

## فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)

سال هفتم، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۹۸

### بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون

#### اساسی جمهوری اسلامی ایران

فاطمه میراحمدی<sup>۱</sup>؛ محمدرضا مجتهدی<sup>۲</sup>؛ سید مجتبی واعظی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۲

#### چکیده

نظریه «اساسی سازی حقوق اداری» به مفهوم تزریق اصول و ارزش‌های بنیادین حقوق اساسی به حقوق اداری و تبعیت حقوق اداری از آن‌هاست که موجب تضمین و صیانت از حقوق اساسی افراد در رابطه با اداره می‌گردد. در خصوص این نظریه توجه ویژه‌ای به حقوق اداری فرانسه می‌شود، زیرا اساساً این موضوع حاصل دکتترین فرانسه است. اساسی سازی در کشور ما از پشتوانه نظری برخوردار نیست و پژوهش‌های معدودی در خصوص آن صورت گرفته است. در این جا پرسش اصلی این است که آیا نظام حقوقی ایران از این قابلیت برخوردار است که بتوان اساسی سازی حقوق اداری را در آن اجرایی نمود؟ در این پژوهش با بررسی بنیان‌های اساسی حقوق اداری در قانون اساسی این نتیجه حاصل شد که حقوق اداری بخشی از قانون اساسی و در واقع عینیت بخش حقوق اساسی است. لذا با توجه به ویژگی هنجاری و دخالت‌گری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر حقوق اداری؛ به عنوان شرط اصلی اساسی سازی و همچنین نقش کلیدی دیوان عدالت اداری در اجرایی کردن حقوق اساسی و توسعه رویه قضایی مربوط به حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌توان از اساسی سازی تدریجی حقوق اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران سخن گفت. **واژگان کلیدی:** اساسی سازی، اساسی سازی حقوق اداری، حقوق اداری، دیوان عدالت اداری، قانون اساسی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، آذربایجان شرقی، ایران (نویسنده مسئول)

mirahmadi.fatemeh67@gmail.com

۲. استاد دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز، آذربایجان شرقی، ایران. mojtehedi2004@yahoo.com

۳. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، فارس، ایران. mojtaba\_vaezi@yahoo.com

## مقدمه

طی بیست و چند سال اخیر نظریه «اساسی‌سازی»، شاخه‌های مختلف حقوقی را دربر گرفته است. در برخی از رشته‌های حقوقی ورود این نظریه به سختی انجام می‌شود و مقاومت‌های جدی صورت گرفته است؛ مثل اساسی‌سازی حقوق مدنی که آقای پروفیسور کریستین آتیاس (Attias, 1991: 2) بر این مورد از اساسی‌سازی بد گمان است و این چنین اعلام می‌دارد: «شورای قانون اساسی با تئوری‌های فلسفی که فاقد معنای حقوقی واقعی هستند نمی‌تواند موجب هیچ رشدی در این زمینه شود» (مؤذنی، ۱۳۹۳: ۱۲۸ - ۱۲۷) بر عکس بر پایه‌های اساسی‌سازی برخی از رشته‌های حقوقی همچون حقوق اداری اعتراضی وجود نداشته است، بنابراین هر توضیحی در حقوق اداری، عمیقاً بر بنیان‌های اساسی حقوق اداری تأکید می‌کند و در واقع آن بنیان‌ها را تدوین و تبیین می‌کند.

متأسفانه در کشور ایران قانون اداری نظیر آنچه که با عنوان قوانین عام اداری یا آیین‌های اداری در اکثر کشورها به تصویب رسیده است، وجود ندارد؛ لذا برای توسعه حقوق اداری که توسعه و تحول نظام اداری را به دنبال خواهد داشت، نیازمند دستیابی به ارزش‌ها و هنجارهای اساسی و بنیادین حقوق اداری و انتشار آن‌ها در نظام حقوقی هستیم که البته در نظام حقوقی موجود نیز می‌توان به آن‌ها دست یافت؛ قانون اساسی منبع مفید و ارزشمندی برای شناسایی ارزش‌های حاکم بر حقوق اداری به شمار می‌رود (هداوند، کاظمی، ۱۳۹۲: ۶۴). ارزیابی حقوق اداری ایران بر اساس نظریه‌ی اساسی‌سازی و توجه به قانون اساسی در نظام‌سازی حقوق اداری از دو منظر مهم و ضروری است: اول این که، در کشور ما قانون اساسی در رأس هرم قرار دارد و قوانین دیگر باید از این قانون تبعیت کنند، لذا نمی‌توان بدون پایبندی به قواعد و اصول قانون اساسی، قوانین اداری را تدوین و تنظیم نمود؛ چرا که قانون اساسی عالی‌ترین سند حقوقی کشور و راهنمایی برای تنظیم قوانین دیگر و همچنین تعریف‌کننده‌ی اصول سیاسی، ساختار، سلسله مراتب، جایگاه و حدود قدرت سیاسی دولت یک کشور و تعیین و تضمین‌کننده‌ی حقوق شهروندان کشور می‌باشد (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۰۳ و ۱۱۵).

دوم این که، اساسی سازی حقوق پدیده‌ای است که با نهاد صیانت از قانون اساسی معنا و مفهوم می‌یابد. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران علی‌رغم نبود دادگاه قانون اساسی که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرایی را بر عهده داشته باشد و با عنایت به خصلت ماهیتاً سیاسی شورای نگهبان و محدوده نظارت این شورا که صرفاً منحصر به انطباق قوانین عادی با قانون اساسی (و البته موازین شرعی) است؛ به نظر می‌رسد که در عمل، بخش قابل ملاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از اصول قانون اساسی بر عهده «دیوان عدالت اداری» قرار گرفته است و دیوان، این نقش را در قلمرو اداره عمومی اعمال می‌کند (جلالی، سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۲۰) چنان که پس از سه دهه فعالیت موجد رویه قضایی در این حوزه گردیده است و از جایگاه ویژه‌ای در انتشار هنجارهای اساسی مردم‌سالار در نظم حقوقی مقررات اداری برخوردار است. این نهاد قضایی با اساسی سازی حقوق اداری و توسعه رویه قضایی مربوط به حقوق و آزادی‌های بنیادین، می‌تواند نقش اساسی در جهت اصلاح دستگاه اداری کشور داشته باشد، بنابراین ارتقای جایگاه دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی کشور و استفاده مطلوب از ظرفیت‌های رویه قضایی دیوان در اساسی سازی حقوق اداری امری اجتناب ناپذیر است. پرسش اساسی که در این راستا مطرح می‌شود این است که لوازم و شاخصه‌های شناسایی این امر در سطح هنجارهای اساسی چیست؟ تأثیرات قانون اساسی بر گستره حقوق اداری به چه شکل ظهور و بروز پیدا کرده است؟ آیا درج چند اصل در قانون اساسی برای اساسی سازی حقوق اداری کافی است؟ این نوشتار با در نظر گرفتن پرسش‌های مذکور می‌کوشد تا حقوق اداری ایران را بر اساس نظریه اساسی سازی و با توجه به اصول قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد لذا پس از ذکر مفاهیم و کلیاتی در خصوص اساسی سازی حقوق اداری و رویکردهای موجود در خصوص آن با کنکاش در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و آراء دیوان عدالت اداری به ابعاد مختلف این مسأله خواهیم پرداخت.

## ۱. نظریه اساسی سازی

اساسی سازی معادل constitutionalization در انگلیسی است (عادل و دیگران، ۱۳۸۷: ۶۶). حقوق دانان در خصوص معنای این اصطلاح اختلاف نظر دارند، اختلافی که می تواند ریشه در تفاوت فرآیند اساسی سازی در نظام های حقوقی گوناگون داشته باشد. اساسی سازی، اصول و ارزش های مشروطه گرایی و قواعد بنیادین را به شکل عینی و با ضمانت اجرای حقوقی وارد هرم قواعد حقوقی می کند (رحمتی فر و دیگران، ۱۳۹۵: ۵۷). این جنبش از نیمه دوم قرن هجدهم در اروپا و آمریکا ظهور یافت و با گرایش های فکری خواستار آزادی خواهی و قانون طلبی همراه بود و در حقیقت امر خواستار تدوین و استقرار قانون اساسی در کشورها و تجدیدنظر در سازمان سیاسی آنها بود. (گرچی، ۱۳۹۳: ۹۹۷-۹۹۶) به طور کلی، برآمدن پدیده اساسی سازی با پیدایش، توسعه و تقویت نهادهای دادرسی اساسی مقارن است و می توان آن را عامل مهم یگانه سازی نظم حقوقی و ایجاد وحدت در شاخه های مختلف حقوق دانست (گرچی، ۱۳۹۳: ۵۷). اصولاً اساسی سازی در مواردی صادق است که یک موضوع یا یک گرایش از علم حقوق تحت تأثیر قواعد و مقررات اساسی قرار گیرد، لذا بدون این که الزاماً هنجارهای اساسی، جایگزین هنجارهای حقوقی عادی حاکم بر آن موضوع یا گرایش از علم حقوق گردند قواعد و مقررات حاکم بر آنها باید به گونه ای اجرا یا تفسیر شوند که توقعات اساسی را لحاظ نمایند و به موجب آن هر گرایش حقوقی از بنیان های اساسی برخوردار است. (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۱-۱۳۰)

اساسی سازی نظم حقوقی فرآیندی تدریجی است و کشورها در درجه یکسانی از اساسی سازی به سر نمی برند. در صدر کشورهای مواجه با فرآیند اساسی سازی نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا را می توان قرار داد که در واقع بدون رقیب است. پس از ایالات متحده می توان از آلمان، ایتالیا، اسپانیا و پرتغال و سپس سوئیس، فرانسه و بلژیک نام برد. (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۶۱-۱۶۰) در ادبیات حقوق اساسی ایران، هنگامی که صحبت از اساسی سازی حقوق می شود مفاهیم و برداشتهای مختلفی با توجه به معانی مختلفی که از دو واژه «حقوق» و «اساسی سازی» وجود دارد مطرح می شود. اما باید روشن شود که منظور

بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۶۱

از «اساسی سازی» چیست؟ حقوقدانان ایران دو برداشت مختلف از اساسی سازی حقوق داشته‌اند:

الف - یک برداشت از اساسی سازی حقوق، اساسی سازی حق‌ها و آزادی‌های بنیادین است. اما بایستی توجه داشت منظور از اساسی سازی حقوق به معنای واقعی کلمه این مفهوم نیست (درج حق‌ها و آزادی‌های بنیادین در قانون اساسی یا اساسی سازی شکلی). به همین دلیل برخی از حقوقدانان نفس اختصاص مقررات ویژه به یک گرایش حقوق در قوانین اساسی را حاکی از یک عمل نمادین دانسته‌اند. (گرگی، ۱۳۸۸: ۴۰۵)

ب - برداشت دوم از اساسی سازی حقوق، اساسی سازی علم حقوق است که به مفهوم تغییر و تحول تدریجی‌ای است که در دانش حقوق به دلیل تأثیری که قانون اساسی در قوانین و مقررات و نظم‌های حقوقی به جای می‌گذارد اتفاق می‌افتد و این تغییر و تحول تدریجی به گونه‌ای است که نظام حقوقی را متحول می‌کند و محتوای نظم حقوقی همسو با اصول و ارزش‌های قانون اساسی تغییر می‌کند (اساسی سازی ماهوی) (تقی‌زاده، ۱۳۹۷، مشهدی، ۱۳۹۸: ۶۳ - ۵۱).

## ۲. بررسی حقوق اداری در پرتو نظریه اساسی سازی

اساسی سازی حقوق اداری نظریه‌ای است که به دنبال مطالعه بنیادهای حقوق اداری در قوانین اساسی به عنوان آبشخور بنیادین منابع حقوقی است. این امر ممکن است به صورت مراجعه مستقیم و استناد به یکی از اصول قانون اساسی و یا از طریق تفسیر قضایی اصول قانون اساسی در دعاوی اداری ظاهر شود. (مشهدی، ۱۳۹۷: ۷۷) در تبیین این که آیا منظور از اساسی سازی صرفاً به معنای گنجانیدن و بیان یک یا چند ماده در اصول قانون اساسی است؟ (معیار شکلی) یا مفهومی بنیادین و ماهوی را مطرح می‌نماید (معیار ماهوی) این عنوان در عین کاربرد فراوان در ادبیات حقوق عمومی فرانسه به روشنی و وضوح تبیین و تعریف نگردیده است (مشهدی، ۱۳۹۸: ۵۲). مطابق با این نظریه حقوق اداری از اصول و ارزش‌های بنیادین حقوق اساسی تبعیت می‌کند و به تحقق، پیاده‌سازی و صیانت از این ارزش‌ها در اداره عمومی و روابط میان اداره عمومی با مردم کمک می‌کند. این رویکرد از آن

جهت قابل توجه است که موضوع حقوق اداری ارتباط مستقیم با هنجارهای حقوق اساسی دارد، زیرا در این رشته غالباً قضات عادت دارند به منابع حقوق اساسی ارجاع دهند، بنابراین مداخله قاضی قانون اساسی از مشروعیت نسبی و مشخصی برخوردار است. علاوه بر این، پیوند بین دو رشته حقوق اساسی و حقوق اداری آن قدر زیاد است که تعدادی از حقوقدانان بزرگ، منکر جدایی آن‌ها هستند و استدلال می‌کنند که مرز مشخصی میان آن‌ها وجود ندارد. از نتایج پیوند بین این دو رشته این است که قواعد قانونی حقوق اداری نباید مغایر با اصول قانون اساسی باشد. به عبارت دیگر نوعی سلسله مراتب حکمی بین قواعد این دو دسته حقوقی وجود دارد (انصاری، ۱۳۸۶: ۱۰۱-۱۰۰).

در مورد تئوری اساسی‌سازی حقوق اداری، توجه ویژه‌ای به دکترین فرانسه شده است. مبنای این دکترین را می‌بایستی در متن قانون اساسی سال ۱۸۷۵ و ۱۹۴۷ یافت (Delvole, 2015: 2). در سال ۱۹۵۴، استاد ودل<sup>۱</sup> مقاله‌ای را با عنوان «بنیان‌های اساسی حقوق اداری» منتشر کرد و در آن نوشت: قانون اساسی مبنایی ضروری قواعدی است که مجموعه آن‌ها حقوق اداری را ایجاد کرده‌اند. (Stirn, 2012: 1). در واقع استاد ودل از این امر دفاع می‌کرد که قانون اساسی، تشخیص حقوق اداری را بنا می‌نماید، وی تأیید نظریه خود را در ماده ۳۷ قانون اساسی ۱۹۵۸ دیده بود (Poole, 2007: 2). ژرژودل به تجزیه و تحلیل پدیده اساسی‌سازی حقوق اداری به عنوان شکلی از هژمونی (تسلط و برتری) در این رشته (حقوق اداری) در کنار دیگر رشته‌ها علاقه نشان داد (par Damien Monnier, 2009: 1-9).

در تئوری اساسی‌سازی حقوق اداری اعتقاد بر این است که حقوق اداری اعتبار هنجارهای قانون اساسی را تقویت می‌کند و می‌تواند تابع اختیارات نظارتی مستقلی باشد. غنای متقابل حقوق اداری و حقوق اساسی ناشی از دو جنبش اساسی‌سازی حقوق اداری و اداری سازی قانون اساسی در فرانسه است که منجر به تکامل حقوق عمومی در فرانسه شده است و با گسترش هنجارهای قانون اساسی، سلسله مراتبی از هنجارها و گفتگوی نزدیک بین

---

1- Dean Vedel

قضات در سراسر کشور و در سطح اروپا امکان پذیر شده است (Chevallier, 1979: 6). متن قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه، دربرگیرنده مقررات متعددی در ارتباط با سازماندهی و حق ویژه اداره کردن است. علاوه بر این شورای قانون اساسی نهادی است که سرشار از «منابع اساسی حقوق اداری است». ضمناً، شورای دولتی بعدها در موضوع-های اساسی مداخله کرد تا حمایت از حقوق اساسی را تضمین کند. بنابراین، "شورای قانون اساسی اغلب دادگاهی اداری است و شورای دولتی در حال تبدیل شدن به قاضی اساسی است" (Stirn, op.cit : 1).

با توجه به مباحث مذکور منظور از اساسی سازی حقوق اداری این است که «حقوق اداری از اصول و ارزش های بنیادین حقوق اساسی که عبارتند از حاکمیت مردم (دموکراسی)، حکومت قانون (نفی استبداد و خودکامگی) و حقوق مردم (حقوق بشر و آزادی های بنیادین) تبعیت می کند» و به طور همزمان تحت پدیده متناظر اداری سازی یا اجرایی نمودن حقوق اساسی، «اصول و اهداف کلی، نرم و شناور شناسایی شده در قانون اساسی با کمک و از طریق فنون و ابزارهای حقوق اداری و تکنیک های خاص حقوق اداری، پیاده می شوند و تحقق می یابند» (هداوند، ۱۳۹۱: ۱).

بنابراین در اساسی سازی حقوق اداری ضروری است که در این خصوص بیندیشیم که آیا قاضی، زمانی که دعوای تحت صلاحیت او یک دعوای اداری است و جهت حل و فصل اختلاف یکی از عناصر جواب در قانون اساسی وجود دارد، به راحتی می پذیرد که مقررات اساسی را لحاظ نماید. آیا قانون اساسی ارزش هنجاری دارد یا خیر؟ آیا اصول و قواعد حقوق اداری آن طور که باید در راستای قانون اساسی سازماندهی گردیده اند؟ تأثیرات قانون اساسی بر گستره حقوق اداری به چه شکل ظهور و بروز یافته است؟ (Stirn, 2011 : 9).



### ۳. رویکردهای موجود در خصوص اساسی سازی حقوق اداری

ارتباط بین حقوق اداری و قانون اساسی مملو از کشمکش است. در پایان سال ۱۹۵۰، «فریتز ورنر»<sup>۱</sup> جهت گیری حقوق اداری را به سمت قانون اساسی به عنوان امری فرخنده و خوشایند تلقی می کرد (حقوق اداری را مکمل حقوق اساسی می پنداشت)، تنها زمان کوتاهی بعد از این رویداد افرادی که در پی مبناسازی حقوق اداری با قانون اساسی بودند با اتهام «افراط بی حد و حصر در استعمال الفاظ قانون اساسی» مواجه شدند و این قیود و محدودیت ها در حال حاضر همچنان برای انتقاد از اساسی سازی حقوق اداری تداوم دارند به گونه ای که نظریات مخالف اساسی سازی حقوق اداری به عنوان «خنثی سازی اساسی - سازی» یا در واقع «اساسی زدایی»<sup>۲</sup> تفسیر شده است (7-8: 2017, Wollenschläger). به هر حال در کنار انتقادهای موجود از اساسی سازی حقوق اداری، فروض و رویکردهای موجود از وابستگی حقوق اداری به قانون اساسی بدین شرح است:

#### ۳.۱. حقوق اداری مکمل حقوق اساسی است

«حقوق اداری مکمل حقوق اساسی است» این اظهار نظر «فریتز ورنر» بر پایه وابستگی حقوق اداری بر قانون اساسی است. در این دیدگاه از اساسی سازی، حقوق اداری در امتداد اصل حاکمیت قانون و خطوط حقوق بنیادین جهت گیری و به عنوان مکمل حقوق اساسی توصیف می شود و اساسی سازی به عنوان «تطبیق، جهت گیری و تغییر شکل نظم حقوقی به تصریحات قانون اساسی» تعریف می شود. این رویکرد بر پایه نفوذ حقوق بنیادین و حاکمیت قانون بر حقوق اداری است، حقوق بنیادین نشأت گرفته از قانون اساسی که قادر است به صورت جامعی حقوق اداری را تسخیر کند. از نتایج مهم نفوذ حقوق بنیادین و حاکمیت قانون در حقوق اداری تقدم قانون اساسی، بر قوانین موضوعه حقوق اداری است به گونه ای که این قوانین دیگر نمی توانند بنیان نهایی برای اقدام اداری باشند، زیرا در معرض پیش شرط انطباق با قانون اساسی هستند. بدین ترتیب، نظام حقوقی بسیار اساسی سازی

1 -Fritz Werner

2 -deconstitutionalisation



شده خطر پیروی سیاست قانونی در پوشش استدلال‌های منطبق با حقوق اساسی و ضرر زدن به استقلال حقوق غیر قانون اساسی را به دنبال دارد و نوعی الزام عملکردی و هنجاری را ایجاد می‌کند. همچنین نفوذ حقوق بنیادین و حاکمیت قانون به قوه مجریه موضع‌گیری‌های صریحی را نشان می‌دهد که حقوق اداری باید از آن تبعیت نماید (Ibid: 11,15).

### ۳.۲. حقوق اداری عینیت بخش حقوق اساسی است

علی‌رغم تأثیر قابل توجه قانون اساسی بر حقوق اداری، مفهوم سازی «حقوق اداری به عنوان عینیت بخش حقوق اساسی» مستلزم این است که: اولاً حقوق اداری قبلاً در قانون اساسی بنیان نهاده شده باشد (حقوق اداری اساسی) و ثانیاً حقوق اداری خود فاقد نظام شکل‌گیری باشد و به عبارت دیگر دیدگاهی در خصوص نظام شکل‌گیری حقوق اداری وجود نداشته باشد.

#### ۳.۲.۱. حقوق اداری به عنوان بخشی از حقوق اساسی: حقوق اداری اساسی

در میان قوانین اساسی، مقرره‌هایی وجود دارند که در ارتباط مستقیم با دولت هستند. بنابراین در این وضعیت، یک «قانون اساسی اداری» یا یک «قانون اداری اساسی» وجود دارد. به عبارت دیگر، از این منظر، بخشی از مقرره‌های قانون اساسی در عین حال، یک قانون اداری هستند. این مفهوم‌سازی از (حقوق اساسی اداری) مربوط به شناسایی و دسته‌بندی مقرره‌های خاص قانون اساسی است که در دکترین حقوق اساسی آلمان بنیان نهاده شد. حقوق اساسی اداری بسیاری از وظایف مختلف قانون اساسی یعنی سازماندهی، مشروعیت بخشی و تحت کنترل درآوردن حکومت را منعکس می‌کند، به طور کلی، قانون اساسی حاوی تصویری از دولت است (Ibid : 20-22).

#### ۳.۲.۲. فقدان دیدگاه در نظام شکل‌گیری حقوق اداری

عدم دیدگاه در شکل‌گیری حقوق اداری به مفهوم این است که حقوق اداری بیش‌تر از این که مکمل حقوق اساسی باشد، وقف حقوق اساسی شده است. قانون اساسی در شکل‌گیری

حقوق اداری اهمیت حیاتی دارد. اولاً، قانون اساسی جهت‌گیری کلی و توسعه حقوق اداری را تعیین می‌کند زیرا شکل‌گیری حتمی حقوق اداری، با ترویج عقلانیت و شفافیت ناشی از برنامه دموکراتیک و حاکمیت قانون تحریک شده است، الزام قانون اساسی نه تنها دربرگیرنده قاعده‌مند کردن عمل اداری از لحاظ معیارهای حاکمیت قانون است، بلکه توانمند ساختن عملکرد اداری نیز هست. ثانیاً، حقوق اساسی برای دسته‌بندی شکل‌گیری حقوق اداری، فراهم کننده مفاهیم است، مانند: الزامات حاکمیت قانون یا مشروعیت دموکراتیک و در نهایت، قانون اساسی به عنوان معیاری برای مقرره‌ها و نهادهای حقوق اداری عمل می‌کند. به علاوه، حقوق اداری و اساسی ممکن است به صورت موازی توسعه یابند و در یکدیگر تأثیر بگذارند (Ibid: 27- 28).

### ۳.۳. حقوق اداری بر قانون اساسی تأثیر می‌گذارد

در مقایسه با مفهوم‌سازی حقوق اداری به عنوان مکمل قانون اساسی، حقوق اداری، در نهایت و به صورت معکوس در سلسله مراتب هنجارها، بر قانون اساسی تأثیر می‌گذارد؛ همچنان که ژرژ ودل، به طور محسوسی این نظریه را با توجه به نظم حقوقی فرانسه به کار گرفت. ضمن این که قابل انکار نیست بین حقوق اداری که به عنوان فراخوانی برای توسعه به خدمت گرفته می‌شود و حقوق اداری که به عنوان مدل و دستورالعمل تفسیری برای قانون اساسی به خدمت گرفته می‌شود اشتراکاتی وجود دارد، باید بین این دو تفکیک قائل شویم. در این دیدگاه باید توجه داشته باشیم که اولاً، توسعه‌های جدید در حقوق اداری ممکن است نه تنها حکم مغایر با قانون اساسی را نسبت به خود جذب کند، بلکه ممکن است باعث پیشرفت بیش‌تر در قانون اساسی شود. ثانیاً، قانون اساسی ممکن است مفاهیم آزمایشی، نهادها و اشکال حقوق اداری را جذب و اساسی‌سازی کند ثالثاً، حقوق اداری ممکن است تفسیر حقوق اساسی را که ضرورت انتزاعی دارد، تکمیل و راهنمایی کند و به عبارت دیگر «کشف محتوای از پیش پنهان شده قانون اساسی و همچنین توسعه قانون اساسی» را تسهیل کند و در عین حال، استقلال قانون اساسی نیز مورد احترام واقع شود (Ibid : 36).

#### ۴. حقوق اداری ایران و نظریه اساسی سازی

آغاز شکل‌گیری حقوق اداری در ایران را باید عصر مشروطه تلقی کرد، زیرا برای اداره کشور قانون اساسی وضع شد و اصل تفکیک قوا به عنوان ضمانت اجرای حقوق شهروندان در مقابل هر سه قوه خصوصاً قوه مجریه پذیرفته شد. نظام اداری جمهوری اسلامی ایران دنباله رو نظام اداری مشروطه و از نظر تشکیلاتی و اداری پیرو و وارث آن است (امیرارجمند، حقوق اداری ۱ : ۲۸-۲۶). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول مختلف مبانی پایه‌ای حقوق اداری را مورد توجه قرار داده است. از طرف دیگر قانون اساسی به عنوان یکی از منابع حقوق اداری به ویژه در نبود کد مدون حقوق اداری، معدن خام اصول کلی حقوق اداری قرار گرفته، سرچشمه و مهم‌ترین پایه‌های حقوق اداری را تشکیل می‌دهد (جلالی، سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۰۰-۹۵) این اصول توسط دیوان عدالت اداری (در جریان دادرسی اداری) مورد شناسایی قرار گرفته‌اند که این مسأله یا به صورت مراجعه مستقیم و استناد به یکی از اصول قانون اساسی صورت گرفته و یا دیوان دست به «تفسیر قضایی اصول قانون اساسی» زده است. از آن‌جا که در ایران کد مدون حقوق اداری نیز وجود ندارد این امر با توجه به خلأ قانون واجد اهمیت ویژه‌ای است و قضات دیوان عدالت اداری می‌توانند زمینه «اجرائی کردن حقوق اساسی» را فراهم نمایند. مسأله‌ای که از سوی برخی از حقوق‌دانان اداری تحت عنوان «اساسی سازی حقوق اداری» از آن یاد شده است (هداوند، ۸۴-۸۵ : ۲۲) به عبارت دیگر به ورود مسائل حقوق اداری در سطح قواعد حقوق اساسی، اساسی سازی حقوق اداری می‌گویند. بر این مینا اساسی‌سازی حقوق اداری صرفاً ناظر به اندراج شکلی قواعد حقوق اداری در قوانین اساسی نیست (اساسی سازی شکلی)، بلکه در مفهومی عمیق‌تر شامل تضمین‌های فرازین این حقوق و آثار آن در سلسله مراتب قواعد و هنجارهای اساسی و عادی نیز می‌گردد (اساسی سازی ماهوی) (مشهدی، ۱۳۹۲: ۸۶).

#### ۴-۱. اساسی سازی شکلی حقوق اداری

اساسی سازی شکلی ناظر به شناسایی و درج حقوق اداری در قوانین اساسی یک کشور است. در این راستا بسیاری از کشورها اقدام به شناسایی قواعد حقوق اداری در قوانین

اساسی خود نموده‌اند (مشهدی، ۱۳۹۸: ۵۳) با توجه به این که ویژگی هنجاری و دخالت‌گری قانون اساسی در حوزه‌های حقوق اداری از شرایط اصلی اساسی‌سازی شکلی حقوق اداری است (تقی زاده، ۱۳۸۶، ۱۳۳۴) پایه‌های حقوق اداری ایران را باید ابتدا در قانون اساسی جمهوری اسلامی جست و جو نمود (فلاح‌زاده، رکابدار، ۱۳۹۶: ۳۴) خوشبختانه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از این حیث از ظرفیت‌های قابل ملاحظه‌ای برخوردار است چنانچه می‌توان گفت بسیاری از اصول و مبانی حقوق اداری در قانون اساسی درج شده است که مورد اشاره قرار می‌گیرد.

#### ۱-۱-۴- ضرورت ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضرور

به موجب بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی «دولت موظف است همه امکانات خود را جهت ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضرور به کار بندد». برای درک مفهوم نظام اداری صحیح باید به خود قانون اساسی مراجعه کرد. قانون اساسی در مورد ایجاد نظام اداری صحیح به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به بیان مفاهیم و ارزش‌هایی همچون «مبارزه با فساد اداری» (بند ۱ از اصل سوم)، «قانونی بودن اعمال اداره»، (اصل ۱۳۳ و ۱۳۸) «محو هرگونه استبداد و خودکامگی» (مقدمه قانون اساسی)، «رفع تبعیضات ناروا» ( اصول ۱۹، ۱۰۱، ۴۸ و بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی)، «ممنوعیت سلب آزادی‌های مشروع» ( اصل ۹ قانون اساسی) و «مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری و اداره امور کشور» (اصل ۷ و بند ۸ اصل ۳) «اصل برابری در استفاده از خدمات عمومی» ( بند ۹ اصل ۳ و اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی)، «حق دادخواهی از تصمیمات و اقدامات خلاف قانون و شرع و ناقض حقوق مشروع شهروندان» ( اصل ۳۴ و اصول ۱۷۰ و ۱۷۳)، پرداخته است و عباراتی که در این خصوص در قانون اساسی آمده، نشان‌دهنده نگرانی‌های قوه موسس در زمینه ایجاد نظام اداری صحیح است. نظام اداری صحیح یک عبارت کلی است که متضمن بسیاری از ارزش‌هاست. (هداوند، ۱۳۹۵: ۲۳۷-۲۱۲)

### ۲-۱-۴- اصل اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی

دستگاه اداری، تکیه‌گاه ویژه «دموکراسی مشارکتی» جدید است: برخورداری شهروندان از قدرت دخالت در کارکرد اداره، به عنوان پرکننده خلاءهای دموکراسی نمایندگی تلقی می‌شود که مبتنی بر اصل تفویض اختیار است و به ذینفعان امکان سلطه عملی و عینی بر امر عمومی را باز می‌بخشد و اداره شونده‌گان در فرآیند کارکرد بخش‌های اداری مربوط به خود و نیز تأمین خدمات عمومی نقش‌آفرینی می‌کنند (واعظی، ۱۳۹۶: ۲۲۶). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصولاً مشارکت - بنیاد است و در چند اصل از ارزش‌های مردم سالارانه و نقش سازنده مردم در تعیین راهبردها و اداره امور جامعه سخن به میان آورده است. این اصول به ترتیب عبارتند از: بند هشتم اصل سوم که دولت مکلف شده است همه امکانات خود را برای امر مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش به کار بندد. اصل ششم نیز بیان کرده است که امور کشور باید به اتکای آرای عمومی باشد و بر ضرورت مشارکت شهروندان در مدیریت سیاسی و اصل هفتم بر تصمیم‌گیری شورایی تأکید کرده است. اصل هشتم با قبول نظارت‌گیری شهروندان بر کار مقامات عالی اجرایی به شناسایی یکی از پایه‌های اصلی جامعه مشارکتی می‌پردازد. در نهایت اصل پنجاه و ششم مهم‌ترین دلیل توجیه کننده شرکت دادن مردم در تصمیم‌گیری‌های اداری است. (میرزاده کوهساهی، ۱۳۹۷: ۲۴-۲۲)

### ۳-۱-۴- نظارت قضایی بر اعمال اداری

نظارت قضایی بر اعمال اداری ریشه در مفهوم بنیادین حکومت قانون دارد. (هداوند، ۱۳۹۱: ۵۱) در نظام‌های مردم‌سالار، تقریباً هر یک از اعمال دولت، موضوع بازنگری قضایی بوده و غیر قابل بازنگری بودن آن استثناء است (زارعی و محمودی، ۱۳۹۰: ۹۱). در نظام حقوقی ایران اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی نظارت قضایی بر اعمال اداری را محقق می‌سازند. بر اساس اصل ۱۷۰ اگر قضات دادگاه‌ها در اثنای رسیدگی به پرونده، آیین‌نامه استنادی اصحاب دعوا را مغایر با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات مقام یا نهاد واضع مصوبه تشخیص دهند مکلفند از اجرای آن خودداری کنند. اصل ۱۷۳ نیز مقرر داشته: «به منظور

رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد» بدین ترتیب حقوق اداری در بستر حکومت قانون با استخراج «اصول کلی حقوق اداری» توسط قضات از ارزش‌های اساسی قانونمندی، مردم‌سالاری و حقوق بشر و اعلام آن‌ها به عنوان معیارهای نظارت بر دولت توسعه می‌یابد. تجربه‌ای که در کشور فرانسه دیده می‌شود. (هداوند، ۱۳۹۱: ۵۱)

#### ۴-۱-۴- عدم تمرکز در مدیریت اداری کشور

با وجود اهمیت مسأله عدم تمرکز در مدیریت اداری، نه قانون اساسی مشروطه و نه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عدم تمرکز به عنوان شیوه‌ای از حکمرانی اشاره نکرده‌اند. اصل ۲۹ و اصول ۹۰ تا ۹۳ متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۳۲۵ صرفاً به وجود انجمن‌های ایالتی و ولایتی اشاره می‌کند، بدون آن که از عدم تمرکز نام ببرد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به جای توجه به عدم تمرکز به عنوان ابزاری برای تقسیم وظایف و اختیارات بین مرکز و محل در اصل ۷ و فصل هفتم صرفاً به شوراهای اسلامی اعم از شورای روستا، بخش، محل، شهر، شهرستان، استان و شورای عالی استان‌ها اشاره کرده، اصل یکصد قانون اساسی نیز بر اساس آموزه‌های قرآنی مشورت‌خواهی از مردم و تصمیم‌گیری بر مبنای گرفتن نظریه مشورتی، شوراها را در کنار مجلس شورای اسلامی از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور دانسته است که آن هم به نظر می‌رسد بیشتر تحت تأثیر اندیشه‌های اسلامی بوده است. نگاهی به مشروح مذاکرات جلسه ۳۷ مجلس بررسی نهایی قانون اساسی همین برداشت را تقویت می‌کند. برای مثال، در جلسه مزبور، موسوی اردبیلی در دفاع از اصل ۱۰۰، همین مبنا را مورد تأکید قرار می‌دهد: «مسأله شورا مسأله‌ای است اسلامی و بنای این انقلاب باید روی این اصل اسلامی و پر محتوا برقرار شود» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۸: ۹۹۱) با وجود این نگاهی به کتاب‌های حقوق اساسی و حقوق اداری ایران بیانگر این است که گویا نویسندگان وجود عدم

بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۷۱

تمرکز محلی را در ایران فرض گرفته‌اند و بر اساس همین فرض به بررسی زوایا و ابعاد مختلف آن پرداخته‌اند. (آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۴۷-۴۶)

#### ۲-۴- اساسی سازی ماهوی حقوق اداری

اساسی سازی ماهوی مفهومی پیشرفته و وابسته به رنگ و بو و عملکرد کل سیستم حقوقی و به معنای رعایت آثار و محتوای موضوع است. لذا بر مبنای معیار ماهوی صرف اندراج قواعد حقوق اداری در قانون اساسی به معنای اساسی سازی حقوق اداری نخواهد بود (مشهدی، ۱۳۹۸: ۵۲). بنابراین تنها زمانی می‌توان از اساسی سازی ماهوی سخن گفت که قواعد و مقررات حقوق اداری مندرج در قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان تأثیر بنیادینی را نهاده و تحولی اساسی در تضمین حقوق افراد از این حیث ایجاد نماید. لذا نمی‌توان بدون مطالعه و بررسی آرای دیوان عدالت اداری و نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان نظر صریح و متقنی را ارائه داد.

#### ۱-۲-۴- رویه شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری

برخی از حقوقدانان معتقدند که فرآیند اساسی سازی حقوق به دسترسی مستقیم یا غیر مستقیم افراد به قاضی اساسی وابسته است. این گروه حتی تأکید می‌کنند که اساسی سازی به صورت واقعی اتفاق نمی‌افتد مگر زمانی که استثناء غیر اساسی بودن مستقر شود. باید پذیرفت که قوی‌ترین تضمین لازم الاجرای قانون اساسی در دسترسی تمام افراد به دادگاه قانون اساسی نهفته است اما فرآیند اساسی سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد عادی به دادرسی اساسی وابسته نیست. البته وسعت دسترسی افراد و نهادها به قضات اساسی در سرعت فرآیند اساسی سازی حقوق بسیار مؤثر خواهد بود. در نظام حقوقی ایران به موجب اصل ۹۴ قانون اساسی کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید برای شورای نگهبان فرستاده شود تا نظارت بر اساسی و شرعی بودن آن‌ها توسط این نهاد صورت پذیرد. بدین ترتیب شورای نگهبان می‌تواند از تصویب هنجارهای مغایر با شرع و قانون اساسی و ورود آن‌ها به مجموعه نظم حقوقی از طریق نظارت پیشینی بر آن‌ها ممانعت نماید (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۶-۱۴۵). به عنوان مثال شورای نگهبان در نظریه شماره ۸۷۲۸۹/



۴۲۹ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۹ ماده ۱ طرح نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس را مبنی بر این که کلیه دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری موظفند در انتصاب افراد به مشاغل حساس، در مورد ضوابط مقرر در این قانون از وزارت اطلاعات استعلام و نتایج آن را در انتصاب خود اعمال نمایند، اطلاق انتصاب برخلاف استعلام صورت گرفته را، خلاف نظام اداری صحیح و مغایر بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی دانسته است یا در نظریه شماره ۵۲۸۲۵/۳۰/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۵ در خصوص طرح تشکیل سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور مقرر می‌دارد: «الزام رئیس جمهور به اداره امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور از طریق یک سازمان (یک شخصیت حقوقی)، مغایر اصل ۱۲۶ قانون اساسی شناخته شد. همچنین با استظهار به اینکه نتیجه ادغام دو معاونت در ماده ۱، حذف دو معاونت و معاونین ذی‌ربط نیز هست، این امر مغایر اصل ۱۲۴ قانون اساسی هم می‌باشد» ([nazarat.shora-rc.ir](http://nazarat.shora-rc.ir)). در این نظرات ملاحظه شد که شورای نگهبان از ورود هنجارهای مغایر با قانون اساسی در حوزه حقوق اداری خودداری می‌کند.

اکنون پرسشی که مطرح می‌شود این است که، آیا نظارت شورای نگهبان برای پاسداری از قانون اساسی شامل مقررات دولتی هم می‌شود یا خیر؟ به مفهوم دیگر، صلاحیت شورای نگهبان به عنوان مرجع اصلی صیانت از قانون اساسی و شرع تنها مربوط به هنجارهای مقنن است یا هنجارهای فرعی و اعمال اداری نیز شامل می‌شود؟ در پاسخ به پرسش فوق بایستی گفت مطابق اصل ۴ قانون اساسی، کلیه مقررات از جمله هنجارهای درجه سوم تحت نظارت شرعی شورای نگهبان قرار دارد، البته نظارت شرعی شورای نگهبان بر هنجارهای درجه سوم متفاوت از آیین نظارت آن شورا بر مصوبات مجلس است با این تفاوت که، نظارت شورا بر مصوبات مقنن به طور پیشینی صورت می‌گیرد و اصولاً تا زمانی که تایید شورا را کسب ننماید از اعتبار قاعده حقوقی برخوردار نخواهد بود اما نظارت شرعی شورای نگهبان بر هنجارهای درجه سوم نظارت پسینی است که به صورت غیرمستقیم و از طریق دیوان عدالت اداری صورت می‌گیرد. (امامی و شاکری، ۱۳۹۶: ۷۴-۷۳)

#### ۲-۲-۴- ظرفیت‌های دیوان عدالت اداری در اساسی‌سازی حقوق اداری

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، در نبود دادگاه قانون اساسی که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرایی را برعهده داشته باشد به نظر می‌رسد که در عمل، بخش قابل ملاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از اصول قانون اساسی برعهده «دیوان عدالت اداری» قرار گرفته است (هداوند، ۱۳۹۱: ۱). این نهاد قضایی با توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین، اساسی‌سازی حقوق اداری را به صورت واقعی آغاز کرده، به مرور زمان، در اثر اعمال تفاسیر و استناد به قانون اساسی و نیز با به اجرا درآوردن هنجارهای اساسی استخراج شده با این شیوه توسط مقامات سیاسی و اداری و مراجع قضایی، همگان را با اساسی‌سازی تدریجی حقوق اداری مواجه نموده است، نیز با ابطال مقررات اداری خلاف قانون اساسی، رشد و اعتلای پروسه اساسی‌سازی حقوق اداری را ادامه داده و سنجیده است (جلالی، ۱۳۹۵: ۱۲۵). در ادامه ساز و کارهای دیوان در اساسی‌سازی حقوق اداری ذکر خواهد شد.

#### ۱-۱-۲-۴- استناد به اصول قانون اساسی

اگر چه مرجع نظارت بر انطباق مقررات اجرایی با قانون اساسی صراحتاً در قانون اساسی مشخص نشده است و در میان حقوقدانان در خصوص امکان استناد دیوان عدالت اداری به اصول قانون اساسی در مقام صدور حکم اختلاف نظر وجود دارد. (کدخدایی و ویژه، ۱۳۸۸: ۳۹) اما از اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول ۱۷۰ و ۱۶۶ می‌توان چنین صلاحیتی را برای دیوان عدالت اداری استنباط کرد. «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» نیز در ماده ۱۲ به طور ضمنی و در ماده ۸۰ به طور صریح این صلاحیت را مورد اشاره قرار داده که به عنوان مؤید این مطلب قابل استناد است. (عم الهدی و مهرپور، ۱۳۹۶: ۲۳۱) تمسک دیوان عدالت اداری به قانون اساسی و قواعد برتر حقوقی موجود در آن پیامدی چون شناسایی این اصول در روند دادرسی اداری را در پی دارد و زمینه اجرایی کردن حقوق اساسی را فراهم می‌آورد (هداوند، ۱۳۸۶: ۸۲-۷۹). به عنوان مثال هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۷۸۶- مورخ ۱۳۹۷/۹/۶، مصوبه هیأت امنای دانشگاه

تهران مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۷ را مبنی بر اعطاء تخفیف شهریه به میزان ۸۰٪ شهریه برای فرزندان اعضای هیأت علمی و همچنین در دادنامه شماره ۷۱۴- مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱، قسمتی از مصوبات هیات امنای دانشگاه‌های صنعتی شریف، تهران و امیرکبیر را مبنی بر اعطای تخفیف در شهریه دانشگاه‌ها به برخی افراد خاص به موجب مصوبات هیأت امنای دانشگاه‌ها، را مخالف بند ۹ اصل سوم قانون اساسی مبنی بر رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه دانسته است. در این موارد دیوان با استناد صریح به متن قانون اساسی به صیانت از آن پرداخته است. در موارد دیگری توجه دیوان به قانون اساسی به عنوان قانون بنیادین و در رأس سلسله مراتب حقوقی می‌باشد همچون دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۵ که صورت جلسه مجمع عمومی فوق العاده بانک رفاه کارگران مبنی بر تبدیل ماهیت دولتی بانک رفاه به بانک غیر دولتی را با استناد به اهداف قانون اساسی و اهداف بانکداری اسلامی خلاف اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته است. در برخی موارد نیز به حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی استناد کرده است مانند حق دادخواهی و رجوع به محکمه صالح (دادنامه شماره ۴۲۳ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۸ مبنی بر ابطال بخشنامه ناجا به علت عدم جواز طرح دعوا از سوی رده‌های ناجا)، یا در مواردی با استناد به اصل احترام به حقوق مکتسبه و اعلام غیر قانونی بودن محدودیت، سلب یا عدم توجه یا تغییر به حقوق مکتسبه اشخاص حکم به ابطال بسیاری از تصمیمات مقامات اداری داده است (دادنامه شماره ۵۴۴ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۷ مبنی بر این که پروانه ساختمانی مالاً موجد حقوق مکتسبه‌ای برای اشخاص است، سلب حق یا تغییر آن بدون اجازه قانونگذار فاقد وجهت قانونی است).

#### ۲-۱-۲-۴- تفسیر قضایی قانون اساسی

تفسیر به منزله طریقه رفع مانع از تجلی ماده یک قاعده حقوقی در حوزه حقوق عمومی به ویژه در مورد قانون اساسی آیین و اسلوب خاصی دارد. دیوان عدالت اداری در رویه خود به صورت منظم قانون اساسی را به هنگام شکایت از مصوبات قوه مجریه بر اساس اصل یکصد و هفتادم، مورد تفسیر قرار داده است. در این صورت می‌توان گفت که هر چند تفسیر رسمی قانون اساسی بر اساس اصل نود و نه قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است ولی این

بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۷۵

امر مانع تفسیر قانون اساسی توسط مجلس و حتی دیوان در انجام وظایف خاص آن‌ها نخواهد بود. (تیلا، ۱۳۸۳: ۶۴). به عنوان مثال هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۳۳۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۳ ضمن استناد به دو اصل ۱۳۸ و ۱۲۷ قانون اساسی به عنوان مستند رأی ابطالی، با تعیین حدود آن‌ها به رفع ابهام از آن‌ها اقدام نموده است. در انتهای رأی آمده است: «با تمسک به اصل ۱۲۷ قانون اساسی که ناظر به تعیین نماینده در موارد خاص و منصرف از وضع مقررات دولتی می‌باشد و نظریه تفسیری مورخ ۱۳۷۹/۵/۴ شورای نگهبان نیز مطلب فوق را تأیید می‌نماید...». همچنین در دادنامه شماره ۳۳ الی ۳۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۱۴ یا در دادنامه شماره ۷۳۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰ مستند رأی خویش را تفسیری از اصل ۳۰ قانون اساسی قرار داده است. در موارد دیگری هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به تفسیر مقررات اداری در جهت قانون اساسی پرداخته است به عنوان مثال در دادنامه شماره ۲۷۲ - ۲۷۱ مورخ ۱۳۹۰/۷/۴ با تفسیر دستورالعمل شماره ۱۳/۵/۱۶۹/۸۱۲ مورخ ۱۳۸۸/۲/۳۰ پلیس راهور نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و مصوبه شماره ۴۰۰۹۶/ت/۲۰۲۶۰۰ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۵ هیأت وزیران در راستای اصل ۳۶ قانون اساسی که حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، رأی به ابطال آن در خصوص توقف خودروها علاوه بر افزایش میزان جرائم تخلفات رانندگی برای ردیف های ۱۳۱ و ۱۷۰ جدول تخلفات رانندگی صادر نموده است.

### ۳-۱-۲-۴- رویه‌سازی قضایی

رویه‌سازی قضایی به عنوان ساز و کاری در جهت صیانت از قانون اساسی، در نبود دادگاه قانون اساسی، به شناسایی و احراز این اصول اقدام می‌ورزد. اصول قانون اساسی در عملکرد دیوان ضمن اصدار رأی، ماهیت قضایی و رویه‌ای یافته و نهایتاً از ایده به هنجار و از قوه به فعل در می‌آیند (معمدنژاد، ۱۳۷۸: ۹۹). پرداختن دیوان به اصول قانون اساسی ضمن رویه قضایی، نه تنها منجر به شناسایی این اصول می‌شود «بلکه محتوای نرم قانون اساسی» را با فشار بر روی آیین‌نامه‌سازی موجود غنی، متحول و پویا می‌نماید. بدین ترتیب دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه مرجع رویه‌ساز قضایی در عرصه حقوق عمومی

می‌تواند از طریق رویه‌سازی قضایی، نقش مهمی در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و بالاجناب حقوق اساسی ایفا نماید (جلالی، سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۳). به عنوان مثال در مواردی که یک عمل اداری موردی یا ترک آن موجب تضییع حقوق عامه شود مانند دادن پروانه ساخت غیر قانونی به یک مجموعه عظیم تجاری از سوی شهرداری، ظاهر ماده ۱۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مجالی بر پیگیری سازمان‌های مردم‌نهاد به رسمیت نمی‌شناسد. (قاسمی و شبیانی، ۱۳۹۸: ۱۳۶) هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در چنین مواردی با تفسیر قانون اساسی امکان اقامه دعوا در چنین مواردی را در دیوان عدالت اداری مقرر نموده است که در آراء وحدت رویه شماره ۲۱۵ مورخ ۱۳۶۹/۹/۲۰، ۸۲۳ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۲۱ و ۱۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳ پذیرفته شده و مبنای تفسیر صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. (معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش، ۱۳۹۷: ۵۹) نمونه دیگر رویه‌سازی در خصوص پذیرش اعاده دادرسی از احکامی که قبل از قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ مذکور صادر شده است می‌باشد که در دادنامه شماره ۹۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱ مقرر کرده است پذیرش اعاده دادرسی از احکامی که قبل از قانون مذکور صادر شده است موجبی ندارد. (معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش، ۱۳۹۷: ۶۵) همچنین به دنبال تعارض آراء میان چند شعبه مختلف دیوان عدالت اداری در پذیرش شکایات واحدهای دولتی در شعب دیوان که بر اثر ابهام اصل ۱۷۳ قانون اساسی صادر گردیده بود هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام حل تعارض در دادنامه شماره ۳۹-۳۸-۳۷ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ به این ابهام پایان بخشید و مقرر نمود شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد (معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش، ۱۳۹۷: ۱۳)

#### ۴-۱-۲-۴- ابطال مقررات دولتی مغایر با قانون اساسی

یکی از آثار مهم حاکمیت قانون، امکان ابطال مقررات و مصوباتی است که مغایر با قانون بوده یا خارج از صلاحیت تصویب شده است. (آقای طوق، ۱۳۹۷: ۳۵۴) واگذاری صلاحیت رسیدگی و ابطال مقررات دولتی و شهرداری‌ها به هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۷۷

نخستین بار در قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ وارد نظام حقوق اداری کشور شد. (آقای طوق، ۱۳۹۶: ۱۸) نظارت قضایی دیوان عدالت اداری از طریق ابطال، متوقف کننده فرآیند اعتبار حقوقی آیین‌نامه‌های مغایر با قوانین برتر می‌باشد. (تیلا، ۱۳۸۳: ۲۶) به بیانی دیگر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با حذف و ابطال مقررات ناسازگار با نظم قانون اساسی عیناً وظیفه دادگاه قانون اساسی را به انجام می‌رساند و با پیگیری این روند تدریجاً موجبات اصلاح و نوسازی حقوق اداری از مقررات غیر مردم‌سالارانه را فراهم می‌آورد (جلالی، سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۱). ورود دیوان عدالت اداری به دعاوی ابطال مصوبات خلاف قانون اساسی، یا در خلال دعاوی عادی مطروحه شاکی و در روند دادرسی است یا به صورت دعاوی مستقل نقض قانون اساسی است (جلالی، سعیدی روشن، ۱۳۹۴: ۱۷۰) نظیر دادنامه شماره ۵۵۲ مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۰ که صراحتاً مقرر اداری را ناقض اصول قانون اساسی تلقی کرده است اما در دادنامه شماره ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲ در راستای نظارت بر اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مصوبه مأموران دولت مقرر می‌دارد: ... نظر به این که مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود. (معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش، ۱۳۹۷: ۳۴۷)

### نتیجه‌گیری

حقوق اداری ارتباط تنگاتنگی با حقوق اساسی دارد و عقیده بر این است که حقوق اداری بر پایه حقوق اساسی بنا شده است. اساسی سازی حقوق اداری رویکردی است که به واسطه این ارتباط تنگاتنگ به دنبال مبنادار کردن حقوق اداری در پرتو قانون اساسی و انتشار هنجارهای مردم‌سالار در نظم حقوقی اداری است. در خصوص این نظریه سه رویکرد مختلف وجود دارد: رویکرد اول مبتنی بر این است که حقوق اداری در امتداد اصول بنیادین قانون اساسی و مکمل حقوق اساسی است. در رویکرد دوم حقوق اداری عینیت بخش حقوق اساسی است و این امر مستلزم آن است که اولاً حقوق اداری قبلاً در قانون اساسی بنیان

نهاده شده باشد و در واقع بخشی از قانون اساسی باشد که از آن به عنوان قانون اساسی اداری یا قانون اداری اساسی یاد می‌شود، ثانیاً حقوق اداری فاقد نظام شکل‌گیری باشد. در رویکرد سوم نیز اعتقاد بر این است که حقوق اداری بر قانون اساسی تأثیر می‌گذارد و به عنوان مدل و دستورالعمل تفسیری برای قانون اساسی به کار گرفته می‌شود. چنانچه بخواهیم وضعیت حقوق اداری در جمهوری اسلامی ایران را در پرتو نظریه اساسی‌سازی و رویکردهای موجود در خصوص آن تفسیر کنیم بایستی بگوییم بسیاری از بنیان‌های اساسی حقوق اداری از جمله ایجاد نظام اداری صحیح، اصل اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی و نظارت قضایی بر اعمال اداری در قانون اساسی درج شده است؛ لذا از این حیث بسیار غنی است (اساسی‌سازی شکلی حقوق اداری) و در واقع حقوق اداری بخشی از قانون اساسی و در کشور ما فاقد نظام شکل‌گیری است، بنابراین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌توان از اساسی‌سازی حقوق اداری با رویکرد دوم (حقوق اداری عینیت بخش حقوق اساسی است) سخن گفت. از سوی دیگر اساسی‌سازی فرآیندی است که وابستگی زیادی به مرجع صیانت از قانون اساسی و رعایت آثار آن و تضمین حقوق افراد دارد (اساسی‌سازی ماهوی). در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در نبود دادگاه قانون اساسی، دیوان عدالت اداری نقش مهمی در این خصوص دارد که با ساز و کارهای استناد به اصول قانون اساسی، تفسیر قضایی قانون اساسی، رویه‌سازی قضایی و ابطال مقررات دولتی مغایر با قانون اساسی، اساسی‌سازی تدریجی حقوق اداری را آغاز نموده است.

پژوهشی حقوق اداری  
مجله مطالعات فقهی  
پرتال جامع علوم انسانی



## منابع

### فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی، جلد ۲.
۲. انصاری، ولی الله (۱۳۸۶)، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان.
۳. ژاک، شوالیه، ترجمه واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۶)، دولت پسامدرن (مطالعه تطبیقی تحولات معاصر در حقوق اساسی و اداری)، چاپ اول، تهران: مجد.
۴. سعیدی روشن، حمیده و جلالی، محمد (۱۳۹۴)، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی، چاپ اول، تهران: جنگل.
۵. عادل، مرتضی، راسخ، محمد و دیگران (۱۳۸۷)، فرهنگ حقوقی، چاپ دوم، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۶. قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم، تهران: میزان.
۷. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۳)، در تکاپوی حقوق عمومی، تهران: جنگل.
۸. مشهدی، علی (۱۳۹۲)، حق بر محیط زیست سالم، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
۹. مشهدی، علی (۱۳۹۷)، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. مشهدی، علی (۱۳۹۸)، حقوق اساسی محیط زیست، تهران: انتشارات شهر دانش.
۱۱. معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۷)، مجموعه موضوعی آرای وحدت رویه در حوزه اداری، استخدامی و فرهنگی (۱۳۹۶-۱۳۶۱)، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۱۲. معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۷)، مجموعه موضوعی آرای وحدت رویه در حوزه اقتصادی، اراضی و شهرسازی (۱۳۹۶-۱۳۶۱)، تهران: انتشارات قوه قضائیه.

۱۳. معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱۳۹۷)، مجموعه موضوعی آرای ابطالی در حوزه اداری، استخدامی و فرهنگی (۱۳۹۶-۱۳۶۱)، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۱۴. مهرپور، حسین (۱۳۹۱)، مختصر حقوق جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر.
۱۵. مؤذنی، روح الله (۱۳۹۳)، حقوق عمومی اقتصادی مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه، تهران: مجد.
۱۶. هداوند، مهدی و دیگران (۱۳۹۱)، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
۱۷. هداوند، مهدی و مشهدی، علی (۱۳۹۵)، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، چاپ چهارم، تهران: خرسندی.

#### ب) مقالات

۱. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۶)، نگاه تطبیقی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به ابطال مقررات، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۹ و ۸۰.
۲. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۷)، تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲.
۳. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۶)، نگرشی تطبیقی بر عدم تمرکز محلی در ایران، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، شماره ۱۸.
۴. امامی، محمد و شاکری، حمید (۱۳۹۶)، دیوان عدالت اداری و پاسداری از قانون اساسی، فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره اول.
۵. تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۶)، مسأله اساسی سازی نظم حقوقی، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۱.
۶. تیلا، پروانه (۱۳۸۳)، تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری، پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۵.
۷. جلالی، محمد، سعیدی روشن، حمیده (۱۳۹۵)، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۴.
۸. رحمتی‌فر، سمانه، شهبابی، مهدی، گرجی، علی اکبر (۱۳۹۵)، اساسی شدن حقوق به مثابه بدیل مشروطه‌گرایی در دوران جهانی شدن، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره چهارم.

- بررسی نظریه «اساسی سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۸۱
۹. زارعی، محمد حسین، محمودی، جواد (۱۳۹۰)، تحولات مربوط به بازنگری قضایی در پرتو رویه های قضایی انگلستان و فرانسه، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۵.
۱۰. علم الهدی، سید حجت الله، مهرپور، حسین (۱۳۹۶)، تحلیل امکان استناد دیوان عدالت اداری به قانون اساسی، راهبرد، شماره ۸۳.
۱۱. فاوورو، لوئی، ترجمه تقی زاده، جواد (۱۳۸۵)، اساسی سازی حقوق فرانسه، حقوق اساسی، سال چهارم.
۱۲. فلاح زاده، علی محمد و رکابدار، محمدعلی (۱۳۹۶)، نگاهی به حق اداره مطلوب در حقوق اداری ایران، دو فصلنامه حقوق اداری، سال چهارم.
۱۳. قاسمی، غلامعلی و شیبانی، عادل (۱۳۹۸)، نقش سازمان های مردم نهاد در دادرسی اداری، نشریه حقوق اداری، سال ششم.
۱۴. کدخدایی، عباسعلی و ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸)، شورای نگهبان و دعاوی مربوط به ابطال تصمیمات دولتی خلاف قانون اساسی، مندرج در مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری، صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، تهران: انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکز.
۱۵. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۸)، تنوع و تکثر هنجاری در حقوق اساسی فرانسه، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۶. معتمدنژاد، رویا (۱۳۷۸)، کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق و نقش آن در تضمین حقوق و آزادی های فردی، پژوهش حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۷. میرزاده کوهشاهی، نادر (۱۳۹۷)، نقش مشارکت شهروندان و کارمندان در تصمیم گیری های مطلوب اداری، حقوق اداری، شماره ۱۷.
۱۸. هداوند، مهدی (۱۳۸۶)، پیشنهاد تدوین قانون عام حقوق اداری ایران، حقوق عمومی، شماره ۳.
۱۹. هداوند، مهدی (۱۳۹۱)، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی، هفته نامه آسمان، شماره ۳۰.
۲۰. هداوند، مهدی، کاظمی، داود (۱۳۹۲)، تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری (تحلیل ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری)، راهبرد، شماره ۶۷.

### پ) اسناد

۱. امیرارجمند، اردشیر، جزوه حقوق اداری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی.
۲. تقی‌زاده، جواد، نشست علمی اساسی سازی حقوق، انجمن حقوق اساسی دانشگاه مازندران، مورخ ۱۳۹۷/۸/۲۸.
۳. هداوند، مهدی (۱۳۸۵-۱۳۸۴)، تقریرات درس حقوق اداری، دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی.
۴. هداوند، مهدی، نشست علمی «تحولات حقوق اداری»، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۵.

### انگلیسی و فرانسه

#### A) Books

1. Stirn Bernard, (2011), Les sources constitutionnelles du droit administratif, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd.

#### B) Articles

2. Attias (c),” La civilisation de droitconstitutionnel,(1991 ),434 et 435 cite par Marie Jose Mondoloni , Conseilconstitutionnel et droit public economique.
3. Chevallier, Jacques,( 19۷۹) Les Fondements Ideologiques Du Driot Administratif Francais.
4. Delvole’, Pierre, (2015) ,L’ACTUALITÉ DE LA THÉORIE DES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF, IUS Publicum, Annual Report, France.
5. par Damien Monnier,(2009), Le phénomène de constitutionnalisation du droitadministratif Thèses en préparation à Lyon , dans le cadre de Ecoledoctorale de droit (Lyon) depuis le.
6. Poole, Thomas,( 2007), The Reformation of English Administrative Law, LSE Law, Society and Economy Working

Papers, London School of Economics and Political Science Law Department.

7. Stirn, Bernard,(2012), "Constitution et Droit Administratif", Le Conseil constitutionnel et droit administratif .

8. Wollenschläger, iur .Ferdinand,(2017),"Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation", Review of European Administrative Law; Vol 10. Nr: 1, Paris Legal Publisher.

