

## گستره کنترل قضایی صلاحیت اختیاری در ایران

(با نگاهی به انگلستان)

سیدمجتبی واعظی<sup>۱</sup> مارال بردبار<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۵

پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۸

### چکیده

کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری یکی از مباحث مطرح در مطالعات حقوق اداری ناظر بر حوزه اختیارات دولتی است. آزادی عمل ایجاد شده به واسطه اختیاری که قانونگذار به مأمور داده است، ارزیابی قانونی بودن عمل اداری در کنترل قضایی را متمایز از کنترل صلاحیت‌های تکلیفی و در چارچوب «کنترل حذاقلی» تبیین می‌نماید و حوزه کنترل قاضی بر اختیارات دولتی را با محدودیت مواجه می‌سازد. این امر در تعامل با ضرورت پایبندی به اصل «تفکیک نظارت از دخالت» منجر به بروز ابهام در پاسخ به این پرسش شده است که «چه چیز قابل کنترل است؟». بر این اساس قاضی ملزم است با وضوح هر چه تمام‌تر مرزهای صلاحیت قضایی خویش در کنترل اختیارات را شناسایی نماید. پژوهش حاضر تلاش دارد از طریق تقسیم‌بندی انواع کنترل بر اساس موضوع آن، با رویکردی تحلیلی بر عملکرد قضات دیوان عدالت اداری، رویه قضایی مطرح در این خصوص و تأسیس نوین قانون دیوان عدالت اداری، در جهت روشن‌سازی چیستی و گستره کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری و تفکیک «حسن تصمیم» از «قانونی بودن» اقدام نماید.

**واژگان کلیدی:** کنترل قضایی، صلاحیت اختیاری، حسن تصمیم، کنترل قانونیت.

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول). mojtaba\_vaezi@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی.

## مقدمه

کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری یکی از مباحثی است که فراتر از ارزیابی صرف قانونیت<sup>۱</sup>، اصول حقوق اداری را هر چه بیشتر وارد در معیارهای قضایی کنترل نموده است. با این حال به لحاظ عدم صلاحیت قاضی در کنترل محتوای تشخیصی اختیار و محدود شدن صلاحیت قضایی در کنترل نقض قانون<sup>۲</sup> از آن به «کنترل حداقلی»<sup>۳</sup> تعبیر می‌گردد (Kahn, 1980: 521). از این رو است که برخی، کنترل قضایی این دست صلاحیت را نه تطابق ظاهری اقدام اداری با قانون بلکه به معنای تطابق ماهوی تصمیم با قانونی بودن دانسته‌اند. به این معنا که قاضی کنترل‌کننده از طریق معیارهای ماهوی حاکمیت قانون اقدام به ارزیابی عمل اداری می‌کند.<sup>۴</sup> این معیارهای ماهوی بیش از هر چیز این امکان را برای قاضی فراهم می‌آورد تا بدون ورود در محتوای تشخیصی، به کنترل سازگاری آن با حاکمیت قانون بپردازد. تخطی از حدود اختیار یا آنچه تحت عنوان سوء استفاده از اختیار شناخته می‌شود یکی از جهات کنترل قضایی اختیارات است که بر همین مبنا استوار است. بر این اساس قاضی علاوه بر کنترل تطابق ظاهری عمل اداره با عبارت قانونی، به مواردی چون تطابق اهداف تصمیم و قانون، مناسب بودن شیوه‌ها با هدف مورد نظر قانون و مرتبط بودن دلایل تصمیم نیز می‌پردازد (مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۰۹-۱۱۵).

نظارت و کنترل بر صلاحیت‌های اختیاری دولت همواره با چالش‌هایی در خصوص مبانی، ضرورت و چگونگی آن همراه بوده است. پاسخ به پرسش‌های مطرح در این خصوص بیش از هر

۱. منظور از عبارت «قانونیت» کنترل عمل اداره بر اساس قانون است.

## 2. Error Of Law

۳. اطلاق عبارت کنترل حداقلی (Minimum Control) بر کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری از آن رو است که دادگاه‌ها به واسطه اختیار قانونی اعطا شده به مأمور صلاحیت وی در اتخاذ تصمیمات تخصصی و فنی را می‌پذیرند و از ورود به ارزیابی آنچه مرتبط با امور تخصصی یا مقتضیات اداری است خودداری می‌نمایند. (ر.ک: گرجی، علی‌اکبر و یونس فتحی، ۱۳۹۱: ۲۱۵-۲۲۴).

۴. در خصوص حداکثری یا حداقلی دانستن کنترل قضایی صلاحیت اختیاری اختلافی در منابع دیده می‌شود که عمدتاً بر تفاوت در نظرگاه‌ها بر می‌گردد به این نحو که برخی با تأکید بر استفاده قاضی از اصول حقوقی (معقول بودن، تناسب) در ارزیابی اختیارات آن را کنترلی حداکثری دانسته و دسته‌ای دیگر از منظر عدم صلاحیت در کنترل «حسن تصمیم» و محدود بودن به کنترل نقض قانون آن را کنترلی حداقلی دانسته‌اند. (ر.ک: گرجی، علی‌اکبر و یونس فتحی، ۱۳۹۱: ۲۱۵-۲۲۴) و (Kahn, 1980: 521-530).

چیز به نوع برداشت از حکومت قانون، دموکراسی، اقتضائات اداری و کارآمدی مرتبط می‌باشد. باید گفت بخشی از پیچیدگی‌ها در کنترل اختیارات از جانب نهاد قضایی مرتبط با پیش‌بینی اختیار و آزادی عمل از جانب قانونگذار است که از آن به تعارض نهادهای انتخابی و غیرانتخابی تعبیر می‌گردد و به عنوان تقابلی با دموکراسی شناخته می‌شود (Waldron, 1996: 1349 & Mensah, 1998: 125). به این معنا که سطحی از آزادی از جانب نهاد انتخابی مجلس شناسایی شده و از جانب نهاد انتخابی دیگری (قوه مجریه) اعمال می‌گردد، تا منفعت عمومی و عدالت فردی شده را تأمین نماید. این آزادی اعطا شده در جهت تأمین نفع عمومی از طریق قضات که نهادی غیر انتخابی هستند، مورد کنترل قرار گرفته و محدودیت‌هایی ناظر بر حراست از حقوق و آزادی‌های شهروندان و به ویژه در منطبق‌سازی با اصول حقوق اداری را بر اداره تحمیل می‌نماید.

به علاوه اصل اولی در کنترل قضایی اختیارات، عدم صلاحیت قاضی در ورود به محتوای تشخیصی اختیار اعمال شده است که در چارچوب دکترین «حسن تصمیم»<sup>۱</sup> نمود یافته و قاضی را در نخستین برخورد با عمل اداری مورد شکایت، در مقام تفکیک کنترل قانونیت از حسن تصمیم قرار می‌دهد. در نهایت این قاضی است که مرز آنچه به قانونیت مرتبط می‌باشد و آنچه خارج از محدوده قانونیت است را ترسیم می‌نماید (بهینیا، ۱۳۸۹: ۵). بر این اساس از یکسو مأمور اداری نمی‌تواند با استناد به مصلحت و مقتضیات اداری اقدام به خودسری نماید (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۴۱۱) و از سوی دیگر، قاضی موظف است این امر را بدون ورود به محتوای تشخیصی عمل اداری کنترل کند.

در ادامه تلاش می‌شود در جهت روشن‌سازی هر چه بیشتر محتوای کنترل قضایی اختیارات به اصول و آرای مطرح در این زمینه پرداخته شود.

## ۱. محتوای کنترل قضایی اختیارات

محتوای تشخیصی یا آنچه تحت عنوان «حسن تصمیم» اداری شناخته می‌شود، ناظر بر آن بخش از عمل اداره است که اختیار قانونی به آن تعلق گرفته باشد. باید گفت این محتوای غیرقابل کنترل عمدتاً معطوف به تشخیص مصالح و مقتضیات اداری، امور تخصصی و فنی با معیارهایی غیر حقوقی است. ورود در ارزیابی این محتوا به واسطه عدم تسلط قاضی بر این مقتضیات و امور فنی و غیرحقوقی بودن آن، منطبق اولیة قانونگذار در اعطای اختیار که تحقق منفعت عمومی است را مخدوش می‌کند.

بر این اساس باید در نظر داشت که پاسخ به این پرسش که «کدام بخش از صلاحیت اختیاری اعمال شده به وسیله مأمور اداری قابل کنترل است؟» بیش از همه منوط به تفکیک محتوای تشخیصی تصمیم یا اقدام اداری از حوزه فرایندها و قانونیت می‌باشد.

هر چند بر عدم صلاحیت قاضی برای ورود به محتوای تشخیصی تأکید شده است (De Smith, Wolf & Jowell, 1995: 297)، با این حال معیار مشخصی در ترسیم مرزی دقیق در دسترس نمی‌باشد. این امر در بررسی و مطالعه آرای دیوان عدالت اداری در پرونده‌های مختلف مربوط به شکایت از یک اختیار اداری، منجر به نوعی سر در گمی گشته و استدلال‌هایی متنوع و شیوه‌های مختلف در کنترل را پدید آورده است. با این حال در مواردی نیز قضات دیوان در اعمال تفکیک فوق‌الذکر مسیرهایی جدید در کنترل محتوای عمل اداری، حتی در برخی تصمیمات تخصصی، بدون ورود به محتوای تشخیصی آنها تأسیس نموده‌اند که در ادامه مطلب به آن پرداخته خواهد شد.

در نظام حقوقی کامن‌لا یکی از شیوه‌ها در تفکیک مرز قانونیت از حسن تصمیم، بر الگوی سه‌گانه لرد دیپلاک در دعوی GCHQ<sup>1</sup> مبتنی است. به این نحو که بر اساس سه معیار قانونی بودن، معقول بودن، و مناسب بودن فرایندها اقدام به کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری می‌شود.

1. Council of Civil Service Unions v Minister for The Civil Service (1983), known as GCHQ (Government Communications Headquarters) Case.

در این دعوا علاوه بر شناسایی معیارهای سه‌گانه بر قابل کنترل بودن امتیازات سلطنتی جز در برخی موارد، برای نخستین بار تصریح شد.

به طوری که در غیرقانونی بودن<sup>۱</sup> و نامعقول بودن<sup>۲</sup>، کنترل محتوا به نوعی است که جایگزینی مأمور با قاضی حاصل نگردد و در نامناسب بودن فرایندها، کنترل صرفاً ناظر بر محدوده فرایندها است و در چارچوب این تقسیم‌بندی سه‌گانه از ورود به حوزه حسن تصمیم اجتناب می‌گردد. در توضیح این سه معیار باید گفت: منظور از قانونی بودن آن است که مأمور باید به خوبی قانونی را که اختیار وی را تنظیم می‌نماید درک نموده و مطابق آن اقدام نماید و این قاضی است که روشن می‌کند تعبیر درست از عبارت قانون کدام است. آیا مأمور درک درستی از قانون دارد یا خیر؟ و معقول بودن در چارچوب استدلال ارائه شده در رأی وندسبوری<sup>۳</sup>، به معنای توجه به دلایل مرتبط و عدم توجه به دلایل غیر مرتبط است و این مرتبط بودن را قاضی احراز می‌نماید. در نهایت منظور از مناسب بودن رویه‌ها، رعایت قواعد عدالت طبیعی<sup>۴</sup> و انصاف رویه‌ای<sup>۵</sup> است (Preston, 2006:3-4). بر این اساس نظام‌های حقوقی مبتنی بر کامن‌لا (غیر از ایالات متحده) به ویژه انگلستان و استرالیا در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری به نحو سنتی در چارچوب‌های تولید شده در دعوی GCHQ استفاده می‌نمایند. در متن حاضر، ابتدا با الهام از شیوه فوق در استفاده از دستاوردهای رویه قضایی، به تفکیک مورد نظر پرداخته خواهد شد و در ادامه با تحلیل مواضع قانونگذار و قضات چارچوبی دقیق‌تر از گستره کنترل قضایی ارائه خواهد شد.

## ۱-۱. تفکیک نظارت از دخالت

یکی از اصول عمده کنترل قضایی اعمال اداری «اصل تفکیک مفهوم نظارت از دخالت» است. به موجب این اصل که مبنای اولیه آن را باید در اصل تفکیک قوا جستجو کرد (بهینیا، ۱۳۸۹: ۶)،

1. Illegality
2. Irrationality
3. Wednesbury

در این دعوا از مجوز صادر شده برای نمایش فیلم‌هایی که برای کودکان مناسب نیست در روزهای یکشنبه و مشروط به عدم حضور کودکان، شکایت شده است. قاضی با این استدلال که به واسطه تعطیل بودن مدارس در آن روز و حضور کودکان در منزل، والدین از رفتن به سینما محروم می‌گردند، صدور مجوز را غیرمعقولانه ارزیابی نموده است. ر. ک:

<http://global.oup.com/uk/orc/law/public/endicott2e/01student/ch02/03cases/>

4. Natural Justice
5. procedural Fairness

قاضی بر مبنای حاکمیت قانون و در راستای تأمین قانونیت اعمال اداری به ارزیابی تصمیمات و اقدامات پرداخته و موارد انحراف از قانون و نقض حقوق و آزادی‌ها به نحو غیرقانونی را روشن می‌سازد و به موجب آن اقدام به صدور حکم می‌نماید. با این حال از تغییر و اتخاذ تصمیم جدید یا اقدام از ناحیه خود خودداری می‌نماید و این امر را به مأمور اداری محول می‌نماید (زارعی، ۱۳۸۴: ۲۸۲). باید گفت تفکیک دو حوزه کنترل قانونیت از کنترل حسن تصمیم اگرچه عمده‌تاً برخاسته از رویه قضایی می‌نماید با این حال در یک ارزیابی کلان‌تر در چارچوب نظریه تفکیک قوا و تداوم آن در حوزه کنترل قضایی اعمال اداری و تحت عنوان اصل «تفکیک نظارت از دخالت» نیز تبیین می‌گردد. این اصل که پشتوانه نظری محدودیت صلاحیت قاضی در کنترل اعمال دولتی است، در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری به نحوی متمایز از کنترل صلاحیت‌های تکلیفی، در قالب دکترین حسن تصمیم نمود یافته و متضمن عدم صلاحیت قاضی در مقدم داشتن تشخیص خود بر صلاحیت مأمور اداری در اعمال اختیار است.

چگونگی اعمال این اصل در کنترل قضایی صلاحیت‌های تکلیفی روشن است؛ چرا که قاضی در کنترل این نوع از صلاحیت به ارزیابی قانونیت می‌پردازد و تمامی جنبه‌های صلاحیت‌های تکلیفی در قانون به طور مشخص بیان گشته است. اما در اعمال آن بر کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری با پیچیدگی‌هایی مواجه هستیم. به این نحو که علاوه بر مورد فوق قاضی محدودیتی فراتر نیز دارد و آن خودداری از جایگزین نمودن خود با مأمور اداری و ورود به محتوای تشخیصی تصمیم اداری است. این پیچیدگی از آنجا ناشی می‌شود که مأمور اداری به موجب اختیار قانونی ممکن است در هر یک از بخش‌های اتخاذ تصمیم، شیوه آن، اجرای تصمیم، نحوه اجرا مخیر باشد. به این معنا که قانونگذار اتخاذ تصمیم در آن مورد را به تشخیص مأمور اداری محول نموده است. هر چند این اختیار مطلق نیست با این حال، این امر قاضی را از ورود به حوزه تشخیص مأمور اداری (که می‌توان در هر یک از موارد فوق باشد) منع می‌نماید. بر این اساس اعمال اصل تفکیک نظارت از دخالت در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری به معنای عدم صلاحیت قاضی اداری برای ورود به ماهیت و محتوای تشخیصی صلاحیت مأمور است.

## ۲-۱. فروض قابل طرح در کنترل قضایی اختیارات

باید گفت چهار فرض در ارزیابی اعمال اداری مبتنی بر صلاحیت‌های اختیاری قابل تصور است: اول، عدم کنترل فرایندها و محتوای تشخیصی به استناد اختیاری بودن صلاحیت؛ دوم، کنترل فرایندها بدون ورود به محتوای تشخیصی (کنترل قانونیت)؛ سوم، کنترل محتوای تشخیصی از طریق قرائن و شواهد بیرونی (نوعی اعمال اصل معقول بودن) و چهارم، کنترل محتوای تشخیصی عمل اداری (کنترل حسن تصمیم). بررسی انطباق هر یک از این موارد بر «کنترل قانونیت»، حوزه صلاحیت قضایی را شفاف‌تر می‌نمایاند. بر این اساس در ادامه با ارجاع به آرای دیوان عدالت اداری و یک نمونه از نظرات شورای نگهبان تلاش خواهد شد رویه دیوان نسبت به چهار فرض پیش گفته و آنچه «کنترل قانونیت» محسوب است و آنچه در حوزه «حسن تصمیم» قرار دارد، روشن شود.

در رویه دیوان عدالت اداری نمونه‌هایی را از هر سه فرض اول شاهد بوده‌ایم. از آنجا که انطباق فرض دوم بر کنترل قانونیت روشن است از پرداختن به آن خودداری می‌شود و صرفاً در رویکردی مقایسه‌ای با فرض نخست، تنوع رویه قضایی در این خصوص روشن خواهد شد؛ چرا که محتوای اصلی در کنترل قضایی حداقلی صلاحیت اختیاری محدود شدن قضای در کنترل فرایند اتخاذ تصمیم<sup>۱</sup> است. بر این اساس و پس از ذکر نمونه‌ای از مورد اول و دوم به دو فرض باقی مانده خواهیم پرداخت. دلیل تأکید بر این دو فرض سوم و چهارم آن است که تردید در خصوص محدوده حسن تصمیم در مقایسه و تحلیل آرای مرتبط با آنها نمایی دقیق‌تر از مصادیق و جایگاه بحث ارائه می‌نماید؛ چرا که شناسایی تمایزها در دو فرض سوم و چهارم مستقیماً با شناسایی محدوده حسن تصمیم در نظام حقوقی ایران مرتبط است.

در موردی از آرای دیوان که در ادامه خواهد آمد نشان خواهیم داد که قضات در برخی موارد به واسطه وجود اختیار قانونی از ارزیابی فرایندها نیز خودداری نموده‌اند. برای نمونه می‌توان به رأی صادره یکی از شعب دیوان عدالت اداری در خصوص دعوایی به خواسته الزام اداره به

موافقت با بازنشستگی پیش از موعد اشاره نمود که نشان از عدم موافقت قاضی نسبت به صلاحیت خود در کنترل فرایندها و معیارهای ناظر بر اعمال صلاحیت اختیاری دارد.

در این رأی قاضی دیوان با این استدلال که: «صلاحیت دستگاه اجرایی در موافقت یا مخالفت با بازنشستگی پیش از موعد جنبه اختیاری دارد»، شکایت دادخواه مبنی بر الزام اداره به تغییر تصمیم خود مبنی بر عدم موافقت با بازنشستگی پیش از موعد، را وارد ندانسته است. به علاوه در مفاد رأی، هیچ‌گونه اشاره‌ای به این امر که اداره نیازمند ارائه ادله مبنی بر چرایی مخالفت باشد، ذکر نشده و قاضی اساساً نه در فرایند تصمیم اداره و نه در ماهیت آن وارد نشده است. قابل ذکر آنکه مدلل بودن تصمیم اتخاذی به واسطه صلاحیت اختیاری ناظر بر حوزه حسن تصمیم نبوده و مربوط به فرایند اتخاذ تصمیم می‌باشد و مطمئناً این حد از کنترل در صلاحیت قاضی بوده است. با این وجود ذکر از دلایل اداره در رأی موجود نیست و قاضی چنین تکلیفی را نشناخته است. این در حالی است که ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری ناظر بر وضعیت بازنشستگی پیش از موعد و اختیار اداره در موافقت یا مخالفت با آن در چارچوب شرایط است. به این نحو که قانون مقرر داشته در صورت وجود شرایط اداره می‌تواند (اختیار دارد) کارمند را بازنشسته نماید. همان‌طور که روشن است قاضی اداری در این رأی به صرف اختیاری بودن صلاحیت نسبت به ارزیابی ادله هیچ اقدامی ننموده است.

در مقابل در رأیی از یکی دیگر از شعب دیوان که نمونه‌ای متناظر از دعوای پیش گفته است، شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی ایران به استناد اختیاری بودن صلاحیتش در موافقت با بازنشستگی‌های پیش از موعد از بازنشسته نمودن دادخواه خودداری نموده است که در پی طرح دعوای دادخواه در دیوان قاضی حکم به الزام اداره فوق‌الذکر به صدور حکم بازنشستگی نموده است (معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲: ۱۰۱). آنچه قابل برداشت است آن‌که قاضی اداری در ایران به لحاظ فقر نظری، تفکیک روشنی از آنچه در حوزه فرایندها مورد نظر است و آنچه مربوط به حوزه ماهیت تصمیم اتخاذی است، ندارد و از همین رو، رویه یکسانی در کنترل صلاحیت‌های اختیاری اتخاذ نموده است. این امر نشانگر ضرورت توجه هرچه بیشتر

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری مهر ۹۱، کلاسه پرونده: ۱۴۵۷/۸۹/۲، ص ۸.



دکترین در ترسیم این مرزها و متوجه ساختن قضات دیوان نسبت به امکان ورود کنترل قضایی به چگونگی اتخاذ تصمیم و چگونگی اعمال آن است.

## ۲. کنترل حسن تصمیم

به طور کلی هر آنچه که اختیار تشخیص مأمور اداری به واسطه عبارت قانون به آن تعلق گرفته باشد در محدوده حسن تصمیم قرار خواهد داشت. به این معنا که قاضی در مقام کنترل اعمال صلاحیت‌های اختیاری، باید از خود بپرسد: «آیا وارد در حوزه تشخیص مأمور می‌گردد یا خیر؟» باید در نظر داشت که این تشخیص می‌تواند از امکان انتخاب میان روش‌ها تا امور فنی و تخصصی را در بر گیرد. به علاوه برخی عبارات غیرمتعین و مربوط با برنامه‌های بلند مدت و اقتضائات اداری چون «نفع عمومی»، «مصلحت عمومی»، «ضرورت» و از این دست را نیز شامل می‌گردد. قاضی در این جا باید بداند چه چیز در دایره ارزیابی قانونیت قرار دارد و چه چیز در حوزه محتوای تشخیصی.

کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری را ارزیابی رابطه انگیزه‌ها و دلایل یک عمل اداری بر اساس اهداف آن دانسته‌اند. زمانی که این رابطه به دلیل عدم وجود یا غیرمرتبط بودن دلایل، جانب‌دارانه بودن انگیزه‌ها و معطوف نبودن هدف به نفع عمومی یا مواردی از این دست مخدوش باشد، گفته می‌شود که صلاحیت اختیاری به نحو مناسب اعمال نگشته است. بر این اساس کنترل قضایی در این جا نه در خصوص ماهیت تصمیم اتخاذی یا عمل انجام شده بلکه ناظر بر چگونگی رفتار اداری در این خصوص و میزان قانونیت آن مطرح است. برخی حقوقدانان معتقدند مرز میان حسن تصمیم از قانونیت هر روز کم رنگ‌تر شده و هر دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمن در اتحادیه اروپا در رقابت برای افزودن بر دامنه کنترل قضایی صلاحیت اختیاری می‌باشند. به ویژه دو معیار معقول بودن و متناسب بودن را در این خصوص مؤثر دانسته‌اند (Nedjatigil, 1985:97).

نباید تصور شود، خروج صلاحیت کنترل حسن تصمیمات از صلاحیت قضایی به معنای غیرقابل کنترل بودن آن است؛ بلکه در نظام‌های حقوقی مختلف از شیوه‌هایی عمدتاً غیرقضایی

در کنترل این بخش از صلاحیت‌های اختیاری استفاده شده است که از آن به کنترل مثبت صلاحیت اختیاری در مقابل کنترل منفی (کنترل قضایی آن) یاد می‌شود. می‌توان گفت: مهم‌ترین نکته در کنترل محتوای تشخیصی پس از ترسیم مرز قانونیت از حسن تصمیم پاسخ به این سؤال است که «آیا اساساً تا تصمیمی قانونی نباشد، ارزیابی حسن تصمیم در خصوص آن موضوعیت دارد یا خیر؟» به این معنا که در تفکیک نهادهای کنترل‌کننده حسن تصمیم از قانونی بودن (مشابه مدل قانون جدید دیوان عدالت اداری) «ابتدا کدام نهاد کنترل را اعمال خواهد کرد؟» و اگر شأن هر دو نهاد توافقی باشد و صرفاً شکایت از حسن تصمیم صورت گرفته باشد «آیا نهاد صالح در کنترل حسن تصمیم صلاحیت ورود به قانونیت را نیز دارد یا خیر؟» (Cane, 2010: 426-464).

پاسخ به این پرسش‌ها در نزد هر نظام حقوقی متفاوت برخاسته از ساختار نهادهای کنترل‌کننده و ارتباطشان با یکدیگر معنا می‌یابد که خود نیازمند پژوهشی مستقل می‌باشد. با این حال، اشاره به آن‌ها می‌تواند ضرورت، موقعیت و موجودیت مرزهای حسن تصمیم از قانونی بودن را بهتر بنماید.

اعمال دو اصل تناسب و معقول بودن، در بحث از ورود قاضی به محدوده حسن تصمیم اداری از اهمیت برخوردارند؛ چراکه اعمال این اصول در ارزیابی عمل اداری مرز حسن تصمیم و قانونیت را کم‌رنگ‌تر نموده و اختیارات قاضی را افزایش می‌دهد.

باید در نظر داشت در برخی موارد اعمال معیارهای فرایندی می‌تواند در تعاملی بسیار نزدیک با محتوای تشخیصی عمل اداری قرار گیرد و قاضی را ناخواسته وارد در کنترل قضایی حسن تصمیمات نماید. شناسایی و اعمال تفکیک در این که کدام پرسش در حوزه فرایندها و کدام پرسش در حوزه محتوای تشخیصی پاسخ می‌یابد، رسالت اولیه رویه قضایی در اعمال اصل تفکیک نظارت از دخالت در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری است.

## ۱-۲. اصل تناسب

در کامن‌لا برخی حقوقدانان معتقدند تأکید و توجه بیش از حد به معیار تناسب، دادگاه را در موضوعات سیاسی و برنامه‌ریزی درگیر خواهد ساخت. دادگاه‌های انگلستان این معیار را عمدتاً در درون نوعی معقول بودن مورد ارزیابی قرار می‌دهند (هداوند و مشهدی، ۱۳۸۹: ۳۳۵). با این حال، مفهوم عام معیار تناسب در حقوق اروپایی متضمن نوعی اجتناب از آثار منفی و بدون توجیه بوده و همچنین تلاش دارد در نهایت از غلبه نتایج منفی بر نتایج مثبت جلوگیری نماید (مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۰۰-۱۰۱). به علاوه برخی اصول دیگری چون انتظارات مشروع را نیز همچون اصل تناسب موجب خروج قاضی از محدوده ارزیابی قانونیت و دخالت در امور اجرایی و جایگزین نمودن خود به جای مأمور دانسته‌اند (Waldron, 1996: 1335).

در ایران، در یک مورد از آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (دادنامه شماره ۸۶/۱۵۰۷، مورخ ۸۶/۱۲/۲۶)، راجع به دادخواست ابطال بندهای ۱، ۲ و ۶ تصویب‌نامه هیأت وزیران (شماره ۱۱۰۰۸/ت/۳۷۱۵۰، مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۸)، در خصوص میزان افزایش حقوق کارمندان قضات دیوان در خصوص این که چه چیز متناسب است، اعلام نظر نموده‌اند. به این ترتیب که قانونگذار به موجب ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۳)، دولت را موظف به افزایش حقوق کلیه کارکنان اعم از شاغل و بازنشسته «متناسب با نرخ تورم» نموده است و بر این اساس دولت از طریق تصویب‌نامه فوق‌الذکر اقدام به افزایش حقوق به میزان ۵ درصد نموده است. نماینده حقوقی دولت در پاسخ به شکایات، مبنی بر متناسب نبودن نرخ افزایش حقوق، با ذکر مواد قانونی سابق بر آن و نحوه انشای عبارت قانونی مدعی است، تخلفی از قانون صورت نگرفته و عبارت متناسب به معنای به میزان نرخ تورم نیست و اگر چنین بود قانونگذار به نحو عبارات قانونی سابق بر آن، عبارت قانون را تنظیم می‌نمود؛ به علاوه نماینده حقوقی دولت به مواد قانونی دیگری از جمله قانون بودجه در آن بخش که ناظر بر تأمین اعتبار مربوط به این افزایش حقوق است، نیز استناد نموده که از موضوع بحث ما خارج است. از محتوای دفاعیات نماینده حقوقی دولت روشن می‌شود که وی مدعی است استفاده از عبارت «متناسب» در کنار ماده ۶ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت (مصوب ۱۳۷۰)،

متضمن معنای اختیار دولت در تشخیص میزان متناسب افزایش حقوق است. با این حال، هیأت عمومی دیوان اعلام می‌نماید که: «... نظر به این که معنی و مفهوم واژه (متناسب) چه در لفظ و چه در اصطلاح مبین وجود تساوی و تناسب میان چند نسبت معین و مشخص است و حکم قانونگذار در باب افزایش حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان متناسب با نرخ تورم نیز مفید لزوم رعایت تناسب بین افزایش تورم و افزایش حقوق کارکنان شاغل و بازنشسته به نسبت یکسان است، بندهای یک و دو تصویب‌نامه ... خلاف هدف و حکم مقنن تشخیص داده می‌شود.» در نهایت حکم به ابطال بندهای ۱، ۲ و ۶ تصویب‌نامه نموده است.

به موجب مفاد این رأی روشن می‌شود که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری خود را در تشخیص آنکه چه چیز متناسب محسوب است، مقدم بر مأمور اداری شناخته است. باید در نظر داشت در اینجا عبارت متناسب در قانون پیش‌بینی شده است و دولت از آن تعبیر به اختیار نموده حال آنکه هیأت عمومی دیوان به نحوی تفسیر نموده است که دولت در انتخاب درصد افزایش حقوق متناسب اختیاری ندارد. بلکه تکلیف دارد که مساوی با نسبت افزایش تورم حقوق را افزایش دهد. هر چند این شرایط تا حدی با اعمال اصل تناسب در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری مأمور متفاوت است با این حال رأی، به خوبی نوع برداشت دیوان از عبارت تناسب و دلالت آن بر مساوی با نسبت دیگر بودن و لزوم رعایت این معنا را روشن می‌نماید. باید در نظر داشت که پرداختن به موضوع اصل تناسب در دیگر نظام‌های حقوقی نیز متضمن این معنا است که در نهایت این قاضی است که بیان می‌دارد چه چیز متناسب است و چه چیز متناسب نیست (Treves, 1947: 278).

هر چند این نظر که رأی اساساً ارتباطی با اصل تناسب نداشته و صرفاً در محدوده تفسیر از واژه «متناسب» قابل تبیین است نیز خالی از قوت نیست، با این حال می‌توان گفت: قدر متیقن آن است که می‌توان عبارت متناسب را در این رأی مصداقی از اختیار ایجاد شده به واسطه استفاده از عبارات کلی چون، مصلحت، ضرورت، در صورت اقتضاء، در صورت لزوم و همچنین مواردی چون رفاه عمومی، نیاز عمومی و ... دانست که به عنوان نوعی از پیش‌بینی صلاحیت

اختیاری و تحت عنوان «حاشیه‌های ارزیابی»<sup>۱</sup> شناخته می‌شود (مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۱۹-۱۲۰). مشخص است که قاضی در این مقام برداشت خود از محتوای واژه متناسب بودن را به صراحت بر برداشت مأمور مقدم دانسته است. قابل ذکر آن که استفاده از عبارات کلی و غیرمتعین به عنوان یکی از شیوه‌ها در پیش‌بینی صلاحیت اختیاری شناخته می‌شود.

## ۲-۲. اصل معقول بودن

در پرداختن به اعمال اصل معقول بودن در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری باید گفت به طور کلی معیار معقول بودن تصمیم یا اقدام اداری در نظام حقوقی انگلستان و در توضیح محتوای «سوء استفاده از اختیار» مورد توجه قرار گرفته است. مبنای تأسیس این اصل را استدلال قضایی مندرج در رأی وندسبوری<sup>۲</sup> مبنی بر لزوم معقول بودن اعمال اداری دانسته‌اند (Kunnecke, 2006: 84). در این رأی مشروط شدن مجوز سینما به این امر که از ورود کودکان زیر ۱۵ سال در روزهای یکشنبه ممانعت شود و با این استدلال که به علت حضور کودکان در روزهای یکشنبه در منزل، این امر والدین را از رفتن به سینما محروم می‌سازد و نامعقول است، ابطال نمود.<sup>۳</sup> کنترل قضایی صلاحیت اختیاری در چارچوب معیار معقول بودن از آنجا که متمرکز بر محتوای تصمیم اتخاذی یا اقدام اداره است، به عنوان موضعی پر آسیب در ورود قاضی به کنترل حسن تصمیمات اداری تلقی می‌گردد. در تعریف حدود معیار عقلانیت در نظام حقوقی انگلستان آن را وضعیتی دانسته‌اند که تصمیم در حدی غیرمعقول باشد که هیچ مقام معقولی چنین تصمیمی را اتخاذ ننماید (Kunnecke, 2006: 93). همچنین این اصل متضمن محتوای لزوم توجه به دلایل مرتبط و عدم توجه به دلایل غیرمرتبط نیز می‌باشد (Preston, 2006: 3-4).

در ایران با مطالعه گردشکار پرونده دعوی مطروحه در شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری روشن می‌شود که شهرداری در پی اجرای طرحی عمرانی بوده که ملک دادخواهان نیز در آن محدوده

1. Margin Of Appreciation

2. Wednesbury

3. <http://global.oup.com/uk/orc/law/public/indicott2e/01student/ch02/03cases/> . 9:40/ 9 may 2015.

مستقر بوده است. با وجود آمادگی مالکان برای معامله، اختلاف در مورد قیمت، مانع از توافق شده و شهرداری اقدام به تصرف ملک (قبل از تملک) و تخریب آن به موجب جواز ماده ۹ قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی مصوب ۱۳۷۰، نموده است. قاضی رسیدگی کننده وضعیت موجود را مصداق ماده ۹ آن قانون ندانسته است. بلکه آن را مصداق ماده ۴ و ۸ قانون می‌داند. بر این اساس قاضی اقدام اداره خوانده در تصرف ملک و تخریب آن با استناد به وجود شرایط ماده ۹ و فوریت مندرج در آن را مردود دانسته است. به علاوه فرایند مورد استفاده اداره در خصوص عدم پذیرش کارشناس پیشنهادی مالکان را خلاف قانون و خارج از اختیارات اداره دانسته است و حکم به ورود شکایت دادخواهان داده است. قابل ذکر آن که این رأی از جهت بسیاری چون توجه به لزوم قانونی بودن فرایندها و رعایت شرایط ایجاد اختیار مندرج در ماده ۹ بسیار قوی است. با این حال، آنچه در این پرونده مورد نظر پژوهش است این بخش از رأی قاضی است که بیان می‌دارد: «... از قرائن و امارات و اظهار نامه‌های رد و بدل شده این گونه استنباط می‌گردد که حتی پس از تخریب ملک شکات بعد از گذشت حدود ۱۵ ماه هیچ اقدامی روی زمین در جهت توسعه حرم مطهر صورت نگرفته است. اقدام ماده ۹ قانون و تصرف قبل از تملک زمانی است که ذاتاً طرح فوریت داشته باشد در حالی که شرایط قضیه این طور حکایت ندارد ...» (معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱: ۱۳۵) بر این اساس قاضی استناد به ماده ۹ را از دو نظر فاقد وجاهت قانونی دانسته است؛ اول آن که شرایط قانونی منطبق با اعمال ماده ۹ (مواعی چون استتکاف مالک از انجام معامله، اختلاف در مالکیت، مجهول بودن مالک و ...) موجود نبوده است دوم آن که از «شرایط قضیه» فوریت استنباط نمی‌گردد.

روشن است که تشخیص فوریت اجرای طرح عمرانی، از اختیارات دستگاه اجرایی (وزیر دستگاه) می‌باشد و در محدوده حسن تصمیمات اداری قرار دارد. صرف نظر از این که در این مورد کلیت اقدام اداری غیرقانونی بوده و این فوریت را نیز مقام دارای اختیار اعلام نموده است، قاضی رسیدگی کننده خود را صالح دانسته است که با مشاهده قرائن و شواهد خارجی از اقدامات اداره به ارزیابی فوریت طرح مورد نظر اقدام نماید و اعلام کند که طرح فوریت نداشته است.

هرچند مبنای اصلی در صدور رأی موارد متعدد نقض قانون از ناحیه اداره بوده است؛ با این حال، قاضی با ذکر این مسأله در متن رأی، رویه‌ای از کنترل حسن تصمیمات اداری بدون ورود به محتوای تشخیصی و از طریق قرائن بیرونی را تأسیس نموده است.

شاید بتوان این استدلال قاضی را نوعی از اعمال اصل تناسب یا معقول بودن در کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری دانست. بر این اساس قاضی در این رأی، اختیار اداره برای استناد به فوریت و ایجاد وضعیت ضرری برای شهروندان (تصرف ملک پیش از تملک و تخریب) را مطلق ندانسته و لزوم مطابق بودن اقدامات بعدی با فوریت را که امری مربوط به فرایندهای اجرایی تصمیمات اداری است، طریقه‌ای در کنترل اختیار اداری با محدود نمودن دایره حسن تصمیمات اداری شناخته است. قاضی در این رأی صرفاً به نتیجه‌گیری منطقی بر مبنای اقدامات اداره تکیه نموده است و هیچ‌گونه ورود به مقتضیات اداری و برنامه‌های عمرانی نداشته است.

آنچه مسلم است این نوع از کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری هر چند به نوعی دایره حسن تصمیمات را محدود می‌نماید، با این حال به معنای جایگزین شدن قاضی به جای مأمور دارای اختیار نیست و اصل موجود در این خصوص را نقض نمی‌نماید.

با این حال، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در یک رأی وحدت رویه (شماره دادنامه ۷۷/۶۱، مورخ ۷۷/۳/۲۳) این نوع اعمال اصل معقول بودن را ورود به محتوای تشخیصی و خارج از صلاحیت قضایی دانسته است. در پرونده مطروحه (دادنامه شماره ۴۸۳، مورخ ۷۵/۴/۱۹) در شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری به خواسته برقراری مستمری از کارافتادگی و استفاده از مزایای قانونی، قاضی رسیدگی‌کننده بدون عطف توجه به تخصصی بودن نظر کمیسیون (و البته بدون ورود به محتوای تخصصی و فنی آن) تاریخ معین شده توسط کمیسیون پزشکی در خصوص زمان آغاز از کار افتادگی را غیرمنطقی ارزیابی نموده است. با این استدلال که «اگر بیماری از تاریخ مورد نظر کمیسیون آغاز شده باشد به معنای آن است که فرد با وجود آرتروز شدید گردن هم‌چنان چهار سال به کار ادامه داده است و این مسأله نمی‌تواند صحیح باشد»، اقدام به ارزیابی نظر تخصصی کمیسیون پزشکی در این مورد نموده است. باید در نظر داشت که صلاحیت‌های تشخیصی و امور تخصصی و فنی از انواع صلاحیت‌های اختیاری بوده و قاضی صلاحیت ورود به

ماهیت آن‌ها را ندارد. علت آن نیز از آنجا که قاضی فاقد صلاحیت تخصصی است، روشن می‌باشد. با این حال آنچه در این پرونده قابل توجه است این که قاضی بدون ورود در ماهیت تخصصی بلکه بر مبنای امارات خارجی، تصمیم کمیسیون را غیر منطقی ارزیابی نموده است. اما در رأی شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری در خصوص دعوی مطروحه به خواسته رسیدگی به وضعیت از کار افتادگی و برقراری مستمری (دادنامه شماره ۱۷۵، مورخ ۷۵/۹/۱۴) قاضی دیوان بر مبنای نظر تخصصی کمیسیون پزشکی و با ذکر آن در متن رأی اقدام به صدور حکم نموده است و اساساً از هرگونه اعمال ارزیابی نسبت به این امر خودداری نموده است و این گونه آورده است که «شکایت شاکی علیه تأمین اجتماعی تا باقی بودن اظهار کمیسیون وجاهت قانونی نداشته، حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد.»

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تعارض دو رأی فوق‌الذکر ناظر بر عدم صلاحیت قضات در ورود به امور تخصصی و فنی به شرح زیر می‌باشد: «نظر کمیسیون پزشکی در باب بیماری و تاریخ آن امری است فنی و تخصصی که امعان نظر قضایی در زمینه اعتبار ماهوی آن وجه قانونی ندارد. بنابراین دادنامه شماره ۱۷۵ مورخ ۷۵/۹/۱۴ شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری در حدی که متضمن اعتبار نظر کمیسیون پزشکی در خصوص مورد است، موافق مقررات تشخیص داده می‌شود، این رأی مطابق قسمت ذیل ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است». به نظر می‌رسد، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ضمن پذیرش فقدان صلاحیت قضایی در کنترل امور تخصصی، دایره ورود به ماهیت تخصصی را بسیار وسیع قرار داده است. به نحوی که به واسطه تخصصی بودن، قاضی از ارزیابی تصمیم حتی بر مبنای امارات و شواهد خارج از محتوا نیز محروم گشته و می‌تواند سطحی حداقلی از کنترل قانونیت نسبت به این امور را داشته باشد.

### ۳. کنترل قانونیت

اصل اولیه در اعمال صلاحیت‌های اختیاری این است که مأمور اداری ملزم است که اختیار خود را به نحو قانونی و در چارچوب فرایندهای قانونی و اصول حقوقی اعمال نماید (مشهدی، ۱۳۸۷:



۱۱). این امر محتوای اصلی کنترل قانونیت صلاحیت‌های اختیاری را تشکیل می‌دهد. به این معنا که قاضی با تجزیه عمل اداری به دو حوزه فرایندها و محتوای تشخیصی، به کنترل قضایی فرایندها و اصول حقوق حاکم بر آنها پرداخته، نحوه اعمال اختیار را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. با این حال از ورود به محتوای تشخیصی و مقدم داشتن قضاوت خود بر قضاوت مأمور در محتوای تشخیصی عمل اداری خودداری می‌نماید.

همان‌طور که پیش‌تر نیز آمد، این نوع عملکرد را نوعی کنترل منفی بر اعمال دولت شناخته‌اند که در آن قاضی به دنبال دلایلی مبنی بر غیر قانونی بودن، نامعقول بودن، نامناسب بودن و عدم رعایت انصاف رویه‌ای و از این دست دانسته‌اند. این در حالی است که در کنترل حسن تصمیمات ما با نوعی کنترل مثبت روبه‌رو هستیم که مقام کنترل‌کننده (مثلاً تریبونال‌ها در استرالیا) به دنبال دلایلی مبنی بر مناسب‌ترین یا بهترین تصمیم بودن هستند.

قانون جدید دیوان عدالت اداری تأسیسی نوین در خصوص گستره صلاحیت دیوان در کنترل محتوای تشخیصی صلاحیت‌های اختیاری ایجاد نموده است. به این نحو که ماده ۶۴ این قانون مقرر می‌دارد: «در مواردی که به موجب قانون یا مصوبه‌ای لازم‌الاجرا، تشخص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به عهده کمیسیون یا هیأت‌هایی واگذار شده باشد، شعب دیوان فقط از جهت رعایت ضوابط قانونی و تطبیق موضوع و فرایند بررسی آن بر اساس قانون یا مصوبه رسیدگی می‌کنند و در صورت شکایت شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه رسیدگی‌کننده موظف است حسب مورد پس از ارجاع پرونده به هیأت کارشناسی تخصصی ذی‌ربط که توسط شعبه تعیین می‌گردد با کسب نظر آنان، مبادرت به انشای رأی نماید.»

در خصوص این ماده قانونی می‌توان گفت، اول روشن است که ماده قانونی ناظر بر صلاحیت دیوان عدالت اداری بر کنترل صلاحیت‌های اختیاری است با این حال در ارائه مثال به صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی اشاره نموده به نحوی که این امر را به ذهن متبادر می‌نماید که ماده بیشتر بر صلاحیت‌های اختیاری در ارزیابی افراد از لحاظ تخصصی، علمی، امنیتی و گزینشی منطبق است و حوزه‌های دیگری از صلاحیت‌های اختیاری که درگیر در تشخیص مقتضیات اداری و نفع عمومی و برنامه‌های کلی می‌باشد را شامل نمی‌شود. باید گفت:

ماده قانونی صراحتی بر این امر نداشته است و صرفاً نحوه انشای ماده چنین برداشتی را تقویت می‌نماید. دوم آن‌که، با تفکیک نمودن کنترل رعایت ضوابط قانونی و فرایندها و تطبیق موضوع از تشخیص موضوع (محتوای تشخیصی) کنترل این نوع صلاحیت‌ها را به دو بخش تقسیم نموده است و ورود به ارزیابی آنها را از حیث قانونی بودن در صلاحیت قاضی دیوان دانسته است و مشمول اصل کلی کنترل صلاحیت‌های اختیاری. با این حال در کنترل قضایی محتوای تشخیصی موارد ذکر شده و مانند آنها هیأتی تخصصی را که توسط شعبه تعیین می‌گردند، برای ورود در ماهیت تشخیصی پیش‌بینی نموده است.

به نظر می‌رسد، تکلیف در ارجاع امر به این هیأت‌ها و انشای رأی پس از کسب نظر آنها به معنای تکلیف قاضی در تبعیت از نظر شورا باشد. به این ترتیب، قانونگذار اقدام به تأسیس نوعی از صلاحیت برای دیوان عدالت اداری در ورود به محتوای تشخیصی صلاحیت‌های اختیاری مندرج در ماده و امثال آنها نموده است. با این قید که قاضی خود اقدام به ارزیابی نموده و صرفاً در تعیین هیأت تخصصی دخالت دارد.

با این حال از آنجا که رأی نهایی در این خصوص توسط قاضی انشا می‌گردد، می‌توان ارزیابی حسن تصمیم و ورود به محتوای تشخیصی را داخل در صلاحیت قضایی دیوان عدالت اداری دانست. سوم آن‌که، مشخص نیست قانونگذار بر چه مبنایی نظر هیأت دوم (تعیین شده به وسیله قاضی) را بر نظر هیأت اداره که نظرش قانوناً مستقر گشته و به موجب قانون تأسیس شده، مرجح دانسته است. اساساً این سؤال مطرح است که «معیار ارزیابی نظر هیأت اول، توسط هیأت دوم چیست؟». به علاوه مشخص نیست قانونگذار چه مبنایی را در مقدم داشتن هیأت تعیین شده به وسیله قاضی، بر هیأت مرتبط با قوه مجریه، در نظر داشته است.

باید در نظر داشت که تأسیس هیأت تخصصی مشخصاً ناظر بر کنترل محتوای تشخیصی و تخصصی بوده و از کنترل قضایی قانونی بودن فراتر رفته است. همین وجه تخصصی عملکرد هیأت هرگونه امکانی را برای قاضی در مقایسه عملکرد دو هیأت منتفی می‌سازد. بر این اساس هیأت دوم بر مبنای معیارهایی غیرحقوقی و تخصصی به ارزیابی عمل هیأت اول پرداخته و در ارزیابی محتوای تشخیصی، خود را جایگزین هیأت اول می‌کند. این در حالی است که تحقق عدالت

فردی شده و توجه به مقتضیات اداری که مبانی عمده در اعطای اختیارات دولتی هستند، به لحاظ اداری-دولتی بودن، در نزد هیأت اول بهتر حاصل می‌گردد؛ چراکه هیأتی مستقر در بدنه دستگاه اداری بسیار بیشتر بر ضروریات و مقتضیات اداری تسلط دارد تا هیأتی تأسیس شده از جانب دستگاه قضایی. اجتناب از جایگزین نمودن دستگاه قضایی با دستگاه اداری در نظریه تفکیک نظارت از دخالت را باید مستقیماً ناظر بر این امر دانست که مقام کنترل‌کننده از خود نپرسد: «اگر من به جای مأمور بودم چه تصمیمی را اتخاذ می‌کردم؟» بلکه باید پرسیده شود: «آیا تصمیم به درستی اتخاذ شده است؟». با این حال، قانونگذار در حدود اختیارات و معیارهای مورد استفاده هیأت دوم سکوت کرده و به نحوی به انشای عبارت قانونی پرداخته که نزدیکی بسیاری با سؤال اول دارد. به نظر می‌آید، این امکان وجود داشته باشد که میان ورود هیأت دوم به کنترل محتوای تشخیصی و اعمال معیارهای فنی و تخصصی بر ارزیابی خود و عدم جایگزینی خود با هیأت اول به نوعی جمع شود تا همزمان هم حقوق افراد در این گونه رسیدگی‌های تخصصی مورد حمایت قرار گیرد و هم تصمیمات مقامات و هیأت‌های اداری تخصصی دائماً دستخوش بی‌ثباتی ناشی از تفاوت در برداشت‌ها، نظریات و سلیقه‌های تخصصی و فاقد معیارهای قانونی نگردد.

آنچه روشن است این است که هر دو هیأت فوق‌الذکر در اعلام نظر خود، از صلاحیت اختیاری برخوردار می‌باشند و قانون معیار مشخصی را برای ورود به ارزیابی محتوای تشخیصی بیان نکرده است.

بر این اساس از سویی قاضی وارد در محتوای تخصصی و تشخیصی نشده و از سویی دیگر در تعیین افراد بازنگری‌کننده تصمیم تشخیصی نقش دارد. این که تعیین هیأت موضوع این ماده به چه نحو صورت می‌گیرد، بسته به تصویب آیین‌نامه در این خصوص است؛ اما آنچه می‌توان گفت این است که در نهایت هدف از اعطای صلاحیت اختیاری تأمین کارآمدی، عدالت فردی شده و در نظر داشتن مقتضیات اداری در اعمال قانون است و مأمور اداری دارای صلاحیت اختیاری نسبت به هر سه مورد می‌تواند قضاوتی نزدیک‌تر به واقع و کارآمدتر را اعمال نماید. در حالی که هیأت تعیین شده از جانب قاضی، ممکن است به واسطه عدم تعامل مداوم با مقتضیات

اداری - اجرایی و موارد ایجاد شده در عمل نتواند ارزیابی دقیقی نسبت به محتوای تشخیصی تصمیم داشته باشد. به علاوه که هیچ معیار قانونی نیز در این ارزیابی لحاظ نشده است. باید در نظر داشت آنچه در اینجا از «تشخیص موضوع» مراد است مستقیماً ناظر بر ورود به ماهیت تشخیصی است و نه ارزیابی معقول بودن یا متناسب بودن چراکه قاضی اداری پیش‌تر نیز نسبت به اعمال اصول حقوق اداری در کنترل صلاحیت‌های اختیاری اقدام می‌نمود. آنچه ماده تأسیس نموده است، ارجح دانستن نظر هیأت تخصصی موضوع ماده بر نظر هیأت اداری دارای صلاحیت است و در نهایت جایگزینی نهاد قضایی بر نهاد اجرایی را در پی دارد. بر این اساس ایجاد هیأت مورد نظر قانون دیوان بیش از آنکه از نظر محتوا محل اشکال باشد به واسطه تعلقش به بدنه قضایی می‌تواند مورد نقد قرار گیرد.

### نتیجه‌گیری

به موجب آنچه آمد در چارچوب الگوی اقتباس شده از نظام حقوقی انگلستان در محدوده تأسیسات رویه قضایی، با مطالعه آرای دیوان عدالت اداری تلاش شد محدوده‌ای از آنچه در کنترل قضایی اختیارات مورد کنترل واقع می‌گردد، به دست آید. باید گفت، شناسایی تفکیک نظری دو حوزه حسن تصمیم از قانونیت هم در آرای قضایی و رأی وحدت رویه پیش‌گفته و هم در نزد قانونگذار محرز است. قانونگذار به روشنی در متن قانونی به تمایز «ضوابط قانونی و تطبیق موضوع و فرایند» از «تشخیص موضوع» پرداخته و ایجاد هیأت تخصصی مذکور در قانون نیز بر همین تفکیک مبتنی است. به نظر می‌رسد هر چند آرای قضایی به صورت منفرد شیوه‌ای یکسان و کاملاً هماهنگ در این خصوص ندارند که این امر تا حدی به ماهیت این نوع صلاحیت‌ها و اختیار قانونگذار در پیش‌بینی آنها به نحو متنوع مربوط می‌باشد؛ اما رویه قضایی به روشنی بر عدم صلاحیت قضات در ورود به امور تخصصی و فنی تأکید دارد. علی‌رغم انتقاداتی که در متن در مورد این رأی وحدت رویه آمد، می‌توان این عملکرد دیوان را نوعی پایبندی حداکثری به دکترین حسن تصمیم و عدم مداخله دانست؛ اما روشن گردید که موضع دیوان در

خصوص محتوای حسن تصمیم مانع از اعمال نوعی کنترل بر محتوای تشخیصی بدون جایگزینی خود با مأمور نمی‌باشد.

بر این اساس در رویه دیوان عدالت اداری نوعی از کنترل تأسیس شده است که اولاً اجازه خروج از حد متعارف را از طریق تفسیر عبارات مبهم (متناسب) به مقام اداری نمی‌دهد و با محدود نمودن خود در ارزیابی حد متعارف بودن، از جایگزینی خود با اداره نیز خودداری می‌نماید. به علاوه در رأی شعبه ۳۱ ناظر بر تملک اراضی قضای مجدداً نوعی ارزیابی و تفسیر از عبارت (فوریت) ارائه نموده است که متضمن معنای لزوم مطابقت اقدامات بعدی با فوریت مورد استناد اداره است و در عین حال، این تفسیر از فوریت نه در ارزیابی اوضاع و احوال و برنامه‌ها و مقتضیات اداری منجر به اتخاذ تصمیم، بلکه صرفاً در چارچوب ارزیابی فرایندهای پس از آن قرار داشته و هم‌چنان عدم مداخله خود در امور اداری را حفظ کرده است.

باید گفت در ارزیابی نهایی موضع دیوان نسبت به محدوده کنترل محتوا بدون ورود به حسن تصمیم، اول، نوعی تفسیر عبارات غیرمتعین و مبهم در چارچوب متعارف بودن موجود می‌باشد. دوم، اعمال اصل معقول بودن به این نحو که ارزیابی بدون ورود به محتوای تشخیصی بر لزوم مطابقت اعمال اداره با مبنای تصمیم اتخاذی و امارات خارجی، هر چند مقدمه‌ای در تأسیس معیاری قضایی می‌تواند باشد؛ با این حال به استناد رأی وحدت رویه پیش‌گفته، محل تردید است. تأسیس هیأت‌های تخصصی موضوع ماده ۶۴ قانونی دیوان عدالت اداری نیز که اختیار نهاد قضایی را هر چند از طریق کنترلی غیرقضایی و تخصصی افزایش داده است صرفاً نظم نظری موجود در تفکیک را بر هم زده و تلاش‌های عملی رویه قضایی در شفافیت بخشیدن به موضع خود در این خصوص را دچار وقفه می‌سازد.

با این حال به نظر می‌رسد پیش‌بینی ماده مذکور از سوی مقنن، تلاشی در جهت توسعه و تقویت عدالت قضایی به منظور تأمین هرچه بیشتر حکومت قانون و حراست از حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان است لکن در مقابل باید به اقتضائات تفکیک قوا که خود ضمانت اجرای مهم تأمین آزادی است و نیز کارآمدی اداره که یکی از مهم‌ترین راهکارهای آن صلاحیت تخییری است، توجه داشت. قانونمند کردن نظارت قضایی بر یکی از مهم‌ترین عرصه‌های

کارآمدی اداره، فی نفسه، وضع قابل تقدیری است؛ اما در کنار خود می‌تواند حاوی دغدغه تحدید و خنثی‌سازی اداره باشد.

با این مبنا در خصوص ماده ۶۴ قانون دیوان عدالت اداری به ویژه در خصوص هیأت‌های مصاحبه و آزمون علمی که اختلاف سلیقه علمی و تنوع نگرش در امتیازدهی، بسیار بالاست می‌توان این پرسش انتقادی را مطرح نمود که چگونه قاضی می‌تواند راجع به تناسب و درستی نوع و محتوای سؤالات آزمون یا مصاحبه می‌تواند اظهار نظر کند، یا در صورت ارجاع به هیأت کارشناسی چه دلیل علمی بر ترجیح هیأت کارشناسی منتخب قاضی نسبت به هیأت تخصصی اداره خوانده وجود دارد؟

این انتظار می‌توانست منطقی باشد که مقنن حضور تمام یا برخی از اعضای هیأت اداری خوانده را نیز در ترکیب هیأت کارشناسی منتخب دادرس اداری الزامی نماید؛ لکن در خلأ چنین رویکردی، می‌توان انتظار داشت دادرس اداری قبل از هر گونه تصمیم‌گیری، توضیحات تفصیلی هیأت تخصصی اداره خوانده را استماع نموده و اصل را بر بقای اعتبار تصمیم این هیأت‌ها بگذارد مگر آن که هیأت تخصصی منتخب دادرس اداری، دلایل کافی و روشنی بر بی‌اعتباری آن ارائه دهد و خطای فاحش هیأت خوانده را اثبات نماید.

## فهرست منابع

### الف. فارسی

۱. بهنیا، مسیح (۱۳۸۹): «تأملی بر ایراد تراحم اصل انتظار مشروع با برخی از اصول حقوق اداری»، مجله حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۱۳.
۲. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴): «جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، فصلنامه مجلس و پژوهش، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۸.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶): حقوق اداری، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات سمت.
۴. گرجی، علی‌اکبر و یونس فتحی (۱۳۹۱): «مطالعه تطبیقی نظارت بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸.
۵. مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری مهر هزار و سیصد و نود و یک (۱۳۹۲): تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور.
۶. مشهدی، علی (۱۳۸۷): «اجرای صلاحیت اختیاری توسط مقامات اداری»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، سال ششم، شماره ۱۳.
۷. مشهدی، علی (۱۳۹۱): نظام حقوقی صلاحیت تخییری در قوه مجریه، چاپ اول، تهران: انتشارات معاونت تحقیقات آموزش و حقوق شهروندی ریاست جمهوری.
۸. معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۱): رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، دفتر نخست، تهران: نشر قضا.
۹. معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲): رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
۱۰. معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲): رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، دفتر دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۱۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۸۹): اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۲. وکیل، امیرساعد و پوریا عسکری (۱۳۸۸): قانون اساسی در نظم حقوق کنونی، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.

### ب. لاتین

1. Cane, p (2010); Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals, In S. Ackerman and P. Lindseth (Ed.), Comparative Administrative Law (pp. 426-464). UK: Edward Elgar Publishing Limited.

2. DE Smith, Woolf and Jowell (1995); *Judicial Review of Administrative Action*, Sweet&Maxwell.
3. Kahn, J (1980); Discretionary Power And Administrative Judge, *International And Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 2/31.
4. Kunnecke, M (2006); *Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison*, Springer Publication.
5. Mensah, B. K (1998); Legal Control Of Discretionary Powers in GHANA: Lessons From English Administrative Law Theory, *Afrika Focus*, Vol. 14.
6. Nedjatigil, M. Z (1985); Judicial Control Of Administrative Discretion: A Comparative Study, *Anglo American Law Review*, Vol. 14, No. 2.
7. Preston, B (2006); Judicial Review of Illegality and Irrationality of Administrative Decision in Australia. *Australian Bar Review*.
8. Treves, G. E (1947); Administrative Discretion And Judicial Control, *Modern Law Review*, Vol. 10, No. 3.
9. Waldron, G (1996); The Core Of Te Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, Vol. 115.
10. The Administrative Justice Court. [Online]. <http://www.divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=6035>. [8 Jan 2013].