

# ارزیابی قانونگذاری در موضوع معاملات دولتی

آیت مولائی\*

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۱	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۴/۲	شماره صفحه: ۵۴-۳۳
-------------------	------------------------	-----------------------	-------------------

از جمله الزامات قانون نویسی، نگارش سندی شفاف و بدون ابهام است چراکه ابهام در قانون، تشتت برداشت و در نتیجه رویه‌های متعارض را در پی خواهد داشت. برای پیشگیری از حدوث چنین وضعیتی، شایسته است قانونگذار در مقام قانونگذاری از تصویب مواد ناهمسو و مغایر با همدیگر اجتناب کند. نگاه تطبیقی به رابطه مواد (۷۹ تا ۸۹) با ماده (۹۲) قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، گویای ناهماهنگی میان آنهاست. نوشتار حاضر نسبت این مواد را از منظر حقوق عمومی به بحث گذاشته و با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به این نتایج دست یافته است: اول، قانونگذار مواد (۷۹ تا ۸۹) را به درستی در فضای حقوق عمومی نگاشته است. دوم، به نظر می‌رسد متن ماده (۹۲) در منطق حقوق خصوصی احاطه شده و در نتیجه دولت ناچار است با تکیه بر اصول و ضوابط حقوق خصوصی این ماده را به کار گیرد. سوم، از آنجاکه برای یک موضوع واحد (معاملات دولتی) نمی‌توان توأمان در زمان واحد، دو روش و ضابطه حقوق خصوصی و حقوق عمومی را اعمال کرد؛ در نتیجه جمع میان مواد مذکور، سخت مناقشه‌آمیز است. چهارم، صدور مجوز صریح تخلف از قانون در ماده (۹۲) راه هرگونه پیشگیری از فساد در معاملات دولتی را در چارچوب قانون محاسبات عمومی با امتناع روبه‌رو کرده است.

کلیدواژه‌ها: خطای قانون نویسی؛ قانون محاسبات عمومی؛ قراردادهای حقوق عمومی؛ قراردادهای حقوق خصوصی؛ معاملات دولتی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز؛

Email: amulaee@tabrizu.ac.ir

فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و نهم، شماره یکصد و نهم، بهار ۱۴۰۱

doi: 10.22034/MR.2021.4323.4274

## مقدمه

در دولت مدرن، قانون به مثابه سنجه اصلی در بررسی و کنترل پذیری اعمال دولت به شمار می‌آید. چنین نگرشی به دولت از زمان شکل‌گیری دولت ملی و ابتدای چنین دولتی بر قانون در محور مباحث متفکرین از جمله حقوقدانان قرار داشته است. از این رهگذر حقوق مدرن با قانون همنشین شده است؛ به طوری که در دیدگاه پوزیتیویستی، حقوق به قانون تقلیل پیدا می‌کند. اداره مدرن به مثابه وجه عینی و فنی دولت ناگزیر است اعمالش را بر قانون استوار کند و چنین قانونی البته ضوابط حاکم بر اداره و مجوزی برای صلاحیت چنین ارگانی است؛ به نحوی که در نبود قانون، اداره با پدیده «اصل عدم صلاحیت» مواجه خواهد شد.

در برداشت کلاسیک، دولت برای انجام اعمالش عموماً از دو سازوکار عمل اداری یکجانبه (ایقاع) و عمل اداری دوجانبه (قرارداد) استفاده می‌کند. در این باره قوانین مربوطه راهگشای عمل دولت ملی بوده و چنین فرض می‌شود که همه اعمال دولت با ابتدای بر قانون از پیش تعریف و تعیین شده، عملیاتی می‌شود. در نظام حقوقی ایران از جمله قوانین مادر در حوزه مالی، قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ با اصلاحات بعدی است. این قانون مهمترین قانون مربوط به چگونگی اجرایی کردن بودجه سالیانه کل کشور است؛ به نحوی که دولت در مقام اجرایی کردن قوانین بودجه سالیانه، مکلف است مطابق این قانون عمل کند. این سند «ریل‌گذار» قوانین بودجه سالیانه و معرف فرایندهای قانونی اجرایی کردن بودجه کشور است. این توضیح نشان‌دهنده آن است که این قانون تا چه اندازه، نقش محوری در اجرایی کردن قوانین بودجه سالیانه کل کشور داشته و تا چه اندازه مهم است. از این رو هرگونه چالش در این قانون مادر، بحران در اجرایی شدن قوانین بودجه را به ویژه در حوزه معاملات دولتی در پی خواهد داشت. با چنین اهمیتی در نگاه آغازین مشاهده می‌شود که دولت به درستی برای چگونگی اجرای اعمال قراردادی اش مکلف شده است؛ مطابق ضوابط مقرر در بخش سوم از فصل دوم قانون مذکور، ذیل عنوان «معاملات دولتی» (موضوع مواد ۷۹ تا ۸۹)) عمل کند. این نکته نشانگر آن است که معاملات دولتی باید از رهگذر این مواد قانونی انجام پذیرد تا

اصل حکومت قانون در حوزه مالی دولت پاس داشته شود. از منظر اصل دولت قانونمدار صوری، به‌رغم چنین شروع خوبی توسط قانونگذار، اما بلافاصله در فصل دوم از همین قانون با عنوان «نظارت مالی» بر اعمال دولت، ذیل ماده (۹۲) به دولت اجازه داده شده است که اگر کارگزار اداری معامله‌ای برخلاف مدلول مواد (۷۹ تا ۸۹) انجام دهد؛ دستگاه اداری در چارچوب شرایط ماده مذکور مکلف به پذیرش معامله خواهد بود. بررسی این وضعیت پارادوکسی موضوع این نوشتار است و تلاش می‌شود با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی به این سؤال پاسخ دهد که نسبت ماده (۹۲) با مواد (۷۹ تا ۸۹) قانون محاسبات عمومی چیست؟ فرضیه نوشتار حاضر این است که قانونگذار در زمان واحد برای موضوع واحد، هر دو منطق حقوق خصوصی و حقوق عمومی را به صورت توأمان مورد توجه قرار داده است و در نتیجه سردرگمی حقوقی را موجب شده است. برای پاسخ به این سؤال تلاش خواهد شد اول به تبیین دقیق وضعیت ابهام‌آلود مواد بالا اشاره شود و سپس به تحلیل بحث از منظر حقوق اداری پرداخته شود.

### ۱. بیان مسئله مواد (۹۲ و ۷۹ تا ۸۹)

قانونگذار مالی ایران به درستی دولت را مکلف کرده است اعمال قراردادی مرتبط با حوزه بودجه سالیانه را در چارچوب قانون محاسبات عمومی اجرا کند. در این راستا، مواد (۷۹ تا ۸۹) قانون محاسبات عمومی راهکار و چگونگی اجرای معاملات دولتی را مشخص کرده است.<sup>۱</sup> بر این اساس دولت مکلف شده است معاملات مربوط به وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی را در اشکال گوناگون در چارچوب این مواد (به غیر از استثنائات ماده (۷۹)) حسب مورد درباره معاملات مختلف «جزئی، متوسط و عمده» از طریق ضوابط مقرر در آن مواد و به ویژه به وسیله مناقصه یا مزایده انجام دهد. چنین تبیین صریح و آشکاری گویای ترسیم مسیر معاملات دولتی است و واژه «باید» در متن ماده (۷۹)، دولت را به اجرای معاملات در فضای «صلاحیت تکلیفی» موظف کرده است. بر این اساس دولت‌گریزی از اجرای مفاد و

۱. البته باید گفت در حال حاضر به معاملات دولتی در امور مربوط به مناقصات، در چارچوب قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ اجرا می‌شود.

مدلول مواد مذکور در انجام معاملات خود نخواهد داشت و عمل خلاف آن از دیدگاه حقوق عمومی باطل بوده و خلاف قوانین و اصولی همچون اصل حکومت قانون، اصل الزام به رعایت تشریفات قانونی و اصل عدم صلاحیت فرض خواهد شد. تا به اینجا به نظر می‌رسد در میان حقوقدانان حقوق عمومی، اختلاف نظر جدی وجود نداشته باشد و عموم حقوقدانان بی‌تردید این وضعیت را تأیید می‌کنند. همچنین مشاهده می‌شود که عناصری در این‌گونه اعمال قراردادی وجود دارد که از آنها به عنوان «قراردادهای اداری» یاد می‌شود. این عناصر زمینه‌ساز حرکت این‌گونه اعمال حقوقی از ساحت حقوق خصوصی به ساحت حقوق عمومی هستند. ناگفته پیداست که حقوقدانان به عناصر مذکور به صورت مکرر در آثار خود تصریح داشته‌اند (رستمی، ۱۳۹۴: ۲۱۹ - ۲۱۷؛ عباسی و حسینی‌الموسوی، ۱۳۹۶: ۲۵ - ۲۴؛ امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۲۸ - ۱۲۲).

در مقابل این الزام قانونی، ماده‌ای وجود دارد که به نوعی در برابر الزامات مواد بالا قرار داشته و در نگاه نخست یک وضعیت پارادوکسی را به ذهن متبادر می‌کند. براساس این ماده: «در مواردی که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون خدمتی انجام شود یا مالی به تصرف دولت درآید، دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف به رد معامله مربوط است و در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و همچنین در مورد خدمات انجام شده، مکلف به قبول و وجه مورد معامله در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود».

از آنجاکه وضعیت این ماده ناظر بر اوضاع و احوال خاصی است، از این رو برای اجرای چنین معامله‌ای شرایط خاصی به شرح ذیل تعریف شده است:

۱. این ماده به دو وضعیت اولیه و ثانویه اشاره کرده است. وضعیت اولیه: رد معامله؛ صدر ماده به درستی فرض را بر رد معامله‌ای که بدون رعایت ترتیبات قانونی انجام شده است، تصریح داشته است و از این حیث دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف به رد معامله مربوط است و اختیاری برای تنفیذ آن ندارد. وضعیت ثانویه: تنفیذ معامله؛ هرچند برای اداره، الزام قانونی برای رد معاملات مغایر قانون پیش‌بینی شده است؛ اما در ادامه قانونگذار تحت سه

شرط امکان تنفیذ «معامله غیرقانونی» را داده است: الف) در صورتی که رد عین آن میسر نباشد. ب) فروشنده از قبول رد امتناع ورزد. ج) در مورد خدماتی که انجام شده باشد.

۲. رعایت سقف مقرر در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوطه؛ هرچند قانونگذار تحت شرایط این ماده امکان تنفیذ معاملات غیرقانونی را داده است، اما ظاهراً برای جلوگیری از سوءاستفاده بیشتر برای چنین معاملاتی، سقفی را تعیین کرده و آن اینکه پرداخت ثمن معامله یا خدمت انجام شده فقط «در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط» امکان پذیر است. از آنجاکه این گونه اعمال ذیل اعمال «اختیاری» فرض می شوند در نتیجه قانونگذار پرداخت وجوه مربوط به این گونه اعمال حقوقی را از طریق سازکار «پرداخت دیون دولت»، موضوع مواد (۸ و ۵۸) قانون محاسبات عمومی کشور نپذیرفته است.

مهمترین آثاری که این گونه قرارداد نسبت به طرفین معامله دارد به این شرح است:  
**اثر قرارداد نسبت به دولت:** لازم الاجرا بودن قرارداد وفق منطوق ماده قرارداد در درجه نخست نسبت به دولت بدون اثر حقوقی است، مگر اینکه یکی از شرایط سه گانه گفته شده در فوق حادث شود که در این صورت قرارداد واجد اثر حقوقی لازم الاجرا خواهد بود و طرف دولتی قرارداد ملزم به اجرای تعهدات قراردادی اش خواهد بود. اما فرض آن است در چنین قراردادهایی تخلفی انجام شده است؛ در نتیجه اقدامات لازم برای تعقیب قانونی متخلف اجرایی خواهد شد. از این رو اگر مقامات مافوق دستگاه، مفاد چنین تکلیف قانونی را انجام ندهند مرتکب تخلف انتظامی شده و در چارچوب قانون رسیدگی به تخلفات اداری و مواد (۹۱ و ۹۲) قانون مدیریت خدمات کشوری بازخواست قانونی خواهند شد.

**اثر قرارداد نسبت به طرف خصوصی قرارداد:** جایز بودن قرارداد مطابق ماده (۹۲) قانون محاسبات عمومی، هرچند در درجه نخست، معامله نسبت به طرف خصوصی قرارداد نیز فاقد اثر حقوقی است اما اگر طرف خصوصی قرارداد رد معامله را نپذیرد یا خدمتی را برای دولت انجام داده باشد؛ در این صورت معامله انجام شده تلقی خواهد شد و دولت مکلف به انجام تعهدات قراردادی خود خواهد بود. ملاحظه می شود که پیمانکار از امکان رد تا تنفیذ قرارداد را برخوردار است.

## ۲. اصول نقض شده در نسبت مواد (۹۲ و ۷۹ تا ۸۹)

در حقوق مدرن حقوقدانان حقوق عمومی الزامات متعددی برای اعمال قراردادی دولت تعریف کرده‌اند (مولائی، ۱۳۹۹: ۴۸۸-۲۸۰؛ حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۴۷-۱۱۹). چنین فرض می‌شود که رعایت آنها در قراردادهای عمومی لازم‌الرعايه است و پرداختن به آنها موضوع این نوشتار نیست، بلکه به فراخور موضوع این مقاله به اصولی اشاره می‌شود که بیشترین پیوند را برای تبیین حقوقی رابطه بین ماده (۹۲) با مواد (۷۹ تا ۸۹) قانون محاسبات عمومی را دارند. از آنجاکه اعمال قراردادی دولت بر محوریت «اصل حکومت قانون» می‌چرخد؛ می‌توان از الزامات اصولی در این باره سخن گفت که رئوس آنها به این شرح است:

**اصل صلاحیت:** این اصل خوانش حقوق اداری از مفهوم «اصل حکومت قانون» در اداره است. بر این اساس اعمال کارگزاران دولتی بر مفهوم «اصل عدم صلاحیت» استوار است. به این معنا که دولت و کارگزارانش مکلف‌اند همه اعمال خود را بر قانون استوار کنند تا به این ترتیب اعمال خود را موجه‌سازی کنند. در این راستا فرض بر عدم صلاحیت کارگزار اداری خواهد بود مگر اینکه از قبل، قانون مجوز عمل را برای وی صادر کرده باشد؛ در غیر این صورت وی با پدیده «اصل عدم صلاحیت» روبه‌رو خواهد شد. در صورتی که قانونگذار به چنین مقامی صلاحیتی اعطا کرده باشد؛ ممکن است چنین صلاحیتی در دسته «صلاحیت‌های تکلیفی» باشد. در این صلاحیت به بیان آندره دولوبادر «قانون به مأمور اداری می‌گوید شما نمی‌توانید در موردی تصمیمی بگیرید مگر به دلیلی که قبلاً تعیین شده باشد؛ یعنی شرایط و اوضاع و احوال خاصی حتماً وجود داشته باشد» (طباطبائی، ۱۳۷۸: ۴۱۰). معنای گزاره مذکور این است که کارگزاران دولت نمی‌توانند برخلاف صلاحیت قانونی‌شان، دست به انجام اعمال قراردادی بزنند. در غیر این صورت بر مبنای اصل عدم صلاحیت، چنین قراردادی از اساس محکوم به بطلان خواهد بود. این در حالی است که به صراحت ماده (۹۲)، قانونگذار به کارگزار دولتی در چارچوب ماده مذکور، اجازه اجرای اعمال قراردادی خلاف صلاحیت‌اش را داده است. مشخص است که مفاد این ماده مغایر با روح و فلسفه وجودی قراردادهای حقوق عمومی است.

**اصل الزام به رعایت تشریفات قانونی:** به یک معنا رعایت اصل حکومت قانون بر جنبه‌های فرایندمحوری

معاملات بخش عمومی متمرکز است (مولائی، ۱۳۹۹: ۴۴۰؛ مرکز مالگیری، ۱۳۸۵: ۶۶-۵۷). رعایت آیین‌های مقرر قانونی، از مقدمات لازم دولت قانونمدار صوری است، در غیر این صورت دولت و اعمال کارگزارانش به فضای دولت انتظامی سوق داده خواهد شد. برای پیشگیری از حدوث چنین وضعیتی، ارگان‌های بخش عمومی ناگزیرند الزامات شکلی پیش‌بینی شده در قانون را رعایت کنند. در غیر این صورت «بوروکراسی عمومی» به آن معنایی که مدنظر ماکس وبر است، فلسفه وجودی خود را از دست خواهد داد. در این راستا در دولت‌های قانونمدار، ضمانت‌اجراهای قانونی مختلفی در این باره پیش‌بینی می‌شود تا کارگزاران دولت خود را مقید به رعایت تشریفات قانونی کنند، در غیر این صورت مسئولیت متوجه آنها خواهد شد. بنابراین کارگزاران اجرایی و اداری دولت مکلف‌اند آن دسته از فرایندهای قانونی که قانونگذار از قبل پیش‌بینی کرده است را رعایت کنند و در صورت عدم رعایت چنین آیینی با وضعیت بحران عمل اداری روبه‌رو خواهند شد. امروزه در عموم نظام‌های حقوقی تخطی از تشریفات قانونی در ارتباط با قراردادهای عمومی، با امکان فسخ تا ابطال‌پذیری قرارداد روبه‌رو است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۷۶: ۱۶۷-۱۶۶؛ مولائی، ۱۳۹۹: ۴۴۰؛ Neville and Bell, 1998: 205-206).

نگاهی به مواد موضوع بحث در مقاله حاضر گویای آن است که در فرایند اجرای معاملات دولتی، قانونگذار در ماده (۹۲) قانون محاسبات عمومی به کارگزار اجرایی اجازه عدول از تشریفات مقرر در مواد (۷۹ تا ۸۹) را داده و به این ترتیب فلسفه وجودی اصل مذکور را به محاق برده است.

ممکن است گفته شود که قانونگذار در جمله پایانی ماده از اصل تشریفات بودن معاملات دولتی و لزوم رعایت ترتیبات قانونی مقرر در مواد (۷۹ تا ۸۹) با به‌کارگیری عبارت «اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود» دفاع کرده است. ناگفته پیداست که این فرض درست نیست؛ چرا که این عبارت فقط ناظر بر وضعیت کسی است که الزامات شکلی پیش‌بینی شده در مواد (۷۹ تا ۸۹) را نقض کرده باشد و با نگاهی به عبارات میانی ماده مشاهده می‌شود که به صراحت آمده است: «در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و همچنین در مورد خدمات انجام شده، مکلف



به قبول و وجه مورد معامله ... است». در نتیجه فرض بر صحیح بودن این گونه معاملات خلاف اصل تشریفات قانونی است.

### ۳. ناهمسویی مواد (۹۲ و ۷۹ تا ۸۹)؛ تحلیل از دیدگاه حقوق عمومی

اگر بتوان تفسیر را به عملی تعبیر کرد که در آن به «کشف معنای واقعی متن» (Cornu, 2005: 499) نائل می‌شویم؛ در این صورت ناگزیریم با طرح فروضی به کشف مقصود قانونگذار و نشان دادن خطای احتمالی متن برسیم. در بالا مشاهده شد که بین مواد (۹۲) و (۷۹ تا ۸۹) رابطه هماهنگی وجود ندارد. در نگاه اول، میان آنها رابطه تناقض مشاهده می‌شود. اما به نظر می‌رسد چنین ادعایی گزاف باشد در نتیجه ناگزیریم مطابق اصول تفسیر حقوق مدرن، فروض مختلفی را در اینجا طرح کنیم تا بتوان به نتیجه معقولی دست یافت؛ از این رو ناگزیر از تفسیر نسبت مواد مذکور هستیم. در کنار استفاده از اصول تفسیری حقوق مدرن، به نظر می‌رسد بتوان از رویکردهای تفسیری فقهی نیز استفاده کرد. در واقع، نظر به سیطره منطق فقهی در روش فهم حقوق مدرن در ایران بعد از انقلاب مشروطه، به نظر می‌رسد بتوان بنابر اقتضای حقوق عمومی از منطق فقه امامیه در این باره کمک گرفت؛ منوط به اینکه واژگان و اصطلاحات فقهی را به درون منطق حقوق عمومی سوق داد و آنها را مطابق اقتضائات و غایات حقوق عمومی مورد خوانش قرار داد تا به این ترتیب بتوان به ناهمسویی مواد بالا فائق آمد. رئوس مهمترین رویکردهای تفسیری به این شرح است:

**فرض تناقض؛ تقابل ماده (۹۲) در برابر مواد (۷۹ تا ۸۹)؛** به یک اعتبار فلسفی، تضاد به معنای «دوامر وجودی غیرمتضایف که در محل واحد، زمان واحد و از جهت واحد با یکدیگر» (مسعود، ۱۴۰۱ق: ۱۴۷) قابل جمع نیستند. مشخص است که قانونگذار در محل واحد (فضای قانون محاسبات عمومی)، زمان واحد (قانون سال ۱۳۶۶) و از جهت واحد (انجام معاملات دولتی) دچار تضاد شده است. بر مبنای این فرض می‌توان گفت که قانونگذار در بیان ارتباط مواد، دچار سردرگمی بوده و نتوانسته است رابطه منطقی و معقول مواد را حفظ کند؛ زیرا در ارتباط با چگونگی معاملات دولتی توأمان به صلاحیت تکلیفی دستگاه اجرایی در ماده (۷۹) و امکان نقض چنین صلاحیتی در ماده (۹۲) حکم کرده است. در



نتیجه ماده (۹۲) با بخش سوم از فصل دوم قانون رابطه متناقض دارد. دلیل اصلی چنین فرضی را باید رابطه به ظاهر متناقض منطوق ماده (۷۹ و ۹۲) قانون مذکور است و به لحاظ منطقی نمی‌توان این دو را در کنار هم پذیرفت. در این صورت باید گفت که این مواد با یکدیگر دچار رابطه تناقض هستند. بنابراین قانونگذار در اینجا دچار خطای سندنویسی شده که شایسته اصلاح است.

پذیرش این فرض فضای حکومت قانون را در مورد معاملات دولتی تقریباً منتفی خواهد کرد؛ چرا که این وضعیت قلمرویی را ترسیم می‌کند که در آن دستگاه‌های مربوطه در خصوص لزوم یا عدم لزوم اجرای قانون، دچار سردرگمی هستند به نحوی که همزمان دو مطلوبیت رعایت قانون و امکان عدم رعایت قانون در مورد معاملات دولتی پیش‌رویشان قرار می‌گیرد.

**فرض تخصیص متصل؛ تخصیص معاملات جزئی در برابر معاملات بزرگ:** در زبان فقه اصولگرا، تخصیص در معنای خارج کردن «حکم خاص» از «حکم عام» و اختصاص دادن کسی به چیزی آمده است. در این معنا اگر نتوان دلیل خاص و دلیل عام را جمع کرد و دلیل خاص در مقام تقابل، دلالتش آشکارتر از دلیل عام باشد، در این صورت بر دلیل عام مقدم خواهد بود و بعضی از افراد از حکم عام خارج خواهند شد. بنابراین با پدیده اخراج جزء از کل مواجهه هستیم. در نتیجه حکم می‌شود که گوینده حکیم (یعنی قانونگذار) از عام (مواد ۷۹ تا ۸۹)، غیر از خاص (ماده ۹۲)، را اراده کرده است. از این رو با وضعیت «تخصیص متصل» مواجه هستیم که بر مبنای آن حکم به اخراج افراد خاص از شمول حکم عام داده شده است (غروی نائینی، ۱۴۱۹ق: ۱۶۲؛ میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۲۴۱). در مقام تطبیق مصداق با مفهوم، می‌توان فرض کرد از آنجاکه معاملات دولت در چارچوب ماده (۸۲) به سه نوع جزئی، متوسط و عمده تقسیم شده است؛ در مقام تطبیق مواد مذکور با همدیگر، معاملات «کم‌اهمیت» در چارچوب ماده (۹۲) قرار داشته و معاملات پراهمیت در چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) قابل اجراست. براساس این فرض، معاملات «جزئی» و «متوسط» (ماده ۸۲) قابل اجرا در چارچوب ماده (۹۲) بوده؛ اما معاملات «عمده» (ماده ۸۲) باید در چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) عملیاتی شود. یا اینکه معاملات جزئی در چارچوب ماده (۹۲) و معاملات متوسط و عمده در چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) اجرایی شوند. از

نقطه نظر تفسیر اصولی، این وضعیت به «تخصیص متصل» قابل تعبیر است و چنین به نظر می‌رسد که با استفاده از مفهوم تخصیص بتوان گفت که قانونگذار در ماده (۹۲) دست به تخصیص مواد مذکور زده است.

پذیرش این فرض از نقطه نظر روش تفسیر حقوق اداری مفسده‌انگیز است چرا که در حقوق اداری هنجارگرا، پذیرش سازوکاری که زمینه‌ساز عدول از اصل حکومت قانون باشد قابل پذیرش نیست. به این دلیل که مفهوم حکومت قانون، ستون خیمه حقوق اداری هنجارگراست و چالش در آن بحران در کارآمدی سیستم را در پی خواهد داشت؛ بنابراین نباید در عالم نظر زمینه را برای زمانه عمل خودسرانه و دلخواهی بودن فراهم کرد. همچنین منطقی نیست قانونگذار یک بخش از قانونی را که با صرف هزینه زیاد تصویب کرده و در آن راه‌های فسادآلود را مسدود کرده است به یکباره در مورد جزئی، ولو قرارداد جزئی و کم‌اهمیت باز بگذارد. البته اگر چنین باشد نزد خردمندان جامعه قابل دفاع نبوده و مورد نکوهش قرار خواهد گرفت.

**فرض نسخ؛ انتفای بخش سوم از فصل دوم توسط ماده (۹۲):** در اصول فقه از جمله سازوکارهای مورد استفاده در نسبت‌سنجی مفاهیم قاعده «نسخ» است. این مفهوم عموماً در اصطلاح فقهی به این معناست که اگر نتوان بین دو حکم قائل به جمع آنها شد، حکم به الغای احکام و جانشینی آنها با احکام دیگر شریعت داده خواهد شد (شاکر، ۱۳۸۷: ۲۸۶). اگر بتوان این منطق را به حوزه حقوق عمومی وارد کرد، باید گفت «نسخ» به معنای «انتفای کاربرد یک نهاد است که به این وسیله موضوعیت آن با ظهور نهاد جدید به پایان می‌رسد». در خصوص امر قانونگذاری نیز با ظهور اراده جدید قانونگذار در خصوص یک موضوع معین، اراده قدیم کنار گذاشته می‌شود که به نسخ معروف است. بر مبنای فرض نسخ می‌توان گفت از آنجاکه ماده (۹۲) در ادامه مواد (۷۹ تا ۸۹) برای موضوع واحد، یعنی «معاملات دولتی» آمده است و نظر به عدم امکان جمع آنها این ماده مقابل آنها آمده است. در نتیجه ماده متأخر، مواد مقدم را تا آنجا که به این ماده مربوط است، نسخ کرده است. در نتیجه دلیل لاحق، دلیل سابق را نسخ کرده است و از آنجاکه موضوع همه آنها واحد است؛ نمی‌توان از قاعده «عام سابق» در برابر «خاص لاحق» استفاده کرد.

پذیرش این فرض می‌تواند فلسفه وجودی معاملات دولتی را در چارچوب قانون محاسبات عمومی موضوعاً منتفی کند. در این صورت به درستی می‌توان این سؤال معقول و منطقی را مطرح کرد که آیا قانونگذار کار عبث می‌کند؟ اگر پاسخ مثبت باشد باید با استفاده از مفهوم «نسخ ضمنی» در برابر «نسخ صریح» گفت که در اینجا قانونگذار دست به نسخ ضمنی مواد پیش‌گفته زده است. از یک دیدگاه ممکن است چنین فرضی درست باشد؛ چرا که قانونگذار نخست در مواد (۷۹ تا ۸۹)، تشریفات قانونی مربوط به چگونگی انجام معاملات دولتی را تعیین کرده و سپس در ماده (۹۲) به ارگان مربوطه اجازه نقض آن ترتیبات و عمل برخلاف تشریفات مقرر قانونی را در انجام معاملات داده است. با بررسی فروض دیگر مشاهده می‌شود که این فرض نیز قابل پذیرش نیست، چرا که منطقی نیست قانونگذار یک بخش از قانونی را که با هزینه زیاد و مشقت خاصی تصویب کند و بلافاصله آن را نسخ کرده باشد. در واقع از نقطه نظر منطقی، قانونی که در زمان واحد به تصویب رسیده است دلیلی ندارد اجزای مختلفش همدیگر را نسخ کنند مگر اینکه اهداف پنهان غیر حقوقی در پس چنین عملیاتی نهفته باشد. بنابراین نمی‌توان با استناد به قاعده نسخ ادعا کرد که قانونگذار در ماده (۹۲)، بخش سوم از فصل دوم را نسخ کرده است.

البته اگر قائل به فرض نسخ ضمنی باشیم در این صورت به درستی فلسفه قانونگذاری از بن به محاق خواهد رفت و اگر پاسخ منفی باشد در این صورت چون از قانونگذار خردمند، انتظار تصویب مواد قانونی عبث و بی‌بهره نمی‌رود در نتیجه، ناگزیر باید گفت قانونگذار از تصویب مواد (۷۹ تا ۸۹) به دنبال مقصودی بوده است. اما اینکه مقصود چیست؟ پاسخ این است که تصویب این مواد برای آن است که معاملات دولتی در چارچوب آنها عملیاتی شود. پس تکلیف ماده (۹۲) چیست؟

شاید بتوان با استفاده از دو مفهوم «نسخ جزئی» در برابر «نسخ کلی»، تکلیف قضیه را مشخص کرد. آیا همه انواع معاملات دولت باید در چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) اجرایی شود؟ اگر پاسخ مثبت دهیم، معضلات گفته شده همچنان باقی خواهد ماند. اما اگر پاسخ منفی داده شود در این صورت با استعانت از معیار نسخ جزئی در برابر نسخ کلی، می‌توان گفت چنین فرض می‌شود که قانونگذار در ماده (۹۲)، شرایط مترتب در مواد (۷۹ تا ۸۹)

رانه به صورت «کلی» بلکه به صورت «جزئی» نسخ کرده است. اما اینکه ماده (۹۲) کدام بخش از شرایط تعیین شده در مواد مذکور را نسخ کرده است؟ با در نظر گرفتن فلسفه وجودی تشریفات در قراردادهای عمومی ناگزیر باید گفت که در این ماده، امکان عدول از شرایط پیش بینی شده در مواد (۷۹ تا ۸۹) در ارتباط با قراردادهای جزئی، تحت شرایطی امکان پذیر است و به این وسیله مقصود از نسخ جزئی محقق شده است بدون اینکه بتوان حکم به تضاد این مواد داد.

توضیحات فوق نشان می‌دهد که این قاعده تا چه اندازه در اینجا ناکارآمد و مفسده‌انگیز است. بنابراین باید در دانش حقوق اداری در مقام استفاده از روش تفسیر غیر از حقوق اداری، کمال احتیاط را داشت و به‌کارگیری این روش در اینجا نشان‌دهنده آن است که این قاعده را نمی‌توان در اینجا به کار برد.

**فرض قراردادهای حقوق عمومی در برابر قراردادهای حقوق خصوصی:** در سنت حقوق رومی - ژرمنی از جمله معیارهای تقسیم‌بندی حقوق، معیار حقوق عمومی در برابر حقوق خصوصی است. این تقسیم‌بندی هرچند ریشه در رم باستان دارد؛ اما در قرون اخیر با به‌کارگیری جدی آن توسط حقوقدانانی همچون رنه داوید فرانسوی، این معیار در محور مباحث حقوقدانان این سنت قرار گرفت. هرچند که دادگاه لردان انگلستان در نهایت در سال ۱۹۸۲ این تقسیم‌بندی را پذیرفت. می‌توان گفت در وضعیت کنونی، این معیار در حقوق مدرن از جایگاه تثبیت شده‌ای برخوردار است.

در خصوص چگونگی قابلیت اعمال این معیار می‌توان گفت بر مبنای این معیار، قانونگذار در قانون محاسبات عمومی با درک واقعیت ناظر بر لزوم استفاده از هر دو نوع قراردادهای حقوق عمومی و قراردادهای حقوق خصوصی به دولت اجازه داده است به فراخور نیازهایش از یکی از سازوکارهای مذکور استفاده کند. در ارتباط با قراردادهای عمومی، دولت مکلف است اعمال قراردادی اش را صرفاً در چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) منعقد کند. اما اعمال قراردادی حقوق خصوصی، دولت یا قراردادهایی که دولت در مقام حقوق خصوصی آنها را منعقد می‌کند؛ می‌تواند در چارچوب ماده (۹۲) باشد. البته در صورت نبود مجوز بودجه‌ای یا نقض ضوابط قانونی با متخلف برخورد قانونی خواهد شد.

مهمترین ایراد این فرض، عدم مطابقت آن با منطوق ماده (۹۲) است. چراکه در این ماده مطلقاً به دستگاه اجرایی مربوطه، اجازه عدول و تخلف از قانون در اعمال قراردادی اش به صراحت داده شده است. در نتیجه امکان اعمال فرض بالا در اینجا وجود ندارد. بر این اساس می‌توان گفت از دیدگاه حقوقی، این رویکرد تفسیری نیز در مقام نسبت سنجی مواد (۷۹ تا ۸۹) با ماده (۹۲) قابلیت اعمال دقیق ندارد؛ چراکه در قراردادهای حقوق خصوصی همه شرایط اساسی قرارداد بر الزامات پیش‌بینی شده در ماده (۱۹۰) به بعد قانون مدنی استوار شده است. این در حالی است که در ماده (۹۲) قانون محاسبات عمومی، الزامات فراتری تعیین شده است.

نگرش حقوق خصوصی به ماده (۹۲) مذکور از دیدگاه برخی حقوقدانان حقوق عمومی نیز مورد پشتیبانی قرار گرفته و چنین آمده است: «عدم صلاحیت مأمور موجب عدم نفوذ معامله است اما موجود نبودن مجوز بودجه‌ای (عدم اعتبار) موجب عدم نفوذ معامله نیست» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۸۰). مشخص است که از جمله مصادیق مفهوم «عدم صلاحیت مأمور دولتی» و «نبودن مجوز بودجه‌ای» است. بنابراین رابطه آنها از نوع نسبت مفهوم و مصداق بوده که با نسبت منطقی عموم و خصوص مطلق قابل تحلیل است. بنابراین این‌گونه مرزبندی ناصواب و تعیین پیامد جداگانه برای مفهوم واحد، محل تأمل جدی است. در واقع می‌توان گفت به همان دلیلی که عدم صلاحیت موجب بطلان قرارداد عمومی است، عدم اعتبار و فقدان مجوز بودجه‌ای نیز همان نتیجه را در پی خواهد داشت. هرچند که قانونگذار مالی در ماده (۹۲) این‌گونه نوشته نشده است.

فرض حکومت «استثناء» بر «اصل»: از جمله ضوابط مطرح شده نزد علمای اصولی، اصل «ما مِنْ عَامٍّ إِلَّا وَقَدْ خُصَّ» است. مطابق این قاعده هیچ عامی نیست مگر اینکه استثنایی داشته باشد. معنای حقوقی این است که هیچ قانونی نیست مگر اینکه استثنایی داشته باشد. بر این اساس می‌توان گفت که حکم ماده (۹۲) ناظر بر وضعیت استثنایی است و قانونگذار تحت شرایط استثنایی، اجازه داده است از حکم عام، یعنی از ضوابط مواد (۷۹ تا ۸۹) عدول شود. دو برداشت از گزاره «هیچ قانونی نیست مگر اینکه استثنایی داشته باشد» قابل استخراج است.

**برداشت اول:** هیچ حکم عام قانونی نیست مگر اینکه استثنایی داشته باشد.

**برداشت دوم:** هیچ قانونی نیست که نتوان حکم آن را در شرایط استثنایی متوقف کرد. ناگفته پیداست که برداشت اول ناظر بر گزاره‌ای است که به طور اطلاق، هم حکم عام و هم حکم خاص، در فضای حقوق و قانون قرار دارند. اما برداشت دوم حکم خاص را از محدوده‌های حقوق و قانون خارج می‌کند. این در حالی است که در حقوق مدرن نقاط «بدون حقوق» در دولت حقوقی وجود ندارد. چرا که همگان محاط در حقوق اند و حوزه غیرحقوقی قابل تصور نیست. حال اگر قائل به برداشت اول باشیم، ایراد حقوقی جدی نمی‌توان وارد کرد. اما مشکل در منطوق ماده (۹۲) است که آشکارا به دستگاه مربوطه مجوز قانونی تخلف از قانون را داده است. در نتیجه این فرض با مشکل مواجه است. در مقابل اگر قائل به برداشت دوم باشیم در این صورت خواهیم گفت از آنجاکه در ماده (۹۲) به صراحت به «عدم رعایت مقررات این قانون» تصریح شده است؛ بنابراین به وضعیتی اشاره دارد که در آن کارگزار از محدوده «حقوق و قانون» خارج می‌شود و عمل قراردادی‌اش بر رفتار خودسرانه و دلبخواهی استوار می‌شود. در نتیجه چنین قاعده‌ای را نمی‌توان در مقام تفسیر مواد قانونی حقوق عمومی به کار بست، چرا که مفسده‌انگیز بوده و چالش‌زا خواهد بود.

توضیحات بالا در مورد این فرض، همانند فروض دیگر، در چارچوب روش شناسی تفسیر در حقوق اداری قابل پذیرش نیست. چرا که نمی‌توان روش تفسیری را تجویز کرد که در راه برای گریز از قانون به دست قانون شکنان بیفتد و اگر چنین اتفاقی بیفتد بی تردید در چنین لحظه‌ای روش تفسیر فقهی موجب شده است از مرزهای حقوق اداری خارج شویم. **فرض خلط منطق حقوق خصوصی با منطق حقوق عمومی:** به یک اعتبار می‌توان گفت که مواد (۷۹ تا ۸۹) به درستی بر منطق حقوق عمومی استوارند و در برابر ماده (۹۲) به غلط بر منطق حقوق خصوصی استوار هستند. اما نکته کلیدی این است که همه این مواد دنبال یک غایت هستند. در نتیجه دولت ناگزیر است برای غایت واحد، مسیرهای مختلفی را طی کند. چنین رویکردهای متعارضی در مورد موضوع واحد، فضا را بر ابهام‌آلودی قلمروی قراردادهای دولتی فراهم کرده است.



برای برون‌رفت از چنین وضعیت مبهمی، می‌توان اعمال قراردادی دولت را به اعمال قراردادی خصوصی و عمومی تقسیم کرد و چنین فرض کرد که مجوز قانونی معاملات بخش عمومی دولت، مواد (۷۹ تا ۸۹) است و دولت در چارچوب این مواد از صلاحیت برگزاری مناقصه یا مزایده برخوردار است. در مقابل مجوز قانونی دولت برای انعقاد قراردادهای خصوصی، ماده (۹۲) است. ناگفته پیداست که این فرض بر منطبق حقوق خصوصی استوار شده است و به پشتوانه اصول کلی قراردادها، به ویژه ماده (۱۹۰) به بعد قانون مدنی، دستگاه اجرایی که برای انجام معاملاتش از بودجه ارتزاق می‌کند اگر قراردادی در مقام شخص خصوصی منعقد کند و آن دستگاه چارچوب مواد (۷۹ تا ۸۹) را نقض کند؛ در این صورت، معاملات اداره در چارچوب ماده (۹۲) قابل عملیاتی شدن خواهد بود. مشخص است این تفسیر بیش از حد غریب جلوه می‌کند. چرا که نزد خردمندان جامعه پذیرفته نیست که قانونگذار آشکارا مسیر غیرقانونی برای نیل به اهداف قانونی تعریف کند و این شیوه از قانون نویسی نقض غرض بوده و با سبک قانون نویسی شایسته فاصله معناداری دارد. چرا که یکی از مشخصه‌های قانون نویسی شایسته، توجه به هماهنگی درونی مواد قانونی یک سند است و بایسته نیست که موادی از قانون از یک فضا (یعنی قلمروی حقوق عمومی) و مواد دیگر از فضای دیگر (یعنی ساحت حقوق خصوصی) ارتزاق کند.

اما پاشنه آشیل دسته‌بندی بالا این است که معیار مشخصی برای مرزبندی دقیق و شفاف میان آنها و اعمال مربوط به قراردادهای عمومی و معاملات خصوصی دولت موجود نیست و در پاسخ به اینکه کدام یک از قراردادهای دولت، خصوصی‌اند و کدام یک عمومی‌اند؟ نمی‌توان راهکار معینی ارائه داد. مسئله این است که پاسخ شفاف در این خصوص در قوانین مربوطه وجود ندارد و حتی میان حقوقدانان نیز پاسخ عینی، اجماعی و شفافی وجود ندارد.

در نتیجه ناگزیر از پذیرش فرض خلط منطبق حقوق خصوصی در برابر منطبق حقوق عمومی در معاملات دولتی هستیم. قانونگذار در ظاهر معاملات دولتی را همانند هر قرارداد دیگری از اساس بر مفهوم اصل حاکمیت اراده و اصل حاکمیت آزادی قراردادی و اصل رضایی بودن فرض کرده و چنین فرض شده است که عموم قراردادهای منعقد شده



از جمله معاملات دولتی با داشتن مختصات محوری قانون مدنی (یعنی مواد (۱۹۰) به بعد قانون مدنی) صحیح هستند و طرفین قرارداد مکلف به اجرایی کردن مفاد قراردادند.

این در حالی است که در معاملات دولتی اولاً، شرایط اساسی قراردادهای عمومی متفاوت از قراردادهای مدنی است و این موضوع به کرات توسط حقوقدانان به بحث گذاشته شده است (شمعی، ۱۳۹۳: ۳۱۶-۱۷۳؛ انصاری، ۱۳۸۰: ۶۴ - ۵۵). ثانیاً، در معاملات دولتی کارگزار دولت به نمایندگی از منافع عمومی، قرارداد را منعقد می‌کند و اگر بتوان در اینجا با تساهل برای نهاد «وکالت» در حقوق مدنی با نهاد «نماینده» در حقوق عمومی همنشینی کارکردی نظیر عمل «به نام و حساب اصیل در انعقاد قرارداد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۴) فرض کرد؛ حتی وکیل یا نماینده نمی‌تواند بدون رعایت غبطه موکل یا منافع عمومی، قراردادی را منعقد و به این وسیله ذمه موکل خود را مشغول سازد. اینکه چرا قانونگذار مجوز عدول از قانون، هرچند جزئی را برای کارگزار داده است؟ محل تأمل جدی است و پاسخ این است که قانونگذار دچار خطای راهبردی شده است. ثالثاً، در اینجا قانونگذار از منطق حقوق خصوصی هم فراتر رفته است؛ چرا که در حقوق خصوصی اگر وکیل غبطه موکل را رعایت نکند، مسئولیت به پای وکیل خواهد بود. همچنین اگر وکیل بدون اذن موکل اقدامی را انجام دهد برای اصیل التزامی نداشته و به عنوان عمل فضولی فرض شده و در صورت تنفیذ موکل، معامله برای اصیل دارای نفوذ حقوقی خواهد بود (امامی، ۱۳۷۹: ۲۶۴ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۷۴ به بعد). این در حالی است که حتی آنجا که نماینده، غبطه دستگاه اجرایی و منافع عمومی را با نقض مقررات رعایت نکرده باشد و در ارتباط با انعقاد قرارداد، اذنی نداشته باشد؛ باز هم تعهدات قراردادی برای دستگاه اجرایی الزام‌آور خواهد بود. در واقع این‌گونه سندنویسی مشخص نیست در کدام فضا و منطق نوشته شده است.

نکته نامیدکننده این است که مقررات اجرایی مواد مذکور در ادامه همان منطق حقوق خصوصی قرار داشته و نتوانسته‌اند خود را از دام چنین منطقی رها کنند. در بند «الف» ماده (۵) «دستورالعمل اجرایی مربوط به دیون بلامحل به شماره ۸۲۹۱/۵۵۵۶/۵۶-۲۱/۴/۱۳۶۷» مصوب وزارت امور اقتصادی و دارایی آمده بود؛ هرگونه دیون اختیاری و «به طور کلی تعهداتی که به طور اختیاری، زائد بر اعتبار مصوب و یا برخلاف مقررات» برای دستگاه‌های مربوطه،

ایجاد شده باشد از شمول این سند و مواد (۸ و ۵۸) قانون محاسبات عمومی خارج شده و رسیدگی به آنها در چارچوب مواد (۹۲ و ۹۳) این قانون فرض شده است. مدلول این قانون نیز گویای آن است که مقامات وزارت اقتصاد همانند قانونگذار، قراردادهای دولتی را صرفاً نهادی رضایی و مبتنی بر اصل حاکمیت اراده فرض کرده‌اند؛ بدون اینکه درک صحیحی از مفهوم این‌گونه قراردادها و الزامات و شرایط اساسی مترتب بر این قراردادهای دولتی داشته باشد. در نتیجه به صرف عمل خلاف قانون کارگزار اداری، فضا برای تهدید و تحدید حدود منافع عمومی فراهم است؛ چرا که تعهدی که از طریق انعقاد قرارداد خلاف قانون توسط کارگزار اجرایی برای دولت ایجاد شده است امری اختیاری و در چارچوب مقتضیات حقوق خصوصی درک شده است.

نکته انحرافی این قانون عبارت پایانی بند مذکور است که مقرر داشته بود: «ذی حساب موظف است پرداخت هرگونه وجهی در ارتباط با مواد (۹۲ و ۹۳) قانون مذکور را همزمان به وزارت امور اقتصادی و دارایی و دیوان محاسبات کشور گزارش کند». این بند فاقد کارایی لازم و مؤثر برای کنترل اعمال کارگزاران اجرایی به شمار می‌آید؛ چرا که بر ابزارهای کنترلی پسینی استوار شده بود. نکته قابل تأمل تر اینکه دستورالعمل مذکور در سال ۱۳۹۴ با «دستورالعمل اجرایی مربوط به دیون بلامحل موضوع مواد (۸ و ۵۸) قانون محاسبات عمومی کشور (بخشنامه شماره ۵۶/۴۹۶۶۶ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ وزارت امور اقتصادی و دارایی)»<sup>۱</sup> به صراحت «کأن لم یکن»<sup>۲</sup> تلقی شده است. به‌رغم اینکه در ماده (۱۲)

۱. نکته حقوق اداری سند فوق این است که دستورالعمل مذکور در قالب «بخشنامه» توسط «معاون نظارت مالی و خزانه‌دار کل کشور» صادر شده و دستورالعمل سال ۱۳۶۷ وزیر اقتصاد را نسخ کرده است. البته مبنای مشروعیت اصدار این دستورالعمل به «تفویض اختیار شماره ۵۶/۹۹۷۱۹ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۳ وزیر امور اقتصادی و دارایی» مستند شده است. اینکه آیا چنین تفویض اختیاری از منظر حقوق اداری قابل پذیرش است یا خیر؟ پاسخ منفی است. چرا که از جمله عناصر و شروط تفویض اختیار این است که اختیار تفویض شده از امور «نوعی»، «مهم» و «قائم به شخص تفویض‌کننده» نباشد و چون اصدار بخشنامه از امور «نوعی»، «مهم» و «قائم به شخص وزیر» است، این‌گونه تفویض اختیار محل تردید جدی بوده و غلط است.

۲. نکته حقوقی دیگر این مقرر، واژه‌پردازی غلط در این سند است. در سند اخیر به جای استفاده از واژه «نسخ» از عبارت «کأن لم یکن» استفاده شده است. مشخص است که در اینجا منظور همان «نسخ» است؛ اما به دلیل فقر دانش حقوق در دستگاه‌های اجرایی به اشتباه عبارت مذکور به کار گرفته شده است. شایسته است دستگاه‌های اجرایی در مقام سندنویسی دقت بیشتری داشته باشند و دانش حقوق را جدی بگیرند.

قانون اخیرالتصویب مفاد موارد گفته شده در بالا تکرار شده است؛ اما عبارت پایانی بند مذکور حذف شده است؛ هرچند تخلفی در این خصوص رخ نداده است. در نتیجه حتی ذی حساب موظف به گزارش تخلف انجام شده در چارچوب مواد (۹۲ و ۹۳) قانون محاسبات عمومی به نهادهای ذی صلاح نیست. اینکه چرا چنین اصلاحیه‌ای بر مقررات اجرایی بالا وارد شده است، نظر به عدم دسترسی به سوابق مباحث مطروحه در مورد بخشنامه مذکور، امکان اظهار نظر حقوقی با امتناع روبه‌رو است. اما آنچه از دیدگاه حقوق عمومی مسجل است آنکه چنین اصلاحیه‌ای با منطق حقوق عمومی همسو نیست؛ زیرا در فضای حقوق عمومی اعمال کارگزاران در همه عرصه‌ها (همچون اعمال قراردادی) مشمول اصول نظارت و پایش است و مشخص نیست چرا اینجا پایش ذی حساب را نسخ کرده است.

#### ۴. فرض صواب در مورد مواد بالا

در میان فروض ۶ گانه بالا به نظر می‌رسد فرض اخیر (فرض خلط منطق حقوق خصوصی با منطق حقوق عمومی) به صواب نزدیک باشد؛ چراکه منطق و استدلال حاکم بر این فرض مستحکم‌تر است. با این حال باید توجه داشت معیار تفکیک حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی توسط برخی از حقوق‌دانان به چالش کشیده شده است (گرچی، ۱۳۸۸؛ ۱۸۲-۱۴۱؛ مشهدی، ۱۳۹۴؛ ۱۹۳-۱۸۱). حتی فیلسوفی همچون هابرماس با استدلال خاص خودش از «عمومی شدن حقوق خصوصی» و «خصوصی شدن حقوق عمومی» سخن گفته است (هابرماس، ۱۳۸۴؛ ۲۴۳)؛ چراکه از یکسو بخشی از وظایف دولت به بنگاه‌ها، مؤسسات و آژانس‌های نیمه‌رسمی و شرکت‌های خصوصی در حال واگذار شدن بوده و از سوی دیگر دولت در پرتو اندیشه‌های مداخله‌گرانه به حوزه اعمال تصدی ورود کرده است (مشهدی، ۱۳۹۴؛ ۱۹۰). این در حالی است که فرض نوشتار حاضر بر «عدم امکان از هم پاشیده شدن مرزهای این دو دانش از همدیگر» استوار است، هرچند نمی‌توان از استدلال‌های قدرتمند در خصوص نزدیک شدن و چه بسا در مواردی امتزاج این دو دانش در برخی حوزه‌ها چشم پوشید، اما نمی‌توان پذیرفت که مرز این دو دانش به پایان راه رسیده است.

هرچند تفکیک آکادمیک میان حقوق خصوصی و حقوق عمومی به نیمه قرن بیستم

برمی‌گردد؛ اما تاریخ زایش این تفکیک به دنیای باستان و حقوق رم پیوند می‌خورد که در جهان مدرن با تصویب کد ناپلئونی در سنت رومی ژرمنی مورد توجه دوباره قرار گرفت و امروزه نیز معیاری اساسی برای تقسیم‌بندی حقوق به شمار می‌آید. بر مبنای چنین استدلالی می‌توان گفت که همچنان در معاملات دولتی نظر به پیگیری منافع عمومی دولت در این‌گونه قراردادها، فضای حاکم بر چنین اعمال قراردادی لاجرم در ساحت حقوق عمومی قرار دارد؛ چرا که غایت حقوق عمومی تأمین مصالح عمومی و منافع عامه است اما در حقوق خصوصی طرفین قرارداد به دنبال نفع خصوصی خودشان هستند. در نتیجه شایسته و بایسته است که ماده (۹۲) بر ماهیت قواعد حقوق عمومی گره بخورد و به این وسیله فحوای ماده بر «آمره بودن» استوار باشد. به این معنا که حتی با توافق و اراده طرفین قرارداد، نتوان عملی را برخلاف آن انجام داد. چرا که دولت حتی در لحظه انعقاد قرارداد، به ویژه در معاملات دولتی، نمی‌تواند از شأن «حکومتی» کوتاه بیاید، چرا که پیوسته با حاکمیت و اقتدار پیوند گسست‌ناپذیری دارد. اما مشاهده می‌شود که ماده مذکور سازوکار بالا را به حاشیه برده است و از حیث اصول قانونگذاری به فضای حقوق خصوصی غلتیده است که خروجی آن امکان تحمیل تعهدات قراردادی طرف خصوصی قرارداد بر طرف عمومی قرارداد است. در این میان مشخص نیست که دولت در لحظه کوتاه آمدن نسبت به تعهدات قراردادی اش در برابر طرف قراردادی اش چگونه می‌خواهد و می‌تواند از منافع عمومی دفاع کند؟ مبرهن است این است که در اینجا فضایی برای توسل دولت به ظرفیت اقتداری پیش‌بینی نشده است.

## ۵. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

نوشته حاضر در پی طرح معضلی بود که قانونگذار مالی ایران خواسته یا ناخواسته پیش روی کارگزاران اجرایی نظام قرار داده است. همچنین مشاهده شد که تا چه اندازه نسبت مواد (۷۹ تا ۸۹) با ماده (۹۲) در مقام اجرا چالش‌زاست. به عنوان دستاورد کلی می‌توان چنین جمع‌بندی کرد:

۱. تحلیل‌های بالا نشان می‌دهد که تا چه اندازه فضا برای تحلیل مواردی از این دست

گسترده و متنوع است. بی تردید تحلیل‌های دیگری قابل طرح هستند که نظر به محدودیت واژگانی مقاله، امکان پرداختن به آنها نبود و در اینجا به مهمترین و شایع‌ترین آنها بسنده شد. ۲. توضیحات مقاله حاضر نشانگر آن است که «قانونگذاری بد» از «نبود قانون» بدتر است؛ چرا که قانونگذاری بد فضای ابهام‌آلودی را ایجاد می‌کند که موجب سردرگمی حقوقدانان، کارگزاران اداری، کارگزاران اجرایی، مقامات قضایی و نهادهای نظارتی می‌شوند و اتفاقاً در لحظه‌ای که آنها درگیر طرح فروض گوناگون راجع به یک موضوع واحد هستند، مفسدان در حال عملیاتی کردن نیات نامشروع خود هستند. چرا که فساد همیشه از روزنه‌های تنگ و مه‌آلود وارد سیستم می‌شود.

۳. به نظر می‌رسد ریشه ابهام در مواد مذکور در نوع نگرش نهفته باشد. به این صورت که قانونگذار در مواد (۷۹ تا ۸۹) به درستی به لزوم رعایت الزامات حقوق عمومی توجه کرده است اما در ادامه و در ماده (۹۲) در دام نگرش حقوق خصوصی گرفتار شده و در نتیجه به غلط به اعمال قراردادی مغایر حقوق عمومی، مجوز تنفیذ صادر کرده است.

۴. از آنجاکه ماده (۹۲) در چارچوب دیدگاه حقوق خصوصی تصویب شده است، میان این ماده با سایر مواد این قانون که در فضای حقوق عمومی و با تکیه بر منطق و دیدگاه حقوق عمومی تصویب شده‌اند نوعی ناهماهنگی در روش و هدف مشاهده می‌شود. این وضعیت فضا را برای فسادآلود شدن معاملات دولتی در چارچوب ماده (۹۲) قانون محاسبات عمومی فراهم کرده است و به این ترتیب سیستم معاملات دولتی را به حاشیه برده است. مشخص است که چنین روزنه فسادزایی، بحران در کارآمدی و کارایی قانون محاسبات عمومی را در پی خواهد داشت. از این رو ریل‌گذاری قانونگذار مالی ایران در خصوص معاملات دولتی با چالش روبه‌رو است.

۵. به نظر می‌رسد قانونگذار در خصوص نسبت مواد (۷۹ تا ۸۹) و (۹۲)، فهم درستی از ادبیات حقوق عمومی نداشته است. در نتیجه پیشنهاد می‌شود تکلیف این ماده روشن و این خطای راهبردی جبران شود. مناسب‌ترین راهکار نیز حذف ماده مذکور است، زیرا به غلط فرض می‌شود که مفسده‌های کوچک پیامد جدی برای اداره ندارند. فساد از روزنه‌های تنگ و به ظاهر غیر مهم وارد سیستم می‌شود و در زمان مقتضی سیستم را آلوده و یا دست‌کم ناکارآمد می‌کند.

## منابع و مآخذ

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۷۹). حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۷۶). «اصول حاکم بر تنظیم و انعقاد قراردادهای دولتی»، مجله کانون وکلا، دوره جدید، ش ۱۱.
۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). حقوق اداری، جلد دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۴. انصاری، ولی الله (۱۳۸۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان.
۵. حبیب زاده، محمدکاظم (۱۳۹۰). اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تهران، انتشارات جاودانه.
۶. رستمی، ولی (۱۳۹۴). «تعدیل در قراردادهای اداری»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، ش ۲.
۷. «دستورالعمل اجرایی مربوط به دیون بلامحل به شماره ۵۶/۵۵۵۶/۸۲۹۱-۵۶/۴/۲۱-۱۳۶۷/۴»، مصوب وزیر امور اقتصادی و دارایی.
۸. «دستورالعمل اجرایی مربوط به دیون بلامحل موضوع مواد (۸ و ۵۸) قانون محاسبات عمومی کشور، (بخشنامه شماره ۵۶/۴۹۶۶۶ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ وزارت امور اقتصادی و دارایی)»، مصوب معاون نظارت مالی و خزانه دار کل کشور.
۹. شاکر، محمدکاظم (۱۳۸۷). علوم قرآنی، چاپ اول، قم، انتشارات دانشگاه قم.
۱۰. شمعی، محمد (۱۳۹۳). حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل.
۱۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۸). حقوق اداری، تهران، سمت.
۱۲. عباسی، بیژن و سیدمجتبی حسینی الموسوی (۱۳۹۶). «قراردادهای اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی»، دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، ش ۱۰.
۱۳. غروی نائینی، میرزاحمدحسین (۱۴۱۹ق). اجود/التقریرات، جمع آوری سیدابوالقاسم خوئی، قم، مؤسسه صاحب الامر (عج).
۱۴. قانون برگزاری مناقصات، مصوب ۱۳۸۳.
۱۵. قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۷. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۸). «حقوق عمومی و حقوق خصوصی: دوگانگی یا یگانگی؟»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۱، ش ۴۷.

۱۸. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵). *حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۹. مسعود، سعدالدین (۱۴۰۱ق). *شرح المقاصد تفتازانی*، جلد اول، پاکستان، نشر دارالمعارف المتعالیه.
۲۰. مشهدی، علی (۱۳۹۴). «از عمومی شدن حقوق عمومی تا خصوصی شدن حقوق عمومی؛ مشروعیت و قلمرو مداخله دولت در اندیشه هابرماس»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، ش ۲.
۲۱. مولائی، آیت (۱۳۹۹). *قراردادهای اداری*، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوق میزان.
۲۲. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*، به خط عبدالرحیم بن محمد تقی التبریزی، تهران، المكتبه الاسلامیه.
۲۳. هابرماس، یورگن (۱۳۸۴). *دگرگونی ساختاری حوزه عمومی*، کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه جمال محمدی، چاپ اول، تهران، نشر افکار.
24. Cornu, G. (2005). *Vocabulaire Juridique*, 7<sup>th</sup> ed, Paris, PUF.
25. Neville Brown L. and John S. Bell (1998). *French Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press.