

مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری

کتاب مهدی هداوند*

فهرست مطالب

گفتار نخست: ایده کنترل

بند اول: زمینه مفهومی

بند دوم: ضرورت تحول

گفتار دوم: نظریه جدید کنترل

بند اول: توجیه پذیری

بند دوم: کنترل سیاسی و قضایی

گفتار سوم: معیارهای موجه سازی کنترل

بند اول: استقلال قضایی

بند دوم: انصاف رویه‌ای

گفتار چهارم: رویکردهای نوین و شبکه پاسخگویی

بند اول: آیین‌های اداری و دکترین «اداره خوب»

بند دوم: تنوع روش‌ها و شبکه‌ای شدن پاسخگویی

گفتار پنجم: بازنگری قضایی عمل اداری: چشم انداز تحولات

بند اول: جایگاه بازنگری قضایی

بند دوم: تأثیر تحولات فراحقوقی

گفتار نخست: ایده کنترل

بند اول: زمینه مفهومی

مهار یا کنترل قدرت، یکی از موضوعات مهم در طول تاریخ اندیشه حقوق عمومی در غرب، بوده است. با این که قدرت حکومت برای تحقق بخشیدن به بسیاری از ارزش‌ها در جامعه (از قبیل عدالت، آزادی و برابری)

* - عضو هیات علمی کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی.

ضروریست اما هر حکومتی ممکن است فاسد شود و ارزش‌هایی که قرار بوده ترویج و تقویت کند، ویران نماید. در ایده قانون اساسی گرای (مشروطیت به قانون اساسی) این باور مورد تأکید قرار گرفته است که اقتدار حکومت، حتی اگر یک حکومت دموکراتیک باشد، باید محدود و کنترل شود. بنابراین حکومت مبتنی بر قانون اساسی حکومتی است منطبق بر اصول و قواعدی که از پیش به خوبی تعریف شده‌اند و بدین ترتیب از حکومت‌های اتوکراتیک، دیکتاتوری و حکومت‌های خودسر، متفاوت و متمایز است. این اصول و قواعد، غیر قابل تغییر نیستند ولی به صرف تمایل یک فرد یا گروه نمی‌توان آنها را تغییر داد.^۱

بدینی نسبت به دولت و تلاش برای کوچک سازی، مهار، کنترل و محدود کردن آن، آموزه کلیدی لیبرال‌های کلاسیک از پیش از انقلاب فرانسه تا زمان ما است. این تفکر، محصول بی‌اعتمادی و سوء ظن بسیار شدید نسبت به دولت و نگرانی از مطلقه شدن آن و تجاوز و دست اندازی «لویاتان» به حیات اقتصادی و اجتماعی شهروندان و در نهایت نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین مردم است.^۲ دولت در چنین فضایی «شر لازم» است: آن را تحمل می‌کنیم ولی سعی داریم که تا حد امکان تظاهرات و حضور آن را محدود کنیم. در عین حال وجود همین قدرت برای برقراری نظم و برپایی جامعه، به ناچار «لازم» و «اجتناب ناپذیر» است زیرا از قرار معلوم هیچ جامعه‌ای قادر نیست بدون وجود اقتدار به حیات خود ادامه دهد. دولت با حذف خشونت از روابط مدنی، خود منحصرأ به اعمال زور و اجبار می‌پردازد،^۳ ولی اجباری که «موجه» و مستظهر به «قرارداد اجتماعی» است. بدین ترتیب از آنجایی که فعلاً چیزی بهتر از دولت سراغ نداریم، وجود آن را از سر ناچاری می‌پذیریم ولی باید بکوشیم تا حد امکان آن را مهار، کنترل و محدود کنیم. از این منظر، همین که دولت مزاحم مردم نشود کافی است و انتظار دیگری از او نداریم و وظیفه حقوق عمومی نیز از منظر کلاسیک همین است که مراقب دولت باشد تا برای مردم مزاحمت ایجاد نکند.

در دامن چنین رهیافتی، حقوق عمومی متولد شد: حقوق عمومی به مثابه شاخه‌ای از حقوق که کارکرد اصلی آن کنترل و مهارت قدرت زمامداران و کارگزاران عمومی است.^۴ تمامی ابزارهای حقوق عمومی چه در شعبه حقوق اساسی و چه در حقوق اداری، ساخته و پرداخته شدند تا مراقب دولت باشند، مقامات عمومی را کنترل کنند، اقتدار آنها را مهار نمایند، آنها را در مقابل مردم پاسخگو کنند و بدین ترتیب از شهروندان بی‌پناه در مقابل دولتی که ذاتاً تجاوزگر و ماهیتاً مستعد فساد است، حمایت کنند.

روش‌های متنوعی برای کنترل اقتدار حکومت وجود دارد. در یک حکومت مبتنی بر قانون اساسی مهم‌ترین این روش‌ها عبارتند از:

۱- تفکیک قوا میان نهادهای متعدد یک دولت یعنی مقننه، مجریه و قضاییه،

۲- فدرالیسم یا تقسیم قدرت میان مقامات مرکزی و محلی،

^۱ - See: C. Jackson, Viki and Tushnet, Mark, "Comparative constitutional Law", Foundation press, 1999, p. 190.

^۲ - Leyland, Peter, "Textbook on Administrative Law", blackstone press limited, 1994, p. 5.

^۳ - Pierson, Christopher, "Modern State", Routledge, 1996, pp. 8-9.

^۴ - Wade, William, "Administrative Law", Oxford University Press, 2004, p. 4.

۳- نمایندگی که به موجب آن، کسانی که در سازمان‌های عمومی کار می‌کنند اعم از منتخب یا غیر منتخب، نماینده انتخاب کنندگان هستند.

۴- پاسخگویی اعضای دولت، و در نهایت

شد بازنگری قضایی اقدامات و تصمیمات سازمان‌های حکومتی به وسیله یک «قوه قضاییه مستقل».^۵ بدین ترتیب در نگاه کلاسیک، کنترل قدرت، هدف اصلی حقوق عمومی است. در تاریخ اندیشه سیاسی، ضرورت مهیار قدرت مضمونی است که دائماً تکرار می‌شود. در واقع می‌توان گفت که مهیار قدرت دغدغه اصلی است. ممکن است یکی از دلایل توجیه کننده این امر، همان گونه که ماکس وبر آن را شرح داده است، این باشد که شاید بتوان قدرت را به عنوان مفهومی کاملاً خنثی (بی طرف)، ابزاری و بدون هر نوع کیفیت اخلاقی و پدیده‌ای که خود را در شرایط واقعی آشکار می‌سازد، تعریف کرد، ولی در واقع دولت مفهومی است که بارها تجربه شده و هرچیزی ممکن است باشد بجز خنثی و کاملاً غیر اخلاقی. آگاهی از این که قدرت، فاقد عقلانیت، منطق وجودی و استقلال ذاتی است، منجر به گفتگو در ماهیت دیو گونه و راز آلود قدرت و همچنین آسیب شناسی جریان قدرت شده است.^۶

براین اساس هدف حقوق اساسی، کنترل قدرت سیاسی و مقامات عالی حکومت است و هدف حقوق اداری نیز کنترل مقامات حکومتی، دستگاه‌های اداری و کارگزاران عمومی در اجرای قوانین و اختیاراتی است که قانون به آنها واگذار کرده است. در رابطه با حقوق اداری به تعبیر پروفیسور وید: «... در تعریف حقوق اداری می‌توان گفت، حقوق اداری به کنترل قدرت حکومت مربوط می‌شود ... هدف اصلی حقوق اداری این است که اقتدارات حکومت را در محدوده‌های قانونی آن نگه دارد و بدین ترتیب از شهروندان در مقابل سوء استفاده از این اختیارات حمایت کند».^۷

مجموعه‌ای از روش‌هایی که در حقوق عمومی و اداری برای بازداشتن قدرت از تندروی و سرکشی آن به سمت یک خودکامگی هوسبازانه، مطرح می‌شوند را می‌توان به عنوان قانون اساسی گرای (مشروطیت قدرت به قانون اساسی) شناسایی نمود که در اصل حاکی از این سه مطلب است:

الف) دولت یا هر نظام حکومتی باید بر اساس قانون تأسیس شود و قدرتی که در دولت اعمال می‌شود نیز باید مطابق با قواعد و آیین‌های حقوقی از پیش تعریف شده باشد (ایده قانون اساسی یا قانون بنیادین).
ب) ساختار نهادی حکومت باید تضمین کند که قدرت در دست، یا تقسیم شده میان شاخه‌های متفاوتی است که متقابلاً اعمال قدرت توسط یکدیگر را کنترل می‌کنند و در عین حال متعهد به همکاری هستند (نظریه حکومت ترکیبی، تفکیک قوا و نظریه مهیار و توازن).

پ) رابطه میان حکومت و افراد عضو جامعه باید به شیوه‌ای تنظیم و مقررات‌گذاری شود که حقوق و آزادی‌های افراد آسیب نبیند.

⁵ - Zoetout, C.M., "Introduction", in "Control in Constitutional Law", Edited by Carlo M. Zoetout, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, p. X.

⁶ - Sec: Loewenstein, Karl, "Political Power and Governmental Process", Chicago and London, 1965, p. 8.

⁷ - Wade, H.W., "Administrative Law", Oxford, University Press, 2004, pp. 4-5.

در همه ابعاد پیش گفته، نهضت مشروطیت به قانون اساسی (دستورگرایی) خود را به عنوان ایده بنیادین محدودیت قدرت به وسیله قانون معرفی می‌کند. در این ایده تصریح می‌شود که «قدرت واقعی» با تغییر ماهیت آن به «قدرت قانونی» مهار می‌شود و بدین ترتیب مقید به انواع فرمان‌های حقوقی و کنترل‌های قانونی می‌گردد. به علاوه قدرت وقتی که تقسیم می‌شود یا تحت انضباط و فشار از سوی صاحبان گوناگون قدرت که یکدیگر را از تحمیل مداوم اراده و خواست خود به دیگری باز می‌دارند (نظریه تفکیک قوا)، قرار می‌گیرد، محدود می‌شود.^۸

بند دوم: ضرورت تحول

اگر مهار و محدود کردن قدرت هدف اصلی و عمده در نظریه دستور گرایی است، کنترل اعمال و به جریان انداختن قدرت می‌تواند مهم‌ترین ابزار برای تحقق این اهداف باشد. در قوانین اساسی ملی و در قوانین موضوعه، انبوهی از ابزارها، تدابیر و شگردهای کنترل در همه سطوح حکومت وجود دارند، از ممنوعیت حق وتو در فرآیند قانون‌گذاری تا مداخله پارلمان در انتصاب قضات و قدرت حکومت مرکزی برای ابطال تصمیمات سطوح پایین‌تر حکومت در دولت‌های بسطی (غیر فدرال). در عین حال، تغییر ماهیت دولت، مستلزم یک نظریه جدید درباره کنترل است.

سوالی که ممکن است مطرح شود این است که تا کجا این ساز و کارهای متنوع کنترل (هم در تأسیس و بنیان‌گذاری‌شان و هم در اعمال واقعی آنها) کماکان با نظریه محدود کردن قدرت و ایده حکومت محدود، همخوانی خواهند داشت. به عبارت دیگر، آیا هنوز هم دستور گرایی کلاسیک به عنوان پس زمینه تئوریک مناسب برای بقاء و استفاده از همه آن ظرفیت‌های کنترل‌کننده مبتنی بر قانون اساسی و روابط مبتنی بر کنترل، کفایت نموده و کار ساز است؟

آیا باید یک نظریه «مستقل و خودسامان»، در باب کنترل، بسط پیدا کند که از اشاره‌های ضمنی به دستور - گرایی کلاسیک سرباز زند و آن را نادیده بگیرد؟ سه نکته مهم می‌تواند مطرح شود که ممکن است برای پاسخ دادن به این پرسش‌ها مدنظر قرار گیرند:

الف) در مفهوم کلاسیک دستور گرایی، وظیفه و کارکرد اصلی دولت حفاظت از نظم و امنیت عمومی است. ترتیبات و تدابیر کنترل دولت بر اساس قانون اساسی، در اصل برای بازداشتن دولت و سازمان‌های حکومتی از این که نظم و امنیت را به مخاطره بیندازند طراحی شده‌اند. در دیوان سالاری و دولت‌های بسیار پیچیده مدرن و جوامع صنعتی و تکنولوژیک پیشرفته امروز، سازمان‌های حکومتی به نحوی روز افزون درگیر مقررات‌گذاری، تنظیم و هدایت جامعه شده‌اند. تمرکز اولیه دولت، از قدرت و به جریان انداختن قدرت به سوی «خط مشی‌گذاری»، منتقل و جایجا شده است.^۹ صورت‌بندی روابط قدرت بر مبنای قانون اساسی و نظام «مهار و توازن» که هدف از آن ایجاد محدودیت در قدرت می‌باشد، نمی‌تواند منعکس‌کننده فعالیت‌ها و اقدامات روزمره دولت و پیچیدگی روابط میان دولت و جامعه باشد.

^۸ - C. Jackson, Viki and Tushnet, Mark, op.cit., p. 198.

^۹ - See: Pierson, Christopher, "The Modern State", Routledge, 1996, p. 94.

ب) تغییرات ساختاری در ماهیت دولت و مداخله دولت در جامعه، مفهوم کنترل را با مسایل خاصی به ویژه در روابط قوه مجریه با پارلمان، روبرو می‌کند. به هر حال بایستی تأکید نمود که گسترش یا بهبود ابزارها و تدابیر کنترل مبتنی بر قانون اساسی، تا حدودی منوط به حل و فصل این مسایل است: دولت حق انحصاری خود را در حوزه تصمیم سازی عمومی از دست داده است. این ملاحظات نه تنها ناشی از افول حاکمیت «داخلی» به نفع محیط بین‌المللی است بلکه تا آنجایی که به تولید و توزیع کالاهای عمومی مربوط می‌شود، دولت این وظیفه خود را میان مقامات محلی و نهادهای اجتماعی تقسیم و تسهیم نموده است. آنچه که در مورد فرآیند پراکندگی، تجزیه و انتشار قدرت می‌توان گفت این است که این جریان خود را در بسیاری از فعالیت‌های وزراء کابینه، نمایندگان پارلمان، کارکنان عالی رتبه دولت به نمایندگی از سازمان‌های تخصصی، شرکت‌های خصوصی و گروه‌های ذینفع در تمامی انواع چرخه‌های مبادله و خط مشی‌گذاری، نشان می‌دهد.^{۱۰} از آنجایی که قدرت، دیگر به صورت دایمی و انحصاری در دست نهادهای قانون اساسی نیست، مسئله کنترل تصمیم سازی عمومی و اجرای تصمیمات، دیگر صرفاً یک مسئله مربوط به حقوق اساسی نیست.

پ) اگر بتوان اثبات نمود که ضرورت تحدید قدرت، صرفاً نشان دهنده تصویری تک بعدی از پدیده کنترل در حقوق اساسی معاصر می‌باشد، می‌توان نتیجه گرفت که ضروریست این مفهوم بسط پیدا کند تا به خوبی هم تغییر در ماهیت دولت و هم تغییرات به وجود آمده در روابط دولت با جامعه را منعکس نماید. یکی از کسانی که در این زمینه تلاش نموده لولریچ شنر است. او ایده انگلوکاکسون در زمینه اعتماد را به عنوان نقطه آغاز خود انتخاب نمود و سپس مفاهیم کنترل و پاسخگویی را به کار گرفت و آنها را در کنار اختیار واگذار شده به مقامات عمومی برای اقدام از جانب مجموعه شهروندان، قرار داده است. این رویکرد می‌تواند به خوبی با مسایل یک دولت دموکراتیک مشروط به قانون اساسی منطبق شود ولی ممکن است گفته شود، در عین حال نمی‌تواند پاسخگوی مسایل تشریح شده در بند ب، مسایلی همچون کاهش مرجعیت و موقعیت نهادهای انتخابی در تصمیم سازی‌های عمومی و به همین نسبت افزایش مصونیت از مداخله ساز و کارهای کنترل بر اساس قانون اساسی باشد.^{۱۱}

گفتار دوم: نظریه جدید کنترل

بند اول: توجیه پذیری^{۱۲}

نظریه جدید کنترل، نظریه «توجیه پذیری» یا «موجه سازی» است. مبنای نظری نهاد کنترل در صورتی می‌تواند توسعه یابد که به مفهوم توجیه پذیری مرتبط شود. می‌توان استدلال نمود که در یک جامعه دموکراتیک مبتنی بر حکومت قانون، هر عملی به وسیله مقامات عمومی انجام می‌شود و هر تصمیمی که به وسیله آنها اتخاذ می‌شود و مربوط به منافع عمومی است، باید مطابق با شرایطی باشد که بتوان گفت آن عمل یا تصمیم، قانونی و

¹⁰- See: E. Anderson, James, "Public Policy making, an Introduction", Houghton Mifflin company, 2000, p. 62.

¹¹- Bax, C.J. and Van der tang, C.F.M., "Theses on control in constitutional Law", in "Control in constitutional Law", Edited by Carlo M. Zoethout, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, p. 90.

¹²- Justification.

موجه است. قانونی بودن به این مفهوم است که اختیار و صلاحیت انجام آن عمل یا اتخاذ آن تصمیم، دارای مبنای حقوقی مبتنی بر قانون ذیربط بوده و مطابق با آن اجراء شده است. موجه بودن به این مفهوم است که آن اقدام یا تصمیم، مطابق با الزامات ناشی از ارزش‌های خاص باشد یا مفیدتر و مؤثرتر است و یا به لحاظ محتوی درست و منصفانه باشد. نه تنها باید خود آن اقدام یا تصمیم مطابق با شرایط موصوف باشد بلکه مراحل مقدماتی، پیاده سازی و اجراء آن نیز بایستی با معیارهای مزبور منطبق باشد. ابزار اصلی برای تضمین توجیه پذیری اقدامات و تصمیمات عمومی، نهاد کنترل در اشکال متنوع آن اعم از پارلمانی، اداری و قضایی و یا کنترل به وسیله خود شهروندان (کنترل مردمی) است. این موضوع، کاملاً مفهوم دیگری از کنترل است. کنترل در این مفهوم کمتر روی مسئله قدرت سیاسی و تمایل صاحبان آن تمرکز می‌کند، بلکه به جای آن بر روی نتیجه سیاست‌ها و فرآیندهای سیاست‌گذاری متمرکز می‌شود.

در این مفهوم دیگر گفته نمی‌شود که مهار قدرت کماکان مهم‌ترین علامت و شعار نظریه کنترلی است. نمی‌خواهیم بگوییم که «دستور گرایی» عمر خود را کرده است، بلکه بر عکس معتقد هستیم که دستور گرایی با پذیرش بعدی جدید با قدرت بیشتری به راه خود ادامه می‌دهد. در گذشته ایده کنترل، از هر نوع و در هر سطحی در اصل بر مبنای: «کارکرد سلبی کنترل» ادامه حیات داده است در حالیکه با ارتباط دادن مسئله کنترل به نظریه موجه سازی، «کارکرد ایجابی کنترل» زاده می‌شود که آن را واقعی‌تر می‌کند. به علاوه، مطالعه پدیده کنترل از منظر توجیه پذیری، بعد جالب‌تری از توسعه نظریه جدید دستور گرایی را می‌تواند فراهم کند که منعکس کننده تحول ماهیت دولت و رابطه آن با جامعه می‌باشد. در این معنا، کنترل قدرت از یک پدیده «سلبی»، «منفعل» و «بیرونی»، به یک پدیده «ایجابی»، «فعال» و «درونی» تبدیل می‌شود. برای تحقق این فراگرد، تحول جدی در نظریه کنترل و تکنیک‌های آن، اجتناب ناپذیر است. برخی از این تحولات در ادامه به تفصیل، توضیح داده می‌شوند.

موجه سازی به این امر اشاره دارد که افراد تحت حاکمیت، اعمال قدرت را فقط در صورتی می‌پذیرند که آن قدرت موجه باشد. از این منظر، یکی از الزامات اصلی، این است که فرمانبران از اقدامات و سیاست‌های حکومت مطلع شوند. اطلاعات باید کافی باشد و فرمانبران را قادر سازد که بتوانند قضاوت کنند که آیا سازمان‌های دولتی همان مسیری را طی می‌کنند که پیش از این تشریح شده و در اسناد، برنامه‌ها و خط‌مشی‌های عمومی توضیح داده شده‌اند و این که چرا امکان تحقق آنها وجود ندارد و انحراف از برنامه به چه دلیل اجتناب ناپذیر است.^{۱۳} از سوی دیگر، مشارکت شهروندان در جریان تصمیم‌گیریها و منصفانه بودن تصمیمات باید تضمین شود. تصمیمات باید دارای دلایل منطقی مشخصی باشند، اهداف مقنن را دنبال کنند، مستندات آنها در معرض دید همگانی و همواره قابل دسترس باشند، انتظارات و منافع شهروندان را تأمین کنند و در نهایت اثربخش و معطوف به نتیجه باشند.

¹³- See: Transparency International Source Book, "The Right to information, Public Awareness and Public Records", TI, 2000, p. 235.

کنترل سیاسی در آشکارترین نمود آن یعنی کنترل پارلمانی، می‌تواند بر مبنای ایده «نمایندگی»^{۱۴} یا نظریه «مهار و توازن»^{۱۵} باقی بماند، بنابراین، به نظر می‌رسد که مفهوم کنترل پارلمانی تا جایی بدون ابهام است که معنای آن به درک ما از نهاد پارلمان مربوط شود. از نظر روسو، پارلمان نماینده خواست عمومی^{۱۶} است. از این رو ضرورتی ندارد که اقتدار پارلمانی به صورت پسینی^{۱۷} کنترل شود؛ زیرا انسان عاقل است، خواست عمومی اشتباه نمی‌کند، نماینده خواست عمومی هم اشتباه نخواهد کرد. اما از نظر مونتسکیو پارلمان باید مراقبت و کنترل کند که اعمال قدرت از سوی حکومت به منافع، نیازها و تمایلات شهروندان آسیب نرساند. وظیفه اصلی پارلمان کنترل قدرت از طریق سؤال کردن از وزیران است (مقامات مسئول در مقابل پارلمان). برای اجرای این وظیفه، پارلمان باید حق تصمیم‌گیری در این باره را داشته باشد که آیا لایحه ارجاع شده به آن قابلیت تبدیل به یک قانون لازم‌الاجرا را دارد یا ندارد و همچنین باید اطلاعات لازم از فعالیت‌ها و سیاست‌های دولت را در دست داشته باشد. توجیه پذیری تصمیمات پارلمان مبتنی بر هر دو ایده است: برتری پارلمان در اصل مربوط به ایده اول و پاسخگویی وزیران مربوط به ایده دوم می‌باشد.

سه مسئله در این رابطه باید ذکر شود: اول اینکه نقش احزاب سیاسی متجر به تحریف کارکرد نمایندگی پارلمان به عنوان منعکس کننده خواست مردم می‌گردد. اعضای پارلمان نمایندگان مردم محسوب می‌شوند بنابراین باید در مقابل کسانی که به آنها رأی داده‌اند پاسخگو باشند اما در عین حال همه اعضای پارلمان به طور همزمان اعضای احزاب سیاسی نیز هستند. حتی اگر این احزاب انضباط حزبی سختگیرانه‌ای را بر اعضای خود تحمیل نکنند، هر عضو پارلمان منافع مشخصی در هواداری از حزب متبوع خود دارد. این منافع لزوماً منعکس کننده خواست مردم نیستند. دوم اینکه باید به کاهش دوگانگی میان قوه مجریه و پارلمان توجه کرد (زیرا به ویژه در نظام‌های پارلمانی، قوه مجریه برخاسته از پارلمان است) که این امر خود منعکس کننده توازن قدرت میان این دو می‌باشد. در نهایت همانگونه که قبلاً توضیح دادیم دولت موقعیت انحصاری خود را در زمینه تصمیم‌گیری در حوزه عمومی از دست داده است هم از بیرون به دلیل انتقال اقتدار ملی به سازمانهای فراملی و شرکت‌های چند ملیتی و هم از درون به دلیل تقبل وظایف عمومی از سوی مؤسسات خصوصی یا سازمانهای اداری مستقل از قوه مجریه.^{۱۸}

بند دوم: کنترل سیاسی و قضایی

در نتیجه این تحولات، پارلمان توانایی اندکی برای کنترل سیاسی دارد. بدین لحاظ از منظر بحث نمایندگی می‌توان نتیجه گرفت که دیگر مداخله و کنترل پارلمان در فرآیند تصمیم‌سازی همانند گذشته از توجیه کافی برخوردار نیست.

¹⁴ - Representation.

¹⁵ - Checks and balances.

¹⁶ - General will.

¹⁷ - Ex post.

¹⁸ - Bax, C.J. and Van der tang, C.F.M, op.cit., p. 95.

باید توجه داشت در حالی که پارلمان می‌تواند هم کنترل سیاسی و هم کنترل حقوقی^{۱۹} اعمال کند، کنترل قضایی (که از سوی قوه قضائیه انجام می‌شود) صرفاً منحصر به کنترل حقوقی است. همچنین کنترل قضایی با توجه به تعریفی که از آن ارائه می‌شود، کنترلی محدود است زیرا هم صلاحیت قاضی و هم هدف و استانداردهای کنترل قضایی به دقت تعریف و مشخص شده‌اند.

در کنترل سیاسی نتایج حاصل از فعالیت‌ها، با طرحها و خطوط رفتاری که از پیش تعیین شده‌اند مقایسه و سنجیده می‌شوند. استانداردهای کنترل پارلمانی، قواعد یا اصول از قبل استقرار یافته نیستند ولی این امر به این مفهوم نیست که استاندارد وجود ندارد. این استانداردها، مثلاً استاندارد سودآوری، اثربخشی یا عدالت، به گونه‌ای پراکنده و مبهم، در فرآیند تصمیم‌سازی، در میاحثات پارلمانی و در مجادلات عمومی، پیش‌تاز هستند.

در مقابل، کنترل حقوقی می‌تواند مبتنی بر یک استاندارد مشخص پیشینی باشد: حقوق موضوعه (قانون)،^{۲۰} هم به پرسش‌های مربوط به داشتن (یا نداشتن) صلاحیت برای انجام دادن یک کار مشخص پاسخ می‌دهد، هم آیینی را که باید از آن تبعیت شود معین می‌کند و هم انطباق اقدامات انجام شده را با قواعد و اصول حقوقی (ماهوی) تعیین می‌نماید.

با اینکه کنترل حقوقی منحصرأ در اختیار قوه قضائیه نیست و از سوی پارلمان و اداره نیز اعمال می‌گردد اما نقش قوه قضائیه در این نوع از کنترل برجسته و بارز است. اولاً به این دلیل که صلاحیت دستگاه قضایی به او اجازه نمی‌دهد که از مرزهای کنترل حقوقی فراتر رود، در حالی که پارلمان و سازمانهای اداری از این امکان برخوردار هستند که استانداردهای حقوقی را با استانداردها و ملاحظات سیاسی و خط مشی عمومی ترکیب و آن را لکه دار کنند. ثانیاً، به این دلیل که قوه قضائیه در نتایج تصمیمات ذینفع نیست زیرا فرض بر این است که قضات شخصاً در قبال اعمال خود مسئول هستند؛ آنها نماینده خواست و تمایلات مردم و منافع آنها نیستند بلکه صرفاً قوانین جاری را اعمال می‌کنند. کنترل قضایی مصون از دخالت دیگر نهادهاست. توجه و حقانیت آراء قضایی منوط به تبعیت آنها از قوانینی است که در جریان استدلالهای بسته و سخت حقوقی توسط یک نهاد مستقل و بی طرف مورد استناد قرار می‌گیرند.^{۲۱}

محدودیت‌های کنترل حقوقی منجر به ایجاد محدودیت‌های مهمی بر قوه قضائیه می‌شود. قضات، دارای قدرت کنترلی محدودی هستند. به عنوان یک قاعده کلی، آنها مقید به دو اصل «نسبی بودن آراء قضایی» و «اصل عدم استتکاف» هستند؛ بنابراین علی‌الاصول نمی‌توانند به صورت کلی و نوعی^{۲۲} تصمیم‌گیری کنند. آنها ملزم به تبعیت از استانداردهای مستقر شده کنترل حقوقی هستند. آنها فقط در صورتی دارای صلاحیت رسیدگی هستند که یک اختلاف حقوقی به آنها ارجاع شده باشد.

کنترل قضایی و کنترل سیاسی یکدیگر را تکمیل می‌کنند ولی نمی‌توانند جایگزین یکدیگر شوند. ما می‌توانیم نتیجه بگیریم که بطور همزمان دو الگوی متفاوت کنترل وجود دارد: کنترل سیاسی (پارلمانی) و کنترل حقوقی.

¹⁹- Legal Control.

²⁰- Positive Law.

²¹- Transparency International Source Book, "Judicial Review of Administrative action", TI, 2000, p. 170.

²²- Motu Proprio.

نقش قوه قضاییه در اینجا در خور توجه ویژه است. هر دو الگو مشخصات و توجهات مخصوص به خود را دارند. مطالب بالا را می‌توان به شرح ذیل خلاصه کرد:

نوع کنترل تمایز	کنترل قضایی	کنترل سیاسی
مبنای توجهی	۱- بی طرفی ۲- نظریه مهار و توازن	۱- اصل نمایندگی ۲- نظریه مهار و توازن
روش و ویژگی	۱- استانداردهایی که از پیش به خوبی تعریف شده‌اند ۲- صلاحیت محدود	۱- فقدان استانداردهایی که از پیش به روشنی تعریف شده باشند ۲- کنترل وسیع
میزان اثربخشی	دارای توجه پذیری قوی‌تر (به دلیل استقلال و بی طرفی قضایی)	توجه پذیری تضعیف شده (به دلیل ضعف نظریه نمایندگی و همچنین کمرنگ شدن دوگانگی میان قوه مجریه و پارلمان به ویژه در نظامهای پارلمانی)

می‌توان نتیجه گرفت که این دو نوع کنترل با توجه به خصوصیتی که دارند و توجهی که از آن برخوردار هستند یکدیگر را کامل می‌کنند. کنترل سیاسی متکی به طیف گسترده‌ای از اهداف کنترلی و استانداردهای نظارتی است در حالی که کنترل قضایی در اصل محدود به مسأله صلاحیت و معیارهای قابل دسترس است. محدودیت‌های کنترل قضایی تا حدودی با ابزارهای کنترل سیاسی جبران می‌شوند. از سوی دیگر توجه پذیری بالای کنترل قضایی می‌تواند کمبودها و مسائل نظام فعلی کنترل سیاسی را پوشش دهد. در عمل در بسیاری از کشورها، اعتماد به دستگاه قضایی جایگزین اعتماد و دلگرمی نسبت به نظام نمایندگی (پارلمان) شده است و این به مفهوم اهمیت روزافزون بازنگری قضایی است. در عین حال نمی‌توان گفت که این دو نوع کنترل می‌توانند جایگزین هم دیگر شوند.

کنترل قضایی نمی‌تواند جایگزین کنترل سیاسی شود زیرا کنترل قضایی به این مفهوم است که نهادی مستقل که فاقد نمایندگی از سوی مردم می‌باشد و به آنها نیز پاسخگو نیست، حق دارد در قلمرو سیاسی و خط مشی سازی عمومی دخالت کند و طبعاً این وضعیت با ایده نمایندگی و پاسخگویی سازگار نیست. کنترل سیاسی نیز نمی‌تواند جایگزین کنترل قضایی شود زیرا کنترل قضایی صرفنظر از محدودیت‌هایش، حمایت‌هایی را برای شهروندان و به ویژه اقلیت‌ها فراهم می‌آورد که کنترل سیاسی قادر به تأمین آنها نیست. در نهایت، اعتماد و باور نسبت به دستگاه قضایی، یکی از محصولات ارزشمند و بزرگ تاریخ نهضت دستورگرایی است.^{۳۳}

³³ - Bax C.I. and van der tong, G.F.M., "Theses on Control in Constitutional Law", in "Control in Constitutional Law", Edited by Carlo M. Zoethout, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, pp. 87-99.

گفتار سوم: معیارهای موجه سازی کنترل

استقلال قضایی و انصاف رویه‌ای، دو معیار اصلی برای موجه سازی کنترل قدرت در حقوق عمومی هستند که به بررسی آنها می‌پردازیم.

بند اول: استقلال قضایی

با توجه به اینکه لازمه کنترل قضایی و موجه سازی نظارت آن بر نهادهای عمومی و سازمانهای اداری، وجود یک دستگاه قضایی مستقل است، لذا در اینجا ضروری است بر ماهیت و ضرورت استقلال قضایی در تحقق کنترل موثر بر مقامات عمومی تأکید شود.

مشروطیت به قانون اساسی و اصل حاکمیت قانون به مفهوم نفی اقتدارات شخصی و حکومت قواعد نوعی و کلی از پیش تعریف شده، به جای تصمیم خودسرانه کارگزاران عمومی، تنها زمانی می‌تواند حقیقتاً کارایی داشته باشد و استقرار یابد که قوه قضاییه‌ای مستقل، حافظ آن باشد. ماده یک اساسنامه سازمان ملل در مورد قوه قضاییه، تصریح می‌کند «دولت باید استقلال قوه قضاییه را تضمین کند و این استقلال باید در قانون اساسی یا دیگر قوانین کشور منظور شود».

این اصل شامل دو نوع استقلال است: استقلال نهادی به معنی استقلال مجموعه قوه قضاییه از دولت؛ و دیگری استقلال شخصی به معنی مستقل بودن فرد قضا در انجام مسئولیت‌های خود بدون رعایت ملاحظات و روابط. تضمینات شکلی قانونی برای حفظ این دو گونه استقلال کافی نیست، بلکه به شیوه انتصاب قضات و همچنین امنیت شغلی آنها در طول دوره تصدی نیز بستگی دارد. قضات نباید از سوی دولت منصوب شوند، بلکه این مسئولیت باید بر عهده کمیسیون قضایی مجلس یا یک هیأت مستقل قضایی که بر اساس قانون اساسی تأسیس شده است قرار بگیرد. به علاوه دولت وقت، نباید حق عزل قضات را داشته باشد، بلکه قضات باید در طول دوره تصدی خود دارای امنیت شغلی باشند و عزل آنها تنها در مواردی خاص از قبیل مشاهده فساد یا تخلفات سنگین و قصور در انجام وظایف، آن هم با رعایت تشریفات خاص و به دست هیاتی که آنها را منصوب کرده است، صورت پذیرد. رعایت چنین ملاحظاتی در مورد دیگر شاخه‌های حقوقی نیز که مستقل بودن آنها از دولت برای حفظ اصل حاکمیت قانون و تضمین حقوق شهروندان ضرورت دارد، صادق می‌باشد.^{۳۳}

الکساندر هامیلتون یکی از تدوین کنندگان قانون اساسی ایالات متحده، در دفاع از نقش قوه قضاییه در ساختار حکومت مشروطه در شماره ۷۸ «مقاله‌های فدرالیست» نوشته است: «اگر قوه قضاییه از قوای مقننه و مجریه تفکیک نشود، آزادی وجود نخواهد داشت، آزادی موجبی برای هراس از قوه قضاییه به تنهایی ندارد، لکن باید از اتحاد آن با هر یک از دو قوه دیگر شدیداً بترسد». دیدگاه هامیلتون ماورای تفاوت‌های موجود در سیستم‌های قضایی کشورها را می‌بیند. زیرا تنها با استقلال قضایی است که می‌توان رعایت کامل حاکمیت قانون را برای مردم تضمین نمود. همان گونه که رئیس جمهور آمریکا وودرو ویلسون نوشت «در دادگاه است که معلوم

^{۳۳} - بیتنام، دیوید و بویل، کوین، «دموکراسی چیست؟ آشنایی با دموکراسی»، ترجمه شهرام نقش تیریزی، نشر ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۹۶.

می‌شود حکومت به وعده‌هایش عمل می‌کند یا نمی‌کند. بنابراین مبارزه فرد برای یک حکومت مشروط البته مبارزه برای وضع قوانین خوب است ... لکن همچنین برای دادگاه‌های با شعور، مستقل و بی طرف نیز می‌باشد.^{۲۵}

ما همین مفاهیم ظریف را در شش اصل «اصول رفتار قضایی بانگلور»^{۲۶} نیز می‌بینیم که تحت نظر سازمان ملل و برای تقویت تمامیت و سلامت قضایی در جهان تدوین گردیده است. اصل اول می‌گوید: «استقلال قضایی لازمه حکومت قانون است و تضمین کننده اصلی محاکمه منصفانه، لذا قاضی وظیفه دارد این استقلال را چه از جنبه فردی و چه از لحاظ نهادی حفظ کرده و اعتلا بخشد». مهم‌ترین عامل برای کارکرد مؤثر قضایی این است که این قوه تابع هیچ بخش دیگری از حکومت نباشد. این جدا سازی یا تفکیک قوه مقننه از قوه قضاییه عامل حیاتی و ضروری برای برقراری حاکمیت قانون بوده است. وقتی نقش قانون‌گذار و قاضی توسط بازیگران مختلف حکومتی ایفا گردد، خطر خودکامگی حکومت به میزان زیادی تقلیل می‌یابد. وقتی قدرت انشاء قانون را از قدرت تفسیر و اعمال آن جدا کنیم در واقع بنیاد اصلی حاکمیت قانون را پی ریخته‌ایم؛ یعنی اصلی که می‌گوید اختلافات و دعاوی بر اساس قانون و مقرراتی که از قبل جاری و حاکم بوده قضاوت و حل و فصل می‌شوند.

یک دستگاه قضایی مستقل به آن معنی است که هم قاضی در انجام وظیفه خود مستقل است و هم قوه قضاییه به صورت یک نهاد مستقل است و قلمرو اقتدار و فعالیت آن از نفوذ و دخالت سایر عوامل حکومت مصون می‌باشد. بنابر اصول بانگلور استقلال قضایی دارای هر دو وجه «شخصی و نهادی» است.

از نظر استقلال فردی قاضی، دو راه برای تضمین استقلال آرایه می‌گردد. اول این که قاضی باید از تلافی یا تهدید به تلافی بیمناک نباشد، تا ترس و نگرانی در تصمیم‌گیری او اثر نداشته باشد. دوم، شیوه‌ای که قضات بر آن اساس انتخاب می‌شوند، و اصول اخلاقی که باید به آن پایبند باشند، باید به نوعی باشد که خطر فساد و نفوذ از بیرون در آن به حداقل برسد.^{۲۷}

از سوی دیگر باید اطمینان حاصل کرد که قضات قدرت خود را بی طرفانه اعمال نمایند و نه بر اساس منافع شخصی یا نفوذ خارجی، قاضی نباید تحت تأثیر یکی از طرفین دعوا قرار گیرد یا از یکی علیه دیگری طرفداری کند، و خود نیز نباید در نتیجه دعوا ذی‌نفع باشد. قاضی که تن به نفوذ و فشار و فساد دهد، احترام و اعتماد شهروندان را از دست خواهد داد. هر گاه یک قاضی حکمی دهد که در آن خود ذی‌نفع است، یا به دیگری لطفی می‌کند، و یا حقی را از کسی پایمال می‌کند، آن حکم، حاکمیت قانون را مخدوش می‌نماید. به هنگام انتخاب قاضی با اصول اخلاقی که راهنمای رفتار آنها است، این دغدغه‌ها باید مدنظر قرار گیرند. انتخاب قاضی بر اساس لیاقت، پاکدامنی، و پابندی اخلاقی، به طور طبیعی تضمینی است که قاضی مزبور بی طرفانه عمل خواهد کرد. هر ملاحظه دیگری جز ویژگی‌های فوق برای انتخاب و نصب یک قاضی (توسط یک مقام سیاسی یا از طریق آرای رای دهندگان) این احتمال را بیشتر می‌کند که قاضی به خاطر آن ملاحظات از قضاوت منصفانه و بی طرفانه ناتوان خواهد بود.

^{۲۵} - به نقل از: استورم، فیلیپا، «نقش یک قوه قضاییه مستقل»، ۲۰۰۵، اینترنت، ص ۵.

^{۲۶} - The Bangalore Principles of Judicial Conduct.

^{۲۷} - مراجعه شود به: ساکوچی، آندرا، «استقلال و بی طرفی قضات»، در: «حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه»، مؤسسه حقوق بشر دانمارک، ۲۰۰۳، ص ۲۱.

تا اینجا صحبت از رویکردهایی بوده که افراد و قضات را یاری می‌داده آزادانه به کار خود بپردازند و از نفوذ بیرونی مصوب بمانند. اما یک قوه قضاییه مستقل باید در مقابل فشار و نفوذ سیستماتیک از خارج از دستگاه قضایی و بخش‌های دیگر حکومت نیز حمایت شود و مصون بماند. یک جنبه بنیادی و حیاتی از این استقلال نهادین این است که مطمئن شویم دستگاه قضایی دارای منابع مالی کافی است. همان طور که تضمین حداقل دستمزد برای استقلال قاضی لازم است، تأمین مالی کافی باعث کارکرد درست دستگاه قضایی خواهد شد. مطلب پیچیده‌تر در این مورد روابط و مداخله میان مقامات اجرایی و قضایی است.^{۲۸}

اصول بنیادین استقلال قضایی سازمان ملل،^{۳۱} در کنگره هفتم ملل متحد برای مقابله با جرم و تهدید مجرمان که در میلان از ۲۶ اگوست تا ۶ سپتامبر ۱۹۸۵ برگزار شده تصویب و به وسیله قطعنامه شماره ۴۰/۳۲ در ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ و قطعنامه شماره ۴۰/۱۶۴ در ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ مورد تأیید قرار گرفته است.

در مقدمه این اعلامیه، بر مفاد منشور سازمان ملل در زمینه استقرار عدالت در جهت حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی بدون تبعیض اشاره شده، سپس به مضامین اعلامیه جهانی حقوق بشر در زمینه دادرسی منصفانه و علنی و ایجاد یک دادگاه مستقل و بی طرف به حکم قانون، تأکید گردیده است. همچنین به مفاد میثاقین در باب تضمین حقوق از طریق دادرسی بدون تأخیر غیر موجه استناد شده است. در ادامه اعلام گردیده در حال حاضر میان چشم‌اندازهای اعلام شده در منشور و اعلامیه‌های حقوق بشر و وضعیت واقعی فاصله وجود دارد و بدین ترتیب ضرورت دارد که اصولی برای پر کردن این خلأ طراحی گردد.

اصول بنیادین استقلال قضایی دارای ۵ سرفصل کلی بوده که مجموعاً ۲۰ ماده را در بر می‌گیرند.

سرفصل‌های کلی این اصول عبارتند از:

الف) استقلال قوه قضاییه

ب) آزادی بیان و حق تشکل [قضات]

پ) ارزیابی، انتخاب و آموزش

ت) شرایط ارایه خدمت و دوره تصدی

ث) انضباط، تعلیق و عزل

۱- **استقلال قوه قضاییه:** سرفصل اول در زمینه استقلال قوه قضاییه، مطالبی را در زمینه تکلیف دولت و سازمان‌های دولتی برای تضمین و احترام به استقلال قوه قضاییه بیان نموده است. همچنین به اصل بی طرفی و رعایت قوانین توسط قضات بدون محدودیت نفوذ ناروا، فشار، تهدید و مداخله اعم از مستقیم یا غیر مستقیم به هر دلیلی تأکید شده است. علاوه بر این که صلاحیت عام دلدگاه‌ها برای رسیدگی به همه موضوعات و حق دسترسی همگانی به دلدگاه‌ها و تأمین منابع کافی برای تحقق این هدف مورد توجه قرار گرفته است.

۲- آزادی بیان و حق تشکل: در سر فصل دوم با عنوان آزادی بیان و حق تشکل، این حقوق برای قضات مورد تأکید قرار گرفته است ولی تأکید شده که قضات در عین حال باید احترام دلدگاه، بی طرفی و استقلال خود را حفظ کنند. قضات برای ایفای مناسب این وظایف می‌توانند تشکل‌های لازم را ایجاد کنند.

^{۲۸} - استورم، فیلیپ، همان، ص ۷.

۳- ارزیابی، انتخاب و آموزش: در سر فصل سوم در زمینه ارزیابی، انتخاب و آموزش قضات، تأکید شده فقط افرادی که دارای دانش و آموزش حقوقی هستند صلاحیت انتخاب به عنوان قاضی را دارند. هر شیوه‌ای که برای انتخاب قضات مورد استفاده قرار می‌گیرد، باید انتصاب قاضی را فارغ از انگیزه‌های ناروا تضمین کند و از هر گونه تبعیضی بر مبنای نژاد، رنگ، جنسیت، مذهب و گرایش‌های سیاسی و فکری و همچنین منشأ ملی یا اجتماعی خودداری شود. البته توجه به شرط تابعیت تبعیض محسوب نمی‌شود.

۴- شرایط آرایه خدمت و دوره تصدی: در سر فصل چهارم، تأکید شده است که دوره تصدی قضات، استقلال، امنیت، دستمزد کافی، شرایط مناسب کاری، مستمری و سنوات بازنشستگی آنها باید به نحو مناسبی به وسیله قانون تضمین شود. قضات صرف نظر از این که منصوب یا انتخاب شوند، باید دوره تصدی آنها تا زمان بازنشستگی اجباری یا انقضای مدت انتصاب تضمین شود. ارتقای قضات باید بر اساس معیارهای عینی، توانایی‌های خاص و تخصص و کارایی آنها باشد. همچنین به نحوه واگذاری پرونده به قضات و مسایل امنیتی و حفاظت از اطلاعات محرمانه اشاره شده است. در ادامه به مصونیت شخصی قضات در مقابل دعاوی مدنی برای دریافت خسارت‌های مالی به مناسبت اقدامات غیر مناسب یا قصور در ایفای وظایف قضایی تأکید شده است. همچنین ملاحظات دیگری نیز در این خصوص مدنظر قرار گرفته است.

۵- انضباط، تعلیق و عزل: در سر فصل پایانی به موضوع انضباط، تعلیق و عزل قضات پرداخته شده است. در مواد این سر فصل آمده است که شکایت علیه قاضی و صلاحیت‌های او باید به سرعت و منصفانه و بر اساس یک آیین دادرسی شایسته صورت پذیرد. قضات حق دفاع از خود را دارند. دادرسی در مراحل اولیه باید محرمانه تلقی شود مگر این که قاضی مزبور تقاضای دیگری داشته باشد. قضات فقط در صورتی تعلیق یا عزل می‌شوند که با ارائه دلایل یا عدم صلاحیت آنها احراز شده یا رفتاری داشته‌اند که با ایفای وظایف قضایی آنها منطبق نباشد. همه این اقدامات باید بر اساس استانداردهای قضایی استقرار یافته تحقق یابد. همچنین هر گونه رسیدگی در زمینه‌های انضباطی، تعلیق یا عزل قضات باید با امکان تجدید نظر خواهی مستقل همراه باشد.^{۳۰}

اصول بنگلور در زمینه رفتار قضایی،^{۳۱} در سال ۲۰۰۱ توسط گروه تقویت صداقت قضایی تدوین شده و در نشست دورهای وزرای دادگستری که در کاخ صلح در هلند تشکیل شد در روزهای ۲۵ و ۲۶ سال ۲۰۰۲ به تصویب رسید. این اصول با حمایت سازمان ملل و با الهام از «اعلامیه سازمان ملل در زمینه اصول بنیادین استقلال قضایی» و همچنین اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق حقوق مدنی و سیاسی تهیه و تدوین شده است. این اعلامیه نسبت به شناسایی و اعلام «شش ارزش»^{۳۲} اقدام نموده و زیر هر یک از این ارزش‌ها یک «اصل»^{۳۳} و در زیر هر اصل موادی در زمینه اعمال آنها آمده است.

با توجه به این که مفاد این اعلامیه مفصل بوده و امکان نقل تمام آن اعلامیه در این جا میسر نیست، تنها به بیان ارزش‌ها و اصول ذیل آنها بسنده می‌کنیم.

³⁰ - also see: "The Declaration of Delhi", 1959, and also: The Law of Lagos", 1961.

³¹ - The Bangalore principles of Judicial Conduct.

³² - Value.

³³ - Principle.

- ۱- ارزش اول- استقلال: استقلال قضایی پیش شرط حاکمیت قانون و تضمین بنیادین دادرسی منصفانه است. بنابراین قاضی باید نماد استقلال و پشتیبان آن، هم در شکل انفرادی و هم به صورت نهادی باشد.
 - ۲- ارزش دوم- بی طرفی: بی طرفی لازمه ایفاء مناسب مسئولیت‌ها توسط دادگاه است. اصل بی طرفی نه تنها بر خود رأی بلکه بر فرآیندی که یک رأی صادر می‌شود، اعمال می‌گردد.
 - ۳- ارزش سوم- شرافت (صداقت و درستی): صداقت و شرف لازمه ایفاء مناسب مسئولیت‌ها توسط دادگاه است.
 - ۴- ارزش چهارم- ادب: ادب و نزاکت و نمایش رعایت آداب، در اجرای همه فعالیت‌های یک قاضی امری حیاتی است.
 - ۵- ارزش پنجم- برابری: تضمین رفتار برابر نسبت به همه در مقابل دادگاه لازمه اداره شایسته یک دادگاه است.
 - ۶- ارزش ششم- لیاقت و پشتکار: لیاقت و پشتکار پیش شرط اجرای مناسب وظایف قضایی است.
- بدین ترتیب یک قوه قضاییه مستقل، بی طرف و قوام یافته، نقش اساسی در تحقق بخشیدن به یک حکومت عادلانه، صادق، باز و پاسخگو را دارد. قوه قضاییه اگر می‌خواهد نقش اساسی خود را برای نظارت بر اقدامات حکومت و سازمان‌های اداری و عمومی از جهت انطباق آنها با استانداردهای مقرر شده در قانون اساسی و قوانین موضوعه توسط قوه مقننه را بازی کند بایستی از قوه مجریه مستقل باشد. در دموکراسی‌های نوظهور قوه قضاییه تکلیف مضاعفی دارد برای تضمین این که مقررات جدید مصوب توسط قوه مجریه بی تجربه یا قوانین وضع شده از سوی قوه مقننه نآزموده، قانون اساسی یا دیگر الزامات قانونی را نقض نکنند.
- استقلال منجر به حمایت از نهادهای قضایی در مقابل قوه مجریه و مقننه می‌شود این امر در واقع در قلب تفکیک قوا قرار دارد. دیگر بازوهای حکومت در مقابل مردم پاسخگو هستند اما قوه قضاییه و قوه قضاییه به تنهایی در مقابل یک ارزش برتر و استانداردهای صداقت و شرافت قضایی پاسخگو است.
- مفهوم استقلال و پاسخگویی قوه قضاییه در یک نظام دموکراتیک، در واقع همدیگر را تقویت می‌کنند. استقلال قضایی امری نهادی است. استقلال قضایی طراحی و ایجاد نشده تا قاضی به عنوان یک فرد یا حتی قوه قضاییه به عنوان یک سازمان از آن منتفع شود. استقلال قضایی و پاسخگویی قضایی در خلأ اعمال نمی‌شود. قضات باید در چهارچوب قواعد و مطابق با سوگندی که خورده‌اند و آنها را باز می‌دارد از این که مطابق با میل خود عمل کنند و هر آنچه دلشان می‌خواهد انجام دهند، عمل نمایند. قضات منفرداً از طریق شیوه خاصی که به موجب آن اختیار قضایی خود را اعمال می‌کنند و محیطی که در آن کار می‌کنند، پاسخگو هستند:
- ۱- قضات در محکمه‌ای دادرسی می‌کنند که علنی است (در آن به روی مردم باز است).
 - ۲- آنها مشمول تجدید نظر قضایی از سوی مراجع قضایی بالاتر هستند.
 - ۳- آنها مشروط و محدود به قانون اساسی و نظارت بر اساس مفاد قانون اساسی هستند.
 - ۴- آنها قانوناً مکلف به ارائه دلایل تصمیمات خود و اعلام این دلایل هستند.
 - ۵- آنها به موجب قوانین از هر گونه جانبداری و هر گونه طرفداری مشهود و قابل تشخیص ممنوع هستند.
 - ۶- آنها مشمول تحقیق و تفحص از سوی قوه مقننه هستند.
 - ۷- آنها از سوی رسانه‌های جمعی مورد انتقاد قرار می‌گیرند.

- ۸- آنها ممکن است توسط پارلمان جایجا و عزل شوند (یا به وسیله شورای عالی قضایی).
 - ۹- آنها در مقابل قضات همپراز و همکار خود پاسخگو هستند.
- برخی از شاخص‌های ارزیابی استقلال قوه قضاییه و موثر بودن کنترل قضایی عبارتند از:
- ۱- آیا قضات صلاحیت قضایی برای بازنگری قضایی در مورد قانونی بودن تصمیمات حکومت را دارند؟ آیا از این اختیارات استفاده می‌شود؟ آیا این بینش وجود دارد که رفتار خاصی که قوه مجریه اتخاذ می‌کند خصمانه و ترجیحی است؟
 - ۲- آیا قضات به توسعه قضایی در نظام‌های قضایی نظیر خود در جاهای دیگر دسترسی و آگاهی دارند؟
 - ۳- آیا اعضای تشکلهای حرفه‌ای حقوقی (وکلا) برای حمایت از موکلین و مشتریان خود و ترویج یک حکومت عادلانه و شرافتمندانه تحت قانون، از دادگاهها استفاده کافی می‌کنند؟ اگر این طور نیست، آیا دسترسی و مراجعه به دادگاه به قدر کافی ساده و آسان می‌باشد؟ آیا الزامات حقوقی به صورتی غیر ضروری پیچیده نیست؟
 - ۴- آیا انتصاب رئیس قوه قضاییه مستقل از دیگر اجزای حکومت صورت می‌گیرد؟ آیا او تحت تأثیر ملاحظات سیاسی قرار ندارد؟
 - ۵- آیا قضات علیه حکومت بدون ترس و خطر اقدامات تلافی جویانه از قبیل از دست دادن شغل، از دست دادن حمایت و منافع، انتقال به بخش‌های نامناسب و دور افتاده کشور، قضاوت می‌کنند؟
 - ۶- آیا پرونده‌ها بدون تأخیر نامتعارف مورد دادرسی قرار می‌گیرند؟ اگر این طور نیست، این تأخیرها کاهش می‌یابد یا در حال افزایش است؟ آیا صدور رأی به سرعت پس از برگزاری جلسات استماع صورت می‌گیرد؟ آیا تأخیر در اجرای قراردادهای اجرائی دادگاه از قبیل اعلام نوبت استماع وجود دارد؟ آیا تأخیری در تحویل و ابلاغ حکم وجود دارد؟
 - ۷- آیا سیستم ثبت دادگاه قابل اعتماد است؟
 - ۸- آیا مردم می‌توانند به صورت موثر علیه سوء رفتار قضایی شکایت کنند (صرف نظر از تجدید نظرخواهی به صورت رسمی در نظام قضایی)؟^{۳۳}

بند دوم: انصاف رویه‌ای

فرض نخستین این است که مقامات عمومی به هنگام تصمیم گیری مکلف به رعایت اصول انصاف رویه ای هستند. انصاف رویه‌ای در مفهوم ساده آن مشتمل بر مجموعه‌ای از حق‌های آیینی و شکلی است، از جمله: حق برخورداری از فرصت کافی برای آماده کردن پاسخ سؤالات و دفاع مناسب، حق دسترسی به پرونده، فرصت اظهار نظر شفاهی، داشتن فرصت برای فراخواندن و پرسیدن سؤال مستقیم از شهود طرف مقابل و طرف دعوی، حق معرفی وکیل و حق برخورداری از تصمیم بدون جانبداری و پیشداوری (تصمیم بی طرفانه). در اینجا به بررسی مفهوم و لوازم انصاف رویه‌ای در حقوق اداری انگلستان و حقوق اداری فرانسه، در قالب یک مطالعه تطبیقی، خواهیم پرداخت.

³⁴ - Transparency International Source Book, 2000, op.cit., p. 203.

آیین‌های اداری به طور سنتی نقش مهم‌تری در حقوق عمومی در مقایسه با نظام‌های حقوقی قاره‌ای (حقوق نوشته) بازی می‌کند. در حالی که دادگاه‌های بریتانیا از قرن هفدهم، اصول «عدالت طبیعی» را برای کنترل اختیارات اداره طراحی می‌کردند، دادگاه‌های فرانسه بیشتر بر اصول ماهوی بازنگری قضایی و مسئولیت مدنی برای تحقق همان هدف تکیه می‌کردند. دلایل تاریخی، فکری و جامعه‌شناختی زیادی را برای توضیح این تفاوت می‌توان برشمرد.

دو دلیل مهم این تفاوت را در اینجا بررسی می‌کنیم:

نخست اینکه، «آیین‌های اداری»^{۲۵} منعکس‌کننده و متأثر از «آیین‌های دادرسی»^{۲۶} هستند زیرا بخش اعظم آنها ساخته و پرداخته حقوق رویه‌ای^{۲۷} است. در بریتانیا آیین‌های اداری تا حد زیادی از بسط مفهومی اصل «حرف دو طرف را بشنو»^{۲۸} بوجود آمده‌اند که از زمانهای باستان در آیین دادرسی دادگاه‌های عادی به کار می‌رفته است. این آیین رسمی و فنی بسط یافته، برای تصمیم‌سازی اداری نیز مناسب به نظر می‌رسید. در حالی که وضعیت در فرانسه تا حدودی متفاوت بود. حقوق اداری فرانسه تا حد زیادی محصول دادگاه‌های اداری مستقل از دستگاه قضایی است که منشأ آن را می‌توان تا قرن هفدهم دنبال کرد. آیین مورد استفاده در دادگاه‌های اداری، و در رأس آنها شورای دولتی، منطبق و متأثر از اصل «تناقض»^{۲۹} است. این اصل بیان موجزی از ایده اصلی «حرف دو طرف را بشنو» است ولی اصل تناقض در مجموع تفتیشی‌تر^{۳۰} و غیررسمی‌تر^{۳۱} است و در مقایسه با آیین دادرسی قضایی در انگلستان، بیشتر مبتنی بر دلایل مکتوب است. این تمایز میان آیین‌های دادرسی قضایی در کشورهای انگلستان و فرانسه می‌تواند توسعه آیین‌های اداری متفاوت در این کشور را توضیح دهد.

دوم اینکه، منطبق حاکم بر حق‌های رویه‌ای^{۳۲} بر گستره و محتوای آنها در عمل تأثیر می‌گذارد. در فرانسه ارزش آیین (قواعد شکلی) بطور کلی مطوف و متمرکز بر نتایج صحیح حاصل از آن است. براساس این منطق، آیین و قواعد شکلی منحصرأ ارزش ابزاری دارند. بنابراین در فرانسه تصمیمی که به دلیل یک خطای شکلی سست شده است، «فقطاً» در صورتی توسط دادگاه ابطال می‌شود که آن خطا منجر به ایجاد تفاوتی واقعی در ماهیت تصمیم، شده است. در مقابل، نویسندگان حقوقی و دادگاه‌ها در نظام حقوق عرفی منطبق ابزاری را در رابطه با قواعد شکلی نپذیرفته‌اند. آیین‌ها و قواعد شکلی علاوه بر اینکه ابزاری برای نائل شدن به نتایج حقوقی صحیح هستند، مشارکت دموکراتیک، منزلت انسانی^{۳۳} و خودسالاری^{۳۴} را تقویت و ترویج می‌کنند. در نتیجه، تصمیمی که

35- Administrative procedures.

36- Judicial procedures.

37- Case law.

38- audi alterem Partem.

39- Contradiction (Contradictoire).

40- Inquisitorial.

41- Informal.

42- Procedural rights.

43- dignity.

44- autonomy.

به دلیل خطای شکلی اعتبار حقوقی خود را از دست داده است معمولاً در بازنگری قضایی بدون نیاز به اثبات رابطه سببی (علی و معلولی) میان قاعده شکلی و ماهیت دعوی، ابطال می‌شود. به رسمیت نشناختن منطق ابزاری در برتانیا می‌تواند توضیح دهد که چرا هنوز هم گستره حق‌های رویه‌ای در انگلیس وسیع‌تر از فرانسه است. تفاوت میان رویکرد دادگاه‌ها در کنترل قضایی اداره تا اندازه‌ای در طول قرن بیستم کاهش یافته است. دادگاه‌های بریتانیا ارتقاء و یافتن اصول ماهوی بیشتری را آغاز کرده‌اند و از سوی دیگر حمایت آیینی از سال ۱۹۷۸ با تصویب مجموعه قوانین راجع به استماع، الزام به ارائه دلایل و دسترسی به پرونده‌ها در فرانسه توسعه یافته است. اما کماکان تفاوت‌های مهمی هم از نظر مفهومی و هم از نظر ماهیت حق‌های رویه‌ای باقی مانده است، که به اختصار در ادامه بیان می‌شوند.

منابع حمایت آیینی (رویه‌ای - شکلی): منابع حمایت رویه‌ای در فرانسه و انگلستان تا حد زیادی مشابه هستند، با این همه اهمیت هریک از منابع نسبت به دیگری در عمل متفاوت است. در هر دو نظام اصول کلی حقوقی منبعث از رویه قضایی، منبع اولیه محسوب می‌شوند. در حقوق انگلیس، حمایت رویه‌ای منبعث از دو اصل عدالت طبیعی است که حامی یکدیگر هستند (اصل حرف دو طرف را بشنو و اصل هیچ کس نمی‌تواند قاضی اعمال خود باش^{۴۵}) که در حال حاضر به عنوان اصل انصاف رویه‌ای شناخته می‌شوند. البته در نهایت روشن نیست که «عدالت طبیعی» و «انصاف رویه‌ای» دو اصطلاح مترادف هستند یا اینکه عدالت طبیعی حاکی از سطح بالاتری از حمایت قابل اعمال در حوزه‌های مشخص، در مقایسه با انصاف است. در فرانسه در عمل دو اصل هم تراز یکی با عنوان «حق‌های دفاع»^{۴۶} و دیگری با عنوان «بی طرفی»^{۴۷} شناخته شده هستند (لازم به ذکر است که اصل بی طرفی با اصل *Parallélisme des Formes et procédures* در حقوق فرانسه تکمیل شده است). اصل فرانسوی حق دفاع ریشه در قانونگذاری قرن نوزدهم و حقوق رویه قضایی مربوط به تدابیر انضباطی کارمندان دولت دارد. قواعد شکلی بسط یافته در این زمینه از دهه ۱۹۳۰ به سوی شکل گیری یک اصل کلی غیرمردون گسترش یافته و نهایتاً در سال ۱۹۲۴ در پرونده *Ms Trompier-Gravier* استقرار یافته است.

اصول کلی انصاف رویه‌ای، به وسیله قوانین آیینی خاص در حوزه‌هایی مانند مهاجرت، رفاه اجتماعی، برنامه - ریزی شهری و صدور مجوز تکمیل شده‌اند. افزایش اهمیت این آیین‌ها هم در حقوق انگلیس و هم در حقوق فرانسه مورد تأیید قرار گرفته است. در فرانسه و در بریتانیا الزامات آیینی مقرر شده به وسیله قوانین موضوعه بر دیوانه‌های اداری و هیئت‌های تحقیق نیز اعمال می‌شوند. مسئله مهم‌تر این است که قانون فرانسوی مصوب ۱۱ جولای ۱۹۷۹ حق مطالبه ارائه دلیل، نسبت به همه تصمیمات اداری اتخاذ شده به وسیله دولت و مقامات محلی را اعطا کرده است و در فرمان اداری ۱۹۸۳ حق دادن اخطار و فراهم کردن فرصت استماع دفاعیات^{۴۸} به آنهایی که از تصمیمات دستگاه‌های اداری دولت متأثر شده‌اند، شناسایی و مقرر شده است.

⁴⁵ - nemo iudex in re sua.

⁴⁶ - rights of the defence (droits de la defense).

⁴⁷ - impartiality (impartialité).

⁴⁸ - right to notice and hearing.

دامنه اصول کلی انصاف رویه‌ای؛ اولین پرسش در این زمینه این است که چه «منافی»^{۴۹} مورد حمایت انصاف رویه‌ای هستند. در این زمینه شباهت‌هایی میان حقوق انگلیس و فرانسه وجود دارد و البته تفاوت‌های مهمی نیز وجود دارد. دادگاه‌های انگلیس میان «حق‌ها» و «منفعت‌ها» تفاوت قائل هستند. از نظر سنی، اینگونه فرض می‌شود که تصمیمی که بر یک حق قانونی^{۵۰} تأثیر می‌گذارد باید از انصاف رویه‌ای تبعیت کند. اما مفهوم حق‌ها هیچگاه به روشنی تعریف نشده است و در حال حاضر پذیرفته شده است که تصمیمی که بر یک منفعت حیاتی^{۵۱} (و نه یک منفعت ناچیز و پیش پا افتاده) تأثیر می‌گذارد نیز بایستی از انصاف رویه‌ای تبعیت نماید. دادگاه‌های فرانسه هیچگاه در رابطه با آیین‌های اداری، میان حق‌ها و دیگر منفعتهای تفکیک قائل نشده‌اند و نویسندگان فرانسوی نیز سعی نکرده‌اند به دقت تعریف و تعیین کنند که چه منفعتهایی در عمل مورد حمایت قرار می‌گیرند. تصمیمی که تأثیر ناخوشایندی^{۵۲} بر «موقعیت»^{۵۳} یک شخص داشته باشد باید از اصل «حق‌های دفاع»^{۵۴} پیروی کند (شایان ذکر است که در حقوق اتحادیه اروپا نیز تفکیکی میان حق‌ها و منفعتهای در نظر گرفته نشده است و حق‌های دفاع زمانی اعمال می‌شوند که یک تصمیم تأثیر نامطلوبی بر منافع بگذارد). مطالعه رویه قضایی و سپس آثار حقوقی نشان می‌دهد که حق‌هایی که در فرانسه (و اتحادیه اروپا) به وسیله اصول «حق‌های دفاع» مورد حمایت قرار می‌گیرند در عمل تفاوت زیادی با «حق‌ها و منافع» مورد حمایت انصاف رویه‌ای در بریتانیا ندارند. مجموعه‌ای از منفعتهای اصلی مشخصی وجود دارند که تحت عناوین مختلف اعم از حق، منفعت و موقعیت (وضعیت) مورد حمایت قرار می‌گیرند که به ویژه شامل اموال و مالکیت،^{۵۵} آزادی (اختیار)،^{۵۶} مصونیت از مجازات،^{۵۷} معیشت^{۵۸} و شهرت (اعتبار و حیثیت)^{۵۹} هستند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

49- types of interests.

50- Legal rights.

51- Substantial.

52- adversely.

53- situation.

54- droits de la defense.

55- property.

56- liberty.

57- immunity from penalties.

58- livelihood.

59- reputation.

بنابراین تصمیمی که بر یک یا چند مورد از این منافع با شدت معینی تأثیر می‌گذارد معمولاً مستلزم «اعلام قبلی»^{۶۰} و برخی از اشکال «استماع»^{۶۱} در حقوق انگلیس و فرانسه (و اتحادیه اروپا) می‌باشد. همچنین به نحو روزافزونی پذیرفته شده است که حمایت رویه‌ای در مواردی نیز لازم است که یک تصمیم، دارای جنبه‌های مالی مهمی^{۶۲} باشد حتی اگر معیشت مخاطبان آن تصمیم در معرض تهدید نباشد. تا اینجا مشخص شد که قلمرو حمایت رویه‌ای در نظام‌های حقوقی انگلیس و فرانسه همانند هستند.

اما یک تفاوت بسیار مهم میان انگلیس و فرانسه وجود دارد. دادگاه‌های انگلستان پذیرفته‌اند که تصمیمی که بر انتظارات موجه^{۶۳} یک شخص تأثیر می‌گذارد، باید انصاف رویه‌ای را رعایت کند. انتظارات، با حق‌ها و منفعته‌ها تفاوت دارند. انتظارات مبتنی بر برخی دلالت‌ها (بازنمودها و نمایاندن‌ها)^{۶۴} یا رفتارهای اداری هستند و در واقع این‌ها بیش از آنکه انتظار باشند، دلالت و بازنمود هستند، یا اینکه مقیاس^{۶۵} یا زمینه^{۶۶} تصمیم هستند که تحمیل انصاف رویه‌ای را توجیه می‌کنند. در فرانسه (و حقوق جامعه اروپا) نموده‌ها به عنوان یکی از منابع حمایت رویه‌ای به رسمیت شناخته نشده‌اند. تصمیمی که به خودی خود تأثیر نامطلوبی بر منافع یک شخص نداشته باشد اما در تعارض با انتظاری باشد که از اظهار یا رفتار اداره پدید آمده است، مستلزم رعایت تضمینات انصاف رویه‌ای نیست. فقدان مفهومی به نام «انتظارات موجه شکلی» در فرانسه (و جامعه اروپا) بر حمایت واقعی از انتظارات تأثیر گذاشته است.

تحول تاریخی حقوق انگلیس در زمینه مفهوم انتظارات موجه عمیقاً به تفکیک میان تصمیماتی که بر حق‌ها تأثیر می‌گذارد و بنابراین مستلزم رعایت الزام رویه‌ای است و سایر تصمیمات، مرتبط است. تعدادی از آراء قضایی صادره در اوایل قرن بیستم، به روشی شکلی، از یک سو میان وظایف اداری و وظایف قضایی و از سوی دیگر میان حق‌ها و امتیازها^{۶۷} قائل به تفکیک شده‌اند. این تفکیک منجر به محدود شدن قلمرو انصاف رویه‌ای شد. تصمیماتی که توسط اداره با اتکا به صلاحیت‌های تخییری اتخاذ می‌شدند غالباً مشمول حمایت‌های رویه‌ای در نظر گرفته نبودند. اعمال محدودیت بر انصاف رویه‌ای تا حدودی و نه کاملاً، در سال ۱۹۶۴ در پرونده *Rifge v. Baldwin* که نقطه عطفی در این زمینه محسوب می‌شود مردود اعلام شد. مفهوم انتظارات موجه به عنوانی پُلی برای پر کردن فاصله‌ای که بر مبنای این تفکیک سنتی بوجود آمده بود، پدیدار شد.

پذیرایی مفهوم انتظارات موجه به سال ۱۹۶۹ و پرونده معروف *Schmidt* باز می‌گردد که طی آن یک دانشجوی خارجی شکایتی را برای بازنگری قضایی تصمیم مقام اداری مبنی بر رد تقاضایش برای تمدید مجوز موقت اقامت در بریتانیا، تسلیم کرده بود. لرد دنینگ ضمن رد این ادعای وی که باید برای او امکان دفاع (استماع)

⁶⁰- notification.

⁶¹- hearing.

⁶²- Serious financial implications.

⁶³- Legitimate expectations.

⁶⁴- representation.

⁶⁵- scale.

⁶⁶- context.

⁶⁷- privileges.

فراهم می‌شد، به عنوان یک اظهار نظر فرعی،^{۶۸} اعلام کرد وضعیت می‌توانست متفاوت باشد در صورتی که مجوز اقامت، پیش از انقضای آن باطل می‌شد. در این صورت برای دانشجوی مزبور می‌توانست یک انتظار مواجه ایجاد شود، انتظاری که شایسته برخورداری از حمایت رویه‌ای بود. این اظهار نظر کاملاً متناسب با سیاق انصاف رویه‌ای است. در این اظهار نظر هنوز تردید وجود داشت که آیا انصاف رویه‌ای می‌تواند برای ابطال برخورداری از چنین اختیار گزینشی مورد استناد قرار گیرد. لرد دنینگ بدون زیر پا گذاشتن مرزهای اصل «پیروی از رویه قضایی»^{۶۹} نمی‌توانست اینگونه رأی صادر کند که تصمیمات مبتنی بر اختیار گزینشی بطور کلی مشمول انصاف رویه‌ای هستند. پس روشن است که او مفهوم انتظارات موجه را به عنوان دستاویزی انعطاف پذیر معرفی کرده است که اجازه گسترش انصاف رویه‌ای به حوزه‌هایی را می‌دهد که پیش از آن به وسیله مفهوم «حق‌ها» پوشش داده نشده بودند.

در فرانسه و (جامعه اروپا) دادگاه‌ها هیچگاه تفکیک دقیقی میان حق‌ها و امتیازات در رابطه با انصاف رویه‌ای مطرح نکرده‌اند. همانگونه که توضیح داده شد، حمایت‌های رویه‌ای با «منفعت» در مفهوم موسع آن مرتبط بود. در واقع حتی در حقوق اروپایی این دیدگاه پذیرفته شده است که تصمیمات متخذه با استفاده از اختیارات گزینشی گسترده، بایستی بیشتر مشمول حمایت رویه‌ای باشند (و نه کمتر). بنابراین دادگاه‌های فرانسه (و جامعه اروپا) نیازی به انتظارات موجه به عنوان «ابزاری» برای توسعه قلمرو اصول رویه‌ای نداشتند. این واقعیت می‌تواند توضیح دهد که چرا مفهوم «انتظار موجه شکلی»^{۷۰} در رویه قضایی این دادگاه‌ها پدیدار نشده است. در کشورهای عضو جامعه اروپا نیز مفهوم انتظارات موجه شکلی به میزان وسیعی به رسمیت شناخته نشده است.

چگونه یک تصمیم می‌تواند شدیداً بر منفعت تأثیر بگذارد؟ دومین پرسش این است که چگونه یک تصمیم باید بر منفعت به رسمیت شناخته شده یک شخص «شدیداً» تأثیر بگذارد تا از تضمینات رویه‌ای برخوردار گردد. نگاهی سطحی به حقوق انگلیس و فرانسه نشان می‌دهد که نظامهای حقوقی موصوف به میزان قابل ملاحظه‌ای در این زمینه با یکدیگر تفاوت دارند. در حقوق انگلستان که در آن سؤال از شدت هیچگاه به روشنی از ماهیت منفعت تحت تأثیر قرار گرفته، قابل تمیز نیست، انصاف رویه‌ای در صورتی اعمال می‌گردد که یک تصمیم «به طور جدی»^{۷۱} یا «عمیقاً»^{۷۲} بر یک حق یا منفعت مورد حمایت حقوقی تأثیر بگذارد. عبارت بندی استفاده شده در مورد این مفاهیم در فرانسه (و حقوق جامعه اروپا) بیش از انگلستان سرسری است. براساس مفاد پرونده *Cruse* که به آن زیاد استناد می‌شود، اصل فرانسوی «حق دفاع» زمانی اعمال می‌گردد که تأثیر یک تصمیم بر منفعت یک شخص به میزان کافی جدی^{۷۳} باشد (در حقوق جامعه اروپا حق دفاع در صورتی قابل استناد است که یک تصمیم بر منفعت یک شخص «به میزان قابل توجهی»^{۷۴} تأثیر نامطلوب بر جای بگذارد).

68- *Obiter*

69- *stare decisis*.

70- *procedural legitimate expectation*.

71- *gravely*.

72- *vitally*.

73- *sufficiently seriously (suffisamment grave)*.

74- *significant extent*.

مقایسه نتایج حاصل از پرونده‌های قضایی نشان می‌دهد که صرف‌نظر از عبارت پردازی‌های متفاوت، «شرط شدید بودن» به صورت بسیار متفاوت اعمال نمی‌گردد. به عنوان مثال در حالی که لغو یک تصمیم مساعد، از قبیل یک کمک مالی تقریباً زیاد، معمولاً هم در انگلیس و هم در فرانسه (و هم در جامعه اروپا) به عنوان یک تأثیر شدید و قابل توجه ارزیابی می‌شود. رد درخواست متقاضیان دریافت پروانه یا کمک‌های مالی معمولاً در نظام‌های حقوقی فوق‌الذکر از حمایت رویه‌ای برخوردار نیستند. فراهم کردن امکان استماع فقط در مواردی لازم است که رد آن می‌تواند منجر به لکه دار شدن اعتبار یک شخص شود، چنین حالتی به عنوان نمونه می‌تواند در صورتی حادث شود که درخواست متقاضی تمدید یک کمک مالی، موقعیت یا پروانه به دلیل سوء رفتار یا قصور وی در ایفاء وظایف خود به شیوه‌های قابل قبول، پذیرفته نشود و یا اینکه متقاضی موضوعات بسیار فنی و پیچیده‌ای را مطرح می‌کند که در آن زمینه دانش حرفه‌ای و تخصص دارد.

شرط اضافی^{۷۵} آخرین پرسش، به شرط اضافی مربوط می‌شود که قلمرو حمایت‌های رویه‌ای را محدود می‌کنند. در این زمینه، نظام‌های حقوقی انگلستان و فرانسه به میزان قابل ملاحظه‌ای متفاوت هستند. در حقوق معاصر انگلیس (و جامعه اروپا) حمایت رویه‌ای در صورتی اعمال می‌گردد که یک تصمیم، تأثیر شدید و مهمی بر منافی که قانوناً به رسمیت شناخته شده‌اند، اثر بگذارد.

در حقوق فرانسه، این امر لازم است ولی کافی نیست که یک تصمیم، تأثیر نامطلوبی بر منافع یک شخص داشته باشد بلکه حمایت‌های رویه‌ای مشروط به «انگیزه‌های» (اغراض و محرک‌های) تصمیم گیرندگان نیز می‌باشد. حق‌های رویه‌ای^{۷۶} فقط در صورتی اعمال می‌گردند که تصمیم مربوطه، بر اساس ارزیابی از شخص متأثر از تصمیم و یا رفتار اوتخاذ شده باشد،^{۷۷} این شامل مجازات‌ها و تنبیهات^{۷۸} اداری می‌شود ولی تصمیماتی را که صرفاً براساس یک «معیار عینی»^{۷۹} و صرف‌نظر از شخص متأثر از تصمیم، اتخاذ می‌شوند، به ویژه در رابطه با حمایت از ایمنی، نظم و بهداشت عمومی (تدابیر پلیس عمومی)^{۸۰} در بر نمی‌گیرد. به عنوان مثال شورای دولتی در پرونده Tigrini اعلام کرده است که تقاضای دریافت مجوز کیوسک در بازار، می‌توانسته بدون فراهم کردن فرصت دفاع (استماع) رد شود زیرا ادعا شده است که رد تقاضا، بطور کلی برای حفظ نظم عمومی بوده و ربطی به رفتار ناشایست متقاضی نداشته است. شرط فوق‌الذکر در حقوق فرانسه هم دلایل تاریخی و هم مبنای منطقی دارد. نخست اینکه اصل «حق‌های دفاع» (حق‌های رویه‌ای) ریشه در حقوق انضباطی مستخدمین دولت دارد و همین امر منجر به ظهور این ایده شده است که قلمرو این حق‌ها محدود به تدابیری می‌شوند که با مجازات‌های انضباطی شباهت دارند و قابل مقایسه هستند. دوم اینکه این باور عمیقاً در سنت حقوق فرانسه استقرار یافته است که اداره باید قدرت و اختیار لازم را برای تأمین نظم، ایمنی و بهداشت عمومی^{۸۱} داشته باشد. اجرای سریع و موثر این

75- additional conditions.

76- procedural rights (droits de la defense).

77- mesures prises en consideration de la personne.

78- sanctions (sanction).

79- objective criteria,

80- mesures de police administrative.

81- L'ordre public.

وظیفه با اعمال حق‌های رویه‌ای جور در نمی‌آید. ثالثاً احتمال دستیابی به نتیجه مناسب از استماع در صورتی بالا می‌رود که مبتنی بر اوضاع و احوال خاص شخص متأثر از تصمیم باشد و نه بر پایه منافع عمومی، بنابراین در فرانسه استماع فقط در صورتی الزامی است که تصمیم گیرنده بر پایه اوضاع و احوال شخصی تصمیم‌گیری کرده باشد.

محتوای حمایت‌های رویه‌ای: محتوای حمایت رویه‌ای بستگی به توازن میان تعدادی از عوامل دارد، بنابراین بی‌نهایت انعطاف پذیر است. در میان این عوامل اهمیت نسبی منفعت شخصی متأثر از تصمیم و هزینه اداری رعایت رویه‌های ذیربط، اهمیت خاصی دارند. عوامل دیگر از قبیل محرمانه بودن، امنیت ملی، وضعیت فوق‌العاده (اضطراری - فوری)، ماهیت بدوی و نهایی تصمیم، و سیاق قانون موضوعه، بر محتوای حمایت رویه‌ای تأثیر می‌گذارد، اما امکان تجزیه و تحلیل تفصیلی این عوامل در اینجا وجود ندارد.^{۸۲}

گفتار چهارم: رویکردهای نوین و شبکه پاسخگویی

بند اول: آیین‌های اداری و دکتترین «اداره خوب»

دکتترین «اداره خوب»^{۸۲} یا «خوب اداره کردن» که به عنوان یک رویکرد جدید، بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوق اداری معاصر را تحت تأثیر قرار داده است، به «آیین‌های اداری»^{۸۳} و چگونگی بکارگیری «اختیارات گزینشی» در فرآیند تصمیم‌گیری توسط مقامات اداری مربوط می‌شود. آیین‌های اداری مسیری را ترسیم می‌کنند که مقامات اداری برای تصمیم‌گیری در مورد یک پدیده عمومی، با استفاده از اختیارات گزینشی که قانون به آنها تفویض کرده است، اجرای تصمیمات اتخاذ شده و همچنین حل و فصل اختلافات ناشی از تصمیمات موصوف، بایستی طی نمایند. به طور خلاصه براساس ایده «اداره خوب» تصمیمات اداری باید مستدل بوده و مقام تصمیم‌گیرنده مکلف است که با ارائه دلایل و مستندات کافی، تصمیمات خود را توجیه کند.^{۸۴} و همچنین شهروندان حق مشارکت^{۸۵} در جریان تصمیماتی را دارند که حقوق، آزادیها و منافع آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در رابطه با آیین‌های اداری سه سؤال اصلی قابل طرح است:

- ۱- کارکرد آیین‌های اداری چیست؟ به عبارت دیگر چرا مقامات عمومی باید وقتی که در رابطه با مسائل عمومی تصمیم می‌گیرند از این آیین‌ها پیروی کنند؟
- ۲- آیا مدون کردن فرآیندهای اداری در قالب قوانین و مقررات، ایده خوبی است؟ اگر خوب است چگونه می‌توان آیین‌های اداری را به بهترین شکل مدون ساخت؟
- ۳- چه مرجعی باید آیین‌های اداری را مدون و تنظیم کند؟

⁸²- Soren J. Schonberg, "Legitimate Expectations in Administrative Law", Oxford University Press, 2000, pp. 32-41.

⁸³- Good Administration. (مدیریت مطلوب)

⁸⁴- Administrative Procedures.

⁸⁵- Duty to giving reasons.

⁸⁶- Citizen's Participation.

در اینجا باید میان کارکردهای غیرابزاری^{۸۷} و کارکردهای ابزاری^{۸۸} آیین‌های اداری تفکیک قائل شویم:
الف - کارکردهای غیرابزاری: آیین‌های اداری نقش خود را مستقل از پیامدهای ناشی از تصمیم نهایی، ایفا می‌کنند. این کارکردها عبارتند از:

- ۱- حمایت از کرامت شخصی^{۸۹} (رویکرد کرامت محور که به ایده‌های کانت مربوط می‌شود).
- ۲- تقویت مشارکت شهروندان (تا حدودی به نظریه دموکراسی مفاهمه‌ای^{۹۰} که هابرماس مطرح می‌کند پیوند می‌خورد)؛
- ۳- ایجاد شفافیت^{۹۱} و پاسخگویی^{۹۲}، و
- ۴- تقویت موجه سازی^{۹۳}.

بدین ترتیب، آیین‌های اداری، فقدان توجه منطقی^{۹۴} ناشی از عدم تعیین تکلیف قانونی در مورد یک پدیده را به هنگام تصمیم‌گیری در قلمرو اختیارات گزینشی، با عرضه و تأمین یک توجه بیرونی^{۹۵} مبتنی بر دموکراتیک‌تر کردن و بهتر کردن کیفیت پیامدهای تصمیم‌گیری، جبران می‌کند.

ب - کارکردهای ابزاری: از این منظر، آیین‌های اداری، درستی تصمیمات و پیامدهای ناشی از آنها را تضمین می‌کنند. آیین‌های اداری برای موارد زیر مفید هستند:

- ۱- حمایت از حقا و منفعتها (بنابراین آیین‌های اداری به عنوان یک سپر حقوقی عمل می‌کنند)، و
- ۲- تقویت «خوب اداره کردن» و در نتیجه، ارتقاء کیفیت تصمیمات نهایی وقتی که در تصمیم‌گیری اداری از اختیارات گزینشی استفاده می‌شود.

برای شناخت نقش آیین‌های اداری در رابطه با کیفیت تصمیمات یعنی تقویت «خوب اداره کردن»، ضروری است که در اینجا اختیار گزینشی تعریف شود.

اختیار گزینشی معمولاً متضمن دو مفهوم مشترک است: انتخاب^{۹۶} و منفعت عام^{۹۷}. صاحب نظران توافق دارند که «اختیار گزینشی»^{۹۸} به این معنی است که قانون به مقام اداری اجازه می‌دهد^{۹۹} که از میان گزینه‌های متعدد قانونی،^{۱۰۰} با توجه به معیارهای غیرحقوقی،^{۱۰۱} دست به انتخاب بزند. این انتخاب متضمن برقراری توازن میان

87- noninstrumental.

88- Instrumental.

89- Personal dignity.

90- Deliberative democracy.

91- Transparency.

92- Accountability.

93- Legitimacy.

94- Formal rationality.

95- Legal predetermination.

96- Choice.

97- General interest.

98- Discretion.

99- Empowered by law.

100- Several legal Possibilities.

101- Nonjuridical criteria.

منافع عمومی و خصوصی^{۱۰۲} با استفاده از ارزش‌های فراحقوقی^{۱۰۳} در جهت تعیین یک «منفعت عام» است که به وسیله قوانین موضوعه تعیین نشده است.^{۱۰۴}

بنا به تعریف پیشنهادی کمیته وزرای اتحادیه اروپا: «اختیارات گزینشی به عنوان اختیاری که به یک مقام اداری درجه‌ای از آزادی عمل^{۱۰۵} را برای تصمیم‌گیری واگذار می‌کند، مقام اداری را مجاز می‌سازد که میان تصمیمات متعدد مجاز و قانونی، تصمیمی را که از نظر او مناسب‌تر است اتخاذ نمایند».^{۱۰۶}

جوهر اختیارات گزینشی، یعنی انتخاب از میان گزینه‌های متعدد، در حقوق اداری سنتی مفهومی زاید تلقی می‌شد و به آن پرداخته نمی‌شد مگر برای محدود کردن مرزهایی که اختیارات گزینشی نباید به آنها تجاوز کند. به علاوه در رویکرد سنتی، انتخاب کردن، موضوعی است که به سیاستگذاری مربوط می‌شود و یک موضوع حقوقی نیست. در انگاره‌های سنتی، حقوق اداری، در میان سایر موضوعات، فراهم‌کننده نوعی از دفاع برای افراد و سپری در مقابل تصمیمات خودسرانه و دلبخواهانه^{۱۰۷} است. از این منظر، جایی که قانون پایان می‌پذیرد، خودکامگی آغاز می‌شود،^{۱۰۸} و تنها حمایت موثر در مقابل خودکامگی بازنگری قضایی^{۱۰۹} است. بنابراین، حقوق اداری سنتی، به طور خاص علاقه‌ای به کیفیت تصمیم‌گیری براساس ایده «خوب اداره کردن» ندارد بلکه توجه آن معطوف به بازنگری قضایی تصمیمات غیرقانونی برای حمایت از شهروندان در مقابل خودسری‌های مقامات عمومی است. این یک رویکرد سلبی است به این مفهوم که رهیافتی علیه خودکامگی و تصمیم‌گیریهای دلبخواهانه و متلوانانه، بدون توجه به «اداره خوب» یعنی کیفیت و درستی تصمیمات اداری می‌باشد. این رویکرد را می‌توان به دیدگاه Rawling و Harlow که با استعاره نظریه‌های «چراغ قرمز»^{۱۱۰} بیان شده است مربوط دانست.^{۱۱۱} این رویکرد تا مدت‌ها در اغلب کشورهای اروپایی رایج بود و براین اساس «اصل قانونی بودن»^{۱۱۲} همچون یک بت پرستیده می‌شد.

اما رویکردی جدید در سرتاسر اروپا و ایالات متحده رشد کرده است. این رویکرد جدید به «کیفیت تصمیمات» توجه دارد. این رویکرد به ویژه در ایالات متحده به خوبی استقرار یافته است. براساس این رویکرد، برخلاف رویکرد سنتی، انتخاب بر مبنای اختیارات گزینشی، به خودی خود به حقوق اداری پیوند می‌خورد، زیرا به تصمیمات خوب (درست) و خوب اداره کردن ارتباط پیدا می‌کند. این مهم است که تصمیماتی که مدیریت دولتی

¹⁰²- Balancing public and private interests.

¹⁰³- Extera legal values.

¹⁰⁴- Ponce Juli, "Good Administration and Administrative Procedures", Global Legal Studies, 552, 2005, pp. 551-553.

¹⁰⁵- Some degree of latitude.

¹⁰⁶- Recommendation of the commission of Ministers No. R(80)2 concerning the Exercise of Discretionary Power by Administrative Authorities, 316th Mtg, 11 March 1980.

¹⁰⁷- arbitrary decisions.

¹⁰⁸- Where Statute ends, tyranny begins.

¹⁰⁹- Judicial Review.

¹¹⁰- Red-Light.

¹¹¹- Harlow Carol, & Rawlings, Richard, "Law and Administration", 1997, p. 29.

¹¹²- Principles of legality.

انتخاڏ مى‌کند، هم قانونى و هم صحيح باشد و ادله کافى از آن پشتيبانى کند. اهميت آن از اين جهت است که مردم خواهان چنين تصميمات خوب و درستى هستند و مى‌خواهند در فرآيند تصميم گيريهائى که بر آنها اثر مى‌گذارد مشارکت داشته باشند، تصميماتى از قبيل آزادراهى که قرار است ساخته شود يا نيروگاه اتمى که بايد تاسيس گردد.^{۱۱۳} همانگونه که Braibant به خوبى بيان کرده است: «حتى وقتى که مقامات عمومى مجاز به انجام دادن کارى هستند که به انجام دادن آن تمايل دارند، آنها نمى‌توانند هر کارى را انجام دهند».^{۱۱۴} به عبارت ديگر بکارگيرى و اعمال مناسب اختيارات، مورد توجه حقوق عمومى است و بکارگيرى مناسب اختيارات گزينشى با ايده «خوب اداره کردن» تعريف مى‌شود. اين مفهوم به عنوان يک فن حقوقى^{۱۱۵} معناى مخصوصى دارد.

اما «اداره خوب» چيست؟ به عنوان يک ايده مقدماتى، مى‌توانيم بگوئيم که اداره خوب در نقطه مقابل «اداره بد» يا «بد اداره کردن» است. اما «اداره بد» چيست؟ براى تعريف اداره بد مى‌توانيم به نظام حقوقى بریتانیا مراجعه کنیم زیرا «نهاد ناظر بریتانیا»^{۱۱۶} از دهه ۱۹۶۰ با آن جنگيده است. در نظام حقوقى بریتانیا تعريفى از اداره بد ارائه نشده است. با اين همه، فهرستى از ویژگی‌هاىی که بد اداره کردن شامل آنهاست، در Crossman's catalogue آمده است که عبارتند از: «چابدارى، اهمال، بى توجهى، تاخير، بى لياقتى، بى عرضگى، انحراف، فساد، خودسرى و مانند اينها».^{۱۱۷} نهاد ناظر فعاليت خود را بر اين متمرکز کرده است که مقام ادارى پيش از بکارگيرى اختياراتش، از آيين‌هاى درستی پيروي کند. براين اساس، بد اداره کردن (سوء مدیریت) بيشتر به عيوب و نواقص موجود در آيين‌هاى ادارى ارتباط پيدا مى‌کند نه به ماهيت^{۱۱۸} تصميمات. بنا به تعريف نهاد ناظر اروپايى،^{۱۱۹} «بد اداره کردن زمانى واقع مى‌شود که يک نهاد عمومى، در اقدام منطبق با يک قاعده يا اصلى که مکلف به اعمال آن است، کوتاهى مى‌کند».^{۱۲۰}

برای تعريف «خوب اداره کردن» تلاش‌هاىی در برخى از نظامهاى حقوقى اروپايى از جمله در قانون اساسى ۱۹۴۷ ایتالیا (ماده ۹۷) و قانون اساسى ۱۹۷۸ اسپانيا (ماده ۳۱ و ۱۰۳) و همچنين در برخى از اسناد و گزارشهاى سازمانهاى غيردولتى از قبيل کميته عدالت^{۱۲۱} در بریتانیا به عمل آمده است. به موجب قانون اساسى ۱۹۴۷ ایتالیا، سازمانهاى ادارى ایتالیا بايد به نحوى سازماندهى شوند که به اداره کردن بى طرفانه و خوب^{۱۲۲} آنها منتهى شود. دادگاه قانون اساسى اعلام کرده است که «تکليف به خوب اداره کردن»^{۱۲۳} قانونگذار را مکلف مى‌کند که ساختار ادارى مطلوب و آيين‌هاى مناسبى را براى اجراى وظائف ادارى طراحي کند. به عبارت ديگر اين اصل دستگاه

¹¹³ - Juli Pone, op.cit., p. 554.

¹¹⁴ - Sieur Lambert, Braibant's Conclusions, "CE", 27 L'Actualité Juridique: Droit Administratif, 1972, p. 53.

¹¹⁵ - Legal technique.

¹¹⁶ - British Ombudsman.

¹¹⁷ - www.ombudsman.org-uk/foi/ps2b-iv-maladmin.htm (2005).

¹¹⁸ - Merits.

¹¹⁹ - European Ombudsman.

¹²⁰ - The European Ombudsman, Annual Report for 1997, p. 23.

¹²¹ - Committee of Justice.

¹²² - Buon andamento.

¹²³ - Buona amministrazione.

اداری را به اتخاذ تصمیمات درست (بی عیب و نقص، سلیم، محکم، مستدل و قابل اعتماد) با تکیه بر جمع آوری و استنباط از اطلاعات لازم و برقراری موازنه میان عوامل مرتبط در هر مورد، ملزم می‌کند. به موجب قانون اساسی ۱۹۷۸ اسپانیا مقام اداری باید با واقع بینی و به صورت بی طرفانه و با رعایت «اصول کارآمدی، اثربخشی، اقتصادی بودن و هماهنگی» اقدام نماید؛ به علاوه «ممنوعیت خودسری» نیز در قانون اساسی اسپانیا پیش بینی شده است.^{۱۲۴}

به علاوه در حقوق جامعه اروپا نیز حداقل هفت سند را می‌توان یافت که به این موضوع توجه نشان داده‌اند.^{۱۲۵} در نهایت تمامی این تلاشها در حال حاضر در ماده ۴۱ منشور حق‌های بنیادین جامعه اروپا،^{۱۲۶} به عنوان «حق بر اداره خوب»، تجلی پیدا کرده است:

حق بر اداره خوب

۱) هر شخصی حق دارد که امور مربوط به وی بی طرفانه، منصفانه و در یک زمان متعارف به وسیله نهادها و سازمانهای اتحادیه انجام شود.

۲) این حق شامل موارد زیر می‌شود:

• حق هر شخص به شنیده شدن دیدگاهها و دفاعیاتش، پیش از آنکه تدبیر خاصی که بر او تأثیر منفی می‌گذارد، اعمال گردد؛

• حق هر شخص برای دسترسی به پرونده‌اش، با رعایت ملاحظات موجه قانونی برای محرمانه ماندن اسناد، و حفاظت از اسرار حرفه‌ای و تجاری.

• تکلیف اداره به ارائه دلایل تصمیماتش.

۳) هر شخصی حق دارد که جامعه [اروپا] خساراتی که از اقدام نهادها یا کارمندان آن در اجرای وظایفشان به او وارد شده را مطابق با اصول عام و مشترک قوانین کشورهای عضو، جبران کند.

۴) هر شخصی می‌تواند با نهادهای جامعه [اروپا] به یکی از زبانهایی که معاهدات با آنها تنظیم شده‌اند مکاتبه کند و باید به همان زبان به او پاسخ داده شود.

ماده ۴۱ به شرحی که گذشت در ابتدا به «حق بر اقدام مجدانه» (اقدام همراه با تلاش) به عنوان بخشی از اداره خوب اشاره می‌کند. آنگاه تعدادی از حق‌های منبعث از اداره خوب را برمی‌شمارد. سه مورد از این حق‌ها عبارت از حق دسترسی به اطلاعات موجود در پرونده، حق به استماع (قاعدۀ حرف طرف دیگر را بشنو^{۱۲۷})، و تکلیف به ارائه دلیل تصمیم اتخاذ شده، می‌باشند.

در سال ۱۹۹۹، نهاد ناظر اروپایی، پیش نویس کُد رفتاری اداره خوب را به نهادها و سازمانهای جامعه اروپا ارائه کرد. این سند ۲۸ ماده دارد. پارلمان اروپا متن اصلاح شده این سند را در ششم سپتامبر ۲۰۰۶ به تصویب

¹²⁴ - Juli Pone, op.cit., p. 556.

¹²⁵ - Juli Ponce, op.cit., p. 558.

¹²⁶ - Charter of Fundamental Rights of the European Union.

¹²⁷ - audi alteram partem.

رساند. در این سند اصولی همچون «قانونی بودن»، «منصفانه بودن»، «خرد پسند بودن»، «تکریم»، «تبعیض»، «برابری»، «تناسب»، «جبی طرفی و استقلال»، «واقع بینی»، «رعایت انتظارات موجه»، «هماهنگی درونی»، «ارائه مشورت»، «راهنمایی کردن»، «دسترسی به اطلاعات»، «شفافیت» و «مبارزه علیه تشریفات» مشاهده می‌شود.^{۱۲۸} بررسی مفهوم، قلمرو و شرایط اجرای این اصول از حوصله این مبحث خارج است. با این همه، برخی از مفاهیمی که به ویژه در زمینه بازنگری قضایی ارائه خواهد شد، محتوای این اصول را روشن خواهد نمود.

به طور خلاصه مقام اداری وقتی که اختیارات گزینشی خود را اعمال می‌کند مکلف است:

- ۱- صرفاً همان اهداف را دنبال کند که اختیارات مزبور بخاطر آنها واگذار شده‌اند.
- ۲- بدون هر گونه جانبداری و با رعایت بی طرفی و انصاف آشکار، صرفاً عوامل مرتبط با موضوع را در تصمیم‌گیری مورد توجه قرار دهد.
- ۳- اصل برابری در مقابل قانون را با اجتناب از تبعیض ناروا رعایت کند.
- ۴- موازنه مناسبی را میان آثار نامطلوبی که ممکن است تصمیم او بر حقوق، آزادی‌ها یا منافع اشخاص بگذارد و هدفی که به حکم قانون دنبال می‌شود، برقرار نماید.
- ۵- با در نظر گرفتن موضوعات در معرض خطر، در دوره زمانی معقول و متعارف تصمیم‌گیری کند.
- ۶- دستورالعمل‌ها و نظامات اداری عمومی را به شیوه‌ای هماهنگ و یکپارچه اعمال کند در حالی که به طور همزمان به اوضاع و احوال هر قضیه نیز توجه داشته باشد.

در همین راستا اصول کلی مورد بحث را می‌توان تحت سه عنوان زیر تشریح نمود:

الف) قواعد شکلی، (آیین و فرآیند)

۱- در دسترس بودن آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اداری: هر دستورالعمل اداری عمومی که حاکم بر صلاحیت‌های تصمیم‌گیری و استفاده از اختیارات اداری است بایستی منتشر شود یا به روش مناسب بنا به تقاضای اشخاصی که تصمیم‌گیری به آنها مربوط می‌شود پیش یا پس از این که اقدامی انجام شود در اختیار آنان قرار گیرد.

۲- حق استماع (شنیده شدن نظرات و استدلال‌های اشخاص ذینفع): اشخاصی که تصمیمات و اقدامات اداری بر حقوق و آزادی‌ها و منافع آنها تأثیر نامناسب دارد، حق دارند پیشنهادها و استدلال‌های خود را عرضه کنند و بر حسب مورد، مدارک و اسنادی را ارائه دهند که بایستی از سوی مقام اداری مورد توجه قرار گیرند. همچنین اشخاص ذینفع بایستی در مهلت و زمان مناسب و به شیوه مناسب از داشتن چنین حقی آگاه و مطلع شوند.

۳- دسترسی به اطلاعات: قبل از انجام عمل اداری، در صورت ارائه تقاضا از سوی اشخاص ذینفع، باید کلیه اطلاعات و اسناد مربوط به تصمیم اداری به روش مناسب در اختیار آنان قرار گیرد.

۴- ارائه دلایل: وقتی که یک عمل اداری از چنان ویژگی برخوردار باشد که بتواند بر حقوق، آزادی‌ها و منافع یک شخص، تأثیر نامطلوب داشته باشد، شخص ذینفع باید از دلایلی که مبنای تصمیم‌گیری اداری بوده مطلع

شود، اعم از این که از طریق اعلام دلایل در متن تصمیم اداری این امر محقق شود یا در صورت درخواست، دلایل مزبور به صورت جداگانه در یک مهلت مناسب در اختیار شخص ذینفع قرار گیرد.

۵- اعلام امکان دادخواهی: وقتی که یک تصمیم اداری به صورت مکتوب اعلام می‌شود و بر حقوق، آزادی‌ها و منافع یک شخص تأثیر نامطلوب داشته است، در متن تصمیم اداری بایستی فرصت‌های جبرانی و امکان دادخواهی با ذکر مهلت‌های قانونی، قید و اعلام شود.

ب) بازنگری قضایی

- ۱- تصمیمات مقامات عمومی مشمول بازنگری قضایی بوسیله یک دادگاه مستقل و بی طرف هستند. البته این امر مانع از بازنگری مقدماتی و پیشینی تصمیمات اداری توسط مقامات اداری ذیصلاح که صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد قانونی بودن و درستی تصمیم را دارند، نمی‌شود.
- ۲- وقتی که محدوده زمانی برای تصمیم‌گیری به منظور اعمال صلاحیت‌گزینی، به موجب قانون مقرر نشده باشد و مقام اداری از تصمیم‌گیری امتناع کند، کوتاهی او در این خصوص می‌تواند توسط یک مقام صالح مورد بازنگری قرار گیرد.
- ۳- یک دادگاه یا دیگر نهادهای مستقلی که بر نحوه اعمال صلاحیت‌های تصمیم‌گیری مقامات اداری، نظارت می‌کنند، حق دارند هر گونه اطلاعاتی را برای اجرای این وظیفه لازم است دریافت کنند.

پ) اجرا و پیاده‌سازی تصمیمات اداری

در اجرای تصمیمات اداری، الزامات مدیریت مطلوب و اثر بخش، انتظارات موجه اشخاص ثالث و منافع عمومی بایستی به میزان کافی مد نظر قرار گیرد.^{۱۲۹}

بند دوم: تنوع روش‌ها و شبکه‌ای شدن پاسخگویی

یکی از بارزترین نمودهای تحول در مفهوم کنترل، تنوع و شبکه‌ای شدن شیوه‌های کنترل و پاسخگویی در حقوق اداری معاصر است. الگوهای سنتی معمولاً بر کنترل سیاسی و کنترل قضایی تأکید داشتند، در حالی که امروزه، وجوه دیگر کنترل در حال گسترش است. کنترل قدرت در حال حاضر چند وجهی، متکثر و همه‌جانبه است. طرح صفحه بعد^{۱۳۰} می‌تواند تا حدودی الگوی نوین کنترل و پاسخگویی را در حقوق اداری مدرن توضیح دهد:

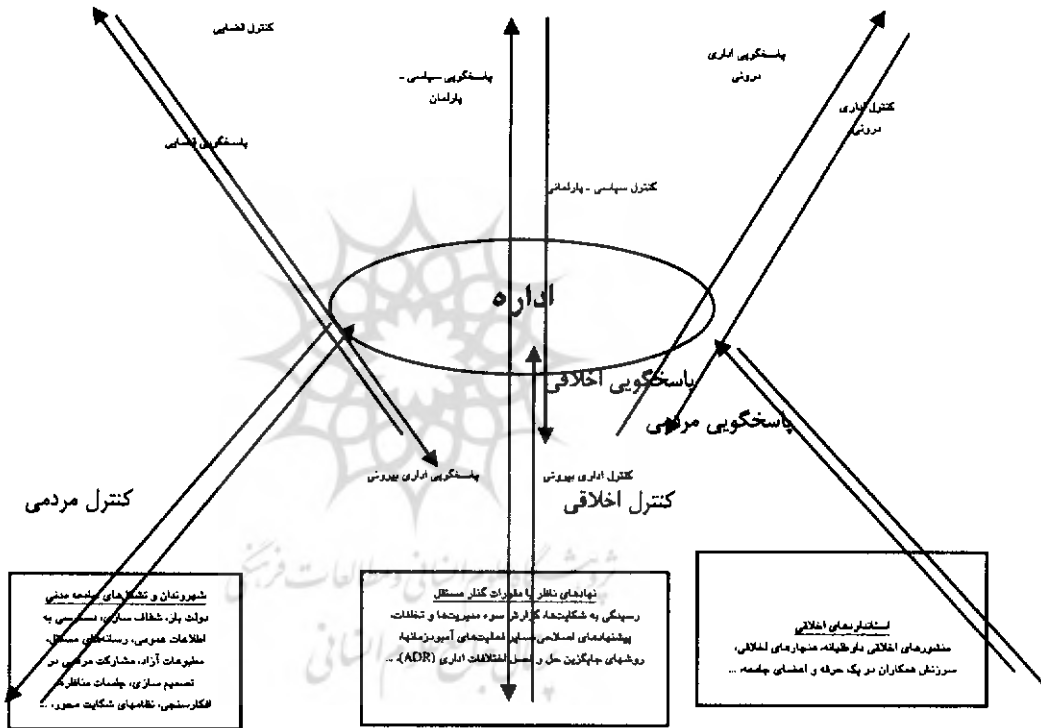
¹²⁹ - TI Source Book, 2000, op.cit., p. 172.

¹³⁰ - برگرفته از: زارعی، محمد حسین، «فرآیند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، صص ۱۴۱ و ۱۳۳، همراه با تغییرات.

یادگشا (موسس یا اداری)
 لایحه عمل اداری غیرقانونی، حکم به
 اجرای وظیفه قانونی، حکم به جبران
 خسارت، سایر احکام قضایی (تأسیس یا
 موافقت) ...

پارلمان
 اصل مهار - توازن، تطبیق و تخصص
 پارلمانی، استیضاح، تصویب، بودجه
 قانونگذاری جدید ...

**رئیس جمهور، وزیران، مدیران عالی و
 سایر مراجع بالایی**
 نظارت‌های ارزشی یا تطبیقی، عزل و نصب،
 هدایت‌های اقتصادی، حساسیت‌های
 مالی، بازرسی‌های داخلی، نظارت سلسله
 مراتبی و مراقبتی ...



چهره دیگر کنترل قدرت، پاسخگویی است. پاسخگویی، تکلیف به حساب پس دادن بابت کارهای انجام شده توسط یک شخص به شخص دیگر است. پاسخگویی به معنی اطلاع دادن، توضیح دادن و توجیه کردن کارهای است که انجام شده‌اند. ایده حکومت محدود و پاسخگو، متضمن آن است که شهروندان فرصت و امکان انتقاد از مقامات عمومی را داشته باشند و بتوانند از حمایت‌ها و جبران‌های مناسب در مقابل اشتباهات حکومت که بر آنها تأثیر نامطلوب داشته است، برخوردار شوند. همچنین ایده مزبور متضمن آن است که حکومت، مکلف باشد با ارائه توضیح، اعمال و اقدامات خود را توجیه کند، به اعتراضات پاسخ دهد و اشتباهات خود را جبران کند. بنابراین پاسخگویی و جبران، دست در دست یکدیگر به پیش می‌روند. وجود انواع نظام‌های جبرانی، لازمه پاسخگویی است و پاسخگویی نیز عنصر ضروری در بدست آوردن انواع جبران‌ها و برخورداری از حمایت‌هاست. بنابراین پاسخگویی به معنی: الف - تکلیف به حساب پس دادن، پاسخ دادن به سؤالات، ارائه توضیح و توجیه اقدامات و سیاست‌های اتخاذ شده است (پاسخگویی توضیحی)، وب - قبول پیامدها، تحمل سرزنش‌ها و جبران اشتباهات است (پاسخگویی اصلاحی - جبرانی). بدین ترتیب پاسخگویی اقتضا می‌کند مقامات عمومی بتوانند مورد سؤال قرار بگیرند، اشتباهات آن‌ها از پرده بیرون بیاید، مجبور به ارائه توضیح شوند، بپذیرند که باید اقداماتی را برای جبران اشتباهات خود انجام دهند و آسیب‌های وارد شده به آن‌هایی را که صدمه دیده‌اند جبران کنند.^{۱۳۱}

در یک «دولت مقررات گذار» مکانیزم‌های سنتی پاسخگویی که عبارتند از پاسخ دادن به وزرا، پارلمان و دادگاه‌ها، تنها بخشی از شبکه پیچیده و چند وجهی پاسخگویی اداره را تشکیل می‌دهند که به آن «پاسخگویی توسعه یافته» می‌گویند.^{۱۳۲} تحول در ساختار پاسخگویی از جنگ دوم جهانی به این طرف، منجر به شناسایی اشکال متنوع کنترل و پاسخگویی شده است. به عنوان نمونه ظهور و گسترش دادگاه‌های اختصاصی اداری که به دعاوی خاصی همچون مهاجرات و مسائل تأمین اجتماعی رسیدگی می‌کنند و همچنین بوجود آمدن سازمان‌های حسابرس عمومی، نقش مهمی را در پاسخگو کردن هرچه بیشتر سازمان‌های عمومی بازی می‌کنند. بطور همزمان، پارلمان نیز ظرفیت خود را از طریق توسعه کمیته‌های منتخب برای پاسخگو کردن وزرا ارتقا داده است. نهادهای ناظر از قبیل آمیودزمان‌ها نیز نقش‌های مهمی را برعهده گرفته‌اند.

برای شناسایی انواع مکانیزم‌های پاسخگویی، پرسیدن این سه سؤال مفید خواهد بود: ۱- چه کسی باید پاسخگو باشد؟ ۲- به چه کسی باید پاسخ بدهد؟ و ۳- بابت چه چیزی باید پاسخ بدهد؟ در مورد پرسش اول به عنوان مثال دادگاه‌ها تمایل دارند همه تصمیماتی را که با استفاده از قدرت عمومی، اعمال می‌شوند، مورد بازنگری قضایی دهند، حتی اگر این تصمیمات توسط نهادهای بخش خصوصی اجرا شوند. پرسش دوم و سوم به یکدیگر مرتبط هستند. به عنوان مثال می‌توان از یک جهت با تفکیک میان پاسخگویی قضایی (به دادگاه‌ها به عنوان نمونه بر مبنای ارزش‌های حقوقی کامن لا «یعنی قانونی بودن»، «منصفانه بودن» و «معمول بودن»)، پاسخگویی سیاسی (به وزرا و به پارلمان یا دیگر نهادهای انتخابی از قبیل مقامات محلی و از طریق این نهادها در نهایت به

¹³¹- Le Suer, Andrew and Sunkin, Maurice, "Public Law", Longman, 1997, pp. 359-360.

¹³²- also see: Dunsire, Andrew, "administrative Law and Control over Government", Malaya Law Review, 26, 1984, p. 119.

رای دهندگان) و پاسخگویی اداری (به نهادهای ناظر، آمبودزمان، نهادهای اداری رسیدگی کننده به شکایات‌ها و حسابرس‌ها) به هر دو پرسش پاسخ داد.

با تفکیک میان پرسش اول «به چه کسی» و پرسش دوم «برای چه»، می‌توانیم از منظری دیگر، سه نوع پاسخگویی را شناسایی کنیم: «پاسخگویی رو به بالا» که به مقام بالاتر پاسخ داده می‌شود، «پاسخگویی هم تراز» یا افقی که به مقام نسبتاً هم سطح پاسخ داده می‌شود و «پاسخگویی رو به پایین» که به نهادها یا گروه‌های پایین‌تر مثلاً مصرف کنندگان پاسخ داده می‌شود.

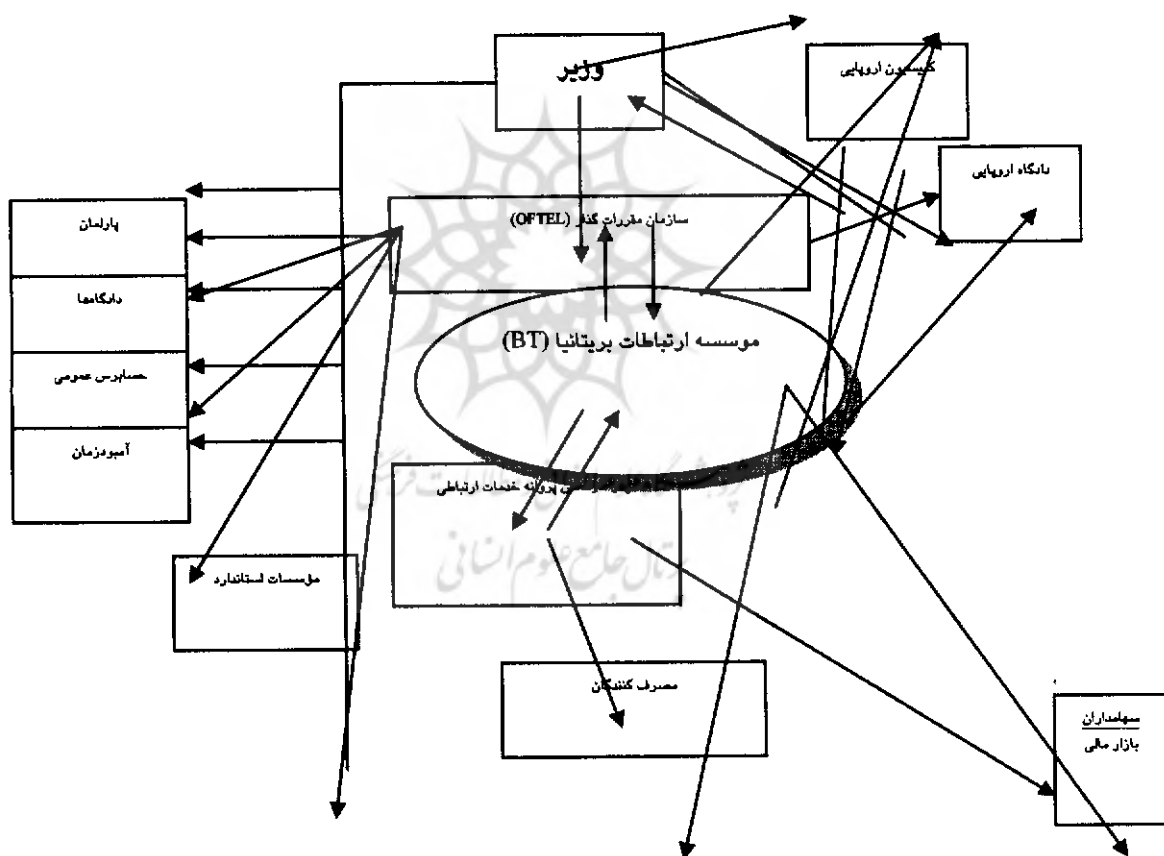
انواع ارزش‌هایی که پاسخگویی در جهت تحقق آنها انجام می‌شود را می‌توان به سه گروه تقسیم نمود: ارزش‌های اقتصادی (از جمله صداقت مالی و ارزش پول)، ارزش‌های اجتماعی و آیینی (از قبیل انصاف، برابری و قانونی بودن)، ارزش‌های ثبات و امنیت (از قبیل همبستگی اجتماعی، خدمات همگانی و ایمنی). نمونه‌هایی در ارتباط میان ارزش‌ها و نهادهای پاسخگویی در جدول زیر نمایش داده می‌شود.

ارزش‌های ثبات و امنیت	ارزش‌های اجتماعی - آیینی	ارزش‌های اقتصادی	برای چه؟ به چه کسی؟
پاسخگویی موسسات خدمات عمومی به مقررات گذاران	پاسخگویی تصمیم گیرندگان اداری به دادگاه‌ها و دادگاه‌های اختصاصی اداری	پاسخگویی وزارتخانه‌ها به خزانه داری کل بابت مخارج	پاسخگویی رو به بالا
موسسات مستقل تأیید کننده استانداردهای ایمنی	بازبینی تصمیمات از سوی نهادهای رسیدگی کننده به شکایات‌ها	پاسخگویی نهادهای عمومی به حساب رس‌های بیرونی یا درونی بابت صداقت مالی و ارزش پولی	پاسخگویی هم تراز
الزامات مشاوره‌ای مربوط به خدمات همگانی	پاسخگویی عرضه کننده دولتی یا خصوصی خدمات به مصرف کنندگان	پاسخگویی موسسات خدمات عمومی به بازارهای مالی	پاسخگویی رو به پایین

گفتیم که برای تحقق پاسخگویی در دولت‌های مقررات گذار، ترکیبی از روش‌های گوناگون در قالب شبکه‌ای چند وجهی مورد نیاز است. دولت مقررات گذار، بیانگر تحولی عمیق در سبک حکمرانی است که از عرضه مستقیم خدمات توسط سازمانهای دولتی فاصله گرفته و به نظارت بر عرضه خدمات عمومی توسط دیگران منتقل شده است که می‌توان آن را حکمرانی غیرمستقیم یا حکمرانی شخص ثالث نیز نامید. مهم‌ترین ویژگیهای دولت مقررات گذار عبارتند از: «جداسازی سیاست گذاری از اجرا»، «ایجاد سازمانهای مقررات گذار مستقل» و «افزایش تشریفات و آیین‌های تصمیم گیری» که این ویژگی آخر خود به مفهوم «فاصله گرفتن از اختیارات گزینشی گسترده و نامحدود به سوی محدود کردن این اختیارات از طریق قاعده گذاری» است؛ قواعدی که نوعاً شامل تضمینات شکلی و آیینی هستند. به دلیل ناتوانی مکانیزم‌های سنتی پاسخگویی در دولت‌های مقررات گذار، انواع

جدید پاسخگویی اضافه شده و آنها را تکمیل کرده‌اند. در این جا لازم به یادآوری است که علاوه بر تمامی اشکال سنتی و جدید پاسخگویی که موضوع بحث حاضر هستند، اساساً در فضای خصوصی سازی و بر مبنای آموزه‌های نئولیبرالیسم، یکی از مهم‌ترین مکانیزم‌های پاسخگویی، فضای رقابتی است که در بازار وجود دارد و فشار نیروهای بازار به خودی خود موجب ارتقاء پاسخگویی تأمین کنندگان خدمات عمومی خواهد بود. رقابت موجب ارتقاء کیفیت محصولات و خدمات و بطور همزمان کاهش قیمت‌ها می‌گردد که نتیجه آن در نهایت رضایت مصرف کنندگان خواهد بود. با این حال این نوع پاسخگویی نمی‌تواند جایگزین سایر مکانیزم‌های پاسخگویی شود.

در اینجا برای نمونه، مکانیزم‌های مختلف پاسخگویی‌های سنتی و نوین را در رابطه با «موسسه ارتباطات بریتانیا» در مدل زیر نمایش می‌دهیم.^{۱۳۳}



¹³³ - Morgan, Bronwen and Yeung, Karen, "An Introduction to Law and Regulation, Text and Materials", Cambridge University Press, 2007, pp. 229-233.

گفتار پنجم: بازنگری قضایی عمل اداری: چشم انداز تحولات

بند اول: جایگاه بازنگری قضایی

موضوع اصلی در بازنگری قضایی عمل اداری،^{۱۳۴} پاسخگویی^{۱۳۵} در تصمیم سازی‌های عمومی^{۱۳۶} است. بنابراین بازنگری قضایی عمل اداری، محدود به کنترل و نظارت بر اقدامات قوه مجریه در معنی مضیق آن به عنوان یکی از قوای حکومت نمی‌شود. همچنین بازنگری قضایی عمل اداری در اینجا با تجدید نظر قضایی یا استیناف^{۱۳۷} که مربوط به کنترل آراء دادگاه‌های پایین‌تر توسط دادگاه‌های بالاتر است و در حوزه فعالیت دادگاه‌ها قرار می‌گیرد، تفاوت دارد. در نهایت، «کنترل قضایی قانونگذاری»^{۱۳۸} که هدف از آن کنترل مطابقت قوانین عادی مصوب پارلمان با قانون است نیز، موضوع بحث ما نیست. در اینجا این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد که گرایش غالب حقوقدانان اداری در موضوع بازنگری قضایی معطوف به توجیه فرآیند اداری^{۱۳۹} است و اینکه دل مشغولی اصلی حقوقدانان اداری تا حدودی مربوط به کارکرد بستر و زمینه قانون اساسی، قانونی و سیاسی است که حقوق اداری در آن، جاری و اعمال می‌گردد.

بازنگری قضایی عمل اجرایی در تقسیم بندیهای رایج حقوقی، بخشی از حقوق اداری است. بنیان نظری حقوق اداری، تقسیم بندی سه گانه حکومت به قوای مقننه، مجریه و قضائیه می‌باشد. از منظر کلاسیک، قلمرو حقوق اداری شامل ساختار، اختیارات و تکالیف قوه مجریه؛ و کنترل قوه مجریه توسط قوه قضائیه است. دیگر جنبه‌های چهارچوب حقوقی فعالیت‌های حکومت، از قبیل اختیارات قوه مقننه، روابط میان قوه مجریه و قوه مقننه، و کنترل قضائی قانونگذاری بطور سنتی جزء مباحث حقوق اساسی هستند. در یک سطح، چنین تقسیم بندی موضوعی، چیزی بیش از ساماندهی موضوعات برای ساده کردن مطالعه و آموزش آنها نیست. اما دسته بندی دانش حقوقی، می‌تواند از طریق ایجاد یک حائل مصنوعی در مقابل بخش‌های مهم موضوع مورد مطالعه، مانع از شناخت ما نسبت به پدیده‌های اجتماعی شود. این امر می‌تواند به ما کمک کند تا درک کنیم که چرا حقوقدانان اداری تأکید دارند که، حقوق اداری باید از منظری گسترده‌تر از چشم انداز حقوق اساسی، مورد توجه و مطالعه قرار گیرد. اتخاذ این رویکرد فراخ‌تر، می‌تواند پیامدهایی را در نگاه مجدد به مفاهیم، نهادها و کارکردهای حقوق اداری، در پی داشته باشد.

به ویژه، حقوقدانان اداری که بازنگری قضایی، در مرکز مطالعات آنها قرار دارد، غالباً به این دلیل مورد انتقاد قرار می‌گیرند که بینش آنها دارای کاستی و نارسایی‌هایی است. یکی از این انتقادهای این است که حقوقدانان مزبور، توجه کمی به دیگر ساز و کارهای پاسخگویی «بیرونی»، از قبیل مراقبت و کنترل از سوی قوه مقننه، حسابرس‌ها، بازرس‌ها، گروه‌های تحقیق و تفحص آمبودزمان و غیره دارند. دومین انتقاد این است که آنها متهم به

¹³⁴ - Review of Executive Action.

¹³⁵ - Accountability.

¹³⁶ - Public decision - making.

¹³⁷ - Appeal.

¹³⁸ - Judicial Review of Legislation.

¹³⁹ - Legitimacy of the administrative Process.

تمرکز ناروا بر قواعد و اصول بازنگری قضایی به زیان تمرکز بر سؤالات مربوط به تأثیر آن قواعد و اصول بر رفتار اداره هستند. سومین انتقاد به اهمیت ساز و کارهای نظارت «درونی» و «غیررسمی» در سازمانهای اداری، در مقایسه با روشهای بیرونی و رسمی نظارت، به عنوان مثال از طریق دادگاهها، اشاره دارد. چهارم اینکه حقوقدانان اداری حداقل باید نسبت به روشهایی که سازمانهای اداری فعالیتها و اقدامات خود را انجام می‌دهند، علاقه نشان دهند یعنی موضوعات مربوط به «فرآیند» اداری باید مورد توجه آنها قرار گیرد؛ به جای آنکه صرفاً به مسأله کنترل، مهار و بازنگری تصمیمات و اقدامات اداره بپردازند. پنجمین انتقاد این است که حقوقدانان اداری که مطالعه بازنگری قضایی در مرکز مطالعات آنهاست، گاهی اوقات مورد هجوم قرار می‌گیرند که آنها به آیین و قواعد شکلی به زیان موضوعات ماهوی و نتایج حاصل از تصمیمات و برنامه‌های اداره، توجه بیشتری نشان می‌دهند. اتهام ششمی که متوجه این حقوقدانان اداری است، این است که آنها توجه بسیار زیادی به مسائل حقوق بازنگری قضایی معطوف می‌کنند در حالی که به «بستر»^{۱۴۰} بازنگری قضایی که از یک سو متشکل از نظریه‌های سیاسی و حقوق اساسی است و از دیگر سو متأثر از نظام سیاسی است، کمتر توجه دارند.^{۱۴۱}

در ادبیات کامن لا، انتقادهایی از این نوع، در تمایز میان رویکردهای «چراغ قرمز» و «چراغ سبز» خلاصه می‌شود. از دیدگاه طرفداران رویکرد چراغ قرمز، کار و بار اصلی حقوق اداری، فراهم آوردن ساز و کارهای بازنگری قضایی رسمی و بیرونی از طریق دادگاههاست (و باید اینگونه باشد). از نظر آنان، کارکرد عمده چنین کنترل بیرونی، حمایت از حق‌های فردی در مقابل دست اندازی‌های حکومت به نام و به بهانه منفعت عمومی است. در نتیجه، آنها از تفسیر محدود قلمرو اختیارات عمومی، حمایت می‌کنند. به علاوه از نظر آنها، کنترل بیرونی باید بر آیین و قواعد شکلی تصمیم سازی تأکید کند، نه بر ماهیت و محتوای تصمیم. در ایالات متحده، حال و هوای رویکرد چراغ قرمز، سازشی را پدید آورده که میان حامیان «طرح نو»^{۱۴۲} و منتقدان آن، در شکل دادن به قانون آیین اداری مصوب ۱۹۴۶، جمع کرده است.

در مقابل، از دیدگاه طرفداران چراغ سبز، دلمشغولی اصلی حقوق اداری، تسهیل و روان سازی اجرای طرح‌ها و برنامه‌های عمومی و پیاده سازی سیاستهای دولت است (و باید هم، همین باشد). در نتیجه آنها طرفدار تفسیر دست و دل بازانه از قلمرو اختیارات عمومی هستند. آنها بر نقش قانون در تنظیم و ساماندهی توزیع اختیارات عمومی میان ارگانهای مختلف حکومت، بیش از نقش آن در تنظیم روابط میان سازمانهای عمومی و افراد تأکید دارند. طرفداران نظریه چراغ سبز، حامی ساز و کارهای کنترل درونی (از قبیل شکایت‌های درون وزارتخانه و مکانیزم‌های تجدید نظرخواهی اداری) در مقایسه با ساز و کارهای بیرونی هستند. همچنین آنها کنترل سیاسی (مثلاً از طریق قوه مقننه) را به کنترل‌های حقوقی ترجیح می‌دهند. کنترل سیاسی از این جهت ترجیح دارد که

¹⁴⁰ - Context.

¹⁴¹ - Cane, Peter, "Review of executive Action", in "The Oxford Handbook of Legal studies", Edited by Peter Cane and Mark Tushnet, Oxford University Press, 2003, p. 147.

¹⁴² - New Deal.

توجه آن بیشتر به نتایج و پیامد تصمیمات عمومی است تا به آیین و روش‌های تصمیم‌گیری و به علاوه کنترل سیاسی دموکراتیک‌تر است.^{۱۳۳}

البته تفاوت میان این دو دیدگاه فقط مربوط به درجه اهمیتی است که هر یک از آنها برای ساز و کارهای مختلف کنترل قدرت، قائل هستند. حامیان رویکرد چراغ سبز خواهان از میان برداشتن بازنگری قضایی قدرت عمومی نیستند، همان طوری که حامیان رویکرد چراغ قرمز نیز ارزش و اهمیت نظارت‌های غیرقضایی را انکار نمی‌کنند و وجود محدودیت در اعمال صلاحیت بازنگری قضایی توسط دادگاهها را می‌پذیرند. به علاوه پشتیبانی از هر یک از دو رویکرد توسط حقوقدانان اداری به زمینه ایدئولوژیک آنها ارتباط دارد. به همین دلیل Harlow و Rawlings، پیوند میان رویکرد چراغ قرمز با فرد گرایی لیبرالیستی را مطرح کرده‌اند؛ همچنین به نظر می‌رسد که رویکرد چراغ سبز برای طرفداران مسلک جمع‌گرایی (اصالت جامعه)^{۱۳۴} و حامیان رفاه،^{۱۳۵} جذاب‌تر باشد. اما، چنین تفاوتی (تا آنجایی که وجود دارد) ممکن است تصادفی باشد. به عنوان مثال، جمع‌گراها، احتمالاً بیش از فردگرایان لیبرال، نگران «نقص پاسخگویی»^{۱۳۶} ادعا شده‌ای هستند که محصول اصلاحات نئولیبرالی است که در پی آن با واگذاری ارائه خدمات عمومی به بخش خصوصی، موجب جایگزین شدن پاسخگویی ناشی از فشار نیروهای بازار (رقابت) به جای اشکال سنتی پاسخگویی عمومی (از قبیل پاسخگوهای اداری، سیاسی و قضایی) شده است.

تا حدودی، انواع انتقادهایی که علیه حقوقدانان اداری که مطالعات آن‌ها بر روی بازنگری قضایی تمرکز شده، مطرح می‌شود را می‌توان در پرتو انتقادهای عام‌تری تفسیر کرد که ریشه در این فرضیه دارند که حقوق کم و بیش یک نهاد اجتماعی خود بسنده (مستقل)^{۱۳۷} است و صرفاً یک «متغیر وابسته» نیست که بتوان آن را در بستر دیگر نهادهای اجتماعی (از قبیل سیاست)، یا دیگر هنجارها (از قبیل اخلاق)، یا دیگر رشته‌های علمی (از قبیل اقتصاد یا فلسفه) درک کرد. اما در سطحی دیگر، ابهام و عدم قطعیت در مورد قلمرو حقوق اداری به عنوان یکی از تقسیمات حقوقی، ممکن است به این واقعیت مرتبط باشد که در مقایسه با سایر رشته‌های حقوقی، از قبیل اموال و مالکیت، قرارداد و مسئولیت مدنی؛ اساساً حقوق اداری، رشته‌ای نسبتاً جوان است. به عنوان مثال در ایالات متحده، پدیداری آن به دوره‌ای باز می‌گردد که شاهد فوران قانونگذاری ناشی از «طرح نو» بود؛ دوره‌ای که با تصویب قانون آیین اداری در سال ۱۹۴۶ خاتمه یافت. تصویب این قانون در آن زمان نشانه انتقال تمرکز مسائل حقوق اداری از این برداشت مبتنی بر قانون اساسی که «سازمانهای مقررات‌گذار مستقل ابزاری در دست قوه مجریه» هستند؛ به رویکرد حاکمی از اهمیت «آیین‌ها و کنترل قضایی تصمیم‌سازی در سازمانهای اداری» بود.

در انگلستان، بیداری و برانگیختگی (به عبارت دیگر دلزدگی) نسبت به علاقه آکادمیک جا افتاده برای کنترل حقوقی قوه مجریه را می‌توان در جنبش قضایی عمل‌گرایانه جدیدی ردیابی کرد که به عنوان مثال در آراء مجلس

¹⁴³ - See: Caaign, Paul and de Búrca, Gráinne, "The Evolution of EU Law", Oxford University Press, 1999, p. 265.

¹⁴⁴ - Communitarian.

¹⁴⁵ - Welfarist.

¹⁴⁶ - Accountability deficit.

¹⁴⁷ - Autonomus Social institution.

لردان در قضیه Ridge v. Baldwin (40 AC 1964) و قضیه AC 910 Conway v. Rimmer (1968) آشکار شده است. شاید مهم‌تر از آن، اصلاحاتی است که در آیین قابل اعمال بر بازنگری قضایی، در سال ۱۹۷۸ پس از ارائه گزارش ۱۹۷۶ کمیسیون حقوقی درباره احکام جبرانی در حقوق اداری،^{۱۴۸} به عمل آمد. این اصطلاحات در نهایت به منزله رهایی حقوق انگلستان از مرده ریگ حقوقدان بلند آوازه عصر ویکتوریا، آلبرت ون دایسی بود؛ کسی که بسیار مشهور شده و در عین حال اغلب به دلیل این نظریه‌اش که بر خلاف نظام حقوق نوشته، کامن لا تمایز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی را به رسمیت نمی‌شناسد، مورد سرزنش قرار گرفته است. در دیگر کشور کامن لا یعنی استرالیا نیز اتفاقاتی از همین نوع، منجر به عرضه «بسته حقوق اداری» فدرال^{۱۴۹} شد که شامل این موارد می‌شود: تأسیس «دیوان استیفات اداری» در سال ۱۹۷۵، ایجاد «آمبودزمان مشترک المنافع» در سال ۱۹۷۶، مدون کردن حقوق حاکم بر بازنگری قضایی در قالب «قانون آراء اداری» (یا «قانون بازنگری قضایی») در سال ۱۹۷۷ و تصویب «قانون آزادی اطلاعات» در سال ۱۹۸۲.^{۱۵۰}

بند دوم: تأثیر تحولات فراحقوقی

این یافته‌ها درباره خاستگاه و تکوین حقوق اداری به عنوان یک رشته دانشگاهی، از این فرضیه حمایت می‌کند که گرایش‌های غالب در حقوق عمومی، حداقل تا حدودی، متأثر از تحولات سیاسی و حقوقی خارج از محیط دانشگاهی است. این فرضیه با چرخش عظیم حقوق اداری ایالات متحده به سوی «مقررات گذاری»^{۱۵۱} و توجه به رابطه میان «سازمانهای مقررات گذار»^{۱۵۲} و دادگاه‌ها نیز سازگار است. مقررات گذاری توسط سازمانهای اداری «مستقل» (سازمانهایی که اعضای آنها انتخابی نیستند بلکه انتصابی هستند)، نماد بارز مداخله دولت در زندگی اجتماعی و اقتصادی در ایالات متحده از اواخر قرن نوزدهم به این طرف است. دهه «طرح نو» شاهد تأسیس ده سازمان مقررات گذار جدید علاوه بر چهارده سازمانی بود که قبلاً ایجاد شده بودند؛ و تا پیش از سال ۱۹۷۱ بیش از پنجاه سازمان اداری از این نوع وجود داشتند. در مقابل، در بریتانیا عکس العمل سیاسی عمده نسبت به دوره «رکود اقتصادی»^{۱۵۳} ظهور دولت رفاه و «ملی کردن» صنایع کلیدی بود. در نتیجه، حقوقدانان اداری بریتانیا، در مقایسه با ایالات متحده، توجه بیشتری نسبت به دولت به عنوان ارائه دهنده خدمات و مشارکت کننده مستقیم در اقتصاد و همچنین به دولت انتخابی اعم از دیپارتمانهای دولت مرکزی و مقامات محلی، نشان داده‌اند. از دهه ۱۹۷۰ به این طرف (و به ویژه در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰) بود که سازمانهای مقررات گذار مستقل، نقش برجسته خود را در

148- 1976 Law Commission Report on Remedies in Administrative Law (Law Com No. 73. Cmnd 6407).

149- Federal "Administrative Law Package".

150- Cane, Peter, op.cit., p. 149.

151- Regulation.

152- Regulatory agencies.

153- Depression.

دولت بریتانیا به ویژه به عنوان شرط لازم و ضمیمه^{۱۵۴} خصوصی سازی «موسسات خدمات عمومی انحصاری»^{۱۵۵} اعم از گاز، آب، برق و غیره، به دست آوردند.

اما مقررات گذاری در حقوق اداری بریتانیا هیچگاه همانند ایالات متحده، به عنوان یک موضوع محوری، مطرح نبوده است. دلایل متعددی می‌توان برای این موضوع ارائه کرد. یکی از آنها این است که در کشورهای مشترک المنافع (کامن لا) در طول پانزده تا بیست سال اخیر، مقررات گذاری، به عنوان یک شاخه جدید حقوقی (مستقل از حقوق اداری) مطرح شده است. عناوینی همچون استاندارد گذاری و آیین قاعده سازی توسط سازمانهای اداری که موضوعاتی اصلی در حقوق اداری ایالات متحده هستند، در بریتانیا به جای اینکه یکی از سرفصل‌های حقوق اداری باشند، تحت عنوان مستقل «مقررات گذاری» مورد مطالعه قرار می‌گیرند.^{۱۵۶} در واقع، متخصصان مقررات گذاری در این آرزوی خود که بازنگری قضایی فقط یکی از روشها و ساز و کارهای «دولت مقررات گزار» در میان سایر روش‌هاست، بسیار سلطه جویانه ظاهر شده‌اند. در حالی که حقوقدانان اداری کلاسیک، با زبان قانون اساسی و ارزش‌های سیاسی همچون حکومت قانون، تفکیک قوا، انصاف رویه‌ای و غیره صحبت می‌کند، این متخصصان مقررات گذاری متجدد، ضرورتاً و در اصل «ابزارگرا»^{۱۵۷} هستند. دومین عامل توضیح دهنده، می‌تواند این باشد که در بریتانیا، علیرغم انقلاب نئولیبرالی تاچری، دولت مرکزی و محلی کماکان در حجم بسیار زیادی درگیر ارائه خدمات به مردم از طریق خدمات بهداشت ملی و نظام رفاه اجتماعی و همچنین پرداخت مستمری‌های مالی به شهروندان از طریق نظام تأمین اجتماعی است.

شاید دلیل بنیادی‌تری بتوان ارائه نمود که چرا ارتباط میان حقوق اداری و مقررات گذاری در ایالات متحده بیش از بریتانیا است. حتی از زمان تأسیس اولین سازمان مقررات گذاری مستقل یعنی کمیسیون تجارت بین ایالتی در سال ۱۸۸۷، موجه سازی چنین نهادهایی به عنوان یکی از شیوه‌های حکمرانی، مورد اختلاف نظر بود. اولین مینای حمله به چنین نهادهایی، این بود که سازمانهای چند کارکردی^{۱۵۸} که کارکرد هر سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه را در خود جمع و ترکیب کرده‌اند، «قوه چهارم» حکومت را تشکیل داده‌اند که مغایر با اصل تفکیک قوای مندرج در قانون اساسی است. انقلاب «طرح نو» کم و بیش به چنین شکایت‌هایی پایان بخشید، و این چرخش منجر به تصویب قانون فرآیند اداری در سال ۱۹۴۶ شد. پس از آخرین موج بزرگ گسترش مقررات گذاری در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، تمرکز منتقدان معطوف به انتقاد از عدم تکافو و ناکارآمدی استفاده از سبک «فرمان و کنترل»^{۱۵۹} در مقررات گذاری شد. بارزترین تجلی سیاسی این نگرانی، مقررات زدایی مالی (برداشتن کنترل‌های قیمت و ورود به بازار) و ضرورت ارزیابی‌های مبتنی بر معیار هزینه - منفعت در مقررات گذاری بود. از آنجایی که حقوقدانان اداری به صورت تاریخی، علاقمند و نگران موجه سازی تصمیم سازی‌های دولت هستند، ظهور

¹⁵⁴ - Concomitant.

¹⁵⁵ - Monopolistic utilities.

¹⁵⁶ - See for Example: Anthony I. OGUS Regulation, Legal from and Economic Theory, Clarendon Press, Oxford, 1994.

¹⁵⁷ - Instrumentalist.

¹⁵⁸ - Multifunctional agencies.

¹⁵⁹ - Command - and - Control.

مقررات گذاری به عنوان یک مقوله جدید و مجزا در اندیشه حقوقی، در بریتانیا و جاهای دیگر، در ربع آخر قرن بیستم، حداقل تا حدودی، یکی از نتایج این توجه به سبک‌ها و نتایج مقررات گذاری بود.

مرکزیت و اهمیت موضوع موجه سازی در حقوق اداری، می‌تواند توضیح دهد که چرا حقوقدانان بریتانیایی، علاقه کمی به مقررات گذاری آنگونه باید و شاید، نشان نداده‌اند. از یک نظر، در مقایسه با اختیارات سازمانهای مقررات گذار مستقل در ایالات متحده، که ملقب به «حکومت در اندازه کوچک» شده‌اند، اختیارات سازمانهای اداری بریتانیا، به ویژه برای وضع و تصویب قواعد و مقررات الزام آور و رسیدگی به دعوی، به صورت تاریخی، بسیار ناچیز است. از این گذشته، در اواخر قرن بیستم در بریتانیا، مقررات گذاری مستقل به صورتی گسترده و در حقیقت، برای مقابله و خنثی کردن آثار ناشی از فقدان رقابت در بخش‌هایی از اقتصاد که در آن، موسسات خدمات عمومی تازه خصوصی شده، فعالیت می‌کردند امری پسندیده و مطلوب به حساب می‌آمد. در نتیجه، در بریتانیا، سازمانهای مقررات گذار مستقل، از نظر تفکیک قوا و اصل رعایت الزامات قانونی، در مقایسه با ایالات آنقدرها مسأله ساز نیستند. مشکلات و دردسرهای پیش روی حقوقدانان اداری در بریتانیا، بیش‌تر معطوف به دیگر جنبه‌های برنامه نتولیرالیزم بود، یعنی پیمان سپاری^{۱۶۰} عرضه خدمات عمومی، سرمایه گذاری‌های مشترک بخش عمومی - بخش خصوصی^{۱۶۱} در پروژه‌های زیربنایی، «سهامی سازی»،^{۱۶۲} ایجاد سازمانهای دولتی نیمه مستقل^{۱۶۳} برای ارائه خدمات عمومی؛ و «قراردادی کردن»^{۱۶۴} روابط میان واحدهای زیرمجموعه قوه مجریه. به عبارت دیگر، اشتغال خاطر حقوقدانان اداری بریتانیا، موجه سازی حکومت به عنوان عرضه کننده خدمات عمومی بوده است و نه موجه سازی حکومت به عنوان مقررات گذار.

پیش فرض ایدئولوژیک مبنای تحولات نتولیرالی گوناگون در شیوه‌های حکمرانی این بود که بازارها و شبه بازارها در مقایسه با تکنیک‌های حقوق عمومی از قبیل بازنگری قضایی و نظارت از سوی قوه مقننه، راه حل‌های بهتری را برای تسهیل و کنترل عرضه و تأمین منافع و خدمات همگانی فراهم می‌آورند. بسیاری از حقوقدانان اداری این ایدئولوژی را غیرقابل پذیرش می‌دانند و با تلاش برای پیدا کردن راه حل‌هایی که از طریق آن‌ها بتوانند شیوه‌های جدید حکمرانی را در قالب قواعد، ارزش‌ها و تکنیک‌های پاسخگویی حقوق عمومی کلاسیک جای دهند، در مقابل ایدئولوژی مزبور واکنش نشان دادند. در مقابل، حقوقدانانی که نگاه ابزاری به مسئله پاسخگویی دارند، به دل مشغولی و توجه بیش از حد حقوقدانان عمومی به شکل‌های پاسخگویی متمرکز، سلسله مراتبی و پیشینی^{۱۶۵} اعتراض دارند و به جای آن طرح‌های نوین حکمرانی را مطرح می‌کنند که همراه با خود، شیوه‌ها و فرصت‌های جدید پاسخگویی را به ارمغان آورده‌اند.

فرضیه‌ای که بیان کردیم این بود که گرایش‌های موجود در تحقیقات حقوق اداری، منعکس کننده تحولات حقوقی و سیاسی خارج از محیط آکادمیک است. بررسی این تعاملات نشان می‌دهد که مسائل و دل مشغولی‌های

160- Contracting – out.

161- Joint Public / private funding.

162- Corporatization.

163- Quasi – autonomous government agencies.

164- Contractualization.

165- Ex Post.

حقوقدانان اداری تا حدودی متأثر از انگاره‌های حقوق اساسی است که بستر و پس زمینه حقوق اداری را تشکیل می‌دهند. به عنوان مثال، ایده تفکیک قوا نقش کلیدی‌تری در حقوق اساسی ایالات متحده، در مقایسه با بریتانیا، بازی می‌کند و این حقیقت، تأثیر شگرفی بر چگونگی تعریف موضوعات مربوط به موجه سازی در این دو نظام حقوقی داشته است. برای توضیح این مطلب به بررسی نظام حقوق اساسی و اداری استرالیا که ملنمه‌ای از عناصر بریتانیایی و آمریکایی است، می‌پردازیم.

در استرالیا رابطه میان قوه مقننه و قوه مجریه همانند الگوی بریتانیایی است، با این همه قانون اساسی استرالیا همانند قانون اساسی ایالات متحده، مواد جداگانه‌ای را به قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه اختصاص داده است؛ بنابراین تفکیک قوای مستحکم‌تری را در مقایسه با تفکیک قوا در بریتانیا، پایه ریزی کرده است. برخلاف دیوان عالی ایالات متحده، دادگاه عالی استرالیا، ساختار قانون اساسی را به گونه‌ای تفسیر کرده است که به موجب آن قوه قضائیه فقط به وسیله دادگاه‌هایی که براساس فصل مربوط به قوه قضائیه (فصل سوم قانون اساسی) تأسیس شده‌اند، اعمال می‌گردد، و اینکه این دادگاه‌ها حق انجام کارکردهایی را که خارج از این قلمرو باشد ندارند. یکی از این کارکردها، «بازنگری ماهوی - محتوایی»^{۱۶۶} تصمیمات سازمان‌های اداری و نهادهایی است که به موجب فصل مربوط به قوه مجریه (فصل دوم قانون اساسی) ایجاد شده‌اند. در نتیجه، دادگاه استیناف اداری استرالیا که به هنگام بازنگری قضایی تصمیمات قوه مجریه و آراء دادگاه‌های پایین‌تر می‌تواند تصمیم خود را جایگزین تصمیم مقامات اجرایی تصمیم گیرنده نماید (یعنی: بازنگری ماهوی - محتوایی)، به موجب فصل دوم قانون اساسی (فصل قوه مجریه) تأسیس شده است و نه فصل سوم قانون اساسی (فصل قوه قضائیه). در واقع دادگاه استیناف اداری در استرالیا به لحاظ فنی بخشی از قوه مجریه محسوب می‌شود و نه قوه قضائیه. اما در عمل، کارکرد آن بسیار شبیه یک دادگاه است و از منظر قوه مجریه، به عنوان یک ناظر بیرونی و نه یک ناظر درونی، فعالیت می‌کند. موقعیت شکننده دادگاه استیناف اداری استرالیا که جایگاهی است میان قوه مجریه و قوه قضائیه، تضمین کرده است که از زمان شروع به کار آن در سال ۱۹۷۷، توجیه پذیری آن مورد توجه و علاقه حقوقدان اداری استرالیا باشد.

از آنجایی که دادگاه استیناف استرالیا یکی از جزاء «بسته حقوق اداری» است که در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ عرضه شده و نظر به اهمیتی که این دادگاه در نظام استرالیا دارد، حقوقدانان اداری استرالیا، بیش از بریتانیا و ایالات متحده متوجه و نگران دادگاه‌های اختصاصی اداری^{۱۶۷} و ساز و کارهای «نظارت غیرقضایی» بیرونی نسبت به تصمیم سازی‌های عمومی هستند. در بریتانیا، دادگاه‌های اختصاصی اداری که در برخی زمینه‌ها جایگزین دادگاه‌های عمومی شده‌اند، کمتر از استرالیا نظام‌مند هستند و با مسائل و مشکلات توجیه پذیری مبتنی بر قانون اساسی کمتری مواجه می‌باشند. در نتیجه دادگاه‌های اختصاصی اداری یک بحث حاشیه‌ای در حقوق اداری استرالیا به حساب می‌آیند. به نحو مشابهی در ایالات متحده نیز «قضات حقوق اداری»^{۱۶۸} حتی از سوی حقوقدانانی که به تفصیل درباره عملکرد درونی سازمانهای اداری، مطلب نوشته‌اند، مورد کم توجهی قرار گرفته‌اند.

166 - Merits Review (بازنگری قضایی صحت و درستی تصمیمات اداری)

167 - Tribunals.

168 - Administrative Law Judges.

این موضوع جالب توجه است که چرا در حقوق اداری ایالات متحده به «حل و فصل اداری اختلافات»^{۱۶۹} (که در واقع نوعی از نظارت غیرقضایی به حساب می‌آید)، کم توجهی شده است. توضیح فقدان علاقه و توجه به موضوع حل و فصل اختلافات از طریق اداری در میان حقوقدانان ایالات متحده ممکن است این باشد که آیین‌های حل و فصل اداری اختلافات، عموماً تابع اصول *due Process* هستند و بنابراین مشکل اساسی در رابطه با توجه پذیری آن بروز نمی‌کند تا منجر به نگرانی نسبت به آن گردد. بهترین توضیح برای عدم توجه نسبی حقوقدانان کشورهای مشترک المنافع به موجه سازی «قاعده سازی اداری»^{۱۷۰} احتمالاً ساختاری است: در نظام وست مینیستر، قاعده سازی توسط نهادهایی به جز پارلمان،^{۱۷۱} به جای اینکه به مقامات انتصابی محول شده باشد، در اختیار مقامات انتخابی قوه مجریه است. در نتیجه حقوقدانان اداری به جای اینکه به مسائل موجه سازی از قبیل شایستگی، اعتبار و صلاحیت قاعده گزاران، تفکیک قوا و کنترل قضایی قاعده سازی بپردازند، به توانایی و بسندگی نظارت پارلمانی بر محتوای قواعد وضع شده از سوی قوه مجریه توجه نشان می‌دهند. به همین دلیل، مشاجرات «متخصصین علیه سیاسیون»^{۱۷۲} که در ادبیات حقوقی ایالات متحده در رابطه با قاعده سازی بروز می‌کند، در مباحث آکادمیک کشورهای مشترک المنافع مشاهده نمی‌شود.

دلیل دیگری که می‌تواند مشغله ذهنی حقوقدانان اداری ایالات متحده را نسبت قاعده سازی توضیح دهد، این واقعیت است که آیین‌های قاعده سازی اداری در حقوق ایالات متحده در مقایسه با کشورهای مشترک المنافع به شدت ساماندهی شده و قاعده مند است و تشریفات آن مدون گردیده است. به علاوه تفاوت‌هایی آیینی مورد بحث، منعکس کننده دلبستگی و دل مشغولی متفاوت نسبت به موجه سازی مبتنی بر قانون اساسی و توجه - پذیری سیاسی قاعده سازی اداری است. در حقیقت، موتور محرک حقوقدانان اداری ایالات متحده، برداشت و احساس آنها نسبت به تنش مزمن و کم و بیش حل نشده میان توجه به توجه پذیری قاعده سازی اداری از یک سو، و بازنگری قضایی قاعده سازی اداری از سوی دیگر است.

همانگونه که می‌توان انتظار داشت، توضیحات حقوقدانان اداری کشورهای مشترک المنافع درباره موضوعات آیینی، معطوف به تصمیمات موردی^{۱۷۳} سازمانهای اداری و سودمندی سازمانهای اداری برای افراد و رسیدگی دادگاه‌های اختصاصی اداری به شکایت‌های مطروحه علیه چنین تصمیماتی است. از این منظر، تضمینات آیینی به عنوان عاملی برای محدود کردن قدرت سازمانهای اداری برای حمایت از حق‌ها و منافع افراد مورد توجه قرار نمی‌گیرند. سه موضوع در این زمینه قابل بحث هستند. نخست اینکه آیا و تا چه حدی منافعی به جز آنچه که در حقوق خصوصی به رسمیت شناخته شده‌اند، باید از حمایت‌های آیینی برخوردار شوند. در این خصوص اصطلاح معروف چارلز ریچ، «مالکیت جدید»^{۱۷۴} در خارج از ایالات متحده بیش از داخل آن تأثیر گذاشته است. دوم اینکه، تا چه حدی آیین‌های اداری باید از آیین دادرسی الگو برداری کنند. در این زمینه، نقطه توازن در نظریات آکادمیک

169- Administrative adjudication.

170- Administrative rule - making.

171- Non - Parliamentary rule - making.

172- Expertise - Versus - Politics.

173- Adjudication - decisions.

174- The new property.

این بوده است آیین‌های دادرسی توافقی، کم و بیش الگوی مناسبی برای تصمیم‌گیریهای اداری نیستند؛ به دلیل تشریفاتی بودن، دست و پا گیر بودن و پیچیدگی آنها که طبعاً زمان و هزینه زیادی را تحمیل می‌کنند. سوم اینکه حقوقدانان اداری بر سر این موضوع توافق دارند که، هم اهداف ابزاری^{۱۷۵} و هم اهداف غیرابزاری^{۱۷۶} (یعنی ارزش‌های مربوط به کرامت و منزلت انسانی)، می‌توانند از تحمیل تضمینات آیینی بر تصمیم‌گیران اداری، پشتیبانی کنند؛ اما در این زمینه اختلاف نظر دارند که چگونه تنش میان اهداف ابزاری و ارزش‌های غیر ابزاری می‌تواند حل و فصل شود.

با عنایت به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد که دل مشغولی عمده حقوقدانان اداری، موجه سازی تصمیم سازی اداری است. با این همه در حالی که در سنت سیاسی و حقوقی ایالات متحده عنصر کلیدی موجه سازی در طرح ساختاری - نهادی حقوق اداری آن کشور یافت می‌شود، در سنت بریتانیایی در تلاش برای برقراری توازن میان حقوق حکومت شوندگان و اختیارات حکمرانان است. این تمایز را می‌توان در مسئله دلشستن «سمت» برای طرح دعوی علیه اداره نشان داد. از منظر ساختاری - نهادی، قواعد مربوط به احراز «سمت» در اصل به برقراری توازن میان اجرای حقوق عمومی و حقوق خصوصی مربوط می‌شود. اما از منظر حقوق شهروندان، این قواعد دسترسی به دادگاه‌ها را به عنوان ابزاری برای حمایت از حقوق و منافع افراد (و گروه‌های ذینفع) در مقابل دست اندازی و تجاوز به آنها به بهانه «منفعت عمومی» تنظیم و ساماندهی می‌کند. بطور کلی، در سنت آمریکایی، وظیفه اصلی حقوق اداری، محدود کردن و بدینوسیله توجیه کردن اعمال قدرت است. در مقابل، در سنت بریتانیایی، تنش واقعی میان این دیدگاه که حقوق اداری، حقوق پشتیبانی از حقوق شهروندان در مقابل دولت است و این دیدگاه که حقوق اداری، حقوق خطاهای اداری است تا اطمینان حاصل شود که اقدامات حکومت در محدوده قانون انجام شود کماکان حل نشده است. ایده مرکزی حقوق اساسی بریتانیا، رابطه میان سلطنت مردم، پادشاه و اتباع، حکومت و شهروندان؛ و به تعبیر نئولیبرال‌ها، رابطه میان دولت با موکلین یا مشتری‌های خود می‌باشد. به همین دلیل، نظریه «حاکمیت قانون» بیش از نظریه «تفکیک قوا» در اندیشه سیاسی و حقوقی بریتانیا جای گرفته است.

به طور خلاصه، موجه سازی تصمیم‌گیریهای اداری ایده اصلی در حقوق اداری مدرن است، با این همه در سنت‌های حقوقی مختلف، تحت تأثیر ارزش‌های فراققوقی، روش‌های موجه سازی، متفاوت هستند. لذا بازنگری قضایی اعمال اداری، و همچنین مکانیزم‌ها و نهادهای آن نیز باید از همین منظر مورد مطالعه قرار گیرد.^{۱۷۷}

¹⁷⁵ - Instrumental goals.

¹⁷⁶ - Non - instrumental.

¹⁷⁷ - Cane, Peter, "Review of Executive Action", in "The Oxford Handbook of Legal Studies", Edited by Peter Cane and Mark Tushnet, Oxford University Press, 2003, pp. 150-154.



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی