



10.48315/QGL.2026.273668.1019

فصلنامه «دولت و حقوق»، سال ششم، شماره چهارم (پیاپی ۲۲)، زمستان ۱۴۰۴، صص. ۶۰-۴۱

جایگاه و ماهیت امتیازات قدرت عمومی در تنظیم و اجرای قراردادهای اداری

محمد مظهری*

وحید خانی**

نوع مقاله: علمی- پژوهشی

چکیده

قراردادهای اداری در نظام حقوق عمومی معاصر از ابزارهای اصلی تحقق کارآمد خدمات عمومی به شهروندان به شمار می‌آیند. دولت به اقتضای تأمین منفعت عمومی و براساس اختیارات ناشی از اقتدار عمومی، این امکان را دارد که قراردادهای اداری را با ویژگی‌هایی تنظیم کند که آن را از قراردادهای خصوصی متمایز می‌سازد. این ویژگی‌ها که تحت عنوان «امتیازات قدرت عمومی» شناخته می‌شوند، جایگاه و نقش تعیین‌کننده‌ای در تنظیم روابط میان مقام اداری و طرف قرارداد دارند. با وجود اهمیت این امتیازات، ماهیت حقوقی آن‌ها و اینکه آیا این امتیازات بر مبنای «حکم» یا «حق» برای مقام اداری قابل تحلیل‌اند، همچنان محل بحث و ابهام است. پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی- تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای، در پی تبیین بنیان ماهوی امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری در حقوق ایران است و این پرسش را مطرح می‌کند که ماهیت این امتیازات بیشتر از جنس حکم است یا حق. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که حقوق ایران در این حوزه فاقد تبیین صریح و منسجم است؛ بالاین حال، بررسی رویه‌ها و مبانی موجود، غلبه رویکرد «حکم محور» را نسبت به «حق محور» در بهره‌مندی مقام اداری از امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری تأیید می‌کند.

واژگان کلیدی

امتیازات قدرت عمومی، قراردادهای اداری، ماهیت حکم، ماهیت حق، صلاحیت اداری، حقوق اداری ایران.

* دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

m.mazhari@tabrizu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

vahidkhani313@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

مقدمه

مقصود از قرارداد اداری، صرفاً قراردادی نیست که یک طرف آن مؤسسات عمومی یا سازمان‌های دولتی باشند، بلکه ماهیت اداری یک قرارداد را باید در فلسفه انعقاد آن جست‌وجو کرد. هدف اصلی این گونه قراردادهای، انجام خدمات عمومی و تأمین نیازهای عمومی است و از همین رو، قراردادهای اداری از احکام و قواعد ویژه حقوق عمومی و حقوق اداری تبعیت می‌کنند. در ایران نمی‌توان «قرارداد استخدامی» یا «قراردادهای استخدامی» را به عنوان نمونه‌ای از قراردادهای اداری ذکر کرد؛ زیرا رابطه استخدام تابع قانون است، نه قرارداد. دولت و سازمان‌های اداری برای تحقق وظایف خود ناگزیر از انعقاد قرارداد با اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند و بخشی از خدمات و نیازهای عمومی را از طریق این قراردادها تأمین می‌نمایند. قراردادهایی که توسط دستگاه‌های اداری منعقد می‌شود، از حیث قواعد و مقررات حاکم، به دو دسته کلی قابل تقسیم است: نخست، قراردادهای تابع حقوق خصوصی که شامل قراردادهای مدنی مانند بیع و اجاره، یا قراردادهای تجارتي مانند حمل و نقل و حق العمل کاری است؛ دوم، قراردادهایی که بر اساس قواعد حقوق عمومی تنظیم می‌شوند و از اصولی چون اقتدار، ترجیح و حمایت تبعیت دارند.

در نظام حقوقی ایران، این دسته دوم از قراردادها (که در ادبیات حقوقی در زمره «قراردادهای اداری» تحلیل می‌شوند) همچون قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، به صورت یک نظام جامع و مدون تعریف نشده‌اند. با این حال، برخی مصادیق آن‌ها مانند قراردادهای پیمانکاری، خدمات عمومی و قراردادهای مشارکت در اجرای طرح‌های عمومی، در عمل واجد ویژگی‌های قرارداد اداری محسوب می‌شوند. بنابراین برخلاف برخی تصورات، رابطه استخدامی کارکنان دولت که تابع مقررات آمره و رابطه‌ای قانونی است، نه قراردادی، در شمار قراردادهای اداری قرار نمی‌گیرد.

قراردادهای اداری و امتیازات شناخته شده در آن، از زمان پیدایش و تولد حقوق اداری، به ویژه شکل گیری مفهوم دیوان سالاری 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 برتری جویانه 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 بعدی 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 هر یک از مفاهیم حاضر در حقوق اداری ایران لازمه قواعد مختص به آن است و تفاوت‌های جدی را در نحوه بهره‌مندی و اعمال این امتیازات ایجاب 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 قراردادهایی 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، به‌منظور 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 به بحث و بررسی موضوع خواهد پرداخت. در این مقاله ابتدا به تبیین ماهیت امتیازات قدرت عمومی پرداخته و در گام بعدی به بررسی رویکرد حکم محور و حق محور آن در حقوق اداری ایران پرداخته شده است.

۱. امتیازات قدرت عمومی در حقوق اداری

به‌موجب قانون ارائه امکانات آموزشی، رفاه و برخورداری از امکانات تأمین اجتماعی و... بر عهده 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: ۱۷). در حقوق اداری فرانسه وجود هر یک از دو معیار گفته شده برای اداری شدن قرارداد کافی است (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: ۹۴).

۲. نقش قدرت عمومی در انعقاد قرارداد اداری

در جهت تمایز قراردادهای اداری و نظام استثنایی حاکم بر چنین قراردادهایی، ویژگی‌هایی برای آن پیش‌بینی شده است. قراردادهای اداری دارای چهار ویژگی هستند: ۱- لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد، ۲- ارائه خدمات عمومی، ۳- رژیم فوق‌العاده نسبت به حقوق خصوصی و ۴- دادگاه‌های اختصاصی (زارعی و مولایی، ۱۳۹۲: 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.

۲-۱. لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد

از مهم‌ترین ویژگی‌های قرارداد اداری، حضور یک شخص حقوق عمومی به عنوان یکی از طرفین قرارداد است؛ با این توضیح که «عمومی بودن یکی از طرفین» نه به این معناست که هر قراردادی میان یک نهاد عمومی و یک شخص عادی، الزاماً «قرارداد اداری» محسوب می‌شود و نه بدین معناست که هر رابطه حقوقی نهاد عمومی با افراد، قراردادی است. در واقع، معیار تشخیص قرارداد اداری را باید در هدف و کارکرد عمومی قرارداد جست‌وجو کرد؛ یعنی قراردادی که به منظور تأمین نیاز عمومی، ارائه خدمات عمومی یا اداره امور

عمومی منعقد می‌شود و در نتیجه از قواعد اقتداری و آمره حقوق اداری متأثر است (رضایی‌زاده و داوری، ۱۳۹۴: ۳۶).

بر این اساس، حضور یک شخص حقوق عمومی شرط لازم برای قرارداد اداری است، اما شرط کافی نیست. مطابق قانون اساسی و قانون فهرست مؤسسات عمومی غیردولتی، نهادهایی مانند وزارتخانه‌ها، شهرداری‌ها، دهیاری‌ها، سازمان‌های عمومی و سایر مؤسسات مذکور، در شمار اشخاص حقوق عمومی قرار می‌گیرند؛ باین حال، صرف حضور این نهادها در یک رابطه حقوقی، آن رابطه را از نوع قرارداد اداری نمی‌سازد. برای مثال، روابط استخدامی کارکنان دولت (که تابع قوانین آمره و مبتنی بر انتصاب یا رابطه قانونی هستند) در زمره قراردادهای اداری قرار نمی‌گیرند، زیرا مبتنی بر توافق آزادانه طرفین نبوده و در حقیقت «قرارداد» به معنای دقیق کلمه محسوب نمی‌شوند.

در مقابل، نمونه‌هایی چون قراردادهای پیمانکاری، خدمات عمومی، مشارکت در احداث و بهره‌برداری از تأسیسات عمومی یا قراردادهای خرید خدمات عمومی، از مصادیق بارز قراردادهای اداری‌اند؛ زیرا مقام عمومی در این روابط با هدف انجام خدمت عمومی و با بهره‌گیری از امتیازات قدرت عمومی وارد قرارداد می‌شود. بزرگ‌ترین شخص حقوق عمومی در نظام اداری ایران، قوه مجریه و دستگاه‌های تابعه آن است که برای تحقق وظایف اجرایی خود ناگزیر از انعقاد قراردادهای متعدد در حوزه‌های عمرانی، خدماتی، پشتیبانی و مدیریتی است. در این قراردادهای نهاد عمومی به دلیل برخورداری از اختیارات حاکمیتی و مسئولیت تأمین منفعت عمومی، در موقعیتی متفاوت از طرف خصوصی قرار دارد؛ موقعیتی که مبنای اعمال امتیازات قدرت عمومی در تنظیم و اجرای قراردادهای اداری است.

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 در قالب نهادهای حاکمیتی شناخت. گذشته از آن، در ابتکار قانونی منحصر به فردی 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.

۲-۲. رژیم فوق‌العاده قراردادهای اداری

در قراردادهای اداری، برخلاف قراردادهای تابع حقوق خصوصی، اصل برابری طرفین به‌طور

کامل حاکم نیست. تمایز اصلی قراردادهای اداری همین خروج از چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی و پیدایش نوعی عدم تقارن ساختاری میان مقام اداری و طرف خصوصی است. این عدم تقارن نه به معنای نفی ماهیت قراردادی رابطه، بلکه ناشی از مسئولیت دولت در تأمین منفعت عمومی و لزوم بهره‌مندی آن از ابزارها و امتیازاتی است که اجرای خدمات عمومی را تضمین می‌کند.

دولت و سایر اشخاص حقوق عمومی در برخی فعالیت‌های خود ناگزیر از انعقاد قرارداد با اشخاص خصوصی‌اند؛ اما اگر این روابط دقیقاً مطابق اصل برابری طرفین شکل گیرد، در بسیاری موارد امکان تضمین مصالح عمومی وجود نخواهد داشت. به همین دلیل، در دسته‌ای از قراردادها که هدف آن‌ها ارائه خدمت عمومی یا اداره امری عمومی است، مقام اداری از «ید برتر» یا نوعی اختیار اداری ممتاز بهره‌مند می‌شود. این اختیار، تنها در حدود قراردادهایی اعمال می‌شود که واقعاً «اداری» محسوب می‌گردند؛ یعنی قراردادهایی که بر پایه توافق بوده، ولی درعین حال از قواعد استثنایی و آمره حقوق اداری تبعیت می‌کنند. بنابراین روابط غیر قراردادی و آمره همچون رابطه استخدام، خارج از قلمرو قراردادهای اداری قرار گرفته و مشمول این تحلیل نیستند. امتیازات و اختیاراتی که رژیم استثنایی قراردادهای اداری برای مقام اداری ایجاد می‌کند، ابزارهایی هستند که امکان تنظیم، اجرا و اصلاح قرارداد را در راستای تأمین منفعت عمومی فراهم می‌سازند. فهم ماهیت این اختیارات و بنیان نظری آن‌ها، نقش مهمی در تعیین حدود صلاحیت مقام اداری و جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی دارد. در تحلیل ماهیت این اختیارات، دو رویکرد عمده مطرح است: رویکردی که این اختیارات را «حکم» می‌داند و برخاسته از قواعد آمره و اقتدار عمومی تلقی می‌کند و رویکردی که آن‌ها را «حق» می‌شمارد و منشأ آن‌ها را در نیازهای قراردادی و ساختار توافق جست‌وجو می‌کند.

شناخت دقیق این دو رویکرد، مبنایی برای تبیین حدود بهره‌مندی مقام اداری از امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری فراهم می‌آورد. بر همین اساس، در ادامه به تحلیل ماهیت حکم‌محور و حق‌محور این امتیازات پرداخته خواهد شد تا جایگاه واقعی «ید برتر» در تنظیم و اجرای قراردادهای اداری روشن گردد. در ادامه بحث با توجه به اقتضائات موضوع به تحلیل دو رویکرد حاضر خواهیم پرداخت.

۳. مفهوم حق

مفهوم حق به معنای خلاف باطل، مال، صدق، عدل، ثابت، واجب، ملک بیان شده است (مشکینی، ۱۳۸۴: ۲۱۳). برای مفهوم حق معانی متعددی بیان شده است و نویسندگان در متون،

این کلمه را مشترک لفظی دانسته‌اند (تفضلی، ۱۳۵۴: ۱۲۰). در واقع آنچه که به عنوان معانی حق بیان گردیده است، 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 را دارد برمی‌شمارند، خواه ثبوت آن در معنای حقیقی باشد یا در معنای اعتباری (گرجی، ۱۳۷۹: ۲۹). برخی از فقها 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: ۱۰۵). لفظ سلطه برخلاف سلطنت در زبان فارسی نیز کاربرد دارد؛ مقصود فقها از سلطنت همان مفهوم سلطه و چیرگی می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵). سؤال اساسی این است که آیا حق در مقابل حکم به معنای سلطنت است یا ملک؟ 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 گردیده که سلطنت از احکام حق است نه خود حق که در تعریف آن بیان شده است (خراسانی، ۱۴۰۶: 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؛ درحالی 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 این که 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: 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 برابری طلبانه در عصر مدرنیته می‌باشد. در دوران سنت حق

1. Being right or just

2. Having a right

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: ۵۴). امروزه حق دامنه وسیعی پیدا نموده و سعی می‌شود که کماکان وسعت داده شود مانند حق آزادی، حق سیاسی، حق فرهنگی و... همین این حقوق باعث وسعت حق اشخاص در مقابل احکام می‌شود.

۴. مفهوم حکم

حکم در لغت به معنای امر، فرمان، دستور، علت، جهت و قاعده به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۸۰۴۱). حکم از نظر لغوی به معنای «الحکم» مصدر «حکم بینهم» به معنای «قضاوت» و «حکمت» آماده است (خوئی، ۱۴۱۷: ۱۹۰۱). برخی از علمای لغت اصل کلمه حکم را به معنای «منع» استعمال می‌نمایند، منع از چیزی به منظور اصلاح آن (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷: ۱۶۴). منظور از حکم اقتضاء 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 راحل 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 (صلیبا، 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 استحباب، کراهت و اباحه 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: ۲۴۳).

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 خواهد گرفت.

۵-۱. 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 حقوقدانان بیان می‌دارند که باید خود را از قید نص رها نموده و آن‌گاه ببینیم که زمینه زندگی انسان‌ها اختیار است یا تکلیف؟ به این معنی 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. به‌عنوان مثال «ریاست»، «حضانة»، «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 مد نظر است از چنان اهمیتی برخوردار است که اراده اشخاص در برابر آن نادیده گرفته می‌شود. این قانون را «حکم» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: 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؛ 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 قرار داد 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: ۴۲۴).

باید گفت؛ قابلیت‌های مهمی چون اسقاط، نقل و انتقال به‌عنوان ویژگی‌های متفاوت حق از حکم است. اما برای ویژگی‌های 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 به‌تنهایی 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 ادله‌های 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: 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 حقوقدانان 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: 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 سه گانه مذکور اصلی‌ترین تفاوت و تمایز بین حق و حکم است (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۳).

۲-۵. تشخیص حق از حکم در قراردادهای اداری

قراردادهایی که دولت با اشخاص حقوق خصوصی منعقد می‌کند، تابع اصول و شرایط خاصی است (Jean-Francois Liachames, 1999: 365). قانون‌گذار ادارات را ملزم به تبیین ساختارهای معینی در جهت انعقاد قراردادها نموده و ضمانت اجرای عدم ترسیم این ساختارها و تشریفات را ابطال قرارداد اداری بیان کرده است. به عنوان مثال مقنن ادارات دولتی را ملزم به تأمین مایحتاج خود از طریق مناقصه می‌کند. این الزام دولت خود بیانگر آن 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: 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 قراردادهای کمک نماید. مقام اداری در اعمال اداری امتیازات مشخص شده دارد. اما این ویژگی برای مقام اداری، حق یا تکلیف است؟ این مسئله بسیار حساس بوده؛ چراکه در صورت عدم تعیین این موضوع می‌تواند باعث شود مقامات اداری از اختیارات و موقعیت خود در قرارداد اداری سوءاستفاده کنند. 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.

۳-۵. تشخیص حق از حکم براساس انواع صلاحیت در حقوق عمومی

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

۴-۵. 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: ۴۰۷) یا تعریف دیگری که شده «صلاحیت

شایستگی و اجازه‌ی قانونی است که از طرف قانون به مقام اداری برای بهتر اداره کردن، 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: ۲). یا در تعریف صلاحیت بیان شده است که صلاحیت قانونی یک ارگان یا نهاد اداری از خلال فرآیند 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 نموده (فلاح‌زاده و دیگران، ۱۳۹۱: ۸). اگر چه 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: 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 اداری مقامات سازگاری نداشته و در همین راستا 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 همسو است. حتی صلاحیت اختیاری نیز تکلیفی قانونی است که باید در یک چارچوب کلی‌تر موازین حقوقی به کار برده شود (شیرزاد، ۱۳۹۲: ۹۱). صلاحیت اختیاری حقی است که تنها در اختیار اداره قرار می‌گیرد (Kahn, 1980: 526). اما علت استفاده از معیار صلاحیت در تشخیص حق یا حکم بودن اختیارات مقامات اداری در قرارداد اداری، نشأت گرفته از ویژگی‌های صلاحیت است. به این معنا که صلاحیت ویژگی‌های خاصی دارد که اولین و مهم‌ترین ویژگی آن، قانونی بودن محسوب می‌شود و منظور آن است که اعمال صلاحیت توسط مقامات اداری باید مستند به مجوز قانونی باشد و در غیر این صورت اعمال و تصمیمات فاقد اعتبار قانونی خواهد بود. از طرفی ویژگی قانونی بودن باعث می‌شود صرفاً مقامات و نهادهایی که قانون به آن‌ها اجازه داده می‌توانند اعمال صلاحیت نمایند و به‌نوعی صلاحیت، انحصاری است و با اعلام قانون، صلاحیت امری را دارا می‌شوند (استوارسنگری، ۱۳۹۲: ۳۵۷). بنابراین اصل قانونی بودن باعث می‌شود صلاحیت انجام یک عمل یا ترک عمل منحصرأ بر عهده مقام مورد تأیید قانون باشد و به مقامات اداری جایگاه مشابه قابل تعمیم نباشد.

ویژگی دومی صلاحیت، الزامی بودن آن است. الزامی بودن به این معناست که حق ترک و خودداری از انجام وظیفه را نداشته و در صورت ترک، مرتکب 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: 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 اعطا کرده باشد (شیرزاد، ۱۳۹۲: ۹۲). وجود این ویژگی‌ها باعث می‌شود در صورت تردید میان حق و حکم در خصوص موضوعی باید به صلاحیت مقام اداری در همان موضوع مراجعه نمود و با توجه به ویژگی آن به تبیین و تشخیص آن اقدام گردد.

۵-۵. 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 پیش رو و از قبل تعیین شده است. به این معنی که مقام عمومی به هنگام اعمال صلاح‌دید، مکلف است گزینه متناسب، معقول و منطقی را انتخاب نماید. از طرفی انتخاب می‌بایست براساس 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 براساس معیارها و موازین غیرحقوقی است. آنچه که حائز اهمیت می‌باشد، این است که صلاحیت گزینشی به معنای اختیار دلخواهانه و صرفاً سلیقه‌ی فردی نیست (بابازاده و یاور، ۱۳۹۳: 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 بر عهده 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، اعطا شده است تا در مرحله اجرا و عمل بهترین شیوه را شناسایی و عملی سازد (کارگزاری و نبی‌لو، ۱۳۸۷: ۹).

در آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به وفور به این نهاد حقوقی

1. (PouvoirDiscretionnaire), (DiscretionaryPower)

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 این که 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 دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۸ مورخ ۱۳۸۲/۳/۴ در خصوص صلاحیت تخیری 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 دریافت شده در آخرین ۹۰ روز قبل از شروع تقسیم بر روزهای کار قرار داده است. بنابراین بند ۲ دستورالعمل شماره‌ی ۶۰۱۲۵ / ۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۵ سازمان تأمین اجتماعی که بدون تمسک به علل و جهات قانونی، اعتبار فهرست‌های ارسالی در ۹۰ روز آخر اشتغال بیمه‌شده را نفی کرده و معیار محاسبه را متوسط دستمزد روزانه ۶ ماهه قبل از ۹۰ روز آخر اشتغال قرار داده است، محکوم به بطلان می‌باشد. احتساب مقرری بیمه بیکاری، یک صلاحیت تکلیفی است و دستگاه ذی‌ربط مجاز به اعمال 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 هیئت‌وزیران نسبت به تنظیم ساعت کار کارکنان نموده است. لذا در این مورد مقام اداری با عدم وجود اختیار حداکثری به طرف تکلیفی شدن در چارچوب قواعد حرکت می‌نماید (ملکی، ۱۳۹۶: ۱۸۵). صلاحیت اختیاری دارای فایده و مضرات است باین حال این گونه صلاحیت‌ها نیز تحت دستورالعمل و چارچوب مشخصی است و مقام اداری اختیار مطلق در این گونه صلاحیت ندارد.

۵-۶. 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 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 عین باید 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 و مشهدی، ۱۳۹۱: 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 راه حل (از بین چند تصمیم و راه‌حلی که ممکن است وجود داشته باشد) آزاد نگذارد. به عنوان مثال می‌توان به تبصره‌ی ماده‌ی ۳۲ و بند «الف» ماده‌ی ۵۴ قانون مدیریت خدمات کشوری اشاره نمود که اعمال صلاح‌دید را در چارچوب محدوده‌های قانونی قراردادده است. در چنین حالتی اداره باید بدون استفاده از هرگونه ابتکاری عمل کند و فقط یک گزینه را برای اقدام پیش رو 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 تعیین شده» صلاحیت، تأکید می‌کند. نمونه‌های زیادی آرای هیئت دیوان عدالت اداری وجود دارند که به طور صریح یا ضمنی، صلاحیت تکلیفی مراجع و مقامات عمومی را به رسمیت شناخته است مثلاً احتساب مقرری بیمه بیکاری، یک صلاحیت تکلیفی است و دستگاه ذی‌ربط مجاز به اعمال صلاح‌دید و سلیقه‌ای آن نمی‌باشد.

۵-۷. تشخیص بر مبنای صلاحیت‌های شبه تکلیفی - شبه اختیاری

صلاحیت شبه تکلیفی - شبه اختیاری به این معنا است که نه جنبه تکلیفی محض وجود دارد و نه جنبه گزینشی محض (مشهدی، ۱۳۹۰: 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، الزامات این اختیار مشخص شده است. به این معنا که تعیین نمایندگان ویژه منوط به «موارد خاص»، «ضرورت»، «اختیارات مشخص» و «تصویب هیئت‌وزیران» شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در دادنامه ۱۱۹ بیان داشته است: «... نظر به عدم جواز تفویض اختیارات و مسئولیت‌های اختصاصی هیئت‌وزیران به سایر اشخاص به سایر اشخاص و این که حکم مقرر در اصل ۱۲۷ اصلاحیه قانون اساسی در باب انتخاب نماینده یا نمایندگان ویژه توسط ریاست‌جمهور 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 مقتن 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.

نتیجه‌گیری

بررسی ساختار حقوق اداری ایران نشان می‌دهد که قواعد حاکم بر انعقاد، اجرای تعهدات، تعدیل، خاتمه و ضمانت‌اجراهای نقض در قراردادهای اداری عمدتاً ماهیت آمره داشته و در قالب «احکام قانونی» بر مقام اداری تحمیل شده‌اند. این امر بیانگر آن است که صلاحیت مقام اداری در حوزه قراردادهای اداری، بیش از آن که بر پایه اراده آزاد و اختیار قراردادی بنا شود، در چارچوب تکالیف و الزامات قانونی سازمان‌دهی شده است. بنابراین در اکثریت موارد، مقام اداری در تنظیم و اجرای قراردادهای اداری واجد صلاحیت حکمی یا تکلیفی است و صلاحیت تخییری تنها به عنوان استثنا و در حدود مشخص و محدود اعمال می‌شود؛ آن هم تحت نظارت‌های چندلایه قانونی و اداری که مانع از انحراف یا سوءاستفاده احتمالی می‌گردد. این الگو با مبانی نظری حقوق عمومی سازگار است؛ زیرا خطر سوءاستفاده غالباً در حوزه اختیارات اختیاری و مبتنی بر صلاحدید رخ می‌دهد و به همین دلیل قانون‌گذار دامنه چنین اختیاراتی را محدود و مشروط ساخته است. اگر صلاحیت تخییری را معادل رویکرد «حق محور» و صلاحیت حکمی را هم‌سنگ رویکرد «حکم محور» بدانیم، می‌توان گفت که قانون‌گذار ایرانی در زمینه قراردادهای اداری، رویکرد حکم‌محور را ترجیح داده است. براین اساس، مقام اداری نه صاحب حقی قابل اسقاط، انتقال یا تبدیل، بلکه مکلف به اعمال اختیاراتی است که به منظور تأمین منفعت عمومی و تضمین استمرار خدمات عمومی بر او تحمیل شده است. این ساختار شباهت روشنی با مفهوم «حکم» در فقه و نظریه عمومی حقوق دارد؛ حکمی که نه ناشی از توافق اراده‌ها، بلکه برخاسته از الزامات نظم عمومی و اقتدار اداری است.

همچنین سیاست قانون‌گذار در «حصری‌سازی صلاحیت‌ها» و منع مقامات اداری از توسعه، تحدید یا تغییر آن‌ها، موید غلبه نگاه حکم‌محور است؛ چراکه حصر صلاحیت‌ها و الزام به اعمال آن‌ها، با منطق حق (که مبتنی بر اختیار، اراده و قابلیت اسقاط است) سازگاری ندارد. از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق اداری ایران، اصل بر حکم بودن امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری است و تلقی «حق محور» صرفاً در موارد

محدود و به عنوان استثنا قابل مشاهده است. با وجود این، غلبه نگاه حکم‌محور پیامدهایی نیز به همراه دارد. هرچند این رویکرد می‌تواند از سوءاستفاده اداری، بی‌ثباتی قراردادها و نقض بی‌ضابطه حقوق اشخاص جلوگیری کند، اما در عین حال دایره ابتکار، انعطاف‌پذیری و امکان انطباق قرارداد با تغییرات سریع نیازهای عمومی را محدود می‌سازد. اصل «انطباق مستمر» در قراردادهای اداری مستلزم آن است که مقام اداری بتواند در موارد لازم، قرارداد را با تحولات فنی، اقتصادی و اجتماعی هماهنگ سازد؛ امری که نگاه صرفاً حکم‌محور آن را دشوار می‌کند. بر همین اساس، شایسته است قانون‌گذار با تقنین روشن و نظام‌مند جایگاه «امتیازات قدرت عمومی» و تعیین حدود حکم و حق در قراردادهای اداری، زمینه حرکت به سمت الگوی منعطف‌تر و کارآمدتری از قراردادهای مبتنی بر حقوق عمومی را فراهم آورد. چنین رویکردی ضمن حفظ اقتضانات نظم عمومی و نظارت مؤثر، امکان بهره‌گیری عملی‌تر و کاراتر از امتیازات قدرت عمومی را در مدیریت قراردادهای اداری ایجاد می‌کند.

در مجموع، یافته مقاله نشان می‌دهد که امتیازات قدرت عمومی در قراردادهای اداری در حقوق ایران عمدتاً ماهیت حکمی و آمره دارند و رویکرد حق‌محور تنها در حد استثنا و در چارچوبی بسیار محدود پذیرفته شده است؛ امری که نیازمند بازنگری و تکمیل تقنینی برای دستیابی به الگوی متوازن‌تر و کارآمدتر در اداره قراردادهای عمومی است.

کتابنامه

- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۳). *حقوق اداری ایران*. ایران، تهران: توس.
- آجرلو، اسماعیل؛ طاهری، دانیال (۱۳۹۵). *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی بررسی مفهوم «قدرت سیاسی»*. ایران، تهران: دفتر مطالعات نظام سازی اسلامی.
- استوارسنگری، کورش (۱۳۹۲). *صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن*. مجموعه مقالات *اندیشه‌های حقوق اداری*، ایران، تهران: انتشارات مجد.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۹۳). *کلیات حقوق اداری*. ایران، تهران: نشر میزان.
- بابازاده، وحید؛ یآوری، اسداله (۱۳۹۳). *مفهوم صلاحیت گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری*. *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد*، ۷ (۲۵).
- بنکرانی، محمد (۱۳۷۷). *سیری کامل در اصول فقه*. ایران، قم: فیضیه.
- تفضلی، تقی (۱۳۵۴). *تحقیق و بررسی درباره معنی و مفهوم کلمه حق، مقالات و بررسی، ۲۱ و ۲۲*.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، *ترمینولوژی حقوق*. ایران، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمیل، صلیبا (۱۳۸۱). *فرهنگ فلسفی*. ترجمه منوچهر صانعی، ایران، تهران: انتشارات حکمت.
- خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه کتاب مکاسب*. ایران، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- دیرنیا، علیرضا (۱۳۹۵). *قدرت مؤسس کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن*. ایران، تهران، شهر دانش.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳) *لغت نامه*. ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۸۷). *المفردات فی غریب القرآن*. ایران، قم: نشر صادق.
- زمانیان جهرمی، علی (۱۳۹۰). *حقوق نظارت قدرت عمومی بر شهرداری ها*. ایران، تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع).
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. ایران، تهران: مجد.
- شیرزاد، امید (۱۳۹۲). *دلایل ابطال مصوبات دولتی در دیوان عدالت اداری*. ایران، تهران: انتشارات جنگل.
- صدرالحافظی، سید نصراله (۱۳۷۲). *نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*. ایران، تهران: شهریار.
- صرامی، سیف الله (۱۳۸۵). *حق، حکم و تکلیف*. ایران، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۴۹). *حقوق اداری*. ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸) *حاشیه المکاسب*. ایران، تهران: دارالمعارف الاسلامیه.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶). *حاشیه کتاب مکاسب*. ج ۱، ایران، قم: دارالعلم.
- نائینی، محمدحسن (۱۴۱۸ق). *منیه الطالب*. ج ۱، ایران، قم: نشر اسلامی.
- عالم، عبدالرحمان (۱۳۷۳). *بنیادهای علم سیاست*. ایران، تهران: نشر نی.
- عباسی، بیژن؛ حسینی الموسوی، مجتبی (۱۳۹۶). *قراردادهای اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی*. دو فصلنامه فقه مقارن، ۱۰.
- عسکری، رضا (۱۳۹۴). *ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه*. مجله علمی پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه، ۴.
- فروغی، علیرضا (۱۳۹۱). *آثار حق و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی*. دو

- فصلنامه دانش حقوق مدنی، ۱.
- فلاح‌زاده و دیگران، (۱۳۹۱). تفکیک تقنین و اجرا تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه. ایران، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). قواعد فقه. ایران، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کارگزاری، جواد؛ نبی‌لو، حسین (۱۳۸۷). اجرای صلاحیت‌های اختیاری توسط مقامات اداری. فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، ۱۳.
- گرچی، ابوالقاسم (۱۳۷۲). مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۹.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. ایران، تهران: مرکز نشر اسلامی.
- مشکینی، میرزا علی (۱۳۸۴). مصطلحات الفقه. ایران، قم: جامعه مدرسین.
- مشهدی، علی (۱۳۹۰). صلاحیت تخییری «مطالعه تطبیقی نظارت بر اعمال صلاحیت تخییری در قوه مجریه». ایران، تهران: معاونت تحقیقات حقوق شهروندی ریاست جمهوری.
- ملکی، مسلم؛ هاشمی، سید محمد (۱۳۹۶). معیار مطلوب طبقه‌بندی صلاحیت‌های اداری. تحقیقات حقوقی آزاد، ۱۰ (۳۶).
- موحد، محمد علی (۱۳۸۱). در هوای حق و عدالت. ایران، تهران: انتشارات کارنامه.
- مولایی، آیت (۱۳۹۳). قراردادهای اداری. ایران، تهران: میزان.
- نورمفیدی، سید مجتبی (۱۳۸۹). خارج اصول. جلسه پنجاه چهارم، حکم وضعی، برگرفته شده از <http://m-noormofidi.com/data> (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۸/۱۰/۱۱).
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۴). مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل. مجله تخصصی الهیات و حقوق، ۱۵ و ۱۶.
- هداوند، علی؛ مشهدی، علی (۱۳۸۹). اصول حقوق اداری در پرتو آرا دیوان عدالت. ایران، تهران: نشر خرسندی.
- واعظی، مجتبی (۱۳۹۴). معیار حاکمیت در حقوق اداری ایران. مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۷ (۲).
- واعظی، مجتبی؛ البرزی، زهرا (۱۳۹۶). جایگاه مفهوم خدمت عمومی در حقوق اداری ایران. دو فصلنامه حقوق اداری، ۱۲.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). اصل قانون‌مداری در اعمال اداری. مجله آموزه‌های حقوقی، ۱۲.
- Robertson, Avid (1998). *Dictionary of Politics*. London: Penguin books.

Brown, L. Neville; John, S. Bell (1993). French Administrative Law. New York: Oxford University Press Inc.

Faure, Lewis's (1971). *Marx and Engels, Basic Writings on Politics and Philosophy*. New York: Anchor Books.

Jean-François, Liachames (1999). droit administrative. Lachaume Jean-François PUF.

Kahn, Jean (1980). Discretionary Power and Administrative Judge International and Comparative Law Quarterly, Vol29, No 2/31.

Taylor, Steve (1999). *Sociology Issue and Debates*. London: Macmillan.