

[Http://www.lri.ir](http://www.lri.ir)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[Http://www.lri.ir](http://www.lri.ir)



معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی

[Http://www.lri.ir](http://www.lri.ir)

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

[Http://www.lri.ir](http://www.lri.ir)

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

۳۴۵۱۷-۸۳م

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

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 مفهوم، 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

[Http://www.lri.ir](http://www.lri.ir)



معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی

فهرست

۱۳مقدمه
	بخش نخست: توصیف و تبیین صلاحیت تخییری
۲۱ فصل اول: مفاهیم بنیادین و ویژگی های 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 ۱-۳. اسناد
۳۸ ۲-۳. رویه قضایی
۳۸ بند سوم: صلاحیت شبه گزینشی - شبه تکلیفی
۳۸ الف) مفهوم این قبیل صلاحیت
۳۹ ب) نسبییت صلاحیت‌ها
۴۰ ج) پارادوکس محدودیت اختیار
۴۱ بند چهارم: مفاهیم رقیب صلاحیت تخییری
۴۱ الف) صلاحیت تخییری و الزامات
۴۲ ب) صلاحیت تخییری وقواعد
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 فصل دوم: مبانی نظری اعطای صلاحیت تخییری
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.....

بخش دوم: کنترل صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه

۷۹ فصل اول: کنترل اداری صلاحیت‌های تخییری
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 فصل دوم: کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری
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.....

۸۷۲. کنترل صلاحیت تخییری و اصول دمکراسی
۸۸۳. پاسخگویی و انصاف
۸۹۴. مقتضیات اداری (نقدی بر مداخله قوه قضائیه)
۹۰ (ب) توجیه پذیری کنترل قضایی صلاحیت‌ها
۹۰۱. رویکرد حمایت از حقوق فردی
۹۲۲. رویکرد مبتنی بر کارکردگرایی
۹۴۳. 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
	بخش سوم: مطالعه تطبیقی صلاحیت تخییری
۱۱۹ فصل اول: صلاحیت تخییری در حقوق آلمان
۱۱۹ گفتار اول: اقسام و منابع صلاحیت تخییری در حقوق آلمان
۱۱۹ الف) اقسام
۱۱۹ ۱. صلاحیت‌های تخییری ناشی از مفاهیم حقوقی کلی و نامتعیین
۱۲۱ ۲. صلاحیت تخییری در فرآیند برنامه‌ریزی

۱۲۲(ب) منابع
۱۲۲۱. قانون
۱۲۴۲. رویه قضایی
۱۲۷گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری در حقوق آلمان
۱۲۸بند اول: قصور در اجرای صلاحیت تخییری
۱۲۹بند دوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری
۱۳۰الف) تناسب
۱۳۳ب) حمایت از حقوق بنیادین
۱۳۷ فصل دوم: صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس
۱۳۷گفتار اول: منابع صلاحیت تخییری در حقوق انگلیس
۱۳۷الف) قانون مصوب پارلمان
۱۳۸ب) صلاحیت تخییری ضمنی
۱۳۸ج) اختیارات سلطنتی
۱۳۹گفتار دوم: کنترل صلاحیت تخییری و مسائل آن
۱۳۹بند اول: کنترل محدود دادگاهها بر شایستگیها
۱۳۹الف) نقش محدود دادگاهها
۱۳۹ب) توسعه کنترل پذیری حسن تصمیم
۱۴۰بند دوم: قصور در اجرای صلاحیت تخییری
۱۴۲الف) بازنگری قواعد خود ساخته
۱۴۳ب) تفویض اختیار غیر مجاز
۱۴۴ج) اقدام آمرانه
۱۴۵د) محدود نمودن صلاحیت تخییری از طریق قرارداد
۱۴۶بند سوم: سوء استفاده از صلاحیت تخییری
۱۴۶الف) استفاده از اختیار برای اهداف نامناسب
۱۴۷ب) به کارگیری غیر معقول اختیار
۱۴۸نتیجه
۱۵۳منابع
۱۶۳ضمیمه

«جایی که قانون پایان پذیرد،

صلاح‌حدید آغاز می‌شود».^۱

دیویس

مقدمه

۱. «دکترین صلاحیت‌تخیری»^۲ هسته اصلی و مغفول بسیاری از موضوعات حقوق اداری مدرن است و با ویژگی بنیادین «پیچیدگی»^۳ و «ظرافت»^۴ توصیف می‌گردد. به بیان واضح‌تر، صلاحیت‌تخیری مقامات قوه مجریه در حقوق اداری حاکی از یک وضعیت «متناقض‌نما»^۵ است. از طرفی آموزه‌های کلاسیک حقوق اداری به دلایل حقوق بشری، الزامات قانون‌مداری و حاکمیت قانون و همچنین تضمین نظم اداری، با اعطای صلاحیت‌تخیری گسترده به مقامات اداری در تعارض‌اند (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 می‌خواهد صلاحیت‌های مدیران اجرایی را مشخص، معین و قانونمند نماید (نگاه بسته) و از جهت دیگر می‌خواهد این صلاحیت‌ها را برای اجرای اقتضانات اداری و الزامات «مدیریت دولتی نوین»^۶ گسترش دهد (نگاه باز). حقوق اداری هم

۱. ویلیام پیت، این عبارت را به این نحو نیز بیان نموده است: «هنگاهی که قانون پایان می‌پذیرد، خودکامگی آغاز می‌شود» (Where law end, tyranny begins) اما پرفسور دیویس معتقد است که در دولت‌های کنونی با پایان قانون، لزوماً خودکامگی آغاز نمی‌شود. بلکه با شروع «صلاح‌حدید» 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 صلاحیت‌های تخیری را صورت‌بندی نمود تا به خودکامگی منجر نشود؟ یا بالعکس چگونه باید صلاح‌حدید را اعمال نمود تا نتیجه آن «عدالت» باشد. محدودیت‌های صلاحیت‌های تخیری 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^۱ 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^۲ 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»^۳ 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.^۴ 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 دلایل و توجیهاات 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^۱ 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.^۲ 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^۳ و حاکمیت قانون توصیف نموده‌اند.^۴ 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 رک: 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.^۱ 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»^۲ را پیاده کنند، به این دلیل که صلاحیت تخییری امکان اعمال قواعد کلی را بر اوضاع و احوال خاص فراهم می‌سازد.^۳ 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 هرگونه 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. براین 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 قانون‌مداری نیز به تفصیل بحث شده است. در بخش دوم اعمال کنترل اداری و قضایی بر این قبیل صلاحیت‌ها تحلیل شده که شامل جهات، مبانی موجهه، 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