

معیار مطلوب طبقه بندی صلاحیت های اداری

معیار مطلوب طبقه بندی صلاحیت های اداری

*مسلم ملکی **دکتر سید محمد هاشمی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۱۶

چکیده

با توجه به کارآمدی و گسترده‌گی اعمال اداری و جوه فردی و اجتماعی زندگی افراد را در بر می‌گیرد به همین دلیل برای جلوگیری از اعمال زیان آور اداره لازم گردید تا در جهت عدالت اجتماعی طبقه بندی مطلوبی از صلاحیت اداری ارائه گردد که بر اساس اقتضانات و ظرفیت وقایع تصمیم متناسب را اخذ نماید. در نوشتار حاضر سعی نمودیم ابتدا خود صلاحیت اداری که شامل صلاحیت تکلیفی و صلاحیت اختیاری است را مفهوم شناسی نماییم سپس معیارهای متفاوتی مانند قانون، واقعیت، کنترل، وجه مطلوب، اطلاعات، تفسیر و لفظ که سبب تمیز صلاحیت تکلیفی از اختیاری می‌شود و همچنین مواردی که سبب تقارن اختیار و تکلیف می‌گردد که از آن به وضعیت خاکستری یاد شده است بیان گردد. در ادامه الگوهای از طبقه بندی صلاحیت در برخی از نظام های حقوقی مانند فرانسه، انگلیس، آلمان، ایران ارائه شده است. گاهی در بعضی از کشورها و نوشته ها قابل بعد سومی برای صلاحیت می‌باشند و به گمان آن ها این دسته از صلاحیت ها که شامل شبه تکلیفی و شبه-اختیاری و تکلیفی نسبی و اختیاری نسبی بوده را در طیف جداگانه ای قرار داده اند، اما این دسته از صلاحیت های نسبی در محدوده دو بعد اصلی تکلیف محض و اختیار محض در نوسان است، لذا در نوشتار حاضر سعی نموده ایم بر اساس مربع معناشناسی در زبان شناسی الگو مطلوب از طبقه بندی صلاحیت اداری ارائه شود.

واژگان کلیدی: صلاحیت، اختیار، تکلیف، کنترل، قانون

مقدمه

قانون به عنوان مبنای صلاحیت قلمداد می‌شود، خود صلاحیت ارتباط مستقیم با کارکرد دارد و در واقع، این صلاحیت هر مرجع در حقوق عمومی است که کارکرد آن را تضمین می‌کند، پس استقلال کارکردی بدون تعیین حدود صلاحیت بی معنی است. در این زمینه، صلاحیت ابتدا حوزه کارکرد را از جهت کمی مشخص می‌کند و سپس اختیارهای ناشی از صلاحیت نیز تعیین می‌شوند که این موضوع تأثیر مستقیم بر اعمال کارکردها به لحاظ کیفی دارند.^۱

گرچه قانونگذاران برای جلوگیری از اعمال زیان آور مأمورین خدمت عمومی و استبداد و سلطه ی بی دلیل سازمان های اداری بر مردم، قوانین و مقرراتی وضع نموده است اما در عمل باز هم مواردی پیش می‌آید که مأمورین اجرای قانون به بهانه ی برتری حقوق عمومی حقوق مردم را نقض نمایند از این باب لازم گردید برای اجرای قانون در بعضی سازمان ها روش های مناسب مورد نظر قرار گیرد.^۲

یکی از کارآمدترین ابزار سلطه، سلطه ی اداری است که مانند تارهای عنکبوتی تمام وجوه زندگی فردی و اجتماعی را دست خود دارد.^۳ به همین دلیل در قرن نوزدهم در تمامی کشورها شاهد یک توسعه ی قابل ملاحظه نهادهای اداری بوده ایم به دلیل برقراری عدالت اجتماعی از وضع و جایگاهی هم عرض سایر نهادهای کشوری از استقلال برخوردار بود.^۴ هدف اداره تأمین مصلحت عمومی است و وظیفه ی مقام اداری تعادل در منفعت عمومی است به این علت برای اداره ی جامعه اقتضانات متفاوتی از حیث نوعی و زمانی و کمی وجود دارد،^۵ پس باید مدیر دارای قدرت تشخیص باشد که چه روشی در چه صورتی و موقعیت و زمانی مناسب است.^۱ اختیاری متناسب با ظرفیت وقایع می‌باشد که در این صورت اداره ملزم به قوانین عادی و اجرای آن نیست و این اختیار از موارد ضروری اداره است،^۲ چرا که باعث افزایش پایداری و افزایش ثبات تصمیمات اداری می‌گردد.^۳ مهمترین مواقعی که حدود اعمال صلاحیت اختیاری اهمیت می‌یابد در شرایط و وضعیت خاص و اضطراری می‌باشد.^۴

۱) اقسام صلاحیت:

با نگاهی به شرح وظایف مقامات اداری قوه ی مجریه، می‌توان آن ها را به دو طبقه تقسیم نمود. دسته اول مقاماتی هستند که «تکلیف» مشخصی بر عهده ی آن ها نهاده شده است و در دسته ی دوم «اختیاری» امری به مقام اداری واگذار شده است.^۵

۱-۱) تکلیفی:

صلاحیت مقامات اداری در اعطای پروانه و یا گواهینامه غالباً از جمله صلاحیت های تکلیفی یعنی اشخاصی که بر طبق قانون واجد شرایط لازم و کافی هستند حق خواهند داشت از مقام صلاحیت دار اداری بر طبق تشریفات قانونی بخواهند که به وظیفه و صلاحیت خود عمل کند و عدم اقدام و استتکاف مقام اداری یا تبعیض در انجام وظیفه اداری محسوب می شود که قانوناً ممنوع و موجب مسئولیت است. پس قانونگذار بر اداره واجب کرده است که به سلوک طریق معین، که به آن اختصاص یافته است عمل کند. اداره مقید است نسبت به آنچه که وضع شده که به صورت احتیاطی از آن استفاده می کند. ۲

صلاحیت تکلیفی گاه به صورت صلاحیت همه یا هیچ آمده است که مقام اداری با داشتن تکلیف عام اداری به دنبال تطبیق آن با مصداق خارجی است. به عنوان مثال هنگامی مکلف به اعطای مجوز ساخت و ساز اراضی شهری است که ابتدا امر مسأله را بررسی نماید که آیا زمین شخص متقاضی در محدوده اراضی شهری قرار دارد؟ اگر به پاسخ منفی برسد، در این صورت اداره صلاحیت صدور مجوز را نخواهد داشت، اما اگر پاسخ مثبت بود، اداره مکلف به صدور مجوز می باشد. ۳

۱-۲) اختیاری:

کمیته وزرای اتحادیه ی اروپا در توصیه نامه ی سال ۱۹۸۰ خود صلاحیت اختیاری را حقی می داند که به مقام اداری داده می شود و تا از بین موارد قانونی، مناسب ترین مورد را انتخاب کند. صلاحیت اختیاری، منصوص به موارد قانونی از پیش تعیین شده نیست. بلکه محدود به قواعد قانونی و مبادی قانونی عامه می باشد. هدف از آن وفای به این اهداف در قانون است. ۴ بر اساس ظرف واقعیت، حدود اختیار اداره مشخص می شود. ۷ و اجتهاد اداره ۸ به صورت عام که در آن سوء استفاده و انحرافی نباشد مشروع است. پس در صلاحیت اختیاری یک سلوک معین قرار ندارد. بلکه قدرت انتخاب از بین گزینه های قانونی را دارد. ۳ که موارد متعدد آن را می توان در مناقصات، مزایده ها و قراردادهای به شمار آورد. ۴ لرد دیپلاک در مفهوم مناسب صلاحیت اختیاری می گوید: «مفهوم درست صلاحیت اختیاری اداره عبارت از حق انتخاب میان بیش از یک گزینه برای اقدام است، به گونه ای که این امکان برای مردم عادی وجود داشته باشد تا نظرات متفاوتی ابراز دارند.» ۶

۲) معیار طبقه بندی صلاحیت:

مطالبات عمل اداری، که براساس تنوع و ضرورت فعالیت اداره در بعضی از موارد به صورت معین تصرف مشخص می شود اما در مواردی که شروط قانونی محدود می شود و این حالاتی از واقعیت خارجی است که محدوده صلاحیت اداری را تعیین می کند. ۷ صلاحیت تکلیفی برای صاحب عمل گاهی باعث اخلال می شود. و به نوعی نشاط نیازمند است که در آن ممارست کند که دارا بودن یک سری اختیارات است که تحمل آن دارای مسئولیت است. پس نقطه توازن بین اختیار مطلق و بین تکلیف صرف مشکل است. ۸

۱-۲) معیارهای تمیز صلاحیت:

معیارهای متفاوتی باعث تمایز صلاحیت تکلیفی از صلاحیت اختیاری وجود دارد که به شرح زیر آمده است:

۱- معیار قانون:

مراحل سبب قانونی، در مواردی است که قانون برای اداره مجوز اخذ قرار به خصوص در نظر می گیرد به عنوان مثال، اداره قراری صادر می کند بر اساس لایحه ای که از سوی محکمه اختصاصی صادر شده است. ۱

۲- معیار لفظی در قوانین:

کلماتی از قبیل «باید» یا «بایستی» (صلاحیت های تکلیفی) یا «می تواند» (صلاحیت های گزینشی) روشنگرند، اما انحصاری نیستند و متن قانون به طور کلی باید بررسی شود. ۲ پس معادل صلاحیت اختیاری «L'administration peut»، «اداره می تواند» و صلاحیت تکلیفی را با عبارتی چون «L'administration doit»، «اداره باید» ذکر شده است. ۳ برای مثال در پرونده ی «آر. علیه شهر گلاسکو» مجلس اعیان با اکثریت ساده رأی داد که تکلیف ایجاد شده به موجب ماده ۳ قانون بیماران دایمی و معلولان مصوب ۱۹۷۰ مبتنی بر «ایجاد ترتیبات و امکاناتی که برای تأمین نیازهای بیماران دایمی و معلولان ضروری است» صلاحیت تشخیصی را به مقام عمومی اعطا کرده تا میان نیاز های رقیب دست به انتخاب بزند. در واقع اکثریت به نحو مناقشه برانگیزی رأی دادند که «نیاز» مفهومی نسبی و وابسته به هزینه هایی است که برای ارایه ی آن لازم است، در حالی که لرد

لوید و لرد استین (رای مخالف) به نابرابری استانداردهای متفاوتی که در مناطق محلی مختلف اعمال می شوند، توجه کردند. «آرای علیه شورای شهر بیرمنگام» قاضی دیوان اظهار داشت که دادگاه باید «تقلیل یک تکلیف قانونی به یک صلاحیت تشخیصی با احتیاط و آهستگی عمل کنند. ۱» پس منبع صلاحیت قانون است و به راحتی دادگاه قدرت تبدیل صلاحیت را ندارند.

۳- معیار تفسیر:

این معیار در انجام اقدامات اداری «هدف» و «جهت» و «انگیزه» نامیده می شود. ۲ گرچه مدیران و مجریان میانی دارای اختیار گسترده هستند ولی هر یک بر اساس ذهنیت قبلی و پیش زمینه های اجتماعی و اقتصادی و پارادایم های فکری دارای رویکرد خاصی می باشند. ولی همیشه معیار انتخاب با اهداف سازمان متناسب بوده است. ۳ که کدام یک از آن ها به بهترین وجه ممکن هدف قانون را تأمین می کند و چنین اختیاری فقط به اداره داده می شود. دادگاه حتی در صورت بروز اختلاف، حق ندارد تصمیم خود را جایگزین تصمیم منتخب اداره کند؛ آن ها فقط بر چگونگی استفاده و اعمال صلاحیت اختیاری نظارت می کنند. ۴ البته این آزادی تفسیر در صلاحیت اختیاری به این معنا نیست که در مقام تفسیر سوء تفسیر صورت گیرد. برای مثال حق ندارد تصمیم خود را بر اساس منافع شخصی و حزبی یا گروهی تفسیر نماید. ۵

۴- معیار واقعی:

میزان این معیار بر اساس عمل خارجی اداره مشخص می شود که شامل مصروفات و واردات، صادرات، فنی، اقتصادی و... می باشد.

این موارد به صورت دایمی آن است نه فقط در زمینه ضروری. ۱ پس وجود واقعی مادی سبب قرار اداری است. ۲ چرا که در صورت که فقط صلاحیت تکلیفی می باشد در این حالت باعث تعطیلی ممارست اداره می شود. ۳ سبب های واقعی، حالتی است که قبل از صدور قرار اداری صادر می شود و لذا نبود اختیارات اداری باعث اخلاص در نظام عام می گردد. ۴ قانون در مورد کم و کیف موارد و اختیارات اداره عاجز بوده است. ۵ تصمیم اداری در این حالت به قدر کافی بر واقعیت ها توجیه می شود این قاعده حداقل مستلزم آن است که واقعیت ها صحت داشته باشند. ۶ مصلحت به صورت مستقل اقتضای خود عمل و فعل است و مقتضای مصلحت نمی تواند از جانب فاعل تشخیص دهنده عمل و فعل باشد. ۷

۵- معیار کنترل:

دادگاه های اداری تمایل به مداخله و کنترل تصمیمات اداری دارند. هر چه قدر که تصمیمات اداری ماهیت «خط مشی گذاری»، بیشتری داشته باشد، تمایل دادگاه ها بر کنترل و مداخله کم تر است. از سوی دیگر هر چه قدر که موضوع به حقوق و آزادی های بنیادین اشخاص ارتباط پیدا کند، تمایل دادگاه به مداخله افزایش می یابد. ۸ پس در صلاحیت تکلیفی به علت مشخص بودن محدوده صلاحیت، کنترل قضایی در آن «حداقلی» ۱ می باشد و به راحتی امکان ابطال و غیر قانونی عمل اداری صورت می گیرد. ۲ اما کنترل نسبت به صلاحیت اختیاری «حداکثری» ۳ است. قضایی اداری بعد از وجود وقایع مطرح می شود صحت واقعی از طریق کنترل قضایی صورت می گیرد. ۴ در تمام موارد قضایی سعی می کند که به قواعد شکلی و صلاحیت اداره نظارت نماید که آیا هدف تعقیب شده توسط اداره کاملاً با نفع عمومی منطبق است، انگیزه های استنادی توسط اداره با واقعیت منطبق است. ۵

۶- معیار اطلاعات:

اعمال اداری در سازمان ها و ادارات حول محور تصمیمات مقام اداری می چرخد قدرت مانور تصمیمات اداری در صلاحیت اختیاری بیشتر خود را نشان می دهد. در صلاحیت اختیاری تصمیم گیرنده بر اساس اطلاعات و داده ها است که از محیط و قضایای موردی کسب می کند خروجی حاصل از تصمیم گیرنده حاصل ورودی و گزینش اطلاعات جمع آوری بر می گردد.

در دهه های گذشته تئوری تصمیم گیری هسته اصلی ادبیات پژوهشی پیرامون مدیریت را تشکیل می داده است پتروکر ۶ صاحب نظر به نام دانش مدیریت می گوید: در بیست سال گذشته، مدیریت علاقه زیادی به روابط انسانی و تئوری سازمان داشته است اما در دهه اخیر تأکید اصلی مدیریت بر فرآیند تصمیم گیری بوده است. با توجه به اهمیت تصمیم گیری در مدیریت، برخی از صاحب نظران تئوری مدیریت در آینده بر اساس فرآیند تصمیم گیری خواهد بود. چرا در بحث تصمیم گیری همیشه به مسایل عقل گرایی و یا عدم عقل گرایی انسان، بهینگی یا بر خطا بودن توجه شده است به این علت است که آیین هورن و هوگارت، عقل گرایی انسان را در ارتباط با رفتار هدف دار انسانی مطرح می کنند نه به حرکت فیزیکی اشیاء بی جان، ۱ پس اگر بپذیریم که رفتار انسانی هدف دار است بدین جهت می توان آن را در سمت و سوی دستیابی به اهداف مطلوب هدایت نمود.

جریان اطلاعات به سوی مراکز تصمیم‌گیری، مانند جریان خون به سوی مغز در بدن انسان است. همچنان که انسان بدون خون زنده نمی‌ماند، هیچ سازمان اداری و اجتماعی و اقتصادی و اجتماعی نیز بدون اطلاعات، قادر به انجام وظیفه نیست. سازمان‌ها به عنوان سیستم‌های باز در جریان تبادل اطلاعاتی همیشگی با محیط قرار می‌گیرند نحوه تطابق سازمان‌ها با تحولات محیطی، تحت تأثیر «میزان» و «نوع» و «جهت» اطلاعات آن‌ها از تحولات محیطی است. ۲. پس در یک سیستم باز مقام تصمیم‌گیرنده با داشتن اختیار قدرت تعامل با محیط فراهم می‌گردد و می‌تواند چارچوب و مدل‌های تصمیم‌گیری را ایجاد کند و با جریان اطلاعات در سیستم اداری به مقام اداری در تشخیص انتخاب درست و متناسب کمک می‌کند.

۷- معیار وجه مطلوب:

اختیاری که منشأ آن می‌تواند ضرورت و مصلحت باشد. ۳. حاصل اختیار نیز ایجاد «انتظار مشروع» است. ۴. در این صورت اداره را به سمت هدف مطلوب هدایت می‌کند. ۵. اما در صلاحیت تکلیفی که موضوع، غایت، اسباب و اشکال و تصرف اداری در قانون مشخص شده است. ۱. در این صورت یک تکلیف مشخص و از پیش تعیین شده برای مقام اداری ایجاد می‌شود و به عنوان یک حق تعین یافته قابل پیگیری می‌باشد. ۲. در صلاحیت اختیاری بر اساس مقتضیات و منافع عمومی است، ۳. که به نوعی بین منفعت فردی و منفعت عمومی توازن برقرار می‌کند. ۴. پس در صلاحیت اختیاری یک حق مکتسب از پیش تعیین شده و دارای ضوابط و مقررات جزئی ایجاد نمی‌کند بلکه باعث زایش انتظارات مشروع از اداره می‌گردد.

۲-۲) تقارن صلاحیت:

۱- نص قانون:

در برخی از متون قانونی، صلاحیت‌های تکلیفی و تشخیصی وضوح چندانی ندارند. به همین سبب به سادگی مصادیق صلاحیت قابل تفکیک از هم نمی‌باشند، مانند قضیه گرازیتی، از آن به وضعیت خاکستری یاد می‌شود. ۵.

۲- هدف:

هدف اصلی در صلاحیت اختیاری و تکلیفی حسن سیر اداره است و حمایت از حقوق و آزادی افراد می‌باشد. ۶.

۳- کنترل:

هم در صلاحیت تکلیفی و هم در صلاحیت اختیاری کنترل قضایی وجود دارد ولی درجات کنترل در آن متفاوت می‌باشد.

۴- اقتضائات:

اولین چیز از صلاحیت اختیاری به ذهن آدمی متبادر می‌شود یک سلطه بدون قید و بند است اما صلاحیت اختیاری مانند صلاحیت تکلیفی مقید به قواعد قوانین ۱ و شرعی و مصالح عمومی می‌باشد. ۲.

۳) بررسی الگوهای ارایه شده طبقه بندی صلاحیت در برخی از نظام‌های حقوقی:

۱-۳) نظام حقوق اداری فرانسه:

تقسیم سه قطبی صلاحیت به «تکلیفی»، «اختیاری»، «شبه تکلیفی- شبه اختیاری» از نظام حقوقی فرانسه سرچشمه گرفته شده است، مدعی هستند که وجود صلاحیت اختیاری یا صلاحیت تکلیفی، پدیده‌ای سیاه و سفید نیست، بلکه در یک تقسیم اداری، همواره میزانی از صلاحیت اختیاری و میزانی از صلاحیت تکلیفی وجود دارد. ۳. پروفیسور هوریو در تحلیل حکم ۳۱ ژانویه ۱۹۰۲ شورای دولتی در قضیه گرازیتی اظهار نموده است در اداره اعمال گزینش محض وجود ندارد بلکه این اعمال اختیاری در بین حداقل و حداکثر بودن در نوسان می‌باشد. ۴.

۲-۳) نظام حقوق اداری انگلیس:

در حقوق انگلستان، انواع مختلف صلاحیت اختیاری را چندان در غالب یک مفهوم مشخص ذکر نکرده است و رویکرد حقوقی این کشور از صلاحیت معطوف به این است که استانداردهایی را برای این قبیل مفاهیم تعریف نماید. ۱. در سیستم کامن لا فرض

بر این است همه اعمال اداری باید دارای مبنای قانونی باشند، اصل بر این است صلاحیت اولاً باید تکلیفی باشد، و دادگاه است که قدرت تشخیص قانونی بودن عمل اداری و غیر قانونی بودن را دارد. ۲

۳-۳) نظام حقوق اداری آلمان:

طبقه بندی آلمانی ها از مفهوم صلاحیت در روش شناسی ساختار حقوقی آن ها باید ریشه یابی کرد. حقوقدانان آلمانی نوعاً تفکیک پر رنگ میان اجزای مادی قانون با آثار حقوقی قانون، برقرار می سازند. در یک اثر به تفکیک صلاحیت اختیاری در سه دسته پرداخته شده است.

۱- صلاحیت اختیاری عادی: همان صلاحیت رایج و شناخته شده می باشد، که طی آن مقام ذی صلاح، هم در تشخیص موضوع و مقتضیات و هم در تصمیم گیری ابتکار عمل دارد.

۲- صلاحیت اختیاری ناشی از ارزیابی: موقعی که به مقام اداری اجازه داده می شود تا مصادیق مفاهیم کلی و تعریف نشده حقوقی نظیر نیاز عمومی، رفاه عمومی، امنیت عمومی و... را تعیین کند.

۳- صلاحیت اختیاری موجود در طرح های فنی و عمرانی: مقامات اداری و سیاسی دارای جنبه های تکنیکی و تخصصی می باشند دارای تصمیمات ثابت قدم و دور از کنترل است، مراجع اداری در موضع توازن و تعادل میان منافع رقیب می باشند. ۳

۴-۴) نظام حقوق اداری ایران

در حقوق اداری ایران نیز در بسیاری از موارد طبق قوانین و مقررات موجود، تکالیف مشخص و دقیق بر عهده مقامات اداری گذاشته شده است. در سطح اداره این مسئله بیشتر در موارد اعطای مجوزها و تکالیف عمومی اداره در ارایه ی خدمات به شهروندان و رعایت الزامات قانونی دیده می شود. ۱

صلاحیت اختیاری دارای آزادی گسترده و ذاتی برای اداره است. ۲ مصادق آن در ماده ۲۱ و تبصره ۱ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری آمده و اشاره دارد به این که اداره ترتیب انتخابی ندارد و مخیر است هر کدام را خواست انتخاب کند. در این موارد مقام از محدودیت قانونی برخوردار نیستند. ۳

۴) معیار مطلوب طبقه بندی صلاحیت:

۴-۱) نه صلاحیت اختیاری- نه صلاحیت تکلیفی:

جنبه هایی از صلاحیت را می توان تصور نمود که نه جنبه تکلیفی محض و نه جنبه اختیاری محض دارند به این قسم از صلاحیت ها «صلاحیت شبه اختیاری» یا «صلاحیت تکلیفی» می گویند به عنوان مثال به موجب اصل ۱۲۷ قانون اساسی ایران، رئیس جمهور می تواند نمایندگان ویژه داشته باشد و این توانستن و اختیار رئیس جمهور مطلق نیست و ضمن اصل، الزامات این اختیاری، به این صورت معین شده است که تعیین نمایندگان ویژه منوط به «موارد خاص»، «ضرورت»، «اختیارات شخص» و «تصویب هیات وزیران» است. ۱ پس با نبود مرز مشخص بین صلاحیت اختیاری و صلاحیت تکلیفی قدرت تشخیص و معیار کنترل سخت می گردد. می توان با تصور دو قطب اختیار محض و تکلیف محض در رأس صلاحیت ها، سایر اعمال اداری در چهارچوب این دو بعد تصور نمود و دیگر نمی توان مدعی قطب سومی در کنار این دو قطب اصلی تکلیف و اختیار شد. چرا که این صلاحیت های شبه اختیاری و شبه تکلیفی خود در محدوده این دو طیف در نوسان می باشد. در ذیل به ذکر و مصادق این موارد خواهیم پرداخت:

الف) نه تکلیف:

در این دسته از صلاحیت ها با نقض تکلیف بودن آن ها می توان به سمت اختیاری بودن حرکت نمود. در این قسم اداره در اجرای صلاحیت خود با یکسری از الزامات کلی روبروست همان طور که بیان نمودیم ما صلاحیت اختیاری محض و مطلق نداریم بلکه نزدیک یا شبیه آن داریم پس در این موارد چون مقام اداری با یک آزادی انتخاب و گزینش همراه است و جنبه اختیاری بودن آن بیشتر می باشد، بدین جهت صلاحیت از جانب تکلیفی بودن و با نفی آن در جهت اختیاری شدن میل پیدا می کند. به عنوان مثال می توان به تبصره ی ماده ی ۳۲ و بند الف ماده ی ۵۴ قانون مدیریت خدمات کشوری اشاره نمود که اعمال صلاحیت را در چهارچوب محدوده های قانونی قرار داده است. ۲

ب) نه اختیار:

در این قسم از صلاحیت مقام اداری از «حداقل آزادی» برخوردار است لذا دیگر نمی‌توان اختیار به آن اطلاق نمود بلکه با گفتن «نه» به سمت تکلیف سوق پیدا می‌کند پس در این طیف از صلاحیت‌ها، اداره با داشتن حداقل قدرت تفسیر، محدود در حصریات قانونی می‌باشد و با کم‌رنگ شدن آزادی اراده، دیگر اختیاری باقی نمی‌ماند که صلاحیت اختیاری به آن اطلاق گردد. بلکه رفتار اداری میل به طرف تکلیفی شدن پیدا می‌کند و در طیف شبه تکلیفی قرار می‌گیرد.

نمونه ای از این دسته از صلاحیت‌ها را می‌توان در دادنامه ی شماره ی ۹۸ مورخ ۱۳۸۲/۳/۴ شناسایی نمود، در این دادنامه قانونگذار ملاک محاسبه و بیمه بیکاری را به صراحت تبصره یک بند ج ماده ۷ قانون بیمه، جمع کل دریافتی‌های شخص بیمه شده و حق بیمه دریافت شده در آخرین ۹۰ روز قبل از شروع تقسیم بر روزهای کار قرار داده است. بنابراین بند ۲ دستورالعمل شماره ی ۶۰۱۲۵ / ۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۵ سازمان تأمین اجتماعی که بدون تمسک به علل و جهات قانونی، اعتبار لیست‌های ارسالی در ۹۰ روز آخر اشتغال بیمه شده را نفی کرده و معیار محاسبه را متوسط دستمزد روزانه ۶ ماهه قبل از ۹۰ روز آخر اشتغال، قرار داده است، محکوم به بطلان می‌باشد. احتساب مقرری بیمه بیکاری، یک صلاحیت تکلیفی است و دستگاه ذیربط مجاز به اعمال صلاحیددی و سلیقه ای آن نمی‌باشد. یکی از مصادیق قانونی این طیف از صلاحیت‌ها تبصره ۲ ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری است، قانونگذار در تبصره اجازه تغییر ساعت کار کارکنان دولت را در موارد ضروری، به دستگاه مربوطه داده است. اما این اختیار را محدود به رعایت سقف ۴ ساعت در هفته و موافقت هیات وزیران نسبت به تنظیم ساعت کار کارکنان نموده است. لذا در این مورد مقام اداری با عدم وجود اختیار حداکثری به طرف تکلیفی شدن در چارچوب قواعد حرکت می‌نماید.

۲-۴) ارایه الگوی مطلوب:

با توجه به طبقه بندی‌های ارایه شده در نظام‌های حقوقی متفاوت شاهد الگوهای متفاوت بودیم از جمله الگو طبقه بندی شده ۳ قطبی در بعضی نظام‌ها بودیم و حتی بعضی از اندیشمندان مدعی هستند که صلاحیت یک پدیده ی دو قطبی سیاه و سفید نیست بلکه صلاحیت اختیاری و صلاحیت تکلیفی محض وجود ندارد بلکه صلاحیت در دو قطب حداکثر و حداقل در نوسان است. این تفکر به نوعی نسبی‌گرایی ختم می‌شود.

در زبان‌شناسی روشی وجود دارد که متضمن این است، زمانی که دامنه ای از احتمالات موجود است تنها دو احتمال وجود دارد. زبان به این گرایش کمک می‌کند، زیرا اغلب فقط دو کلمه متضاد برای توصیف این وضعیت وجود دارد مثال‌های آشنا، کلماتی هستند مثال شب و روز، سیاه و سفید، درست و نادرست، شب و روز. یکی از مباحث فشرده، ساده کردن، تجزیه و تحلیل کلام، مربع معنا شناختی^۳ است. نوعی باز نمود دیداری از مقوله ی معناشناختی است؛ در واقع، مربع معناشناختی با ژرف ساخت گفتمان مرتبط است، به بیان دقیق‌تر، می‌توان گفت که تمام ساختار رو بنایی گفتمان بر این ژرف ساخت که همان نقطه ی مرکزی گفتمان محسوب می‌شود استوار است.^۱

مربع معناشناسی که گرمس^۲ آن را بنیان گذاری کرد، با دو واژه که با یکدیگر در تضاد باشند، شکل می‌گیرد. مربع معناشناسی از چهار قطب تشکیل شده است. دو قطب بالایی تشکیل دهنده ی مقوله اصلی یعنی گروه متضادها است. با منفی کردن هر یک از این متضادها دو قطب پایینی مربع شکل می‌گیرد، که می‌توان آن را گروه نقض متضادها خواند،^۳ به عنوان مثال می‌توان مقوله ی «تکلیف» و «اختیار» گروهی تحت عنوان «نقض تکلیف» و «نقض اختیار» در نظر گرفت.

تفکر حاکم بر این مربع واژگان بنای آن از «نه» می‌باشد تا به چیزی نه گفته نشود نمی‌توان به سمت متضاد دیگر حرکت کرد، مگر آن که ابتدا آن متضاد را نقض کنیم. ۴ مثلاً برای عبور از تکلیف اختیار ابتدا باید تکلیف را نقض کرد یعنی به آن «نه» بگوییم.

چهار موقعیت بر روی مربع شناسی قابل تصور است که حاصل آن سه نوع ارتباط است:

۱- ارتباط تقابلی تضادی^۵: که بر روی محور متضادها یعنی دو واژه بالای مربع (تکلیف و اختیار) وجود دارد.

۲- ارتباط متقابل تناقضی^۶: بین یک متضاد و نقض آن ایجاد می‌شود (اختیار و نقض اختیار).

۳- ارتباط تقابلی تکمیلی^۷: بین یک نفی متضاد و واژه مثبت برقرار می‌شود (نقض اختیار و تکلیف).

تکلیف

اختیار

نتیجه گیری:

قانون هم در محتوا و هم در شکل به دنبال حمایت از بشریت در برابر قدرت حاکم در جامعه است. حاکمیت قانون، سدی است در مقابل تجاوز حکمرانان به حقوق و منافع مردم، به گونه ای که سرنوشت مردم بازیچه هوس ها و منافع شخصی مقامات عمومی و یا حتی اندیشه های که زعم حکمرانان «خیرخواهانه» یا «مصلحت طلبانه» است، نشود. ۱

گفتمان اختیار و تکلیف در معنای مطلق مراد نیست زیرا اداره در رفتار خود در هیچ حالتی نه تکلیف محض دارد که مانند یک فرمول شیمیایی عمل کند و نه آزادی محض، که هر تصمیمی را اخذ نماید. ۲ پس با توجه تحلیل گفتمان صلاحیت اختیاری و صلاحیت تکلیفی توسط مربع معنانشناسی، ما در طبقه بندی صلاحیت دو قطب بیشتر نداریم و دامنه ای از احتمالات که بین این دو قطب تکلیف و اختیار واقع شده اند و لذا در مواردی که صلاحیت شبه تکلیفی است یا شبه اختیاری است به سمت اختیار و تکلیف سرازیر می شود. دیگر نمی توان گفت که شقوق دیگری برای صلاحیت قابل تصور است چون خود این تصور به یک بی نظمی در نظام صلاحیت و مشکل بودن کنترل آن صورت می-گیرد و به نسبی گرایی ختم می شود که با روح هرمنوتیک اداری و عین گرایی سازگار نمی باشد.

فهرست منابع:

الف) منابع فارسی:

۱. ادوارد فری من. آر، استونر. جیمز. ای. اف، گیلبرت، دانیل آر، مدیریت، ترجمه علی پارسائیان و محمد اعرابی، جلد اول، چاپ دوم، تهران، دفتر پژوهش های فرهنگی. ۱۳۸۲
۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۶
۳. بهنیا، مسیح، انتظارات مشروع و حمایت از آن در حقوق اداری با تأکید بر آرای قضایی، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران پردیس قم. ۱۳۹۰
۴. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۵
۵. زورق، محمد حسن، ارتباطات و آگاهی، جلد اول، چاپ اول، تهران انتشارات سروش. ۱۳۸۹
۶. الیزابت، زولر، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه ی مجتبی واعظی، تهران، انتشارات جنگل. ۱۳۸۹
۷. سورین، ورنر، تانکار، جیمز، نظریه های ارتباطات، ترجمه علیرضا دهقان، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۹۰
۸. شعیری، حمید رضا، مبانی معنا شناسی نوین، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت. ۱۳۸۴
۹. شونبرگ، سورن، انتظارهای مشروع در حقوق اداری، ترجمه احمد رنجبر، چاپ اول، تهران، نشر میزان. ۱۳۸۷
۱۰. فنازاد، رضا، صلاحیت اختیاری و حاکمیت قانون، پایان نامه دکتری دانشگاه شهید بهشتی دانشکده حقوق. ۱۳۹۱
۱۱. کریم جوزانی، مریم، مفهوم صلاحیت تشخیصی و چگونگی کنترل آن در حقوق اداری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز. ۱۳۹۰
۱۲. مدنی، جلال الدین، حقوق اداری، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات پایدار. ۱۳۸۷
۱۳. مرکزی مالمیر، احمد، حاکمیت قانون، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی. ۱۳۸۵

١٤. مشهدي، علي، صلاحيت تخييري، چاپ اول، تهران، معاونت حقوقى رياست جمهورى معاونت تحقيقات آموزش و حقوقى شهروندى. ١٣٩١

١٥. مشهدي، علي، «مطالعه تطبيقى نظارت بر اعمال صلاحيت تخييري در قوه مجريه»، معاونت تحقيقات حقوقى شهروندى رياست جمهورى، پائيز ١٣٩٠.

١٦. نقيب زاده، احمد، درآمدى بر جامعه شناسى سياسى، چاپ نهم، تهران، انتشارات سمت. ١٣٩٠

١٧. ويژه، محمد رضا، مباني نظرى و ساختار دولت حقوقى، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل. ١٣٩٠

١٨. هداوند، مهدى، حقوق ادارى تطبيقى، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت. ١٣٨٩

١٩. هداوند، مهدى، مشهدي، علي، اصول حقوق ادارى، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندى. ١٣٨٩

٢٠. هداوند، مهدى و ديگران، آيين هاى تصميم گيرى در حقوق ادارى، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندى. ١٣٨٩

(ب) منابع عربى:

٢١. ابو سعد، وسيم نवाद، رقابة الديوان المحاسبية الادارية المسته، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٧

٢٢. أبوزيد محمد، محمد، «التنظيمية للرياحات العامة و ضماناتها»، مجله كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، العدد الثالث، ٢٠٠٠.

٢٣. بدير، على محمد و ديگران، مبادئ و احكام الاقانون الادارى، طبعه الاولى، بغداد، مكتبة السنهورى. ٢٠١٢

٢٤. پوير، دومينك، ويل، بروسبير، القانون الإدارى، ترجمه سليم حداد، طبعه الاولى، بيروت، الجامعية للدراسات و نشر مجد المؤسسه. ٢٠٠٩

٢٥. الجبورى، محمود خلف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة. ٢٠١٠

٢٦. الحافظ، العزيز، المحاسبية الإدارية، طبعه الثانية، بغداد، مطبعة المعارف. ١٩٧٢

٢٧. الحلو، ماجد، القضاء الإدارى، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية. ١٩٨٥

٢٨. خليل، محسن، القضاء الإدارى اللينانى، بيروت، دار النهضة العربية. ١٩٨٢

٢٩. سلامة البدر، احمد، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية. ٢٠٠٣

٣٠. الشراوى، سعاد، دروس فى دعوة الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٨٠

٣١. الشريف، سعدالدين، «أساليب الضبط الإدارى و القيود الواردة عليه»، مجلة مجلس الدولة المصرى، ١٩٩٩.

٣٢. شفيق سارى، جورجى، المبادئ للقانون الإدارى، القاهرة دار النهضة العربية، طبعة الرابعة. ٢٠٠٤

٣٣. شيحا، ابراهيم عبدالعزيز، القضاء الإدارى، الإسكندرية، منشأة المعارف. ٢٠٠٣.

٣٤. صابر، رمضان عبدالله، السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، قاهره، دار النهضة العربية. ٢٠٠٤

٣٥. طعيمة، الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامه القانون، طبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٧٦

٣٦. عبدالعال، محمد حسين، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الادارى. ١٩٩١

٣٧. عبدالفتاح محمد، خالد، موسوعة الحقوق و مزايا المالىه، طبعة الأولى، قاهره، مركز قومى الإصدارات التانونية. ٢٠٠٩

٣٨. عبدالمجيد، محمد شريف اسماعيل، ١٩٧٩، سلطات الضبط الادارى فى الظروف الاستثنائية.

٣٩. عبدالوهاب، محمد رفعت، الاقانون الإدارى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٥
٤٠. العطار، فؤاد، القضاء الإدارى، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٦٨
٤١. عمر محمد، حمد، السلطة التقديرية الإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، الرياض. ٢٠٠٣
٤٢. فوزى، صلاح الدين، ١٩٩٨، قانون المناقصات و المزايدات، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٩٨
٤٣. فيصل مهدى، غازى، تعليقات و مقالات فى نطاق القانون العالم، طبعة الاولى، البغداد. ٢٠٠٤
٤٤. القباني، بكر، عاطف البناء، محمود، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، قاهره، مكتبه القاهره الحديثه. ١٩٧٠
٤٥. القبيلات، حمدى، القانون الادارى، الجزء الثانى، طبعة الأولى، اردن، دارالوائل. ٢٠١٠
٤٦. كنعان، نواف، مبادئ القانون الإدارى، امارات، جامعه الشارقة. ٢٠٠٤
٤٧. مجموعة المبادئ القانونيه التى قرارتها المحكمة الإداريه العليا المصرية، السنة الثانيه.
٤٨. محمد الطماوى، سليمان، النظرية العامه للقرارات الإداريه دراسة لمقارنه، القاهرة، جامعه عين شمس. ١٩٩١
٤٩. محمد الطماوى، سليمان، نظريه الانتعسف فى استعمال سلطه، طبعة الثالثه، القاهرة، طبعة جامعه عين الشمس. ١٩٧٨

(ج) منابع لاتين:

١. Carol, Harlow, Kichard, Rawlings, ٢٠٠٩, law Administration, third edition, New York, Cambridge. ٢٠٠٩
٢. Commtte of ministers, Recommendation No. R (٨٠) ٢ concering the Exercise of discretionary Powers by Adminis trative Authoerities .
٣. D.Martin, KimberlyS, Delegated power: the Role of Discretionary experimenters and the implementation process, university of florida. ٢٠٠٧
٤. Delaubadere, Andre et al, Droit administrative, Septieme edition, L.E.D.J. ٢٠٠٢
٥. Galligan, D.J, Discretionary Powers clarendon Press, ١٩٩٠
٦. Griffit street, piniciples of Administnativ Law, third Edition, London, sir Isaac pitmam sonltd ,
٧. Leberton, Gilles, Droit Administratif Generale, Quatrieme edition, dalloz, ٢٠٠٧
٨. Workin, R. M. D, Taking seriously, londres, Duck worth, . ١٩٧٧