

درآمدی بر نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری

مهدی هداوند^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۲۳

چکیده

منشا قصد و اراده اداره عمومی، صلاحیت و اختیاری است که قانون به اداره داده است؛ بنابراین انطباق اراده اداره عمومی با قانون، شرط ایجاد آثار حقوقی توسط عمل اداری است. با این حال، ممکن است وضعیت‌هایی پیش بیاید که عمل اداری تشکیل شود، اما برخی از شرایط قانونی را نداشته باشد و به اصطلاح عمل اداری، معیوب باشد؛ که در این صورت چگونگی برخورد نظام حقوقی با چنین وضعیتی مستلزم نظریه‌پردازی است. این پژوهش با اشاره‌ای کوتاه به مفهوم و ماهیت عمل اداری، از بحث در باب ضرورت تفکیک میان «شرایط تشکیل عمل اداری»، از «شرایط صحت عمل اداری»، آغاز می‌شود و براساس آن از یک سو «جهت بطلان» را از «جهت ابطال» تفکیک می‌کند و از سوی دیگر، عمل اداری را به سه نوع «عمل اداری صحیح»، «عمل اداری معیوب» و «عمل اداری باطل» تقسیم کرده است و سپس با تمرکز بر عمل اداری معیوب و حالت‌های مختلفی که ممکن است با آن مواجه شود، اعم از ابطال، لغو، استرداد و ترمیم، به موضوع «ترمیم‌پذیری عمل اداری معیوب»، و همچنین ماهیت و شرایط آن می‌پردازد.

واژگان کلیدی: ترمیم‌پذیری عمل اداری، تشکیل عمل اداری، شرایط صحت عمل اداری، جهت بطلان، جهت ابطال.

۱. مقدمه

تعریف عمل اداری

در موسع‌ترین مفهوم از عمل اداری: «عمل اداری، عمل اداره عمومی برای ایجاد آثار حقوقی است»^۱؛ براساس این تعریف، عمل اداری، دارای این ویژگی‌ها و اوصاف حقوقی است: ۱- عمل حقوقی است، یعنی عمل مادی و واقعه حقوقی نیست، ۲- عمل اداری است، بنابراین عمل تقنینی و عمل قضایی نیست ولی ممکن است عمل سیاسی یا غیر سیاسی باشد، ۳- توسط اداره عمومی، یعنی واحدها و مأمورینی که تصدی اداره کردن امور عمومی را بر عهده دارند، انجام می‌شود و ۴- قصد اداره عمومی از انجام آن ایجاد آثار حقوقی است.

در مورد ویژگی آخر شایان ذکر است که اثر حقوقی که اداره عمومی با عمل اداری، ایجاد می‌کند می‌تواند شامل ایجاد، تغییر یا پایان دادن به آثار حقوقی باشد، به عبارت دیگر پایان دادن به آثار حقوقی نیز خود اثر حقوقی جدیدی بر جای می‌گذارد که ماهیت آن زوال آثار حقوقی است. به تعبیر دیگر هر عمل اداری می‌تواند به معنی ایجاد آثار حقوقی جدید یا تغییر آثار حقوقی موجود و یا خاتمه دادن به آثار حقوقی موجود باشد. به عنوان مثال صدور پروانه ساختمانی، تغییر و اصلاح مفاد و شرایط پروانه ساختمانی و یا لغو پروانه ساختمانی هر کدام اعمال اداری هستند که آثار حقوقی جدیدی را ایجاد یا آثار حقوقی موجود را تغییر و یا به آثار حقوقی موجود خاتمه می‌دهند. بنابراین عمل اداری به معنی بیان قصد و اراده انشائی اداره عمومی برای ایجاد یک اثر حقوقی است، اعم از این که آن اثر حقوقی ایجاد اثر حقوقی جدید، تغییر آثار حقوقی موجود و یا پایان دادن به اثر حقوقی فعلی باشد.

نکته مهم در ایجاد اثر حقوقی توسط عمل اداری این است که به صرف قصد و یا بیان اراده انشائی اداره عمومی، عمل اداری ایجاد نمی‌شود، بلکه اصولاً در صورت داشتن صلاحیت قانونی، انطباق اراده انشائی اداره و عدم مغایرت آن با قوانین و مقررات و رعایت سایر شرایط و ارکان عمل اداری، آثار حقوقی مورد نظر اداره ایجاد و برقرار می‌شود. منشاء قصد و اراده اداره عمومی، صلاحیت و اختیاری است که قانون به اداره داده است؛ بنابراین صلاحیت اداره عمومی، عاریتی، تفویضی، غیراصیل، فرعی، ثانوی، استثنائی و خلاف اصل است. به همین

۱. برای دیدن تعاریف مختلف از عمل اداری نگاه کنید به: هداوند، مهدی، (۱۳۹۳)، «حقوق اداری تطبیقی»، جلد اول، انتشارات سمت، صفحات ۳۳۸، ۳۳۹، ۳۴۰، ۳۴۱، ۳۴۸، همچنین: عصام نعمه اسماعیل «الطبیعه القانونیه للقرار الاداری»، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۹، صفحه ۵ و محمد احمد ابراهیم المسلمانی، «ماهیه القرارات الاداریه، دراسه مقارنه بین النظام الفرنسی و المصری و الفقه الاسلامی» دارالجامعه الجدیده، ۲۰۱۵، ص ۱۳ و به علاوه: طباطبائی مومنی، منوچهر، (۱۳۹۳)، «حقوق اداری»، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، صفحات ۳۰۱ تا ۳۰۳.

جهت در قراردادهای اصل حاکمیت اراده جاری است، اما در حقوق اداری، اصل حاکمیت قانون جاری است و لذا اراده اداره عمومی مستقل از اراده قانون ارزش و اعتباری نداشته و نمی‌تواند آثار حقوقی ایجاد کند. بنابراین انطباق اراده اداره عمومی با قانون، شرط ایجاد آثار حقوقی توسط عمل اداری است. با این حال، ممکن است وضعیت‌هایی پیش بیاید که عمل اداری تشکیل شود، اما برخی از شرایط قانونی را نداشته باشد و به اصطلاح عمل اداری، معیوب باشد؛ که در این صورت چگونگی برخورد نظام حقوقی با چنین وضعیتی مستلزم نظریه پردازی است.

۲. سابقه و مبانی نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری

نظریه ترمیم‌پذیری اعمال حقوقی تا حدی، در حقوق خصوصی و البته تحت عناوین دیگری همچون تنفیذ، دارای سابقه است و در حقوق قراردادهای، گاهی از آن تحت عنوان «نظریه اداره کردن قرارداد» نام برده شده است. علیرغم قدمت این نظریه در حقوق خصوصی، به نظر می‌رسد که نظریه منسجمی در این خصوص شکل نگرفته و اختلاف برداشت‌ها در میان حقوقدانان خصوصی زیاد است^۱ و اداره کردن قرارداد با رویکردها و تلقی‌های گاه مختلفی تعریف شده است. بر اساس یکی از این تلقی‌ها «مقصود از اداره عقد، این است که عقدی در شرایطی بسته شود که با موازین مورد قبول قانونگذار وفق نمی‌دهد، اما قانونگذاران کمر نبسته‌اند تا هر عقدی از این دست را باطل بشمرند، زیرا اگر چنین کنند بسیاری از عقود باطل خواهد بود...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۹۴-۹۱). اداره قرارداد از این دیدگاه: «در مواردی صورت می‌گیرد که عقد به سببی از اسباب که ریشه در فقدان برخی موازین مورد قبول قانونگذار دارد، مخدوش باشد، یعنی استدلال بر مبنای آن موازین اصولاً بتواند منتج به بطلان آن عقد شود... موازین مورد قبول قانونگذار همان عناصر عمومی عقود یا قواعد عمومی تشکیل قراردادهاست» (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۸). بر مبنای این نظریه: «در مواردی که اجرای قواعد و موازین حقوقی موجود منجر به مخدوش شدن اعتبار عقود از جهت صحت و بطلان می‌شود، چنین قراردادهایی را تحت شرایطی صحیح اعلام می‌کنند و یا ... چنین عقود را باطل اعلام نمی‌کنند. در حقوق ایران عدم نفوذ، معمول‌ترین حکمی است که بر این عقود بار می‌شود... در این جاست که قانونگذار با توجه به مصالحی که مدنظر دارد، اقدام به اداره قرارداد می‌کند یعنی از طریق اعتبار حکمی (مانند عدم

۱. برای ملاحظه یکی از مباحث از این نوع در حقوق قراردادهای، رجوع کنید به: طالب احمدی، حبیب، (۱۳۸۴)، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴، صفحات ۱۴۷ و ۱۴۸ و همچنین پیرعطایی، علی، (۱۳۸۸)، نظریه اداره قرارداد، تهران: نشر ققنوس، صفحات ۱۵-۱۸.

نفوذ) که بر خلاف روند طبیعی استدلالی مذکور است این عقود را حفظ نموده و از دچار شدن به سرنوشت بطلان می‌رهاند» (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۸).

برای توجیه چنین حکمی گفته شده است: «معنی استخراج حکم عقد فضولی به شرح نظریه اداره عقد این است که عقد فضولی هر چند فاقد تراضی معتبر در عناصر عمومی عقد است (زیرا تراضی معتبر بین دو مالک دو مال صورت می‌بندد) ولی نظر به مصالح معاملات مردمان شارع آثار عقد واقعی را بر عقد فضولی مترتب کرده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۷۲). بنابر این در حقوق قراردادهای، اداره قرارداد عبارت است از اخذ راهکاری جهت نیل به مصلحت قراردادهای در معاملات میان مردم در مواردی که استدلال بر حسب قواعد عمومی حاکم بر عقود، منتج به حکم بطلان قرارداد می‌شود که ناقض مصلحت مذکور است (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۲۰).

از آنجایی که قرارداد یکی از مهم‌ترین ابزارهای انتقال مالکیت، جریان یافتن سرمایه و تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی است، بنابراین حمایت از آن نقش مهمی در پویایی اقتصادی، کاهش ریسک معاملات، تسهیل و توسعه تجارت، رونق کسب و کار و حفظ اعتماد عمومی به اعتبار و صحت مبادلات دارد و همین جهت نظام‌های حقوقی درصدد حفظ و صحت آن برآمده‌اند و در صورتی که قراردادی علیرغم مخدوش بودن، همچنان استعداد حیات و بقا را دارد، مقنن و به تبع آن قاضی اجازه نمی‌دهند تا منطق خشک مبتنی بر صرف قواعد عمومی حاکم بر صحت معاملات منجر به بطلان چنین قراردادی شود (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۲۳).

در واقع «قانونگذار می‌گوید ما این عمل را که صورت عقد دارد به اراده خود بر پا نگه داشتیم تا پس از رفع اکراه، تکلیف آن روشن گردد، و من نظر به بطلان این عمل، پیش از رفع اکراه، نمی‌دهم زیرا صلاح جامعه را چنین تشخیص می‌دهم، چه ممکن است متعاقبین در اثر وقوع عقد قبل از اکراه، بر اساس آن عقد، اعمال دیگری انجام دهند و اکراه کننده ممکن است مال را به ثالثی که از این جریان بی‌اطلاع بوده است منتقل کند...» (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۲۸). گاهی اوقات حتی عقد مبتنی بر تراضی کامل و قصد مشترک طرفین منعقد شده است اما ممکن است صحت عقد یا شروط ضمن آن با یک، دو یا سه قاعده از قواعد عمومی عقد در تعارض باشد به گونه‌ای که اجرای هر یک آن قواعد می‌تواند به باطل دانستن عقد، شرط و یا هر دوی آن‌ها منجر شود و این در حالی است که عقد مذکور با تراضی کامل منعقد شده و طرفین تمایل به حفظ عقد و شرط دارند. در این فرض باطل دانستن عقد یا شرط مخالف مصالح طرفین و بر خلاف تمایل آنهاست و تصمیم مقنن یا استدلال دادرس مبنی بر بطلان عقد با چنین مصلحتی در تقابل است (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۲۹-۲۸).

منظور از مصلحت در اینجا که می‌تواند یک مصلحت عمومی (از قبیل رونق مبادلات تجاری، پویایی و کارآیی نظام اقتصادی و یا حفظ اعتماد عمومی) یا مصالح فردی طرفین قرارداد (از قبیل تمایل به حفظ و بقای آثار ناشی از عقد و مالکیت‌های حاصل از قرارداد) اعم از این که مصلحت یک طرف عقد یا هر دو طرف عقد باشد، مصلحتی است که مقنن یا به تبع مقنن دادرس با توسل به آن می‌تواند از اعمال سخت‌گیرانه و غیرمنعطف برخی از قواعد عمومی عقود فاصله بگیرد و فرصت ترمیم و مداوای عقدی را فراهم نماید که از برخی کاستی‌ها رنج می‌برد ولی ارزش حفظ کردن را دارد و بدین وسیله از بطلان آن جلوگیری کند. در حقوق قراردادهای البته بر سر اینکه فاعل اداره عقد فقط قانونگذار است و یا اینکه قاضی هم چنین جایگاهی دارد، اختلاف نظر وجود دارد و پذیرش هر کدام آگاهانه یا ناخودآگاه، متأثر از یک یا برخی از مکاتب مختلف حقوقی است (پیرعطایی، ۱۳۸۸: ۳۳-۲۹).

در حقوق اداری نیز عمل اداری ممکن است با وضعیت مشابهی روبرو شود. این احتمال وجود دارد که عمل اداری به دلیل تقابل با برخی از قواعد حقوقی حاکم بر عمل اداری، مستعد بطلان (قابل ابطال) باشد. به این وضعیت می‌توان بطلان نسبی عمل اداری گفت. عمل اداری قابل ابطال به همان اندازه که ممکن است ابطال شود، گاهی به همان اندازه هم عمل اداری معیوبی است که قابل ترمیم است و غیرقانونی بودن آن را تحت شرایطی می‌توان مداوا کرد. عمل اداری قابل ابطال را می‌توان «عمل اداری» فرض کرد که تشکیل شده اما ماهیتاً از عیوبی رنج می‌برد و به همین جهت شاید بتوان آن را عمل اداری معیوب نامید که قابل ترمیم است و غیرقانونی بودن آن را می‌توان مداوا کرد. با این حال بایستی این نکته مهم را مورد تأکید قرارداد که عمل اداری باطل که حکم آن بطلان مطلق است (نه بطلان نسبی) و طبعاً صحیح محسوب نمی‌شود، قابل ترمیم نیست (همانگونه که قابل ابطال نیز نمی‌باشد چون از اساس باطل است و باطل را نمی‌توان ابطال کرد).^۱

بنابراین یکی از مهم‌ترین مسائلی که باید مورد پژوهش و بررسی قرار گیرد، برقراری ضابطه‌ها و معیارهایی است که بتوان میان عمل اداری قابل ابطال (معیوب/ قابل ترمیم/ واجد بطلان نسبی) و عمل اداری باطل (غیر قابل ترمیم/ غیر قابل ابطال/ واجد بطلان مطلق) تمایز قائل شد. سپس بایستی ضابطه‌ها و معیارهایی را نیز پیشنهاد داد که براساس آن مشخص کرد کدام یک از اعمال اداری معیوب، زمینه‌ها، استعداد و امکان ترمیم‌شدن را دارند تا از ورطه بطلان

۱. در این خصوص برای دیدن یک بحث مقدماتی رجوع شود به:

بگریزند و کدامیک آنچنان معیوب و ناقص هستند که سرنوشتی جز بطلان ندارند و در واقع چه نواقصی قابل ترمیم هستند؟ همچنین باید به این سؤال پاسخ دهیم که چه مصالحی این اجازه را به مقنن یا دادرس یا مجری می‌دهد که علیرغم تقابل عمل اداری با برخی قواعد حقوقی، از بطلان آن صرف نظر شود و آیا همین مصالح نیستند که ضابطه‌هایی مهم برای تشخیص اعمال اداری معیوب قابل ترمیم از اعمال اداری معیوب غیر قابل ترمیم به دست می‌دهند؟ در نهایت باید به این سؤال پاسخ دهیم که فاعل ترمیم عمل اداری (ترمیم‌کننده عمل اداری)، کیست؟ مقنن یا قاضی یا اداره؟ یا هر سه؟^۱

بر اساس دیدگاه مورد نظر این اثر، مقنن، قاضی و اداره می‌توانند تحت شرایطی به منظور جلوگیری از ابطال عمل اداری بنا به مصالح خاص از جمله مصالح اجتماعی یا در جهت حفظ حقوق فردی، در مواردی که اعمال قواعد حاکم بر شرایط صحت عمل اداری، منجر به ابطال عمل اداری مطلوب می‌شود، آن مصالح را لحاظ کند و با ترمیم و مداوای غیرقانونی بودن عمل اداری معیوب (عمل اداری قابل ترمیم) آن را به عمل اداری صحیح تبدیل کنند و بدین ترتیب در صورتی که چنین عملی معیارهای لازم برای ترمیم را داشته باشد، با ترمیم آن مانع از ابطال عمل اداری شوند.

در طراحی و تبیین نظریه عمومی ترمیم عمل اداری در حقوق اداری بایستی به سؤالات زیر به دقت پاسخ داد:

- ۱- معیارهای تمایز عمل اداری باطل از عمل اداری قابل ابطال چیست؟
 - ۲- معیارهای تمایز عمل اداری قابل ترمیم از اعمال اداری قابل ابطال غیرقابل ترمیم چیست؟ (چه نواقصی قابل ترمیم هستند؟)
 - ۳- چه مصالحی می‌توانند مبنا و توجیه ترمیم عمل اداری باشند؟
 - ۴- چه کسی می‌تواند عمل اداری را ترمیم کند؟ (مقنن، قاضی یا اداره عمومی؟)
 - ۵- فرآیند، آیین و روش‌های ترمیم چه هستند؟
- برای پاسخ دادن به سؤال اول باید در مورد مفاهیم بطلان مطلق و بطلان نسبی و تمایز آنها از مفاهیم مشابه و همچنین تمایز آن از بطلان جزئی بحث شود.

۱. برای دیدن مسائل و سؤالات مشابه در حوزه آیین دادرسی مدنی مراجعه شود به: محسنی، حسن، (۱۳۹۴)، «نقص اعمال آیین دادرسی مدنی در حقوق فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، پاییز و زمستان، دوره ۶، شماره ۲، صفحات ۷۹۳ تا ۸۰۸.

۳. تمایز میان مفهوم و ارکان تشکیل عمل اداری از مفهوم و شرایط صحت عمل اداری

تشکیل عمل اداری (به وجود آمدن عمل اداری)، از صحیح بودن عمل اداری (کامل بودن عمل اداری) متفاوت است. عمل اداری ممکن است تشکیل شده باشد ولی صحیح نباشد، یعنی ارکان سازنده آن وجود داشته باشند و به همین جهت به عالم اعتبار وارد شده باشد ولی فاقد یک یا چند شرط از شرایط صحت باشد که به آن "عمل اداری معیوب" گفته می‌شود. در این صورت، عمل اداری به وجود آمده و متولد شده است اما تولدی ناقص داشته و مولودی معیوب است اما وجود دارد و به حیات معیوب خود ادامه می‌دهد و بر این اساس معتبر، نافذ، مؤثر و لازم الاجراست و ممکن است هیچ‌گاه در معرض چالش‌های حقوقی قرار نگیرد. اصل صحت نیز اقتضا دارد که صحیح بودن عمل اداری مفروض گرفته شود و عمل اداری که به وجود آمده تا زمانی که در معرض چالش‌های حقوقی قرار نگرفته و ابطال نشده، صحیح فرض شود. بنابراین عمل اداری معیوب، "باطل نسبی" است اما ملحق به صحیح است و مطلقاً باطل نیست. "بطلان نسبی" عمل اداری معیوب آن را از اقسام اعمال باطل نمی‌کند بلکه عمل اداری معیوب در دایره عمل صحیح باقی می‌ماند. با توجه به توضیحات بالا، در نبود ارکان سازنده عمل اداری، اساساً عملی به وجود نیامده و چنین عملی به اصطلاح "باطل" یا "باطل مطلق" است و به چنین بطلانی، "بطلان مطلق" گفته می‌شود. بر این اساس عمل اداری که تشکیل شده است، ممکن است صحیح یا معیوب باشد. عمل اداری معیوب، عمل اداری قابل ابطال است زیرا به اصطلاح واجد "بطلان نسبی" است، اما ممکن است هیچ‌گاه ابطال نشود و یا ممکن است نواقص و ایرادات آن مرتفع و به اصطلاح "ترمیم" شود و به عمل اداری صحیح تبدیل شود. عمل اداری صحیح نیز، به صورت کامل و بدون نقص تشکیل شده است (قبولی درافشان، محسنی، ۱۳۹۱: ۴۴-۱۵).

بنابراین در یک تقسیم کلی می‌توان گفت که عمل اداری، ممکن است باطل، صحیح یا معیوب باشد و بر این اساس:

۱. عمل اداری صحیح، عمل اداری است که صحیحاً تشکیل شده (داشتن ارکان تشکیل دهنده به علاوه شرایط صحت) یعنی علاوه بر داشتن ارکان تشکیل دهنده عمل اداری، شرایط صحت را هم دارد.

۲. عمل اداری معیوب، عمل اداری است که تشکیل شده اما همه شرایط صحت (کامل بودن) را ندارد (ارکان تشکیل دهنده عمل، بدون داشتن همه شرایط صحت)، بلکه

معیوب و ناقص متولد شده است؛ بنابراین این مولودی ناقص است، اما وجود دارد. عمل اداری معیوب، در صورت مطلوب بودن (موجد حق / اثباتی) ممکن است با اضافه کردن شرایط صحت به آن ترمیم و با رفع نواقص به عمل اداری صحیح تبدیل شود (عمل معیوب و ناقصی که به جهت مطلوب بودن آن، با ضمیمه شدن بعدی شرایط صحت، قابلیت رسیدن به کمال را دارد و به عمل اداری صحیح، تغییر ماهیت بدهد)، یا به جهت نداشتن یک یا چند شرط از شرایط صحت، ابطال شود (عمل ناقصی که نقص آن، اساسی است یا به جهت نامطلوب بودن، قابلیت ترمیم و اصلاح را ندارد) و گاه به حیات حقوقی معیوب، ناقص و متزلزل خود بدون برخورد با هر کدام از این حالات ادامه می‌دهد (عمل ناقصی که صحیح فرض می‌شود) و یا اینکه ممکن است (به جهت نامطلوب بودن) توسط مقام اداری لغو یا استرداد شود (هداوند، ۱۳۹۴: ۱۴).

۳. عمل اداری باطل، اساساً به وجود نیامده و با مسامحه عمل اداری نامیده می‌شود، زیرا فاقد یک یا چند رکن از ارکان بر سازنده عمل اداری است و به عبارت دیگر یا اساساً متولد نشده (به جهت فقدان قصد یا اراده انشائی اداره) و یا مرده به دنیا آمده است (به جهت مخالفت فاحش با قواعد صریح، آمره و اساسی قانونی و یا اشتباه فاحش در موضوع). عمل اداری باطل، قابل ابطال نیست زیرا ابطال نسبت به عمل اداری امکان‌پذیر است که تشکیل شده اما معیوب است. بنابراین ابطال آن در محاکم و از جمله در دیوان عدالت اداری در واقع به معنی "اعلام بطلان" است نه ابطال، زیرا که باطل را نمی‌توان ابطال کرد (با این حال «ابطال» و «اعلام بطلان» به لحاظ آثار حقوقی، یکسان هستند و نشان از فقدان آثار حقوقی از ابتدا دارند و به اصطلاح اثر قهقرایی دارند و کاشف هستند). به علاوه عمل اداری باطل، قابل ترمیم و تصحیح هم نیست، زیرا مرده را نمی‌توان احیا کرد. عمل اداری باطل تنها باید نادیده گرفته شود و اثر حقوقی از آن حاصل نمی‌شود و یا از باب اطلاع اشخاص، می‌توان بطلان آن و یا در واقع "کان لم یکن" بودن آن را اعلام کرد (با این حال اعلام بطلان عمل اداری از سوی مقام اداری، خود یک عمل اداری اعلامی است و نه تأسیسی که در هر صورت قابل اعتراض است و ممکن است همین عمل اعلامی به جهت غیرقانونی بودن، توسط محاکم اداری ابطال شود یا بطلان آن اعلام شود). بنابراین به طور خلاصه عمل اداری باطل، اساساً به وجود نیامده زیرا فاقد یک یا چند رکن از ارکان سازنده عمل اداری بوده و به عبارت دیگر از ابتدا متولد نشده و یا مرده به دنیا آمده است (هداوند، ۱۳۹۴: ۱۴).

از نظر ملاحظات عملی، باید با پاسخ دادن به سؤالات زیر، مرزهای دقیق هر کدام از انواع عمل اداری و احکام مربوط به آنها تشخیص داده شود:

سؤال اول- ارکان بر سازنده عمل اداری که عمل اداری بدون وجود آنها به وجود نمی‌آید کدام هستند؟ (عمل اداری در صورت داشتن چه شرایطی "عمل اداری موجود" است و در صورت نداشتن چه ارکانی، "عمل اداری باطل یا ناموجود" است؟) و یا به عبارت دیگر "جهت بطلان" چیست؟

سؤال دوم- شرایط صحت عمل اداری، چه هستند؟ (عمل اداری با وجود چه شرایطی، "عمل اداری صحیح" محسوب می‌شود و با نداشتن چه شرایطی "عمل اداری معیوب" می‌شود؟) و به عبارت دیگر «جهت ابطال» چیست؟

سؤال سوم- وضعیت و سرنوشت عمل اداری معیوب چیست؟ (با وجود چه شرایطی عمل اداری معیوب می‌تواند "ترمیم" شود و بر اساس چه جهاتی "ابطال" می‌شود و ممکن است چگونه از طریق لغو یا استرداد و یا به دلیل وقوع اسباب دیگر، "زایل" شود؟)

۴. مفهوم بطلان مطلق و بطلان نسبی عمل اداری

با وجود بطلان مطلق (ذاتی یا اولیه)، عمل اداری، باطل است ولی در صورت وجود بطلان نسبی یا معیوب بودن عمل اداری، عمل اداری قابل ابطال است، همانطوری که قابل ترمیم و قابل لغو کردن هم می‌تواند باشد. استفاده از عبارت "باطل" در کنار عمل اداری از باب مسامحه است زیرا با وجود بطلان، عملی به وجود نیامده تا بتوان به آن عمل اداری اطلاق کرد. عمل اداری باطل، عملی است که فاقد ارکان تشکیل دهنده عمل اداری است و به جهت این که از ابتدا به وجود نیامده است و فاقد هرگونه اثر و نتیجه‌ای است، حتی اگر به ظاهر و از نظر صورت، تشکیل شده به نظر برسد، باطل است، یعنی به وجود نیامده است (عمل ناموجود) و عمل اداری که در عالم حقوق به وجود نیامده حتی اگر به ظاهر در عالم خارج، صورتی از آن وجود داشته باشد، اثر حقوقی ندارد. باطل، قابل اصلاح و ترمیم نیست زیرا که به وجود نیامده است و آنچه که از ابتدا به عالم اعتبار وارد نشده را نمی‌توان اصلاح یا ترمیم کرد و یا حتی لغو کرد (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۴۵-۱۴۱). اما عمل معیوب، عمل موجود است اما به دلیل نداشتن یک یا چند شرط از شرایط صحت، مواجه با بطلان نسبی است و متزلزل است و ممکن است با یکی از حالات زیر مواجه شود:

۱. اینکه به حیات ناقص خود ادامه دهد و در این صورت در هر حال صحیح و نافذ فرض می‌شود و واجد آثار حقوقی است.

۲. به جهت نداشتن شرایط صحت، و با توجه به نامطلوب بودن، به تقاضای ذینفع توسط دادگاه صالح (دیوان عدالت اداری) ابطال شود و بدین ترتیب از ابتدا و با اثر قهقرائی، زایل و

منحل می‌شود و گویی از ابتدا به وجود نیامده است.

۳. به جهت مطلوب بودن ترمیم شود و بدین ترتیب از خطر ابطال شدن نجات یابد و به‌عنوان عمل صحیح به حیات خود ادامه دهد.

۴. لغو یا استرداد شود، به این دلیل که به درستی به عالم اعتبار یا نگذاشته و عیوبی دارد که بهتر است و یا به جهت نامطلوب بودن، باید لغو و یا استرداد شود.

"نسبی بودن" در اصطلاح بطلان نسبی، به این معنی است که بطلان عمل اداری نسبت به یک طرف از طرف‌های عمل اداری (اداره عمومی و مخاطب عمل اداری) و یا نسبت به ثالث، باطل باشد و نسبت به طرف‌های دیگر صحیح بوده و لذا آن‌ها نتوانند به بطلان استناد کنند. در بطلان مطلق، بطلان نسبت به همگان است و تفاوتی میان طرف‌های عمل اداری یا ثالث از جهت بطلان عمل اداری وجود ندارد و اساساً بطلان مطلق، ماهیت همگانی دارد. به عبارت دیگر، در بطلان مطلق، عمل اداری باطل، قابل استناد از سوی هیچکس نیست اعم از طرف‌های عمل اداری (اداره مخاطب)، ثالث و سایرین. در حالیکه در بطلان نسبی، عمل اداری معیوب نسبت به یک طرف قابل استناد و معتبر است و نسبت به طرف دیگر غیر قابل استناد و نامعتبر است. عمل اداری معیوب، برای طرفی که عمل نسبت به او باطل است غیر قابل استناد ولی برای طرف دیگر معتبر است. به‌عنوان مثال، عمل اداری مطلوبی که اداره عمومی با عدم رعایت تشریفات قانونی، صادر کرده است، برای اداره عمومی و نسبت به او، معتبر، صحیح، نافذ و الزام‌آور است، به عبارت دیگر اداره عمومی نمی‌تواند به بطلان عمل اداری، در مقابل مخاطب عمل اداری استناد کند و خود را ملتزم به آن نداند (به عبارت دیگر چنین عملی برای اداره، «صحیح نسبی» است). اداره عمومی فقط می‌تواند این عمل را ترمیم کند و حق لغو کردن، استرداد یا تقاضای ابطال آن را ندارد. این عمل، برای اداره عمومی، ماهیت امر مختومه را دارد و صدور آن از سوی اداره عمومی، موجب فراغ اداره است و اداره مجاز به بازگشودن آن، یا تبدیل، تغییر، الغا یا استرداد آن نیست. این فقط مخاطب عمل اداری است که "حق رجوع" از آن را دارد و نسبی بودن بطلان در برابر او معنی دارد، که طبعاً با فرض مطلوب بودن عمل اداری، عموماً مخاطب عمل اداری، ترجیح می‌دهد که از اداره، تقاضای ترمیم آن را داشته باشد تا آن را به عمل اداری صحیح تغییر دهد و تمایلی به استناد کردن به بطلان آن عمل، علیه خود را ندارد. عمل باطل نسبی، به اراده و خواست طرفی که قانون، حمایت از او را مدنظر دارد، می‌تواند ابطال شود و تا زمانی که این ابطال از سوی ذینفع، صورت نگرفته، چنین عملی معتبر

است و آثار آن باقی است (نوبین، ۱۳۹۴: ۱۸-۲۰).^۱ اگر عمل اداری نسبت به اشخاص ثالث، غیر قابل استناد (باطل) باشد،^۲ نیازی به ابطال آن عمل از سوی آنان وجود ندارد و عمل اداری در برابر آنها اعتبار ندارد.

شایان ذکر است که بطلان نسبی با بطلان جزئی، تفاوت دارد و بطلان جزئی، وضعیتی است که برخی از اجزای عمل اداری، باطل است اما بقیه اجزای آن صحیح است و اجزای صحیح باقیمانده، این قابلیت را دارند که به عنوان یک عمل اداری صحیح و کامل به حیات خود ادامه دهند.^۳

۵. ارکان سازنده عمل اداری و جهات بطلان

بطلان مطلق، وضعیت عمل اداری است که در عالم حقوق به وجود نیامده باشد و لذا فاقد اثر حقوقی است ولو اینکه ممکن است در عالم خارج و در ظاهر و به صورت (صوری)، علانمی از آن وجود داشته باشد.

به نظر نگارنده، ارکان سازنده عمل اداری عبارتند از:

اول- اراده انشائی اداره عمومی برای صدور عمل اداری به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن نماید.

دوم- عدم مغایرت آشکار (فاحش) بین عمل اداری با یک قاعده صریح، اساسی و امری قانونی

۱. برای بحث مشابه در حقوق خصوصی مراجعه شود به: نوبین، پروین، (۱۳۹۴)، *بطلان مطلق و بطلان نسبی در نظام حقوق خصوصی ایران*، گنج دانش، چاپ اول، به ویژه در صفحات ۱۸ تا ۲۰.

۲. نمونه‌هایی از مفهوم نسبی بودن بطلان (باطل بودن نسبت به یک طرف و لذا غیرقابل استناد بودن آن برای همان طرف و در مقابل، معتبر بودن و قابل استناد بودن همان عمل برای طرف دیگر) را به ویژه در قانون تجارت می‌توان مشاهده کرد که از باب تقریب به ذهن، برخی از این مواد، در زیر بیان می‌شوند:

ماده ۴۰ قانون تجارت، مقرر می‌دارد: "انتقال سهام با نام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد... هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است."

به موجب ماده ۱۰۰ قانون تجارت، "هر شرکت با مسئولیت محدود که بر خلاف مواد ۹۶ و ۹۷ تشکیل شده باشد، باطل و از درجه اعتبار ساقط است. لیکن شرکا در مقابل اشخاص ثالث، حق استناد به این بطلان را ندارند."

به موجب ماده ۱۰۵ لایحه قانونی اصلاح تجارت: "هر قراردادی راجع به محدود کردن اختیارات مدیران که در اساسنامه تصریح به آن نشده باشد، در مقابل اشخاص ثالث باطل و کان لم یکن است."

← برابر ماده ۱۳۰ قانون تجارت: "معاملات مذکور در ماده ۱۲۹، در مقابل اشخاص ثالث معتبر است، مگر در موارد تدلیس و تقلب که اشخاص ثالث در آن شرکت کرده باشند." همچنین به موجب ماده ۱۳۱ در مورد همین نوع از معاملات: "آن معاملات قابل ابطال خواهد بود و شرکت می‌تواند تا سه سال از تاریخ انعقاد معامله، بطلان آن را از دادگاه بخواهد."

۳. در این خصوص مراجعه شود به: محمد احمد ابراهیم المسلمانی، (۲۰۱۴)، *القرارات الاداریه القابله للانفصال، فی العمليات القانونیه المركبه، دراسه مقارنه بین القانون الفرنسی و المصری و احکام الفقه الاسلامی، دارالجامعه الجدیده، ص ۶۸*.

و از جمله مواردی که مقنن به صراحت نبود برخی شرایط صحت را موجب بطلان و بی اعتباری عمل اداری دانسته است.

بنابراین عمل اداری در یکی از حالت‌های زیر باطل است (که به آنها جهات بطلان گفته می‌شود):

اول- فقدان قصد و اراده انشائی اداره عمومی برای ایجاد عمل اداری (عمل ناموجود).

توضیح اینکه، فقدان اراده در یکی از حالت‌های زیر ممکن است به وجود آید:

الف- تصمیمات و اقدامات توسط مأموران قلابی که سمت‌های اداری را غصب کرده‌اند اتخاذ و انجام شده باشد (شایان ذکر است، مأموران اداری که بدون داشتن صلاحیت یا خارج از صلاحیت خود به نام اداره، تصمیماتی را اتخاذ یا اقداماتی را انجام می‌دهند، مصداق این حالت نیستند و عمل اداری حاصله، اصولاً معیوب است و باطل نیست).

ب- تمهیدات و مراحل مقدماتی پیش از اتخاذ تصمیمات و انجام اقدامات توسط اداره عمومی که مصداق تصمیمات و اقدامات اداره عمومی محسوب نمی‌شوند. یا تصمیمات و اقداماتی که مقرون به چیزی نباشند که دلالت بر آن نماید (در موارد تردید، اصل بر این است که این اعمال، به لحاظ حقوقی اقدام و تصمیم هستند و عمل اداری محسوب می‌شوند).

پ- اشتباه فاحش (بین/ آشکار/ در نگاه اول/ بی نیاز از استدلال) در موضوع عمل اداری یا شخص مخاطب عمل اداری در اعمال اداری نامطلوب، از قبیل ثبت یک بنای معمولی در مالکیت یک شخص خصوصی به عنوان یک اثر تاریخی (اشتباه فاحش در موضوع به این مفهوم که تاریخی بودن بنا، شرط قابلیت ثبت آن به عنوان اثر تاریخی است) و اخراج حسن به جای حسین (اشتباه فاحش در شخص).

به این اعمال اداری در حالت‌های سه گانه فوق‌الذکر، "عمل ناموجود" گفته می‌شود.

دوم- مخالفت و تعارض فاحش عمل اداری با حکم صریح، آمره و اساسی قانون (عمل اداری به ظاهر موجود) بنابراین، تحقق این سه شرط لازم است:

الف- مغایرت با قانون، آشکار باشد. به این معنی که در همان نگاه اول و بدون نیاز به کنکاش یا استدلال حقوقی و با بررسی معمولی توسط یک مأمور اداری متوسط، مغایرت و تعارض آن با قانون واضح و آشکار باشد. تخلف تجری‌آمیز اداره عمومی نسبت به قوانین، مصداق بارز این شرط است.

ب- حکم قانون باید صریح، آمره و اساسی باشد. صریح بودن به معنی این است که منطوق قانون به صراحت، حکم را بیان کرده باشد. آمره بودن به این معنی است که قاعده تکمیلی یا

تخیری نباشد. اساسی بودن به این مفهوم است که عمل اداری مغایر با یک حق بنیادین (حق بنیادین شخص مخاطب عمل یا اشخاص ثالث اعم از اینکه حق بنیادین ماهوی یا شکلی باشد) یا مغایر با یک مصلحت عمومی برتر و غیرقابل چشم‌پوشی از قبیل نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد.

در این حالت، عمل اداری، به ظاهر متولد شده اما در واقع مرده به دنیا آمده است. مولودی است که در صورت و ظاهراً وجود دارد ولی فاقد حیات حقوقی است. این حالت دوم، "عمل اداری به ظاهر موجود ولی بواقع ناموجود" نامیده می‌شود. در این حالت، قانون، وجود ظاهری عمل اداری را به رسمیت نمی‌شناسد.

در هر دو حالت فوق (عمل ناموجود و عملی که به ظاهر موجود است) مرجع قضایی می‌تواند بطلان (باطل بودن) عمل اداری باطل را اعلام کند (اعلام بطلان و نه ابطال) اگرچه در قانون دیوان عدالت اداری، تنها از واژه ابطال استفاده شده است اما ابطال دیوان عدالت اداری، نسبت به اعمال باطل در واقع اعلام بطلان آن اعمال است، زیرا عمل باطل را نمی‌توان ابطال کرد. همچنین اداره عمومی نیز می‌تواند و در واقع مکلف است که "کان لم یکن بودن" آن را اعلام کند (اعلام اداری بطلان).

۶. شرایط صحت عمل اداری و جهات ابطال

اگر نفوذ یا نافذبودن عمل اداری (معتبر و مؤثر بودن و لازم‌الاجرا بودن) عمل اداری به داشتن آثار حقوقی تعریف شود، بر این اساس انواع عمل اداری معتبر، نافذ، مؤثر و لازم‌الاجرا، عبارتند از: ۱- عمل اداری صحیح ۲- عمل اداری معیوب. همچنین عمل اداری غیر قانونی شامل: ۱- عمل اداری معیوب و ۲- عمل اداری باطل است.

بنابراین تنها عمل اداری غیرنافذ، همان عمل اداری باطل است. عمل معیوب، میان عمل صحیح و عمل باطل قرار دارد ولی ملحق به صحیح می‌شود و باید آن را صحیح فرض کرد. عمل اداری معیوب، کامل نیست ولی معتبر و نافذ است. عمل اداری صحیح، همان "عمل موجود صحیح" است، و عمل اداری معیوب معادل "عمل موجود ناقص" است و عمل اداری باطل "عمل ناموجود" است. عمل صحیح و عمل معیوب، هر دو، در شرایطی "قابل لغو و قابل استرداد" هستند زیرا وجود دارند. عمل معیوب، علاوه بر قابلیت لغو شدن (ناظر به آینده) و استرداد شدن (تسری به قبل) (محمد احمد، ۲۰۱۴: ۱۹-۱۶)،^۱ به جهت مطلوب بودن، با شرایطی،

۱. المسلمانی، محمد احمد ابراهیم، (۲۰۱۴)، نفاذ القرارات الاداریه، ذات الاثر الرجعی، دراسه مقارنه، مصر: دارالجامعه

قابل "ترمیم شدن" توسط اداره عمومی نیز هست (به جهت مطلوب بودن).

عمل اداری باطل، خود به خود زایل و منحل است و نیازی بر اسباب زوال برای زایل شدن یا انحلال ندارد، زیرا چیزی وجود ندارد که به توان آن را منحل یا زایل کرد. اما عمل اداری صحیح و عمل اداری معیوب ممکن است در مسیر حیات خود با انواع اسباب زوال، از جمله لغو کردن (ملغی الاثر کردن) و لغو شدن (لغو خود به خودی)، استرداد (کان لم یکن کردن)، ابطال و غیره مواجه شوند و حیات آن خاتمه پیدا کند. در این میان "ابطال" توسط محاکم، اختصاص به "عمل اداری معیوب" دارد زیرا عمل اداری صحیح، به جهت صحیح بودن، ابطال پذیر نیست؛ در حالیکه عمل اداری معیوب، از انواع عمل اداری غیرقانونی است که اگر غیر قانونی بودن آن مدوا نشود (ترمیم نشود)، مرجع قضایی به تقاضای ذینفع می تواند آن را ابطال کند. اما سایر اسباب زوال می تواند با شرایطی، هم نسبت به عمل صحیح و هم نسبت به عمل معیوب جاری شود و آن‌ها را منحل، زایل و ساقط کند و به حیات حقوقی آن‌ها خاتمه دهد.

شرایط صحت عمل اداری، نقطه مقابل جهات ابطال است که دادگاه و به طور مشخص دیوان عدالت اداری می تواند به استناد آنها عمل اداری را ابطال کند (جهات ابطال).^۱ شرایط

الجدیده، صفحات ۱۶-۱۹.

۱. در مورد انواع و تقسیمات جهات ابطال میان نویسندگان در نظام‌های حقوقی مختلف اختلاف نظر وجود دارد. در این خصوص مراجعه شود به منابع زیر:
 - الف - آگاه، وحید، (۱۳۸۹)، *حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
 - ب - احمدوند، بهناز، و افشاری، فاطمه و موسوی زاده، سید شهاب الدین، (۱۳۹۴)، «نظارت قضایی بر اشتباه مقام اداری»، ناظر علمی مهدی هداوند، پژوهشگاه قوه قضاییه.
 - پ - دلاوری، محمدرضا، (۱۳۹۰)، *شرح و تحلیل قانون دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
 - ت - دلاوری، محمد رضا، (۱۳۹۳)، *نحوه نظارت دیوان عدالت اداری نسبت به آرا و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری ایران*، چاپ اول، تهران: نشر و کالت.
 - ث - رنجبر، احمد، (۱۳۹۴)، «علل و موجبات ماهوی بازنگری قضایی اعمال و تصمیمات اداری» پایان‌نامه دکتری حقوق عمومی، با راهنمایی ولی رستمی، دانشگاه تهران.
 - ج - طاهری تاری، میرحسین، (۱۳۹۳)، *جایگاه رویه قضایی در حقوق مالیاتی ایران و شوندهای ابطال نظامنامه‌های دولتی مالیاتی*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
 - چ - کاظمی، داود، (۱۳۹۰)، «بررسی اصول و مبانی حقوق اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، به راهنمایی محمدجواد رضایی زاده، آبان، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات تهران.
 - ح - محمودی، جواد، (۱۳۹۰)، *بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
 - خ - محمودی، جواد، (۱۳۹۳)، *تحولات حقوق اداری اتحادیه اروپا*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
 - د - مولا بیگی، غلامرضا، (۱۳۹۳)، *صلاحیت آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
 - ذ - نجابت‌خواه، مرتضی، (۱۳۹۱)، «روش‌های جبرانی قضایی در حقوق اداری ایران و انگلیس»، پایان‌نامه دکتری حقوق عمومی، با راهنمایی محمد حسین زارعی، دانشگاه شهید بهشتی.
 - ر - نجابت‌خواه، مرتضی، (۱۳۹۰)، *قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی*، تهران: انتشارات جنگل.

صحت عمل اداری عبارتند از:

- داشتن صلاحیت (جهت ابطال: عدم صلاحیت)
 - تصمیم و اقدام در حدود صلاحیت (جهت ابطال: خروج از حدود صلاحیت)
 - قانونی بودن (جهت ابطال: مخالفت و مغایرت با قانون)
 - داشتن جهت قانونی (جهت ابطال: سوء استفاده از اختیار)
 - عدم تضييع حقوق اشخاص (جهت ابطال: تضييع حقوق اشخاص)
 - عدم مخالفت با شرع (جهت ابطال: مخالفت با شرع)
- موارد بالا تحت عنوان "جهت بازنگری قضایی" در ادامه توضیح داده می‌شود. در هر حال، شایان ذکر است که با توجه به مطالب بالا، عمل اداری غیرقانونی، دو نوع است: ۱- عمل اداری باطل ۲- عمل اداری معیوب. عمل اداری معیوب به جهت غیرقانونی بودن، قابل ابطال است و در مورد عمل اداری باطل، دادگاه‌ها، باطل بودن آن را اعلام می‌کند.

۷. اعتبار بخشیدن به اعمال اداری غیرقانونی

حقوق اداری آلمان روش‌های تداوم بخشیدن یا زنده نگه‌داشتن یک عمل اداری غیرقانونی را پیش‌بینی کرده است. دو مورد از این روش‌ها عبارتند از: مداوای^۱ غیرقانونی بودن و تبدیل^۲ عمل اداری (هداوند، ۱۳۹۳: ۳۷۰).

۱- مداوای غیرقانونی بودن: به‌عنوان یک قاعده کلی، به موجب ماده ۴۶ قانون اقدامات اداری آلمان، عمل اداری به جهت قصور در رعایت موازین آیینی و شکلی یا صلاحیت جغرافیایی،

ز- هداوند، مهدی، (۱۳۸۷)، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال پنجم، تابستان، شماره ۹.

ژ- هداوند، مهدی و مشهدی، علی، (۱۳۹۳)، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، چاپ سوم، انتشارات خرسندی.

س- یزدان‌مهر، محمد، (۱۳۹۴)، تحلیلی بر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

و همچنین:

A- Seerdem, Rene and Stroink, frits, (eds.), (2002), Administrative Law of the European Union, its Membere State and the United States, A comparative Analysis, Intersentia, London, P. 121.

B- Mahendra P. Singh, (2001), German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer,

C- Jones, Lan Ellis, (2003), Essential Administrative Law, Cavendish Publication, p.7.

D- Alder, John, (2002), General Principle of Constitutional and Administrative Law, Palgrave, p.368

1. Curing.

2. Conversion.

3. Prima Facie.

مشمول بطلان نمی‌شود، مشروط بر این که در نگاه نخست،^۳ چنین قصوری بر محتوای تصمیم تأثیری نگذاشته باشد. چنین قصوری به بطلان عمل موصوف منجر نمی‌شود، زیرا یک عمل اداری باطل و کان لم یکن، در واقع وجود ندارد. در مقابل، ماده ۴۵ قانون اقدامات اداری، مقرر می‌دارد که مقررات مربوط به آیین یا شکل، به بطلان و کان لم یکن بودن عمل اداری منجر نمی‌شوند و می‌توانند نادیده گرفته شوند، مشروط به اینکه الف) تقاضایی که ارائه آن پیش از اقدام ضروری بوده است، متعاقباً ارائه شود؛ ب) اعلام دلایل تصمیم یا دادن فرصت استماع متعاقباً فراهم گردد؛ ج) تصمیم کمیته‌ای که تشریک مساعی آنها برای انجام دادن آن اقدام لازم بوده، متعاقباً کسب شود و یا د) تشریک مساعی مقام دیگری که برای انجام دادن آن اقدام لازم بوده است، متعاقباً حاصل شود. تمامی این کاستی‌ها تا خاتمه رسیدگی در دادگاه اداری می‌توانند مرتفع شده و اصلاح شوند. با این حال باید توجه داشت در صورتی که استماع بعداً فراهم شود، تغییرات لازم باید در تصمیم اداری حاصل شود، در غیر این صورت به کاری صوری و تشریفاتی و بدون ارزش فرو کاسته می‌شود.

۲- تبدیل اعمال اداری: برابر ماده ۴۷ قانون اقدامات اداری آلمان یک عمل اداری معیوب و از جمله یک عمل باطل و کان لم یکن نمی‌تواند به یک عمل اداری متفاوت تبدیل شود، مشروط به اینکه این عمل جدید، اولاً، همان هدفی را دنبال کند که عمل اول دنبال می‌کرده است، ثانیاً بتواند به وسیله مقامی که از شکل و آیین پذیرفته شده برای اتخاذ عمل اول استفاده می‌کند، انجام شود و ثالثاً، شروط و الزامات انجام دادن آن عمل رعایت گردد. اما امکان تبدیل عمل اداری در موارد ذیل وجود ندارد: ۱- عمل اداری جدید به وضوح در تعارض با قصد مقامی است که عمل اول را انجام داده است، ۲- نتایج حقوقی عمل جدید نسبت به شخصی که متحمل نتایج عمل اول شده است از مطلوبیت کمتری برخوردار باشد، ۳- به موجب قانون لغو عمل معتبر، مجاز نباشد.

به علاوه تصمیمی که مقید به الزامات قانونی مشخصی است نمی‌تواند به یک تصمیم اختیاری تبدیل شود. تبدیل عمل اداری، مشمول آیین مشخصی نیست، ولی باید به وسیله همان مقامی که تصمیم اولیه را اتخاذ کرده یا به وسیله مقام بالاتر و بنا به تقاضای شخص متأثر از آن انجام شود، یا حتی از سوی دادگاه در طول رسیدگی به شکایتی که نزد وی مطرح شده است. علاوه بر این دو روش، یک عمل اداری غیر قانونی همچنین می‌تواند با استفاده از روش‌هایی که در کامن لاینز به خوبی شناخته شده است، از قبیل اعراض از اقامه دعوا از سوی شخص متأثر از آن، عدم اعتراض به آن در مهلت قانونی، رد شدن اعتراض نسبت به اعتبار آن، مرتفع شدن عدم قطعیت و ابهام از عمل اداری در طول اعتراض به آن نزد مقام اداری، تغییرات معطوف به گذشته (عطف به

ماسبق شده)، در قانونی که عمل اداری بر اساس آن اتخاذ شده، یا اعتبار بخشیدن معطوف به گذشته به وسیله قانون، دوام یابد و تثبیت و تأیید شود (Mahendra, 2001: 86-87).

۸. وضعیت و سرنوشت عمل اداری معیوب

عمل اداری معیوب، عملی متزلزل است و ممکن است در هر زمان با خطر ابطال مواجه شود و این امر با قطعیت حقوقی و ضرورت اعتماد مردم به تصمیمات اداری، در تعارض است لذا برای پایان دادن به وضعیت متزلزل عمل اداری معیوب:

اول- اداره عمومی باید "عمل اداری معیوب نامطلوب"^۱ را رأساً یا به درخواست ذینفع و به محض اطلاع از معیوب بودن آن، "لغو" و در واقع "استرداد" کند (Council of Europe, 1998: 218-224).

دوم- اداره عمومی باید "عمل اداری معیوب مطلوب"^۲ را رأساً یا به درخواست ذینفع و به محض اطلاع از معیوب بودن آن ترمیم و اصلاح کند و یا آن را به عمل اداری صحیح دیگری «تبدیل» کند.

سوم- حداقل برای ابطال‌پذیری اعمال اداری مطلوب در محاکم قضایی باید مرور زمان قائل شد.

چهارم- مخاطب عمل اداری معیوب مطلوب، می‌تواند از آن عمل درخواست "رجوع" یا "کنار گذاشته شدن" (ابراء یا اعراض) داشته باشد. برای این کار، مخاطب عمل اداری معیوب مطلوب، باید به طور صریح به اداره عمومی اعلام کند که چنین عملی را قبول ندارد و از آن رجوع کرده است. البته شکایت مخاطب به دادگاه نسبت به آن عمل نیز در صورت نداشتن ابهام و تردید می‌تواند به منزله رجوع و کنار گذاشتن عمل اداری معیوب مطلوب تلقی شود. رجوع در صورتی مقدور است که به اشخاص ثالث لطمه‌ای وارد نکند. اثر رجوع بسته به درخواست ذینفع می‌تواند نسبت به آینده یا گذشته باشد و در صورت ابهام یا سکوت، اثر رجوع نسبت به آینده است و به منافع کسب شده مخاطب لطمه‌ای نمی‌زند. حق رجوع قابل انصراف دادن است و انصراف اصولاً باید نسبت به آینده باشد. رجوع می‌تواند نسبت به عمل اداری صحیح مطلوب هم انجام شود. رجوع از عمل اداری می‌تواند با توافق میان اداره عمومی و مخاطب نیز صورت گیرد. رجوع (ابراء یا اعراض) یکی از اسباب زوال عمل اداری است.

۱. منظور از عمل اداری نامطلوب، عمل اداری سالب، کاهنده یا محدود کننده حق، امتیاز یا انتظار موجه است.

۲. منظور از عمل اداری مطلوب، عمل اداری موجد یا مثبت حق، امتیاز یا انتظار موجه است.

پنجم- مخاطب عمل اداری معیوب نامطلوب می‌تواند برای ابطال آن، به محکمه صالح (نوعاً دیوان عدالت اداری) به استناد یکی از "جهات ابطال" مراجعه کند.

ششم- اداره در صورتی که عمل اداری مطلوب، از راه تدلیس یا اکراه یا سوء نیت یا به طرق غیر قانونی از قبیل پرداخت رشوه به وجود آمده باشد و صرفاً مشروط به اینکه اگر چنین اقدامات غیرقانونی (تدلیس، اکراه، سوء نیت و ارتکاب عمل مجرمانه) انجام نمی‌شد، به طور معمول چنین عملی از طرف اداره صادر نمی‌شود، مکلف است آن عمل را لغو یا با حفظ حقوق اشخاص ثالث آن را استرداد کند.

۹. نتیجه‌گیری

ترمیم‌پذیری عمل اداری، به‌ویژه در مورد اعمال اداری مطلوب که حق، امتیاز یا انتظاری از اشخاص و نسبت به آنها ایجاد می‌کنند، روش بسیار مناسبی است که با استفاده از آن می‌توان نسبت به تقویت و حمایت از قطعیت و ثبات حقوقی در عملکرد اداره‌های عمومی اقدام کرد و میزان اعتماد و اطمینان مردم نسبت به تصمیمات و اقدامات این سازمان‌ها را نیز ارتقاء داد. با این حال بدون نظریه‌پردازی در ماهیت عمل اداری، تفکیک ارکان شکل‌گیری و شرایط صحت آن و تقسیم‌بندی اعمال اداری بر اساس این موازین، نمی‌توان این نظریه را پایه‌گذاری کرد. با شناسایی عمل اداری معیوب و شناسایی مفهوم بطلان نسبی، و همچنین تفکیک جهات بطلان از جهات ابطال در این پژوهش چنین قابلیت‌ای ایجاد و مورد بحث و بررسی قرار گرفت. با این حال، مدون‌سازی این قواعد در قوانین موضوعه، می‌تواند آثار عملی قابل توجهی را در عملکرد سازمان‌های اداری و قضات دیوان عدالت اداری در آینده در پی داشته باشد.

منابع

الف) فارسی

کتاب

- آگاه، وحید، (۱۳۸۹)، *حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، انتشارات جنگل.
- احمدوند، بهناز، افشاری، فاطمه، موسوی‌زاده، سید شهاب‌الدین، (۱۳۹۴)، *نظارت قضایی بر اشتباه مقام اداری*، ناظر علمی: مهدی هداوند، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
- پیر عطایی، علی، (۱۳۸۸)، *نظریه اداره قرارداد*، تهران: نشر ققنوس.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- دلاوری، محمدرضا، (۱۳۹۰)، *شرح و تحلیل قانون دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- دلاوری، محمد رضا، (۱۳۹۳)، *نحوه نظارت دیوان عدالت اداری نسبت به آرا و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری ایران*، چاپ اول، تهران: نشر وکالت.
- رنجبر، احمد، (۱۳۹۴)، *علل و موجبات ماهوی بازنگری قضایی اعمال و تصمیمات اداری*، پایان‌نامه دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران.
- طاهری تازی، میر حسین، (۱۳۹۳)، *جایگاه رویه قضایی در حقوق مالیاتی ایران و شوندهای ابطال نظام نامه‌های دولتی مالیاتی*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- طباطبایی مومنی، منوچهر، (۱۳۹۳)، *حقوق اداری*، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- قبولی درافشان، سید محمدمهدی و محسنی، سعید، (۱۳۹۱)، *نظریه عمومی بطلان در قراردادها*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- کاظمی، داود، (۱۳۹۰)، «بررسی اصول و مبانی حقوق اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران.
- محمودی، جواد، (۱۳۹۰)، *بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- محمودی، جواد، (۱۳۹۳)، *تحولات حقوق اداری اتحادیه اروپا*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.

- مولا بیگی، غلامرضا، (۱۳۹۳)، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- نجابت خواه، مرتضی، (۱۳۹۱)، *روش‌های جبرانی قضایی در حقوق اداری ایران و انگلیس*، پایان نامه دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی.
- نجابت خواه، مرتضی، (۱۳۹۰)، *قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی*، تهران: انتشارات جنگل.
- نوین، پروین، (۱۳۹۴)، *بطلان مطلق و بطلان نسبی در نظام حقوق خصوصی ایران*، چاپ اول، گنج دانش.
- هداوند، مهدی، (۱۳۹۳)، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد اول، چاپ چهارم، انتشارات سمت.
- هداوند، مهدی، مشهدی، علی، (۱۳۹۳)، *اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری*، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- یزدان مهر، محمد، (۱۳۹۴)، *تحلیلی بر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

ب) مقاله‌ها

- طالب احمدی، حبیب، (۱۳۸۴)، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره ۹، شماره ۳.
- محسنی، حسن، (۱۳۹۴)، «نقص اعمال آیین دادرسی مدنی در حقوق فرانسه، مطالعات حقوق تطبیقی»، دوره ۶، شماره ۲.
- محسنی، حسن، (۱۳۹۳)، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال دوم، شماره ۶.
- هداوند، مهدی، (۱۳۸۷)، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی»، *نشریه حقوق اساسی*، سال پنجم، شماره ۹.

ب) عربی

- عصام نعمه اسماعیل، (۲۰۰۹)، *الطبیعة القانونیه للقرار الاداری*، سوریه: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- المسلمانی، محمد احمد ابراهیم، (۲۰۱۵)، *ماهیه القرارات الاداریه، دراسه مقارنه بین النظام*

- الفرنسی و المصری و الفقه الاسلامی، مصر: دارالجامعه الجديده.
- المسلمانی، محمد احمد ابراهيم، (۲۰۱۴)، القراءات الاداريه القابله للانفصال، فی العمليات القانونيه المركبه، دراسه مقارنه بين، مصر: دارالجامعه الجديده.
- بی نام، (۲۰۱۴)، القانون الفرنسی و المصری و احكام الفقه الاسلامی، مصر: دارالجامعه الجديده.
- المسلمانی، محمد احمد ابراهيم، (۲۰۱۴)، نفاذ القراءات الاداريه، ذات الاثر الرجعی، دراسه مقارنه، مصر: دارالجامعه الجديده.

ج) انگلیسی

- Alder, John, (2002), *General Principle of Constitutional and Administrative Law*, London: Palgrave.
- Craig, Paul, (2006), *Administrative Law*, Oxford, University Press.
- Council of Europe, (1998), *The Administration and you – A handbook*, Council of Europe.
- Mahendra P. singh, (2001), *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Germany: Springer.
- Seerdem, Rene and Stroink, frits (eds.), (2002), "Administrative Law of the European Union, its Membere State and the United States, A Comparative Analysis, Palgrave, London.

