مسئولیت مدنی

در کنار اندیشه‌های اجتماعی و تحقیقی (مطلق‌گرا)، ایده‌های فردگرایی<sup>۱</sup> نیز رشد پیدا کرد که براساس آن دولت باید از حقوق اشخاص پاسبانی کند و از تعرض خود و عوامل و ارکان خویش نیز دور نگه‌دارد (کلی، ۱۳۸۲: ۳۰۶). در اندیشه لئون دوگی دولت، حتی زیانبار حاکمیت ندارد، بلکه اختیار او در بند تکلیف به اداره و اجرای خدمات عمومی است و او «دولت خدمتگزار» است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۴۳۶) از این رهگذر، می‌توان به اندیشه فرمانروایی خوب<sup>۲</sup> به‌سوی حاکمیت تقنینی پاسخگو جامه عمل پوشاند.<sup>۳</sup> به هر روی برای رسیدن به عدالت (تعادل حقوق فردی و حاکمیت) و امکان به میان آوردن مسئولیت حاکمیت تقنینی، باید از اندیشمندانی یاری جست که مصونیت دولت (حاکمیت) را غیرضروری و بی‌عدالتی شدید و ستم بر حقوق اشخاص، می‌دانند (Davis, 1970: 384-404) و پشتیبان پروپاقرص مسئولیت به‌جای مصونیت‌اند و پیروی سازمان‌های حکومت از قانون و برابری همگان در برابر قانون را که در اندیشه حاکمیت قانون به‌دنبال مسئولیت مدنی‌اند، بنیادی‌ترین شرط می‌انگارند (Endico, 1999: 1) یا اندیشمندانی که در قالب اندیشه‌های صورت‌گرا<sup>۴</sup> یا ماهیت‌گرا<sup>۵</sup> بر پایه ابزارهای بیرونی یا درونی قانون یا قواعد حقوقی راه می‌پیمایند تا به مسئولیت دولت برسند. بنابراین فرقی نمی‌کند که همچون جوزف رز<sup>۶</sup> بر پایه برجستگی‌های برون‌سازمانی قانون، ابزارهایی همانند تسری صلاحیت دادگاه‌ها و اصل تعادل قوا و تسری صلاحیت دادرسان و حکومت زمانی و مکانی قانون اندیشه خویش را استوار کنیم (Neumann, 2002: 1, 10, 101) یا همچون هابرماس، هایک و دورکین<sup>۷</sup> بر پایه برجستگی‌های درون‌سازمانی قانون، همانند حاکمیت اراده‌ها و ماهیت عمل

بدین‌نحو که در صورت اشتباه قاضی یا خطای سازمانی و نقص تشکیلاتی قوه قضاییه و بروز زیان، از دارایی عمومی (بیت‌المال) و در صورت تفصیر شخصی قاضی از دارایی خصوصی وی، به همت برقراری عدالت ملتی باید جبران زیان زیان‌دیده انجام پذیرد.

#### 1. The Individualism Theory

#### 2. Good Governance Theory

۳. (See: Street, 1949: 61; Borchard, 1927: 1093) همگان در برابر قانون برابرند و حتی قانونگذار همانند سایر سازمان‌های حکومت «فرقانون» نیست. در این راستاست که در حقوق آلمان در قانون اساسی آن ضمانت اجرای نقض قانون (اساسی) توسط پارلمان (بوندستراگ) جبران خسارت زیان‌دیده را بر دوش دولت تقنین (البته در سطح واضع قانون عادی نه اساسی) می‌گذارد. به‌نظر می‌رسد آشکار شدن اندیشه «فرمانروایی خوب» Good Governance Theory بر پایه فراگشت (تکامل) فرضیه حاکمیت قانون استوار شده است، زیرا پیداست که فرمانروایی خوب، جایی است که بر پایه قواعد حقوقی (قانون) مسئولیت برای نقض حقوق در کار باشد، والا حاکمیت، مرزی نمی‌شناسد، توسن سرکشی است بنیان کن، که لگامی (قانون) ندارد و دیوانه‌وار به هر جا که بخواهد می‌تازد!

#### 4. Formal Theories

#### 5. Substantive Theories

#### 6. Jozef Ros

#### 7. Habermas, Hayk & Doorkin.

حقوقی بودن قانون یا ضرورت مشروعیت قانون یا حقوق بنیادین انسان، اندیشه مسئولیت دولت (حاکمیت تقنینی) را استوار سازیم (Neumann, 2002:4; Habermas, 1996: 107, 111) بدون توجه به ابزارهای بیرونی یا درونی قانون، بر پایه اندیشه‌های اقتصادی تنها به هدف جبران زیان زیان‌دیده و برقراری تعادل (عدالت مدنی)<sup>۱</sup> به‌هم‌خورده میان حاکمیت و زیان‌دیده بیندیشیم (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۸۱). یا هر سه مبنا را برای طرح مسئولیت مدنی فرمانروای واضح اعم از قانونگذار اساسی و عادی کمک بگیریم. البته می‌توان به تئوری ماهیت‌گرایی قانون نگاه ویژه داشت، زیرا/این تئوری به‌نظر می‌رسد بر واژگانی پرمغز همچون اصل مالکیت، اصل آزادی ناشی از حاکمیت اراده انسان، اصل شرافت انسان، اصل پاسداشت آسایش عمومی و حریم خصوصی (و عدالت مدنی!) به‌عنوان اجزای درون‌مایه قانون، برای حاکمیت نظم حقوقی استوار شده است (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۵۶۸).

از جنبه تاریخی<sup>۲</sup> حقوق مسئولیت مدنی فرانسه همسو با اندیشه‌های دولت پاسخگوری دوگی در طرح مسئولیت مدنی دولت و در پی آن حاکمیت تقنینی، با استقلال بخشیدن به قواعد مسئولیت مدنی دولت و عدم ضرورت رعایت قواعد حقوق خصوصی پیشگام است؛ گشایش راه مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی یا نقض مصونیت دولت از منبع رویه قضایی و حکم شورای دولتی فرانسه در قضیه بلانکو از ۸ فوریه ۱۸۷۳ آغاز شد، احراز مبانی هیچ مقام دولتی به‌طور مطلق در صورت بروز زیان ناشی از فعل او مصونیت شخصی و سازمانی ندارد و در برابر زیان وارده مسئول است و تئوری خدمات عمومی و نظریه برابری همگان در هزینه‌های عمومی<sup>۳</sup> و مسئولیت بدون تقصیر (مطلق و محض بر پایه نظریه خطر) دولت برگرفته از رأی مزبور است (Long, 2015: 1-8). در این دعوا که پدری به طرفیت دولت خواهان خسارت بدنی وارده به دختر بیچه‌اش به نام بلانکو براساس قانون مدنی شد، که بدو مورد

۱. اصطلاح عدالت مدنی (Civil Justice) را به‌عنوان بازتاب فعل زیانبار و در مسئولیت مدنی (رابطه مدنی میان عامل زیان و زیان‌دیده) می‌توان به‌کار برد؛ همان‌طور که در مسئولیت کیفری، عدالت کیفری هنگامی مطرح می‌شود که تعادل میان شخص مجرم و جامعه به هم بخورد، در این زمینه می‌توان در هر رابطه‌ای از عدالت ویژه آن سخن گفت، همانند اصطلاح عدالت اداری در رابطه بین مستخدم و اداره، عدالت قضایی در رابطه بین سازمان قضایی و اشخاص و همچنین است عدالت فرهنگی، عدالت سیاسی و عدالت اجتماعی (که مجموعه همه اینهاست).

۲. در ایران مسئولیت مدنی فرمانروای تقنینی نسبت به حقوق اروپا پیشگام‌تر است، زیرا در طول سال پادشاه دو روز که در جشن‌های نوروز و مهرگان بوده تاج را از سر برمی‌گرفت و از تخت در پیشگاه قاضی القضاة فرود می‌آمد و هر کس حتی مردم عادی دعوایی (مسئولیت مدنی) از ایشان داشت مورد دادرسی قرار می‌گرفت و چنانچه پادشاه محکوم به جبران زیان می‌شد، بایستی پیش از نهادن تاج بر سر، خسارت آسیب‌دیده را می‌پرداخت (شمس، ۱۳۸۳ الف: ۳۸).

۳. در اصول ۲۰ و ۱۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی برابری همه آحاد ملت در برابر قانون آمده است که به‌نظر می‌رسد در حقوق ما می‌توان از آن برای توجیه تئوری برابری همگان در هزینه‌های عمومی در مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی استفاده کرد. «مسئولیت، خطر آزادی است» - ژوسران؛ برای دیدن نظریات گوناگون خطر (Risk Theory) و فلسفه آن رک: بادینی، ۱۳۸۴: ۲۷۷-۲۴۱.

اختلاف صلاحیت دادگاه‌های اداری و قضایی فرانسه شد، شورای دولتی فرانسه بدون توجه به تفکیک اعمال حاکمیتی از اعمال تصدی، دولت و کارکنانش را به‌عنوان مقام عمومی بر مبنای وظیفه خدمات عمومی محکوم به جبران خسارت کرد. پس از رأی مزبور شورای دولتی فرانسه در ۳۰ نوامبر ۱۹۲۳ مربوط به دعوای کویتاس به‌طور آشکار رأی به پاسخگویی مدنی آسیب برخاسته از وضع قانون و مقررات (تصمیم‌های دولتی) صادر کرد و سد مصونیت مدنی قانونگذاری را در هم شکست و راه را برای مسئولیت مدنی قانونگذاران باز کرد؛ بر این اساس که هیچ مقامی عمومی، مصونیت مطلق در هیچ زمینه‌ای ندارد و همگان در پیشگاه قانون و هزینه‌های عمومی برابرند. رأی مزبور، زمینه صدور رأی شورای دولتی در قضیه مشهور لافلورت<sup>۱</sup> به تاریخ ۱۴ ژانویه ۱۹۳۸ که به ایجاد موج بزرگی به‌سوی کرانه مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی منجر شد، فراهم کرد<sup>۲</sup> و پس از مدتی با کش‌وقوس فراوان (مثل اختلاف صلاحیت) در آرای دیگر شورای دولتی و با وجود مخالفت بسیاری از علمای حقوق عمومی، در نهایت تردیدهای مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی به پایان رسید.

#### ۴. فلسفه حاکمیت تقنینی

اصل مصونیت فرمانروا<sup>۳</sup> ریشه در باور حقوقدانان در روح و جوهر حکومت دارد<sup>۴</sup> و حکومت، اقتداراتی است که در زمینه‌های گوناگون اجرایی، قضایی و تقنینی به‌کار می‌رود و بالادست آنها هیچ قدرتی نیست<sup>۵</sup> (Barnett, 2002: 177). از دید این حقوقدانان (ماکیاولی، توماس هابز و ژان بدن)<sup>۶</sup> فرقی نیست که این حاکمیت (تقنینی) که جوهر حکومت است، مطلق، محدود یا مشروط باشد<sup>۷</sup>؛ شماری از حقوقدانان (حتی) بر پایه حاکمیت قانون (تئوری برتری پارلمان)<sup>۸</sup>، تحمل زیان‌ها را ناشی از توافق (ضمنی یا صریح) دولت و شهروندان می‌دانند، به‌نحوی که قوه مقننه بر قوه مجریه سلطه مطلق و بر قوه قضاییه سلطه نسبی یابد و در صورت بروز زیان خصوصی، ناشی از این توافق و جبران‌ناپذیر می‌دانند، به‌خصوص اینکه زیان ناشی از اقتدار دولت را فاقد ضمانت اجرا دیده‌اند و اصل حاکمیت قانون، بدون ضمانت اجرا را مفهومی تهی

۱. لافلورت یک شرکت سهامی فرآورده‌های لبنی بود، که از ممنوعیت محصولات لبنی مشمول ماده ۱ قانون حمایت از محصولات لبنی مصوب ۲۹ ژوئن ۱۹۳۴ متضرر شد.

2. www.legifrance.gouv.fr, (2017): L'arrêt Couitéas, Conseil d'Etat, du 30 novembre 1923, 38284 48688, publié au recueil Lebon.

3. Sovereign Immunity Principle

۴. تئوری سستی مصونیت الهی یا فنودالی فرمانروا: The King Can Do No Wrong Theory & Feudal Theory

5. See: Street, OP.CIT:341; Borchard, OP.CIT: 1056; Holdsworth, OP.CIT:142.

6. Makeya Waly, Tomas Habz & Jaan Baden

7. Sovereign Immunity Theory

8. The Principle of Parliamentary Supremacy Theory

می‌دانند (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۱: ۳۲). هرچند در ادامه برای مسئولیت مدنی دولت (قوه مجریه) سازوکاری را برای جبران زیان برخاسته از درهم شکستن مرز قانون ناگزیر دیده‌اند، این دسته از حقوقدانان قانونگذار را عاری از هر گونه خطا می‌دانند و در این بخش از قدرت که مرکز فرمانروایی (وضع، تصمیم‌گیری) است، اصل مصونیت یا عدم مسئولیت را دارای قداستی ویژه می‌پندارند (Radish & Cisar, 1991: 460). برخی دیگر با نگاه سودآوری (کارکردی و کارآمدی) به حکومت با پاسداشت بودجه عمومی و تضمین امکانات محدود مالی برای آیندگان و جهت ارائه خدمات عمومی بهتر از ناحیه کارگزاران دولت، مصونیت دولت را توجیه کرده‌اند (Jones, 2000: 50).

در حقوق ما با رهنمود از این دیدگاه‌ها گفته‌اند: «قانون، مظهر اراده اکثریت ملت و یک عمل عینی<sup>۲</sup> است که ناظر بر همه افراد است از این‌رو تصور خطاکار بودن قانونگذار که منتخب مردم است معقول نیست» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۴۶). پذیرش مسئولیت برای این قوه را موجب آشفتگی امور و تزلزل و بی‌ثباتی قانون و برهم خوردن نظم عمومی (تقنینی) می‌دانند.<sup>۳</sup> هرچند این اصل (مصونیت) در حقوق اساسی مطرح می‌شود<sup>۴</sup> (طباطبائی، ۱۳۸۶: ۱۰۲)، ولی دامنه آن به حوزه حقوق خصوصی و مسئولیت مدنی کشیده می‌شود. در همین زمینه هواداران مصونیت باور دارند تفکیک اعمال حاکمیتی و تصادی می‌تواند اهمیت اساسی داشته باشد؛ همان‌طور که تصمیمات قضایی نیز در همه سطوح، از جمله «اعمال حاکمیت دولت» تلقی شده و خسارات حاصل از آن را قابل جبران ندانسته‌اند، زیرا اصل عدم مسئولیت دولت، جریان دارد (جلیلود، ۱۳۷۳: ۱۴۶-۱۴۵).

## ۵. چالش‌های فلسفی برخاسته از اصول و قواعد حقوق عمومی

۵.۱. چالش مصونیت مطلق نمایندگان و اصل عدم مسئولیت؛ مصونیت پارلمانی برای ایفای وظیفه خطیر دوره نمایندگی و پس از آن دو صورت دارد: عدم مسئولیت [قضایی و سیاسی] و تعرض‌ناپذیری [شخصی]<sup>۵</sup> (قاضی، ۱۳۸۴: ۱۹۹). اصل مصونیت پارلمانی یا عدم مسئولیت نمایندگان در قوانین اساسی و عادی یا سایر منابع حقوق همه کشورها آمده است (بوشهری،

1. See: Eisenberg, OP.CIT, 637-638; McCamus, OP.CIT., 295-297; Rosenbloom, OP.CIT, 169

2. Objectif

۳. از دید این حقوقدانان گذاشتن بار مسئولیت بر دوش فرمانروای تقنینی «نظم عمومی تقنینی!» به هم می‌ریزد؛ اصطلاح نظم عمومی تقنینی در این مقاله در برابر نظم عمومی قضایی و نظم عمومی اداری و اجرایی استفاده شده است؛ خواهیم دید که استدلال طرفداران نظریه عدم مسئولیت از این حیث مانع تحقق مسئولیت مدنی واضع قانون نیست؛ شایسته بیان اینکه اصطلاح نظم عمومی تقنینی نخستین بار در این مقاله به کار رفته است.

۴. ر.ک: قاضی، ۱۳۸۴: ۲۰۲-۱۹۹؛ عباسی، ۱۳۸۹: ۳۴۵؛ خسروی، ۱۳۸۸: ۱۴۰؛ زارعی، ۱۳۸۰: ۳.

۵. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مصونیت مطلق پارلمانی تصریح نشده است.

۱۳۹۰: ۱۹۰؛ طباطبائی، ۱۳۹۴: ۴۷). به نظر می‌رسد مصونیت مطلق نمایندگان، مانع مهمی در طرح مسئولیت مدنی قوه مقننه و عناصر آن باشد، زیرا مهم‌ترین وظیفه نمایندگی شرکت در مذاکرات و وضع مصوبات یا قانون است که مطلقاً از این حیث قابل مؤاخذه و بازخواست و تعقیب حقوقی (مدنی و کیفری) نیست؛ حتی پس از نمایندگی، چنانچه نماینده ناشی از این انجام وظیفه (مذاکرات و وضع) در دوره مزبور به دیگران زیان مادی و معنوی وارد کند، مسئولیت مدنی ندارد (مصونیت مطلق). در این زمینه نویسندگان حقوق تردیدی ندارند؛ برخی با کمی وضوح (قاضی، ۱۳۸۴: ۱۹۹-۲۰۳؛ هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۶۴) و عده‌ای با صراحت بیشتر در نوشته‌های خود آورده‌اند و این مصونیت در جهت نفی مسئولیت مدنی و جبران زیان زیان‌دیدگان ناشی از وضع را در زمره لوازم ضروری نمایندگی اعمال فردی و جمعی آنها دانسته‌اند (ابوالحمید، ۱۳۷۱: ۲۷). البته تعقیب شخصی نماینده حتی از طریق دعوی مسئولیت مدنی تا جایی که با مصونیت پارلمانی آنها منافات نداشته باشد، مورد پذیرش برخی حقوقدانان قرار گرفته است. باید گفت به‌طور کلی برخی «مصونیت مطلق» را سد سازمان یافتن مسئولیت مدنی حاکمیت در حقوق عمومی و به‌ویژه در خصوص قوه مقننه و نمایندگان می‌دانند و ادعا می‌کنند که همه نظام‌های حقوقی در مورد آن اشتراک دارند (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۶۴) و برخی دیگر فقط مسئولیت زیان حاصل از قانونگذاری اولیه را (تصویب قانون اساسی) ولو آنکه عده زیادی از اشخاص در نتیجه قانون وضع شده متضرر شده باشند، منتفی می‌دانند (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۵۷۶). شایسته است بگوییم که در حقوق ما بنابر نظر بسیاری از نویسندگان مصونیت پارلمانی نمایندگان با توجه به اطلاق اصل ۸۶ هم مسئولیت مدنی نمایندگان قوه مقننه، هم مسئولیت کیفری و سیاسی و شخصی آنها را در برمی‌گیرد.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس «به‌طور مشخص آنچه معمول است قواعدی مانند ماده یک لایحه حقوق ۱۶۸۹ می‌باشد که به اعضای مجلس مصونیت از تعقیب قضایی و دیگر پیگردهای حقوقی را در ارتباط با آنچه که در مجلس گفته می‌شود و یا انجام می‌گردد، اعطا می‌نماید» (بارنت، ۱۳۸۶: ۱۳۲). طرفداران مصونیت تقنینی که فرمانروا را با اقتدار می‌خواهند، باور دارند که بایست هر آنچه او می‌نهد، ولو زیانبار، ناگزیر زیان‌دیده بپذیرد. اندیشه‌های ماکیاوولی، بدن و هابز مبنای تفکر آنها بوده است و حتی کانت که طرفدار آشکار مکتب حقوق فطری است، در پایان بنابر «کارامدی و سودمندی» حکومت، ستایشگر فرمانروایی «مطلق» و «مصون» شده است (دوپاکیه<sup>۲</sup>، ۱۳۳۲: ۳۴۷-۳۴۶). در برابر آنها، اندیشه‌های تکلیف حاکمیت به پاسداشت

۱. اصل ۸۶: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آنها را به‌سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرای که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند، تعقیب یا توقیف کرد» از واژه تعقیب می‌توان هم تعقیب جزایی و هم تعقیب مدنی شخص نماینده را تفسیر کرد.

۲. «وقتی که کانت آمریت قانون را که همان «اراده جمعی ملت» است باور دارد و در نظریه خود درباره دولت از «روسو» الهام می‌گیرد. [و] «مساوات مدنی [موازنه مدنی به تعبیر ما]»، «استقلال مدنی» و «حق اطاعت انحصاری از قوانین» مورد رضایت



حقوق طبیعی اشخاص، که فراتر از اراده فرمانروا تلقی شده است، نخست توسط جان لاک و سپس گروسیوس، ژان ژاک روسو و پوفندروف پایه‌های مسئولیت مدنی حاکمیت را ساختند (کلی، ۱۳۸۲: ۳۶۱-۳۰۶).

۵. ۲. اصل تفکیک قوا و نظم عمومی تقنینی؛ مسئولیت مدنی ارکان قانونگذاری موجب تداخل قوا شده و به تضعیف مهم‌ترین رکن قدرت دولت منجر می‌شود و نظم عمومی تقنینی به هم می‌ریزد؛ حال آنکه باید برای پاسداشت قداست این دستاورد شگرف بشری کوشید. اما مسئولیت مدنی ناشی از وضع قوانین و مقررات به صلاحیت دادرس در ارزیابی قوانین و دخالت قوه قضائیه در قانونگذاری منجر شده، با اصل پذیرفته‌شده تفکیک قوا ناسازگار است، پس تنها زمانی می‌توان جبران زیان را پیش کشید که خود قانونگذار این امر را در قانون پیش‌بینی کرده باشد<sup>۱</sup> (غمامی، ۱۳۷۶: ۷۶-۷۵). از این رو تنها مرجع صالح برای جبران زیان به منظور جلوگیری از تداخل قوا کرسی یا اراده خود مجلس دانسته‌اند (ابوالحمد، ۱۳۷۱: ۲۸-۲۷). اصل تفکیک قوا از دو بعد، مانع مسئولیت مدنی است، یکی از بعد تسری صلاحیت دادرسان و دیگری تسری صلاحیت دادگاه‌ها.

۵. ۲. ۱. گسترش صلاحیت دادرسان؛ براساس این نظریه چنانچه تشخیص دادرسان، معیار عادلانه بودن قوانین باشد، با چیرگی دادرسان بر شئون قانونگذاری، تفکیک قوا از بین می‌رود و موجب آشفتگی در نظم عمومی تقنینی می‌گردد (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۶-۹۶)؛ زیرا «...مقام قانونگذار چنان والاست که جز به عدل حکم نمی‌کند و آنچه به خاطر او می‌گذرد، قانون فطرت و طبیعت است (بنابر قاعده مذهبیه) «کَلِمَا حُكْمٌ بِه الْعَقْلُ حُكْمٌ بِه الشَّرْعُ وَ كَلِمَا حُكْمٌ بِه الشَّرْعُ حُكْمٌ بِه الْعَقْلُ» در نظام فقه، نیک و بد، زاده گفته‌های شارع است). قاضی تنها اجراکننده قواعدی است که اراده عمومی (ملی) وضع کرده، تمام هدف او باید احراز این اراده عالی باشد...» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۴). شاید هم نگرانی مخالفان، بی‌دلیل نباشد، زیرا آنها پذیرفته‌اند که قوه مجریه باید تابع قوانین قوه مقننه باشد و اگر کارمند ولو بالاترین مقام اجرایی (رئیس‌جمهور)، خطای زیان‌آور داشت، نزد قاضی در برابر زیان‌دیده می‌ایستد و

ملت را صفات مشخصه حقوقی غیرقابل تفکیک از عنوان سبتواین [تبعه دولت] می‌داند، به نظر می‌آید متمایل به طرف لیبرالیسم (مذهب اصالت آزادی) می‌شود. ولی با یک چرخش به حکومت مطلقه می‌رسد، زیرا درست است که قانونگذار، سوورن(حاکم): [Sovereign] است، ولی اصولاً حکومت با ملت است. رژان (رئیس حکومت فرمانروا) یک وجود جداگانه‌ای است که اعمال حکومت می‌نماید. البته رژان تابع قانون است، لکن این الزام ضمانت اجرایی ندارد؛ حقوق‌های فردی تضمین نشده‌اند. اگر ارکان حکومت، یعنی رژان خلاف قوانین عمل کند، البته افراد کشور (سوژه‌ها) می‌توانند با تقدیم شکایات با این بی‌عدالتی مخالفت ورزند، ولی هرگز نمی‌توانند مقاومت کنند. ملت موظف است که سوءاستفاده قدرت عالی را تحمل کند، حتی اگر این امر غیرقابل تحمل باشد».

۱. این نظریه ژرژ ودل است.

پاسخگوی زیان وارده است (مثال: ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ایران). حال در مورد قوانین زیان آور و واضعان آن نیز، چنانچه این اقتدار را به قضات دهیم، به طور کامل سررشته امور (قوا، حکومت) به دست دادرسان و قوه قضاییه می افتد و نظام حقوقی به «قاضی سالاری»<sup>۱</sup> می گراید؛ مآلاً «دادرس» که خود باید پیرو قوانین باشد تا جایی که صلاحیت و سازمان او را در «حاکمیت قضایی»، قوانین رقم می زنند، به سلیقه خویش اقتدار به میز محکمه کشاندن قوه مزبور را می یابد (بوشهری، ۱۳۹۰، ج ۲: ۸۲). از طرفی چه بسا قانونی از نظر یک قاضی ناعادلانه باشد، اما از نظر قاضی دیگری عادلانه! و در این رهگذر (اختلاف سلیقه) نظم عمومی تقنینی کشور مختل و شیرازه امور از هم گسیخته شود و آفریده بالاتر از آفریننده بنشیند و فرمانروای او (مقنن) گردد. افزون بر آن، چون مسئولیت مدنی ناشی از وضع، محدود به قانونگذار عادی نیست بلکه واضعان قانون اساسی نیز باید دلهره نظارت و کنترل و بازرسی اعمال آنها، توسط قضات را داشته باشند<sup>۲</sup> و این خطرناک ترین و بدترین حالتی است که شاید بدین گونه با تمرکز قدرت نزد دادرسان، نقض اصل تفکیک قوا رخ دهد. البته این دیدگاه متأثر از فلسفه مکاتب تحقیقی یا پوزیتیویزم (به خصوص دولتی و تجربی ایرینگ) است؛ بر این مبنا که در بسیاری از موارد، به اقتضای مصلحت عمومی همه منافع را نمی توان محترم شمرد و مسئله از بحث صرف اصل تفکیک قوا بیرون است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۶۵). البته تفسیر دادرسان در ارزیابی قوانین را در موارد جزئی (تطبيق حکم بر مورد خاص)، دخالت در حاکمیت تقنینی ندانسته اند. در ارزیابی قضات از قوانین و اختیار آنها، مکاتب گوناگون تفسیر وجود دارد: مکتب تفسیر لفظی (تعبدی)، مکتب تفسیر اجتماعی (تحول تفسیر، تاریخ تحولات جامعه) و مکتب تفسیر تحقیقی علمی آزاد.<sup>۳</sup> آشکار است که هر کدام را که ملاک قرار دهیم، پیامد آن دگرگون می شود، باید گفت که در نتیجه پذیرش مکتب تفسیر لفظی یا تعبدی، که قاضی را بی هنر چون سنگ تراش می خواهند، به تنگنا و پیروی محض منجر می شود؛ از نظر پیروان این مکتب آنچه مورد ستایش می باشد، «قانون» است که تنها «منبع حقوق» بوده و دادرس، متعبدی است که

### 1. Judgocracy

۱. تفسیر قانون اساسی طبق اصل ۹۸ در صلاحیت شورای نگهبان با تصویب سه چهارم اعضاست.
۲. مکتب تفسیر لفظی یا تعبدی در سال ۱۸۰۴ م با تصویب قانون مدنی ناپلئون در فرانسه به شکل نوینی ادامه یافت و پیش از آن در تفسیر کتابها و متنهای مقدس مذهبی وجود داشت. مکتب تفسیر اجتماعی در عصر جدید متأثر از اندیشه های ساوینی (savigny) و پوختا در آلمان پدید آمد و به هر روی بنیانگذار آن را بایستی ساوینی دانست؛ مهم ترین مسئله در اندیشه این فیلسوف بزرگ مفهومی دقیق و درستی از ملت که سازنده قواعد حقوقی است، می باشد. مکتب تفسیر تحقیق آزاد، این مکتب توسط حقوقدان فرانسوی، به نام فرانسوا ژنی در اواخر قرن نوزدهم در برابر مکتب تفسیر لفظی پایه ریزی شد؛ براساس این مکتب «قانونگذار هنگام تدوین قانون براساس نیاز و ضرورت های زندگی اجتماعی اقدام می کند، احتمال اشتباه و خطای نیز وجود دارد. از این رو قانون جنبه قدسی ندارد»؛ در صورت لازم می توان تحقیق علمی آزاد کرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: خوئینی، ۱۳۹۳: ۳۴۵-۳۳۲).

گامی از مرز خشک وازگان قانون نباید فراتر نهد و او نمی‌تواند به بهانه مصالح عموم، نظم عمومی، اخلاق، عرف، انصاف و هر امر دیگری از خواست و اراده مقنن، بیرون رود، به دیگر سخن، رویه قضایی نقشی در ایجاد قواعد حقوقی و حقوق ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۱۰-۱۰۲).<sup>۱</sup> آشکار است که به میان آوردن مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی طبق مکتب تفسیر لفظی با توجه به اختیار محدود دادرس بیهوده است. اما بر پایه مکتب تفسیر اجتماعی و تاریخی که بنیانگذار آن ساوینی<sup>۲</sup> است و براساس نظر او منبع منحصر حقوق، وجدان عمومی است و قانون در صورتی ارزش واقعی دارد که نموداری از خواسته‌های آن (وجدان عمومی) باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف: ۱۱۴) و اوست که قاعده حقوقی می‌آفریند و حاکم بر قانون است. به سخنی دیگر، دادرس، در جایگاه احقاق حق، چون هنرمند مجسمه‌ساز است نه سنگ‌تراش بی‌هنرا، صلاحیت تشخیص و احراز آن (قانون واقعی!) را دارد و ممکن است قانونی زیانبار، ناعادلانه به‌شمار آید و واضعان آن مسئولیت مدنی داشته باشند. همین‌گونه است در گستره مکتب تفسیر علمی آزاد ژنی که اختیار دادرس در احراز نیازمندی‌های کنونی اجتماع و انصاف گسترده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۱) و تشخیص ناشیانه و ناعادلانه بودن قوانین و مقررات دور از دسترس قاضی نیست، چون هیچ قانونی قلمرو آسمانی ندارد؛ پس دهش توانایی به دادرسان و حاکمیت قضایی برای رسیدگی به دعوای زیان در برابر واضعان، امری طبیعی و خردمندانه به‌شمار می‌آید (خوینی، ۱۳۹۳: ۳۴۵-۳۳۲). برداشت درست از اصل تفکیک قوا این توانایی دادرسان و سازمان دادرسی در رسیدگی به مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی را می‌پذیرد، زیرا تفکیک مطلق قوا به دلیل گرایش قدرت به ناپرهیزی (فساد!) در پذیرش خردمندان نیست و اصل را بر تعادل و روابط نسبی و خردگرایی قوای حکومت می‌دانند (بارنت، ۱۳۸۶: ۲۸)، و گرنه در اثر تعارض و جنگ قدرت درون‌سازمانی قوا به اختلال در کنترل و اداره امور کشور منجر می‌شود که بیم تباهی آن بیشتر از عدم اعتماد به قوه قضاییه و دادرسان خردمند برای برقراری عدالت مدنی در راستای پیشرفت تمدن بشری است (ولتر: حقوق نه تنها سیمای تمدن است، بلکه سیمای وجدان بشری است).

۲.۲.۵. گسترش صلاحیت دادگاه‌ها؛ چنانچه بدون نص و حکم قانون (اساسی یا عادی) دادگاه‌ها خود را صالح به رسیدگی در امور قانونگذاری بدانند، دخالت در اختیارات قوه مقننه و خلاف اصل تفکیک قوا تلقی می‌شود، به‌ویژه اینکه قواعد صلاحیت دادگاه‌ها از حیث صنف (اداری، کیفری و مدنی)، ذاتی تلقی شده است (متین‌دفتری، ۱۳۸۱، ج ۱: ۲۴ و ۲۵۹؛ آخوندی، ۱۳۷۳، ج ۲:

۱. مورلون (Mourlon) طرفدار پروپاقرص این مکتب تا جایی پیش رفته که خروج از لفظ قانون را خیانت به اراده ملت می‌داند؛ به نقل از فلسفه حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۰۳).

2. Savigny

۲۳۹)، چراکه ساختن قاعده کلی در صلاحیت والای حاکمیت تقنینی است و محاکم چنین توانایی ای ندارند، زیرا این قانون است که دادگاه (سازمان قضایی) تأسیس می‌کند و صلاحیت رسیدگی به محاکم را می‌بخشد (متن دفتری، ۱۳۸۱، ج ۱: ۳۰؛ طباطبایی، ۱۳۹۴: ۴۶). در نظام‌های حقوقی، تقریباً در همه قوانین اساسی کشورها، چنین صلاحیتی به محاکم دادگستری اعطا نشده است و نمایندگان مجلس را قابل تعقیب حقوقی جهت جبران خسارت نمی‌دانند (ابوالحمد، ۱۳۷۱: ۲۸) و در بیشتر موارد از جهت دادن صلاحیت مزبور به دادگاه‌ها به سکوت برگزار شده است، چون رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از وضع قوانین به کنترل و بازرسی اعمال مقنن و محکومیت احتمالی سازمان قانونگذاری و اجزای آن منجر می‌شود، صلاحیت رسیدگی به چنین دعاوی را دور از ذهن می‌دانند.

در نظام حقوقی ما، چون قانون اساسی با حکم صریح برای مقررات دیگر غیر از قانون (اساسی و عادی) تکلیف روشن کرده، به‌نحوی که یک مرجع عالی اداری غیر دادگستری به نام دیوان عدالت اداری را برای ابطال آیین‌نامه‌ها، مصوبات، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های خلاف قانون اساسی و عادی در خود قوه قضاییه پیش‌بینی کرده است (اصل ۱۷۳ق.ا و ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری). از این رو پذیرش صلاحیت ذاتی محاکم دادگستری (حاکمیت قضایی)، در این دعاوی بسیار دشوارتر شده است؛ مضافاً اینکه تنها صلاحیت نظارت بر اعمال قوه مجریه تحت عنوان «حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین» به قوه قضاییه در قانون اساسی از طریق سازمان بازرسی کل کشور داده شده است (اصل ۱۷۴) و در اعطای صلاحیت کنترل به قوه قضاییه نسبت به اعمال قوه مقننه در مقام بیان سکوت اختیار شده است؛ پس تنها نظارت قوه قضاییه بر قوه مجریه را می‌توان پذیرفت (بوشهری، ۱۳۹۰: ۱۱۶)، زیرا صلاحیت ذاتی تابع قواعد و مقررات امره شکلی و سازمانی است (شمس، ۱۳۸۳، ج ۱: ۳۹۳).<sup>۲</sup> با وجود این تفصیل، به‌نظر می‌رسد نمی‌توان با اصول کلی مزبور و بدون منع و رد صریح مقنن، مانع صلاحیت عام دادگاه‌ها در رسیدگی (دادرسی ملنی، نه تقنین!) شد.

۱. در خصوص عدم تجاوز قوه قضاییه نسبت به قوه مقننه ماده صریحی در مقدمه قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده که می‌گوید: «دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آنها تعیین می‌نماید و نباید به‌طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد» (ماده ۵ آ.د.م). اکنون همین حکم در ماده ۴ مصرح است. در اصل ۱۶۹ قانون اساسی نیز تکلیف دادگاه‌ها را به استناد و استدلال قانونی در احکام می‌نماید. افزون‌بر آن اصل ۱۶۷ تکلیف به یافتن حکم قضیه در قوانین مدونه شده، هرچند در صورت سکوت، اجمال، ابهام و تعارض قانون در حقوق خصوصی رجوع به عرف مسلم (فقه) تجویز شده است.

۲. «هیأت عمومی دیوان [عدالت اداری] نیز در آرای متعددی، عدم صلاحیت آن را نسبت به بررسی قوانین به معنای خاص کلمه، مورد تأکید قرار داده است [به‌نحوی که در آرای شماره ۳-۴۶۱-۱۱۱۱۱۱۱۱-۱۳ و ۵-۶۱-۲-۶۲۹۱۲ و ۶۹-۶۲-۷۱-۱۱-۶۳۱۵] این هیأت که بررسی مصوبات شورای انقلاب را به‌دلیل آنکه [به تعبیری] عنوان قانون دارد از قلمرو صلاحیت دیوان خارج دانسته است» (غمامی، ۱۳۷۶: ۷۸).

در حقوق انگلیس ضمن رعایت اصل تفکیک قوا به غیر از موضوعات سیاسی غیرقضایی برای حفظ حقوق بنیادین، اشخاص حق طرح دعوا در دادگاه‌ها را دارند، به عبارتی دادگاه‌ها دارای صلاحیت گسترده‌اند. با آنکه اصل برتری تقنینی مورد پذیرش قرار گرفته، دادگاه‌ها در مواردی که تشخیص دهند صالح به رسیدگی اند، برای جبران زیان ناشی از وضع قانون توسط پارلمان نیز رسیدگی می‌کنند (بارنت، ۱۳۸۶: ۱۶۷، ۱۷۸، ۱۷۹). بنابراین هیچ‌کدام از موانع حقوق عمومی اعم از اصل حاکمیت تقنینی، مصونیت، تفکیک قوا، نظم عمومی تقنینی، گسترش صلاحیت دادرسان و دادگاه‌ها نمی‌تواند سد محکمی در برابر سیل بنیان‌کن مسئولیت مدنی مقنن از سرچشمه‌های اندیشه‌های فردگرایی<sup>۱</sup>، قانون‌مداری<sup>۲</sup>، عدالت معاوضی<sup>۳</sup> و حاکمیت قانون<sup>۴</sup> باشد، اکنون «اندیشه فرمانروایی خوب» بر پایه نظریه حاکمیت قانون فراگشت فرایندهای پیدا کرده، تا جایی که مسئولیت مدنی ناشی از قانونگذاری ناعادلانه و حتی ترک ناعادلانه قانونگذاری را کارسازی نموده است.<sup>۵</sup> همچنین ناشی از فرضیه مزبور اتحادیه اروپا دادگاه قانون اساسی دول عضو را ترتیب داده است (معاهده ۱۹۹۲ ماستریخت هلند)، به گونه‌ای که طرح مسئولیت مدنی دول عضو را در تصویب قوانین زیان‌آور، هموار ساخته

۱. Individualism Theory (Sherry, 1969: 58-59); گروسیوس (Grotius؛ هلندی ۱۶۴۵-۱۵۸۳م) را باید بنیانگذار مکتب حقوق طبیعی و آغازگر دوره خردگرایی در غرب دانست. این حقوقدان و سیاستمدار به هیأت یک فیلسوف حقوق درآمد و حاکمیت خرد را در اروپا بر پایه حقوق طبیعی بنیان نهاد (دوپاکیه، ۱۳۳۲: ۳۳۶-۳۳۴).

۲. The Supremacy Of Law Theory (Sherry, 1969: 58). این اندیشه را باید در قرن نوزدهم آغاز مکتب دستورگرایی دانست و گفت تئوری تفکیک قوای متسکیو که کوشید قاضی را کاملاً تابع قانونگذار نماید و همین‌طور نظریه روسو که اراده عمومی را ایده‌آل برای تشکیل دولت می‌داند، پیروی بی‌چون‌وچرا از قانون را استوار می‌سازد، در آفرینش آن نقش بسزایی داشت. در بین برخی نویسندگان فرانسوی به «فتیشیسم قانون، یعنی اطاعت محض از قانون» معروف شده است (دوپاکیه، ۱۳۳۲: ۲۰۳، ۳۴۲، ش ۲۳۳).

۳. Laissez-Fair Theory (Borchard, 1927:1073): این اصطلاح فرانسوی تئوری، گویای آنست که در حقوق فرانسه رواج و تأثیر بسیاری داشته است؛ تبیین اعمال دولت و تقسیم آن به اعمال تصدی و اعمال حاکمیت (که در اصل پایه ریز آن هگل است) به این دیدگاه فلسفی برمی‌گردد، زیرا به‌عنوان یک اصل بسیاری از اعمال دولت برای تصدی امور در ردیف اعمال اختیاری و ارادی و یا اعمال حقوقی اشخاص خصوصی قرار می‌گیرد (عدالت معاوضی) و به‌عنوان شخصی از اشخاص از قواعد و قوانین و مقررات حقوق خصوصی پیروی می‌کند و برخی اعمال دیگر برای رفع نیازهای عمومی و توزیع امکانات (عدالت توزیعی) و فرصت‌ها و تنظیم روابط اشخاص ناشی از قدرت قاهره و مدیریت و مصالح عمومی و مبتنی بر نظامات عمومی به‌طور خاص برای پاسداشت شیرازه امور، انجام می‌پذیرد؛ در بخش نخست از رفتارهای دولت، که در حوزه حقوق خصوصی قرار می‌گیرد و تابع قواعد حاکم بر روابط اشخاص است، اصل مسئولیت مدنی سر درمی‌آورد.

۴. Sovereignty Of Law (Borchard: 1091): اندیشه حاکمیت قانون در برابر اندیشه حاکمیت دولت (Sovereignty Of State) قرار می‌گیرد؛ اندیشه حاکمیت قانون را باید کارسازترین اندیشه در آفرینش اصل مسئولیت مدنی در حوزه حقوق عمومی دانست، زیرا همچون سدی در برابر خودکامگی و بیداد موناشرسی در گستره اعمال حکومتی از اعمال حقوقی تقنینی، قضایی و اجرایی گرفته تا اعمال سیاسی است و حقوق اشخاص را تضمین می‌کند.

5. Vincy Fon; Hans Ans-Bernd Schaefer, State Liability For Legislative Injustice, Reaserchable on: www.eale 09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/./246/85 , P.1.

است، تا آنجا که در حقوق انگلیس، «مجلس اعیان چنین رأی داد که مصوبات پارلمان نباید در صورت تعارض با قواعد حقوق جامعه (اروپایی) به مورد اجرا گذاشته شود» (بارنت، ۱۳۸۶: ۹۵).

### ۶. نتیجه‌گیری

با آنکه، آرای جسته و گریخته شورای دولتی فرانسه و سپس قواعد حاکم بر اتحادیه اروپا، به‌طور پیشگامی راه مسئولیت مدنی «حاکمیت تقنینی» را گشوده است، قاعده سنتی «فرمانروا خطا نمی‌کند» و اصل مصونیت و اصل حاکمیت تقنینی، اصل تفکیک قوا و نظم عمومی تقنینی، مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی را دشوار می‌سازد، اما اندیشه‌های جاودان فردگرایی، عدالت معاوضی، حاکمیت قانون و برابری همگان در برابر قانون، پایه‌های اندیشه فرمانروایی خوب و دولت خدمتگزار دوگی را می‌سازد و آفرینش چنین ساختار باشکوه و خردمندانه‌ای از سازمان دولت در راستای اصل عدالت مدنی و اصل هیچ زیانی نباید جبران نشده باقی بماند و اصل ضرر نزدن به دیگری زمینه‌ساز مسئولیت مدنی قدرت وضع و تشریح است؛ به‌ویژه اندیشه ماهیت‌گرایی قانون که بر اصولی بنیادین و جهان‌پرور استوارند؛ همانند اصل حاکمیت اراده‌ها، احترام به اصل مالکیت، اصل شرافت، اصل آسایش مردم، اصل گرامیداشت حریم خصوصی، اصل عدالت و اصل موازنه مدنی؛ این واژگان گیتی‌افزا قداست آسمانی اصل مصونیت حاکمیت تقنینی را می‌شکنند و چه بسا اصل مصونیت را وارونه کنند و بار مسئولیت مدنی را بر دوش حاکمیت تقنینی بنهند. سخت است بپذیریم با وجود پذیرش مسئولیت مدنی حاکمیت اجرایی (قوه مجریه) و حاکمیت قضایی (قوه قضاییه) و اعطای اختیار به دادرسان بنا بر اصل تعادل خردمندانه قوا، چشمان را بر ستم روا شده و عدم توازن رابطه مدنی زیان‌دیده و عامل زیان فروبندیم و بر دوش کشیدن بار خسارت توسط ستم‌دیده را سزاوار بدانیم یا اینکه چون اکنون نمی‌توانیم سازوکار و سازمانی (دادگاه صالح) را به‌عنوان طریق احقاق حق، در نظام حقوقی خویش بشناسیم و بیابیم، واضعان را که با وضع ناشیانه و ترک زیان‌آور وضع قوانین و مقررات به حقوق دیگران آسیب رسانده‌اند، در پشت پرده پندار عصمت رها کنیم و حق تحقیق‌یافته زیان‌دیده در جهان حقوق را نادیده انگاریم! ما می‌توانیم با گزیدن اندیشه مکتب تفسیر اجتماعی ساوینی (آلمانی) ملاک تشخیص وجدان عمومی را به دادرسان به‌عنوان نمایندگان خردمند و وزین بسپاریم تا دستور درست (قانون واقعی) را از نهانخانه ملت بیرون بکشند و اصل تعادل و موازنه قوا را برای جلوگیری از خودکامگی سازمان قدرت استوار

۱. اکنون پادشاهی بریتانیا خود را به بهانه فراندوم از اتحادیه پولی و اقتصادی اروپا برای حفظ مطامع خود و گریز از کاهش حاکمیت ملی انگلیس و به‌نوعی از ایالت شدن در کنفدراسیون! (جامعه) اروپا از قید قواعد حقوقی آن (قانون اساسی اتحادیه اروپا) رها کرده است.

سازیم و به هر روی بنابر اصل صلاحیت عام دادگستری به حاکمیت قضایی جهت ایفای وظیفه خویش در رسیدگی به اختلافات مدنی ولو دعاوی مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی (قوه مقننه و نمایندگان)، اعتماد کنیم و نیز بر پایه مکتب تفسیر آزاد ژنی (فرانسوی) باور کنیم قانون قدسی و آسمانی نیست و شاید هم گاهی خطاآمیز باشد و همانند دیگر اعمال زیانبار فرمانروا (حکومت) می‌تواند بازخواست شود. در پایان، چون نیک بیندیشیم دریابیم، قانونی که برای گروهی از مردم، شادی‌آور باشد و برای گروهی دیگر، غم‌گستر و زیانبار، برای همگان ناپسند است! و چه زیبا سخن رانده‌اند: [ای انسان! ای فرمانروا!] «با شرافت زندگی کن، حق هر کس را به او بده، به دیگری زیان مرسان!» (اولپین).

## منابع

### الف) فارسی

۱. آخوندی، محمود (۱۳۷۳). آیین دادرسی کیفری، ج ۲، ج هشتم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۱). «مسئولیت مدنی دولت»، مجموعه مقالات (تحولات حقوق خصوصی)، زیر نظر استاد کاتوزیان، ج دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳. بوشهری، جعفر (۱۳۹۰). حقوق اساسی (دوره ۵ جلدی)، ج ۲ و ۳، ج دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپخانه حیدری.
۴. بارت، اریک (۱۳۸۶). مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ترجمه عباس کدخدایی، ج دوم، تهران: بزان.
۵. بادینی، حسن (۱۳۸۴). فلسفه مسئولیت مدنی، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپخانه نگاران شهر.
۶. جلیلودی، یحیی (۱۳۷۳). مسئولیت مدنی قضاوت و دولت، در حقوق ایران، فرانسه، آمریکا و انگلیس، تهران: انتشارات پلدا.
۷. خوئی، غفور (۱۳۹۳). فلسفه حقوق، ج اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۸. خسروی، حسن (۱۳۸۸). حقوق اساسی ۱، ج دوم، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.
۹. دوپایه، کلود (۱۳۳۲). مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق، ترجمه دکتر علی محمد طباطبائی (ذوالمجد)، ج دوم، تهران: چاپخانه بوذرجمهری.
۱۰. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی دولت، دوره دوجلدی، ج ۱ و ۲، ج اول، تهران: میزان.
۱۱. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۰). «بررسی تطبیقی مصونیت پارلمانی نمایندگان»، نشریه آفتاب، ش ۱۲.
۱۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۳). آیین دادرسی مدنی، الف: ج ۱، ج اول، تهران: میزان.
۱۳. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۴). حقوق اداری تطبیقی، (حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ)، ج هفتم، تهران: سمت.
۱۴. ----- (۱۳۸۶). حقوق اساسی، ج یازدهم، تهران: میزان.
۱۵. عباسی (لاهیجی)، بیژن (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، ج دوم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۶. غمامی، مجید (۱۳۷۶). مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود با دیباچه دکتر ناصر کاتوزیان، ج اول، تهران: دادگستر.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق (منطق حقوق)، دوره سه‌جلدی، ج ۳، ج سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام‌های حقوقی ایران، ج هفتادوهشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). مبانی حقوق عمومی، ج سوم، تهران: میزان.
۲۱. کلی، جان (۱۳۸۲). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ج اول، تهران: نشر نی.
۲۲. قاضی (شریعت‌پناهی)، ابوالفضل (۱۳۸۴). بایسته‌های حقوق اساسی، ج هجدهم، تهران: میزان.
۲۳. متین‌دفتری، احمد (۱۳۸۱). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، ج دوم، تهران: میزان.
۲۴. هاشمی، محمد (۱۳۹۰). حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، ج اول، تهران: میزان.

### (ب) خارجی

25. Padfield, LLBMPHil, DPA, of Gray s Inn, Barriste (1992). *Law Made Simple*, Seventh edition: Iran (The First Edition, London 1970), MADE SIMPLE BOOK.
26. Christian Von Bar (1998). *The Common European Law Of Tort*, Vol 1, First Published, London: Oxford, Clarendon Press.
27. David Rosenbloom (1980). *Public Administrators Official Immunity and Superume Court: Development Diuring The 1970 s*, Public Administration Review, Vol.40
28. Edwin Borchard (1927). *Governmental Responsibility In Tort History, and Theory*, Yale Law Journal, Vol. XXXVI, No 8.
29. Harry street (1949). "Tort Liability of The State: The Federal Tort Claims Act and The Crown Proceeding Act", Vol.47, USA: Mishigan Law Review.
30. Hilaire Barnett (2002). "Constitutional and Administrative Law", Fourth Edition, London & Sydney: Cavendish.
31. John McCamus (2008). *Restitutionary Liability of Public Authorities in Canada: Structure and Justification in private Law: Essays for Peter Birks*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Hart Publishing.
32. Martin Redish; Elizabeth J. Cisar (1991). "If Angels Were to Govern: The Need For Pragmatic Formalism In Separation Of Powers Theory", *Duke Law Journal*, Vol.41, No.3.
33. Mark Eisenberg, (1987). *The Vicarious Liability Of Governmental Entities: Judicial and Legislative Attempts To Reduse Accountability For Tortious Acts*, USA: Annual Survey of American Law.
34. Peter Jones (2000). *Rights*, First Edition & Published, London: Macmillan.
35. William Holdsworth (1922). *A History Of Remedies Against the Crown*, Law Quarterly Review, Vol.38.
36. Kenneth Davis (1970). "Severeign Immunity Must Go, Administrative Law Review", Vol.22.
37. Timot Endicot, "The Impossibility Of The Role Of Law", *Oxford Journal Of Legal Studies*, Vo "1, 19
38. Michael Neumann (2002). *The Rule Of Law, England*, Ashgate Reprinted
39. Habermas Jurgen (1996). *Between Facts and Norm*, Cambridge. Massachusetts. London, The MIT Press, First Published, Pp107 & 111.
40. Jhon, Sherry (1969). "The Myth That The King Can Do No Wrong: A Comparative Study Of The Sovereign Immunity Doctrine In The United State and The New York Court Of Claims", *Administrative Law Review*, Vol.22.
41. Vincy Fon; Hans Ans-Bernd Schaefer State Liability For Legislative Injustice. Reaserchable on: [www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/./246/85](http://www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/./246/85), P.1
42. Marceau Long, (2015) Weil, *Prosper; Braibant, Guy*; 2plus; editeur : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative; Auteurs: Dalloz; Édition : 20e édition.
43. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), (2017): *L'arrêt Couitéas, Conseil d'Etat, du 30 novembre 1923, 38284 48688, publié au recueil Lebon.*