

گذار از قاعده تقنینی به قاعده گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی

محمد حسنونند*، مینا اکبری**

چکیده

جایگاه برتر قانون نوشته در نظام حقوقی ایران به مثابه امری بدیهی و خدشه ناپذیر در آرای اندیشمندان حقوق تجلی یافته است. با این حال در حقوق اداری، به ویژه در حقوق استخدامی، سیاست زدگی نظام تقنینی و عدم تبعیت از نظرات علمی و کارشناسی و تغییرات مکرر قوانین اداری سبب بی ثباتی، پراکندگی، تعارض و تورم قوانین در این حوزه شده که در نهایت به «ناکارآمدی قوانین» منجر شده است. قانون در ایفای نقش ذاتی خود به مثابه منبعی قاطع، تنظیم کننده و پیش بینی پذیر کم توان بوده و رویه مشتت مراجع اداری و شعب دیوان عدالت اداری را به دنبال داشته است. در این میان، قضات دیوان عدالت اداری در جایگاه دادرس اداری، در جهت تکلیف دادرسی خود و حل و فصل دعوی، این توانایی را دارند تا در جایگاه قاضی شعبه و نیز عضو هیئت های تخصصی و هیئت عمومی به رفع این ناکارآمدی بپردازند. در پژوهش حاضر و با هدف اثبات ادعای فوق ابتدا به توصیف و ذکر مصادیقی از این گونه قوانین پرداخته شده و سپس با تحلیل قوانین و آراء دیوان عدالت اداری این نتیجه حاصل شده است که ناکارآمدی نظام تقنین در این حوزه و صدور آرای قضایی در دیوان عدالت اداری موجب شناسایی ضمنی نقش عرفی قاعده گذاری قضایی برای دیوان عدالت اداری و تاحدی مشابه جایگاه دادگاه های عالی در نظام حقوقی کامن لا و موجب ارتقای جایگاه رویه قضایی به مثابه منبع اصلی در نظام حقوق اداری ایران به مانند نظام حقوق عرفی شده است. با این حال همچنان قانون منبع اول حقوق اداری در ایران است.

واژگان کلیدی: قاعده گذاری، رویه قضایی، دادرسی اداری، دیوان عدالت اداری، ناکارآمدی قوانین

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
md.hasanvand@gmail.com
minaakbari@ut.ac.ir

** پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

مقدمه

هر دانشجوی حقوق در بدو ورودش به دانشگاه می‌آموزد که چهار منبع حقوق داریم: قانون، عرف، رویه قضایی و نظریه عالمان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۴). پس از چهار سال تحصیل البته او درمی‌یابد که آنچه در دانشکده‌های حقوق، منبع حقوق و بلکه عین حقوق است قانون است و آن منبع دیگر را شاید برای تعارف و خالی نبودن عریضه همچون منبع معرفی می‌کردند؛ هم‌آن‌ان که حقوق را همیشه به مجموعه قوانین و مقررات تعریف می‌کنند و قانون‌گذار برای آنان همیشه حکیم است (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۲۳). زیرا در کشورهای خانواده نظام حقوقی رومی‌ژرمن نظر بر این است که بهترین روش برای رسیدن به راه‌حل‌های عادلانه حقوقی استناد حقوق‌دانان به قانون است. در حالی که کشورهای عضو خانواده کامن‌لا، برای حل مسائل حقوقی خود به دنبال انطباق رویه‌های مستخرج از آراء پیشین بر مصداق کنونی‌اند و مایلند هر قضیه را با حکمی تطبیق دهند که پیش از آن صادر شده است. با این حال زمانی که حقوق جامه عمل به تن می‌پوشد و پا در عرصه واقعیات جامعه می‌گذارد دادرسی یا وکیل درمی‌یابد که قانون نوشته به‌تنهایی برای بازکردن گره از کار متداعیین کفایت نمی‌کند یا نتیجه حاصل شده از متن قانون گاه با عدالت و انصاف موافق نمی‌نماید. در این وضعیت دادرسی ناگزیر از اعمال تفسیر از قانون است. تفسیر قضایی جزء جدایی‌ناپذیر فرایند دادرسی است که از طریق آن دادرسی در هنگام خلأ، ابهام، اجمال و تعارض قوانین به اعمال تفسیر خود از قانون می‌پردازد. این مهم حتی در کشورهای تابع نظام قانون نوشته نیز امری بدیهی است. نظام حقوق اداری ایران به دلایل مختلفی از جمله نوپا بودن، سیاست‌زدگی و عدم التزام به اسناد بالادستی بیش از هر بخش دیگری از حقوق درگیر تورم قوانین و تعارض و تناقض آن‌ها با یکدیگر است. تغییرات مکرر قوانین در مجالس مختلف، عدم نسخ صریح قوانین پیشین، نقصان قوانین جدید، شتاب‌زدگی در تقنین و وجود نظام‌های استخدامی متعدد بیش از هر چیزی به این امر دامن زده است، به نحوی که قانون نه به دلیل فقدان قانون نوشته بلکه به دلیل افراط در تقنین و فقدان کیفیت قوانین، نظام حقوق اداری و استخدامی را دچار ناکارآمدی کرده و قاضی را در فرایند دادرسی با دشواری فراوان روبه‌رو نموده است. در این وضعیت است که نقش تفسیر قضایی در دیوان عدالت اداری برجسته‌تر شده و گاه جایگاه قاعده‌آفرین به خود می‌بیند. حال مسئله‌ای که به ذهن‌خطور می‌کند این است که با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران در خانواده رومی‌ژرمن جای می‌گیرد و در تمامی شاخه‌های حقوق نخستین منبع قانون است، در نظم حقوق اداری و استخدامی جمهوری اسلامی ایران آیا از اساس، عمل قضایی را می‌توان منبع حقوق دانست، همان‌گونه که قانون را منبع

حقوق می‌دانند؟ و یا اگر بخواهیم دقیق‌تر بگوییم، پرسش این است که دیوان عدالت اداری در قاعده گذاری حقوق اداری و استخدامی و خلق قواعد حقوقی چه جایگاهی دارد؟

همان‌طور که می‌دانیم حقوق عمومی و به‌خصوص حقوق اداری در مقایسه با حقوق خصوصی از رشته‌های جوان و نوپا در کشور ما محسوب می‌شود و با وجود تلاش‌های وافر که تاکنون صورت گرفته است، با خلأ قانون‌گذاری در برخی حوزه‌های حقوق اداری مواجه هستیم و از سوی دیگر به دلیل تغییر در نیازها و متعدد بودن موضوعات با قوانین پراکنده و متعددی نیز روبه‌رو هستیم.

با توجه به مقدمات پیش‌گفته، فرضیه مقاله حاضر این است که نظام دادرسی اداری کشور به دلیل ناکارآمدی قوانین و خلأهای موجود، از پیش‌فرض‌های رایج استقرار نظام حقوق نوشته در ایران فاصله گرفته و نقش قاعده‌گذاری قضایی در آن در حال تقویت است و تأکید را بر حوزه حقوق استخدامی قرار داده‌ایم. لذا به منظور اثبات این فرضیه، تلاش شده است تا با توصیف وضعیت قوانین در حوزه حقوق استخدامی از طریق ذکر مصادیقی که قانون‌گذار کشور در آن‌ها دچار ابهام، تشتت، پراکندگی، بی‌ثباتی و در نهایت ناکارآمدی شده است، همراه با ذکر مصادیقی از آراء صادر شده از دیوان عدالت اداری، به تحلیل نقش این مرجع در وضع قواعد لازم‌الاجرا در این حوزه بپردازیم؛ بنابراین از روش توصیفی و تحلیلی برای انجام پژوهش استفاده خواهد شد و ابزار گردآوری اطلاعات از نوع کتابخانه‌ای خواهد بود. بدین ترتیب قسمت نخست پژوهش را به تحلیل نقش دادگاه‌ها در قاعده‌گذاری اختصاص داده‌ایم. در قسمت دوم مصادیقی از ناکارآمدی قوانین اداری را شرح داده و در قسمت آخر به آرای دیوان عدالت اداری اشاره می‌نماییم که امروزه به مثابه یک منبع اصلی در نظم حقوق اداری کشور تبدیل شده‌اند.

ذکر این نکته خالی از فایده نیست که این پژوهش به دنبال طرح مسئله‌ای نو در حوزه حقوق اداری کشور است و با وجود پژوهش‌های مرتبطی که در این حوزه انجام شده است و سعی شده تا در متن مقاله از آن‌ها استفاده شود، تاکنون پژوهشی که به تمامی به بررسی این مسئله پرداخته باشد انجام نشده است.

۱. شناسایی نقش قاعده‌گذاری دادرسان

یکی از آموزه‌های مشهور حقوقی بر اساس نظریه تفکیک قوا این است که ایجاد قانون کارویژه قوه مقننه، تفسیر آن وظیفه قوه قضائیه و اجرای آن از تکالیف اصلی قوه مجریه است. مونتسکیو^۱ یکی از طراحان این نظریه می‌نویسد: «ممکن است گاهی پیش‌آید که قانون در بعضی موارد زیاد سخت

1. Montesquieu

باشد، زیرا قانون در عین حالی که واضح است، مبهم نیز هست. قضات نمی‌توانند شدت یا سختی قانون را تعدیل کنند. آنان فقط زبان قانون هستند. در چنین صورتی برای تعدیل قانون مداخله هیئت تقنینیه لازم است؛ چه آنکه اختیار تفسیر قانون و یا تعدیل آن مختص قوه مقننه [است]» (منتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴). او نقش قانون‌گذار و قاضی را به‌نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می‌انگارد.

مبنای اصلی قانون‌گذاری توسط قوه مقننه مشروعیت دموکراتیک چنین روشی است. قانون‌گذاری وقتی به سیاست‌گذاری نزدیک می‌شود، از شئون اختصاصی نمایندگان مردم، که در انتخابات برگزیده شده‌اند، دانسته می‌شود. ایجاد قاعده کلی به وسیله دادگاه‌ها انحراف از ارزش‌های دموکراتیک تلقی می‌شود، زیرا دادگاه‌ها نهادهای غیردموکراتیک هستند و برخلاف نمایندگان که در مقابل رأی‌دهندگان پاسخ‌گو هستند، قضات اغلب انتصابی و پاسخ‌گو نیستند. از این منظر، قضات فقط مفسر قانون هستند و صلاحیت ایجاد قاعده کلی را ندارند. برخی نویسندگان مانند مک لچلین^۱ این دیدگاه را نقد می‌کنند و معتقدند چنین نظری مبتنی بر فهم دموکراسی بر مبنای محدود «قاعده اکثریت» است. بر این اساس قواعدی را می‌توان بر مردم حاکم کرد که اکثریت نمایندگان منتخب آن‌ها بدان رأی مثبت داده باشند. اما از نظر او این سخن چندان با واقعیت انطباق ندارد. بسیاری از قواعد که اکنون مبنای حکمرانی و لازم‌الاجرا هستند از گذشته وجود داشته و هرگز از نظر و تصویب نمایندگان فعلی نگذشته است؛ مانند قوانینی که در زمان حکومت‌های پادشاهی ایجاد شده‌اند و همچنان پابرجاست. وانگهی عنصر اساسی یک دموکراسی فقط رأی اکثریت نیست؛ چراکه چنین عنصری بیش از حکومت‌های دموکراتیک در حکومت‌های فاشیستی، کمونیستی یا اشکال پوپولیستی حکومت‌ها به‌نحو چشمگیری وجود دارد. دموکراسی به چیز دیگری نیاز دارد و آن محدودبودن قاعده اکثریت به حقوق دیگران است. به عبارت دیگر، چنانچه اکثریت قصد تجاوز به حقوق اقلیت را داشته باشد، باید از دیکتاتوری اکثریت ممانعت شود و دادگاه‌ها نهادهایی برای تحقق این امر، یعنی حفاظت از حقوق فردی، هستند. سیلز^۲ اذعان می‌کند که مبنای دموکراتیک قوه مقننه نیرومندتر است؛ به طوری که می‌تواند منعکس‌کننده ارزش‌های بسیار مهم سیاسی و اخلاقی باشد. اما همین امر می‌تواند به‌مثابه ضعف قوای تقنینی عمل کند؛ به طوری که شرایط خاصی پدید می‌آید که طی آن عوام‌فریبی زمینه را برای تصمیم‌گیری نامناسب و عجولانه فراهم می‌کند و این همان عاملی است که با تصویر ایده‌آل از قانون‌گذاری از طریق قوه مقننه فاصله دارد. از این منظر دادگاه‌ها نسبت به قوای قانون‌گذاری از فشارهای سیاسی دور هستند و مصونیت

1. McLalchin

2. Sales

بیشتری دارند و به همین جهت آن‌ها را به حاملان و حافظان اصول سیاسی و اخلاقی بنیادین یک جامعهٔ سیاسی تبدیل می‌کند (وکیلان، ۱۳۹۷: ۷۰-۷۱).

به نظر می‌رسد در عصری که پیچیدگی روابط اجتماعی دقت و روشنی را در میان عناصر یک راه‌حل عادلانه در درجهٔ اول اهمیت قرار می‌دهد، قانون به خاطر دقتی که در انشای آن به کار رفته، بهترین تکنیک برای اعلام قواعدی روشن است. وضع قانون یا آیین‌نامه کار مقامات صلاحیت‌دار است، اما قانون جز با شیوه‌ای که در جریان اجرای آن به کار می‌رود، ارزش عملی پیدا نمی‌کند. اجرای قانون مستلزم یک روند تفسیر است که اهمیت آن امروزه مورد تأکید علمای حقوق واقع شده است. از آنجا که قانون‌گذار، آگاهانه یا ناآگاهانه، خود غالباً عبارات و اصطلاحات مبهم و غیردقیق به کار می‌برد، امکانات بسیار وسیعی در چهارچوب احترام به متن قانون برای قضات به وجود می‌آید. در متن قانون به مفاهیم تقصیر، حسن‌نیت، اخلاق حسنه، مصلحت خانواده، جبران خسارت، عدم امکان اجرای قرارداد اشاره می‌شود. قاضی باید، در هر مورد، پس از رسیدگی بگوید که آیا با توجه به اوضاع و احوال، قواعد حقوقی راجع به این مفاهیم قابل اجراست یا نه. با ارزیابی وقایع دعوی و امور موضوعی، به شیوهٔ کم‌وبیش مضیق یا موسع، قاضی در عمل می‌تواند شرایط اجرای قانون را به‌طور قابل ملاحظه‌ای تغییر دهد. برای مثال می‌تواند در ارزیابی علت اخراج موجه کارگر سخت‌گیری بیشتر یا کمتری نشان دهد؛ می‌تواند پاره‌ای از طرق جبران خسارت را بپذیرد یا نپذیرد؛ می‌تواند مفهوم قوهٔ قاهره را گسترش دهد یا محدود کند؛ یا به شیوهٔ خود مقتضیات اخلاق حسنه را تفسیر کند.

بوپره^۱، نخستین رئیس دیوان تمیز فرانسه، می‌گوید: «هنگامی که متن قانونی در قالب امری به‌روشنی و دقت بیان شده است و هیچ‌گونه ابهامی ندارد، قاضی موظف به قبول آن و اطاعت از آن است.» لیکن هنگامی که متن مبهم است، هنگامی که در معنی و قلمرو آن تردیدهایی وجود دارد و هنگامی که در مقایسه با متن دیگر ممکن است تا حدی متناقض باشد یا تخصیص یابد، یا برعکس باید تعمیم داده شود، در این صورت قاضی دارای گسترده‌ترین اختیارات برای تفسیر است. قاضی باید به خود بگوید که با توجه به دگرگونی‌هایی که از یک قرن پیش در افکار، اخلاق، نهادها و وضع اقتصادی و اجتماعی پدید آمده است، عدالت و عقل حکم می‌کند که متن قانون آزادانه و به‌طور انسانی با واقعیت‌ها و مقتضیات زندگی جدید هماهنگ شود (داوید و اسپونوزی، ۱۳۹۵: ۱۵۱).

البته اعطای صلاحیت تفسیر قضایی به قضات در طول زمان شکل گرفت و در ابتدا وضع به گونهٔ دیگری بود. معتقدان به اصل استقلال قوا اغلب این دیدگاه افراطی را به کار می‌بستند که قاضی از

1. Beaupré

هیچ اختیاری برای توسعه حقوق برخوردار نبوده و قانون باید چنان دقیق و ریزبین باشد که قاضی بدون کوچک‌ترین تأملی آن را به اجرا بگذارد. از این جهت نیز نویسندگان قانون مدنی فرانسه طریقی معقول را در پیش گرفتند. در سال ۱۷۹۰ که اصل استقلال قوا بسیار مورد تأکید بود، قانونی وضع شد که بیان می‌داشت: «هر زمان که دادگاه، تفسیر قانون یا وضع قانونی جدید را ضروری بدانند، باید موضوع را به اطلاع هیئت قانون‌گذاری برسانند.» در این دوران، وظیفه نقض آرای که برخلاف قانون صادر شده و تفسیری نادرست ارائه نموده بودند به عهده محکمه تمیز (دیوان تمیز) گذاشته شد. نویسندگان قانون مدنی فرانسه دریافتند که حتی باهوش‌ترین قانون‌گذار هم قادر به پیش‌بینی تمام مشکلات احتمالی نخواهد بود. بنابراین قاضی باید دارای چنان آزادی عملی باشد که بتواند قانون را همگام با مشکلات غیرقابل پیش‌بینی و شرایط متحول اجتماعی به اجرا در بیاورد (زوایگرت و کوتس، ۱۳۹۳: ۱۴۹).

در خصوص نظام حقوقی ایران، همواره خواننده‌ایم که یک نظام رومی‌ژرمن (نوشته) است و شباهت‌های فراوانی با نظام حقوقی فرانسه دارد و بنابراین نخستین منبع حقوق همواره قانون است و رویه قضایی در سومین جایگاه بوده و آن هم همواره الزم‌آور نیست، بلکه صرفاً در زمانی که رأی وحدت رویه قضایی از سوی دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری صادر می‌شود، الزام حقوقی ایجاد می‌کند. به‌رغم خصوصیات تاریخی که سبب قرابت حقوق ایران و فرانسه شده، شیوه شکل‌گیری حقوق اسلامی اتفاقاً به شیوه قضیه‌ای در کامن‌لا نزدیک‌تر بوده است. مفتیان و قاضیان در تطور حقوق کشورهای شرقی و از جمله ایران، نقشی مهم داشته‌اند و به‌ویژه با اسنادی تاریخی که تازه یافته‌اند، همچون ماتیکان هزار دادستان (مجموعه آرای دادرسان زردشتی در ایران دوره ساسانی) معلوم گردیده که حقوق ایران قدیم نیز بیشتر بر دست قاضیان ساخته شده بوده تا بر دست قانون‌گذاران (نک: شیخ‌الحکامی، ۱۳۸۰: ۱۵۲-۱۳۷). همچنین در دوره اسلامی، شهروندان مسلمان مشکلات عملی حقوقی خود را نزد پیامبر یا پیشوایان دین مطرح می‌کردند و آنان حکم قضیه را در قالب حکمی جزئی برای حل مسئله‌ای جزئی، نه کلی، بیان می‌کردند. برای مثال در جریان گردوبازی گروهی از کودکان، با اصابت گردو به دندان کودکی و شکستن آن، دعوی نزد امام علی (ع) طرح شد و وی در آن، کودک پرتاب‌کننده را به دلیل هشدار که از پیش به مصدوم داده بود، مسئول ندانست. اکنون حقوق‌دانان به‌صورت کلی می‌گویند آنکه هشدار داده مسئول نیست (قاعده تحذیر)^۱ (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۷۲) و کمتر کسی است که به قضیه‌ای بودن تاریخی آن نظر کند. در عصر حاضر در خصوص منشأ قانونی قاعده مستدل و مستند بودن آرای قضایی در ایران باید گفت

۱. قد أعذر من حذر.

قوانین ایران از ابتدا تاکنون بر لزوم رعایت این قاعده تأکید داشته‌اند. اولین قانونی که صراحتاً به این قاعده اشاره کرد، اصل ۷۸ متمم قانون اساسی مشروطیت مصوب ۱۲۸۶ بود که بیان می‌کرد: «احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه که بر طبق آن‌ها حکم صادر شده است بوده و علناً قرائت شود.» در حال حاضر نیز مهم‌ترین مبنای قانونی این قاعده را می‌توان در اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ مشاهده کرد که بیان می‌کند: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.» قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری ایران نیز از ابتدا تاکنون بر این قاعده تأکید کرده‌اند. در حال حاضر، ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌کند: «... رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است.» ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹ نیز مقرر می‌کند: «رأی دادگاه پس از انشا لفظی، باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد: ... ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده است» (سودمندی، ۱۳۹۸: ۵۲).

۲. ناکامی قوانین در تنظیم حقوقی نظام اداری و استخدامی

قانون گذاری پراکنده به معنای قانون گذاری موردی، متعدد و بدون توجه به دیگر اجزای نظام حقوقی است که نشانگر عملکرد تقنینی بدون کارشناسی بایسته و تعجیل قانون گذار در اعمال اختیار تصویب قانون به جای استفاده از دیگر اختیارات خود، از جمله نظارت، است. قانون گذاری پراکنده، به ویژه، به وضوح یا قابلیت دسترسی به قانون و نظام حقوقی و همچنین فهم و آگاهی شهروندان از قانون به عنوان یکی از مؤلفه‌های حاکمیت قانون لطمه می‌زند (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۸). با تبعی در قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی می‌توان به موارد متعددی برخورد کرد که از مصادیق قانون گذاری پراکنده شمرده می‌شود. از جمله یکی از رویه‌هایی که در نظام قانون گذاری ایران رایج است، اصلاح برخی قوانین به وسیله تصویب مقرراتی در قوانین غیر مرتبط است. منظور از قوانین غیر مرتبط قوانینی است که از حیث عنوان هیچ مشابهتی با عنوان قانون اصلاح شده ندارند و مخاطبان قوانین نمی‌توانند به آسانی از وجود اصلاحیه در آن اطلاع حاصل نمایند. این رویه که یکی از دلایل بسیار مهم پراکندگی قانون گذاری است، وضعیتی را پدید آورده است که نمی‌توان از اعتبار یک قانون خاص بدون آگاهی و مراجعه به انبوهی از قوانین دیگر اطمینان داشت (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۵). به عنوان نمونه ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه موجب اصلاحات متعدد در قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران و قانون مدیریت خدمات

کشوری، قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و قوانین راجع به بازنشستگی شده است. تبصره (۱) بند «ذ» ماده (۸۷) این قانون نهادهای اجرایی را موظف به تغییر وضعیت استخدامی ایثارگران شاغل شرکتی، قراردادی و پیمانی به رسمی قطعی نموده است. این تبصره ضمن تغییر ماده (۲۱) قانون جامع خدمت‌رسانی به ایثارگران، کلیه ضوابط ورود به خدمت مندرج در مواد (۳۲، ۴۲ و ۴۴) قانون مدیریت خدمات کشوری شامل اصل برابری در ورود به خدمات عمومی و لزوم پذیرش در آزمون استخدامی را دچار تغییر و آشفتگی کرده است، بدون آنکه وضعیت خاص نیروهای خرید خدمت از طریق شرکت‌های واسطه، نظام خاص استخدامی دانشگاه‌ها و وزارت نفت و وضعیت نیروهای کارگری را مدنظر قرار دهد. اطلاق این ماده، بدون توجه به قوانین استخدامی عام و خاص دیگر، به نحوی است که بدون اعمال تفسیر مناسب قضایی آشفتگی بزرگی در نظام استخدامی ایثارگران ایجاد خواهد کرد. ماده (۸۸) قانون مذکور با تغییر مقررات بازنشستگی و وضع مقررات خلاف این ماده و قانون منع به‌کارگیری بازنشستگان موجب ایجاد وضعیت تعارض قوانین شده است. نمونه دیگر بر اساس ماده (۸) قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی که در سال ۱۳۸۷ توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، اصلاحاتی در مواد (۷، ۱۰، ۲۱ و ۲۷) قانون کار، که در سال ۱۳۶۹ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده بود، صورت گرفت. گرچه اطلاع حقوق‌دانان از تصویب چنین قانونی به‌سادگی امکان‌پذیر است، اما آگاهی سایر افراد از آن دشوارتر است.

عدم اجرا یا لغو حکم قانونی به وسیله مفادی از قوانین غیر مرتبط از دیگر موارد قابل توجه است. در جزء «الف» ماده (۱۰) قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور تصریح شده است: «... در اجرای قانون برگزاری مناقصات، ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۹ ملغی‌الایثر می‌گردد.» در ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده شده است از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی بر اساس فعالیت مشخص، قیمت هر واحد کار و... بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین نمایند. در صورت عدم مراجعه متقاضیان اجازه داده می‌شود با رعایت قانون برگزاری مناقصات و تأیید سازمان، از طریق ترک تشریفات، مناقصه صورت گیرد. گذشته از اینکه معلوم نیست به چه دلیل ماده گفته‌شده، به موجب قانون بودجه ۱۳۸۹، صرفاً برای سال ۱۳۸۹ ملغی‌الایثر شده است، این نکته مطرح می‌شود که عموم مردم و مجریان در بررسی و استفاده از قانون مدیریت خدمات کشوری چگونه می‌توانند از لغو موقت یک ماده از این قانون در قانون بودجه آن سال آگاهی یابند (مرکز مالیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۶)؟

مسئله سوم روش نسخ قوانین است. متداول‌ترین روش نسخ در ایران نسخ ضمنی قوانین است که با عبارت‌هایی مشابه با «کلیه قوانین مغایر با این قانون لغو می‌گردد» صورت می‌گیرد. در واقع قانون‌گذار با به‌کاربردن عبارت‌هایی شبیه عبارت مذکور اذعان می‌کند که دقیقاً از اینکه قانون جدید چه قوانین و مقرراتی را نسخ می‌کند، مطلع نیست و بدین وسیله، از زیر بار مسئولیت تعیین روابط قانون جدید با قوانین موجود طفره می‌رود و این تکلیف مالایطاق را بر عهده شهروندان و مجریان می‌نهد. در عین حال باید توجه داشت که در بسیاری اوقات قانون‌گذار از درج عبارت حاکی از نسخ قوانین مغایر اجتناب کرده است که در نگاه عموم حقوق‌دانان، هیچ تفاوتی با درج عبارت مزبور از حیث آثار ندارد. تبعات منفی این امر کاملاً آشکار است. رویه نسخ ضمنی یکی از دلایل عمده آشفتگی نظام حقوقی و پراکندگی در آن محسوب می‌شود. نمونه‌ای که در ادامه خواهد آمد، در این قسمت قابل توجه است. قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ به منظور سازماندهی استخدام و یکپارچه‌سازی مقررات استخدامی در بخش دولتی به تصویب مجلس رسید. در ماده (۱۲۷) این قانون آمده است، کلیه قوانین و مقررات عام و خاص به جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مغایر با این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو می‌گردد؛ بنابراین قانون مدیریت خدمات کشوری قانون استخدام کشوری را در موارد مغایر نسخ کرده است، اما در مواردی که قانون جدید ساکت است باید به قانون قدیم مراجعه کرد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۹۴). واگذاری تشخیص موارد مغایرت یا عدم مغایرت باز هم به مجریان قانون و شهروندان واگذار شده است که خود زمینه برداشت‌های مختلف را فراهم می‌کند.

بنا بر قاعده‌ای اصولی، استثنای اکثر امری عبث تلقی می‌شود، ولی در برخی موارد این اصل مورد توجه قرار نگرفته است. به‌عنوان نمونه بر اساس تصویب‌نامه هیئت وزیران^۱، «کلیه دستگاه‌های اجرایی موضوع مواد (۵) و (۱۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری مکلف‌اند قراردادهای منعقدشده با شرکت‌های پیمانکاری برای تأمین نیروی انسانی را ظرف (۱۵) روز بعد از ابلاغ این تصویب‌نامه فسخ نمایند» و بدین ترتیب جذب نیروی انسانی از طریق شرکت‌های تأمین نیروی انسانی را ممنوع اعلام کرد. با وجود اینکه قانون‌گذار در ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری به‌کارگیری نیروی انسانی به این شیوه را اجازه داده بود، اما تصویب‌نامه این شیوه را ممنوع اعلام کرد و تنها فعالیت‌های

۱. تصویب‌نامه هیئت وزیران، شماره ۲۱۳۴۷۱/ت/۴۷۶۴۳ هـ. مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱، درخصوص فسخ قراردادهای منعقدشده کلیه دستگاه‌های اجرایی با شرکت‌های پیمانکاری جهت تأمین نیروی انسانی و نحوه انعقاد قرارداد با کارکنان شاغل شرکتی.

مربوط به طرح‌های عمرانی را از شمول این تصویب‌نامه مستثنا دانست و بدین ترتیب تصویب‌نامه هیئت وزیران یک قانون عادی را تخصیص اکثر زد.

این وضعیت و نبود سیاست‌گذاری بلندمدت و ثبات در رویکردهای توسعه و عوام‌زدگی و سیاست‌زدگی مقامات ذی‌صلاح، در حوزه قوانین اداری و استخدامی در مقایسه با قوانین مدنی و تجاری وضوح بیشتری دارد. تغییر مکرر قوانین استخدامی و اداری، اصلاح مفاد آن بدون توجه به کلیت قانون، نقض اصول قوانین عام استخدامی در قوانین خاص و حتی قوانین بودجه‌سنواتی، مقررات‌گذاری گسترده دولت‌ها بدون توجه به مفاد قوانین، بسیاری از قوانین اداری و استخدامی را دچار تعارض و ابهام نموده و اهداف قانون را دست‌نیافتنی کرده است. به‌عنوان مثال اصل برابری در حقوق و دستمزد که از دستاوردهای قانون مدیریت خدمات کشوری به حساب می‌آید، با اصلاحات مکرر قانون یا تخصیص برخی نهادها و مشاغل در قوانین متفرقه، به شعاری دور از دسترس تبدیل شده است.

به این ترتیب وضوح قانون که یکی از اوصاف اصلی آن جهت پیش‌شرط تحقق حاکمیت قانون محسوب می‌شود، در نظام تقنین اداری ایران رعایت نشده و ادارات و محاکم را در تعیین تکلیف امور دچار سردرگمی می‌کند. این در حالی است که قابل‌فهم بودن قانون یکی از اصول درونی قانون محسوب می‌شود که معادل با وضوح، شفافیت و قابل‌دسترس بودن قانون است. این اصل، در کنار دیگر ویژگی‌های قانون مشتمل بر انتشار، ثبات و معطوف به آینده‌بودن، همگی در خدمت برآوردن هدف ایجاد قابلیت در قانون برای مهم‌ترین ابزار راهنمایی شهروندان بودن در جهت برنامه‌ریزی قرار دارند (راسخ، ۱۳۸۴: ۳۳). ابهام و پیچیدگی قوانین هم بر شهروندان و هم بر حکومت آثار سوء دارد. مهم‌ترین آثار سوء این وضعیت بر شهروندان را می‌توان مشتمل بر دربرداشتن هزینه‌های اداری برای شهروندان به‌منظور فهم و بهره‌برداری از قوانین، دشوارساختن اتخاذ تصمیمات، دامن‌زدن به نابرابری، به‌ویژه در استفاده از خدمات عمومی و لطمه‌زدن به امنیت حقوقی دانست. آثار سوء ابهام و پیچیدگی قوانین بر مقامات حکومتی را نیز می‌توان در سه دسته کلی هزینه‌های مدیریتی، هزینه‌های سیاسی و هزینه‌های قضایی مورد توجه قرار داد. هزینه‌های مدیریتی به تعلل و دیوان‌سالاری بیش‌ازحد در تصمیم‌گیری‌های اداری توسط مقامات اداری و کارمندان در صورت ابهام قوانین و مقررات بازمی‌گردد. هزینه‌های سیاسی ابهام قوانین نیز از هزینه‌های ناشی از استفاده از قوه قهریه توسط دولت برای تمکین شهروندان در برابر قانون مربوط است؛ درحالی‌که چه‌بسا یکی از دلایل بسیار مهم این عدم تمکین پیچیدگی و ابهام قوانین باشد (انصاری، ۱۳۸۶: ۴۱-۳۸). تشتت قوانین موجب تشتت رویه محاکم، بی‌اثر شدن آرای آن‌ها و گسیل حجم عظیمی از پرونده به محاکم است که خود مستلزم صرف هزینه و به‌کارگیری نیروهای قضایی و اداری بیشتر خواهد بود.

یکی دیگر از معضلات و آسیب‌هایی که امروزه در نظام‌های قانون‌گذاری ایران، به‌خصوص در حوزه قوانین اداری، قابل‌شناسایی است پدیده‌ای است که از آن با عنوان «تورم تقنینی» یاد می‌شود. آسیب تورم تقنینی زمانی در نظام‌های قانون‌گذاری عیان می‌شود که دستگاه قانون‌گذاری به دلایل و علل مختلف، بدون ارزیابی دقیق و کارشناسانه ضرورت‌ها و پیامدهای یک قانون، و همچنین بدون در نظر گرفتن زمان مناسب برای اصلاح یک قانون، اقدام به قانون‌گذاری نماید. در چنین حالتی اولاً قانون‌گذار مهم‌ترین وظیفه خود را در افزایش آمار قوانین تصویبی، نه کیفیت اجرا، نظارت بر اجرای آن‌ها و آثار و پیامدهای آن‌ها بر نظام حقوقی، سیاسی، اقتصادی و مانند آن‌ها می‌بیند. ثانیاً نظام حقوقی به نظامی فربه تبدیل می‌شود که کارایی و اثربخشی خود را از دست می‌دهد. در این حالت، تصویب قوانین متعدد که اصلاحیه‌ها و الحاقیه‌های مکرر و زود هنگام آن‌ها را نیز به دنبال دارد، نه تنها کمکی به رفع دغدغه‌های قانون‌گذار نمی‌کند، بلکه خود به معضلی در نظام حقوقی تبدیل می‌شود. بدین ترتیب، افزوده شدن بر حجم قوانین با موضوع مشابه و هم‌پوشان، و بعضاً متعارض، سردرگمی دادگاه‌ها، مسئولان مجری قانون، مراجع مفسر قانون و شهروندان را در پی دارد. همه این موارد سبب شده در حوزه دادرسی اداری ایران، قوانین کارآیی خود را از دست داده و نتوانند قضات دیوان عدالت اداری را در تعیین حکم دعوی به خوبی یاری نمایند (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۲). تعداد زیاد آرای وحدت رویه صادر شده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به خوبی مثبت این ادعا است.

۳. شناسایی رویه قضایی به مثابه یکی از منابع حقوق اداری و استخدامی

همان گونه که بیان شد، نظام حقوق اداری ایران بر اثر پراکندگی قوانین در موارد زیادی دچار تشتت و آشفتگی بوده و در برخی موارد قوانین توانایی تعیین حکم دعاوی را ندارند. در این وضعیت نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیشتری می‌یابد. رویه قضایی از سویی نقص ناشی از عدم انعطاف قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و به نوعی مورد اشاره قانون اساسی واقع نشده است^۱ و از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند و قوانین متعارض را با اموری که برای قانون‌گذار قابل‌پیش‌بینی نبوده است سازگار می‌سازد. در این

۱. صحبت در مورد حقوق جدیدی است که به‌ویژه در جوامع مدرن امروزی شکل گرفته و در قانون اساسی نیامده و زمینه‌های آن اصلاً ایجاد نشده است. این همان حوزه‌ای است که در فقه حکومتی و مسائل مستحدثه در قلمرو حیات اجتماعی از آن با عنوان «منطقه الفراغ» یا میدان‌های آزاد و خالی از حکم الزامی یاد می‌کنند؛ یعنی منطقه‌ای که تشریح الزامی در آن وارد نشده و باید به وسیله ولی امر (دولت) بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم شود. برای اطلاع بیشتر از ماهیت و محدوده منطقه الفراغ، (نک: ارسطا، ۱۳۹۱، ۵۵-۵۳).

خصوصاً، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط عدم حضور قانون عام اداری و عدم اشاره قانون اساسی به اصول جدید راهگشا خواهد بود، می‌تواند منجر به ارائه اصول و حقوق جدید، به‌ویژه در حوزه حقوق اداری شود.^۱ از سوی دیگر، رویه قضایی قادر به ایفای نقشی اساسی در رفع سکوت قانون خواهد بود. درحقیقت چنانچه راه‌حل اتخاذشده از سوی قاضی صادرکننده رأی، شکل روش مشترک میان سایر قضات را بیابد یا در قالب رأی وحدت رویه ارائه گردد، تحت عنوان رویه قضایی، مکمل قانون و موجد قاعده حقوقی خواهد بود (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۳۷). در این خصوص و به‌منظور تبیین روشن‌تر مسئله به بررسی نقش رویه قضایی در صیانت از قانون اساسی و همچنین رفع ابهام از قوانین عادی خواهیم پرداخت.

۳-۱. رویه‌سازی قضایی؛ سازگاری در جهت صیانت از قانون اساسی

با غور در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از سال‌های آغازین فعالیت نهاد مذکور تاکنون، مشاهده می‌شود که دیوان در موارد متعدد قائل به صلاحیت خود در رسیدگی به ادعای خلاف قانون اساسی بودن گردیده و حسب تشخیص خود، اقدام به ابطال یا ابقای مصوبه موضوع دعوا نموده است.^۲ به‌عنوان مثال اصولی مانند انتظار مشروع، تناسب تخلفات اداری و مجازات، اصل عدم صلاحیت و اصول دیگر حقوق اداری که در قوانین مغفول و مسکوت مانده‌اند، از طریق رویه قضایی دیوان عدالت اداری وارد نظام حقوقی ایران شده‌اند. دیوان عدالت اداری همچنین با افزایش تعداد هنجارهای مرجع و نیز تفسیر گسترده آن‌ها می‌کوشد محدوده حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را به‌ویژه در رابطه نابرابر میان طرفین دعاوی اداری افزایش دهد و با تفسیر پویای

۱. در این زمینه عملکرد شورای دولتی فرانسه تا آن اندازه از اهمیت برخوردار است که گاه از رویه قضایی شورای مذکور به‌عنوان منبع ایجاد اصول حقوق عمومی یاد می‌شود. درخصوص دیوان عدالت اداری، هرچند دیوان در ایجاد و شناسایی اصول حقوق عمومی، چندان موفق عمل نکرده، اما مطالعه آرای هیئت عمومی دیوان مبین این نکته است که هیئت عمومی دیوان، در پاره‌ای موارد، با الهام از اصول قانون اساسی و ارائه استدلال‌های بدیع، به شناسایی و خلق اصولی دست یازیده که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهور یافته است (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۱۰۰-۹). در عین حال برخی از حقوق‌دانان در مخالفت با کاربرد رویه قضایی در ارائه اصول حقوقی جدید بیان می‌دارند: «رویه قضایی می‌تواند شرایط اجرای یک اصل را تعدیل کند، اما نمی‌تواند اصل جدیدی بیافریند و در کاوش علمی فراقانونی خود آزاد نیست» (نک: صادقی، ۱۳۸۴: ۱۵۰).

۲. از جمله استناد به اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۸۲/۵/۱۹، استناد به بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی در دادنامه ۷۴ مورخ ۸۳/۳/۳، استناد به بند ۳ اصل ۳ در دادنامه ۲۰۹ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۸، استناد به اصل ۹۹ در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۱۳۸۵/۷/۱۶، استناد به اصل ۱۲۷ در دادنامه ۱۱۹ مورخ ۱۳۸۳/۳/۳۱، استناد به اصل ۱۶۷ در دادنامه ۴۶۰ مورخ ۱۳۸۳/۹/۲۲، استناد به اصول ۵۷، ۷۱ و ۷۳ در دادنامه ۱۹۷ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۹.

هنجارهای مربوط به قانون اساسی و حقوق شهروندی گامی در حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین بردارد؛ چنان‌که به نظر می‌رسد، تفسیر موسع اصول قانون اساسی این نهاد قضایی را در جایگاه قوه مؤسس قرار داده است، به طوری‌که می‌توان از کارکرد تأسیسی دیوان در فرایند انطباق مصوبات با مرجع بنیادین سخن گفت.^۱

همچنین هیئت عمومی دیوان در مقام حل تعارض آرای میان چند شعبه مختلف دیوان عدالت اداری در پذیرش شکایات واحدهای دولتی در شعب دیوان که بر اثر ابهام اصل قانون اساسی صادر گردیده بود، با ارائه نظر نهایی در جهت حل تعارض ناشی از اطلاق دو واژه، در رفع ابهام از متن قانون اساسی کوشیده است.^۲ البته این بدان معنا نیست که صراحتاً به ارائه نظریه تفسیری می‌پردازد، بلکه به صورتی است که اصول قانون اساسی را در عمل و در فرایند انطباق و صدور رأی، مورد تبیین و تفسیر قرار می‌دهد؛ عملکردی که در نهایت پیامدی چون رفع ابهام درخصوص مورد مطروحه را به همراه خواهد داشت.

به‌عنوان مثال هیئت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۲۳۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۳، ضمن استناد به دو اصل ۱۳۸ و ۱۲۷ قانون اساسی به‌عنوان مستند رأی ابطالی خود، با تعیین حدود آن‌ها در انتهای رأی، به رفع ابهام از دو اصل اقدام نموده است و چنین بیان می‌دارد: «... طبق اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفویض مسئولیت تصویب برخی از امور مربوط به وظایف دولت از جمله وضع مقررات دولتی به کمیسیون‌هایی منحصراً متشکل از چند وزیر تجویز گردیده

۱. در ابتدا به نظر می‌آید «تفسیر تأسیسی» از قانون اساسی و جاهت حقوقی ندارد؛ چراکه مفسر بدین طریق به مقنن اساسی تبدیل می‌گردد و نقش واضح قواعد تضعیف می‌شود. با این حال گفته می‌شود که یکی از کارکردهای قیاس در ادبیات حقوقی ایفای نقش تفسیری است. کاربرد قیاس جستجوی اراده نویسندگان متون و حتی انشای قاعده جدید است که با قواعد مذکور در متن وحدت‌ملاک حقوقی دارد. به نظر می‌رسد که این برداشت از تفسیر همان تفسیر تأسیسی است. در واقع هنگامی که با استفاده از قیاس، علاوه بر دریافت قصد قوه مؤسس به انشای قاعده جدید در راستای حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌پردازیم، به نوعی اقدام به تفسیر تأسیسی قانون اساسی نموده‌ایم (نک: سالمون، ۱۳۸۲: ۱۷۹).

۲. هیئت عمومی دیوان در مقام حل تعارض به شرح دادنامه ۳۹-۳۸-۳۷ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ به ابهام موجود پایان بخشید: «نظر به اینکه در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی عرفی و لغوی کلمه «مردم»، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند ۱ ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشند؛ علی‌هذا شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد، قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد.»

است. بنابراین مشارکت معاونان ریاست‌جمهوری در کمیسیون مذکور به‌عنوان اعضای تصویب‌کننده آیین‌نامه اجرایی قانون، با تمسک به اصل ۱۲۷ قانون اساسی که ناظر به تعیین نماینده در موارد خاص و منصرف از وضع مقررات دولتی می‌باشد، مغایر قانون تشخیص داده می‌شود و مصوبات مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد. توضیح این نکته لازم است که محدوده اصل ۱۳۸ شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و اساس‌نامه‌ها و در هر صورت مصوبات هیئت محترم وزیران می‌باشد و محدوده اصل ۱۲۷ شامل تصمیمات نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص و معین می‌باشد و محدوده دو اصل کاملاً متفاوت بوده و نظریه تفسیری مورخ ۱۳۷۹/۵/۴ شورای نگهبان نیز مطلب فوق را تأیید می‌نماید.»

قاضی دیوان، در فرایند تبلور اصول کلی قانون اساسی، نقشی خلاق، توسعه‌ای و تکمیلی ایفا می‌کند؛ چه اینکه علاوه بر آنکه اصول خام قانون اساسی را در رأی صادره متبلور می‌سازد و توسعه می‌دهد و اصولی پنهان را کشف می‌کند، حتی در پاره‌ای موارد، با الهام از اصول حقوقی و ارائه استدلال‌های بدیع و با تفسیر موسع از هنجارهای قانون اساسی به خلق و ابداع اصولی دست می‌یازد که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهور یافته است. دیوان در حقوق اداری ایران در طول سالیان گذشته توانسته است این نقش را به‌خوبی ایفا نماید. یعنی از ظرفیت‌های «همگرا و به‌هم‌وابسته» قانون اساسی در بیان اصول بهره‌گیرد و بعضاً نیز اصول ابداعی خاصی را اعلام نماید.^۱ به‌عنوان نمونه، بر مبنای اصل استقرار و تثبیت نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی (اصل چهل و چهارم قانون اساسی) که دیوان همواره از آن در برابر تصمیمات مقامات اداری دفاع نموده است، در آرای ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰ مورخ ۱۳۸۲/۵/۵ برخی مصوبات هیئت وزیران را ابطال نمود. بدین صورت، به نظر می‌رسد که قاضی دیوان حق آفرینش هنجارهای نوین مربوط به قانون اساسی را برای خویش شناسایی نموده است (جلالی و سعیدی‌روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۰-۱۲۸). از سوی دیگر تفسیر قضایی قادر به ایفای نقشی اساسی در رفع سکوت قانون خواهد بود. درحقیقت چنانچه راه‌حل اتخاذشده از سوی قاضی صادرکننده رأی، شکل

۱. انتاج قواعد حقوقی جدید و به تعبیری نوسازی حقوق ازجمله آثار اساسی‌سازی حقوق است، به مفهومی که غالباً تغییر شکل حقوق با نوسازی آن نمود می‌یابد. در اینجا هدف این است که به اساسی‌سازی حقوق و آزادی‌ها که به آغوش گرایش‌های مختلف حقوق و هم‌زمان به تغییر شکل این گرایش‌ها منجر می‌گردند اشاره شود؛ امری که قانون اساسی را به تغییر محتوای حقوق سوق می‌دهد. این نوسازی مترادف است با آزادی‌گرایی؛ زیرا دگرگونی‌ها به‌عنوان پیشرفت‌هایی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می‌گردند.

روش مشترک میان سایر قضات را بیابد یا در قالب رأی وحدت رویه ارائه گردد، تحت عنوان رویه قضایی، مکمل قانون و موجد قاعده حقوقی خواهد بود (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۳۷).

اصول قانون اساسی در عملکرد دیوان، ضمن اصدار رأی، ماهیت قضایی و رویه‌ای یافته و در نهایت از ایده به هنجار و از قوه به فعل درمی‌آیند. قانون اساسی، زمانی صورت «هنجاری» می‌یابد، یعنی به‌عنوان «اساسی‌ترین و برترین قانون» شناخته می‌شود و در نتیجه، حقوق اساسی و برتر یک کشور را تشکیل می‌دهد که قضات صلاحیت رسیدگی به اعمال قوای تأسیس شده را داشته باشند. درحقیقت هنجاری‌بودن قانون اساسی در عمل توسط قضات معنا پیدا می‌کند و از طریق آرا و تصمیمات قضات است که می‌توان اطمینان یافت آیا قانون اساسی هنجاری است، یعنی حقوق برتر و اساسی است یا خیر؟ (نک: معتمدنژاد، ۱۳۷۸: ۹۹) پرداختن دیوان به اصول قانون اساسی، اصول کلی حقوقی، حقوق شهروندی و حقوق بشر ضمن رویه قضایی، نه تنها منجر به شناسایی این اصول می‌شود، بلکه محتوای «نرم قانون اساسی» (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۰۹) را با فشار بر روی آیین‌نامه‌سازی موجود، غنی، متحول و پویا می‌نماید. درحقیقت از آنجا که حقوق عمومی در کشورمان به‌عنوان شاخه‌ای جوان از حقوق رشد چندانی نداشته است، همچنین با عنایت به ویژگی‌های کلی نظام حقوق اساسی و خصوصاً سازوکارهای صیانت از قانون اساسی از سوی شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری به‌عنوان یگانه مرجع رویه‌ساز قضایی در عرصه حقوق عمومی، می‌تواند از طریق رویه‌سازی قضایی، نقش مهمی در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و به‌ویژه حقوق اساسی و حقوق اداری ایفا نماید. از سوی دیگر در مواردی که قاضی دیوان فقط به قانون عادی استناد کرده است، تفسیر قانون عادی در گستره قانون اساسی^۱، به‌ویژه در فرض عدم استناد به قانون اساسی، درعین حال می‌تواند راهی در جهت صیانت از قانون اساسی هموار سازد. بدین وجه می‌توان چنین نتیجه گرفت که صیانت از قانون اساسی در آرای دیوان لزوماً از طریق استناد مستقیم به اصول قانون اساسی یا تفسیر قانون اساسی در آرای دیوان محقق نمی‌گردد (جلالی و سعیدی‌روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۴-۱۳۱). قضات دیوان در فرایند انطباق و به‌تبع آن تفسیر همواره روح قانون اساسی و اصول آن را حاکم تلقی می‌کنند. به عبارت دیگر «روح این قانون و اهداف مترتب بر آن، همواره نصب‌العین مجریان در مقام اجرا و مفسران در زمان تفسیر می‌باشد» (محمودی،

۱. تفسیر مطابق با قانون اساسی یعنی تفسیری که قاعده حقوقی را با توقعات اساسی قابل جمع می‌کند (نک: فرومن،

۱۳۸۴: ۳۹۰)، حتی اگر مستقیماً به نص این قانون استناد نکنند. در این صورت است که می‌توان از صیانت ضمنی از قانون اساسی توسط این عملکرد سخن به میان آورد.

۲-۳. رویه‌سازی قضایی؛ سازوکاری برای رفع ابهام از قوانین عادی

در مواردی که قوانین عادی دچار ابهام هستند، تفاسیر مشابه قضات از قوانین در خلال رسیدگی به دعاوی، زمینه رفع ابهام از آن‌ها را فراهم می‌سازد. با این حال نمی‌تواند به‌خودی‌خود قاعده کلی برای سایر دادگاه‌ها و مراجع باشد و ایجاد الزام نماید؛ بلکه هرگاه چنین رأیی در موارد مشابه توسط دیگر مراجع تکرار شود و شکل روش مشترکی به خود گیرد، به همراه الزام معنوی ایجاد شده، نام رویه بر آن صدق می‌کند (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۲۷-۲۶). درحقیقت تفسیر قضات به‌دنبال تبعیت بدون اجبار و صرفاً به جهت اقتناع وجدان، از سوی سایر دادرسان، به‌تدریج می‌تواند به‌صورت روش و عادت مشترک در بین قضات محاکم ظاهر گردد. «آنگاه که تفسیر قضایی به‌صورت رویه قضایی درآید، اثر مذکور از محدوده فوق و آنچه «نسبی بودن اثر اعتبار امر مختومه» اطلاق شود، فراتر می‌رود و می‌تواند همانند تفسیر تقنینی به تعبیر عام یک قاعده مبادرت ورزد» (تیلا، ۱۳۸۳: ۵۸).

از سوی دیگر، تفاسیر متفاوت قضات از قوانین در خلال رسیدگی به دعاوی، با صدور رأی وحدت رویه قضایی توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، زمینه رفع ابهام از آن را فراهم می‌سازد. اشاره به چند مورد از آراء دیوان عدالت اداری درخصوص حقوق استخدامی که به‌دلیل ابهام و برداشت‌های مختلف از قوانین عادی و مقررات صورت گرفته بود، به‌خوبی گویای نقش دیوان عدالت اداری در قاعده‌گذاری در این خصوص است. در این زمینه و در جهت اثبات ادعای فوق به برخی از مسائل استخدامی کشور و حل آن توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از طریق رأی وحدت رویه قضایی اشاره می‌شود.

نخست. آنچه در ابتدای امر و با ملاحظه ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶) به ذهن متبادر می‌شود این است که حالات استخدامی صرفاً پیمانی و رسمی است. در این ماده آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دوروش ذیل انجام می‌پذیرد: الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی؛ ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین.» ملاحظه می‌شود که این ماده استخدام در دستگاه‌های اجرایی را محدود به دوروش پیمانی و رسمی کرده است. اما می‌دانیم که اشخاص تحت عناوین دیگر مثل شرکتی، قراردادی و... نیز در دستگاه‌های اجرایی مشغول به کار هستند. مانند به‌کارگیری افراد بر اساس ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری. در این ماده مقرر شده است: «به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده می‌شود از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات

غیر دولتی بر اساس فعالیت مشخص، حجم کار معین، قیمت هر واحد کار و قیمت کل به طور شفاف و مشخص بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین نمایند.» این نوع از به کارگیری نیرو در عرف به استخدام شرکتی معروف است؛ یعنی شرکت‌های تأمین نیروی انسانی واسطه بین دولت و نیروی کار قرار گرفته و نیازهای انسانی دستگاه‌های اجرایی را تأمین می‌نمایند. علاوه بر این، تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری احکامی در خصوص به کارگیری نیروی قراردادی یا قرارداد کار معین دارد. این تبصره مقرر نموده است که «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در شرایط خاص با تأیید سازمان تاده درصد پست‌های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب افرادی را به صورت ساعتی یا کار معین برای حداکثر یک سال به کار گیرند». بنابراین همان طور که ملاحظه می‌شود نیروی انسانی که در دستگاه‌های اجرایی مشغول به کار هستند تنها به مستخدمان رسمی و پیمانی محدود نمی‌شوند و اتفاقاً درصد قابل توجهی از نیروها نیز بر اساس ماده ۱۷ و همچنین تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری جذب می‌شوند. پراکندگی و ابهام مواد قانون مدیریت خدمات کشوری در خصوص جذب نیروی انسانی در عمل موجب شکایات استخدامی مختلفی شده بود که بر اساس برداشت مختلف قضات از مواد این قانون و قوانین دیگر، احکام متعارضی در این زمینه از شعب مختلف دیوان عدالت اداری صادر شده بود.

در پرونده‌هایی که در دیوان عدالت اداری مطرح شده بود، ملاحظه شد وظایفی که مربوط به پست سازمانی بود به کارکنان شرکتی واگذار شده بود و همان طور که ذکر شد بر اساس ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری واگذاری پست سازمانی صرفاً به کارمندان رسمی و پیمانی امکان پذیر است. اما در عمل کارکنان شرکتی متصدی پست‌های سازمانی شده بودند. این موضوع زمینه بروز اختلاف میان کارکنان و دستگاه‌های متبوعشان را به دلیل تبدیل وضعیتشان فراهم کرده بود. مسئله اساسی این بود افرادی که متصدی پست‌های سازمانی شده‌اند، اما در قالب شرکتی جذب شده‌اند، دارای حق مکتسبی جهت تبدیل وضعیت استخدامی‌شان هستند یا خیر؟ بعضی شعب رأی به ورود شکایت دادند و این گونه استدلال می‌نمودند که تبصره ماده ۳۲ بیان می‌دارد که به کارگیری این افراد حداکثر برای یک سال باید باشد، در حالی که بسیاری از این قراردادها حتی تا ۱۰ سال تمدید شده‌اند و این امر نشان‌دهنده نیاز دستگاه به این کارمند بوده و حق مکتسبی برای فرد ایجاد شده است و منجر به صدور رأی به نفع کارمند شد و در واقع مجوز تبدیل وضعیت کارمند را صادر کردند. اما برخی شعب دیگر استدلال مخالفی داشتند و حتی در صورت واگذاری پست‌های سازمانی به کارکنان شرکتی، حق مکتسبی برای آنان قائل نشدند و امکان تبدیل وضعیت استخدامی

آنان را نپذیرفتند. در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اقدام به صدور رأی وحدت رویه^۱ به شرح ذیل کرد: «با توجه به اینکه اولاً به کارگیری افراد به صورت قراردادی از سوی دستگاه‌های اجرایی مطابق تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری با رعایت شرایطی از جمله تأیید سازمان (سازمان اداری و استخدامی کشور) حداکثر تا ۱۰ درصد پست‌های سازمانی، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب مجاز شناخته شده است. ثانیاً حکم مقرر در ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مبین واگذاری و برون‌سپاری کارهای حجمی دستگاه‌های اجرایی است و افرادی که در اجرای حکم این ماده به‌عنوان نیروی شرکت‌های طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی به ارائه خدمت در دستگاه‌های اجرایی می‌پردازند، مطابق ماده ۱۸ قانون مذکور کارکنان تحت پوشش کارفرمای غیردولتی قرار می‌گیرند و دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه تعهد یا مسئولیتی در قبال این کارکنان ندارند و ماده ۴۷ قانون مذکور نیز تصریح دارد به اینکه «به کارگیری کارمندان شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی برای انجام تمام یا بخشی از وظایف و اختیارات پست‌های سازمانی دستگاه‌های اجرایی تحت هر عنوان ممنوع می‌باشد و استفاده از خدمات کارمندان این‌گونه شرکت‌ها و مؤسسات صرفاً بر اساس ماده ۱۷ این قانون امکان‌پذیر است.» صرف نیاز دستگاه اجرایی یا به کارگیری نیروهای شرکتی در مشاغل اداری و پست‌های سازمانی در دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه حق مکتسب یا مجوزی برای تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی به قراردادی در دستگاه اجرایی به وجود نمی‌آورد و انعقاد قرارداد کار معین با اشخاص در دستگاه‌های اجرایی مستلزم رعایت قیود تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌باشد...».

ملاحظه می‌شود که در جهت رفع ابهام از قوانین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری روشن می‌نماید تمام افرادی که به‌نحوی در بدنه دولت مشغول به کار هستند مستخدم دولت نیستند. صرفاً کسانی که طبق ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری جذب می‌شوند، دارای رابطه استخدامی با دولت هستند و باید میان «استخدام» و «به کارگیری نیرو» قائل به تفکیک شد و بدین ترتیب ایجاد حق مکتسب برای کارکنان شرکتی به جهت تبدیل وضعیت استخدامی‌شان را نپذیرفت.

دوم. به موجب بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه (مصوب ۱۳۹۵)، ماده (۲۱) قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران اصلاح شد. بر اساس ماده (۲۱)، «کلیه دستگاه‌های موضوع ماده (۲) این قانون مکلفند حداقل بیست و پنج درصد (۲۵٪) از نیازهای استخدامی و تأمین نیروهای مورد نیاز خود را که وفق ضوابط و مجوزهای مربوط و جایگزینی نیروهای خروجی خود أخذ

۱. رأی شماره‌های ۲۱۶۴ و ۲۱۶۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ دادنامه: ۱۳۹۷/۱۲/۲۱.

می نمایند به خانواده های شاهد، جانبازان و آزادگان، همسر و فرزندان شهدا و جانبازان بیست و پنج درصد (۲۵٪) و بالاتر، فرزندان و همسران آزادگان یکسال و بالای یکسال اسارت، اسرا و خواهر و برادر شاهد اختصاص دهند و پنج درصد (۵٪) سهمیه استخدامی را نیز به رزمندگان با سابقه حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه ها و همسر و فرزندان آنان و فرزندان جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) و آزادگان کمتر از یکسال اسارت اختصاص دهند. در بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم آمده است: «ماده (۲۱) قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران به شرح زیر اصلاح می شود. عبارت «اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی، شرکتی» بعد از عبارت «تأمین نیروهای مورد نیاز خود را» اضافه می شود. و در تبصره (۱) همین ماده مقرر گردید: «وضعیت استخدامی مشمولان این ماده حداکثر پس از سه ماه رسمی قطعی می گردد.» این بند زمینه ابهامات و تفاسیر مختلف از آن را فراهم کرد. برخی ایثارگران با استناد به تبصره این بند خواستار تبدیل وضعیت خود از قراردادی به رسمی شده بودند و دعاوی مختلفی در این زمینه در دیوان عدالت اداری مطرح شد. در این زمینه، برخی شعب دیوان با این استدلال که بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه مشروط به تأمین نیرو از محل مجوزهای مربوط و نیز سهمیه های استخدامی و پست های بدون تصدی متعاقب معرفی از بنیاد شهید است و حکم بند مذکور صرفاً ناظر به استخدام ابتدایی ایثارگران با رعایت شرایط قانونی بوده و تبدیل وضعیت استخدامی از آن استنباط نمی گردد، حکم به رد شکایت صادر نموده بودند، اما برخی شعب دیوان به استناد تبصره (۱) بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه مبنی بر تبدیل وضعیت استخدامی مشمولین ماده (۲۱) قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران حکم به ورود شکایت و الزام به تبدیل وضعیت از قراردادی به رسمی قطعی صادر کرده بودند، لذا با توجه به استنباط های مختلف شعب دیوان در این خصوص، موضوع از مصادیق تعارض آراء بود و وفق ماده (۸۹) قانون دیوان در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طرح شد. دیوان این گونه رأی صادر نمود: «اولاً با توجه به اینکه بند «ذ» ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ عبارت «اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی، شرکتی» را بعد از عبارت «تأمین نیروهای مورد نیاز خود را» به ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ اضافه کرده است، لذا تفسیر و اجرای آن باید با توجه به قیود و شرایط ماده مذکور صورت پذیرد. مخاطب ماده ۲۱ به موجب صدر این ماده کلیه دستگاه های موضوع ماده ۲ قانون مذکور اعم از دستگاه های اجرایی دولتی و عمومی و... شرکت ها و مراکز تولیدی و توزیعی و خدماتی تحت پوشش قانون کار هستند. به موجب این ماده در اعمال سهمیه اختصاصی ایثارگران لازم است «وفق ضوابط و مجوزهای مربوط» اقدام شود.

ماده مذکور هم دربرگیرنده «استخدام» و هم دربرگیرنده «به‌کارگیری نیرو» در دستگاه‌ها و شرکت‌های مشمول می‌باشد. بر اساس ضوابط و مقررات استخدامی (از جمله مواد ۳۲ و تبصره‌های آن ۴۷، ۵۲، ۹۵ و ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری) به‌کارگیری نیرو مفهومی عام داشته و شامل کلیه مواردی می‌شود که دستگاه فردی را مستقیماً جهت انجام وظایف و مأموریت‌های خود به خدمت گرفته باشد. لیکن استخدام به‌موجب مواد ۴۵ و ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری صرفاً شامل به‌کارگیری نیرو به‌صورت پیمانی و رسمی اعم از آزمایشی و قطعی می‌باشد و لذا به خدمت گرفتن افراد به‌صورت قراردادی هر چند به‌کارگیری محسوب می‌شود، لیکن برای فرد وضعیت استخدامی ایجاد نمی‌کند...» همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این رأی ضمن تفکیک میان استخدام و به‌کارگیری نیرو، به‌خدمت گرفتن افراد به‌صورت قراردادی را نوعی از به‌کارگیری تلقی می‌کند و امکان تبدیل وضعیت این نیروها به رسمی قطعی را بر اساس قوانین فوق‌الذکر امکان‌پذیر نمی‌داند و به ابهام قوانین در این زمینه پایان می‌دهد.

در کنار آراء وحدت رویه‌ای که ذکر شد، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از طریق رسیدگی به مقررات دولتی و احراز مغایرت یا عدم مغایرت آن‌ها با شرع، قانون اساسی و قوانین عادی نیز می‌تواند اقدام به ایجاد رویه نماید که به برخی از مصادیق آن اشاره می‌شود.

نخست. شکایتی کارمندان دانشگاه پیام‌نور نسبت به بخشنامه‌های دانشگاه پیام نور تهران^۱ مطرح کرده و مدعی بودند که بخشنامه‌های صادرشده برخلاف قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی از جمله قانون اصلاح ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه و اصلاح ماده (۶۹) قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۲ است. در واقع این کارمندان مدعی بودند که دانشگاه پیام‌نور مکلف است از قوانین و مقررات عمومی استخدام که بر دستگاه‌های دولتی حاکم است تبعیت کند، در حالی که بخشنامه‌های صادرشده از این دانشگاه خلاف این قوانین و مقررات عمومی است، بنابراین ابهام درخصوص شمول قوانین و مقررات استخدامی بر دانشگاه

۱. بخشنامه شماره ۱۳۹۵/۱۱/۲-۶/۷۳/۲۴۲۶۶۶-۱۳۹۵ و بخشنامه شماره ۱۳۹۵/۱۱/۴-د/۴۶/۶۶۱۸۸-۱۳۹۵ دانشگاه پیام نور تهران.

۲. قانون اصلاح ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اصلاح ماده (۶۹) قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۸۴): بند (ب) ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و همچنین آزمون ادواری برای استخدام نیروی انسانی در دستگاه‌های دولتی و نهادهای عمومی حذف می‌گردد.

پیام‌نور بود. در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری^۱، دانشگاه‌ها را ملزم به رعایت قوانین و مقررات عمومی استخدام کشور ندانست. در این رأی این‌گونه استدلال شده است: «به‌موجب بند ب مادهٔ ۲۰ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹ مقرر شده است، دانشگاه‌ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و فرهنگستان‌هایی که دارای مجوز از شورای گسترش آموزش عالی وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط می‌باشند، بدون الزام به رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی به‌ویژه قانون محاسبات عمومی، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آن‌ها و فقط در چهارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی، معاملاتی و اداری استخدامی، تشکیلاتی مصوب هیئت امنای که حسب مورد به تأیید وزرای علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌رسد عمل می‌نمایند. با توجه به حکم قانونی مذکور و اینکه دانشگاه‌ها تابع مصوبات هیئت امنای هستند و الزامی به رعایت قوانین عمومی ندارند و از طرفی در مادهٔ ۹ آیین‌نامهٔ استخدامی اعضای غیر هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، امکان تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی به استخدام پیمانی با حصول شرایطی مجاز دانسته شده است و با عنایت به اینکه مادهٔ ۳۰ بخشنامهٔ شماره ۲۰۰/۹۳/۹۷۵۷-۲۰۰۹ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور به‌موجب رأی شماره ۶۵۶ الی ۶۵۹ - ۱۳۹۶/۸۸۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با لحاظ مادهٔ ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از تاریخ تصویب بخشنامه باطل نشده است، در نتیجه بخشنامه‌های مورد اعتراض با قانون مغایرت ندارد و قابل ابطال تشخیص نشد.» بنابراین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، با صدور رأی وحدت رویه، دانشگاه پیام نور را مکلف به تبعیت از قوانین و مقررات عمومی استخدام مربوط به دستگاه‌های دولتی نمی‌داند و تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی این دانشگاه به استخدام پیمانی را با رعایت شرایطی امکان‌پذیر می‌داند.

دوم. در سال ۱۳۹۳ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور، به استناد مادهٔ (۴۴) و بند (۳) قسمت «ب» مادهٔ (۱۱۶) قانون مدیریت خدمات کشوری، دستورالعمل جدید نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه‌های اجرایی را ابلاغ کرد. بر این اساس از تاریخ ابلاغ این بخشنامه، بخشنامهٔ شماره ۸۴۵۹۷/۲۰۰ - ۱۳۸۸/۹/۸ لغو و جذب و

۱. شماره دادنامه: ۱۰۶۰ الی ۱۰۸۰، تاریخ دادنامه: ۱۳۹۶/۱۰/۲۶.

استخدام افراد به صورت رسمی و پیمانی از محل مجوزهای استخدامی، صرفاً بر اساس این دستورالعمل، صورت می‌پذیرفت. ضمناً در خصوص آگهی‌های استخدامی صادره قبلی، دستگاه‌های اجرایی بر اساس دستورالعمل منضم به بخشنامه فوق‌الذکر باید اقدام می‌کردند. در ماده ۳۰ دستورالعمل نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه‌های اجرایی آمده بود: «استخدام پیمانی کارکنان قراردادی دارای شماره شناسه شاغل در دستگاه‌های اجرایی که در آزمون‌های استخدام ادواری سال‌های ۱۳۸۱، ۱۳۸۳، ۱۳۸۴ موضوع بند (۷) تصویب‌نامه شماره ۲۵۲۹۶/ت ۲۵۰۸۶ - ۲۵۰۸۶/۵/۱۳۸۰ هیئت وزیران شرکت نموده و دارای کارنامه مجاز می‌باشند، از محل مجوزهای استخدامی مأخوذه توسط دستگاه اجرایی و در صورت وجود پست سازمانی بلا تصدی متناسب با رشته تحصیلی آنان، اعتبارات مصوب و داشتن شرایط عمومی استخدام، امکان‌پذیر می‌باشد.»

این بخشنامه توسط عده‌ای از کارکنان شرکت برق منطقه‌ای آذربایجان مورد اعتراض قرار گرفت و تقاضای ابطال ماده ۳۰ آن با استناد به ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه کشور که مقرر می‌داشت بعد از ابلاغ قانون مدیریت خدمات کشوری هرگونه استخدام فقط از طریق آزمون امکان‌پذیر است و کارنامه آزمون ادواری صرفاً جهت مجاز شدن می‌باشد، نه قبولی قطعی در آزمون، به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری داده شد.

در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به این شرح به صدور رأی^۱ مبادرت کرد: «با توجه به اینکه در ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی به پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌شود و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی موکول شده است و در ماده ۵۷ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹، جذب نیروی انسانی به صورت رسمی یا پیمانی به آزمون عمومی موکول شده است و در قانون اصلاح ماده ۱۴۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اصلاح ماده ۶۹ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۴ بند ب ماده ۱۴۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و همچنین آزمون ادواری برای استخدام نیروی انسانی در دستگاه‌های دولتی و نهادهای عمومی حذف شده است، بنابراین ترتیب اثر دادن به نتیجه آزمون ادواری بعد از مقررات مذکور، مبتنی بر قانون نیست و با قوانین فوق‌الذکر مغایرت دارد.

۱. شماره دادنامه ۶۵۶ الی ۶۵۹، مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۸.

از این جهت ماده ۳۰ دستورالعمل نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه‌های اجرایی به علت مغایرت با قوانین مذکور مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.» بدین ترتیب، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ماده ۳۰ دستورالعمل را به علت مغایرت با قوانین ابطال می‌نماید.

نتیجه

۱. در کشورهای خانواده رومی ژرمن، قانون نوشته جایگاهی برتر و بی‌منزاع داشته است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز به تبع پیروی از این نظام حقوقی قانون نوشته در نظام دادرسی مدنی و کیفری همچنان نقش بی‌بدیل خود را در میان منابع علم حقوق ایفا می‌نماید. اما در حوزه حقوق اداری و استخدامی هرچند به‌طور ناخواسته شاهد تحولاتی هستیم که دامنه آن نیز رو به گسترش است. ریشه تحولات نشئت گرفته از حقوق اداری نوپا و مضافاً مغفول کشور است. نظام حقوقی در موضوعات حقوق اداری با حجم سرسام‌آور قوانین پراکنده و متغیر روبه‌رو بوده، طوری که کمتر حقوق‌دانی می‌تواند به‌طور کامل بر تمام این قوانین مسلط شود، اما با وجود این باز هم این قوانین حلال مسائل نبوده‌اند و بعضاً دست مجریان قانون و قضات را در مقام رسیدگی به مسائل و دعاوی خالی گذاشته‌اند و نتیجه آن صدور آراء متعارض در موضوعات واحد شده است. دلایل سردرگمی‌ها معمولاً ناشی از تصویب مقرراتی در قوانین غیرمرتبط، حکم به عدم اجرا یا لغو حکم قانونی به وسیله مفادی از قوانین غیرمرتبط، نسخ و بی‌اعتباری قوانین و مخصوصاً نسخ ضمنی و با وجود رویه‌های مختلف در این زمینه و استثنای اکثر زدن بر برخی قوانین است.

۲. سکوت، پراکندگی، ابهام و اجمال شدید قوانین اداری و به‌طور خاص قوانین و مقررات مربوط به حقوق استخدامی منجر به طرح پرونده‌های بسیار زیادی در دیوان عدالت اداری شده است که مرور حتی برخی از آن‌ها نشان می‌دهد به دلیل تورم قوانین و ابهامات موجود در آن‌ها برداشت‌های مختلفی توسط اشخاص و دستگاه‌هایی اجرایی از این قوانین صورت گرفته است و حتی موجبات برداشت‌های مختلف قضات دیوان عدالت اداری در شعب و در مقام رسیدگی به این دعاوی شده است. حجم فراوان آراء وحدت رویه صادره در این زمینه حکایت از این موضوع دارد.

۳. بر اثر نبودن حقوق عمومی در ایران و خلأ قانون‌گذاری در بسیاری از حوزه‌های اداری، نظام دادرسی اداری از پیش‌فرض‌های رایج استقرار نظام حقوق نوشته در ایران فاصله گرفته و نقش قاعده‌گذاری قضایی در آن به شدت تقویت شده است؛ بدین ترتیب که قضات دیوان عدالت اداری در جایگاه دادرسی اداری در جهت تکلیف دادرسی خود و حل و فصل دعاوی این توانایی را پیدا کرده‌اند تا در جایگاه قاضی شعبه و نیز عضو هیئت‌های تخصصی و هیئت عمومی به رفع این

ناکارآمدی پیردازند. این کوشش به صورت ضمنی و تدریجی موجب نقش قاعده‌گذار قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای دیوان عدالت اداری شده است.

۴. تأسیس و توسعه جایگاه دیوان عدالت اداری زمینه را برای ایجاد توازن میان دو منبع قاعده‌گذاری قضایی و قانون‌گذاری در نظام دادرسی اداری ایران ایجاد نموده؛ طوری که اکنون از دیوان عدالت اداری تنها انتظار نمی‌رود که به اجرای قانون بسنده کند؛ بلکه به آن قدرت ایجاد قاعده حقوقی نیز اعطا شده است. البته این قدرت بیشتر در نقش مکمل قوانین موضوعه ظاهر می‌شود، اما گاه نقش جایگزین آن‌ها را نیز بازی می‌کند؛ زیرا دیوان عدالت اداری در چهارچوب نظام نظارت قضایی بر اقدامات قوه مجریه نظارت کرده و حتی با سیاست‌های قوه مجریه مخالفت می‌کند. به هر روی دیوان نقش مهمی در تعیین مسیر توسعه حقوقی و استقرار حاکمیت قانون در ایران بازی می‌کند؛ هر چند که همچنان نخستین منبع حقوق، قانون است.

منابع

فارسی

- ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۱)، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب.
- امامی، محمد و کوروش استوارسنگری (۱۳۸۸)، حقوق اداری، ج ۱، تهران: میزان.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۵)، دیو در شیشه، تهران: حق‌گزاران.
- داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سید حسین صفایی، تهران: میزان.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- زوایگرت، کنارد و هاین کوتس (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق تطبیقی، ترجمه الیاس نوعی و محمد نوعی، تهران: مجد.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (بی‌تا)، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- موتسکیو، شارل لوئی دو سکوندن (۱۳۷۰)، روح القوانین: به انضمام درآمدی بر روح القوانین، ج ۱، ترجمه علی‌اکبر مهندی، تهران: امیرکبیر.
- مقاله
- انصاری، باقر (۱۳۸۶)، «تنقیح قوانین و مقررات: تدبیری برای مبارزه با ابهام حقوقی»، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۱.
- تیلا، پروانه (۱۳۸۳)، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۵.
- جلالی، محمد و حمیده سعیدی روشن (۱۳۹۵)، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۴.
- سالمون، ژان (۱۳۸۲)، «استدلال از طریق قیاس در حقوق بین‌الملل عمومی»، ترجمه سیدعلی هنجنی و رحیم نوبهار، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.
- سودمندی، عبدالمجید (۱۳۹۸)، «واکاوی مصادیق مستدل و مستند نبودن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
- شیخ‌الحکمایی، عمادالدین (۱۳۸۰)، «کاتبان و قاضیان اسناد بقیه شیخ صفی‌الدین اردبیلی»، نامهٔ بهارستان، شماره ۴.
- فاطمی، ثریا (۱۳۹۱)، جایگاه و نقش رویهٔ قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران.
- فرومن، میشل (۱۳۸۷)، «دیوان قانون اساسی فدرال آلمان»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، شماره ۹.
- محمودی، جواد (۱۳۸۴)، «تأملی در نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، حقوق اساسی، ش ۵.

- مرکز مال‌میری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (۱۳۹۴)، «قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۴.
- معتمدنژاد، رؤیا (۱۳۷۸)، «کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادی‌های فردی»، پژوهش حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۷)، «جایگاه رویه قضایی و قانون به منبع حقوق در دکترین حقوقی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۸.
- هامون، فرانسیس و سلین واینر (۱۳۸۳)، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲.