



## Control of Discretionary Power in German Law with a View to Iranian Law

Ali Mashhadi<sup>1</sup>

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran;  
Email: [Droitenviro@gmail.com](mailto:Droitenviro@gmail.com)

### ABSTRACT

The concept of discretionary powers has, these days, considerably entered the German administrative law system. Its legitimacy, jurisdiction, implementation, and judiciary control are among the debatable issues of the administrative law system of the country. The specific rules, in the German administrative law system, which are introduced in the constitutional and administrative laws, are not determining the mechanisms of the discretionary power theories of the country. Hence, it has been tried to make up for it in some constitutional and administrative courts and law literature. The ideas are diverse, though. This study attempts to present types of discretion adequacy, judiciary control aspects, and the development of judiciary policies in Germany. Then let's take a look at Iran's administrative law. The basic question of this article is what is the importance and position of discretionary jurisdiction in German administrative law. The basic premise of this article in response to the main question is that discretionary jurisdiction in German law has provided the basis for the creation and expansion of some concepts and institutions of administrative law.

**Keywords:** Discretionary Power, German Law, Discretion, Uncertain Legal Concepts, Iranian Administrative Law

---

**Received:** 2024/07/26; **Revised:** 2024/08/22; **Accepted:** 2024/08/27; **Published online:** 2024/09/22.

**How To Cite:** Mashhadi, A, (2024). Control of Discretionary Power in German Law with a View to Iranian Law. *Journal of Comparative Public Law*, 1(3).93-118 .

<https://doi.org/10.22091/cpl.2024.11087.1032>

**Published by:** University of Qom

© The Author(s)

**Article type:** Research





## کنترل صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان با نگاهی به حقوق ایران

علی مشهدی<sup>۱</sup>

دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: droitenviro@gmail.com

### چکیده

صلاحیت اختیاری حقوق اداری آلمان به اشکال مختلفی ظاهر گردیده و مشروعیت، قلمرو، نحوه اعمال و کنترل قضایی آن از مباحث روز حقوق اداری این کشور است. در حقوق اداری آلمان مقررات جزئی که در متون اساسی و اداری آن آمده است، نمی‌توانند سازوکار و رئوس کلی دکترین صلاحیت اختیاری این کشور را تعیین نمایند. در بعضی از دادگاه‌های اداری و اساسی و برخی از آثار و نوشتارهای حقوقی تلاش شده است تا این خلأ جبران گردد، اما هنوز اختلاف‌نظرهایی در این زمینه وجود دارد. در این مقاله ما تلاش کرده‌ایم ضمن معرفی منابع و اقسام صلاحیت اختیاری، جهات کنترل قضایی صلاحیت اختیاری و توسعه‌های رویه قضایی در این کشور را معرفی نماییم. سپس نیم‌نگاهی هم به حقوق اداری ایران داشته باشیم. پرسش اساسی این مقاله این است که صلاحیت اختیاری در حقوق اداری آلمان چه اهمیت و جایگاهی دارد. فرض اساسی این مقاله در پاسخ به پرسش اصلی این است که صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان زمینه قبض و بسط برخی مفاهیم و نهادهای حقوق اداری را فراهم نموده است.

واژگان کلیدی: صلاحیت اختیاری، حقوق آلمان، صلاحیت، مفاهیم حقوقی نامتعین، حقوق اداری ایران.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۵؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۶/۰۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۶؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۷/۰۱.  
استناد به این مقاله: مشهدی، علی (۱۴۰۳). کنترل صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان با نگاهی به حقوق ایران. *حقوق عمومی تطبیقی*، ۳۱(۳)، ۹۳-۱۱۸.

<https://doi.org/10.22091/cpl.2024.11087.1032>

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



«صلاحیت اختیاری، اسب تروای حاکمیت قانون است».<sup>۱</sup>

هانس هابر، آلمان، ۱۹۵۳

## مقدمه

صلاحیت اختیاری<sup>۲</sup> از مفاهیم و نهادهای مهم حقوق اداری است و اگر گفته شود این نهاد غامض‌ترین مسئله حقوق عمومی است، سخنی به گزاف نخواهد بود. این نهاد آزادی عمل فراوانی را برای مقامات اداری فراهم می‌آورد (واعظی و بردبار، ۱۳۹۴: ۳۵). خطر ناشی از این آزادی عمل به گونه‌ای است که برخی آن را اسب تروای حاکمیت قانون معرفی نموده (مشهدی، ۱۴۰۰: ۶۰) و برخی دیگر به رها نمودن اسب وحشی تشبیه نموده‌اند (فنازاد، ۱۳۹۴: ۱۰۱). باین حال صلاحیت اختیاری مزایایی نیز دارد و می‌تواند مدیریت مطلوب امور را به همراه داشته و هم می‌تواند زمینه‌ای را برای سوءاستفاده از آن‌ها فراهم نماید (مشهدی، ۱۳۹۵: ۱۹۵). مقتضیات اداره امور عمومی 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. در حقوق اداری مدرن موضوع صلاحیت اختیاری و نسبت آن با مفاهیمی چون خودرأیی، حکمرانی خوب، حقوق بشر، عدالت، کارآمدی، دغدغه‌های اصلی تحلیل‌گران و نقطه تلاقی اختلافات نظری و عملی را تشکیل می‌دهد (Desmoulin, 2023:1). در حقوق اداری آلمان، توجه به روابط میان مقامات عمومی و شهروندان مهم‌ترین مسئله است و دادگاه قانون اساسی فدرال صالح به نظارت بر تعرض به آزادی‌های بنیادین است (واعظی، ۱۴۰۳: ۱۱۵). با این توصیف که کنترل قضایی صلاحیت اختیاری<sup>۳</sup> امروزه تبدیل به یکی از محوری‌ترین مسائل در حقوق این کشور شده است. در حقوق این کشور علی‌رغم تضعیف موقعیت اداره به سبب اجرای کنترل قضایی اداری گسترده و دقیق، بنیادهای اساسی مفهوم صلاحیت اختیاری و ضرورت بازنگری در آن نیز موردتوجه دادگاه‌های اداری قرار گرفته است. قبل از ورود تفصیلی به جایگاه صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان، ذکر این مطلب لازم است که برای بیان معادل صلاحیت اختیاری در آثار متعدد داخلی و خارجی لفظ یکسانی به کار نرفته است، از جمله می‌توان به معادل‌های «صلاحیت گزینشی» و «اختیارات گزینشی» و «صلاحیت اختیاری» اشاره نمود که همگی با هم مترادف‌اند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸: ۴۱۱). اصولاً در تفکیک صلاحیت‌ها هر اراده تابع دودسته قواعد است. نخست قواعد امری که در آن اداره موظف به تصمیم مطابق قواعد و قوانین از پیش تعیین شده است. قوانینی که قانون‌گذار به

1. The discretionary power is the Trojan Horse of reule of law/ Die Ermessensbefugnis ist das trojanische pferd des rechtsstaats. (Hans Huber, 1953). (Luis, Silveria, 1995:47).

2. discretionary power

3. Judicial review of administrative discretionary powers

گونه‌ای واضح، شفاف و مشخص آن‌ها در قوانین و مقررات اداری تعیین نماید، و دسته دیگر قواعد تجویزی است که براساس آن مقام اداری مجاز به انجام بهترین تصمیم با توجه به شرایط و ضرورت‌ها و منافع عموم و اداره است.

در این قسم حداقل می‌توان قائل به دو قسم صلاحیت در حقوق اداری گردید که ذیل عناوین صلاحیت اختیاری و صلاحیت تکلیفی در حقوق اداری مشهور هستند (مشهدی، جلیلی، ۱۳۹۲: ۲۷۶). در صلاحیت تکلیفی گفته می‌شود که در صورت اجتماع شرایط، اداره موظف به اتخاذ تصمیم مطابق قانون است. در این قسم از صلاحیت مقام اداری هیچ‌گونه آزادی عملی در نحوه تصمیم‌گیری نداشته، زیرا مواد قانونی، اداره را به اقدام خاص و اتخاذ اقدامات معین شده مطابق قانون مکلف نموده است (De laubadère: 2002, 93). از منظر طباطبائی مؤتمنی، 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 (طباطبائی مؤتمنی: ۴۱۰). اما صلاحیت اختیاری در حقوق اداری، عبارت است از اختیار تصمیم مقام اداری در راستای انجام وظایف و شرایط، اوضاع و احوال خاص و مشخصی براساس گزینه‌های پیش‌رو که براساس آن مقام اداری در انتخاب یک یا چند تصمیم آزادی نسبی دارد.

در حقوق اداری کنونی اعطای صلاحیت اختیاری به هیچ‌وجه به معنای اقدامات خودسرانه و مطابق میل شخصی نیست و اداره حق سوءاستفاده از این موقعیت را ندارد و مقام اداری نمی‌تواند براساس مصلحت، معیارهای غیرقانونی و غیرعقلانی از قدرت خود سوءاستفاده نماید (مشهدی، ۱۳۸۹: ۶۲). موضوع صلاحیت در علم حقوق در واقع بحث «تقسیم کار» و «تبیین وظیفه» است (علی‌آبادی، ۱۳۸۳: ۵). از این‌رو، در این نوشتار بر آن خواهیم بود تا ضمن مفاهیم و مبانی نظری صلاحیت اختیاری به جهات و ابعاد کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها در حقوق اداری آلمان پرداخته و نیم‌نگاهی هم به حقوق اداری ایران خواهیم داشت.

## ۱. مفهوم و انواع صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان

در حقوق اداری آلمان، مفهوم «صلاحیت» تا حد بسیار زیادی انتزاعی است. در واقع می‌توان دو شکل از صلاحیت را در حقوق این کشور شناسایی نمود که قوانین و مقررات به مقامات اداری واگذار نموده‌اند.

### ۱-۱. صلاحیت ناشی از مفاهیم حقوقی کلی و نامتعیین

همان‌گونه که شایع است، صلاحیت اختیاری معمولاً در قوانین عادی تشخیص و صوابدید را به مقام عمومی اعطا می‌نماید، اما علاوه بر این مورد شایع، در حقوق آلمان صلاحیت اختیاری را می‌توان در

«حاشیه‌های تشخیصی»<sup>۱</sup> یافت که به مقامات اداری در قالب مفاهیم «نامتعین حقوقی» و کلی‌ای 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 می‌گردد. با دقت در متون قانونی موجود در آلمان می‌توان این قبیل مفاهیم نامتعین را در صلاحیت‌های واگذار شده به مقامات اداری یافت (see: Weitzel, 2021. Bachof, 1955: 97). این مفاهیم می‌توانند به طریقی مناسب یا نامناسب تفسیر و اجرا شوند؛ بنابراین ظاهراً در این قسم از صلاحیت‌های اختیاری، مقامات اداری قدرت مانور 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 اختیاری 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 اختیاری در ارتباط با مفاهیم کلی ذکر شده در قانون حیاتی است. توضیح آنکه هر دو قسمت ذکر شده در محتوای قوانین می‌توانند عناصری از صلاحیت اختیاری 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 اختیاری 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 مانور 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، امکان 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 داشت که «ممنوعیت نشر نیازمند تناسب با 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 می‌گردد. از مهم‌ترین مصادیق این قبیل تصمیمات می‌توان به تصمیمات اتخاذی در آزمون‌ها، بازرسی، معاینه محلی، ارزیابی شرایط فرد برای بهره‌مندی از خدمات مدنی

1. Margin of appreciation = Beurteilungsspielraum

2. Public welfare

3. Public need

4. Public safety

5. Public order

6. BVerfGE 83, 130 - Josefine Mutzenbacher

و تصمیماتی که توسط کارشناسان و تکنسین‌ها اتخاذ می‌گردد، اشاره نمود. برای نمونه در این خصوص می‌توان به تصمیم سازمان امنیت آلمان اشاره نمود که براساس قانون، توزیع کتب خطرناک و مضر برای کودکان را ممنوع اعلام می‌نماید.

## ۱-۲. صلاحیت اختیاری در فرآیند برنامه ریزی

سومین مدل از صلاحیت اختیاری را می‌توان در قوانین و مقررات طراحی و برنامه‌ریزی یافت که در حقوق آلمان به «اختیارات گزینشی در فرآیند برنامه‌ریزی» یا «پلاننگزارسن»<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 قابل‌اعمال در فرآیند کنترل قضایی سایر صلاحیت اختیاری قابل‌اعمال در این مدل از صلاحیت اختیاری مربوط به برنامه‌ریزی نیستند. به همین سبب است که می‌بینیم در چنین مواردی مقامات اداری برنامه‌ریز در مقایسه با سایر مقامات اداری از صلاحیت اختیاری وسیع‌تری برخوردار هستند. به‌هرحال، دادگاه‌ها نیز تنها فرآیند ایجاد تعادل بین منافع رقیب را بازنگری می‌نمایند و به گونه‌ای خودجوش معمولاً از شدت کنترل قضایی خود بر صلاحیت اختیاری اعمال شده در تصمیمات برنامه‌ریز می‌کاهند. دلیل این امر نیز واضح است، زیرا تصمیماتی که در راستای برنامه‌ریزی و طراحی از سوی مقامات اداری اتخاذ می‌شوند، معمولاً ماهیت به‌شدت تکنیکال و 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 نمود که ساخت نیروگاه برق اتمی در نزدیکی محل اقامت وی زندگی و سلامتی وی را به خطر خواهد انداخت و علاوه بر این ممکن است مضر به رشد گیاهان تنباکو و 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 داشت که این وظیفه قاضی نیست که درخصوص یک موضوع کاملاً تکنیکی و دارای ماهیت تخصصی اظهارنظر 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

1. Planungsermessen

2. BVerwGE72,300,312.

زیان آور است یا خیر؟ تنها در صورتی که دادگاه قادر به اثبات نقص در نحوه انجام تحقیقات فنی و جمع آوری اطلاعات مربوط به وقایع باشد، مجاز به ابطال تصمیم خواهد بود. بر این اساس، دادگاه به نوعی به تفکیک قوای اجرایی و تقنینی احترام می‌گذارد و صلاحیت تصمیم‌گیری در امور اجرایی را به قوه مجریه واگذار می‌کند. به همین دلیل، می‌توان گفت که دادگاه در این موارد از شدت کنترل قضایی خود کاسته و «حاشیه‌های ارزیابی» را شناسایی می‌کند. در حقوق آلمان این رویکرد را می‌توانیم همچنین در قضیه طراحی ساخت راه‌آهن و مسیر قطارهای سریع‌السیر مشاهده نماییم.<sup>۱</sup>

## ۲. جایگاه صلاحیت اختیاری در نظام منابع حقوق اداری آلمان

مهم‌ترین منابع صلاحیت اختیاری در آلمان قانون و رویه قضایی است. البته نقش منبعی چون رویه قضایی به مراتب بیشتر است.

### ۱-۲. قانون

در آلمان صلاحیت اختیاری نیازمند تصریح توسط پارلمان است (Möstl, 2001:655). در یک عبارت ساده و کوتاه می‌توان گفت صلاحیت اختیاری قلمرو<sup>۲</sup> اجرای آزادانه اختیارات اداری است که توسط قانون‌گذار نیز تضمین شده است. در آلمان مقامات اداری در اجرای صلاحیت‌های اختیاری، الزامات مقرر شده در ماده ۱۱۴ قانون آیین رسیدگی اداری و ماده ۴۰ قانون آیین‌های اداری را باید رعایت نمایند. متن نخست مبنای قانونی نظارت قضایی صلاحیت‌های اختیاری 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 محدودیت‌هایی قانونی ذکر شده برای صلاحیت اختیاری تخطی شده است یا صلاحیت اختیاری در چارچوب هدف مقرر اعمال گردیده است؟ در صورت نخست اعمال صلاحیت اختیاری غیرقانونی خواهد بود و در صورت دوم ایرادی نخواهد داشت. به هر حال ماده ۱۱۴ اولاً نهاد صلاحیت اختیاری را برای مقامات اداری مورد شناسایی قرار می‌دهد و ثانیاً تأکید دارد که هرگاه اداره در اجرای صلاحیت اختیاری خود و در اتخاذ اقدامات و تصمیمات سوءاستفاده نماید، دادگاه صلاحیت خواهد داشت آن را مورد بازنگری قضایی قرار دهد. درنهایت دادگاه ممکن است خروج از صلاحیت یا اجازه قانونی و عدم توجه به هدف و معنای قانون در اعمال صلاحیت اختیاری را به‌عنوان 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 اختیاری خود را در خلال

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

2. Area

آیین بازنگری قضایی بررسی و تکمیل نمایند. به موجب ذیل این ماده قانونی: «تا زمانی که بازنگری قضایی در جریان است مقامات اداری می‌توانند دلایل اتخاذ تصمیم بر مبنای صلاحدید را کامل نمایند.» ماده ۴۰ قانون آیین‌های اداری آلمان (مصوب می ۱۹۷۶ با آخرین اصلاحات) به موضوع صلاحیت اختیاری 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 محدودیت‌هایی قانونی بر چنین صلاحیت اختیاری را در نظر داشته باشد.» (نجات خواه، ۱۳۸۹: ۷۵). علاوه بر این در خصوص مبانی اعمال اداری، ماده ۳۹ مقرر می‌دارد که هر عمل اداری باید توأم با شرحی در خصوص 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 اختیاری باید براساس نقطه نظرانی باشد که دستگاه اداری در اعمال صلاحیت‌های اختیاری مورد توجه قرار داده است. باین حال، این مقررات محدود و مختصری که در مجموعه متون اساسی و اداری آلمان آمده‌اند، چندان نمی‌توانند رئوس کلی دگرترین صلاحیت اختیاری 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 خصوص وجود دارد.

## ۲-۲. رویه قضایی

دادگاه قانون اساسی آلمان<sup>۱</sup> نیز به وضوح تضمین اجرای مناسب و صحیح صلاحیت اختیاری را به مثابه یک موضوع حقوق اساسی مورد شناسایی قرار داده است.<sup>۲</sup> بر این اساس مشاهده می‌شود که در حقوق این کشور اجرای صلاحیت اختیاری با اصل حاکمیت قانون هم‌سو است و فرض بر این است که با سازوکارهای قانونی تضمین شده است. دگرگونی بنیادین در نحوه تفسیر صلاحیت اختیاری در ۱۹۴۵ آغاز گشت. البته این دگرگونی مستقیماً تحت تأثیر تجربه دوران نازیسم در آلمان قرار داشت که دولت و اداره در خلال این دوران اختیارات تامی داشته و دادگاه‌ها از ایفای نقش خود در کنترل قضایی عملاً ناتوان بودند. صلاحیت اختیاری 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.

1. German Constitutional Court=Bundesverfassungsgericht

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

3. Flexibility



توسعه و تثبیت این برداشت در آلمان تحت تأثیر توسعه مفهوم «رئس اشئات»<sup>۱</sup> یا دولت قانون مدار در حقوق اداری است. اصل دولت قانون مدار<sup>۲</sup> مبتنی بر عناصری است که براساس آن‌ها دولت مقید، محدود و منوط به حاکمیت قانون بوده (Foster, N, German Legal System and Laws, 1993: 149) و باید به حاکمیت قانون احترام گذارده و در چارچوب آن عمل نماید. به همین سبب کنترل قضایی نیز در آلمان عامل کلیدی در تکوین مفهوم دولت قانون مدار است. بند انتهایی ماده ۱۹ قانون بنیادین که کنترل قضایی را مورد شناسایی قرار داده است مهم‌ترین مصداق توجه به دولت قانون مدار محسوب می‌گردد. به موجب این بند: «هرگاه حق شخصی از سوی مقامات اداری مورد تجاوز واقع 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>۳</sup> را جهت بازنگری فرآیند اتخاذ تصمیم مقامات اداری برای دادگاه‌ها فراهم می‌نماید. این نوع تضمین کنترل قضایی نقش اساسی‌تری را نسبت به استانداردهای بازنگری و اصلاح مفهوم صلاحیت‌های اختیاری دارد. بند ۴ ماده ۱۱ جزئی از اصل دولت قانون مدار است که در پرتو دکتترین ایدئالیسم آلمانی<sup>۴</sup> مطرح شده و توسعه پیدا نموده 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) دو اصل حمایت از انتظارات مشروع و اصل تناسب، اجرای صلاحیت‌های اختیاری را محدود می‌نمایند. دادگاه قانون اساسی در تصمیمی که در سال ۱۹۵۹ اتخاذ نمود، مقرر داشت که صلاحیت اختیاری نباید با اصل حاکمیت قانون در تضاد باشند. دادگاه در این تصمیم در حقیقت بر سه مسئله اساسی در ارتباط با اصل قانون‌مداری و صلاحیت اختیاری تأکید کرد:

۱. محدودیت‌های برآمده از قانون اساسی آلمان در اعمال صلاحیت اختیاری<sup>۵</sup> و امکان بازنگری

قضایی آن در صورت نقض این محدودیت‌ها؛

۲. حمایت از آزادی فردی با توانمندسازی مقامات اداری<sup>۶</sup> از سویی و الزام آن‌ها به اتخاذ تصمیمات

مناسب در هنگام اجرای صلاحیت اختیاری از سوی دیگر؛

1. Rechtsstaat

2. The principle of the Rechtsstaat

3. Constitutional justification

4. German idealism

5. Constitutional limitations to the exercise of discretionary powers

6. Enabling the authorities

۳. سومین نکته‌ای که دادگاه بر آن تأکید نمود، این امر 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>۱</sup> قابل پیش‌بینی<sup>۲</sup> و قابل احصاء<sup>۳</sup> توسط شهروندان باشد.

با دقت در این رأی تاریخی در آلمان، می‌توان فهمید که چگونه نهاد صلاحیت اختیاری صورت‌بندی شده است. نهاد صلاحیت اختیاری، ضمن شناسایی در حقوق این کشور از یک‌سوی در چارچوب محدودیت‌هایی ذکر شده در قانون بنیادین و قوانین عادی قرار دارد و از سویی دیگر دغدغه حمایت از حقوق و آزادی‌ها را دارد، اعطای هر قسم صلاحیت اختیاری به اداره را تنها در چارچوب قانون محدود نموده و نقض آن را مواجه با سازوکارهای کنترل قضایی قرار می‌دهند.

تأکید رویه قضایی در حقوق آلمان در اجرای صلاحیت اختیاری این است که باید اعطای صلاحیت اختیاری به اداره محدود، مشروط، قابل احصاء، قابل پیش‌بینی و قابل کنترل در راستای معنا و هدف قانونی باشد که صلاحیت را به مقام اداری اعطا نموده است. در غیر این صورت صلاحیت اختیاری اساساً در قلمرو موضوعات «حقوق اداری آلمان» نخواهد گنجید، به این معنا که اعطای صلاحیت اختیاری در حقوق اداری آلمان در صورتی می‌تواند وجود داشته باشد که قابل کنترل و قانونی باشد و اگر غیر از این باشد صلاحیت اختیاری در حقوق اداری آلمان معادل خودسری بوده و فاقد جایگاه است. لذا صلاحیت اختیاری 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 محدودیت‌هایی وارد بر اجرای صلاحیت اختیاری را معین نموده است. برای نمونه حق بر 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 اعمال و تصمیمات آن‌ها وجود داشته باشد.

در تصمیمات اخیر دادگاه قانون اساسی، برخی اصول راهنمای مبتنی بر قانون بنیادین، قلمرو مداخله محاکم در حوزه صلاحیت اختیاری 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 فرد انسانی است و تأکید دارد که به منظور حمایت حداکثری از افراد، دادگاه‌ها به صورت

---

1. Measurable  
2. Foreseeable  
3. Calculable

کامل، قانونی بودن تصمیمات مقامات اداری را در انطباق با وقایع<sup>۱</sup> خواهند سنجید. این بیان قانون اساسی در سطح کنترل قضایی باعث گردیده است تا کنترل تصمیمات مقامات اداری به گونه‌ای فراگیر گسترش یابد.

### ۳. کنترل صلاحیت اختیاری در حقوق آلمان

با نگاهی مختصر به تاریخ توسعه کنترل قضایی صلاحیت اختیاری می‌توان تأثیر آن را بر تحولات قانون اساسی آلمان 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 خارج از کنترل دادگاه‌ها قرار می‌گرفت مشخصه یک امر اجرایی بود که تنها در قلمرو اختصاصی اداره قرار داشت و به مقام اداری نوعی صلاحیت اعطاء می‌کرد (هداوند، ۱۳۸۹). این عرصه را اصطلاحاً «حوزه خارج از کنترل قضایی»<sup>۲</sup> می‌توان نامید. فلسفه شناسایی چنین قلمرویی برای اداره نیز امکان اتخاذ تصمیم و فراهم نمودن زمینه‌های آن است. سیستم پادشاهی آلمان در این دوره اجازه می‌داد تا صلاحیت اختیاری به صورتی گسترده و نامحدود از سوی قدرت حاکمه اعمال گردد. در حقیقت «اختیار اداری»<sup>۳</sup> قلمرویی از صلاحیت قدرت حاکمه بود که دادگاه‌ها و پارلمان هیچ نقشی در آن نداشتند. اعمال کنترل قضایی محدود بر شایستگی‌های تصمیم‌های اداری دارای صلاحیت اختیاری به آهستگی در حقوق آلمان توسعه یافته است.

موضوع اصلی توسعه نیز شناسایی اختیارات اختیاری است. برخلاف آن دسته از تئوری‌هایی که ما در حقوق اتریش شاهد هستیم، در آلمان این مسئله به شدت وابسته به این امر است که آیا قانون‌گذار امکان تجدیدنظر در اجرای صلاحیت اختیاری ذکر شده در قوانین را اجازه می‌دهد یا خیر؟ (see: Hofer-Zeni, 2013). فقدان امکان چنین تجدیدنظری در قوانین به این معنا است که قصد پارلمان<sup>۴</sup> بر این بوده که آن دسته از صلاحیت اختیاری را مدنظر قرار دهد که خارج از کنترل قضایی دقیق و موشکافانه<sup>۵</sup> باشد. شارحین حقوق اداری آلمان با توضیح صلاحیت اختیاری سعی نموده‌اند، مفهوم مشخصی از این دکتترین ارائه دهند که با مفهوم آن در سایر کشورهای اتحادیه اروپا متمایز است. در آلمان «... هنگامی که اداره از صلاحیت اختیاری خود استفاده می‌نماید، مطابق ماده ۱۱۴ قانون دادگاه‌های اداری آلمان، تصمیم اداری قابل کنترل نخواهد بود، چراکه در حالت اخیر این عمل اداره، ماهیتاً «سازنده عملی که ناقض امر حکمی باشد؛ نیست، بلکه عبارت است از انتخاب مقام اداری ذی صلاح از میان تصمیمات متعدد که قانوناً» قابلیت اتخاذ را دارند. در غیر این

1. Facts

2. Area free from judicial control

3. Pouvoir administratif

4. Intention of parliament

5. Judicial scrutiny

صورت، کنترل صلاحیت‌های اختیاری اداره مغایر با اصل تفکیک قوا خواهد بود» (باوری، ۱۳۸۹: ۹). ادعای دیگری که مطرح شده، این است که کاهش شدت و حدت کنترل قضایی بر صلاحیت اختیاری می‌تواند به نقض بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین (که حق مراجعه به محاکم در صورت نقض حقوق شخصی را تضمین می‌کند) و همچنین ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (که حق دادرسی منصفانه را مورد تأکید قرار می‌دهد) منجر شود. این مسئله به‌ویژه نگران‌کننده است، زیرا ممکن است این کاهش در کنترل قضایی، تضمین‌های مربوط به حقوق فردی را تضعیف کند و دسترسی به عدالت را محدود نماید. اگر دادگاه‌ها بخواهند کنترل ضعیفی را بر صلاحیت اختیاری اعمال نمایند، بیم آن می‌رود که احتمال نقض حق‌های بنیادین آن‌گونه که در قضیه ساخت نیروگاه برق آبی مشاهده نمودیم، افزایش یابد. به همین سبب گاهی اجازه اعمال صلاحیت‌ها به مقام اداری داده نمی‌شود (Buoso, 2020: 12). امتناع محاکم از ورود به «حسن تصمیم» و «تکنیک‌ها» به شدت قلمرو حقوق اداره شوندگان را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد.

### ۳-۱. قصور در اجرای صلاحیت اختیاری

در حقوق آلمان به‌طور کلی سه شکل غیرقانونی بودن<sup>۱</sup> را می‌توان یافت که شامل «سوءاستفاده از صلاحیت»،<sup>۲</sup> «خروج از صلاحیت»<sup>۳</sup> و درنهایت «قصور در اجرای صلاحیت اختیاری»<sup>۴</sup> می‌شود. البته در حقوق آلمان بحثی که وجود دارد این است که خروج از صلاحیت اختیاری را نوعی سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری دانسته‌اند.<sup>۵</sup> در حقوق این کشور نیز نظیر حقوق انگلیس، مصادیق قصور در اجرای صلاحیت اختیاری با اندکی تمایز، بازنگری قواعد خودساخته، تفویض اختیار غیرمجاز و مقید نمودن صلاحیت اختیاری را دربر می‌گیرد (Künnecke:2007,89-90). 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 و مجوز مداخله در حوزه عمومی در دست داشته باشند (هابر ماس، ۱۳۸۴: ۲۴۳). تصمیم‌گیرندگان معمولاً معتقدند که آن‌ها متعهد به اجرای استانداردها براساس اصل برابری هستند و در برابر استانداردهای اجرایی غیرقانونی<sup>۶</sup> هیچ تکلیفی ندارند.

در مورد تفویض اختیار غیرمجاز نیز، برخلاف انگلیس، این بحث در حقوق آلمان اهمیت چندانی ندارد. این به دلیل مخاطراتی است که ممکن است از نقض قانون، در نتیجه اجرای صلاحیت اختیاری حاصل شود.

1. Illégalité.

2. Abuse of discretion

3. Excess of discretion

4. Failure to exercise discretion

۵. دادگاه‌های آلمان میان دو دسته اشتباه تمایز قائل می‌گردند. نخستین اشتباه ممکن است در فرآیند اتخاذ تصمیم حادث شود. (اشتباه شکلی) و دوم آن دسته اشتباهات مربوط به نتایج حاصله از تصمیم است که بیشتر مربوط به ماهیت و محتوای تصمیم است.

6. Illegal standard practice

نوع دیگر قصور در اجرای صلاحیت اختیاری یعنی مقید نمودن صلاحدید،<sup>۱</sup> بحث‌های مهمی را در حقوق این کشور مطرح نموده که شایع‌ترین مورد این بحث را می‌توانیم در قضیه شیشه‌های فلت<sup>۲</sup> در ۱۹۷۰ مشاهده نماییم. در این پرونده مشهور، مجوز ساخت یک کارخانه تولید شیشه فلت به شرکت دی<sup>۳</sup> واگذار گردید. خانه خواهان‌ها و ۲۶ نفر دیگر از مالکین در کنار این کارخانه قرار داشت. قانون فدرال ساخت‌وساز،<sup>۴</sup> قانونی بود که نحوه توسعه طرح‌ها و مجوزهای ساخت‌وساز را مشخص می‌نمود. براساس 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 شرکت مزبور 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 که به دلایل مربوط به حفظ چشم‌اندازها پیش‌بینی نموده بود که تنها مجوز ساختمان‌های کوتاه داده شود.

به همین سبب طرح به منظور مطابقت بیشتر، برنامه تغییر نمود. در نهایت مجوز ساخت‌وساز در اکتبر ۱۹۷۰ صادر گردید. 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 و مقام عمومی بدون توجه به صراحت قانونی، صلاحیت اختیاری خویش را اعمال نموده است. دادگاه مقرر داشت که مقام عمومی باید ارزیابی منافع رقبا را انجام می‌داد و عدم انجام این ارزیابی به معنای نقض تکلیف تلقی خواهد شد و در اینجا مقام عمومی نیز برخلاف تکلیف مقرر عمل نموده و علاوه بر این، اهمیت حمایت از منافع و مالکیت رقبای خصوصی نادیده انگاشته شده است؛ بنابراین مجوز ساخت‌وساز غیرقانونی بوده و حق مقرر در ماده ۱۴ قانون بنیادین نقض گردیده است.<sup>۵</sup>

### ۲-۳. سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری

سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری در آلمان همان‌گونه که در ماده ۱۴ آیین دادرسی اداری این کشور مشخص شده است می‌تواند اشکال متعددی به خود بگیرد. عدم رعایت اصل تناسب، نقض حقوق بنیادین، نادیده گرفتن انتظارات مشروع، به‌کارگیری غیر معقول مفاهیم حقوقی نامتعین و در نهایت نقض استانداردهای اروپایی در این زمینه از مهم‌ترین مصادیق سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری است و دادگاه‌ها معمولاً با توجه

1. Fettering discretion

2. Floatglass case (BVer BVerwGE45, 309).

3. D-Corporation

4. Federal Law on Building = *Bundesbaugesetz*

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

به این جهات اعمال اداری را مورد بازنگری قضایی قرار می دهند (مشهدی، ۱۳۹۸: ۲۲۱). ذیلاً به دو مورد از مهم ترین این جهات یعنی تناسب و رعایت حقوق بنیادین اشاره می شود.

### ۳-۳. تناسب

در ابتدا باید گفت اصل تناسب بیانگر این مطلب است که باید بتوان میان کارمند و ابزار مورد استفاده رابطه منطقی برقرار کرد، کارمند در اجرای صلاحیت اختیاری آزاد نیست، وی باید صلاحیت اختیاری خود را در راستای قانون به کار ببرد و از هرگونه اقدام سخت گیرانه و غیر ضروری اجتناب نماید (مشهدی، ۱۳۹۱: ۹۷). ماده ۶ کد ارو پایبی رفتار خوب اداری در این زمینه را بیان نموده است که «در موقع اتخاذ تصمیمات کارمند باید مراقب باشد تا تدابیر وی باهدف مورد تعقیب متناسب باشد. کارمند به ویژه باید از محدود نمودن حقوق شهروندان یا تحمیل هزینه بر آنان، چنان که این محدودیت های یا هزینه ها ارتباط معقول با هدف مورد نظر ندارند، بپرهیزد. در حین اتخاذ تصمیمات کارمندان باید تعادل منصفانه بین منافع اشخاص خصوصی و منافع عمومی برقرار نماید.» (یزدانی، ۱۳۸۷: ۳).

در مقایسه با سایر سیستم های حقوقی، در حقوق آلمان اصل تناسب با وضوح بیشتری در قوانین و مقررات و رویه ها مطرح گردیده و توسعه یافته است (Schwarze:2008,685). در نزد دادگاه های اداری این کشور، اصل تناسب نقش مهمی را در مقام بازنگری قانونی بودن تصمیماتی دارد که مبتنی بر صلاحیت اختیاری اتخاذ می گردند (شجاعیان، ۱۳۹۹: ۸۴). ریشه های این اصل در حقوق آلمان به تصمیم دادگاه اداری پروس<sup>۱</sup> در ۱۸۸۲ و دادگاه فدرال قانون اساسی برمی گردد که مبتنی بر اصل دولت قانون مدار و حقوق بنیادین است. برای احراز احترام به اجرای این اصل به قول شورتز رعایت سه شرط ذیل ضروری است:

۴. اقدامات اتخاذی باید متناسب با اهداف بوده و دستیابی به آن ها را تسهیل نماید (تناسب اقدامات اتخاذی با اهداف مقرر)؛

۵. اقدامات اتخاذی باید ضروری بوده و منجر به محدودیت حداقلی بر حقوق و آزادی ها شود؛

۶. اقدامات و تصمیمات نباید غیرمتجانس<sup>۲</sup> با محدودیت هایی باشد که توسط مقام اداری اعمال می گردد.

به دلیل اهمیت این اصل در اعمال قدرت عمومی در برخی حوزه ها نظیر اعمال اختیارات پلیس توجه زیادی به این اصل شده است. در همین زمینه در برخی از تصمیمات اتخاذی توسط دادگاه فدرال قانون اساسی، تصمیم اداری به دلیل نقض اصل تناسب ابطال گردیده است. سه پرونده ای که در سال های ۱۹۹۰

---

1. Prussian Oberverwaltungsgericht  
2. Disproportionate

در دادگاه‌های اداری و دادگاه قانون اساسی مطرح گردید، نشان داد که استانداردهای بازنگری قضایی در این خصوص شناور و متغیرند. در یک مورد خواهان، راننده اتوبوس دارای ۱۸ سال سابقه کار بود.<sup>۱</sup> در این پرونده مقام اداری تقاضای وی را جهت تمدید گواهینامه رد نمود. دلیل رد تقاضای تمدید مبتنی بر این امر بود که خواهان به سن ۵۰ سالگی رسیده و نتوانسته است گواهی‌های پزشکی و روان‌شناسی لازمه جهت احراز توانایی در رانندگی را اخذ نماید. در مقابل خواهان، یک گواهی کلی مبتنی بر تأیید سلامتی‌اش در امر رانندگی اتوبوس را به اداره مزبور ارائه داده بود.

قانون بزرگراه‌های آلمان مهم‌ترین متن قانونی است که شرایط اخذ گواهینامه‌های اتوبوس و سایر وسایل نقلیه را بیان می‌دارد. مطابق بخش ۱۵ این قانون، متقاضی تمدید گواهینامه رانندگی اتوبوس باید گواهی دکتر متخصص یا گواهی صادره از مرکز پزشکی ذی‌صلاح و همچنین گواهی سلامت روانی را ارائه نماید. علی‌رغم تصویب قانون فوق وزیر کشور مقرر داشت که اطلاعات جزئی‌تر پزشکی و روان‌شناسی برای آن دسته از متقاضیانی که به سن ۵۰ سالگی می‌رسند، نیاز است. در واقع از آنجاکه تعیین محتوا و جزئیات در قانون مزبور نیامده بود، این تنها تصمیم وزارتی بود که خواهان ارائه گواهی‌های پزشکی و روان‌شناسانه دقیق و جزئی بود؛ بنابراین در این پرونده اداره ذی‌ربط گواهی‌های پزشکی مختصر و کلی را غیرکافی دانسته و آن‌ها را رد نمود. در مقابل خواهان از ارائه هرگونه آزمایش‌ها جزئی با این ادعا که در قانون چنین امری نیامده است، سرباز زد.

دادگاه پایین‌تر و دادگاه عالی اداری تقاضای خواهان را رد نمودند. با پژوهش خواهی خواهان نزد دادگاه عالی فدرال این‌گونه حکم شد که الزام پژوهش خواه 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 سطح توجه وی متمرکز باشد. علاوه بر این دادگاه مقرر داشت که الزام پژوهش خواه به ارائه گواهی‌های پزشکی جزئی، متناسب با هدف و معنای مدنظر 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 اختیاری خود اقدام به تعیین جزئیات دقیق‌تر و مشخص‌تری راجع به 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، اما در واقع با ایجاد محدودیت‌های و شرایط غیرمتناسب و غیرضروری، به نوعی اصل

1. BverwG, NJW 1995, 3334.

تناسب را نقض نموده است. پیام اصلی قضیه تمديد گواهینامه رانندگی در آلمان این است که هر چند مقامات عمومی، صلاحیت اختیاری تعیین جزئیات به‌ویژه در تصمیمات موردی را دارند، اما این امر نباید منجر به ایجاد محدودیت غیرضروری و غیرمتناسب بر حقوق و منافع شهروندان گردد. در واقع این پرونده نشان دهنده رویکرد مضیق و محدود دادگاه فدرال اداری نسبت به اصل تناسب بوده و این به این معناست که دادگاه با توجه به هدف قانون تنها ارائه گواهی سلامت پزشکی و روانی کلی را در راستای حمایت از مردم و دیگران در برابر رانندگان اتوبوسی که ممکن است در سنین بالای ۵۰ سال سلامت جسمانی یا روانی کاملی نداشته باشند لازم دانسته، یعنی تنها سلامت کلی جسمانی و روانی راننده از جمله میزان توجه و بنیه وی هدف این ماده قانونی بوده است. به عبارت دیگر مقام اداری که با استفاده از صلاحیت اختیاری خود خواهان گزارش پزشکی کامل و دقیق است به نوعی خارج از هدف مقرر و به گونه‌ای غیرضروری تصمیم‌گیری نموده است. در اینجا 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 دادگاه‌های اداری در آلمان از انتقادات نیز مصون نبوده است. رویکردی از سالیان ۱۹۹۵ در آلمان به‌مثابه یک بحث اختلافی پدیدار شده است که به‌موجب آن اساساً نقض تصمیمات مقامات اداری توسط یک دادگاه را در چارچوب نظریه تفکیک قوا مورد انتقاد و ایراد قرار می‌دهد. مسئله از آنجا ناشی می‌شود که قاضی‌ای که تصمیم مقام اداری را نامناسب، غیرضروری و یا غیرقانونی اعلام می‌نماید، 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 می‌یابد. این مسئله به پرونده مشهور جاسوسان آلمان شرقی در ۱۹۹۵ بر می‌گردد.<sup>۳</sup>

در این پرونده دادگاه فدرال قانون اساسی با به‌کارگیری مفهوم حداکثری اصل تناسب به‌نوعی قانون فدرال را در زمینه اختیارات پلیس، تفسیر و آن را محدود نمود، درحالی‌که به نظر می‌رسد دادگاه هرگز نمی‌تواند در جایگاه قانون‌گذار بنشیند یا اختیاراتی مشابه قانون‌گذار داشته باشد. در پرونده دیگری<sup>۴</sup> دادگاه فدرال اداری از بازنگری گسترده تصمیم وزارت دفاع فدرال مبنی بر اعطای اجازه به امکان پرواز در سطح پایین‌تر از استاندارد مشخص شده خودداری نمود. دادگاه تنها در بازنگری خود در این قضیه به این مورد پرداخت که آیا وزیر در اعطای اجازه با توجه به شرایط و اوضاع و احوال 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.

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)



اختلاف رویه‌های دادگاه فدرال اداری و دادگاه قانون اساسی در پرونده‌های متعدد بیشتر مربوط به صلاحیت اختیاری است و علت آن دغدغه اعمال مناسب صلاحیت اختیاری در راستای حفاظت از حقوق بنیادین است. پرونده‌های ذکر شده نشان می‌دهد که حفاظت و حمایت از حقوق بنیادین نقش بسیار مهمی در بازنگری صلاحیت اختیاری ایفا می‌نماید؛ 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 خاطر اهمیت و جایگاه دادگاه قانون اساسی فدرال در آلمان این نهاد پررنگ‌تر از دادگاه‌های اداری نقش خود را در پاسداشت حقوق بنیادین ایفا نموده است.

### ۳-۴. حمایت از حقوق بنیادین

حقوق بنیادین در آلمان محدودیت‌هایی آشکاری را بر اجرای صلاحیت اختیاری بار نموده است. در فرآیند اجرای صلاحیت اختیاری، یکی از مصادیق سوءاستفاده از این صلاحیت نقض حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی است. اعطای حاشیه‌های ارزیابی و صلاحیت اختیاری اساساً زمینه نقض بالقوه حقوق بنیادین را فراهم می‌نماید. در این راستا دادگاه‌های اداری و نیز دادگاه قانون اساسی، نقش بسیار مهمی در کنترل قضایی تصمیمات اداری از منظر رعایت حقوق بنیادین دارند. در قضیه آزادی اجتماعات،<sup>۳</sup> خواهان عضو مؤسسه بین‌المللی مخالفان وظیفه‌شناس بود. حدود ۸ عضو این مؤسسه در می ۱۹۶۹ تصمیم به برگزاری تظاهراتی علیه آزمایش‌های هسته‌ای که توسط ایالات متحده طراحی شده بود گرفتند. آن‌ها پیش از این از کنسول آمریکا تقاضای بیان دیدگاه‌هایشان را نیز کرده بودند. یک ساعت و نیم بعد از برگزاری تظاهرات، پلیس تظاهرات را پراکنده نمود. خواهان‌ها در این قضیه علیه این اقدام شکایتی را مطرح نمودند.

استدلال مقامات پلیس بر این مبنا بود که تظاهرات انجام شده فاقد مجوز لازم بوده و رهبران آن‌ها معلوم نبودند. قانون حاکم بر سازماندهی تظاهرات و همچنین برهم زدن آن‌ها قانون اجتماعات آلمان بود. علاوه بر این ماده ۸ قانون بنیادین آلمان مقرر می‌داشت که همه آلمانی‌ها حق برگزاری صلح‌آمیز اجتماعات را بدون حمل سلاح و بدون اجازه و یا اعلان قبلی دارند. با این حال ماده ۱۴ قانون اجتماعات، بحث اخذ مجوز را در ارتباط با مقامات اداری مطرح نموده است. همچنین به موجب ماده ۱۵ این قانون، پلیس اختیار بر هم زدن تظاهرات را در صورت عدم اخذ مجوز خواهد داشت. این قانون با نگاهی به متن ماده ۸ قانون بنیادین در واقع محدودیتی را بر حق آزادی اجتماعات مشخص شده در قانون بنیادین مقرر نموده است. بنابراین، دادگاه اداری فدرال به مطابقت نیاز به اخذ مجوز با قانون اساسی آلمان پرداخت.

1. Basic rights (Schranken).

2. Rechtsstaat

3. Assembly case (BVerwGE 26, 135)

در حقوق آلمان مقنن 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 خصوص بند ۲ ماده ۱۹ قانون بنیادین، مقام عمومی را از تخطی به حقوق بنیادین بازداشته است. به همین سبب اصل تناسب نقش پراهمیتی را در این زمینه بازی می‌نماید. 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 بر هم 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 مبناست که مقامات عمومی نیازمند اطلاع از برگزاری اجتماعات به منظور اتخاذ تدابیر مناسب جهت حمایت از نظم عمومی هستند. علاوه بر این، موضوع مهم دیگری که در این قضیه، دادگاه بر آن تأکید کرده بود، شناسایی صلاحیت تخییری پلیس آلمان مبنی بر تصمیم به برهم زدن تظاهرات بود.

دادگاه مقرر داشت که تصمیم به انحلال تظاهرات مطابق با اجرای صلاحیت تخییری پلیس آن‌گونه که در قوانین آمده است، است. چراکه به موجب ماده ۱۵ قانون آزادی اجتماعات، پلیس می‌تواند (اختیار دارد)، آن دسته از اجتماعاتی را که فاقد مجوز هستند را 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. برای مثال تصمیم به پراکنده نمودن اجتماعات توسط مقامات پلیس در صورتی غیرقانونی تلقی می‌شود که دیدگاه‌های فلسفی و سیاسی در بر هم زدن اجتماعات دخالت داده شود. در حقیقت صلاحیت تشخیص پلیس و مقامات عمومی باید تنها در راستای هدف و قصد مقنن باشد. موضوع مهم دیگر که مرتبط با حقوق بنیادین است محدودیت‌هایی 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 نیازمند اطلاع از برگزاری اجتماعات هستند.

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

از حوزه‌های مشهور و آشکار اعمال صلاحیت‌های تشخیصی در آلمان، تصمیم‌گیری درخصوص ارزشیابی‌ها و اعلام نتایج امتحانات است. علت آن این مسئله است که معیار قانونی مشخصی برای این موارد مشخص 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 دسته‌بندی این قبیل تصمیمات در زمره اعمال اداری خاص است، به طوری که در مقام بازنگری، دادگاه‌های اداری معمولاً در چنین مواردی فاقد تخصص لازم بوده و نمی‌توانند خود را در جایگاه مقام اداری جهت قضاوت قرار دهند. به همین سبب نیز عرصه بازنگری قضایی در این قبیل صلاحیت‌های تشخیصی محدود می‌گردد. معمولاً آنچه دادگاه‌ها در چنین مواردی ارزیابی می‌نمایند ناظر به رعایت اصول کلی مربوط به ارزشیابی درست وقایع و دخالت ندادن ملاحظات غیرمرتبط با تصمیم است. در قضیه مشهوری در زمینه امتحانات،<sup>۱</sup> دو شکایت مجزا در خصوص اعتراض به تصمیم مقام عمومی در برگزاری آزمون مطرح گردید، در هر دو پرونده خواهان‌ها داوطلب آزمون دولتی برای ورود به شغل وکالت بودند.

پژوهش‌خواهی خواهان، نخست از نتایج امتحان رد گردید. از نظر این خواهان، نمره تعیین شده توسط ارزشیاب برای مصاحبه شفاهی بسیار پایین بود. استدلال خواهان بر این مبنا استوار بود که ارزشیاب در ارزیابی مصاحبه وی از نظریه حقوقی تبعیت نموده است که در رویه قضایی و دکتترین حقوقی شاذ است و مقام عمومی، تشخیصی غیرمعمول 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، چراکه در این موارد ممتحنین واجد حاشیه‌های ارزیابی هستند. به همین سبب ماهیت تصمیم نمی‌تواند موضوع بازنگری قضایی قرار گیرد. آنچه دادگاه‌ها در چنین مواردی مورد بازنگری قرار می‌دهند، 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 فراوانی را به خود دیده است. بند ۴ ماده ۱۹ قانون بنیادین آلمان مقرر می‌دارد، هرگاه حقوق فردی توسط مقام عمومی نقض گردد، شخص می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید.

آنچه میان بازنگری حداقلی صلاحیت‌های اختیاری و احترام به حقوق بنیادین از سوی مقامات عمومی قابل مناقشه است، امکان نقض حقوق بنیادین شناسایی شده در قانون بنیادین در پرتو بند ۴ ماده ۱۹ است. برای نمونه در قضیه امتحانات ذکر شده در فوق از آنجاکه آزمون مزبور منجر به کسب یک شغل برای

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

خواهان‌ها می‌شد، عدم بازنگری دقیق و صحیح این فرایند از سوی دادگاه‌ها نمی‌توانست معنایی جز نقض حق انتخاب شغل و حرفه مشخص شده در ماده ۱۲ قانون بنیادین را داشته باشد. در دعوی مزبور ادعای خواهان‌ها 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 امکان تضمین رعایت حقوق بنیادین به شدت تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. قضیه آزمون‌ها در حقوق آلمان نشان داد که تعارض آشکاری میان حمایت حداکثری از حقوق بنیادین و شناسایی صلاحیت تخییری وجود دارد.

در حال پرونده‌هایی از این دست در حقوق آلمان نشان‌دهنده دو نکته بنیادین هستند. نخست، رویکرد اتخاذی توسط دادگاه فدرال اداری در بازنگری صلاحیت اختیاری بر مبنای محدودیت‌هایی حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی و دیگر تعارض میان اجرای صلاحیت‌های اختیاری و تضمین حداکثری حقوق بنیادین است.

#### ۴. نیم‌نگاهی به وضعیت حقوق اداری ایران

در حقوق ایران قبل از تصویب قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲ عملاً امکان قانونی نظارت قضایی بر صلاحیت اختیاری فراهم نبود. تجویز امکان نظارت قضایی بر صلاحیت اختیاری در ماده ۶۴ را باید مهم‌ترین دستاورد این قانون به شمار آورد (مشهدی، ۱۴۰۲: ۵۶۱). مرحوم دکتر متین دفتری سال‌ها پیش در خصوص صلاحیت اختیاری (دیسکریسیون) گفته بودند که «تکلیف این قسمت باید در قانون ما مثل قانون بعضی از کشورها (چون آلمان) روشن بشود، و الا شورای دولتی متزلزل می‌شود و در نظر هر دو طرف هم مردم و هم دولت بدنام و موهوم خواهد شد» (متین دفتری، ۱۳۸۷: ۲۰۷). قبل از پیش‌بینی ماده ۶۴، رویه قضایی شعب، سابق بر این، این‌گونه بود که به شکایت از صلاحیت‌های اختیاری از جمله مواردی که قانون‌گذار تشخیص امور فنی و تخصصی را در صلاحیت شورای اداری قرار داده بود، رسیدگی نمی‌نمودند (ر. ک: رأی وحدت رویه ۶۱-۲۳/۳/۷۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری). در حالی که امکان اجحاف در این قبیل موارد بیشتر احساس می‌شد، این ماده زمینه قانونی کافی برای امکان نظارت بر صلاحیت‌های اختیاری را فراهم نمود (مشهدی، ۱۳۹۵: ۱۹۳).

علی‌رغم حکم ماده ۶۴ برخی از شعب تشخیص امور فنی و تخصصی را خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری اعلام نموده‌اند. برای نمونه «تشخیص مشاغل سخت و زیان‌آور از سوی کمیته استانی، از امور فنی و تخصصی است و موضوع مذکور قابل‌رسیدگی در دیوان عدالت اداری نیست (رأی شعبه ۱۸ دیوان

عدالت داری و چهارم تجدیدنظر (۱۳۹۴/۶/۱۶)، علاوه بر این «سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری» می‌تواند ناشی از سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری 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. درباره معیارهای اعمال صلاحیت اختیاری در ماده ۸ می‌توان به بندهای ۳ (تأخیر در انجام وظیفه)، ۲۵ و ۳۰ این ماده (سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری) و قسمت اخیر بند ۳۲ آن (جانب‌داری) اشاره نمود. در ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ نیز قانون‌گذار با اشاره به سوءاستفاده از مقام اداری آن را ممنوع اعلام نموده است. علاوه بر جنبه تخلف اداری سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری (مسئولیت انتظامی)، برخی از موارد سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری 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 (سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی) و ماده ۶۰۵ این قانون (اظهارنظر مبتنی بر غرض‌ورزی) و نیز «قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی» (مصوب ۲۹ آذرماه ۱۳۱۵) اشاره نمود.

مسئولیت مدنی ناشی از سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری را نیز باید به این موارد افزود و این در فرضی است که بر اثر سوءاستفاده، 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 سوءاستفاده آن‌ها پرداخته شده است. در رویه دیوان عدالت اداری نظارت بر صلاحیت اختیاری مقامات اداری، حداقلی است. به این معنا که بر صلاحیت‌های اختیاری که قانون‌گذار به مقام اداری اعطا نموده است، نمی‌توان نظارت چندان دقیقی نمود. برای نمونه («... نظر به اینکه صدور حکم بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت طبق مقررات قانون بازنشستگی پیش از موعد مصوب سال ۱۳۸۶، مستلزم تقاضای مستخدم و موافقت دستگاه متبوع وی است و با توجه به اینکه موافقت یا عدم موافقت دستگاه‌های دولتی در این خصوص نیز جنبه اختیاری دارد، لذا با توجه به عدم موافقت آموزش و پرورش تهران با بازنشستگی پیش از موعد شاکی، شکایت شاکی غیرموجه تشخیص و رد می‌گردد...») (رای شعبه بیست و پنجم، کلاسه: ۹۱۱۴۰۷/۲۵ مجموعه آراء شعب دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۳، ۱۰). لذا در مواردی که به موجب قانون، تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی و تخصصی و امنیتی به عهده کمیسیون یا هیئت‌هایی واگذار شده باشد، شعب دیوان فقط از جهت رعایت ضوابط قانون و تطبیق موضوع و فرآیند بررسی آن براساس قانون یا مصوبه رسیدگی می‌کنند (رای شعبه ۹ دیوان عدالت اداری ۱۳۹۵/۴/۲۰).

## نتیجه‌گیری

صلاحیت اختیاری معمولاً در قوانین عادی صلاح‌دیدی را به مقام عمومی واگذار می‌نماید. همان‌گونه که دیدیم این صلاحیت در حقوق اداری آلمان در قالب مفاهیم نامتعین حقوقی و کلی، چون امنیت و رفاه عمومی واگذار می‌گردد. از آنجایی که مقامات اداری می‌توانند به طریق متناسب از این اختیارات استفاده نمایند و از قدرت واقعی خود بهره ببرند و یا به طریق نامناسب از صلاحیت اختیاری سوءاستفاده نمایند و از مزایای آن بهره ببرند؛ ولی همان‌گونه که در محتوای مقاله اشاره کردیم، سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری در حقوق اداری آلمان در ماده ۱۴ آئین دادرسی این کشور مشخص شده است که مصادیق آن عدم رعایت اصل تناسب، نقض حقوق بنیادین، نادیده گرفتن انتظارات مشروع و به‌کارگیری غیرمعقول مفاهیم حقوقی است و دادگاه‌ها با توجه به این جهات اعمال اداری را مورد بازنگری قضایی قرار داده و از طریق کنترل قضایی نظارت می‌کنند.

تأکید رویه قضایی در حقوق اداری آلمان در اجرای صلاحیت اختیاری این است که باید اعطای این صلاحیت به اداره و مقام عمومی تنها در چارچوب قانون باشد و مقام اداری هم ناچار است بهترین تصمیم را اتخاذ نموده و مقامات اداری نباید خارج از چارچوب قانون و به‌صورت خودرأی و مطابق میل و سلیقه شخصی خود عمل نمایند. نتیجه دیگر حاصل از این مقاله این است که دیگر این نهاد نمی‌تواند به حقوق و آزادی‌های فردی لطمه وارد نماید و مقامات اداری در کشور آلمان با توجه به اینکه از طریق کنترل قضایی بر آن‌ها نظارت می‌شود، نمی‌توانند موجبات فساد اداری را از طریق آزادی عمل ناشی از صلاحیت اختیاری فراهم آورند.

در حقوق ایران نیز همان‌گونه که دیدیم علی‌رغم پیش‌بینی ماده ۶۴ در رویه شعب دیوان نیز تا حدود زیادی رویکرد کنترل حداقلی و عدم کنترل در صلاحیت اختیاری مقامات اداری پذیرفته شده است. مبنای این رویکرد نیز بر این گزاره استوار است که اساساً قانون‌گذار چنین صلاحیتی را به مقامات اداری واگذار نموده و لذا ورود مقامات قضایی به چنین قلمرویی حتی می‌تواند تلقی به نقض قانون شود.

## فهرست منابع

- شجاعیان، خدیجه، (۱۳۹۹). «تحولات حقوق اداری آلمان»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ش ۳، ۱۳۹۲.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۷۸). *حقوق اداری*، انتشارات سمت، چ پنجم.
- علی‌آبادی، علی، (۱۳۸۳). *آئین دادرسی تخلفات اداری*، انتشارات گنج دانش.
- فنازاد، رضا، (۱۳۹۴). *صلاحیت اختیاری در بستر حقوق عمومی مدرن*، انتشارات خرسندی، چ اول.
- متین دفتر، احمد، (۱۳۸۸). *آیین دادرسی مدنی*، ج اول، انتشارات مجد، چ سوم.
- مشهدی، علی، (۱۴۰۲). *قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی*، انتشارات خرسندی، چ اول.
- مشهدی، علی؛ آیت‌الله جلیلی، (۱۳۹۲). «دکترین صلاحیت‌تخیری در حقوق ایران و فرانسه»، اندیشه‌های حقوق اداری، مجموعه مقالات هدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی.
- مشهدی، علی، (۱۳۸۳). «توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخیری قوه مجریه»، مجله اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۲۲.
- مشهدی، علی، (۱۳۹۱). *صلاحیت‌تخیری*، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول.
- مشهدی، علی، (۱۳۹۵). «تأملی بر نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت‌های تشخیصی در پرتو ماد ۶۴ قانون دیوان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴.
- مشهدی، علی، (۱۳۹۸). «معیارهای نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری در حقوق ایران، فرانسه و آلمان»، فصلنامه حقوق اداری، ش ۶.
- مشهدی، علی، (۱۴۰۰). «مسئله اسب‌تروای حاکمیت قانون؛ تأملی بر کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری در انگلستان با نگاهی به حقوق ایران»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ش ۷، تابستان ۱۴۰۰.
- نجابت‌خواه، مرتضی، (۱۳۸۹). «قانون رسیدگی اداری آلمان». در مجموعه کتاب مهدی‌هاوند و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری.
- واعظی، سید مجتبی؛ مارال بردبار، (۱۳۹۴). «گستره کنترل قضایی صلاحیت اختیاری در ایران»، فصلنامه حقوق اداری، ش ۸.
- واعظی، سید مجتبی، (۱۴۰۳). «مطالعه تطبیقی مبانی و مؤلفه‌های دادرسی اداری»، مجله حقوق عمومی تطبیقی، ش ۱.

هابرماس، یورگن، (۱۳۸۴). *دگرگونی ساختاری حوزه عمومی*، کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه: جمال محمدی، نشر افکار، چ اول.

هداوند، مهدی، (۱۳۸۹). *حقوق اداری تطبیقی*، انتشارات سمت، چاپ اول.

یاوری، اسدالله، (۱۳۹۰). «نظارت قضایی بر تصمیمات اداری در حقوق آلمان»، حقوق اداری تطبیقی، کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد بندرعباس.

یزدانی، هرمز، (۱۳۸۷). *کد اروپایی رفتار خوب اداری، آمبود زمان اروپا*، طرح پژوهشی مرکز توسعه قضایی قوه قضائیه.

### References

- Bachof, O (1955). Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, 10(4).
- Buoso, E (2020). Fully automated administrative acts in the German legal system. *European Review of Digital Administration & Law-Erdal*, 1(1-2).
- De laubadère, André et al(2002), *Droit administratif*, L.G.D.J, 17e edition.
- Desmoulins, T (2023). Les actes de gouvernement, entre pouvoir discrétionnaire et interdiction de l'arbitraire. *Droit administratif*, (1). Université Paris-Panthéon-Assas.
- Hans Huber (1953) Niedergang des Rechts lind Krise des Rechlsllaales, in Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti (1953) 66.
- Hofer-Zeni, H (2013). *Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle* (Vol. 56). Springer Science & Business Media.
- Lebreton, Gilles, (2007) *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup>édition, Dalloz.
- Luis, Silveria, (1995). Administrative Discretion and Problems of Accountability, Proceedings, 25th Colloquy on European Law, Oxford (United Kingdom), 27-29 September 1995.
- Martina Künnecke, (2007). Tradition and change in administrative law: an Anglo-German comparison, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- Möstl, M (2001). Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des Ermessens. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 121.
- Schwarze, J (2006) *European Administrative Law*. Sweet & Maxwell.
- Weitzel, C (2021). *Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens*. Duncker und Humblot.



In Persian

- Ali-Abadi, Ali, (2004), **Procedures for Administrative Violations**, Ganj Danesh Publications.
- Fanazad, Reza, (2014), Discretionary jurisdiction in the context of modern public law, Khorsandi Publications, Vol.
- Habermas, Jürgen, (2008), *Structural Transformation of the Public Sphere*, An Exploration of Bourgeois Society, translated by Jamal Mohammadi, Afkar Publishing House, Vol.
- Hadavand, Mehdi, (2010), *Comparative Administrative Law*, Semt Publications, first edition.
- Mashhadi, Ali (2023), **Administrative Court Law in the Current Legal System**, Khorsandi Publications, Vol.
- Mashhadi, Ali and Ayatollah Jalili, (2012), "Doctrine of Optional Jurisdiction in Iranian and French Laws", *Thoughts on Administrative Law*, a collection of articles donated to Dr. Manouchehr Motamani Tabatabai.
- Mashhadi, Ali, (2012), **Disteationay power**, Publications of the Presidential Legal Office, Vol.
- Mashhadi, Ali, (2013) "Justification and criticism of the controllability of the discretionary powers of the executive branch", *Legal Information Journal*, Vol. 22.
- Mashhadi, Ali, (2016), "Reflection on the Judicial Supervision of the Court of Administrative Justice on Diagnostic Jurisdictions in the Light of Article 64 of the Law of the Court", *Legal Research Quarterly*, No. 74.
- Mashhadi, Ali, (2018), "Judicial supervision criteria on the discretionary powers of administrative authorities in the laws of Iran, France and Germany", *Administrative Law Quarterly*, Vol. 6.
- Mashhadi, Ali, (2022) "Trojan horse issue of rule of law; A reflection on the judicial controllability of discretionary powers in England with a look at Iranian law", *Scientific Quarterly of Modern Administrative Law Research*, Vol. 7, Summer 1400.
- Mateen Daftari, Ahmed, (2008). **Civil Procedure Code**, Volume I, Majd Publications, Volume III.
- Najabat Khah Morteza, (2009) "German administrative procedure law" in the book collection of Mehdi Hadavand, decision-making procedures in administrative law.
- Shojaian, Khadija (2019), "Developments in German Administrative Law", *New Researches in Administrative Law*, Volume 3. 2012.

- Tabatabaei Motamani, Manouchehr, (1999), **Administrative Law**, Semat Publications, 5th Ch.
- Vaezi, Seyyed Mojtabi and Maral Bardbar, (2014) "Extent of Judicial Control of Discretionary Jurisdiction in Iran", *Administrative Law Quarterly*, No. 8.
- Vaezi, Seyyed Mojtabi, (2024) "A comparative study of the principles and components of administrative proceedings", *Journal of Comparative Public Law*, Vol. 1.
- Yavari, Asadullah, (2017) "Judicial supervision over administrative decisions in German law", comparative administrative law, public law master's course, Bandar Abbas Azad University.
- Yazdani, Hormoz, (2007), European Code of Good Administrative Behavior, European Ombudsman, research project of Judicial Development Center of Judiciary.