

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.iri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

# صلاحیت تخییری

«نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه»

دکتر علی مشهدی

زیر نظر:

دکتر باقر انصاری و دکتر محسن قاسمی

معاونت حقوقی ریاست جمهوری

صلاحیت تخییری / نویسنده: دکتر علی مشهدی / دکتر باقر انصاری و دکتر محسن قاسمی، تهران: ریاست جمهوری، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۱.

**فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا:**

الف. ایران: ریاست جمهوری. معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی. ب. ایران. ریاست جمهوری.

۳۴۰/۰۳

۴۳ ف ۲ / ۸۵۲

۸۳-۳۴۵۱۷ م

کتابخانه ملی ایران

نام کتاب: صلاحیت تخییری «نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه»

مؤلف: دکتر علی مشهدی (عضو هیأت علمی دانشگاه قم)

زیر نظر: دکتر باقر انصاری و دکتر محسن قاسمی

ناشر: معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

تنظیم، آماده‌سازی و صفحه‌آرایی: حجت‌اله ایمانی‌زاده

ویراستاری: غلامرضا بیات

گرافیک: محمد علی‌محمدی

نظارت بر آماده‌سازی: عباس شهابی

لیتوگرافی و چاپ: اداره چاپ و انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات

شمارگان: ۱۰۰۰ جلد

چاپ اول: پاییز ۱۳۹۱

کلیه حقوق این اثر متعلق به معاونت حقوقی ریاست جمهوری می‌باشد.

«معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی»

نشانی: تهران، خیابان انقلاب، خیابان فلسطین شمالی، بن‌بست شمشاد، شماره ۹، طبقه پنجم

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۷۵۲۳۳

«اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات»

نشانی: تهران، خیابان ولی عصر (عج)، بعد از چهارراه جمهوری اسلامی، شماره ۸۴

تلفن: ۶۴۴۵۳۱۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۲۴۶۰

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

## پیش‌گفتار

توسعه صلاحیت و اختیارات در قوه مجریه مواجه با دو نگرش است. بر اساس یک دیدگاه صلاحیت قوه مجریه محدود به صلاحیت تکلیفی و مبتنی بر حداقل آزادی عمل و اوامر و الزامات قانونی است. اما بر اساس نظر دیگر باید قائل به صلاحیت‌های تخییری برای قوه مجریه بود. بر این مبنا انعطاف لازم برای اداره امور عمومی جامعه فراهم می‌شود. دولت به این وسیله می‌تواند بدون نیاز به تصویب اجزاء تکلیف در قانون، مدیریت امور اداری را عهده دار شود. البته این صلاحیت تخییری موجب آزادی بی‌حد و حصر قوه مجریه نیست، بلکه مقید به قواعد حقوقی، عدالت و انصاف است و به منظور تأمین هدف قانونگذار اعطا می‌شود. صلاحیت‌های تخییری از طریق سلسله مراتب اداری، نهادهای بازرسی‌کننده و کنترل قضایی تصمیمات اداری و ابطال تصمیمات خارج از صلاحیت و اختیارات، ارزیابی و پایش می‌گردد. هرچند انتقادهایی به روش کنترل قضایی وارد شده که از جمله آنها عدم درک مقتضیات اداری توسط دادگاه‌هاست. دادگاه‌های اداری معیارهایی مانند تناسب بین هدف و نتایج حاصله از تصمیم اداری، برابری همگان در برابر خدمات عمومی، حسن نیت مقام عمومی، بی‌طرفی و نفی جانبداری، شفافیت و پاسخگویی و بیان دلایل توسط مقام عمومی را دلیل صحت و اعمال صلاحیت تخییری می‌دانند. به هر حال با توجه به مقتضیات امور اجرایی، اعطای صلاحیت‌های تخییری به قوه مجریه اجتناب‌ناپذیر است. لذا شناسایی این نوع صلاحیت‌ها، محدودیت‌ها و فرصت‌های حاصل از آن ضرورت دارد.

این پژوهش درصدد است ضمن شناسایی مفهومی، مبانی و ضرورت‌های صلاحیت تخییری قوه مجریه، روش‌های کنترل این صلاحیت‌ها را تبیین نماید. امید است این مطالعه بتواند در جهت تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری در کشور سهمی هرچند ناچیز داشته باشد. بدیهی است که این اثر مانند هر مطالعه دیگری خالی از نقد نیست و این معاونت از هر نقد و پیشنهادی برای رفع معایب و تکمیل اثر استقبال می‌نماید.

فاطمه بداغی  
معاون حقوقی رئیس جمهور  
پاییز ۱۳۹۱



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.iri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

## فهرست

۱۳	مقدمه.....
	<b>بخش نخست: توصیف و تبیین صلاحیت تخییری</b>
۲۱	فصل اول: مفاهیم بنیادین و ویژگی‌های صلاحیت تخییری.....
۲۱	گفتار اول: مفاهیم بنیادین.....
۲۱	مبحث اول: صلاحیت و مفهوم آن.....
۲۱	الف) صلاحیت به مثابه مجموعه اختیارات.....
۲۲	ب) اصل عدم صلاحیت.....
۲۳	مبحث دوم: اختیار و مفهوم آن.....
۲۳	الف) اختیار به معنای انتخاب.....
۲۴	ب) اختیار به معنای قدرت تمیز.....
۲۵	ج) اختیار به معنای قضاوت.....
۲۵	د) اختیار به معنای آزادی.....
۲۶	مبحث سوم: اقسام صلاحیت.....
۲۶	بند اول: صلاحیت تکلیفی.....
۲۶	الف) مشخصه و جایگاه صلاحیت تکلیفی.....
۲۸	ب) اقسام صلاحیت تکلیفی.....
۲۸	۱. صلاحیت تکلیفی ایجابی.....
۲۸	۱-۱. صلاحیت همه یا هیچ.....
۲۹	۱-۲. صلاحیت تکلیفی محض.....
۲۹	۱-۳. صلاحیت مقید.....
۳۰	۲. صلاحیت تکلیفی سلبی.....
۳۰	ج) صلاحیت تکلیفی در ایران.....
۳۱	بند دوم: صلاحیت تخییری.....
۳۱	الف) مفهوم کلی این صلاحیت.....

۳۲	..... (ب) تعریف صلاحیت تخییری
۳۲	..... ۱. تعریف حقوق دان انگلوساکسون
۳۲	..... ۱-۱. تعریف لرد دیپلاک
۳۳	..... ۲-۱. تعریف لرد هالزبوری
۳۳	..... ۳-۱. تعریف دیویس
۳۴	..... ۴-۱. سایر تعاریف
۳۵	..... ۲. تعریف حقوق دانان رومی-ژرمنی
۳۵	..... ۱-۲. تعریف رنه شاپو
۳۶	..... ۲-۲. تعریف دولابادور
۳۶	..... ۳-۲. سایر تعاریف فرانسوی
۳۷	..... ۳. تعاریف اسناد و رویه قضایی
۳۷	..... ۳-۱. اسناد
۳۸	..... ۳-۲. رویه قضایی
۳۸	..... بند سوم: صلاحیت شبه گزینشی - شبه تکلیفی
۳۸	..... الف) مفهوم این قبیل صلاحیت
۳۹	..... ب) نسبیّت صلاحیت‌ها
۴۰	..... ج) پارادوکس محدودیت اختیار
۴۱	..... بند چهارم: مفاهیم رقیب صلاحیت تخییری
۴۱	..... الف) صلاحیت تخییری و الزامات
۴۲	..... ب) صلاحیت تخییری و قواعد
۴۲	..... ج) تضاد نسبی صلاحیت تخییری با قواعد
۴۳	..... مبحث چهارم: تفکیک و تبدیل صلاحیت‌ها
۴۳	..... بند اول: تفکیک صلاحیت تخییری از صلاحیت اجباری
۴۳	..... الف) مبنای تفکیک
۴۴	..... ب) معیارهای تفکیک (ماهوی و شکلی)
۴۴	..... ۱. معیار ارزیابی
۴۴	..... ۲. معیار تفسیر
۴۵	..... ۳. معیار کنترل
۴۶	..... بند دوم: تبدیل صلاحیت
۴۶	..... الف) امکان تبدیل صلاحیت و دلایل آن



۴۶	..... ۱. امکان تبدیل صلاحیت
۴۶	..... ۲. دلایل
۴۷	..... (ب) اقسام تبدیل
۴۷	..... ۱. تبدیل صلاحیت تکلیفی به تخییری
۴۷	..... ۲. تبدیل صلاحیت تخییری به تکلیفی
۴۸	..... گفتار دوم: ویژگی‌های صلاحیت تخییری
۴۸	..... بند اول: موردی بودن صلاحیت تخییری در تصمیمات
۴۹	..... بند دوم: اجتناب‌ناپذیری صلاحیت تخییری
۵۰	..... الف) پیچیدگی تصمیم‌گیری اداری
۵۰	..... ۱. تغییر نقش قوه مجریه
۵۱	..... ۲. تقارن صوابدید با تخصص
۵۱	..... (ب) الزامات مدیریت دولتی نوین
۵۳	..... بند سوم: صلاحیت تخییری به معنای خودسری نیست
۵۳	..... الف) رابطه صلاحیت تخییری و مفهوم خودسری
۵۳	..... ۱. لزوم تفکیک خودسری از صلاحدید
۵۴	..... ۲. نقش کدهای رفتاری
۵۶	..... (ب) صلاحیت تخییری و اجتناب از تصمیم خودسرانه
۵۶	..... بند چهارم: صلاحیت تخییری خلاف اصل است
۵۷	..... الف) اصل عدم صلاحیت
۵۷	..... (ب) اصل قانونی بودن
۵۷	..... بند پنجم: صلاحیت تخییری محدودیتی بر اصل قانونی بودن است
۵۸	..... الف) گریز صلاحیت تخییری از اصل قانونی بودن
۶۰	..... (ب) نسبت صلاحیت تخییری با قانونمداری
۶۱	..... ۱. رویکردها
۶۱	..... ۲. مفهوم موسع اصل قانون مداری
۶۲	..... ۳. کنترل قانونی بودن
۶۳	..... ۴. پای‌بندی به لوازم و اهداف قانون
۶۳	..... ۵. معیارهای رویه‌ای
۶۴	..... <b>فصل دوم: مبانی نظری اعطای صلاحیت تخییری</b>
۶۵	..... گفتار اول: دکترین‌های مخالف اعطای صلاحیت تخییری به قوه مجریه

۶۵	..... بند اول: فساد اداری.....
۶۵	..... الف) سوء استفاده از اختیار.....
۶۷	..... ب) رابطه مستقیم صلاحیت تخییری و فساد.....
۶۷	..... بند دوم: حقوق بنیادین.....
۶۷	..... الف) امکان افزایش نقض حقوق بنیادین.....
۶۸	..... ب) مصادیق.....
۷۰	..... بند سوم: استبداد و خودسری اداری.....
۷۱	..... گفتار دوم: دکترین‌های موافق اعطای صلاحیت تخییری.....
۷۱	..... بند اول: تکالیف دولت و مقامات اجرایی.....
۷۱	..... الف) عمومی شدن حقوق خصوصی.....
۷۲	..... ب) ضرورت انعطاف پذیری.....
۷۳	..... بند دوم: نظریه عدالت تخییری.....
۷۳	..... الف) مفهوم نظریه.....
۷۳	..... ب) تبیین نظریه.....
	<b>بخش دوم: کنترل صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه</b>
۷۹	..... <b>فصل اول: کنترل اداری صلاحیت‌های تخییری</b> .....
۸۰	..... گفتار اول: کنترل سلسله مراتبی.....
۸۰	..... الف) روش و مزایای کنترل.....
۸۱	..... ب) حقوق ایران.....
۸۲	..... گفتار دوم: کنترل از طریق نهادهای بازرسی کننده.....
۸۲	..... الف) نقش سازمان بازرسی.....
۸۲	..... ب) هیأت‌های بازرسی.....
۸۳	..... <b>فصل دوم: کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری</b> .....
۸۵	..... گفتار اول: مبانی توجیه کننده کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری.....
۸۵	..... بند اول: تأثیر صلاحیت تخییری بر دامنه کنترل قضایی.....
۸۵	..... الف) توسعه ادبیات کنترل قضایی.....
۸۶	..... ب) دغدغه کنترل.....
۸۶	..... بند دوم: نقد و توجیه کنترل قضایی صلاحیت تخییری.....
۸۶	..... الف) نقد کنترل قضایی صلاحیت تخییری.....
۸۶	..... ۱. مناسب بودن کنترل.....

۸۷	.....۲. کنترل صلاحیت تخییری و اصول دمکراسی
۸۸	.....۳. پاسخگویی و انصاف
۸۹	.....۴. مقتضیات اداری (نقدی بر مداخله قوه قضائیه)
۹۰	..... (ب) توجیه پذیری کنترل قضایی صلاحیت‌ها
۹۰	.....۱. رویکرد حمایت از حقوق فردی
۹۲	.....۲. رویکرد مبتنی بر کارکردگرایی
۹۴	.....۳. رویکرد آیین مدار (فرآیندهای اداری)
۹۵	..... گفتار دوم: معیارهای کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری
۹۶	..... بند اول: معیار تناسب
۱۰۱	..... بند دوم: معیار برابری
۱۰۳	..... بند سوم: معیار حسن نیت
۱۰۴	..... بند چهارم: معیار بی طرفی و نفی جانبداری
۱۰۶	..... بند پنجم: معیار شفافیت
۱۰۶	..... بند ششم: معیار سرعت در پاسخگویی
۱۰۷	..... بند هفتم: معیار بیان دلایل
۱۰۸	..... بند هشتم: معیار عمل براساس خط مشی
۱۰۹	..... گفتار سوم: آیین کنترل قضایی صلاحیت تخییری
۱۱۰	..... بند اول: کنترل حداقلی
۱۱۰	..... الف) دلیل کنترل حداقلی
۱۱۰	..... (ب) مصادیق
۱۱۱	..... بند دوم: اشتباه در ارزیابی و نظریه تعادل
۱۱۱	..... الف) اشتباه در ارزیابی
۱۱۲	..... (ب) نظریه تعادل
۱۱۴	..... بند سوم: سوء استفاده از اختیار اداری
	<b>بخش سوم: مطالعه تطبیقی صلاحیت تخییری</b>
۱۱۹	..... <b>فصل اول: صلاحیت تخییری در حقوق آلمان</b>
۱۱۹	..... گفتار اول: اقسام و منابع صلاحیت تخییری در حقوق آلمان
۱۱۹	..... الف) اقسام
۱۱۹	..... ۱. صلاحیت‌های تخییری ناشی از مفاهیم حقوقی کلی و نامتعین
۱۲۱	..... ۲. صلاحیت تخییری در فرآیند برنامه‌ریزی

۱۲۲	.....(ب) منابع
۱۲۲	.....۱. قانون
۱۲۴	.....۲. رویه قضایی
۱۲۷	.....گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری در حقوق آلمان
۱۲۸	.....بند اول: قصور در اجرای صلاحیت تخییری
۱۲۹	.....بند دوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری
۱۳۰	.....الف) تناسب
۱۳۳	.....ب) حمایت از حقوق بنیادین
۱۳۷	..... <b>فصل دوم: صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس</b>
۱۳۷	.....گفتار اول: منابع صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس
۱۳۷	.....الف) قانون مصوب پارلمان
۱۳۸	.....ب) صلاحیت تخییری ضمنی
۱۳۸	.....ج) اختیارات سلطنتی
۱۳۹	.....گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری و مسائل آن
۱۳۹	.....بند اول: کنترل محدود دادگاهها بر شایستگیها
۱۳۹	.....الف) نقش محدود دادگاهها
۱۳۹	.....ب) توسعه کنترل پذیری حسن تصمیم
۱۴۰	.....بند دوم: قصور در اجرای صلاحیت تخییری
۱۴۲	.....الف) بازنگری قواعد خود ساخته
۱۴۳	.....ب) تفویض اختیار غیر مجاز
۱۴۴	.....ج) اقدام آمرانه
۱۴۵	.....د) محدود نمودن صلاحیت تخییری از طریق قرارداد
۱۴۶	.....بند سوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری
۱۴۶	.....الف) استفاده از اختیار برای اهداف نامناسب
۱۴۷	.....ب) به کارگیری غیر معقول اختیار
۱۴۸	.....نتیجه
۱۵۳	.....منابع
۱۶۳	.....ضمیمه

«جایی که قانون پایان پذیرد،

صلاحید آغاز می شود»<sup>۱</sup>.

دیویس

## مقدمه

۱. «دکترین صلاحیت تخییری»<sup>۲</sup> هسته اصلی و مغفول بسیاری از موضوعات حقوق اداری مدرن است و با ویژگی بنیادین «پیچیدگی»<sup>۳</sup> و «ظرافت»<sup>۴</sup> توصیف می گردد. به بیان واضح تر، صلاحیت تخییری مقامات قوه مجریه در حقوق اداری حاکی از یک وضعیت «متناقض نما»<sup>۵</sup> است. از طرفی آموزه های کلاسیک حقوق اداری به دلایل حقوق بشری، الزامات قانون مداری و حاکمیت قانون و همچنین تضمین نظم اداری، با اعطای صلاحیت تخییری گسترده به مقامات اداری در تعارض اند (رویکرد حداقلی) و از طرف دیگر برای اجرای مطلوب، سریع و مناسب امور عمومی، حقوق اداری ناچار است اختیارات گزینشی را برای مدیران دولتی شناسایی نماید (رویکرد حداکثری).

در واقع حقوق اداری از جهتی می خواهد صلاحیت های مدیران اجرایی را مشخص، معین و قانونمند نماید (نگاه بسته) و از جهت دیگر می خواهد این صلاحیت ها را برای اجرای اقتضانات اداری و الزامات «مدیریت دولتی نوین»<sup>۶</sup> گسترش دهد (نگاه باز). حقوق اداری هم

---

۱. ویلیام پیت، این عبارت را به این نحو نیز بیان نموده است: «هنگاهی که قانون پایان می پذیرد، خودکامگی آغاز می شود» (Where law end, tyranny begins) اما پرفسور دیویس معتقد است که در دولت های کنونی با پایان قانون، لزوماً خودکامگی آغاز نمی شود. بلکه با شروع «صلاحید» و اجرای مناسب آن ممکن است «عدالت» و با اجرای نامناسب آن «خودکامگی» آغاز شود. دغدغه نخستین حقوق اداری پاسخ به این پرسش است که چگونه باید صلاحیت های تخییری را صورت بندی نمود تا به خودکامگی منجر نشود؟ یا بالعکس چگونه باید صلاحید را اعمال نمود تا نتیجه آن «عدالت» باشد. محدودیت های صلاحیت های تخییری و کنترل اداری و قضایی آن نیز در این راستا است. نقل از:

- Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago Up1969.p3. and David, H, Rosenebloom, **Administrativelaw for Public manager**, Westview Prees, 2003.p7.

2. Théorie du pouvoir discrétionnaire

3. Complexité

4. Délicate

5. Paradoxical

6. Nwe public administration

می‌خواهد به «اصل قانونمداری» در مفهوم سنتی خود وفادار بماند و هم آن را تعدیل نماید، هم می‌خواهد با تعیین دقیق صلاحیت‌ها و اختیارات «نظم اداری» را حفظ، «حقوق شهروندان» را تضمین و اصل قانونمداری را ارتقا دهد و هم می‌خواهد با توجه به اقتضانات مدیریتی، «کارآمدی» و «ابتکار» قوه مجریه را در برخی از تصمیمات افزایش دهد، هم می‌خواهد در برخی شرایط و اوضاع و احوال برای تأمین عدالت فردی، مدیران و مقامات اجرایی را آزاد بگذارد و هم می‌خواهد مانع خودسری آنان شود. این وضعیت چگونه ممکن است؟ حقوق اداری چگونه باید با این وضعیت به ظاهر ساده ولی پیچیده کنار بیاید؟ حقوق اداری چگونه باید میان این گرایش‌های متضاد تعادل ایجاد نماید؟ به همین سبب گفته می‌شود مسئله اصلی حقوق اداری نحوه تعیین، صورت‌بندی، توزیع و کنترل صلاحیت‌های مقامات اداری است.

۲. امروزه در حقوق اداری مدرن موضوع «صلاحیت تخییری» و نسبت آن با مفاهیمی چون «خودرأیی»، «حکمرانی مطلوب»، «کارآمدی»، «عدالت» و «حقوق بشر» دغدغه اصلی پژوهشگران و نقطه تلاقی اختلافات نظری و عملی است. اصولاً در تفکیک صلاحیت‌ها فرض بر این است که هر اداره تابع دو دسته قواعد است. نخست قواعد امری<sup>۱</sup> که در آن اداره موظف به تصمیم‌گیری مطابق قواعد از پیش تعیین شده است. قواعدی که قانونگذار به گونه‌ای واضح، شفاف و مشخص آنها را در قوانین و مقررات اداری تعیین می‌نماید. دسته دیگر قواعد تجویزی<sup>۲</sup> است که بر اساس آن مقام اداری مجاز است بهترین تصمیم را با توجه به شرایط و ضرورت‌های منفعت عمومی و اداری اتخاذ و انتخاب کند. بر این اساس می‌توان حداقل دو قسم صلاحیت در حقوق اداری قائل شد، که ذیل عناوین «صلاحیت تخییری» و «صلاحیت تکلیفی» در حقوق اداری مشهورند. در «صلاحیت تکلیفی»<sup>۳</sup> گفته می‌شود اداره در صورت جمع شرایط موظف به تصمیم‌گیری مطابق متن قانون است. در این قسم از صلاحیت مقام عمومی و اداری حق انتخاب میان چند گزینه را از دست می‌دهد.<sup>۴</sup> برای نمونه، قانون شرایطی را که مطابق آن باید اداره پروانه شکار صادر نماید دقیقاً مشخص می‌نماید. بر این اساس مقام اداری هیچ قسم آزادی یا اختیار ارزیابی قانون را ندارد و نمی‌تواند مثلاً به دلائل و توجیحات زیست محیطی خارج از شرایط قانونی از صدور پروانه

1. Règle impérative

2. Règle Permissive

3. Compétence liée

4. De laubadère, André et al, **Droit administratif**, L.G.D.J, 17e édition, 2002.P693.

اجتناب نماید. اما صلاحیت‌گزینشی یا اختیاری<sup>۱</sup> در حقوق اداری، عبارت است از اختیار تصمیم‌گیری مقام اداری در راستای انجام وظایف و در شرایط، اوضاع و احوال خاص و شخصی بر اساس گزینه‌های پیش رو که بر اساس آن مقام اداری در انتخاب یک یا چند تصمیم آزادی «نسبی» دارد. در حقوق اداری کنونی دغدغه اساسی و پیش‌فرض این است که اعطای صلاحیت اختیاری به هیچ وجه به معنای اتخاذ اقدامات و تصمیمات خودسرانه و دلخواه نیست و اداره حق سوءاستفاده از این وضعیت را ندارد.

مقام اداری نمی‌تواند با استناد به عناوینی چون «مصلحت»، «مقتضیات اداری» و معیارهای غیرقانونی و غیرعقلانی از قدرت خود سوءاستفاده نماید. بنابراین سؤال اساسی‌تر این است که: مبانی نظری اعطای صلاحیت‌تخیری به مقامات عمومی و اداری چیست؟ چه سازوکارهای قانونی برای نظام‌مند نمودن مسئله صلاحیت‌های تخیری در قوه مجریه وجود دارد؟ گستره و محتوای صلاحیت‌های تخیری در قوه مجریه تا چه میزان است؟

۳. اجمالاً در این زمینه دو دیدگاه کلی وجود دارد. دیدگاهی سنتی که معتقد است اعطای صلاحیت‌تخیری مغایر اصل حاکمیت قانون است و دوم دیدگاهی که اعطای این قسم از صلاحیت را ناشی از ضروریات امر اداری و اداره مطلوب امور می‌داند.<sup>۲</sup> دایسی، حقوق‌دان انگلیسی، در دفاع از دیدگاه نخستین معتقد است که «برتری و سلطه مطلق قوانین در مقابل قدرت خودسرانه (دلخواهی و مستبدانه) با صلاحیت اختیاری ناشی از امتیازات و اختیارات ویژه و همچنین با واگذاری صلاحیت اختیاری گسترده به حکومت در تضاد است». به همین سبب این گروه به قول هانس هابر، صلاحیت‌تخیری قوه مجریه را اسب‌تروای حقوق اداری<sup>۳</sup> و حاکمیت قانون توصیف نموده‌اند.<sup>۴</sup> البته امروزه این رویکرد، نه فقط از سوی کسانی که با خصومت سیاسی دایسی با دولت موافق نیستند، رد شده است، بلکه به این دلیل که دایسی نتوانسته است به ملاک‌های واقعی حکومت دست یابد، به صورت گسترده‌ای از آن انتقاد نموده‌اند و اثبات شده است که اگر نظریه حکومت قانون می‌خواهد در محدود کردن

1. Pouvoir discrétionnaire/ Discretionary power

۲. برای دیدن رئوس این دو دیدگاه ر.ک: دکتر مهدی هدواند و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۹، صص ۴۷-۴۴.

3. The administrative discretion is the Trojan Horse in administrative law

4. Luis, Silveria, **Administrative Discretion and Problems of Accountability**, Proceedings, 25th Colloquy on European Law, Oxford (United Kingdom), 27-29 September 1995, p47

صلاحیت‌های اختیاری دولت نقشی داشته باشد، باید وجود صلاحیت تخییری را بپذیرد.<sup>۱</sup> این واقعیت مستلزم آن است که حقوق دانان عمومی بپذیرند که حقوق باید نقش خود را «از درون» حکومت عملی نماید نه اینکه با ساده‌انگاری، فقط وقتی که علیه یک تصمیم دولت به دادگاه شکایت می‌شود به عنوان ابزاری برای تحمیل کنترل «بیرونی» عمل کند. در واقع مسأله، مربوط به اصل وجود صلاحیت تخییری نمی‌شود، بلکه مربوط به نگرانی از واگذاری بیش از اندازه صلاحیت تخییری به کارکنان دولت است. امتیاز صلاحیت تخییری در همین است که به کارکنان دولت اجازه می‌دهد «عدالت فردی شده»<sup>۲</sup> را پیاده کنند، به این دلیل که صلاحیت تخییری امکان اعمال قواعد کلی را بر اوضاع و احوال خاص فراهم می‌سازد.<sup>۳</sup> مشکل اینجاست که اگر ما امکان برخورداری از صلاحیت تخییری را در چنین حالتی فراهم کنیم باید مطمئن شویم که از این صلاحیت سوء استفاده نمی‌شود.

۴. با این توصیف، موضوع اصلی این پژوهش نیز بررسی نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه است. در این پژوهش ابتدا سعی خواهد شد موضوع و محورهای اصلی «دکترین صلاحیت تخییری» توصیف شود و در بخش دوم مهم‌ترین بحث صلاحیت‌های تخییری، یعنی نظام حقوقی کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری با رویکرد تطبیقی و تحلیلی ارزیابی گردند. در این زمینه سؤالات چندی نیز مطرح است. از جمله اینکه؛ چگونه صلاحیت تخییری به دنبال اعمال و ارائه معیارهای عدالت فردی شده در حقوق اداری است؟ آیا بواقع صلاحیت تخییری می‌تواند نقش تامی در تحقق عدالت فردی شده در اداره داشته باشد؟ مرز میان صلاحیت‌های تخییری مقام اداری و اعمال دلخواهانه چیست؟ آیا می‌توان معیارهای حقوقی را جهت تفکیک این دو حوزه از همدیگر ارائه نمود؟ آیا صلاحیت تخییری مقامات اداری قوه مجریه به افزایش سطح فساد اداری منجر می‌شود؟ مبانی اعطای صلاحیت تخییری به مقامات عمومی کدام است؟ امروزه موضوع صلاحیت‌های تخییری در حقوق اداری مدرن چه مباحثی را به خود اختصاص داده است؟ آیا موضوع صلاحیت تخییری دغدغه حقوق اداری مدرن است؟ آیا می‌توان برای ماهیت صلاحیت‌های تخییری ویژگی‌هایی را برشمرد که آن را بتوان از سایر مفاهیم رقیب

۱. دکتر مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۳۳.  
2. Individualise justice.

۳. دکتر مهدی هداوند، پیشین.



و بعضاً خطرناک تمیز داد؟ مبانی نظری دکترین‌های با موافق با اعطای حداکثری یا اعطای حداقلی صلاحیت تخییری به مقامات اداری چیست؟ اصولاً چه نسبتی میان الزامات دولت قانونمدار و صلاحیت‌های تخییری وجود دارد؟ آیا صلاحیت تخییری با اصل قانونی بودن در تضاد است؟ آیا صلاحیت تخییری مکمل یا استثنایی بر اصل حاکمیت قانون در اداره است؟ چه معیارها و اصول حقوقی می‌تواند جهت کنترل و تشخیص صلاحیت‌های تخییری از سایر مفاهیم رقیب به کار رود؟ این معیارها در چه منابعی یافت می‌شود؟ وضعیت حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه ایران به چه شکلی است؟ آیا نظام حقوقی کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری در حقوق ایران کافی و وافی است؟ وضعیت و تجارب سیستم‌های بزرگ حقوق اداری از جمله تجارب اتحادیه اروپا در این زمینه چیست؟

۵. فرضیات بنیادین این پژوهش بر این امر استوار است که اولاً اعطای صلاحیت تخییری به مقامات اداری قوه مجریه به معنای خودسری و سوء استفاده از صلاحیت نیست. ثانیاً مقامات اداری باید هنگام اعمال صلاحیت تخییری میان هر گونه تأثیر نامطلوبی که ممکن است آن تصمیم بر حقوق و منافع افراد خصوصی بگذارد و اهدافی که تعقیب می‌شود، توازن مناسبی برقرار نمایند. در نهایت اینکه اصولاً رسالت حقوق اداری مدرن دستیابی به اصول و معیارهای مشخصی است تا بتواند ضمن پذیرش دکترین صلاحیت‌های تخییری، موضوع صلاحیت‌های اختیاری در اداره را کنترل و نظام‌مند کند و ضمن بهره‌گیری از مزایای این نهاد از مفسد ناشی از آن پیشگیری نماید.

۶. بر این اساس این پژوهش در سه بخش کلی و چندین فصل تنظیم شده است. در بخش نخست صلاحیت تخییری و ویژگی‌های آن را در نظام‌های حقوقی توصیف نموده‌ایم که مفاهیم بنیادین و تعاریف و برداشت‌های مختلف نظام‌های حقوقی، اجتناب‌ناپذیری صلاحیت تخییری در دولت‌های کنونی و لزوم تفکیک آن از مفهوم خودسری و نیز سایر مفاهیم و نهادهای مشابه در حقوق عمومی را شامل می‌شود. همچنین در این بخش دکترین‌های مخالف و موافق اعطای این قبیل صلاحیت‌ها و نسبت آن با اصل قانون مداری نیز به تفصیل بحث شده است. در بخش دوم اعمال کنترل اداری و قضایی بر این قبیل صلاحیت‌ها تحلیل شده که شامل جهات، مبانی مواجهه، معیارها، ضرورت‌ها و آیین کنترل صلاحیت‌های تخییری می‌شود. علاوه بر این ضمن مباحث دو بخش اول، تمرکز بیشتری بر


نظام حقوقی ایران و فرانسه داشته‌ایم، ولی در بخش سوم به صورت موردی به مطالعه تطبیقی این نهاد در حقوق آلمان و انگلیس نیز پرداخته‌ایم.

در نهایت با توجه به اروپایی سازی فرایندهای اداری و اهمیت توصیه‌نامهٔ مارس ۱۹۸۰ کمیتهٔ وزیران شورای اروپا در مورد اعمال صلاحیت تخییری توسط مقامات اداری، در راستای ارائهٔ تصویری از این مفهوم در اتحادیهٔ اروپا، این سند به صورت بخش ضمیمه و با ترجمه مؤلف اثر درج شده است.

امید است که این پژوهش بتواند ادبیات حقوقی کشورمان در حوزهٔ صلاحیت تخییری را توسعه دهد و توجه مقامات اجرایی، مدیران، کارمندان و شهروندان را به مسئله با اهمیت نحوهٔ اجرا و کنترل صلاحیت‌های تخییری جلب نماید، به گونه‌ای که شاهد تحقق نظام اداری شایسته، کارآمد، قانون مدار و عدالت‌محور باشیم.

ان شاء الله

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی



بخش نخست:  
توصیف و تبیین صلاحیت تخییری

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

## بخش نخست: توصیف صلاحیت تخییری

### تقسیم مطالب

صلاحیت تخییری در ادبیات حقوقی ایران اندکی غریب می‌نماید. این امر به این دلیل نیست که چنین نهادی در حقوق اداری ایران موجود نبوده باشد. بلکه به عکس امروزه در تصمیم‌های اداری مقامات دولتی، اختیارات و حوزه‌های صلاحید بی‌شماری می‌توانیم نام ببریم که امور مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، رفاهی و خدماتی را راهبری می‌نمایند. در این بخش برای شناخت دقیق این نهاد، به بررسی و تحلیل مفاهیم بنیادین و ویژگی‌ها و همچنین مبانی نظری اعطای صلاحیت‌های تخییری به مقامات قوه مجریه و همچنین اهمیت و شرایط اعمال آنها خواهیم پرداخت.

### فصل اول: مفاهیم بنیادین و ویژگی‌های صلاحیت تخییری

صلاحیت تخییری در حقوق اداری واجد ویژگی‌ها، مفاهیم و مبانی خاص خود است که بدون درک مشخص از آنها نمی‌توان به تصویر واقعی این مفهوم در حقوق اداری دست یافت. در اینجا سعی خواهیم نمود مفاهیم بنیادین و مبانی نظری صلاحیت تخییری را به اختصار معرفی نماییم.

### گفتار اول: مفاهیم بنیادین

مهمترین مفاهیم مرتبط با صلاحیت تخییری عبارت‌اند از صلاحیت، اختیار، صلاحیت تخییری و صلاحیت تکلیفی که به آنها اشاره خواهیم نمود.

### مبحث اول: صلاحیت و مفهوم آن

الف) صلاحیت به مثابه مجموعه اختیارات

صلاحیت<sup>۱</sup> در حقوق اداری در برگیرنده مجموعه اختیارات<sup>۲</sup> مقام عمومی است.

1. Compétence
2. Pouvoirs

به عبارت دیگر به مجموع اختیاراتی که به مأمور عمومی به موجب قانون اعطا می‌گردد، صلاحیت گفته می‌شود. برخی نهاد صلاحیت در حقوق عمومی را برای تقریب به ذهن با نهاد «اهلیت» در حقوق خصوصی مقایسه نموده‌اند، زیرا در هر دو سخن از این است که آیا شخص اختیار انجام عمل حقوقی را دارد یا خیر.<sup>۱</sup> در واقع می‌توان گفت در حقوق اداری، صلاحیت به «اختیار قانونی» مأمور رسمی برای انجام پاره‌ای از امور مانند صلاحیت دادگاه‌ها و صلاحیت مأمور دولت در تنظیم سند رسمی اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup> در بحث از صلاحیت تخییری منظور از صلاحیت، اختیارات<sup>۳</sup> است که به مقامات اداری در فرایند تصمیم‌گیری داده می‌شود.<sup>۴</sup> موضوع صلاحیت در علم حقوق در واقع بحث «تقسیم کار» و «تبیین وظیفه» است.<sup>۵</sup> در معنای عام، صلاحیت به معنای اعطای اختیار قانونی اقدام به مقامات اداری یا اختیار حل و فصل یک اختلاف به مقامات قضایی است.<sup>۶</sup> در حقیقت صلاحیت، تعیین‌کننده حوزه اقدام و فعالیت اداره است. میشل روست صلاحیت را به آن دسته از اختیاراتی تعریف نموده است که به موجب قانون به مقام اداری واگذار می‌شود.<sup>۷</sup>

### ب) اصل عدم صلاحیت

در حقوق اداری گفته می‌شود صلاحیت، شایستگی و «اجازة قانونی» است که از طرف قانون به مقام اداری برای مدیریت مطلوب اداره اعطا می‌گردد. به همین سبب موضوع صلاحیت در

۱. طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، چ پنجم، پاییز ۷۸، ص ۴۰۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵، ش ۳۲۵۸.

### 3. Powers

۴. لازم است ذکر شود که در آثار متعدد داخلی و خارجی لفظ یکسانی برای بیان معادل صلاحیت تخییری به کار نرفته است. لبرتون ترجیح می‌دهد به جای صلاحیت (Compétence) از اختیارات (Pouvoirs) برای توصیف صلاحیت تخییری بهره بگیرد. در ادبیات حقوق داخلی نیز معادل‌های یکسانی برای این نهاد وجود ندارد. از جمله می‌توان به معادل‌های «صلاحیت‌گزینشی»، «اختیارات‌گزینشی»، «صلاحیت تخییری» و «صلاحیت اختیاری» اشاره نمود. برای دیدن این معادل‌ها و ترجمه‌ها بنگرید به:

اردشیر امیر ارجمند، جزوه حقوق اداری ایران، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اداری، انتشارات سمت، چ پنجم، پاییز ۷۸، ص ۴۱۱، اردشیر امیر ارجمند، و مشتاق زرگوش، «نظریه اضطراری حقوق اداری تصمیم‌گیری، اجرا و نظارت»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار و تابستان ۱۳۸۷، ش ۴۷، ص ۳۱.

۵. علی‌علی‌آبادی، آیین دادرسی تخلفات اداری، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳، ص ۵.

6. Van lang, Agathe et al, **Dictionnaire de droit administratif**, Armand colin, 2e édition, Paris, 1999.p65.

7. Michel Rousset et Olivier Rousset, **Droit administratif, L'action administrative**, Tom1,PUG,2004,p146.

حقوق اداری را باید در چارچوب اصل آزادی و اصل قانونی بودن تحلیل نمود. نکته حائز اهمیت در اینجا اینکه در حقوق عمومی و اداری اصل بر «عدم صلاحیت» مقام عمومی و اداری است مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطا شده است.<sup>۱</sup> در این رابطه اصولاً اداره تابع دو دسته قواعد است؛ نخست قواعد امری<sup>۲</sup> که در آن اداره موظف به اتخاذ تصمیم مطابق قواعد از پیش تعیین شده است و دوم قواعد تجویزی<sup>۳</sup> که براساس آن مقام اداری مجاز به اتخاذ و انتخاب بهترین تصمیم با توجه به شرایط و ضرورت‌های منفعت عمومی است. بنابراین فرض بر این است که در حقوق اداری مقامات اداری نمی‌توانند آن چیزی را که تحت عنوان تصمیمات اجرایی<sup>۴</sup> می‌شناسیم اعمال نمایند. مگر اینکه این قبیل صلاحیت‌ها به آنها اعطا شده باشد. منبع اعطای صلاحیت به مقامات اداری نیز غالباً متون قانونی از جمله قوانین اساسی و قوانین و مقررات عادی است.

#### مبحث دوم: اختیار و مفهوم آن

گفتیم صلاحیت در برگیرنده مجموعه اختیارات است. به همین دلیل برخی معادل اختیارات گزینشی را نیز برای صلاحیت تخییری به کار می‌برند. با این حال در ادبیات حقوق اداری اختیار برد معنایی دقیقی ندارد. در مطلب ذیل به چهار معنای شایع آن در متون حقوق اداری و ارتباط آن با اختیارات گزینشی اشاره می‌گردد.

#### الف) اختیار به معنای انتخاب (discretion as choice)

اختیار در برابر «اجبار»، امکان «انتخاب» را به کارمند می‌دهد. اساساً ماهیت صلاحیت تخییری بر این مبنا استوار است که امکان انتخاب تصمیم<sup>۵</sup> و اتخاذ آن را از میان گزینه‌های مختلف به کارمند می‌دهد. در حقیقت صلاحیت تخییری در این برداشت در برابر محدودیت امکان «انتخاب»<sup>۶</sup> قرار می‌گیرد که مبین ماهیت صلاحیت‌های تکلیفی است.<sup>۷</sup> لذا با توجه به وجود

1. Michel Rousset et Olivier Rousset, *Op. cit.* p146.

2. Règle impérative

3. Règle Permissive

4. décision exécutoire

5. Possibilité de choisir la décision

6. Restreint des possibilités de choisir

7. E. D. FOLLICK, *The Element of Discreiion Inherent in Administrative Adjudication*, Thesis, Blackstone School of Law, 1967, p. 5.

گزینه‌های مختلف برای مقامات اداری، اختیار اعطاشده به معنای انتخاب یک یا چند روش است. از نظر اتینکسون صلاحیت تخییری در اداره شامل «اختیار انتخاب در موارد خاص» است. این امکان انتخاب ممکن است، جنبه‌های تکنیکی یا سیاسی داشته باشد.<sup>۱</sup>

در حقیقت مقام اداری در این عرصه دست به انتخاب می‌زند. صلاحیت تخییری در معنای اختیار، امکان انتخاب میان تصمیم‌ها و گزینه‌های متعدد<sup>۲</sup> را در اداره مطرح می‌نماید. این برداشت بیشتر در حقوق اداری شایع است. در این برداشت اختیار در برابر اجبار به کار می‌رود. یعنی کارمند در انتخاب ابزارها و روش‌ها مجبور نیست و مختار است تا از طرق مختلف، غایت مورد نظر امر اداری را تأمین نماید. در حقوق آلمان صلاحیت تخییری «به آن دسته از حاشیه‌های ارزیابی اطلاق می‌شود که امکان اتخاذ تصمیم میان چندین راهکار ممکن را به مقام اداری می‌دهد.»<sup>۳</sup> در این برداشت صلاحیت تخییری، یک وضعیت خاکستری و مبهم را بیان نمی‌کند، بلکه امکان انتخاب میان چند گزینه را به مقام اداری می‌دهد.

#### ب) اختیار به معنای قدرت تمییز (discretion as discernment)

اختیارات اعطایی به مقامات اداری قوه مجریه را می‌توان به قدرت تمییز نیز تفسیر کرد. هوریو برخلاف برداشت بالا که در آن اختیار، به امکان انتخاب و گزینش تعبیر شده است، در مورد قضیه گروزتی ۳۱ ژانویه ۱۹۰۲ که در شورای دولتی مطرح شده است، این چنین اظهار نظر نموده است: «اداره به هیچ وجه اختیار انتخاب مطلق ندارد. در هر عمل اداری تنها میزانی از صلاحیت تخییری وجود دارد که اداره آنها را با توجه به تشخیص خود برای موقعیت‌های مختلف و مناسب تعیین می‌نماید.»<sup>۴</sup> در این معنا اختیار به معنای اعطای قدرت تمییز بهترین تصمیم به کار می‌رود. در این برداشت صلاحیت تخییری به معنای انتخاب سهل‌ترین یا به صرفه‌ترین گزینه نیست. بلکه به معنای اعطای قدرت تمییز مصلحت‌ها و موقعیت‌ها، برای رسیدن به عاقلانه‌ترین تصمیم در امور است.

1. William J. Atkinson, «La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique», *Les Cahiers de droit*, vol. 19, n° 1, 1978, p. 187.

2. Choix entre plusieurs décisions.

3. Forsthoff, E., *Traité de droit administratif allemand*, traduit par M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 148.

4. Arrett Grozitti 31 Jan , 1902. (CE 31 janvier 1902 Grazietti).



### ج) اختیار به معنای قضاوت (discretion as judgment)

یکی از معانی اختیار<sup>۱</sup> قضاوت است. اداره در مقام تصمیم‌گیری در وضعیت‌های مختلف اداری در حقیقت به نوعی قضاوت میان دو نفع عمومی و خصوصی دست می‌زند. در این برداشت صلاحیت تخییری به مقام اداری امکان ارزیابی و قضاوت در وضعیت‌های غیرقابل پیش‌بینی را می‌دهد. در این مفهوم کارمند مطیع چشم‌بسته قانون نیست، بلکه می‌تواند با اختیار تفویض شده، قدرت ارزیابی تصمیم را داشته باشد. اداره با استفاده از این اختیار می‌تواند قواعد و اصول کلی را بر اوضاع و احوال خاص اداری تطبیق دهد. در حقوق اداری، صلاحیت‌های تخییری کمتر به این معنا تفسیر می‌شوند، چرا که اساساً شأن مقامات اداری انجام امری قضایی یا ترافیعی نیست و ماهیت اقدامات و تصمیمات در اداره بیشتر مربوط به نحوه اجرای قوانین و مقررات است. البته در یک برداشت منفی نیز گفته شده است که صلاحیت تخییری امکان «قضاوت شخصی»<sup>۲</sup> را نیز برای اداره فراهم می‌کند.

### د) اختیار به معنای آزادی (discretion as liberty)

این برداشت از صلاحیت تخییری به معنای اعطای نوعی آزادی عمل به مقام اداری است که عرصه مشخصی را برای اتخاذ تصمیم آزاد برای مقام اداری در نظر می‌گیرد. در متون حقوق اداری معمولاً عبارت «حاشیه‌های ارزیابی و مانور»<sup>۳</sup> معادل صلاحیت تخییری محسوب می‌شود. در برخی از متون قانونی نیز به معنای مختار بودن مقام اداری تعبیر شده است. برای مثال به موجب بند ۴ ماده ۹ آیین‌نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹، دستگاه مناقصه‌گذار پس از دریافت پیشنهادها، در رد یا قبول هر یک از آنها مختار است. در واقع صلاحیت تخییری «انعطاف هنجارهای حقوقی»<sup>۴</sup> را تضمین می‌نماید.

برخی از حقوق‌دانان عرب‌زبان نیز در توصیف صلاحیت تخییری «آزادی تصمیم‌گیری»<sup>۵</sup> را به کار برده‌اند.<sup>۶</sup> این بدین معنا است که مقام اداری می‌تواند در برخی از حوزه‌ها با آزادی عمل اتخاذ تصمیم نماید. برای مثال، اختیار رئیس‌جمهور در انتخاب معاونان و مشاوران از این

1. discretion
2. Personal judgement
3. Marges de manoeuvre
4. Flexibilité des norms

۵. حرية التقدير

۶. عمر محمد الشویکی، القضاء الاداری، دراسته مقارنه، دارالثقافه، المطبعة الاولى، عمان، ۲۰۰۷، ص ۶۷.

موارد است و در انتخاب آنها آزادی کافی دارد، در حالی که در مورد نمایندگان ویژه این گونه نیست (اصل ۱۲۷ قانون اساسی).

### مبحث سوم: اقسام صلاحیت

با نگاهی به شرح وظایف مقامات اداری قوه مجریه می‌توان آنها را به دو دسته تقسیم نمود. دسته اول مقاماتی هستند که «تکلیف» مشخصی بر عهده آنها نهاده شده و در دسته دوم «تشخیص» امری به مقام اداری واگذار شده است. بر این اساس و بر مبنای تقسیم کلی، صلاحیت‌ها و اختیارات در حقوق اداری به صلاحیت‌های تکلیفی و صلاحیت‌های تخییری منقسم می‌شوند. البته همواره همه صلاحیت‌های کار گزاران عمومی را نمی‌توان به صورت دقیق در یکی از این دو دسته جای داد و تشخیص آن دشواری‌هایی دارد. به این جهت بعضی از اختیارات و صلاحیت‌ها مبهم یا تردید آمیز هستند. تفکیک صلاحیت‌ها به صلاحیت‌های اختیاری و اجباری آثاری دارد که می‌توان بارزترین اثر آن را در فرایند اعمال کنترل قضایی محدود و حداکثری یافت. در ذیل مهمترین اقسام این قبیل صلاحیت‌ها از جمله صلاحیت تخییری را معرفی خواهیم کرد.

### بند اول: صلاحیت تکلیفی

#### الف) مشخصه و جایگاه صلاحیت تکلیفی

فهم صلاحیت تخییری منوط به فهم صلاحیت تکلیفی است. زیرا مفهوم مقابل صلاحیت تخییری در ادبیات حقوق اداری، «صلاحیت تکلیفی» است. به عبارت رساتر «صلاحیت تخییری»<sup>۱</sup> هرگز در برابر «صلاحیت خودسرانه»<sup>۲</sup> به کار نمی‌رود، بلکه در برابر «صلاحیت تکلیفی»<sup>۳</sup> قرار می‌گیرد. <sup>۴</sup> از نظر دولابادور، صلاحیت در حقوق اداری زمانی تکلیفی است که قانون صلاحیت ویژه‌ای را به مقام اداری واگذار می‌کند و در آن بر اجرای «امرانه»،<sup>۵</sup> از پیش تعیین شده<sup>۵</sup> و مشخصی از صلاحیت تأکید می‌شود. لبرتون با ارائه تعریفی سلبی

1. Pouvoir discrétionnaire

2. Pouvoir arbitraire

3. **Compétence liée**

4. Lebreton, Gilles, *Droit administratif générale*, 4e édition, Dalloz, 2007.p72.

5. Pré-établie

6. De laubadère, André et al , *Droit administratif*, L.G.D.J, 17e édition, 2002.p96.

صلاحیت را هنگامی تکلیفی می‌داند که اداره هیچ گونه آزادی عملی در تصمیم‌گیری نداشته باشد، زیرا مواد قانونی اداره را به اقدام خاص و اتخاذ اقدامات معین شده مطابق قانون مکلف نموده است.<sup>۱</sup>

بنابراین در اداره زمانی از صلاحیت تکلیفی سخن می‌گویند که قاعده حقوقی دقیقاً وضعیت و موقعیت اتخاذ تصمیم را برای اداره معین نموده باشد.<sup>۲</sup> برای مثال، قاعده حقوقی است که برای مقام اداری مشخص می‌نماید که محتوای تصمیم او چگونه باید باشد. قاعده حقوقی تعیین می‌نماید اداره تصمیم خود را باید برای هدف مشخص اتخاذ نماید. قاعده حقوقی است که دقیقاً چارچوب عملکرد اداره را مشخص می‌نماید. بدین سان ارائه معیارهای عینی و مشخص توسط واضع هنجار، مشخصه اصلی صلاحیت‌های تکلیفی است. در صلاحیت تکلیفی، اداره با شرایط از پیش تعیین شده یا از پیش تعریف شده<sup>۳</sup> مواجه خواهد بود. به همین دلیل نیز گفته می‌شود که در این قبیل صلاحیت‌ها اداره مقید به قواعد حقوقی مشخص شده است. به عبارت دیگر در حقوق اداری صلاحیت وقتی تکلیفی است که در برابر اوضاع و احوال معینی، قانون قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور باید اتخاذ کند، معین نموده باشد.<sup>۴</sup>

برای مثال در فرانسه به موجب قانون مصوب سال ۱۹۲۳، مقرر شد که شهردار می‌تواند برای مقابله با موضوع جاسوسی، مسافران خارجی مظنون به جاسوسی را دستگیر نماید. در این قانون این اختیار تنها محدود به موارد خاص شد. این قانون این اجازه را تنها در موارد ویژه‌ای به اداره می‌داد و مقام اداری حق نداشت این اختیار تکلیفی را شامل مصادیق دیگر بداند، زیرا مصداق‌های مسافرانی که می‌توانستند در مظان جاسوسی باشند دقیقاً مشخص شده بود. مطابق این قانون، این اقدام احتیاطی تنها می‌توانست نسبت به اشخاص ذیل اعمال شود:

1. Lebreton, *Op.cit.* p77.

۲. وقتی که سخن از صلاحیت تکلیفی در برابر مفهوم صلاحیت تخییری گفته می‌شود؛ این عنوان فارغ از صلاحیت‌های اجباری رسیدگی‌ها در دادرسی‌های اداری و قضایی (compétence juridictionnelle) و همچنین دادرسی‌های بین‌المللی مشهور حقوق بین‌الملل عمومی خواهد بود. در حقیقت صلاحیت تکلیفی در دادرسی‌های اداری نیز کاربرد دارد. اما مفهوم آن که به معنای احراز صلاحیت اجباری دادگاه رسیدگی‌کننده است، با مفهومی که در فرآیند اتخاذ تصمیم‌های اداری از آن بحث می‌نمایم کاملاً متمایز است. برای بررسی بیشتر در این باره به منبع ذیل بنگرید:

- L. di Qual, « La compétence liée », *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1964 et voir: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°2. Avril-juin pp. 513-51

3. Conditions prédéfinies

۴. منوچهر طباطبایی مومنی، پیشین، ص ۴۱۰.

۱. بیگانگان بجز مواردی که وزیر دفاع مشخص می‌کرد.
۲. اشخاصی که قبلاً محکوم به اقدام علیه امنیت ملی شده‌اند.
۳. اشخاصی که قبلاً به دلایل جاسوسی دستگیر و زندانی شده‌اند.

## ب) اقسام صلاحیت تکلیفی

### ۱. صلاحیت تکلیفی ایجابی

منظور صلاحیت‌هایی هستند که طبق آنها مقام اداری به نحو «فعل» و به گونه‌ای ایجابی مکلف به اتخاذ تصمیم است. برای مثال، مأمور مالیات مکلف است نرخ مالیات را محاسبه نماید. این دسته از صلاحیت‌ها که بر اساس آنها از مقام اداری خواسته می‌شود اقدامات مشخصی را انجام دهد، با توجه به ماهیت صلاحیت به سه دسته مجزا تقسیم می‌شوند.

#### ۱-۱. صلاحیت همه یا هیچ

منظور این است که مقام عمومی در برخی موارد، صلاحیت دو گانه «اقدام»<sup>۱</sup> یا «عدم اقدام»<sup>۲</sup> دارد. به عبارت رساتر در این دسته از صلاحیت‌های تکلیفی، مقام عمومی و اداری محدود به دو گزاره است: گزاره بلی و خیر (قانون همه یا هیچ) یعنی اداره و مقام اداری باید در هنگام مواجهه با تکلیف ابتدا از خود بپرسد که آیا صلاحیت اتخاذ تصمیم را دارد یا خیر. در صورتی که پاسخ مثبت باشد، اداره مکلف به اقدام است و بالعکس در صورتی که پاسخ منفی باشد، اداره از اتخاذ تصمیم اجتناب خواهد نمود. یعنی در واقع در این فرض صلاحیت ندارد. البته این پاسخ منفی نیز باید موجه و مطابق با قانون باشد.

در یک تعریف ارائه شده از صلاحیت تکلیفی گفته شده است که منظور از صلاحیت تکلیفی، صلاحیت‌هایی است که محتوای آنها «تعهد به اقدام»<sup>۳</sup> یا «عدم اقدام»<sup>۴</sup> مطابق قانون است.<sup>۵</sup> برای مثال، در صورتی که شهرداری مکلف به اعطای مجوز ساخت و ساز اراضی شهری باشد، ابتدا این مسئله را بررسی می‌نماید که آیا زمین شخص متقاضی در محدوده اراضی شهری قرار دارد؟ در صورتی که پاسخ منفی باشد، اداره صلاحیت صدور مجوز

1. Pouvoir d'action

2. Pouvoir d'inaction

3. Obligation d'agir

4. Obligation ne pas agir

5. Lombard, Martin, Gilles Dumont, **Droit administratif**, 7e édition, Dalloz, 2007.p75.

نسبت به اراضی خارج از شهر را نخواهد داشت، ولی در صورتی که پاسخ مثبت باشد، اداره مکلف به اقدام و صدور مجوز خواهد بود.

### ۲-۱. صلاحیت تکلیفی محض

دسته دوم صلاحیت‌های تکلیفی، جنبه آمرانه محض دارد. این صلاحیت، ناظر به موردی است که اداره برای بررسی مقدماتی صلاحیت تصمیم یا عدم تصمیم، اختیار ندارد. برای مثال، می‌توان گفت که رئیس جمهور در امضای قوانین صلاحیت تکلیفی دارد، یعنی در این مدل اداره تنها مکلف به اقدام است. در این قبیل صلاحیت‌ها معمولاً قانونگذار یا مقام مافوق «مصدق» صلاحیت تکلیفی را نیز تعیین می‌نماید، در حالی که در نوع اول که به آن اشاره نمودیم، تکلیف عام اداری وجود دارد ولی تعیین مصداق به اختیار مقام عمومی و اداری نهاده شده است. به همین دلیل برخی به صلاحیت‌های تکلیفی دسته نخست، عنوان «صلاحیت‌های شبه تکلیفی» یا «شبه‌گزینشی» داده<sup>۱</sup> و مدل دوم را «صلاحیت تکلیفی محض» نام نهاده‌اند. معمولاً دولت‌ها از طریق آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها اقدام به تعیین دقیق شرایط و اهداف اعمال اداری می‌نمایند که مقامات اداری مکلف به اجرای آنها هستند.<sup>۲</sup> این قبیل صلاحیت‌های تکلیفی بیشتر در سازمان‌های با ماهیت نظامی شایع هستند.

### ۳-۱. صلاحیت مقید

دسته سوم صلاحیت‌های تکلیفی مشهور به «صلاحیت‌های مقید»<sup>۳</sup> هستند. در این قسم از صلاحیت، اداره مکلف به اقدام است، ولی این تکلیف محدود به قلمرو زمانی مشخصی می‌شود<sup>۴</sup> که رعایت آن از سوی مقام اداری الزامی است. به عبارت دیگر، الزام نه ناشی از محتوای صلاحیت، بلکه ناشی از بازه زمانی مقرر توسط قانونگذار است.

۱. اصولاً نظریه کلی پذیرفته شده در حقوق اداری این است که صلاحیت تکلیفی محض در رویه‌های عملی اداری معنا و مفهوم ندارد. بلکه در صلاحیت‌های تکلیفی محض، قوه مجریه می‌تواند تا زمانی که کنترل قضایی اعمال آنها مطرح نشده است، حدی از صلاحیت گزینشی را برای خود تعریف نماید. این تحلیل منطبق با واقعیت حقوق اداری و مخالف با دکترین صلاحیت تکلیفی است. در این خصوص بنگرید به: - Van lang, Agathe et al, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand colin, 2e édition, Paris, 1999.p68.  
2. Op.cit. p69.  
3. Compétence ligotée  
4. L. di Qual, « La compétence liée », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964 et voir: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°2. Avril-juin pp. 513-51

## ۲. صلاحیت تکلیفی سلبی

در صلاحیت تکلیفی سلبی بر خلاف نوع ایجابی آن، مقام اداری مکلف به عدم اقدام است. یعنی تکلیف به خودداری از اتخاذ تصمیم و «ترک فعل» دارد. برای مثال، به موجب تصویب نامه هیأت وزیران در مورد ممنوعیت خرید کالاهای خارجی توسط دستگاه‌های اجرایی مصوب ۱۳۸۸، ذیحسابان دستگاه‌های اجرایی مکلف به «عدم پرداخت» اعتبارات مربوط به خرید کالاهای خارجی شده اند. (بند ۱) از جمله نمونه‌های تکالیف سلبی در حقوق ایران می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

- تکلیف به عدم ارائه خدمات دولتی (بند ج تبصره ۵ قانون بودجه ۱۳۸۳)
- تکلیف به خودداری از تبلیغ کالاهای مضر (ماده ۸۴ قانون برنامه چهارم)
- تکلیف به عدم ثبت کالاهای گمراه کننده توسط ادارات ثبت (ماده ۱۲ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی)
- تکلیف به خودداری از انعقاد قرارداد (ماده ۲ آیین نامه راهکارهای افزایش ضمانت اجرایی و تقویت حسابرسی مصوب ۱۳۸۸).

## ج) صلاحیت تکلیفی در ایران

در حقوق ایران نیز در بسیاری از موارد طبق قوانین و مقررات موجود، تکالیف مشخص و دقیقی بر عهده مقامات اداری گذاشته شده است. در سطح اداره این مسئله بیشتر در مورد اعطای مجوزها و تکالیف عمومی اداره در ارائه خدمات به شهروندان و رعایت الزامات قانونی دیده می‌شود. برای مثال، به موجب تبصره ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغی (مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی)، ادارات ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی و سایر مراجع اداری به استعلام از سازمان‌های جهاد کشاورزی در موارد تفکیک و افراز و تقسیم اراضی زراعی و باغی مکلف شده‌اند.

بنابراین در صلاحیت‌های تکلیفی اداره تنها در چارچوب الزامات، موارد و مصادیق مشخص حرکت می‌نماید. در اینجا تصمیم با اصل قانونی بودن تقریباً منطبق است. هیچ «حاشیه‌ای از ارزیابی»<sup>۱</sup> و «تفسیر آزاد»<sup>۲</sup> به مقام اداری داده نشده است. در واقع اداره در

1. Marge d'appréciation

2. Libre interprétation

چارچوب «هنجارهای امری»<sup>۱</sup> قرار دارد. اما باید توجه داشت که صلاحیت تکلیفی در مقایسه با صلاحیت‌های اختیاری دغدغه‌چندانی در حوزه مسائل حقوق اداری ایجاد نمی‌کند، زیرا اولاً صلاحیت‌های تکلیفی واضح هستند و معمولاً قلمرو مشخصی دارند و ثانیاً مشکل چندانی نیز در روند کنترل قضایی ایجاد نمی‌نمایند.

### بند دوم: صلاحیت تخییری

#### الف) مفهوم کلی این صلاحیت

صلاحیت تخییری، گزینشی یا اختیاری<sup>۲</sup> در حقوق اداری مواجه با تعاریف، برداشتها و معادل‌های متعددی است. لیکن همه آنها با اندکی تمایز سمت‌وسوی واحدی دارند. اجمالاً می‌توان گفت که محتوای این قسم از صلاحیت در حقوق اداری، عبارت است از اختیار تصمیم مقام اداری در راستای انجام وظایف و در شرایط اوضاع و احوال خاص و شخصی بر اساس گزینه‌های پیش رو که براساس آن، مقام اداری در انتخاب یک یا چند تصمیم آزادی نسبی دارد. در حقیقت صلاحیت وقتی اختیاری است که مأمور دولت در مقابل امور معینی حق تصمیم‌گیری داشته باشد و بتواند در مورد هر کاری که برای منافع و مصالح عمومی مقتضی و صلاح می‌داند، تصمیم بگیرد.<sup>۳</sup>

در سطح دکترین و اسناد نیز تعاریف مختلفی از این صلاحیت‌ها ارائه شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود. صلاحیت اختیاری معمولاً متضمن دو مفهوم انتخاب و منفعت عام است. صاحب‌نظران توافق دارند که «صلاحیت اختیاری» به این معنی است که قانون به مقام اداری اجازه می‌دهد که از میان گزینه‌های متعدد قانونی، با توجه به معیارهای غیرحقوقی، گزینه‌ای را انتخاب کند. این انتخاب متضمن برقراری توازن میان منافع عمومی و خصوصی با استفاده از ارزش‌های فراحقوقی در جهت تعیین یک «منفعت عام» است که به وسیله قوانین موضوعه تعیین

1. Normes impératives

2. Pouvoir discrétionnaire/ Discretionary power

۳. به قول پروفیسور والین «در مورد صلاحیت تخییری مأمور قبل از گرفتن تصمیم باید از خود بپرسد که آیا حق دارم فلان تصمیم را بگیرم؟ آیا در اتخاذ تصمیم مجبورم؟ وقتی مأمور به سؤال اول پاسخ مثبت و به سؤال دوم پاسخ منفی داد سؤالی سومی مطرح می‌شود و آن اینکه آیا چنانچه فلان تصمیم را بگیرم منافع عمومی به حد کمال رعایت می‌شود یا خیر؟ سؤالات اول و دوم سؤالاتی است که باید منطبق با قانون باشد، ولی سؤال سوم مربوط به مقتضیات اداری یا همان صلاحیت تشخیصی است. نقل از منوچهر طباطبایی موتمنی، منبع پیشین، ص ۴۰۹ و ۴۱۱.

نشده است.<sup>۱</sup> برای مثال، شهرداری به موجب قانون مخیر است مجوز ساخت و ساز مورد تقاضای شهروندان را پس از انطباق با قواعد و نظامات قانونی، صادر یا مردودی تقاضا را صادر نماید. به عبارت دیگر در صلاحیت‌های اختیاری، مقام اداری حق تفسیر و ارزیابی دارد و بر این اساس است که صلاحیت اختیاری به «صلاحیت‌گزینشی» نیز تعبیر شده است.

### ب) تعریف صلاحیت تخییری

صلاحیت تخییری در اسناد، رویه‌ها و دکترین، برداشت‌ها و تعابیر بعضاً متفاوتی داشته است. در نظام کامن لا دغدغه اساسی تعاریف و برداشت‌ها مبتنی بر نفی خودسری اداری است و تأکید بر معیارهای ماهوی دارند. در حقوق رومی ژرمنی بویژه در حقوق فرانسه، نسبت این مفهوم با اصل قانونی بودن سنجیده می‌شود.

#### ۱. تعریف حقوقدان انگلوساکسون

رویکرد حقوقدانان این گروه در تعریف نهاد صلاحیت تخییری بیشتر معطوف به این است که استانداردهایی را برای اجرای این قبیل صلاحیت‌ها تعریف نمایند. این استانداردها و رعایت آنها جزء ذاتی مفهوم صلاحیت تخییری است؛ به گونه‌ای که بی توجهی به این معیارها از نظر حقوق دانان این گروه، مفهوم صلاحیت تخییری را همان‌گونه که دایسی بر آن تأکید می‌نمود، مترادف با استبداد و خودسری خواهد کرد. موضوعی که همیشه دایسی و حقوق دانانی نظیر وی از آن واژه داشتند، اتهام «استبداد» و «خودسری» به نهاد صلاحیت تخییری توسط اداره بود. لذا حقوق دانان انگلوساکسون با ارائه معیارهای ماهوی، تعریف تقریباً جامع و مانعی از صلاحیت تخییری ارائه نموده اند که به برخی از آنها اشاره می‌نماییم.

#### ۱-۱. تعریف لرد دیپلاک

لرد دیپلاک<sup>۲</sup> با عبارتی مختصر صلاحیت اختیاری را این گونه تعریف نموده است: «مفهوم درست صلاحیت اختیاری اداره، عبارت از حق انتخاب میان بیش از یک گزینه برای اقدام است، به گونه‌ای که این امکان برای مردم عادی وجود داشته باشد تا نظریات متفاوتی را

1. Ponce Juli, "Good Administration and Administrative Procedure", *Global Legal Studies*, 552, 2005, pp. 551-553.

2. William John Kenneth Diplock, (1907- 1985).



ابراز نمایندند». در تعریف دیگر با تأکید بر ضرورت «انعطاف»<sup>۱</sup> گفته شده است «صلاحیت تخییری به آن میزان آزادی عمل یا انعطافی گفته می‌شود که مقامات اداری عمومی، هنگام اتخاذ تصمیمات یا اقدامات اداری خواهند داشت».<sup>۲</sup>

### ۲-۱. تعریف لرد هالزبوری

لرد هالزبوری<sup>۳</sup> در قضیه Sharp v. Wakefield دقیقاً به مشخصات و عوامل تشخیص صلاحیت تخییری از مفهوم رقیب خود، یعنی صلاحیت خودسرانه اشاره نموده است. در نظر وی صلاحیت تخییری به این معناست که وقتی اقدامی در چارچوب اختیارات مقامات اداری انجام می‌شود، باید براساس قواعد عاقلانه و منطقی باشد نه اینکه از نظریات شخصی تبعیت نماید؛ تصمیم باید مطابق با قانون باشد نه اینکه مبتنی بر احساسات و عواطف، خودسرانه، متلوانه، بی‌منا، جانبدارانه، نامتناسب، مبهم و خیال‌پردازانه باشد.<sup>۴</sup>

### ۳-۱. تعریف دیویس

دیویس از نویسندگان مشهور نظریه صلاحیت تخییری با بررسی این نهاد به دنبال تعیین چارچوب مشخص حقوقی برای اعمال صلاحیت‌های تخییری است.<sup>۵</sup> از نظر پروفیسور دیویس صلاحیت این‌گونه تعریف می‌شود:

«مقام عمومی زمانی صلاحیت دارد که محدودیت‌های<sup>۶</sup> اجرایی وارد بر اختیاراتش به وی اجازه انتخاب یا عدم انتخاب روش انجام عمل اداری را بدهد». برای این اساس صلاحیت تخییری باید در یک چارچوب مشخص حقوقی اعمال شود. از نظر وی مقام اداری هنگامی واجد صلاحیت تخییری است که محدودیت‌های مؤثر وارد بر اختیاراتش در فرایند اقدام و عدم اقدام آزادی انتخاب داشته باشد. در غیر این صورت واضح است که اعمال صلاحیت تخییری تفاوت چندانی با

1. Flexibility

2. Keneth.F Warren, **Administrative discretion**, in Encyclopedia of public administration and public policy, Marcel Dekkar Inc, Vol 1, 2003,p35.

3. Lord Halsbury

4. David Pollard, et al, **Constitutional and administrative law**, oxford University Press, 14 ed, 2007,p467.

5. See: Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois:Chicago UP 1969,p4.

6. Limits

خودسری و تصمیمات دلبخواهی نخواهد داشت.<sup>۱</sup> دغدغه اصلی نیز همین است که صلاحیت تخییری با این معیار با خودسری<sup>۲</sup> اشتباه نشود.

#### ۴-۱. سایر تعاریف

از نظر اتکینسون، صلاحیت تخییری، اختیاری<sup>۳</sup> است که به موجب قانون اعطاء می شود و اجازه اتخاذ تصمیمات ممکن را فراهم می آورد.<sup>۴</sup> پرفسور فروند<sup>۵</sup> معتقد است هنگامی که از صلاحیت تخییری در اداره سخن می گوئیم، منظور این است که روش انتخابی توسط کارمند را نمی توان به طور کامل اثبات یا رد نمود. یعنی اختیار تعیین روش اتخاذ تصمیم «به صورت قانونی» به مقام اداری واگذار شده است. لرد کک<sup>۶</sup> تعبیر جالبی در مورد صلاحیت تخییری دارد. از نظر وی اختیارات اداری یا همان صلاحیت های تخییری، علم فهم و تشخیص بین درست و نادرست، حقیقی و ناصواب، عمق و سطح، انصاف و ادعاهای بی مبناست که هرگز مبتنی بر اراده یا میل یا تحت تأثیر منافع خصوصی نیست و آن را کارمند تشخیص می دهد.<sup>۷</sup> در مورد مقامات قضایی نیز صلاحیت تخییری این گونه تعریف شده است که «منظور اختیاری است که قانون به مقام قضایی یا دادگاه می دهد که از میان یک یا چند بدیل<sup>۸</sup> یکی از آنها را که قانونی نیز محسوب می شود، انتخاب نماید.»<sup>۹</sup> که این امر درباره مقامات اداری نیز صادق است. یعنی صلاحیت تخییری براین اساس اختیار انتخاب میان دو یا چند روش قانونی است که به مقام اداری اعطا شده است.

۱. دیویس معتقد است صلاحیت تخییری را به لحاظ گستره باید به صلاحیت تخییری گسترده و صلاحیت تخییری محدود تقسیم نمود. در صلاحیت تخییری گسترده ممکن است اعمال عدالت فردی در تصمیمات موردی به خودسری یا نقض اصل برابری منجر شود و این مسئله همواره محتمل است که در صلاحیت تخییری گسترده مقام اداری به سمت خودسری برود. اما به عکس صلاحیت تخییری محدود نیز امکان اعمال دقیق و مناسب عدالت فردی شده را می گیرد.

2. Arbitrariness

3. Pouvoir

4. William J. Atkinson, *Op.cit.* p189.

5. Freund

6. Coke

7. Rooks case, 1959 and Keighley's case (1609). Hilaire, Barnett, **Constitutional & administrative law**, p738, 14ed, 2004.

8. Alternative

9. Barak, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1987, p 8.

## ۲. تعریف حقوق دانان رومی-ژرمنی

هرچند نظریه صلاحیت تخییری به اندازه حقوق دانان انگلوساکسون، به لحاظ توجه به معیارهای ماهوی در رویه قضایی، مورد توجه حقوق دانان رومی-ژرمنی نبوده است؛ اما در سالیان اخیر کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها به دغدغه مشترک همه نظام‌های حقوقی تبدیل شده است.<sup>۱</sup> حقوق دانان این گروه، نهاد صلاحیت تخییری را از «اصل قانونی بودن»<sup>۲</sup> آغاز می‌نمایند. به جرئت می‌توان گفت که در تمامی آثار و نوشته‌های حقوق اداری این گروه، نهاد صلاحیت تخییری در کنار نظریه «وضعیت‌های اضطراری»<sup>۳</sup> بیان شده است. در این میان حقوق دانان فرانسوی به عنوان مصداق این قبیل نظام‌ها، سرآمد ارائه این تحلیل اند. هرچند در سال‌های اخیر برخی نویسندگان، دیگر از این سنت تبعیت نمی‌نمایند. دلیل آغاز این بحث و استثنا نمودن آن از اصل قانونی بودن در آثار غالب نویسندگان این گروه از جمله دولابادرو، رنه شاپو، ریورو و میشل روست، هرگز معنای «خلاف قانون» بودن این دو نهاد را نمی‌دهد. بلکه طرح «استثنایی»<sup>۴</sup> بودن این صلاحیت به معنای گریز محسوس و مشروط این نهاد از مفهوم مطلق، و نخستین اصل قانونی بودن است. به قول پرفسور دولابادرو، صلاحیت تخییری را باید در ذیل اصل قانونی بودن تحلیل نماییم، یعنی اداره بتواند آزادانه تصمیم مناسب را که برخلاف قانون نیز نباشد، اتخاذ نماید.<sup>۵</sup> برخی از مشهورترین تعاریف ارائه شده از صلاحیت تخییری را بررسی می‌کنیم.

## ۲-۱. تعریف رنه شاپو

رنه شاپو استاد مشهور حقوق اداری معاصر فرانسه<sup>۶</sup>، با تأکید بر گزینه‌های قانونی پیش روی کارمند، صلاحیت تخییری را این گونه تعریف نموده است: «منظور از صلاحیت تخییری

۱. غنای ادبیات صلاحیت تخییری در نظام‌های انگلوساکسون از سویی ناشی از دغدغه حقوق دانان این دسته در حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و نیز حاکمیت قانون است و از سویی دیگر به جای قانون که منبع اصلی نظام‌های حقوق نوشته در تعیین صلاحیت‌هاست، رویه قضایی نقش محوری دارد.

2. Principe de légalité

3. L'état d'exception

4. Exceptionnel

5. De laubadère, *Op.cit.*p96.

۶. رنه شاپو استاد مشهور حقوق اداری معاصر در دانشگاه پاریس دو است. وی بینان‌گذار و رئیس مرکز حقوق و دعاوی اداری در فرانسه است. آثار وی از جمله دو جلد حقوق اداری و همچنین حقوق دعاوی اداری وی یکی از مهمترین کتب مرجع حقوق اداری در سنت حقوق نوشته محسوب می‌شود.

عبارت است از اختیار انتخاب میان دو یا چند تصمیم و روش که همه آنها قانونی محسوب می‌شوند. در نظر شاپو «اداره» با «کارخانه» فرق دارد و نمی‌توان از اداره انتظار داشت تا خروجی‌هایش که همان تصمیمات است، دقیقاً مشابه باشد.<sup>۱</sup> بنابراین طبیعی است که اصل قانونی بودن نتواند دقیقاً همه صلاحیت‌ها را مشخص نماید. وی با این تمثیل مشخص به پیچیدگی مقتضیات اداری و ضعف تحلیل نظام‌مند تصمیم‌گیری اداری تأکید می‌نماید.<sup>۲</sup>

## ۲-۲. تعریف دولابادور

در نظر دولابادور، صلاحیت هنگامی تخییری است که قانون مقام اداری را در انتخاب روش‌های قانونی آزاد گذارد. در حقیقت صلاحیت تخییری «آزادی انتخاب»<sup>۳</sup> مقام اداری است.<sup>۴</sup> وی درباره صلاحیت تخییری می‌گوید «در صلاحیت تخییری قانون به مأمور می‌گوید شما می‌توانید فلان تصمیم را بگیرید و این با خود شماست که تشخیص بدهید در چه موردی از بین چند تصمیم و راه حلی که ممکن است وجود داشته باشد، باید کدام تصمیم و راه حل را بر دیگری رجحان دهید و آن را اتخاذ کنید».<sup>۵</sup>

## ۲-۳. سایر تعاریف فرانسوی

از نظر ودل استاد معروف حقوق اداری فرانسه «می‌توان گفت اداره هنگامی صلاحیت تخییری دارد که قوانین و مقررات اداره را در اقدام یا تصمیم‌گیری آزاد بگذارد».<sup>۶</sup> گیل

1. R. Chapus *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 2004, p. 1058.

۲. نگرش نظام‌مند در اداره، سازمان را به مثابه مجموعه‌ای می‌داند که در آن ورودی مشخص (Input)، پردازش (Process)، خروجی مشخص (Output) و بازخورد (Feedback) تصمیم وجود دارد. تمام تلاش علمای مدیریت دولتی نیز تمرکز بر روابط، ساختار و ویژگی‌های روابط میان اجزای سیستم است. آیا نمی‌توان عناصری را خارج از اجزای سیستم تصور نمود که تصمیم‌گیری دولتی را تحت تأثیر قرار می‌دهند؟ یکی از نقدهای وارد بر این تفکر، تحلیل ساده‌انگارانه، غیر منعطف و مبتنی بر پیش‌زمینه ذهنی سیستمی روابط اداری و نحوه تصمیم‌گیری مدیران دولتی است. نهاد صلاحیت تخییری اساساً می‌خواهد به مدیران دولتی یادآوری نماید که تصمیم‌گیری اداری بسیار پیچیده‌تر از اجزای متصور برای سیستم است، به گونه‌ای که نمی‌توان تصمیم‌گیری اداری در موقعیت‌ها و شرایط گوناگون را با یک بنگاه تولیدی یا یک دستگاه رایانه مقایسه نمود. تأکید رنه شاپو از این واقعیت ناشی می‌شود.

3. Libre de choisir.

4. Ibid.

۵. طباطبایی مومتمنی، همان ص ۴۱۰.

6. G. VEDEL, *Droit administratif*, 5e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 318.

لبرتون با گزینش معادل «اختیارات گزینشی»<sup>۱</sup> به جای «صلاحیت تخییری»<sup>۲</sup> درباره این قبیل صلاحیت آورده است: «اختیارات گزینشی به آن قسم از آزادی اقدام اداره<sup>۳</sup> اطلاق می‌شود که در قانون پیش‌بینی شده است».<sup>۴</sup>

از نظر پرفسور بونارد «صلاحیت گزینشی اداره آن است که قانون اعطا کننده اختیارات، به اداره آزادی دهد که در روابط خود با اشخاص، دخالت کند، امتناع ورزد یا این دخالت و کیفیت آن را زمان‌بندی نماید. به تعبیر دیگر، صلاحیت گزینشی اختیاری است که قانون به اداره می‌دهد که بر اساس تشخیص خود، مبادرت به انجام یا ترک امور نماید».<sup>۵</sup> در تعریف دیگر گفته شده است که صلاحیت هنگامی تخییری است که مقام اداری «اختیار انتخاب»<sup>۶</sup> میان چند تصمیم را که همگی قانونی محسوب می‌شوند، داشته باشد، یعنی مقام اداری آزادی ارزیابی<sup>۷</sup> در موقعیت‌های گوناگون را با توجه به اوضاع و احوال داشته باشد، به گونه‌ای که بتواند بهترین تصمیم را با توجه به موقعیت موجود اتخاذ نماید.<sup>۸</sup>

### ۳. تعاریف اسناد و رویه قضایی

#### ۳-۱. اسناد

در حقوق ایران سند مشخصی که اشاره‌ای به صلاحیت تخییری نموده باشد، وجود ندارد. در میان اسناد فراملی مشهورترین سندی که صلاحیت تخییری را تعریف نموده است، توصیه‌نامه مارس ۱۹۸۰ کمیته وزیران اتحادیه اروپا درباره اعمال صلاحیت‌های تخییری توسط مقامات اداری است. در این سند، صلاحیت تخییری این گونه تعریف شده است: «صلاحیت تخییری، اختیاری است که به مقام اداری درجه‌ای از آزادی عمل را برای تصمیم‌گیری واگذار می‌کند و مقام اداری را مجاز می‌سازد که میان تصمیمات مجاز و قانونی، تصمیمی را که از نظر او مناسب‌تر است اتخاذ نماید».<sup>۹</sup>

1. Pouvoir discrétionnaire

2. Compétence discrétionnaire

3. Liberté d' action de l' administration

4. Lebreton, Op.cit.p72.

۵. جواد محمودی، «چگونگی کنترل صلاحیت‌های گزینشی در پرتو آراء شورای دولتی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ویژه نامه شماره ۴، بهار ۱۳۹۰، ص ۳۸-۳۹.

6. Faculté de choisir.

7. Libre d' apprécier.

8. Lombard, Martin, Gilles Dumont, **Droit administratif**, 7e édition, Dalloz, 2007.p75.

9. Recommendation of the commission of Ministers No. R(80)2 concerning the Exercise of Discretionary Power by Administrative Authorities, 316th Mtg, 11 March 1980.

همان گونه که در تعریف مشخص است، صلاحیت تخییری چند ویژگی اساسی دارد. اول اینکه در این قبیل صلاحیت «درجه‌ای از آزادی عمل» را داریم. دوم اینکه آزادی عمل اعطاشده مجاز و قانونی است و اساساً به موجب قانون پیش‌بینی می‌شود و بالاخره اینکه هدف از اعطای این صلاحیت فراهم نمودن امکان لازم برای اتخاذ تصمیم مناسب برای اداره است؛ نه تصمیم نامناسب و خودسرانه.

### ۲-۳. رویه قضایی

صلاحیت تخییری به صورت تعریف مشخص و مجزا در رویه‌های قضایی منعکس نشده است، ولی در برخی از آراء قضایی به صورت پراکنده و مفهومی به صلاحیت تخییری اشاره شده است. در فرانسه این مفهوم از سال ۱۹۲۰ ظاهر گردید.<sup>۱</sup> شورای دولتی در قضیه الکترومکانیک در ۱۹۶۳ صلاحیت تخییری استاندار مبنی بر موافقت یا مخالفت با واگذاری مجوز تخریب را که به موجب قانون پیش‌بینی شده بود، صراحتاً شناسایی نمود.<sup>۲</sup> دیوان عالی عدالت اردن نیز ضمن رأی صادر شده، صلاحیت تخییری را به «اختیار اداره در اتخاذ تصمیم مناسب و قانونی» تعریف نموده است.<sup>۳</sup> در حقوق لبنان «صلاحیت تخییری»<sup>۴</sup> تحت عنوان «صلاحیت استثنایی» یا قدرت اختیاری شناخته می‌شود. این واژه در مقابل «صلاحیت تحکیمی» یا مقید قرار می‌گیرد. این اصطلاح را شورای دولتی لبنان در رأی صادر در سال ۱۹۶۱ وضع نمود و منظور دادگاه در این رأی آزادی مطلق اداره از همه قیود قانونی بود.<sup>۵</sup>

بند سوم: صلاحیت شبه گزینشی - شبه تکلیفی

### الف) مفهوم این قبیل صلاحیت

برخی از تعاریف و برداشت‌های ارائه شده به این سمت رفته اند که وجود صلاحیت اختیاری یا صلاحیت تکلیفی، پدیده‌ای سیاه یا سفید نیست، یعنی صلاحیت اختیاری کامل وجود ندارد. این

1. Gilles J. Guglielmi, *Cours de droit administratif*, 2004, p76. sur: <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/DA1.09.pdf>

2. CE.sec.15.3.1963. cie. Voir: Lebreton, *Op.cit.*p72.

3. قرار رقم ۶۷/۵۹ ص ۱۰۷۲، مجله نقابه المحامین، العدد ۱۰، السنة ۱۵. نقل از عمر محمد الشویکی، منبع پیشین، ص ۶۸.

4. در حقوق اداری کشورهای عربی «السلطه التقديرية» معادل صلاحیت تخییری و «السلطه المقيدة» معادل صلاحیت تکلیفی به کار می‌رود.

5. عبد الله عبدالغنی، القضاء الاداری، المطبعة الثانی، اسکندریه، مصر، ۲۰۰۶، ص ۴۰. سعد، جورج، القانون الاداری العام و المنازعات الاداریه، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، لبنان، ۲۰۰۶، ص ۱۵۱.

امر در مورد صلاحیت تکلیفی نیز صادق است.<sup>۱</sup> بویژه در دیدگاه حقوق اداری فرانسه، در یک تصمیم خاص، همواره میزانی از صلاحیت اختیاری و میزانی از صلاحیت تکلیفی وجود دارد.<sup>۲</sup> در این نگاه منظور از این قسم از صلاحیت‌ها این است که برای اداره، صلاحیت‌های گزینشی پیش‌بینی می‌شود؛ لیکن قانونگذار برای این قسم از صلاحیت‌ها اهداف قبلی می‌گذارد. مثلاً مقرر می‌کند که صلاحیت‌ها باید در راستای نفع عمومی یا سیاست‌های کلی باشد. به همین دلیل اداره در اجرای صلاحیت‌های گزینشی نیز مواجه با نوعی الزام است و حتی در اعمال «اختیارات» خود آزادی کامل ندارد.

بنابراین، جنبه‌هایی از صلاحیت را می‌توان تصور نمود که نه جنبه تکلیفی محض و نه جنبه گزینشی محض دارند. به این قسم از صلاحیت‌ها «صلاحیت‌های شبه گزینشی»<sup>۳</sup> یا شبه تکلیفی گفته می‌شود. برای مثال، به موجب اصل ۱۲۷ قانون اساسی ایران، رئیس جمهور می‌تواند نمایندگان ویژه داشته باشد. ولی این توانستن و اختیار رئیس جمهور مطلق نیست و ضمن همین اصل، الزامات این اختیار، به این صورت معین شده است که تعیین نمایندگان ویژه منوط به «موارد خاص»، «ضرورت»، «اختیارات مشخص» و «تصویب هیئت وزیران» است. نمونه این مورد در حقوق اداری ایران را می‌توان در تبصره ۳ ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مشاهده نمود که طبق آن، دستگاه اجرایی «مکلف» است یکی از روش‌های مورد اشاره در قانون را برگزیند.<sup>۴</sup>

#### ب) نسبت صلاحیت‌ها

وقتی گفته می‌شود صلاحیت تخییری یا صلاحیت تکلیفی در اداره وجود دارد، به معنای مطلق بودن آنها نیست. اینکه در صلاحیت تکلیفی گفته می‌شود اداره به اقدام تنها در چارچوب و شرایط مقرر در قانون مکلف است و اینکه گفته می‌شود در صلاحیت‌های تخییری، اداره توانایی ارزیابی را دارد، یا می‌تواند با صلاحیت خود انتخاب نماید، هیچ

۱. جورج سعد، همان منبع، صص ۱۴۸ تا ۱۵۱.

۲. دکتر مهدی هداوند، و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵.

3. Compétence ou pouvoir quasi discrétionnaire

۴. به موجب تبصره ۳ ماده ۲۱، کارمند می‌تواند سه طریق از طرق پنج گانه فوق (مورد اشاره در ماده ۲۱ یعنی انتقال، بازخرید، مرخصی بدون حقوق، انتقال به بخش غیردولتی، مأمور به بخش غیردولتی) را به ترتیب اولویت انتخاب و به دستگاه اجرائی اعلام کند. دستگاه مربوط مکلف است با توجه به اولویت تعیین شده از سوی کارمند یکی از روش‌ها را انتخاب و اقدام کند.

کدام صحیح به نظر نمی‌رسند. در عمل، اداره هرگز مطلقاً مکلف به اقدام نیست، زیرا اداره را نباید با یک ماشین یا فرمول شیمایی مقایسه نمود. اداره همواره در اتخاذ تصمیمات آزادی‌هایی دارد. از سوی دیگر اداره هرگز مطلقاً آزاد نیست، زیرا باید به برخی از قوانین به ناچار احترام بگذارد.<sup>۱</sup>

### ج) تناقض‌نمای محدودیت اختیار

برخی از نویسندگان در نظام گامن لا این بحث را تحت عنوان «محدودیت‌های صلاحیت‌های تخییری» مطرح کرده‌اند. منظور از محدودیت‌های صلاحیت تخییری این است که همه اقسام صلاحیت‌های تخییری به یک شکل و موقعیت نیستند، به این معنا که در برخی از صلاحیت‌های گزینشی اساساً مقام عمومی آزادی عمل کمتری دارد. به عبارتی در صلاحیت‌های تکلیفی اصلاً آزادی ندارد. برعکس در برخی از صلاحیت‌های تخییری آزادی عمل مقامات اداری بیشتر است.

این وضعیت را می‌توان به گونه‌ای دیگر نیز تحلیل نمود، به این معنا که همه صلاحیت‌های تخییری در بند محدودیت‌ها و شرایطی هستند که می‌توان آن را «تناقض‌نمای محدودیت اختیار» نامید. این محدودیت‌ها می‌توانند به نحوه اجرای تصمیم، شکل اجرا و رعایت تناسب و هدف «مصحلت عمومی» مربوط باشند. این تحلیل با ماهیت نظریه صلاحیت تخییری نیز تناسب بیشتری دارد. در حقیقت وقتی گفته می‌شود مقام اداری دارای صلاحیت تخییری است، به این معنا نیست که وی می‌تواند به گونه‌ای آزاد و مطلق صلاحیت خود را اجرا نماید. بنابراین «صلاحیت تخییری مطلق»<sup>۲</sup> در اداره وجود ندارد.<sup>۳</sup> زیرا در اداره باید همواره به شرایط و قواعد و نحوه اجرای صلاحیت تخییری نیز احترام گذاشت. امری که در رأی مشهور گزارشی شورای دولتی فرانسه، در قالب قید «منفعت عمومی» مطرح گردید. محدودیت‌های وارد بر آزادی عملکرد مقامات اداری می‌توانند محدودیت‌های مالی، سیاسی، آیین‌ها، موقعیت‌های متفاوت و شرایط قانونی و برخی از اصولی باشند که در بحث از معیارهای حاکم بر صلاحیت‌های تخییری به آنها اشاره خواهیم نمود.

1. Lebreton, *Op.cit.* p79.

2. Compétence totalement discrétionnaire.

3. Lombard, *Martin, Op.cit.* p75.



### بند چهارم: مفاهیم رقیب صلاحیت تخییری

گفتیم صلاحیت تخییری در مقابل صلاحیت الزامی و تکلیفی به کار می‌رود. بنابراین بدیهی است وقتی در اداره سخن از اختیار، صوابدید یا صلاحدید مقام اداری در اتخاذ تصمیم گفته می‌شود، این روند برخی از مفاهیم را که در اداره امور عمومی اهمیت اساسی دارند تحت تأثیر قرار می‌دهد. این مفاهیم تکالیف و الزاماتی هستند که برای اداره مشخص شده اند و به زعم برخی از حقوقدانان اداری، ممکن است مفاهیم مربوط به الزامات اداری را تضعیف نمایند یا از شدت و حدت قواعد بکاهند. در اینجا می‌توان به دو مفهوم رقیب بنیادین یعنی الزامات یا تکالیف<sup>۱</sup> و قواعد<sup>۲</sup> در اداره اشاره نمود.

### الف) صلاحیت تخییری و الزامات

طبیعتاً وقتی برای اداره حق انتخاب<sup>۳</sup> تصمیم با حاشیه‌هایی از ارزیابی داده می‌شود، دیگر سخن از الزامات و تکالیف اداری چندان اعتباری ندارد (ضعف الزامات). برخی از حقوقدانان مفهوم «دیوتی» یا تکلیف اداری را در برابر برداشتی قرار داده‌اند که اداره حق انتخاب را از دست می‌دهد.

به عبارت دیگر «دیوتی» مستلزم انجام تکالیف مشخص و معینی است که شرایط اعمال آن در قوانین موضوعه و مصوبات پارلمان، تعیین می‌شود. وقتی صلاحیت تخییری اعطا می‌شود، این به معنای ضعیف نشان دادن مفهوم «الزامات» یا «تکالیف» اداری است. آنجا که قانون از «تکلیف» برای اداره می‌گوید، بیان می‌نماید که اداره باید حتماً امر X را به انجام برساند و به اصطلاح موظف است. بنابراین در اینجا ما مواجه با یک «تکلیف» هستیم. اما در مقابل وقتی گفته می‌شود اداره می‌تواند به صلاحدید خود امر X را به انجام برساند، در اینجا با وجود تکلیف عام یا اختیار تصمیم‌گیری از میان چند گزینه، مفهوم «تکلیف» از شدت اولیه خود می‌افتد و تبدیل به مفهوم جدید «صلاحدید» در متون قانونی می‌گردد. سست شدن تکالیف اداری خطری است که از گسترش مفهوم «صلاحیت تخییری» در حقوق اداری ناشی می‌شود.

1. Duty
2. Rules
3. choice

**ب) صلاحیت تخییری و قواعد**

مفهوم رقیب دیگری که تحت تأثیر صلاحیت‌های تخییری قرار می‌گیرد، «قواعد» است. برخی از حقوقدانان به این سمت رفته‌اند که «قواعد» را در برابر «اختیارات گزینشی» قرار دهند. باید توجه نماییم که «قواعد» برخلاف خط‌مشی‌ها نمی‌توانند به سادگی اجرا شوند، زیرا نیازمند تفسیر هستند. زبان قواعد، زبان مبهمی است، بنابراین با اعمال قواعد در فرآیند اتخاذ تصمیمات می‌توان مشخص نمود که هر قاعده در مورد یک تصمیم اداری چه معنا و چه بردی دارد. برای مثال، در کامن لا دولت بریتانیا قاعده‌ای کلی در مورد شرایط بهره‌مندی از کمک‌هزینه تحصیلی برای دانشجویان تحصیلات تکمیلی مقرر نمود که تحت چه شرایطی مقام عمومی باید کمک‌هزینه تحصیلی<sup>۱</sup> را پرداخت نماید. یکی از قواعد در آن مقرر این بود که شخص باید عادتاً برای مدت سه سال در بریتانیا مقیم باشد. در مورد مفهوم واژه «عادتاً مقیم»<sup>۲</sup> تشکیک شد. زیرا این واژه تفسیربردار بود و بنابراین مقام اداری می‌توانست با استفاده از صلاحدید خود دست به تفسیر واژه «عادتاً مقیم» بزند. این اختلاف در قضیه *R v Lancashire CC ex p Huddleston*. مطرح گردید. اعمال صلاحیت تخییری از طرفی به معنای انعطاف‌پذیری قواعد و از طرف دیگر به معنای ارائه تفسیری خاص از قواعد است. لبرتون در مورد نسبت این نهاد با قواعد می‌گوید که «وجود نهاد صلاحیت تخییری محصول یک پیشامد یا نتیجه موقتی یک قاعده حقوقی نیست، بلکه به عکس، این نهاد حکایت از وضعیتی می‌نماید که خواسته همه کارگزاران حقوق اداری است.»<sup>۳</sup> بنابراین هرچند می‌توان ظاهراً این دو مفهوم را در مقابل هم قرار داد، ولی صلاحیت تخییری هم نهادی اجتناب‌ناپذیر است که می‌تواند حتی مکمل قاعده حقوقی و پرکننده خلأ موجود باشد.

**ج) تضاد نسبی صلاحیت تخییری با قواعد**

همواره قواعد و صلاحیت‌های تخییری به صورت قطعی و کامل در تضاد با هم نیستند. در این زمینه بحث‌های بسیاری وجود دارد. قواعد در پی طرح و ارائه مفهومی هستند که ما آن را غالباً تحت عنوان «عدالت تناسبی»<sup>۴</sup> می‌شناسیم. در مقابل، اختیارات گزینشی به سمت طرح مفهوم

1. Grants

2. Ordinarily resident

3. Lebreton, *Op.cit.*p72

4. Proportional justice

«عدالت خلاق»<sup>۱</sup> رفته اند. «مصادیق» معمولاً اوضاع و احوال فردی<sup>۲</sup> را در نظر می‌گیرند و در این اوضاع خاص و فردی است که صلاحیت تخییری می‌تواند نوعی زمینه «انعطاف»<sup>۳</sup> را برای قواعد فراهم نماید. به همین جهت می‌توان نقطه تشابه «قواعد» و «صلاحیت‌های تخییری» را درک نمود و آن اینکه هر دو می‌توانند به اتخاذ تصمیمات خودسرانه در تصمیمات اداری منجر شوند. از آنجا که قواعد می‌توانند تفسیر شوند و صلاحیت‌های تخییری انعطاف‌پذیرند، هر دو این وضعیت‌ها یعنی «تفسیر بر داری» و «انعطاف‌پذیری» به معنای گریز از اصل قانونی بودن و میل به سمت تصمیم خودسرانه تلقی می‌شود. اما راه حل کدام است؟ نمی‌توان واژگان قواعد را تفسیر پذیر ندانست. تفسیرپذیری ویژگی قواعد کلی است و انعطاف‌پذیری ضرورتی برای دستیابی به عدالت فردی شده یا عدالت خلاق است. به نظر می‌رسد آنچه به‌غایت حائز اهمیت است، تعادل میان انعطاف‌پذیری<sup>۴</sup> و ثبات<sup>۵</sup> صلاحیت‌ها و قواعد در اوضاع شخصی و موردی تصمیم‌گیری توسط مقامات اداری است.<sup>۶</sup> به قول دولابادور صلاحیت تخییری به ما اجازه می‌دهد تا بتوانیم میان اصل قانونی بودن و ضروریات اتخاذ تصمیم اداری سازگاری ایجاد نماییم.<sup>۷</sup>

### مبحث چهارم: تفکیک و تبدیل صلاحیت‌ها

#### بند اول: تفکیک صلاحیت تخییری از صلاحیت اجباری

#### الف) مبنای تفکیک

صلاحیت و اختیارات اداره در مرز میان تکلیف و تشخیص، وظائف و آزادی‌ها قرار دارد. به عبارت دیگر، اختیارات اداره از یک طرف مبتنی بر حداقل آزادی<sup>۸</sup> در دکتین صلاحیت

1. Creative justice
2. Individual circumstances
3. Flexibility
4. Flexibility
5. Consistency

۶. برخی این موضوع را از منظر «قطعیت تصمیم» ارزیابی نموده‌اند. به این صورت که صلاحیت تخییری در حقیقت قطعیت تصمیمات اداری را تضمین می‌نماید. لذا یکی از دلایل استقبال قوه مجریه از داشتن صلاحیت تخییری علاوه بر آزادی عمل، افزایش پایداری، ثبات و قطعیت تصمیمات است. برای مثال گفته شده است که این مورد شبیه وضعیت داور مسابقه هاکی است که صلاحیت تخییری خود را در جریان بازی اعمال می‌کند و هدف از اعطای این صلاحیت تخییری به داور این است که هیچ کس نتواند در جریان بازی با اعتراض، تصمیم داور را تغییر دهد یا اختلال ایجاد نماید. برای بررسی بیشتر ر.ک:

R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p.32. et William J. Atkinson, «La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique», *Les Cahiers de droit*, vol. 19, n° 1, 1978, p.187.

7. De laubadère, André et al, *Op.cit.* P96.

8. Minimum de librté.

تکلیفی و حداقل قانونی بودن<sup>۱</sup> در دکترین صلاحیت‌های تخییری است.<sup>۲</sup> همان‌گونه که پروفیسور هوریو در تحلیل حکم ۳۱ ژانویه ۱۹۰۲ شورای دولتی در قضیه گرازیتی<sup>۳</sup> اظهار نموده است، «در اداره، اعمال گزینشی وجود ندارد، بلکه در هر عمل اداری تنها میزانی، کم یا زیاد، صلاحیت تخییری وجود دارد».<sup>۴</sup> به همین دلیل نیز کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری درجات متعددی دارد و وجود نهاد کنترل قضایی بر اساس معیار اشتباه فاحش، به دلیل وجود صلاحیت‌های تخییری بوده است. از آنچه گذشت می‌توان دریافت که صلاحیت اختیاری و تکلیفی با توجه به معیارهای امکان ارزیابی، تفسیر و انتخاب از هم قابل تفکیک هستند.<sup>۵</sup> برای تمییز این دو صلاحیت، دو معیار ماهوی (امکان ارزیابی و تفسیر) و یک معیار شکلی (کنترل) قابل ارائه است که به آنها اشاره می‌نمایم.

### ب) معیارهای تفکیک (ماهوی و شکلی)

#### ۱. معیار ارزیابی

این معیار مربوط به حوزه صوابدید مقام اداری است. بر اساس این معیار ماهوی، در صلاحیت‌های اختیاری مقام اداری فرصت و امکان ارزیابی را دارد، ولی در صلاحیت تکلیفی فرصت و امکان ارزیابی گرفته شده است. یعنی در «صلاحیت تکلیفی مجموعه شرایطی را مشخص می‌کنیم و می‌گوییم وقتی شرایط مهیا شده باشد، مستخدم مجبور به انجام تکلیف است، ولی در صلاحیت اختیاری اداره اختیار ارزیابی دارد».<sup>۶</sup>

#### ۲. معیار تفسیر

معیار دوم را می‌توان معیار «هدف» و «جهت» و «انگیزه» در انجام اقدامات اداری نامید. در صلاحیت تکلیفی معمولاً قانون برای مقام اداری تعیین نموده است که وی حق تصمیم‌گیری

1. Minimum de légalité

2. Claude, Ricci, Jean, **Droit administratif**, 4e edition, 2004, Hachette, livre, p 18.

3. Grazitti

4. Arrêt Grazitti, 31 jan, 1902.

5. معمولاً صلاحیت اختیاری یا گزینشی را در متون حقوقی (قوانین و مقررات) می‌توان با نشانه‌هایی چون «اداره می‌تواند» (L'administration peut) مشاهده نمود. در برابر، صلاحیت‌های تکلیفی معمولاً با عباراتی چون «اداره باید» (L'administration doit) همراه است.

6. اردشیر امیر ارجمند، تقریرات درس حقوق اداری ایران، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال اول سال تحصیلی، ۱۳۸۶-۷. (دست نویس)

برای اهداف و انگیزه‌های متغیر و متفاوت را ندارد یا حق ارزیابی آن را در شرایط و اوضاع متفاوت از دست می‌دهد، مگر آنچه را خود قانونگذار اجازه داده باشد. به قول پرفسور دولابادور «مقام اداری متعهد به اقدام و اتخاذ تصمیم در راستای معنا، مفهوم و هدف قانون است.»<sup>۱</sup> ولی در صلاحیت تخییری برعکس، مقام اداری می‌تواند با توجه به ماهیت تصمیم، موضوع را تفسیر نماید. البته این آزادی تفسیر در صلاحیت‌های تخییری به این معنا نیست که در مقام تفسیر سوء تفسیر داشته باشد. برای مثال، وی حق ندارد تصمیم خود را براساس منافع شخصی، حزبی یا گروهی تفسیر نماید یا اهدافی را دنبال نماید که در نظر قانون‌گذار نیست یا صلاحیت‌گرینشی خود را به گونه‌ای تفسیر نماید که تصمیم را پوچ یا غیرعقلانه نماید.

### ۳. معیار کنترل

معیار سومی که در اینجا اهمیت دارد، معیارهای ناشی از «کنترل قضایی قانونی بودن اعمال اداری»<sup>۲</sup> است. یعنی نوع کنترلی که بر هر یک از صلاحیت‌ها اعمال می‌شود متفاوت است. کنترل قضایی صلاحیت تخییری حداقلی است، ولی بر صلاحیت‌های تکلیفی کنترل قضایی معمولی اعمال می‌شود. در صلاحیت‌های تخییری امکان کنترل قضایی عمل اداری از لحاظ قانونی بودن ضعیف می‌شود، لیکن کنترل قضایی در این زمینه برای قاضی باید اهمیت ویژه‌ای داشته باشد.<sup>۳</sup> برعکس در صلاحیت‌های تکلیفی به دلیل مشخص بودن حدود و ثغور صلاحیت‌ها، کنترل قضایی «حداقلی» است. یعنی در اینجا امکان ابطال در صورت تجاوز از حدود صلاحیت یا غیر قانونی بودن، قابل تصور است،<sup>۴</sup> چراکه فرض بر این است که در صلاحیت‌های تکلیفی، قانونگذار شرایط و ضوابط عمل اداری را به مرجع عمومی دیکته نموده است. برعکس، در کنترل قضایی صلاحیت‌های گزینشی، کنترل حداکثری اعمال می‌شود و در اینجا قاضی به تناسب و عقلایی بودن تصمیم نیز توجه می‌نماید.

1. Ibid

2. Contrôle juridictionnel légalité de l'act administratif

۳. در کنترل صلاحیت تخییری مسئله اساسی، قانونی بودن تصمیم اداره نیست. بلکه اساساً باید دادگاه توجه نماید که آیا از صلاحیت قانونی سوء استفاده شده است یا خیر؟ به عبارت رساتر صلاحیت تخییری بر نحوه اعمال قانون نه مبتنی بودن تصمیم بر قانون می‌پردازد. امری که قضات محاکم اداری به‌سادگی از کنار آن می‌گذرند و معمولاً با استدلال قانونی بودن تصمیم را تأیید می‌نمایند.

4. De laubadère, André et al, *Op.cit.* P699.

بند دوم: تبدیل صلاحیت

الف) امکان تبدیل صلاحیت و دلایل آن

### ۱. امکان تبدیل صلاحیت

همان گونه که در متون حقوق اداری رایج است، صلاحیت‌ها عموماً به تکلیفی و گزینشی تقسیم می‌شوند. منبع تعیین این قبیل صلاحیت‌ها متون قانونی اعم از قانون اساسی، معاهدات بین‌المللی، قوانین عادی و رویه قضایی است. مسئله مهم در این جا این است که آیا امکان تبدیل یک صلاحیت به صلاحیت دیگر یا محدود نمودن صلاحیت گزینشی وجود دارد؟ برای مثال، وقتی تشخیص وضعیت افراد واجد شرایط پرداخت وام به کارمند بانک واگذار شده است، آیا می‌توان این صلاحیت گزینشی را تبدیل به صلاحیت تکلیفی نمود؟ تبدیل صلاحیت گزینشی به تکلیفی و بالعکس در اداره چگونه ممکن است؟ مرجع تعیین صلاحیت‌ها و تبدیل هر یک از آنها در ابتدا قانون‌گذار است و در برخی از موارد نیز رویه قضایی و اعلامیه‌های خط مشی هستند. برخی از حقوق دانان به گونه‌ای ضمنی به این مسئله اشاره نموده اند.<sup>۱</sup> در مورد تبدیل یک صلاحیت به صلاحیت دیگر، عملاً مقامات اداری حق تبدیل یکی به دیگری را ندارند، هر چند مقامات اداری قوه مجریه با تفسیرهای خود در حین اجرا عملاً می‌توانند تبدیل صلاحیت را تبدیل نمایند.

### ۲. دلایل

در برخی متون قانونی، صلاحیت‌های تکلیفی و تشخیصی وضوح چندانی ندارند. به همین سبب به سادگی نمی‌توان همه موارد و مصادیق صلاحیت‌های تخییری یا تکلیفی را مشخص یا با معیار عینی آنها را از هم تفکیک نمود. لذا آمیختن این دو صلاحیت به هم در برخی متون قانونی شایع است. شورای دولتی فرانسه در قضیه گرازیتی از یک وضعیت خاکستری سخن می‌گوید که در آن، اداره لزوماً صلاحیت تخییری مطلق و محض<sup>۲</sup> ندارد. برعکس اگر براساس یک متن قانونی، اداره متعهد به انجام عمل یا اتخاذ تصمیم مشخصی باشد، در عین حال ممکن است در هنگام اجرا، نوعی صلاحیت تخییری برای آن فرض شده باشد.<sup>۳</sup> علاوه بر این، متون قانونی همواره می‌توانند صلاحیت‌های تخییری اعطایی را کاهش یا

1. Lebreton, *Op.cit.* p77.

2. Pouvoir discrétionnaire pur

3. CE 31/1/1902 Grazietti. Voir; note sous Conseil d'État 31 janvier 1902 Grazietti: Sirey 1903 III p. 113.

افزایش دهند. برای مثال در هیئت‌های ژوری دانشگاهی معمولاً اعضای هیئت بررسی، صلاحیت تخییری وسیعی در رد یا پذیرش دارند. اما این صلاحیت تخییری در قید و بند اصول و معیارهایی است که قانونگذار به طور ضمنی در متون قانونی می‌آورد. هر چند می‌توان این صلاحیت‌ها را مشمول شدت و ضعف نمود.

### ب) اقسام تبدیل

#### ۱. تبدیل صلاحیت تکلیفی به صلاحیت تخییری

هر گاه تبدیل صلاحیت از نوع تبدیل صلاحیت تکلیفی به صلاحیت گزینشی باشد، خودسری اداری و نقض برخی از معیارها و اصول حاکم بر صلاحیت، از جمله سرعت در تصمیم‌گیری، حسن نیت و شفافیت محتمل خواهد بود. زیرا فرض بر این است که هدف صلاحیت‌های تکلیفی مبتنی بر این واقعیت است که قانونگذار به دنبال این امر بوده است که حاشیه‌های ارزیابی را از مقام اداری سلب نماید. در واقع قانونگذار با تعیین دقیق شرایط و تکالیف برای اداره می‌خواهد «صلاحید» اداره را محدود نماید. برای مثال تبصره ۱ قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۱۳۸۶، دستگاه‌های اجرایی مشمول مصادیق بازنشستگی پیش از موعد را مکلف نموده است تا بار مالی ناشی از اجرای این قانون، در سال تصویب و اجرای آن را از محل اعتبارات سال پرداخت نمایند. حکم این تبصره مبین صلاحیت تکلیفی اداره است، لذا اداره نمی‌تواند این تکلیف را منوط به صلاحید خویش نماید. تبدیل این تکلیف به صلاحید یا اختیار گزینشی، معنایی جز نقض هدف قانونگذار نخواهد داشت.

#### ۲. تبدیل صلاحیت تخییری به صلاحیت تکلیفی

تکلیفی نمودن صلاحیت تخییری نیز از سوی مقام اداری جایز نیست. مقام اداری حق ندارد صلاحیت تخییری خود را در رویه عملی اداری به صلاحیت تکلیفی تغییر دهد. در واقع این اقدام به این معناست که مقام اداری نمی‌خواهد صلاحیت گزینشی را که معمولاً معطوف به توجه به شرایط و وضعیت هر قضیه اجرا نماید. درحقیقت تجویز گزینشی بودن صلاحیت از سوی مقنن، مبتنی بر توجهات و اهدافی بوده است که با توجه به آن، مقام اداری می‌تواند به گونه‌ای ضمنی هدف صلاحید اعطایی را نقض نماید؛ امری که لبرتون آن را «تبدیل صلاحیت تخییری به تکلیفی»<sup>۱</sup> می‌نامد.<sup>۲</sup>

1. Transformation de pouvoir discrétionnaire a competence liéé.

2. Ibid.

برای نمونه در قضیه گالتسکی، شورای دولتی فرانسه به این امر اشاره می‌نماید.<sup>۱</sup> در این قضیه شورای دولتی ضمناً بیان نمود که مقام اداری حق ندارد صلاحیت تخییری خود را محدود نماید. وی موظف است قبل از اتخاذ تصمیم به اوضاع و شرایط توجه نماید و اساساً صلاحیت تخییری با همین هدف به مقام اداری واگذار شده است. در این قضیه غیر قانونی بودن عمل به دلیل نقض «ارزیابی موردی» هر پرونده و عدم توجه به اوضاع و شرایط قضیه اتفاق افتاده است.

### گفتار دوم: ویژگی‌های صلاحیت تخییری

پس از تحلیل مفهومی صلاحیت تخییری به پنج ویژگی اصلی صلاحیت تخییری در حقوق اداری که برای درک ماهیت این نهاد اساسی است اشاره می‌نمایم. این پنج ویژگی عبارت‌اند از اجتناب ناپذیری، اعمال در تصمیمات موردی، خلاف اصل بودن، محدودیت بر اصل قانونمندی و تفکیک آن از مفهوم خودسری (ویژگی سلبی).

#### بند اول: صلاحیت تخییری در تصمیمات موردی است.

نخستین و شاید مهم‌ترین ویژگی صلاحیت تخییری این است که در تصمیمات موردی خود را نشان می‌دهد. از آنجا که مهمترین نقش قوه مجریه اجرای جزئی و موردی احکام قوانین است، تنها در هنگام اتخاذ تصمیمات جزئی و موردی است که صلاحیت‌ها ظاهر می‌شوند. درک این ویژگی صلاحیت‌های تخییری تا حدود زیادی می‌تواند نشان‌دهنده جایگاه و اهمیت این نهاد در قوه مجریه باشد. پدیداری صلاحیت تخییری در تصمیمات موردی قوه مجریه مبین تمایز میان امر اداری از امر تقنینی نیز هست. برخی از نویسندگان نیز بر همین مبنا به خاص بودن امر اجرایی و عام بودن امر تقنینی به عنوان یک معیار اشاره نموده‌اند.<sup>۲</sup> لذا از آنجا که صلاحیت‌های تخییری تنها در تصمیمات موردی مطرح می‌شوند، از تصمیمات

1. CE.15.6.1951Galetzky,R.337.

2. Voir R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, tome I, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, p. 677; I.M. CHRISTIE, « The nature of the Lawyer's Role in the Administrative Process », *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, 1971,p. 2. William J. Atkinson, Op.cit. p189.



عام قانون‌گذار قابل تفکیک هستند. در مقابل این مفهوم، صلاحیت تکلیفی که بیشتر در دست قانون‌گذار است، از طریق قانون‌گذار تعیین می‌شود. چراکه قانون‌گذار با تعیین تکالیف و تعیین دقیق صلاحیت و شرایط آن صلاح‌دید اداره را محدود می‌نماید. در واقع صلاحیت تخییری در قوه مجریه به معنای عدم تعیین دقیق یا مشخص نبودن قلمرو و هنجار است. صلاحیت‌های تخییری از اختیار قانون‌گذار خارج می‌شوند، ولی صلاحیت‌های تکلیفی را تنها قانون‌گذار بر اداره تحمیل می‌نماید.

#### بند دوم: صلاحیت تخییری اجتناب‌ناپذیر است.

امروزه گستردگی صلاحیت تخییری در حقوق اداری به گونه‌ای است که صلاحیت‌های تکلیفی مقامات اداری به صورت امری محدود و استثنائی درآمده است. در حقیقت موارد و مصادیق صلاحیت تخییری بسیار، ولی موارد و مصادیق صلاحیت‌های تکلیفی اندک شده‌اند. دلیل این امر نیز واضح است. نخست آنکه مقتضیات دولت مدرن ایجاب می‌نماید که مقامات اداری در اتخاذ تصمیمات آزادی عمل داشته باشند تا بتوانند تصمیماتی مناسب و متعادل و در راستای منافع عمومی اتخاذ کنند.

دیگر اینکه امروزه به دلیل گستردگی موضوعات مبتلا به اداری و زندگی مدرن و نقش پیچیده دولت در جوامع، تعیین تمام جزئیات و شرایط تصمیمات اداری از سوی قانونگذاران مقدور نیست. در گذشته دولت‌ها بسیار محدود بودند، بنابراین تکالیف و مسئولیت‌های آنها نیز محدود بود، اما امروزه وضعیت متفاوت است و در دولت‌های مدرن، صلاحیت تخییری یک «شر اجتناب‌ناپذیر»<sup>۱</sup> و ضروری است. بویژه موضوع صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه دولت‌های رفاهی، گسترده است و اهمیت دو چندان دارد. این امر طبیعی می‌نماید، چرا که دولت‌های رفاهی مجبورند وظایف، اختیارات و تعهدات گسترده‌تری را به انجام رسانند. پیچیدگی تصمیم‌گیری اداری و الزامات ناشی از مدیریت دولتی نوین، وجود صلاحیت تخییری و شناسایی آن را در دستگاه‌های اجرایی اجتناب‌ناپذیر ساخته است.<sup>۲</sup> در ذیل به دو دلیل اساسی این امر اشاره می‌نمایم.

1. Discretion is unavoidable evil.

۲. به همین سبب هرچند صلاحیت تخییری بیشتر در تصمیمات موردی مقامات اداری مطرح است، ولی امروزه با گسترش صلاحیت‌های دولت‌ها، صلاحیت تخییری مقامات قوه مجریه نیز طیف وسیعی از

## الف) پیچیدگی تصمیم‌گیری اداری

## ۱. تغییر نقش قوه مجریه

قوه مجریه در دوره معاصر با وضعیت‌های پیچیده، متعارض و متناقض در تصمیم‌گیری‌های اداری و سازمانی مواجه است.<sup>۱</sup> گستردگی نقش و وظایف قوه مجریه در این زمینه و تحولات سیاسی، اجتماعی و تکنیکی از مهمترین عوامل این وضعیت هستند. سازمان‌های اداری و گسترش فعالیت‌های آنها در همه شئون زندگی مردم تا حدی پیش رفته است که حتی از لحظه تولد تا مرگ شهروندان نقش دارند و تقریباً وظایف و کار ویژه همه قوای حکومتی را به نوعی در خود جمع کرده‌اند و شاید به همین دلیل می‌توان اداره را «قوه چهارم» یا قوه مؤثر نام نهاد.<sup>۲</sup> در دنیای کنونی و در دمکراسی‌های معاصر نقش و وظایف دولت به دلایل تکنیکی و فنی نیز پیچیده شده است.

امروزه دولت‌ها از روش‌ها و تکنیک‌های فنی و پیچیده‌ای برای دخالت در امور اقتصادی و اجتماعی بهره می‌گیرند. از جمله آنها می‌توان به مقررات‌گذاری، حل و فصل اختلافات، بازرسی و نظارت، مشاوره، اخذ مالیات، منع، اجازه یا تشویق یک فعالیت در جامعه نام برد.<sup>۳</sup> لذا به دلایل فنی و تکنیکی از جمله وضعیت پیچیده و حساسیت تصمیم‌گذاری، امروزه وجود نهاد صلاحیت تخییری در حقوق اداری پذیرفته شده است. نهاد صلاحیت تخییری به قوه مجریه اجازه می‌دهد تا در تدارک و اجرای سیاست‌هایش اقدام نماید. از نظر اتکینسون، صلاحیت تخییری ابزار مهم مدیریت مسائل و مشکلات قوه مجریه است.<sup>۴</sup> از طرف دیگر پارلمان نیز به دلیل عدم تخصص نمی‌تواند همه مصادیق امر اجرا را تعیین نماید. این مسئله به لحاظ سیاسی نیز به نفع پارلمان است تا خود را در برابر خواسته‌های متعدد شهروندان قرار ندهد. علاوه بر اینها برای مثال، اگر به مسئله حمل و نقل بنگرید، دولت در اتخاذ تصمیمات در

موضوعات خرد و کلان اداری و اجرایی را در بر می‌گیرد. از طرف دیگر هرگز نباید تصمیمات موردی را به معنای تصمیمات خرد و ناچیز تلقی نمود. صلاحیت تخییری می‌تواند از وظایف ساده اداری تا وظایفی که ممکن است حقوق و تکالیف افراد را تحت تأثیر قرار دهد، نظیر سلب مالکیت، امور تجاری، کسب و کار، صنایع و تملک و مصادره اموال افراد را شامل شود.

۱. معاونت حقوقی نهاد ریاست جمهوری، مرزهای تقنین و اجرا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل پژوهش و اطلاع رسانی، چ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۴۸.

۲. مهدی هداوند، تقریبات درس حقوق اداری، دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۴-۸۵ (دست‌نویس)

3. William J. Atkinson, Op.cit p 44.

4. Ibid.

این حوزه با مسائلی بنیادین نظیر، آلودگی محیط زیست، قیمت حمل کالاها، نوسازی ناوگان حمل و نقل، قیمت کالاها، رفتارهای ضد رقابتی و مطالبات رفاهی و اقتصادی مواجه است. این پیچیدگی نیازمند امکان اتخاذ رویکردی منعطف از سوی دولت است که یکی از مهمترین این ابزارها شناسایی و گسترش نهاد صلاحیت تخییری است. با این حال هر چند اعطای صلاحیت تخییری ممکن است با اصل قانونی بودن اعمال اداری در تعارض باشد، اما ضرورت‌های تصمیم‌گیری اداری اعطای این قبیل صلاحیت‌ها را اجتناب‌ناپذیر نموده است. از طرفی خطر صلاحیت تخییری برای مجموعه قوه مقننه و قوه مجریه مبنی بر امکان تصمیم‌های خودسرانه و دلبخواهی و همچنین ورود قضاوت‌های شخصی به تصمیمات اداری قابل درک است و از طرف دیگر اداره در معرض وضعیت‌ها و شرایط متفاوت قرار دارد.

## ۲. تقارن صوابدید با تخصص

امروزه با پیچیده شدن روابط اداری، فرض بر این است که اداره به جزئیات امور اداری واقف است. تنها اداره است که اطلاعات و دانش و مهارت لازم را دارد و بنابراین باید بتواند به گونه‌ای مطلوب این اختیارات را اعمال نماید. اجتناب‌ناپذیری صلاحیت تخییری دقیقاً به این معناست که قوه مقننه و قوه مجریه ناچارند نهاد صلاحیت تخییری را به رسمیت بشناسند. قوه مقننه، دادگاه‌ها و خود قوه مجریه باید با صلاحیت تخییری کنار بیایند. این امر ناشی از این واقعیت است که هر جا اداره‌ای وجود دارد و هر جا که باید صلاحیتی اجرا شود، ناچار صلاحیت تخییری وجود خواهد داشت. دغدغه اصلی حقوق اداری مدرن، عدم شناسایی نهاد صلاحیت تخییری نیست، بلکه محدودیت‌ها و شرایط و معیارهای اعمال صلاحیت تخییری است که در رأس آن این معیار اساسی مطرح است که اختیار باید مرتبط با امر واگذار شده باشد.

## ب) الزامات مدیریت دولتی نوین

هیچ اداره‌ای را امروزه نمی‌توان یافت که بدون اعمال صلاحدید و بدون اینکه بتواند در موقعیت‌های گوناگون تصمیمات مطلوب بگیرد، به انجام وظایف اداری خود ادامه دهد. امروزه بویژه با گسترش الگوهای مدیریت دولتی نوین وجود صلاحیت تخییری برای اتخاذ بهترین و مناسب‌ترین تصمیم از ضروریات امر اداری است. اگر صلاحیت تخییری به گونه‌ای مناسب در اداره به کار گرفته شود، این امر به افزایش بازدهی، ابتکار، بهره‌وری و همکاری اداری منجر

می‌شود. نتیجه اینکه نمی‌توان در حقوق اداری به حذف این قبیل صلاحیت‌ها اندیشید. حذف صلاحیت تخییری یا عدم شناسایی آن یک راه حل ساده‌انگارانه است. به همین سبب یکی از انتقادات اساسی بر رویکرد «دایسی» در مخالفت با نهاد صلاحیت تخییری، این است که «دولت‌ها در جهان واقعی صلاحیت‌های اختیاری گسترده‌ای دارند و داشتن چنین اختیاراتی ضروری و بلکه مطلوب است، زیرا بدون آنها حکومت قابل اداره کردن نیست»<sup>۱</sup>

در حقوق اداری ناچاریم با صلاحیت تخییری با وجود مخاطرات کنار بیاییم. به قول یکی از حقوق دانان، اختیارات گزینشی بدان سبب اجتناب ناپذیرند که برای «مدیریت مطلوب منافع عمومی»<sup>۲</sup> ضروری به نظر می‌رسند، چرا که هیچ چیز بهتر از این برای اداره نیست که بتواند وضعیت‌های مختلف را برای اتخاذ و اجرای تصمیم با توجه به اوضاع و احوال در نظر بگیرند، امری که آن را لبرتون «توجه پراگماتستی اختیارات گزینشی»<sup>۳</sup> نام می‌نهد.<sup>۴</sup> عدم اعطای آزادی عمل و توانایی تصمیم‌گیری با حاشیه‌ای از ارزیابی به مدیران دولتی به معنای فرار از واقعیت‌های امر اداری و شرایط متعددی است که مدیر با آن مواجه است. اداره باید بتواند شایستگی‌ها و توانایی‌های خود را با استفاده از حاشیه‌های ارزیابی به اجرا درآورد. این امر امروزه در مدیریت دولتی نوین با نهادهایی چون واگذاری اختیارات به دولت شناخته می‌شود. در این مدل مدیریت به جای تأکید بر سازوکارهای کنترلی شدید و دقیق و نظام‌مند و بایدها و نبایدهای خشک اداری، بر آیین‌مند بودن تصمیمات اداری و مشارکت سازمانی و آزادی در انتخابات روش‌ها تأکید می‌شود، امری که امروزه ما تحت عنوان توان‌مندسازی نظام‌های تصمیم‌گیری اداری از آن یاد می‌نماییم.

۱. دکتر مهدی هداوند، و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۹. ص ۴۴.

## 2. Bonne gestion de l'intérêt général

۳. در توجه‌پذیری نهاد صلاحیت تخییری در حقوق اداری دو قسم توجه مطرح شده است. توجه نخست، توجه پراگماتستی اختیارات گزینشی (Justification pragmatique du pouvoir discrétionnaire) است که در آن بر الزامات رویه‌ای و مدیریت دولتی نوین و کارآمدی اداره تأکید می‌گردد. توجه دوم که سستی‌تر است، توجه‌های تئوریک (Justification théorique) است که با مقدمات نظری به دنبال توجه‌پذیری نهاد صلاحیت تخییری در حقوق اداری معاصر هستند. از جمله شاخص‌ترین این قبیل توجیحات می‌توان به تئوری نهادی موريس هوریو (de la institutioni théorie) اشاره نمود. نهاد صلاحیت تخییری بدو از توجیحات تئوریک حقوق دانان اداری شروع و به توجیحات عمل‌گرایانه مدیران دولتی ختم می‌گردد. برای بررسی بیشتر بنگرید به: Lebreton, Gilles, *Droit administratif générale*, 4e édition, Dalloz, 2007. p72-74.

4. Lebreton, *Op.cit.* p72.

بند سوم: صلاحیت تخییری به معنای خودسری نیست.

صلاحیت تخییری به شمشیر دو دم می ماند. در مقابل شناسایی ضرورت اعطای صلاحیت تخییری در حقوق اداری مدرن و مزایای آن همواره دغدغه‌ای اساسی و مهم وجود دارد که صلاحیت تخییری با وضعیت‌هایی چون خودسری، دلبخواهی بودن تصمیم و استبداد اداری اشتباه نشود. امروزه در یک دولت قانون مدار، «صلاحیت تخییری» دیگر به معنای «خودسری» تلقی نمی شود.<sup>۱</sup> در نظر دولابادور صلاحیت تخییری معادل خودسری نیست و هرگز نباید آن را غیر قانونی تلقی نمود.<sup>۲</sup>

#### الف) رابطه صلاحیت تخییری و مفهوم خودسری

##### ۱. لزوم تفکیک خودسری از صلاحیت

هرچند در برخی از لغتنامه‌های عمومی خودسری<sup>۳</sup> را معادل صلاحیت<sup>۴</sup> شخصی تعریف نموده‌اند، ولی باید توجه نماییم که صلاحیت تخییری را هرگز نباید به معنای خودسری و استبداد گرفت. بنابراین تفکیک بنیادینی میان مفهوم خودسری و اعمال صلاحیت‌های تخییری در حقوق اداری وجود دارد. اختیاراتی را می‌توان خودسرانه توصیف کرد که «بی حد و حصر» باشند و به آیین یا شرایط خاصی محدود نباشند. این اختیارات برخلاف صلاحیت تخییری در دسترس کنترل اداری و قضایی قرار ندارند. در برخی از قوانین اساسی نیز ضمن تأکید بر این امر هرگونه خودکامکی و استبداد ممنوع شده است (بند ۶ اصل سوم قانون اساسی ایران). ماده ۹ قانون اساسی سوئیس نیز ضمن تأکید بر تصمیمات دموکراتیک، هرگونه خودسری در اتخاذ تصمیمات و اقدامات دولتی را ممنوع اعلام نموده است.<sup>۵</sup> در انگلیس و در قضیه v Secretary of State for Social Services Rex parte Stitt (۱۹۹۰) دادگاه استیناف پذیرفت که پارلمان اختیارات نامحدودی<sup>۶</sup> به وزیر اعطا نموده

1. Van Lang, Agathe et al, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand colin, 1999 2e edition. P. 214.

2. De laubadère, André et al, *Op.cit.* P96.

3. Arbitrariness

4. Discretion

5. Federal Constitution of the Swiss Confederation, of 18 April 1999 (Status as of 7th March 2010) sur: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

6. Unfettered power

است و این هرگز نمی توانست به معنای صلاحیت تخییری باشد.<sup>۱</sup> بنابراین در مقام مقایسه باید گفت که صلاحیت‌های تخییری اولاً محدودند، ثانیاً عوامل حقوقی مشخصی برای نحوه اعمال آنها وجود دارد و ثالثاً در مورد آنها بازنگری می شود. فقدان این سه ویژگی در اعمال صلاحیت‌های تخییری به معنای «خودسری» خواهد بود. به همین دلیل امروزه تدوین کدهای رفتاری (مجموعه قواعد رفتاری) در حقوق اداری رواج یافته است.

## ۲. نقش کدهای رفتاری

شناسایی صلاحیت تخییری برای مقامات اداری به این معناست که قانون، اندکی از موضع انعطاف ناپذیر و سخت خود کوتاه آمده است. بنابراین معمولاً الزام دقیق و مشخصی برای رعایت قانون در مرحله اجرا برای مقامات اداری وجود ندارد. برای رفع این نقص برخی از نظام‌های حقوقی «کدهای رفتاری»<sup>۲</sup> و عمل اداری (با آثار حقوقی مشخص) را تدوین نموده‌اند. کدهای رفتاری یا کدهای عمل، به مقامات اداری می گویند که براساس چه اصول و آیینی صلاحیت و اختیارات خود را اعمال نمایند. کد اروپایی رفتار خوب اداری، نمونه‌ای مناسب و قابل تحسین در این زمینه است.<sup>۳</sup> «کدهای اخلاقی یک راهنمای عملی برای همه تصمیم‌گیران در سطوح گوناگون سازمان است و به آنان کمک می کند تا بدانند در موقعیت‌هایی که در آنها ارزش‌های متضاد بروز می کند، چه عکس‌العملی را باید از خود نشان دهند. برخی از مهم‌ترین ارزش‌های اخلاقی مطرح در اخلاق اداری عبارت‌اند از صداقت، درستکاری، انصاف، پاسخگویی، کارآمدی، کوشش و پشتکار، قضاوت درست، کیفیت، رعایت بیطرفی، عدالت، رفتار مطابق قانون، تخصص‌گرایی، شایسته‌سالاری در استخدام‌ها و ارتقاها، تعهد، وفاداری به مافوق، مشارکت و رفتار گروهی، ترجیح منافع جمعی بر منافع شخصی، رازداری و امانت‌داری».<sup>۴</sup>

کدهای رفتاری اداری نشان‌دهنده این امر هستند که آیا «مدیریت سوء»<sup>۵</sup> و نادرست‌امور اتفاق افتاده است یا خیر و معمولاً نهادهای کنترل‌کننده با تکیه بر مفاد کدهای رفتاری و در

1. David Stott et al, **Principles of administrative law**, Cavendish Publishing Limited, 1997. P25.

2. Codes of practice

۳. در این خصوص بنگرید به: هرمز یزدانی، کد اروپایی رفتار خوب اداری، آمبودزمان اروپا، طرح پژوهشی مرکز توسعه قضایی قوه قضائیه، کمیسیون حقوق عمومی، ۱۳۷۸.

۴. ابوالفضل فقیهی، بهروز رضایی‌منش، «اخلاق اداری»، *مجله مطالعات مدیریت*، پاییز ۸۴، ش ۴۷، صص ۴۰-۳۹.

5. Male Administration

نظر گرفتن استانداردهای مطرح شده، اعمال نظارت می نمایند.<sup>۱</sup> در دسامبر ۲۰۰۱ پارلمان اروپا قطعنامه‌ی مربوط به رفتار خوب اداری را تصویب نمود. براساس این قطعنامه نهادهای مختلف اتحادیه‌ی اروپا، سازمان‌های اداری دولتهای عضو و مسئولان آنها باید در روابط خود با مردم به مفاد آن احترام بگذارند. طرح تدوین این کد را نخستین بار آقای رای پری<sup>۲</sup> عضو پارلمان اروپا در سال ۱۹۹۸ ارائه نمود و آموذزمان اروپا متن آن را در قالب یک گزارش به پارلمان ارائه داد. در بخشی از ماده ۶ و ۷ این کد آمده است که هنگام اتخاذ تصمیم، مقام اداری باید اطمینان حاصل نماید که اقدامات انجام شده متناسب با هدفی است که دنبال می گردد. بویژه اینکه مقام عمومی باید از ایجاد محدودیت بر حقوق شهروندان یا تحمیل هزینه‌ها اجتناب کند... و هنگام اتخاذ تصمیم، تعادل منصفانه‌ای را میان منافع خصوصی و عمومی برقرار نماید. در ماده ۷ این کد که مشخصاً مرتبط با صلاحیت تخییری است، تأکید شده است که «اختیارات باید تنها در راستای اهدافی اعمال شود که این اختیارات اعطا شده است.» مقامات رسمی بویژه باید از اعمال اختیارات خود در راستای مقاصدی که هیچ مبنای قانونی یا توجیه منفعت عمومی ندارد، اجتناب نماید. با نگاهی به مواد دیگر کد اروپایی رفتار مطلوب اداری می توان به نسبت دقیق نحوه‌ی اعمال صلاحیت تخییری با مفاهیمی چون سوء استفاده از اختیار، قانونی بودن، منع تبعیض، تناسب، بی طرفی و استقلال، انتظارات مشروع، حسن نیت و شفافیت پی برد. این امر بدین معنا نیست که خط مشی‌ها به گونه‌ی سختگیرانه و بدون ملاحظه‌ی شرایط و وضعیت خاص هر شخص اعمال گردند.

۱. در حقوق ایران می توان به برخی از مصوبات شورای عالی اداری و هیئت وزیران در قالب طرح تکریم ارباب رجوع اشاره نمود. برای نمونه به موجب ماده ۴ طرح تکریم مردم و رضایت ارباب رجوع در نظام اداری مصوب ۱۳۸۱ شورای عالی اداری «...دستگاه‌های مشمول این مصوبه موظف‌اند نسبت به تهیه و تدوین منشور اخلاقی سازمان متبوع مشتمل بر موارد ذیل با توجه به مبانی اعتقادی و اخلاقی برای تثبیت رفتارهای مناسب شغلی مورد انتظار جهت ارج نهادن و احترام به مردم اقدام نمایند:
  - الف - نظم و آمادگی برای ارائه خدمات به مردم، وقت شناسی، نظم و آراستگی لباس و ...
  - ب - رعایت ادب و نزاکت، عدالت و انصاف در ارائه خدمات خوب به مردم، همکاری و خوش برخوردی.
  - ج - آمادگی برای ارائه اطلاعات و توضیحات کافی در هنگام مورد نیاز به خدمت گیرندگان.
  - د - وجود تمایلات مثبت به کار، متناسب با نوع کار و فعالیتها.
  - ه - برای احترام به ارباب رجوع کلیه واحدهای اجرایی موظف‌اند فضای مناسب اداری برای حضور ارباب رجوع اختصاص دهند و امکانات و تسهیلات لازم را برای آسایش و استقرار آنان فراهم نمایند.
  - و - تمامی واحدها مکلف‌اند نام و نام خانوادگی عوامل متصدی انجام کار، پست سازمانی و فهرست اصلی وظایف کارکنان خود را در محل استقرار آنان به نحو مناسب و قابل رؤیت برای مراجعان نصب نمایند...»
2. Roy Perry

### ب) صلاحیت تخییری و اجتناب از تصمیم خودسرانه

باید توجه داشت که هرگاه قانونگذار اختیار تشخیص امور مختلف برای اتخاذ تصمیم یا اقدام در یک مورد را به مقام اداری می‌دهد، هرگز از مقام اداری انتظار ندارد که به گونه‌ای بلهوسانه<sup>۱</sup> و غیر واقعی تصمیم را اتخاذ نماید، بلکه این صلاحیت با توجه به تخصص و تجربه وی، برای اداره مطلوب و مناسب امور اداری در راستای انتخاب بهترین تصمیم به مقام اداری، واگذار شده است.

دیویس با تقسیم صلاحیت تخییری به گسترده و محدود معتقد است که «در صلاحیت تخییری گسترده ممکن است اعمال عدالت فردی به خودسری یا نقض اصل برابری منجر شود اما به عکس در صلاحیت‌های تخییری محدود، امکان اعمال دقیق و مناسب عدالت فردی شده فراهم می‌گردد.»<sup>۲</sup> مقام عمومی باید توجه داشته باشد که صلاحیت تخییری هرگز نباید به تصمیمات خودسرانه، مبهم<sup>۳</sup>، خیالی و غیر واقعی منجر گردد.

در نظام کامن‌لا این نظر را در قضیه *sharp v. wakefield* لرد هالزبوری ابراز نمود.<sup>۴</sup> در نظر وی «صوابدید به این معناست که وقتی موضوعی در حوزه اختیارات گزینشی مقام عمومی قرار گرفت، این اختیار باید بر دلایل و قواعد مبتنی بر انصاف و عدالت باشد نه بر اساس نظر شخصی... باید بر اساس قانون باشد نه هوسبازانه... تصمیم نباید خودسرانه، مبهم و خیالی باشد، بلکه باید حقوقی و قاعده‌مند باشد. این قدرت باید به طریقی در چارچوب‌ها اعمال گردد که یک انسان متعارف آن را از مقام اداری انتظار دارد.»<sup>۵</sup>

### بند چهارم: صلاحیت تخییری خلاف اصل است.

صلاحیت تخییری از آنجا که مبتنی بر ضرورت‌های امر اداری است، بنابراین خلاف اصل نیز می‌نماید. دکترین صلاحیت تخییری حداقل با دو اصل پایه‌ای حقوق عمومی مرتبط است؛ یکی اصل صلاحیت و دیگری اصل قانونی بودن.

1. Whimsical

2. Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP 1969, p.52.

3. Vague

4. Lord Halsbury l.c in sharp r. wakefield (1891)A.C.

5. Sharp -v- Wakefield [1891] AC 173.



**الف) اصل عدم صلاحیت**

همان گونه که در مباحث اولیه اشاره نمودیم، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت قوه مجریه و مقامات اداری است. به عبارتی نداشتن صلاحیت، اصل است و مأمور دولتی زمانی می تواند عملی را انجام دهد که قانون به صراحت اجازه انجام آن را داده باشد.<sup>۱</sup> بنابراین داشتن صلاحیتی که قانون چندان حدومرز آن را مشخص ننموده است یا نمی تواند مشخص نماید (یعنی صلاحیت های تخییری) خلاف اصل صلاحیت است. به عبارت دیگر در صلاحیت تخییری، اصل قانونی بودن و اصل عدم صلاحیت تضعیف می شود.

وقتی صلاحیت تخییری به مقام اداری اعطا می شود، به این معناست که صلاحیت وی به دقت مشخص نشده است. در حالی که قواعد صلاحیت می گویند که همه صلاحیت های مقامات قوه مجریه باید دقیقاً در چارچوب قوانین تعیین گردند. در نتیجه صلاحیت های تخییری مقامات قوه مجریه باید به طور محدود تفسیر شود. تفسیر مضیق صلاحیت های تخییری با ممنوعیت اتخاذ تصمیمات دلخواهی و سوء استفاده از صلاحیت نیز هم خوانی دارد.

**ب) اصل قانونی بودن**

در اصل قانونی بودن نیز فرض بر این است که همه وظایف و اختیارات اداری باید به موجب قوانین و در چارچوب آنها باشند، در حالی که در صلاحیت تخییری، مفهوم اصلی و مرکزی «حاشیه های ارزیابی» است که قانون در مورد آنها تعیین تکلیف نمی نماید. بنابراین اعمال این قبیل صلاحیت ها در ظاهر به معنای گریز از قلمرو اصل مشخص بودن، دقیق بودن و قانونی بودن صلاحیت است. امری که همواره مورد انتقاد حقوق دانان سنتی اداری نظیر دایس قرار گرفته است. در این باره در مباحث بعدی بیشتر بحث خواهیم نمود.

**بند پنجم: صلاحیت تخییری محدودیتی بر اصل قانونی بودن است**

اغلب نویسندگان حقوق اداری هنگام بحث از صلاحیت تخییری آن را در کنار نظریه وضعیت های اضطراری، جزء استثنائات اصل قانونی بودن ذکر نموده اند. تبعیت اداره از قانون در دولت مدرن اصل کلی پذیرفته شده است، به عبارت دیگر قانون چارچوب و

۱. جواد کارگزاری، و حسین نبی لو، «اجرای صلاحیت های اختیاری توسط مقامات اداری»، فصلنامه اطلاع رسانی حقوقی، معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ش ۱۳، بهار ۸۷، ص ۱۰.

محدوده عملکرد اداره را معین می‌نماید. از مفهوم تبعیت اداره از قانون، اصل کلی قانونی بودن یا حکومت قانون پدیدار می‌گردد. این اصل بنیان بسیاری از مباحثی را تشکیل می‌دهد که حقوق اداری را صورتبندی می‌نمایند. جایگاه این اصل در حقوق فرانسه به گونه‌ای است که اغلب نویسندگان حقوق اداری، موضوع حقوق اداری را از اصل تبعیت اداره از قانون آغاز می‌نمایند. در حقیقت همه مسائل و موضوعات مطرح در حقوق اداری با این نگاه در مقیاس و چارچوب اصل قانونمداری سنجیده می‌شوند. بنابراین صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری نیز در چارچوب و مقیاس قانون قرار دارند.<sup>۱</sup> فرض اولیه این است که اداره باید صلاحیت‌های تخییری خود را تنها در چارچوب الزامات قانونی اعمال نماید. این الزامات ممکن است در رویه‌های قضایی ظهور یابند یا در متون قانونی بر آنها تأکید شده باشد. در هر حال این الزامات می‌توانند حتی در فقدان معیارهای ذکر شده در قانون و در قالب اصول کلی حقوقی صلاحیت‌های تخییری را محدود نمایند. بنابراین محدودیت‌های حاکم بر صلاحیت تخییری را نباید در معنای شکلی قانون جستجو کرد. الزاماتی نظیر معقول بودن تصمیم، نفی جانبداری، منع سوء استفاده از اختیارات گزینشی و متناسب بودن تصمیم را نمی‌توان در متن قانون یافت، بلکه بیشتر مبتنی بر رویه‌های قضایی و اصول عدالت طبیعی هستند.

#### الف) گریز صلاحیت تخییری از اصل قانونی بودن

اصل قانونی بودن در مفهوم سنتی و اولیه خود با نظریه صلاحیت تخییری همخوانی ندارد و همواره صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری مکمل نواقص و ناتوانی اصل قانونی بودن در تعیین وضعیت دقیق شرایط و اوضاعی است که تصمیم اداری باید اتخاذ گردد. در حقیقت در صلاحیت تخییری ما ناظر وضعیتی هستیم که کارمند تصمیمی را اتخاذ می‌کند که شرایط آن در قانون بیان نشده است. برای مثال وقتی گفته می‌شود اداره در مورد اخراج اتباع بیگانه صلاحیت تخییری دارد، به این معناست که اداره می‌تواند تشخیص دهد که آیا رفتار فلان تبعه

۱. در دولتهای انتظامی (état de police) اساساً بحث از نسبت صلاحیت تخییری و اصل قانونمداری بی‌معنا خواهد بود. چرا که در دولت‌های پلیسی بویژه در مفهوم آلمانی آن اداره تنها به قواعدی که خود وضع می‌نماید پای‌بند است، تعیین قلمرو این قواعد و روابط درونی اداری نیز در دست دولت است. اما در مفهوم مدرن دولت، قانونمداری اداره نه تنها «محدود» و «پایبند» به قواعد و نظاماتی است که خود وضع می‌نماید، بلکه مسئله مهم دیگر رابطه اداره‌کنندگان با اداره‌شوندگان است. در واقع در اینجا است که دغدغه صلاحیت تخییری در حقوق اداری شکوفا می‌شود. اساساً صلاحیت تخییری بیش از آنکه مرتبط با مسائل و نظامات درونی اداره باشد، به رابطه تصمیمات موردی دستگاههای اداری و ارتباط و آثار آن بر اداره‌شوندگان می‌پردازد.

خارجی برای کشور زیان آور است و اخراج او را ایجاب می کند یا نه و در صورت مثبت بودن جواب، او را اخراج کند.<sup>۱</sup> یا «فرض کنید قاعده کلی می گوید رانندگی با سرعت بیشتر از چهل مایل در شهر، تخلف محسوب می شود. اما به نظر می رسد کار درستی است که اگر به افسر پلیس اختیار داده شود تا پزشکی را که در ساعات اولیه صبح برای رسیدگی به بیماری که حالش وخیم است، با سرعت ۴۳ مایل در ساعت رانندگی کرده است، جریمه نکند».<sup>۲</sup>

نویسندگان سنتی و مدرن حقوق اداری، بویژه در فرانسه، موضوع صلاحیت تخییری مقامات اداری را در کنار نظریه وضعیت های اضطراری به عنوان محدودیتی بر اصل قانونی بودن اعمال اداری آورده اند.<sup>۳</sup> اصولاً فرض بر این است که این قبیل صلاحیت ها برد حقوق و تمامیت اصل قانونی بودن را در حقوق اداری محدود می نماید. در حقوق اداری همواره مسائلی مطرح می شوند که از دسترس اصل قانونی بودن خارج اند.<sup>۴</sup> این وضعیت همان گونه که بحث کرده ایم ناشی از دو دلیل اساسی است. نخست اینکه ویژگی پیچیدگی اتخاذ تصمیم مقامات اداری حکایت از یک وضعیت غیر مکانیکی می نماید که قانونگذار را اعم از عادی و اساسی، ناتوان از این امر می نماید که تمام مرزها، محدودیت ها، شرایط و وضعیت هایی را که مقام اداری باید بر اساس آن تصمیم گیری نماید تعیین کند. دوم اینکه حاشیه های ارزیابی برای اتخاذ بهترین تصمیم هر چند به ظاهر برد اصل قانونی بودن را محدود می نمایند، لیکن اعمال آنها بر اساس معیارها و آیین ها می تواند همسو با اصل قانونی بودن باشد. مسئله دیگر در مورد نسبت اصل قانونی بودن و صلاحیت تخییری در اداره، این است که صلاحیت های تخییری مقامات اداری در مقابل «اصل قانونمداری اداری» به صورت «استثنا» ظاهر می شود. چرا که در این چارچوب تحلیلی فرض بر این است که قلمرو و نحوه اعمال صلاحیت های اداره را قانون تعیین می نماید. اگر پذیرفته شده است که در دولت مدرن اداره باید از قانون تبعیت نماید، این پذیرش مبنایی جز تبعیت همه صلاحیت ها از قانون نخواهد داشت.<sup>۵</sup>

۱. منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اداری، انتشارات سمت، چ پنجم، پاییز ۷۸، ص ۴۱۰.
۲. دکتر مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۳۴.
3. Lombard, Martin, Gilles Dumont, *Droit administratif*, 7e édition, Dalloz, 2007, n°143.
۴. نباید فراموش کرد که در دولت های مدرن که نظریه حاکمیت قانون تعیین کننده حدود صلاحیت و وظایف اداره است، فرض بر این است که هیچ مقام اداری واجد «قدرت نامحدود» (unfettered discretionary power) و به دنبال آن اختیار گزینشی نامحدود نیست.
۵. در دولت های پلیسی اداره تنها از نظاماتی تبعیت می نماید که خود وضع نموده است و این طریق در بهترین حالت در حقوق عمومی مشهور به اصل خود محدودیتی (autolimitation) است که در آن رابطه

برآیند این پیش فرض آن خواهد بود که در دولت قانونمدار، افراد خواهند توانست در برابر سوء استفاده از صلاحیت‌های تخییری ادعایی را در مقابل اداره مطرح نمایند و دادگاه‌های اداری نیز برای تضمین عدم انحراف از «قواعد» دست به کار شوند. این مسئله از لحاظ سیاسی نیز برای قوه مجریه حائز اهمیت است.

تحلیل حقوقی صلاحیت تخییری و طرح این مفهوم در حقوق اداری به معنای حمایت و حفاظت از حقوق شهروندان در برابر خودسری‌های مقامات اداری نیز هست. از لحاظ سیاسی وقتی قوه مجریه پذیرفت که باید صلاحیت‌ها در چارچوب قانون و در راستای هدف آن تعریف شود، دولت اجازه خواهد یافت تا سازوکارهایی برای جلوگیری از نقض یا انحراف یا سوء استفاده از صلاحیت‌ها در درون قوه مجریه یا بیرون از آن (دستگاه قضایی) پیش‌بینی نماید. پیش فرض همه این موقعیت‌ها آن است که:

اولاً جامعه سیاسی جایگاهی را برای شهروندان در نظر بگیرد.

ثانیاً صلاحیت‌هایش در چارچوب و بر مبنای قانون تعریف شود و در نهایت اینکه اجازه حمایت حقوقی و کنترل این صلاحیت‌ها را به نهادهای اداری و قضایی بدهد.

### ب) نسبت صلاحیت تخییری با قانون‌مداری

این سؤال بنیادین همواره در آموزه‌های حقوق اداری مطرح است که اگر صلاحیت‌های تخییری تمایل به گریز از شمول قانونی بودن دارند، آیا این امر به معنای عدم انطباق این نهاد با نظریه کلی قانونی بودن در حقوق اداری است. در کامن لا فرض بنیادین این است که همه اعمال اداری باید مبنای قانونی داشته باشند و اعمال این اصل نیز به شدت وابسته به ماهیت تصمیم و اقدام اداری و صلاحیت تفویض شده است. در نهایت این اختلاف تنها در سطح نظری باقی مانده و در سیستم کامن لا نیز تنها دادگاه است که تشخیص می‌دهد که آیا

میان اداره‌کننده و اداره‌شونده هنوز حقوقی نیست. (وضعیت پیش‌حقوقی) لذا اداره‌شونده نمی‌تواند به چنین نظاماتی استناد کند. ولی در دولت قانون‌مدار رابطه اداره‌کننده و اداره‌شونده مسئله‌ای محوری است. به عبارت رساتر قواعدی از بیرون به گونه ای مشخص اداره را به تبعیت از قانون وا می‌دارند که ما این وضعیت را تحمیل قواعد قانونی از خارج اداره (hétérolimitation) می‌شناسیم. (وضعیت پس‌حقوقی) برای اطلاع از تمایز میان دولت های پلیسی و دولت قانونمدار بنگرید به:

- J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3ème édition, 1999.p. 16-18. et Lebreton *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 1995, p 24.

تصمیم مبتنی بر اصل قانونی بودن است یا مخالف آن.<sup>۱</sup> در این باره چند توجیه اساسی مطرح شده است که در ذیل به برخی از آنها اشاره خواهیم نمود. بنابراین همواره سؤالی اساسی در حقوق اداری مطرح است که چگونه می‌توان میان صلاحیت‌های تخییری و کنترل قانونی بودن اعمال و تصمیمات اداری سازگاری ایجاد نمود.

### ۱. رویکردها

تا اوایل قرن بیستم دکترین کلی بر این مبنا قرار داشت که صلاحیت‌های تخییری اساساً از دسترس کنترل دادگاه‌ها خارج است و دادگاه‌ها نمی‌توانند هیچ‌گونه کنترلی را بر این صلاحیت‌ها اعمال نمایند. اما در برابر این تلقی سنتی به دنبال انتقادات جدیدی که در خصوص آثار و عواقب این قبیل صلاحیت‌ها در قوه مجریه کسانی چون موریس هوریو در رأی شورای دولتی در قضیه گرازیتی مطرح نمودند، دادگاه‌ها کم‌کم به سمت توجه به قانونمندی صلاحیت‌های تخییری رفتند. نخستین گام، توجه دادگاه‌ها به عناصر درونی، انگیزه‌ها، اهداف و جهاتی بود که تصمیم در آن راستا اتخاذ می‌شد. در حقوق فرانسه بعد از دهه شصت میلادی اساساً دو ابزار و معیار بسیار مهم در اختیار دادگاه‌ها قرار داشت که یکی «کیفیت اتخاذ تصمیم»<sup>۲</sup> و دیگری اعمال معیار «تناسب»<sup>۳</sup> بود. معیار نخست بیشتر در چارچوب اشتباه در ارزیابی حقایق پرونده بررسی می‌شد و معیار دوم به هدف تصمیم توازن میان منافع عمومی و خصوصی می‌پرداخت. علاوه بر این با تفسیرهای موسعی که از اصل قانون مداری ارائه گردید، همچنین با طرح ضرورت کنترل صلاحیت‌ها، ارائه معیارها و استانداردهای ارائه‌شده، سعی شد میان این دو نهاد ضروری حقوق اداری سازگاری حاصل شود.

### ۲. مفهوم موسع اصل قانون‌مداری

قانون‌مداری می‌تواند دو معنا داشته باشد. در مفهوم سنتی، قانون‌مداری به تبعیت اداره از آن چیزی گفته می‌شود که ما آن را تحت عنوان عمل قوه مقننه یعنی «قانون» می‌شناسیم. در این معنا منبع منحصر تعیین صلاحیت‌ها همان «قانون» خواهد بود و قانون‌مداری نیز معنایی جز تبعیت اداره از «قانون» به مفهوم شکلی آن نخواهد داشت. در این برداشت صلاحیت‌های

1. D.J. Galligan, *Discretionary Powers*, *Op.cit.* 1990, p.32.

2. Qualification des faites

3. Proportionnalité

اداره را مجلس تعیین می‌نماید؛ چنان‌که همه صلاحیت‌های قوه مجریه نیز تابعی از تصمیمات پارلمان خواهد بود که در قالب «قانون» ظاهر می‌شود. اما در مفهوم مدرن و گسترده قانون‌مداری، تبعیت اداره از مجموعه‌ای به نام «منابع حقوق» در نظر گرفته می‌شود. در این معنا که تا حدودی دامنه‌اش متغیر و منبسط است، تنها منبع تعیین صلاحیت‌ها قانون نیست، بلکه قانونمداری به معنای تبعیت صلاحیت‌ها از اصول بنیادین حقوقی نیز خواهد بود.

### ۳. کنترل قانونی بودن

از آنجا که اعمال صلاحیت‌های تخییری بیشتر در تصمیمات موردی بروز و ظهور می‌یابد این تصمیمات موردی از آنجا که در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در قاعده هرم قرار می‌گیرند نه در رأس هرم هنجارهای حقوقی. بنابراین احترام به قانونی بودن این تصمیمات نیز سنجیده می‌شود. در واقع یکی از معیارهای کنترل‌های تخییری مقامات اداری در تصمیمات اداری کنترل این مسئله است که آیا کارمند به قواعد قانونی مافوق احترام گذاشته است؟ این کنترل معمولاً از طریق کنترل قانونی بودن اعمال اداری توسط دادگاه‌های اداری اعمال می‌گردد. شورای دولتی فرانسه در قضیه کلارامات<sup>۱</sup> بر این نکته تأکید نموده است که ضروری است میان تصمیمات اداری مقامات مادن، قوانین و مقررات و همچنین تصمیمات مافوق سازگاری وجود داشته باشند.<sup>۲</sup> در اعمال صلاحیت‌های تخییری هرگاه این سلسله مراتب (احترام به انطباق و سازگاری) مراعات نگردد، اصل قانونی بودن همواره در معرض نقض قرار دارد. مشکل در اینجا این است که منظور از احترام به هنجارهای مافوق از سوی اداره چیست؟ آیا اداره در اتخاذ تصمیمات موردی باید کاملاً منطبق با هنجارهای برتر عمل نماید؟ این احترام به سازگاری یا انطباق، به چه معناست و چگونه ارزیابی می‌شود؟ اگر در حوزه اختیارات اداره این انطباق را مطلق تفسیر نماییم، صلاحیت تخییری بی‌معنا می‌شود.

صلاحیت تخییری اساساً می‌خواهد در تصمیمات موردی، اندکی «قاعده برتر» را به نفع «مقتضیات امر اداری» تغییر دهد. به عبارت دیگر هدف صلاحیت تخییری مبتنی بر کاستن از زبری و «حدت» قاعده مافوق است. به نظر می‌رسد همان‌گونه که شورای دولتی در قضیه

1. clamart

2. CE 3/7/1931 Ville de Clamart.

آدام<sup>۱</sup> بر آن پای فشرده است، مسئله اساسی، انطباق تصمیمات موردی با قواعد مافوق بلکه عدم انحراف آشکار از هدف و معنی قانون<sup>۲</sup> یعنی وجود نوعی سازگاری عرفی و ساده، ملاک است.<sup>۳</sup> تنها با این تعبیر است که می توان میان صلاحیت های تخییری مقامات اداری و اصل انطباق این تصمیمات با سلسله مراتب هنجارهای حقوقی سازگاری ایجاد نمود.

#### ۴. پای بندی به لوازم و اهداف قانون

شناسایی صلاحیت های تخییری در تصمیمات موردی منوط به پذیرش سازگاری کلی این تصمیمات با اصل قانون مداری است. این سازگاری کلی به این معنا است که اختیارات باید با رعایت لوازم و اهداف کلی قانون اعمال شود. در غیر این صورت، اگر اصل قانون مداری بخواهد بگونه ای تمام عیار و مطلق بر تصمیمات موردی حکومت نماید، صلاحیت های تخییری در اداره معنای واقعی خود را از دست خواهد داد. در حقوق فرانسه این وضعیت را در اتخاذ برخی «تصمیمات موردی و تکنیکی» شاهد هستیم. برای مثال، کد شهری پیش بینی نموده است که هرگونه کاربری شهری و ساخت و ساز باید در انطباق با طرح جامع شهری باشد که قوانین و مقررات معیارهای آن را بیان نموده اند. اما این معیارها در قوانین غالباً مبتنی بر مفاهیم «ذهنی»<sup>۴</sup> است که وجود صلاحیت تخییری در اداره را برای عینی کردن این مفاهیم توجیه و ضروری می سازد. صلاحیت تخییری با اعطای اختیار تفسیر یا قدرت تشخیص، در حقیقت برخی مفاهیم ذهنی و نامتعین قوانین را «عینی»<sup>۵</sup> می نماید.

#### ۵. معیارهای رویه ای

گستره قواعدی که بر اداره تحمیل می شوند، دائماً در حال تغییر و تحول است. گاهی قاعده جدیدی بر اداره تحمیل و گاهی گستره قواعد کاهش می یابد. بنابراین در این باره باید دید که صلاحیت تخییری چه وضعیتی پیدا می کند. هر بار که قاعده یا قانون جدیدی بر اداره تحمیل می شود، در واقع این قاعده عرصه عملکرد و مانور اداره را کاهش می دهد که در

1. Adam

2. CE 22/2/1974 Adam

3. Simple compatibilité

4. Subjective

5. Objective

اینجا با نوعی صلاحیت تکلیفی مواجه هستیم. دادگاه‌ها می‌توانند با خلق اصول و معیارهای جدید همین نقش را داشته باشند، یعنی معیارهایی را بر اداره تحمیل کنند که قلمرو صلاحیت‌های تخییری را کاهش و بر عکس، صلاحیت‌های تکلیفی را افزایش دهند. در قضیه ترامپر گراویر<sup>۱</sup> هیچ متن الزام‌آوری اداره را به امتناع از تسلیم مجوز مجبور نمی‌کرد، به عبارت دیگر در فرض فقدان قواعد الزام‌آور، اداره صلاحیت تخییری داشت، ولی بعد از صدور این رأی و وضع یک اصل کلی در حقوق اداری، این امر جزء صلاحیت‌های تکلیفی اداره درآمد.

### فصل دوم: مبانی نظری اعطای صلاحیت تخییری

شناخت ماهیت صلاحیت تخییری به ما کمک خواهد نمود که ضرورت‌های اعمال کنترل قضایی را بر این دسته از صلاحیت‌ها درک نماییم. نکته‌ای که نباید فراموش شود این است که امروزه صلاحیت تخییری ماهیتی همه‌گیر دارد و در تمام دولت‌های مدرن به عنوان مسئله‌ای مهم برای مدیریت بخش عمومی درآمده است. منبع عمده صلاحیت‌های تخییری قانون مصوب مجلس است. مجلس با تصویب قانون، صلاحیت‌های مقامات اداری را تعیین می‌نماید. قانون است که تعیین می‌نماید که وزیر صلاحیت اتخاذ تصمیم را دارد یا خیر؟ قانون تعیین می‌نماید که وزیر هر تصمیم اداری را به چه طریقی و با اعمال چه معیارهایی باید اتخاذ نماید. بنابراین منطوق<sup>۲</sup> قوانین عادی به مقام اداری خواهند گفت که آیا وی صلاحیت و اختیار اتخاذ تصمیم الف یا ب را دارد یا خیر؟

در کامن‌لا، اصطلاح رایجی که در قوانین به کار می‌شود چنین است «وزیر می‌تواند به صلاحیت خود اقدام X را که فکر می‌کند معقول است، انجام دهد. در متون قانونی که در حقوق ایران رایج است، معمولاً بیان قانونگذار شامل عباراتی چون «می‌تواند»، «به تشخیص»، «به صلاحیت»، «در صورت موافقت» و نظایر آن رایج است که می‌توان با اندکی فحص در قوانین و مقررات آنها را یافت. در هر حال اعطای صلاحیت تخییری مبتنی بر دغدغه‌ها و واقعیات تصمیم‌گیری در امور اداری است. در این زمینه گروهی از نظریات به

1. C.E., 5 Mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier.

2 Wording

3. Discretion



سمت مخالفت با اعطای صلاحیت تخییری گسترده به قوه مجریه پیش رفته‌اند (نظریات مخالف) و گروهی دیگر با اعطای حداکثری صلاحیت تخییری به قوه مجریه موافق هستند. (نظریات موافق) و هر کدام از این دو گروه دلایل مبتنی بر مبانی حقوقی جدی ارائه کرده‌اند.

### گفتار اول: دکترین‌های مخالف اعطای صلاحیت تخییری به قوه مجریه

با وجود ضرورت‌هایی که صلاحیت تخییری در اداره را توجیه می‌نماید، برخی آثار خطرناک اعطای این قبیل صلاحیت‌ها به مقامات قوه مجریه نظریات مخالفی را در این زمینه شکل داده است. این نظریات مبتنی بر دغدغه‌هایی است که از سوء استفاده مقامات اداری از صلاحیت تخییری (فساد اداری)، احتمال نقض برخی از حقوق بنیادین از جمله برابری و نفی جانب‌داری (حقوق بنیادین) و گسترش خودسری مقامات اداری (استبداد اداری) ناشی می‌شود.

### بند اول: فساد اداری

وجود صلاحیت تخییری از طرفی می‌تواند به افزایش کارآمدی اداره و تأمین بهتر منافع عمومی منجر شود و از طرف دیگر همواره این تهدید وجود دارد که اعمال نامناسب صلاحیت تخییری موجب فساد اداری شود یا گسترش فساد اداری منجر به اعمال نامناسب این قبیل صلاحیت‌ها گردد. ارتباط میان نهاد صلاحیت تخییری با فساد اداری را می‌توان از دو جهت ارزیابی نمود. نخستین آن شامل گسترش عرصه صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری و دوم سوء استفاده از صلاحیت‌های تخییری می‌شود.

### الف) سوء استفاده از اختیار

ارتباط میان صلاحیت تخییری و گستردگی آن با مفهوم فساد اداری را می‌توان در تعریف مشهور بانک جهانی از فساد مشاهده نمود. مطابق تعریف این نهاد «فساد عبارت است از سوء استفاده از اختیارات دولتی (قدرت عمومی) برای کسب منافع شخصی». در این تعریف فرض بر این است که سوء استفاده از اختیار، نتیجه منطقی «اعطای صلاحیت تخییری گسترده» به مقامات اداری است و از آنجا که اعطای

صلاحیت تخییری نوعی قدرت مانور و ارزیابی را به کارمند اعطا می‌نماید، میزان سوء استفاده از اختیار تشخیص نیز نسبت به صلاحیت‌های تکلیفی افزایش می‌یابد. قوانین مربوط به صوابدید و صلاح‌دید معمولاً شفافیت و وضوح کافی ندارند و به همین دلیل می‌توانند احتمال سوء استفاده از صلاحیت تشخیصی مقام اداری را بویژه در کشورهایی که عوامل فساد اداری در آنها وجود دارد، افزایش دهند. فساد زمانی اتفاق می‌افتد که مقام اداری از اختیار خود به نفع یک فرد یا گروه خاص سوء استفاده نماید. بورکرات‌ها معمولاً در معرض سوء استفاده از اختیار واگذار شده به آنان قرار دارند. در موقعیت‌های گوناگون هنگام اتخاذ تصمیم‌های موردی، کارمندان از صلاحیت تخییری خود بهره می‌گیرند و در چنین حالت‌هایی است که فساد اداری رخ می‌دهد، یعنی از اختیار سوء استفاده می‌شود و حقوق دیگران و قواعد حقوقی نقض می‌گردد.<sup>۱</sup>

برای مثال هنگامی که یک کارمند با استفاده از صلاحیت تخییری خود، تصمیمی را در راستای منافع عمومی اتخاذ می‌نماید، ولی در واقع امر به دنبال استفاده شخصی و منافع خود است، در اینجا در حقیقت نوعی فساد پنهان تحت عنوان «صلاحیت تخییری» اتفاق افتاده است. به همین دلیل فساد اداری حاصل از صلاح‌دید اداری ممکن است پیچیده‌تر و ناملموس‌تر از سایر موارد فساد اداری باشد.

طرفداران مبارزه با فساد، بر این عقیده تأکید دارند که یکی از مهمترین دلایل گسترش فساد اداری، افزایش اختیارات اداری است. این واقعیت را می‌توان در تعاریف فساد اداری یافت. این مسئله در حقوق اداری در تمایز میان «اعمال مناسب صلاحیت‌گزینشی» و «سوء استفاده از اختیارات گزینشی» نمایان می‌شود. بسیاری از دعاوی مربوط به فساد اداری که در دادگاه‌ها مطرح می‌شود، به دلیل سوء استفاده از اختیاراتی است که به مقام اداری واگذار شده است. در مشهورترین تعاریف، از جمله تعریف بانک جهانی فساد اداری به سوء استفاده از اختیارات اداری برای منافع شخصی و گروهی تعریف شده است. در تعریف دیگری فساد اداری به تمامی اشکال گوناگون انحراف یا اعمال قدرت شخصی و استفاده نامشروع از مقام و موقعیت شغلی تعریف شده است.<sup>۲</sup>

1. Enrico Colomatto, Discretionary Power, Rent-Seeking and Corruption, Univ. di Torino and ICER, 2001, available at: < <http://www.icer.it/docs/wp2001/EC24-01.pdf> >

۲. محمد عباس‌زادگان، فساد اداری، انتشارات دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۴.

### ب) رابطه مستقیم صلاحیت تخییری و فساد

براین اساس می‌توان گفت که ارتباط مستقیمی میان افزایش اختیارات اداره و افزایش فساد اداری وجود دارد. برخی از نویسندگان نیز افزایش فعالیت‌های دولت در سال‌های اخیر را یکی از دلایل افزایش فساد اداری ذکر کرده‌اند.<sup>۱</sup> این امر در تاریخ تمدن بشری وجود داشته است و تنها می‌توان زمانی رابطه عکس برقرار نمود که از اختیارات اداری به نحو صحیح استفاده گردد.<sup>۲</sup> گسترش اختیارات اداره ممکن است به سوء استفاده غیرقانونی از اختیارات داده شده برای منافع شخصی و حزبی منجر شود، امری که در حقوق اداری تحت عنوان سوء استفاده از اختیارات گزینشی از آن یاد می‌نماییم.

با این حال حقوق اداری مدرن نمی‌تواند واقعیت صلاحیت تخییری را در اداره نادیده بگیرد. آنچه دغدغه حقوق اداری در زمینه مبارزه با فساد است، در حقیقت کاستن از میزان صلاحیت تخییری مقامات اداری و محدود و مشروط نمودن آن است. لیکن اصل صلاحیت تخییری جای مناقشه نیست.

در ضمن نباید این واقعیت را از نظر دور داشت که نهاد صلاحیت تخییری را باید در کنار سایر معیارهای اداره مطلوب در نظر گرفت. قطعاً در برخی از موارد اصل وجود صلاحیت تخییری به معنای تیغ دادن به دست زنگی مست است. در کشورهایی که فساد اداری در آنها بالاست، نهاد صلاحیت تخییری می‌تواند عامل افزایش میزان فساد اداری باشد و برعکس، در کشورهایی که فساد اداری در آنها پایین یا متوسط است، نهاد صلاحیت تخییری می‌تواند نقش مفیدی در اداره داشته باشد و گاهی حتی ضد فساد عمل نماید.

### بند دوم: حقوق بنیادین

#### الف) امکان افزایش نقض حقوق بنیادین

یکی از دلایل اساسی مخالفت با اعطای صلاحیت‌های تخییری به مقامات قوه مجریه، ملاحظات حقوق بشری است. بی دلیل نیست که «دایسی» به این نهاد بدبینانه می‌نگرد، چرا که دغدغه بنیادین حقوق اداری، حمایت از حقوق فردی در برابر خودسری مقام عمومی است.

۱. رحمت‌الله قلی‌پور، «تحلیل رابطه الگوی حکمرانی خوب و فساد اداری»، مجله فرهنگ مدیریت، پاییز ۸۴، ش ۱۰، ص ۱۰۴.
۲. مجید فرج‌پور، موانع توسعه در ایران، بررسی فقر، تبعیض و فساد، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا. چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۹.

امروزه نگرانی‌های جدی از واگذاری بیش از حد صلاحیت اختیاری به کارکنان دولت وجود دارد.<sup>۱</sup> اعطای صلاحیت تخییری گسترده از آنجا که به افزایش احتمال تصمیمات شخصی منجر می‌شود، ممکن است خودسری و نقض حقوق بنیادین شهروندان را سبب شود. در حقوق اداری نسبت میان اعطای صلاحیت‌های تخییری به مقامات قوه مجریه و تضمین حقوق بنیادین شهروندان نیز موضوع مهمی است که این مباحث را به حوزه حقوق بشر اداری پیوند می‌دهد. مهم‌ترین مورد را در این زمینه می‌توانیم در اقدامات مقامات پلیس بویژه در حقوق آلمان مشاهده نماییم. اصولاً فرض بر این است که حقوق بنیادین مطرح در قوانین اساسی به دنبال اعمال محدودیت‌ها بر صلاحیت‌های تقنینی و اجرایی است (نظریه محدودیت). حقوق بنیادین شناسایی شده در قوانین اساسی یا دادگاه‌ها بویژه آن دسته از حقوق بنیادین مرتبط با اصول برابری و آزادی که به امور اداری پیوند می‌خورند، اختیارات قوه مجریه را محدود و منوط به رعایت آنها می‌نماید. لذا هنگامی که قوه مقننه صلاحیت تخییری را به مقامات قوه مجریه واگذار می‌نماید، این امر می‌تواند حداقل حامل دو پیام باشد.

نخست اینکه صلاحیت تخییری می‌تواند در مقام معارضه با حقوق بنیادین قرار گیرد و پیام دوم و مهمتر اینکه نهاد ناظر قانون اساسی (نظیر شورای نگهبان و شورای قانون اساسی در فرانسه) در اعمال نظارت پیشینی و دادگاه‌ها در مقام نظارت پسینی بر اعمال قوه مقننه می‌توانند قوانینی را که به اعطای صلاحیت تخییری وسیع و بدون توجه به قوه مجریه منجر می‌شود، به استناد مغایرت با قانون اساسی<sup>۲</sup> و عدم احترام به حقوق بنیادین فردی، ابطال یا تعدیل نمایند.

### ب) مصادیق

از جمله مهمترین مصادیق حقوق بنیادین که ممکن است به واسطه اعمال صلاحیت‌های گزینشی، تأثیر منفی بگیرد، برابری شهروندان، امنیت، منع تبعیض، حقوق مالکانه، الزامات اصل برابری، و نظایر آن است.

۱. هرگاه قانون صلاحیت تخییری را به گونه‌ای نامعقول و توجه ناپذیر و بدون معیار مشخص به مقام اداری واگذار نماید، اختیار ممکن است منجر به اعمال معیارها

۱. مهدی هداوند و دیگران، منبع پیشین، ص ۴۵.

2. Inconstitutionnalité

و روش‌های تبعیض آمیز و جانبدارانه و در نهایت موجب نقض اصل برابری تضمین شده در قوانین اساسی گردد.<sup>۱</sup> دکترین عدالت فردی شده چه معنایی دارد؟ آیا اعمال این نظریه در تصمیمات اداری خلاف این شعار بنیادین و مشهور نیست که می‌گوید با برابرها برابر رفتار کن؟ بنابراین چرا باید تصمیمات را شخصی و فردی نماییم؟

۲. اعطای صلاحیت تخییری به معنای انحراف از رعایت الزامات اصل برابری شهروندان در برابر تصمیمات اداری است. علاوه بر این اعمال صلاحیت تخییری اداره خلاف قواعد انصاف است و به نوعی وضعیت نامطمئن و غیر قابل پیش‌بینی را به تصمیمات اداری می‌دهد، در حالی که انتظار شهروندان آن است که حداقل بتوانند تصمیم مقام عمومی را پیش‌بینی نمایند.<sup>۲</sup>

۳. این وضعیت در رویه قضایی برخی از کشورها در توجه به حقوق بنیادین در فرایند کنترل قضایی لحاظ شده است. برای مثال، در حقوق هند می‌توانیم این وضعیت را در قضیه پنجاب<sup>۳</sup> ببینیم که در آن، دیوان عالی به دلیل عدم رعایت الزامات اصل ۱۴ قانون اساسی هند در مورد شناسایی اصل برابری، تصمیم اداره را مبنی بر مصادره اموال بدون رعایت اصول و اهداف مربوط به پرداخت خسارت، نقض نمود. همچنین در قضیه بنگال غربی،<sup>۴</sup> دیوان عالی هند، قانون را به این دلیل که به مقام اداری صلاحیت داده بود که به طور نامعقول فرآیند رسیدگی در دادگاه را طبقه‌بندی نماید، مغایر با قانون اساسی اعلام نمود

مورد دیگری که ما را به دقت در اعمال صلاحیت‌های تخییری و نسبت آن با اصل تناسب و برابری متوجه می‌نماید، قضیه<sup>۵</sup> است که در آن تأکید شده که هرگاه در آیین مشخص شده برای اتخاذ تصمیم، دو دسته فرآیند در دسترس باشد، لیکن یکی از فرآیندهای شدیدتر و سختگیرانه‌تر از دیگری باشد و قانون حاکم بر فرایند تصمیم‌گیری به مقام اداری اختیار داده باشد که بتواند هر کدام از این دو یا چند آیین را که صلاح می‌داند برای اقدام یا تصمیم برگزیند، براساس الزامات اصل ۱۴ قانون اساسی هند راجع به اصل برابری، قانون حاکم باید

1. N.K.Jayakumar, **Administrative law**, Prentice Hall, New Delhi, 2005.

2. D.J. Galligan, Discretionary Powers, *Op. cit.* pp. 153-163.

3. panjab v.khan ehand

4. est Bengal v. Anwar Ali (AIR) 1952 SC 75

5. Illorthern India carterrers Limited v. Punjab, AR 1967 SCI 581

دقیقاً معیارهای ترجیح هر یک از آسیب‌ها بر دیگری را در هنگام اتخاذ تصمیم معین نماید. در غیر این صورت دیوان عالی هند می‌تواند به استناد رعایت نشدن اصل برابری آن را ابطال نماید.

۴. قضیه دیگر ناظر به قانون کنترل نظامات مربوط به زغال سنگ ملی است که سه شرط را برای اخذ مجوز خرید، فروش، بهره‌برداری و انبار زغال مقرر کرده بود. یکی از شرایط، مقام اداری را مجاز می‌دانست که برخی اشخاص را با صلاحدید اداره از اخذ مجوز معاف نماید. شرط دیگر نیز به مقام اداری این صلاحدید را اعطا می‌کرد که بتواند مجوز داده شده به برخی اشخاص را ابطال کند، بازپس بگیرد یا تعلیق نماید. دادگاه در این قضیه مقرر نمود که جز یکی از شرایط، دو شرط دیگر در زمینه صدور مجوز به معنای اعطای اختیارات نامحدود<sup>۱</sup> و نامشخص به مقام اداری است.<sup>۲</sup>

این آرای قضایی یک پیام اساسی برای ما دارد و آن اینکه اعطای هر قسم صلاحیت اداری نامحدود، نامعقول و مبهم به مقامات اداری، ممکن است به نقض حقوق بنیادین اعلام شده در قانون اساسی منجر گردد.

#### بند سوم: استبداد و خودسری اداری

امکان منجر شدن اجرای صلاحیت‌های تخییری به استبداد، دلیل مهم دیگری برای مخالفت با این نهاد است. به دلیل دخالت عوامل فردی و شخصی، صلاحیت تخییری همواره ممکن است به سوء استفاده از اختیار و اتخاذ تصمیمات تبعیض آمیز، مستبدانه و دلخواهی<sup>۳</sup> منجر شود که ماهیتاً با هدفمندی حقوق اداری و قانون مخالف است. لذا باید تا آنجا که ممکن است صلاحیت‌های اختیاری به سمت محدودیت پیش بروند. از آنجا که حقوق اداری نیز ابزار چندان دقیق و مطمئنی برای تضمین نیافتن انحراف کارگزاران در این‌باره ندارد. به تجربه ثابت شده است که هر قدر صلاحیت مأموران محدود باشد، خطر خودسری و استبداد آنها کمتر است.<sup>۴</sup> وجود این نهاد موجب گسترش خودسری اداری و نقض حکومت قانون می‌گردد.

1. Unrestricted

2. Dwaraka Prasad v. u.p AIR 1954 sc. 224.

۳. در کلیلله و دمنه آمده است: « هر که بر پشت کره خاک، دست خویش مطلق دید، دل او چون سر چوگان بهمگنان کژ شود.»

۴. منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اداری، انتشارات سمت، چ پنجم، پاییز ۷۸، ص ۴۰۹

آلبرت دایسی با همین دغدغه، صلاحیت تخییری را با مفهوم «خودسری»<sup>۱</sup> یکی می‌گیرد.<sup>۲</sup> پرفسور دیویس می‌گوید که هرگاه صلاحیت تخییری با در نظر گرفتن عوامل نامربوط به<sup>۳</sup> تصمیم اعمال گردد، این امر چیزی جز معنای خودسری نخواهد داشت.<sup>۴</sup>

### گفتار دوم: دکترین‌های موافق اعطای صلاحیت تخییری

نظریات موافق اعطای صلاحیت تخییری به کارآمدی اداره و تغییر نقش دولت در مناسبات اقتصادی و اجتماعی می‌اندیشند (تغییر نقش قوه مجریه). علاوه بر این، وجود وضعیت‌های مختلف در اتخاذ تصمیم می‌تواند عدالت بهتری را در سازمان و رابطه آن با شهروندان به ارمغان آورد (نظریه عدالت فردی شده).

#### بند اول: تکالیف دولت و مقامات اجرایی

مهمترین دلیل شناسایی نهاد صلاحیت تخییری، ناشی از تغییرات بنیادین در ماهیت، و عملکرد قوه مجریه و جامعه سیاسی است.<sup>۵</sup> امروزه با وجود تلاش در جهت کاستن از تکالیف دولت، میزان نظارت و مداخله دولت‌ها در شئون مختلف و نیز پیچیدگی‌های امر اجرا، اعطای این قبیل صلاحیت را موجه نموده است. در این میان می‌توان از گسترش و نفوذ مفاهیم و نهادهای حقوق عمومی در حقوق خصوصی و نیز ضرورت انعطاف‌پذیری صلاحیت‌های دولت در حوزه عمومی برای رسیدن به عدالت و اتخاذ تصمیمات مناسب سخن گفت.

#### الف) عمومی شدن حقوق خصوصی

دولت در برابر خواست‌های بی‌پایان شهروندان امروزه ناچار است مشکلات بسیاری را در حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، رفاهی، آموزشی، سلامتی و بهداشت، امنیت، محیط زیست و

1. Arbitrariness

2. A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, London, 1961. p. 188. See also Lord Hewart, *The New Despotism*, London, 1929, ch. iv.

3. Irrelevant factor

4. K.C. Davis, *Discretionary Justice*, Louisiana, 1969. See also J.L. Jowell, 'The Legal Control of Administrative Discretion', 1973 P.L. pp. 186-192, and D.J. Galligan, *Arbitrariness and Formal Justice in Discretionary Decisions*, in: D. J. Galligan (ed.), *Essays in Legal Theory*, Melbourne UP, 1984.

5. See: T. Prosser, «Towards a Critical Public Law» *British Journal of Law and Society*, 1982, n° 9 pp. 1-4.

انرژی، حمل و نقل و نظایر آن حل نماید یا حداقل راهبری آنها را بر عهده داشته باشد. این امر مستلزم در اختیار داشتن صلاحیت تخییری برای انتخاب بهترین و مناسبترین تصمیم است.

هابرماس در کتاب خود تحت عنوان «دگرگونی ساختاری حوزه عمومی» این گونه موضوع را توصیف می کند که همزمان با آنکه دولت پا را از محدوده حقوق عمومی فراتر می گذاشت و همزمان با انتقال بخشی از وظایف دولت به نگاه‌ها و مؤسسات و آژانس‌های نیمه رسمی و شرکت‌های مبتنی بر حقوق خصوصی، فرآیند «عمومی شدن حقوق خصوصی»<sup>۱</sup> کامل شد و بلافاصله بعد از آن به دلیل وجود تضادها و تناقض‌های موجود در جامعه سرمایه‌داری لیبرال روی دیگر این سکه یعنی «خصوصی شدن حقوق عمومی»<sup>۲</sup> آشکار گردید.<sup>۳</sup> ورود دولت به حوزه اعمال تصدی در ذیل اندیشه‌های مداخله‌گر حکایت از عمومی شدن حقوق خصوصی داشت. امروزه داشتن صلاحیت تخییری ضروری و بلکه مطلوب است، زیرا بدون آنها حکومت قابل اداره کردن نیست.<sup>۴</sup> بنابراین در این وضعیت امروزه صلاحیت تخییری در روند تصمیم‌گیری اداری واقعی پذیرفته شده است.

### ب) ضرورت انعطاف پذیری

نهاد «صلاحیت تخییری» مهمترین مکانیسم اعمال اختیارات و صلاحیت‌ها در حوزه عمومی است. امروزه به دلیل وجود مطالبات متعدد و متناقض در شهروندان، و همچنین تکالیف دولت، قوه مجریه با مفهوم مداخله‌گرین شده است. سازمان‌های اداری و گسترش فعالیت‌های آنها در همه شئون زندگی مردم، تا حدی پیش رفته است که حتی از لحظه تولد تا مرگ شهروندان نقش دارند و تقریباً وظایف و کار ویژه همه قوای حکومتی را به نوعی در خود جمع کرده‌اند.<sup>۵</sup> به همین دلایل دولت باید بتواند با اتخاذ رویکردهای انعطاف‌پذیر<sup>۶</sup>

1. Publicaization of praivat law

2. Praivtaization of public law

۳. هابرماس، دگرگونی ساختاری حوزه عمومی، کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه جمال محمدی، نشر افکار، چ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۴۳.

۴. مهدی هدواند و دیگران، منبع پیشین، ص ۴۴.

۵. برای مطالعه بیشتر در این باره بنگرید به: مهدی هداوند، «معیارهای اداره مطلوب و تحولات حقوق اداری: تحلیل مفهومی»، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸؛ ۶۳-۱۲۰.

6. Flexible approach



به نحو مطلوب امور عمومی را مدیریت کند. انعطاف‌پذیری به این معناست که دولت‌های امروزی را در اتخاذ تصمیمات، محدود به چارچوب‌های خشک و بی‌روح قوانین ندانیم.

### بند دوم: نظریه عدالت تخییری

اجرای صلاحیت تخییری با توجه به اینکه ناظر به اوضاع و احوال افراد در تصمیمات موردی است، به شکل‌گیری نظریه «عدالت فردی شده» در حقوق اداری منجر شده است.

#### الف) مفهوم نظریه

به موجب این نظریه، صلاحیت تخییری می‌تواند نوعی عدالت فردی شده را در سازمان به ارمغان آورد. به قول پرفسور دیویس، در واقع صلاح‌دید، ابزاری برای «شخصی نمودن عدالت»<sup>۱</sup> است.<sup>۲</sup> اعمال صلاحیت‌های تخییری محدود به اتخاذ تصمیمات اجرایی فردی و خاص است. در واقع صلاحیت تخییری غالباً بر تصمیمات فردی<sup>۳</sup> اعمال می‌شود و فرض بر این است که در تصمیمات عام و کلی، قانون‌گذار تکلیف خود را به نحو صحیح انجام می‌دهد. اما حساسیت نظریه کنترل صلاحیت‌های تخییری، در قوه مجریه یعنی محل اجرای تصمیمات موردی و خاص، مطرح می‌شود. این نظریه بر اساس نوشته‌ها و نظریات دیویس<sup>۴</sup> ارائه شده است. به دنبال اعمال صلاحیت‌های تخییری بر مبنای اصول، عدالت فردی شده است که متعاقباً زمینه را برای ضرورت کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها فراهم می‌نماید. در نظر دیویس، عدالت تخییری در تصمیمات موردی، زمینه را برای اتخاذ تصمیم مناسب فراهم می‌آورد.<sup>۵</sup>

#### ب) تبیین نظریه

جنس محدودیت‌های وارد بر اختیار مقام اداری در زمره محدودیت‌های اجرایی و رویه‌ای است نه آن قسم از محدودیت‌هایی که در قانون پیش‌بینی شده است. دلیل این مسئله نیز روشن است. در عمل، صلاحیت‌های تخییری هرگز نمی‌توانند به صورت دقیق و مشخص در

1. Individualization of justice

2. K.C. Davis, *Op.cit.* p25.

3. Individual decision

4. Davis

5. Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP 1969, p71.

قوانین درج شوند. صلاحیت تخییری فرصتی را در اختیار مقام اداری می‌گذارد تا بین راه‌حل‌های بدیل و جایگزین دست به انتخاب بزند.

گالیگن<sup>۱</sup> در بیان معیارهای عدالت تخییری به این سمت رفته است که باید استانداردهای مربوط به معقول بودن<sup>۲</sup> را در اجرای صلاحیت، به دلیل الزامات مربوط به پاسخگویی<sup>۳</sup> مقام اداری رعایت نمود. معیار معقول بودن تصمیم مقام اداری معیار بسیار مهم و حیاتی در اعمال صلاحیت تخییری است و به همین دلیل نیز بازنگری قضایی می‌شود. بنابراین همان‌گونه که گفته شده است صلاحیت تخییری هرگز به این معنا نیست که مقام عمومی حق انتخاب آیین‌های متعدد را برای اقدام دارد، بلکه این صلاحیت بدین معناست که مقام عمومی حق انتخاب آیین‌های اقدام متعدد مبتنی بر دلایل مناسب را دارد. نظریه عدالت تخییری معیارهای دیگری چون متناسب بودن و مستدل بودن را در فرایند اعمال صلاحیت تخییری قرار می‌دهد. معیارهایی که در بازنگری قضایی صلاحیت‌های تخییری کاربردی اساسی دارد.

مفهوم محوری صلاحیت‌های تخییری این است که بتوانیم برای مقامات اداری در تصمیمات موردی خاص و جزئی، اختیار انتخاب میان چند گزینه برای رسیدن به «بهترین» تصمیم را فراهم نماییم، چرا که فرض بر این است که قانونگذار که معمولاً قواعد کلی را وضع می‌نماید، همه موارد را دقیق تعیین نماید. قانون نمی‌تواند برای مقام اداری تعیین نماید که در تصمیم X و در وضعیت Y گزینه Z را باید اتخاذ نماید. تعیین دقیق تک تک مصادیق و موارد جزئی نه ممکن و نه منطقی است و در حقیقت، قانون در تصمیمات جزئی، فردی و موردی در اداره نقش چندانی ندارد. به قول پرفسور دیویس<sup>۴</sup> «جایی که قانون پایان پذیرد صلاحیت آغاز می‌شود»<sup>۵</sup>.

ابتنای صلاحیت مقامات عمومی بر اصول و معیارهای عدالت ناشی از الزامات دولت و مدیریت بخش عمومی نیز هست. واقعیت دولت‌ها حکایت از قلمرو وسیعی از اختیارات می‌نماید که ماهیتاً جنبه تشخیصی دارند و طبیعی است که این قلمرو از صلاحیت‌ها سبب

1. Galligan
2. Standards of rationality
3. Requirements of accountability
4. k.c.davis
5. Where law ends discretion begins

گسترش تصمیمات خودسرانه می‌گردد. این فرآیند ممکن است آثار نامطلوبی بر روابط شهروندان و قوه مجریه داشته باشد. ناممکن بودن پیش‌بینی<sup>۱</sup> تصمیمات و سوء استفاده از اختیارات، از مخاطرات گسترش این قلمرو است.



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

---

#### 1. Predictability

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی



بخش دوم:

کنترل صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

## بخش دوم: کنترل صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه

گفتیم که صلاحیت تخییری به دنبال اعطای آزادی عمل و قدرت ابتکار به مقام اداری برای اتخاذ بهترین و مناسب‌ترین تصمیم است، اما به این معنا نیست که مأمور دولت از قدرت خود سوء استفاده کند. اجرای صلاحیت‌های تخییری در اداره نباید مبتنی بر اغراض شخصی و هوا و هوس و جانبدرانه باشد، زیرا در غیر این صورت آن تصمیم صحیح و قانونی نخواهد بود. به همین سبب برای اینکه در اجرای صلاحیت‌های تخییری سوء استفاده و سوء تشخیص صورت نگیرد، کنترل و نظارت می‌شوند. این نظارت ممکن است از سوی مقامات اداری مافوق و در سلسله مراتب اداری از طریق تصحیح، لغو و ابطال تصمیم صورت پذیرد (کنترل اداری) یا ممکن است از طریق دادگاه‌ها اعمال گردد. (کنترل قضایی).<sup>1</sup> روش‌های کنترل پارلمانی و سیاسی و درونی نیز وجود دارد که موضوع بحث ما نخواهد بود.

### فصل اول: کنترل اداری صلاحیت‌های تخییری

سازوکارهای درون اداره اگر به طریق مناسب اجرا شوند، می‌توانند نقش مؤثر و کم هزینه‌تری را نسبت به کنترل قضایی صلاحیت‌ها داشته باشند. در اداره روش‌های مختلفی برای نظارت بر نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری وجود دارد. این روش‌ها به صورت مرسوم و سنتی در حقوق اداری نسبت به همه تصمیمات کارمندان دولت اعمال می‌شده است که می‌تواند شامل مواردی چون اعمال کنترل مقام اداری هم سطح بر مقام اداری دیگر (کنترل موازی)، کنترل از طریق مقامات اداری مافوق به صورت خودکار یا از طریق طرح شکایت ذینفعان (کنترل سلسله‌مراتبی)، کنترل از طریق دادگاه‌های اختصاصی

1. Conseil de l'Europe, **Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de la responsabilité**, Actes 25e Colloque de droit européen, Oxford, Royaume-Uni, 27-29 septembre 1995, éditions Conseil de l'Europe, 1997.p75.

اداری (بازنگری اداری)، و کنترل از طریق نهادهای بازرسی (آمودزمان) باشد. کنترل نخست اساساً بسیار کم اتفاق می‌افتد و به لحاظ حقوقی کارایی چندانی ندارد.<sup>۱</sup> کنترل‌های درونی و اخلاقی نیز هر چند می‌توانند مؤثر باشند، کافی نیستند.<sup>۲</sup> در این جا ما تنها کنترل سلسله‌مراتبی و کنترل از طریق نهادهای بازرسی و ناظر را بررسی خواهیم کرد.

### گفتار اول: کنترل سلسله‌مراتبی

#### الف) روش و مزایای کنترل

کنترل سلسله‌مراتبی<sup>۳</sup> بر تصمیمات و اقدامات مقامات اداری از طریق مقامات مافوق اعمال می‌شود. اعمال کنترل مبنی بر سوء استفاده نکردن از اختیارات مقام اداری، یکی از موارد کنترل سلسله‌مراتبی است. این کنترل معمولاً از طریق اصلاح تصمیم، ابطال یا لغو آن اعمال می‌گردد. برای مثال رئیس جمهور می‌تواند بر عملکرد وزیران و تصمیمات آنها نظارت سلسله‌مراتبی بویژه در مورد انحراف نیافتن صلاحیت‌های گزینشی آنها اعمال نماید. علاوه بر این، ممکن است این قبیل کنترل در خلال آیین‌های طرح شکایت از مقامات عمومی ذی‌ربط، پیش‌بینی گردد.<sup>۴</sup> چند مزیت برای این قبیل کنترل می‌توان برشمرد:

۱. این قبیل کنترل سریع صورت می‌گیرد و درگیر تشریفات بعضاً پیچیده و طولانی کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری نمی‌شود.
۲. از آنجا که تشخیص سوء استفاده از صلاحیت از طریق مقام مافوق اعمال می‌شود، موثرتر است و به لحاظ تخصصی و توجه به مقتضیات تصمیم، بهتر از کنترل قضایی است.

1. Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP 1969. pp 144.

۲. در مورد نحوه نظارت بر صلاحیت‌های مقامات اداری دو نظریه کلی ارائه شده است. نخستین آن، نظریه مبتنی بر کنترل درونی و دیگری نظریه کنترل بیرونی است. نظریه نخست بیشتر در حوزه اخلاق سازمانی و حرفه‌ای تحلیل می‌گردد و نظریه دوم متعلق به حوزه حقوق اداری است. کسانانی مانند والدو (Waldo) تنها نظارت درونی و نظارت از طریق گسترش استانداردهای اخلاق حرفه‌ای را برای کنترل صلاحیت‌های تشخیصی کافی می‌دانند و کسانانی مانند پرفسور دیویس بر استفاده از هر دو سازوکار کنترل بیرونی و کنترل درونی تأکید دارند. در این باره بنگرید به: حسین نبی‌لو، جواد کارگزاری، «اجرای صلاحیت‌های تخییری توسط مقامات اداری»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۳، ص ۱۸.

3. Contrôle hiérarchique

۴. در ایران برای نمونه بعضاً روسای سازمان‌ها، ادارات کل بازرسی مستقر در سازمانها و ادارات حراست، این قبیل نظارت‌ها را انجام می‌دهند.



۳. سوء استفاده از صلاحیت‌گزینشی بدون نیاز به سازوکارهای کنترل قضایی تا حد زیادی کاهش می‌یابد.

این کنترل می‌تواند از طریق نهادهای بازرسی درون قوه مجریه یا هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری<sup>۱</sup> نیز اعمال شود.

### ب) حقوق ایران

در حقوق ایران «سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری» می‌تواند ناشی از سوء استفاده از صلاحیت تشخیصی باشد که به موجب بند ۳۰ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، به عنوان «تخلف اداری» محسوب و قابل پیگیری و کنترل از سوی هیئت‌هاست. علاوه بر این درباره معیارهای اعمال صلاحیت تخییری در ماده ۸ می‌توان به بندهای ۳ (تأخیر در انجام وظیفه)<sup>۳۲</sup>، ۲۵ و ۳۰ این ماده (سوء استفاده از صلاحیت تخییری)<sup>۴</sup> و قسمت اخیر بند ۳۲ آن (جانبداری) اشاره نمود. در ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ نیز قانون‌گذار با اشاره به سوء استفاده از مقام اداری آن را ممنوع اعلام نموده است.<sup>۵</sup>

علاوه بر جنبه تخلف اداری سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری (مسئولیت انتظامی)، برخی از موارد سوء استفاده از صلاحیت تشخیصی و رعایت نکردن معیارهای جانبداری جنبه کیفری دارد و در حقوق ایران جرم‌انگاری شده است. (مسئولیت کیفری) برای مثال می‌توان به ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی (سوء استفاده از مقام و موقعیت شغلی) و ماده

۱. برای نمونه در بند ۳۰ ماده ۸ قانون تخلفات اداری یکی از مصادیق تخلفات اداری کارکنان دولت سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری ذکر گردیده است. همچنین در بند ۲۵ همین ماده قانونی هر نوع استفاده غیر مجاز از شئون یا موقعیت شغلی و امکانات و اموال دولتی تخلف اعلام گردیده است. علاوه بر این در ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز امکان برخورد با مدیرانی که در حیطه مدیریت خود سوء استفاده نمایند پیش بینی شده است.
۲. ایجاد نارضایتی در ارباب رجوع یا انجام ندادن یا تأخیر در انجام امور قانونی آنها بدون دلیل.
۳. بند ۷ تبعیض یا اعمال غرض یا روابط غیراداری در اجرای قوانین و مقررات نسبت به اشخاص. قسمت اخیر بند ۳۲ «... اعمال فشارهای فردی برای تحصیل مقاصد غیرقانونی...»
۴. بند ۲۵، هر نوع استفاده غیرمجاز از شئون یا موقعیت شغلی و امکانات و اموال دولتی و بند ۳۰ سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری.
۵. به موجب ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری « اخذ رشوه و سوء استفاده از مقام اداری ممنوع است. استفاده از هرگونه امتیاز، تسهیلات، حق مشاوره، هدیه و موارد مشابه در مقابل انجام وظایف اداری و وظایف مرتبط با شغل توسط کارمندان دستگاه‌های اجرایی در تمام سطوح از افراد حقیقی و حقوقی بجز دستگاه ذی‌ربط خود تخلف محسوب می‌شود.»

۶۰۵ این قانون (اظهار نظر مبتنی بر غرض ورزی) و نیز «قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی» (مصوب ۲۹ آذر ماه ۱۳۱۵) اشاره نمود.

مسئولیت مدنی ناشی از سوء استفاده از صلاحیت تخییری را نیز باید به این موارد افزود و این در فرضی است که بر اثر سوء استفاده از صلاحیت تخییری، خسارتی به اموال، اشخاص یا منافع وارد گردد که طبق قواعد عام مسئولیت مدنی قابل پیگیری خواهد بود. در ماده ۹۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ نیز ضمن اشاره به مسئولیت اداری و انتظامی، به مسئولیت قانونی مدیران در فرض ضرر و زیان وارد بر دولت و سوء استفاده آنها پرداخته شده است.<sup>۱</sup>

### گفتار دوم: کنترل از طریق نهادهای بازرسی کننده

#### الف) نقش سازمان بازرسی

یکی دیگر از روش‌های اعمال کنترل اداری بر صلاحیت‌های تخییری، کنترل از طریق نهادهای آمبودزمان و بازرسی است. در ایران سازمان بازرسی کل کشور در برخی از موارد، در حوزه صلاحیت اداری وارد می‌شود. ماده ۱ قانون سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳۶۰ با اصلاحات بعدی «نظارت بر حسن جریان امور» و «اجرای صحیح قوانین» را در راستای اصل ۱۷۴ قانون اساسی، از اهداف تشکیل این نهاد بر شمرده است. رویه عملی سازمان بازرسی کل کشور نیز نشان می‌دهد که با توجه به وظایف بر شمرده در ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی، از جمله اعلام «سوء جریان‌ات اداری و مالی» (بند ج ماده ۲)، علاوه بر اعلام موارد غیرقانونی، وظیفه بازرسی در مورد «حسن تصمیم» و «صلاحیت» مقامات اداری را نیز بر عهده دارد.

#### ب) هیئت‌های بازرسی

در وظایف هیئت‌های بازرسی نیز موضوعات مرتبط با حسن تصمیم مقامات اداری پیش‌بینی شده است. در آیین‌نامه اجرایی قانون پیش‌بینی شده است که هیئت‌های بازرسی «حسن

۱. به موجب ماده ۹۲ «مدیران و سرپرستان بلافصل، مسئول نظارت و کنترل و حفظ روابط سالم کارمندان خود در انجام وظایف محوله هستند و در مورد عملکرد آنان باید پاسخگو باشند. در صورتی که کارمندان مزبور با اقدامات خود موجب ضرر و زیان دولت گردند یا تخلفاتی نظیر رشوه یا سوءاستفاده در حیطه مدیریت مسئولان مزبور مشاهده و اثبات گردد، علاوه بر برخورد با کارمندان خاطی با مدیران و سرپرستان کارمندان (حسب مورد) نیز که در کشف تخلف یا جرایم اهمال نموده باشند، مطابق قوانین مربوط، رفتار خواهد شد.»

جریان امور اداری» و «طرز رفتار» کارمندان را بررسی می‌کند. به موجب بندهای الف و ب ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون سازمان بازرسی کل کشور (مصوب ۱۳۶۰ با اصلاحات بعدی) وظیفه هیئت‌های بازرسی در بازرسی‌های سالانه به شرح زیر است:

الف) بررسی وضع سازمان‌ها و مؤسسات مورد بازرسی از حیث حسن جریان امور اداری و نحوه انجام وظیفه و اجرای قوانین و طرح‌ها و برنامه‌های مربوط و تناسب سازمان هر یک با احتیاجات عمومی و نقائص هر یک از آنها و غیر آن.

ب) بررسی طرز رفتار رؤسا و کارمندان از حیث اخلاق و ایمان و روحیه و معلومات، نحوه انجام وظیفه، صحت عمل، استعداد، لیاقت، شجاعت در انجام وظیفه و طرز رفتار با مردم، آگاهی و تخصص در رشته مربوط و غیره. برای مثال، به موجب قوانین و مقررات گزینش، تشخیص صلاحیت‌های عمومی استخدام برعهده واحدهای گزینش سازمان‌ها نهاده شده است و این نهادها در این باره «صلاحیت تشخیصی» وسیعی دارند. با این حال سازمان بازرسی می‌تواند از منظر حسن جریان امور و رعایت «معیارهای»<sup>۱</sup> گزینش بر این واحدها نظارت نماید.

### فصل دوم: کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری

دادگاه‌ها در مقام کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری با وظایف و تکالیف جنجال برانگیزی مواجه هستند. در نظام کامل لا رویکرد قضات و دادگاه‌ها بیشتر ناشی از دکتترین

۱. این امر در نظریه کمیسیون حقوقی سازمان بازرسی کل کشور در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۵ در مورد استعلام اداره کل بازرسی استان‌های کرمانشاه و ایلام به صراحت اعلام شده است. سؤال و نظریه از این قرار است: «آیا سازمان بازرسی صلاحیت رسیدگی به شکایات افرادی که در آزمون استخدامی دستگاه‌های دولتی شرکت نموده و قبول شده‌اند لیکن از طریق گزینش صلاحیت آنها تأیید نشده است را دارد یا خیر؟ و به‌طور کلی با توجه به اینکه برای «تشخیص صلاحیت» اشخاص از سوی گزینش معیار و ضوابط خاص جزء تشخیص آنها وجود ندارد و از طرفی بررسی این قبیل موضوعات برای اداره بازرسی وقت‌گیر و غالباً بدون نتیجه می‌باشد، خواهشمند است ارشاد و ارائه طریق فرمایند. نظر کمیسیون «با عنایت به اینکه وظیفه سازمان بازرسی کل کشور نظارت بر اجرای صحیح قوانین و حسن جریان امور در دستگاه‌های اداری است و از آنجایی که بررسی صلاحیت افراد شرکت‌کننده در آزمونهای استخدامی دستگاه‌های دولتی تابع قانون تسری قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش به کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمانها و مؤسسات و شرکتهای دولتی مصوب سال ۱۳۷۵ بوده و در قانون مرقوم برای تشخیص صلاحیت معیارها و ضوابطی پیش‌بینی شده که باید مورد عنایت واحدهای گزینش دستگاهها قرار گیرد، لذا چنانچه این معیارها و ضوابط نقض گردد به نحوی که منجر به تشخیص نادرست موضوع گردد، سازمان بازرسی صلاحیت بررسی موضوع را خواهد داشت. بنا به مراتب به نتیجه نرسیدن غالب شکایات علیه واحدهای گزینش و وقت‌گیر بودن رسیدگی به این قبیل شکوائیه‌ها (که در قسمت اخیر استعلام اشاره شده است) موجبی برای عدم دریافت و استماع شکایات اشخاص نمی‌باشد.»

«دایسی» برای حمایت از حقوق فردی است. هر چند دکترین «دایسی» به حمایت از منافع عمومی نیز نیم‌نگاهی دارد، اما دغدغه اصلی آن حمایت هر چه بیشتر از حقوق فردی در برابر منفعت عمومی بود. بنابراین در این دیدگاه حقوق اداری به «حقوق اعمال مشروع و قانونی اختیارات و صلاحیت‌های اداری»<sup>۱</sup> تعریف می‌شود. قید قانونی بودن اعمال صلاحیت مقام اداری سبب شکل‌گیری آیین و نهادی شده است که ما آن را امروزه تحت عنوان کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری می‌شناسیم. در راستای اعمال کنترل بر نحوه اتخاذ تصمیمات اداری، مباحث بسیار گسترده و اصطلاحاً فنی مطرح می‌شود. این سؤال اساسی مطرح است که اداره چگونه به تصمیم X یا Y رسیده است؟ این تصمیم چگونه خلق شده است؟ چه کسی این تصمیم را اتخاذ نموده است؟ چه قواعد یا معیارهایی اتخاذ شده است؟ و اینکه تصمیم کارمند تحت تأثیر چه عوامل و شرایطی صورت گرفته است؟ اینها سؤال‌های بنیادینی است که دادگاه‌های اداری در هنگام اعمال کنترل صلاحیت‌ها به آن پاسخ می‌گویند. کامن‌لا به این سمت رفته است که وقتی قوه مقننه اتخاذ تصمیم در مورد خاص را به صلاح‌دید مجریه واگذار نموده است، دادگاه‌ها حق ورود به عرصه شایستگی‌ها<sup>۲</sup> و حسن تصمیم اداری را ندارند.

این اصل بنیادین پذیرفته شده در حقوق اداری فرانسه نیز هست که ما آن را تحت عنوان «فرصت ارزیابی قضایی»<sup>۳</sup> می‌شناسیم.<sup>۴</sup> با این حال فرض بر این است که قوانین، برخی از صلاحیت‌های تخییری را برای هدف خاصی به مقامات اداری واگذار می‌نمایند. بنابراین در چنین مواردی که مقام اداری صلاحیت تخییری را برای چنین هدفی به کار نمی‌برد یا از

1. Legitimate exercise of power

2. Merits

3. Juge de l'opportunité

۴. در کامن‌لا این رویکرد معروف به «نظریه چراغ سبز» (green light theory) است. منظور از آن این است که برخورد دادگاهها در مواجهه با صلاحیت‌های تخییری باید برخورد منطقی و منعطفی باشد. طرفداران واقع‌گرا کارکردگرا (functionalist) در حقوق اداری همواره به این نوع کنترل قضایی صلاحیت‌ها معتقدند. در این رویکرد، کنترل قضایی نمی‌خواهد در انجام امور اداری دخالت کند و اختلال ایجاد نماید و واقعیت‌ها و دشواری‌های تصمیمات دولتی را می‌پذیرد. در مقابل دکترین سنتی کنترل قضایی یعنی نظریه چراغ قرمز (red light theory) است که معتقد به اعمال کنترل قضایی حداکثری بر تصمیمات اداری است. اثبات‌گرایان (positivism) و شکل‌گرایان (formalism) در حقوق اداری نیز بر نظریه چراغ قرمز تأکید دارند. برای بررسی بیشتر بنگرید به:

- Carol Harlow, Richard Rawlings, *Law and administration*, Cambridge University Press, 2ed, 1997, p67.

اختیار خود سوء استفاده می‌نماید یا تصمیم را بدون رعایت الزامات اصل برابری اتخاذ می‌نماید، زمینه‌های بازنگری قضایی صلاحیت‌ها فراهم می‌شود. مصادیق انحراف از معیارهای اعمال صلاحیت‌های تخییری، مبنای توجیه‌کننده بازنگری قضایی این قبیل صلاحیت‌هاست.

### گفتار اول: مبنای توجیه‌کننده کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری

اساساً هدف از اجرای صلاحیت تخییری و تفویض این قسم صلاحیت به قوه مجریه، امکان تأمین حداکثری منفعت عمومی و انتخاب مناسبترین تصمیم‌هاست. هر گونه سوء استفاده مقام اداری از این اختیارات در اصطلاح حقوق دعاوی اداری «سوء استفاده از اختیار» نامیده می‌شود و کنترل قضایی بر نحوه اعمال و اجرای این قسم صلاحیت‌ها از طریق دادگاه‌های صالح اعمال می‌گردد. نظام کنترل قضایی نیز با توجه به مدل‌های مختلف سازمان قضایی و آیین‌های رسیدگی به دعاوی اداری متعدد است. در حقوق انگلیس کنترل صلاحیت تخییری به‌عنوان یکی از اصول بازنگری قضایی<sup>۱</sup> اعمال اداری دولت شناخته می‌شود.

### بند اول: تأثیر صلاحیت تخییری بر دامنه کنترل قضایی

#### الف) توسعه ادبیات کنترل قضایی

صلاحیت تخییری از جمله زمینه‌هایی است که بازنگری قضایی اعمال اداری را توسعه داده است، به گونه‌ای که گفته می‌شود اگر صلاحیت تخییری نبود، کنترل قضایی اعمال اداری چیز زیادی برای عرضه نداشت. بنابراین رسالت اصلی کنترل قضایی در زمینه صلاحیت‌های تخییری است. موضوع صلاحیت اختیاری مقامات اداری توانسته است ادبیات کنترل قضایی اداری را توسعه دهد و به قول مارتین لامبارد: «کنترل قضایی اعمال اداری تا حدود زیادی به سبب اهمیت کنترل صلاحیت‌های تخییری بوده است»<sup>۲</sup>.

این امر را نباید با موضوع کنترل حداقلی قضات بر موضوع صلاحیت‌های تخییری اشتباه کرد. درست است که در صلاحیت‌های تخییری اساساً دادگاه‌ها از ورود به بررسی حسن تصمیم مقام اداری اجتناب می‌نمایند یا قلمرو محدودی دارند اما هر چند که کنترل‌های

1. Principles of judicial Review

2. Lombard, Martin, Gilles Dumont, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2007, no 144 et 875.

قضایی بر صلاحیت‌های تخییری حداقلی است، این امر به معنای نفی اهمیت کنترل قضایی این نهاد نیست. امروزه دادگاه‌های اداری از طریق کنترل صلاحیت‌های تخییری اصول و معیارهای این کنترل را معرفی و توسعه داده‌اند. در اینجا ما این اصول و معیارها را بررسی خواهیم کرد. در کامن لا کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری بیشتر برای تضمین الزامات مربوط به قانونی بودن<sup>۱</sup> اختیارات مقامات اداری اعمال می‌گردد.

### ب) دغدغه کنترل

به موجب خطری که همواره از اعطای صلاحیت تخییری به مقامات قوه مجریه احساس می‌شود، بازنگری قضایی اعمال کارکنان دولت یکی از بهترین نهادهایی است که برای تضمین عدم انحراف و سوء استفاده از صلاحیت تخییری در نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده است. دغدغه حقوقدانان اداری مبنی بر سوء استفاده از اختیارات و گسترش خودسری و انحراف از اصل قانونی بودن، مبنای کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها به شمار می‌رود. بنابراین در حقوق اداری در زمینه ضرورت کنترل قضایی صلاحیت تخییری اجماع وجود دارد و دادگاه‌های اداری به صورت خود کار این کنترل را در نظام مختلف حقوق اداری با اندکی تفاوت، اعمال می‌نمایند.

### بند دوم: نقد و توجیه کنترل قضایی صلاحیت تخییری

#### الف) نقد کنترل قضایی صلاحیت تخییری

##### ۱. مناسب بودن کنترل

اختلاف اساسی در این مسئله بنیادین است که آیا اساساً کنترل قضایی برای کنترل صلاحیت تخییری اعمال قوه مجریه نیز روش مناسبی<sup>۲</sup> است؟ آیا کنترل قضایی می‌تواند نقش خود را به خوبی عمل نماید؟ آیا کنترل قضایی صلاحیت تخییری خلاف آموزه‌های اساسی دموکراسی و حقوق بشر و مقتضیات دولت مدرن نیست؟ این سؤالات بنیادین امروزه بحث‌های جدی را پیرامون کنترل صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه مطرح نموده است. دو مسئله در این باره حائز اهمیت است. یکی تطابق این روش با اصول دموکراسی و دیگری

1. legality

2. Appropriate method

پاسخگویی قوه مجریه و تعادل میان منفعت عمومی و خصوصی که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت.

## ۲. کنترل صلاحیت تخییری و اصول دموکراسی

نخستین مسئله قابل بحث در این زمینه، این موضوع بنیادین در نظام کامن لای است که اساساً میان «توجیه‌پذیری»<sup>۱</sup> نهاد کنترل قضایی با اصول دموکراسی کشمکش طولانی وجود دارد. در این باره این گونه استدلال شده است که در دموکراسی‌های پارلمانی نظیر آنچه در انگلستان وجود دارد قوه مجریه منتخب اکثریت پارلمانی است و برنامه سیاسی اکثریت را اجرا می‌کند. بنابراین چگونه قابل توجیه است که یک نهاد غیرانتخابی و غیردموکراتیک نظیر دادگاه دادگستری بتواند اعمال قوه مجریه را بویژه از حیث حسن تصمیم و شایستگی آن از طریق بازنگری قضایی کنترل نماید.<sup>۲</sup>

اساساً ورود قوه قضائیه به موضوع صلاحیت‌های تخییری مخالف با اصول دموکراسی است. با این حال، این استدلال چندان مورد توجه حقوقدانان اداری قرار نگرفته است، زیرا این نظر، بیشتر ناشی از برداشت‌های شکلی از مفهوم دموکراسی است. برعکس این گونه استدلال شده است که بازنگری قضایی صلاحیت تخییری نه تنها برخلاف اصول دموکراسی نیست، بلکه این امر از سوی دادگاه‌های دادگستری به تحکیم دموکراسی و مبانی آن نیز کمک خواهد کرد، چرا که دادگاه‌ها پیش از آنکه بخواهند به خواست اکثر پارلمانی را توجه نمایند، مسئله را در قالب قواعد و ارزش‌های حقوقی و همچنین اصول عدالت و انصاف قرار می‌دهند. بنابراین هرگز قضات دادگاه‌های انگلیس اعمال قواعد انصاف، عدالت و حقوق بشر را منوط و مشروط به خواست اکثریت پارلمانی نمی‌کنند. اگر ما مفهوم واقعی دموکراسی‌ها را در نظر بگیریم و به برداشت‌های ماهوی از آن توجه نماییم، در واقع هنگامی که دادگاه‌ها تصمیم مقام اداری را به دلیل غیرمنصفانه بودن یا عدم احترام به حقوق فردی یا نامتناسب یا نامعقول بودن یا سوء استفاده از صلاحیت، بازنگری می‌نمایند و

### 1. Justifiability

۲. در زمینه نسبت میان دموکراسی و کنترل قضایی صلاحیت‌ها بنگرید به:

- John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, Robert H. Bork, «Judicial review and democracy», *Society Journal*, Volume 24, Number 1 November, 1986.

تصمیمات را باطل اعلام می کنند، این تصمیم معنایی جز حمایت از دموکراسی و ارتقای آن که مفهومی ماهوی است، نخواهد داشت.

### ۳. پاسخگویی و انصاف

از آنجا که اساساً صلاحیت تخییری مشکل نهادهای تخصصی دولتی است، این سؤال مطرح می شود که قوه مجریه چگونه باید میان مسئولیت های خویش در برابر پارلمان و نهادهای نظارتی و اصول عدالت، انصاف و حقوق بشر تعادل ایجاد نماید؟ تعادل میان منفعت عمومی و منفعت خصوصی چگونه باید برقرار شود؟ آیا نهاد «صلاحیت تخییری» است که به مقام اداری این امکان را می دهد؟ این ایراد اساسی همواره مطرح شده است که وقتی دولت بر فرض در اعمال صلاحیت تخییری خویش در زمینه مالیات ها، استخدام، امنیت ملی یا نظم عمومی صلاحیت تخییری وسیعی دارد، در واقع اساساً به دنبال اجرای سیاست هدایت شده پارلمان است. این امر برای کارمند اداری مضاعف می شود، یعنی وی را همزمان به اجرای سیاست های عمومی پارلمان و خود دولت ناچار می کند. اعلامیه های خط مشی صادر از اداره نیز معمولاً معنایی جز این ندارند. بنابراین استدلال شده است که براساس اصول دموکراسی و سیاست های عمومی حاکمیت، قوه قضائیه برای کنترل صلاحیت ها بر اساس اصول دموکراسی جهت نقض یا ابطال آنها حق مداخله نخواهد داشت. این دغدغه همواره مسئله ای است که در توجیه کنترل قضایی اعمال دولت تحت عنوان «ارزش های بنیادین»<sup>۱</sup> مطرح شده است. دادگاه ها باید به ارزش های بنیادین عدالت و انصاف رویه ای تکیه نمایند و «دولت» باید اندکی از این قواعد برای تأمین نظم و امنیت کوتاه بیاید. اما واقعیت آن است که دادگاه ها کاری به این مصلحت اندیشی های قوای مجریه و مقننه ندارند. دادگاه فرشته ای نابیناست. اینان بر اساس تفسیر چندین ساله رویه های قضایی از مفاهیم عدالت و انصاف به استانداردها و معیارها و اصولی رسیده اند که بر مبنای آنها صلاحیت تخییری قوه مجریه را کنترل می نمایند. در انگلیس اختلاف میان قوه مجریه با دادگاه ها در موضوع صلاحیت تخییری ناشی از اختلاف برداشت ها از دموکراسی است. برداشت قوه مجریه از توجیه غیردموکراتیک بودن مداخله دادگاه های دادگستری در نحوه اعمال صلاحیت تخییری، مبتنی بر برداشت ظاهری از دموکراسی است. قوه مجریه به برداشتی ارسطویی از حکومت

1. Fundamental values



(حکومت مردان) و در مقابل قوه قضائیه به برداشتی افلاطونی (حکومت هنجارها) علاقه‌مند است.<sup>۱</sup> منتقدین بر این گزاره تأکید دارند که اگر حکومت قانون نتواند حوزه صلاحیت و صوابدید مقامات اداری را محدود و مشخص و در نهایت کنترل نماید، «حکومت مردان»<sup>۲</sup> جای «حکومت قوانین»<sup>۳</sup> را خواهد گرفت.<sup>۴</sup>

#### ۴. مقتضیات اداری (نقدی بر مداخله قوه قضائیه)

مشکل دیگر، عدم درک دادگاه‌های دادگستری از موقعیت ویژه قوه مجریه در اعمال سیاست‌های عمومی است. در بحث از اجتناب ناپذیری صلاحیت تخییری اشاره نمودیم که امروزه صلاحیت تخییری و اعطای آن به مقامات قوه مجریه برای اجرای مطلوب سیاست‌ها ضروری است.<sup>۵</sup> مشکلات پیچیده جامعه مدرن، دولت را ناچار از به کارگیری صلاحیت تخییری نموده است. در حقیقت نهاد صلاحیت تخییری از لوازم استقرار و تداوم دولت مدرن تلقی می‌شود. قوه مقننه نیز با توجه به این وضعیت‌ها، صلاحیت تخییری قوه مجریه را به رسمیت می‌شناسد و حاشیه‌هایی از انعطاف<sup>۶</sup> را برای قوه مجریه در نظر می‌گیرد.

اما منتقدان و اعضای بسیاری از قوه مجریه (کارکنان سازمان‌های دولتی، مدیران عالی و دانی) بر این عقیده اند که قضات دادگاه‌ها، از واقعیت‌ها و موقعیت‌های اتخاذ تصمیم کارگزاران عمومی درک درستی ندارند (عدم درک مقتضیات اداری) و نیز متأسفانه در حوزه‌ای که آن را بازنگری می‌نمایند هیچ تخصصی ندارند. آنان هنوز هدف از اعطای صلاحیت تخییری به اداره را درک نکرده اند و نمی‌دانند که صلاحیت تخییری در برخی مواردی ضرورت دارد.

این ایراد هر چند در مدل‌های فرانسوی بازنگری قضایی که در آن دادگاه‌های اداری خاص به دعاوی دولت رسیدگی می‌نمایند، تا حدودی برطرف شده است، اما در نظام‌های

1. Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP 1969.p216.

2. Government of men

3. Government of laws

۴. منظور، اختلاف ارسطویی و افلاطونی مدل حکومت است. از نظر افلاطون بهترین قوانین و از نظر ارسطو بهترین مردان شایسته حکمرانی اند.

5. D.J. Galligan, **Discretionary Powers**, *Op.cit*, pp. 72-84.

6. Marge de manoeuvre

انگلو ساکسون این ایراد اساسی همچنان پا برجاست. برای نمونه وقتی دادگاه به یک پرونده تصمیم اداره کشاورزی یا بهداشت یا حمل و نقل رسیدگی می نماید، وقتی قاضی هیچ تخصص یا تجربه ای در این زمینه ها ندارد، وقتی نمی تواند خود را در موقعیت کارمند قرار دهد، وقتی درک صحیحی از امور اجرایی و پیچیدگی ها و فروض و موقعیت های بعضاً غامض آن ندارد، چگونه می تواند به دقت تشخیص دهد که آیا تصمیم اداره در آن موقعیت مبتنی بر قواعد انصاف بوده است یا خیر و اینکه آیا اختیارات به نحو صحیح و مناسب اعمال شده است یا نه. این اقدام دادگاه معنایی جز نظارت بدون آگاهی نخواهد داشت.

### ب) توجیه پذیری کنترل قضایی صلاحیت ها

دکترین های حقوقی توجیه کننده کنترل قضایی صلاحیت تخییری سه دسته اند. نخستین آنها نظریاتی هستند که دغدغه حمایت از حقوق فردی و آزادی ها و محدود نمودن عرصه آزادی عملکرد دولت را از طریق سازوکارهای قضایی دارند. (رویکرد حقوق فردی) دسته دوم مبتنی بر نقش، جایگاه و پیچیدگی دولت ها در دنیای کنونی و لزوم کنترل آن است. (رویکرد مبتنی بر کارکردگرایی)<sup>۱</sup>. سومین نظریه، در قالب نظریه آیین های اداری، سعی در توجیه مبانی کنترل قضایی صلاحیت تخییری نموده است.

#### ۱. رویکرد حمایت از حقوق فردی

بر اساس آموزه های لیبرالیسم، حمایت از حقوق فردی مفهومی بنیادین به شمار می رود. این آموزه همواره عرصه ای برای شهروندان قرار می دهد که مصون از مداخله دولت و اجتماع است. این عرصه زمینه ای است که در ادبیات حقوقی از آن به حوزه های «آزادی های منفی»<sup>۲</sup> تعبیر می گردد. صلاحیت تخییری امکان مداخله قوه مجریه در این عرصه از حقوق و آزادی ها را فراهم می نماید یا حداقل حاشیه ای از انعطاف<sup>۳</sup> را برای دولت فراهم می کند. صلاحیت تخییری به معنای آزادی قوه مجریه در اقدام و تصمیم است و این دقیقاً برخلاف دکترین حقوق فردی است که می خواهد قلمرو عملکرد دولت را محدود و مشروط نماید. بویژه این وضعیت را می توانیم در اقدامات پلیسی و امنیتی مشاهده نماییم.

1. Functionalism

2. Negative liberty.

3. Marge de manœuvre

امروزه یکی از مشهورترین مصادیق صلاحیت‌های تخییری در اقدامات پلیس مطرح است. در کنترل قضایی صلاحیت تخییری، میان لیبرال‌های منعطف و لیبرال‌های سنتی و سرسخت تمایزی اساسی وجود دارد. در دیدگاه لیبرال‌های منعطف<sup>۱</sup> و جدید، صلاحیت تخییری به مقام اداری امکان می‌دهد تا تصمیم مناسب‌تر و بهتری را با توجه به شرایط و اوضاع و احوال اتخاذ نماید. قضات دادگاه‌ها نیز در نهایت می‌توانند در پایان نظر دهند که آیا صلاحیت‌ها به نحو صحیحی اعمال شده است یا خیر.

لیبرال‌های سنتی<sup>۲</sup> نظیر آلن<sup>۳</sup>، حمایت از حقوق فردی و پرهیز از استبداد در حیات سیاسی را مهم‌تر از هر مقتضا و ضرورتی می‌دانند. در این دیدگاه اساساً حقوق عمومی انگلیس مبتنی بر دو مفهوم اساسی است. یکی حاکمیت پارلمانی و دیگر دکتترین حاکمیت قانون<sup>۴</sup> تفسیر مناسب اصل حاکمیت قانون در این دیدگاه این است که دادگاه باید اختیارات مناسبی را برای حمایت از حقوق بنیادین در اختیار داشته باشد.<sup>۵</sup> به همین سبب آلن، نظیر آلبرت دایسی، به شدت مخالف اعطای صلاحیت تخییری بود. استدلال وی بر این مبنا استوار است که اساساً هدف بنیادین دکتترین حاکمیت قانون در انگلستان حمایت از حقوق فردی در برابر اختیارات خودسرانه مقامات اداری است. وی در این باره می‌گوید:

«هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود یا آسیبی به اموال و جان او وارد کرد، مگر اینکه به جهت نقض قانون باشد... بدین سان حاکمیت قانون در تضاد با هرگونه شیوه حکومت است که بخواهد اختیارات را به گونه‌ای خودسر یا همراه با هرگونه صلاحیت تخییری اجرا نماید... این بدین معنا است که برتری یا تفوق مطلق قواعد حقوقی در برابر نفوذ اختیارات دلبخواهی قرار می‌گیرد، در حالی که خودسری یا امتیاز(صلاحیت تخییری) مانعی در مقابل حاکمیت قانون می‌شود. مردان انگلیسی تحت فرمان قانون‌اند. هر فرد ممکن است تنها به علت نقض قانون مجازات شود، ولی وی را نمی‌توان به علل دیگری او را مجازات نمود.»<sup>۶</sup>

1. Soft liberaliste

2. Hard liberaliste

3. Alain

4. Rule of law doctrine

5. Allan T.R.S., *The Limits of Parliamentary Sovereignty*, 1996, P.L. pp. 614-629.

6. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., E.C.S. Wade, Londres, Macmillan&Co. Ltd., 1959, p. 188 et 202.

بدین سان آلن نظیر سلف خود آلبرت دایسی صلاحیت تخییری را معادل اختیارات خودسرانه می‌گیرد.<sup>۱</sup> در این دیدگاه اساساً دادگاه‌ها نباید به هیچ عنوان از عمومیت این اصل به نفع سیاست‌های دولت کوتاه بیایند. در مقام شک و تردید میان اعمال دقیق حاکمیت قانون، فرض بر این است که دادگاه‌ها باید حقوق شهروندان را لحاظ کنند. در مقابل لیبرال‌های سنتی، لیبرال‌های معقول و میانه‌رو نظیر جول و لستر<sup>۲</sup> هم حقوق فردی و هم مقتضیات اداره را در نظر می‌گیرند و تأکید دارند از آنجا که صلاحیت تخییری اداره از سوی دادگاه‌ها کنترل قضایی می‌شود، بنابراین دغدغه حقوق بنیادین برای نفی نهاد صلاحیت تخییری چندان موجه به نظر نمی‌رسد. در حقیقت دادگاه‌ها هستند که با اعمال کنترل قضایی حقوق بنیادین را نیز تأمین می‌نمایند.<sup>۳</sup> در این دیدگاه نیز اصل وجود صلاحیت تخییری پذیرفته شده است، اما این گونه استدلال شده است که برای ایجاد تعادل میان منافع و مضار این امر، باید تا حد ممکن از حقوق برای کنترل این قبیل تصمیمات استفاده کرد.<sup>۴</sup> رویکرد لیبرال‌های معتدل به جهت ایجاد سازگاری میان حقوق فردی و مقتضیات اعطای صلاحیت تخییری به مقام قوه مجریه، مناسب‌تر از دیدگاه‌های سنتی است. استدلال موجه دیگر این دیدگاه مبتنی بر لزوم ارتقای معیارهای اداره مطلوب<sup>۵</sup> با اعطای صلاحیت تخییری به مقامات قوه مجریه است.

## ۲. رویکرد مبتنی بر کارکردگرایی

مبنای توجیه‌کننده دیگر، مبتنی بر رویکرد کارکردگرایی است. کارکردگرایی نظیر گالیکن و آرتورز این موضوع را در مورد صلاحیت تخییری مطرح نمودند. بر اساس این دیدگاه پذیرفته شده است که امروزه قوه مجریه به لحاظ تغییر ماهیت و اهداف جامعه مدرن در معرض اتخاذ تصمیمات متنوع، دشوار و پیچیده‌ای قرار دارد. بنابراین رویکرد کارکردگرایی با توجه به این واقعیت و مقتضیات دولت مدرن، صلاحیت تخییری قوه

1. Ibid. pp. 112-113.

2. Jowell and Lester

3. J. Jowell and A. Lester, **Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law**, 1987, P.L. p. 368-369.

4. J. Jowell, **The Legal Control of Administrative Discretion**, 1973 P.L.p 215-216.

5. Principles of good administration

مجریه را شناسایی می‌کند. در حقیقت صلاحیت تخییری نظریه‌ای است که برآمده از مقتضیات دولت مدرن در تمشیت امور عمومی جامعه است. امروزه حتی دادگاه‌ها در اعمال کنترل قضایی بر صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه به سمت پذیرش رویکرد مبتنی بر کارکردگرایی رفته‌اند.<sup>۱</sup>

آرتورز<sup>۲</sup> که کارکردگرایی سرسخت است، تأکید دارد که موضوع صلاحیت تخییری به همراه کنترل قضایی آن، نهاد بسیار مناسبی است. وی معتقد است که دایسی چندان نتوانسته است اهمیت صلاحیت تخییری و مفهوم متغیر آن را در قوه مجریه درک نماید. صلاحیت‌های تخییری امروزه جزء لاینفک اختیارات قوه مجریه به شمار می‌رود و تنها دلیل اصلی مداخله دادگاه‌ها در نظارت بر این صلاحیت‌ها تضمین معقول بودن،<sup>۳</sup> مبتنی بر حسن نیت بودن<sup>۴</sup> و متناسب بودن<sup>۵</sup> تصمیم است.<sup>۶</sup>

در مقابل، گالیکن که کارکردگرایی منعطف است، تحلیل مناسب‌تری را نسبت به تحلیل‌های قبلی در مورد ضرورت کنترل صلاحیت‌های تخییری ارائه می‌نماید. وی مانند همه کارکردگراها معتقد است که توجیه و درک دکترین صلاحیت تخییری در حقوق اداری مدرن بیش از پیش با مشکلات پیچیده دولت‌های مدرن پیوند دارد.<sup>۷</sup>

گالیکن تأکید دارد که امروزه به جای اندیشیدن به دولت ایده‌آل لیبرالی به درخواست‌های متنوع، متعارض و متضادی که شهروندان در برابر دولت مطرح می‌کنند، باید توجه نمود؛ درخواست‌هایی که بیشتر مبتنی بر قرائت‌هایی از «آزادی‌های مثبت»<sup>۸</sup> است و برآورده نمودن آنها طبعاً دولت را به سمت دولتی مداخله‌گر سوق می‌دهد. به عبارت

1. Geneviève Cartier, «Le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire; le difficile passage de la théorie à la pratique», *XVIIe Conférence des Juristes de l'État*. sur: [http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferences/pdf/2004/Le\\_contrôle\\_de\\_l'exercice\\_du\\_pouvoir\\_discr%C3%A9tionnaire\\_le\\_difficile\\_passage\\_de\\_la\\_th%C3%A9orie\\_à\\_la\\_pratique.pdf](http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferences/pdf/2004/Le_contrôle_de_l'exercice_du_pouvoir_discr%C3%A9tionnaire_le_difficile_passage_de_la_th%C3%A9orie_à_la_pratique.pdf).

2. Arthurs

3. Rationality

4. Boan fida

5. Proportionality

6. H.W. Arthurs, *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, 1979, O.H.L.J., pp. 145, pp. 1-45.

7. D.J. Galligan, Op. cit. pp. 86-99.

8. Positive rights

رساتر مدل «حقوق عمومی»<sup>۱</sup> به شدت وابسته به مدل «حوزه عمومی» است.<sup>۲</sup> واقعیت عصر حاضر نیز آن گونه که هابرماس بر آن تأکید می کرد مستلزم تعریف نقش های متعدد برای دولت است، بنابراین مدل حقوق اداری مخصوص به خود را نیز می طلبد. امروزه قوه مجریه باید برای حوزه های مختلف امور اجتماعی و اقتصادی مقررات وضع نماید. در این راستا گالیکن معتقد است که امروزه حقوق اداری در عصر لیبرالیسم، پساصنعتی و پساسرمایه داری تنها یک هدف دارد و آن هم حمایت صرف از «حقوق فردی» است. اما باز دشوار است که در عصر حاضر دولتی را تصور نماییم که دغدغه حمایت از حقوق بنیادین را نداشته باشد. امروزه برخلاف آنچه لیبرال های بنیادگرا و سنتی بر آن تأکید نمودند حمایت از حقوق بنیادین، تنها هدف حقوق اداری مدرن نیست.

نظام حقوقی، امروزه ضمن عطف توجه به هدف حمایت از حقوق بنیادین اساساً به دنبال ارتقای روش هایی است که پایداری<sup>۳</sup> و قابلیت پیش بینی<sup>۴</sup> جامعه سیاسی و عملکرد دولت را نیز تضمین نماید. تمام علوم چون مدیریت دولتی نوین، سیاستگذاری عمومی و مدیریت استراتژیک نیز اساساً بر این هدف دوم متمرکز شده اند.

### ۳. رویکرد آیین مدار (فرایندهای اداری)

نظریه دیگری که کنترل قضایی صلاحیت تخییری را توجیه پذیر می نماید و بر نقش تکمیلی آن تأکید دارد، طرح نظریه «فرایندهای اداری»<sup>۵</sup> در حقوق اداری مدرن است.<sup>۶</sup> اساساً در نظریه فرایندهای اداری چندین ارزش بنیادین حقوق عمومی در برابر هم صف آرایی می کنند. مصلحت عمومی، حقوق و آزادی های فردی، ارزش های اساسی، منفعت عمومی و خصوصی، الزامات برآمده از دولت مدرن، منافع متضاد گروه ها، همه اینها را باید به نوعی با هم، در درون سیاست های قوه مجریه سازگار نمود؛ جریانی که عموماً در درون قوه مجریه اتفاق می افتد. این بحث تحت عنوان رعایت «تشریفات اداری» در کنترل قضایی مشهور

1. Public law modle

2. Public domaine

3. Staibility

4. Predictability

5. Administrative procedurs

۶. دکتر مهدی هداوند، و دیگران، آیین های تصمیم گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، انتشارات خرسندی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، چ اول، ۱۳۸۹.

است. اساساً هدف از وضع تشریفات اداری نیز حفظ حقوق افراد و جلوگیری از خودسری کارمندان دولت است.<sup>۱</sup> گالیکن معتقد است که همه این ارزش‌ها و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی، نظریه فرآیندهای اداری و در نهایت کنترل قضایی آنها را تضمین می‌نمایند. آیین‌مند نمودن تصمیمات اداری، از طرفی صلاحیت‌های تخییری را به رسمیت می‌شناسد و از طرف دیگر پایداری دولت را حفظ می‌کند. علاوه بر اینها تناسب، معقول بودن و منصفانه بودن تصمیمات ارکان مختلف قوه مجریه را از طریق کنترل قضایی تضمین می‌نماید. در نهایت این نظریه، دغدغه اساسی حقوق عمومی یعنی «خودسری مقامات اداری» را کاهش می‌دهد. موفقیت این نظریه در عین حال به شدت وابسته به نحوه عملکرد دولت، نحوه اعمال کنترل قضایی، شناسایی و تعیین معیارهای مشخص فرآیندها و محدوده‌های اتخاذ تصمیم است. برای مثال در فرانسه، در قضیه مولو شورای دولتی تأکید دارد که مقام اداری بایستی از آیین و ترتیبات خاصی پیروی می‌نمود ولی آن را مراعات ننموده و برای طولانی شدن به یک آیین طولانی متوسل شده است.<sup>۲</sup> در حقوق ایران نیز ادبیات این موضوع، در سال‌های اخیر با تدوین پیش‌نویس قانون آیین‌های اداری مطرح شده است.<sup>۳</sup>

### گفتار دوم: معیارهای کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری

صلاحیت تخییری باید به گونه‌ای صحیح و مناسب اعمال گردد. هر گونه اعمال نامناسب صلاحیت تخییری می‌تواند در قالب دعوای «سوء استفاده از اختیار»<sup>۴</sup> مطرح شود. اصل کلی آن است که کارمند در اجرای اختیارات همان هدفی را دنبال نماید که موافق با هدف اصلی قانون است. بنابراین در اجرای صلاحیت تخییری، معیارهایی در برخی اسناد (نظریه توصیه‌نامه اتحادیه اروپا در زمینه رفتار خوب اداری) و رویه‌های قضایی بیان شده است که کارمند باید در اعمال

۱. منوچهر طباطبایی موتمنی، منبع پیشین، ص ۱۵.

۲. محمدجواد رضایی‌زاده، محاکم اداری فرانسه و صلاحیت آنها در رسیدگی به دعوای اداری، انتشارات مؤسسه معین اداره، چ اول، ۱۳۸۴، ص ۳۱۳.

۳. دکتر مهدی هداوند، مرتضی نجابت خواه و علی مشهدی، آیین‌مند نمودن تصمیمات اداری، نشست تازه های حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، آذر ماه ۱۳۸۹. همچنین برای مشاهده متن پیش‌نویس و تجربه کشورهای در این زمینه رک: دکتر مهدی هداوند، و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، انتشارات خرسندی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، چ اول، ۱۳۸۹.

4. Abuse of discretion

صلاحیت تخییری رعایت کند. ضمانت اجرای عدم رعایت این اصول و معیارها نیز در هنگام کنترل قضایی تصمیم ظاهر می شود. نظریه سوء استفاده از اختیارات نیز در حقوق اداری در این راستا شکل گرفته است و می خواهد از انحراف کار گزاران عمومی در اعمال صلاحیت تخییری جلوگیری کند. امروزه دادگاهها اختیارات مقام اداری را از جهات ذیل بازنگری می کنند:

- آیا صلاحیت تخییری با حسن نیت اعمال شده است؟ (رعایت اصل حسن نیت)  
- آیا اعمال صلاحیت تخییری در راستای هدف قانون و به گونه مناسب و در محدوده اختیار واگذار شده است؟ (معیار تناسب)

- آیا تصمیم به گونه ای منطقی و معقول اتخاذ شده است؟ (معقول بودن تصمیم)  
- آیا کارمند به ملاحظات غیر مرتبط توجه داشته و الزامات بی طرفی را رعایت نموده است؟  
- آیا کارمند توانسته است میان منفعت عمومی و منفعت خصوصی توازن مناسبی برقرار نماید؟  
- آیا صلاحیت به گونه ای مستقل اعمال شده یا اینکه تصمیم مقام اداری تحت تأثیر برخی پیش زمینه ها، منافع، خطرها یا فشارها و دستورات اتخاذ شده است؟

بنابراین معیارهای بسیاری وجود دارند که اجرای صلاحیت تخییری مقام اداری را محدود می نمایند. می توان گفت که وقتی دایسی صلاحیت تخییری را با قدرت خودسر برابر می دانست، هرگز این محدودیتها را در نظر نداشت. در نظر دایسی تنها صلاحیت تخییری نامحدود می توانست معادل قدرت خودسر باشد. لذا محدودیت های ذیل بر اجرای صلاحیت تخییری مقامات اداری حاکم است.

- لزوم رعایت اصول عدالت طبیعی و انصاف رویه ای  
- لزوم اتخاذ تصمیم و اعمال صلاحیت تخییری با حسن نیت و در راستای هدف و معنای قانون

- توجه به عوامل مرتبط با تصمیم و پرهیز از توجه به عوامل غیر مرتبط  
- رعایت الزامات اصل بی طرفی و استقلال در اتخاذ تصمیم  
- ممنوعیت تأخیر نامعقول در اتخاذ تصمیم

#### بند اول: معیار تناسب

معیار تناسب معیار عامی است که توسط دادگاه های اداری برای کنترل قضایی اعمال دولت به کار می برند. این معیار معمولاً به عنوان یکی از مهمترین استانداردهای مربوط به آیین های



تصمیم‌گیری اداری در حقوق اداری مدرن کاربرد دارد. اما «کنترل متناسب بودن»<sup>۱</sup> اهمیت دوچندانی در کنترل صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری دارد. این معیار علاوه بر کامن‌لا در نظام حقوقی نوشته نیز رواج یافته است، به گونه‌ای که اکنون در حقوق فرانسه معیار تناسب در کنار معیار «اشتباه فاحش»<sup>۲</sup> دو معیار اساسی برای کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری است. معیار تناسب بر این نکته تأکید دارد که تصمیم مقام اداری باید در راستای هدفی باشد که صلاحیت تصمیم‌گیری آن، به مقام اداری واگذار شده است. بنابراین معیار تناسب نخستین محدودیت را بر «صلاحیت‌های تخییری» وارد می‌نماید و آن رعایت هدف قانون‌گذار و ضرورت‌ها در اتخاذ تصمیم است.

اصل تناسب می‌گوید باید بتوان میان تصمیم کارمند و ابزار مورد استفاده رابطه‌ای منطقی برقرار نمود. کارمند در اعمال صلاحیت تخییری آزاد نیست. وی باید صلاحیت تخییری خود را در راستای معنی و هدف قانون به کار ببرد و از هر گونه اقدام سختگیرانه و خارج از ضرورت اجتناب نماید. ماده ۶ کد اروپایی رفتار خوب اداری در این زمینه بیان نموده است که «در موقع اتخاذ تصمیمات کارمند باید مراقب باشد تا تدابیر وی با هدف مورد تعقیب متناسب باشد. کارمند بویژه باید از محدود نمودن حقوق شهروندان یا تحمیل هزینه بر آنان، چنان‌که این محدودیت‌ها یا هزینه‌ها ارتباط معقول با هدف مورد نظر ندارند، پرهیزد. در حین اتخاذ تصمیمات کارمند باید تعادل منصفانه بین منافع اشخاص خصوصی و منافع عمومی برقرار نماید»<sup>۳</sup> در برخی از موارد، دادگاه‌های اداری فرانسه «تناسب»<sup>۴</sup> را بازنگری قضایی می‌نمایند. تناسب اصل کلی در حقوق اداری فرانسه نیست، اما یک مبنای منطقی ضمنی در مجموعه‌ای از موقعیت‌هایی است که در آن‌ها سؤالی که قاضی درصدد پاسخ دادن به آن است، این است: آیا مقام اداری مزایای تصمیم خود را به درستی با معایب آن سنجیده و میان آنها موازنه‌ای برقرار کرده است؟ در سال ۱۹۷۱ شورای دولتی فرانسه مقرر نمود که قاضی اداری در صورتی که درصدد پاسخ دادن به این پرسش است که آیا خرید اجباری (تملک) به واقع در جهت منافع عمومی بوده است یا خیر، باید موازنه میان مزایا و معایب پروژه مورد اختلاف را کنترل کند.<sup>۵</sup>

1. Contrôle de Proportionnalité

2. Erreur manifeste d'appréciation

۳. هرمز یزدانی، کد اروپایی رفتار خوب اداری، آمبودزمان اروپا، طرح پژوهشی مرکز توسعه قضایی، ۱۳۷۸، ص ۳.

4. Proportionnalité

۵. دکتر مهدی هداوند، و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷.

در حقوق فرانسه کنترل متناسب بودن، نوعی اعمال کنترل حداکثری<sup>۱</sup> بر تصمیم مقام اداری است. در این قسم از کنترل، قاضی فارغ از مسائل مربوط به صلاحیت‌ها و رویه‌ها، اهداف، انگیزه‌ها و مقاصد کارمند در اتخاذ تصمیم را نیز بررسی می‌کند. در فرانسه کنترل متناسب بودن مشخصاً بعد از سال ۱۹۳۳ در دادگاه‌های اداری پذیرفته شد. در این باره گفته شد وقتی به مقامات اداری صلاحیت تخییری اعطا می‌شود، این امر به معنای تجاوز به حقوق و آزادی‌ها و خروج از حدود کلی مقرر در قانون نیست. در سال ۱۹۳۲ و در قضیه «بنژامن»<sup>۲</sup> که از نخستین رأی‌هایی بود که در این زمینه صادر شد، شورای دولتی به استناد معیار تناسب، مقرر کرد که اقدام پلیس منجر به نقض نامناسب حقوق شهروندان شده است. هنگامی که قانون‌گذار به مقامات پلیس صلاحیت تخییری جهت حفظ نظم عمومی را اعطا نموده است، مسئله نظم عمومی نباید بر حقوق و آزادی‌های شهروندان تأثیر بگذارد و پلیس باید همواره تعادل را رعایت نماید.<sup>۳</sup> اعمال صلاحیت تخییری نباید مبنایی برای زیاده‌روی مقام اداری باشد. در این جا هر قسم خروج از حد ضرورت در اعمال صلاحیت به عدم تناسب تعبیر خواهد شد. در قضیه «گیو» به سال ۱۹۷۸ اقدام پلیس که یک مجلس جشن عروسی را به جهت تأمین آرامش و آسایش عمومی به هم زده بود، ابطال گردید.<sup>۴</sup> استدلال شورای دولتی بر این مبنا استوار بود که مقامات پلیس حق ندارند در اعمال صلاحیت تخییری خود که بر اساس مصلحت تأمین آسایش و آرامش عمومی به آنها واگذار شده است، زیاده‌روی نمایند و بر هم زدن مجلس عروسی با استناد به تضمین امنیت و آسایش عمومی به طریق غیر معقول و خارج از ضرورت، قانونی نیست. در قضیه گاسیوس که تصویب نظامات داخلی مؤسسات صنعتی به عنوان بخشی از صلاحیت تخییری به مقامات اداری واگذار شده بود، شورای دولتی مقرر کرد که این اختیار (اختیار وضع آیین‌نامه) باید متناسب و در راستای قواعد قانون کار باشد. در واقع شورای دولتی با تأکید بر معیار تناسب و در راستای قانون کار بودن، صلاحیت تخییری مؤسسات صنعتی را در وضع نظامات داخلی محدود می‌نمود.<sup>۵</sup>

1. Contrôle maximum

2. CE, 19.5. 1933, Benjamin, GAJA.

۳. در این قضیه به موجب تصمیم مقامات پلیس سخنگوی یک حزب از سخنرانی در مجالس عمومی ممنوع شده بود. دلیل آن نیز این بود که احزاب چپ تهدید نموده بودند که در صورت سخنرانی سخنگوی حزب راست، جلسه را بر هم خواهند زد. اما شورای دولتی این تصمیم را به این دلیل نقض نمود که تهدید به برهم زدن جلسه احتمالی است و نمی‌تواند تنها راه جلوگیری از محرومیت آن فرد از سخنرانی باشد.

4. CE, 26. 6. 1987. Guyot. AJDA.

5. CE. 12.6.1987. Soc Gatis, AJDA.

در قضیه شرکت پونیش نیز دادگاه تجدید نظر پاریس دستور استاندار مبنی بر لزوم تطابق شرکت مزبور با مقررات جدید بدون دادن فرصت زمانی لازم جهت تطابق را غیر متناسب اعلام کرد.<sup>۱</sup> در این قضیه استاندار می‌بایست فرصت کافی را به شرکت مزبور جهت تطبیق وضعیت خود با مقررات اعطا می‌نمود. در قضیه «انجمن قایق‌های بادی و رودخانه‌ای مؤسسه سنگل دو ترامولا»<sup>۲</sup> قانونگذار صلاحیت تخییری اعطای مجوز انجام فعالیت ورزشی را به مقام اداری واگذار کرده بود و مقام اداری اختیار داشت تا در صورت صلاحدید از اعطای مجوز ورزشی قایقرانی در رودخانه به دلایل نظم و بهداشت و آرامش عمومی در برخی از ساعات روز خودداری نماید. شورای دولتی در این قضیه چنین استدلال نمود که مقام اداری در صدور مجوز فعالیت ورزشی سختگیری بیش از حدی نشان داده است.

در حقوق ایران در قضیه وضع عوارض توسط استانداری مازندران، دیوان اعلام نمود که وضع هرگونه عوارض توسط شورای شهر باید متناسب با امکانات اقتصادی محل و خدمات ارائه شده شورای شهر باشد.<sup>۳</sup> در قضیه مشابهی دیوان اعلام نموده است که اخذ عوارض باید متناسب و بنا به ضرورت باشد.<sup>۴</sup>

در یک مورد که اختیار تشخیص شرایط بهره‌مندی از حقوق قانونی ماده واحده مربوط به قانون اراضی کشت موقت مصوب ۱۳۶۵ (واگذاری اراضی وفق تبصره ۵) به مقام اداری واگذار شده بود، دیوان عدالت اداری اعلام نمود که «مجرد اشتغال به شغل آموزگاری دلیل تمکن مالی شخص و محرومیت از حقوق قانونی وی نیست»<sup>۵</sup> در این رأی دیوان تأکید می‌نماید که مقام اداری موظف است تفسیری مناسب از قانون ارائه دهد، تفسیری که باید در راستای معنی و هدف قانون باشد. در کامن‌لا نیز گفته شده است که تصمیم قوه مجریه نباید بیش از آن حدی باشد که برای تحقق یک هدف عمومی لازم است. لرد دیپلاک در

1. CAA.Paris, 25 mai1999, Societé la la Péniche publicitaire de Paris. *GIE Paris-Scène, AJDA*, 1999, p. 933.

2. CE.19. 2.1988. Association des riverains et plaisanciers du cingle de trémolat *AJDA*, 1988,418.

۳. رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۶۹/۶/۱۵ به شماره دادنامه ۱۶۰ و کلاسه پرونده ۲۲/۶۵

۴. رأی شماره ۳۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۵/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال مصوبه مربوط به اخذ عوارض ایمنی و کنترل ساخت استخرهای خصوصی مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۷

۵. رأی شماره ۱۲۰-۱۳۸۰/۴/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد استرداد زمین واگذار شده (دادنامه شماره ۱۰۶۶ مورخ ۱۳۷۶/۷/۲۱)

یک قضیه مثال جالبی دارد که «اصل تناسب اجازه نمی‌دهد وقتی که فندق شکن هست از پتک استفاده شود.»<sup>۱</sup> معیار تناسب در پرونده دیگری به شرح ذیل خلاصه شده است.<sup>۲</sup>

۱- آیا هدف قانونگذار آن قدر اهمیت دارد که محدود کردن یک حق بنیادین را توجیه کند؟<sup>۳</sup>

۲- آیا تدابیر پیش‌بینی شده از سوی وزیر برای تحقق هدف قانونگذار، به لحاظ عقلی، با هدف در ارتباط است؟

۳- آیا ابزارهای مورد استفاده برای صدمه زدن به حق یا آزادی، از آنچه برای تحقق بخشیدن به هدف مقنن لازم است، بیشتر نیستند؟<sup>۴</sup>

در کامن لا برخی قضات از این اصل انتقاد کرده‌اند، چرا که توجه افراطی به این اصل ممکن است دادگاه را به‌طور کامل درگیر موضوعات سیاسی کند.<sup>۵</sup> لذا برخی گفته‌اند که توجه بسیار به این اصل ممکن است دادگاه را غرق در مسائل سیاسی بنماید که این امر خلاف دموکراسی از نوع انگلیسی آن است. بیشترین مواردی که در آن موضوع تناسب در اعمال صلاحیت‌های اداری شایع است، «اقدامات پلیسی» است. برای نمونه، در حقوق آلمان معیار تناسب در حوزه «صلاحیت تخییری پلیس» به طرز شدیدی اعمال می‌شود. در این کشور صلاحیت‌های تخییری مقامات انتظامی که در راستای تأمین نظم عمومی به آنها اعطا شده است، به شدت تابع احترام به الزامات معیار تناسب در اقدامات و تصمیمات است. این معیار صلاحیت تخییری پلیس را محدود می‌نماید. پلیس باید در اعمال صلاحیت تخییری خود گزینه‌ای را انتخاب نماید که کمترین زحمت (کمترین اثر منفی<sup>۶</sup>) را بر افراد بگذارد. اقدامات پلیس نباید منجر به آسیبی شود که با نتیجه مورد نظر تناسب ندارد. باید مناسب‌ترین و سهل‌گیرانه‌ترین ابزار را برگزید و از هر گونه سخت‌گیری و شدت در اعمال اختیار و صلاحیت خود پرهیز نمود.

1. R v. goldsmith(1983)

2. Defreitas v. Permanent secretary(1999)

۳. در کامن لا معمولاً دادگاه خود به این پرسش پاسخ نمی‌دهد. زیرا فرض بر این است که این کار با دموکراسی مغایر است. لیکن آنچه اهمیت دارد این است که قاضی باید مطمئن شود که یک وزیر خردمند می‌توانسته به این نتیجه برسد. (نقل از: دکتر مهدی هداوند، و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۳۳۵)

۴. این سؤال مهمترین عامل در ارزیابی است که قاضی باید به آن توجه نماید. (یعنی تناسب میان هدف و ابزار مورد استفاده برای رسیدن به آن هدف).

۵. دکتر مهدی هداوند، و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸، ص ۳۳۵.

6. Minimum negative effects

در حقوق سوئیس معیار تناسب دو پیام اساسی دارد. نخست اینکه در هنگام اتخاذ تصمیم و اعمال صلاحیت‌های اداری باید بتوان رابطه معقولی میان نتایج حاصل و ابزار مورد استفاده برقرار نمود و دوم اینکه اعمال هر تصمیم در مورد محدودیت‌ها باید تنها در حد ضرورت اعمال گردد. محکمه فدرال سوئیس در یک مورد تشخیص مقام اداری را از آن جهت که حقوق و آزادی‌های اشخاص را بیش از حد معقول، محدود نموده بود، به علت عدم رعایت اصل تناسب باطل اعلام کرده است.<sup>۱</sup>

### بند دوم: معیار برابری

برابری، معیار عام دیگری است که در کنترل صلاحیت‌های تخییری کاربرد دارد. یکی از وظایف محاکم اداری نیز جلوگیری از سوء استفاده از اختیارات قانونی مقام‌های اجرایی و دولتی و نادیده گرفتن اصل برابری و مساوات همگان در برابر خدمات عمومی، امکانات و فرصت‌های دولتی است.<sup>۲</sup> توصیه‌نامه شورای وزیران اتحادیه اروپا در این باره تأکید دارد که کارمند «در اعمال صلاحیت‌های تخییری مقام اداری باید به اصل برابری در برابر قانون احترام بگذارد و از هر گونه تبعیض اجتناب نماید.» بنابراین علاوه بر این که رعایت الزامات اصل برابری به عنوان یک معیار در نزد قاضی اداری مطرح است، در عین حال می‌تواند به عنوان یک تکلیف نیز برای مقامات اداری باشد تا در اعمال صلاحیت‌های گزینشی خود الزامات اصل برابری را رعایت نمایند. عدم رعایت الزامات اصل برابری و اعمال تبعیض در اجرای صلاحیت‌های تخییری می‌تواند مبنایی برای بطلان تصمیم به دلیل سوء استفاده از صلاحیت تخییری تلقی گردد. شورای دولتی فرانسه در یک مورد ضمن شناسایی صلاحیت کمیسیون اداری به تهیه استانداردهای مربوط به ساخت و تعمیر مسکن تأکید نمود که این صلاحیت در قید رعایت الزامات اصل برابری است. به همین جهت در سال ۱۹۷۰ تقاضایی که یک شهروند برای تعمیر مسکن به کمیسیون داده بود، به دلیل رعایت نکردن استانداردها رد گردید. تقاضای خواهان از شورای دولتی، ابطال استانداردها بود، اما دادگاه تأکید نمود که استاندارد گذاری در صلاحیت کمیسیون است و البته در استاندارد گذاری باید برابری رعایت گردد.

1. Arrêt C. et consorts, (Recueil Officiel des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, 87.I 337 ss.)

۲. محمد حسین زارعی، جزوه حقوق اداری تطبیقی، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران، مرکز تحصیلات تکمیلی حقوق و علوم سیاسی، نیمسال اول سال تحصیلی ۷۸-۷۹، ص ۳۱.

در حقوق ایران نیز در قضیه «ابطال آزمون دستیاری پزشکی» در سال ۸۷ اداره در توزیع سهمیه‌های متفاوت به صلاحیت تخییری خود به استناد قانون تشکیلات وزارت بهداشت و همچنین ماده ۴ قانون خدمت پزشکان استناد می‌نمود. در این قضیه اداره مدعی بود که به موجب قانون، اختیار بررسی نیازهای تخصصی مناطق محروم و توزیع سهمیه‌ها را براساس نیازسنجی بر عهده دارد. با این حال دیوان در مقام کنترل قضایی اظهار نمود که تصمیم اداره به معنای اعمال تبعیض در میان داوطلبان شرکت در آزمون بوده است و آن را ابطال نمود.<sup>۱</sup>

در قضیه دیگری اداره به دیوان اعلام نمود که بر اساس قانون «مجاز» است در مورد امور استخدامی و بازنشستگی کارکنان خود، آیین‌نامه و ضوابط را تهیه و پس از تصویب به اجرا گذارد. بنابراین تعیین حداقل و حداکثر معدل برای جذب نیروی انسانی در شرکت نفت در راستای قانون اساسنامه شرکت ملی نفت ایران بوده است و این تصمیم را جزء صلاحیت‌های اختیاری خود قلمداد نمود.<sup>۲</sup> دیوان در این قضیه اعلام کرد که «اعمال تبعیض در امر استخدام داوطلبان ورود به خدمت در صنعت نفت از طریق تفاوت در تعیین شرط معدل در مورد دارندگان مدرک تحصیلی کارشناسی بین فارغ‌التحصیلان دانشگاه‌های دولتی روزانه و دانشگاه‌های پیام نور و بقیه دانشگاه‌ها، خلاف هدف و حکم مقنن است».<sup>۳</sup>

در عوض به نظر می‌رسد دیوان در «قضیه بورس» با توجه به برداشتی که از اصل برابری داشته، صلاحیت‌گزینشی مقام اداری را کنترل دقیق نکرده است و صرف تعیین شرایط بورس را تبعیض تلقی ننموده است.<sup>۴</sup> در این قضایا مبنای استدلال اداره «قانون مورد عمل» بوده و در حقیقت اقدامات اداره به ظاهر مستند به اختیاراتی بوده که قانونگذار اعطا نموده است. لیکن دیوان عدالت اداری در مقام کنترل از صرف اصل ابتهای تصمیم بر قانون فراتر رفته و از اصل قانونی بودن «تفسیری ماهوی» ارائه داده است.

۱. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳/۱۱/۸۷ کلاسه ۷۶۲/۸۷ در زمینه ابطال آزمون دستیاری پزشکی
۲. نامه شماره ح ۴۰۳-۴۰۱۷/۴ مورخ ۱۳۸۳/۶/۲۵ شرکت ملی نفت
۳. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۶/۵/۷ کلاسه ۸۰/۸۴ در زمینه ابطال دستورالعمل استخدامی شرکت نفت. در قضیه مشابهی شرکت ملی نفت صلاحیت‌گزینشی خود را این‌گونه توجیه می‌نماید: «... استخدام در شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی مستنداً به ماده ۵۷ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت مصوب ۱۳۵۶/۲/۲۳ تابع مقررات خاص اداری و استخدامی می‌باشد و شرکت طرف شکایت در راستای اختیارات حاصل از قانون مذکور اقدام به تنظیم شرایط و ضوابط استخدام می‌نماید...» (۱۱ رأی مورخ ۸۵/۴/۸۵ شماره دادنامه: ۲۱۰ کلاسه پرونده: ۸۴/۲۸)
۴. برای ارزیابی این رأی بنگرید به قضیه ابطال بند (ب) ماده ۴ دستورالعمل اعطای بورس تحصیلی مصوب ۱۳۷۷/۱۰/۲۸ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری. (رأی دیوان مورخ ۱۳۸۶/۵/۷ شماره دادنامه: ۳۲۵ کلاسه پرونده: ۹۰۱/۸۴)

گوشزد نمودن این مسئله به مقام عمومی خود باعث می‌گردد تا اداره در اعمال صلاحیت‌های قانونی خود دقت بیشتری نماید و اختیار اعطایی را مستند به اصول و معیارها و رویه‌ها اعمال نماید. به عبارت رساتر رعایت اصل برابری در اعمال صلاحیت تخییری باعث می‌شود مقام عمومی صلاحیت خود را به گونه‌ای مشخص، یکنواخت و یکسان اعمال نماید. برابری در اعمال قانون می‌تواند برابری در رفتار، برابری در ارائه خدمات به شهروندان، برابری جنسیتی، برابری در موقعیت، برابری در استخدام، برابری در شرایط، برابری در اخذ عوارض و مالیات، برابری در مقابل تنبیهات اداری و نظایر آن را شامل گردد. مقام اداری باید توجه نماید که وقتی قانونگذار تشخیص نحوه جذب و استخدام افراد را به وی به موجب قانون اعطا نموده است، این اختیار قانونی باید با رعایت الزامات اصل برابری و سایر قوانین عادی و اساسی مربوط به منع تبعیض اجرا و اعمال گردد؛ امری که اداره در قضیه آزمون استخدامی شرکت نفت آن را رعایت ننموده و خود را مطلقاً صاحب اختیار تشخیص می‌دانسته است.

#### بند سوم: معیار حسن نیت

اختیار اداری باید با حسن نیت اعمال گردد. حسن نیت مقام عمومی به صراحت در اسناد مربوط به صلاحیت تخییری نیامده است. ولی رویه قضایی و برخی از قوانین اداری این امر را در قالب عبارت متعددی بیان نموده اند. این مسئله در عرصه صلاحیت‌های تخییری اهمیت دوچندانی دارد، چه آنکه منبع اصلی اجرای صلاحیت تخییری، تکلیف محض قانونی نیست. بلکه به عکس، قوانین موضوعه به مقامات اداری اجازه می‌دهند تا این اختیار را آن گونه که می‌خواهند اجرا نمایند. اما این خواستن به معنای اجرای غیرعادی و خلاف رویه نیست. یکی از نشانه‌های اجرای مناسب اختیارات اداری که آن را از شائبه سوء استفاده از اختیار دور می‌کند، اعمال همراه با حسن نیت اختیارات اداری است. از لوازم این امر «تفسیر» همراه با حسن نیت صلاحیت‌هاست. «تفسیرهای مبتنی بر صلاحیت»<sup>۱</sup> باید با قواعد «حسن نیت» هماهنگی داشته باشند. از جمله اینکه باید با هدف کلی قانون مطابقت داشته باشد، به طرز نامعقول اعمال نشده باشد و با سایر قوانین صریح و موضوعه در تضاد نباشد. در نظارت‌هایی که بر نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری می‌شود، یکی از سؤالات اساسی

1. Discretionary interpretation.

این است که آیا تصمیم اخذ شده منطبق با تفسیر صحیح از قانون است یا خیر؟ علاوه بر این در صورتی که انگیزه تصمیمی صحیح نباشد، می تواند تصمیمی غیر قانونی تلقی شود.

### بند چهارم: معیار بی طرفی و نفی جانبداری

نگرانی از نقض اصول بی طرفی در اجرای صلاحیت های تخییری به دلیل ماهیت اختیارات با ماهیت گزینشی، وجود دارد، چرا که کارمند می تواند اختیارات خود را بر اساس صلاحیت یا عواملی که خود تشخیص می دهد، اعمال نماید یا حتی احتمالاً با توجه به مقتضیات و موقعیت ها، تصمیمی تبعیض آمیز اتخاذ نماید. اما بی طرفی و نفی جانبداری در حوزه اجرای صلاحیت های تخییری یک معنای مشخص دارد و آن اینکه کارمند در هنگام اجرای اختیارات اداری تنها به عواملی را که با تصمیم ارتباط دارند توجه نماید و از ملاحظه عوامل غیر مرتبط با تصمیم خودداری نماید. هر گونه مداخله عوامل غیر مرتبط و جانبدارانه، اساساً تهدید کننده مشروعیت صلاحیت های تخییری است.

توصیه نامه مارس ۱۹۸۰ کمیته وزیران شورای اتحادیه اروپا در مورد اعمال صلاحیت های تخییری مقرر نموده است که مقام اداری باید در اعمال صلاحیت تخییری «بی نظری<sup>۱</sup> و بی طرفی<sup>۲</sup> را رعایت کند و تنها عوامل مرتبط<sup>۳</sup> با همان تصمیم را مد نظر قرار دهد.» ماده ۴ توصیه نامه ۲۰۰۷ کمیته وزیران اتحادیه اروپا در این باره مقرر می کند:

۱. مقامات عمومی باید بر اساس اصل بی طرفی اقدام نمایند.
۲. آنها باید به گونه ای بی طرف تنها موضوعات مرتبط با پرونده<sup>۴</sup> را در نظر قرار بگیرند.
۳. آنها نباید به گونه ای جانبدارانه اقدام نمایند.
۴. دولت ها باید تضمین دهند که مقامات اداریشان وظایف خود را به گونه ای بی طرف و بدون توجه به منافع و عقاید شخصی خود انجام دهند.

بنابراین اختیارات اداری که بر مبنای نفع شخصی یا عوامل غیر مرتبط با تصمیم اتخاذ گردد، ماهیت صلاحیت تخییری را به سمت «خودسری» و تصمیمات جانبدارانه سوق خواهد داد. اهمیت بی طرفی به اندازه ای است که یکی از معیارهای عادلانه تلقی شدن تصمیمات

1. Objectivité.
2. Impartialité.
3. Des éléments pertinent.
4. Relevant maters



اداری محسوب می‌شود، یعنی سخن از عدالت به مثابه توجه به عوامل مرتبط با تصمیم<sup>۱</sup> تلقی می‌گردد.<sup>۲</sup>

این عوامل می‌توانند شامل اقدام بر اساس جانبداری حزبی، گروهی، خانوادگی، تجاری، مذهبی، عقیدتی، خویشاوندی و نظایر آن باشند. «بسیار خطرناک است که کارکنان اداری برای مثال، برای تشخیص نیاز متقاضیانی که به آنها مراجعه می‌کنند یا راننده‌ای که باید جریمه شود، بر مبنای معیارها و عواملی تصمیم‌گیری کنند که هیچ ارتباطی با «نیاز» یا «ایمنی جاده‌ها» نداشته باشد و مثلاً بر مبنای مذهب افراد اتخاذ شده باشد. اگر کارکنان اداری آزادی عمل کامل برای انتخاب معیارهای خود در رسیدن به یک تصمیم را داشته باشند، این حالت آنان را قادر می‌سازد تا به صورت خودسرانه اقدام کنند و به جای دنبال کردن اهداف مورد نظر سیاستگذاران، هدف‌های خود را پیگیری نمایند. پاسخ دیویس این نیست که صلاحیت اختیاری باید کاملاً از بین برود، بلکه او در عوض استدلال می‌کند که گام‌هایی برای حذف صلاحیت اختیاری «غیر ضروری» باید برداشته شود.»<sup>۳</sup>

در قوانین اداری کشورهای مختلف بر لزوم رعایت معیار بیطرفی در اجرای اختیارات اداری تأکید شده است. ماده ۳ قانون اداری اسلونی این امر را ذیل اصل رفتار حرفه‌ای، بی‌طرفی سیاسی و نفی جانبداری<sup>۴</sup> آورده است. براساس بخشی از این ماده «اداره در انجام وظایف اداری باید براساس بی‌طرفی سیاسی عمل نماید... و نباید منافع یا سودهای غیر قابل توجهی به افراد یا اشخاص حقوقی و گروه‌های ذینفع اعطا نماید.» ماده ۷ قانون آیین‌های اداری هلند مقرر می‌کند:

«ارگان‌های اداری خاص یا عام باید قضاوت بی‌طرفانه‌ای را تضمین نمایند. هریک از ارگان‌های خاص مانند سایر ارگان‌های عام، از انجام فعل<sup>۵</sup> یا فرآیندی<sup>۶</sup> که مستلزم مشارکت در تصمیم‌گیری یا اعمال نظر یا عقیده، از سوی اشخاصی است که نفع شخصی در ارتباط با پرونده یا رابطه همسری یا خویشاوند نسبی یا سببی و نیز هرگونه نسبت خویشاوندی تا

1. Justice as relevant consideration.

۲. دکتر مهدی هداوند، و علی مشهدی، منبع پیشین، ص ۱۹۵.

۳. هداوند، منبع پیشین، ص ۳۴.

4. Principles of professional conduct, political neutrality and impartiality

5. Action

6. Procedure

درجه چهار یا عداوت با طرفین ذینفع داشته باشند، اجتناب نمایند. هرگاه یک ارگان یا اعضای یک ارگان، زمینه‌هایی را برای اجتناب از تصمیم‌گیری یافتند؛ باید سریعاً موضوع را به مقام مافوق یا رئیس اداره اطلاع دهند و از هرگونه اقدام در این مورد اجتناب نمایند. این موارد مقام مافوق درباره موضوع در اسرع وقت اتخاذ تصمیم خواهد نمود.»

همچنین به موجب ماده ۸ قانون اداری گرجستان «..سازمان اداری صلاحیت خود را به گونه‌ای بی طرف اعمال می‌نماید و مقام عمومی در صورت وجود نفع شخصی یا سایر اوضاع و احوالی که فرآیند تصمیم‌گیری را تحت تأثیر قرار دهد، در فرآیند اداری شرکت نخواهد کرد».

#### بند پنجم: معیار شفافیت

معیار شفافیت، نقش «تضمینی» را در عالم حقوق اداری عمل می‌کند و پیش از آنکه معیاری ماهوی باشد، معیاری شکلی است. پرفسور دیویس می‌گوید: «شفافیت دشمن طبیعی خودسری است و به گونه‌ای طبیعی علیه بی‌عدالتی مبارزه می‌کند.»<sup>۱</sup> بنابراین در اعمال صلاحیت تخییری هر قدر اختیار منطبق با اصول شفافیت اتخاذ گردد، خودسری و سوء استفاده از اختیار کاهش خواهد یافت. دسترسی به اطلاعات بویژه در زمینه صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری از الزامات این معیار است. با اطلاع‌رسانی صحیح، شهروندان می‌توانند این ارزیابی مقدماتی را داشته باشند که آیا صلاحیت تخییری به گونه‌ای مناسب اجرا می‌شود یا خیر.<sup>۲</sup> در حقوق اداری ایران به موجب ماده ۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، دستگاه‌های اجرایی موظف شده‌اند تا مراحل، زمان و کیفیت ارائه خدمات و تغییرات آنها را مستند و شفاف نمایند و از طرق مختلف به اطلاع مردم برسانند.

#### بند ششم: معیار سرعت در پاسخگویی

اجرای اختیارات اداری باید در مدت زمانی معقول و مناسب باشد. به موجب دستور العمل شورای وزیران اتحادیه اروپا، کارمند در هنگام اجرای صلاحیت خویش باید در مدت

1. Openness is the natural enemy of arbitrariness. Davis, KC, **Discretionary Justice**; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP 1969, pp 99.

2. Conseil de l'Europe, **Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de la responsabilité**, Actes 25e Colloque de droit européen, Oxford, Royaume-Uni, 27-29 septembre 1995, éditions Conseil de l'Europe, 1997, p66.

زمانی معقول اتخاذ تصمیم نماید. برای مثال، اداره باید برای درخواست‌کننده پروانه یا جواز، اقدام کند و او را در وضعیت بلا تکلیفی قرار ندهد.<sup>۱</sup> قانون اداری اسلونی در این باره مقرر نموده است که «کارمندان موظف‌اند تا وظایف واگذار شده را سریع و مؤثر انجام دهند.»<sup>۲</sup> اجرای سریع اختیارات در فرضی اهمیت دارد که صلاحیت‌گزینشی به هیئت یا گروهی از کارمندان اعطا شده باشد، چراکه تعلل یا تأخیر ضمن آنکه شائبه سوء استفاده از اختیار را دامن می‌زند، ممکن است باعث بلا تکلیفی کارمند و خسارت شهروندان گردد.

در مورد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، بهره‌مندی از فوق‌العاده ویژه کارکنان را منوط به تصمیم «هیئت ممیزه» نموده بود و هیئت ممیزه نیز که «صلاحیت تشخیص» استحقاق کارمندان متقاضی را داشت، در این امر تعلل می‌نمود. دیوان در این قضیه اعلام نمود که تأخیر هیئت ممیزه در احراز شرایط نباید نافی حق مکتسب افراد بر دریافت فوق‌العاده ویژه باشد.<sup>۳</sup> در این قضیه در حقیقت صلاحیت «تشخیص» استحقاق به هیئت واگذار شده بود، ولی این هیئت در اجرای این صلاحیت خود تعلل نشان داد و این امر زمینه ابطال بخشنامه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی را فراهم نمود.

در قضیه‌ای دیگر (قضیه دانشجویان متعهد به خدمت در آموزش و پرورش) اداره استخدام دانشجویان را منوط به صدور حکم رسمی استخدام نموده بود. مرجع ذیربط نیز در صدور حکم رسمی از خود تعلل نشان داده بود. دیوان اعلام نمود که تأخیر در صدور احکام رسمی، نافی حق مکتسب دانشجویان نیست و نباید منجر به بلا تکلیفی آنان گردد.<sup>۴</sup>

### بند هفتم: معیار بیان دلایل

این امر باید مشخص باشد که مقام اداری بر اساس چه مینا و دلیلی «تشخیص» داده است. به همین سبب الزام به بیان دلیل اتخاذ تصمیم از سوی اداره، یکی از اصول کلی حقوق اداری است.<sup>۵</sup> اما بیان دلیل در حوزه اجرای صلاحیت‌های تخییری اهمیت دوچندانی دارد. اساساً

۱. حسین نبی‌لو و جواد کارگزاری، «اجرای صلاحیت‌های تخییری توسط مقامات اداری»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۳، ص ۱۵.

۲. دکتر مهدی هداوند، مهدی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، چ اول، ص ۱۸۹.

۳. رأی هیئت عمومی دیوان به کلاسه ۸۳/۴۲۶ مورخ ۸۶/۱/۲۶.

۴. رأی شماره ۶۵۴ مورخ ۸۶/۸/۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۵. مهدی هداوند، منبع پیشین، صص ۲۰۸-۲۰۳.

«مقام تصمیم گیرنده دولتی باید دلیل قانع کننده‌ای برای تصمیم خود داشته باشد. شخص مسئول باید توضیح دهد که براساس چه دلایل و مستندات تصمیم مورد بحث را اتخاذ نموده است.»<sup>۱</sup>

هنگامی که اداره تصمیمی را بر اساس صلاحیت‌گزینشی خود اتخاذ می‌نماید، می‌توان دریافت که سمت و سوی تصمیم چه بوده است و گزینه و روش اختیاری کارمند براساس چه مبنایی انتخاب شده است. این وضعیت ضمن بیان واقعیات تصمیم در کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری، می‌تواند به عنوان معیار و استاندارد به کار رود. بیان شفاف و روشن دلایل و مبنای و همچنین اوضاع و احوالی که تصمیم براساس آن اتخاذ شده است، زمینه دقت در تصمیم‌گیری و به کارگیری صحیح اختیارات اداری را نیز فراهم می‌نماید.

#### بند هشتم: معیار عمل بر اساس خط مشی

وقتی صلاحیت تخییری به موجب قانون به اداره واگذار می‌شود، اداره می‌تواند نحوه اجرای صلاحیت تخییری خود را با وضع آیین‌نامه و بخشنامه توضیح دهد. به این اقدام اصطلاحاً «صدور اعلامیه خط مشی» گفته می‌شود. در برخی از کشورها نظیر انگلستان، سازمان‌های اداری در جهت اجرای بهتر صلاحیت‌های تخییری ملزم هستند خط‌مشی‌ها و آیین‌ها را تهیه و به اشخاص اعلام نمایند. اشخاص باید از این امر اطمینان یابند که اختیارات مقامات اداری در تصمیمات موردی در چارچوب کلی خط‌مشی‌های اعلامی صورت می‌پذیرد.

این اعلامیه‌ها می‌توانند نوعی قابلیت پیش‌بینی تصمیم اداری را فراهم نمایند. دستورالعمل ۱۱ مارس ۱۹۸۰ شورای وزیران اتحادیه اروپا در این باره مقرر می‌کند: «مقام اداری در اجرای صلاحیت تخییری هنگامی که در شرایط خاص<sup>۲</sup> هر پرونده تصمیم می‌گیرد، باید رهنمودهای عمومی اداری<sup>۳</sup> را به گونه‌ای مناسب اعمال نماید، مگر اینکه اداره بتواند برای اقدام برخلاف رویه معمول، دلیل موجهی به اشخاص ارائه نماید».

خط‌مشی‌های اعلام شده مهم‌ترین ابزارهایی هستند که تصمیم‌گیران اداری را در سطح خود (یعنی اتخاذ تصمیم‌های موردی) یاری می‌نمایند. خط‌مشی‌ها می‌توانند جهت‌گیری

۱. محمدحسین زارعی، منبع پیشین، ص ۵۹.

2. Circonstances particulières

3. Directives administratives générales.

تصمیم را مشخص کنند. کارمند می‌تواند با توجه به خط‌مشی‌های اعلام شده وزیر یا حتی قانون توانمندساز،<sup>۱</sup> صلاحیت تخییری را به طور مناسب در تطابق با سیاست‌ها اعمال نماید. یکی از مواردی که اجرای صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری را محدود و مشخص می‌نماید، الزام به ابلاغ خط‌مشی‌ها و آیین‌های اتخاذ تصمیم است. اعلامیه خط‌مشی می‌تواند در مواردی که اداره به دلایلی غیرموجه، صلاحیت خود را خارج از استانداردهای اعلامیه اعمال می‌نماید، مبنای بازنگری قضایی واقع شود. اعلامیه خط‌مشی باید شامل اهداف و معیارهایی باشد که در تصمیم‌گیری‌ها لازم است رعایت شوند. این اهداف و معیارها باید کمک نمایند تا اولاً همه الزامات قانونی رعایت شود، ثانیاً همه عوامل مرتبط در نظر گرفته شود، به گونه‌ای که تصمیم‌گیری‌های دولتی نوعی انسجام داشته باشند. ثالثاً اعلامیه خط‌مشی بتواند فرآیند تصمیم‌گیری را شفاف کند و میزان پاسخگویی اداره را افزایش دهد.

تکنیک‌های سنتی حقوقی نیز نقش تعیین‌کننده مهمی در توسعه خط‌مشی‌های اداری دارند. حقوقدانان نیز با بیان تفکرات منطقی واضح، در ترسیم «اصول»<sup>۲</sup> و توسعه آنها نقش داشته‌اند. اداره در حقوق عمومی باید بر مبنای خط‌مشی‌های اداری در راستای این اصول حرکت نماید. برای مثال «اداره حمایت از کودکان» قبل از اینکه تصمیمی را در مورد نگهداری اطفال و سرپرستی آنها اتخاذ نماید، باید خط‌مشی‌های کلی را در این زمینه مشخص و اعلام کند. در این صورت اداره می‌تواند بر مبنای خط‌مشی‌های کلی، تعیین نماید که آیا شخص خاصی برای سرپرستی کودک صلاحیت دارد یا نه.<sup>۳</sup> ادارات عمومی معمولاً از طریق صدور «اعلامیه خط‌مشی» اقدام می‌نمایند.

### گفتار سوم: آیین کنترل قضایی صلاحیت تخییری

بازنگری قضایی در حقیقت می‌خواهد وضعیت قانونی بودن نحوه اعمال اختیارات و صلاحیت‌های اداری را تعیین نماید. نحوه و آیین اجرای صلاحیت تخییری، بر اعمال نوع و

1. Enabling act

2. Principles

3. Diane Longley and Rhoda James, *Administrative justice*, Cavendish Publishing Limited, 1999, p165.

گستره کنترل قانونی بودن عمل اداری در دادگاه‌ها مؤثر هستند. به این صورت که شکل و گستره کنترل مستقیماً به ماهیت صلاحیتی بستگی دارد که به اداره اعطا شده است. در اعمال صلاحیت‌های تخییری معمولاً تصمیم با قانون تطابق ظاهری دارد، اما قاضی معمولاً از تطابق ظاهری تصمیم با قانون فراتر می‌رود. مسئله مهمی که در این جا مطرح است، تطابق تصمیم با قانونی بودن به معنای ماهوی است.<sup>۱</sup>

### بند اول: کنترل حداقلی

#### الف) دلیل کنترل حداقلی

معمولاً بر صلاحیت‌های تخییری، «کنترل حداقلی»<sup>۲</sup> و بر صلاحیت‌های تکلیفی، «کنترل معمولی و عادی»<sup>۳</sup> اعمال می‌شود. بنابراین، در اعمال کنترل بر صلاحیت‌های تخییری، نقش دادگاه‌ها ضعیف‌تر از سایر موارد است،<sup>۴</sup> زیرا در صلاحیت‌های تخییری دادگاه‌ها تا حد زیادی به اداره اطمینان دارند و پذیرفته اند که اداره بتواند آزادانه تصمیم بگیرد. اوج این نگاه دادگاه‌ها را می‌توان در مسائل فنی و تخصصی اداری یافت. امروزه دیگر دادگاه‌ها تا حدودی پذیرفته‌اند که باید برخی از مسائل کارشناسانه و تخصصی را به خود قوه مجریه واگذار کنند. قضات در این امور نمی‌توانند ارزیابی چندان دقیق داشته باشند، مگر اینکه آشکارا معیارهای تناسب و معقول بودن رعایت نشده باشد. به همین سبب گفته می‌شود کنترل قابل اعمال بر صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه «کنترل حداقلی» است.

#### ب) مصادیق

مثال جالب این مورد در ایران را می‌توانیم در رأی دیوان عدالت اداری در مورد صلاحیت کمیسیون‌های پزشکی بیابیم. دیوان در این قضیه، با فنی و تخصصی دانستن احراز سلامتی و

۱. در اعمال کنترل قضایی بر تصمیمات می‌توان از دو قسم نظارت بیرونی و درونی یا ظاهری و محتوایی یاد نمود. در نظارت بیرونی (external legality) انطباق ظاهری تصمیم با قانون ملاک است. یعنی قاضی بررسی می‌نماید که آیا تشریفات و رویه‌ها رعایت شده است و اینکه آیا مأمور صلاحیت اتخاذ تصمیم داشته است یا خیر. برعکس در کنترل محتوایی یا درونی (internal legality) بحث بر سر این است که آیا مقام اداری از حدود اختیارات واکذارشده تخطی نموده است، یا سوء استفاده از صلاحیت اتفاق افتاده است یا خیر.

2. Contrôle minimum

3. Contrôle normal

4. Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Thémis, 1982, p.799.

توانایی داوطلبان استخدام در واحدهای دولتی به موجب نظر پزشک معتمد، دیوان را برای رسیدگی به امری که «فنی و تخصصی» محسوب می‌شود، صالح ندانسته و آن را «ماهیتاً قابل امعان نظر قضائی» نمی‌داند.<sup>۱</sup> در حقوق فرانسه این قبیل تصمیمات تحت عنوان اقدامات مربوط به «هنجارهای داخلی»<sup>۲</sup> اداره مشهور هستند.

برای مثال، در یک مورد، شورای دولتی فرانسه، اعتراض به تصمیم مدیر مدرسه‌ای را که پوشیدن شلوار خاصی را برای دانش‌آموزان ممنوع کرده بود، رد نمود و آن را جزء مقررات داخلی مدرسه و غیر قابل بازنگری دانست.<sup>۳</sup> در مورد مقررات پادگان‌های نظامی، بازداشتگاه‌ها<sup>۴</sup> و مؤسسات آموزشی<sup>۵</sup> نیز شورای دولتی به همین صورت رأی داده است.

البته به مرور زمان شورای دولتی سعی نموده است تا دایره این تشخیص را کم نماید، به‌ویژه آنجا که حقوق و آزادی‌های افراد تحت تأثیر قرار می‌گیرد و می‌تواند زمینه‌ای برای اتخاذ تصمیمات خودسرانه باشد، اما این بدان معنا نیست که نتوان شایستگی‌ها را بازنگری نمود. در کنترل حداقلی، قضات گاهاً به شایستگی انگیزه‌ها و اهداف اتخاذ تصمیم، سوء استفاده از صلاحیت تخییری یا عدم صلاحیت می‌پردازند.

## بند دوم: اشتباه در ارزیابی و نظریه تعادل

### الف) اشتباه در ارزیابی

روش دیگری که اخیراً رویه قضایی بر آن تأکید می‌نماید، معیار «اشتباه در ارزیابی»<sup>۶</sup> است که طبق آن، قضات دادگاه معمولاً معتقدند که تصمیم اداره باید بر اساس واقعیت‌ها و معیارهای عینی اتخاذ شده باشد. شورای دولتی برای نخستین بار در قضیه «له گراناز» عبارت «اشتباه فاحش در ارزیابی»<sup>۷</sup> را به کار برد که منظور از آن اشتباهی است که هر فرد معقولی با ارزیابی ساده و غیرفنی می‌تواند آن را درک نماید.

۱. رای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۵۹ مورخ ۸۵/۶/۵ به کلاس پرونده ۲۹۰/۸۲.

2. Mesure d'ordre interne

3. Conseil d'État 20 octobre 1954 *Sieur Chapou* : Rec. p. 541.

4. Conseil d'État 27 janvier 1984 *Caillol* n° 31985 : AJDA 1984 p. 72.

5. Conseil d'État 10 février 1967 *Dupré* : AJDA 1967 p. 300.

6. Erreur manifeste d'appréciation.

7. Erreur grossière d'appréciation.

به همین جهت شورای دولتی فرانسه در قضیه دیوتریکیس<sup>۱</sup> تصمیم اداره را به دلیل اینکه ضمانت اجرای اعمالی بسیار شدیدتر از واقع امر اتخاذ شده بود، رد نمود.<sup>۲</sup> شورای دولتی در قضیه لِن<sup>۳</sup> مفهوم اشتباه در ارزیابی را تأسیس نمود.<sup>۴</sup> در قضیه، وینولای<sup>۵</sup> مجازات تحمیلی بر افسر نگهبان یک مزرعه به این دلیل که با واقعیات پرونده هم‌خوانی نداشت، نقض گردید.<sup>۶</sup> اما در کنترل معمولی، دادگاه مواجه با صلاحیت تکلیفی یا صلاحیت نیمه تکلیفی است، البته در فرضی که صلاحیت تکلیفی با صلاحیت تخییری آمیخته است. در اینجا دادگاه به معنای واقعی کلمه کنترل مبتنی بر قانونی بودن تصمیم اداری را اعمال می‌نماید، به این معنا که دادگاه ابتدا از خود می‌پرسد که آیا در تصمیم، قانون مربوطه رعایت شده است؟ در اینجا دیگر دادگاه نمی‌تواند در این باره که آیا تصمیم مناسب اتخاذ شده است یا خیر، وارد رسیدگی شود.

#### ب) نظریه تعادل

معمولاً دادگاه‌ها در مواجهه با ابزارهایی که در دست اداره است، منافع و مضار به کارگیری این ابزارها یا انجام اقدامات را ارزیابی می‌کنند. در صورتی که نتیجه کلی آن مثبت و قابل قبول باشد، دادگاه معمولاً اقدام یا تصمیم اداری را قانونی اعلام می‌کند و در غیر این صورت رأی بر غیرقانونی بودن آن خواهد داد. این نظریه که در حقوق فرانسه مشهور به «نظریه تعادل»<sup>۷</sup> است، در موارد مربوط به سلب مالکیت عمومی کاربرد فراوان دارد. معمولاً دادگاه‌های اداری در این قبیل دعاوی این مسئله را می‌سنجند.

برای نمونه شورای دولتی در قضیه وایل ناول<sup>۸</sup> است اعلام نمود که اجرای یک طرح را نمی‌توان عام‌المنفعه اعلام نمود، در صورتی که منجر به مداخله در حریم خصوصی افراد یا هزینه‌های سنگین مالی یا تأثیرات اجتماعی و نظایر آن گردد. در حقیقت شورای دولتی با

1. Dutrieux
2. CE 10/2/1978 Dutrieux.
3. lebon
4. CE 9/6/1978 Lebon.
5. Vinolay
6. CE 26/7/1978 Vinolay.
7. Théorie du bilan
8. Ville Nouvelle Est



طرح این موارد، بر این نکته اذعان دارد که فواید عام اجرای طرح کمتر از هزینه‌هایی است که در پی دارد.<sup>۱</sup> برعکس در قضیه دیگر، شورای دولتی در مورد اجرای طرح ساخت دانشکده حقوق که در تعارض با امر حمایت و حفاظت از معدن روستایی بود، پس از انجام ارزیابی اعلام نمود که ساخت دانشکده حقوق مهمتر است.<sup>۲</sup>

بنابراین نوع اعمال کنترل قضایی بر صلاحیت‌های تخییری، حداقلی است و این قبیل صلاحیت‌ها نسبت به صلاحیت تخییری میل به گریز از سیطره کنترل قضایی دارند. این وضعیت در عین داشتن منطق حقوقی، از جهت دیگر بسیار خطرناک است و آن اینکه صلاحیت تخییری ممکن است تبدیل به صلاحیت مبتنی بر خودسری گردد. البته این خطر همواره ماهیت بالقوه دارد و لزوماً هر صلاحیت تخییری سبب خودسری و استبداد نمی‌شود. اما به هر حال این دغدغه به شدت ممکن است بر الزامات اصل حاکمیت قانون و در نهایت دولت قانون‌مدار تأثیر منفی بگذارد. به همین سبب به جای قانون، «دادگاه» است که نقش محوری برای تضمین عدم انحراف و جلوگیری از تبدیل صلاحیت تخییری به خودسری دارد. دادگاه‌ها می‌توانند از یک طرف با وضع اصول و معیارها قلمرو صلاحیت‌های تکلیفی را مقید، محدود و مشروط سازند و از طرف دیگر در جریان رسیدگی به قضایای مطروحه با کنترل تناسب تصمیم و ارزیابی اشتباهات احتمالی و در نظر گرفتن حقوق اداره‌شوندگان، از مشته شدن صلاحیت تخییری با خودسری جلوگیری نمایند.

هرگاه جنس صلاحیت از نوع صلاحیت تکلیفی باشد، یعنی اداره مکلف به اقدام در وضعیت و شرایط مشخصی است که قانون تعیین نموده است، تشخیص غیرقانونی بودن عمل اداری ساده است. شورای دولتی فرانسه در قضیه انجمن دوستداران سنت آگوستین دقیقاً به این مسئله می‌پردازد که متن قانونی به صراحت آزادی انجمن را پذیرفته است و اداره باید براساس آن مجوز صادر نماید.<sup>۳</sup>

مشکل اصلی در فرضی بروز می‌کند که یک متن قانونی امکان اقدام اداره در وضعیت‌ها، شرایط و فروض مختلف را فراهم ساخته است، یعنی صلاحیت گزینشی اعطا می‌نماید. در

1. CE 28/5/1971 Ville Nouvelle Est.

۲. نظریه تعادل یا توازن در حقیقت به دنبال ارزیابی مزایا یا منافع اجرای یک تصمیم اداری است. شورای دولتی فرانسه در رویه‌های خود نشان داده است که در صورتی که منافع عمل اداری بیشتر از مضار و هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی تحمیلی باشد، تصمیم صحیح است و در غیر این صورت آنها را باطل اعلام نموده است.

3. CE 25/1/1985 Association des Amis de Saint Augustin.

اینجا تشخیص غیرقانونی بودن عمل اداری کمی دشوارتر از وضعیت نخست است. آنچه اکنون در حقوق اداری مدرن پذیرفته شده است، این است که در فرضی که اداره در چارچوب صلاحیت گزینشی خود اقدام نماید، این تصمیم را به هیچ عنوان نباید غیرقانونی تلقی نمود، چرا که در واقع این اختیار نیز به موجب قانون برتر به اداره داده شده است. در اینجا است که گفته می‌شود قضات هیچ‌گونه قدرت ارزیابی و نظارت نخواهند داشت. در حقوق دعاوی اداری فرانسه این وضعیت به وضعیت امکان ارزیابی قضایی یا «فرصت ارزیابی قضایی»<sup>۱</sup> مشهور است. یعنی در این وضعیت، امکان کنترل کامل و تمام‌عیار صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری محدود می‌شود، به‌ویژه هنگامی که تصمیم اداری منطبق با صلاحیت‌های تخییری پیش‌بینی شده در قانون یا مبتنی بر ضرورت اتخاذ گردد. این مفهوم مدرن از نسبت صلاحیت‌های تخییری و کنترل قانونی بودن را در فرانسه ودل<sup>۲</sup>، والین<sup>۳</sup> و ریورو<sup>۴</sup> در حقوق اداری مطرح نمودند، همچنان که رنه شاپو نیز در تفصیل این مسئله گفت که در اعمال کنترل بر صلاحیت‌های تخییری، قضات کنترل چندانی ندارند.<sup>۵</sup>

#### بند سوم: سوء استفاده از اختیار اداری

استفاده نامناسب و سوء استفاده از اختیار، یکی از جهات بازنگری قضایی است. مقامات اداری ممکن است در هنگام انجام وظایف و تصمیم اداری تحت تأثیر «انگیزه‌های نهانی»<sup>۶</sup> یا «ملاحظات غیر مرتبط»<sup>۷</sup> با تصمیم قرار گیرند. علاوه بر این ممکن است تصمیم به طریقی «غیر معقول»<sup>۸</sup> یا مبتنی بر «سوء نیت»<sup>۹</sup> و «بدخواهی»<sup>۱۰</sup> اتخاذ شده باشد. به برخی از معیارها

1. Juge de l'opportunité

2. Vedel

3. Waline

4. Rivero

۵. برای بررسی بیشتر مفهوم و مصادیق اعمال Juge de l'opportunité به منبع ذیل بنگرید:

Van Lang, Agathe et al, **Dictionnaire de droit administratif**, Armand colin, 1999 2<sup>e</sup> edition. P. 195.

6. Ulterior motives

7. Irrelevant considerations

8. Unreasonably

9. Malice

10. Bad faith

نظیر برابری، تناسب، شفافیت نیز در مباحث قبلی اشاره نمودیم. همه این‌ها می‌توانند در زمره مصادیق سوء استفاده از صلاحیت<sup>۱</sup> یا استفاده ناصحیح اختیارات<sup>۲</sup> قرار گیرند. این امر ممکن است نه تنها در صلاحیت تکلیفی مقامات اداری، بلکه به مراتب شدیدتر، در صلاحیت‌های تخییری اتفاق بیفتد.

دشواری تشخیص سوء استفاده از صلاحیت در «صلاحیت‌های تخییری» و در مقام کنترل قضایی به مراتب بیشتر است و آزمودن اینکه آیا مقامات اداری در تصمیم‌گیری‌ها از قدرت خود سوء استفاده نموده‌اند یا خیر از وظایف اصلی نهادهای ناظر و کنترل‌کننده است.<sup>۳</sup> دادگاهها دادگاهها در مقام کنترل و بازنگری به دلیل سوء استفاده از صلاحیت<sup>۴</sup> می‌توانند تصمیمی را که به گونه ای بلهوسانه، نامعقول و مبتنی بر سوء استفاده از صلاحیت اتخاذ شده است ابطال نمایند.

مهمترین و سنتی‌ترین زمینه کنترل قضایی صلاحیت تخییری نیز توجه به «اهداف نامناسب»<sup>۵</sup> و «عوامل غیر مرتبط با تصمیم»<sup>۶</sup> در نحوه اجرای صلاحیت تخییری است. هر اختیار اداری برای اجرای هدفی به کارمندان دستگاه‌های اجرایی داده شده است. انحراف از این اهداف می‌تواند مبنای دعوی سوء استفاده از اختیار را فراهم نماید. برعکس حقوق خصوصی که اشخاص می‌توانند در اقدامات و اعمال حقوقی خود هر هدفی را دنبال نمایند، حقوق عمومی و اداری محدود به اهداف مقرر در قوانین است و اگر هدف دنبال شده صحیح نباشد، قاضی می‌تواند به استناد سوء استفاده از اختیار آن تصمیم را ابطال نماید.<sup>۷</sup> سوء استفاده از اختیار می‌تواند ابعاد و گزینه‌های مختلفی را شامل شود:

- ۱- اعمال اختیارات اداری در راستای هدفی غیر از آنچه قانون مشخص نموده است.
- ۲- هرگاه احراز شود صلاحیت تخییری به عنوان ابزاری برای انتقام به کار می‌رود.
- ۳- هرگاه اجرای اختیاری که باید در راستای منفعت عمومی به کار رود، در جهت تأمین منافع حزبی، گروهی، خانوادگی و شخصی به کار رود.

1. Abuse of power

2. Misuse of powers

3. David Stott et al, **Principles of administrative law**, Cavendish Publishing Limited, 1997.p80

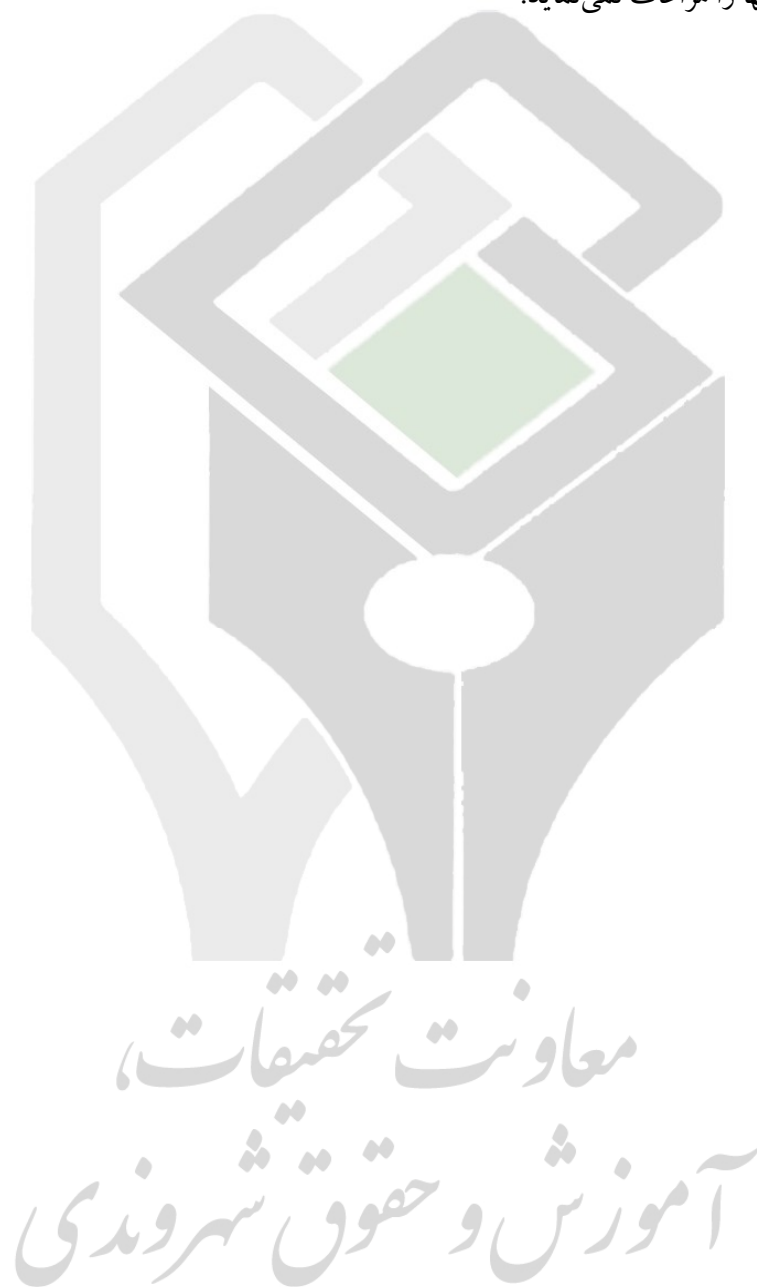
4. Review for abuse of discretion

5. Improper purpose

6. David, Dyzenhaus, **The Unity of Public Law**, Hart Publishing, 2004, p8.

۷. رضایی زاد، منبع پیشین، ص ۳۱۲.

۴- هر گاه اجرای صلاحیت تخییری منوط به رعایت آیین‌های خاصی است که مقام اداری آنها را مراعات نمی‌نماید.





بخش سوم:  
مطالعه تطبیقی صلاحیت تخییری

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

## بخش سوم: مطالعه تطبیقی صلاحیت تخییری

در ضمن مباحث قبلی به جایگاه صلاحیت تخییری در حقوق فرانسه و حقوق ایران بنا به مورد اشاره نمودیم. در این بخش به صورت مجزا نظام حقوقی صلاحیت تخییری دو کشور آلمان و انگلستان را به عنوان دو الگوی متمایز از نظام ایرانی و فرانسوی بررسی خواهیم نمود.

### فصل اول: صلاحیت تخییری در حقوق آلمان

در حقوق اداری آلمان، نظیر حقوق انگلستان توجه به روابط میان مقامات عمومی و شهروندان مهمترین مسئله است. با این توصیف است که کنترل قضایی صلاحیت تخییری امروزه یکی از محوری ترین مسائل در حقوق این کشور شده است. در حقوق این کشور با وجود تضعیف موقعیت اداره به سبب اجرای کنترل قضایی گسترده و دقیق، بنیادهای اساسی مفهوم صلاحیت تخییری و ضرورت بازنگری در آن نیز مورد توجه دادگاههای اداری بوده است.

### گفتار اول: اقسام و منابع صلاحیت تخییری در حقوق آلمان

#### الف) اقسام

در حقوق اداری آلمان، مفهوم «صلاحید» تا حد بسیار زیادی انتزاعی است. در واقع می توان دو شکل از صلاحید را در حقوق این کشور شناسایی نمود که قوانین و مقررات به مقامات اداری واگذار نموده اند.

۱. صلاحیت های تخییری ناشی از مفاهیم حقوقی کلی و نامتعیین همان گونه که شایع است، صلاحیت تخییری معمولاً در قوانین عادی، صلاحیت تشخیصی را به مقام عمومی اعطا می نماید، اما علاوه بر این مورد شایع، در حقوق آلمان صلاحیت های

1. Judicial review of administrative discretionary powers

تخییری را می‌توان در «حاشیه‌های ارزیابی»<sup>۱</sup> یافت که به مقامات اداری در قالب مفاهیم «نامتعین» حقوقی و کلی چون رفاه عمومی،<sup>۲</sup> نیاز عمومی،<sup>۳</sup> امنیت عمومی،<sup>۴</sup> نظم عمومی<sup>۵</sup> و نظایر آن واگذار می‌شود. با دقت در متون قانونی موجود در آلمان می‌توان این قبیل مفاهیم نامتعین را در صلاحیت‌های واگذار شده به مقامات اداری یافت. این مفاهیم می‌توانند به طریقی مناسب یا نامناسب تفسیر و اجرا شوند. بنابراین ظاهراً در این قسم از صلاحیت‌های تخییری، مقامات اداری قدرت انعطاف واقعی پیدا می‌کنند. اما حقوق اداری آلمان با پیش‌بینی سازوکار کنترل قضایی توانسته است نحوه اعمال نامناسب این قبیل مفاهیم را کنترل نماید.

مفهوم آلمانی صلاحیت تخییری را نه در دکترین بلکه باید در درون ساختار قوانین و مقررات این کشور یافت. معمولاً متون قانونی دو بخش دارند، بخشی که به وقایع و عناصر تصمیم می‌پردازند و بخشی که به آثار حقوقی موضوع اشاره دارند. تفکیک این دو قلمرو دشوار است، ولی برای فهم صلاحیت تخییری در ارتباط با مفاهیم کلی ذکر شده در قانون اهمیت حیاتی دارد. توضیح آنکه هر دو قسمت ذکر شده در محتوای قوانین می‌توانند عناصری از صلاحیت تخییری را داشته باشند. در قسمت نخست مفاهیم حقوقی نامتعینی نظیر آسایش عمومی، منفعت عمومی، نظم عمومی، ایمنی جاده‌ها، خطر یا اعتماد عمومی و نظایر آن بر اجرای قانون بار می‌شوند و در قسمت دوم ممکن است صراحتاً صلاحیت تخییری از طریق تجویز آزادی عمل اداره در تصمیم‌گیری واگذار شود. بنابراین در دسته نخست، مفاهیم نامتعین و در دسته دوم، آزادی‌های عمل تصریح شده، قدرت انعطاف اداری را فراهم می‌کنند. به هر حال این ناشی از یک منطق حقوقی مشخص در آلمان است که مقام اداری نمی‌تواند خود را به عناصر انتزاعی و الفاظ قانون مقید کند. وی ناچار است در مقام تصمیم‌گیری در موقعیت‌های ویژه اداری که ناشی از الزامات امر اجراست، انتخاب بهترین تصمیم را از الفاظ و عبارات قانونی استنباط نماید. دادگاه فدرال قانون اساسی<sup>۶</sup> در ۱۹۹۰ در یک مورد بر نبود معیار واضح تأکید می‌نماید. دادگاه در این پرونده مقرر کرد که «ممنوعیت نشر نیازمند تناسب با

1. Margin of appreciation = Beurteilungsspielraum

2. Public welfare

3. Public need

4. Public safety

5. Public order

6. BVerfGE 83, 130 - Josefine Mutzenbacher



آزادی هنری است و اداره هیچ معیار واضحی را برای ارزیابی ندارد. بنابراین، تصمیم، امکان بازنگری خواهد داشت». در برخی از حوزه‌های تصمیم‌گیری دولتی نیز اساساً امکان بازنگری قضایی محدود می‌شود. از مهمترین مصادیق این قبیل تصمیمات می‌توان به تصمیمات اتخاذی در آزمون‌ها، بازرسی، معاینه محلی، ارزیابی شرایط فرد برای بهره‌مندی از خدمات مدنی و تصمیمات کارشناسان و تکنسین‌ها اشاره نمود. برای نمونه در این باره می‌توان به تصمیم سازمان امنیت آلمان اشاره نمود که براساس قانون، توزیع کتب خطرناک و مضر برای کودکان را ممنوع اعلام می‌نماید.

## ۲. صلاحیت تخییری در فرآیند برنامه ریزی

سومین مدل از صلاحیت‌های تخییری را می‌توان در قوانین و مقررات طراحی و برنامه‌ریزی یافت که در حقوق آلمان به «صلاحیت‌های تخییری در فرآیند برنامه‌ریزی» یا «پلانونگزامسن»<sup>۱</sup> شهرت دارند. تصمیمات برنامه‌ریزی مبتنی بر مقرراتی هستند که اهداف و اغراض از قبل مشخص شده‌ای را تعیین می‌نمایند. این تصمیمات پیش از آنکه بتوان در تعیین قلمرو مفهومی آنها مناقشه نمود، به دنبال ایجاد تعادل در منافع اقدام یا تصمیم هستند. بر این اساس استانداردهای قابل اعمال در فرآیند کنترل قضایی سایر صلاحیت‌های تخییری قابل اعمال در این مدل از صلاحیت‌های تخییری مربوط به برنامه ریزی نیستند. به همین سبب می‌بینیم در چنین مواردی مقامات اداری برنامه‌ریز در مقایسه با سایر مقامات اداری اختیارات گزینشی وسیع‌تری دارند. به هر حال دادگاه‌ها نیز تنها فرآیند ایجاد تعادل بین منافع رقیب را بازنگری می‌نمایند و به گونه‌ای خود کار معمولاً از شدت کنترل قضایی خود بر صلاحیت‌های تخییری اعمال شده در تصمیمات برنامه‌ریز می‌کاهند. دلیل این امر نیز واضح است، زیرا تصمیماتی که مقامات اداری در راستای برنامه‌ریزی و طراحی اتخاذ می‌کنند، معمولاً ماهیت به شدت تکنیکال، فنی و تخصصی دارند. مهمترین تصمیم در این زمینه، تصمیم دادگاه اداری فدرال ویل<sup>۲</sup> است. خواهان در مجاورت یک نیروگاه برق اتمی (بین ۷ تا ۳ کیلومتری) در حال طراحی و ساخت قرار داشت. در سال ۱۹۷۵ خواننده امتیاز ساخت نیروگاه برق را با تأسیسات جانبی اخذ نمود. خواهان این ادعا را مطرح کرد که

1. Planungsermesssen

2. BVerwGE72,300,312.

ساخت نیروگاه برق اتمی در نزدیکی محل اقامت وی زندگی و سلامتی او را به خطر خواهد انداخت و علاوه بر این ممکن است مضر به رشد گیاهان تنباکو، میوه‌ها و اراضی منطقه باشد. دادگاه اداری بدوی نیز مجوز ساخت را باطل اعلام نمود. اما در دادگاه عالی اداری و دادگاه اداری فدرال، خواهان ناموفق بود.

دادگاه عالی فدرال اعلام نمود که بازنگری قضایی در چنین مواردی تنها محدود به قانونی بودن تصمیم است و قضات نمی‌توانند در اتخاذ تصمیم، خود را جانشین مقام اداری قرار دهند. دادگاه مقرر کرد که وظیفه قاضی نیست که در مورد یک موضوع کاملاً تکنیکی و دارای ماهیت تخصصی اظهار نظر نماید. به عبارت دیگر این امر تنها در صلاحیت مقامات اداری است که تشخیص دهند آیا احداث نیروگاه برق اتمی به لحاظ علمی و تخصصی زیان‌آور است یا خیر. دادگاه تنها در صورتی محق به ابطال تصمیم می‌بود که نشان می‌داد نحوه انجام تحقیقات تکنیکی و جمع‌آوری مسائل مربوط به وقایع، ناقص بوده است.

بر این مبنا دادگاه تفکیک قوای اجرایی از تقنینی را نیز محترم دانسته و صلاحیت تصمیم‌گیری در امور اجرایی را در دست قوه مجریه باقی گذاشته است. به همین سبب گفته می‌شود دادگاه از شدت کنترل قضایی خود در چنین مواردی می‌کاهد و «حاشیه‌های ارزیابی» را شناسایی می‌نماید. در حقوق آلمان این رویکرد را می‌توانیم همچنین در قضیه طراحی ساخت راه آهن و مسیر قطارهای سریع‌السیر مشاهده نماییم.<sup>۱</sup>

## ب) منابع

مهمترین منابع صلاحیت تخییری در آلمان قانون و رویه قضایی است. البته نقش منبعی چون رویه قضایی به مراتب بیشتر است که در ذیل به آن اشاره می‌نماییم.

### ۱. قانون

در آلمان صلاحیت تخییری نیازمند تصریح پارلمان است. در یک عبارت ساده و کوتاه می‌توان گفت صلاحیت تخییری قلمرو<sup>۲</sup> اجرای آزادانه اختیارات اداری است که آن را قانونگذار نیز تضمین کرده است. در آلمان مقامات اداری در اجرای صلاحیت‌های تخییری،

1. BVerwGE72,300,312. And BVerwG, NVwZ 1997, 914; BVerwG NVwZ 1998, 961.

2. Area

الزامات مقرر در ماده ۱۱۴ قانون آیین رسیدگی اداری و ماده ۴۰ قانون آیین‌های اداری را باید رعایت نمایند. متن نخست مبنای قانونی بازنگری قضایی صلاحیت‌های تخییری را فراهم می‌آورد. به موجب این ماده قانونی دادگاه‌ها این مسئله را ارزیابی می‌نمایند آیا اعمال اداری از قبیل فعل یا ترک فعل‌ها به این دلیل غیرقانونی است که از محدودیت‌های قانونی ذکر شده برای صلاحیت تخییری تخطی شده است یا صلاحیت تخییری در چارچوب هدف آن مقرر اعمال شده است. در صورت نخست اعمال صلاحیت تخییری غیرقانونی خواهد بود و در صورت دوم ایرادی نخواهد داشت. به هر حال ماده ۱۱۴ اولاً نهاد صلاحیت تخییری را برای مقامات اداری شناسایی می‌کند و ثانیاً تأکید دارد که هرگاه اداره در اجرای صلاحیت تخییری خود و در اتخاذ اقدامات و تصمیمات به دنبال منافع خویش باشد، دادگاه صلاحیت خواهد داشت آن را بازنگری قضایی کند. در نهایت دادگاه ممکن است خروج از صلاحیت یا اجازه قانونی و عدم توجه به هدف و معنای قانون در اعمال صلاحیت تخییری را به عنوان علل و جهات بازنگری قضایی برگزیند. البته ماده ۱۱۴ با اصلاحات سال ۱۹۹۶ اندکی تغییر یافته و با اضافه نمودن عبارتی به انتهای متن ماده، پیش‌بینی نموده است که مقامات اداری می‌توانند دلایل توجیه‌کننده صلاحیت تخییری خود را در خلال آیین بازنگری قضایی، بررسی و تکمیل نمایند. به موجب ذیل این ماده قانونی: «تا زمانی که بازنگری قضایی در جریان است، مقامات اداری می‌توانند دلائل اتخاذ تصمیم بر مبنای صلاحیت را کامل نمایند».

ماده ۴۰ قانون آیین‌های اداری آلمان (مصوب می ۱۹۷۶ با آخرین اصلاحات) به موضوع صلاحیت تخییری پرداخته است. به موجب این ماده «در فرضی که دستگاه اداری از صلاحیت اختیاری برخوردار است، آن سازمان باید طبق هدف چنین اختیاری عمل کند و محدودیت‌های قانونی بر چنین صلاحیت اختیاری را در نظر داشته باشد».<sup>۱</sup> علاوه بر این در مورد مبانی اعمال اداری، ماده ۳۹ مقرر می‌کند که هر عمل اداری باید توأم با شرحی درباره مبانی آن باشد. شرح مبانی مشتمل بر دلایل اصلی ماهوی و قانونی دستگاه اداری در اتخاذ تصمیم است. این دلایل در مورد تصمیمات مبتنی بر صلاحیت تخییری باید بر اساس نظریاتی باشد که دستگاه اداری در اعمال صلاحیت‌های تخییری به آن‌ها توجه نموده است.<sup>۲</sup>

۱. مرتضی نجابت‌خواه، «قانون رسیدگی اداری آلمان» در ..... مهدی هدواند و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، ص ۱۷۵.

۲. همان، ص ۱۷۵

با این حال، مقررات محدود و مختصری که در مجموعه متون اساسی و اداری آلمان آمده اند، چندان نمی‌توانند رئوس کلی دکرترین صلاحیت تخییری در آلمان را تعیین نمایند. در تعدادی از تصمیمات دادگاه اداری فدرال و دادگاه قانون اساسی و برخی از نوشتارهای حقوقی، تلاش شده است تا این نقیصه جبران گردد. اما هنوز بحث‌ها و جدل‌های بسیاری در این باره وجود دارد.

## ۲. رویه قضایی

دادگاه قانون اساسی آلمان<sup>۱</sup> نیز به‌وضوح تضمین اجرای مناسب و صحیح صلاحیت تخییری را به مثابه یک موضوع حقوق اساسی شناسایی نموده است.<sup>۲</sup> بر این اساس مشاهده می‌شود که در حقوق این کشور اجرای صلاحیت تخییری با اصل حاکمیت قانون همسوست و فرض بر این است که با سازوکارهای قانونی، تضمین شده است.

دگرگونی بنیادین در نحوه تفسیر صلاحیت تخییری در ۱۹۴۵ آغاز شد. البته این دگرگونی مستقیماً تحت تأثیر تجربه دوران نازیسم در آلمان بود که دولت و اداره در خلال این دوران اختیارات تامی داشتند و دادگاه‌ها از تحقق نقش خود در کنترل قضایی عملاً ناتوان بودند. صلاحیت تخییری، عرصه آزاد و بی‌حد و حصر اجرای اختیارات قوه مجریه نیست، بلکه عرصه محدودی است که موجبات «انعطاف‌پذیری»<sup>۳</sup> قانون را فراهم می‌نماید.

توسعه و تثبیت این برداشت در آلمان تحت تأثیر توسعه مفهوم «رش اشتات»<sup>۴</sup> یا دولت قانون‌مدار در حقوق اداری است. اصل دولت قانون‌مدار<sup>۵</sup> مبتنی بر عناصری است که براساس آنها دولت مقید و محدود به قانون است<sup>۶</sup> و باید به حاکمیت قانون احترام بگذارد و در چارچوب آن عمل نماید. به همین سبب کنترل قضایی نیز در آلمان عامل کلیدی در تکوین مفهوم دولت قانون‌مدار است. بند آخر ماده ۱۹ قانون بنیادین که کنترل قضایی را شناسایی نموده است مهمترین مصداق توجه به دولت قانون‌مدار محسوب می‌شود. به موجب این بند:

1. German Constitutional Court=Bundesverfassungsgericht

2. BVerfGE 8, 274; BVerfGE 9, 137.

3. Flexibility

4. Rechtsstaat

5. The principle of the Rechtsstaat

6. Foster, N., German Legal System and Laws, 1993, 149.

هرگاه به حق شخصی از سوی مقامات اداری تجاوز شود، وی می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و اگر هیچ دادگاه دیگری صلاحیت نداشته باشد، به دادگاه عادی مراجعه خواهد شد. در واقع بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین، مبنایی برآمده از قانون اساسی<sup>۱</sup> را جهت بازنگری فرایند اتخاذ تصمیم مقامات اداری برای دادگاه‌ها فراهم می‌نماید. این نوع تضمین کنترل قضایی نسبت به استانداردهای بازنگری و اصلاح مفهوم صلاحیت‌های تخییری نقش اساسی‌تری دارد. بند ۴ ماده ۱۱ جزئی از اصل دولت قانونمدار است که در ذیل دکترین ایده‌الیسم آلمانی<sup>۲</sup> مطرح شده و توسعه یافته است. بر این اساس، حمایت از حقوق ماهوی، با اهمیت‌تر از تضمین اجرای آیین‌های اداری است. این رویکرد را می‌توان در فصل ۴ قانون آیین رسیدگی دادگاه‌های اداری مشاهده نمود. در قانون بنیادین، حداقل با توسل به اصل برابری (ماده ۳)، اصل حمایت از انتظارات مشروع و اصل تناسب، اجرای صلاحیت‌های تخییری محدود می‌شود. دادگاه قانون اساسی در تصمیمی که در سال ۱۹۵۹ اتخاذ نمود، مقرر کرد که صلاحیت‌های تخییری نباید با اصل حاکمیت قانون در تضاد باشند. دادگاه در این تصمیم در حقیقت بر سه مسئله اساسی درباره اصل قانونمداری و صلاحیت تخییری تأکید کرد:

۱. محدودیت‌های برآمده از قانون اساسی آلمان در اعمال صلاحیت تخییری<sup>۳</sup> و امکان بازنگری قضایی آن در صورت نقض این محدودیت‌ها.
۲. حمایت از آزادی فردی با توانمندسازی مقامات اداری<sup>۴</sup> و نیز الزام آنها به اتخاذ تصمیمات مناسب در هنگام اجرای صلاحیت تخییری
۳. سومین نکته‌ای که دادگاه بر آن تأکید نمود، این بود که حاکمیت قانون مستلزم آن است که اداره بتواند در حقوق و آزادی‌های افراد تنها بر مبنای قانون مداخله نماید. به همین سبب این اجازه به گونه‌ای واضح، محدود به موضوع، هدف و گستره قانون است، لذا هرگونه مداخله باید قابل اندازه‌گیری<sup>۵</sup>، قابل پیش‌بینی<sup>۶</sup> و قابل احصا<sup>۷</sup> توسط شهروندان باشد.

1. Constitutional justification

2. German idealism

3. Constitutional limitations to the exercise of discretionary powers

4. Enabling the authorities

5. Measurable

6. Foreseeable

7. Calculable

با دقت در این رأی تاریخی در آلمان، می‌توان فهمید که چگونه نهاد صلاحیت تخییری صورت‌بندی شده است. نهاد صلاحیت تخییری، ضمن شناسایی شدن در حقوق این کشور، از یک سو در چارچوب محدودیت‌های ذکر شده در قانون بنیادین و قوانین عادی است، از سوی دیگر، دغدغه حمایت از حقوق و آزادی‌ها، آن را محدود می‌کند، به طوری که اعطای هر قسم صلاحیت تخییری به اداره تنها در چارچوب قانون ممکن است و نقض آن، با سازوکارهای کنترل قضایی مواجه خواهد بود.

تأکید رویه قضایی در حقوق آلمان در اجرای صلاحیت تخییری این است که باید اعطای صلاحیت تخییری به اداره محدود، مشروط، قابل احصا، قابل پیش‌بینی و قابل کنترل در راستای معنا و هدف آن قانونی باشد که صلاحیت را به مقام اداری داده است. در غیر این صورت صلاحیت تخییری اساساً در قلمرو موضوعات «حقوق اداری آلمان» نخواهد گنجید. لذا صلاحیت تخییری در مفهوم قانونی و حقوقی خود تنها در چارچوب «قانون» و «شرایط» پیش‌بینی شده برای اجرای آن معنا و مفهوم دارد.

قانون بنیادی آلمان به گونه‌ای روشن‌تر محدودیت‌های وارد بر اجرای صلاحیت تخییری را معین نموده است. برای نمونه حق آزادی‌های هنری تضمین شده در ماده ۵ قانون بنیادین، مستلزم این است که سازمان‌های اداری مرتبط، بر مبنای این قانون، اختیارات خود را اعمال نمایند به گونه‌ای که امکان کنترل قضایی فعالیت و تصمیمات آنها وجود داشته باشد. در تصمیمات اخیر دادگاه قانون اساسی، برخی اصول راهنمای مبتنی بر قانون بنیادین، قلمرو مداخله محاکم در حوزه صلاحیت‌های تخییری را معین نموده است. برای مثال می‌توان از اصول راهنمایی یاد نمود که از ماده ۱۹ قانون بنیادین ناشی می‌شود.

این ماده اساساً به دنبال حمایت حداکثری و کامل از فرد انسانی است. دادگاه قانون اساسی با تشریح اصول کلی و راهنمای برآمده از این ماده تأکید دارد که به دنبال حمایت حداکثری و کامل از فرد انسانی است و برای این هدف، دادگاه‌ها باید به صورت کامل، قانونی بودن تصمیمات مقامات اداری را در انطباق با وقایع<sup>۱</sup> بررسی نمایند. این امر در کنترل قضایی باعث شده است تا کنترل تصمیمات مقامات اداری به گونه‌ای فراگیر گسترش یابد.

#### 1. Facts

### گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری در حقوق آلمان

با نگاهی مختصر به تاریخ توسعه کنترل قضایی صلاحیت تخییری می‌توان تأثیر آن بر تحولات قانون اساسی آلمان را مشاهده نمود. در نیمه دوم قرن نوزدهم بود که برای اداره عرصه‌ای را که خارج از کنترل قضایی دادگاه بود، شناسایی نمودند. این قلمرو که از کنترل دادگاه‌ها خارج می‌شد، مشخصه امری اجرایی بود که تنها در قلمرو اختصاصی اداره قرار داشت و به مقام اداری نوعی صلاحیت اعطا می‌کرد. این عرصه را اصطلاحاً «حوزه خارج از کنترل قضایی»<sup>۱</sup> می‌توان نامید. هدف از شناسایی چنین قلمرویی برای اداره نیز امکان اتخاذ تصمیم و فراهم نمودن زمینه‌های آن است.

نظام سلطنت پادشاهی آلمان در این دوره اجازه می‌داد تا صلاحیت‌های تخییری را به صورتی گسترده و نامحدود، قدرت حاکم اعمال نماید. در حقیقت «اختیار اداری»<sup>۲</sup> قلمرویی از صلاحیت قدرت حاکم بود که دادگاه‌ها و پارلمان هیچ نقشی در آن نداشتند. اعمال کنترل قضایی محدود بر شایستگی‌های تصمیم‌های اداری که صلاحیت تخییری داشتند، به آهستگی در حقوق آلمان توسعه یافته است. موضوع اصلی توسعه نیز شناسایی صلاحیت‌های تخییری است. برخلاف نظریه‌هایی که ما در حقوق اتریش شاهدیم، در آلمان مسئله به شدت وابسته به این است که آیا قانونگذار برای تجدید نظر در اجرای صلاحیت‌های تخییری ذکر شده در قوانین اجازه می‌دهد یا خیر.

منع تجدید نظر در قوانین به این معناست که قصد پارلمان<sup>۳</sup> این بوده است که آن دسته از صلاحیت‌های تخییری را لحاظ کند که خارج از کنترل قضایی دقیق و موشکافانه<sup>۴</sup> هستند. شارحان حقوق اداری آلمان با توضیح صلاحیت تخییری سعی نموده‌اند مفهوم مشخصی از این دکتترین ارائه دهند که از مفهوم آن در سایر کشورهای اتحادیه اروپا متمایز است.

ادعای اساسی دیگر، این است که با کاستن از شدت و حدت کنترل قضایی بر صلاحیت‌های تخییری، امکان نقض بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین (رجوع به محاکم در صورت نقض حق شخصی) و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (دادرسی منصفانه) افزایش می‌یابد. اگر دادگاه‌ها بخواهند کنترل ضعیفی را بر صلاحیت‌های تخییری اعمال

1. Area free from judicial control

2. Pouvoir administratif

3. Intention of parliament

4. Judicial scrutiny

نمایند، بیم آن است که احتمال نقض حق‌های بینادین آن گونه که در قضیه ساخت نیروگاه برق آبی مشاهده نمودیم، افزایش یابد. امتناع محاکم از ورود به «حسن تصمیم» و «تکنیک‌ها» بر قلمرو حقوق اداره شوندگان به شدت تأثیر می‌گذارد.

### بند اول: قصور در اجرای صلاحیت تخییری

در حقوق آلمان به طور کلی سه شکل غیر قانونی بودن<sup>۱</sup> را می‌توان یافت که شامل «سوء استفاده از صلاحیت»<sup>۲</sup>، «خروج از صلاحیت»<sup>۳</sup> و در نهایت «قصور در اجرای صلاحیت تخییری»<sup>۴</sup> می‌شود. در حقوق این کشور برخی خروج از صلاحیت تخییری را نوعی سوء استفاده از صلاحیت تشخیصی دانسته‌اند.<sup>۵</sup>

در حقوق این کشور نیز نظیر حقوق انگلیس، مصادیق قصور در اجرای صلاحیت تخییری با اندکی تمایز، بازنگری قواعد خودساخته، تفویض اختیار غیرمجاز و مقید نمودن صلاحیت تخییری را دربرمی‌گیرد.<sup>۶</sup> در مورد بازنگری قواعد خودساخته یک اشتباه سنتی وجود دارد مبنی بر اینکه تصمیم‌گیرندگان دولتی تصور می‌کنند که می‌توانند قواعدی را از پیش خود ایجاد نمایند. تصمیم‌گیرندگان معمولاً معتقدند که آنها متعهد به اجرای استانداردها براساس اصل برابری هستند و در برابر استانداردهای اجرایی غیرقانونی<sup>۷</sup> هیچ تکلیفی ندارند.

تفویض اختیار غیرمجاز نیز در حقوق آلمان اهمیت چندانی ندارد. این امر به دلیل مخاطراتی است که ممکن است در پی تفویض اختیار بویژه از نوع گزینشی، پیش بیاید. نوع دیگر قصور در اجرای صلاحیت تخییری یعنی مقید نمودن صلاحیت،<sup>۸</sup> بحث‌های مهمی را در

1. Illégalité.

2. Fbuse of discretion

3. Excess of discretion

4. Failure to exercise discretion

۵. دادگاههای آلمان نیز میان دو دسته اشتباه تمایز قائل می‌شوند. نخستین اشتباه ممکن است در فرآیند اتخاذ تصمیم حادث شود. (اشتباه شکلی) و دوم اشتباهاتی که مربوط به نتایج حاصل از تصمیم است که بیشتر مربوط به ماهیت و محتوای تصمیم می‌شود.

6. Martina Künnecke, *Tradition and change in administrative law: an Anglo-German comparison*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007. pp89-90.

7. Illegal standard practice

8. Fettering discretion



حقوق این کشور مطرح نموده که شایع‌ترین مورد این بحث را می‌توانیم در قضیه شیشه‌های فلت<sup>۱</sup> در ۱۹۷۰ مشاهده نماییم. در این پرونده مشهور، مجوز ساخت یک کارخانه تولید شیشه فلت به شرکت دی<sup>۲</sup> واگذار شد. خانه افراد خواهان و ۲۶ نفر دیگر از مالکین در کنار این کارخانه بود. قانون فدرال ساخت‌وساز،<sup>۳</sup> قانونی بود که نحوه توسعه طرح‌ها و مجوزهای ساخت‌وساز را مشخص می‌نمود. بر اساس بند ۴ ماده ۱ قانون مزبور، برنامه‌های توسعه تنها پس از ارزیابی منافع متعارض که شامل منافع خصوصی و عمومی می‌شود، خواهد بود.

در زمستان ۱۹۷۰ اعضای شورای محلی تصمیم گرفتند تا به این شرکت پیشنهاد تأسیس ساختمان‌های بلندتر و اضافی را در اراضی بیشتری بدهند. بعد از چند روز شورای محلی این امر را تصویب نمود. اما برنامه توسعه این منطقه، اراضی مناطق مسکونی را نیز در بر می‌گرفت و به دلایل مربوط به حفظ چشم‌اندازها پیش‌بینی نموده بود که تنها مجوز ساختمان‌های کوتاه داده شود. به همین سبب طرح به منظور مطابقت بیشتر با برنامه تغییر نمود. در نهایت مجوز ساخت‌وساز در اکتبر ۱۹۷۰ صادر شد. اما بعد از صدور مجوز، مقام ناظر، طرح ساخت‌وساز را تغییر داد به دلیل اینکه ارزیابی منافع متعارض (ذینفع‌ها) در اعطای مجوز به صورت ناقص انجام شده بود و مقام عمومی بدون توجه به صراحت قانونی، صلاحیت تخییری خویش را اعمال کرده بود. دادگاه مقرر نمود که مقام عمومی بایستی ارزیابی منافع رقبا را انجام می‌داد و انجام نشدن این ارزیابی به معنای نقض تکلیف تلقی می‌شود. در اینجا مقام عمومی نیز برخلاف تکلیف مقرر عمل نموده و علاوه بر این، اهمیت حمایت از منافع و مالکیت رقبای خصوصی را نادیده انگاشته بود. بنابراین مجوز ساخت‌وساز غیر قانونی بوده و حق مقرر در ماده ۱۴ قانون بنیادین، نقض شده است.<sup>۴</sup>

#### بند دوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری

سوء استفاده از صلاحیت تخییری در آلمان همان گونه که در ماده ۱۴ آیین دادرسی اداری این کشور مشخص شده است، می‌تواند اشکال متعددی به خود بگیرد. عدم رعایت اصل

1. Floatglass case (BVer BVerwGE45, 309).

2. D-Corporation

3. Federal Law on Building = Bundesbaugesetz

۴. به موجب ماده ۱۴ قانون بنیادین «مالکیت و حق بر میراث تضمین می‌گردد. محتوا و محدوده‌های این حق توسط قانون مشخص خواهد شد.»

تناسب، نقض حقوق بنیادین، نادیده گرفتن انتظارات مشروع، به کارگیری نامعقول مفاهیم حقوقی نامتعین و در نهایت نقض استانداردهای اروپایی در این زمینه از مهمترین مصادیق سوء استفاده از صلاحیت تخییری است و دادگاه‌ها معمولاً با توجه به این جهات اعمال اداری را بازنگری قضایی می‌نمایند. ذیلاً به دو مورد از مهمترین این جهات یعنی تناسب و رعایت حقوق بنیادین اشاره می‌شود.

### الف) تناسب

در مقایسه با سایر سیستم‌های حقوقی، در حقوق آلمان اصل تناسب با وضوح بیشتری در قوانین و مقررات و رویه‌ها مطرح شده و توسعه یافته است.<sup>۱</sup> در دادگاه‌های اداری این کشور، اصل تناسب در مقام بازنگری قانونی بودن تصمیمات مبتنی بر صلاحیت تخییری، نقش مهمی دارد. ریشه‌های این اصل در حقوق آلمان به تصمیم دادگاه اداری پروس<sup>۲</sup> در ۱۸۸۲ و دادگاه فدرال قانون اساسی برمی‌گردد که مبتنی بر اصل دولت قانون‌مدار و حقوق بنیادین است. برای احراز احترام به اجرای این اصل به قول شوراترز رعایت سه شرط ذیل ضروری است:

۱. اقدامات اتخاذی باید متناسب با اهداف باشد و دستیابی به آنها را تسهیل نماید.

(تناسب اقدامات اتخاذی با اهداف مقرر)

۲. اقدامات اتخاذی باید ضروری باشد و سبب محدودیت حداقلی بر حقوق و آزادی‌ها شود.

۳. اقدامات و تصمیمات نباید نامتناسب<sup>۳</sup> با محدودیت‌هایی باشد که مقام اداری اعمال می‌نماید.

به سبب اهمیت این اصل در اعمال قدرت عمومی در برخی حوزه‌ها نظیر اعمال اختیارات پلیس توجه زیادی به این اصل شده است. در همین زمینه در برخی از تصمیمات دادگاه فدرال قانون اساسی، تصمیم اداری به دلیل نقض اصل تناسب ابطال شده است. سه پرونده‌ای که در سال‌های ۱۹۹۰ در دادگاه‌های اداری و دادگاه قانون اساسی مطرح شده نشان داد که استانداردهای بازنگری قضایی در این باره شناور و متغیرند. در یک مورد خواهان، راننده اتوبوس دارای هجده سال سابقه کار بود.<sup>۴</sup> در این پرونده مقام اداری

1. Schwarze, J. *European Administrative Law*, 2006, 685.

2. Prussian *Oberverwaltungsgericht*

3. Disproportionate

4. BverwG, NJW 1995, 3334.

تقاضای وی را برای تمدید گواهینامه رد نمود. دلیل رد تقاضای تمدید مبتنی بر این بود که خواهان به سن پنجاه سالگی رسیده و نتوانسته است گواهی‌های پزشکی و روانشناسی لازمه برای احراز توانایی در رانندگی را اخذ نماید. در مقابل خواهان، یک گواهی کلی مبتنی بر تأیید سلامتی‌اش در امر رانندگی اتوبوس را به آن اداره داده بود.

قانون بزرگراه‌های آلمان مهم‌ترین متن قانونی است که شرایط اخذ گواهینامه‌های اتوبوس و سایر وسایل نقلیه را بیان می‌کند. مطابق بخش ۱۵ این قانون، متقاضی تمدید گواهینامه رانندگی اتوبوس باید گواهی دکتر متخصص یا گواهی صادر از مرکز پزشکی ذی صلاح و همچنین گواهی سلامت روانی را ارائه نماید. با وجود تصویب قانون وزیر کشور مقرر نمود که اطلاعات جزئی‌تر پزشکی و روانشناسی برای این متقاضیانی که به سن پنجاه سالگی می‌رسند نیاز است. در واقع از آنجا که تعیین محتوا و جزئیات در این قانون نیامده بود، این تنها تصمیم وزارتی بود که خواهان ارائه گواهی‌های پزشکی و روان‌شناسانه دقیق و جزئی بود. بنابراین در این پرونده اداره مربوط گواهی‌های پزشکی مختصر و کلی را کافی ندانست و آنها را رد نمود. در مقابل خواهان از ارائه هرگونه آزمایشات جزئی با این ادعا که در قانون چنین امری نیامده است، سر باز زد. دادگاه پایین‌تر و دادگاه عالی اداری تقاضای خواهان را رد نمودند. با درخواست واکاوی خواهان نزد دادگاه عالی فدرال، این گونه حکم شد که الزام خواهان به ارائه گواهی‌های پزشکی و روان‌شناسانه جزئی و دقیق، اصل تناسب و نیز اصل قطعیت حقوقی را نقض نموده است.

گزارش پزشکی باید تنها ناظر به موضوعات پزشکی مرتبط با توانایی‌های شخص از جمله بنیه و میزان توجه وی متمرکز باشد. علاوه بر این دادگاه مقرر کرد که الزام خواهان به ارائه گواهی‌های پزشکی جزئی، متناسب با هدف و معنای مورد نظر قانونگذار نیست.

همان‌گونه که در محتوای این پرونده آمده است اساساً قانونگذار تأیید مراجع پزشکی و روانشناسی را برای تمدید گواهینامه رانندگی خواهان ضروری دانسته است. با این حال با توجه به کلی بودن عبارت قانون بزرگراه‌ها، مقام اداری با استفاده از صلاحیت تخییری خود اقدام به تعیین جزئیات دقیق‌تر و مشخص‌تری در مورد ارائه گواهی پزشکی و سلامت روانی نموده است. مسئله اینجاست که خواستن جزئیات دقیق‌تر و تفصیلی پزشکی و سلامت روانی هر چند از ابهام و کلیت ماده ۱۵ کاسته است، در واقع با ایجاد محدودیت‌ها و شرایط غیر متناسب و غیر ضروری، به نوعی اصل تناسب را نقض نموده است.

پیام اصلی قضیه تمديد گواهینامه رانندگی در آلمان این است که هر چند مقامات عمومی، صلاحیت اختیاری تعیین جزئیات به ویژه در تصمیمات موردی را دارند، اما این امر نباید محدودیت غیر ضروری و غیر متناسب بر حقوق و منافع شهروندان ایجاد کند. در واقع این پرونده رویکرد مضیق و محدود دادگاه فدرال اداری را درباره اصل تناسب نشان می دهد و به این معناست که دادگاه با توجه به هدف قانون تنها ارائه گواهی سلامت پزشکی و روانی کلی را در راستای حمایت از مردم در برابر رانندگان اتوبوس که شاید در سنین بالا سلامت جسمانی یا روانی کاملی نداشته باشند، لازم دانسته است، یعنی تنها سلامت کلی جسمانی و روانی راننده از جمله میزان توجه و بنيه وی هدف این ماده قانونی بوده است.

به عبارت دیگر مقام اداری که با استفاده از صلاحیت تخییری خود خواهان گزارش پزشکی کامل و دقیق است، به نوعی خارج از هدف مقرر و به گونه ای غیر ضروری تصمیم گیری نموده است. در این جا دیوان با استناد به نقض اصل تناسب<sup>۱</sup> و اصل قطعیت حقوقی<sup>۲</sup>، نوعی تناسب و تعادل میان منافع عمومی و منافع خصوصی رانندگان اتوبوس برقرار نموده است. اما اجرای اصل تناسب و اعمال آن توسط دادگاه های اداری در آلمان از انتقادات نیز مصون نبوده است. رویکردی از سالیان ۱۹۹۵ در آلمان به مثابه یک بحثی اختلافی پدید آمده است که به موجب آن اساساً نقض تصمیمات مقامات اداری توسط یک دادگاه را در چارچوب نظریه تفکیک قوا مورد انتقاد و ایراد قرار می دهد. مسئله از آنجا ناشی می شود که فرد قاضی که تصمیم مقام اداری را نامناسب، غیر ضروری یا غیر قانونی اعلام می نماید در حقیقت با این تحلیل خود را در اتخاذ تصمیم، جانشین مقامات عمومی نموده است. به عبارت رساتر در چنین مواردی که تصمیم دادگاه قاطع دعواست، رویکرد قضات همواره بر رویکرد مقامات اداری برتری می یابد. این مسئله به پرونده مشهور جاسوسان آلمان شرقی در ۱۹۹۵ برمی گردد.<sup>۳</sup> در این پرونده، دادگاه فدرال قانون اساسی با به کارگیری مفهوم حداکثری اصل تناسب به نوعی قانون فدرال را در زمینه اختیارات پلیس، تفسیر و آن را محدود نمود، در حالی که به نظر می رسد دادگاه هرگز نمی تواند در جایگاه قانونگذار بنشیند یا اختیاراتی مشابه قانونگذار داشته باشد. در پرونده دیگری<sup>۴</sup> دادگاه

1. Principles proportionality
2. Principles of legal certainty
3. East German Spies case (BVerfGE NJJV1995, 1811)
4. Low Level Flights case (BverwG JZ 1995, 510)

فدرال اداری از بازنگری گسترده تصمیم وزارت دفاع فدرال مبنی بر اعطای اجازه پرواز در سطح پایین تر از استاندارد مشخص خودداری نمود. دادگاه تنها در بازنگری خود در این قضیه به این مورد پرداخت که آیا وزیر در اعطای اجازه با توجه به اوضاع و شرایط عمل نموده است و آیا توانسته است منافع و حقوق شهروندان را رعایت نماید؟ با این بازنگری حداقلی، در حقیقت دادگاه برای وزیر حاشیه ارزیابی قائل شده است. اختلاف رویه‌های دادگاه فدرال اداری و دادگاه قانون اساسی در پرونده‌های متعدد بیشتر مربوط به صلاحیت‌های تخییری است و علت آن، دغدغه اعمال مناسب صلاحیت تخییری در راستای حفاظت از حقوق بنیادین است. پرونده‌های ذکر شده نشان می‌دهد که حفاظت و حمایت از حقوق بنیادین نقش بسیار مهمی در بازنگری صلاحیت‌های تخییری دارند. بنابراین اعمال اصل تناسب در حقوق آلمان نیز بیشتر مبتنی بر توجیه حمایت از حقوق بنیادین<sup>۱</sup> و مفهوم دولت قانون‌مدار (رش اشتات)<sup>۲</sup> در آلمان است. با این حال به سبب اهمیت و جایگاه دادگاه قانون اساسی فدرال در آلمان، این نهاد قوی‌تر از دادگاه‌های اداری نقش خود را در پاسداشت حقوق بنیادین عملی نموده است.

### ب) حمایت از حقوق بنیادین

حقوق بنیادین در آلمان محدودیت‌های آشکاری را بر اجرای صلاحیت‌های تخییری بار نموده است. در فرایند اجرای صلاحیت‌های تخییری، یکی از مصادیق سوء استفاده از این صلاحیت، نقض حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی است. اعطای حاشیه‌های ارزیابی و صلاحیت تخییری اساساً زمینه نقض بالقوه حقوق بنیادین را فراهم می‌نماید. در این راستا دادگاه‌های اداری و نیز دادگاه قانون اساسی، در کنترل قضایی تصمیمات اداری از منظر رعایت حقوق بنیادین، نقش بسیار مهمی دارند. در قضیه آزادی اجتماعات<sup>۳</sup>، خواهان عضو مؤسسه، بین المللی مخالفان وظیفه‌شناس بود. حدود هشت عضو این مؤسسه در می ۱۹۶۹ تصمیم به برگزاری تظاهراتی علیه آزمایشات هسته‌ای به طراحی ایالات متحده گرفتند. آنها پیش از این از کنسول آمریکا تقاضای بیان دیدگاه‌هایشان را نیز داده بودند. یک ساعت و نیم بعد از برگزاری تظاهرات، پلیس تظاهرات را پراکنده نمود. افراد خواهان در این قضیه علیه این اقدام شکایتی را مطرح نمودند.

1. Basic rights (*Schranken*).

2. Rechtsstaat

3. Assembly case (BVerwGE 26, 135)

استدلال مقامات پلیس بر این مبنا بود که تظاهرات انجام شده مجوز لازم نداشته است و رهبران آنها معلوم نبودند. قانون حاکم بر سازماندهی تظاهرات و همچنین بر هم زدن آنها قانون اجتماعات آلمان بود. علاوه بر این ماده ۸ قانون بنیادین آلمان مقرر می‌نمود که همه آلمانی‌ها حق برگزاری صلح‌آمیز اجتماعات را بدون حمل سلاح و بدون اجازه یا اعلان قبلی دارند. با این حال ماده ۱۴ قانون اجتماعات، بحث اخذ مجوز را مربوط به مقامات اداری مطرح نموده است. همچنین به موجب ماده ۱۵ این قانون، پلیس اختیار بر هم زدن تظاهرات را در صورت نداشتن مجوز خواهد داشت. این قانون با نگاهی به متن ماده ۸ قانون بنیادین در واقع محدودیتی را بر حق آزادی اجتماعات در قانون بنیادین مقرر نموده است.

بنابراین دادگاه اداری فدرال نیاز به اخذ مجوز با قانون اساسی آلمان را مطابقت داد. در حقوق آلمان قانونگذار باید با ملاحظه سایر حقوق بنیادین مطرح در قانون اساسی مانند حق بر برابری و اصول مربوط به رعایت قانون اساسی اقدام نماید. در این بند ۲ ماده ۱۹ قانون بنیادین، مقام عمومی را از تخطی به حقوق بنیادین بازداشته است. به همین سبب اصل تناسب نقش پراهمیتی در این زمینه خواهد داشت. این اصل در قید فرمول کلی ایجاد تعادل میان آزادی‌های فردی و حمایت از منفعت عمومی قرار دارد. دادگاه در قضیه آزادی اجتماعات مقرر نمود که ضوابط قانونی مربوط به اخذ مجوز و برهم زدن اجتماعات که در قانون آزادی اجتماعات آمده است، منطبق با قانون اساسی و هماهنگ با این قیود و محدودیت‌هاست، چراکه از نظر دادگاه انجام تظاهرات بدون مجوز، بالقوه می‌تواند برای نظم عمومی<sup>۱</sup> خطر آفرین باشد.

بر همین مناسبت که مقامات عمومی باید از برگزاری اجتماعات برای اتخاذ تدابیر مناسب جهت حمایت از نظم عمومی اطلاع داشته باشند. علاوه بر این، موضوع مهم دیگری که در این قضیه، دادگاه بر آن تاکید کرده بود، شناسایی صلاحیت تخییری پلیس آلمان مبنی بر تصمیم به برهم زدن تظاهرات بود. دادگاه مقرر کرد که تصمیم به انحلال تظاهرات با اجرای صلاحیت تخییری پلیس آن گونه که در قوانین آمده است، مطابقت چرا که به موجب ماده ۱۵ قانون آزادی اجتماعات، پلیس می‌تواند (اختیار دارد) اجتماعاتی را که مجوز ندارند پراکنده نماید. تنها در صورتی می‌توان گفت که صلاحیت تخییری پلیس به طریقی غیرقانونی اعمال شده است که این صلاحیت مخالف با قصد و هدف قانونگذار باشد.

1. Public order

برای مثال، تصمیم پلیس برای پراکنده نمودن اجتماعات در صورتی غیرقانونی تلقی می‌شود که دیدگاه‌های فکری و سیاسی در برهم زدن اجتماعات دخالت داده شود. در حقیقت صلاحیت و تشخیص پلیس و مقامات عمومی باید تنها در راستای هدف و قصد قانونگذار باشد. موضوع مهم دیگر که مربوط به حقوق بنیادین است محدودیت‌های ناشی از اجرای حقوق در جامعه است. دادگاه اداری فدرال، تصمیم پلیس را از آن جهت قانونی می‌داند که مقامات عمومی در جهت پاسداشت نظم عمومی باید از برگزاری اجتماعات اطلاع داشته باشند.

از نظر قانونگذار، هر چند حق آزادی اجتماعات در قانون بنیادین شناسایی شده است اما این به معنای سلب اختیار مقامات عمومی برای پیشگیری از به خطر افتادن نظم عمومی نیست. در واقع دادگاه فدرال اداری با این تصمیم توانست میان حق آزادی اجتماعات مصرح در قانون بنیادی آلمان و ضرورت‌های مربوط به منفعت عمومی و نظم عمومی تعادل برقرار نماید. موضوع مناقشه برانگیز دیگر در این زمینه اعتراض به نتایج امتحانات آزمون‌ها و آزمایشات فنی و تخصصی است.

از حوزه‌های مشهور و آشکار اعمال صلاحیت‌های تشخیصی در آلمان، تصمیم‌گیری در مورد ارزشیابی‌ها و اعلام نتایج امتحانات است، چرا که معیار قانونی مشخصی برای این موارد تعیین نشده است. دادگاه‌های آلمان در هنگام تقاضای بازنگری قضایی در موضوعات مربوط به تصمیم‌گیری در آزمون‌های پزشکی، دانشگاهی و شغلی، نظارت حداکثری و دقیقی را اعمال نمی‌نمایند که علت آن نیز گستره صلاحیت تشخیصی مقام عمومی و دسته بندی این قبیل تصمیمات در زمره اعمال اداری خاص است، به طوری که در مقام بازنگری، دادگاه‌های اداری معمولاً در چنین مواردی تخصص لازم ندارند و نمی‌توانند خود را در جایگاه مقام اداری جهت قضاوت قرار دهند. به همین سبب عرصه بازنگری قضایی در این قبیل صلاحیت‌های تشخیصی محدود می‌شود. معمولاً آنچه دادگاه‌ها در چنین مواردی ارزیابی می‌نمایند، ناظر به رعایت اصول کلی مربوط به ارزشیابی درست وقایع و دخالت ندادن ملاحظات غیر مرتبط با تصمیم است. در قضیه مشهوری در زمینه امتحانات<sup>۱</sup>، دو شکایت مجزا درباره اعتراض به تصمیم مقام عمومی در برگزاری آزمون مطرح شد، در هر دو پرونده افراد خواهان داوطلب آزمون دولتی برای ورود به شغل و کالت بودند.

1. Law State Exam case II (BVerfGE 84, 34)

درخواست واکاوی اولین خواهان از نتایج امتحان رد گردید. از نظر این خواهان نمره تعیین شده توسط ارزشیاب برای مصاحبه شفاهی بسیار پایین بود. استدلال خواهان براین بود که ارزشیاب در ارزیابی مصاحبه وی از یک نظریه حقوقی تبعیت نموده که در رویه قضایی و دکترین حقوقی شاذ است و مقام عمومی، تشخیصی غیر معمول با برگزیدن نظریه‌ای شاذ در ارزشیابی داشته است. در قضیه دوم نیز خواهان در ارائه پایان‌نامه خود برای بار دوم ناموفق بود. دادگاه اداری باز تصمیم مقام عمومی و دانشگاهی را تأیید نمود، چرا که در این موارد ممتحنین واجد حاشیه‌های ارزیابی هستند. به همین سبب ماهیت تصمیم نمی‌تواند موضوع بازنگری قضایی قرار گیرد. آنچه دادگاه‌ها در چنین مواردی بازنگری می‌کنند، بیشتر مربوط به رعایت مسائل شکلی است.

در سالیان اخیر رویه قضایی دادگاه‌های اداری در بازنگری صلاحیت تشخیصی به دلایل حقوق بشری به‌ویژه در چارچوب بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین آلمان توسعه بسیاری دیده است. بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین آلمان مقرر می‌کند هرگاه حقوق فردی توسط مقام عمومی نقض شود، شخص می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید. آنچه میان بازنگری حداقلی صلاحیت‌های تشخیصی و احترام به حقوق بنیادین از سوی مقامات عمومی قابل مناقشه است، امکان نقض حقوق بنیادین شناسایی شده در قانون بنیادین در ذیل بند ۴ ماده ۱۹ است. برای نمونه در آن قضیه امتحانات از آنجا که آزمون مزبور منجر به کسب یک شغل برای افراد خواهان می‌شد، عدم بازنگری دقیق و صحیح این فرآیند از سوی دادگاه‌ها معنایی جز نقض حق انتخاب شغل و حرفه مشخص شده در ماده ۱۲ قانون بنیادین نمی‌توانست داشته باشد.

در دعوی مزبور ادعای خواهان این بود که دادگاه اداری موظف است در جهت اعمال مطلوب بند ۴ ماده ۱۹ و نیز حمایت از حق شغل و حرفه شناسایی شده در قانون بنیادین، کنترل قضایی حداکثری را بر چنین مواردی که مبتنی بر مقتضیات حقوق بشری است، اعمال نماید. در غیر این صورت با شناسایی صلاحیت تخییری مقام عمومی، بر تضمین رعایت حقوق بنیادین به شدت تاثیر منفی خواهد گذاشت. قضیه آزمون‌ها در حقوق آلمان نشان داد که تعارض آشکاری میان حمایت حداکثری از حقوق بنیادین و شناسایی صلاحیت تخییری وجود دارد.

در هر حال پرونده‌هایی از این دست در حقوق آلمان دو نکته بنیادین را نشان می‌دهند: نخست رویکرد دادگاه فدرال اداری در بازنگری صلاحیت‌های تخییری بر مبنای



محدودیت‌های حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی و سپس تعارض میان اجرای صلاحیت‌های تخییری و تضمین حداکثری حقوق بنیادین.

### فصل دوم: صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان، بازنگری قضایی اختیارات گزینشی محدودتر از حقوق آلمان است. با این حال قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ انگلستان<sup>۱</sup> مسائل جدیدی را فرا روی این نظام حقوقی قرار داده است،<sup>۲</sup> به گونه‌ای که این قانون بحث‌های حقوق اساسی انگلستان را بسیار پیچیده و متفاوت از گذشته نموده است. در فرایند اتخاذ تصمیمات اداری، مفهوم «صلاح‌دید»<sup>۳</sup> ابزار مهمی برای حصول تصمیمات صحیح و منطقی در اداره است. بنابراین «صلاح‌دید» در جه‌ای از انعطاف<sup>۴</sup> را به مقامات اداری اعطا می‌نماید.

### گفتار اول: منابع صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان انواع مختلف صلاحیت تخییری چندان به صورت مجزا در قالب یک مفهوم مشخص نیامده است. با وجود این سه منبع اساسی یعنی قانون، امتیازات پادشاهی و استنباط صلاحیت تخییری ضمنی، شناسایی نهاد صلاحیت تخییری در حقوق این کشور را مجاز دانسته است.

#### الف) قانون مصوب پارلمان

نخستین منبع صلاحیت تخییری در انگلستان قوانین و مقرراتی است که اجازه اعمال صلاح‌دید اداری را به مقامات اداری می‌دهد. این صلاحیت را می‌توان در قوانین و مقررات مربوط به رفاه اجتماعی، شهرسازی، مهاجرت و آموزش عمومی یافت. معمولاً در این قوانین و مقررات، صلاحیت تخییری و امکان اعمال آن از سوی اداره با عبارتی چون «اگر وزیر براساس یک مبنای معقول معتقد باشد که .....»، «اگر وزیر بر این نظر باشد» و «اگر تشخیص دهد» بیان

1. Human Rights Act 1998

۲. در این باره ر.ک: دکتر محمد حسین زارعی، «مروری بر قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ انگلستان»، مجله ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی، ش ۴۸۱-۶۳.

3. Discretion

4. Flexibility

می‌گردد. عبارات به کار رفته در متن قوانین نیز به صورتی مبهم و دوپهلوی و دارای برد معنایی تفسیری هستند. این عبارات می‌توانند نظیر «اگر منفعت عمومی ایجاب نماید» یا «مبتنی بر اخلاق عمومی و ایمنی شهروندان باشد» و نظایر آن در قانون ذکر گردند.<sup>۱</sup>

### ب) صلاحیت تخییری ضمنی

دومین منبع صلاحیت تخییری، امکان استنباط صلاحیت تخییری از اختیارات مقامات اداری است که حقوق انگلیس آن را ذیل عنوان «صلاحیت تخییری ضمنی»<sup>۲</sup> آورده است. این قبیل صلاحیت را می‌توان در مفاهیمی نظیر «منفعت عمومی»<sup>۳</sup> یافت. این مفاهیم باز و قابل تفسیر که در حقوق آلمان ذیل عنوان مفاهیم حقوقی نامتعیین بررسی شد، به اداره امکان می‌دهند تا برداشتی را که خود از این مفهوم دارد ارائه و اجرا نماید. از این قبیل عبارات دوپهلوی، مبهم، قابل تفسیر و گنگ در متون قانونی و اسنادی که صلاحیت را به کارمند اعطا می‌نمایند، کم نیستند. وجود این قبیل مفاهیم اعمال صلاحیت تخییری را از طریق ارائه نوعی تفسیر اداری محقق می‌کند.

### ج) اختیارات سلطنتی

سومین منبع صلاحیت تخییری در انگلستان در قالب «امتيازات سلطنتی»<sup>۴</sup> دیده می‌شود. در حقوق اساسی انگلستان هنگامی که سخن از امتيازات سلطنتی گفته می‌شود، هیچ متن قانونی مدونی آنها را به دقت مشخص ننموده است. بدین طریق هنگامی که دولت بر اختیارات مبتنی بر کامن لا استناد می‌کند، می‌توان ردپای امتيازات سلطنتی را نیز در آنها یافت. هر چند علی‌القاعده، اجرای اختیارات سلطنتی نیز از کنترل قضایی معاف نیست، با این حال اجرای برخی از این اختیارات هنوز معاف از کنترل قضایی محسوب می‌شوند. برخی از این موارد در پرونده<sup>۵</sup> GCHQ ذکر شده‌اند که شامل موضوعات مربوط به روابط خارجی و مسائل مربوط به صلح و جنگ و موضوعات مربوط به انتصاب و عزل وزرا، انحلال پارلمان و نظایر آن می‌شود. علاوه بر

۱. در متون قانونی فارسی نیز می‌توان رد پای صلاحیت‌های تخییری را در عباراتی چون «اداره می‌تواند»، «به تشخیص هیئت»، «به تشخیص بالاترین مقام دستگاه اجرایی»، «سیازمان حق خواهد داشت»، «اداره مخیر است» و نظایر آن یافت.

2. Implied discretionary power

3. Public interest

4. Royal prerogative

5. Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

موارد ذکر شده، قسم دیگری از صلاحیت تخییری در انگلیس وجود دارد که تحت عنوان «صلاحیت تخییری ناشی از کامن لا» دسته‌بندی می‌گردد. با اینکه این قبیل صلاحیت‌ها از امتیازات سلطنتی جدا هستند، جایگاه آنها در حقوق انگلیس بسیار قابل بحث است.

### گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری و مسائل آن

دغدغه‌هایی که در حقوق انگلیس در مورد صلاحیت تخییری و امکان تبدیل آن به خودسری و بی‌عدالتی وجود دارد، بیش از پیش ضرورت کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها را نسبت به سایر نظام‌های حقوقی نمایان نموده است.

#### بند اول: کنترل محدود دادگاه‌ها بر شایستگی‌ها

##### الف) نقش محدود دادگاه‌ها

امروزه مسئله اصلی این است که چگونه باید صلاحیت تخییری اداره را کنترل نمود. دادگاه‌ها عموماً برای کنترل شایستگی‌ها در فرایند اجرای صلاحیت تخییری مقامات اداری محدودیت‌هایی دارند. دادگاه‌ها مکرر تأیید نموده‌اند که صلاحیت ورود به بررسی «حسن تصمیم»<sup>۱</sup> آن‌دسته از مقامات اداری را که صلاحیت تشخیصی به آنها داده شده است، ندارند. این رویکرد دادگاه‌های انگلیس، نظیر فرانسه نشان می‌دهد که بازنگری قضایی در اینجا نیز حداقلی است. با این حال، به قول پروفیسور اشمیت «این اصل که باید صلاحیت تخییری نیز براساس قانون اتخاذ گردد عمیقاً در کامن لا پذیرفته و تثبیت شده است».<sup>۲</sup> تأکید بر قانونی بودن، به این معناست که صلاحیت تخییری به خودسری تبدیل نشود و صلاحیت تخییری گسترده نفی گردد. امروزه در انگلیس دغدغه اساسی، دیگر اصل وجود صلاحیت تخییری نیست، بلکه وجود «صلاحیت تخییری گسترده»<sup>۳</sup> مهم‌ترین نظریه‌ای است که باید تحت کنترل قرار گیرد.

##### ب) توسعه کنترل پذیری حسن تصمیم

موضوع دیگر در این کشور ناشی از هدف متمایز کنترل قضایی اعمال دولت است. توجیه پذیری کنترل قضایی اعمال اداری در کامن لا مبتنی بر این مشخصه کلی است که کنترل

1. Merits

2. De Smith, S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, 1995, 297.

3. Wide discretionary power

قضایی به دنبال حمایت از قوانینی است که پارلمان وضع نموده و دولت مکلف به تبعیت و اجرای آن است. اما از آنجا که در انگلستان بر خلاف الگوهای فرانسوی، دادگاه‌های ویژه‌ای شکل نگرفته است، دادگاه‌های عادی در کنترل تمام عیار تصمیمات اداری نقش کمتری دارند.

این موقعیت متفاوت انگلستان در الگوی کنترل قضایی، از تاریخ حقوق اساسی و روابط میان پارلمان و دادگاه‌ها و موضوع حاکمیت قانون در این کشور نشئت می‌گیرد. این وضعیت را می‌توان بویژه در دوره بسیار مهم تئودوز و استیورات در قرون شانزده و هفده در تعارضات میان پارلمان و پادشاه مشاهده نمود. در این دوره بود که دادگاه‌های عالی مدنی و جنایی شکل گرفت که به جرائم سیاسی مهمی رسیدگی می‌نمود. این دادگاه کنترل مطلق را بر سازمان‌های دولتی اعمال می‌نمود. اما پس از انحلال این دادگاه، به سبب تجربه ذهنی که در نظام حقوقی بر جای گذاشت، جدایی ناپذیر بودن حقوق عمومی از حقوق خصوصی را در انگلستان را تقویت نمود.

حقوق مربوط به کنترل صلاحیت تخییری، نمایانگر توسعه روزبه‌روز این نهاد در انگلستان بوده است. اما اجرای مطلوب صلاحیت تخییری همواره با برخی مشکلات و موانع مواجه است. هر چند در حقوق انگلستان برخلاف حقوق آلمان و فرانسه، منبع اصلی صلاحیت‌های تخییری را باید در پرونده‌های مطروحه یافت نه در قانون در انگلیس رویه قضایی<sup>۱</sup> منبع منحصر به فردی است که رویکرد کلی نظام حقوقی این کشور را نسبت به صلاحیت‌های تخییری نشان می‌دهد. ارزش رویه قضایی در ارتباط با بازنگری قضایی صلاحیت‌های تخییری به اندازه‌ای بوده است که بعضی از نویسندگان حقوقی این کشور را برای جمع‌آوری و تحلیل آنها تشویق نموده است.

### بند دوم: قصور در اجرای صلاحیت تخییری

به طور کلی در نظارت قضایی بر نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری در انگلیس، دادگاه‌ها با دو مسئله ذیل مواجه‌اند:

۱. قصور و ناتوانی در نگهداری و حفظ میزان آزادی عمل و اختیار نامحدود.

1. Case law

۲. اجرای اختیار به گونه ای که آن را در معرض سوء استفاده از اختیارات قرار دهد.<sup>۱</sup>

پرفسور کریگ دسته بندی مشابهی انجام داده است که شامل قصور در اجرای صلاحیت تخییری<sup>۲</sup> و سوء استفاده از صلاحیت تخییری می شود.<sup>۳</sup> در مورد نخست، یعنی قصور در اجرای صلاحیت تخییری، پنج دسته از پرونده ها را می توان از هم تفکیک نمود:

۱. قواعد خود ساخته که صلاحیت تخییری را ایجاد می نماید.
۲. تفویض اختیار غیر مجاز
۳. اقدام آمرانه
۴. محدود نمودن صلاحیت تخییری از طریق قرارداد یا روش های مشابه
۵. مقید نمودن صلاحیت تخییری از طریق قاعده استاپل و اشتباه حکمی.<sup>۴</sup>

در مورد دوم یعنی سوء استفاده از صلاحیت تخییری، دادگاه این امر را بررسی می نماید که آیا اختیارات در راستای اهداف مناسب به کار رفته اند، آیا ملاحظات غیر مرتبط در تصمیم مداخله داشته است و آیا اجرای اختیارات نا معقول و غیر منطقی بوده است یا خیر.

۶. مفهوم ونزبری<sup>۵</sup> در انگلیس و توجه به مفهوم نا معقول بودن<sup>۶</sup> در این پرونده مهمترین معیاری است که می تواند نشان دهد که آیا مقام اداری از اختیارات خویش سوء استفاده نموده است یا خیر.

اعمال معیار معقول بودن، سؤالات بسیاری را نیز مطرح نموده است. مسئله اساسی این است که دادگاه ها چگونه باید از طریق بازنگری ماهوی<sup>۷</sup> تصمیمات اداری را ارزیابی نمایند. در زمینه نحوه اجرای اصل تناسب<sup>۸</sup>، چهار جهت بازنگری قضایی در پرونده شورای اتحادیه خدمات عمومی علیه وزارت خدمات عمومی<sup>۹</sup> در ۱۹۸۵ مطرح شده است، پرونده ای که بحث های بسیاری را به دنبال داشت. اقسام این قبیل بازنگری و جهات آن به صورت مجزا را در حقوق اداری انگلستان بررسی خواهیم کرد.

1. Abus of power
2. Failure to exercise discretion
3. Craig, P., Administrative Law, 1994, p384.
4. Error o law
5. Wednesbury
6. Unreasonableness
7. Substantive review
8. Proportionality
9. Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

## الف) بازنگری قواعد خود ساخته

قواعد خودساخته<sup>۱</sup> ناظر به مواردی است که مقام عمومی صلاحیت تخییری خویش را از طریق قواعدی که خود وضع می نماید، محدود می کند. این محدودیت ها ممکن است در چارچوب خط مشی ها و اهداف خاص تعریف شوند. در چنین مواردی بیم آن است که اداره در اجرای صلاحیت تخییری خویش قصور کند و خط مشی ها بر اجرای مطلوب صلاحیت تخییری قانونی تأثیر بگذارند. در حقیقت با این روش ممکن است اعمال صلاحیت مقامات اداری به پرونده های خاص و موردی فرو کاسته شود. در حالی که اساساً صلاحیت تخییری باید به مقامات عمومی امکان بدهد که بتوانند از میان گزینه های متعدد، دست به انتخاب بزنند. به قول پرفسور دیویس ممکن است این قواعد و سیاست ها قابل انعطاف نباشند و امکان صلاحیت و در نتیجه انعطاف<sup>۲</sup> و فردی سازی تصمیم را از مقام اداری سلب نمایند. در یک پرونده قدیمی و معروف در انگلستان<sup>۳</sup>، مقامات بندری لندن صلاحیت تخییری اعطای مجوز ساخت اسکله خصوصی را داشتند. تقاضای خواهان به این دلیل رد شد که خط مشی هایی وجود داشت که به موجب آن مقامات عمومی نیز قصد ساختن اسکله در همانجا را در آتیه دارند و لذا ساخت اسکله خصوصی امکان پذیر نیست. دادگاه تجدید نظر از این نظر مقامات عمومی حمایت و آن را تأیید نمود. بر این اساس ممکن است مقام اداری خط مشی عمومی را دنبال نماید و این خط مشی را تنها با ملاحظه مسائل مربوط به «حسن تصمیم»<sup>۴</sup> در هر موقعیت اعمال کند. از طرفی ممکن است اجرای جدی و سخت خط مشی ها نیز با اجرای صلاحیت تخییری در تضاد باشد. در یک مورد<sup>۵</sup>، تقاضای مجوز خواهان برای استخراج شن و ماسه از رودخانه رد گردید. خواهان جهت بازنگری به وزارت مسکن مراجعه نمود. تقاضای وی به این دلیل که وی باید مجوزش را از وزارت کشاورزی اخذ نماید پذیرفته نشد. در واقع این تصمیم مبتنی بر یک خط مشی وزارتخانه ای بود که به موجب آن «... اراضی تحت حفاظت نباید موضوع فعالیت های مدنی قرار گیرند، مگر اینکه وزارت کشاورزی، صید و تغذیه با آن مخالفتی نداشته باشند...».

1. Self-created rules
2. Flexibility
3. R.v. Port of London Authority, ex p Kynoch Ltd
4. Merits
5. Lavender v MHLG. [1970] ICLR 1231.

تصمیم اتخاذی باطل اعلام شد، زیرا وزارت مسکن در حقیقت صلاحیت تخییری خود را برای اعطای مجوز اعمال نکرده، بلکه آن را به وزارتخانه دیگری تفویض نموده بود. به همین سبب به قول پرفسور گالینگ می‌توان گفت که صلاحیت تخییری در اینجا به گونه‌ای نامناسب تفویض شده و اجرای خط مشی سختگیرانه بوده است.<sup>۱</sup>

در پرونده بریتیش اکسیژن<sup>۲</sup>، خواهان تقاضای یک امتیاز سرمایه‌گذاری براساس قانون توسعه صنعت ۱۹۶۶ نموده بود. وزارت بازرگانی در مورد اعطای چنین امتیازی صلاحیت تخییری داشت. در این راستا این اداره خط مشی را تعیین نموده بود که به موجب آن، تقاضاهایی که هزینه‌های مورد نیاز هر بخش آن کمتر از ۲۵ دلار باشد، منجر به صدور امتیاز نخواهد شد. شرکت متقاضی بالغ بر چهار میلیون دلار برای سیلندرهای گاز اکسیژن هزینه نمود که براساس فرمول، برای هر بخش مبلغ ۲۰ دلار هزینه می‌شد. لذا براساس همین مبنا و با توجه به خط مشی مقرر توسط وزارت بازرگانی تقاضای خواهان رد گردید.

مجلس لردان نیز تصمیم اداره را تأیید نمود. لرد راید در این باره بیان نمود که «قاعده کلی این است که هر شخصی که صلاحیت تخییری را اعمال می‌نماید گوش‌هایش را نسبت به درخواست‌ها ببندد.... وقتی وزیر فکر می‌کند خط مشی یا الزامات اداره مطلوب<sup>۳</sup> نیازمند اعمال برخی قواعد است، به نظر من هیچ امری نمی‌تواند مانع این تشخیص گردد».

#### ب) تفویض اختیار غیرمجاز

تفویض اختیار غیرمجاز در حقوق انگلیس بحثی عمومی است که بعد از قضیه کارلتونا مشهور گردید. علت ارتباط این بحث با صلاحیت‌های تخییری، تلقی آن به عنوان یکی از مصادیق قصور در اجرای این قبیل صلاحیت‌هاست. مطابق قاعده‌ای کلی در حقوق اداری، «تفویض شده قابل تفویض نیست»<sup>۴</sup>، بنابراین صلاحیت‌های تخییری را تنها آن مقامات اداری که صلاحیت به صراحت به آنها واگذار شده است، می‌توانند اعمال کنند. برای حمایت و تضمین چنین اصلی در حقوق اداری، محدودیت‌های قضایی و قانونی متعددی مقرر شده است که مشهورترین آن را می‌توان در قضیه کارلتونا<sup>۵</sup> یافت که بعدها در حقوق انگلیس به

1. Galligan, D.G., supra n. 52, 338.

2. British Oxygen v Board of Trade [1971] AC 610.

3. good administration

4. delegates non potest delegare

5. Carltona v Commissioner of Works [1943] 2 All ER 560.

اصل یا دکترین<sup>۱</sup> کارلتونا مشهور گردید.<sup>۲</sup> دکترین کارلتونا در قضیه مشهور دیگری که طی آن، وزیر اختیارات خود را برای اخراج اتباع به ادارات مهاجرت واگذار کرده بود، تکرار گردید.<sup>۳</sup>

### ج) اقدام آمرانه

بی معنی خواهد بود اگر تصمیم گیرنده در اتخاذ تصمیم هیچ تصمیمی نداشته باشد. برخی مواقع اتخاذ تصمیمات اداری به شدت وابسته به دستور مقام دیگری است. این وضعیت به نوعی منجر به عدم انعطاف در تصمیمات اداری منجر می شود. در حقیقت در این موارد اعمال صلاحیت تخییری محدود و رها می شود یا منوط به رأی و نظر مقام ثالثی خواهد بود. به این وضعیت، «اقدام تحت امر دیگری»<sup>۴</sup> یا «اقدام آمرانه» اطلاق می گردد.

این قبیل اقدام مقام اداری از یک سو به سبب ضرورت حرکت در راستای سیاست‌های دولتی یا قانونی مطلوب است، اما در برخی از تصمیمات موردی که نیازمند اعمال صلاحیت تخییری از سوی مقام تحت امر است، این قاعده به عدم انعطاف در اتخاذ تصمیم منجر خواهد شد. در حقوق انگلیس این امر به وضوح در قضیه لاوند<sup>۵</sup> مطرح گردید. خواهان درخواستی را برای اخذ مجوز استخراج ماسه و سایر مواد از اراضی دارای کیفیت مرغوب کشاورزی به وزارت مسکن ارائه داد، اما تقاضای وی را رد کردند. خواهان استدلال نمود که وزارت مسکن و وزارت کشور، صلاحیت تخییری خویش را با رد تقاضای وی محدود نموده و به صورت ناقص اجرا کرده‌اند، چرا که تصمیم گیری در مورد بهره‌برداری از اراضی معدنی در قلمرو صلاحیت وزارت مسکن و وزارت کشور است و این هیچ گونه مخالفتی با صلاحیت‌های وزارت کشاورزی ندارد. در حقیقت در اینجا اداره حق نداشت اعمال صلاحیت خویش را منوط به تصمیم وزارت کشاورزی نماید. دادگاه در این باره تصمیم وزارت مسکن و وزارت

1. Carltona doctrine/ Carltona principle

۲. برای تحلیل ابعاد مختلف این قضیه در حقوق انگلیس ر.ک.:

Zarei, Mohammad Hossein, The Applicability of the Principles of Judicial Review to the Delegated Legislative Powers of Ministers, A Thesis submitted to the University of Manchester for the Degree of Ph.D. in the Faculty of Law, 1998.

3. Rv Secretary of State for the Home Department, exp Oladehinde. [1991] 1 AC 254.

4. Acting under dictation

5. Lavender and Son Ltd V Minister of Housing and Local Government. [1970] 1 WLR1231.



کشور را نقض نمود، با این استدلال که تصمیم نهایی را منوط به تصمیم وزارت کشاورزی نموده است. این رأی مبین این نکته است که مقام عمومی نمی تواند اجرای صلاحیت‌های تخییری واگذار شده را منوط به دستور مقام عمومی دیگری نماید.

#### د) محدود نمودن صلاحیت تخییری از طریق قرارداد

دسته دیگر از مواردی که مرتبط با محدودیت‌های صلاحیت‌های تخییری می‌شود، مربوط به محدودیت اختیارات از طریق انعقاد قرارداد یا سایر تعهدات الزام‌آور مشابه است. مسئله از آنجا آغاز می‌شود که در حقوق اداری مدرن دولت‌ها گاهی ناچارند به مثابه فرد خصوصی با اشخاص حقوقی رابطه قراردادی برقرار نمایند. در چنین مواردی مقامات عمومی می‌خواهند صلاحیت‌های تخییری اداری را اعمال نموده و از مرزهای حقوق عمومی و حقوق خصوصی پاسداری نمایند. تعارضات میان این دو قلمرو همواره موضوع آرای قضایی متعددی بوده است. برای مثال، در یک مورد این وضعیت این گونه توصیف شد:

«هنگامی که به یک شخص یا مقام عمومی توسط قانونگذار اختیارات و تکالیف خاصی به صورت صریح یا ضمنی در راستای اهداف عمومی<sup>۱</sup> واگذار می‌شود، این اشخاص یا مقامات نمی‌توانند به این اختیارات بی‌توجه باشند. آنها نمی‌توانند قراردادی را منعقد نمایند یا اقدامی را انجام دهند که با این تکالیف و اختیارات در تضاد باشد... اما باید دانست که این قاعده‌ای قطعی نیست.»

آقای اسمیت در این قبیل موارد سه راه حل کلی پیشنهاد می‌دهد. نخست اینکه مقام عمومی نمی‌تواند خود را از طریق قرارداد یا سایر روش‌های الزام‌آور محدود کند؛ دیگر اینکه خود را به اجرای صلاحیت‌های قانونی از طریق غیر از روش‌ها و آیین خاصی که مقرر شده است، متعهد بنماید؛ و سوم اینکه در قرارداد با خاندان سلطنتی نمی‌توان اجرای صلاحیت‌های تخییری را با این توجیه که موضوع «ثروت عمومی»<sup>۲</sup> در میان است، مستثنی نمود.<sup>۳</sup> پرونده «استپلس علیه شورای شهر درباشایر»<sup>۴</sup> در این زمینه مثال خوبی است. شورای شهر مالک پارکی بود که در آن پیشنهاد ساخت و توسعه مرکز تفریحی با امکانات رفاهی داده شد. قراردادی میان

1. public purposes

2. Public weal.

3. De Smith, S. A., *Judicial Review of Administrative Action*, 1995, 516, 517.

4. *Steeple v Derbyshire County Council* [1985] ICLR 256.

شورای شهر و شرکت سازنده منعقد شد که به موجب آن، شرکت برای مشاوره و توسعه ساخت و ساز این مرکز تعهد نمود، مقرر شد که شورا اقدامات معقولی را جهت اجرای طرح، اخذ مجوز و سایر گواهی‌ها برای اجرای پروژه بر عهده بگیرد، همچنین در صورتی که شورا در اجرای این تعهد قصور داشته باشد، باید به شرکت مجری ۱۱۶۸۷۵ دلار خسارت بپردازد. خواهان در مورد نقض اصول عدالت طبیعی<sup>۱</sup> علیه شورا اقامه دعوا نمود مبنی بر اینکه شورا در مورد پرداخت مالیات‌ها و سایر تعهدات در اجرای طرح قصور نموده است. دادگاه مقرر کرد که باید دید تا چه اندازه صلاح‌دید مقام عمومی مقید شده است. هر چیزی که این اهداف را مقید نماید، باید با ملاحظه اقدامات یک فرد معقول و میزان تأثیر آن بر نتایج تصمیم، ارزیابی شود. بنابراین همان‌گونه که مقام عمومی نمی‌تواند صلاحیت تخییری خود را با قواعد خودساخته محدود نماید، مقید نمودن صلاحیت تخییری از طریق قرارداد، نیز نفی می‌شود. در پرونده آمپاتریتی<sup>۲</sup> مقرر شد که مقام عمومی می‌تواند با انعقاد قرارداد، صلاحیت اجرایی خود را برای آینده<sup>۳</sup> مقید نماید.

#### بند سوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری

اعطای صلاحیت تخییری به مقامات عمومی همواره در معرض سوء استفاده است. پیشگیری از سوء استفاده از صلاح‌دید، هدف اساسی حقوق اداری در مورد صلاحیت تخییری است. سوء استفاده می‌تواند اشکال متعددی به خود بگیرد، استفاده از اختیار در جهت اهداف نامناسب<sup>۴</sup>، نامعقول<sup>۵</sup> و نامتناسب بودن<sup>۶</sup> از مهمترین مصادیق آن است که به برخی از آنها اشاره می‌نمایم.

#### الف) استفاده از اختیار برای اهداف نامناسب

در حقوق عمومی، صلاح‌دید مطلق<sup>۷</sup> معنا ندارد. بدین معنا که اداره از صلاحیت تخییری نامحدود و گسترده برخوردار نیست، بلکه اختیارات قانونی تنها در جهت اهداف عمومی<sup>۸</sup>

1. rules of natural justice
2. Amphitrite
3. future executive power
4. Improper purpose
5. Unreasonable
6. Improportional
7. Absolute discretion
8. Public purpose

واگذار می‌شود. از سوی دیگر اعطای این قبیل اختیارات همراه با نوعی اعتماد به مقام اداری همراه است، اما این اعتماد هرگز مطلق نیست. بنابراین اجرای صلاحیت تخییری تنها زمانی معتبر است که در راستای هدف صحیح و مطابق با قصد پارلمان از اعطای این صلاحیت باشد. در انگلیس مشهورترین تصمیم در این زمینه مربوط به قضیه «پدفیلد علیه وزارت کشاورزی، ماهیگیری و غذا»<sup>۱</sup> است. قانون بازار کشاورزی ۱۹۵۸ برای کمیته تحقیق مقرر در این قانون، شروع رسیدگی را منوط به ارجاع وزیر نموده بود. تولیدکنندگان محصولات کشاورزی در جنوب انگلستان شکایتی مطرح کردند مبنی بر اینکه عوامل متفاوت و ناقص در قیمت گذاری شیر توسط هیأت قیمت گذاری تعیین شده بود. در چنین مواردی وزیر طبق قانون، صلاحیت تخییری مبنی بر ارجاع چنین شکایتی به کمیته تحقیق داشت، اما این شکایت را به این دلیل که برای تحقیق نامناسب و ناقص است ارجاع نداد. در قضیه پدفیلد وزیر استدلال مناسبی را برای اجرای صلاحیت خود به کار نبرد و برخلاف هدف مقرر در قانون دلیل آورد. دادگاه مقرر کرد که هنگامی که شکایت مرتبط با موضوع مطرح باشد، وزیر «مکلف» است اختیار خود را به نحو صحیح و مناسب به کار ببرد. در واقع وزیر با امتناع از ارجاع، تولیدکنندگان را از جبران‌هایی که پارلمان برای آنها مقرر نموده است محروم می‌نماید و این به معنای کوتاهی در تفسیر مناسب قانون است.

### ب) به کارگیری نامعقول اختیار

نامعقول بودن<sup>۲</sup> تصمیم در حقوق انگلیس، زمینه‌ساز گسترش قابل توجه بازنگری تصمیم‌های اداری در سالیان اخیر بوده است. مثال واضح هنری برای بیان این مفهوم مشهور ونزبری<sup>۳</sup> بیان گردید. سرجان لاوز در قضیه ونزبری برای نشان دادن این مفهوم، «تعادل سمفونی پنج بتهون»<sup>۴</sup> را مثال زد و آن را به هارمونی موزیکال تشبیه نمود. در یک مورد و براساس قانون تفریحات روز یکشنبه مصوب ۱۹۳۲،<sup>۵</sup> یک شرکت مجوز رفتن به سینما را برای افراد خواهان در روزهای یکشنبه اخذ نمود که البته کودکان زیر ۱۵ سال را در برنمی‌گرفت. افراد خواهان استدلال نمودند که این محدودیت معقول نیست. لرد گرین در این باره بیان نمود که «... اگر

1. Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] AC 997.

2. Unreasonableness

3. Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1984] 1 KB 223.

4. منظور از این استعاره، هارمونی سمفونی مشهور و معروف لودویگ بتهون موسیقی‌دان مشهور آلمانی است.

5. Sunday Entertainments Act 1932.

تصمیم مقام ذی صلاح آن چنان غیر منطقی است که هیچ مقام عمومی معقولی<sup>۱</sup> آن را انجام نمی‌دهد، دادگاه می‌تواند مداخله نماید». لرد گرین میان دو شکل از نا معقول بودن تمایز قائل می‌شود: نخست نا معقول بودن به دلیل توجه نکردن به عوامل مرتبط با تصمیم و دوم ارزیابی نتیجه نهایی و کلی تصمیم اتخاذی توسط کارمند. در مورد شکل نخست، دادگاه می‌تواند این مسئله را بررسی نماید که آیا مقام عمومی به عوامل مرتبط با تصمیم<sup>۲</sup> توجه نموده است یا برعکس عوامل غیر مرتبط با تصمیم<sup>۳</sup> را در نظر گرفته است. این شکل از نا معقول بودن ارتباط مستقیمی با فرایند تصمیم‌گیری دارد.

اما در شکل دوم ارزیابی، این مسئله مهم است که آیا نتیجه نهایی حاصل از تصمیم با معیارهای عقل سلیم هماهنگی دارد یا خیر. در این مورد لرد گرین تلاش کرده است تا نقش محدود دادگاه‌ها در بازنگری نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری توضیح دهد:

«مقامات قضایی تنها این امر را بازنگری می‌کنند که آیا مقام عمومی در اقدام یا تصمیم خود، از صلاحیت‌هایی که پارلمان به وی واگذار نموده است خارج شده است یا خیر»  
معنای نا معقول بودن می‌تواند عوامل گسترده‌تری را نیز در بر بگیرد. برای مثال عدم حسن نیت یا سوء نیت<sup>۴</sup> در اتخاذ تصمیم، ملاحظات غیر مرتبط یا سختگیری بیش از حد و غیر منطقی می‌تواند تصمیم را نا معقول کند. اصل ونزبری<sup>۵</sup> به عنوان یکی از بنیان‌های حقوق حقوق اداری مدرن در انگلستان مطرح است و به عنوان ضابطه و معیار<sup>۶</sup> در حقوق انگلیس برای سنجش میزان معقول بودن تصمیمات اداری به کار می‌رود.

#### نتیجه

امروزه مقامات اداری قوه مجریه اختیارات گسترده و پرشماری دارند. از همه مهمتر اینکه شرایط و نحوه اعمال بسیاری از این اختیارات در قوانین و مقررات به دقت مشخص نشده است. این واقعیت در حوزه وظایف و اختیارات، مقامات اداری قوه مجریه را دارای

1. Reasonable authority
2. Relevant considerations
3. Irrelevant considerations
4. Bad faith
5. Wednesbury principle
6. Wendsbury test

حاشیه‌هایی از ارزیابی و قدرت آزاد در تصمیم‌گیری می‌نماید. در برخی موارد، این قبیل اختیارات را مقامات اداری به گونه‌ای تفسیر و اجرا می‌کنند که در نتیجه آن، اداره تبدیل به قوه مستقلی می‌شود که هر آنچه را خود صلاح ببیند، اجرا می‌کند. این وضعیت دغدغه‌های اساسی را در حقوق اداری مدرن شکل داده است، به گونه‌ای که امروزه قاعده‌ها، معیارها و نحوه اجرای مطلوب اختیارات اداری معضل عینیت یافته و مهم در مسائل اداری است.

به لحاظ نظری نیز جریان عمومی حاکم بر حقوق اداری کنونی، کنترل قضایی حداقلی بر صلاحیت‌های تخییری است. با این حال در قلمرو کنترل، میان مدل‌های انگلیسی، فرانسوی و آلمانی تفاوت‌های چندی نیز وجود دارد. آنان که دغدغه حمایت از حقوق فردی را دارند، بر آن‌اند که اعمال کنترل قضایی بر صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه، قلمرو عملکرد دولت را در تضمین حقوق بینادین محدود و مشروط خواهد نمود. لذا کنترل قضایی باید حداکثری و صلاحیت‌های تخییری، حداقلی و محدود شوند. بر عکس، کارکرد گرایان بر لزوم درک مقتضیات قوه مجریه و طبعاً کنترل‌پذیری حداقلی صلاحیت‌ها تأکید دارند. در نهایت به نظر می‌رسد «آیین‌مند نمودن تصمیمات اداری» و وضع استانداردهای رویه‌ای می‌تواند تضمین‌کننده هر دو دغدغه باشد. در این پژوهش سعی نمودیم وضعیت و نحوه اجرای اختیارات مقامات قوه مجریه در چارچوب دکترین «صلاحیت تخییری» را تحلیل و ارزیابی نماییم. در نهایت می‌توان در مقام یادآوری و پیشنهاد و به عنوان برآیند بحث، دستاوردهای نظری و عملی ذیل (آسیب‌ها، پتانسیل‌ها و راهکارها) را برای اجرای مطلوب و مناسب صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه ایران برشمرد.

#### الف) نتایج نظری

۱. هدف از واگذاری اختیارات اداری به قوه مجریه، تأمین منافع عمومی و اجرای مناسب و صحیح اختیارات اداری است. امروزه باید پذیرفت که قوه مجریه برای مدیریت مطلوب امور باید در اتخاذ تصمیم مناسب حاشیه‌های ارزیابی و آزادی عمل داشته باشد. بر این اساس دیدگاه‌های سنتی که قائل بودند «صلاحیت اختیاری» در تضاد با حاکمیت قانون است، تعدیل می‌گردد.
۲. هر چند قوه مجریه در تمثیت امور اقتصادی و اجتماعی اختیارات و صلاحیت‌های گزینشی دارد، یا باید لاقبل این گونه باشد، ولی صلاحیت تخییری نباید گسترده و بی‌حد و حصر باشد. به علاوه این نهاد، نمی‌تواند به حقوق و آزادی‌های فردی لطمه وارد

نماید. بنابراین در ساختار حقوق اداری، این نهاد باید در چارچوب اصول و قواعد معینی درآید، به گونه‌ای که بتوان محدودیت‌ها و معیارهایی را برای اجرای صلاحیت‌های تخییری مقرر نمود. تمام هدف علم حقوق اداری نیز این است که با بیان و شناسایی معیارها، حد و مرز صلاحیت‌های گزینشی قوه مجریه را مشخص نماید. در این راستا کنترل صلاحیت‌های تخییری توجیه می‌گردد.

۳. در قوه مجریه صلاحیت‌های تخییری باید سازماندهی شوند، به این معنا که کارمندان بتوانند با استفاده از ابزاری به نام «صلاحید»، امور اجرایی را به نحو مطلوب مدیریت نمایند. یعنی سازماندهی نهاد صلاحیت تخییری در قوه مجریه باید به گونه‌ای باشد که به «حداکثر عدالت فردی شده» و «حداقل خودسری» منجر شود. هدف از سازماندهی، در واقع مشخص نمودن معیارهای اجرای صلاحیت تخییری و چارچوب بندی آن است، گرچه ایجاد این تعادل در قوه مجریه کمی دشوار است.

۴. در قوه مجریه ایران در حوزه‌های مختلف اداری، اقتصادی، مالی و انتظامی، صلاحیت‌های تخییری به مقامات اداری اعطا شده است. هم‌اکنون به علل مختلفی که همگی آنها حقوقی نیستند و بیشتر به ریشه‌های فرهنگی، اجتماعی و ساختار سازمانی برمی‌گردند، زمینه‌های انحراف از اهداف این قبیل صلاحیت‌ها موجود است. افزایش کنترل‌های اداری و سازمانی، آموزش پرسنل، تقویت راهبردهای اخلاق اداری، تکریم ارباب رجوع و تدوین کدها و اصول راهنمای کارمندان در مورد نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری از مهم‌ترین راهکارهای تضمین اجرای مطلوب این گونه صلاحیت‌ها در اداره است تا منجر به اجرای مطلوب و مناسب امور گردد و در عین حال «خودسری اداری» را به دنبال نداشته باشد.

### ب) آسیب‌های اجرای صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه ایران

۱. ضعیف بودن سازوکارهای کنترل اداری و سازمانی صلاحیت‌های تخییری
۲. توجه دادگاه‌های اداری (از جمله دیوان عدالت اداری) به ضرورت کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری

۳. وجود فرهنگ اداری نامطلوب میان کارکنان و مدیران دستگاه‌های اجرایی و تلقی اختیارات گزینشی به مثابه آزادی عمل مطلق
۴. ضعف ضمانت اجراهای کیفی، اداری و مدنی در مورد سوء استفاده مقامات اداری از صلاحیت‌های تخییری
۵. برخورداری برخی از مدیران و کارکنان قوه مجریه از صلاحیت تخییری گسترده (از جمله دستگاه‌های پلیسی و امنیتی) که شائبه سوء استفاده از اختیارات و نوعی خودسری را موجب می‌شود.
۶. نداشتن صلاحیت‌های تخییری یا داشتن صلاحیت تخییری محدود برخی از مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی (بویژه در حوزه خدمت‌رسانی به مردم و تصمیم‌گیری در امور مالی<sup>۱</sup>)
۷. وجود علل روانی-اجتماعی آسیب‌زا در دستگاه‌های اجرایی از جمله زمینه‌های جانبداری حزبی، گروهی، خانوادگی و نظایر آن که سوء اجرای صلاحیت‌های تخییری را در اداره موجب شده است.

#### ج) پتانسیل‌ها (ظرفیت‌های فعلی)

۱. وجود قوانین و مقررات مختلف در زمینه تکریم ارباب رجوع، مبارزه با فساد، و ممنوعیت سوء استفاده از صلاحیت‌های تخییری در قوانین کیفی و اداری که در ضمن تحقیق به آنها اشاره نمودیم.
۲. وجود نهادهای نظارتی اداری کافی
۳. وجود آموزه‌های دینی و اعتقادی مبنی بر ممنوعیت اعمال تبعیض و رفتار خودسرانه و لزوم رفتار همراه با «عدالت» فرمانروایان

#### د) پیشنهادها

۱. آموزش «نهاد صلاحیت تخییری» و هدف از وضع و اهمیت آن برای قضات دادگاه‌ها و مراجع اختصاصی اداری و کارکنان دولت.

۱. این دغدغه را می‌توانیم در سخنان ریاست محترم جمهوری و اختلاف نظر ایشان با مجلس در هنگام تصویب قانون هدف‌مندسازی یارانه‌ها مشاهده کنیم.

۲. لزوم بهره‌مندی از تجربه نظام حقوق اداری کشورهای دنیا (نظام کامن لا و رومی ژرمنی) در زمینه نحوه کنترل و صورت‌بندی صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری که به بخشی از آن در اشاره شد.
۳. بهبود نحوه و گستره کنترل اداری و قضایی صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه از سوی نهادهای ناظر
۴. تدوین قانون مشخص در مورد استانداردهای نحوه اجرای اختیارات اداری مدیران و کارکنان دولت با هدف توانمندسازی و کنترل این قبیل صلاحیت‌ها (نظامات مربوط به نحوه اجرای صلاحیت‌های تخییری در قوانین و مقررات مربوط به تخلفات اداری، مجازات اسلامی، تکریم ارباب رجوع و مبارزه با فساد پراکنده است).
۵. تدوین کدهای رفتاری اخلاقی، تقویت ارزش‌های اخلاقی و افزایش روحیه پاسخگویی در دستگاه‌های اجرایی
۶. یکی از موارد نارسایی در این زمینه، بی‌اطلاعی مدیران عالی و دانی از قلمرو صلاحیت‌های تکلیفی و تخییری خویش است. بنابراین ضروری است مرزهای صلاحیت تخییری و تکلیفی مقامات اداری قوه مجریه، از طریق آموزش کارمندان و همچنین ضمن ابلاغ شرح وظایف به آنان گوشزد گردد.
۷. ممنوع نمودن تبدیل صلاحیت تخییری به تکلیفی و بالعکس در اداره
۸. اطلاع‌رسانی به مردم در مورد میزان و گستره صلاحیت تخییری کارمندان دستگاه‌های اجرایی و همچنین فرآیند اتخاذ تصمیم از طریق نمودارهای سلسله مراتب اداری
۹. ضرورت توجه مدیران دستگاه‌های مختلف از جمله نهادهای ناظر و کنترل‌کننده به اجرای مناسب نظام «تشویق» و «تنبیه» اداری، بویژه در مواردی که از صلاحیت‌های تخییری سوء استفاده می‌شود یا برعکس مقامات اداری صلاحیت تخییری خود را به نحو احسن و مناسب اجرا می‌نمایند.
۱۰. جلوگیری از رشد زمینه‌های اعمال نفوذ، جانبداری و سوء استفاده از صلاحیت تخییری در اداره از طریق کنترل درونی و بیرونی.



## منابع

### الف) فارسی

- امیر ارجمند، اردشیر، **تقریرات درس حقوق اداری ایران**، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال اول سال تحصیلی، ۱۳۸۶-۱۳۸۷ (دست نویس).
- امیر ارجمند، اردشیر و مشتاق زرگوش، «نظریه اضطراری حقوق اداری» **تصمیم‌گیری، اجرا و نظارت**، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، ش ۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۵.
- رضایی زاد، محمد جواد، **محاکم اداری فرانسه و صلاحیت آنها در رسیدگی به دعاوی اداری**، انتشارات موسسه معین اداره، چ اول، ۱۳۸۴.
- زارعی، محمد حسین، «**مروری بر قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ انگلستان**»، **سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی**، ش ۴، ۱۳۸۸.
- زارعی، محمد حسین، **جزوه حقوق اداری تطبیقی**، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران، مرکز تحصیلات تکمیلی حقوق و علوم سیاسی، نیمسال اول سال تحصیلی ۷۹-۷۸.
- طباطبایی مومنی، منوچهر، **حقوق اداری**، انتشارات سمت، چ پنجم، پاییز ۱۳۷۸.
- عباس‌زادگان، محمد، **فساد اداری**، انتشارات دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چ اول، ۱۳۸۳.
- علی آبادی، علی، **آیین دادرسی تخلفات اداری**، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
- فرج‌پور، مجید، **موانع توسعه در ایران، بررسی فقر، تبعیض و فساد**، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا. چ اول، تهران، ۱۳۸۳.
- فقیهی، ابوالفضل و بهروز رضایی منش، «**اخلاق اداری**»، **مجله مطالعات مدیریت**، ش ۴۷، پاییز ۱۳۸۴.

- قلی پور، رحمت الله، «تحلیل رابطه الگوی حکمرانی خوب و فساد اداری»، **مجله فرهنگ مدیریت**، ش ۱۰، پاییز ۱۳۸۴.
- کارگزاری، جواد و حسین نبی لو، «اجرای صلاحیت‌های اختیاری توسط مقامات اداری»، **فصلنامه حقوقی اطلاع رسانی**، معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ش ۱۳، بهار ۱۳۸۷.
- محمودی، جواد، «چگونگی کنترل صلاحیت‌های گزینشی در پرتو آراء شورای دولتی»، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، ویژه نامه شماره ۴، بهار ۱۳۹۰.
- معاونت حقوقی نهاد ریاست جمهوری، **مرزهای تقنین و اجراء در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، اداره کل پژوهش و اطلاع رسانی، چ اول، ۱۳۸۹.
- مهدی، علی، «توجیه و نقد نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه»، **مجله اطلاع‌رسانی حقوقی**، شماره ۲۳، معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۸۹.
- نجابت خواه، مرتضی، «قانون رسیدگی اداری آلمان» مندرج در: مهدی هدواند و دیگران، **آیین‌های تصمیم گیری در حقوق اداری**، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۹.
- هابرماس، دگرگونی ساختاری حوزه عمومی، کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه جمال محمدی، نشر افکار، چ اول، ۱۳۸۴.
- هدواند، مهدی و دیگران، **آیین‌های تصمیم گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)**، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۹.
- هدواند، مهدی و علی مهدی، **اصول حقوق اداری**، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۸۸.
- هدواند، مهدی، «معیارهای اداره مطلوب و تحولات حقوق اداری: تحلیل مفهومی»، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، ویژه نامه، ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
- هدواند، مهدی، **تقریرات درس حقوق اداری**، دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۵-۱۳۸۴ (دست‌نویس).
- هدواند، مهدی، نجابت خواه مرتضی و علی مهدی، **آیین مند نمودن تصمیمات اداری**، نشست دوازدهم تازه‌های حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، آذر ماه ۱۳۸۹.

- یزدانی، هرمز، کد اروپایی رفتار خوب اداری، آمبودزمان اروپا، طرح پژوهشی مرکز توسعه قضایی قوه قضائیه، کمیسیون حقوق عمومی، ۱۳۷۸.

### ب) عربی

- الشویکی، عمر محمد، القضاء الاداری، دراسته مقارنه، الطبعه الاولى، دارالثقافه، عمان، ۲۰۰۷.
- سعد، جورج، القانون الاداری العام و المنازعات الاداریه، الطبعه الاولى، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، لبنان، ۲۰۰۶.
- عبدالغنی، عبدالله، القضاء الاداری، الطبعه الثانيه، اسکندریه، مصر، ۲۰۰۶.

### ج) انگلیسی

- Arthurs ,H.W., *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, O.H.L.J.1979.
- Barak, A, *Judicial Discretion* ,Yale University Press, 1987.
- Carol Harlow, Richard Rawlings, *Law and Administration*,Cambridge University Press ,2ed, 1997.
- Dicey ,A.V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10 ed , E.C.S. Wade, Londres, Macmillan&Co. Ltd., 1959.
- Dicey ,A.V, *The Law of the Constitution*, London, 1961.
- David Stott et al, *Principles of Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, 1997.
- David, Dyzenhaus, *The Unity of Public Law*, Hart Publishing, 2004.
- Davis, KC, *Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry*, Chicago, Illinois:Chicago UP, 1969.
- Diane Longley and Rhoda James, *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Dworkin , R.M., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- Enrico Colombatto, *Discretionary Power, Rent-Seeking and Corruption*, Univ. di Torino and ICER,2001 available at:< <http://www.icer.pdf>>

- Federal Constitution of the Swiss Confederation, of 18 April 1999 (Status as of 7th March 2010) available at: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.
- Galligan, D.J , *Arbitrariness and Formal Justice in Discretionary Decisions*, in: D J. Galligan (ed.), *Essays in Legal Theory*, Melbourne UP, 1984.
- Galligan, D.J, *Discretionary Powers*, Clarendon Press, 1990.
- Grey J., «Discretion in Administrative law», *Osgoode Hall Law Journal*, (O.H.L.J.) , Vol 17, 1979.
- J. Jowell and A. Lester, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, P.L, 1987.
- John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* ,Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- Keneth.F Warren, *Administrative Discretion*, in Encyclopedia of public administration and public policy, Marcel Dekkar Inc, Vol 1, 2003.
- David Pollard, et al, *Constitutinal and Administrative Law*, oxford University Press, 14 ed, 2007.
- David,H,Rosenebloom, *Administrative Law for Public Manager*, Westwiew prees, 2003.
- Diane Longley and Rhoda James, *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Lord Hewart, *The New Despotism*, London, 1929.
- Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007.
- N.K.Jayakumar, *Administrative Law*, Prentice Hall, New Delhi, 2005.
- Keneth.F Warren, *Administrative Discretion*, in Encyclopedia of public administration and public policy, Marcel Dekkar Inc, Vol 1, 2003.
- Robert H. Bork, «Judicial review and democracy», *Socitey Journal*, Volume 24, Number 1 November, 1986.
- Rooks case, 1959 and keighley s case(1609). Hilaire,Barnett, *Constitutinal & Administrative Law*, 14<sup>ed</sup>, 2004.
- Silveria, Luis, *Administrative Discretion and Problems of Accountability*, Proceedings, 25th Colloquy on European Law, Oxford (United Kingdom), 27-29 September 1995.
- T. Prosser, «Towards a Critical Public Law» *British Journal of Law and Society*, n° 9, 1982.

- Claude, Ricci, Jean, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> edition, Hachette, 2004.
- Conseil de l'Europe, *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de la responsabilité*, Actes 25e Colloque de droit européen , Oxford, Royaume-Uni, 27-29 septembre 1995, éditions Conseil de l'Europe, ۱۹۹۷.
- De laubadère, André et al , *Droit administratif*, L.G.D.J, 17e édition, 2002.
- Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Thémis, 1982.
- Geneviève Cartier, «Le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire; le difficile passage de la théorie à la pratique», *XVIe Conférence des Juristes de l'État*. sur: <http://www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca>
- Gilles J. Guglielmi, *Cours de droit administratif*, 2004. sur: <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/DA1.09.pdf>
- J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3ème édition, 1999.
- L. di Qual, « La compétence liée », *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1964, voir: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°2. 1964.
- L. Diquial, *La Compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964.
- Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 1995.
- Lebreton, Gilles, *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2007.
- Lombard, Martin, Gilles Dumont, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2007.
- Michel Rousset et Olivier Rousset, *Droit administratif, L'action administrative*, Tom1, PUG, 2004.
- Rivoro, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1975.
- Raymond, Barrillon, et al , *Lexique du droit administratif* , PUF, 1<sup>er</sup> ed , 1973.
- Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, préface à Georges Vedel, RDP, 7e éd., 1980.
- René Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, Monchrestien, 14<sup>e</sup>ed. 2000
- René Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, Monchrestien, 2004.
- Turtebus, Louis, et Isort, Paul, *Manuel du droit public*, LGDJ, 1998.
- Van lang, Agathe et al, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand colin, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1999.

- Arrêt C. et consorts, (Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, 87.I 337 ss.)

- Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1984] 1 KB 223.
- British Oxygen v Board of Trader[1971] AC 610.
- CE 31 janvier 1902 Grazietti ,Sirey 1903 III p. 113.
- CE 10/2/1978 Dutrieux
- CE 9/6/1978 Lebon.
- CE 26/7/1978 Vinolay.
- CE 28/5/1971 Ville Nouvelle Est.
- CE 3/7/1931 Ville de Clamart.
- CE 22/2/1974 Adam.
- Conseil d'État 20 octobre 1954 *Sieur Chapou* : Rec. p. 541.
- Conseil d'État 27 janvier 1984 *Caillol* n° 31985 : AJDA 1984 p. 72.
- Conseil d'État 10 février 1967 *Dupré* : AJDA 1967 p. 300.
- Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.
- CE 25/1/1985 Association des Amis de Saint Augustin.
- CE, 19.5. 1933, Benjamin, GAJA.
- CE, 26. 6. 1987.Guyot.AJDA.
- CE. 12.6.1987. Soc Gatios, AJDA.
- CAA.Paris, 25 mai1999, Societé de la péniche publicitaire de Paris. *GIE Paris-Scène, AJDA*, 1999, p. 933.
- Lavender and Son Ltd V Minister of Housing and Local Government. [1970] 1 WLR1231.
- CE.19. 2.1988. ,Association des riverains et plaisanciers du cingle de trémolat AJDA, 1988,418.
- R v. goldsmith(1983)
- R.v. Port of London Authority, ex p Kynoch Ltd
- Dwaraka Prasad v. u.p AIR 1954 sc. 224.
- Sharp -v- Wakefield [1891] AC 173.
- Defreitas v. Permanent secretary(1999)
- Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food[1968] AC 997.
- Rv Secretary of State for the Home Department, exp Oladehinde. [1991] 1 AC 254.
- Steeples v Derbyshire County Council [1985] IWLR 256.

- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۷/۱۱/۱۳ کلاس ۷۶۲/۸۷ در زمینه ابطال آزمون دستیاری پزشکی.
- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۶/۵/۷ کلاس ۸۰/۸۴ در زمینه ابطال دستورالعمل استخدامی شرکت نفت.
- رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۵۹ مورخ ۸۵/۶/۵ به کلاس پرونده ۲۹۰/۸۲.
- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۲۰-۱۳۸۰/۴/۱۷ در مورد استرداد زمین واگذار شده (دادنامه شماره ۱۰۶۶ مورخ ۱۳۷۶/۷/۲۱)
- رأی شعبه دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۶/۵/۷ شماره دادنامه: ۳۲۵ کلاس پرونده: ۹۰۱/۸۴.
- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به کلاس ۸۳/۴۲۶ مورخ ۸۶/۱/۲۶.
- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۶۵۴ مورخ ۸۶/۸/۶.
- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۵/۱۴ در خصوص ابطال مصوبه مربوط به اخذ عوارض ایمنی و کنترل ساخت استخرهای خصوصی مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۷.

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

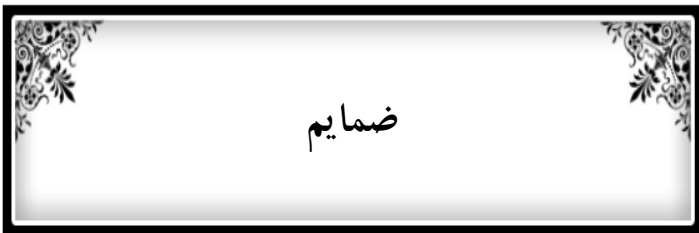


معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی





# معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.iri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

توصیه‌نامه ۱۱ مارس ۱۹۸۰ کمیته وزیران شورای اروپا در مورد اعمال  
صلاحیت‌های تخییری توسط مقامات اداری<sup>۱</sup>  
(مصوب سیصد و شانزدهمین جلسه کمیته وزیران شورای اروپا)<sup>۲</sup>

### مقدمه

کمیته وزیران بر اساس ماده ۱۵ (ب) اساسنامه شورای اروپا، با ملاحظه اینکه هدف شورای اروپا دست یافتن به حداکثر اتحاد میان اعضا است؛ با ملاحظه اینکه مقامات اداری در حوزه‌های بسیار زیادی اقدام می‌کنند و در این فرایند صلاحیت‌های تخییری را به گونه‌ای وسیع اعمال می‌نمایند؛ با امید به اینکه اصول عمومی برای همه دولتهای عضو برای ارتقای حمایت از حقوق، آزادی‌ها و منافع شهروندان، اعم از حقیقی یا حقوقی در برابر خودسری یا هر قسم استفاده نامناسب از صلاحیت تخییری<sup>۳</sup> پیش‌بینی گردد، بدون اینکه در عین حال مانعی برای دست‌یافتن مقامات اداری به اهدافی باشد که صلاحیت به آنها واگذار شده است؛ با یادآوری اصول کلی مربوط به حمایت از افراد در مقابل اعمال مقامات اداری، آن گونه که در قطعنامه (۷۷) ۳۱ آمده است؛<sup>۴</sup>

و با امید به اینکه با تکمیل این قطعنامه، این متن نسبت به صلاحیت تخییری مقامات اداری نیز اعمال گردد؛ به دولت‌های کشورهای عضو پیشنهاد می‌شود:

1. Recommandation n°(80)2 Cncernant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration (adoptée par le Comité des Ministres le 11 mars 1980, lors de la 316e réunion des Délégués des Ministres).

۲. با توجه به اهمیت و پیچیدگی اعمال صلاحیت تخییری توسط مقامات اداری، شورای اروپا، توصیه‌نامه مربوط به نحوه اعمال این صلاحیت‌ها را به دولتهای عضو پیشنهاد نمود. متن حاضر برگردان نسخه فرانسوی توصیه‌نامه است که از سایت شورای اروپا به نشانی ذیل انتخاب و (تا بند ۳۷ سند) ترجمه شده است.

[http://www.coe.int/t/dghl/default\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/default_fr.asp)

3. Exercice abusif du pouvoir discrétionnaire

۴. در این توصیه‌نامه هر جا به این قطعنامه اشاره شده است، منظور قطعنامه ۲۸ سپتامبر ۱۹۷۷ شورای اروپا در زمینه حمایت از افراد در مورد اعمال مقامات اداری است. (م)

الف) از اصول اعلام شده در پیوست توصیه‌نامه حاضر در حقوق داخلی و رویه‌های اداری خود پیروی کنند.

ب) دبیر کل شورای وزیران اروپا<sup>۱</sup> را به موقع در مورد همه پیشرفت‌های موضوعات مربوط به این توصیه‌نامه مطلع نمایند.

دبیر کل شورای وزیران اروپا متن توصیه‌نامه را براساس اطلاع دولت فنلاند ابلاغ می‌نماید.

### اصول قابل اعمال در مورد اجرای صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری

#### ۱- قلمرو و تعاریف

اصول اعلام شده که ذیلاً می‌آید، برای حمایت از حقوق، آزادی‌ها و منافع افراد در مورد اعمال اداری و در اجرای صلاحیت تخییری اعمال می‌شود.

عبارت «عمل اداری»<sup>۲</sup> مطابق قطعنامه<sup>۳</sup> (۷۷) ۳۳ به معنای هر قسم اقدام یا تصمیمی است که در جهت اجرای قدرت عمومی<sup>۴</sup> اعمال شود و ماهیت آن به گونه‌ای است که مستقیماً بر حقوق، آزادی‌ها و منافع اشخاص خصوصی یا عمومی تأثیر می‌گذارد. عبارت «صلاحیت اختیاری»<sup>۵</sup> به عنوان اختیاری که به مقام اداری، درجه‌ای از آزادی عمل ارزیابی<sup>۵</sup> را برای تصمیم‌گیری واگذار می‌کند، مقام اداری را مجاز می‌نماید که میان تصمیمات مجاز و قانونی متعدد، تصمیمی را که از نظر او مناسب‌تر است اتخاذ نماید.

در راستای اعمال این اصول، الزامات اداره مطلوب و کارا<sup>۶</sup>، از جمله حفظ منافع اشخاص ثالث<sup>۷</sup> و منافع عمومی<sup>۸</sup> آن‌گونه که شایسته است، باید رعایت گردد. هنگامی که الزامات یا منافع، تغییر یا مستثنی نمودن یک یا چند اصل از این اصول را بویژه در موارد یا حوزه‌های خاصی از اداره عمومی ضروری نماید، باید توجه داشت که با این حال شایسته است محتوای توصیه‌نامه رعایت گردد.

1. Secrétaire Général du Conseil de l'Europe

2. Acte administratif

3. Puissance publique

4. Pouvoir discrétionnaire

5. Latitude d'appréciation

6. Administration bonne et efficace

7. Des intérêts de tiers

8. Intérêts publics

## اصول بنیادین

در اعمال صلاحیت تخییری مقام اداری:

۱. اهدافی را غیر از آنچه اختیار آن به وی تفویض شده است، دنبال ننماید.
۲. بی نظری<sup>۱</sup> و بی طرفی<sup>۲</sup> را لحاظ کند و تنها عوامل مرتبط<sup>۳</sup> با همان تصمیم را در نظر بگیرد.
- ۳- به اصل برابری در برابر قانون<sup>۴</sup> احترام بگذارد و از هرگونه تبعیض اجتناب نماید.
- ۴- میان آثار نامطلوبی که تصمیم بر حقوق، آزادی‌ها و منافع شهروندان می‌گذارد، نسبت صحیحی<sup>۵</sup> برقرار نماید.
- ۵- تصمیم خود را در زمان معقول<sup>۶</sup>، با توجه به موضوع تصمیم اتخاذ کند.
- ۶- هنگامی که در شرایط خاص<sup>۷</sup> هر پرونده تصمیم می‌گیرد، رهنمودهای عمومی اداری<sup>۸</sup> اداری<sup>۹</sup> را به گونه‌ای مناسب اعمال نماید.

## آیین

علاوه بر اصول فرایندهای اداری منصفانه<sup>۹</sup> حاکم بر اعمال اداری که در قطعنامه (۷۷) ۳۱ اعلام شده است، اصول ذیل به گونه‌ای مشخص در اتخاذ تصمیمات اداری درباره اجرای صلاحیت تخییری اعمال می‌گردد.

۷. رهنمودهای اداری عمومی که حاکم بر اعمال صلاحیت‌های تخییری هستند: منتشر شوند یا به نحو مناسبی اطلاع‌رسانی شوند و به‌میزانی که ضروری است به شخص ذینفع، به درخواست وی قبل یا بعد از اتخاذ تصمیم اطلاع دهند.
۸. فارغ از رهنمودهای اداری عمومی، در اجرای صلاحیت تخییری، هنگامی که مقام اداری بطریقی اقدام کند که بر حقوق، آزادی‌ها و منافع شخص مربوط تأثیر شدید بگذارد، در این موارد انگیزه‌ها<sup>۱</sup> یا دلایل اتخاذ تصمیم بیان شود.

1. Objectivité.
2. Impartialité.
3. Des éléments pertinent.
4. Principe de l'égalité devant la loi.
5. Juste rapport.
6. Délai raisonnable.
7. Circonstances particulières
8. Directives administratives générales.
9. Principes d'une procédure administrative équitable

این اطلاع‌رسانی یا از طریق بیان انگیزه‌های اقدام یا به تقاضای ذینفع از طریق ابلاغ مکتوب<sup>۲</sup> در مهلت زمانی معقول خواهد بود.

### کنترل

۹. در اجرای صلاحیت تخییری، اقدام اداری از کنترل قانونی بودن<sup>۳</sup> عمل اداری در پیشگاه دادگاه یا مقام اداری مستقل تبعیت خواهد نمود.
- این کنترل از اعمال کنترل اولیه<sup>۴</sup> مقام اداری صالح جهت تصمیم‌گیری در مورد قانونی بودن و حسن تصمیم، نخواهد کرد
۱۰. در فرضی که قانون هیچ محدودۀ زمانی برای اتخاذ تصمیم در اجرای صلاحیت تخییری مقرر ننموده باشد یا مقام اداری در قلمرو زمانی معقول اتخاذ تصمیم ننماید، امتناع وی<sup>۵</sup> می‌تواند زمینه‌بازنگری مقام اداری صالح در این باره باشد.
- ۱۱- دادگاه یا سازمان مستقلی که کنترل را بر اقدام مبتنی بر صلاحیت تخییری اعمال می‌نماید، می‌تواند اطلاعات ضروری را برای اعمال این وظیفه کسب نماید.

### شرح مواد

#### مقدمه

۱. مبنای این طرح همکاری میان دولتهای عضو برای تدارک توصیه‌نامه‌ای در زمینه اعمال صلاحیت تخییری است که در ماده ۱ اساسنامه شورای اروپا وظایف مربوط به زمینه‌های مشترک، مانند حقوق، اداره و حقوق بشر به این نهاد واگذار شده است.
۲. در جامعه مدرن، اعمال اداره<sup>۶</sup> و تصمیمات مقامات اداری تأثیر بسیار مهمی بر زندگی شهروندان دارد. در برخی موارد، مفهوم تصمیمات اداری پیشاپیش به گونه‌ای دقیق با قوانین و مقررات تعیین می‌شود. در سایر موارد دولت میزانی از صلاحیت را به اداره اعطا می‌نماید و تنها محدودیت‌های این صلاحیت را تعیین می‌کند. یعنی مقام اداری، دارای صلاحیت

1. Motifs
2. Communication par écrit
3. Contrôle de légalité
4. Contrôle préalable
5. Son abstention
6. L'action de l'administration

تخیری است. مقام اداری که صلاحیت تخیری دارد موظف است نه تنها به قوانین و مقررات جاری احترام بگذارد، بلکه باید به گونه‌ای منطقی و منصفانه اقدام نماید. تلاش‌ها در این مورد به گونه‌ای پیوسته توسط دولتهای عضو اتخاذ می‌گردد. انجام این اقدامات در چارچوب اتحادیه اروپا، کمیته وزیران شورای اروپا<sup>۱</sup> در ماه فوریه ۱۹۷۷ تصمیم گرفت موضوع را در برنامه کاری سازمان قرار دهد.

۳. کمیته کارشناسان حقوق اداری<sup>۲</sup> در سپتامبر ۱۹۷۸ توسط کمیته وزیران، مسئول تدارک طرح قطعنامه‌ای در زمینه اعمال صلاحیت‌های تخیری گردید. این کمیته به ریاست آقای موریزه<sup>۳</sup> (از کشور فرانسه) سه نشست جامع را در تاریخ‌های ۴ تا ۸ دسامبر ۱۹۷۸، ۲۷ تا ۳۰ مارس ۱۹۷۹ و ۲۶ و ۲۹ ژوئن ۱۹۷۹ برگزار نمود. علاوه بر این یک گروه کاری به ریاست ونرگان<sup>۴</sup> (از کشور سوئد) برای دو بار و در تاریخ ۱۰ تا ۱۲ ژانویه ۱۹۷۹ و ۱۰ تا ۸ می سال ۱۹۷۹ برای تهیه پیش‌نویس کامل تشکیل گردید.

۴. کمیته بحث‌ها و پیشنهادها را براساس مطالعه تطبیقی در قوانین و رویه‌های اداری و همچنین رویه قضایی دولتهای عضو انجام داد. با وجود تنوع نظام‌ها و مفاهیم حقوقی، در مورد درخواست اهداف و مقاصد طرح به منظور رسیدن به راه حل‌های مشترک، توافقی‌های گسترده‌ای وجود داشت.

۵. طرح توصیه‌نامه توسط کمیته اروپایی همکاری‌های حقوقی (CDCJ) در سی و دومین جلسه در ماه نوامبر ۱۹۷۹ بررسی شد و متن تهیه شده CDCJ در کمیته وزیران در ۱۹۷۹ تدوین و در ۱۱ مارس ۱۹۸۰ و در سی و ششمین نشست هیئت وزیران به شکل حاضر تصویب شد.

#### ملاحظات عمومی

۶. توصیه‌نامه مربوط به اجرای صلاحیت تخیری، از دولت‌های کشورهای عضو می‌خواهد که با الهام از حقوق و رویه‌های خود، اصول اعلام شده در ضمیمه را رعایت نمایند. این اصول در سه محور کلی بیان شده است:

- اصول بنیادین اعمال صلاحیت‌های تخیری (ضمیمه دوم)

1. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
2. Comité d'experts en droit administratif (CJ-DA)
3. Morisot
4. M. B. Wennergren

- آیین اعمال صلاحیت تخییری (ضمیمه سوم)

- کنترل صلاحیت‌های تخییری (ضمیمه چهارم)

۷. اصطلاح «با الهام از» که در متن دستورالعمل آمده است برای آزادی حداکثری کشورها در انتخاب روش‌های محقق و اجرا به منظور تضمین مطابقت اعمال صلاحیت‌های تخییری با اصول موضوع توصیه‌نامه است. به همین دلیل واژه «اصل» بر «قاعده» ترجیح داده می‌شود. هدف توصیه‌نامه، اجرای این متن از طریق تدوین قواعد واحد و جزئی برای هماهنگ‌سازی قوانین ملی در این زمینه نیست، بلکه اساساً می‌خواهد یک شناخت عمومی<sup>۱</sup> از برخی اصول مشترک در قوانین و رویه‌های کشورهای عضو ایجاد نماید.

۸. برخی از اصول مندرج در این توصیه‌نامه، بردی با ویژگی کلی دارند و در مورد همه اعمال اداری اجرا می‌شوند، اما مشخصاً در هنگام اجرای صلاحیت تخییری اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کنند.

۹. مجموعه اصولی که قبل از توضیحات مقدماتی آمده‌اند برای تعیین محدوده و قلمرو اعمال توصیه‌نامه و تعریف مفاهیمی که موضوعات را در بر می‌گیرند و همچنین مشخص نمودن برخی ملاحظات در مواردی است که اصول، می‌توانند اعمال شوند.

۱۰. توصیه‌نامه در مورد آن دسته از اعمال اداری به کار می‌رود که تنها در راستای اجرای صلاحیت تخییری هستند. مقصود از اصطلاح «عمل اداری»<sup>۲</sup> عملی است که الزاماً در اجرای قدرت عمومی انجام می‌شود، مانند آنچه در قطعنامه ۷۷ آمده است؛ نظیر رویه قضایی، تحقیقات مربوط به جرایم مهم به منظور تعقیب و محاکمه در پیشگاه دادگاه و قانونگذاری (به معنی تدوین قوانین و مقررات) که خارج از قلمرو قطعنامه هستند. علاوه بر این، مسائل مربوط به مدیریت سازمان‌های داخلی از محدوده توصیه‌نامه خارج‌اند.

۱۱. باید توجه داشت که در برخی از موارد، اجرای صلاحیت تخییری به معنای انتخاب میان اقدام و عدم اقدام است.

۱۲. در مورد آن دسته از اعمال اداری که قانونگذار از مفاهیم حقوقی نامتعیین<sup>۳</sup> (UR) استفاده نموده است، توصیه‌نامه اعمال نمی‌شود.

این دسته از مفاهیم حقوقی را به صورت مشخص قانونگذار بیان نکرده است، اما به هر حال مقام اداری در برداشت هدف محور باید آن را در موارد شخصی و فردی شناسایی نماید.

1. Reconnaissance générale

2. Acte administratif

3. Concept juridique indéterminé (*unbestimmter Rechtsbegriff*)



۱۳. انتهای یادداشت‌های مقدماتی، شامل مقررات کلی قابل اعمال بر اصول است و هدف آن تضمین اجرای اصول منطبق با الزامات اداره مطلوب و کارآمد و کاربرد آنها به گونه‌ای است که با منافع دیگران (مانند ویژگی محرمانه بودن اطلاعاتی که نزد مقام اداری است) یا منافع عمومی مهم (مانند امنیت ملی، حفظ نظم عمومی یا بهداشت عمومی) در تضاد نباشد.

در برخی موارد خاص، منافع اشخاص ذینفع ممکن است تغییرات در نحوه اجرای اصول را موجه نماید.

۱۴. برای اطمینان از انعطاف‌پذیری بیشتر در اجرای اصول، مقررات کلی یا شروطی که امکان تغییر یا عدم اعمال برخی از اصول در موارد یا حوزه‌های خاص را فراهم می‌کند - برای مثال در مورد خدمات عمومی خاص یا نهادهایی با رژیم‌های انضباطی ویژه و همچنین در موارد آزمایشی - قابل وضع است، هر چند بر مطلوبیت رسیدن به اهداف بنیادین این توصیه‌نامه تأکید می‌گردد. به هر حال در مورد برخی از اصول بنیادین، کمیته مواردی را که به‌سختی می‌تواند موجب تغییر یا عدم اجرا گردد لحاظ کرده است.

۱۵. لازم است ذکر شود که توصیه‌نامه اصولی را اعلام می‌کند که برای همه کشورهای عضو به عنوان حداقل استانداردهای مشترک<sup>۱</sup> پذیرفته شده است. هیچ یک از مقررات این توصیه‌نامه نمی‌تواند به گونه‌ای تفسیر شود که دولت‌ها را به فراتر از حداقل استانداردهای پذیرفته‌شده ملزم کند یا اعمال محدودیت بر آنچه را قبلاً اعضاء شناسایی نموده‌اند، موجب شود.

#### دیدگاه‌ها در مورد ضمیمه

##### الف) اصول بنیادین

۱۶. این اصول در مورد تعهدات تحمیلی بر اداره در هنگام اجرای صلاحیت تخییری کاربرد دارند. هدف اصول این است که اختیار ارزیابی اعطاشده قانونگذار به طریقی منصفانه، عادلانه، نه خودسرانه و نا معقول، اعمال گردد.

##### اصل ۱. هدف صلاحیت تخییری

۱۷. این اصل تأکید می‌کند که مقام اداری در مواردی که صلاحیت تخییری دارد تنها باید هدفی را دنبال نماید که اختیار برای آن هدف اعطا شده است.

1. Normes minimales communes.

با وجود این اگر عمل اداری به گونه‌ای است که آثار جانبی ناسازگار با اهداف تعیین شده برای اجرای صلاحیت تخییری دارد، این آثار جانبی نباید در هنگام قضاوت در مورد قانونی بودن عمل اداری در نظر گرفته شود.

۱۸. برای اعمال این اصل، مطلوب آن است که هدفی که تعقیب می‌شود و ماهیت معیارهایی که در جهت اجرای صلاحیت تخییری برگزیده می‌شوند، واضح باشند. در برخی موارد قصد قانونگذار به گونه‌ای واضح از خود متن برمی‌آید. اما در برخی دیگر هدف از صلاحیت اعطایی ممکن است چندان آشکار نباشد. مطلوب است هنگامی که صلاحیت تخییری شکل می‌گیرد بسته به نظام حقوقی مربوط، هدفی که دنبال می‌شود یا در متن قانونی که صلاحیت تخییری را اعطا نموده به وضوح بیان شود یا اینکه از عنوان یا مقدمه آن قانون بتوان به هدف آن پی برد. در فرضی که قانون به صراحت هدف را مشخص نموده است، اختیار باید در همه موارد در راستای منفعت عمومی اعمال گردد.

#### اصل ۲. بی‌طرفی و بی‌نظری

۱۹. بی‌طرفی و بی‌نظری در اعمال صلاحیت تخییری شامل تعهد مقام اداری به ملاحظه عوامل مرتبط با تصمیم در موارد خاص و ملاحظه عواملی است که در تطابق با اهمیت آن است. عناصر نامناسب و عواملی که هیچ ارتباطی با تصمیم ندارد نباید مورد توجه باشند.

۲۰. اصطلاح «عناصر یا ملاحظات» به منظور پوشش واقعیات و مبانی حقوقی عمل اداری است. «عوامل مرتبط»<sup>۱</sup>، شامل ملاحظات و آن مبانی حقوقی می‌شود که مقام اداری مکلف است آنها را در تصمیمات موردی رعایت کند.

۲۱. مقام اداری تلاش خواهد کرد همه عوامل را با در نظر گرفتن عوامل مرتبط با تصمیم در نظر بگیرند. برای مثال از اسناد مربوط، اطلاعات ارائه شده از طرفین یا اشخاص ثالث و نظریات کارشناسی استفاده نماید. بنابراین، مقام اداری در راستای اعمال اصل دوم قطعنامه (۷۷) ۳۱ به شخص ذینفع اجازه اطلاع از عوامل جمع آوری شده را می‌دهد.

#### اصل ۳. برابری در مقابل قانون

۲۲. هدف این اصل جلوگیری از برخوردهای تبعیض آمیز است و تضمین اینکه در هنگام اجرای صلاحیت تخییری با افراد در وضعیت‌های مشابه برخورد مشابه صورت گیرد.

1. éléments pertinents

۲۳. هرگاه تفاوت در رفتار مبتنی بر دلایل منطقی، به گونه‌ای عینی نسبت به هدفی که پیگیری شده توجیه گردد، اصل برابری در مقابل قانون نقض نمی‌شود. تنها هنگامی تبعیض وجود دارد که تفاوت در رفتار با توجه به هدف و آثار اقدامات، توجیه منطقی نداشته باشد. این اصل مانع از آن نیست که اداره رفتار خود را به دلایل منفعت عمومی یا به دلیل رویه‌های سابق که غیر قانونی یا نامناسب بوده است، تغییر دهد.

#### اصل ۴. تناسب

۲۴. این اصل به گونه‌ای مشخص در فرضی اعمال می‌شود که اقدام اداری، محدودیتی را بر حقوق، آزادی‌ها یا منافع افراد تحمیل نماید و به دنبال تضمین ارتباط منطقی میان منافع، برای نمونه منافع عمومی از یک طرف و منافع خصوصی افراد از سوی دیگر، باشد. در نهایت این اصل از اداره می‌خواهد که از اقداماتی که در مقایسه با هدف مورد تعقیب، موجب آسیب به شهروندان می‌شود، خودداری نماید.

۲۵. بیشتر نظام‌های اروپایی حقوق اداری، اصل تعادل منطقی میان هدف و وسیله مورد استفاده را شناسایی نموده‌اند.

#### اصل ۵. مدت زمان معقول

۲۶. این اصل در پرونده‌هایی اهمیت دارد که مجوز یا گواهی ضرورتاً باید از سوی مقام اداری صادر گردد. هنگامی که هیچ فرصت زمانی خاصی برای چنین تصمیمی معین نشده باشد، فرد ممکن است در دوره زمانی نامعین در حالت غیرمطمئن قرار گیرد. این وضعیت می‌تواند موجب مشکلات عملی قابل توجهی شود و منجر به نوعی خودسری ناملموس در اداره گردد. همچنین وقتی مقام اداری مراحل را برای تصمیمات موردی در نظر می‌گیرد، یک وضعیت نامطمئن در حوزه حقوق، آزادی و منافع فرد ایجاد می‌شود.

۲۷. مدت زمان معقول<sup>۱</sup> در موارد خاص بستگی به عوامل متعددی نظیر پیچیدگی موضوعات، درجه اضطرار در اتخاذ تصمیم و تعداد اشخاص مرتبط با تصمیم دارد. در اتحادیه اروپا بخش عمده‌ای از رویه‌های ارگان‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در مورد که مفهوم مدت زمان معقول در میان کشورهای عضو چگونه ارزیابی گردد. (مانند قضیه koenig)

1. Délai raisonnable

۲۸. اعمال اصل حاضر توسط مقررات اصل ۱۰ کامل شده است که به موجب آن، کوتاهی مقامات اداری در موارد خارج از مدت معقول، ممکن است مشمول نظارت مقام اداری صالح شود.

۲۹. با این حال عواقب ناشی از انقضای مدت معقول و مدت این زمان با توجه به هر یک از نظام‌های حقوقی می‌تواند متغیر باشد. در واقع هر یک از دولتهای عضو موظف به تضمین اجرای این اصل براساس قوانین مناسب خود خواهند بود.

#### اصل ۶. اجرای دستورالعمل

۳۰. این اصل بر اهمیت نظارت بر اعمال اداری و همچنین تداوم امور اداری تأکید دارد. این اصل در چارچوب اصل کلی برابری است و می‌خواهد «قابلیت پیش‌بینی»<sup>۱</sup> و «قطعیت» را افزایش دهد. اما ضروری است در هر مورد، شرایط و اوضاع و احوال هر پرونده بررسی گردد.

۳۱. اصطلاح «دستورالعمل عمومی اداره» شامل دستوراتی می‌شود که توسط مقامات اداری خطاب به کارمندان اداره مربوط و در راستای تعیین خطوط کلی عملکرد و تضمین هماهنگی اداری صادر شود و رویه‌ای که افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد، صادر می‌شود. این دستورالعمل شامل بخشنامه، دستورالعمل و سایر دستورات اداری داخلی می‌شود.

۳۲. به طور کلی مقام اداری مسئول اتخاذ تصمیم و اجرای آن مطابق با دستورات کلی اداری است که برای اداره جنبه الزام آور دارد. در بسیاری از کشورها دستورالعمل‌های عمومی دولت، الزام‌آوری قانونی ندارد و به تنهایی جهت ابطال تصمیم، ملاحظه نمی‌شود. برعکس در برخی از کشورها اداره‌شوندگان، ممکن است به یک دستورالعمل عمومی اداری علیه یک تصمیم اداری استناد می‌کنند.

۳۳. تعیین آثار عدم اعمال دستورالعمل‌های عمومی اداری به سیستم حقوقی ملی بستگی دارد.

#### ب) آیین

۳۴. در زمینه‌ای که فرد ممکن است احساس ناتوانی کند و مشکلات متعددی در اجرای حقوق و منافعش داشته باشد، مطلوب آن است که کمیته‌ای از کارشناسان، اصول مربوط به حمایت از افراد را درباره با اعمال اداری مقامات که در قطعنامه (۷۷) ۳۱ آمده است و در حوزه اجرای صلاحیت تخییری قابل اعمال است، با وضع قواعد رویه‌ای خاص مرتبط با صلاحیت تخییری تکمیل نماید.

۳۵. در فرآیند تدارک این بخش از توصیه‌نامه، کمیته کارشناسان از تدوین اصولی که قبلاً در قطعنامه (۷۷) ۳۱ آمده است اجتناب خواهند نمود و تضمیناتی را غیر از آنچه در این قطعنامه آمده است، اضافه نخواهند کرد.

لذا کمیته کارشناسان برای مثال به اصل مربوط به بیان دلایل کافی و شفاف از سوی مقامات اداری در اعمال صلاحیت تخییری که به گونه‌ای کامل در اصل چهارم قطعنامه (۷۷) ۳۱ آمده است، نخواهند پرداخت.

#### اصل ۷. انتشار دستورالعمل‌ها

۳۶. این اصل مکمل اصل ششم است. رعایت دستورالعمل‌های عمومی اداری توسط مقامات اداری به تنهایی کافی نیست. (بنگرید به اصل ۶) بلکه بسیار شایسته است که شخص ذینفع به این دستورالعمل‌ها دسترسی داشته باشد، به گونه‌ای که اطلاع و آگاهی کافی از معیارهای اعمال شده در اختیار وی قرار گیرد.

۳۷. با اعمال اصل دوم قطعنامه (۷۷) ۳۱، شخص ذینفع می‌تواند به اطلاعات دسترسی داشته باشد و قبلاً این امر به عنوان دستورالعمل‌های اداری عمومی در قطعنامه پیش گفته آمده است.

معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،  
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی