

تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری

مجید نجارزاده هنجنی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۳

چکیده

دکترین کارکرد عمومی تحوّل بنیادین در مفهوم کلاسیک خدمات عمومی ایجاد کرده است، چراکه انحصار ملاک شخصی و سازمانی را در تشخیص خدمت عمومی نفی کرده و با توسل به برخی ملاک‌های دیگر برخی فعالیت‌های بخش خصوصی را نیز، در کنار خدمات بخش عمومی، خدمت عمومی می‌داند. دکترین کارکرد عمومی، با ارائه مفهوم نوین از خدمت عمومی، ملاک تشخیص قرارداد اداری را نیز متحوّل می‌کند. بر این اساس هر قراردادی که موضوع آن خدمتی عمومی باشد، فارغ از شخصیت طرفین قرارداد، قراردادی اداری تلقی می‌شود. به این ترتیب در چنین قراردادهایی نیز، با پشتوانه قانونی، امکان پیش‌بینی امتیازات ترجیحی وجود دارد؛ یعنی قراردادی که طرفین آن خصوصی هستند، بر مبنای وجود موضوع خدمات عمومی و مؤلفه‌های منفعت عمومی، قراردادی اداری تلقی می‌شود و متولی خدمت عمومی می‌تواند دارای امتیازات ترجیحی باشد. با این تحوّل مفهومی و محتوایی، صلاحیت دادگاه‌های اداری در رسیدگی قضایی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری نیز افزایش خواهد یافت و این مراجع می‌توانند به دعاوی قراردادی دو طرف خصوصی، به شرط موضوعیت خدمتی عمومی در آن قرارداد، رسیدگی کنند.

واژگان کلیدی: قرارداد اداری، کارکرد عمومی، خدمات عمومی، حقوق قراردادها، حقوق اداری

۱. دکتری تخصصی حقوق عمومی از پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ Majid.law63@yahoo.com

مقدمه

قراردادهای اداری را می‌توان حلقه اتصال حقوق اداری و حقوق خصوصی دانست. بر این اساس، ذیل بحث حقوق قراردادهای، می‌توان در کنار قراردادهای تجاری و مدنی حقوق خصوصی درباره قراردادهای اداری حقوق اداری نیز بحث کرد. البته این اتصال موضوعی به معنای اشتراک حکمی نیست. به عبارت دیگر، احکام و قواعد حاکم بر قراردادهای تجاری و مدنی با احکام و قواعد حاکم بر قراردادهای اداری تفاوت‌های مهمی دارند. وجود ریشه‌ها، مبانی و اصول حقوق عمومی در موضوع قراردادهای اداری تفاوت‌های حکمی فراوانی را با قراردادهای تجاری و مدنی سبب شده است. بنابراین، «...قراردادهای اداری در چارچوب حقوق عمومی معنا و مفهوم پیدا کرده است. در واقع حقوقدانان حقوق عمومی با توجهات مختلف و با استناد به نظریه‌های گوناگون، به‌خصوص نظریه خدمت عمومی و نظریه برتری منافع عمومی، نهاد مذکور را به عنوان نهادی مستقل... تعریف و تبیین می‌کنند» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۹).

موضوع قراردادهای اداری در حقوق عمومی و اداری سابقه چندانی ندارد. چراکه در دوره دولت‌های پیشامدرن، دولت‌ها به‌طور سنتی برای انجام وظایف و اعمال صلاحیت‌هایشان از اعمال حاکمیتی یک‌جانبه استفاده می‌کردند. اما برخی تحولات نظری و عملی سبب استقبال دولت‌های مدرن از اعمال اداری دو‌جانبه (قراردادهای اداری) شد. بر این اساس، برخی به‌درستی اذعان کرده‌اند که اصطلاح قرارداد اداری محصول دولت مدرن ملی است (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۴).

تحولات زمینه‌ساز استقبال دولت‌ها از قالب قراردادهای اداری را می‌توان در گسترش حوزه امور عمومی و وظایف حکومتی مشاهده کرد. «از زمانی که دولت به تدریج وظایف جدید پیدا کرد و وظایف آن از حاکمیت به تصدی، بلکه خدمات عمومی گسترش یافت، چون به تنهایی قادر به ارائه این وظایف نبوده، تأمین بعضی خدمات و نیازهای عمومی را طبق قرارداد با نظارت خود به دیگران واگذار می‌کند یا تدارک مواد و خدمات موردنیاز، اداره یا بهره‌برداری بعضی خدمات عمومی را طبق قرارداد و با حفظ حق هدایت و نظارت خود به اشخاص صلاحیت‌دار حقیقی یا حقوقی می‌سپارد» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۲). بنابراین می‌توان گفت موضوع «خدمات عمومی» زمینه‌ساز اصلی تأسیس و

توسعه نظریه قراردادهای اداری بوده است. خدمات عمومی یکی از مفاهیم کلاسیک و نظریه‌های مبنایی حقوق اداری است که درصدد تبیین مبنای مشروعیت حاکمیت دولت‌ها و در نتیجه، کنترل حدود و ثغور قدرت عمومی است.

به‌منظور فهم مبنای تأسیس و توسعه مفهوم قراردادهای اداری، نخست لازم است مفهوم خدمات عمومی به‌صورت اجمالی تبیین شود،^۱ زیرا به لحاظ تاریخی «شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری از نیمه دوم قرن نوزدهم به نظریه خدمت عمومی پیوند خورده است... به نحوی که فهم قرارداد اداری بدون فهم خدمت عمومی امکان‌پذیر نمی‌باشد» (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۳). در تعاریف کلاسیک ارائه‌شده در باب مفهوم خدمات عمومی، همواره بر دو نکته محوری ماهوی و سازمانی تأکید شده است:

نکته اول (ملاک ماهوی) ارتباطی است که بین خدمات عمومی با منافع عمومی وجود دارد. خدمات عمومی اساساً برای رفع نیازهای عمومی شکل گرفته‌اند و از رهگذر رفع نیازهای عمومی، منافع عمومی را تأمین می‌کنند. این ارتباط به‌گونه‌ای است که برخی پژوهشگران نقطه مشترک تمامی تعاریف ارائه‌شده از خدمات عمومی را تأمین نیازهای عمومی جامعه می‌دانند (رضایی‌زاده و کاظمی، ۱۳۹۱، ص ۲۴). پر واضح است که نتیجه نهایی رفع نیازهای عمومی تأمین منافع عمومی و به‌عبارتی سود عموم است. بر این اساس می‌توان گفت «مبادرت به خدمتی که به سود عموم منتهی می‌شود، وصف بارز این‌گونه خدمت‌ها است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶) و «خدمت عمومی فعالیتی است که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۶۵).

اما نکته دوم (ملاک سازمانی) که در ادبیات کلاسیک خدمات عمومی همواره بر آن تأکید شده ایفای نقش دولت در ارائه و مدیریت خدمات عمومی است. بنیانگذار نظریه خدمات عمومی، لئون دوگی،^۲ معتقد است که خدمات عمومی جز با مداخله حاکمیت امکان تحقق کامل ندارد. اهمیت این حضور و مداخله دولتی به حدی است که برخی مدعی شده‌اند خدمت عمومی مأموریت اصلی اداره است (Bilouseac, 2012, p. 238). به این دلیل مفهوم خدمات عمومی همواره قرین حضور و نوعی از مداخله دولت بوده

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: زارعی، محمدحسین و نجارزاده هنجنی، مجید (پاییز ۱۳۹۶). «مفهوم خدمات عمومی

و تحول آن در پرتو دکتربین کارکرد عمومی». پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ص ۳۲-۹.

۲. Léon Duguit

است. این تأکید به حدی بوده که برخی صاحب‌نظران را به ایده انحصار خدمات عمومی در بخش عمومی رسانده است. تا جایی که در تعاریف ارائه‌شده از خدمات عمومی به اختصاص خدمات عمومی به اداره و شخص عمومی تصریح می‌کردند. برای مثال گفته‌اند: «فعالیت یک نهاد خصوصی را نمی‌توان یک فعالیت ارائه‌دهنده خدمات عمومی تلقی کرد» (ibid, p. 241). برخی نیز گفته‌اند که «خدمات عمومی اغلب مترادف خدمات دولت استفاده می‌شود و تمامی کارکنان بخش دولتی را دربر دارد» (Perry & Wise, 1990, p. 368). البته امروزه، با تحولاتی که در ادامه به آن اشاره خواهد شد، ملاک سازمانی یادشده به چالش کشیده شده است.

با پذیرش نظریه خدمات عمومی، دولت‌ها در کنار وظایف و صلاحیت‌های سیاسی و پلیسی مسئولیت‌های متنوع اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را پذیرفتند. اما انجام این مسئولیت‌های متنوع به صورت مابشرتی در توان مالی، اداری و تخصصی دولت‌ها نبود. از این رو دولت‌ها به ظرفیت‌های بخش خصوصی روی آوردند و برای تأمین خدمات گوناگون دست نیاز به سوی بخش خصوصی دراز کردند و به این منظور وارد عرصه قراردادگرایی شدند. این پدیده نه موقتی بود و نه محدود؛ به گونه‌ای که امروزه شاهد انعقاد روزافزون قراردادهای اداری در حوزه‌های گوناگون خدمات عمومی (و حتی بعضاً امور پلیسی) هستیم. پدیده‌ای که از آن به «دولت قراردادی»^۱ تعبیر می‌شود. همچنین، بهره‌گیری اداره از خدمات بخش خصوصی در قالب قراردادهای اداری را اداره قراردادی نامیده‌اند (Guettier, 2004, p. 2).

زمینه‌های شکل‌گیری دکترین کارکرد عمومی

توسعه کارکرد خدمات‌رسانی دولت‌ها و به عبارت دیگر تلقی دولت‌محور در هسته مفهومی خدمات عمومی، با بروز تحولات اقتصادی و مدیریتی و ارائه نظریه‌های نوین در خصوص نقش دولت در بازار، با چالش و تحول جدی روبه‌رو شد. زمینه‌های این تحولات ذیل دو عنوان قابلیت بررسی دارد:^۲

۱. Contracting State

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۸). «تحولات الگوهای مدیریتی خدمات عمومی؛ از خدمات عمومی کلاسیک تا خدمات عمومی نوین». حقوق اداری، دوره ۶، شماره ۱۹ ص ۲۶۵-۲۸۸.

الف) الگوی مدیریت دولتی نوین و خصوصی‌سازی خدمات عمومی
 اواخر دهه ۱۹۷۰ دوره افول دولت‌گرایی است. از یک‌سو، در جهان سرمایه‌داری، رواج رانت‌های دولتی به علت فربه‌شدن اقتصاد دولتی، ناکارآمدی بنگاه‌های دولتی به علت فقدان انگیزه رقابت اقتصادی و وابستگی آن‌ها به یارانه‌های دولت، گسترش فساد، رکود اقتصادی، افزایش نرخ بیکاری، نرخ بالای تورم از جمله نشانه‌های بحرانی بود که برخی از آن با عنوان «موج سوم بحران اقتصاد سرمایه‌داری» یاد کرده‌اند (رحمت‌اللهی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳). از سوی دیگر، در جهان کمونیستی، با فروپاشی اتحاد شوروی، جذابیت الگوی اقتصاد کمونیستی از بین رفته بود. این تجربیات ثابت کرد که برنامه‌ریزی متمرکز و دستوری و مداخله شدید دولت در اقتصاد نه تنها به دور از نقص و نارسایی نیست، بلکه ممکن است بحران‌آفرین نیز باشد و شکست دولت عملاً مشکلی مزمن‌تر و پرهزینه‌تر از شکست بازار است. در نتیجه، «شکست‌های دولت‌ها در حفظ ثبات اقتصادی، حفاظت از محیط‌زیست و کاهش فقر به تلاش برای راه‌حل‌هایی نو و راهبردی خارج از بخش دولتی منجر شد» (Van Der Waldt, 2014, p. 125).

در گذار از دولت‌گرایی و اقتصاد دولتی، صندوق بین‌المللی پول^۱ و بانک جهانی^۲ در جایگاه دو نهاد بین‌المللی مهم و تأثیرگذار در روند توسعه اقتصادی کشورها و در کنار آن‌ها خزانه‌داری ایالات متحده آمریکا^۳ در ترویج نظری و عملی سیاست‌های بازارگرا تأثیر بسزایی داشتند. در فضای این سیاست‌ها، «خصوصی‌سازی، به‌مثابه نسخه‌ای شفابخش، برای شکستن انحصار دولتی و بهبود کارایی از طریق رقابت و فراهم‌کردن گزینه‌های بیشتر برای شهروندان در بازار توصیه می‌شود» (Warner and Bel, 2008, p. 724). زیرا «طرف‌داران آزادسازی بر این نظرند که با فشار رقابتی، کارایی تضمین می‌شود» (Bance, 2003, p. 43). این سیاست‌ها را که از سوی سه نهاد یادشده دنبال می‌شد، بعدها در سال ۱۹۸۹، جان ویلیامسون «اجماع واشنگتن»^۴ نامید، چون هر سه نهاد در واشنگتن مستقر بودند.

۱. International Monetary Fund

۲. World Bank

۳. United States Department of the Treasury

۴. Washington Consensus

به این ترتیب، «...در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ که موج خصوصی‌سازی و آزادسازی از ایالات متحده آمریکا و بریتانیا به بسیاری از کشورهای غربی رسید، تحول آغاز شد» (Mory, 2013, p. 57) و «اصلاحات بخش عمومی به سمت بخش خصوصی و مدیریت بازار محور در اغلب اقتصادها رواج یافت» (Ngowi, 2008, p. 98). در آموزه‌های نئوکلاسیکی، رویکرد به مدیریت خدمات عمومی متفاوت با رویکرد کلی به حوزه اقتصاد نبود. از بُعد نظری، ایدئولوژی نئولیبرال اولویت را به مشارکت بخش خصوصی می‌دهد. چه این که در قلب نئولیبرالیسم اصول اقتصادی وجود دارد که همواره از دولت بازار محور طرفداری می‌کند. از بُعد عملی نیز ناکامی ارائه خدمات از سوی دولت در طی دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ در بسیاری از کشورها به رویکردی گسترده به خصوصی‌سازی خدمات منجر شد (Warner & Bel, 2008, p. 723). بنابراین، ادعا و البته انتظار طرفداران خصوصی‌سازی خدمات عمومی بر مبنای تئوری کارایی این بود که کیفیت خدمات بخش خصوصی بهتر از خدمات بخش عمومی است، پس خدمات عمومی نیز باید خصوصی شود. البته نارسایی‌های پولی و بودجه‌ای دولت‌ها نیز در این اقبال تأثیرگذار بود.

این تحولات، چارچوب ارائه خدمات عمومی را تغییر داد، به گونه‌ای که برخی را به این نتیجه رساند که حرکتی «...از تفاوتی واضح میان بخش عمومی و خصوصی به سمت کم‌رنگ شدن این تفاوت و به هم پیوستن این دو» آغاز شده است (Waldo, 1980, p. 164). به عبارت دیگر، مرز بین عمل دولتی و عمل خصوصی نامشخص شد. برخی نیز رواج تقریباً جهانی خصوصی‌سازی را افتادن مدیریت عمومی به ورطه بحران اعتباری و هنجاری دانستند (Shamsulhaque, 1996, p. 213). برخی نیز، با نظر به خصوصی‌سازی‌های گسترده خدمات، مدعی شدند که این تغییرات کمتر از انقلاب نیست (Major, 1989, p. 1). زیرا با این تحولات، اندازه و نقش دولت چنان کوچک و محدود می‌شود که می‌توان چنین دولتی را «دولت پوک»^۱ نامید (Mccann, 2013, p. 7).

به لحاظ نظریه‌های مدیریت دولتی، این دوره مقارن است با رواج نظریه «مدیریت دولتی نوین»^۲ که بر بازارگرایی و واگذاری شرکت‌های دولتی به بخش خصوصی، برون‌سپاری خدمات عمومی و محدود شدن وظایف تصدی‌گری دولت و نهایتاً ترویج

۱. Hollow State

۲. New Public Management

رقابت در خدمات عمومی تأکید دارد. به همین علت، مدیریت دولتی نوین را وفق دادن فرایندهای خاص مدیریتی بخش عمومی با روش‌های بخش خصوصی دانسته‌اند (Matei & Razvan, 2014, p.687).

با توجه به این که «با اصلاحات مدیریت نوین دولتی، خدمات عمومی به لحاظ هدف‌گذاری معطوف به بهره‌وری، کارایی و کارآمدی شده است» (Rayner et al., 2012, p.122)، شاید بتوان این ادعا را که «...مدیریت نوین دولتی تیشه به ریشه مختصات خدمات عمومی زده است» (ibid, p.118) بهتر درک کرد. زیرا مدیریت دولتی نوین، با تأکید بر ارزش‌های منفعت خصوصی، دغدغه‌های منفعت عمومی را که مبنا و هدف خدمات عمومی است به حاشیه می‌راند.

ب) الگوی خدمات عمومی نوین و حکمرانی خوب

مطالعات اقتصادی دهه آخر قرن بیستم برخی اقتصاددانان را به این نتیجه رساند که دولت حداقلی و بازار آزاد عملکرد چندان موفق‌تری نداشته است. آمار بانک جهانی حاکی از این واقعیت بود که رشد اقتصادی جهانی در دوره ۱۹۶۰-۱۹۷۹ وضعیت بهتری از دوره ۱۹۸۰-۱۹۹۹ داشته است. نکته دیگری که نظر اقتصاددانان را به خود جلب می‌کرد این بود که در دهه ۱۹۸۰ کشورهای آسیای شرقی و برخی از کشورهای جنوب آسیا که در آن‌ها دولت‌ها به نقش فعال خود ادامه دادند، به رشد بسیار خوبی دست یافتند (نجارزاده هنجنی، ۱۳۹۸، ص ۲۷۸). گذشته از این، تحقیقات تجربی در مقایسه بخش عمومی و خصوصی کارایی بیشتر بخش خصوصی را ثابت نکردند (Girth et al., 2012, p.888) و «...این فرض به اثبات نرسیده و نخواهد رسید که همه فعالیت‌های دولت ضرورتاً ناکارآمد است و دولت باید به وسیله بنگاه‌های خصوصی از عرصه حیات اقتصادی به خارج رانده شود» (Radygin et al., 2015, p.56).

مطالعات اخیر در حوزه خدمات عمومی شهری نیز حاکی از نبود تفاوت فاحش میان ارائه خدمات از سوی دولت و بخش خصوصی بوده است (Warner & Bel, 2008, p.725). در سال‌های اخیر «موارد اندکی به هدف خصوصی‌سازی رسیده‌اند و خصوصی‌سازی‌های طراحی شده در کشورهای مختلف با شکست مواجه شده‌اند... در تعدادی از کشورها مخالفت‌ها علیه طرح‌های خصوصی‌سازی شدت یافت. یکی از

اتفاقات اخیر، رفراندوم عمومی ۲۰۱۱ ایتالیا درباره خصوصی‌سازی شرکت‌های آب شهری بود. اکثریت آرا مخالف این گزینه بود» (Mory, 2013, p.66). در بریتانیا نیز، پس از گذشت سال‌ها از خصوصی‌سازی کامل بخش آب، شرکت‌های خصوصی‌شده آب رضایت مردم را جلب نکردند. این شرکت‌ها به افزایش مفرط قیمت‌ها، سرمایه‌گذاری‌های بسیار کم (برخلاف اظهارات اغراق‌آمیز بر سرمایه‌گذاری کلان) و کاهش جدی تعداد نیروهای کار به منظور افزایش منافعشان متهم شدند (Bance, 2003, p.40).

با تکیه بر این تجربیات، در اجماع پساواشنگتنی^۱ رویکردی مشارکت‌جویانه مطرح شد که به موجب آن، دولت و بازار در روند توسعه شریک و مکمل هم به‌شمار می‌روند. در این رویکرد، نه دولت بر بازار برتری دارد و نه بازار بر دولت. به عبارت دیگر، این تجربه ارزشمند به دست آمد که این طرز تفکر درست نیست که راهبرد توسعه انتخاب دولت یا بازار است. بنا بر این رویکرد، توسعه نیازمند ایفای نقش بازار و دولت در کنار یکدیگر است، نه حذف یکی به نفع دیگری. همچنین، تولید خصوصی محض یا تولید دولتی محض گزینه‌های کاملی نیستند، بلکه بازیگران خصوصی و دولتی می‌توانند توانایی‌های نامتجانس یکدیگر را برای خلق ترکیب‌ها و همکاری‌های نو به کار گیرند (Cabral et al., 2013, p.7).

در فضای سیاست‌های پساواشنگتنی دولت دیگر حاکم نیست و حکومت نمی‌کند، بلکه فقط در فرایند «حکمرانی» مشارکت می‌کند. به این ترتیب، حکمرانی عام‌تر از اداره‌کردن و مدیریت^۲ است و به همین علت آن را جایگزین الگوهای مدیریت دولتی می‌دانند (Van Der Waldt, 2014, p.125) و در این فضا ویژگی‌های متعددی برای «حکمرانی خوب»^۳ ارائه می‌شوند.^۴

یکی از مشخصات الگوی حکمرانی خوب مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی در ارائه کالاها و خدمات عمومی است (ibid, p.131) که با تکیه بر ویژگی کارآمدی دولت معنا

۱. Post Washington Consensus

۲. Administration

۳. Good Governance

۴. کمیته مشورتی سازمان ملل راجع به مسائل و برنامه CCPOQ در گزارش سال ۲۰۰۰ ملاک‌های حکمرانی خوب را این‌گونه معرفی نموده است: مردم‌سالاری، مشارکت، عدالت، مدیریت و حمایت از محیط‌زیست، حقوق بشر، حاکمیت قانون، مدیریت ارائه خدمات عمومی، شفافیت و پاسخ‌گویی، امنیت، استقرار صلح و مدیریت تعارض‌ها، شهروندی آگاهانه و دولت الکترونیک.

خواهد داد. زیرا الگوی حکمرانی خوب در مدیریت خدمات عمومی این ایده را ترویج و از آن دفاع می‌کند که در عرصه‌هایی از خدمات عمومی که بخش خصوصی کارآمدی لازم برای مدیریت مطلوب را دارد، دولت باید آن عرصه را برای ورود بخش خصوصی مهیا کند و درعین حال به ایفای نقش تنظیم‌گری و هدایت‌گری بپردازد و از این راه حقوق مردم را تضمین کند. در واقع، در کنار دولت کارآمد، باید برای ایجاد بخش خصوصی کارآمد و قدرتمند نیز سیاست‌گذاری شود. همچنین، وجود راهبردهای بازاری در الگوی حکمرانی خوب به معنی فقدان تنظیم‌گری و عقب‌نشینی دولت از مسئولیت عمومی نیست (نجانزاده هنجنی، ۱۳۹۸، ص ۲۸۰).

حکمرانی خوب، علاوه بر نقش تنظیم‌گری، حتی ارائه مستقیم برخی خدمات عمومی را به دست دولت بر مبنای ناکارایی یا بی‌میلی بخش خصوصی تجویز می‌کند. بنابراین، در حکمرانی خوب، دولت در مواردی حتی در جایگاه شریک فعال بخش خصوصی در ارائه خدمات عمومی وارد می‌شود (Cabral et al., 2013, p.7). زیرا تجربیات گذشته به وضوح ثابت کرده است که «محدود کردن قلمرو فعالیت دولت به خودی خود سبب تأمین مدیریت اقتصادی کاراتر و تضمین شکل‌گیری روابط بازاری نمی‌شود» (Radygin et al., 2015, p.56) و اعتماد زیاد به تولید و ارائه خدمات توسط بخش خصوصی به ایجاد نارضایتی‌هایی در مردم منجر می‌شود (Warner & Bel, 2008, p.723).

نتیجه این‌که در الگوی مشارکت‌جویانه حکمرانی خوب، از یک سو مؤسسات خصوصی با مدیریت و نظارت دولت نیازهای مردم را تأمین می‌کنند و از سوی دیگر لازم است که «...دولت بسیاری از کالاها و خدمات عمومی را که از سوی بازار خصوصی به نحو کارآمدی تولید و ارائه نمی‌شوند خود عرضه کند» (Girth et al., 2012, p.888). ایده حکمرانی خوب، با ترویج تحول در نقش دولت، الگوی مدیریت دولتی را متحول کرده و الگوی خدمات عمومی نوین^۱ را ارائه می‌نماید. بر همین اساس، «دنیاهارت در تبیین سیر تحول ادبیات مدیریت دولتی از رویکرد خدمات عمومی نوین به‌منزله جایگزینی برای مدیریت دولتی نوین یاد می‌کند» (سالارزهی و ابراهیم‌پور، ۱۳۹۱، ص ۵۷). با این تفصیل، حکمرانی خوب فضا را برای تمرکز حاکمیت و بخش عمومی بر

۱. New Public Services

وظیفه بنیادین «تأمین» خدمات عمومی مهیا می‌کند. به عبارت دیگر، «مشارکت بخش خصوصی به صورت بالقوه به بخش عمومی و مدیران و کارمندان آن اجازه می‌دهد تا بر اصل ارائه خدمات عمومی تمرکز یابند» (Ngowi, 2008, p.104).

با توجه به تحولات یادشده می‌توان گفت تلقی‌های دولت‌محور از مفهوم خدمات عمومی ناشی از اشراف نداشتن به نسل‌های نوین خدمات عمومی است و بیشتر به دوره ماقبل رواج خصوصی‌سازی و کوچک‌سازی دولت‌ها ناظر است. هرچند در گذشته ارائه خدمات عمومی یکی از وظایف اصلی بخش عمومی بوده است، اما امروزه بخش خصوصی نیز در ارائه خدمات عمومی وارد شده و مسئولیت‌هایی را بر عهده گرفته است. بنابراین، با توجه به نسل‌های نوین خدمات عمومی، محصورکردن خدمات عمومی به بخش عمومی درست به نظر نمی‌رسد. به همین اعتبار، دنهارت در مقاله «آینده مدیریت دولتی» در سال ۱۹۹۹ تأکید کرده است که «در آینده مهارت‌ها و توانایی‌های جدیدی برای ارائه خدمات عمومی لازم خواهد بود» (Denhardt, 1999, p.279).

با تحولات پیش‌گفته زمینه برای ورود بخش خصوصی به عرصه امور و خدمات عمومی فراهم و از آن استقبال می‌شود. از یک طرف، دولت‌ها برای تأمین خدمات عمومی تحت مدیریت خود به استفاده از قالب قراردادهای اداری ترغیب شدند و از طرف دیگر، با خصوصی‌سازی خدمات عمومی، بخش خصوصی متولی خدمات عمومی نیز، به منظور مدیریت خدمات عمومی تحت مدیریت خود، به انعقاد قرارداد با سایر بازیگران بازاری روی می‌آورد.

مفاد دکترین کارکرد عمومی

با شکسته شدن رویکردهای دولت‌محور در تبیین مفهوم خدمات عمومی و ورود بخش خصوصی به عرصه خدمات عمومی، ضرورت تمییز خدمات عمومی بخش خصوصی از سایر فعالیت‌های بخش خصوصی کاملاً ضرورت یافت. این تمییز مستلزم ارائه معیاری دقیق برای شناسایی خدمات عمومی از میان سایر فعالیت‌های بخش خصوصی بود. در این راستا دکترین کارکرد عمومی ارائه شد. دکترین کارکرد عمومی در فضای جدید سیاسی و اقتصادی شکل گرفت که با عناوینی چون سیاست‌های تعدیل، کوچک‌سازی دولت و خصوصی‌سازی شناخته شده است.

بر مبنای دکترین کارکرد عمومی، مفهوم خدمات عمومی را نباید در خدمات بخش عمومی منحصر و محدود کرد. چراکه «خدمات عمومی موضوعاً ناظر بر نیازهای عمومی است و از این حیث کارکرد عمومی به‌شمار می‌رود» (نجارزاده هنجنی و حسین شرقی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۳)، چه دولت آن را ارائه دهد چه بخش خصوصی. زیرا «نهادهای عمومی و خصوصی می‌توانند به‌منزله بنگاه‌های منافع عمومی عمل کنند» (Cabral et al., 2013, p.8). یعنی ارائه خدمات عمومی از سوی بخش خصوصی تغییری در ماهیت عمومی خدمات (به‌منزله یک کارکرد) ایجاد نمی‌کند، بلکه صرفاً نوع رفتار را تغییر می‌دهد نه نوع کارکرد را. در برخورد با پدیده خصوصی‌سازی خدمات عمومی، «مفهوم استدلال کارکرد عمومی این است که رفتار خصوصی‌جانشین رفتار عمومی شده است» (McCoy, 1987, p.815). به عبارت دیگر، در این فرض «...نهادهای خصوصی، بر مبنای اجرای کارکردهای سنتی دولت، بازیگران عمومی به‌شمار می‌روند» (Edgar, 2005, p.864). البته باید به این نکته هم توجه کرد که اجازه‌دادن به بازیگران خصوصی برای ارائه خدمات عمومی به معنی تبدیل آن‌ها به بازیگران دولتی نیست (Kornelius, 2011, p.90)، بلکه بر اساس دکترین کارکرد عمومی «ما بنگاه‌های خصوصی را نماینده نهادهای اجتماعی و نهادهای دنبال‌کننده منافع عمومی تلقی می‌کنیم» (Cabral et al., 2013, p.8) و صرفاً برای انجام خدمت عمومی، برخی محدودیت‌های خاص بر آن‌ها تحمیل می‌شود و با تشخیص قانونگذار برخی امتیازات به آن‌ها اعطا می‌شود.

اما بعد از تأکید بر لزوم توجه به نوع کارکرد به‌جای توجه بر شخصیت بازیگر، موضوع مهم تمییز کارکرد عمومی از کارکرد خصوصی است. تشخیص عمومی بودن یک کارکرد موضوع ساده‌ای نیست. به همین علت نظریه‌پردازی در باب تشخیص کارکرد عمومی چه در سطح دکترین و چه در رویه قضایی شروع شد:

رویه قضایی مرتبط با دکترین کارکرد عمومی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در تبیین مفهوم خدمات عمومی پس از خصوصی‌سازی، ابتدا ملاک اداره آن فعالیت «به‌صورت سنتی»^۱ از سوی دولت را پذیرفت (Black, 1979, p.650). به طور مثال در قضیه (Perez v. Sugarman (499 F.2d 761(2d Cir.1974)) دادگاه مقرر داشت که

۱. Traditionally

بیمارستان‌های خصوصی، بازیگر عمومی محسوب می‌شوند چرا که عهده‌دار خدمتی هستند که از کارکردهای سنتی دولت بوده است (Edgar, 2005, p.865). همچنین در قضیه *Evans v. Newton* (382 U.S.296.1966) دادگاه مقرر داشت که متولیان خصوصی یک پارک، بازیگرانی عمومی محسوب می‌شوند چرا که پارک‌ها، سال‌ها در اختیار شهرداری‌ها بوده و هدف از تأسیس این پارک نیز مرتبط با امور شهری بوده و بنابراین، متولیان خصوصی آن‌ها، عهده‌دار کارکردی عمومی هستند - (Edgar, 2005, p.865) (Black, 1979, p.651). هم‌راستا با این رویه قضایی و در جهت تکمیل آن برخی در تبیین خدمات عمومی به این نکته تأکید کرده‌اند که خدمات عمومی «... به طور سنتی توسط دولت ارائه می‌شده و یا شدیداً توسط دولت تنظیم می‌شده است» (Cabral et al, 2013, p.8).

با توجه به این واقعیت که خدمات عمومی، به‌صورت سنتی سازمان‌هایی انحصاری بودند (Major, 1989, p.4)، رویه قضایی ایالات متحده آمریکا در تبیین ملاک تشخیص خدمات عمومی از سایر فعالیت‌های عام‌المنفعه بعدها ملاک اداره فعالیت «انحصاری»^۱ دولت را نیز به ملاک اداره «سنتی» آن خدمت توسط دولت اضافه کرد (Black, 1979, p.650). در قضیه *Jackson v. Metropolitan Edison Co* (419 U.S. 345.1974) دادگاه، با بررسی آرای سابق صادره در موضوع کارکرد عمومی، استدلال کرد که ارائه خدمت برق‌رسانی شرکت غیردولتی متروپولیس ادیسون مصداق کارکرد عمومی نیست، زیرا با وجود این‌که این فعالیت در گذشته توسط دولت انجام می‌شده اما در انحصار دولت نبوده است (ibid, p.651). درواقع، طبق این رأی، برای این‌که هر فعالیت بخش خصوصی کارکرد عمومی تلقی شود، لازم است اختیارات سنتی انحصاری مختص به دولت توسط بخش خصوصی اعمال شود. همچنین، در قضیه *Flagg Brothers, Inc. v. Brooks* (436 U.S. 149.1978) دادگاه تبیین کرد که فقط آن فعالیت‌هایی که به‌صورت سنتی و انحصاری به دولت اختصاص داشته‌اند کارکردهای عمومی به‌شمار می‌روند و صرف انجام فعالیت توسط دولت به‌صورت سنتی برای عمومی شمرده‌شدن یک کارکرد کافی نیست (ibid, p.645). بنابراین، دکترین کارکرد عمومی امروزه در تعیین «خدمت عمومی

۱. Exclusively

در اختیار بخش خصوصی» دو ملاک ارائه می‌نماید که سبب تضییق دامنه خدمات عمومی می‌شود؛ آن دسته از خدمات که به صورت سنتی و انحصاری از کارکردهای حکومتی بوده‌اند و امروزه خصوصی‌سازی شده‌اند، مشمول عنوان خدمات عمومی‌اند (Sullivan, 1987, p.465). در نتیجه، طبق دکتین کارکرد عمومی، امروزه آن دسته از فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای مصداق خدمات عمومی‌اند که به صورت «سنتی» از کارکردهای «انحصاری» حکومت بوده باشند. بنابراین، برای پاسخ به این سؤال که «آیا فعالیت عام‌المنفعه‌ای که توسط بازیگری خصوصی انجام می‌شود و نیازهای عمومی مردم را رفع می‌کند خدمت عمومی محسوب می‌شود یا نه؟»، لازم است ابتدا این موضوع روشن شود که «آیا بازیگر خصوصی در حال انجام وظیفه‌ای است که به طور سنتی و انحصاری توسط دولت انجام می‌گرفته است؟» (Edgar, 2005, p.860). اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، دکتین کارکرد عمومی این فعالیت را خدمتی عمومی می‌شمارد. به عبارت دیگر، برای «...این که عمل خصوصی کارکرد عمومی شناخته شود، دولت باید کارکردی را که به صورت سنتی و انحصاری در اختیار خودش قرار داشته و گذار کرده باشد» (Black, 1979, p.656) در حقوق فرانسه نیز، شورای دولتی از دهه چهارم قرن بیستم و به ویژه با رأی که در سال ۱۹۳۸ و در قضیه صندوق‌های کمک و محافظت^۱ صادر کرد، امکان ارائه خدمات عمومی توسط شخص خصوصی را پذیرفت (زارعی و مولایی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۲-۱۷۳). شورای قانون اساسی فرانسه نیز، در بررسی قانون خدمات عمومی گاز و برق در دسامبر ۲۰۰۴، ضمن تأیید ورود بخش خصوصی، بر خدمت عمومی بودن آن‌ها تأکید کرده است (مؤذنی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۸). همچنین در حقوق آلمان، بر اساس دکتین کارکرد عمومی، بند ۴ ماده ۱ قانون اقدامات اداری مصوب ۱۹۷۶ آلمان، در تعریف مقام عمومی آمده است: «مقام عمومی هر شخصی است - اعم از دولتی یا غیردولتی - که وظایف اداره عمومی را انجام می‌دهد».

اما بعد از تصور این مفهوم و در مقام تصدیق آن در حقوق ایران و بومی‌سازی آن، با توجه به این واقعیت که در ایران بسیاری از مصادیق خدمات ابتدا توسط بخش خصوصی ارائه می‌شده و حداقل این که سابقه ارائه انحصاری خدمات از سوی دولت در

۱. EC/13 Mai 1938/Classic Primair Aid et Protection

بسیاری از مصادیق خدمات مفقود است، به نظر می‌رسد که استفاده از معیار «ارائه انحصاری خدمت توسط دولت»، در تشخیص خدمات عمومی پس از فرایندهای خصوصی‌سازی چندان راهگشا نباشد. برای مثال، در صنعت برق، سازمان برق ایران در سال ۱۳۴۱ تأسیس شد و مدیریت برق در اختیار دولت قرار گرفت.^۱ بنابراین، در حقوق ایران، دکترین کارکرد عمومی را می‌توان صرفاً با تمسک به ملاک «ارائه سنتی خدمت توسط دولت» پذیرفت و بر این اساس آن دسته از فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای که دولت ارائه می‌کند و یا سابقاً دولت ارائه می‌کرده و امروزه بخش غیردولتی ارائه می‌کند را خدمت عمومی دانست (زارعی و نجارزاده هنجنی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۲). به این ترتیب و با توجه به دکترین کارکرد عمومی لازم است بر این نکته تأکید شود که به لحاظ سازمانی، «شرکت‌های خصوصی، نهادهای در مالکیت دولت و تحت مدیریت بوروکراتیک دولت و یا ترکیبی از این دو می‌توانند خدمات عمومی را ارائه دهند» (Cabral et al., 2013, p.8). به عبارت دیگر، در پرتو این دکترین، با صراحت کامل می‌توان امکان ارائه خدمات عمومی توسط بخش خصوصی را پذیرفت. بنابراین «... اجرای قواعد حقوق خصوصی در مورد امور و خدمات عمومی تضادی با امور عمومی بودن این خدمات ندارد» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۴).

۱. در سال ۱۲۷۹ ش یک موتور برق ۱۲ اسبی ۱۱۰ ولت از خارج از کشور خریداری و در بالا خیابان مشهد نصب شد تا برای روشنایی حرم مطهر حضرت امام رضا (ع) مورد استفاده قرار گیرد. اما اولین مجوز تأسیس کارخانه برق در کشور به بازرگانی ایرانی به نام حاج حسین آقا امین‌الضرب داده شد. حاج امین‌الضرب اولین کارخانه برق عمومی را در تهران تأسیس کرد. تهران تا سال ۱۲۸۳ ش برق نداشت. از این زمان به بعد چند خیابان اصلی تهران دارای برق شدند. در این هنگام شهرداری تهران مسئولیت تهیه، نصب، تعمیر و نگهداری تأسیسات مربوط به روشنایی معابر را برعهده داشت و به این منظور در شهرداری تهران واحدی به نام اداره روشنایی راه‌اندازی شد. تا اینکه در سال ۱۳۱۵ ش، با تصویب اساسنامه مؤسسه برق شهرداری تهران، اداره روشنایی شهرداری به مؤسسه مستقل برق تهران تبدیل شد و زیر نظر شهرداری به انجام وظایف خود پرداخت. در واقع تا سال ۱۳۴۱ برای مدیریت برق کشور سازمان واحدی وجود نداشت و تصمیمات کلان از سوی وزارت کشور و سازمان برنامه و بودجه به شهرداری‌ها و مؤسسات خصوصی یا دولتی متولی برق در شهرستان‌ها ابلاغ و اعمال می‌شد. با افزایش تقاضا و خارج شدن تولید و مصرف برق از وضعیت محدود منطقه‌ای و به‌ویژه ایجاد نیروگاه‌های آبی در برنامه سوم عمرانی کشور که از مهرماه ۱۳۴۱ به اجرا گذاشته شد، صنعت برق اهمیت بیشتری یافت و ایجاد سازمان مستقلی برای توسعه این صنعت لازم تشخیص داده شد. به این منظور، در دی‌ماه ۱۳۴۱ سازمان برق ایران تأسیس شد. توسعه سریع صنعت برق فکر ایجاد وزارتخانه‌ای برای تأمین آب و برق کشور را ایجاد کرد و بر همین اساس در ۲۲ اسفند ۱۳۴۲ وزارت آب و برق تأسیس شد. در ۲۸ بهمن ۱۳۵۳ با محول کردن برنامه‌ریزی جامع و هماهنگ کردن فعالیت انرژی در سطح کشور به وزارت آب و برق این وزارت به وزارت نیرو تغییر نام یافت (http://www.tavanir.org/page_preview.php?page_id=p11).

ابعاد تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری

پذیرش دکترین کارکرد عمومی دست‌کم بر سه محور نظریه قرارداد اداری تأثیرگذار خواهد بود. نخست، سبب تحول در ملاک تشخیص قرارداد اداری خواهد شد. دوم، در محتوای قرارداد اداری تأثیر خواهد گذاشت و تسری امتیازات ترجیحی را به قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی ممکن خواهد کرد و سوم این‌که صلاحیت‌های دادگاه‌های اداری را برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای منعقد شده میان اشخاص خصوصی با موضوع خدمات عمومی توسعه خواهد داد. مشروح این تأثیرات در ذیل بررسی خواهد شد:

بعد اول: نفی ملاک سازمانی در تشخیص قرارداد اداری و تأکید بر ملاک موضوعی
به صورت سنتی، برای تشخیص قراردادهای اداری از سایر قراردادها ملاک‌های گوناگونی ارائه شده است^۱ که از میان آن‌ها دو ملاک شخصی (سازمانی) و موضوعی به شرح زیر قابل بررسی است:

الف) ملاک شخصی (سازمانی): اغلب حقوقدانان حقوق عمومی بر این نظرند که یکی از ملاک‌های تشخیص قراردادهای اداری این است که حداقل یکی از طرفین شخص حقوق عمومی باشد. به عبارت دیگر، «قرارداد عمومی یا دولتی قراردادی است که بین دولت یا یک سازمان دولتی و یک شخص حقوقی خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد...» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۳). البته این حقوقدانان تأکید دارند که این ملاک وجه ممیزه قرارداد اداری نیست، بلکه صرفاً یکی از ملاک‌ها است.

ب) ملاک موضوعی: اغلب حقوقدانان حقوق عمومی موضوع قراردادهای اداری را امور عمومی و به صورت خاص هدف از انعقاد قرارداد عمومی را ارائه و مدیریت خدمات عمومی می‌دانند. به عبارت دیگر، «استفاد از نظر بیشتر حقوقدانان قرارداد دولتی ناظر به قراردادهایی است که... برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود، مانند عقد راجع به خدمات عمومی» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۲).

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص‌ها». حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۱۵، ص ۷۷-۱۰۴.

بر این اساس، نحوه انعقاد قرارداد اداری و تفسیر مفاد آن باید در راستای خدمات عمومی باشد (Richer, 2006, p.693) و بنابراین قرارداد اداری قراردادی است که نهاد اداری و عمومی «...به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی... منعقد می‌کند» (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۳۲-۳۳). موضوعیت خدمات عمومی در قرارداد اداری سبب شده است که برخی صاحب نظران اذعان کنند که قرارداد اداری «...قرارداد هدف محور به شمار می‌آید» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۵).

تحولی که با پذیرش دکترین کارکرد عمومی در ملاک تشخیص قراردادهای اداری به وجود خواهد آمد عبارت است از نفی ملاک شخصی (سازمانی) و تأکید عمده بر ملاک موضوعی. به عبارت بهتر، یکی از تأثیرات پذیرش دکترین کارکرد عمومی این است که در تشخیص قراردادهای اداری ملاک لزوم طرفیت حداقل یک شخص عمومی کنار گذاشته خواهد شد. در واقع، احراز قرارداد اداری نیازی به بررسی نوع شخصیت طرفین قرارداد ندارد. چراکه در دکترین کارکرد عمومی امر عمومی موضوعیت دارد نه شخص عمومی. با پذیرش دکترین کارکرد عمومی، قرارداد میان شخصیت‌های حقوق خصوصی با موضوع ارائه و مدیریت خدمات عمومی قرارداد اداری (عمومی) شمرده می‌شود. به عبارت دیگر، در مواردی که اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی در موضوع خدمت عمومی قرارداد ببندند، آن قرارداد اداری تلقی می‌شود و تمامی احکام قراردادهای اداری بر آن بار می‌شود. به عبارت دیگر، با پذیرش دکترین کارکرد عمومی، این ملاک کلاسیک که «...بایستی قرارداد ابتدائاً یک ویژگی سازمانی (طرفین قرارداد) را دارا باشد، یعنی حداقل یکی از طرفین قرارداد بایستی جزو اشخاص حقوقی عمومی تلقی گردد...» (رضایی زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰) زیر سوال می‌رود و حتی اگر هیچ شخص حقوق عمومی در قراردادی با هدف ارائه خدمتی عمومی حضور نداشته باشد نیز قرارداد بنابر هدف (خدمت عمومی) اداری به شمار می‌رود. چراکه شخص خصوصی در صورت انعقاد قرارداد برای ارائه و مدیریت خدمات عمومی، بر مبنای کارکرد عمومی موضوع قرارداد، مشمول قرارداد عمومی است (Craig, 1989, p.496).

در حقوق فرانسه پذیرفته شده است که فارغ از شخصیت طرفین قرارداد، اگر موضوع قرارداد امر عمومی باشد ولو طرفین قرارداد خصوصی باشند، آن قرارداد اداری

به‌شمار می‌رود (Peiser, 2008, p.73). شورای دولتی فرانسه نیز این دکترین را پذیرفته است (Chapus, 1994, p.480). این شورا در رأی EC/26 Avril 1956/Bertin بر امکان انعقاد قرارداد اداری توسط دو طرف خصوصی به شرط انجام خدمت عمومی تصریح کرده است. همچنین دیوان حل اختلاف فرانسه در رأی TC/8 Juillet, 1963/Societe Enterprise Peyrot بر این موضوع تأکید کرده است.

در حقوق انگلیس نیز، با وجود برخی مخالفت‌ها و مقاومت‌ها، «... امکان این‌که قراردادی بین دو طرف خصوصی منعقد گردد و درعین حال قراردادی عمومی تلقی شود وجود داشته است و آن زمانی است که یکی از طرفین چنین قراردادی مشغول ارائه خدمتی از خدمات عمومی باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۱). رویه قضایی انگلیس نیز بر این معنا صحه می‌گذارد؛ در قضیه R.V.Great Western Trains Co.Ltd v. R.Datafin plc. V. Takeover Panel, Court of Appeal, 1987, 1 All ER 564 و Exp.Fredrick, 1998, C.O.D.239 اعلام شد که اگر شخص خصوصی در راستای منافع عمومی و در موضوع خدمات عمومی به تعهدات قراردادی‌اش عمل کند، مشمول بازنگری قضایی خواهد شد. همچنین مجلس اعیان در پرونده روی علیه کنزیتگتن در سال ۱۹۹۲ اعلام کرد که در قراردادهای خصوصی اگر موضوع کارکردی عمومی باشد، قرارداد عمومی تلقی می‌شود و قابلیت بازنگری قضایی را خواهد داشت (همان، ص ۱۸۹).

بنابراین، بر اساس دکترین کارکرد عمومی، این نظر که «اولین شرط قرارداد دولتی آن است که حداقل یکی از طرفین قرارداد از اشخاص حقوق عمومی باشد...» نفی می‌شود (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۸) و به جای آن باید گفت «در قراردادهای اداری... حضور مستقیم شخص عمومی ضروری نیست، بلکه اصل بر حضور شخص عمومی به عنوان یکی از طرفین قرارداد است و در موارد استثنائی ممکن است قراردادی بین اشخاص خصوصی به قصد ارائه خدمت عمومی منعقد گردد. در این صورت باز هم پذیرش چنین معامله‌ای به‌عنوان قرارداد اداری امکان‌پذیر خواهد بود» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۰).

با وجود این که «...غایت‌انگاری خاصی که برای قراردادهای اداری متصور هست در ایران با چالش مواجه بوده و نهادینه نشده است» (همان، ص ۱۷۹)، در دکترین کلاسیک حقوق اداری ایران می‌توان رگه‌هایی از تأثیرگذاری دکترین کارکرد عمومی را ردیابی کرد. چه این که در آثار برخی صاحب‌نظران برخی اشارات بسیار کلی و اجمالی درخصوص امکان پذیرش قرارداد اداری با طرفین خصوصی وجود دارد؛ برای مثال، طباطبائی مؤتمنی (۱۳۹۱، ص ۲۶۵) در تبیین مفهوم «امر عمومی» ابتدا تصریح کرده است که «امر عمومی فعالیت را گویند که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است و اداره آن از روابط آزاد و ابتکار خصوصی خارج شده و به‌گونه‌ای در اختیار و تصدی دولت قرار گرفته باشد». اما در ادامه درخصوص نحوه اداره این امور تصریح دارد که «...چه دولت آن را تنها اداره کند... و چه افراد بتوانند در آن مشارکت کنند... و چه اداره آن امر با افراد باشد اما دولت به نحو بسیار دقیقی بر آن نظارت داشته باشد» (همان، ص ۲۶۵). این بیان وی می‌رساند که امر عمومی قابلیت مدیریت توسط نهاد خصوصی را دارد و اداره خصوصی، آن کارکرد عمومی را به کارکرد خصوصی تبدیل نمی‌کند. وی در جای دیگری نیز تأکید کرده است که این مؤسسات خصوصی که اداره‌کننده خدمات عمومی هستند «...به سبب آن که عهده‌دار امور عمومی‌اند، جزو اشخاص حقوقی حقوق عمومی محسوب می‌شوند» (همان، ص ۲۷۱). در واقع، از نظر وی نه فقط کارکرد، عمومی باقی می‌ماند، نوعی تغییر در شخصیت متولی خصوصی نیز اتفاق می‌افتد. همچنین وی به ورود بخش خصوصی به امور و خدمات عمومی توجه داشته و تأکید کرده است که با این تحول مقتضی است «...در نظریه امور عمومی نیز تجدیدنظر شود و از آن، تعریف جامعی که مفاهیم جدید را در بر بگیرد ارائه گردد» (همان، ص ۲۷۴). جعفری لنگرودی (۱۳۸۱، ص ۵۳۳) نیز، در ترمینولوژی حقوق و ذیل عنوان قرارداد اداری، تصریح کرده است که با این که اگر طرفین عقد اشخاص حقوق خصوصی باشند این قرارداد را باید قرارداد مدنی تلقی کرد، «بر این قاعده مستثنیاتی وارد است». البته وی این استثنائات را ذکر نکرده است. در هر حال، با وجود همه موانع و چالش‌های نهادینه‌شدن مفهوم

قراردادهای اداری در حقوق ایران،^۱ اشاره او به وجود چنین مستثنیاتی نشان از ریشه‌دواندن دکترین کارکرد عمومی در دیدگاه وی دارد.

بعد دوم: تسری امتیازات ترجیحی به متولیان خصوصی خدمات عمومی

یکی از شاخصه‌های مؤکد حقوقدانان حقوق عمومی برای تشخیص قراردادهای اداری وجود برخی امتیازات ترجیحی^۲ و حاکمیتی برای طرف عمومی است که با اصطلاحات دیگری مثل شروط استثنائی یا فوق‌العاده نیز معرفی شده‌اند. بر این اساس، در تعریف قرارداد اداری بر این نکته تأکید می‌شود که «قرارداد اداری... بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی)» منعقد می‌شود (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۳۲-۳۳). مبنای وجود این امتیازات ترجیحی افزایش قدرت طرف اداری برای تأمین هدف منفعت عمومی است. به عبارت دیگر، «لازمه تأمین هدف عمومی این است که هر قرارداد اداری احکام خاص خود را دارا شود که آن را از احکام قراردادهای مدنی، تجاری و کار متمایز می‌کند...» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۹۳). بنابراین می‌توان گفت «خاستگاه این اصول و قواعد در بستر نظریه اقتدار عمومی، نظریه عمل حاکمیت، نظریه برتری منفعت عمومی و نظریه خدمت عمومی قرار دارد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۱).

با پذیرش دکترین کارکرد عمومی، قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی که با هدف ارائه یا مدیریت خدمات عمومی منعقد می‌شود نیز، به علت برخورداری از مؤلفه‌های منفعت عمومی، قابلیت اخذ امتیازات ترجیحی را خواهد داشت. در واقع همان منطقی که در قراردادهای اداری اعطای امتیازات ترجیحی به طرف عمومی و دولتی متولی خدمات عمومی را ایجاب می‌کند (صیانت از منفعت عمومی)، اعطای این امتیازات به طرف خصوصی متولی خدمات عمومی را نیز ایجاب می‌کند؛ چراکه منطبق نفع عمومی در هر دو وضعیت وجود دارد؛ هم در قراردادی که طرف عمومی مسئولیت مدیریت خدمتی عمومی را برعهده دارد و هم در قراردادی که طرف عمومی وجود ندارد و مسئولیت ارائه و مدیریت خدمتی عمومی بر عهده متولی خصوصی است. به عبارت

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: مولائی، آیت (۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران». مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ص ۱۲۳-۱۵۰.

۲. Prerogative Power

دیگر، قراردادهایی که متولیان خصوصی خدمات عمومی منعقد می‌کنند نیز باید با اتکا به موضوع آن‌ها که خدمات عمومی است با پشتوانه قانونی دارای احکام ترجیحی باشند. چراکه بدون آن‌ها ممکن است منافع عمومی در معرض آسیب قرار گیرد. این موضوع در نظام حقوقی ما بی‌سابقه و بی‌نظیر نیست؛ در امور صنفی و نظام‌های حرفه‌ای، به‌منزله مصداقی از امور عمومی که توسط اشخاص خصوصی اداره می‌شوند، این منطق پذیرفته شده است. بنابراین، همان‌طور که در امور صنفی و حرفه‌ای «...به دلیل این که عهده‌دار امور و خدمات عمومی‌اند، نظیر سازمان‌های عمومی از اختیارات و امتیازات قدرت عمومی استفاده می‌کنند» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۳)، به اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی نیز باید این اقتدارات ترجیحی داده شود. بر این اساس، «تأمین منافع و امور عمومی که قرارداد اداری برای آن منعقد می‌شود ممکن است سبب شود که اداره معامله‌کننده بعضی امتیازات و حقوق ناشی از قدرت عمومی خود را به پیمانکار تفویض کند و یا اجرای آن را به دست او بسپارد و در نتیجه پیمانکار را در وضع ممتازی قرار داده برای او در مقابل اشخاص ثالث حقوق و اختیارات خاصی قائل شود» (همان، ص ۳۵۵). بنابراین لازم است، به‌منظور صیانت از منافع عمومی، نظام حقوق عمومی را به این قبیل فعالیت‌ها سرایت داد؛^۱ «زیرا فعالیت‌ها را که تابع هیچ نوع قواعد حقوق عمومی نباشد نمی‌توان جزو امور عمومی به‌شمار آورد. علاوه‌براین، در امور عمومی، اجرای قواعد حقوق عمومی منافاتی با اجرای قواعد حقوق خصوصی ندارد و این دو می‌توانند به‌موازات یکدیگر وجود داشته باشند...» (همان، ص ۲۷۴). خوشبختانه در قانون مدیریت خدمات کشوری نیز این ظرفیت نوین قابل برداشت است؛ ماده ۱۳ این قانون مقرر داشته است که «امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی... از طریق توسعه بخش تعاونی و خصوصی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی تعیین صلاحیت شده و با نظارت و حمایت دولت... انجام می‌گردد...». در واقع «در قانون مدیریت خدمات کشوری دولت مکلف گردیده است از اشخاصی که از طریق قرارداد، امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی را انجام می‌دهند حمایت کند... از جمله مصادیق چنین کمکی می‌تواند

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: رحمت‌اللهی، حسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۵). «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی‌شده متولی خدمات عمومی». حقوق اداری، دوره ۴، شماره ۱۱، ص ۱۱۱-۱۲۸.

پیش‌بینی شروط فوق‌العاده به نفع این‌گونه اشخاص باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۰).

همچنین در راستای تزریق مؤلفه‌های عمومی در قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی،^۱ می‌توان از ابزار قراردادهای ارشادی و تحمیلی استفاده کرد. «این قراردادها که به قراردادهای نمونه نیز مشهور هستند توسط طرفین قرارداد تنظیم نشده‌اند، بلکه آن‌ها را دولت و مؤسسات عمومی رأساً تهیه می‌کنند و در اختیار فروشندگان یا تولیدکنندگان قرار می‌دهند تا آن‌ها طبق نمونه‌های تهیه‌شده توسط دولت قرارداد خود را تنظیم و مبادله کنند. در این قراردادها دولت طرف معامله نیست، نقش او تنها هدایت و راهنمایی طرفین معامله می‌باشد و هدف از این کار معمولاً ارشاد اقتصاد ملی و تأمین اهداف و سیاست‌های دولت در این باره و یا صرفاً تنظیم یا تعدیل یا کنترل قیمت‌ها و یا برقراری توازن لازم بین صادرات و واردات است...» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۳۴۴). با تدوین چنین قراردادهای نمونه‌ای با محتوای برخی شروط فوق‌العاده و امتیازات ترجیحی به نفع طرف خصوصی متولی خدمات عمومی و ایجاد الزام قانونی در تبعیت از آن‌ها، می‌توان در قراردادهای خدمات عمومی که دولت مستقیماً در آن طرف قرارداد نیست، در جهت صیانت از منافع عمومی قدم‌های بایسته و شایسته‌ای برداشت. چراکه «...در صورت خصوصی‌سازی و عدم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی‌شده متولی خدمات عمومی، آسیب‌هایی جدی متوجه منافع عمومی خواهد شد» (رحمت‌اللهی و نجارزاده هنجنی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵).

بعد سوم: توسعه صلاحیت دادگاه اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری

یکی از تقسیم‌بندی‌های رایج در خصوص نظام‌های قضایی و دادرسی بر اساس نحوه رسیدگی به دعاوی اداری است؛ به این معنا که برخی نظام‌های قضایی، بر مبنای برخی مبانی نظری و تاریخی، رسیدگی به دعاوی اداری از جمله دعاوی ناشی از قراردادهای اداری را اختصاصاً در صلاحیت مرجعی مستقل از مراجع عمومی قرار داده‌اند و به‌گونه‌ای

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: نجارزاده هنجنی، مجید و حسین شرقی، شیدا (۱۳۹۷). «شیوه‌های اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی متولی خدمات عمومی». *حقوق اساسی*، دوره ۱۵، شماره ۲۹، ص ۱۴۸-۱۲۲.

نظام قضایی دوگانه یا دوپایه را طراحی کرده‌اند. برای نمونه می‌توان نظام قضایی فرانسه را مثال زد که در آن «...دادگاه‌های اداری و در رأس آن شورای دولتی مرجع صلاحیت‌دار ذاتی رسیدگی به پرونده‌های مربوط به قراردادهای اداری می‌باشد» (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۹). در مقابل، برخی نظام‌های قضایی نیز، بر اساس برخی مبانی حقوقی و تاریخی، هیچ تفکیکی میان مراجع قضایی قائل نیستند و رسیدگی به همه دعاوی اعم از اداری و غیراداری را در صلاحیت مراجع قضایی عمومی قوه قضائیه قرار داده‌اند. این نوع نظام قضایی را نظام قضایی یگانه یا تک‌پایه می‌نامند که نمونه آن نظام قضایی انگلستان است و در آن رسیدگی به همه دعاوی اداری در مراجع عادی قوه قضائیه صورت می‌گیرد.

نظام قضایی ایران، با پیش‌بینی دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به دعاوی اداری، تا حدودی به الگوی دوپایه نزدیک است. چه این که اصل ۱۷۳ قانون اساسی، که مؤسس این مرجع قضایی است، تصریح دارد که این دیوان «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها... تأسیس می‌گردد». با این حال و با وجود اطلاق و عمومیت این اصل نسبت به دعاوی اداری، رویه قضایی دیوان در این راستا شکل نگرفته است و رسیدگی به عمده دعاوی ناشی از قراردادهای اداری را از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج دانسته است.^۱ این درحالی است که «...علی‌الاصول باید دعاوی راجع به اداره در مرجع اختصاصی مربوطه که همان دیوان عدالت اداری است، متمرکز باشند» (آئینه‌نگینی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸، ص ۴۱). به‌ویژه این که «شکل خاص، ماهیت ویژه، هدف معین و شروط فوق‌العاده ناظر بر قراردادهای اداری مقتضی دادگاه خاص با قضات متخصص حقوق عمومی می‌باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۲) و صلاحیت دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به این دعاوی نوعی یکسان‌انگاری قراردادهای اداری با قراردادهای مدنی و تجاری است و با اصل تخصص‌گرایی تعارض دارد.

آنچه به‌منزله اثر پذیرش دکترین کارکرد عمومی در موضوع صلاحیت مرجع صالح در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری می‌توان ذکر کرد این است که دکترین

۱. البته با فرض پذیرش ماهیت قراردادی برای مفهوم «استخدام عمومی»، صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از استخدام عمومی پذیرفته شده است. همچنین رسیدگی به اعتراضات درباره رعایت نکردن ضوابط قانونی مناقصه و مزایده به‌منزله تشریفات اغلب قراردادهای اداری نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد.

کارکرد عمومی با توسعه مصادیق قراردادهای اداری به هر قراردادی که موضوع آن خدمات عمومی باشد (خواه در آن طرف عمومی وجود داشته باشد خواه هر دو طرف قرارداد خصوصی باشند)، صلاحیت دادگاه‌های اداری را ارتقا می‌دهد. به این معنا که اگر تا قبل از پذیرش آموزه‌های دکتربین کارکرد عمومی دادگاه‌های اداری صرفاً قراردادهایی را قرارداد اداری می‌دانستند که یک طرف آن شخصیت حقوق عمومی بود و صرفاً به دعوی ناشی از چنین قراردادهایی رسیدگی می‌کردند، با پذیرش دکتربین کارکرد عمومی، هر قراردادی که موضوع آن خدمات عمومی باشد، فارغ از طرفیت یا عدم طرفیت شخصیت حقوق عمومی در آن قرارداد، قرارداد اداری تلقی می‌شود و رسیدگی به دعوی ناشی از آن در صلاحیت دادگاه‌های اداری قرار خواهد گرفت.

در خصوص نظام حقوقی و قضایی ایران، هر چند در حال حاضر دیوان عدالت اداری خود را در رسیدگی به عمده اختلافات ناشی از قراردادهای اداری صالح نمی‌داند،^۱ در صورتی که روزی این صلاحیت بر اساس اصلاحات قانونی یا تغییر رویه قضایی برای دیوان عدالت اداری اثبات شود، دیوان می‌تواند، بر اساس دکتربین کارکرد عمومی، به قراردادهای نهادهای خصوصی متولی خدمات عمومی که در راستای مدیریت خدمات عمومی منعقد شده‌اند نیز رسیدگی کند.

نتیجه‌گیری

دکتربین کارکرد عمومی، با ارائه مفهومی نوین از امر عمومی و خدمت عمومی، تأثیرات شگرفی بر ابعاد مفهومی قراردادهای اداری می‌گذارد: یکم، دکتربین کارکرد عمومی در تشخیص قرارداد اداری از سایر قراردادها ملاک شخصی و سازمانی یعنی لزوم طرفیت حداقل یک شخص عمومی را نفی و به جای آن بر موضوعیت خدمت عمومی که متضمن نفع عمومی است تأکید ویژه‌ای می‌کند. بر این اساس، هر قراردادی که موضوع آن ارائه و مدیریت خدمتی عمومی باشد، به علت وجود مؤلفه نفع عمومی در آن، قراردادی اداری تلقی می‌شود.

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: آئینه‌نگینی، حسین و ابریشمی‌راد، محمد امین (۱۳۹۸). «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعوی راجع به قراردادهای اداری». فصلنامه حقوق اداری، دوره ۷، شماره ۲۱، ص ۵۵-۳۳.

دوم، دکترین کارکرد عمومی وجود امتیازات ترجیحی و شروط فوق‌العاده در قراردادهای اداری را مختص اشخاص دولتی و عمومی نمی‌داند و بر مبنای لزوم صیانت از منافع عمومی، این امتیازات را قابل‌ارائه به همه اشخاص می‌داند که مدیریت خدمتی عمومی را برعهده دارند. به این ترتیب، اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی نیز می‌توانند، با پشتوان قانونی، در قراردادهای مرتبط با موضوع خدمات عمومی، از امتیازات ترجیحی قراردادی بهره‌مند شوند.

سوم، دکترین کارکرد عمومی صلاحیت دادگاه‌های اداری را در رسیدگی به قراردادهای اداری گسترش می‌دهد. به این معنا که بر اساس دکترین کارکرد عمومی، دادگاه‌های اداری، به‌جز صلاحیت رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری با طرفیت شخص عمومی، درخصوص دعاوی ناشی از قراردادهایی که طرفین دولتی و عمومی ندارد اما درباره ارائه و مدیریت خدمت عمومی است نیز صلاحیت رسیدگی خواهند داشت.

بر اساس آموزه‌های دکترین کارکرد عمومی و با توجه به آثاری که درخصوص قراردادهای اداری خواهد داشت، پیشنهاد می‌شود:

۱. پژوهشگران حقوق عمومی و صاحب‌نظران حوزه قراردادهای اداری، از بین اصطلاحات رایج «قرارداد اداری»، «قرارداد دولتی» و «قرارداد عمومی»، از اصطلاح «قرارداد عمومی» استفاده کنند تا از یک طرف، پیوند مبنایی این عمل حقوقی دوجانبه با دکترین کارکرد عمومی و به عبارت دیگر موضوعیت امر عمومی و خدمت عمومی نشان داده شود و از طرف دیگر، با به‌کاربردن اصطلاحات «قرارداد اداری» و «قرارداد دولتی»، بر منسوخ‌شدن ملاک سازمانی و شخصی (اداره و دولت) در تبیین مفهوم این‌گونه قراردادهای تأکید شود.

۲. با توجه به خصوصی‌سازی برخی مصادیق خدمات عمومی که متضمن منافع عمومی است، قانونگذار در قوانینی مثل قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی، قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر قوانین مرتبط با خدمات عمومی و همچنین قوانین حاکم بر قراردادهای اداری مثل قانون برگزاری

مناقضات، عمومی تلقی شدن قراردادهای اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی را به علت موضوعیت خدمات عمومی و منفعت عمومی به رسمیت بشناسد.

۳. در راستای صیانت از منافع عمومی در قراردادهای مورد نیاز اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی، ضروری است، با الزام از سوی قانونگذار، قراردادهای نمونه و تحمیلی یا حداقل ارشادی در موضوعات خدمات عمومی با محتوای بهره‌مندی متولی خصوصی خدمات عمومی از برخی امتیازات ترجیحی و البته برخی محدودیت‌های ضروری تدوین شود و رعایت شرایط و مفاد آن‌ها الزامی گردد.

۴. با توجه به جنبه‌های تخصصی قراردادهای اداری و دعاوی ناشی از آن که متضمن اصول و قواعد خاص حقوق عمومی و اداری است، لازم است، ضمن اصلاح قانون یا تغییر رویه قضایی، رسیدگی به این دعاوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد. متعاقباً، بر اساس دکتین کارکرد عمومی، ضروری است که دعاوی ناشی از قراردادهای با موضوع خدمات عمومی که میان اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی از یک طرف و سایر اشخاص از طرف دیگر منعقد شده قرارداد عمومی تلقی شود و رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

منابع

آئینه‌نگینی، حسین و ابریشمی‌راد، محمدمین (۱۳۹۸). «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری». *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۷، شماره ۲۱، ص ۵۵-۳۳.

انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷). *کلیات حقوق قراردادهای اداری*. تهران: نشر حقوقدان.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *ترمیم‌ولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش، چاپ دوازدهم.
رحمت‌اللهی، حسین (۱۳۸۸). *تحول قدرت؛ دولت و حاکمیت از سپیده‌دمان تاریخ تا عصر جهانی شدن*، نشر میزان

رحمت‌اللهی، حسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۵). «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی شده متولی خدمات عمومی». *حقوق اداری*، دوره ۴، شماره ۱۱، ص ۱۲۸-۱۱۱.

رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۷). «ویژگی قراردادهای اداری». *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۸، شماره ۲، ۱۵۱-۱۳۵.

رضایی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داود (۱۳۹۱). «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران». *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۳، شماره ۵، ص ۲۳-۴۶.

زارعی، محمدحسین و مولائی، آیت (پاییز ۱۳۹۲). «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان». *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ص ۱۶۷-۲۰۶.

زارعی، محمدحسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۶). «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی». *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ص ۱۳۵-۱۵۶.

سالارزهی، حبیب‌الله و ابراهیم‌پور، حبیب (۱۳۹۱). «بررسی سیر تحول در پارادایم‌های مدیریت دولتی؛ از پارادایم مدیریت دولتی سنتی تا پارادایم حکمرانی خوب». *مجله مدیریت دولتی*، دوره ۴، شماره ۹، ص ۴۳-۶۲.

طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴). «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی». *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۴، شماره ۷، ص ۹۹-۱۲۷.

طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۱). *حقوق اداری*. تهران: انتشارات سمت، چاپ هجدهم. عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (پاییز و زمستان ۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص‌ها». *حقوق خصوصی*، دوره ۶، شماره ۱۵، ص ۷۷-۱۰۴.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *مبانی حقوق عمومی*. تهران: نشر میزان، چاپ سوم. مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۳). *حقوق عمومی اقتصادی (مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه)*. تهران: انتشارات مجد.

مولائی، آیت (بهار ۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران». *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ص ۱۲۳-۱۵۰.

نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۸). «تحولات الگوهای مدیریتی خدمات عمومی؛ از خدمات عمومی کلاسیک تا خدمات عمومی نوین». *حقوق اداری*، دوره ۶، شماره ۱۹، ص ۲۶۵-۲۸۸.

نجارزاده هنجنی، مجید و حسین‌شرقی، شیدا (۱۳۹۷). «شیوه‌های اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی متولی خدمات عمومی». *حقوق اساسی*، دوره ۱۵، شماره ۲۹، ص ۱۴۸-۱۲۲.

- Bance, P. (2003). "Opening up Public Services to Competition by Putting Them Out to Tender". *Annals of Public and Cooperative Economics*, 74(1), 33-61.
- Bilouseac, I. (2012). "Doctrinaire Controversies on the Concept of Public Services". *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 12(1 (15)), 238-243.
- Black, W. R. (1979). "Flagg Brothers, Inc. v. Brooks: The Public Function Doctrine in Retreat, 12 J. Marshall J. Prac. & Proc. 637 (1979)". *The John Marshall Law Review*, 12(3).
- Cabral, S., Lazzarini, S. G. and De Azevedo, P. F. (2013). "Private Entrepreneurs in Public Services: A Longitudinal Examination of Outsourcing and Statization of Prisons". *Strategic Entrepreneurship Journal*, 7(1), 6-25.
- Chapus, R. (1994). *Droit Administratif General*, Tome I, 8e Edition, Montchrestien.
- Craig P. P. (1989). *Administratif Law*. 2e edition. London: Sweet and Maxwell.
- Denhardt, Robert B. (1999). "The Future of Public Administration". *Journal of Public Administration and Management*, 4(2), 279-292.
- Edgar, Christopher R. (2005). "The Traditional State Function Doctrine: A Comparative Institutional Perspective". *NYU Journal of Law and Liberty*, 1(2), 857-897.
- Girth, A. M., Hefetz, A., Johnston, J. M., & Warner, M. E. (2012). "Outsourcing Public Services Delivery: Management Responses in Noncompetitive Market". *Public Administration Review*, 72(6), 887-900.
- Guttier, C. (2004). *Droit des Contrats Administratifs*, 3e edition, Paris: PUF.
- Kornelius, B. (2011). "The Topicality of the Law Division into Public Law and Private Law". *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 26(39), 77-91.

- Major, J. (1989). *Public Services Management: The Revolution in Progress*. Audit Commission for Local Authorities and the National Health Service in England and Wales.
- Matei, A. I. & Razvan, B. (2014). "Good Administration and Performance of Local Public Administration". *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 109, 684-687.
- Mccann, Leo (2013). "Reforming Public Services after the Crash: The Roles of Framing and Hoping". *Public Administration*, 91(1), 5-16.
- McCoy, T. R. (1987). "Current State Action Theories, The Jackson Nexus Requirement and Employee Discharges by Semi-Public and State-Aided Institutions". *Vanderbilt Law Review*, 31, 785-827.
- Mory, P. A. (2013). "Customer Ownership of Public Utilities: New Wine in Old Bottles". *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity (JEOD)*, 2(1), 54-74.
- Ngowi, H. P. (2008). "Privatization and Agentification of Public Services Delivery in Africa: Extent and Managerial Leadership Implications in Tanzania". *Africa Development*, 33(4), 97-116.
- Peiser, G. (2008). *Droit Administratif General*, Paris: Dalloz
- Perry, J. L. & Wise, L. R. (1990). "The Motivational Bases of Public Service". *Public Administration Review*, 50(3), 367-373.
- Radygin, A., Simachev, Y. & Entov, R. (2015). "The State-Owned Company: State Failure or Market Failure?". *Russian Journal of Economics*, 1(1), 55-80.
- Rayner, J., Lawton, A. & Williams, H. M (2012). "Organizational Citizenship Behavior and the Public Service Ethos: Whither the Organization?". *Journal of business ethics*, 106(2), 117-130.
- Richer, L. (2006). *Droit des Contrats Administratifs*, Paris: L.G.D.J.
- Shamsulhaque, M. (1996). "Public Service under Challenge in the Age of Privatization". *Governance*, 9(2), 186-216.
- Sullivan, H. J. (1987). "Privatization of Public Services: A Growing Threat to Constitutional Rights". *Public Administration Review*, 47(6), 461-467.

- Van Der Waladt, G. (2014). "Public Administration and Transdisciplinarity: A Modalistic Approach Toward Knowledge Co-Construction". *International Journal of Humanities and Social Science*, 4(6), 120-134.
- Waldo, D (1980). *The Enterprise of Public Administration: A Summary View*. Novato, CA: Chandler and Sharp Publishers
- Warner, M. E. & Bel, G. (2008). "Competition or Monopoly? Comparing Privatization of Local Public Services in the US and Spain". *Public Administration*, 86(3), 723-735.



The Impact of the Public Function Doctrine on Administrative Contracts

Majid Najarzadeh Hanjani^۱

Abstract

The doctrine of public function has fundamentally changed the classic concept of public services. Because this doctrine has denied the monopoly of personal and organizational criteria in recognizing public service and by resorting to some other criteria, some private sector activities are also considered public services in addition to the services provided by the public sector. The public function doctrine, by presenting a new concept of public service, also changes the criteria for recognizing administrative contract. Accordingly, any contract subject to public service, regardless of the personality of the contract parties, is considered an administrative contract. Thus, in such contracts, with legal supporting, it is possible to anticipate prerogative powers. In fact, a contract in which the parties are private, based on the existence of the subject of public services and the components of public interest, is considered an administrative contract and the public service provider can have prerogative powers. By this conceptual and substantive change, the jurisdiction of the administrative courts in judicial proceeding to claims arising from administrative contracts will also be expanded and these authorities can hear the contractual claims of both private parties, provided that there is a public service issue in that contract.

Keywords: Administrative Contract, Public Function, Public Service, Contract Law, Administrative Law.

^۱. PhD in Public Law from Farabi Campus, University of Tehran; Majid.law63@yahoo.com