

ماهیت امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری

محمد مظهری^۱ - وحید خانی^۲

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۴)

چکیده

امروزه قراردادهای اداری نقش مهم و انکارناپذیری در ارائه خدمات عمومی به شهروندان دارند. دولت بنابر مصالح عمومی موجود از این حق برخوردار است که قراردادهای دولتی را به گونه‌ای تنظیم نماید که بیشترین کارایی را داشته باشند. هدف دولت از چنین قراردادهایی بی‌تردید تأمین منافع عمومی است، لذا انعقاد آنها مستلزم وجود شرایط خاصی است که در توافقات مرسوم در میان افراد عادی جاری نیست و واجد امتیازاتی است که تحت عنوان امتیازات قدرت عمومی شناخته شده است. اما مسئله حائز اهمیت در این میان، ماهیت نوع امتیاز قدرت عمومی است که تبیین آن و اینکه با چه رویکردی این ماهیت تحلیل گردد به شناخت هرچه بهتر جایگاه و صلاحیت مقام اداری در بهره‌مندی از این امتیازات خواهد انجامید. به بیان بهتر آنچه در پژوهش حاضر بررسی شده است، تبیین دو رویکرد در ماهیت امتیاز قدرت عمومی به منظور انعقاد قراردادهای اداری توسط مقام اداری است. این دو رویکرد را بنا به نظر نویسندگان در دو مسئله اساسی «حکم بودن» و یا «حق بودن» ماهیت امتیازات قدرت عمومی در قرارداد اداری می‌توان خلاصه نمود. مقاله حاضر در تلاش است با روشی تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به این سؤال اصلی پاسخ دهد که ماهیت امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری در حقوق ایران از بستر کدامیک از این دو رویکرد بهره‌مند است، حق یا حکم؟ و یافته کلی مقاله نشان می‌دهد که مبنای ماهیت امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری در حقوق ایران به صورت کامل و روشن تبیین نشده است اما آنچه از ظواهر پیداست ترجیح رویکرد حکم‌محور به صلاحیت و جایگاه مقام اداری در بهره‌مندی از امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری است.

واژگان کلیدی: ماهیت امتیازات قدرت عمومی، قرارداد اداری، حق، حکم، حقوق اداری،

ایران.

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز، نویسنده مسئول، Email: vahidkhani@yahoo.com

مقدمه

منظور از قرارداد اداری، تنها قراردادی که یک طرف آن، مؤسسات عمومی یا سازمان‌های دولتی باشد نیست، بلکه مفهوم قرارداد اداری را باید در فلسفه انعقاد آن جستجو نمود. در واقع هدف از انعقاد این‌گونه قراردادها، انجام خدمات عمومی و برآوردن نیازهای عمومی است و به همین دلیل، این‌گونه قراردادها عموماً از احکام و قواعد ویژه حقوق اداری تبعیت می‌نمایند. به طور کلی دولت و سازمان‌های اداری برای انجام فعالیت‌های خود ناگزیر به انعقاد قرارداد با اشخاص حقیقی و حقوقی هستند و بخشی از خدمات مورد نیاز خود را از این طریق تأمین می‌کنند. قراردادهایی که سازمان‌های اداری منعقد می‌کنند از حیث قواعد و مقررات حاکم، به دو دسته تقسیم می‌شوند. یک دسته قراردادهای تابع حقوق خصوصی که شامل قراردادهای تابع حقوق مدنی مانند بیع و اجاره و قراردادهای تابع حقوق تجارت مانند قرارداد حمل‌ونقل و حق‌العمل‌کاری هستند و دسته دوم قراردادهای تابع حقوق عمومی هستند که از احکام و قواعد ویژه‌ای مانند قواعد اقتدار، ترجیحی و حمایتی تبعیت می‌کنند. قراردادهای دسته دوم یا منطبق بر حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران، مشابه قراردادهای منطبق بر ماده ۱۰ قانون مدنی، به صورت مدون تبیین نشده‌اند و اما برخی مصادیق آنها از قبیل قراردادهای پیمانکاری و پیمان‌های جمعی، را می‌توان از نمونه‌های دسته دوم در حقوق ایران نام برد.

قراردادهای اداری و امتیازات شناخته‌شده در آن، از زمان پیدایش و تولد حقوق اداری، به‌ویژه شکل‌گیری مفهوم دیوان‌سالاری و حرکت به سمت دولت‌های حداقلی و بهره‌مندی از توانمندی‌های بخش خصوصی و در عین حال ناگزیری و الزام دولت‌ها در تأمین منافع عمومی، شکل گرفتند و حاصل آن تولد قراردادهایی متفاوت از شیوه‌های مرسوم در میان مردمان و اصل برابری طرفین بود. این نوع قراردادها دولت را در یک ساختار نابرابر و برتری‌جویانه نسبت به طرف دیگر قرار داده است و امتیازاتی را برای آن به رسمیت شناخته است. بدون شک شناخت، تبیین و بررسی تحلیلی ماهیت امتیازاتی که قدرت عمومی به منظور انعقاد قراردادهای اداری به مقام اداری بخشیده است و اینکه مقام اداری از چه بُعدی به لحاظ «حق بودن» یا «حکم بودن» موجبات انعقاد آن را فراهم آورده است، بسیار حائز اهمیت بوده و مقام اداری را از سردرگمی، دوگانگی و تردید رها می‌سازد. شناخت ماهیت این امتیازات از منظر حق و حکم و پذیرش هریک از مفاهیم حاضر در حقوق اداری ایران لازمه قواعد مختص به آن است و تفاوت‌های جدی را در نحوه بهره‌مندی و اعمال این امتیازات ایجاد می‌کند و با توجه به تفاوت ماهیت احکام با حقوق، مقام اداری را در جایگاه و شرایط متفاوتی در بهره‌مندی از این امتیازات قرار می‌دهد و فایده تبیین ماهیت این امتیازات در این است که محدودیت‌ها و اختیارات مقام اداری در انعقاد قراردادهای اداری و استفاده از امتیازات قدرت عمومی را روشن می‌کند. مسئله‌ای که امروز گریبان‌گیر مقام اداری در انعقاد قرارداد شده است را می‌توان نوعی سردرگمی و عدم تبیین در بهره‌مندی از این امتیازات دانست. در واقع مقام اداری نمی‌داند حدود صلاحیت و ابتکار یا اختیار او در کاربرد یا صرف‌نظر از این امتیازات تا به کجاست؟ اهمیت توجه به مسئله فوق می‌تواند راهگشا و راهنمای مقام اداری در برخورد صحیح با حدود، صلاحیت‌های وی، به منظور بهره‌مندی از امتیازات یادشده در انعقاد قراردادهای اداری باشد. با عنایت به آنچه گفته شد، مقاله حاضر در جهت پاسخ به تردید و سردرگمی موجود پرسش‌های زیر را مطرح می‌کند:

۱- ماهیت امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری ایران با چه رویکردی تبیین و پذیرفته شده است،

حق یا حکم؟

۲- در صورت پذیرش هریک از دیدگاه‌های حاضر در حقوق ایران، تأثیر پذیرش هریک از مفاهیم حاضر نیازمند چه قواعد و پیش‌زمینه‌هایی بوده و مقام اداری را در بهره‌مندی از این امتیازات در چه جایگاهی اعم از تکلیف یا اختیار قرار می‌دهد؟

تاکنون در تحقیق مستقلی به موضوع یادشده پرداخته نشده بنابراین مقاله حاضر با روش تحلیلی - توصیفی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و در سه گام به تبیین ماهیت امتیازات قدرت عمومی خواهد پرداخت.

۱- امتیازات قدرت عمومی در حقوق اداری

به موجب قانون ارائه امکانات آموزشی، رفاه و برخورداری از امکانات تأمین اجتماعی و ... برعهده دولت قرار دارد که اصطلاحاً خدمات عمومی دولت نامیده می‌شوند. ارائه هرچه بهتر این خدمات مستلزم اعطای امتیازاتی به ادارات متولی ارائه خدمات است که لازمه مدیریت خدمات است. این امتیازات، امتیازات قدرت عمومی نامیده می‌شوند که اداره را در موقعیت نابرابری با شهروندان قرار می‌دهد. امروزه با تحول در نظام اقتصادی و اجتماعی و ایجاد تنوع در نقش‌ها و وظایف دولت فعالیت‌های وی نیز در زمینه خدمات گسترش یافته است. بنابراین ادارات نقش مهمی به عنوان ابزار انجام خدمات دارند که این امر از طریق انعقاد قراردادها میسر می‌شود. این قراردادها که با هدف تأمین منافع عمومی یا اجرای یک خدمت توسط طرف قرارداد منعقد می‌شود، بیانگر امتیازاتی استثنائی است که برای اشخاص عادی متصور نیست و یا دربردارنده شروطی است که اداره را در موقعیت برتری قرار می‌دهد (واعظی، ۱۳۹۶، ص ۱۷). در حقوق اداری فرانسه وجود هریک از دو معیار گفته‌شده برای اداری شدن قرارداد کافی می‌باشد (Brown, S. Bell, 1993). حق تغییر یک‌جانبه قرارداد، حق فسخ یک‌جانبه، حق دریافت جریمه مصادیق این امتیازات برای دولت می‌باشد. مهم‌ترین ویژگی این دسته از قراردادها آن است که این دسته از قراردادها از آغاز تا اختتام، تابع اراده برتر اداره هستند و طرف قرارداد در طول اجرای قرارداد، ملزم به رعایت اقتضائات و الزامات قانونی اداره است (مولایی، ۱۳۹۳، ص ۹۴).

۱-۱ نقش قدرت عمومی در انعقاد قرارداد اداری

در جهت تمایز قراردادهای اداری و نظام استثنائی حاکم بر چنین قراردادهایی، ویژگی‌هایی برای آن پیش‌بینی شده است. قراردادهای اداری دارای چهار ویژگی: ۱- لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد؛ ۲- ارائه خدمات عمومی؛ ۳- رژیم فوق‌العاده نسبت به حقوق خصوصی؛ و ۴- دادگاه‌های اختصاصی هستند (زارعی، مولایی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۴) که در جهت تبیین نقش و ضرورت حضور قدرت عمومی در انعقاد قراردادهای اداری با توجه به اقتضائات موضوع مقاله به دو ویژگی لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد و رژیم فوق‌العاده آن نسبت به حقوق خصوصی خواهیم پرداخت.

۱-۲ لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد

می‌توان ویژگی عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد را برجسته‌ترین ویژگی‌های قرارداد اداری دانست با توجه به اطلاق قراردادهای دوطرفه که اصولاً بین اشخاص عادی با انگیزه‌ها و اهداف متعددی منعقد می‌گردند، اما در کنار قراردادهای منطبق بر حقوق خصوصی، قراردادهایی نیز هستند که یکی از طرفین قرارداد جزو اشخاص حقوق عمومی هستند در تعریف اشخاص حقوق عمومی بنا به تصریح قانون اساسی و قانون فهرست مؤسسات

عمومی غیردولتی تمامی نهادهای مذکور در این دو قانون جزو اشخاص حقوق عمومی شناخته می‌شوند و تنها نهادی که واجد صلاحیت اعطای شخصیت حقوقی است، مجلس قانونگذاری است (رضایی‌زاده، داورى، ۱۳۹۴، ص ۳۶). به تعبیر روشن‌تر اصولاً یکی از طرفین قرارداد اداری باید نهاد عمومی یا نهادهای برخوردار از امتیازات قدرت عمومی باشد. برای مثال این نهاد عمومی می‌تواند شهرداری یا یک وزارتخانه یا حتی دهیاری یک روستا باشد. بزرگ‌ترین شخص حقوق عمومی که بیش از هر نهاد دیگری برای تأمین نیازهای خود اقدام به انعقاد قراردادهای عمومی می‌کند، قوه مجریه می‌باشد. قوه مجریه با توجه به وظایف و اقتضات فعالیت‌های خود ناگزیر از انعقاد برخی قراردادهاست که با توجه به شخصیت حقوقی متفاوت خود از طرف دیگر قرارداد در نوعی برتری و تسلط قرار دارد.

در حقوق اداری ایران نهادهای متعددی در قالب اشخاص حقوق عمومی شناخته شده‌اند غیر از شخصیت مستقل و واحد قوه مجریه و سایر قوا و همچنین نهادهای حاکمیتی مثل شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام، شرکت‌های دولتی نیز دارای نوعی از اختیارات حقوق عمومی هستند و می‌توان آنها را نیز در قالب نهادهای حاکمیتی شناخت. گذشته از آن در ابتکار قانونی منحصربه‌فردی پس از انقلاب نهادهایی تحت عنوان نهادهای انقلابی با تصویب مجلس یا حکم حکومتی رهبری تشکیل یافته‌اند: کمیته امداد امام خمینی و بنیاد مستضعفان از مثال‌های بارز چنین ابتکار قانونی هستند.

۱-۲-۱- رژیم فوق‌العاده قراردادهای اداری

قراردادهای اداری در حقوق ایران از اصل برابری طرفین قرارداد پیروی نمی‌کنند. تمایز اصلی قراردادهای منطبق بر حقوق عمومی با سایر قراردادها همین ویژگی عدم انطباق با شرایط آزادی اراده طرفین در قراردادهای حقوق خصوصی است. دولت در جهت تأمین منافع عمومی ناگزیر به انعقاد قرارداد با اشخاص خصوصی است اما برابری طرفین قرارداد می‌تواند دولت را از اصل تأمین منافع عمومی در قراردادها در مواردی ناکام بگذارد. از این سو دولت در قراردادهای اداری از ید برتر نسبت به اشخاص حقوق خصوصی برخوردار است. همین ید برتر نیازمند ملازماتی است تا دولت در قراردادهای اداری از آن بهره‌مند گردد. شناخت ماهیت این ید برتر و ملازمات آن دولت را در ارائه خدمات عمومی رهگشا خواهد بود. این ملازمات که برگرفته از رژیم استثنائی حاکم بر قراردادهای اداری است، مقام اداری را در تأمین خدمات و منافع عمومی یاری می‌کند؛ اما شناخت ماهیت این ملازمات بی‌شک می‌تواند مقام اداری را در بهره‌مندی از اختیارات اداری موفق‌تر سازد.

مقام اداری در جایگاه بهره‌مندی از رژیم استثنائی حاکم بر قراردادهای با شناخت رویکرد حق‌محور و حکم‌محور امکان بهره‌مندی مطلوبی از ملازمات قراردادهای اداری برای خود خواهد ساخت. در ادامه بحث با توجه به اقتضات موضوع به تحلیل دو رویکرد حاضر خواهیم پرداخت.

۱-۳- مفهوم حق

مفهوم حق به معنای خلاف باطل، مال، صدق، عدل، ثابت، واجب و ملک بیان شده است (مشکینی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۳). برای مفهوم حق معانی متعددی بیان شده است و نویسندگان در متون، این کلمه را مشترک لفظی دانسته‌اند (تفضلی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۰). در واقع آنچه که به عنوان معانی حق بیان گردیده‌اند، مصادیق حق‌اند که با مفهوم حق متفاوت است و به نظر می‌رسد این دو باهم خلط شده‌اند. برخی حق را در معانی هر چیزی که گونه‌ای از ثبوت و تقرر دارد، برمی‌شمرند، خواه ثبوت آن در معنای حقیقی باشد یا در معنای اعتباری (گرگی، ۱۳۷۹، ص ۲۹). برخی از

فقه‌ها در مقام تعریف حق این لفظ را مقابل حکم به معنای «سلطنت» یا «ملک» بودن بررسی نموده‌اند، در واقع حق را ضعیف‌ترین درجه ملکیت می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۵). لفظ سلطه برخلاف سلطنت در زبان فارسی نیز کاربرد دارد، مقصود فقه‌ها از سلطنت همان مفهوم سلطه و چیرگی می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۵۵). سؤال اساسی این است که آیا حق در مقابل حکم به معنای سلطنت است یا ملک است؟ در پاسخ این پرسش بیان شده است که حق در واقع همان «سلطه اعتباری» است نه «سلطه تکلیفی» (جواز) البته به این پاسخ انتقاداتی وارد شده است و بیان شده که سلطنت از احکام حق است نه خود حق که در تعریف آن بیان شده است (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۵). در صورتی که در تعریف حق نباید آثار و احکام آن را به عنوان رکن تعریف نمود. از این رو نمی‌توان حق را در معنای سلطنت دانست اما می‌توان گفت حق در هر مورد، اعتبار و آثار مخصوصی دارد.

حق در اصطلاح فقهی و حقوق خصوصی از سنخ امتیاز و نفع برای صاحب حق است و بیان شده این موضوع را نباید با اباحه اشتباه نمود چراکه اباحه، برای عموم و تعیین آزادی‌های فرد برای اشخاص است. حتی اباحه خاصی را که در یک رابطه خصوصی به وجود آمده، مثلاً اذن گرفتن برای بردن آب یا استفاده از حق ارتفاق را هم نباید با حق اشتباه کرد. وجه مشترک حق و اباحه «می‌تواند» باعث اشتباه و خلط بین این دو مفهوم گردد. حق و اباحه هر دو، در این مفهوم به کار می‌رود؛ اما اباحه از سنخ حکم است و امر به دست شارع یا قانونگذار است؛ در حالی که امر حق به معنای امتیاز و نفع، به دست صاحب حق است و لذا بعد از فوت هم به ورثه‌اش منتقل می‌شود. البته حق هم به لحاظ اینکه توسط شارع یا قانونگذار مقرر می‌شود، می‌تواند از سنخ احکام باشد؛ اما از سنخ احکام وضعی و نه تکلیفی، ولی اباحه از سنخ احکام تکلیفی است (صرامی، ۱۳۸۵، ص ۳۴). اما در گذر از بستر تاریخ، حق معنای ویژه‌ای یافته است و در دو معنای «حق بودن»^۱ و «حق داشتن»^۲ به کار رفته است. در معنای اول حق با حوزه ارزش‌ها و هنجارها در ارتباط است و دربرگیرنده معنای خوب بودن است. اما حق در مفهوم دیگر در مقابل تکلیف قرار دارد و در واقع حاصل مبارزات و تلاش‌های برابری‌طلبانه در عصر مدرنیته می‌باشد. در دوران سنت حق در معنای ارزشی و اخلاقی آن کاربرد داشت، اما در دوران مدرن، با توجه به رنگ باختن تکالیف دینی و رشد تمایل به انسان‌گرایی و همچنین شکل‌گیری مفهوم حقوق بشر مفهوم تکالیف قانونی جایگزین معنای اخلاقی حق گردید (موحد، ۱۳۸۱، ص ۵۴). امروزه حق دامنه وسیعی پیدا نموده و سعی می‌شود که کماکان وسعت داده شود مانند حق آزادی، حق سیاسی، حق فرهنگی و ... این حقوق باعث وسعت حق اشخاص در مقابل احکام می‌شود.

۱-۴- مفهوم حکم

حکم در لغت به معنای امر، فرمان، دستور، علت، جهت و قاعده به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۸۰۴۱). حکم از نظر لغوی به معنای «الحکم» مصدر «حکم بینهم» به معنای «قضاوت» و «حکمت» آمده است (خوئی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۰۱). برخی از علمای لغت اصل کلمه حکم را به معنای «منع» استعمال می‌نمایند، منع از چیزی به منظور اصلاح آن (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۱۶۴). منظور از حکم اقتضای آن است که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد و منظور از تخیر هم به معنای اباحه تعلق است.

از دیدگاه کانت حکم به دو قسمت تحلیلی و ترکیبی تقسیم می‌شود. «حکم تحلیلی حکمی است که محمول آن را حل مفهوم موضوع باشد» و «حکم ترکیبی حکمی است که مفهوم محمول جزء مفهوم موضوع نباشد». نوع

اول را از این جهت تحلیلی می‌نامند که ذات موضوع را نمی‌توان شناخت مگر با توجه به صفت و خواصی که دارا می‌باشد و نوع دوم را به این جهت ترکیبی می‌نامند که می‌توان موضوع قضیه را بدون تصور محمول آن تصور نمود (صلیب، ۱۳۸۱، ۳۲۰). در اصطلاح حقوقی حکم عبارت است از اوامر و نواهی قانونگذار که مستقیماً امری را ممنوع نماید. دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوقی، در توضیح حکم بیان می‌دارد: «که در واقع حکم، دستور مقنن اسلام است راجع به افعال مکلفان، خواه این دستور الزامی باشد مانند امر و نهی و خواه نباشد مانند استتباب، کراهت و اباهه و در برابر «وضع» قرار دارد. در معنای اعم حکم عبارت است از قانون شرعی و شامل حکم وضعی و تکلیفی می‌شود.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۲۴۳).

۱-۵- تفاوت دو رویکرد از منظر مبنایی و مفهومی

در مبحث پیشرو تفاوت دو رویکرد از منظر مبنایی و مفهومی و قراردادهای اداری و صلاحیت‌های مقام اداری مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱-۶- تشخیص حق از حکم از منظر حقوقی

در بیان تمیز حق از حکم، یک نظریه قائل به عدم امکان استصحاب مورد مشکوک است. در این نظریه حقوق دانان بیان می‌دارند که باید خود را از قید نص رها نموده و آنگاه ببینیم که زمینه زندگی انسان‌ها اختیار است یا تکلیف؟ به این معنا که اصل، اختیار و آزادی اراده انسان است و اثبات خلاف آن محتاج ارائه دلیل است. این نظریه حاکی از آن است که اصل اراده انسان است. نظریه دیگر، بیان می‌دارد که تمیز دو مفهوم حق و حکم یکی از دشوارترین مسائل نظری است؛ چراکه حق و تکلیف متغیرند و نمی‌توان آنها را ثابت پنداشت. به عنوان مثال «ریاست»، «حضانت»، «انفاق» و «ولایت» و بسیاری از مفاهیم دیگر در حقوق و در بستر زمان تحول یافته‌اند. این دیدگاه تمیز حق و حکم را تا حدودی وابسته به تشخیص قوانین امری و تکمیلی می‌داند؛ چراکه حق و حکم هر دو نتیجه قانون است. گاهی مصلحتی که در هنگام وضع قانون مدنظر است از چنان اهمیتی برخوردار است که اراده اشخاص در برابر آن نادیده گرفته می‌شود. این قانون را «حکم» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۳۶). اما گاهی هدف قانونگذار حفظ منافع شخصی افراد و در جهت تکمیل اراده آنها می‌باشد. پس این قانون در حدی نیست که حاکمیت اراده را از بین ببرد، بنابراین از قواعد تکمیلی می‌باشد و موقعیت ناشی از آن «حق» نامیده می‌شود. البته تمیز قوانین امری و تکمیلی از هم مشخصاً در تشخیص حق و حکم کاربرد ندارد، چراکه در اثر افزایش قوانین امری و دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی در بسیاری از موارد حقوق و تکالیف با هم مخلوط شده و همراه حق تکالیف گوناگونی به وجود آمده است؛ و در ثانی گاهی طبیعت حق ایجاب می‌نماید که برخی تصرفات در آن مجاز نباشد. اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که راهکار تمیز حق و حکم با توجه به مطالب گفته شده چیست؟ در پاسخ باید گفت که برای تشخیص حق از حکم باید ماهیت و وصف اساسی هر امتیاز را جداگانه مورد مطالعه قرارداد و با توجه به موقعیت و رابطه آن با نظم عمومی و روح قوانین تمیز داده شده و در زمره احکام یا حقوق قرار داده می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۲۴).

باید گفت، قابلیت‌های مهمی چون اسقاط، نقل و انتقال به عنوان ویژگی‌های متفاوت حق از حکم است. اما برای ویژگی‌هایی چون قابلیت نقل و انتقال باید حق بودن سلطه و توانایی محرز گردد و احراز این موضوع نیز خود منوط بر قابلیت نقل و انتقال و اسقاط بوده از طرفی نیز حکم چیزی است که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، البته

همه حقوق قابل نقل و انتقال نبوده؛ چراکه همه اقسام حق این ویژگی را نداشته و در برخی موارد فاقد این قابلیت است پس ضابطه نقل و انتقال به تنهایی برای تمایز حق از حکم کافی نبوده و به معیار دیگری چون مفاد ادله نیز باید توجه شود؛ چراکه حق و حکم، هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی بوده. به طور معمول در ادله مذکور اراده شخص در نتیجه حاصل از آنها تأثیری نداشته و اثر آن حکم موضوع مورد تردید است به طور کلی باید با دقت در ادله شرعی تمایز حق از حکم بودن موضوع را تشخیص داد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۸۸). اگرچه قابلیت اسقاط به عنوان ویژگی قطعی مورد پذیرش همه فقها بوده و مخالفی ندارد؛ اما در کنار آن ملاک نقل و انتقال نیز به عنوان ویژگی تشخیص حق از حکم قطعی شد. از نظر حقوق دانان معیار چهارمی نیز برای تشخیص حق از حکم بیان شده است و آن معیار امکان تعهد به سلب حق است که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق - برخلاف حکم - وجود دارد؛ بدین معنا که صاحب حق این توانایی را دارد به صورت تبریعی یا معوض متعهد شود که از حق خود استفاده نکند و این برخلاف حکم است که امکان تعهد به سلب آن وجود ندارد. به عبارتی منظور از امکان تعهد به سلب حق، این بوده که اگر صاحب حق تعهد کند که حق خود را اعمال نکند، این تعهد نافذ بوده در حالی که در حکم سلب آن توسط شخص نافذ نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۲۸۸).

امکان تعهد به سلب حق، همان اسقاط حق بوده چراکه وقتی شخصی متعهد می‌گردد، از انجام فعلی خودداری نماید، این تعهد چیزی جز خودداری از اعمال و اجرای حق نبوده در واقع، شخص حق خود را اسقاط کرده است. به طور مثال، اگر شخصی خودروی خود را بفروشد، به شرط اینکه خریدار آن را تا سه سال اجاره ندهد چنین بیع و شرطی صحیح است و شرط مذکور در ضمن عقد مصداق اسقاط حق است. بنابراین، نتیجه گرفته می‌شود که ویژگی‌های سه‌گانه مذکور اصلی‌ترین تفاوت و تمایز بین حق و حکم است (فروغی، ۱۳۹۱، ص ۱۳).

۱-۶-۱- تشخیص حق از حکم در قراردادهای اداری

قراردادهایی که دولت با اشخاص حقوقی خصوصی منعقد می‌نماید، تابع اصول و شرایط خاصی است (Jean-Francois Liachames, 1999, p. 365). قانونگذار ادارات را ملزم به تبیین ساختارهای معینی در جهت انعقاد قراردادهای نموده است و ضمانت اجرای عدم ترسیم این ساختارها و تشریفات را بطلان قرارداد اداری بیان نموده است. به عنوان مثال مقنن ادارات دولتی را ملزم به تأمین مایحتاج خود از طریق مناقصه می‌نماید. این الزام دولت خود بیانگر این است که ویژگی قراردادهای اداری نوعی حکم تکلیفی است و مقام اداری در ماهیت اعمال چنین امتیازاتی مکلف است و مختار نیست یا مثلاً ادارات ملزم به تأمین نیروی انسانی خود از طریق برگزاری آزمون هستند و اگر اداره تخلف نماید، قرارداد اداری بی‌اثر می‌شود (عباسی، ۱۳۹۶، ص ۳۰).

تشخیص ماهیت امتیازات مقام اداری از حیث حق یا حکم بودن در قرارداد اداری می‌تواند در مشروع‌سازی حدود اختیارات مقام اداری در انعقاد قرارداد اداری، اجرا و پایان قراردادها کمک نماید. مقام اداری در اعمال اداری، امتیازات مشخص شده دارد. اما این ویژگی برای مقام اداری، حق است یا تکلیف؟ این مسئله بسیار حساس بوده چراکه در صورت عدم تعیین این موضوع می‌تواند باعث شود تا مقامات اداری از اختیارات و موقعیت خود در قرارداد اداری سوءاستفاده نمایند. مشخص شدن صلاحیت و اختیار مقام اداری و اینکه اختیار و صلاحیت مذکور حق است یا حکم، می‌تواند مانع از سوءاستفاده مقامات اداری شود چراکه اگر حکم باشد مقام اداری حق ندارد از حدود قانونی مشخص شده تجاوز نماید یا حقوق و صلاحیت‌های را از خود اسقاط نماید. از طرفی برای تبیین معیار حق از حکم در قراردادهای اداری باید به صلاحیت‌های مقام اداری در راستای اجرای وظایف پرداخته شود. بنابراین در این بخش به بررسی صلاحیت و انواع صلاحیت اداری، صلاحیت تکلیفی و تخییری پرداخته می‌شود.

۱-۶-۲- تشخیص حق از حکم بر اساس انواع صلاحیت در حقوق عمومی

تقسیم‌بندی‌های گوناگونی برای صلاحیت در حقوق عمومی مطرح شده‌اند که عبارتند از صلاحیت‌های ذاتی و نسبی، صلاحیت‌های اختصاصی و مشترک و صلاحیت‌های انحصاری و قابل تفویض (یاوری، ۱۳۹۳، ص ۳). اما به اعتبار دیگری نیز صلاحیت‌های مقام اداری به صلاحیت‌های تخییری - گزینشی، صلاحیت‌های تکلیفی و صلاحیت‌های شبه تکلیفی تقسیم شده‌اند. در ادامه مبانی تشخیص دیدگاه حق‌انگارانه یا حکم‌انگارانه در انواع صلاحیت مقام اداری مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۶-۳- تشخیص بر مبنای صلاحیت اداری

معیار مناسب برای تشخیص حق از حکم در خصوص اعمال اداری در قراردادهای اداری استفاده از «صلاحیت» است. اگرچه در فقه و حقوق خصوصی بیشتر جنبه‌های فقهی و نظرات فقها وجود دارد و برای تشخیص حق از حکم از نظرات فقها استفاده می‌شود اما در حقوق عمومی معیاری وجود دارد که به واسطه آن می‌توان حق را از حکم تشخیص داد، این معیار «صلاحیت» است، چراکه صلاحیت به معنای قدرت مبتنی بر قانون، تصمیم‌گیری و اختیار است. اگرچه مفهوم «صلاحیت» در حقوق اداری مورد اختلافات و محل مناقشه است اما تعاریفی که در این خصوص وجود دارد. برخی بیان داشته‌اند که «اختیارات قانونی یک مأمور رسمی برای انجام پاره‌ای از امور مانند صلاحیت دادگاه‌ها و صلاحیت مأمور دولت در تنظیم سند رسمی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص ۴۰۷) یا در تعریف دیگری که بیان شده است «صلاحیت شایستگی و اجازه قانونی است که از طرف قانون به مقام اداری برای بهتر اداره کردن اداره داده می‌شود در واقع صلاحیت تعیین‌کننده حوزه اقدام و فعالیت اداره است. صلاحیت اداری وضعیت حقوقی مشخصی است که برای مقام یا مرجع اداری تعریف می‌شود و به فرد یا شخص ویژه‌ای نیز ارتباط نمی‌یابد برای مثال، صلاحیت یک مقام اداری، وضعیت حقوقی فردی است که در آن پست سازمانی قرار می‌گیرد و بدیهی است که هر فرد منصوب در آن پست سازمانی در آن وضعیت حقوقی قرار می‌گیرد و این وضعیت حقوقی با فرد تعریف نمی‌شود.» (بابازاده، ۱۳۹۳، ص ۲) یا در تعریف صلاحیت بیان شده است که صلاحیت قانونی یک ارگان یا نهاد اداری از خلال فرایند قانونگذاری ایجاد شده و می‌توان آن را گستره یا حوزه اختیارات یک نهاد یا ارگان در بررسی و تصمیم‌گیری در مورد یک موضوع معین یا حوزه سیاسی در جهت ایجاد اعمال اداری تعریف نمود (فلاحزاده و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۸). اگرچه در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است و مقامات اداری صرفاً در مواردی که قانونگذار به آنها اختیار و صلاحیت انجام کاری را داده باشد، صالح خواهند بود (ویژه، ۱۳۸۸، ص ۴۱). اما این نکته باید بیان شود که صلاحیت با مفهوم «اختیار» و «حق» که متضمن آزادی و قدرت انتخاب در اخذ تصمیم از جانب مقامات اداری سازگاری نداشته و در همین راستای برخی اعتقاد دارند که: «بنیان صلاحیت، در قلمرو حقوق عمومی است و از مبانی مهم آن قانونی بودن آن است. مفاهیم «تکالیف قانونی» با «توانایی قانونی» برای اقدام یا اخذ تصمیم عمومی سازگاری بیشتری دارد و با منطق و هدف صلاحیت نیز همسوست. حتی صلاحیت اختیاری نیز تکلیفی قانونی است که باید در یک چهارچوب کلی‌تر موازین حقوقی به کار برده شود (شیرزاد، ۱۳۹۲، ص ۹۱). صلاحیت اختیاری حقی است که تنها در اختیار اداره قرار می‌گیرد (Kahn, 1980, p. 526). اما علت استفاده از معیار صلاحیت در تشخیص حق یا حکم بودن اختیارات مقامات اداری در قرارداد اداری، نشئت‌گرفته از ویژگی‌های صلاحیت است. به این معنا که صلاحیت ویژگی‌های خاصی دارد و اولین ویژگی آن قانونی بودن و مهم‌ترین ویژگی آن محسوب می‌شود و منظور آن است که اعمال صلاحیتی توسط

مقامات اداری باید مستند به مجوز قانونی باشد و در غیر این صورت اعمال و تصمیمات فاقد اعتبار قانونی بوده، از طرفی ویژگی قانونی بودن باعث می‌شود تا صرفاً مقامات و نهادهایی که قانون به آنها اجازه داده بتوانند اعمال صلاحیت نمایند و به نوعی صلاحیت، انحصاری است و با اعلام قانون داری صلاحیت امری می‌شوند (استوارسنگری، ۱۳۹۲، ص ۳۵۷). بنابراین اصل قانونی بودن باعث می‌شود تا صلاحیت انجام یک عمل یا ترک عمل منحصرأ برعهده مقام مورد تأیید قانون باشد و به مقامات اداری جایگاه مشابه قابل تعمیم نبوده است.

ویژگی دوم صلاحیت، الزامی بودن آن است. الزامی بودن به این معناست که حق ترک و خودداری از انجام وظیفه را نداشته و در صورت ترک مشمول تخلف می‌شود. از طرفی صلاحیت، وظیفه و تکلیف مأمور دولت بوده و نمی‌تواند به میل خود به آن عمل کند یا نکند بلکه در حدودی که قانون مشخص نموده باید عمل نماید. رعایت اصل دارا بودن صلاحیت از قواعد آمره است و تخطی از آن موجب بطلان تصمیم می‌شود (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲، ص ۲۴۴). در نهایت ویژگی آخر صلاحیت، محدود بودن آن است به این مفهوم که قدرت و صلاحیت مطلق، احتمال فساد و خودکامگی را به میزان بالایی افزایش می‌دهد و به همین علت باید اصل بر صلاحیت مقید مقامات عمومی باشد مگر در مواردی که قانون صلاحیت مطلق اعطاء کرده باشد (شیرزاد، ۱۳۹۲، ص ۹۲). وجود این ویژگی‌ها باعث می‌شود تا در صورت تردید میان حق و حکم در خصوص موضوعی به صلاحیت مقام اداری در همان موضوع مراجعه نمود و با توجه به ویژگی آن به تبیین و تشخیص آن اقدام گردد.

۱-۶-۴- تشخیص بر مبنای صلاحیت‌های تخییری یا گزینشی

صلاحیت تخییری یا صلاحیت اختیاری^۱ به مفهوم اختیار ارزیابی و گزینش اداره، صوابدید و صلاح‌دید است. به عبارتی به معنای صلاحیت مقام یا مأمور عمومی در انتخاب یکی از چند گزینه پیش‌رو و از قبل تبیین شده است. به این معنا که مقام عمومی به هنگام اعمال صلاح‌دید، مکلف است، گزینه متناسب، معقول و منطقی را انتخاب نماید. از طرفی انتخاب می‌بایستی بر اساس واقعیت‌ها و شواهد موجود، قابل توجیه باشد و مغایر با الزامات قانونی نباشد. صلاحیت گزینشی، اختیار تصمیم‌گیری با استفاده از عقل و وضعیت موجود، به منظور انتخاب یک گزینه از میان گزینه‌های متعدد قانونی بر اساس معیارها و موازین غیرحقوقی است. آنچه که حائز اهمیت می‌باشد، این است که صلاحیت گزینشی به معنای اختیار دل‌خواهانه و صرفاً سلیقه فردی نمی‌باشد (بابازاده، یوری، ۱۳۹۳، ص ۲). برخی نیز بیان داشته‌اند در صلاحیت تخییری قانون صرفاً انجام امری را از مقام عمومی خواسته و شرایط و ضوابط آن یا تنها بخشی از ضوابط آن را برعهده خود مقام عمومی نهاده است. مقام اداری نیز حق انتخاب دارد و از بین چند گزینه یا مورد می‌تواند تصمیم لازم و مقتضی مناسب را اتخاذ نماید. این صلاحیت با هدف ایجاد قدرت تصمیم‌گیری در موارد مختلف به مقام اداری، اعطاء شده است تا در مرحله اجرا و عمل بهترین شیوه را شناسایی و عملی سازد (کارگزاری، نبی‌لو، ۱۳۸۷، ص ۹).

در آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به وفور به این نهاد حقوقی به صورت ضمنی توجه شده است. برای مثال در قسمتی از دادنامه شماره ۳۱۰ مورخ ۱۳۹۰/۷/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به وجود صلاحیت گزینشی اذعان شده است که بیان می‌دارد: نظر به اینکه حکم قانونی مقرر در ماده قانونی مذکور، بیانگر اختیار وزیر امور اقتصادی و دارایی در ارجاع شکایت مؤدی به هیئت مربوطه است و الزام و تکلیف وزیر به ارجاع شکایت به هیئت مصرح در ماده قانونی فوق‌الذکر به منظور تجدید رسیدگی از آن استفاده نمی‌شود.

همچنین دادنامه شماره ۹۸ مورخ ۱۳۸۲/۳/۴ در خصوص صلاحیت تکلیفی بوده است، در این دادنامه قانونگذار ملاک محاسبه و بیمه بیکاری را به صراحت تبصره یک بند ج ماده ۷ قانون بیمه، جمع کل دریافتی‌های شخص بیمه‌شده و حق بیمه دریافت‌شده در آخرین ۹۰ روز قبل از شروع تقسیم بر روزهای کار قرار داده است. بنابراین بند ۲ دستورالعمل شماره ۵۲/۶۰۱۲۵ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۵ سازمان تأمین اجتماعی که بدون تمسک به علل و جهات قانونی، اعتبار لیست‌های ارسالی در ۹۰ روز آخر اشتغال بیمه‌شده را نفی کرده و معیار محاسبه را متوسط دستمزد روزانه شش ماهه قبل از ۹۰ روز آخر اشتغال، قرار داده است، محکوم به بطلان می‌باشد. احتساب مقررری بیمه بیکاری، یک صلاحیت تکلیفی است و دستگاه ذی‌ربط مجاز به اعمال صلاحیدیدی و سلیقه‌ای آن نمی‌باشد. یکی از مصادیق قانونی این طیف از صلاحیت‌ها تبصره ۲ ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری است، قانونگذار در تبصره اجازه تغییر ساعت کار کارکنان دولت را در موارد ضروری، به دستگاه مربوطه داده است. اما این اختیار را محدود به رعایت سقف ۴۴ ساعت در هفته و موافقت هیئت وزیران نسبت به تنظیم ساعت کار کارکنان نموده است. لذا در این مورد مقام اداری با فقدان اختیار حداکثری به طرف تکلیفی شدن در چهارچوب قواعد حرکت می‌نماید (ملکی، ۱۳۹۶، ص ۱۸۵). صلاحیت اختیاری دارای فایده و مضرات است با این حال این‌گونه صلاحیت‌ها نیز تحت دستورالعمل و چهارچوب مشخصی است و مقام اداری اختیار مطلق در این‌گونه صلاحیت ندارد.

۱-۶-۵- تشخیص بر مبنای صلاحیت‌های تکلیفی

صلاحیت تکلیفی به این معناست که اداره در اجتماع شرایط مکلف به اتخاذ تصمیمی است که در متن قانون مشخص شده است و مقام عمومی حق انتخاب میان گزینه‌های مختلف را ندارد. همچنین برخی برای صلاحیت تکلیفی قائل به تفکیک و تقسیم این نوع صلاحیت شده‌اند و صلاحیت تکلیفی محض و صلاحیت تکلیفی نسبی از موارد این تقسیم‌بندی است. صلاحیت تکلیفی محض به مواردی گفته می‌شود که تمام شرایط و ضوابط اتخاذ در متن قانون ذکر شده و مقام اداری باید عین آنها را اجرا نماید اما صلاحیت تکلیفی نسبی، برخی از شرایط پیش‌بینی شده و به صوت حداقلی به مقام اداری اختیاراتی داده شده است (هداوند، مشهدی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲). صلاحیت وقتی تکلیفی است که در برابر اوضاع و احوال معینی، قانون قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور دولت باید اتخاذ نماید، معین کرده باشد و شخص اداری را در اختیار تصمیم و انتخاب راه‌حل (از بین چند تصمیم و راه‌حلی که ممکن است وجود داشته باشد) آزاد نگذارد. به عنوان مثال می‌توان به تبصره ماده ۳۲ و بند «الف» ماده ۵۴ قانون مدیریت خدمات کشوری اشاره نمود که اعمال صلاحیدیدی را در چهارچوب محدوده‌های قانونی قرار داده است. در چنین حالتی اداره باید بدون استفاده از هرگونه ابتکاری، عمل کند و فقط یک گزینه را برای اقدام پیش‌رو پیاده‌سازی نماید. درواقع صلاحیت در حقوق اداری زمانی تکلیفی است که قانون، صلاحیت ویژه‌ای را به مقام اداری واگذار می‌کند و در آن بر اجرای «آمرانه» و «از پیش تعیین‌شده» صلاحیت، تأکید می‌کند. نمونه‌های زیادی از آرا هیئت دیوان عدالت اداری وجود دارند که به طور صریح یا ضمنی، صلاحیت تکلیفی مراجع و مقامات عمومی را به رسمیت شناخته‌اند، مثلاً احتساب مقررری بیمه بیکاری، یک صلاحیت تکلیفی است و دستگاه ذی‌ربط مجاز به اعمال صلاحیدیدی و سلیقه‌ای آن نمی‌باشد.

۱-۶-۶- تشخیص بر مبنای صلاحیت‌های شبه تکلیفی - شبه اختیاری

صلاحیت شبه تکلیفی - شبه اختیاری به این معناست که نه جنبه تکلیفی محض وجود دارد و نه جنبه گزینشی محض (مشهدی، ۱۳۹۰، ص ۴۰). به عنوان مثال به موجب اصل ۱۲۷ قانون اساسی رئیس‌جمهور می‌تواند

نمایندگان ویژه داشته باشد ولی این اختیار رئیس‌جمهور اطلاق ندارد و ضمن همین اصل، الزومات این اختیار مشخص شده است. به این معنا که تعیین نمایندگان ویژه منوط به «موارد خاص»، «ضرورت»، «اختیارات مشخص» و «تصویب هیئت وزیران» شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در دادنامه ۱۱۹ بیان داشته است: «... نظر به عدم جواز تفویض اختیارات و مسئولیت‌های اختصاصی هیئت وزیران به سایر اشخاص و اینکه حکم مقرر در اصل ۱۲۷ اصلاحیه قانون اساسی در باب انتخاب نماینده یا نمایندگان ویژه توسط ریاست‌جمهوری ناظر به موارد خاص و اختیارات مشخص و منصرف از موارد مصرح در اصل ۱۳۴ است و تعمیم حکم خاص مزبور به مطلق امور و موارد مقرر در اصل ۱۳۴ اصلاحی مذکور، موافق اهداف و احکام متمایز مقنن به شرح دو اصل فوق‌الذکر نیست، بنابراین تصویب‌نامه هیئت وزیران که به موجب آن به استناد اصل ۱۲۷، معاون حقوقی و امور مجلس تعیین شده است، خلاف قانون اساسی و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه تشخیص داده شده و ابطال می‌گردد.» در این نوع صلاحیت، اختیار اداره از یک طرف مبتنی بر حداقل آزادی و از طرف دیگر در صلاحیت تکلیفی حداقل قانونی بودن است.

نتیجه

می‌توان بیان داشت قوانین و مقرراتی که در خصوص نحوه انعقاد، اجرا، پایان و حتی ضمانت‌اجرای تخلف قراردادهای اداری در حقوق عمومی ایران وضع شده است، به نوعی حکم قانونی بوده و جز قواعد آمرانه محسوب می‌شوند و مقام اداری در خصوص صلاحیت انعقاد، اجرا، پایان قرارداد اداری، صلاحیت حکمی یا تکلیفی داشته و صلاحیت تخییری در قرارداد اداری بسیار نادر بوده و اگر صلاحیت تخییری هم در برخی شرایط برای مقام اداری در نظر گرفته شده است نهادی چون «نظارت» باعث می‌شود که مقام اداری از این صلاحیت‌های خود تخطی یا سوءاستفاده ننماید؛ چراکه سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری دقیقاً مربوط به صلاحیت تخییری است و صلاحیت تخییری محدود و مشخص است و در صورتی که برای مقام اداری صلاحیت تخییری در قرارداد اداری وجود داشته باشد تحت نظارت‌های خاص است و به این نوع از صلاحیت به عنوان استثناء نگریسته می‌شود.

در واقع اگر بتوان صلاحیت تخییری را معادل حق و ایده حق‌انگارانه دانست مقنن اداری در قراردادهای اداری به این اختیارات با دید تردید نگریسته و امکان اسقاط یا انتقال صلاحیت‌های مقام اداری، همانند ویژگی‌های مفهوم حق را نپذیرفته است و اداره را در اعمال قدرت برتر خود در قراردادها مکلف نموده است که این تکلیف و الزام را می‌توان معادل مفهوم حکم در فقه و حقوق دانست.

از طرفی قانونگذار برای صلاحیت مقام اداری بیشتر به حصر آنها می‌پردازد و مقامات اداری دیگر حق ورود به «تعیین» یا «حصر» مصادیق را نخواهند داشت. پس قانونگذار اصل را بر حکم بودن یا ایده حکم‌انگارانه صلاحیت‌های مقام اداری قرار داده است.

پذیرش نهاد حکم در قراردادهای اداری در حالی که می‌تواند مانع از تجاوز و سوءاستفاده اداره از اختیارات خود باشد اما می‌تواند دایره ابتکار و خلاقیت مقام اداری را نیز محدود کند چراکه بر اساس اصل نهادینه انطباق، مقام اداری می‌تواند در قراردادهای اداری انطباق و سازگاری قرارداد با تغییرات روز را بخواهد اما با پذیرش دیدگاه حکم‌انگارانه برای امتیازات قدرت عمومی، مقام اداری را از تنوع و ابتکار در قراردادهای اداری محروم کرده است. شایسته است در جهت تبیین نظام قراردادنویسی حقوق اداری و قراردادهای منطبق بر حقوق عمومی در ایران چهارچوب نهاد امتیازات قدرت عمومی از جانب مقنن به صراحت شناسایی شده و زمینه‌ساز توسعه قراردادهای

منطبق بر حقوق عمومی در ایران باشد. در نهایت باید گفت در قراردادهای اداری امتیازات با دید حکم و احکام الزامی نگریسته می‌شوند که در صورت تجدیدنظر و پذیرش دیدگاه‌های انعطاف‌پذیر می‌تواند نتایج کاربردی‌تری در استفاده از این امتیازات داشته باشد.

منابع

فارسی

۱. کتاب

- آجرلو، اسماعیل، طاهری، دانیال. (۱۳۹۵). *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی بررسی مفهوم «قدرت سیاسی»*، تهران، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی.
- ابوالحمد، عبدالحمید. (۱۳۸۳). *حقوق اداری ایران*، چاپ هفتم، تهران، توس.
- استوار سنگری، کورش. (۱۳۹۲). *صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن*، مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری، تهران، انتشارات مجد.
- انصاری، ولی‌الله. (۱۳۹۳). *کلیات حقوق اداری*، تهران، نشر میزان.
- بنکرانی، محمد. (۱۳۷۷). *سیری کامل در اصول فقه*، قم، فیضیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۴). *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- (۱۳۷۶). *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جمیل، صلیبا. (۱۳۸۱). *مقدمات مفهوم حقوق اداری*، ترجمه منوچهر صانعی، تهران، انتشارات حکمت.
- خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶). *حاشیه کتاب مکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- دبیرنیا، علیرضا. (۱۳۹۵). *قدرت مؤسس کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن*، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۳). *لغت‌نامه*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- زمانیان جهرمی، علی. (۱۳۹۰). *حقوق نظارت قدرت عمومی بر شهرداری‌ها*، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ دوم، تهران، مجد.
- شیرزاد، امید. (۱۳۹۲). *دلایل ابطال مصوبات دولتی در دیوان عدالت اداری*، تهران، انتشارات جنگل.
- صدراالحافظی، سید نصرالله. (۱۳۷۲). *نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، چاپ اول، تهران، شهریار.
- صرامی، سیف‌الله. (۱۳۸۵). *حق، حکم و تکلیف*، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. (۱۳۴۹). *حقوق اداری*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- عالم، عبدالرحمان. (۱۳۷۳). *بنیادهای علم سیاست*، چاپ اول، تهران، نشر نی.
- فلاح‌زاده، علی محمد. (۱۳۹۱). *تفکیک تقنین و اجرا تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه*، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار.

- (۱۳۸۳). قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶). قواعد فقه، تهران، مرکز نشر اسلامی.
- مشهدی، علی. (۱۳۹۰). صلاحیت تخییری «مطالعه تطبیقی نظارت بر اعمال صلاحیت تخییری در قوه مجریه»، تهران، معاونت تحقیقات حقوق شهروندی ریاست جمهوری.
- موحد، محمدعلی. (۱۳۸۱). در هوای حق و عدالت، تهران، انتشارات کارنامه.
- مولایی، آیت. (۱۳۹۳). قراردادهای اداری، تهران، میزان.
- هداوند، علی، مشهدی، علی. (۱۳۸۹). اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت، تهران، نشر خرسندی.

۲. مقاله

- بابازاده، وحید، یآوری، اسداله. (۱۳۹۳). مفهوم صلاحیت گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری. فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد. دوره ۷، شماره ۲۵.
- تفضلی، تقی. (۱۳۸۰). تحقیق و بررسی درباره معنی و مفهوم کلمه حق. مقالات و بررسی. شماره ۲۱ و ۲۲.
- عباسی، بیژن، حسینی الموسوی، مجتبی. (۱۳۹۶). قراردادهای اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی. دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن. شماره ۱۰.
- عسکری، رضا. (۱۳۹۴). ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه. مجله علمی پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه. شماره ۴.
- فروغی، علیرضا. (۱۳۹۱). آثار حق و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی. دوفصلنامه دانش حقوق مدنی. شماره نخست.
- کارگزاری، جواد، نبی‌لو، حسین. (۱۳۸۷). اجرای صلاحیت‌های اختیاری توسط مقامات اداری. فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی. شماره ۱۳.
- گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۲). مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران. شماره ۳۹.
- ملکی، مسلم، هاشمی، سید محمد. (۱۳۹۶). معیار مطلوب طبقه‌بندی صلاحیت‌های اداری. تحقیقات حقوقی آزاد. دوره ۱۰، شماره ۳۶.
- نیکبخت، حمیدرضا. (۱۳۸۴). مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل. مجله تخصصی الهیات و حقوق. شماره ۱۵ و ۱۶.
- واعظی، مجتبی. (۱۳۹۴). معیار حاکمیت در حقوق اداری ایران. مجله مطالعات حقوق دانشگاه شیراز. دوره هفتم، شماره دوم.
- واعظی، مجتبی، البرزی، زهرا. (۱۳۹۶). جایگاه مفهوم خدمت عمومی در حقوق اداری ایران. دوفصلنامه حقوق اداری. شماره ۱۲.
- ویژه، محمدرضا. (۱۳۸۸). اصل قانون‌مداری در اعمال اداری. مجله آموزه‌های حقوقی. شماره ۱۲.

۳. سایت‌های اینترنتی

- نورمفیدی، سید مجتبی. (۸۸-۸۹). خارج اصول، جلسه پنجاه چهارم، حکم وضعی، برگرفته‌شده از وبسایت (آخرین مراجعه ۱۳۹۸/۱۰/۱۱). <http://m-noormofidi.com/data>.

غیر فارسی

۱. عربی

کتاب

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۳۸۷). **المفردات فی غریب القرآن**، قم، نشر صادق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۶). **حاشیه کتاب مکاسب**، جلد ۱، قم، دارالعلم.
- (۱۳۷۸). **حاشیه مکاسب**، تهران، دارالمعارف الاسلامیه.
- مشکینی، میرزا علی. (۱۳۸۴). **مصطلحات الفقه**، قم، جامعه مدرسین.
- نایینی، محمد حسن. (۱۴۱۸). **منیه الطالب**، جلد ۱، قم، نشر اسلامی.

۲. انگلیسی

۱. کتاب

- Brown, L.Neville, S.Bell, John. (1993). **French Administrative Law**, New York, Oxford University Press Inc.
- Faure, Lewis's, Marx and Engels. (1971). **Basic Writings on Politics and Philosophy**, New York, Anchor Books.
- Liachames, Jean-François. (1999). **Droit Administrative 1999**, Puf, London
- Longman, Pearson Education, Limited, 2005.
- Robertson, Avid. (1998). **Dictionary of Politics**, London, Penguin Books.
- Taylor Steve, ed. (1999). **Sociology Issue and Debates**, London, Macmillan.

۲. مقاله

- Kahn, Jean. (1980). **Discretionary Power and Administrative**. Judge International and Comparative Law Quarterly, Vol. 29, No. 2/31.