

## نگرشی انتقادی به چالش‌های حقوق مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی

حمید قاسمی\*

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

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۸/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۱۱/۱۳)

### چکیده

اصل استقلال سازمان حقوق مسئولیت مدنی، اصل موازنه مدنی و اصل چیرگی فلسفی دادگری مدنی (ارزش‌گرایی) و عدالت اصلاحی (اولین- ارسطو- کانت)، بر اندیشه نظم مدنی (ابزارگرایی) و اندیشه اقتصادگرایی در رفتار زیان‌آور واضعان خردمند، برتری دارند و چالش‌های فلسفی پاسخگویی مدنی همانند چالش شخصیت حقوقی دولت، انتساب‌ناپذیری و تقصیرناپذیری و ناروایی (نامشروعیت) و خیره‌سری (تقصیر مدنی) در رفتار قانونگذاران را می‌گشایند؛ حتی پایه زیرین تقصیر (با درون‌مایه‌ای ویژه) و ناروایی در رفتار قانونگذاران را می‌توان شناسایی کرد و به ابزار آن، آنها را به پای میز دادرسی از بازتاب کیفرگون مدنی (اندیشه کیفرگرایی) برای برابر ایستادن تراز مدنی میان زیان‌دیده و سازمان‌بخشان خیره‌سر قانون‌کشاند، زیرا اندیشه‌های فلسفی مسئولیت برخاسته از خیره‌سری بر اندیشه‌های مسئولیت بی‌تقصیر (همانند خطر، موازنه، تضمین حق، سامان‌دهی زیان، برابری قانون و هزینه‌های همگانی، خدمات همگانی، بهره‌مندی یا استحقاق و همبستگی) در توازن مدنی چیرگی دارد. در فرانسه مسئولیت مدنی برخاسته از مقررات دولتی با آرای بلانکو (۱۸۷۳) و کویتاس (۱۹۲۳) شورای دولتی آغاز شد که این روند به رأی پاسخگویی برای لافلورت (۱۹۳۸) از قانون زیان‌آور پارلمان و رأی درینکرت (۱۹۷۳) در زمینه مقررات تقصیرآمیز دولتی انجامید. در ایران برای قانونگذاران عادی سرپیچی از نظم عمومی (مذهبی) و قانون بنیادین، درهم شکستن تکلیف پیشین (پلانیول) بوده، خیره‌سری است (اصل ۷۲). در وضع ناروا و ترک خیره‌سرانه نهش مقررات زیان‌آور دولتی بر پایه حق بنیادین دادخواهی و اصل ۱۷۳ و بند ۱ ماده ۱۰ و تبصره آن (اصل جلوگیری پیشروی زیان) و ماده ۱۱ (ابطال تصمیم‌های مقامات عمومی و اعاده به وضع پیشین) از قانون دیوان عدالت اداری کنونی، مسئولیت مدنی تقصیری در تصمیمات زیان‌بار سازمان‌یافته اس. اصل مسئولیت مدنی تقصیری مرزهای اصل مصونیت مدنی فرمانروایان تقنینی را در هم فرو می‌شکند.

### واژگان کلیدی

انتساب‌ناپذیری، تقصیر (خیره‌سری)، تقصیرناپذیری، قانونگذاری، نامشروعیت (ناروایی).

\* Email: hamidghasemi@ut.ac.ir

## ۱. مقدمه

بیرون کشیدن «حاکمیت تقنینی»<sup>۱</sup> از باروی سترگ «مصونیت مدنی» کار آسانی نیست؛ به میان آوردن سخن از پاسخگویی مدنی این حاکمیت پر «مصونیت»<sup>۲</sup>، خود چالشی بس بزرگ در فلسفه قدرت است<sup>۳</sup> (Barnett, 2002: 177). به ویژه اینکه قانون، هنجار بنیادین اراده جمعی و نماد حاکمیت شناخته شده است (متیو، ۱۳۹۱: ۲۰) باید یادآور شد، در حقوق مسئولیت مدنی ناگزیر، «پاسخگویی مدنی» برای هر شخص، با گرد آمدن همه ساختار آن حتی سازه تقصیر، سازمان می‌یابد؛<sup>۴</sup> در این پژوهش روشن می‌شود که «اصل مسئولیت مدنی بر پایه خیره‌سری»، اصل «مصونیت مدنی» قانونگذاران را در هم می‌شکند؛ هرچند بتوان درون‌مایه‌ای ویژه از خیره‌سری حاکمیت تقنینی را نمایش داد. از این رو افزون بر پاسخگویی بدون تقصیر، پاسخگویی مدنی «قانونگذاران» بر پایه «اندیشه تقصیر» نیز سازمان می‌یابد. در خواهیم یافت که از میان انبوه چالش‌های ساختاری مسئولیت مدنی که در رفتار، رابطه سببیت و شرایط زیان است، آیا می‌توان طوق مسئولیت مدنی را برگردن قانونگذاران «خیره‌سر» آویخت؟! دشواری کار هنگامی آشکارتر می‌شود که برای رسیدن به مسئولیت مدنی فرمانروایان پرمصونیت تقنینی، باید پوسته چالش‌های تقصیر و نامشروعیت در رفتار آنها را از هم گسیخت. از این رو هنوز گروهی همراه با اندیشه ژرژ ودل بر این باور پافشاری می‌کنند که تا خود واضعان جلوه در محراب پاسخگویی مدنی نکنند و روی خوش، نشان به دادخواهی مدنی زیان‌دیدگان ندهند و در قانون پیش‌بینی نکرده باشند، توان گفت هیچ پاسخگویی در کار نخواهد بود (غم‌امی، ۱۳۷۶: ۷۶). از سوی دیگر، «تقصیر» خود پیچیدگی‌های «درون‌سازمانی» و «برون‌سازمانی» ویژه‌ای دارد؛ به‌راستی چه هنگامی خیره‌سری «شخصیت حقوقی» سازمان تقنینی در پایه روانی (ذهنی) ساختار خود را می‌بیند؟ «تقصیر شخصی» نمایندگان در رفتار قانونگذاری که با همگرایی در «رای اکثریت» است، چگونه پدیدار می‌شود؟ افزون بر آن، هنگامی که راه‌های گشودن دژ

## 1. Legislative Sovereignty

## 2. Sovereign Immunity Theory

3. فواید حاکمیت (Efficiency Theory) در پاسداری بودجه عمومی، تساوی نسل‌ها و زمینه‌سازی کارایی بیشتر

کارگزاران عمومی در راستای مصونیت مدنی همه‌جانبه قدرت مطلق یا مشروط بوده است. -Eisenberg, 1987: 637- 638; McCamus, 2008: 295-297; Jones, 2000: 50; Rosenbloom, 1980: 169

4. هیچ‌کدام از چالش‌های حقوق عمومی اعم از اصل حاکمیت تقنینی، مصونیت، تفکیک قوا، نظم عمومی تقنینی، گسترش صلاحیت دادرسان و دادگاه‌ها نمی‌تواند سد استواری در برابر سیل بنیان‌کن مسئولیت مدنی مقنن از سرچشمه‌های اندیشه‌های فردگرایی Individualism Theory، قانون‌مداری The Supremacy Of Law Theory، عدالت معاوضی -Laissez-Fair Theory و حاکمیت قانون Sovereignty Of Law باشد (Sherry, 1969: 58 Borchard, 1927: 1073)، اکنون «اندیشه فرمانروایی خوب» بر پایه اندیشه حاکمیت قانون فراگشت فرایندهای پیدا کرده، تا جایی که مسئولیت مدنی برخاسته از قانونگذاری ناعادلانه و حتی ترک ناعادلانه قانونگذاری را کارسازی کرده است.

Vincy Fon; Hans Ans-Bernd Schaefer, State Liability For Legislative Injustice, Reaserchableon: www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/./246/85, P.1.

پاسخگویی مدنی فرمانروایان از میان انبوهی از اندیشه‌های فلسفی «مسئولیت بدون تقصیر»<sup>۱</sup> (خطر<sup>۲</sup>، موازنه<sup>۳</sup>، تضمین حق<sup>۴</sup>، سامان‌دهی زیان<sup>۵</sup>، برابری قانون و هزینه‌های همگانی<sup>۶</sup>، خدمات همگانی<sup>۷</sup>، بهره‌مندی<sup>۸</sup> یا استحقاق<sup>۹</sup> و همبستگی<sup>۱۰</sup>) باز است، برجستگی موضوع این پژوهش اوج می‌یابد و اثبات فرضیه آن (پاسخگویی مدنی بر پایه نظریه تقصیر) فزونی چشمگیری پیدا می‌کند، زیرا اکنون، کم و بیش «اصل پاسخگویی مدنی» بر پایه اندیشه‌های «مسئولیت بدون تقصیر» را در همه «رابطه‌های مدنی» یک جامعه متمدن پذیرفته‌اند، اما «هنر پژوهش حقوقی» آن است که بتوان بر پایه «قاعده تقصیر» و «اصل پاسخگویی خیره‌سرن» از حاکمیت تقنینی (مقامات عمومی)، «بازخواست مدنی» کرد و رابطه حقوقی میان زیان‌دیدگان و فرمانروایان قاعده‌ساز را برای تعادل مدنی، متوازن ساخت.

## ۲. اصل «پاسخگویی مدنی» و اصل «استقلال مسئولیت مدنی»

در حقوق مسئولیت مدنی فرانسه همسو با اندیشه‌های «دولت پاسخگویی دوگانه»<sup>۱۱</sup>، طرح مسئولیت مدنی دولت و به دنبال آن حاکمیت تقنینی، با استقلال بخشیدن به قواعد مسئولیت مدنی دولت (البته با گریز و گزیر از قواعد حقوق خصوصی) پیشگام است (Duguit, 1930:13)؛ به راستی، گشایش راه مسئولیت مدنی حاکمیت، با درهم شکستن ساختار «مصونیت مطلق» همگی «مقام‌های عمومی» و «سازمان‌های دولتی» از سرچشمه رویه قضایی و رأی «شورای دولتی»<sup>۱۲</sup> فرانسه در سوژه پراوازه «بلانکو» از ۸ فوریه ۱۸۷۳ آغاز شد و در قضیه

1. No - Fault Liability Theory
2. Risk Theory
3. Equeal Theory
4. Obligation to Gurantee's Theory
5. Organiser of Danges Theory
6. Equality Against Law and Public Burdens Theory
7. Public Services Theory
8. Intitlement Theory

۹. برای مطالعه بیشتر در اندیشه بهره‌مندی یا استحقاق ر.ک: زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۷۰-۳۵۸.

### 10. Social Solidarity Theory

۱۱. در نگاه «لئون دوگی» (۱۹۲۸) آرمان دولت نیز پاسداشت حقوق برون‌ذاتی و توازن مدنی است؛ ر.ک:

Broyelle, 2003: 27-28.

۱۲. Frier, Pierre- Laurent, Précise De Droit Administratif, Montchrestien 2001, n°8 : 203 à 206

et 236 à 644. Conseil d'Etat شورای دولتی توانایی واری - بازرسی مشورتی پیش از وضع قوانین پارلمانی (نقش

مشورتی) و لوایح دولتی را دارد (اصول ۳۸ و ۳۹ ق.ا.ف) بالاترین سازمان دادرسی اداری و مرجع حل تعارض صلاحیتی اداری بوده و رویه قضایی اداری را نیز سامان می‌بخشد. «مهم‌ترین دستگاه رایزنی و مشاور حکومت فرانسه نیز به‌شمار

می‌رود» (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۶۴؛ قاضی، ۱۳۸۴: ۲۸۸-۲۸۵).

کویتاس (۱۹۲۳) در تصمیمات زیان‌آور دولتی ادامه یافت<sup>۱</sup>، احراز مبانی هیچ مقام دولتی به‌طور مطلق در صورت بروز زیان برخاسته از «رفتارش» مصونیت شخصی و سازمانی ندارد و در پی زیان وارده «پاسخگویی مدنی» به‌همراه دارد و اندیشه‌های «خدمات عمومی» و «برابری همگان در هزینه‌های عمومی»<sup>۲</sup> و مسئولیت بدون تقصیر (مطلق و محض بر پایه نظریه خطر)<sup>۳</sup> ستیزآمیز با دولت برگرفته از رأی<sup>۴</sup> مزبور است (Long & Marceau, 2015: 1-8). در این دادخواهی<sup>۵</sup>، نخست مورد ستیز صلاحیتی دادگاه‌های اداری و قضایی فرانسه شد، شورای دولتی با نادیده انگاشتن دسته‌بندی پذیرفته‌شده جداسازی «رفتارهای حاکمیتی» از «رفتارهای تصدی» فرمانروایی، دولت و کارکنانش را به‌عنوان مقام و سازمان عمومی در «تکلیف خدمات عمومی» محکوم به تاوان کرد. نیز در راستای اندیشه درخشان «دولت پاسخگویی دوگانه» بوده است که شورای دولتی در رأی<sup>۶</sup> برجسته و پیشگام «لافلورت»<sup>۷</sup> به سود این شرکت سهامی فرآورده‌های لبنی که از ممنوعیت بازرگانی ماده ۱ قانون پشتیبانی از فرآورده‌های لبنی مصوب ۲۹ ژوئن ۱۹۳۴ زیان‌دیده بود، پاسخگویی مدنی را از سوی دولت (وزارت کشاورزی) ساز کرد (۱۴ ژانویه ۱۹۳۸). در این رأی، «مصونیت مدنی» سازمان قانونگذاری را بی‌نیاز به سازه «تقصیر» بر پایه اندیشه‌های «برابری همگان در پیشگاه قانون» و «هزینه‌های عمومی» و پایان بخشیدن به اثرگذاری «اعمال حاکمیتی» در هم کوبید (متیو، ۱۳۹۱: ۶۸). همین‌گونه است که در انگلیس بر پایه نصفت و وجدان خردمندان جامعه (قضات کامن‌لا)، پاسخگویی مدنی را در قوانین ناروا<sup>۸</sup> برای دادخواهی مدنی شهروندان از رفتار تقنینی مجلس و دولت آزاد می‌دانند. در حقوق عرفی، دادرسان از رویکرد خردمندانی که دستور زنده ملت را بر دوش می‌کشند، می‌توانند بر پایه حقوق بنیادین قواعد کامن‌لا را گسترش دهند و قوانین نارسا و ناروا با «اندیشه حاکمیت قانون»<sup>۹</sup> را بازسازی و دگرگون کنند (Douglas, 2013: 197).

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

۲. در اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی 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.

۳. «مسئولیت، خطر آزادی است»- ژوسران؛ برای دیدن نظریات گوناگون خطر (Risk Theory) و فلسفه آن ر.ک: بادینی، ۱۳۸۴، ۲۷۷-۲۴۱.

4. ( www.legifrance.gouv.fr: Arrêt Blanco, Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon

۵. دادخواهی پدری به طرفیت دولت، که خواهان آسیب بدنی وارده به دختر بچه‌اش به نام «بلانکو» (طبق قانون مدنی) شد.

6. www.legifrance.gouv.fr, (2017): Loi du 29 juin 1934 relative à la protection des produits laitiers.

7. L'Fleurette

8. Unjust laws

9. Borchard, P. (1091) Sovereignty Of Law

اندیشه حاکمیت قانون در برابر اندیشه حاکمیت دولت قرار می‌گیرد؛

<sup>۱</sup> در حقوق آلمان نیز پاسخگویی مدنی بوندستراک را در مواد ۱۵ و ۱ (دستور به همگان برای پاسداشت حقوق بنیادین) قانون بنیادین فدرال پیش‌بینی کرده‌اند، بر این پایه که قانون بوندستراک اگر در ستیز با اصول و حقوق بنیادین (همانند حق مالکیت) باشد، نامشروع و نارواست و باید جبران شود، زیرا اگر اصل مالکیت خصوصی نادیده انگاشته شده و اراضی شهروندان آلمانی ملی شود، دولت باید از چنین رفتار ناروایی تاوان بپردازد (ماده ۱۵ قانون بنیادین آلمان). به گمان ما این دیدگاه برای پاسخگویی مدنی حاکمیت تقنینی نیز خرد پذیر است، زیرا نخست، ناروایی ویژگی زیان است نه رفتار (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۲۲)؛ در حقوق مسئولیت مدنی آسیب به هر حقی که سرچشمه‌های حقوق (نه تنها قانون!) پدید آورده و در قلمرو پشتیبانی قانون باشد، زیان را به ورطه ناروایی می‌کشاند؛ دیگر اینکه «اصل هیچ‌زیانی نباید بی‌پاسخ بماند» بس است، تا زیان وارده چهره‌ای ناروا (غیرقانونی) و «درخواست شدنی» یابد. آن هم بی‌آنکه بدانیم دارنده رفتار زیانبار کیست؛ سوم اینکه اندیشه «فرمانروایی خوب<sup>۲</sup>» و «دولت پاسخگو» اگر بر پایه تئوری «حاکمیت قانون<sup>۳</sup>» باشد، ناروایی زیان‌زیان‌دیدگان برخاسته از سازمان بخشی قوانین و مقررات را مفروض می‌داند؛ هرچند نهش قانون رفتار فرمانروایی (عمل حکومتی) به‌شمار آید و درون‌مایه آن روا (مشروع) باشد؛ چون قلمرو «دادگری مدنی» زیان‌زیان‌دیده را بر نمی‌تابد. بنابر آنچه گفته شد، به‌طور کلی مسئولیت مدنی دانشی جدا از دانش‌های دیگر حقوق است و در همه شاخه‌های حقوق با قواعد و اصول خویش حضور دارد نه اینکه مسئولیت مدنی در حقوق عمومی جدا از سازمان و ساختار مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی با اصولی جداگانه باشد.<sup>۴</sup> در حقوق اروپایی نیز برای جلوگیری از سازمان یافتن قوانین ناروا و زیانبار، دولت‌های اروپایی بر دوش خویش با امضای معاهده ماستریخت دستورهایی را بر پایه این اصل پذیرفته‌اند که زیان‌های برآمده از سرپیچی

(Soverignty Of State) 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.

1. "The common law tradition and legal principles permit and require more of judges. Judges must develop the law. That, too, is a fundamental aspect of their legal obligation."

2. Good Government

۳. این اندیشه از گفتمان قانون‌مداری جداست The Supremacy Of Law Theory (Sherry, 1969: 58) این اندیشه را باید در قرن نوزدهم آغاز مکتب دستورگرایی دانست. در اندیشه شماری نویسندگان فرانسوی به «قتیسم قانون، یعنی اطاعت محض از قانون» معروف شده است. دویاکیه، ۱۳۳۲، ش ۲۰۳ و ۳۴۲، ۲۳۳.

4. See: David.Cohen, Tort Law and the Crown: Administrative Compensation and E Gbson (eds), York, Captus University Publications, First Published, 1993: 9, 11, 56

از حقوق اروپا قابل انتساب به رفتار دولت‌هاست و پاسخگویی مدنی بر پایه تقصیر به‌همراه دارد<sup>۱</sup> (متیو، ۱۳۹۱: ۶۸).

### ۳. «موازنه مدنی»، «داد ارزش‌گرایی مدنی» و «نظم ابزارگرایی مدنی»

در رابطه میان شهروند زیان‌دیده و رفتار قانونگذاری زیان‌آور، «موازنه مدنی»<sup>۲</sup> بر پایه «داد ارزش‌گرایی مدنی» برتری دارد نه «توازن مدنی» بر پایه «ابزارگرایی» و «نظم مدنی»! بهترین سنجه برای ارزش‌گرایی (عدالت) از «اندیشه تقصیر» سرچشمه می‌گیرد، زیرا درون سازمان قانونگذاری، «خرد»، فرمانرواست، همان‌گونه که سازمان مسئولیت مدنی را نیز «خرد» رهبری می‌کند و وضع نابخردانه از سوی چکیده خردمندان، «خیره‌سری» انگاشته می‌شود و اصول تمدن بشری در حقوق پیشرفته مسئولیت مدنی، در جامعه مدنی امروزی، کشیدن بار زیان را از سوی زیان‌دیده وضع قوانین!! نابخردانه و ناروا، روا نمی‌دانند، زیرا باور دارند که داد ارزش‌گرا (اندیشه) بر پایه اصول بنیادی تری استوار است و ریشه قواعد حقوقی را در قلمرو اخلاق نمایان تر می‌دانند (Cane, 1997: 24). بر این پایه که «عدالت مدنی» بر «ابزارگرایی» در همه گونه رفتارهای زیان‌آور ولو رفتار قانونگذاران چیره است<sup>۳</sup>، زیرا او فرمان می‌راند بر پایه «اصل پاسخگویی مدنی» آسیب‌دیدگان وضع ناروا یا ترک ناروای وضع، رابطه حقوقی پدیدآمده میان زیان‌دیده و دارنده رفتار زیانبار دوباره بی‌سازه تقصیر برابر گردد (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۰۴-۳۸۱). هرچند باید روشن ساخت در رفتار سازمان‌بخشان قانون (تصمیم‌مقامات عمومی) برجسته‌ترین نشان برقراری «موازنه و تراز» و «تعادل مدنی» که به سوی «عدالت مدنی» نشانه رفته، تقصیر (خیره‌سری) است؛ بی‌مایه و بی‌پایه فلاسفه مسئولیت مدنی نگفته‌اند که «تقصیر از فتوحات تمدن بشری است» (رواست)؛ در این زمینه شماری از استادان فرانسه همچون «پلانیول» باور دارند، در «مسئولیت مدنی بدون تقصیر»، یک بی‌عدالتی اجتماعی رخ می‌دهد، همانند اینکه «در حقوق کیفری بی‌گناهی مجازات شود» (بادینی، ۱۳۸۴: ۱۵۰ و ۱۵۶).

۱. استواری اصل برتری حقوق اروپایی بر حقوق ملی دولت‌های عضو نمونه‌هایی از این دست است و گویای اینکه اتحادیه اروپایی فراتر از اتحادیه و هماهنگی و همراهی دولت‌هاست. ر.ک: بارنت، ۱۳۸۶: ۱۰۸؛ متیو، ۱۳۹۱: ۶۱.  
 ۲. شماری از استادان تئوری موازنه را به نام یک فراگیر در همه پدیده‌های جهان هستی از فیزیک گرفته تا حقوق قراردادها و بیع گسترده می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۱). ما از این اصل برای آشکار ساختن توازن در روابط مدنی اشخاص در جامعه مدنی استفاده می‌کنیم و نام آن را «موازنه یا تراز مدنی» می‌نهیم. به باور ما، چنانچه این «موازنه مدنی» در هم بریزد، عدالت مدنی دوباره آن را متوازن می‌سازد.  
 ۳. اندیشه‌های ارزش‌گرایی و ابزار یا نظم‌گرایی: نباید این نظم‌گرایی را با ابزارگرایی در اندیشه‌های اقتصادی و کارایی آن برای استوار ساختن پاسخگویی مدنی بدون تقصیر که به سود زیان‌دیده است، در هم آمیخت. ر.ک: بادینی و مرادی، ۱۳۹۶: ۳۵-۱۹.

#### ۴. درون‌مایه ویژه تقصیر در رفتار «حاکمیت تقنینی»

به‌درستی بنیانگذار اندیشه تقصیر را به‌عنوان سنجه مسئولیت مدنی، باید فلاسفه‌ای همچون *اولیپین، ارسطو و کانت* دانست، زیرا آنها بنابر زیان به اصل حق و عدالت، قواعد مسئولیت مدنی را در چهره اخلاقی نمایش می‌دهند. همان‌گونه که به‌درستی گفته‌اند پایه فلسفی مسئولیت مدنی دولت، دادگری برای بازسازی زیان (عدالت اصلاحی) و دوباره برابر کردن تراز درهم فروریخته مدنی، بر پایه اندیشه‌های حق بنیان بزرگانی همچون *ارسطو* بوده که خاستگاه آن اندیشه فلسفه سیاسی حقوق بنیادی (فطری) لاکي - کانتی است که برداشت آنها از *تئوری قرارداد اجتماعی* به این پیامد رهنمون شده است.<sup>۱</sup> پس هرچند فرض روان این است که نیروی سازمان‌بخش قانون، *خردمندی* بی هرگونه خیره‌سری است، اما این عدم انتساب تقصیر سدی استوار برای به میان آوردن مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی نیست، زیرا نخست اینکه بنابر «اندیشه فرمانروایی خوب» و «اصل پاسخگویی مدنی» از سرچشمه «حاکمیت قانون» در بسیاری موارد با به میان آوردن مسئولیت مدنی بدون تقصیر بر پایه نظریه خطر همانند مسئولیت محض و مطلق و اندیشه‌های نوین «بدون تقصیر» همانند اندیشه «سازمان‌دهی زیان»، اندیشه «برابری هزینه‌ها»، «انتظارات مشروع»، «خدمات عمومی»، «بهره‌مندی» و «همبستگی اجتماعی» می‌توان بستر مسئولیت مدنی را فراهم ساخت، که اصلاً نیازی به روشن ساختن خطای اداری یا شخصی نمایندگان هم نیست؛ دوم اینکه می‌توان در شماری موارد، سازمان‌بخش قانون زیان‌آور را در بستر سازمان‌دهی قانونگذاران متعارف گذاشت و بدین‌سان برای قانونگذاران (نمایندگان) در رفتار یا ترک ناروای قانونگذاری، تقصیر را شناخت؛ سوم اینکه تقصیر در رفتار حاکمیت تقنینی درون‌مایه و سنجه‌ای ویژه دارد، زیرا در رفتار قانونگذار، سرپیچی از حقوق بنیادین، قانون بنیادین، حقوق مکتسب، قواعد نظم عمومی (اخلاقی، فرهنگی و اقتصادی و...) و وضع تقصیرآمیز قانون زیانبار، سرپیچی از رفتار یک قانونگذار متعارف بوده، خیره‌سری است؛ چهارم اینکه اکنون برون‌رفت از قلمرو قاعده «قانونگذار خردمند است و خطا نمی‌کند»، همانند فرض خردمند بودن قاضی و خردمندانه بودن اعمال قضایی وی، دشوار نیست (اصل ۱۷۱ قانون اساسی). در خطای سازمانی و شخصی کارگزاران قانون (نمایندگان) نیز تقصیر، درون‌مایه ویژه‌ای دارد، زیرا سنجه آن گسیختن حقوق بنیادین، حقوق مکتسب، قانون بنیادین (اساسی) و قواعد نظم عمومی جامعه است، البته به‌درستی

۱. «عدالت اصلاحی... در جهت اصلاح هر نوع عدم توازن به‌وجود آمده..نگرشی «حق-بنیان» است.. ارسطو و پس از او، ایمانوئل کانت، نخستین کسانی بودند که این تئوری را مطرح نمودند..خاستگاه [ آن]، نظریه حقوق طبیعی و قرائت جان لاک و کانت از تئوری قرارداد اجتماعی است»: زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۱: ۳۲.

می‌توان همانند استادان<sup>۱</sup> بزرگ حقوق مسئولیت مدنی فرانسه گفت (ژوردن؛ ۱۳۹۳: ۷۱) که تقصیر همان سرپیچی از دستور پیشین است (پلانیول<sup>۲</sup>).

## ۵. چالش‌های فلسفی «پاسخگویی مدنی»

افزون‌بر چالش‌های فلسفه قدرت در قلمرو حقوق عمومی<sup>۳</sup>، مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی، چالش‌های بسیار برجسته‌ای در حقوق مسئولیت مدنی دارد؛ چالش بنیادی این است که چگونه می‌توان ویژگی‌های رفتار زیانبار همانند ناروایی (نامشروعیت) و خیره‌سری (تقصیر) در ساختار پاسخگویی مدنی را به رفتار قانونگذاران (واضعان)، چه سازمان‌های قانونگذاری (اشخاص حقوقی) و چه اشخاص حقیقی قانونگذار (مقامات عمومی) وابسته دانست؟ «اصل مصونیت فرمانروا»<sup>۴</sup> حکمفرماست؛ بنابراین بر پایه «اندیشه‌های تقصیر»<sup>۵</sup> (درهم شکستن حقوق بنیادین<sup>۶</sup>، درهم کوبیدن حقوق مکتسبه<sup>۷</sup>، گسیختن اصول بنیادین<sup>۸</sup>، گسستن نظم عمومی<sup>۹</sup> و قانون‌شکنی<sup>۱۰</sup>) رفتار خیره‌سرانه و زیان‌آور حاکمیت تقنینی را درون سازمان مسئولیت مدنی جای دهیم؛ اکنون بازنگری چالش‌ها و پاسخ آنها؛

### ۱.۵. چالش نامشروعیت «ناروایی» در رفتار قانونگذاری

در حقوق ما بر پایه ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹) از واژگان «بدون مجوز قانونی» ناگزیری نامشروعیت و جدایی آن از ویژگی خیره‌سری (بی‌احتیاطی و بی‌مبالایی) دریافت می‌شود؛ به دیگر سخن، هر رفتار غیرقانونی، ناگزیر آمیخته با خیره‌سری (تقصیر) نیست (امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۷۸)، از این روست که رفتار زیانبار و ناروای شخص خواب یا مست خیره‌سرانه

۱. پاتریس ژوردن استاد دانشگاه سوربن و مارسل فردیناند پلانیول.

2. Marcel Ferdinand Planiol (1853-1931) استاد بزرگ حقوق فرانسه

۳. در مقاله‌ای علمی- پژوهشی پذیرفته‌شده دیگر در همین مجله با عنوان «نگرشی انتقادی به موانع حقوق عمومی مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی (قوة مقننه) به همه چالش‌های حقوق عمومی پاسخ علمی داده شده و راه برای تسخیر دژ پرشکوه قانونگذاران باز شده است.

۴. «حقوق مسئولیت مدنی» دولت تا جایی پیش رفته که معاهده اروپا دادگاه قانون اساسی اروپا را سازمان داده است (معاهده ۱۹۹۲ ماستریخت هلند)، به گونه‌ای که به میان آوردن «پاسخگویی مدنی» دول عضو را در سازمان‌دهی قوانین زبان‌آور، هموار ساخته است؛ European Court Justice (بارنت، ۱۳۸۶: ۹۵).

5. Sovereign Immunity Principle
6. Fault Theory
7. Breach of Fundamental Rights
8. Breach Acquired Rights
9. Breach Constitutional Ruled or Sources
10. Breach of Public Policy
11. Breach of Rule



به‌شمار نیاید؛ ویژگی «ناروایی» را در شماری نظام‌ها (فرانسه) با «تقصیر» یکسان دانسته‌اند (ژوردن، ۱۳۹۱: ۶۴-۶۳)؛ به‌گونه‌ای که آن را این‌گونه بازشناسی کرده‌اند: کاری ناروا که بتوان به دارنده رفتار وابسته دانست. اما باید دانست که بسیاری از کارهای خیره‌سرانه زیانبار، ناروا نیستند (همانند اجرای حق تصرف نامتعارف و بیش از نیاز - ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران)، اما پاسخگویی مدنی به‌بار می‌آورد. باید افزود رفتار بدون مجوز قانونی که از سوی کودک غیرممیز و دیوانه سر بزند، خیره‌سری (تقصیر) به‌شمار نمی‌رود، اما پاسخگویی مدنی به‌همراه دارد (ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی). در برابر رفتار قانونی (اصل حق اجرای حق)، روایی را داراست، اما خیره‌سرانه است (سوء استفاده در اجرای حق) (امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۷۸). اکنون پرسش بنیادی این است که قانونگذاری که خودش روایت قانونی را برای هر رفتاری سامان می‌بخشد، چگونه می‌توان رفتار را با وصف نامشروعیت (ناروایی) گره زد؟! تا بتوان ساختار پاسخگویی مدنی را در رفتار او، پیدا کرد. هواداران این اندیشه سخت و استوار ایستاده‌اند که سازمان‌بخشان قاعده حقوقی فرمانروایی را در دستان قدرتمند خویش دارند و رفتار حاکمیتی را در قالب فرمان همگانی نمایان می‌سازند و این توانایی برجسته‌ترین ویژگی فرمانروایان مشروع یک جامعه مدنی است که به دولت واگذار می‌شود. قانونگذار برگزیده مردم (اراده جمعی)، همیشه شایسته‌ترین هنرجار بنیادین (قانون) را سازمان بخشیده‌اند (متیو، ۱۳۹۱: ۲۰)؛ فرضی که نمی‌توان در برابر آن به ستیز درآمد. همچنین نشان دادن ناروایی در رفتار سازمان‌های قانونگذاری (حاکمیت تقنینی) برای ساختار پاسخگویی مدنی، نشدنی و بس دشوار است (متیو، ۱۳۹۱: ۶۸)، چراکه با پذیرش آن ناگزیر باید چیرگی ارزیابی دادرسان بر سازمان قانونگذاری و توانایی واری قانون (رفتار قانونگذار) را از سوی آنها بپذیریم (غمای، ۱۳۷۶: ۷۶-۷۵). به‌درستی می‌توان گفت این دیدگاه به بینشی ویژه از فلسفه قدرت و چگونگی آفرینش قانون در نظام‌های گوناگون حقوقی برمی‌گردد؛ همانند وابستگی مکتب فلسفی تحقیقی (اجتماعی) که به نگرشی ویژه به مبنا و سرچشمه حقوق منجر می‌شود، زیرا بر پایه پوزیتیویسم<sup>۱</sup>، قانون به عنوان اراده فرمانروا و رفتار حکومتی تنها چشمه جوشان حقوق است و بی‌هیچ وجهی نمی‌تواند ناروا و نامشروع باشد، زیرا بنابر مصالح عمومی برای سامان‌دهی روابط کسان و دمیدن پیوستگی، نظم و داد در جامعه سازمان می‌یابد. از سویی باید از رهگذر مصونیت دولت تقنینی، «تنگنای بودجه همگانی» را پاس داشت تا سازمان دولت و کارگزارانش بهتر، بی‌دغدغه بتوانند خدمات عمومی را به نمایش بگذارند و سرمایه‌ها بر پایه برابری نسل‌ها برای آیندگان بماند (اندیشه).

## ۲.۵. چالش تقصیرآمیزی رفتار قانونگذار

### 1. Positivism

قانونگذاران، در سنگر «اصل مصونیت حاکمیت تقنینی»<sup>۱</sup> و قاعده «فرمانروا رفتار خطاآمیز ندارد»<sup>۲</sup> دامن خویش را از هرگونه خیره‌سری و خبط دور می‌انگارند؛ شماری از اندیشمندان حقوق عمومی از دیرباز با نگاه به مصونیت حاکمیت تقنینی، سنجۀ خیره‌سری<sup>۳</sup> (تقصیرآمیز بودن رفتار) را با رویکردی شخصی و اجتماعی بی‌ارزش می‌دانند، چون بر این باورند که نظام مسئولیت مدنی سازمان قدرت، ساختاری جدا و آشکارا بیرون از قلمرو ساختار و داده‌های مسئولیت مدنی حقوق خصوصی ست (Cohen, 1993: 9, 11, 56) و خیره‌سری را به حاکمیت، قابل پیوند نمی‌دانند؛ به‌ویژه اینکه شناخت فلسفی و اخلاقی «خیره‌سری»، درون‌مایه‌ای پیچیده دارد. (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۴۷-۳۴۶). از سویی، پایه‌های مادی و معنوی سازه تقصیر، پذیرش پاسخگویی آنها را دشوارتر می‌سازد، زیرا پایه مادی تقصیر، کژی در رفتار است (جلیلوند، ۱۳۷۳: ۸۰-۷۹) که می‌تواند در «خواست» دارنده رفتار باشد یا نباشد؛ ناهنجاری در رفتار همگان گمانه‌زنی شده است، مگر رفتار قانونگذار. پایه معنوی خیره‌سری، همان دریافت ذهنی (ادراک) است. درباره رفتار سازمان قانونگذاران برخاسته از سختی پیوستن وصف خیره‌سری به آن، ساختار مسئولیت مدنی را دشوار می‌کند (Owen, 1995: 201). شایان بیان است، «تقصیر» در ساختار حقوقی بیشتر کشورها برجستگی دارد. شماری از فلاسفه مسئولیت مدنی دلیل برجستگی ویژگی تقصیر در ساختار مسئولیت مدنی را در همسویی آن با سنجۀ انصاف و عدالت در دادخواهی می‌دانند. حال آنکه در مسئولیت محض که نیازی به آشکار ساختن تقصیر مدنی نیست، این‌گونه نیست (بادینی، ۱۳۸۴: ۱۵۳). هرچند گمان می‌رود، گرایش بیش از اندازه به پایه خیره‌سری (تقصیر) در رفتار زیانبار، به تکیه بر خود رفتار منجر شود تا پیامد آن (تاوان) که اندیشه کیفرگرایی عدالت کیفری (اصل تناسب جرم و کیفر) را در مسئولیت مدنی استوار می‌سازد.<sup>۴</sup> اکنون «خیره‌سری» برجسته‌ترین ویژگی بازخواست مدنی است؛ چنانکه ماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان و مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قوانین مدنی فرانسه و بلژیک و ماده ۴۱ قانون تعهدات سوئیس، به‌ویژه قوانین مدنی بیشتر کشورهای پیشرفته، گواه آن است (امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۸۷). پیروان «مصونیت مدنی» قانونگذار از ویژگی خیره‌سری، از دشواری وابستگی آن به رفتار قانونگذاران، بسیار بهره جسته‌اند (ابوالحمد، ۱۳۷۱: ۲۹). در جایی هم که بتوان مسئولیت مدنی برای قانونگذاری آورد، مبنایی منهای خیره‌سری گمان کرده‌اند (ابوالحمد، ۱۳۷۱: ۳۰؛ غمامی، ۱۳۷۶: ۷۵).

1. The Rule of Immunity of Legislature's Sovereignty from tort liability is rooted in this principle that "the king can do no wrong".

2. The Rule of The King Can Do No Wrong

3. Fault Theory

۴. درباره اندیشه‌های پایه تقصیر اعم از صورت‌گرایی و کیفرگرایی پژوهش ارزشمندی انجام گرفته است؛ ر.ک: بادینی، ۱۳۸۴:

۱۷۴-۱۳۷.

افزون بر آنکه طرح «خطای سازمانی»<sup>۱</sup> نیز برخاسته از درون‌مایه ویژه رفتار معنوی تقنین و نیز به میان آوردن «تقصیر شخصی» نمایندگان در مذاکرات مجلس بسیار دشوار است (طباطبائی، ۱۳۹۴: ۴۲-۴۱؛ ۱۳۷۴: ۳۹۸ و ۴۰۸؛ زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۵۷۲)؛ به‌ویژه اینکه خودشان قاعده تقصیر را در قانون به نمایش می‌گذارند؛ چه بسا آنها با کم‌بینشی تقصیر خویش را نادیده بینگارند (ابوالحمد؛ ۱۳۷۱: ۳۰). هویدا است که اکنون در حقوق عمومی نیز با نگاهی ژرف به اندیشه حاکمیت حقوق بنیادین بر واژگان قانون و اصل پاسخگویی دولت (دوگی)، درون دادخواه فلاسفه مسئولیت مدنی به سوی شکوه سازه «تقصیر» می‌کشاند، زیرا برای دولت نمی‌توان ساختاری تافته در حقوق عمومی آورد؛ هرچند گرایش به کنیفرگرای<sup>۲</sup> آشکار شود. پس می‌توان مسئولیت مدنی دولت و ساختار آن (دادرسان، مجالس و نمایندگان) را همانند پاسخگویی مدنی و کلاسی دادگستری و پزشکان... در قلمرو فرمانروایی سازمان مسئولیت مدنی دانست و درون‌مایه ویژه از خیره‌سری را بر آنها به نمایش گذاشت. باید افزود که حقوق اروپایی نیز گرایش به اندیشه خیره‌سری دارد، زیرا ماده ۱۳ قانون اتحادیه اروپا و نیز آرای شورا دولتی فرانسه همانند آرای «دریانکرت<sup>۳</sup> و<sup>۴</sup>» و «ماگیرا»<sup>۵</sup> بر پایه تقصیر، دولت را وارد قلمرو مسئولیت مدنی کرده است.

### ۳.۵. چالش شخصیت حقوقی دولت و انتساب‌ناپذیری و تقصیرناپذیری

چالش دیگری که به سود اندیشه مصونیت مدنی تقنینی در میان می‌باشد، این است که چون دولت شخصیت حقوقی دارد<sup>۶</sup> و وجود استومند برونی (حقیقی - ذاتی) ندارد و این، سازمان مینوی درونی (مجازی - اعتباری)، گردانندگان انسانی (ارگان) دارد و توان گفت رفتارهایی که بنام آن ساختار می‌پذیرد، رفتارهای اشخاص طبیعی است که زبان‌های برآمده را نمی‌توان وابسته به آنها دانست. (والتر، ۱۳۸۶: ۲۵۹) ازینرو، درست نیست که پیامد زبان‌بار رفتارهای

۱. این تقصیر سازمانی را باید با تقصیر سازمانی به معنی مسئولیت محض (Strict liability) جدا دانست؛ گویا تقصیر سازمانی به همین معنا هم دور از خطای سازمانی یا اداری که ناشی از نقص تشکیلات و ساختار و سوء تدبیر و مدیریت سازمانی، که خود از جنبه‌های گونه‌گون تقصیر است، نباشد. کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۲-۳۱.

۲. برای دیدن نظریه کنیفرگرای در مسئولیت مدنی به‌عنوان یک دیدگاه ر.ک: بادینی، ۱۳۸۴: ۱۷۱-۱۶۲.

۳. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007645197&fastReqId=441911202&fastPos=2>  
www.legifrance.gouv.fr, 2017: Conseil d'Etat, Section, du 26 janvier 1973, 84768, publié au recueil Lebon

۴. پلیس پاریس با دستوری غیرقانونی برای دارنده یک گردشگاه، کار کردن با دستگاه‌های مسابقه‌ای رابرای گردشگران قدغن کرد که به رأی ۲۶ ژانویه ۱۹۷۳ انجامید.

۵. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008099419/Conseil d'Etat statuant au contentieux: N° 87753](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008099419/Conseil%20d%27Etat%20statuant%20au%20contentieux%3A%20N%2087753)

۶. در مورد اندیشه‌های گوناگون پیرامون شخصیت حقوقی اعم از حقیقی بودن (گیرگ، هوریو و مستر)، مجازی بودن (ساوینی) و اعتباری بودن (والین و ودل) آن؛ ر.ک: طباطبائی مومنی، ۱۳۷۴: ۲۸۷-۲۸۱.

انسان‌های ناپرهیز را وابسته (منسوب) به این اشخاص (حقوقی) کرد (Bar, 1990: 190)، به‌ویژه اینکه پاسخگویی مدنی بدین‌گونه، تنها از دارایی سازمان عمومی نمی‌کاهد و هزینه پرداختی بر دوش همگان بار می‌شود. این گفت‌وگوها در مرزهای «رابطه سببیت» برای راه‌اندازی سازمان مسئولیت مدنی می‌گنجد. به دیگر سخن، تخصیص‌پذیری رفتار زیان‌آور در رابطه سببیت رفتار حاکمیت تقنینی و زیان دشوار است (انتساب‌ناپذیری). درحالی‌که «وجود و اثبات رابطه علیت میان عمل دولت و زیان وارده-همانند وقوع زیان-رکنی حتمی از ارکان مسئولیت مدنی است» (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۵۷۳). آشکار است که اصل «اختصاص داشتن<sup>۱</sup>» تنها چالش ساختاری مسئولیت مدنی دولت در «تقصیر سازمانی» شخص حقوقی است، زیرا این چالش، نمی‌تواند برای مسئولیت شخصی کارکنانی که در روند زیان‌تقصیرکار بوده‌اند، سدی بسازد (مفهوم سستی رابطه علیت). درباره سازه «خیره‌سری» در رفتار زیانبار سازمان قدرت تقنینی باید گفت، تقصیر دارای دو پایه مادی (رفتار یا ترک رفتار) و پایه معنوی (اراده) است؛ شخص حقوقی دولت (سازمان عمومی) از روان و ذهن و اراده درست (واقعی) بهره‌مند نیست تا سازه تقصیر را بیافریند (Gholding, 2005: 222). از این رو که سازمان مسئولیت مدنی بر سازه تقصیر استوار است، زیرا آفرینش رفتار خط‌آمیز به اراده (ذهن) بستگی دارد؛ بنابراین بدون پایه روانی، تقصیری در کار نیست. چون نمی‌توان بی‌مبالاتی یا بی‌احتیاطی و اشتباه در رفتار زیان‌آور را، به او وابسته کرد. چنانکه از رویکرد ارزش‌گرایی (اخلاقی) نتوان تقصیری را به رفتار کسی پیوسته ساخت، تنها با رفتار آسیب‌زا، ساختار سازمان مسئولیت مدنی سامان نمی‌یابد. از این روست که باور دارند سازمان‌های قانونگذار از آنجا که دارای شخصیت حقوقی جداگانه‌اند، توانایی ایجاد رکن معنوی تقصیر را ندارند و نباید برای جبران زیان برآمده از وضع قوانین بازخواست شوند. (ژوردن، ۱۳۹۳: ۱۱۷). باید افزود هر دو چالش فلسفی برآمده از شخصیت حقوقی دولت (انتساب‌ناپذیری و تقصیرناپذیری)، با طلوع نظریه «خطای سازمانی» و نظریه ارگانی (اندامی)، رو به غروب نهاده است. پیامد این دیدگاه به سازمان یافتن قانونی شخصیت و اهلیت اشخاص حقوقی انجامیده است (ماده ۵۸۸ قانون تجارت<sup>۲</sup>) و ابزار اندیشه اندامی مسئولیت مدنی قوه مجریه را با بیان «تقصیر تشکیلات» در ماده قانونی نهادینه کرده است (ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی<sup>۳</sup>). همچنین روان این اندیشه را در مبنای اصل ۱۷۳ قانون اساسی سازمان دادرسی دیوان عدالت اداری جان بخشیده و تا جایی پیش رفته است که می‌توان بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و مقررات دولتی ستیزآمیز با قانون والاتر را درهم کوبید و از

#### 1. Allocation

۲. «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است...»

۳. ماده ۱۱: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها ... هر گاه خسارات وارده ... مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است.»

میان برداشت (ماده ۱۲ قانون ت.آ. دیوان عدالت اداری)<sup>۱</sup>. یا در اصل ۱۷۱ قانون اساسی مبنای پاسخگویی مدنی حاکمیت قضایی را تقصیر سازمانی دانسته اند<sup>۲</sup>؛ هرچند گروهی مسئولیت اشخاص حقوقی را در زمره مسئولیت برآمده از رفتار دیگری می‌آورند (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۶۴؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۲۶).

#### ۴.۵. چالش درون‌مایه رفتار قانونگذاری و دشواری احراز وابستگی میان آن و زیان

رفتار تقنینی (تصمیم)، دو دشواری برای سازمان یافتن مسئولیت مدنی، به‌همراه دارد؛ نخست چالشی که از درون‌مایه آن است؛ اینکه چنین رفتاری عمل مادی است یا معنوی؟ اگر معنوی است، در مرزهای اعمال حقوقی جای دارد یا وقایع حقوقی؟ دومین سختی که نمایش می‌دهد، احراز وابستگی میان آن و زیان وارده است؛ به‌ویژه آنکه در خلقت قانون، تصمیم اکثریت نمایندگان کارساز است و چه‌بسا شناسایی دارنده رفتار از میان گروهی از آنها کار دشواری است. چون قانونگذاری از قصد انشا ناگزیر است، ماهیت رفتارهای معنوی را داراست که پس از گفت‌وگوی نمایندگان با تصمیم اکثریت، با فرایند چهارگانه تصور، سنجش، تصمیم و اجرای تصمیم پدید می‌آید و اراده انشایی را می‌سازد. بنابراین در قلمرو اعمال حقوقی و در زمره ایقاعات است و درباره نقش آفرینی آن در ساختار مسئولیت مدنی بسیار کوتاه، سخن گفته‌اند؛ گویا باید به سختی آن را از میان نوشته‌های حقوق مسئولیت مدنی بیرون کشید. بدیهی است که رفتار هر شخص، آنگاه به جهان حقوق وارد می‌شود و به سخن دیگر، درون مرزهای اعمال حقوقی یا وقایع حقوقی آرام می‌گیرد که پیامدی حقوقی (تعهد) در رابطه مدنی با دیگران داشته باشد؛ از این‌رو رفتارهای ذهنی صرف همانند اعمال مادی صرف، شاید پاسخگویی اخلاقی یا مذهبی به‌همراه داشته باشد، اما پاسخگویی مدنی به‌همراه ندارد (Prosser, 1977: 148). در حقوق انگلیس تا سال ۱۸۹۷ میلادی<sup>۳</sup> باور سنتی بر این بوده است که برای تحقق مسئولیت مدنی، فعل باید فیزیکی یا مادی باشد و بدین ترتیب رفتار زیانبار معنوی را

۱. در حقوق ایران، بر پایه اصل ۱۷۳ قانون اساسی «دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به مقررات دولتی زیان‌آور و ابطال آنها پیش‌بینی شده است. دادرسان دادگستری نیز بر پایه اصل ۱۷۰ قانون اساسی تکلیف قانونی دارند این‌گونه تصمیمات دولتی (تصویب‌نامه، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها...) را چنانچه با ارزیابی خودشان در ستیز با قوانین رده بالاتر هرم قانونی دیدند، با خودداری از اثربخشی، آنها را ناکام بگذارند.

۲. اصل ۱۷۱: «هر گاه در اثر اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به‌وسیله دولت جبران می‌شود، و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.»

3. Wilkinson V. Downton

مسئولیت آور نمی‌دانستند<sup>۱</sup> (Padfield, 1992: 194). در حقوق ما از گذشته تا کنون شماری از نمونه‌های روشن‌تر رفتارهای غیرمادی را در مرزهای رفتارهای مسئولیت‌آور آورده‌اند، بی‌آنکه پژوهش گسترده‌ای درباره آنها انجام گیرد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۷۸-۷۵). به هر حال، روشن است که با رفتارهای تجریدی در نمونه‌های انعقاد یا فسخ ناپهنگام قرارداد، ثبت یا عدم ثبت واقعه نکاح، دادخواهی واهی یا عدم دادخواهی شایسته و سازمان‌دهی سند تجاری... مسئولیت مدنی گرد می‌آفریند. افزون‌بر آن در قلمرو قوانین کیفری، شماری از چنین رفتارهایی به‌طور جسته‌وگریخته در رکن مادی جرم پذیرفته شده است.<sup>۲</sup> رفتار وضع از سوی دولت چه وضع قانون (عادی و بنیادین) و چه مقررات دولتی<sup>۳</sup>، همگانی (طباطبایی: ۱۳۷۴: ۳۰۰-۳۰۱) یا شخصی<sup>۴</sup> باشد.<sup>۵</sup>

## ۶. نتیجه

در مسئولیت مدنی بهترین شاهین تعادل مدنی میان عامل زیان و زیان‌دیده، پایه زرین «تقصیر» است. می‌توان همانند حقوق فرانسه وصف تقصیر و نامشروعیت را یکی دانست که هر جا به گفته «پلانیول» درهم شکستن تکلیف پیشین رخ داد، هم خیره‌سری باشد هم ناروایی؛ یا چون در حقوق ما گریز و گزیری از هر دو وصف در رفتار زیانبار برای سازمان یافتن مسئولیت مدنی نیست، ناروایی (نامشروعیت) را تصمیمات عمومی بیرون از مرزهای صلاحیت قانونی دانست و گسیختن قانون مقام عمومی والاتر در هرم قانونی را تقصیر مدنی دانست. خودداری ناروا از تصمیم‌گیری، سازمان‌تقنین و مقامات عمومی خیره‌سری است و در قلمرو پرداخت پاسخگویی مدنی آرام می‌گیرد. از این رو، برای شناسایی درونمایه ویژه تقصیر قانونگذار باید بر پایه هرم قانونی (از قانون اساسی تا دستور و تصمیم اداری ساده) پیش رویم؛ درهم فروریختن نظامات عمومی، حقوق بنیادین، اصول بنیادین و حقوق مکتسب از مجلس قانونگذار بنیادین در سازمان‌دهی اصول آن را می‌توان تقصیر حرفه‌ای نمایندگان دانست که وضع تقصیرآمیز را سازمان می‌بخشد و می‌توان قانون‌ستیزآمیز با آنها را به پوچی (بطلان) و پوکی (عدم نفوذ)

۱. در قضیه بالا عامل زیان به زیان‌دیده به دروغ (شوخی) گفته بود که شوهرش در حادثه‌ای به شدت آسیب دیده است که در نتیجه آن زیان معنوی به او وارد ساخت.

۲. مواد ۳۲۶ و ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی مصادیقی از آنها را متأثر از نظام مذهبی (فقه) بیان داشته است (هراس برخاسته از صدا یا فریاد و آسیب و مرگ زیان‌دیده: قصاص؛ یا ترساندن و گریز و افتادن و مرگ: ضمان دیه).

۳. آیین‌نامه، مصوبه، بخشنامه، دستورالعمل و دستور ساده اداری.

### 4. les décisions administratives individuelles et personnelles

۵. گواهینامه، پروانه‌ها، اظهارهای اداری و احکام استخدامی.

۶. ناروایی (نامشروعیت) همان توصیف بدون مجوز قانونی در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی است که از پایه تقصیر (بی احتیاطی و بی‌مبالاتی) جدا شده است.

کشاند. آرزو (پیشنهاد) می‌کنیم که دادگاهی همچون دادگاه قانون اساسی اروپا (ECJ) در قاره آسیا! سازمان خود را ببیند تا قانون بنیادین ناروا را نیز یارای بازخواهی مدنی باشد. در حقوق ایران برای قانونگذاران عادی سربچی از نظم عمومی (مذهبی) و قانون بنیادین، «تکلیف پیشین»، سازوکار تقصیر است (اصل ۷۲ ق.ا) که بر رفتار نمایندگان (اکثریت) استوار شده است (تقصیر شخصی نمایندگان)؛ پس به کمک این ابزار می‌توان قانون سست‌آمیز با اصول قانون اساسی و نظامات عمومی و حقوق بنیادین و حقوق مکتسب را از میان برداشت و تا جایی پیش رفت که شایستگی رسیدگی را بنابر حق بنیادین دادخواهی زیان‌دیدگان در اصل ۳۴ قانون اساسی و اصل صلاحیت عام دادگستری (اصل حاکمیت قضایی در دادخواهی‌ها) قانونگذاران عادی را به دادرسی مدنی کشاند. در فرانسه، با رأی لافلورت از طریق دولت (وزارت کشاورزی)، قانون زیان‌آور و ناروای خانه ملت را به دادگاه پاسخگویی مدنی بردند، به‌ویژه اینکه آنجا هم مسئولیت مدنی گرایش به سوی اندیشه تقصیر دارد (آرای دربانکرت و ماگرا از شورا دولتی فرانسه). درخواست نسخ قانون ناروا از سوی حاکمیت قضایی برای اعاده به وضع پیش از وضع (اصل جبران و اصل جلوگیری از پیشروی زیان) پذیرفتنی است. تا هنگامی که دادگاهی همانند دادگاه قانون بنیادین (ماده ۹۳) فدرال آلمان برای از میان برداشتن قوانین ناعادلانه بوندستراگ و پاسخگویی مدنی حاکمیت تقنینی آفریده می‌شود، شایسته است بتوان با بهره‌مندی از صلاحیت گسترده سازوکار کمیسیون اصل ۹۰ برای طرح نسخ چنین قوانینی و اعاده به وضع پیشین در مجلس سخن به‌میان آورد. درباره تصمیمات دولتی، سربچی قوه اجرایی از قانون اساسی، عادی، اصول، حقوق بنیادین و مکتسبه، تقصیر حرفه‌ای مدیر خیره‌سر را رقم می‌زند؛ همین‌گونه است تصمیمات اداری دیگر که اگر از قانون مافوق در هرم قانونی روی‌گردان باشند یا در ستیز با اصول بالا باشند، آن تصمیم ستیزآمیز باطل است و مقام عمومی تصمیم‌گیرنده، رفتار تقصیرکارانه را سازمان می‌بخشد. در «قانونگذاری ناروا» و «ترک ناروای قانونگذاری» مقررات زیان‌آور دولتی پیش‌بینی قانونی شده است که زیان‌دیده می‌تواند بر پایه حق دادخواهی (اصل ۳۴) و اصل ۱۷۳ قانون اساسی و بند ۱ ماده ۱۰ و مواد ۱۱ و ۱۲ (ابطال تصمیم‌های مقامات عمومی و اعاده به وضع پیشین) قانون ت. آ. دیوان عدالت اداری، مقررات دولتی را به دادرسی اداری-مدنی بکشاند و ناروا و تقصیرآمیز بودن آنها را روشن سازد و از دادگاه مدنی بخواهد زیان برآمده از تصمیمات دولتی برآورد شود و دستگاه دولتی شکست مدنی بخورد. همچنین از این هم پیشتر رفته‌اند تا جایی که برای جلوگیری از زیان آینده، بر پایه تبصره ماده ۱۰ (اصل جلوگیری پیشروی زیان) می‌توان این تصمیمات را ابطال و اعاده به پیش از وضع ساخت. بنابراین، بر پایه عدالت و موازنه مدنی، اگر قانونگذاری و تصمیمات مقام‌های عمومی ناروا، ناعادلانه و زیان‌آور باشد، پاسخگویی مدنی رواست. در

پایان، چون نیک بیندیشیم دریابیم، قانونی که ناروا و خیره‌سرانه و آسیب‌رسان در کام مردم است، برای آفریننده آن پاسخگویی مدنی می‌آفریند!

## منابع

### الف) فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۱). *مسئولیت مدنی دولت، مجموعه مقالات (تحولات حقوق خصوصی) زیر نظر استاد کاتوزیان، چ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.*
۲. امیری قائم‌مقام، عبدالحمید (۱۳۸۵). *کلیات حقوق تعهدات- وقایع حقوقی، چ سوم، تهران: میزان.*
۳. بادینی، حسن؛ مرادی، مهدی (۱۳۹۶). «*کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق*»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۷، ش ۱.*
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۴). *فلسفه مسئولیت مدنی، چ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپخانه نگاران شهر.*
۵. بارت، اریک (۱۳۸۶). *مقدمه‌های بر حقوق اساسی، برگردان عباس کلخدایی، چ دوم، تهران: میزان.*
۶. بوشهری، جعفر (۱۳۹۰). *حقوق اساسی (دوره ۵ جلدی)، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپخانه حیدری.*
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *فلسفه عمومی حقوق، بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه، چ نخست، تهران: گنج دانش.*
۸. جلیلووند، یحیی (۱۳۷۳). *مسئولیت مدنی قضاوت و دولت، در حقوق ایران، فرانسه، آمریکا و انگلیس، تهران: یلدا.*
۹. دوپاکیه، کلود (۱۳۳۲). *مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق، ترجمه دکتر علی محمد طباطبائی (ذوالمجد)، چ دوم، تهران: چاپخانه بوذرجمهری.*
۱۰. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹). *مسئولیت مدنی دولت، دوره دوجلدی، چ ۲، چ اول، تهران: میزان.*
۱۱. ژوردن، پاتریس (۱۳۹۴). *اصول مسئولیت مدنی، برگردان مجید ادیب، چ چهارم، تابستان، تهران: میزان.*
۱۲. ----- (۱۳۹۱). *تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، مجید ادیب، چ دوم، تهران: میزان.*
۱۳. طباطبائی موتمنی، منوچهر (۱۳۷۴). *حقوق اداری، چ دوم، تهران: سمت.*
۱۴. ----- (۱۳۹۴). *حقوق اداری تطبیقی (حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ)، چ هفتم، تهران: سمت.*
۱۵. غمامی، مجید (۱۳۷۶). *مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود با دیباچه دکتر ناصر کاتوزیان، چ اول، تهران: دادگستر.*
۱۶. قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۷). *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چ پنجم، تهران: میزان.*
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، چ ۲، چ سیزدهم، تهران: دانشگاه تهران.*
۱۸. ----- (۱۳۹۰). *مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید، چ سوم تهران: انتشارات دانشگاه تهران.*
۱۹. متیو، برتران (۱۳۹۱). *قانون، ترجمه مجید ادیب، چ اول، تهران: میزان.*
۲۰. والتر، جی، جامپیون جونینور (۱۳۸۶). *مسئولیت مدنی در ورزش، برگردان: حسین آقایی‌نیا، چ چهارم، تهران: دادگستر.*

### ب) خارجی

21. Bar Von Christian (1998), *The Common European Law Of Tort*, Vol. 1, London : Oxford, Clarendon Press.
22. Cane Peter (1997), *The Anatomy of Tort Law*, London: Oxford, University Press.
23. Cohen, David (1993), *Tort Law And The Crown: Administrative Compensation And E Gbson (eds)*, York: Captus University Publications.
24. Rosenbloom Divid. H (1980) " Public Adminestrators Official Immunity and Superume Court" Development Diuring The 1970 s, Public Administration Review, Vol.40.



25. Douglas E. Edlin (2013), *Judges and Unjust Laws*, USA: MISHIGAN printed by university of Mishigan press.
26. Duguit Leon (1930), *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris: Tome 3, 3<sup>ème</sup> Edition.
27. Borchard Edwin M. (1927) "Governmental Responsibility In Tort History, and Theory", *Yale Law Journal*, Vol. XX XVI, No. 8.
28. Frier Pierre- Laurent (2001), "*Précise De Droit Administratif, Montchrestien*", n°8; 203 à 206 et 236 à 644.
29. Gholding Martin. P. (2005), *Edmundson, William. A, the Black Well Guide to the Philosophy Of Law And Legal Theory*, Blackwell Publishing, First, Published.
30. Barnett Hilaire (2002), *Constitutional and Administrative Law*, Fourth Edition, London & Sydney: Cavendish.
31. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008099419>  
Conseil d'Etat statuant au contentieux: N° 87753
32. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007645197&fastReqId=441911202&fastPos=2>
33. Sherry Jhon., (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.
34. McCamus John, (2008), "*Restitutionary Liability of Public Authorities in Canada:*" Structuer and Justification in private Law: Essays for Peter Birks, Oxford and Portland, Oregon, Hart Hart Publishing.
35. Marceau Long (2015), Weil, Prosper; Braibant, Guy; 2plus; editeur : "*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*"; Auteurs: Dalloz; Édition : 20<sup>e</sup> édition;
36. Eisenberg Mark, (1987), "*The Vicarious Liability Of Governmental Entities: Judicial and Legislative Attempts To Reduse Accountability For Tortious Acts*", USA: Annual Survey of American Law.
37. Owen David, (1995), *Why Philosophy Matters to Tort Law*, Newyork, Oxford University Press, First Publishe.
38. Padfield, LBMPPhil, DPA (1970), *of Gray s Inn, Barriste (1992), Law Made Simple, Seventh edition: Iran (The First Edition, London, MADE SIMPLE BOOK.*
39. Jones Peter, (2000), *Rights*, First Edition & Published, London: Macmillan.
40. Prosser, W.L (1977), *Law of Torts, West Pubilhshin. Co*, Fourth Edition.
41. 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](http://www.eale.09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/./246/85) , P.1.
42. [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.
43. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), (2017), Loi du 29 juin 1934 relative à la protection des produits laitiers: *L'Fleurette*.
44. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), (2017), Conseil d'Etat, Section, du 26 janvier 1973, 84768, publié au recueil Lebon.
45. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), Arrêt Blanco, Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon.