

نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی^۱ (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقاء نظارت قضایی)

مهدی هداوند^۲

چکیده

در زمینه آیین و قواعد شکلی صدور قرار موقت، بایستی به دستور العمل شورای اروپا به شماره « ۶۶۵/۸۹ EEC of 21 December 1989 » «برای ایجاد هماهنگی در قوانین، مقررات و ضوابط اداری مربوط به آیین بازنگری قضایی آرا مرتبط با خدمات عمومی و قراردادهای دولتی نیز اشاره کنیم این دستور العمل مقرر می‌دارد که کشورهای عضو باید اولاً در این فرصت و با استفاده از آیین اعدادی (Interlocutory procedures) با هدف ترمیم تخلف ادعا شده یا جلوگیری از خسارت‌های بعدی به منافع موضوع دعوی، از قرار موقت استفاده نمایند. ثانیاً تصمیماتی که به صورت غیر قانونی اتخاذ شده یا باید لغو شود یا از لغو آن اطمینان حاصل شود، از جمله مردود دانستن تشخیص مقام اداری در مورد مشخصات فنی، اقتصادی یا مالی موجود در دعوتنامه شرکت در مناقصه، اسناد قرارداد یا هر سند دیگری که مربوط به فرآیند اعلام برنده‌هشتم: اثربخشی عدالت اداری علیرغم این که در اغلب کشورهای عضو هزینه دادرسی در دادگاه‌های اداری زیاد نیست و استفاده از وکیل نیز همیشه الزام‌آور نمی‌باشد، ولی در عین حال بدون استثناء در همه کشورهای عضو، مقرراتی در زمینه معاضدت قضایی وجود دارد و حتی بعضاً در قوانین اساسی کشورها به این موضوع تصریح شده است. ت) سنگین کردن بار مالی دادرسی (افزایش هزینه ابطال تمبر، تعیین جریمه در مورد دادخواست‌هایی که کاملاً بی‌اساس هستند)، ث) سازماندهی مجدد (گسترش نظام قاضی واحد در مواردی که به دعاوی خاصی رسیدگی می‌شود)، ج) راه انداختن سازوکارهای گزارش دهی (۵) تعهد تحمیل شده بر دادگاه‌های عالی اداری برای ارائه راه حل‌های ارشادی به منظور سرعت بخشیدن به دادرسی، ارائه گزارش از پیشرفت پرونده‌های معوق مانده و بلا تکلیف و سایر گزارش‌ها)، چ) تأسیس مراجع اداری مستقل همراه با اختیار واگذار شده به دادگاه عالی اداری برای رد یک دادخواست، ح) تقاضا از طرف یک اداره به منظور دریافت نتایج یک رأی قضایی در مورد همه دعاوی مشابه بدون ضرورت طرح دعوی مجدد، مسئله عدم تبعیت مقامات اداری از آراء دادگاه، متأسفانه در اغلب نظام‌های حقوقی ملی اروپا، پدیده ناشناخته‌ای نیست.

کلیدواژه ها: نظارت قضایی، حقوق اداری، اعمال دولتی.

^۱ تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۳/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۶/۱۶

^۲ استادیار دانشگاه علامه طباطبائی.

مقدمه

نظارت قضایی بر اعمال دولت، ریشه در مفهوم بنیادین حکومت قانون دارد. بدون درک روشنی از ایده حکومت قانون و نظامهای حقوقی - سیاسی مقابل آن و بدون توجه به معیارهای تحقق حکومت قانون و تلاش برای پیاده سازی آنها، نمی توان انتظار داشت که نظارت قضایی بتواند حمایت لازم را از شهروندان در مقابل اداره، فراهم نماید. به علاوه، حقوق اداری، در بستر حکومت قانون، از دو طریق گسترش یافته است تا با ایجاد ظرفیت های جدید، امکان توسعه و تعمیق نظارت قضایی در جهت حمایت هر چه موثرتر، از شهروندان فراهم گردد. طریق اول، استخراج «اصول کلی حقوق اداری» توسط قضات از ارزش های اساسی قانونمداری، مردمسالاری و حقوق بشر و اعلام آنها به عنوان معیارهای نظارت بر دولت است؛ تجربه ای که در کشور فرانسه دیده می شود. اما روش دوم که پذیرش و رواج بیشتری دارد، تصویب «قانون عام اداری» با عناوین مختلف بوده است. این قوانین، اصول کلی حقوق اداری و آئین های عام تصمیم گیری اداری را در قالب یک کد واحد، مدون میکنند. با مدون سازی اصول و آئین های مشترک اداری، قضاتی که مامور نظارت قضایی بر اقدامات و تصمیمات دولت هستند، از دایره تنگ معیار "قانونی بودن" صرف، در مفهوم مضیق آن، بیرون می آیند و با بکارگیری مجموعه گسترده ای از معیار ها، ضوابط، آئین ها و اصول شکلی و ماهوی، می توانند بصورتی موثرتر، عمیق تر و انعطاف پذیر تر بر عملکرد دولت نظارت کنند.

مطالعه حاضر تلاش میکند مفاهیم بالا را توضیح دهد و چشم انداز کم و بیش روشنی را از پیشرفت های چند دهه اخیر در کشور های مختلف ترسیم کند، با این هدف که به مثابه طرحی مقدماتی، مسیر آینده تحولات حقوق اداری و نظارت قضایی در ایران را پیشنهاد نماید.

۱- حکومت قانون، بنیان نظارت قضایی

الف - مفهوم و لوازم حکومت قانون

دولت در رایج ترین مفهومی که از آن به ذهن متبادر میشود، یعنی مجموعه هیئت حاکمه و کار گزاران عمومی، با همه اهمیت و جایگاه ویژه ای که دارد و نقشی که میتواند در جهت تأمین رفاه، توسعه، عدالت گستر، تضمین حقوق و آزادی ها و رفع نیازمندی های مردم داشته باشد با توجه به ماهیت و خصلت طبیعی قدرت، همواره در معرض خودکامگی، تمایل به مطلقیت و گریز از پاسخگویی است. این نگرانی، آنگاه جدی تر می شود که به یاد آوریم، دولت ها دارای همه ی ابزارهای لازم برای تحمیل اراده و خواست خود بر مردم، با بکارگیری انواع ابزار های اجبار آمیز و حتی تحمّل پذیر کردن و طبیعی جلوه دادن آن، با استفاده از انواع رسانه های در اختیار خود، میباشند. در مقابل، این مردم هستند که از کمترین توان و امکان، برای وادار کردن دولت به پاسخگویی و مهار آن، برخوردار هستند. بر این اساس به نظر میرسد، تا زمانی که چنین مناسباتی برقرار است، چنین دغدغه ای نیز پا برجا خواهد ماند. این دغدغه، با توجه به حضور هر چه مداخله جویانه تر دولت ها در تنظیم و تمشیت پدیده های اجتماعی و اقتصادی، در طول چند دهه اخیر و امکانات جدیدی که فناوری، در اختیار دولت ها قرار داده، بسیار بیشتر شده است. دیگر، کمتر زاویه ای را میتوان نشان داد که دولت ها در آن، لایحه نکرده باشند یا آن را به حال خود رها

کرده باشند. بدین ترتیب ضرورت حمایت از مردم در مقابل دولت ها، نه تنها تضعیف نشده، بلکه حساس تر، سخت تر و پیچیده تر نیز شده است.

تا کنون نظریه های مختلفی که از دریچه های متفاوت به این مسأله نگاه می کنند، علیرغم همپوشانی هایی که در عناصر، منشأ و ارکان خود دارند، رویکردها و روش های خاصی را برای مهار قدرت عمومی و پاسخگو کردن آن در قبال وظایفی که بر عهده دارد، عرضه کرده اند؛ نظریه هایی همچون: دستورگرایی (مشروطیت)، تفکیک قوا، مهار و توازن، دموکراسی، نمایندگی، حکمرانی خوب، حکومت قانون (دولت قانونمدار)، مدیریت نوین دولتی و مدیریت خصوصی بخش عمومی.

اما شاید جامع ترین و پذیرفته شده ترین ایده، نظریه «حکومت قانون» بوده است. صرف نظر از قدمتی که ایده حکومت قانون، به لحاظ نظری در طول تاریخ اندیشه سیاسی و حقوقی دارد، اقبال همگانی به این نظریه در طول دهه های اخیر، به مراتب بیش از سایر نظریات بوده است. حکومت قانون در حداکثری ترین مفهوم آن، در برگیرنده همه آن ارزش ها، تکنیک ها و پیامد هایی است که در اغلب نظریات دیگر یافت میشوند و در حداقلی ترین مفهوم آن به عنوان ساختاری فراگیر، مؤثرترین روش برای مهار و کنترل قدرت عمومی بوده است. بنابر این حکومت قانون، هم به مثابه ارزشی مستقل و خود بنیاد که متضمن ارزش هایی هم چون حقوق بشر، اخلاق، عدالت و دموکراسی است (برداشت ماهوی) و هم به عنوان یک ابزار یا تکنیک کار آمد و خالی از هر گونه محتوای اخلاقی خاص (برداشت شکلی)، ایده ای محوری و فراگیر، در جهت حمایت از شهروندان و حقوق آنها و کنترل قدرت عمومی، به حساب می آید.

این ایده، صرف نظر از واژگان متفاوتی که در سنت های حقوقی مختلف برای توصیف آن به کار میرود (از جمله، اصطلاح انگلیسی: *The rule of law* و همزاد آمریکایی آن یعنی: *Due process of law* در سنت کامن لا و اصطلاح فرانسوی: *Etat de droit* و اصطلاح آلمانی: *Rechtsstaat*) پیام و هدف مشترکی دارد. گفته می شود که هر چیزی با ضد خود بهتر شناخته میشود (تعرف الاشياء باضدادها) و به همین جهت، «حکومت قانون» نیز با شناخت نقطه مقابل آن، یعنی «حکومت خودکامه» بهتر درک میشود. معمولاً در سنت کامن لا، نقطه مقابل حکومت قانون، حکومت خودکامه یا خودسرانه و در سنت اروپای قاره ای نقطه مقابل آن، دولت مطلقه و دولت پلیسی، معرفی شده است. به عبارت دیگر، بلحاظ نظری، حکومت قانون، خود را با ضد خود تعریف کرده است. حکومت قانون، بر خصلت ها و عناصری خاص تأکید میکند تا از نظام های خودکامه، خودسرانه، مطلقه و پلیسی فاصله بگیرد. بلحاظ تاریخی نیز، تلاش حقوقدانان و سیاسیون آزادی خواه، با هدف نفی دولت مطلقه و دستیابی به آرمان حکومت محدود و مشروطه و مقابله با حکمرانی شخصی؛ در اصل با هدف حمایت از حقوق و آزادی شهروندان در مقابل خودسری ها و هوسبازی زمامداران و کارگزاران عمومی، منجر به ظهور ایده حکومت قانون شده است. حکومت قانون در نقطه مقابل حکمرانی شخصی قرار دارد: «حکومت قوانین و نه حکومت اشخاص». حکومت قانون، سدی است در مقابل تجاوز حکمرانان به حقوق و منافع مردم، به گونه ای که سرنوشت مردم بازپچه هوس ها و منافع شخصی مقامات عمومی و یا حتی اندیشه هایی که به زعم حکمرانان، «خیرخواهانه» یا «مصلحت طلبانه» است، نگردد.

در سنت کامن لا ، حکومت خودکامه یا خود سرانه ، اشاره به وضعیتی دارد که در آن ، حاکم بدون الزام به توجیه و ارائه دلیل برای تصمیمات و اقدامات خود ، به صورت دلبخواهانه و متلوثانه ، هر اقدامی را که به صلاح بداند ، انجام می‌دهد و اقدامات وی مبتنی بر هیچ قاعده عمومی از پیش مشخص شده‌ای نیست زیرا که اساساً چنین قاعده‌ای یا وجود ندارد و یا اعلام و آگهی نشده است. اراده نامحدود و بی قید و شرط حاکم ، اساس تصمیمات اوست و هیچ نیازی نمی‌بیند که اقدامات و تصمیمات خود را توجیه کند یا آن را مدلل نماید و به کسی توضیح دهد یا اشتباهات خود را جبران کند. بدین ترتیب تصمیمات او غیر قابل پیش بینی است و با موارد و موقعیت های مشابه ، برخورد مشابهی ندارد. بی ثباتی در رویه ها و روندها (اگر چنین رویه ها و روندهایی وجود داشته باشند) ، تصمیمات من‌عندی و فقدان قواعد و هنجار های عمومی از پیش اعلام شده ای که علیه مقام عمومی قابل استناد باشند، از نشانه های بارز چنین حکومتی است. در چنین نظامی ، هیچ تضمینی به هیچ کس داده نشده است. حاکم خود را پدر مردم میدانند و حق خود میدانند که خیر آنها را تشخیص دهد و به جای آنها تصمیم بگیرد. ارزش و اعتبار هر کس نیز به میزان وفاداری وی به شخص حاکم بستگی دارد. حق ها ، منافع ، آزادی ها ، مالکیت های خصوصی و امنیت فردی و اجتماعی مردم، دستخوش مصلحت اندیشی های گاه به ظاهر خیر خواهانه اوست .

دولت پلیسی در سنت آلمانی و فرانسوی در نقطه مقابل دولت قانونمند قرار می‌گیرد. در دولت قانونمند، روابط دولت با شهروندان ، بر اساس اصول و قواعد عام و از پیش اعلام شده ، تنظیم میشود و این همان تفاوت بارز میان دولت قانونمند با دولت پلیسی است. دولت پلیسی ، با دولت خود کامه و اقتدارگرا ، تفاوت دارد ، چون در دولت پلیسی قواعد حقوقی وجود دارند اما این قواعد بر خلاف دولت قانونمند ، بر روابط دو سویه و حق و تکلیف مدار دولت و شهروندان حاکم نیستند ، بلکه فقط روابط درونی دولت را تنظیم میکنند یا به صورت یک ابزار یکسویه ، صرفاً تکالیفی را برای شهروندان مقرر میدارد، بدون اینکه علیه دولت قابل استناد باشند. به عبارت دیگر ، نمیتوان علیه دولت، به حقوق و قواعد حقوقی استناد کرد و از حقوق به عنوان عاملی برای کنترل دولت و وادار کردن آن به پاسخگویی استفاده کرد. در دولت پلیسی، «حقوق» به سطح «قواعد انتظامی» که مقامات بالاتر در سلسله مراتب اداری نسبت به کارکنان پایین دست خود و نسبت به مردم اعمال میکنند فرو کاسته میشود. بنا براین دولت پلیسی ، با دستی باز و به میل و اراده خود، تمام آنچه را که به صلاح شهروندان مینماید، با هدف تحقق اهداف تعیین شده ، نسبت به آنها به کار می‌گیرد. حقوق در دست دولت پلیسی ، ابزاری است برای «کنترل مردم»، در حالیکه حقوق در دولت قانونمند، در اصل ، ابزاری است در دست مردم برای «کنترل دولت» و سپس محملی است که دولت از مجرای آن ، خواست و اراده مردم را که در قوانین متبلور شده اند ، دنبال میکند.

در مقابل ، حکومت قانون یعنی حکومت قواعد حقوقی کلی و نوعی از پیش تعریف و منتشر شده ، به جای حکومت اراده و تمایلات شخصی افراد است ؛ یعنی حکومت اراده و خواست قانون در مقابل حکومت اراده نامحدود ، افسار گسیخته و غیر قابل پیش بینی اشخاص . حکومت فردی و خودکامگی دقیقاً در نقطه مقابل حکومت قانون قرار دارند. حکمرانی شخصی به مفهوم اداره ی امور عمومی بر اساس مصلحت بینی های شخصی و تصمیم گیری های دلبخواهانه ، متلوثانه و غیر قابل پیش بینی یک فرد یا عده ای از افراد است ؛ در حالیکه حکومت قانون ، مستلزم حکومت قواعد ، اصول و معیار های کلی و نوعی است که بدون ابهام ، صلاحیت و حدود اختیارات کارگزاران عمومی را از پیش و به صورت ایجابی و نسبتاً پایدار تعیین میکنند

و بدین ترتیب کارگزاران عمومی مکلف هستند کلیه اقدامات و تصمیمات خود را با استناد به یک مقرر قانونی و حقایق بیرونی مورد نظر مقنن توجیه نمایند؛ بنابراین تصمیمات آنها باید مستدل و مستند و طبعاً عقلانی و خردپسند باشد. به علاوه مقام عمومی باید اختیارات قانونی خود را، هم سو و در جهت هدف مقنن و با رعایت انصاف رویه ای یعنی در نهایت بی طرفی و بدون هر گونه جانبداری، اعمال کند. بدین ترتیب پیش بینی رفتار مقامات عمومی برای شهروندان امکانپذیر می شود به نحوی که بتوانند به مثابه انسانهای خود سالار و آزاد برای زندگی خود برنامه ریزی کنند. هر زمان که کارگزاران عمومی از حدود صلاحیت خود خارج شوند و به حقوق، آزادی، منافع و حتی انتظارات موجه مردم تجاوز کنند، حق شکایت و طرح دعوی علیه دولت و مأموران دولتی را در یک دادگاه قانونی ذی صلاح، مستقل و بی طرف خواهند داشت. چنین دادگاهی باید به سادگی در دسترس همه شهروندان قرار گیرد و دادگاه ها باید بدون هرگونه استثناء و محدودیتی امکان کنترل و بازنگری قضائی تمامی تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی را به در خواست اشخاص ذی نفع، داشته باشند و به سرعت به چنین دعاوی رسیدگی نمایند. ذی نفع بودن نیز باید، در نهایت تساهل و با آزاد منشی کامل تفسیر شود و فقط افراد مزاحم، فاقد سمت برای طرح دعوی، به حساب می آیند.

حکومت قانون در این مفهوم، پیامدهای اجتماعی مهمی در پی خواهد داشت. یکی از پیامدهای حکومت قانون، این است که مردم عادی در جامعه مبتنی بر حکومت قانون، برای توجیه عمل خود فقط کافی است که به میل و خواست خود استناد کنند و هیچ مرجعیتی اعم از اشخاص خصوصی، مقامات عمومی یا مراجع دیگر، نمی توانند از آنها بخواهند که دلائلی را برای موجه سازی اقدامات خود و سبک زندگی که انتخاب کرده اند، ارائه دهند. شهروندان مکلف به توجیه و توضیح رفتار، اعمال و تصمیمات خود نیستند و اقدامات آنها میتواند دلخواهی باشد. اما بر عکس، مقامات عمومی از انجام اقدامات «دلخواهی» ممنوع شده اند، آنها باید همواره هر گونه مداخله ای در زندگی مردم را با استناد به دلائل قانونی و عقلانی، توجیه کنند. انسان ها در چنین جامعه ای تا جایی که قانون آنها را به صراحت و بدون هر گونه ابهام و به صورت علنی و آشکار، از انجام دادن کاری ممنوع نکرده باشد، میتوانند هر کاری را که دلشان میخواهد، انجام دهند، در حالیکه مقامات عمومی فقط میتوانند کارهایی را انجام دهند که قانون به صراحت انجام دادن آن کارها را به آنها اجازه داده باشد، در غیر این صورت باید در مقابل دادگاه ها پاسخگو باشند و عواقب ناشی از افعال غیر قانونی خود را تحمل نمایند.

در جامعه آزاد مبتنی بر حکومت قانون اقامه دلیل برای مداخله، همیشه بر عهده دولت است و تنها وسیله برای اثبات این ادعا، استناد به قانون است. کلی و نوعی بودن قانون مهم ترین ضمانت حقوقی برای محدود کردن اقتدار دولت و حفاظت از آزادی ها است. قانون، قاعده ای برای تطبیق بر کلیه موارد و همه افراد، به طور مطلق وضع شده است. به علاوه حکم قانون باید مشخص باشد. به تعبیر روسو: «وقتی می گویم موضوع قانون همیشه عام است، مقصودم این است که قانون، اتباع را مجموعاً و اعمالشان را مطلقاً در نظر می گیرد و هرگز منظور از آن، یک انسان خاص و یک عمل مشخص نیست...». همچنین به گفته آستین: «هر جا قانون مردم را عموماً به فعل یا ترک فعل ملزم می کند، آن فرمان در حکم قانون یا قاعده است.» بر این اساس در جامعه مبتنی بر حکومت قانون، فرض بر آزاد بودن فرد است و لازمه ی آن مباح بودن هر عملی است که صراحتاً در قانون منع نشده باشد.

کلی و نوعی بودن قانون مستلزم وجود استقلال قوه قضائیه و تفکیک آن از سایر قواست. اگر بناست قانون عام و کلی باشد و در رسیدگی بر تعداد نامعلومی از موارد آینده به کار رود، تطبیق آن بر موارد مشخص نمیتواند به دست همان کسانی صورت گیرد که آن قاعده‌ی عام را وضع کرده‌اند. بدین ترتیب، دولت فقط در صورتی می‌تواند در حقوق و آزادی‌های فرد مداخله کند که بتواند اقدام خود را با استناد به یکی از قواعد عام قابل تسری بر تعداد نامعلومی از موارد آینده، به اثبات برساند. حاکمیت قانون در این معنا، مهم‌ترین عامل تضمین‌کننده‌ی آزادی است. به تعبیر سیسرون: «ما بدین منظور مطیع قانونیم که بتوانیم آزاد زندگی کنیم». در همین زمینه ولتر نیز گفته است: «آزادی عبارت است از مقید نبودن به هیچ چیزی مگر به قوانین».

ب - معیارها و شاخص‌های حکومت قانون

با نگاهی به معیارها و شاخص‌های عمومی حکومت قانون، حتی در مفهوم صوری و ساختاری آن، میتوان دریافت که تحقق آن در هر جامعه به مفهوم تحولی اساسی و عمیق در سامان بخشی رابطه دولت و شهروندان، در تمامی ابعاد و جنبه‌هایی است که می‌تواند تضمین حق‌ها و آزادی‌ها را در پی داشته باشد. این شاخص‌ها که می‌توانند به عنوان محک و معیاری عینی برای ارزیابی و اندازه‌گیری استقرار و تحقق حکومت قانون در یک جامعه و همچنین اندازه‌گیری میزان انحراف جامعه از این ارزش بنیادین مورد استناد قرار گیرند، به شرح ذیل هستند. با دقت در هر یک از این شاخص‌ها و عناصر می‌توان دید که هر کدام از آنها برای مقابله و از میان برداشتن یکی از عناصر ارکان دولت‌های خودکامه، مطلقه و پلیسی، طراحی شده‌اند.

۱- الزامات ساختاری (هرم کلسن)

الف - وجود منابع حقوقی مشخص

منابع حقوق که حاوی احکام و الزامات حقوقی لازم الاجراء هستند و حدود حق‌ها و آزادی‌ها را معین می‌کنند باید از پیش معین و مشخص بوده و اعلام و احصاء شده باشند و امکان مراجعه به آنها برای عموم وجود داشته باشد. مراجع وضع و صدور قواعد لازم الاجرای حقوقی نیز باید با صراحت کامل و بدون هر گونه ابهام، از قبل معین و مشخص شده باشند. پراکندگی منابع، معین نبودن آنها، غیر قابل مراجعه بودن و موانعی از این نوع، موجب می‌گردد که کارگزاران عمومی به دلخواه خود از این منابع در تصمیم‌گیری استفاده نمایند. در این صورت مقام عمومی در هر مورد به صلاحدید خود به یکی از منابع و یا به متونی که اساساً در فهرست منابع قرار ندارند، استناد می‌کند و افراد نمی‌دانند که دست آخر چه قاعده‌ای بر آنها حاکم است؛ تکلیف خود را نمی‌دانند و طبعاً نمی‌توانند حقوق خود را نیز بدانند تا به آن استناد کنند و انتظار حمایت و رعایت داشته باشند.

ب - وجود سلسله مراتب مشخص میان منابع حقوق

با توجه به تعدد منابع حقوق و مراجع وضع قواعد حقوقی، باید سلسله مراتب میان آنها به روشنی و از قبل معین و اعلام شده باشد، به گونه‌ای که بتوان قاعده برتر را نسبت به قاعده پایین‌تر و مرجع بالاتر را نسبت به مرجع پایین‌تر، تشخیص داد. بدین ترتیب قاعده پایین‌تر باید در چارچوب و منطبق با قاعده برتر، وضع شود و نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد و یا نقض کند. در صورت ابهام در سلسله مراتب میان منابع، مردم نمی‌دانند که کدام قاعده نسبت به قاعده دیگر اولویت دارد و براساس کدام قاعده باید رفتار کنند و مقام عمومی بر مبنای کدام قاعده با آنها برخورد خواهد کرد.

پ - وجود ساز و کارهای تضمین رعایت سلسله مراتب میان منابع و مراجع

بایستی ساز و کارهای روشن و موثری در نظام حقوقی و سیاسی وجود داشته باشد که رعایت سلسله مراتب میان منابع حقوق و تبعیت قاعده فرودست از قاعده فرادست را تضمین کند. نظارت قضایی در مفهوم موسع آن، موثرترین روش تضمین رعایت سلسله مراتب میان منابع حقوق و مراجع وضع قاعده حقوقی است. نظارت قضایی در سه سطح یا در سه لایه چنین ماموریتی را بر عهده گرفته است:

- ۱- نظارت قضایی دادگاه های قانون اساسی یا سایر دادگاه ها و مراجع ذیصلاح، بر انطباق قوانین مصوب پارلمان با قانون اساسی (نظارت قضایی در لایه تقنینی یا نظارت قانون اساسی که از آن با عنوان دادرسی اساسی نیز نام می برند)
- ۲- نظارت قضایی دادگاه های اداری یا عادی بر تصمیمات و اقدامات مقامات و کارگزاران عمومی (نظارت قضایی در لایه اجرایی یا بازنگری قضایی اقدامات و تصمیمات اداری)
- ۳- نظارت قضایی محاکم قضایی عالی یا تالی بر آراء محاکم بدوی اعم از محاکم قضایی نخستین یا دادگاه های اختصاصی اداری (تجدید نظر قضایی)

۲- معیارهای اولیه قوانین

الف - عمومیت

قوانین، قواعد عام و کلی را اعلام می کنند که خطاب آنها به اشخاص یا موارد خاص نمی باشد. کلیت و عمومی بودن قوانین، مصلحت اندیشی های مقامات عمومی را به شدت کاهش می دهد، زیرا ملزم می شوند که تمایزاتی که میان اشخاص قائل می شوند را با ارجاع به قواعد و اصول عام حقوقی توجیه کنند.

ب - انتشار عمومی

قوانین باید علنی و آشکار باشند و به صورتی اعلان و منتشر شوند که مردم بتوانند از قبل، نسبت به حقوق و تکالیف خود آگاهی پیدا کنند. قوانین باید در معرض دید همگان باشد تا امکان پیروی کردن از آنها وجود داشته باشد و به علاوه راه انتقاد از آنها نیز باز شود.

پ - ثبات

قوانین نباید به کرات تغییر کنند به گونه ای که شناخت احکام قانونی برای مردم دشوار شود و همواره نگران باشند که قانون فعلی، ممکن است پیش از آنکه آن را فرا گیرند، تغییر کند. ثبات قوانین امکان برنامه ریزی بلند مدت را برای مردم فراهم می آورد. به تعبیر سزاربکاریا، همین خصوصیت ثابت بودن است که به قانون نیرو می بخشد.

ت - صراحت و عدم ابهام

قوانین نباید مبهم، چند پهلوی، کشدار و نامتعیین باشند به گونه ای که نتوان از عبارات و الفاظ آن حقوق و تکالیف مشخصی را برداشت کرد. سیال بودن مفاد قانون امکان سوء استفاده از اختیارات توسط مقامات عمومی و اقدامات دلبخواهانه و خودسرانه را فراهم می کند. صراحت و روشنی قوانین در کنار ثبات و استمرار آنها موجب می گردد که افراد بتوانند از پیامد اعمال خود از پیش آگاهی یابند و از سوی دیگر راه برای هر گونه خودسری مقامات عمومی بسته شود.

ث - عطف به ماسبق نشدن

عطف به ماسبق نشدن قوانین موجب می شود که مردم بتوانند به نتایج حقوقی اقداماتشان اطمینان داشته باشند. تسری قانون به تصمیمات و اقدامات گذشته، خطرناک ترین رویه برای تخریب حکومت قانون و یکی از رایج ترین رفتارها در حکومت های خودکامه است. بدین ترتیب هیچ اطمینانی وجود ندارد که عمل مباح و تحت حمایت قانون امروز شما، در آینده عملی ممنوع یا مجرمانه تلقی نشود و بابت آن مجازات نشوید و یا حداقل اقدامات قبلی شما باطل و بی اثر اعلام نشود.

ج - امکان پذیری و قابلیت اجرا

عملی که قانون آن را الزام کرده باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال جامعه و افراد، قابل پیروی و پیاده کردن باشد.

چ - نفی خودسری و رفتار دلبخواهانه

قوانین نباید آنچنان اختیارات گسترده و نامحدودی را به مقامات عمومی واگذار کند که امکان اقدامات خودسرانه و رفتارهای دلبخواهانه را برای آنها فراهم کند. به همین جهت گاهی اوقات به «صلاحیت اختیاری»، «آکنه حقوق اداری» گفته می شود که همچون لکه ای ناجور، چهره حقوق اداری را آلوده است. به تعبیری دیگر «هر جا که قانون پایان می پذیرد، خودکامگی آغاز می شود» و به همین جهت واگذاری صلاحیت های اختیاری نامحدود و بی قید و شرط به مقام عمومی، مغایر با حکومت قانون است.

ح - همسوئی قانون با وجدان عمومی

قانون باید به نحو معقولی با افکار عمومی سازگار و همسو باشد به گونه ای که نقض آن نزد مردم قابل پذیرش نباشد. از سوی دیگر مردم از قانونی که آن را قبول ندارند و نمی توانند با آن رابطه برقرار کنند و آن را تحمیلی می دانند، پیروی نمی کنند.

۳- حکومت در ذیل قانون

قانون، آورنده صلاحیت هاست، بنابراین اقتدارات حکومت باید مبتنی و ناشی از قانون باشد. اصل بر عدم صلاحیت است و مقامات عمومی، فاقد هر گونه اختیاری هستند مگر آنکه اثبات کنند چنین اختیاراتی را قانون به آنها داده است. مقامات عمومی فقط باید اختیاراتی را اعمال کنند که قانون به آنها واگذار نموده و به شیوه ای این اختیارات را اعمال کنند که قانون مقرر کرده است. مقامات عمومی تابع و در زیر قانون قرار دارند و فراتر از آن نیستند و نباید از هیچگونه امتیاز فرا قانونی برخوردار باشند. شناسایی هر نوعی از اقتدارات فرا قانونی به مفهوم تعطیل کردن حکومت قانون است.

۴ - قاعده عدم واگذاری اختیارات خود سرانه

نباید به مقامات عمومی، اختیار تصمیم گیری خود سرانه واگذار شود. صلاحیت تخییری سازمان های اداری، مقامات عمومی و کارگزاران سیاسی نباید، به آنها اجازه تخریب، انحراف و تباه کردن قانون را در بدهد.

۵- برابری در مقابل قانون

قانون باید برای همه یکسان باشد. هر گونه بر خورد متفاوت با افراد، بر مبنای نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب، باورها و گرایش های سیاسی و غیر سیاسی، پایگاه ملی یا اجتماعی و دیگر اوضاع و احوال، ممنوع است. همچنین همه باید بدور از هر گونه تبعیض و به صورت برابر، به نظام قضایی دسترسی داشته باشند تا بتوانند حقوق خود را اعمال کنند، از حمایت لازم برخوردار باشند و از منافع خود مراقبت نمایند.

۶- اعمال بی طرفانه قانون

الف) انطباق میان اقدام دولت و قاعده اعلام شده

باید آیین ها و نهادهای مؤثری از قبیل بازنگری قضایی، وجود داشته باشند تا اطمینان حاصل شود که حکومت منطبق با قانون، عمل می کند. دادگاه های صالح باید بتوانند به دعاوی میان مردم و شهروندان رسیدگی کنند. دادگاه باید از توان کافی برای محدود کردن حکومت به حدودی که قانون معین کرده، برخوردار باشند. دادگاه ها باید هم بتوانند انطباق قانون اساسی با قانون عادی را کنترل کنند و هم بر انطباق مقررات اداری با قانون عادی و قانون اساسی نظارت داشته باشند.

ب) استقلال قضایی

تضمینات مربوط به استقلال قوه قضائیه، از قبیل روش انتصاب قضات، عدم امکان عزل یا برکناری قضات، شیوه های تعیین و پرداخت حقوق و مزایای آنها، بدین منظور طراحی شده اند تا قضات، از مداخله قوه مجریه و دیگر مقامات عالی سیاسی یا اجرایی، مصون باشند. همچنین قوه مقننه نباید مانع ایفای وظیفه توسط قضات شود.

۷- دسترسی به عدالت

الف) در دسترس بودن دادگاه ها

دادگاه ها باید به آسانی در دسترس باشند. اطلاع دادرسی، هزینه های بالای دادرسی و موانعی از این نوع، مانع از تحقق حکومت قانون میشوند.

ب) کانون وکلای مستقل

وجود وکلای مستقل، لازمه حکومت قانون است. استقلال آنها و در دسترس بودن وکلا، ضامن حمایت از شهروندان در مقابل خودسری های حکومت است.

پ) آیین های شکایت علیه اقدامات و تصمیمات دولت

علاوه بر دادرسی قضایی، باید روش های غیر قضایی دیگری که امکان شکایت علیه دولت از سوی شهروندان را فراهم کنند، وجود داشته باشند. شکایت علیه دولت با استفاده از این روش ها، میتواند علاوه بر غیر قانونی بودن به موضوع سوء مدیریت نیز مربوط شود.

۸- انصاف رویه ای

الف) اصل براءت

پیش فرض براءت و بی گناهی، ایجاب می کند که در همه دعاوی کیفری، این شاکی است که باید مجرمیت را اثبات کند و متهم مکلف به اثبات بی گناهی خود نیست. اگر مجرمیت فرد با ادله کافی و غیر قابل تردید به اثبات نرسد، متهم، تبرئه میشود.

ب) عدالت طبیعی: نفی جانبداری و استماع منصفانه

عدالت و حکومت قانون مستلزم آن است که در تمامی تصمیمات و اقدامات اداری، انصاف رویه ای، رعایت شود. انصاف رویه ای مستلزم دو اصل بنیادین است: ۱- هیچ کس نمی تواند در موضوعی که در آن ذینفع است، قضاوت کند (اصل بی طرفی مقام تصمیم گیرنده و ممنوعیت هر گونه جانبداری، پیش داوری و غرض ورزی از سوی مقام عمومی)، ۲- باید به کسی که قرار است درباره وی تصمیمی گرفته شود، پیش از تصمیم گیری فرصت دفاع داده شود.

ت) قواعد اولیه اثبات دعوی برای تحقق عدالت

مقام عمومی و به ویژه پلیس باید دلایل مبنای تصمیم گیری خود را از روش های قانونی به دست آورد. دلایل باید کافی و قابل اعتماد باشند.

ث) دادرسی منصفانه

در دعاوی کیفری، متهم استحقاق برخورداری از استماع منصفانه و دادرسی علنی در یک دادگاه صالح، مستقل و بی طرف که به موجب قانون تأسیس شده باشد را دارد. غیر علنی بودن دادرسی به دلیل مسائل امنیتی یا اخلاقی، استثنائی و خلاف اصل است و فقط در یک جامعه دموکراتیک میتوان از آن دفاع کرد.

اما عینیت بخشیدن به حکومت قانون، بیش از هر چیز دیگری، وابسته به وجود دادگاه های مستقلی است که در نهایت بی طرفی، بر تحقق معیارها و جنبه های مختلف آن نظارت کنند و این همان مفهوم اساسی «نظارت قضایی» در حقوق عمومی است. اصطلاح نظارت قضایی که ترجمه ای از عبارت JUDICIAL REVIEW همانگونه که پیش از این گفتیم، حداقل در سه مفهوم به ظاهر متفاوت که البته همه آنها یک هدف مشترک را دنبال می کنند بکار رفته است:

۱- نظارت قضایی دادگاه های عالی و تالی بر دادگاه های نخستین در سلسله مراتب قضایی که از آن به «تجدید نظر قضایی» نیز تعبیر می شود.

۲- نظارت قضایی دادگاه های قانون اساسی (یا نهادهای قضایی یا سیاسی مشابه آنها) بر مطابقت قوانین موضوعه و مصوبات پارلمان با قانون اساسی که از آن به «نظارت قانون اساسی» یا «دادرسی اساسی» تعبیر می شود.

۳- نظارت قضایی دادگاه ها، اعم از دادگاه های عمومی یا دادگاه های اداری، بر قانونی بودن اقدامات و تصمیمات دولت، که به آن می توان «بازنگری قضایی» گفت.

چرا از یک اصطلاح برای توصیف این هر سه مفهوم استفاده شده است؟ نخست اینکه در هر سه آنها، «دادگاه» نقش محوری و اساسی دارد و بدین ترتیب ماهیت این نظارت، «قضایی» است. این نوع از نظارت، با انواع دیگر نظارت، یعنی نظارت سیاسی، نظارت اداری و نظارت مردمی، از جهات مختلف، تفاوت های اساسی دارد. دوم اینکه، تحقق ایده حکومت قانون،

بایستی در از همه سطوح حاکمیت جریان داشته باشد و نظارت قضایی در هر سه سطح آن، این وظیفه را بر عهده دارد. به عبارت دیگر، عمل عمومی یا دولتی (در مفهومی که در مقابل آن عمل خصوصی قرار گیرد) از سه نوع، خارج نیست: قاعده ای وضع می شود (قانونگذاری)، آن قاعده اجرا می شود، (عمل اداری در عام ترین مفهوم آن) و اختلافات ناشی از اجرای قاعده، حل و فصل می شود (عمل قضایی). لازمه حکومت قانون این است این هر سه عمل حاکمیت؛ تحت نظارت قضایی قرار گیرند.

۲- ایجاد و بسط اصول کلی حقوق اداری

حقوق اداری و کارکرد اصلی آن یعنی نظارت قضایی، بنا به تجربه از دو طریق می تواند گسترش یابد: نخست، قانونگذاری که به مفهوم مدون سازی اصول و قواعد حقوق اداری با تصویب قوانین اداری است. این قوانین معمولاً با عناوینی همچون «قانون اصول کلی حقوق اداری»، «قانون آیین اداری»، «قانون اداره عمومی» و «قانون اقدامات اداری» نامگذاری شده اند. این قوانین، صرف نظر از عنوان آنها، مجموعه ای از اصول، قواعد و آیین های مشترک حقوق اداری را در خود جمع کرده اند که بر کلیه ادارات، سازمانها و فعالیت های اداری مقامات عمومی قابل اعمال هستند. روش دوم، رویه قضایی است که به مفهوم تلاش قضات در جهت توسعه مفاهیم و بسط اصول و قواعد عام حقوق اداری از طریق ارائه راه حل های جدید برای حل مساله هایی است که در جریان دادرسی با آنها برخورد می کنند. این روش می تواند به تنهایی و یا به عنوان روش مکمل قانونگذاری، به توسعه حقوق اداری کمک کند. در اروپا، فرانسه از روش دوم استفاده کرده و فاقد کد حقوق اداری است، در حالیکه در دیگر کشورهای اروپایی، همچون آلمان، اسپانیا، سوئد، پرتغال، لهستان، استونی، فنلاند، قبرس، جمهوری چک، دانمارک، یونان، مجارستان، ایتالیا، لیتوانی، لتونی، اسلواکی، اسلونی، اسپانیا و هلند، کد مستقل و یکپارچه قانون اداری به تصویب رسیده است و بدین ترتیب، رویه قضایی به عنوان عامل مکمل، به چگونگی پیاده سازی و تفسیر قواعدی کمک می کند که در قانون موضوعه، مقرر شده اند.

در اینجا، ابتدا به بررسی تجربه حقوق اداری فرانسه که طریق دوم را انتخاب کرده و شورای دولتی وظیفه توسعه حقوق اداری را بر عهده گرفته است می پردازیم و سپس فهرست جامعی از اصول کلی حقوق اداری شناسایی شده در بسیاری از دیگر کشورها ارایه و تشریح خواهند شد. در مبحث بعدی، دلایل تصویب قوانین عام اداری و فهرستی از این قوانین عرضه خواهند شد.

الف - اصول کلی حقوق اداری در فرانسه

در فرانسه، در جریان یک توسعه بنیادین و مهم، ایده قانونی بودن از طریق آراء قضایی شورای دولتی، گسترش یافته و «اصول کلی حقوقی»^۳ غیر مدون مشخصی را پدید آورده است. شورای دولتی، صلاحیت خود را مدیون عصر ناپلئون اول است اما در عین حال، اصولی را ایجاد و بسط داده است که قابل اعمال بر عملکرد اداره هستند. ماهیت خاص حقوق اداری فرانسه

^۳. Les Principes Generaux du droit.

در مقایسه با حقوق مدنی آن و در مقایسه با حقوق عرفی انگلیس، وقتی آشکار می‌گردد که مفهوم، محتوا و پیامدهای «اصل قانونی بودن»^۴ را از منظر دادگاه‌های اداری مورد توجه قرار می‌دهیم.

اصل بنیادین برای کنترل اداره توسط دادگاه این است اداره باید تابع «حاکمیت قانون» باشد. همه دادرسی‌ها در جهت صدور حکم ابطال در اصل بر مبنای نقض این اصل استوار بوده است. اولین وظیفه قاضی وقتی که با تقاضای بازنگری قضایی مواجه می‌شود این است که به نحو جامع و مبسوطی قواعدی را که بر عمل اداری مورد نظر اعمال می‌شوند و مورد اعتراض قرار گرفته‌اند مشخص و تعیین نماید. این تحلیل ابتدایی از وضعیت حقوقی، اغلب کاری مشکل است زیرا منابع قانونی بودن (منابع حقوقی) متنوع و پیچیده هستند. در آغاز همه قوانین موضوعه باید بررسی شوند و اداره باید از سلسله مراتب قواعد و قوانین مدونی که در حقوق فرانسه در موقعیت‌های گوناگون اعمال می‌شوند، تبعیت کند. در این سلسله مراتب، قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی در برترین جایگاه قرار گرفته‌اند و در مرتبه دوم، قوانین عادی مصوب پارلمان قرار دارند. البته انواع دیگر قوانین نیز وجود دارند. بنابراین با توجه به سلسله مراتب منابع حقوق، دستور استاندار در صورت مخالفت با مقررات وزارتی غیر قانونی اعلام می‌شود و به همین ترتیب مقررات نیز در صورت تعارض با قوانین موضوعه غیر قانونی محسوب می‌گردد. البته در بسترهای گوناگون همانند اصولی که در دکتترین انگلیسی خروج از حدود اختیارات نیز مصداق دارد، این دکتترین به نحوی پیشرفته و تخصصی شده بر تصمیمات و مصوبات مقامات محلی و دیگر مؤسسات دولتی نیز اعمال می‌گردد. به همین دلیل در قضیه *Blackpool Corporation V. Locker*، مصوبه شهرداری در مورد خانه‌های دارای اسباب و اثاثیه، ناقض «قانون» اعلام شد زیرا با بخشنامه وزارتی که صرفاً به شهرداری اجازه می‌داد در مورد خانه‌های خالی تصمیم‌گیری کند در تعارض بود، یا به عبارتی که توسط یک دادگاه انگلیسی به کار می‌رود این اقدام «خارج از حدود اختیارات» بوده است.

به علاوه وقتی که یک سازمان اداری قواعدی را برای اداره کردن خودش وضع می‌کند، در صورتی که اقدامات بعدی او این مقررات را نقض کند، عملی غیر قانونی محسوب می‌شود. در انگلستان دادگاه‌ها اعلام کرده‌اند که یک مقام محلی مجاز نیست از مصوبات خودش منحرف شود. در قضیه *Yabbicom V. Kim* در فرانسه نیز دادگاه‌ها مقرر داشته‌اند که آن‌گاه که یک مؤسسه دولتی تصمیم گرفته است که منبعده معیارهای مشخصی را صرفاً پس از مشورت با یک کمیته، به کار بگیرد، مؤسسه مزبور اگر متعاقباً معیارهای مزبور را بدون مشورت با آن کمیته مورد استفاده قرار دهد عملی غیر قانونی انجام داده است.

اما اصل حاکمیت قانون به قوانین موضوعه منحصر نمی‌شود. اداره موظف به رعایت «حق‌های فردی» است که بر اساس تصمیم قبلی خود او ایجاد شده، حتی اگر آن تصمیم در آن زمان غیر قانونی بوده اما از آن زمان تا کنون مصون از اعتراض بوده است. علاوه بر این، روشن است که اداره موظف به احترام و رعایت آراء محاکم است. دکتترین «نقض قضیه محکوم بهاء»^۵ در حقوق فرانسه یادآور دکتترین امر مختومه^۶ در حقوق انگلیس است. اعتبار تصمیم یک دادگاه فرانسوی معمولاً نسبی

^۴ - Principle Of Legalite.

^۵ - La Violation de la chose Judgee.

^۶ - Res Judicata.

است یعنی فقط برای طرفین دعوی الزام آور است اما وقتی که دادگاه اداری یک تصمیم اداری را ابطال می کند، این رأی (اگر با استیناف خواهی مورد اعتراض قرار نگیرد)، برای همگان الزام آور است و به تعبیری که فرانسوی ها می گویند «به طرف همه»^۷ است که البته شامل خود اداره نیز می شود. علاوه بر این با این که آراء شورای دولتی برای خودش در پرونده های بعدی سابقه الزام آور^۸ ایجاد نمی کند، اما در همان قضیه خاص برای دادگاه های پایین تر و سازمان های اداری الزام آور است.

در جریان یک توسعه بنیادین و مهم، ایده قانونی بودن از طریق آراء قضایی شورای دولتی گسترش یافته و «اصول کلی حقوقی»^۹ غیر مدون مشخصی را نیز پدید آورده است.

اصول کلی حقوقی از طریق توسعه مفهوم «قانون»^{۱۰} وارد اصل حاکمیت قانون شده است، به نحوی که نقض آنها همان گونه که خواهیم دید مبنا و موجب بازنگری قضایی می شود. این اصول جلوه بر جسته حقوق رویه ای شورای دولتی از ۱۹۴۴ به این طرف بوده و معیاری برای تأثیرگذاری و نفوذ فراگیر شورای دولتی بر زندگی مردم فرانسه هستند. این اصول در توسعه خود نشانگر ماهیت بسیار منعطف حقوق اداری و توانایی اش برای هماهنگی و برخورد با واقعیت ها و موقعیت هایی است که در مفهومی موسع، مورد توجه قانون یا اخلاق اداری قرار نگرفته اند. اصول مزبور می توانند با اصول عدالت طبیعی (که شامل اصل استماع و پرهیز از جانبداری هستند) در حقوق انگلیس مقایسه شوند اما بر خلاف حقوق انگلیس، حقوق اداری در فرانسه از این که خود را محدود به قواعد شکلی نماید خودداری می کند و خود را برای شناسایی «اصول کلی» جدید آن گاه که شناسایی آنها را قابل توجه بداند، آزاد می پندارد.

این اصول یا به بیان دقیق تر این «رویه های قضایی»، گاهی اوقات که از سوی اداره رعایت نمی شوند، از سوی نویسندگان فرانسوی به عنوان نمونه های تخصصی شده «تخلف از قانون» مورد بحث قرار می گیرند و گاهی اوقات به عنوان موارد «عدم صلاحیت» و در برخی از موارد به عنوان «انحراف از صلاحیت» (سوء استفاده از اختیارات) از آنها یاد می شود. بوفاندو، اصول کلی را این گونه تعریف نموده است:

«قواعد غیر مدون حقوقی که ارزش قانونی دارند و در نتیجه برای اداره در اجرای اختیارات گزینشی اش لازم الاجرا هستند، ... بنابراین نمی توان آنها را به عنوان نظام عرفی حقوق اداری (عرف های اداری) توصیف کرد. به این خاطر که بخش اعظم این اصول در سال های اخیر منحصراً از سوی دادگاه های اداری به رسمیت شناخته شده اند. این اصول در واقع با الهام از ایده های عدالت (انصاف)^{۱۱} و به منظور تضمین حمایت از حقوق فردی شهروندان، پدید آمده و ساخته دادگاه ها هستند».

همان گونه که در قضیه Aamu ce 26 October 1945 اعلام شده، «این اصول حتی در نبود یک متن (قانونی) قابل اعمال هستند». این عبارت را با قول مشهور قاضی Byles در انگلیس مقایسه کنید که گفته است: «علیرغم فقدان الفاظ صریح در یک قانون موضوعه، الزام به استماع استدلال های طرف دعوی، هنوز هم محصول عدالت ناشی از حقوق عرفی است که آنچه از سوی قانونگذار، از قلم افتاده را تکمیل می کنند».

^۷ – Erga omnes.

^۸ – Binding Presedent.

^۹ – Les principes Generaux du droit.

^{۱۰} – loi.

^{۱۱} – Justice (equite).

در ابتدا این اصول به ابزاری برای تفسیر قوانین موضوعه فرو کاسته می‌شدند، بر اساس این فرض که قانون‌گذار نگران حفاظت از آزادی‌های بنیادین فردی است. این اصول ارزش «قانون اساسی» را ندارند اما اجرای آنها می‌تواند فقط در صورت وجود مواد صریح قوانین موضوعه مستثنی شود. اصول مزبور به وسیله M. Chapus با این عبارات توصیف شده‌اند: «در خدمت قوانین موضوعه و در عین حال معیار ارزیابی آنها یعنی آنها باید راهی به سوی قوانین مصوب نشان دهند اما آزمونی برای بررسی اعتبار و ارزش قانون‌گذاری عادی نیز هستند».

والین اظهار داشته است که شورای دولتی این اصول را از «روح کلی» قوانین و از «افکار عمومی» استخراج کرده است. وقتی که شورای دولتی یکی از اصول را اعمال می‌کند، بر این باور راسخ است که اصل مزبور بخشی از قانون است. اعمال خاص این رویکرد را بر یک مسئله می‌توان در رأی Anal (19 October 1962 CE)، وقتی که شورای دولتی اعلام کرد تأسیس دادگاه اختصاصی نظامی، بر اساس فرمان رئیس دولت مخالف قانون است، به دلیل نقض این اصل کلی که آزادی شهروندان اقتضا دارد که رأی دادگاه باید مشمول تجدید نظر از سوی «دیوان عالی» باشد. در مقابل قضیه Canal در مورد صدور فرمان وضعیت اضطراری در دوره بحران ملی، به سوی همان دیدگاهی گرایش یافته است که از سوی مجلس اعیان در قضیه دوران جنگ موضوع پرونده Liversidge V. Anderson پذیرفته شده است.

عناوین زیر می‌تواند به عنوان منابع اصول کلی معرفی شوند:

۱— اسناد قانون اساسی، از قبیل اعلامیه حقوق ۱۷۸۹ و دیباچه قانون اساسی جمهوری چهارم ۱۹۴۶ که حاوی اصولی از قبیل: آزادی، احترام به حقوق شهروندان، برابری در همه جوانب (در مالیات، تقبل تکالیف و مسئولیت‌های عمومی، دسترسی به خدمات عمومی و غیره) می‌باشد. همان گونه که Mme Bataillers بیان داشته است؛ در اینجا «سنت جمهوری مبتنی بر قانون اساسی» مطرح است.

۲— به نظر می‌رسد برخی از این اصول از حقوق خصوصی و آیین دادرسی مدنی به دست آمده‌اند. بدین ترتیب در دادگاه‌های اداری قواعد شکلی و آیینی خاص حتی در نبود مواد قانونی مشخصی اعمال می‌شوند از قبیل: قاعده «ممنوعیت محکومیت مضاعف» و برتری دادگاه‌های تجدیدنظر نسبت به دادگاه‌های بدوی. از همین منبع حقوقی برخی از چنین قواعد آیینی اولیه به دست می‌آیند که حتی بدون هر گونه تغییر عیناً بر دادرسی‌های اداری اعمال می‌گردند. (مانند حق استماع و عطف به ماسبق نشدن تصمیمات اداری).

۳— منبع حقوقی آخر، «حقوق طبیعی» یعنی ایده‌های عدالت و انصاف هستند. منظور از حقوق طبیعی این مفهوم است که انتظار می‌رود اداره در روابط خود با شهروندان با انصاف و عدالت رفتار کند. (مقایسه کنید با اصول «انصاف»، «علنی بودن» و «بی طرفی» که در گزارش فرانک در انگلیس به سال ۱۹۵۷ توصیه شده‌اند). بنابراین حق بازنگری همه اقدامات اداری به استناد «تجاوز از حدود اختیارات» مبتنی بر یک متن رسمی نیست بلکه این یک اصل کلی است که از این منبع حقوقی بر آمده است. همچنین تحت این عنوان مفهوم تعدیل کننده‌ای به نفع اداره با عنوان «ضرورت تداوم و استمرار خدمات عمومی» نیز وجود دارد.

به نظر می‌رسد که از سال ۱۹۵۸ شورای دولتی مدعی است که در تأسیس «اصول کلی» فقط قصد پارلمان را تفسیر می‌کرده است به همان ترتیبی که دادگاه‌ها در انگلستان اصول تفسیر قوانین موضوعه را ایجاد و پرورانده‌اند. در هر حال قانون اساسی ۱۹۵۸، اختیارات تقنینی وسیعی را به موجب ماده ۳۷ به پارلمان داده و نقش پارلمان را نیز باز تعریف کرده است. با این حال، بر اصول کلی به عنوان اصول مستقل از قانون ماهوی که دارای اعتبار ذاتی هستند، مجدداً تأکید شده است. در واقع شورای دولتی با ارایه این نظریه که اصول کلی خاصی واجد ارزش قانون اساسی هستند، به این تحول جدید شأن و منزلت داده است. این مطلب را می‌توان در نتیجه‌گیری کمیسیونر دولت در قضیه *sindicat* (به تاریخ ۲۶ ژوئن ۱۹۵۹) مشاهده نمود. علیرغم این که این پرونده به خودی خود به ماده ۳۷ قانون اساسی ارتباطی ندارد اما با همان اختیارات به وسیله دولت در قلمروی کشورهای اقماری قبل از ۱۹۵۸ اجرا می‌شد. M. Fournier اظهار می‌دارد که دو نوع قواعد غیر مدون وجود دارد که قضات اداری از آنها تبعیت می‌کنند. نوع اول فقط در هنگام تفسیر و در نبود متن روشنی در تضاد با قوانین موضوعه یا مقررات به کار می‌روند. این اصول شامل تعدادی از قواعد آیینی هستند که هم حاکم بر وظایف و فعالیت‌های مقامات اداری و هم حاکم بر دادرسی‌های اداری است. Fournier اصل «حق دفاع»^{۱۲} را به عنوان نمونه‌ای از چنین قواعدی معرفی کرده است اما در سال ۱۹۸۹ شورای قانون اساسی این اصل را تا حد یک اصل قانون اساسی ارتقا داد. نوع دیگر مهم‌تر است و شامل اصولی است که به درستی «اصول کلی» نامیده شده‌اند. این اصول، حقوق بنیادین بشر هستند که در اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ و دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶ آمده و یا اصولی است که از آنها می‌توان استنباط نمود. این اصول مستقیماً دارای ارزش قانون اساسی بوده و در متون قانون اساسی بیان شده‌اند. قوه مجریه حتی زمانی که به موجب ماده ۳۷ اقدام می‌کند نمی‌تواند از این اصول سرپیچی و تخطی کند. به همین دلیل علیرغم پذیرش تفکیک قوا میان پارلمان و دولت که به روشنی توسط قانون اساسی بنیان نهاده شده است، قضات اداری کماکان مجاز هستند و در واقع مکلف هستند، اعتبار و ارزش اقدامات دولت را با ارجاع به این اصول که بنیان اصلی یک رژیم جمهوری را تشکیل داده‌اند، ارزیابی کنند، اصولی همچون آزادی‌های اساسی شهروندان، برابری در مقابل قانون، دکرین تفکیک قوا، اصل ممنوعیت عطف به ماسبق شدن و حق درخواست بازنگری قضایی. این حقوق بنیادین در قانون به عنوان مثال اساسی ایالات متحده تصریح شده‌اند و در حقوق فرانسه در سطحی گسترده با توسل به اصول کلی مورد حمایت قرار گرفته‌اند.

دسته‌بندی اصول کلی

در سال‌های منتهی به ۱۹۷۱، مفهوم اصول کلی بر اساس تصمیمات شورای قانون اساسی که طی آنها شورا مقرر داشت که اعلامیه‌ها جزئی از قانون اساسی محسوب نمی‌شوند، با ارجاع به «اصول بنیادین شناسایی شده توسط قوانین جمهوری» یا «اصول سیاسی، اقتصادی و اجتماعی که به ویژه در زمان ما ضرورت دارند»، بیش از پیش تقویت و تأیید شد. هر دو این عبارات در دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶ پاس داشته شده‌اند و در دیباچه قانون اساسی ۱۹۵۸ مورد تأیید مجدد قرار گرفته‌اند.

^{۱۲} - Les droits de la defense.

همان گونه که انتظار می‌رود، شورای قانون اساسی ترجیح می‌دهد که اصول کلی را از اسناد قانون اساسی استخراج کند، در حالی که شورای دولتی این آمادگی را دارد تا اصول کلی را از طریق آرا قضایی ایجاد کند.

علیرغم وفور آرا قضایی، کاملاً غیر ممکن است که با اطمینان، فهرستی از اصول کلی یا قواعد غیر مدون تفسیر را به دست داد. به علاوه اصول منفرد، غالباً هم پوشانی دارند و برخی از نویسندگان مدعی وجود اصول بیشتری نسبت به دیگران هستند. همه کاری که می‌توان اینجا انجام داد این است که خلاصه‌ای از مهم‌ترین اصولی که پیش از این در دادگاه‌های اداری شناسایی و به کار رفته است، ارائه شود.

با توجه به سیاست عملی جدید شورای قانون اساسی، در حال حاضر میان دو دسته از اصول کلی، تفکیک به عمل آمده است، اصول کلی که دارای اعتبار و قدرت قانونی هستند و آنهایی که واجد ارزش و اعتبار قانون اساسی هستند، (از قبیل اصول بنیادین شناسایی شده به وسیله قوانین جمهوری). اصول دسته اول برای اداره در جریان تصمیم‌گیری یا مقررات‌گذاری الزام‌آور است اما قانون‌گذار می‌تواند آنها را نادیده بگیرد. اصول دسته دوم، می‌تواند به وسیله شورای قانون اساسی برای اعلام بی اعتباری قوانین مورد استفاده قرار گیرد، حتی پیش از آن که یک قانون مصوب، اجرا شود، همچنین برای اعلام بی اعتباری هر فرمان یا مقررات به آنها استناد می‌شود. به علاوه دادگاه‌های اداری نیز به همین ترتیب به این اصول برای ابطال تصمیمات اداری استناد می‌کنند مگر این که اداره صریحاً به وسیله قوانین موضوعه برای اتخاذ چنین تصمیمی اجازه نیافته باشد، زیرا اصولاً قضات اداری حق ندارند با قوانین عادی به علت تعارض آنها با قانون اساسی مقابله کنند. همان گونه که بعداً خواهیم دید، شورای دولتی می‌تواند در تعریف و تعیین اصولی که واجد ارزش قانون اساسی هستند، ایفا نقش کند، حتی پیش از آن که آن اصول به وسیله شورای قانون اساسی رسماً اعلام شوند.

آزادی‌های فردی و حقوق بشر

آن اصول کلی که زمینه را برای عملکرد کارآمد و اثر بخش اداره فراهم می‌کنند با اصولی که برای حمایت از حقوق فردی طراحی شده‌اند در تعامل هستند. آزادی شخصی، حق تجمع و آزادی بیان در مطبوعات و انتشارات، صراحتاً به وسیله قوانین خاص حمایت شده‌اند؛ اما دیگر حقوق بشر فقط به وسیله اعلامیه حقوق بشر و در صورت اعمال آنها به عنوان اصول کلی، تضمین می‌شوند. بنابراین، دادگاه‌ها این حقوق را در آراء خود شناسایی کرده‌اند؛ حق اعتصاب (قضیه DEHAENE)، آزادی اندیشه و عقیده (قضیه CE 1 APRIL 1949, CHAVENEAU) و آزادی رفت و آمد (قضیه CE 20 JANUARY 1965, VICINI) وقتی که استاندار از اقامت کولی‌ها ممانعت به عمل آورد.

۱- زندگی خانوادگی^{۱۳}

حق به داشتن یک زندگی متعارف خانوادگی در قضیه: (1978) Travailleurs، مورد تأیید قرار گرفت. در این پرونده شورای دولتی فرمانی را ابطال کرد که در صدد بود تا ورود به فرانسه توسط اعضا خانواده یک خارجی را که اجازه

^{۱۳} - Family Life.

اقامت خود را اخذ کرده بود مقید به این کند که آنها متعهد شوند در فرانسه مشغول به کار نشوند، زیرا این فرمان مغایر با حق خارجی‌هایی که به صورت مداوم در فرانسه اقامت دارند «برای نائل شدن به یک زندگی خانوادگی متعارف»، شناخته شد. دادگاه حکم داد که این حق شامل آزادی خارجی‌ها برای زندگی همراه با زوجه و فرزندان صغیرشان نیز می‌شود.

۲- کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی

به محض این که یک معاهده بین‌المللی تأیید و به نحو صحیح منتشر شد و مشروط به تحقق شرایط اعمال متقابل به وسیله طرف دیگر یا طرف‌های معاهده، معاهده مزبور برای اداره الزام‌آور است. یکی از معاهداتی که غالباً به وسیله دادگاه‌های اداری مورد استناد قرار می‌گیرد، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ECHR) است که مصوب شورای اروپا در سال ۱۹۵۰ می‌باشد. فرانسه این کنوانسیون را تا سال ۱۹۷۴ پذیرفت و همچنین از قبول امکان شکایت افراد به کمیسیون حقوق بشر نیز تا سال ۱۹۸۵ امتناع می‌کرد.

در سال‌های اخیر ECHR غالباً مبنای شکایت‌های متعدد نسبت به اعمال اداری بوده است. بنابراین نقض حقوق و آزادی‌های فردی بر اساس کنوانسیون، حمایت آیینی دو لایه‌ای را فراهم می‌آورد. به موجب ماده ۶ کنوانسیون، افراد حق به یک دادرسی منصفانه و علنی در یک زمان متعارف و به وسیله یک دادگاه مستقل و بی‌طرف دارند و بر اساس ماده ۱۳، حمایت مؤثر از افراد در مقابل دولت در صورت نقض حقوق آنها تضمین شده صرف نظر از این که نقض حقوق توسط شخصی صورت گرفته که دارای مقام و موقعیت رسمی دولتی باشد یا نباشد. این مواد منجر شده است که دیوان اروپایی حقوق بشر، فرانسه را به خاطر اطاله بیش از حد دادرسی‌های اداری، محکوم کند. مثلاً در پرونده HV. FRANCE (ECHR 24 October 1989) که بیش از هفت سال طول کشید تا در مورد دادخواست مطالبه خسارت از اداره رأی صادر شود و در پرونده XV. FRANCE (ECHR 32 March 1992) که طی آن هموفیلی‌ها برای دریافت خسارت به خاطر ابتلاء به بیماری ایدز ناشی از خون‌های آلوده، شکایت کرده بودند.

در سال‌های اخیر، از دادگاه‌های اداری کراراً خواسته شده تصمیمات اداری مربوط به بیرون راندن خارجی‌ها از کشور و دیگر تدابیر علیه بیگانگان را به خاطر نقض کنوانسیون، مورد بازنگری قرار دهند. ماده ۸ کنوانسیون، حق هر کس را برای مراعات شدن زندگی شخصی و خانوادگی‌اش، به رسمیت شناخته است. تا سال ۱۹۹۱ دادگاه‌های اداری، تقاضای استیناف مبتنی بر ماده ۸ در اعتراض به دستور بیرون راندن خارجی‌ها یا رد تقاضای پروانه ورود به فرانسه یا مجوزهای اقامت را نادیده می‌گرفتند. اما در سال ۱۹۹۱ شورای دولتی به رویه قضایی خود که بی‌تردید تحت تأثیر تصمیمش در پرونده CE 120 (Ocrober 1989) NICOLO بود، پشت کرد.

در قضیه BELEGOUDI (CE 18 January 1991)، دستور وزارتی به استناد ماده ۸ از سوی یک جوان الجزایری مورد اعتراض قرار گرفت. او در فرانسه به دنیا آمده بود و همراه با خانواده‌اش هنوز در فرانسه زندگی می‌کرد. اما چهار بار به خاطر ارتکاب جرم محکوم شده بود که جدی‌ترین آنها محکومیت به هشت سال زندان به خاطر سرقت همراه با خشونت (سرقت به عنف و زورگیری) بود. شورای دولتی پذیرفت که می‌تواند تصمیم به بیرون راندن او را به استناد ماده ۸ و با ارجاع

به عبارت «احترام به زندگی خانوادگی»^{۱۴} مورد بازنگری قرار دهد. با توجه به رویه قضایی استراسبورگ در این زمینه، به ویژه اصل تناسب^{۱۵} و با عنایت به همه عوامل ذیربط، شورای دولتی رأی داد که در این پرونده اعاده او غیر متناسب نیست اما صرفاً به علت تداخل با زندگی خانوادگی لازم در یک جامعه دموکراتیک با استفاده از الفاظ ماده ۸، این تصمیم ابطال شد.

در قضیه BELGACEM (CE 19 April 1991) تصمیم به بیرون راندن یک خارجی از کشور، غیر متناسب تشخیص داده شد. بلقاسم نیز جوان الجزایری بود که در فرانسه به دنیا آمده بود و در آنجا زندگی می کرد. دوازده ساله بود که پدرش فوت کرد. او هم به خاطر ارتکاب جرایم متعدد، بارها محکوم شده بود و جدی ترین آنها منجر به محکومیت او به شش سال زندان شد. اما او دوره محکومیتش را طی کرد و یک زندگی عادی و همراه با رعایت قانون را آغاز کرد.

تمایل به خروج از کشور یک حق پذیرفته شده در قانون اساسی است و به همین منظور باید گذرنامه صادر شود. این حق در کنوانسیون حقوق بشر اروپایی (ماده ۲ پروتکل چهارم) و میثاق حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد (ماده ۱۲) نیز پاس داشته شده است. اما قوانین فرانسه اجازه می دهد که این حق با استناد به امنیت ملی^{۱۶} و ایمنی ملت،^{۱۷} رعایت نشود. هر گونه تصمیمی که منجر به محدود شدن این حق گردد، باید دلایل و مستندات را که این تصمیم بر پایه آنها اتخاذ شده را اظهار نماید. در قضیه FRATONI (CE 15 April 1996)، تقاضای صدور پاسپورت برای «فراتونی» از سوی وزارت امور خارجه فرانسه پذیرفته نشد. وقتی که او در اسپانیا مقیم بود به خاطر قمار بازی کاملاً معروف شده بود. نپذیرفتن تقاضای او برای صدور پاسپورت دو دلیل داشت. اول این که او جرایم زیادی در سال های گذشته مرتکب شده بود و اینک متهم بود که می خواهد قمار بازی خود را که ماهیت مجرمانه داشت، از سر بگیرد، ثانیاً تقاضا نامه پاسپورت او حاوی اطلاعات نادرست بود. ادعای تقلب و فریب اثبات نشد و رد تقاضای او به خاطر غیر قانونی بودن این تصمیم، ابطال شد.

ماده ۲ کنوانسیون، فرض برائت در موضوعات کیفی را پذیرفته است. در رأی صادر شده در قضیه MINISTER DV BUDGET (1995) شورای دولتی این موضوع را مورد توجه قرار داد که فرض برائت در مورد جریمه های مالیاتی که به خاطر عایدی متقلبانه، تحمیل می شوند نیز قابل اعمال است، بنابراین باید قبل از تحمیل جریمه، موازین ناشی از «بار اثبات دلیل» و «حق استماع» مورد توجه قرار گیرند.

حقوق اقتصادی و اجتماعی

اصول کلی که به تدریج برای حمایت از حقوق اقتصادی و اجتماعی افراد و نهادها، طراحی و ایجاد شده اند، به ویژه از این جهت جالب هستند که مثال هایی را از این روند ارائه می دهند که فلسفه قضایی محاکم، خود را با شرایط متغیر اقتصادی و اجتماعی، تطبیق می دهد. در اصل، اداره حق ندارد با بخش خصوصی رقابت کند (به عنوان نمونه نگاه کنید به قضیه CASANOVA در ۲۹ مارس ۱۹۰۱ که این گونه رأی صادر شد که بخش کورسیکا وقتی که نسبت به تأسیس یک مرکز

^{۱۴} – Respect for family life.

^{۱۵} – Principle of proportionality.

^{۱۶} – National Security.

^{۱۷} – National safety.

درمانی عمومی برای ساکنان بخش، اقدام نمود، صلاحیت خود را گسترش داده است). ولی در سال‌های اخیر این گرایش معکوس شده و مقامات محلی اجازه یافته‌اند که کلینیک دندان پزشکی، شرکت بیمه محلی، گاراژ، محل نمایش در محوطه باز و فروشگاه‌های مواد غذایی را راه اندازی کنند، مشروط به این که نیاز به آنها را اثبات کنند. به همین ترتیب، حق اعتصاب، حق تشکل، یا خودداری از پیوستن به اتحادیه، شناسایی شده‌اند و بنابراین به عنوان اصول کلی اعمال می‌شوند. نزدیک‌ترین مورد مشابه به این ایده در حقوق انگلیس قضیه Nagle V. Fielden است، که طی آن دادگاه استیناف «حق اشتغال» را به رسمیت شناخت.

از سوی دیگر در زمینه حقوق کار، یکی از مهم‌ترین پرونده‌هایی که نزد شورای دولتی مطرح شد (1982, VIUE DE TOULOUSE)، منجر به ایجاد یک اصل کلی حقوقی جدید با عنوان حق به دریافت حداقل دستمزد برای هر شخصی که در مؤسسات عمومی کار می‌کند، شد. قانون کار این حق را صرفاً برای افرادی که در بخش خصوصی کار می‌کنند و نه برای آنهایی که در بخش دولتی هستند، شناسایی کرده است، اما همه مستخدمان دولت و تعداد محدودی انواع دیگر مستخدمان بخش عمومی در عمل از چنین تضمینی برخوردار نبودند. در قضیه Ville de Toulouse سه نفر به صورت کارگر موقت به وسیله شهرداری برای ارائه خدمات، استخدام شدند. آنها پس از انتصاب در شغل‌هایشان علیه شهرداری برای دریافت حقوق اضافی تا سطحی که به حداقل حقوق قانونی برسند، شکایت کردند. شورای دولتی با بیان این اصل کلی حقوقی که بر همه مستخدمین مزد بگیر اعمال می‌شود و با برجسته کردن مواد قانون کار، دادخواست آنها را پذیرفت. قبلاً در قضیه DAME PEYNET (1973) شورای دولتی با تأکید بر دکترین اصول کلی، حمایت مقرر شده در قانون کار مبنی بر ممنوعیت اخراج در دوران بارداری را به کارکنان بخش عمومی گسترش داده بود. اما پرونده قبلی اصل کلی حقوقی را بنیان نهاده که دستیابی به آن سخت‌تر است و شارحان حقوق فرانسه به این امر اشاره کرده‌اند.

برابری در مقابل قانون

برابری در مقابل قانون یکی از شناخته شده‌ترین اصول کلی حقوق است که در پرونده‌های زیادی اعمال شده است. در یکی از پرونده‌ها (1937) GRANDS MAGASINS مقررات ترافیکی که توقف خودروهای شخصی را و نه همه خودروها را در برخی از خیابان ممنوع کرده بود، توسط شورای دولتی ابطال شد. در پرونده‌ای دیگر انجمن موسیقی دو نفر از اعضای خود را به علت اجراء در کنسرت رادیو و تلویزیون دولتی تنبیه کرد و تلویزیون هم از پخش برنامه‌های آن انجمن جلوگیری نمود. شورای دولتی این تصمیم را ابطال کرد زیرا یکی از اصول کلی با عنوان اصل برابری نقض شده بود.

اصل برابری متضمن اولاً تضمین دسترسی برابر شهروندان به خدمات عمومی و ثانیاً اصل برابری جنسیتی و ثالثاً رعایت اصل برابری در مقابل قانون نیز هست. در یکی از پرونده‌ها (۱۹۷۰) تقاضایی برای دریافت کمک به منظور بهبود مسکن به علت عدم تطابق استانداردهایی که ماهیت حقوقی الزام‌آور نداشتند، توسط کمیسیون مربوطه رد شد. ذینفع تقاضای ابطال استانداردها را مطرح کرد. دادگاه گفت که کمیسیون می‌تواند استاندارد گذاری کند، به شرطی که اصل برابری افراد در مقابل قانون رعایت شود. در پرونده‌ای دیگر (۱۹۸۹) اتحادیه معلمان به مقررات استخدامی اعتراض کرد که به موجب آن

ترکیب کمیته انضباطی، بر حسب این که مرد یا زن قرار است تنبیه شوند، متفاوت بود و این اعتراض پذیرفته شد. قوانین، حقوق زن‌ها را در همه عرصه‌ها برابر با مردها تضمین کرده و از جمله در حقوق استخدام عمومی. در پرونده‌ای دیگر (۱۹۵۱)، انجمن موسیقی، دو نفر از اعضای خود را به دلیل حضور در کنسرت رادیو و تلویزیون دولتی تنبیه کرد و تلویزیون هم از پخش برنامه‌های انجمن جلوگیری کرد. شورای دولتی این تصمیم را به این دلیل که اصل برابری نقض شده است، ابطال نمود.

تفسیر خاص دایسی از حاکمیت قانون مستلزم برابری در مقابل قانون و نفی هر گونه امتیاز برای بخش عمومی و سازمان‌های اداری است. رویه قضایی انگلیس در این زمینه همانند رویه قضایی فرانسه رشد نکرده و دعاوی تبعیض یا به موجب قوانین خاص علیه تبعیض و یا بر اساس نقض اصل خروج از حدود صلاحیت‌ها رسیدگی می‌شوند.

بی طرفی

اداره باید اصل بی طرفی را در فرآیند نیل به یک تصمیم رعایت کند. در پرونده (1949) TREBES تصمیمات کمیته‌ای که تعدادی از اعضا آن، از تصمیم متأثر می‌شدند ابطال شد. اصل بی طرفی در حقوق اداری فرانسه، شبیه اصل «پرهیز از جانبداری» در حقوق انگلیس است.

حرف دو طرف را شنیدن

ضرورت شنیدن هر دو طرف یا «حق استماع» یا به تعبیر دیگر «رعایت الزامات آیینی» قبل از تصمیم‌گیری، همانند حقوق اداری انگلستان در حقوق اداری فرانسه نیز پذیرفته شده است. اصل مزبور نه تنها یکی از اصول کلی پذیرفته در حقوق اداری فرانسه، بلکه از احکام کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز هست. بدین ترتیب علاوه بر این که به طور کلی باید تمامی قواعد شکلی مصوب قانونی، در فرآیند تصمیم‌گیری رعایت شود، به طور خاص تصمیم اتخاذ شده، در مواردی که شخص ستم‌دیده از پیش در مورد پرونده مطلع نشده باشد و فرصت کافی برای اظهار نظر به او داده نشود، ابطال خواهد شد. در یکی از پرونده‌ها (۱۹۶۴) دستور وزیر برای انحلال یک انجمن ابطال شد به این دلیل که فرصت کافی به رئیس انجمن قبل از تصمیم‌گیری داده نشده بود تا از خود دفاع کند. در پرونده‌ای دیگر، (1994) TROMPIER- GARVIER امتیاز فروش روزنامه در یک کیوسک توسط استاندار لغو شد چون شکایتی مبنی بر اخاذی مبلغ هنگفتی توسط صاحب امتیاز از متصدی کیوسک مطرح شده بود. با این که امتیاز اولیه توسط استاندار داده شده بود ولی تصمیم به لغو امتیاز توسط دادگاه اداری، ابطال شد زیرا فرصت کافی به صاحب امتیاز برای دفاع از خود داده نشده بود. این اصل با اصل «علنی و باز بودن»^{۱۸} که به «اصل فرانک» در حقوق اداری انگلیس معروف شده و در جریان دادرسی در دادگاه‌های اختصاصی اداری باید رعایت شود، قابل مقایسه می‌باشد.

^{۱۸} – Openness.

تکلیف به ارایه دلایل تصمیم

شورای دولتی، از پذیرش اصل «تکلیف به ارایه دلایل» به عنوان یک اصل کلی حقوقی، اجتناب کرده است ولی این خلأ به موجب قانون مصوب یازدهم جولای ۱۹۷۹ پر شده است. به موجب این قانون اداره باید دلایل و منطق تصمیمات خود را به درخواست افراد ذینفع، به آنها ارایه کند. با این همه در فرانسه این تکلیف به همه ارکان اداری گسترش پیدا نکرده است و این نارسایی از سوی دیوان دادگستری اروپا در برخی پرونده‌ها مورد انتقاد قرار گرفته است.

اصل تناسب

مفهوم «تناسب» در سال‌های اخیر اهمیت زیادی پیدا کرده است. وجود تناسب میان هدفی که اداره دنبال می‌کند و ابزاری که برای نائل شدن به آن هدف مورد استفاده قرار می‌گیرد، ضروری است (تناسب میان هدف و وسیله). مثلاً تنبیهات انضباطی مستخدمین به علت اشتباه آنها نباید بسیار حاد باشد و بایستی با نوع تخلف آنها تناسب داشته باشد. همچنین اقدامات پلیس نباید در ایجاد محدودیت نسبت به آزادی‌های شهروندان از جمله حق تجمع، حق رفت و آمد و فعالیت‌های تجاری، غیر متناسب با اهداف نظم عمومی و امنیت باشد. این اصل برای اعتراض به توسعه بیش از حد مسیرهای ویژه عبور عابرین پیاده که منجر به محدود شدن آزادی عبور موتور سیکلت‌ها می‌شد، مورد استفاده قرار گرفته است (۱۹۷۲). در پرونده فیلم آخرین وسوسه مسیح (۱۹۹۰)، شورای دولتی اعلام کرد، خطر بر هم خوردن نظم عمومی آن قدر بزرگ نیست که منجر به ممنوعیت پخش فیلم شود. همچنین در فیلم دیگری درباره بازداشت رهبر جبهه مقاومت، ادعا شده که یکی از اعضا جبهه در بازداشت او دست داشته است. وزیر اجازه پخش فیلم را داد. یکی از قهرمانان مقاومت تقاضای ابطال این تصمیم را به سه دلیل مطرح کرد. اول، نقض حق فردی او به عنوان یکی از اعضا مقاومت؛ دوم، فیلم به نهضت حمله کرده و خطری برای نظم عمومی است؛ سوم، فیلم جنایت علیه بشریت است و برای سازنده ایجاد مسئولیت مدنی می‌کند. شورای دولتی هر سه دلیل را رد کرد. در رابطه با ادعای اول، دیوان استدلال کرد که محتوای فیلم منجر به نقض حقوق بنیادین افراد نمی‌شود. در مورد ادعای دوم، گفته شد که محتوای فیلم در حقیقت تاریخی و تا حد زیادی بحث برانگیز است به نحوی که منجر به گفتگو در میان مردم شده است ولی با توجه به اوضاع و احوال، خطری برای نظم عمومی محسوب نمی‌گردد تا به این بهانه پخش آن ممنوع اعلام شود. در رابطه با استدلال سوم نیز، شورای دولتی پاسخ داد که نفوذ و تأثیر ادعا شده مبتنی بر حقایق و واقعیت‌ها نیست، ولی در عین حال شورای دولتی اعلام کرد اگر ثابت شود که این فیلم می‌تواند بر آرامش دادرسی در دادگاه تأثیر بگذارد، وزیر فرهنگ حق دارد که تدابیر لازم را اتخاذ کند (مثلاً پخش فیلم را متوقف کند یا به تأخیر بیندازد) تا از حقوق و منافع طرفین حمایت کند، ولی در اینجا این موضوع مصداق ندارد. اصل تناسب به دکتربین «تراز نامه»^{۱۹} و مفهوم مدرن «خطای فاحش»^{۲۰} در ارزیابی حقایق و واقعیت‌ها^{۲۱} که درباره آنها صحبت خواهیم کرد مرتبط است. اصل تناسب همچنین به دکتربین «معقول

^{۱۹} – Doctrine of the “Balance- sheet”.

^{۲۰} – Gross error.

^{۲۱} – Erreur Manifested appreciation des faits.

بودن»^{۲۲} در حقوق انگلیس شباهت دارد ولی از نظر مجلس لردان این دو با یکدیگر یکسان نیستند. در پرونده R V. Secretary of state for the Home Department, ex parte Brind لردان حقوقدان با وارد شدن اصل تناسب به حقوق داخلی انگلیس موافق نبودند ولی در عین حال پذیرفتند که این اصل ممکن است در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر وجود داشته باشد. با این همه گفتمان تناسب را می‌توان در حقوق انگلیس، در پرونده‌هایی که موضوع آنها تحمیل مجازات و محکومیت به پرداخت جریمه است، مشاهده کرد. به همین دلیل در پرونده R V. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte Hook، دادگاه استیناف تصمیم شورای مزبور را مبنی بر محروم کردن دکه داران یک بازار از امرار معاش، به این دلیل ابطال کرد که این تصمیم بسیار افراطی و فاقد تناسب با نقض محدود برخی از مقررات انضباطی بازار توسط آنها بوده است.

حمایت از انتظارات موجه

این اصل که به خوبی در حقوق انگلیس و حقوق جامعه اروپا شناسایی شده بود، اینک در حقوق اداری فرانسه نیز در قضیه (1994) ENTREPRJSE به رسمیت شناخته شده است. در این پرونده، در سال ۱۹۹۲ وارد کننده فضولات از آلمان به فرانسه از مقررات جدید دولت فرانسه مبنی بر ممنوعیت ورود فضولات، متضرر شد و شکایتی مطرح کرد به این درخواست که یک سوم درآمد او کاهش یافته و باید خسارت بگیرد. پیش از ۱۹۹۲ قانون مصوب پانزدهم جولای ۱۹۷۵ واردات برخی از انواع فضولات را مجاز کرده بود و خواهان سال‌های زیادی به این کار مشغول بود. دادگاه اعلام کرد مقررات موصوف بدون توجه به منافع وارد کنندگانی که به مقررات، اعتماد و تکیه کرده‌اند ابلاغ گردیده است، لذا انتظار موجه وارد کننده نقض شده و او متضرر گردیده است، زیرا که مقررات جدید نایستی به طور ناگهانی و با تأثیر فوری بر منافع وارد کنندگان موجود که به قوانین اعتماد کرده‌اند، و بدون مقررات «دوره گذار» وضع می‌شد.

عطف به ماسبق نشدن

دادگاه‌های اداری فرانسه، همانند انگلیس، پذیرفته‌اند که قوانین نباید اثر قهقراپی داشته باشد. به علاوه، چنین اصلی نسبت به اعمال اداری نیز اجراء می‌شود و به موجب آن تصمیمی که به نفع شهروندی اتخاذ شده را نمی‌توان متعاقباً لغو نمود. در پرونده (1922) CACHET خواهان پیش از جنگ جهانی اول مجاز به اجاره دادن باغ خود به عنوان بازار بود. به موجب قوانین مصوب در دوران جنگ، مستأجر باغ، از پرداخت اجاره معاف شد و خواهان برای جبران خسارت، در چهارچوب قانون مربوط به مرجع ذیربط مراجعه کرد. مقام محلی به پرداخت خسارت دستور دارد ولی خواهان مبلغ تعیین شده را کافی نمی‌دانست و به همین دلیل به وزیر شکایت کرد. وزیر نه تنها تقاضای افزایش خسارت جبرانی را رد کرد بلکه تصمیم مقام محلی را به این دلیل که از باغ مزبور به عنوان بازار استفاده نشده بلکه محل کشاورزی می‌باشد، لغو کرد. شورای دولتی تصمیم وزیر را ابطال و تصمیم مقام محلی را تأیید و ابرام کرد و رأی داد که اداره برای لغو تصمیمی که حق قانونی را به

^{۲۲} - Reasonableness.

خواهان واگذار کرده است، قانوناً اختیاری ندارد. در یک پرونده دیگر، دستور وزیر برای تثبیت قیمت برق فقط نسبت به آینده موثر اعلام شد و تأثیر آن نسبت به گذشته مورد پذیرش قرار نگرفت. این اصل همچنین در حقوق رویه‌ای مجدداً تأیید شده و به ویژه در مورد مقررات مالی، آیین نامه‌های مربوط به قوانین موضوعه و پرداخت به کارکنان دولت، اعمال می‌شود.

ب - مفهوم اجمالی برخی از اصول کلی حقوق اداری

اصول کلی حقوق اداری، صرف‌نظر از تجربه حقوق اداری فرانسه، در سطح کشورهای اروپایی و اتحادیه اروپا و بسیاری از دیگر کشورها، با نظام های حقوقی مختلف، در طول چند دهه اخیر به شدت گسترش یافته و در قالب آراء قضایی و در انواع اسناد حقوقی، قوانین موضوعه، اعلامیه ها و توصیه نامه ها، مورد شناسایی قرار گرفته اند. مقامات و مامورین اداری مکلف به رعایت این اصول و قواعد جزئی تر ناشی از آن ها هستند و محاکم قضایی بر رعایت این اصول نظارت می کنند و از این رهگذر آراء قضایی متعددی صادر شده است. شاید بتوان فهرستی از این اصول را به شرح ذیل ارائه نمود:

۱- اصل قانونی بودن: هم در مفهوم قانونی بودن ایجابی، یعنی داشتن اجازه و مبنای قانونی و هم در معنی سلبی آن یعنی عدم تخلف از قانون و همچنین اقدام در حدود صلاحیت های قانونی واگذار شده به اداره.

۲- اصل برابری وعدم تبعیض: برابری در مقابل قانون، برابری در استفاده از خدمات عمومی، برابری در تقبل هزینه ها و مسئولیت های عمومی، با برابرها برابر رفتار کردن (و رفتار نابرابر با نابرابرها)، ممنوعیت تبعیض بر مبنای جنسیت، مذهب، باورها و گرایش های سیاسی و فکری، قومیت، نژاد، طبقه اجتماعی و غیره.

۳- اصل تناسب: تناسب میان هدف و وسیله نیل به آن، تصمیم گیری با کمترین تحمیل هزینه و سختی بر مردم، برقراری سازش و موازنه میان حق ها و آزادی های متزاحم، ایجاد موازنه میان حقوق فردی و منفعت عمومی؛ ضروری و اجتناب ناپذیر بودن مداخله در حق ها و محدود کردن آزادی ها، ممنوعیت اتخاذ تدابیر سخت گیرانه و تند.

۴- اصل معقول بودن: اتخاذ تصمیمات منطقی و توجیه پذیر، متعارف، مستدل و مبتنی بر حقایق، یافته ها، مدارک و دلایل.

۵- اصل بی طرفی و عدم جانبداری: بی طرفی مقام تصمیم گیرنده در موضوع تصمیم بر مبنای ایده «هیچ کس نمی تواند قاضی اعمال خود باشد»، یا «هیچ کس نمی تواند در مورد موضوعی که در آن منفعتی دارد، قضاوت کند». ممنوعیت تصمیم گیری از سوی اشخاصی که به دلیل قرابت های نسبی یا سببی یا دوستی ها، یا نفع مالی یا گرایش خاص سیاسی و جناحی، بیم جانبداری، غرض ورزی و پیش داوری آنها وجود دارد.

۹- اصل انتظارات موجه: مقامات اداری مکلف به تامین انتظاراتی هستند که خود آن را ایجاد کرده اند. این انتظارات می تواند ناشی از اعلامات، مقررات، رویه ها، رفتارها و حتی وعده هایی باشد که به مردم داده اند؛ تا حدی که مردم به آنها اعتماد و اتکاء کرده اند و بر مبنای آنها زندگی شخصی یا تجاری خود را تنظیم نموده اند. مقام اداری نمی تواند به ناگاه از رویه هایی که خود ایجاد کرده عدول کند و در صورت تمایل به تغییر آنها مکلف به اعلام قبلی سیاست ها و پیش بینی «مرحله گذار» به رویه ها و سیاست های جدید است.

۱۰- اصل تصمیم‌گیری واقع‌گرایانه و عینی: ممنوعیت تصمیم‌گیری ذهنی، کلیشه‌ای، انتزاعی و بدون توجه به اوضاع و احوال هر قضیه یا اعمال خشک و ملا نقطه‌ی قوانین.

۱۱- اصل ممنوعیت سوء استفاده از اختیارات: مقام عمومی از اختیارات و صلاحیت‌های تخییری خود فقط باید در جهت هدفی که آن اختیارات بخاطر تحقق آن هدف، به آنها واگذار شده است، استفاده نماید. بکارگیری صلاحیت‌های اختیاری در مسیر اهداف دیگری که مد نظر مقنن نیستند یا در جهت منافع شخصی یا سیاسی یا تحقق یک هدف پنهانی، ممنوع بوده و موجب ابطال تصمیمات متخذه است.

۱۲- اصل حق دفاع: بر مبنای ایده کامن لایی «حرف طرف دیگر را هم گوش کن» یا «حرف دو طرف را شنیدن» یا همان ممنوعیت «یکطرفه به قاضی رفتن»، مقام اداری مکلف است پیش از اتخاذ هر تصمیمی که بر حقوق، منافع و امتیازات یک فرد یا افراد تاثیر نامطلوب می‌گذارد، فرصت استماع نظرات و سخنان وی و امکان دفاع کافی از خود را برای آنها فراهم نماید. حق دفاع، مستلزم آن است که ذینفع، امکان دسترسی به سوابق و مدارک مبنای تصمیم‌گیری را داشته باشد و موضوع به موقع به او اعلام و اخطار شده باشد. حق دفاع، متضمن حق‌ها و امتیازات دیگری نیز می‌باشد که از لوازم این حق به شمار می‌روند.

۱۳- اصل شفافیت: آزادی اطلاعات، حق دسترسی به اطلاعات عمومی، تکلیف به افشاء و انتشار اطلاعات عمومی.

۱۴- اصل تکلیف به راهنمایی، مشورت و اطلاع‌رسانی: سازمانهای عمومی مکلفند به ساده‌ترین زبان ممکن و بصورتی قابل فهم و بدون هر گونه پیچیدگی، روش‌های انجام کار را منتشر و در اختیار شهروندان قرار دهند و به موقع آنها را راهنمایی نموده و مشورت‌های لازم را به آنان بدهند. اطلاع‌رسانی اینترنتی از روش‌های مهم و موثر در این زمینه است. همچنین چاپ بولتن‌ها و کتابچه‌های راهنما از تکالیف مقامات عمومی است. این اسناد، اداره را مکلف می‌کنند، اما نمی‌توانند تکلیفی بر عهده شهروندان تحمیل کنند.

۱۵- اصل مشارکت: اداره در جریان تصمیماتی که به حقوق، منافع، انتظارات و امتیازات مردم تاثیر می‌گذارد، مکلف به جلب مشارکت آنها به روش‌های مختلف است. بطور مشخص، اداره در صورت تصمیم به مقررات‌گذاری، مکلف به انتشار پیش‌نویس مقررات اداری در روزنامه‌های ملی و محلی و تعیین مهلت برای دریافت نظرات و دیدگاه‌هاست. آنگاه با استماع نظرات ذینفع‌ها، مقررات نهایی تدوین و منتشر می‌شوند.

۱۶- اصل احترام به حریم خصوصی: ممنوعیت مداخله و افشاء حریم خصوصی افراد.

۱۷- اصل حفاظت داده‌های شخصی و تجاری: تکلیف به حفاظت از اطلاعات شخصی افراد و عدم افشاء اسرار تجاری بنگاه‌های اقتصادی.

۱۸- اصل الزام به ارائه دلایل و مبنای تصمیم‌گذاری: اداره مکلف به اعلام دلایل و حقایق مبنای تصمیم خود می‌باشد. مستند و مستدل بودن تصمیم اداری از لوازم این اصل می‌باشد.

۱۹- اصل اقدام بموقع و عدم تاخیر: اداره مکلف است، وظایف خود را در مدت زمان معقول انجام دهد و هر گونه تاخیر می‌تواند منجر به مسئولیت اداره شود.

۲۰- اصل توجه به ملاحظات مرتبط و بی توجهی به ملاحظات غیر مرتبط در تصمیم گیری: اداره مکلف است بهنگام تصمیم گیری فقط به ملاحظات و عواملی توجه کند که مورد نظر مقنن بوده است و از تصمیم گیری بر مبنای عواملی بی ربط پرهیز کند.

۳- مدون سازی اصول کلی و آیین های عام اداری

الف - ضرورت تصویب قانون عام اداری

امروزه دیگر کمتر عرصه‌ای از حیات اجتماعی و اقتصادی جامعه را می‌توان نشان داد که به نوعی از سوی دولت و بویژه قوه مجریه و سازمان‌های اداری تنظیم، تمشیت و مقررات‌گذاری نشده باشد. سازمان‌های اداری، تا حدی پیش رفته‌اند که تقریباً وظایف و کار ویژه همه قوای حکومتی را در خود جمع کرده‌اند و بی دلیل نیست که به نام «قوه چهارم» معروف شده‌اند. سازمان‌های اداری علاوه بر اجرای قوانین که وظیفه ذاتی، کلاسیک و هسته‌ای آنهاست (وظیفه اجرایی) عملاً مقررات‌گذاری اقتصادی و اجتماعی محیط‌های کسب و کار را نیز بر عهده دارند و مجموعه وسیعی از آیین‌نامه‌ها، مصوبات و بخشنامه‌ها را وضع و تصویب می‌کنند (عمل شبه تقنینی)، اختلافات گروه‌های مختلف اجتماعی را از طریق دادگاه‌های اختصاصی اداری یعنی مراجع و هیأت‌های اداری در حوزه‌های متنوع کار، مالیات، ساختمان، شهرسازی، زمین‌های شهری، اراضی ملی شده و منابع طبیعی، گمرک، تخلفات صنفی و غیره، حل و فصل می‌کنند (عمل شبه قضایی)، در خط مشی‌گذاری عمومی و سیاست‌گذاری نقش محوری دارند (عمل شبه سیاسی) و به تولید و عرضه انواع کالاها و خدمات به صورت انحصاری، نیمه انحصاری یا تحت کنترل از قبیل راه سازی، آب، برق، مخابرات، بهداشت و غیره نیز مشغول هستند (عمل شبه خصوصی) و در این میانه طبعاً وظایف تخصصی تری را همچون برقراری نظم، امنیت، آرامش، عدالت گستره، باز توزیع ثروت و تثبیت رشد اقتصادی نیز بر عهده دارند (وظیفه حاکمیتی).

به علاوه گسترش، تنوع و تخصصی شدن خدمات عمومی همراه با افزایش نیازمندی‌های عمومی، خصوصی سازی و پذیرش همگانی اصول حکمرانی خوب در جهت توسعه اقتصادی و اجتماعی، این باور را تقویت کرده است که نقش سازمان‌های اداری در ایجاد رفاه عمومی، توسعه آزادی‌های عمومی و عدالت گستره غیر قابل انکار است.

از سوی دیگر تحولات عمیقی نیز در نقش و جایگاه دولت در جامعه و اقتصاد اتفاق افتاده است. در گذشته، دو وظیفه عمده دولت در «خدمت عمومی» و «پلیس عمومی» خلاصه می‌شد. به همین دلیل بود که در حقوق اداری فرانسه، وقتی که صحبت از اعمال اداری بود صرفاً این دو مقوله مورد بحث قرار می‌گرفت و آثار چنین رهیافتی هنوز هم در کتاب‌های حقوق اداری در ایران باقی مانده است. در حالی که در طول چند دهه اخیر وظایف و نقش دولت و جایگاه مطلوب آن مورد چالش، قرار گرفته و منجر به «باز تعریف نقش دولت» گردیده است. این تحول گاه با عنوان «مدیریت دولتی نوین»، گاه با عبارت «مدیریت به جای اداره کردن»، گاه با اصطلاح «حکمرانی» یا «حکمرانی خوب» و در نهایت با عنوان «حکمرانی شخص ثالث» یا «حکمرانی نوین» توصیف می‌گردد.

بر این اساس هم اکنون در سر تا سر جهان باز اندیشی اساسی در رابطه با چگونگی برخورد با مسائل اجتماعی در جریان است. ناکامی‌های رایج در رابطه با هزینه و کارآمدی برنامه‌های دولت و ظهور باورهای نوین در نظریه‌های اقتصاد آزاد

(لیبرالیسم اصلاح شده)، سئوالات جدی را در رابطه با ظرفیت‌ها و توانمندی‌های دولت، برانگیخته است. در قلب این باز اندیشی، تحول بنیادین نه فقط در رابطه با حوزه و اندازه فعالیت‌های دولت بلکه در رابطه با «فنون» و «ابزار» مورد استفاده توسط دولت ایجاد شده است. این بحث در حقوق اداری کاملاً منطبق با عنوان «اعمال اداری» می‌باشد، یعنی وسایل و شیوه‌هایی که با استفاده از آنها با مسائل عمومی برخورد می‌شود.

همان گونه که بیان کردیم عمده فعالیت دولت‌ها در گذشته محدود به عرضه مستقیم کالاها و خدمات توسط دیوان سالاری دولتی بوده است، اینک دولت با انواع ابزارهای نوین و گستره وسیع «اعمال اداری»، مواجه گردیده است. برخی از این اعمال عبارتند از: تأمین کالا و خدمات عمومی، مقررات گذاری اقتصادی، مقررات گذاری اجتماعی، بیمه دولتی، اطلاعات عمومی، مالیات ترمیمی، صدور پروانه، پروانه‌های قابل معامله، محرک‌های مالیاتی، کمک‌های بلاعوض، هدایا، سوبسیدها، وام‌ها، تضمین وام‌ها، بن‌ها، تشکیل مؤسسات عمومی، بازرسی‌ها، اختراها، بررسی حوادث، حفاظت محیط زیست، اطلاع رسانی، خرید اجباری، مشاوره، مشارکت، مصالحه، خط مشی سازی، حل و فصل اختلافات، پلیس اداری، تنظیم قیمت‌ها، انواع قراردادها و پیمان‌های عمومی، خرید خدمات، برنامه‌ریزی شهری ... البته لازم به ذکر است که مسئله اساسی در این زمینه، تحول و گذار از اصطلاح سنتی «اعمال اداری دولت» به اصطلاح و الگوی نوین «فرآیندهای اداری» است. براساس این اصطلاح به جای تأکید بر اعمال اداری به مثابه اقداماتی پراکنده، بی ارتباط و جزیره‌ای؛ بر فرآیندهای اداری به عنوان پیوستاری که بیانگر زنجیره تصمیم گیری، قاعده سازی، استاندارد گذاری، پیاده سازی، نظارت و حل و فصل اختلافات است، تأکید می‌گردد.

از سوی دیگر چنین وضعیت پیچیده‌ای نشان دهنده اهمیت قانونگذاری در زمینه سازمانهای اداری است که در واقع در حوزه حقوق اداری قرار می‌گیرد، با این هدف که اولاً نگرانی‌های ناشی از دخالتها و حضور همه جانبه دولت و سازمانهای اداری و امکان تحدید و تهدید حقوق و آزادیهای شهروندان از طریق ایجاد یک چارچوب حقوقی منسجم، یکدست و مردم سالار مرتفع گردد و ثانیاً کارایی و اثربخشی سازمانهای اداری در جهت تأمین نیازهای رو به رشد مردم و توسعه همه گیر، عادلانه و پایدار تضمین شود.

در حال حاضر بسیاری از کشورهای توسعه یافته، موفقیت‌های چشمگیری در زمینه تدوین و تصویب «قانون حقوق اداری» با عناوین مختلف، داشته‌اند به نحوی که اصول کلی و قواعد عمومی حقوق اداری در قالب یک کد حقوقی مستقل و جامع تدوین و تصویب شده و بر کلیه سازمانهای اداری حاکم است. بدین ترتیب این تصور کلاسیک در رابطه با حقوق اداری مبنی بر این که حقوق اداری فاقد کد حقوقی است در هم شکسته و بسیاری از کشورها در حال حاضر همانگونه که دارای قانون مدنی، قانون تجارت، قانون کار، قانون مجازات و غیره هستند دارای «قانون اداری» نیز می‌باشند. متأسفانه در کشور ما، علیرغم وجود قوانین متعدد در حوزه‌های مختلف مدنی، تجاری، کار، کیفری، دادرسی، مالی و مالیاتی، برنامه‌های توسعه و سایر قوانین قدیمی یا جدید، حقوق اداری، علیرغم اهمیت کلیدی آن، در تحقق اهداف فردی و اجتماعی، فاقد کد حقوقی مستقل است و مقررات مربوط به سازمانها و فعالیت‌های اداری در قوانین متعدد به صورت پراکنده، غیر منسج و ناهمگون قابل

ردیابی است. عدم جامعیت، فقدان انسجام و پراکندگی در اصول، قواعد و احکام حقوق اداری قطعاً یکی از موانع توسعه متوازن و پایدار در کشور به ویژه در سازمانهای اداری و دستگاههای اجرایی است.

تدوین کد حقوق اداری علاوه بر اینکه گام بلندی به سوی تحقق حاکمیت قانون و حمایت از حقوق و آزادیهای شهروندان می باشد، در عین حال می تواند کارایی، کارآمدی و اثربخشی سازمانهای اداری را نیز از حیث تأمین هرچه بهتر نیازهای مردم، توسعه شهر و روستا، فقرزدایی، صنعتی شدن، ارتقاء تکنولوژی تأمین کند در این زمینه تجربیات موفق پیش روی ماست که می تواند در پیمودن این مسیر به ما کمک کند. یکی از کشورهای موفق در این زمینه که تلاش وی الگوی سایر کشورها قرار گرفته است، کشور هلند می باشد. حقوقدانان عمومی هلند با حمایت مقامات حکومتی موفق شده اند با انجام تحقیقات گسترده، قانونی را با عنوان «قانون عمومی حقوق اداری» در سال ۱۹۹۴ به تصویب پارلمان برسانند و عملاً به مرحله اجرا بگذارند. این قانون به نوبه خود یک شاهکار حقوقی محسوب می شود و این تلاش از سوی حقوقدانان عمومی مورد ستایش فراوان قرار گرفته است. وزارت دادگستری هلند در مقدمه این قانون، جریان شکل گیری و هدف از تدوین و تصویب آن را تشریح نموده است. استفاده از الگوی کشور هلند از این نظر نیز مفید می تواند باشد که کشور هلند جزء کشورهای خانواده حقوق نوشته بوده و حقوق اداری آن همانند اغلب کشورهای اروپای قاره ای (یونان، آلمان، بلژیک، نروژ، ...) متأثر از «حقوق اداری فرانسه» می باشد و بنابراین به نظام حقوقی ایران بسیار نزدیک بوده و قابلیت استفاده از آن بالاست.

کشور آلمان نیز «قانون اقدامات اداری» مصوب ۱۹۷۶ را با عنوان: *Verwaltungs Verfahrens-gesetz (VwVfG)* تصویب کرده است و تأثیر مثبت آن در تحول بنیادین حقوق اداری آلمان و در نتیجه ارتقاء سطح عملکرد، اثربخشی، شفافیت و منصفانه بودن فعالیتهای سازمانهای اداری بارز است. همچنین «قانون عام آیین اداری» اتریش مصوب ۲۱ جولای ۱۹۲۵ و «قانون اقدامات اداری» ایتالیا، مصوب ۷ آگوست ۱۹۹۰ در این خصوص قابل توجه هستند.

کشورهای دیگری نیز در این زمینه تجربیاتی دارند که می تواند مورد توجه قرار گیرد. از جمله از میان کشورهای کامن لا، ایالات متحده آمریکا نیز دارای کد حقوقی جامعی است با نام «قانون آیین های اداری» (*Administrative Procedure Act*) که ابتدائاً در سال ۱۹۴۸ به تصویب رسیده ولی به مرور تکمیل گردیده است. این قانون، فرآیند «مقررات گذاری»، «حل و فصل اختلافات» و «اجرای قوانین و مقررات» توسط سازمانهای اداری را ساماندهی کرده است. همچنین کشور استرالیا نیز در میان کشورهای کامن لا، دارای قانون حقوق اداری است.

با الگوبرداری مناسب و اقتباس معقول و آگاهانه از نظام های حقوقی پیشرو در زمینه حقوق اداری، انتظار می رود با ورود مفاهیم نوین به نظام حقوقی ایران، سطح پاسخگویی و کارآمدی دستگاههای اداری ارتقاء یابد و عدالت اداری به عنوان یک هدف راهبردی محقق شود. بدین ترتیب حقوق اداری ایران که در حال حاضر با نیم قرن عقب ماندگی روبرو است و درگیر مفاهیم کلاسیک و مقدماتی *Legality* (قانونی بودن) است، می تواند گامهای بلندی را در این حوزه برداشته و از طریق توسعه مفهوم قانونی بودن اعمال اداری، مفاهیم دیگری همچون عدالت رویه ای (*Procedural Fairness*) و همچنین مدیریت مطلوب بخش عمومی (*Good Public Administration*) را در نظام حقوقی ایران تا حد زیادی وارد کند.

علاوه بر اصول کلی حقوقی، اصول و قواعد عمومی حاکم بر فعالیتهای عمده دستگاههای اداری و در واقع فرآیند و آیین تصمیم گیری و خط مشی سازی در زمینه اعمال اداری دولت تمشیت و تنظیم می گردند.

بدیهی است برخی از اصول و مفاهیم مورد اشاره که به عنوان نمونه بیان شدند، در حال حاضر نیز به صورت پراکنده و غیرمنسجم در قوانین متعدد قابل مشاهده هستند و البته برخی از آنها به صورت خام و توسعه نیافته در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارند و می توانند از این طریق قوام یافته و به صورت قوانین مشخص و لازم الاجرا در آیند. همچنین کلیه اصول موصوف در چارچوب مفاهیم حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، بومی سازی خواهند شد و در عمل امید می رود که منجر به ارتقاء عملکرد سازمانهای اداری با احترام به کرامت انسانی ملت گردند.

یکی دیگر از دلایلی که حقوقدانان اداری را به مدون سازی اصول و قواعد عام حقوق اداری و همچنین یکپارچه سازی آیین های اداری در قالب یک کد حقوق مستقل ترغیب کرده است، مربوط به تحولاتی میشود که دولت ها در نیم قرن اخیر تجربه کرده اند. به عبارت دیگر، ماهیت، جایگاه و کارکرد های دولت تغییر کرده و حقوق عمومی نمی تواند نسبت به این تحولات بی تفاوت بماند. در گذشته نظریه های تقابلی کم و بیش روشنی برای توصیف دیدگاه های مختلف نسبت به دولت، رواج داشته است. اما اینک، دوران الگو های تقابلی دو قسمتی به سر آمده است: دولت لیبرال در مقابل دولت سوسیال، اقتصاد سرمایه داری در مقابل اقتصاد برنامه ریزی شده، دولت کوچک در مقابل دولت بزرگ، بخش عمومی در برابر بخش خصوصی، منفعت فردی در مقابل منفعت عمومی، آزادی در مقابل برابری، کار آمدی در تقابل با قانونمندی، حقوق مدنی و سیاسی در مقابل حقوق اقتصادی و اجتماعی، دموکراسی در مقابل بروکراسی. وضعیت پیچیده تر از آن شده است که بتوان آن را با چنین مدل های ساده ای توصیف کرد. حقوق اداری با مسائلی روبرو شده است که پاسخ دادن به آنها دشوار بوده و نیازمند طراحی نهادهای چهارچوب های جدیدی است. دغدغه کلاسیک حقوق عمومی هنوز هم پابرجاست: «ترس از سرکشی دولت و دولتمردان و تجاوز به حقوق و آزادی مردم». این دغدغه حتی جدی تر هم شده است، زیرا دولت ها اگر چه به ظاهر کوچک تر شده اند ولی در وضعیتی تناقض نما، به طور همزمان، قوی تر و مداخله جو نیز شده اند، زیرا نقش دولت در برپایی یک جامعه توسعه یافته که در آن حق ها و آزادی ها به خوبی تأمین و تضمین میشوند، دیگر یک نقش حداقلی و انفعالی نیست. بنابراین حقوقدانان اداری دغدغه دیگری نیز دارند: «کارآمدی و پاسخگویی دولت به نیازهای مشروع و رو به گسترش مردم». بر این اساس، اداره علاوه بر نقش مهارکننده و بازدارنده، باید نقش تسهیل کننده و سامان دهنده خود را نیز تقویت کند. پس حقوق اداری به ناگزیر باید از درون متحول شود و به بازسازی و نوسازی خود بپردازد. حقوق اداری برای بر عهده گرفتن چنین وظیفه ای دیگر نمیتواند به رویه های قضایی پراکنده و حتی متضاد و یا قواعد و مقررات پراکنده و سیال، اتکاء کند. ضرورت دارد که با استفاده از تجارب سایر رشته ها و شاخه های حقوق، حقوق اداری نیز اصول، قواعد و مقررات عام و مشترک خود را در قالب یک کد حقوقی مستقل، مدون کند تا ظرفیت لازم برای چالاکتی هر چه بیشتر در جهت پاسخگویی به پیچیدگی ها و ضرورت های دنیای پست مدرن فراهم گردد. این اتفاق، در بسیاری از کشور های شرق و غرب عالم، تجربه شده است. در اینجا فهرست برخی از این قوانین عرضه میشوند. در این جا، لازم به تذکر است که این قوانین، معطوف به مدون

سازی آیین دادرسی در محاکم اداری یا عادی برای رسیدگی به دعاوی اداری نیستند و باید از چنین اشتباهی پرهیز کرد. این قوانین حاوی مجموعه ای از اصول کلی اعم از ماهوی و شکلی و آیین های تصمیم گیری و اجرای تصمیمات موردی یا نوعی اداره هستند که بر کلیه فعالیت ها و اقدامات نهاد های عمومی صرف نظر از نوع فعالیت آنها و تکالیفی که بر عهده دارند، قابل اعمال هستند. بنابراین نباید تصوّر شور که به عنوان مثال در ایران، با وجود قانون دیوان عدالت اداری و آیین دادرسی آن، نظام حقوقی ایران دارای قانون اداری است. آنچه که در قوانین اداری زیر با عناوین مختلف، مقرر شده است، به کلی متفاوت از آن چیزی است که در قانون دیوان عدالت اداری، آمده است. به عبارت دیگر، کشورهایی که این قوانین را تصویب کرده اند، وظایف و آیین دادرسی در دادگاه هایی را که به دعاوی اداری رسیدگی میکنند و وظیفه نظارت قضایی را بر عهده دارند، بصورت جداگانه به تصویب رسانده اند که مفاد آن قانون یا کد حقوق اداری آنها به کلی تفاوت دارد. کدهای حقوق اداری، بیان کننده اصول کلی حقوق اداری، آیین های اداری و معیارهای اداره خوب هستند که مطالعه آن ها از حوصله این نوشتار خارج است.

ب – تجربه تصویب قانون عام اداری در کشور های مختلف

در اینجا فهرست قوانین اداری برخی از کشورها ارائه میگردد:

۱- سوئد: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۸۶

The administrative procedure act – 1986

۲- پرتغال: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۹۱

administrative procedure Code – 1991

۳- لهستان: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۸۰ و اصلاحی ۱۹۹۸

Code of administrative procedure act – 1980-1998

۴ - استونی: قانون آیین اداری مصوب ۲۰۰۲

The administrative procedure act – 2002

۵- فنلاند: قانون آیین اداری مصوب ۲۰۰۴

administrative procedure act – 2004

۶- قبرس: قانون شماره ۹۹/۱) ۱۵۸

Law 158 (1)/99

۷- جمهوری چک: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۶۷ اصلاحی ۱۹۹۰

Act on administrative procedure act – 1967-1990

(Act no.500/2004 Coll., on Administrative Proceedings)

۸- دانمارک: قانون اداره عمومی دانمارک مصوب ۱۹۸۵

The Danish Public administrative act, No. 571 (19 Dec. 1985)

(Forvaltningsloven – lov nr.571 af 19 december 1985)

۹- یونان: قانون آیین اداری شماره ۲۶۹۰

Code of administrative procedure (Law No.2690)

۱۰- مجارستان: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۵۷

- Act No.IV. of 1957 on the administrative procedure
(Administrative procedure Act NO.IV. of 1957)
۱۱- ایتالیا: قانون آیین اداری ایتالیا مصوب ۱۹۹۰
- Italian administrative procedure act – 1990 (Act No 241/90)
۱۲- لیتوانی: قانون آیین اداری مصوب ۲۰۰۴
administrative procedure act(2004)
۱۳- لتونی: قانون اداره عمومی و اقدامات اداری مصوب ۱۹۹۹
Law on Public administrative – 1999
(Law on Public Administration and Law on Administrative Proceedings)
۱۴- اسلواکی: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۹۳ و اصلاحی ۲۰۰۲
Law No.71/1967 Coll. On administrative procedure 1993 – 2002
۱۵- اسلونی: قانون آیین عام اداری و اداره عمومی مصوب ۱۹۵۶ و اصلاحی ۲۰۰۲
General administrative procedure act and Public Administration Act 1956-2002
۱۶- اسپانیا: نظام حقوقی اداره عمومی و قانون آیین مشترک اداری مصوب ۱۹۹۲
The legal regime of public administrations and the common administrative procedure
act (Act n.30/1992 of 26 November)
۱۷- ایالات متحده: قانون آیین اداری مصوب ۱۹۴۶
Administrative Procedure Act – 1946
۱۸- هلند: قانون اصول کلی حقوق اداری
General Principles of Administrative Law Act
۱۹- آلمان: قانون اقدامات اداری
Law on administrative proceedings

۴- به سوی حمایت قضائی موثر از شهر وندان

الف - مفاهیم مقدماتی حمایت قضایی و زمینه های تحول

۱- هدف از بازنگری قضایی اعمال اداری،^{۲۳} حمایت قضایی^{۲۴} از شهروندان در مقابل اقدامات غیر قانونی دستگاه ها و مقامات اداری عمومی^{۲۵} است. در این قسمت مشخصات اصلی نظام های حمایت قضایی در دولت های عضو اتحادیه اروپا به اجمال مورد بررسی قرار می گیرند. در این تحقیق بیشتر بر شباهت ها تأکید می شود، با این همه از تفاوت ها غفلت نخواهد شد. برای سازماندهی یک تجزیه و تحلیل مقایسه ای نظامند، به مفاهیم پذیرفته شده ای نیاز داریم که با محوریت آنها، مطالعه

^{۲۳} – Judicial review of Administrative acts.

^{۲۴} – Legal protection.

^{۲۵} – Public Administrative.

تطبیقی ساماندهی شود. به علاوه ضروری است از به کارگیری اصطلاحات خاص حقوقی نظام‌های مورد مطالعه پرهیز شود و در عوض از واژگانی استفاده شود که تا حد امکان بی طرفانه انتخاب شده‌اند.

۲- اداره عمومی متشکل از شخصیت‌های حقوقی^{۲۶} هستند که به عنوان اشخاص حقوقی عمومی^{۲۷} شناخته شده و ماهیت‌های حقوقی متنوعی دارند و رسماً به موجب قوانین مصوب پارلمان تأسیس شده‌اند و یا به این عنوان، به طور مستقیم یا غیر مستقیم مورد شناسایی قانون‌گذار (قوه مقننه) و یا حقوق رویه‌ای قرار گرفته‌اند.

اداره عمومی در مفهوم مضیق آن شامل دولت، سازمان‌های حکومتی ملی و اشخاص حقوقی که هنجارهای خاص حقوق عمومی بر آنها حاکم است، می‌باشند و در مفهوم موسع آن، قطع نظر از شخصیت‌های حقوقی که در دسته‌بندی اداره عمومی در مفهوم مضیق آن قرار می‌گیرند، شامل شخصیت‌های حقوقی ایجاد شده و تحت کنترل دولت و دیگر اشخاص حقوق عمومی نیز می‌شوند (شرکت‌های دولتی،^{۲۸} شرکت‌های تحت تملک دولت^{۲۹} و غیره) این اشخاص حقوقی، فعالیت‌های صنعتی و تجاری را انجام می‌دهند که در خدمت منافع عمومی به طور عام یا خاص هستند ولی در اصل حقوق خصوصی بر آنها حاکم است.

۳- به طور کلی، اقدامات انواع اشخاص حقوقی در اداره عمومی، به وسیله نمایندگان^{۳۰} آنها (اشخاص منفرد یا مجموعه‌های سازمانی)؛ به شکل اعمال حقوقی یا مادی،^{۳۱} و تحت حاکمیت اصل بنیادین «قانونی بودن عمل اداری» انجام می‌شوند. اعمال حقوقی یا به عبارت دیگر اقداماتی که حق و یا تکلیف ایجاد می‌کنند، ممکن است یک جانبه^{۳۲} (ایقاعی) و «خویش اجرا»^{۳۳} باشند (که با عنوان اعمال اداری^{۳۴} نامیده می‌شوند) که شهروندان را مورد خطاب قرار می‌دهند یا مربوط به سازماندهی و اداره کردن خود شخص حقوقی هستند. این اعمال را می‌توان به دو گروه تقسیم نمود:

الف) اعمال اداری موردی^{۳۵} که یک یا چند شهروند مشخص و شناسایی شده را به صورت انفرادی و موردی^{۳۶} مورد خطاب قرار می‌دهند، و

^{۲۶} – Legal entities.

^{۲۷} – Public Legal persons.

^{۲۸} – State corporations.

^{۲۹} – State- owned companies.

^{۳۰} – Agents.

^{۳۱} – Legal or Material acts.

^{۳۲} – Unilateral.

^{۳۳} – Self- executive.

^{۳۴} – Administrative acts.

^{۳۵} – Individual administrative acts.

^{۳۶} – Individually identifiable citizens.

ب) اعمال اداری تنظیمی^{۳۷} (مقررات گذاری) یعنی اقداماتی که به صورت نوعی و کلی قابل اعمال^{۳۸} هستند. این اعمال هر شهروندی را که واجد شرایط و مشخصات معین شده در مقررات هستند را مورد خطاب قرار می دهند یا مربوط به سازماندهی یا اشخاص حقوقی می گردند.

۴ — عمل اداری همچنین از طریق قراردادهایی که میان اشخاص عمومی و شهروندان منعقد می گردند، تحقق می یابد. این قراردادها بر حسب مورد ممکن است یا تحت حاکمیت قواعد و هنجارهای خاص حقوق عمومی باشند که با آن قواعد و مقرراتی که حاکم بر قراردادهای منعقد شده میان شهروندان هستند، تفاوت دارند، یا تحت حاکمیت حقوق خصوصی هستند که معمولاً شامل قراردادهایی که به وسیله افراد و اشخاص حقوقی خصوصی منعقد می شوند نیز می شود.

۵ — حقوق و یا منافع موجه^{۳۹} (قانونی) شهروندان ممکن است به وسیله یکی از اقدامات زیر به مخاطره بیفتد:

الف) اعمال اداری غیر قانونی^{۴۰} موردی یا تنظیمی (نوعی — مقررات گذاری)، یا اعمال مادی غیر قانونی که به وسیله نمایندگان^{۴۱} [افراد یا سازمان های اداری وابسته به] اشخاص حقوقی عمومی انجام شده اند.

ب) ترک عمل غیر قانونی^{۴۲} (عدم اقدام) در انجام یک اقدام اداری که غالباً دارای ماهیت موردی است یا در اجرای اعمال اداری واقع می شود.

پ) مداخله غیر قانونی ناشی از اجرای یک قرارداد منعقد شده به وسیله اشخاص حقوقی عمومی یا کوتاهی در ایفاء تعهدات قراردادی معین شده.

۶ — نقض^{۴۳} حق ها و یا منافع موجه (قانونی) شهروندان، می تواند به وسیله اعمال اداری حقوقی یا مادی^{۴۴} یا از طریق آراء قضایی جبران شود.

انتظار می رود که اعمال اداری، خسارت های احتمالی وارده را، یا به وسیله مقامی که پاسخگوی^{۴۵} فعل یا ترک فعل غیر قانونی است یا از طریق سازمان های ناظر،^{۴۶} پس از طی تشریفات و رعایت آیین های غیر قضایی^{۴۷} که با شکایت^{۴۸} یک شهروند آغاز می شود، جبران نمایند. جبران ممکن است از طریق کنترل پارلمانی^{۴۹} یا متعاقب اقدام به وسیله یک سازمان خاص تأسیس شده به موجب مقررات محلی، تحقق یابد.

^{۳۷} – Regulatory administrative act.

^{۳۸} – General applicability.

^{۳۹} – Rights and/ or Legitimate.

^{۴۰} – Unlawful.

^{۴۱} – Agents.

^{۴۲} – Unlawful omission.

^{۴۳} – Infringement.

^{۴۴} – Legal or Material administrative acts.

^{۴۵} – Authority responsible.

^{۴۶} – Supervising agents.

^{۴۷} – Extra- Judicial procedures.

^{۴۸} – Petition.

^{۴۹} – Restore.

^{۵۰} – Parliamentary control.

(از قبیل انواع مختلف سازمان‌های بازرسی^{۵۱} یا مقامات اداری مستقل) جبران شامل موارد زیر است:

الف) ابطال^{۵۲} یا اصلاح^{۵۳} یک اقدام اداری غیر قانونی یا دستور به انجام عملی که به صورت غیر قانونی انجام نشده است،
 ب) رأی به پرداخت خسارت،^{۵۴} یا
 پ) اعاده به وضعیت طبیعی (اولیه).^{۵۵}

۷— شیوه‌های غیر قضایی^{۵۶} و جبران‌های قضایی^{۵۷} برای حمایت از شهروندان و همچنین آیین‌های مربوط به آنها^{۵۸} در هر یک از نظام‌های حقوقی، در یک فرآیند تدریجی طولانی تحت تأثیر عوامل تاریخی، کارکردی و سنتی و با تلاش متخصصین ملی (دکترین) و رویه قضایی شکل گرفته‌اند.

۸— در طول قرن نوزدهم دو نظام اصلی حقوقی حاکم بر عمل اداری در اروپا برتری یافته‌اند. بر اساس نظامی که در فرانسه ایجاد شده، عمل اداری باید تحت حاکمیت هنجارهای خاص حقوق اداری به عنوان یکی از شاخه‌های حقوق عمومی قرار گیرد. در انگلستان تمایز میان حقوق اداری و حقوق خصوصی پذیرفته نشده است، در نتیجه عمل اداری تحت حاکمیت همان هنجارهایی است که بر شهروندان اعمال می‌گردد. بدین جهت، اصولاً بازنگری قضایی عمل اداری، در فرانسه به وسیله شورای دولتی^{۵۹} و در انگلستان به وسیله دادگاه‌های حقوق مدنی متعارف،^{۶۰} انجام می‌شود.

۹— در طول هفتاد سال گذشته، حضور و مداخله دولت بسیار افزایش یافته است و به همین دلیل تأثیر گذاری سازمان‌های عمومی بر زندگی اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی جوامع جدید بسیار گسترش یافته است. این پدیده، نیاز به حمایت بیشتر از شهروندان را از طریق تضمین احترام به حکومت قانون^{۶۱} و به ویژه رعایت اصل قانونی^{۶۲} بودن را موجب گردیده است.

جستجوی مشترک به منظور دستیابی به استانداردهای توسعه یافته برای حمایت از شهروندان، در یک همگرایی نسبی میان دو نظام حقوقی کلاسیک به نتیجه رسیده است. بر این اساس، از یک سو در فرانسه فعالیت‌های صنعتی و تجاری اشخاص حقوق عمومی به تدریج تحت حاکمیت حقوق خصوصی قرار گرفته و دعاوی مربوط به آنها در دادگاه‌های مدنی^{۶۳} رسیدگی می‌شوند. از سوی دیگر موجودیت حقوق اداری به وسیله حقوقدانان و دادگاه‌ها در انگلستان به رسمیت شناخته شده است و

^{۵۱} – Ombudsmen.

^{۵۲} – Annulment.

^{۵۳} – Modification.

^{۵۴} – Award of damages.

^{۵۵} – Restitution in natura.

^{۵۶} – Extra Judicial means.

^{۵۷} – Judicial remedies.

^{۵۸} – Corresponding procedure.

^{۵۹} – Conseil d'etat.

^{۶۰} – Regular Civil Law courts.

^{۶۱} – The rule of law.

^{۶۲} – Regulating.

^{۶۳} – Principle of legality.

این امر ابتدائاً نتیجه تصویب قوانین حاوی قواعد ویژه^{۶۴} برای تنظیم^{۶۵} اقدامات سازمان‌های اداری در حوزه‌های خاص (از قبیل رفاه اجتماعی و برنامه‌ریزی شهری) و معرفی آیین و تشریفات ویژه برای اعمال بازنگری قضایی نزد «دادگاه عالی»^{۶۶} در همه دعاوی حقوق عمومی، می‌باشد.

ب- مطالعه تطبیقی نظارت قضائی در اروپا

اول: نظام حمایت قضایی در اروپا

۱۰- در اغلب کشورهای عضو اتحادیه اروپا یک سیستم دو گانه^{۶۷} یا متکثر^{۶۸} قضایی ایجاد و تأسیس شده است. در اتریش، بلژیک، فنلاند، فرانسه، آلمان، یونان، پرتغال و سوئد به موجب قانون اساسی، یک نظام قضایی تقسیم شده منجر به ایجاد دادگاه‌های اداری به عنوان شاخه‌ای جداگانه، شده است.

در اغلب موارد، موجودیت و تشکیلات اصلی دادگاه‌های اداری نمی‌توانند به وسیله قوانین عادی تغییر پیدا کنند. در ایتالیا ساختار دو گانه قضایی صریحاً در قانون اساسی مقرر نشده است.

در فرانسه، یونان، سوئد و پرتغال این نظام کامل است، به این معنی که با وجود برخی استثنائات محدود، تمامی دعاوی اداری میان دولت یا دیگر اشخاص حقوق عمومی و شهروندان به وسیله مجموعه مجزایی از دادگاه‌های اداری استماع می‌شوند. در اسپانیا این دعاوی به وسیله شعب جداگانه در دادگاه‌ها مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.

در اتریش، فنلاند، آلمان و سوئد، دادگاه‌های اداری صلاحیت رسیدگی به همه دعاوی اداری را دارند بجز دعاوی مربوط به مسئولیت مدنی دولت که توسط دادگاه‌های عادی (حقوقی) استماع می‌شوند.

در بلژیک و ایتالیا، دادگاه‌های عادی به موضوعات اداری رسیدگی می‌کنند به استثناء ابطال^{۶۹} اعمال اداری که در صلاحیت دادگاه‌های اداری باقی مانده است.

در هلند و انگلیس یک نظام ترکیبی قضایی^{۷۰} وجود دارد. شعب تخصصی^{۷۱} یا قضات دادگاه‌های عادی به دعاوی اداری رسیدگی می‌کنند. در ایرلند، دعاوی اداری به وسیله دادگاه‌های عادی استماع می‌شوند ولی آیین دادرسی ویژه‌ای^{۷۲} برای این دعاوی وجود دارد. در دانمارک یک نظام قضایی کاملاً یک دست وجود دارد.

^{۶۴} – Civil courts.

^{۶۵} – Special rules.

^{۶۶} – Specific procedure.

^{۶۷} – High Court.

^{۶۸} – Dualistic.

^{۶۹} – Annulment.

^{۷۰} – Mixed system of Jurisdiction.

^{۷۱} – Specialised divisions.

^{۷۲} – Special procedural rules.

۱۱- در نظام‌های قضایی تقسیم شده،^{۷۳} بخش‌بندی مشابه و متناظری میان دعاوی قضایی وجود دارد که به صلاحیت قضایی دادگاه‌ها در هر شاخه مربوط می‌شود. این بخش‌بندی مبتنی بر تفکیک مفهوم دعاوی «حقوق اداری» و «حقوق خصوصی» است. بر اساس یکی از معیارهای اصلی مبنای این تفکیک، دعوی اداری زمانی به وجود می‌آید که اولاً عمل (حقوقی یا مادی) یا ترک فعلی که منجر به طرح دعوی شده به دولت یا دیگر اشخاص حقوقی عمومی نسبت داده می‌شود، و ثانیاً رابطه حقوقی یا موقعیتی که دعوی قضایی در چهارچوب آن به وجود آمده است، تحت حاکمیت حقوق اداری است. در نبود معیار دوم، دعوی مطروحه یک دعوی حقوق خصوصی محسوب می‌شود.

۱۲- در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، آنجایی که یک نظام کاملاً تقسیم شده قضایی وجود دارد، دادگاه‌های مدنی (عادی) حسب مورد، در صورتی صلاحیت بازنگری قضایی نسبت به قانونی بودن اعمال اداری را دارند که در حال استماع و رسیدگی به دعاوی حقوق خصوصی باشند که منبعث از اعمال اداری (اعم از موردی یا نوعی)^{۷۴} بوده است. دادگاه‌های کیفری نیز ممکن است صلاحیت بازنگری قضایی اعمال اداری را در مواردی داشته باشند که جرایم مورد رسیدگی به نقض اعمال اداری مربوط شوند.^{۷۵}

۱۳- در برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا که دارای نظام قضایی تقسیم شده هستند، ساز و کارهایی برای حل و فصل تعارضات صلاحیتی^{۷۶} میان دادگاه‌های هر یک از دو شاخه قضایی نیز وجود دارد. بنابراین یک دادگاه خاص تصمیم می‌گیرد که دادگاه مورد نظر اعم از دادگاه عادی یا دادگاه اداری، آیا صلاحیت قضایی برای رسیدگی به دعوی مطروحه در مواردی که دادگاه‌های هر دو شاخه، مدعی صلاحیت یا عدم صلاحیت نسبت به آنها پرونده هستند را دارد یا ندارد.^{۷۷} هدف از این ساز و کارها برای حل تعارض‌های صلاحیتی، اعمال صحیح قوانین شکلی (آیین‌های دادرسی) است بدین منظور که از قضاوت‌های متناقض^{۷۸} اجتناب شود.

۲-۱- ابزارهای فرا قضایی^{۷۹} برای حل و فصل اختلافات

^{۷۳} - Divided Jurisdiction system.

^{۷۴} - Individual or regulatory.

^{۷۵} - اما در فرانسه و اتریش، دادگاه‌های حقوقی و کیفری مکلف هستند که سؤال از قانونی بودن یک عمل اداری را به دادگاه صالح اداری ارجاع دهند.

^{۷۶} - Conflict.

^{۷۷} - این امر در فرانسه، اتریش، یونان و پرتغال مصداق دارد. در فرانسه نهاد تصمیم‌گیرنده «دیوان تعارضات» (Tribunal de conflits) است که متشکل از اعضای برابر از «شورای دولتی» (Conseil d'etat) و «دیوان عالی» (Cour de cassation) و به ریاست وزیر دادگستری است که در صورت برابر بودن آراء در رأی گیری شرکت می‌کند. در یونان این مسئولیت به یک دیوان عالی ویژه (Special supreme court) محول شده که متشکل از رؤسای دیوان‌های عالی، رئیس شورای دولتی، رئیس Areios pagos و رئیس دیوان محاسبات. چهار قاضی شورای دولتی، چهار قاضی Areios pagos و دو استاد حقوق هستند. ریاست این دیوان به عهده رئیس شورای دولتی یا رئیس Areios Pagos با توجه به ارشیدیت هر یک از آنها در شغل مربوط می‌باشد. در پرتغال تعارض‌ها به وسیله دیوان تعارضات (Court of conflicts) رسیدگی می‌شود که متشکل از سه قاضی دادگاه عالی اداری (Supreme Administraative court)، سه قاضی از دیوان عالی عدالت (که صلاحیت رسیدگی به دعاوی حقوقی و کیفری را دارد) هستند. ریاست این دیوان بر عهده دیوان عالی اداری است.

^{۷۸} - Contradictory Judgments.

^{۷۹} - Extra- Judicial.

در بسیاری از کشورهای عضو، امکان بهره‌مندی از ابزارهای فرا قضایی برای حل و فصل اختلافات میان اشخاص حقوقی عمومی و شهروندان وجود دارد.

قوه مقننه ابزارهای اداری کمکی^{۸۰} متعددی را تعبیه کرده است که هدف از آنها مرتفع کردن بی عدالتی‌های ناشی از اعمال اداری است. در نظام‌های حقوقی مختلف این ابزارهای کمکی ممکن است آکنده از انواع صلاحیت‌ها و اختیارات برای صدور دستور و انجام اقدامات قابل انتقاد یا مملو از سازمان‌های خاص اعم از انفرادی یا مجموعه‌ای از سازمان‌ها و نهادهایی برای همین منظور باشند. سازمان‌های اداری مزبور متشکل از کارمندان دولتی و دیگر اشخاص حقوق عمومی هستند که این اعمال به آنها نسبت داده می‌شود و تا حدودی متشکل از اشخاص ثالثی از قبیل قضات که معمولاً ریاست این سازمان‌ها را بر عهده دارند و همچنین نمایندگان مستقیم یا غیر مستقیم شهروندان هستند.

وقتی که شهروندان به این سازمان‌ها متوسل می‌شوند، مقام مسئول قانونی بودن^{۸۱} عمل اداری و در صورتی که قانون اجازه داده باشد، درستی^{۸۲} عمل و تصمیم اداری را مورد بررسی قرار می‌دهد. این بررسی شامل ارزیابی واقعیت‌ها^{۸۳} و تحلیل مصالح و اقتضائات^{۸۴} عمل اداری نیز می‌گردد. در این زمینه، این سازمان‌ها ممکن است شامل تعداد زیادی دادگاه‌های اختصاصی اداری^{۸۵} یا نهادهای مشابه باشند که در اصل برای تصمیم‌گیری در رابطه با پرونده‌ها و دعاوی مختلف در حوزه‌های متنوع فعالیت‌های دولت ایجاد شده‌اند. علیرغم اینکه ماهیت آنها اداری است، ولی در عین حال غالب تشریفات و آیین‌های قضایی را رعایت می‌کنند و در عمل کاملاً موفق بوده‌اند.^{۸۶}

۱۵— در همه کشورهای عضو به استثناء آلمان، «آمبودزمان ملی»^{۸۷} ایجاد شده است که اختیارات گسترده و متنوعی برای بازرسی اعمال اداری و موارد کوتاهی از اقدام را بر عهده دارد. برخی از دولت‌های عضو، نهادهای ناظر بیشتری را برای نظارت بر حوزه‌های خاص فعالیت‌های دولت ایجاد و تجهیز کرده‌اند.^{۸۸} بازرسی توسط آمبودزمان در اصل نباید منجر به تغییر و اصلاح اعمال اداری شود اما می‌تواند منجر به توصیه‌هایی به مقام صالح اداری برای مرتفع نمودن آسیب‌هایی که به شاکی وارد شده یا به طور کلی به منظور بهبود شیوه اداره کردن یک سازمان عمومی یا در موارد استثناء منجر به ایراد اتهام کیفری علیه مجرمین شود.^{۸۹} همچنین آمبودزمان باید گزارش‌هایی را به دولت یا پارلمان در مورد سوء مدیریت‌ها ارائه دهد که حاوی پیشنهادهایی برای برخورد با آسیب‌ها و معضلات اداری باشد.

^{۸۰} – Administrative recourses.

^{۸۱} – Legality.

^{۸۲} – Merits.

^{۸۳} – Facts.

^{۸۴} – Expediency.

^{۸۵} – Tribunals.

^{۸۶}– تعداد زیادی از این دادگاه‌های اختصاصی اداری را می‌توان در انگلیس و ایرلند مشاهده نمود. این نهادها در سوئد، دانمارک و دیگر کشورها نیز وجود دارند.

^{۸۷} – National Ombudsman.

^{۸۸}– این نهادهای ناظر در انگلیس (مثلاً آمبودزمان مقامات محلی)، در اسپانیا (مثلاً آمبودزمان منطقه‌ای)، و در سوئد (مثلاً آمبودزمان تبعیض) وجود دارند.

^{۸۹}– در سوئد، آمبودزمان پارلمانی دارای اختیار تغییر و اصلاح رأی دادگاه‌های کیفری علیه کارمندان دولت به علت سوء رفتار فرضی است.

اثر بخشی فعالیت‌های آمبودزمان به میزان زیادی بستگی دارد به حساسیت سازمان‌های دولتی و دیگر اشخاص حقوق عمومی نسبت به انتقادهایی که در گزارش‌های آمبودزمان (که بعضاً در رسانه‌ها و نشریات چاپ می‌شوند) بیان شده‌اند، زیرا آمبودزمان معمولاً به خودی خود منابعی برای اجراء توصیه‌هایش ندارد. معمولاً گفته می‌شود که تأسیس آمبودزمان موفق بوده است و از طرح بسیاری از دعاوی نزد دادگاه‌ها جلوگیری می‌کند.

۱۶— در رابطه با این که در نظم حقوقی داخلی تا چه میزان داوری‌های اختیاری^{۹۰} می‌توانند از حقوق شهروندان حمایت کنند، اتفاق نظر وجود ندارد. در برخی از کشورهای عضو، دیوان‌های داوری، دادگاه قانونی^{۹۱} محسوب نمی‌شوند، زیرا به هیچ یک از شاخه‌های قوه قضاییه وابسته نیستند.^{۹۲} در دیگر کشورها، داوری حتی برای قضاوت درباره دعاوی اداری، امکان پذیر است.^{۹۳}

دوم: حق دسترسی به محاکم

۱- مبانی قانون اساسی

در برخی از کشورهای عضو حق دسترسی به عدالت صریحاً در قانون اساسی آنها شناسایی شده است.^{۹۴} حتی اگر اینچنین نباشد، حق دسترسی به عدالت عامل بنیادین حکومت قانون و نظام دموکراتیک است و بنابراین مستقلاً قابل درک بوده و به هر روی به وسیله دادگاه‌های داخلی به رسمیت شناخته شده و تضمین می‌شود. هر گونه ممانعت یا محدود کردن این حق در تضاد با ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

۲- شرایط قابلیت پذیرش دعوی^{۹۵}

در اغلب کشورهای عضو، جامعیت ابزارهای اداری داخلی مقرر و ایجاد شده به وسیله قانون، شرط قابل پذیرش بودن جبران‌های اداری است. هدف از تعیین شرایط موصوف این است که اداره، امکان بررسی مجدد دعوی و جلوگیری از ورود آسیب به شهروندان را داشته باشد. در همین راستا، رضایت شهروند، به وضوح با سرعت بیشتر و بدون هزینه تأمین می‌گردد و بدین ترتیب از حجم کار دادگاه‌ها کاسته می‌شود.

^{۹۰} – Voluntary arbitration.

^{۹۱} – Court of law.

^{۹۲} – از جمله در آلمان.

^{۹۳} – در یونان، بر اساس رویه قضایی حاکم در دیوان عالی ویژه (Supreme Special court) و شورای دولتی، در جریان داوری، دلایل و زمینه‌های متعددی باید مورد بازنگری قضایی قرار گیرند که شامل قانونی بودن و درستی اعمال اداری، قانونی بودن اعمال نوعی (مقررات گذاری) و انطباق اعمال تقنینی با قانون اساسی می‌گردند. اما داوری نمی‌تواند منجر به ابطال اعمال اداری گردد زیرا این اختیار در انحصار دادگاه‌های اداری است. دادگاه‌های اداری ملزم به تبعیت از آراء مربوط به خسارت، صادره از دیوان‌های داوری هستند اما آنها در نهایت می‌توانند در رابطه با نواقص احتمالی و بی اعتباری این آراء، قضاوت کنند.

^{۹۴} – از جمله در اتریش، آلمان، اسپانیا، پرتغال و یونان.

^{۹۵} – Admissibility.

۱۹— در برخی از کشورها، آیین مقدماتی^{۹۶} برای پذیرش استماع دعوی و آغاز رسیدگی وجود دارد.^{۹۷} امکان رد دعوی بدون استماع نیز وجود دارد به ویژه در مواردی که شرایط پذیرش دعوی بر حسب مورد تأمین نشده باشد یا امکان جبران به وضوح یافت نشود. در هر حال، در چنین مواردی، بر اساس حق بنیادین دسترسی به عدالت، خواهان امکان تقاضای تجدید نظر^{۹۸} نسبت به تصمیمی که مانع از استماع و رسیدگی به دعوی شده را دارد. آیین حمایتی^{۹۹} مشابهی در برخی از کشورهای عضو برای پالایش و جلوگیری از تجدید نظر خواهی از یک تصمیم اداری وجود دارد.

۲۰— در همه دعاوی، قانون‌گذار داخلی، شرایط عمومی و اختصاصی را در رابطه با قابل پذیرش بودن تقاضای استفاده از حمایت‌های اداری به منظور جبران خسارت‌ها و صدمات وارده از اقدامات اداری یا قصور سازمان‌های اداری به شهروندان پیش‌بینی شده است.

۲۱— شرایط عمومی قابل پذیرش بودن دعوی، عبارت از اهلیت طرح دعوی در دادگاه توسط افرادی است که مطابق قانون اهلیت استیفاء حق و مکلف شناخته شدن در رابطه با تعهدات و وظایف محوله را دارند. کودکان و محجورین یعنی آنهایی که اهلیت قبول تعهد را ندارند می‌توانند از طریق نمایندگان قانونی خود (اولیاء یا قیم) طرح دعوی کنند. اشخاص حقوقی تأسیس شده به موجب قانون نیز می‌توانند از طریق نمایندگان قانونی خود اقدام کنند. در برخی از دعاوی حتی گروه‌هایی که شخصیت حقوقی ندارند نیز می‌توانند طرح دعوی کنند تا بدین وسیله منافع موجه آنها تضمین شود.

۲۲— تمامی نظام‌های حقوقی، محدودیت‌هایی را در دسترسی و مراجعه به دادگاه‌ها با الزام به «داشتن سمت»^{۱۰۰} مقرر داشته‌اند. مفهوم «شکایت عمومی»^{۱۰۱} علیرغم این که نقش مهمی در حوزه‌های خاص فعالیت‌های دولت^{۱۰۲} بازی می‌کند و در برخی از نظام‌های حقوقی کاربرد بیشتری دارد،^{۱۰۳} اما به نحو گسترده‌ای میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا پذیرفته نشده است. بنابراین اشخاص حقیقی و حقوقی که در صدد کسب حمایت قضایی هستند باید دارای منفعت و سمت^{۱۰۴} باشند، داشتن سمت و ذینفع بودن مستلزم آن است که به حقوق و منافع موجه و قانونی خواهان به واسطه یک فعل یا ترک فعل اداری آسیبی رسیده باشد.^{۱۰۵} اشخاص حقوقی نیز مطابق با اساسنامه خود دارای سمت و منفعت می‌باشند.^{۱۰۶}

^{۹۶} – Preliminary procedure.

^{۹۷} – این آیین در ایرلند و انگلستان وجود دارد.

^{۹۸} – Appeal.

^{۹۹} – Screening procedure.

^{۱۰۰} – Locus Standi [A place to stand].

^{۱۰۱} – Actio popularis.

^{۱۰۲} – مثلاً در اسپانیا در حوزه حقوق شهرسازی (Planning Law).

^{۱۰۳} – به عنوان نمونه در پرتغال.

^{۱۰۴} – Standing.

^{۱۰۵} – بر اساس سنت‌های ملی، اتریش و آلمان تمایل به تفسیری مضیق‌تر دارند، در حالی که در فرانسه، ایرلند و انگلیس، داشتن سمت و منفعت در بسیاری از دعاوی پذیرفته شده است.

^{۱۰۶} – در دانمارک، فنلاند، فرانسه، یونان، هلند، پرتغال و اسپانیا این موضوع مصداق دارد.

۲۳- عموماً،^{۱۰۷} اسناد قانونی لازم برای آغاز یک دادرسی قضایی یا دیگر رسیدگی‌ها باید به وسیله یک وکیل معتبر امضاء شود. اما در برخی از موارد، قانون‌گذار مقرر داشته است که خواهان خودش یا دیگر اشخاصی که از جانب وی طرح دعوی کرده‌اند (معمولاً اقوام بسیار نزدیک آنها) می‌توانند اسناد اولیه برای آغاز دادرسی را امضاء نمایند.

۲۴- خواهان‌ها^{۱۰۸} یا مدعیان^{۱۰۹} مکلف به پرداخت هزینه عوارض ابطال تمبر یا دیگر عوارض (عوارض ثبت، هزینه دادرسی و غیره) می‌باشند اما معمولاً استثنائاتی وجود دارد که مبتنی بر مقررات «معاضدت قضایی» یا امتیازات قانونی خاص می‌باشند.^{۱۱۰}

۲۵- به خاطر منفعت ناشی از امنیت حقوقی^{۱۱۱} و کارآمدی اداری، همه نظام‌های حقوقی ملی، محدوده‌های زمانی را مقرر داشته‌اند که طرح دعوی برای ابطال یک عمل و ترک فعل اداری باید در آن محدوده زمانی انجام شود که از سه هفته تا ۶ ماه می‌باشد.^{۱۱۲}

در برخی از زمینه‌ها یا موقعیت‌ها، قواعد عمومی می‌توانند اصلاح شوند. محدوده زمانی برای طرح دعوی و تقاضای جبران، معمولاً می‌تواند به دلیل «قوه قاهره»^{۱۱۳} تمدید شود که تصمیم در مورد آن بر عهده دادگاه است. به علاوه در برخی از کشورهای عضو محدوده زمانی ممکن است برای یک زمان مشخص به علت تقاضای رسیدگی فرا قضایی (اداری) متوقف شود.^{۱۱۴}

سوم: حمایت‌ها (جبران‌ها)^{۱۱۵}

دعاوی اداری می‌توانند بر اساس حوزه بازنگری قضایی که دادگاه صالح، اختیار اعمال آن را دارد، تقسیم‌بندی شود: الف) دعاوی که فقط قانونی بودن اعمال اداری یا ترک فعل اداری که به منافع قانونی و موجه شهروندان آسیب رسانده را مورد ارزیابی قرار می‌دهند.

ب) دعاوی که هم قانونی بودن و هم درستی یک عمل اداری (حقوقی یا مادی) که حقوق شهروندان را نقض کرده است، مورد ارزیابی قرار می‌دهند که شامل رسیدگی به واقعیت‌هایی که به وسیله مقام اداری صالح ارزیابی شده‌اند نیز می‌گردد.

^{۱۰۷}- به استثناء دانمارک.

^{۱۰۸} - Petitioners.

^{۱۰۹} - Claimants.

^{۱۱۰}- از قبیل ایتالیا، پرتغال و یونان اما نه در سوئد.

^{۱۱۱} - Safety of law.

^{۱۱۲} - محدوده‌های زمانی متعارف عبارتند از: سه هفته در سوئد، سی روز در فنلاند، یک ماه در آلمان، شش هفته در اتریش و هلند، شصت روز در بلژیک، یونان و ایتالیا، دو ماه در فرانسه، پرتغال و اسپانیا، سه ماه در انگلستان و شش ماه در ایرلند.

^{۱۱۳} - Force Majeure.

^{۱۱۴} - مثلاً در اتریش، بلژیک، فنلاند و فرانسه. در آلمان در صورت فقدان اطلاعات یا وجود اطلاعات غلط، محدوده زمانی یک سال خواهد بود.

^{۱۱۵} - Types Of Remedies.

۲۷- در کشورهای عضو که دارای نظام قضایی تقسیم شده هستند،^{۱۱۶} جبران‌های در دسترس شهروندان انواع متعددی دارند. تقسیم‌بندی آنها بر اساس ماهیت دعوی اداری، خواسته پس از جبران،^{۱۱۷} و اختیارات دادگاه امکان پذیر است. انواع جبران‌های زیر قابل شناسایی است:

الف) در همه کشورهای عضو، تقاضا (دادخواست)^{۱۱۸} برای ابطال^{۱۱۹} یک عمل اداری خاص به دلیل غیر قانونی بودن. در برخی از کشورهای عضو، تقاضا برای ابطال می‌تواند بابت یک ترک فعل و برای انجام عمل اداری خاصی تسلیم شود. اگر این تقاضا از سوی دادگاه پذیرفت و تأیید شود، دادگاه صراحتاً عمل یا ترک فعل مورد اعتراض را باطل اعلام می‌کند.

ب) در برخی از کشورهای عضو، تقاضا برای ابطال اعمال نوعی (مقررات‌گذاری) اداری.^{۱۲۰}

پ) در برخی از کشورهای عضو، تقاضا برای ابطال عمل اداری خاص یا ترک فعل، به منظور صدور رأی به انجام آن عمل، همانند عملی که به بازنگری قانونی بودن و درستی عمل مورد نظر خاتمه می‌یابد. اگر صدور رأی جبرانی، تأیید شود، دادگاه صالح می‌تواند عمل اداری مورد اعتراض یا ترک فعل مشابه آن را باطل یا اصلاح کند.^{۱۲۱}

ت) در همه کشورهای عضو، تقاضا (یا طرح دعوی) برای مطالبه خسارت یا دعوی ناشی از عمل اداری یا مادی غیر قانونی یا نقض یک تعهد قراردادی، از طریق تقاضا برای بازنگری غیر قانونی بودن یا درست نبودن آن به این دلیل که مقام اداری به صورت غیر قانونی تقاضای انجام یک کار را رد کرده یا از انجام آن کوتاهی ورزیده است.

ث) در تعداد کمی از کشورهای عضو، شکایت برای ممانعت و جلوگیری^{۱۲۲} از یک اقدام اداری^{۱۲۳} [شاید: طرح

دعوی اداری] Ad. Action

^{۱۱۶} - دادگاه‌های صالح برای رسیدگی به دعاوی اداری در این کشورها در اصل عبارتند از:

الف) اتریش: دادگاه قانون اساسی، دیوان اداری عالی، دفاتر اداری و مجموعه مقامات قضایی.

ب) بلژیک: شورای دولتی، تعدادی دادگاه اختصاصی و دادگاه‌های حقوقی و دیوان‌های اداری صالح به دادرسی قضایی نسبت به حقوق عینی.

پ) فنلاند: دیوان اداری عالی، دادگاه‌های استیناف، دادگاه‌های اداری استان.

ث) آلمان: شورای عالی فدرال، دادگاه‌های عالی و دادگاه‌های در سه شاخه تخصصی (اداری، اجتماعی، مالی).

ج) یونان: شورای دولتی، دادگاه‌های اداری استیناف، دادگاه‌های اداری نخستین.

چ) ایتالیا: شورای دولتی (بخش قضایی)، دادگاه اداری عالی سیسیل، دادگاه‌های اداری منطقه‌ای و تعدادی دادگاه اختصاصی اداری.

ح) پرتغال: دیوان اداری عالی، دیوان مرکزی اداری و دادگاه‌های اداری.

خ) اسپانیا: دیوان عالی، حسابرسی ملی، Juzgados centrales de lo contencioso- Administrativo و دادگاه‌های عالی اداری عادی (The new Juzgados de lo contencioso – Administrativo).

د) سوئد: دیوان اداری عالی، دادگاه‌های اداری استیناف و دادگاه‌های (اداری).

^{۱۱۷} - Sought- After redress.

^{۱۱۸} - Application.

^{۱۱۹} - Annulment.

^{۱۲۰} - که در بلژیک، فرانسه، پرتغال و اسپانیا و در موارد مشخص در اتریش و آلمان وجود دارد.

^{۱۲۱} - این اختیار دادگاه در دانمارک، فنلاند، آلمان، ایرلند، هلند، اسپانیا، سوئد و انگلستان به رسمیت شناخته شده است. در بلژیک و فرانسه (Astreinte) و در ایتالیا (Giudizio di ottemperanza) می‌تواند همان تأثیر را داشته باشد. در اتریش و یونان این اختیار در دادگاه‌های اداری عادی به علت تضاد آن با اصل تفکیک قوا پذیرفته نشده است.

^{۱۲۲} - Prohibition.

^{۱۲۳} - Administrative action.

^{۱۲۴} - در ایرلند، انگلستان و در آلمان فقط در برخی از موارد استثنایی.

ج) در برخی از کشورهای عضو، تقاضا برای اعلام باطل بودن^{۱۲۵} (بطلان و بی اعتباری) یک عمل اداری یا یک قرارداد^{۱۲۶}.

دعاوی حقوق خصوصی مربوط به دولت و دیگر اشخاص حقوقی عمومی در دادگاه‌های حقوقی (عادی) و با طرح دعوی ابطال یک قرارداد حقوق خصوصی یا تأثیر باطل بودن آن یا رأی به پرداخت غرامت^{۱۲۷} به دلیل نقض یک تعهد قراردادی یا رأی به پرداخت خسارت^{۱۲۸} بابت مسئولیت غیر قراردادی^{۱۲۹} شخص حقوقی عمومی درگیر در دعوی.

چهارم: دلایل مبنا بازنگری^{۱۳۰}

۲۸- معمولاً مبانی و اسباب زیر در بازنگری قضایی به رسمیت شناخته شده‌اند:

۱- اسبابی که مربوط به قانونی بودن بیرونی^{۱۳۱} یک عمل اداری است (خروج از حدود صلاحیت شکلی):^{۱۳۲}

الف) عدم صلاحیت یک مقام اداری برای انجام عمل اداری مورد شکایت، به این مفهوم که مقام اداری مورد نظر اختیار و صلاحیت لازم را برای انجام آن ندارد یا این که مقام اداری دیگری صلاحیت انجام آن عمل را داشته است.

ب) نقض یک هنجار شکلی مهم و اساسی^{۱۳۳} از قبیل حق شهروند به استماع شکایت او، فقدان بی طرفی،^{۱۳۴} جانبداری،^{۱۳۵} تکلیف به دریافت نظریه از یک نهاد مشورتی و تعهد به ارایه دلایل و مستندات یک تصمیم در مواردی که به موجب قانون این امر الزامی باشد. در برخی از کشورها، از جمله در فنلاند و آلمان، نقض یک قاعده شکلی، در صورتی که تأثیری در تصمیم‌گیری نهایی نداشته است، مورد توجه دادگاه قرار نمی‌گیرد.

۲- اسبابی که مربوط به قانونی بودن درونی^{۱۳۶} یک عمل اداری است (خروج از حدود صلاحیت ماهوی):^{۱۳۷}

الف) نقض یک هنجار ماهوی قانونی یعنی اشتباه حکمی،^{۱۳۸} زیرا قاعده حقوقی که اعمال شده ارتباطی به موضوع نداشته است، یا این که اشتباه تفسیر شده است، یا این که امکان اعمال آن قاعده به علت تعارض با یک قاعده برتر^{۱۳۹} وجود نداشته

^{۱۲۵} - Nullity.

^{۱۲۶} - این امر عموماً در آلمان، ایرلند، اسپانیا و انگلستان پذیرفته شده است.

^{۱۲۷} - Compensation.

^{۱۲۸} - Award of damages.

^{۱۲۹} - Extra- contractual liability.

^{۱۳۰} - Grounds of Review.

^{۱۳۱} - External Legality.

^{۱۳۲} - Procedural Ultra vires.

^{۱۳۳} - Substantial procedural norm.

^{۱۳۴} - Impracticality.

^{۱۳۵} - Bias.

^{۱۳۶} - Internal Legality.

^{۱۳۷} - Substantive ultra vires.

^{۱۳۸} - Error in law.

^{۱۳۹} - Superior norm.

است، یا استدلال و قیاسی^{۱۴۰} که مورد استفاده قرار گرفته صحیح نبوده است، غیر معقول و غیر متعارف بودن^{۱۴۱} نقض اصل تناسب^{۱۴۲} و اصل انتظارات موجه،^{۱۴۳} نقض قاعده اعتبار امر مختومه،^{۱۴۴} استنباط غیر قانونی،^{۱۴۵} سوء استفاده یا عدم استفاده از صلاحیت تخییری،^{۱۴۶} تجاوز^{۱۴۷} از محدوده‌های تفویض اختیار^{۱۴۸} در مقررات گذاری.^{۱۴۹}

ب) سوء استفاده از صلاحیت^{۱۵۰} به این مفهوم که انجام یک عمل اداری موردی، قانونی بوده است اما حدود^{۱۵۱} استفاده از صلاحیت تخییری قابل پذیرش نیست یا از این صلاحیت برای هدفی متفاوت از هدفی که قانون واگذار کننده صلاحیت^{۱۵۲} در نظر داشته، استفاده شده است.

۳- اسبابی که به درستی^{۱۵۳} تصمیم مربوط می‌شوند (ارزیابی واقعیت‌ها):^{۱۵۴} در مورد اعمال اداری موردی، واقعیت‌ها به عنوان بخشی از استدلال دادگاه برای توجیه انجام آن عمل مورد بازنگری قرار می‌گیرند (فرض حداقلی)^{۱۵۵} حتی وقتی که یک عمل اداری مربوط به اجرای یک قرارداد می‌شود (از قبیل اخذ جریمه‌ها یا خاتمه دادن به قرارداد و غیره). مع الوصف، محدوده بازنگری ممکن است محدود باشد به محتوای پرونده،^{۱۵۶} به نحوی که معمولاً در اتریش وجود دارد، یا حداقل در مواردی که واقعیت‌ها، قبلاً به وسیله مقامات مستقل یک نهاد غیر قضایی از قبیل دادگاه‌های اختصاصی اداری^{۱۵۷} در انگلیس، مورد ارزیابی قرار گرفته باشند.

۲۹- صرف نظر از برخی استثنائات،^{۱۵۸} دادگاه‌ها، نظام تفتیشی^{۱۵۹} را در جریان دادرسی پرونده‌های اداری اعمال می‌کنند. بنابراین دادگاه می‌تواند برخی از اسباب بازنگری را مورد توجه قرار دهد (از قبیل عدم صلاحیت، عدالت طبیعی،^{۱۶۰} مطابقت

^{۱۴۰} - Syllogism.

^{۱۴۱} - Unreasonableness.

^{۱۴۲} - Proportionality.

^{۱۴۳} - Legitimate expectations.

^{۱۴۴} - Res Judicata.

^{۱۴۵} - Unlawful reasoning.

^{۱۴۶} - Discretionary power.

^{۱۴۷} - Trespass.

^{۱۴۸} - Delegation.

^{۱۴۹} - Regulatory.

^{۱۵۰} - Abuse of power.

^{۱۵۱} - Margin.

^{۱۵۲} - Enabling statute.

^{۱۵۳} - Merit.

^{۱۵۴} - Evaluation of facts.

^{۱۵۵} - Minor premise.

^{۱۵۶} - Content of file.

^{۱۵۷} - Tribunals.

^{۱۵۸} - در انگلیس، ایرلند، اتریش، دانمارک و سوئد.

^{۱۵۹} - Inquisitorial System.

^{۱۶۰} - Natural Justice.

با قانون اساسی،^{۱۶۱} مطابقت با قوانین اتحادیه اروپا یا دیگر هنجارهایی که ارزش مربوط به خود را دارد).^{۱۶۲} دادگاه همچنین می‌تواند از تدابیر و ابزارهایی که ماهیت تحقیقی^{۱۶۳} دارند استفاده کند از قبیل الزام به افشاء مدارک و عرضه اسناد،^{۱۶۴} بازرسی^{۱۶۵} مکان‌ها، اخذ نظر کارشناسی و غیره. این تدابیر تا حد زیادی در نظام‌های حقوقی به کار می‌روند که به الگوی رسیدگی تراضی^{۱۶۶} وفادار مانده‌اند و در نتیجه به ماهیت متمایز دادرسی اداری اذعان دارند. در هر حال، رأی دادگاه مبتنی بر خواسته مطرح شده از سوی خواهان است.

پنجم: قرار موقت^{۱۶۷}

۳۰— مسئله تأثیر حقوقی اعمال اداری تا حد زیادی یک موضوع مربوط به توازن نهادی^{۱۶۸} است. بنابراین هر نظام حقوقی، به قراری که گفته می‌شود، باید حقوق و منافع آسیب دیده افراد و اشخاص حقوقی را در تقابل با عملکرد مطلوب و استمرار فعالیت در سازمان‌های عمومی، مورد مقایسه و ارزیابی قرار دهد. در چنین بستری، با این که برخی از کشورها هر از گاهی به اصل تعلیق اتوماتیک^{۱۶۹} عمل مورد اعتراض پایبند هستند، اما به نظر می‌رسد که اکثریت نظام‌های حقوقی اروپایی طرفدار تأثیر غیر تعلیقی^{۱۷۰} هستند.

بر این اساس، در اغلب کشورهای عضو اتحادیه، اعمال اداری پس از ابلاغ یا انتشار مناسب با بهره‌مندی از پیش فرض قانونی بودن، کماکان قابل اجرا خواهند بود و در صورت مواجهه با یک شکایت قضایی یا در محدوده زمانی مقرر شده برای طرح شکایت، تعلیق نمی‌شوند، مگر در صورتی که مقررات قانونی چیز دیگری را مقرر داشته باشند از قبیل قوانین خاصی که مربوط به برنامه‌ریزی شهری یا کارهای عمومی^{۱۷۱} و غیره می‌باشند.^{۱۷۲} اما مجموعه‌ای از اعمال اداری هستند که قرار تعلیق در مورد آنها توسط اغلب دادگاه‌های ملی نمی‌تواند صادر شود، از قبیل اعمال اداری که محتوای آنها در اصل سلبی^{۱۷۳} است، ترک فعل‌ها یا اعمالی که قبلاً اجراء شده‌اند.^{۱۷۴} معمولاً به نظر می‌رسد اغلب نظام‌ها در این زمینه با احتیاط برخورد می‌کنند تا از گسترش گونه‌های مختلف اعمال اداری که منجر به اثر تعلیقی^{۱۷۵} اتوماتیک می‌گردند، اجتناب نمایند. به عنوان یک روش

^{۱۶۱} – Constitutionality.

^{۱۶۲} – Proprio Motu.

^{۱۶۳} – Investigatory.

^{۱۶۴} – Discovery of documents.

^{۱۶۵} – Inspections.

^{۱۶۶} – Adversarial.

^{۱۶۷} – Interim relief.

^{۱۶۸} – Institutional balance.

^{۱۶۹} – Automatic suspension.

^{۱۷۰} – Non- Suspensory effect.

^{۱۷۱} – Public works.

^{۱۷۲} – در فرانسه اینچنین است.

^{۱۷۳} – Genuine negative content.

^{۱۷۴} – در فرانسه، فنلاند، ایتالیا و یونان این گونه است.

^{۱۷۵} – Automatic suspensory effect.

جایگزین برای توقف اجراء، می‌توان به مقرراتی اشاره کرد که به موجب آن آثار حقوقی یک عمل اداری که پس از یک دوره زمانی مشخص ایجاد شده، پایان یافته به نحوی که دیگر مشمول توقف اجراء نمی‌گردد.^{۱۷۶} صرف نظر از برخی از اعمال اداری خاصی که در صورت اعتراض به آنها در دادگاه اداری دارای تأثیر تعلیقی اتوماتیک هستند، ضمانت‌های مشخصی در برخی از کشورها پیش‌بینی شده‌اند که می‌توان از آنها علیه تعلیق اتوماتیک اعمال اداری مورد شکایت در دادگاه استفاده نمود.^{۱۷۷}

۳۱- در اصل، شرایط پذیرش تقاضای قرار موقت به آن دعوی مربوط می‌شوند که با هدف ابطال یک عمل اداری مطرح شده‌اند و بنابراین پذیرفتن مورد اخیر (ابطال) به منزله پذیرش مورد پیشین (قرار موقت) هم هست. تقاضا برای دستور موقت باید معمولاً در محدوده زمانی تسلیم شود که دادخواست اصلی ابطال مطرح می‌گردد و در همان زمان یا بعد از تسلیم دادخواست اصلی^{۱۷۸} ارایه گردد. با این همه دیگر نظام‌های حقوقی، مقرر داشته‌اند که تقاضای قرار موقت، حداکثر تا وقتی که دادخواست اصلی تسلیم شود، کنار گذاشته می‌شود.^{۱۷۹}

۳۲- با توجه به ماهیت اضطراری و فوریت^{۱۸۰} تقاضای قرار موقت، نظام‌های حقوقی داخلی تمایل به تسهیل و ساده سازی فرآیند دادرسی یا تحمیل محدوده‌های زمانی مشخص دارند تا بدین ترتیب دادگاه را ترغیب نمایند تا در حداقل زمان ممکن تصمیم‌گیری نماید.^{۱۸۱} برای سرعت بخشیدن به دادرسی، فرآیند «پیش توقیف»^{۱۸۲} برای اجرا رأی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۱۸۳}

تقاضای صدور قرار موقت، یا توسط دادگاهی که دادرسی اصلی در آن جریان دارد یا به وسیله رئیس دادگاه^{۱۸۴} یا به وسیله هیأت دایمی مستقر در دادگاه^{۱۸۵} بررسی شود. برخی از نظام‌های حقوقی سعی می‌کنند با تقاضاهای صدور قرار موقت به شیوه‌ای متفاوت برخورد کند، بسته به میزان فوریتی که خواهان به آن استناد کرده،^{۱۸۶} یا با توجه به ماهیت و ویژگی عمل مورد اعتراض.^{۱۸۷} در این موارد آیین رسیدگی متقابلاً انحصاری است. مقرراتی برای تجدید نظر خواهی^{۱۸۸} از تصمیم به

^{۱۷۶} - در سوئد این گونه است.

^{۱۷۷} - در یونان، فلاند و اتریش، ضمانت‌های اداری ماهوی (Substantive administrative remedies) منجر به تجدید نظر در تشخیص دادگاه می‌گردند که در اصل به عنوان یک تأثیر تعلیقی خود به خودی (Self-acting suspensory effect) اجرا می‌شود.

^{۱۷۸} - در هلند، دانمارک، یونان و غیره.

^{۱۷۹} - در بلژیک این چنین است.

^{۱۸۰} - Urgent Nature.

^{۱۸۱} - در فرانسه این گونه است، یعنی تصمیم‌گیری در مورد استفاده از قرارهای موقت بدون توافق با مأمور دولتی (Commissaire du gouvernement) است ولی شرایط حداقلی «آیین اعتراض» (Procédure contradictoire) باید رعایت شود. در انگلیس و پرتغال محدوده‌های زمانی شکلی مشخصی وجود دارد.

^{۱۸۲} - Pre-stay.

^{۱۸۳} - در فرانسه، برخی از انواع «پیش تعلیق» (pre-sursis) در دادگاه‌های اداری نخستین در نظر گرفته شده است، یعنی توقیف فوری همراه با پیش‌بینی یک توقیف مناسب و حداکثر برای مدت ۳ ماه که در موارد «مخاطرات عادی» محدودتر از «موقعیت‌های منطقاً برگشت ناپذیر» است و در یونان نیز یک حوزه یا رئیس شورای دولتی می‌تواند قرار توقیف فوری در موارد فوریت‌های استثنائی صادر کند.

^{۱۸۴} - در فرانسه و در انگلستان و دست آخر در آلمان این چنین است.

^{۱۸۵} - در یونان همراه با رعایت آیین مربوط نزد شورای دولتی.

^{۱۸۶} - در بلژیک برای مثال دو آیین متمایز برای موقعیت‌های اضطراری (Urgency) و نیاز فوری (Immediate) وجود دارد.

^{۱۸۷} - در آلمان، نظم حقوقی، مرکب از دو طریقه متفاوت برای صدور قرار موقت است، در مورد دعوی نقض حقوق بشر و در مورد سایر دعاوی.

^{۱۸۸} - Appeal.

صدور قرار موقت در برخی کشورهای عضو وجود دارد،^{۱۸۹} در حالی که در سایر کشورها، رأی قضایی صادره قطعی بوده و غیر قابل تجدید نظر خواهی است.^{۱۹۰}

۳۳— نظام‌های حقوقی ملی، از نظر رهنمود ارایه شده توسط قانون‌گذار در رابطه با قرار موقت، قابل تفکیک هستند. در برخی از آنها فهرست روشنی در قوانین موضوعه از قرارهای موقتی که سازمان قضایی می‌تواند دستور آنها را صادر کند وجود دارند،^{۱۹۱} در حالی که در دیگر کشورها، چنین فهرستی وجود ندارد و قاضی می‌تواند هر قراری را که مناسب تشخیص می‌دهد، صادر کند.^{۱۹۲} از میان قرارهایی که جزء حمایت‌های موقتی محسوب می‌شوند، قرارهای زیر متداول‌تر هستند:

الف) توقف اجراء.^{۱۹۳}

ب) الزام به افشاء و تسلیم اسناد و ادله^{۱۹۴} یا صدور گواهی.^{۱۹۵}

پ) تأمین دلیل^{۱۹۶} پیش از شروع دادرسی، و

ت) حفاظت از دلایلی که در معرض خطر هستند.

اختیار کلی دادگاه‌ها برای صدور قرار موقتی که متضمن دستور به اداره برای انجام دادن یک کار است، در برخی از کشورها پذیرفته شده است،^{۱۹۷} در حالی که در دیگر کشورها، این امکان فقط تا جایی که به حقوق مدنی و سیاسی مربوط می‌شود قابل استفاده می‌باشد.^{۱۹۸}

۳۴— به طور کلی، به نظر می‌رسد که همه نظام‌های حقوقی استانداردهای متحدالشکلی را در رابطه با قرار موقت و به ویژه توقف اجرا اعمال می‌کنند. بر این اساس، قرار توقف اجراء به صورتی روز افزون در صورت تحقق سه شرط زیر صادر می‌گردد:

الف) وجود وضعیت اضطراری (فوری) یا وضعیت اضطراری و فوریت شدید.

ب) در صورت اجرای احتمالی تصمیم اداری به خواهان خسارتی وارد خواهد شد که جبران آن مشکل است (ظاهراً اغلب دادگاه‌های ملی این دیدگاه را اتخاذ کرده‌اند که خسارت مالی در اصل قابل جبران است مگر این که خلاف آن از سوی خواهان اثبات شود).^{۱۹۹} خسارت باید قریب‌الوقوع باشد،

^{۱۸۹} - به عنوان مثال در دانمارک و فنلاند.

^{۱۹۰} - به عنوان مثال در یونان.

^{۱۹۱} - در فرانسه و فنلاند.

^{۱۹۲} - در هلند، سوئد، بلژیک و انگلیس.

^{۱۹۳} - Stay of execution.

^{۱۹۴} - Discovery of documents.

^{۱۹۵} - Issuing of certificates.

^{۱۹۶} - Production of evidence.

^{۱۹۷} - در آلمان، ایرلند، هلند، اسپانیا، سوئد و انگلستان.

^{۱۹۸} - در بلژیک و ایتالیا.

^{۱۹۹} - دانمارک، بلژیک و یونان.

پ) هیچ نشانه‌ای از عدم پذیرش دادخواست اصلی برای بازنگری قضایی وجود ندارد و شواهد حاکی از آن است که دادخواست اصلی به قدر کافی جدی است که ابطال عمل مورد اعتراض را توجیه یا قابل پیش‌بینی می‌کند. این وظیفه اساساً از طریق ارزیابی اجمالی^{۲۰۰} دادخواست تحقق می‌یابد.^{۲۰۱}

برخی از نظام‌های حقوقی معیار اضافی را پذیرفته‌اند که عبارتست از این که تعلیق عمل اداری تأثیر جدی بر منفعت عمومی یا اداره کارآمد سازمان اداری نداشته باشد^{۲۰۲} یا این معیار که با در نظر گرفتن مسئله سهولت، تعلیق عمل اداری برای حمایت از منفعت فردی مورد نظر، بایستی مناسب‌ترین روش ممکن باشد.^{۲۰۳} معیار اخیر از نظر متدولوژی در حکم اعمال اصل تناسب^{۲۰۴} در مقام ارزیابی منافع متعارض^{۲۰۵} است.

لازم به ذکر است که مطابق با حقوق رویه‌ای^{۲۰۶} در دادگاه‌های داخلی، حتی اگر همه الزامات و شرایط فوق تحقق یابد، صدور قرار موقت کماکان در حوزه اختیار و صلاحیت مقام قضایی است که به دعوی رسیدگی می‌کند. در واقع، دادگاه‌های اداری تمایل دارند که از این اختیارشان به صورت بسیار محدود و با اعمال کاملاً مضیق شرایط و الزامات مقرر شده توسط قانون یا رویه قضایی، استفاده نمایند.^{۲۰۷}

ششم: اثر بخشی عدالت اداری^{۲۰۸}

علیرغم این که در اغلب کشورهای عضو هزینه دادرسی در دادگاه‌های اداری زیاد نیست و استفاده از وکیل نیز همیشه الزام‌آور نمی‌باشد، ولی در عین حال بدون استثناء در همه کشورهای عضو، مقرراتی در زمینه معاضدت قضایی^{۲۰۹} وجود دارد و حتی بعضاً در قوانین اساسی کشورها به این موضوع تصریح شده است.^{۲۱۰} معاضدت قضایی به شکل‌های مختلفی با حق

^{۲۰۰} - Prima faci assessment.

^{۲۰۱} - اما در اتریش غیر قانونی بودن عمل مورد اعتراض به هنگام تصمیم‌گیری برای صدور قرار توقیف، مورد توجه قرار نمی‌گیرد.

^{۲۰۲} - در اتریش، پرتغال و یونان.

^{۲۰۳} - به طور مشخص در آلمان، ایرلند و دانمارک.

^{۲۰۴} - Principle of proportionality.

^{۲۰۵} - Competing interests.

^{۲۰۶} - Case Law.

^{۲۰۷} - در زمینه آیین و قواعد شکلی صدور قرار موقت، بایستی به دستورالعمل شورای اروپا به شماره «89/665/EEC of 21 December 1989» برای ایجاد هماهنگی در قوانین، مقررات و ضوابط اداری مربوط به آیین بازنگری قضایی آرا مرتبط با خدمات عمومی و قراردادهای دولتی نیز اشاره کنیم این دستورالعمل مقرر می‌دارد که کشورهای عضو باید اولاً در این فرصت و با استفاده از آیین اعدادی (Interlocutory procedures) با هدف ترمیم تخلف ادعا شده یا جلوگیری از خسارت‌های بعدی به منافع موضوع دعوی، از قرار موقت استفاده نمایند، ثانیاً تصمیماتی که به صورت غیر قانونی اتخاذ شده یا باید لغو شود یا از لغو آن اطمینان حاصل شود، از جمله مردود دانستن تشخیص مقام اداری در مورد مشخصات فنی، اقتصادی یا مالی موجود در دعوتنامه شرکت در مناقصه، اسناد قرارداد یا هر سند دیگری که مربوط به فرآیند اعلام برنده مناقصه یک قرارداد می‌شود، ثالثاً صدور رأی به جبران خسارات اشخاصی که از تخلف آسیب دیده‌اند. این دستورالعمل به علاوه مقرر می‌دارد که آیین‌های بازنگری به خودی خود، مستلزم اثر تعلیقی اتوماتیک بر فرآیند اعلام برنده مناقصه نیستند، و کشورهای عضو به هنگام تصمیم‌گیری در مورد صدور قرار موقت، می‌توانند مقرر بدارند، نهاد مسئول می‌تواند آثار احتمالی صدور قرار موقت را نسبت به همه منافع‌هایی که ممکن است تحت تأثیر قرار گیرند، مورد توجه و ملاحظه قرار دهد و همچنین به منفعت عمومی نیز توجه کند و بدین ترتیب ممکن است در صورتی که آثار منفی این تصمیم بیش از آثار و منافع مثبت آن باشد تصمیم بگیرد که چنین قرار صادر نشود.

^{۲۰۸} - Administrative Justice.

^{۲۰۹} - Legal aid.

^{۲۱۰} - از قبیل ماده ۲۰ قانون اساسی پرتغال و ماده ۱۸ قانون اساسی هلند. البته الزام به ارائه معاضدت قضایی می‌تواند از مقررات عمومی «حمایت قضایی مؤثر»، مقرر شده در اغلب قوانین اساسی کشورهای عضو اروپا و «منشور اروپایی حقوق بشر» (ECHR) نیز استنباط شود.

دادخواهی متقاضیان کم درآمد^{۲۱۱} به معنی استفاده از وکیل بدون پرداخت هزینه، همراه می‌شود به ویژه در مواردی که دفاع توسط یک مشاور حقوقی الزامی باشد یا برای موفقیت در دادرسی، ضروری باشد.

در برخی از کشورهای عضو، مجموعه نظام معاضدت قضایی وابسته به سازمان‌های معاضدت قضایی داوطلبانه است که در آنها حقوقدانان و دانشجویان حقوقی، در مواردی که دلایل قابل قبولی برای طرح دعوی در دادگاه وجود داشته باشد مشورت‌های حقوقی رایگان را عرضه می‌کنند. در نمونه‌های محدودی، در مورد موضوعات حساس اجتماعی، نظام‌های قضایی ملی، امکان دادرسی قضایی رایگان را فراهم کرده‌اند.^{۲۱۲}

در اغلب کشورهای عضو، دادگاهی که دادرسی اصلی در آن جریان دارد یا رئیس دادگاه یا بخشی از دادگاه، در مورد تقاضای استفاده از معاضدت قضایی تصمیم‌گیری می‌کند،^{۲۱۳} در حالی که به ندرت ممکن است هیأت خاصی برای تصمیم‌گیری در این مورد وجود داشته باشد.^{۲۱۴}

در برخی از کشورهای عضو، در مورد اعطا معاضدت قضایی با ارجاع به پیش فرض‌های نظام «حقوق نوشته»^{۲۱۵} تصمیم‌گیری می‌شود^{۲۱۶} و بدون توجه به تنوع دعاوی و تفاوت‌های احتمالی، معاضدت قضایی مشمول متقاضیانی می‌شود که درآمد آنها پایین‌تر از آستانه درآمدی معین شده قرار داشته باشد یا آنهایی که فقرشان به اثبات رسیده باشد، یعنی عدم توانایی‌شان برای پرداخت هزینه‌های دادرسی بدون این که خطری متوجه تأمین وسایل زندگی آنها و خانواده‌شان بشود. در برخی از کشورها، معیارهای اضافی دیگری بر حسب مورد اعمال می‌گردد:

الف) احتمال کافی برای به نتیجه رسیدن دعوی یعنی این که در همان نگاه اول می‌توان فهمید که طرح دعوی منجر به عدم موفقیت خواهان نمی‌شود،^{۲۱۷}

ب) این که یک خواهان متعارف که دارای منابع مالی کافی نیز هست با ملاحظه اوضاع و احوال، خطر هزینه‌های دادرسی را می‌پردازد،^{۲۱۸} و

پ) ماهیت موضوع دعوی.^{۲۱۹} اما در عمل معاضدت قضایی به ندرت در دعاوی اداری درخواست می‌شود و در واقع دادرسی‌های کیفری صحنه اصلی برای استفاده از معاضدت قضایی هستند.

^{۲۱۱} – Right of low – income applicants.

^{۲۱۲} – به عنوان مثال در فنلاند در دادرسی قضایی مربوط به به دست آوردن حق نگهداری از یک کودک یا یک شخص روان پریش، مراقبت در یک مؤسسه اختصاصی یا حضانت و همچنین درخواست اجرای قانون بیگانگان (Aliens Act).

^{۲۱۳} – در آلمان، بلژیک و همچنین در یونان در شورای دولتی این گونه است.

^{۲۱۴} – در ایتالیا.

^{۲۱۵} – Civil Law.

^{۲۱۶} – در بلژیک و همچنین در یونان در دادگاه‌های اداری عادی.

^{۲۱۷} – در آلمان و سوئد این گونه است. معیار مربوطه در انگلستان این است که آیا رسیدگی به دعوی «مفید» است (به زحمتش می‌آرد) که اغلب با ارجاع به این ضابطه تعیین می‌گردد که آیا دعوی پیشنهادی می‌تواند منجر به منفعت شخص یا مالی خواهان گردد یا خیر.

^{۲۱۸} – در آلمان.

^{۲۱۹} – در سوئد.

۳۶- لازم به ذکر است که شاید اطاله دادرسی (تأخیر در خاتمه یافتن دادرسی) در دادگاه‌های اداری مهم‌ترین نقص اغلب نظام‌های قضایی در اروپا است و بسته به موضوع دعوی و پیچیدگی پرونده متفاوت بوده و بیش از یک سال از زمان آغاز رسیدگی تا پایان دادرسی طول می‌کشد.

طولانی شدن دادرسی دلایل متعددی دارد: افزایش دعاوی که نزد دادگاه‌های اداری مطرح می‌شوند، استفاده از تاکتیک‌های تأخیری از سوی طرفین دعوی، پیچیدگی حقوق ماهوی، مشکلات موجود در مسیر پی بردن به حقایق و مسایل ساختاری که اهمیت‌شان کمتر از بقیه موارد قبلی نیست. بررسی نقایص موجود در قوانین ملی، به وضوح اهمیت قرارهای موقت را بیشتر می‌کند به نحوی که باید این قرارها سریع و در عین حال دقیق باشند.

۳۷- نظام‌های حقوقی ملی، با سرسختی تلاش می‌کنند تا مسئله دوره دادرسی را کم کنند، تا حدودی به دلیل محکومیت‌هایی که بدین خاطر نزد دیوان اروپایی حقوق بشر داشته‌اند و یا به دلیل رهنمودهایی که در قوانین اساسی‌شان وجود دارد.^{۲۲۰} از میان این اقدامات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) عرضه دادرسی‌های جدید (دادرسی فوری اداری^{۲۲۱} و دادرسی کوتاه^{۲۲۲} در مواردی که نتیجه دعوی روشن باشد و غیره) یا ایجاد دستورهای^{۲۲۳} جدید،^{۲۲۴}

ب) تحمیل محدودیت‌های زمانی به موجب قانون (در دادگاه برای این که در یک دوره زمانی مشخص به دادرسی خاتمه دهد،^{۲۲۵} برای تسلیم دادخواست آغاز رسیدگی به دعاوی مشخص یا ارایه دلایل و مستندات دعوی،^{۲۲۶} در مورد حسابرس‌ها برای ارایه نظر، همچنین در رابطه با عوامل سرنوشت ساز یک پرونده)،^{۲۲۷}

پ) تقویت دادگاه‌ها (افزایش تعداد قضات، تجهیز الکترونیکی دادگاه‌ها و غیره).

ت) سنگین کردن بار مالی دادرسی (افزایش هزینه ابطال تبر، تعیین جریمه در مورد دادخواست‌هایی که کاملاً بی اساس هستند)،

ث) سازماندهی مجدد (گسترش نظام قضایی واحد^{۲۲۸} در مواردی که به دعاوی خاصی رسیدگی می‌شود)،

ج) راه انداختن ساز و کارهای گزارش دهی^{۲۲۹} (تعهد تحمیل شده بر دادگاه‌های عالی اداری برای ارایه راه حل‌های ارشادی به منظور سرعت بخشیدن به دادرسی، ارایه گزارش از پیشرفت پرونده‌های معوق مانده و بلا تکلیف و سایر گزارش‌ها)،

^{۲۲۰} - ماده ۲۰ (بندهای ۴ و ۵) قانون اساسی پرتغال، البته مقررات کلی قانون اساسی در زمینه تحقق حمایت قضایی مؤثر نیز متضمن این حق می‌باشند.

^{۲۲۱} - The procedure of référé administratif.

^{۲۲۲} - Short procedure.

^{۲۲۳} - Instances.

^{۲۲۴} - در اسپانیا.

^{۲۲۵} - در سوئد برخی محدودیت‌های زمانی به موجب قوانین خاص مقرر شده است از جمله در زمینه سوء استفاده کنندگان از الکل و مواد مخدر، در خصوص حمایت از جوانان، در رابطه با بیمه یا پرداخت‌ها و در آلمان در مورد دعاوی تأمین نیازهای عمومی.

^{۲۲۶} - در بلژیک.

^{۲۲۷} - در بلژیک.

^{۲۲۸} - Sole Judge.

^{۲۲۹} - Reporting Mechanisms.

چ) تأسیس مراجع اداری مستقل^{۲۳۰} همراه با اختیار واگذار شده به دادگاه عالی اداری برای رد یک دادخواست،^{۲۳۱}
ح) تقاضا از طرف یک اداره به منظور دریافت نتایج یک رأی قضایی در مورد همه دعاوی مشابه بدون ضرورت طرح
دعوی مجدد،^{۲۳۲}

۳۸— مسئله عدم تبعیت مقامات اداری از آراء دادگاه، متأسفانه در اغلب نظام‌های حقوقی ملی اروپا، پدیده ناشناخته‌ای نیست. البته بایستی تأیید نمود که گاه و بیگاه عدم تبعیت از رأی قضایی ناشی از بروز مشکلات واقعی است، از قبیل تغییر در مقدمات و فروض واقعی که منجر به اعتراض به اقدام اداری شده است، عدم کفایت منابع اداره برای اجرای رأی، تغییر در صلاحیت سازمان‌های اداری یا ملاحظات مربوط به منافع قانونی اشخاص ثالث که از اجرای رأی متأثر شده‌اند.

تدابیر قانونی مشخص برای برخورد با این نوع از مشکلات اجرایی اندیشه شده است:
الف) تعیین مهلت برای اجرای آراء قضایی که پس از انقضا این مهلت دادگاه، اجرای رأی صادره را با استفاده از دیگر سازمان‌های اداری یا مأمورین ویژه دنبال می‌کند،^{۲۳۳}

ب) انتشار گسترده و اعلام عمومی اعمالی که به وسیله دادگاه‌ها ابطال شده‌اند.
پ) اعمال تنبیهات انضباطی یا مجازات‌های کیفری علیه کارکنان دولت، یا در صورت ضرورت، جریمه‌های مالی، علیه سازمان‌های دولتی در صورت تأخیر در اجرای آراء قضایی،
ت) تأسیس هیأت‌های ویژه برای نظارت بر تبعیت سازمان‌های اداری، همراه با تعهدی به همین موازات برای ارایه گزارش‌های منظم،^{۲۳۴}

ث) رأی دادگاه بدوی مبنی بر تودیع وثیقه در دعاوی که مربوط به پرداخت وجه می‌باشند،^{۲۳۵}
ج) تسلیم شکایت به آموذزمان ملی (آموذ زمان).
در چنین فضایی تصویب قانونی که عمل ابطال شده از سوی دادگاه‌ها را تأیید کند، در برخی از کشورهای عضو از سوی دادگاه‌ها محکوم شده است.^{۲۳۶} با این همه، به ندرت پذیرفته شده است که قوه مقننه می‌تواند اعمالی را قبلاً به وسیله دادگاه‌ها ابطال شده‌اند، تأیید نموده و معتبر بداند، مشروط به این که بر اساس منفعت عمومی^{۲۳۷} قابل توجیه باشد.^{۲۳۸ و ۲۳۹}

^{۲۳۰} – Independent Administrative authorities.

^{۲۳۱} – در اتریش.

^{۲۳۲} – در اسپانیا.

^{۲۳۳} – به عنوان مثال در اسپانیا، بلژیک، فرانسه و ایتالیا.

^{۲۳۴} – در یونان در مورد آراء صادره از شورای دولتی حاکی از ابطال اعمال اداری.

^{۲۳۵} – در آلمان، سوئد و فنلاند.

^{۲۳۶} – به عنوان مثال دادگاه قانون اساسی بلژیک و شورای قانون اساسی فرانسه.

^{۲۳۷} – General Interest.

^{۲۳۸} – نگاه کنید به تصمیم ۹۷/۱۱/۱۹ شورای قانون اساسی فرانسه.

^{۲۳۹} – Epaminondas Spiliotopoulos, “Towards a Unified Protection of Citizens In Europe(?)”, Synthesis Report”, European Public Law Series, Vol. XIII, Esperia Publications Ltd. 2000, pp. 811-842.

