

# تأثیر استانداردهای حقوق خصوصی بر مدیریت قراردادهای اداری

احسان سعیدی صابر\*\*  
حسین جوان آراسته\*

## چکیده:

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۰/۰۵  
تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۲/۰۱

با توجه به قدمت استانداردهای حقوق خصوصی در مقایسه با حقوق عمومی، تأمل در نوع تعامل این دو حوزه کلان از حقوق، از بایسته‌هایی است که در بالندگی هرچه بیشتر هر دو، نقش آفرین خواهد بود. این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش اساسی است که «حوزه‌های تأثیرگذاری استانداردهای حقوق خصوصی بر قراردادهای اداری با تأکید بر موضوع تملک، اجاره و قلع املاک کدام است؟». یافته‌های مقاله نشان می‌دهد که یکی از مهمترین دلایلی که قراردادهای اداری در تمام حوزه‌ها به ویژه حوزه مورد پژوهش، در نظام حقوقی و به ویژه نظام قضایی کشور ما به صورت مستقل شناسایی نگردیده است، تأثیر استانداردهای حقوق خصوصی و مدنی و گرایش به آن در بین صاحبان اندیشه، نهادهای رسمی و مراجع قضایی کشور است و ویژگی‌های ترجیحی و اقتداری مدیریت در قراردادهای اداری که به دلیل نظریه خدمت عمومی دولت در نظام حقوقی رومی ژرمنی و حتی کامن‌لا، مورد پذیرش قرار گرفته است، در نظام حقوقی و قضایی ایران کمتر مورد توجه و عنایت است. از لوازم مرزبندی میان استانداردهای حقوق خصوصی و عمومی، تلاش برای مفهوم‌سازی‌های مستقل در حقوق عمومی ایران است و همین امر سبب پویایی و تحول بیشتر حقوق عمومی خواهد شد.

## واژگان کلیدی:

حقوق خصوصی، حقوق عمومی، قراردادهای اداری، تملک، قلع املاک

### ۱. مقدمه

خصوصی را کاملاً تحت تأثیر قرار داده‌است؛ بسیاری از مواد قانون مدنی با افزایش تأثیر دولت در استانداردهای قراردادهای خصوصی دیگر قابل استناد نیستند. به عنوان نمونه قانون کار بر موضوع رابطه بین کارگر و کارفرما که قبلاً ذیل عقد اجاره در حقوق خصوصی مطرح بود، تأثیر گذاشته است؛ قاعده تسلیط و حقوق مالکانه تحت تأثیر دخالت‌های دولت رونق گذشته را ندارد؛ حیات مباحات و تحجیر و بسیاری از مفاد مربوط به حقوق خصوصی با دخالت حقوق عمومی مواجه گردیده است. بعضاً این درهم‌تنیدگی به گونه‌ای است که در عصر حاضر و با تحولات پیچیده حوزه حقوق و سیاست، اندیشه تفکیک این دو رشته با تردید مواجه گردیده است و دیگر از تفکیک مطلق این دو رشته کمتر سخن می‌رود و نفوذ متقابل این دو رشته آن چنان زیاد است که راهی جز پذیرش اصل نسبیت وجود ندارد به نحوی که شاید بتوان در بسیاری از موضوعات از

علاقمندان و متخصصین حقوق خصوصی و حقوق عمومی به فراخور گرایش و دانش خود به بررسی استاندارد، فلسفه، تأثیر، تفاوت‌ها و تمایزات، تقدم و تأخر و... بین این دو رشته پرداخته‌اند. بررسی نظریات مختلف در باب یگانگی حقوق یا تمایز بین دو رشته اصلی و همچنین نفوذ و استاندارد و تأثیر دو جانبه و متقابل حقوق عمومی و حقوق خصوصی موضوعی قابل تامل است. نه می‌توان ادعا کرد که حقوق عمومی، حقوقی مستحدثه، بدون پشتوانه و صرفاً زاییده تشکیل دولت و ضرورت آن است و نه می‌توان استانداردهای حقوق خصوصی را بر همان سیاق یک قرن گذشته فهم کرد. هم در تشکیل و هم در تحول بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوق عمومی، مفاهیم حقوق خصوصی نقش داشته است. از سوی دیگر محدودیت‌های ناشی از حقوق عمومی، حوزه حقوق

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، ایران.  
\*\* نویسنده مسئول، دانشیار، عضو گروه حقوق پژوهشگاه و دانشگاه قم، ایران.

حقوق نیمه عمومی و یا حقوق نیمه خصوصی سخن به میان آورد. بررسی تأثیر استانداردهای مفاهیم و نهادهای حقوق خصوصی بر حقوق عمومی به شناخت حدود و ثغور و همچنین هم‌پوشانی‌های این رشته‌ها کمک خواهد نمود.

از دلایل قوت و استحکام بیشتر مباحث حقوق خصوصی نسبت به حقوق عمومی در فقه شیعه، می‌توان به تمرکز و قدمت بیشتر حوزه حقوق خصوصی اشاره نمود و تأثیر استانداردهای حقوق خصوصی در حقوق عمومی نیز ناشی از همین استحکام و قدمت بوده و از این رو ضروری است تاریخچه برخی از مفاهیم در حوزه حقوق عمومی مورد عنایت و دقت قرار گیرد.

تحقیق حاضر با هدف بررسی حوزه‌های تأثیرگذار استانداردهای مفاهیم حقوق خصوصی بر حقوق عمومی قصد دارد به این سوال اصلی پاسخ دهد که: «حوزه‌های تأثیرگذار استانداردهای حقوق خصوصی بر قراردادهای اداری با تأکید بر موضوع تملک، اجاره و قلع املاک کدام است؟»  
در خصوص موضوع تحقیق پژوهش مستقل و قابل توجهی توسط حقوق دانان و صاحب‌نظران انجام نشده است.

## ۲ ماهیت حقوقی قراردادهای اداری

روابط اجتماعی از گذشته‌ای دور با اعمال حقوقی تنظیم می‌گردیده است و از مهم‌ترین این اعمال حقوقی دوجانبه و به صورت خاص «قرارداد» بوده است و بدیهی است که در سنت تاریخی «قواعد حقوق خصوصی» تنظیم‌کننده روابط اشخاص حقوق خصوصی بوده است. قراردادهای به شرط عدم مخالفت با موازین اسلامی، در حقوق عمومی اسلام نیز جایگاه پر اهمیتی دارند و از نظر فقه اسلامی منشأ الزامات حقوقی هستند. قاعده لزوم وفاداری مطلق به قراردادهای، مبنای تخلف‌ناپذیری قرارداد در اسلام و تبدیل آن به یکی از منابع حقوقی کشف تعهدات طرفین است. (عمید زنجانی و محمدی، ۱۳۸۵: ۹) مدیریت قرارداد به لحاظ حقوقی، عمل حقوقی مبتنی بر حداقل، دو اراده است که طی آن کالایی جابه‌جا، خدمتی عرضه و یا حقوقی، از یک شخص به شخص دیگر منتقل می‌شود. قرارداد، از نقطه نظر اقتصادی نیز به عنوان ابزار حقوقی در روابط تعاملی ارادی با هدف تعادل بازار تلقی می‌شود.

از طرف دیگر در سیر تاریخی و با تشکیل دولت مدرن، این نهاد برای برآوردن نیاز مربوط به امور عمومی، روابط قراردادی با افراد بخش خصوصی را توسعه داد و قراردادهای اداری شکل

گرفتند. بدیهی است که دولت به عنوان نهاد برتر حاضر به تن دادن به قواعد حقوق خصوصی در این قراردادها نباشد و چارچوب حقوق خاصی را ذیل حقوق ترجیحی، حمایتی و اقتداری برای خود تعریف نماید.

در این مفهوم شکی نیست که دولت مدرن زمینه شکل‌گیری قراردادهای اداری است. با عنایت به سابقه بیشتر حقوق غربی در تشکیل دولت مدرن، موضوع شناسایی قراردادهای اداری نیز در این نظام حقوقی از سابقه و قدمت بیشتری برخوردار است.

در باب ماهیت مدیریت قراردادهای اداری در بین اندیشمندان غربی سه رویکرد متفاوت به موضوع وجود دارد. نظر اول این است که بین مدیریت قراردادهای اداری و خصوصی از نظر ماهیت فرقی وجود ندارد و هر دو، مشخصات و آثار و ماهیت یگانه‌ای دارند. مطابق نظر دوم مدیریت قراردادهای اداری و خصوصی دارای دو نظام حقوقی ویژه و به کلی متمایز هستند که این دو قرارداد را به مرز تفاوت ماهوی نزدیک می‌کند. براساس نظر سوم، مدیریت قراردادهای اداری و خصوصی از این نظر که هر دو نتیجه توافق دو اراده هستند، با هم تفاوتی ندارند، اما علاوه بر این موضوع، این قراردادها در تبعیت از قوانین و مقررات و همچنین برخوردار از امتیازات ترجیحی و اقتداری، ویژگی‌ها و شرایط خاصی را دارا هستند که تولید نظریه سوم تحت عنوان «مختلط» و یا «شبه‌قراردادی-شبه‌قانونی» نتیجه این نوع نگاه به موضوع است.

### ۱-۲ نظریه یگانگی قراردادهای

این نظر که معروف به نظریه طرفداران حقوق خصوصی است، معتقد است؛ قرارداد در میان نهادهای بنیادین حقوق خصوصی جای می‌گیرد و از این رو برخی اندیشمندان و نویسندگان حقوقی اظهار داشته‌اند که خصیصه خصوصی قرارداد، تغییرناپذیر است. (Dinwoodie, 2008, p 39) به عقیده پیروان این نظر بین قراردادهای اداری و خصوصی از جهت ماهیت فرقی وجود ندارد و هر دو مشخصات و آثار و ویژگی‌های واحدی دارند. به نظر این گروه قرارداد امر حقوقی ثابتی است که وقتی عناصر تشکیل‌دهنده آن جمع شوند، محقق می‌شود و دارای خصیصه‌های یکسان و آثار حقوقی مشابه است. ماهیت هر قراردادی اعم از مدنی، اداری، تجاری و... وحدت نظر و توافق اراده طرفین است. (انصاری، ۱۳۹۲: ۷۵)

دایسی به اقتضای حاکمیت قانون و برابری همگان در برابر قانون، با نفی دوگانگی نظام‌های مربوط به قضاوت قضایی و قضاوت اداری، همه اعمال اداری را ذیل حقوق مدنی تعریف می‌نمود. (Posner, 1962, p 1641) برداشت وی از تفکیک قوا، تفکیک ماهوی وظایف بوده و تفکیک شکلی شناسایی نشده است. وی همچنین در خصوص ماهیت دادگاه‌های اداری نیز معتقد بود که حمایت از آزادی‌های فردی شهروندان توسط دادگاه‌های اداری تضمین نخواهد شد. (هداوند، ۱۳۹۳: ۱۷۵)

کلسن و دوگی نیز از جمله اندیشمندانی هستند که معتقدند بین قراردادهای اداری و مدنی از نظر ماهوی قائل به تفاوت نبوده و برای هر دو این قراردادها آثار یکسانی را بر شمرده است. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸: ۳۱۱)

نظریه ماهیت یگانه و واحد این نوع قرارداد، یعنی قراردادهای خصوصی و اداری، از سوی برخی مورد انتقاد قرار گرفته است. برخی حقوق‌دانان ضمن اعتقاد به تفاوت ماهوی قراردادهای مدنی و اداری، معتقدند که هیچ شرطی نیست که در قراردادهای مدنی قابل اشتراط باشد و در حقوق اداری نباشد. ولی به نظر می‌رسد که عکس این قضیه صادق نباشد؛ یعنی بعضی از شروط مرتبط با قراردادهای اداری، در قراردادهای خصوصی قابل درج نیستند. با توجه به این که بسیاری از اصول مسلم حقوق خصوصی از جمله اصل آزادی قراردادها، اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادها و... در قراردادهای اداری و در راستای حمایت از منافع عموم مخدوش می‌گردند و آثار و مشخصات قرارداد اداری در بیشتر موارد متفاوت از قرارداد خصوصی است. (شمعی، ۱۳۹۵: ۱۱۰)

در سنت حقوقی ایران نیز عموم فقهای امامیه و حقوق‌دانان حقوق خصوصی نظر بر وحدت ماهیت حقوقی کلیه قراردادها دارند، لکن بسیاری از حقوق‌دانان حقوق عمومی این موضوع را به چالش کشیده‌اند و همسو با حقوق‌دانان رومی ژرمنی معتقدند قراردادهای اداری شبیه قراردادهای خصوصی نیستند. تفاوت قراردادهای اداری و خصوصی تنها محدود به رسیدگی و مسائل شکلی نیست، بلکه وجوه تفاوت به ماهیت حقوق و تکالیفی که از این دو قرارداد ناشی می‌شود، مربوط‌اند. در واقع ماهیت تمام مسائل قائم به ذات در حقوق متفاوت‌اند و در اینجا دو قرارداد به عنوان دو مفهوم، با هم فرق دارند.

## ۲-۲ نظریه دوگانگی قراردادها

نظریه دوم معتقد است؛ احکام و قواعد متفاوت و مستقل و بعضاً غیرمعمول قراردادهای اداری، این قراردادها را به کلی از قراردادهای خصوصی متمایز می‌کند. طرفداران این نظریه با استخراج قواعدی از آراء و رویه قضائی در خصوص قراردادهای اداری، نظریه استقلال قراردادهای اداری را مطرح نموده‌اند و معتقدند قراردادهای اداری و خصوصی با هم تفاوتی ماهوی دارند. قواعدی در قراردادهای اداری وجود دارد که به صورت روزمره دادگاه‌ها به آن عمل می‌کنند و در زندگی عادی به صورت عینی به کار گرفته می‌شوند؛ در حالی که چنین قواعدی معادلی در حقوق خصوصی ندارند؛ مثل فسخ قراردادهای اداری به علت مقتضیات حقوق قراردادهای اداری، افزایش و کاهش میزان قرارداد، تعلیق محدود قرارداد، سلب مالکیت و... که مورد بحث قرار گرفته است. آن‌جا که این قواعد نسبت به سازمان‌های اداری مزیت و امتیاز شمرده می‌شوند و به عکس نسبت به طرف دیگر احتمالاً جنبه تحمیلی دارند، بنابراین اصل توازن قرارداد و اصل تساوی طرفین رابطه حقوقی موجود در حقوق خصوصی، در مورد حقوق اداری تطبیق ندارد. این اوصاف سبب می‌گردد، قائلین به این نظریه، تأکید می‌نمایند؛ دو نظام حقوقی متمایز و مستقل از یکدیگر وجود دارند. یکی «نظام حقوق خصوصی» و دیگری «نظام حقوق اداری». (انصاری، ۱۳۹۲: ۷۵)

«گاستین ژز» و «دولوبادر» از اندیشمندانی هستند که معتقدند با وجود شرایطی از جمله حضور شخص حقوق عمومی به عنوان یکی از طرفین قرارداد، انعقاد قرارداد به منظور انجام امر عمومی و وجود قصد خاص، این قراردادها را متفاوت با قراردادهای بخش خصوصی و جدای از قواعد حقوق خصوصی می‌بایست نگریست. (Ward, 1998, p 189) در قرارداد اداری، در مواردی اصول و احکامی که از نظر حقوق مدنی، اساسی و... ضروری محسوب می‌شود، منحرف می‌گردد و از اصول کاملاً متفاوتی تبعیت نماید. قراردادهای خصوصی راجع به منافع خصوصی افرادی است که از نظر حقوقی برابرنند؛ ولی قراردادهای اداری راجع به منافع نابرابر است که یکی از آن‌ها منفعتی خصوصی و دیگر منفعتی عمومی است. بنابراین ویژگی‌های بنیادین قرارداد اداری، پیش فرض نابرابری منافع طرف‌های قرارداد است؛ با این توضیح که خصیصه توافق محور قرارداد، به میزان زیادی با انتساب آن به اقتدار مقامات عمومی تعدیل می‌شود؛ به نحوی که به جای آن که مبنای قرارداد،

توافق بین طرفین باشد، ملاحظات خطمشی عمومی است. از سوی دیگر، طرف حقوق خصوصی در قراردادهای اداری دارای تکالیف و مسئولیت‌های خاص و قواعد حمایتی است که در قراردادهای خصوصی جایگاه و موضوعیتی ندارند. (شمعی، ۱۳۹۵: ۱۱۲)

به نظر می‌رسد قراردادهای اداری را تا جایی که با قواعد و اصول حاکم بر قراردادهای عمومی و دولتی تعارضی پیدا نکنند، می‌توان تابعی از قواعد عمومی قراردادها یا همان نظام حقوق خصوصی و مقررات آن دانست؛ اما با وجود این، باز هم نمی‌توان منکر وجود نظام حقوقی خاص بر این قراردادها (قراردادهای دولتی) شد؛ زیرا تفاوت‌ها از نظر کمی و کیفی به آن اندازه است که بتوان چنین ادعایی را کرد. در واقع باید در نظر داشت که فقط استثنائات وارده بر نظام حقوق خصوصی نیست که شکل دهنده نظام قراردادهای اداری است؛ به عبارت دیگر اصول و قواعد و احکام ویژه‌ای که بر این نظام حاکم است آن را از قراردادهای خصوصی متمایز کرده است که حتی در صورت فقدان و سکوت قانون در حقوق خصوصی، این اصول لازم‌الاجرا است.

با وجودی که در هیچ یک از دو نظام حقوقی کامن‌لا و ایران، ذاتی بودن ویژگی‌های قراردادهای اداری پذیرفته نشده است، لکن برخی از حقوق‌دانان حقوق عمومی موافق این نظریه هستند. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸: ۳۱۳)

## ۲-۳ نظریه مختلط (شبه قراردادی - شبه قانونی)

این نظریه که در برخی از متون از آن به نظریه شبه‌قراردادی - شبه‌قانونی نیز تعبیر گردیده است، (مولایی، ۱۳۹۳: ۲۱۰) نسبت به نظریات اول و دوم، گسترده و عام‌تر است. مطابق این نظریه، قراردادهای اداری و خصوصی، از جهاتی مشابه و از جهاتی با یکدیگر متفاوتند. وجه تشابه و حتی وحدت ماهوی و جوهری قراردادهای اداری و مدنی در این است که هر دو نتیجه توافق دو اراده هستند؛ یعنی با به هم پیوستن دو اراده واحد و مشترک به وجود می‌آیند و از این وحدت اراده، آثار حقوقی به وجود می‌آید. این گروه معتقدند آنچه جوهره و ماهیت موضوع را تشکیل می‌دهد، قرارداد و توافق دو اراده است؛ اما تفاوت‌های مهمی از جمله تفاوت در اصول و آثار، نیز بین این دو قرارداد وجود دارند. قراردادهای خصوصی به منافع خصوصی افراد توجه دارد و از توجه به موضوعاتی از

قبیل منافع جمعی و خدمات عموم مصالح ملی و محلی غافل است؛ در صورتی که مقصود اصلی و نهایی قراردادهای اداری پاسخ‌گویی به حاجات جمعی و تأمین نیازهای عمومی است. از نگاه طرفداران این نظریه، قرارداد اداری و قرارداد حقوق خصوصی از لحاظ ماهوی با هم متفاوت نیستند، هر دو ناشی از توافق دو اراده‌اند؛ اما در قرارداد اداری چون یکی از طرفین، دولت است و مظهر منافع عمومی است، قرارداد تحت‌الشعاع حاکمیت دولت قرار می‌گیرد و در نتیجه تابع تشریفات و مقررات کم و بیش متفاوت از تشریفات و مقررات قراردادهای حقوق خصوصی می‌گردد. به بیان دیگر اراده برتر اداره در مقابل طرف خصوصی که خود ناشی از بهره‌وری از امتیازات قدرت عمومی است او را در موقعیت ممتازی قرار می‌دهد (طهماسبیان، ۱۳۸۸: ۱۳) و از لحظه پیش از انعقاد عقد تا ادامه حیات حقوقی و حتی تا اختتام آن، این اعمال اراده بر وضعیت طرفین، مؤثر واقع می‌شود.

در این نظریه احکام حقوق مندرج در قراردادهای اداری ترکیبی از احکام ذیل است:

۱) احکام قانونی و مقرراتی (که منشاء آن‌ها قوانین و مقررات قانونی است).

۲) احکام عادی (همان اصول و قواعدی است که در حقوق خصوصی رایج است و قابل اشتراط در قراردادهای اداری است).

۳) احکام حمایتی، ترجیحی و اقتداری (که وجه متمایز کننده از قواعد حقوق خصوصی است و به شروط فوق‌العاده قراردادی معروفند). (انصاری، ۱۳۹۲: ۷۷)

توضیح تفصیلی‌تر این که؛ در دسته‌بندی‌های رایج سنتی مبتنی بر اندیشه حقوق خصوصی اعمال حقوقی به دو دسته کلی اعمال یک جانبه (ایقاع) و اعمال دوجانبه تقسیم می‌شود. شرط به وجود آمدن اعمال دوجانبه یا طرفینی تجمیع و توافق دو اراده است. عقود و قراردادها در این دسته اعمال قرار می‌گیرند و از توافق اراده‌های آزاد و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی صورت عقدی یا قراردادی می‌یابد.

اعمال دولت نیز به دو دسته کلی اعمال یک‌جانبه (تقنینی، اجرا و قضاوت) و دو جانبه (اعمال قراردادی) قابل تقسیم است. لکن به نظر می‌رسد در وضعیت جدید این تقسیم‌بندی سنتی به تنهایی پاسخگو نیست.

در یک قرن اخیر تغییراتی در نقش دولت به وجود آمده است و از اوایل قرن بیستم دولت‌ها در عرصه اقتصاد از اقتصاد

کلاسیک و نئوکلاسیک به سمت اقتصاد کینزی حرکت کردند و به نارسایی و شکست بازار تأکید نمودند. (Dabbah, 2010, p) این امر منجر به مداخله بیش از پیش دولت در امور عمومی از جمله مداخله در اعمال قراردادی گردید. دولت‌های محدود به دولت‌های مداخله‌گر تغییر نقش دادند و دولت‌های ژاندارم بیش از پیش در معرض جابه‌جایی با دولت‌های رفاه درآمدند. شیب این تغییر جهت در کشورهای لیبرال و کامن‌لا کندتر و در کشورهای خانواده رومی ژرمنی با شیب تندتر همراه بود. این امر منجر به وضع انبوهی از قوانین و مقررات شد که در دسته ایقاعات عمومی قرار گرفتند. همچنین با توجه به نقش مداخله‌گر دولت در امر اقتصاد، قراردادها نیز نسبت به گذشته پررنگ‌تر شدند و اسناد قانونی برای محدودیت اطراف قرارداد به تصویب می‌رسید که از حیث قواعد «امری» بودند و همچنین دربرگیرنده قواعد ترجیحی برای دولت.

امروزه قراردادهای مبتنی بر حقوق خصوصی به مفهوم قبل وجود خارجی ندارد چرا که دولت به عنوان نهاد نهادها موجود حقوق و عدالت تلقی شده و حقوق قراردادها به یک مقوله (دولت - ساخت) تبدیل شده است. دسته‌بندی جدید مبتنی بر وضعیت جدید حقوقی به سه دسته کلی قابل تقسیم است:

الف) اعمال حقوقی یک جانبه در حقوق خصوصی مانند هبه و در حقوق عمومی مانند آیین‌نامه‌های دولتی، صدور پروانه و ...  
ب) اعمال حقوقی دو جانبه و طرفینی مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و تکمیلی بودن قوانین و مقررات مربوطه  
ج) اعمال شبه قراردادی - شبه قانونی (یا قراردادهای مقررات‌گذاری شده) که در نگاه نخست ماهیت دوجانبه و طرفینی دارند، لکن تحت کنترل و هدایت قانون قرار دارند، در «شبه عقود خصوصی» طیف حداقلی و در «شبه عقود عمومی» با طیف حداکثری. «شبه عقود خصوصی» و «شبه عقود عمومی» دو دسته کلی «شبه‌قراردادها» هستند. تمایز شبه عقود عمومی با شبه عقود خصوصی شروط ترجیحی یا امتیازی یکی از طرفین قرارداد است. (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۹۸)  
در این آزادی قراردادی کنترل شده، علاوه بر اراده‌های طرفین قرارداد، «نیروی سوم» نیز وجود دارد. علت وجود این نیرو عمدتاً مبتنی بر برتری منافع عمومی است و چه بسا برای حمایت از یکی از طرفین قرارداد باشد. امری بودن قواعد و مقررات از دیگر ویژگی‌های «شبه‌قراردادها» است.

«دفترچه‌های قرارداد» نه از جانب طرف خصوصی و نه حتی از طرف مأموران دولت قابل تغییر و عدول نیست.

به نظر می‌رسد که نظریه مختلط بیش از سایر نظریات، مورد اقبال و توجه حقوق‌دانان حقوق عمومی کشور ما قرار گرفته باشد. چرا که نگاه ایشان به ماهیت قراردادهای دولتی امر بینابینی بوده و ترکیبی از اصل یک طرفه بودن (ایقاع) و اصل آزادی قراردادی است. (زارعی، ۱۳۸۶: ۶) از نقطه نظر توافق دو اراده در قراردادهای خصوصی و اداری، هر چند این اراده‌ها در وضعیت نابرابر قرار گرفته باشند، تفاوتی وجود ندارد و به هر حال عنصر رضایت و توافق مخدوش نمی‌شود و از نظر ماهوی تفاوتی با قراردادهای حقوق خصوصی ندارند؛ اما به یقین قواعد و ویژگی و آثار دو قرارداد متفاوت است.

در نظام رومی ژرمنی با تأکید بر نظام فرانسوی، نظریه اخیر در بین لایه‌های مختلف حقوقی (قانون‌گذاری، اجرایی، قضایی و اندیشه‌ای) پذیرفته شده است، لکن در نظام حقوقی کامن‌لا و ایران این هماهنگی و پذیرش کم‌تر به چشم می‌خورد. شروط فوق‌العاده قراردادی در دو نظام اخیر قابلیت استناد ندارد، مگر این که قانون‌گذار تصریحاً چنین شروطی را در قوانین پیش‌بینی نماید.

دو ویژگی مهم قراردادهای اداری، ترجیحی و اقتداری بودن این قراردادهاست.

## ۲-۳-۱ ترجیحی بودن در مدیریت قراردادهای اداری

نخستین ویژگی ترجیحی بودن در مدیریت قراردادهای اداری است. این ویژگی قراردادهای اداری ایجاب می‌کند، برخی احکام حقوقی، که در قراردادهای خصوصی غیر متعارف است، نسبت به این قراردادها اعمال شود. منشأ حق ترجیحی دولت در قراردادهای اداری، به خاطر تأمین منافع عمومی است که هدف قراردادهای دولتی می‌باشد. آن زمان که موضوع منافع عمومی مطرح می‌گردد، اصل برابری طرفین قرارداد که از قواعد حقوق مدنی است، دیگر لازم‌الرعایه نیست. (انصاری، ۱۳۹۲: ۸۷) برخی از این حقوق ترجیحی عبارتند از: فسخ یک جانبه به علت تخلف (تقصیر، تأخیر)، حق تعلیق قرارداد و حق افزایش یا کاهش جزئی میزان قرارداد.

در مجموع، برای اینکه طرف قرارداد نیز نسبت به تکالیف خود آشنا باشد، بهتر آن است که قواعد ترجیحی به عنوان شروط فوق‌العاده در همه قراردادهای دولتی ذکر شوند.



## ۲-۳-۲ اقتداری بودن در مدیریت قراردادهای اداری

دومین ویژگی ماهوی مدیریت در قراردادهای دولتی، قواعد اقتداری این قراردادها است. قواعد اقتداری در قراردادهای دولتی، از اعمال حاکمیت دولت محسوب می‌شود. هر چند منشاء چنین حقی، همان برتری منافع عمومی نسبت به منافع خصوصی است. دولت در مواردی برای اجرای طرح‌های عمرانی، بدون رضایت مالکین اقدام به تملک املاک و اراضی واقع در طرح می‌کند. چنین اختیاری را دیگر نمی‌توان حق ترجیحی نامید. بلکه فقط در پرتو اقتدار حاکمیت قابل توجیه است. (انصاری، ۱۳۹۲: ۵۶) فسخ به علت مقتضیات اداری، حق گسترش قلمرو نفوذ قرارداد به غیر متعاقدين و حق جانشینی از جلوه‌های این ویژگی قراردادهای اداری است.

بدیهی است که قراردادهای اداری، همانند سایر قراردادهای خصوصی، تابع احکام قوانین مدنی و تجارت نیز می‌باشند. آنچه در مورد قواعد ترجیحی و اقتداری دولت گفته شد، از احکام خاص قراردادهای دولتی به‌شمار می‌روند. به عبارت دیگر این قواعد جایگاهی در قراردادهای خصوصی ندارند، ولی قراردادهای دولتی علاوه بر قواعد ترجیحی و اقتداری، تابع احکام قراردادهای خصوصی (از جمله قواعد حقوق مدنی یا تجارت) نیز می‌باشند.

## ۳ تملک، اجاره و قلع املاک

یکی از موضوعات مهمی که در حقوق عمومی از ابتدای انقلاب تاکنون وجود داشته و دارد، و متأثر از حقوق خصوصی همواره با چالش حقوقی مواجه بوده است موضوع واگذاری و اجاره زمین و ابنیه همچنین قلع ابنیه‌ای است که متعلق به افراد بخش خصوصی است و حسب موضوع حاکمیتی، خدماتی توسط دولت مورد مطالبه قرار می‌گیرد. در این گفتار این موضوع و تأثیر حقوق خصوصی و فقه امامیه در آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

از زاویه حقوق خصوصی، مالکیت شخصی، سدی در برابر سلطه دولت و جامعه بر فرد است. مالکیت خصوصی فرد را قادر می‌سازد که در برابر خودکامگی بایستد و با قاطعیت از حیثیت و عزت نفس و آزادی خود دفاع کند؛ چرا که فرد دارای یک شخصیت مستقل و آزاد است و لازمه شخصیت مستقل و آزاد برخورداری از حداقل منابع مالی می‌باشد. وقتی دارائی و مایملک فرد از او سلب شود، فقر و محرومیت و ترس از بیکاری

و گرسنگی، فرد را به پذیرفتن هرگونه پستی و زبونی و ترک عزت نفس وادار می‌سازد. (موسی‌زاده، ۱۳۹۲: ۱) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حق مالکیت خصوصی را که از راه مشروع به دست آمده باشد و با موازین اسلامی و قانونی تطبیق نماید محترم شمرده است. در راستای حفظ حق مالکیت مشروع اشخاص و حمایت از حقوق اجتماعی و اقتصادی آنان، اصول ۲۲، ۴۶، ۲۷ و ۴۷ قانون اساسی به موضوع مالکیت اشاره دارد. در این بخش به بیان نمونه‌های قوانین و مصوبات بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و تبعات تصویب و طی مراحل تایید و نیز اجرا در نظام قضایی پرداخته می‌شود.

## ۳-۱-۳ قانون اراضی شهری

مجلس شورای اسلامی در دوره اول، لایحه اراضی شهری را در تابستان سال ۱۳۶۰ تصویب و به شورای نگهبان ارسال نمود. در این قانون مواردی وجود داشت که با احکام اولیه فقهی و حقوق خصوصی افراد مغایرت داشت. در ماده سوم آن مقرر شده بود: «کلیه زمین‌های موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک گذشته فاقد ارزش قانونی است» همچنین طبق ماده ۱ این قانون، مالکین اراضی بایر، فقط حق احیاء یا واگذاری حدود هزار متر مربع از این اراضی را داشتند و مابقی را باید با تقویم دولت به دولت واگذار می‌کردند. در ماده ۹ مالکین زمین‌های بایر و دایر شهری موظف می‌شدند، زمین‌های مورد نیاز دولت یا شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آن‌ها بفروشند. شورای نگهبان با طرز تفکر مذکور زاویه جدی داشت و ایراد مغایرت با شرع را در مورد مصوبات مجلس اعلام نمود. «قسمت‌هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره‌های آن‌ها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد مغایر با آیه کریمه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و حدیث شریف معروف «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ» و قاعده مسلمة «النَّاسُ مُسْلِمُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» می‌باشد و به اکثریت آرای فقها رد شد...» مکاتبات متعددی که ذیل این موضوع بین حضرت امام (ره)، مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان مبادله گردید و هر یک از زاویه خاصی به موضوع ضرورت نگاه حقوق خصوصی و عمومی تأکید داشتند، در بررسی تاریخی، قابل تدقیق و بررسی است. فقهای شورای نگهبان بر قواعد و مفاهیم حقوق خصوصی تأکید داشتند. بعد از طرح دغدغه و مکاتبه آیت‌الله



گلیپایگانی (ره) با حضرت امام (ره) در این خصوص، حضرت امام (ره) در تاریخ ۲۵/۷/۱۳۶۰ پاسخی ارائه نمودند و در آن به موضوع خان خانی و زمین‌خواری طبقه اشراف که غالباً بر خلاف موازین شرعی است و طبقه عظیم فقرا که برای آنان برخلاف موازین کار می‌کنند، اشاره فرموده و تاکید نمودند، به خواست عده‌ای طرفدار زمین‌خواران نمی‌بایست وضع به همان روال بماند و ایشان نمی‌خواهند تهمتی که سال‌ها است به روحانیون می‌زنند و می‌زدند که طرفدار زمین‌خواران و سرمایه‌داران بزرگ هستند و با طرفداری خود موجب ظلم به مردم مستمند می‌شوند، شاهد پیدا کند. (امام خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۵: ۳۱۱)

سرانجام بعد از مباحث مختلف و متعدد در اسفند سال ۶۰ قانون مذکور با عنوان «قانون اراضی شهری» ابلاغ گردید. در ماده ۱ این قانون تاکید شده بود: «برای نیل به اهداف مذکور در اصول ۳۱ - ۴۳ - ۴۵ - ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی که تأمین نیازهای عموم به مسکن و تأسیسات عمومی شهری را وظیفه دولت قرار داده و به منظور جلوگیری از بورس‌بازی روی زمین به صورت کالا و حرکت در جهت مصالح کلی اقتصاد کشور که سوق سرمایه‌ها به بخشهای تولیدی زیربنایی (کشاورزی و صنعتی) می‌باشد با استفاده از اجازه مورخ ۱۹/۷/۱۳۶۰ حضرت امام خمینی (ره) که در آن مجلس شورای اسلامی را صاحب صلاحیت برای تشخیص موارد ضرورت و فساد و اختلال نظام اجتماعی و قانون‌گذاری لازم در این موارد دانسته‌اند، اجرای مواد این قانون موقتاً برای مدت پنج سال در سراسر کشور ضروری تشخیص داده می‌شود.»

### ۲-۳ تسهیل نوسازی صنایع کشور

متن ماده ۷ لایحه «تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور» به وزارت مسکن و شهرسازی و شهرداری‌ها تکلیف نمود، کاربری اراضی تحت مالکیت واحدهای صنعتی (عرصه واحدهای صنعتی) را که در محدوده قانونی شهرها قرار دارند و جهت نوسازی به شهرک‌های صنعتی مصوب انتقال می‌یابند به کاربری مسکونی، تجاری و یا اداری تغییر دهند و زمین معوض واگذار یا قیمت آن را با ارزش کارشناسی معادل پرداخت نمایند.

شورای نگهبان با زاویه دید فقه و حقوق خصوصی طی نظریه مورخ ۹/۵/۱۳۸۲ در خصوص مفاد این لایحه که به تصویب

مجلس شورای اسلامی رسیده بود، اعلام نظر نمود که اطلاق ماده (۷) از این نظر که تملک عرصه واحدهای صنعتی را بدون رضایت مالکان آن‌ها، برای شهرداری‌ها و وزارت مسکن و شهرسازی تجویز می‌کند از این جهت خلاف شرع شناخته شد. (موسی‌زاده، ۱۳۹۲: ۳) متعاقب این نظر بخش پایانی حکم ماده مذکور اصلاح شد و صرف تغییر کاربری مورد تایید قرار گرفت.

### ۳-۳ واحدهای استیجاری وزارت آموزش و پرورش

بسیاری از زمین‌هایی که اوایل انقلاب به وزارت آموزش و پرورش داده شد و با اعتبارات دولتی در آن مدرسه‌سازی صورت گرفته بود، فاقد مالک مشخص بود، یا مالکین در خارج از کشور بوده یا متواری شده بودند. با گذشت سال‌ها، مالکان زمین‌ها پیدا شد و از دادگاه‌ها حکم تخلیه و قلع مدارس را دریافت کردند.

این مدارس که به مدارس قلع و قمعی و مدارس استیجاری، معروف شدند همواره یکی از مشکلات وزارت آموزش و پرورش بوده اند، زمین‌هایی که مختص مالکان خصوصی است اما ساختمان مدارس بر روی آن‌ها قد علم نموده و پس از پیدا شدن صاحب زمین، معضلی به نام تخلیه مدرسه سر باز می‌کند و آموزش و پرورش را دچار سردرگمی می‌کند. این وزارتخانه برای حل مشکل مدارس استیجاری تاکنون راه‌های زیادی از جمله خرید مدارس از طریق منابع تخصیصی، ارائه یا اهدای زمین معوض به مالکان و در نهایت توافق با مالکان را پیموده است، اما به دلیل عدم وجود بودجه کافی و عدم مدیریت هزینه کرد هنوز مشکل خرید مدارس حل نشده است.

در همان سال‌های ابتدایی انقلاب، رییس شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۲۶ به رؤسای دادگاه‌های عمومی تهران و دادگستری‌های استان‌ها در موضوع «ممنوعیت صدور حکم تخلیه برای واحدهای استیجاری وزارت آموزش و پرورش در آستانه شروع سال تحصیلی» بخشنامه‌ای صادر نمود:

«نظر به این که تعداد بسیاری از واحدهای آموزشی وزارت آموزش و پرورش در سراسر کشور از ساختمان‌های استیجاری استفاده می‌نمایند و مالکان آن‌ها با مراجعات دائمی به دادگاه‌ها و با تمسک به معاذیر مختلف، لکن در واقع به منظور بهره‌وری زیادتر و کسب منافع بیشتر، درخواست تخلیه می‌نمایند. بدیهی است، در این برهه زمانی، با توجه به اوضاع و احوال موجود

کشور از قبیل مسأله جنگ، حصر اقتصادی و مشکلات عدیده دیگر، تخلیه چنین اماکنی به منزله اختلال در امر آموزش و پرورش و موجب سرگردانی و نارضایتی جامعه ده میلیونی دانش‌آموزان کشور خواهد بود؛ علی‌هذا ضرورت و مصالح اجتماعی و شرعی اقتضا می‌کند، متصدیان شعب دادگاه‌ها با ملحوظ داشتن مشکلات دولت و وزارت آموزش و پرورش، در این‌گونه موارد، آن‌هم در آستانه سال تحصیلی، از صدور یا اجرای حکم تخلیه امتناع نمایند تا از این رهگذر، بحرانی ایجاد نشود و وزارت آموزش و پرورش لازم است تا از طریق مجلس و دولت برای رفع مشکل، اقدام مقتضی معمول دارد.» (سامانه قوانین و مقررات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی)

این نوع نگاه به حقوق عمومی توسط بالاترین مرجع قضایی کشور و تمسک به «ضرورت و مصالح اجتماعی و شرعی» در سال‌های آغازین بعد از پیروزی انقلاب دوام چندانی در عرصه قضایی نداشت و این برداشت با محدودیت‌های متعدد بعدی روبرو گشت.

قوه مقننه نیز از همان دهه نخست انقلاب نسبت به این موضوع دغدغه داشت و در موارد متعددی برای جلوگیری از ایجاد اختلال در ارائه خدمات عمومی و آموزشی به شهروندان، و همچنین تضییع حقوق بیت‌المال در موارد تخلیه اماکن استیجاری و نیز قلع ابنیه، موضوعات یاد شده را به تحت عناوین مختلف به تصویب رساند.

مورد دیگری که مفاد قاعده نفی عسر و حرج در قانون اعمال شده است مربوط به روابط استیجاری میان موجر و مستاجر است که در مورد آن قانونگذار در ماده ۹ قانون مالک و مستاجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳، مقرر داشته است: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستاجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستاجر قرار بدهد.» به دنبال این حکم در سال ۱۳۶۴، قانونگذار اجرای مفاد قاعده عسر و حرج را به اماکن استیجاری آموزشی نیز تعمیم داد و به موجب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره یک به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستاجر در ۱۳۶۸/۶/۲۸ مقرر داشت: «در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علت کمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج، به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم‌الاجرا

است» (پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور) همچنین قانونگذار در سال ۱۳۷۲ «قانون ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش» را به تصویب رساند.

در متن مصوب مجلس شورای اسلامی آمده بود: «از تاریخ تصویب این قانون تخلیه اماکن آموزشی و پرورشی که در تصرف وزارت آموزش و پرورش می‌باشد تا رفع نیاز وزارت مذکور به مدت پنج سال ممنوع است.»

شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۷۲/۵/۱۰ در خصوص لایحه «ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش»، اعلام نمود: «اتلاق ماده واحده به لحاظ شمول اماکن غیردولتی که مالکان آن‌ها پس از انقضاء مدت اجاره به ادامه تصرف رضایت نمی‌دهند خلاف شرع است. البته چنان‌چه دادگاه تخلیه را عسر و حرج تشخیص دهد طبق موازین قضایی حکم خواهد کرد.» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان) و در نهایت متن با الحاق عبارات مدنظر شورای نگهبان به شرح ذیل تصویب گردید:

«از تاریخ تصویب این قانون تخلیه اماکن آموزشی و پرورشی که در تصرف وزارت آموزش و پرورش می‌باشد پس از احراز عسر و حرج طبق موازین قضایی توسط دادگاه‌ها رفع نیاز وزارت مذکور به مدت پنج سال ممنوع است و اعمال این قانون نافی مطالبه اجرت‌المثل یا اجرت‌المسمی حسب مورد برای مالک نمی‌باشد.» (پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور) لایحه ممنوعیت قلع ساختمان‌های آموزشی و پرورش تابع وزارت آموزش و پرورش که با عنوان لایحه ممنوعیت قلع و قمع واحدهای آموزشی و پرورشی تابع وزارت آموزش و پرورش در سال‌های ۸۳ و ۸۴ به تصویب هیئت وزیران رسیده بود، در مهر ۱۳۸۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. شورای نگهبان طی نظرات شماره ۸۴/۳۰/۱۳۷۰۰ مورخ ۸۴/۳/۱۵ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۵ و ۸۴/۳۰/۱۳۹۵۳ مورخ ۱۳۸۴/۹/۹ این مصوبه را مغایر شرع دانست. با اصرار مجلس شورای اسلامی بر مصوبه خود، در سال ۸۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام بر اساس اصل (۱۱۲) قانون اساسی این مصوبه را موافق با مصلحت نظام تشخیص داد.

«ماده ۱: از تاریخ تصویب این قانون اجرای احکام قلع ساختمان‌های آموزشی و پرورشی تابع وزارت آموزش و پرورش تا پایان برنامه چهارم توسعه متوقف می‌شود. مدت مذکور قابل تمدید نمی‌باشد.



ماده ۲: وزارت آموزش و پرورش موظف است ظرف مدت مذکور در ماده (۱)، با مالکان از طریق خرید زمین یا دادن زمین عوض و یا راه‌های دیگر، توافق نماید. هیأت وزیران موظف است بودجه و اعتبار مورد نیاز را به نحوی تأمین کند که تا پایان برنامه چهارم اجرای این قانون تحقق یابد.

تبصره: در صورت عدم حصول توافق، بهای زمین براساس قیمت کارشناسی رسمی روز به نفع مالک، در صندوق دادگستری سپرده می‌شود و سند ملک به نام دولت صادر می‌گردد.» (سامانه قوانین و مقررات مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی)

اما با پایان زمان قانون چهارم توسعه مالکان توانستند با حکم تخلیه دادگاه مدارس را تخلیه و مشکلات زیادی برای آموزش و پرورش و دانش‌آموزان ایجاد کنند.

### ۳-۴ عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی

قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی در سال ۱۳۶۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید. به موجب این قانون تخلیه ساختمان‌هایی که در اختیار خوابگاه‌های دانشجویی قرار دارند، تا رفع نیاز دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی (حداکثر به مدت پنج سال) ممنوع است. شورای نگهبان استناداتی را که در خصوص رضایت مالکین و نیز ضرورت وجود عسر و حرج در سایر موارد وجود داشت در تأیید قانون مذکور مورد توجه و عنایت قرار نداد. اما در بررسی لایحه «تمدید مدت ممنوعیت مقرر در قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی» که مقرر نموده بود مفاد قانون به مدت سه سال دیگر تمدید شود، ایراد وارد نمود و در نظریه مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۷ تمدید مذکور در اصل ماده واحده را به دلیل آن که رضایت مالکین خوابگاه‌ها در نظر گرفته نشده است، خلاف موازین شرع شناخت. (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان)

این لایحه تحت همین عنوان و با اصلاحاتی در آن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید.

به موجب این قانون مدت ممنوعیت مقرر در قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی مصوب ۱۳۶۸/۷/۱۶ به مدت سه سال تمدید شد و مقرر گردید اجاره‌بها به قیمت کارشناسی روز تعیین و به مالک پرداخت و در بودجه سالانه وزارتخانه‌های مذکور منظور شود. البته این ممنوعیت شامل اماکنی که از

تاریخ ۱۳۷۳/۷/۱۶ برابر قانون مدنی به اجاره واگذار می‌شود نخواهد بود. دولت هم موظف شد ترتیبی اتخاذ نماید تا پایان سه سال مذکور در این قانون کلیه خوابگاه‌های یاد شده در صورت درخواست مالکان آن‌ها، تخلیه شود. (سامانه قوانین و مقررات مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی)

### ۳-۵ خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی

لایحه توقف اجرای احکام خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان که در پاییز ۱۳۸۸ به تصویب هیأت وزیران رسیده بود در اردیبهشت ماه سال ۱۳۹۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در این لایحه مقرر شده بود، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون اجرای تمامی احکام قطعی خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان که در اراضی متعلق به غیر احداث شده است، برای مدت دو سال متوقف شود. همچنین وزارت ورزش و جوانان موظف شده بود ظرف مدت مذکور با مالکین اراضی یاد شده به هر نحو ممکن از قبیل خرید اراضی، واگذاری زمین یا ملک معوض، صدور مجوز و واگذاری سهام توافق کند.

مطابق با روند قانونی پیش بینی شده در اصل (۹۴) قانون اساسی، برای بررسی به شورای نگهبان ارسال شد. شورای نگهبان این مصوبه را بررسی نموده و در دو مرحله مغایر با موازین شرع تشخیص داد. مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان معتقد بود «مراد از ضرورت ابقاء ورزشگاه‌ها و تأسیسات و اماکن ورزشی باید بیان گردد و ضرورت گرفتن املاک مردم و تصرف در آن‌ها باید به گونه‌ای باشد که عدم گرفتن املاک و تصرف در آن مستلزم اموری مانند فساد جوانان یا اخلاق امنیتی گردد. هر چند در ابتدا ضرورت در ابقاء این اماکن ورزشی باشد، ولی در ادامه ضرورت در ابقاء این مصداق از اماکن ورزشی نیست، بلکه می‌توان ورزشگاه و اماکن ورزشی دیگری احداث نمود و لذا الزام مالکین این اراضی و اماکن به لزوم توافق به نحو مذکور در ماده واحده، خلاف شرع می‌باشد.» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان) نمایندگان مجلس برای رفع ایراد شورا، مفادی را به عنوان تبصره الحاق نمودند و مصوب کردند ضرورت ابقای اماکن مذکور در متن ماده واحده، براساس نظر اکثریت هیأتی مرکب از رییس دادگستری، فرماندار و رییس

اداره تربیت بدنی محل تشخیص داده شود. با این وجود در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۶ شورای نگهبان این موضوع مورد بحث و بررسی قرار گرفت نظر شورای نگهبان را تامین نمود: «ماده واحده و تبصره‌های آن، از این جهت که ناظر به عدم اجرای احکام قطعی قضایی است و توقف احکام قضایی صادره، علاوه بر ضرورت وجود دلایل کافی شرعی و قانونی، نیازمند است تا مراحل قانونی آن از جهت شکلی طی شود، خلاف موازین شرع می‌باشد.» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان)

نکته قابل تأمل این است که شورای نگهبان در خصوص قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸) که در سال ۱۳۸۸ به تصویب رسید، و حوزه گسترده‌تری از این مصداق را در بر می‌گرفت، ایراد حقوق خصوصی و شرعی را وارد ندانست و متن مصوب مجلس را تصویب نمود. در این تبصره آمده است: «در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از این که به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجراء قضائی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یادشده را به مالک آن مسترد نماید لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحذات یا قرارگرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکننده حکم متعذر باشد دستگاه اجرائی ذی‌ربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع صادر شده باشد، دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرائی دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرائی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش‌ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام نماید.» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان)

لازم به ذکر است در مفاد لایحه قانونی فوق‌الذکر که قبل از تأسیس شورای نگهبان در بهمن سال ۵۸ با نگاهی موسع به موضوع و با تمرکز بر جلوه اقتداری دولت در حقوق عمومی توسط شورای انقلاب تصویب شده بود، تأکید شده است؛ هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی، دستگاه‌های اجرائی، به اراضی، ابنیه، مستحذات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی

نیاز داشته باشند، می‌توانند بر طبق مقررات مندرج در قانون یادشده خریداری و تملک نمایند.

البته در مرحله اول مقرر شده بود برای اجرای طرح‌های مذکور حتی‌المقدور از اراضی ملی شده یا دولتی استفاده گردد.

در ماده ۳ لایحه قانونی، بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحذات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرائی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین گردیده است.

با این وجود مطابق ماده ۴ «هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین دستگاه اجرائی و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف دستگاه اجرائی یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. رأی اکثریت هیأت مزبور قطعی و لازم‌الاجرا است.» (سامانه جامع قوانین و مقررات)

ملاک تعیین قیمت بهای عادلانه روز تقویم اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات مشابه واقع در حوزه عملیات طرح بدون در نظر گرفتن تأثیر طرح در قیمت آن‌ها در نظر گرفته شده بود و در مواردی که ملک، محل سکونت یا ممر اعاشه (محل درآمد زندگی) مالک باشد علاوه بر بهای عادلانه پانزده درصد به قیمت ملک افزوده خواهد شد. تشخیص این‌که ملک در محل ساکن است یا ملک ممر اعاشه وی می‌باشد با دستگاه اجرائی است و در صورت بروز اختلاف تشخیص نهایی با دادگاه صالحه محل وقوع ملک می‌باشد که به تقاضای هر یک از طرفین اظهار نظر خواهد کرد.

در مواد ۶ و ۷ به رضایت مالک در خصوص جایگزین اراضی و محل کسب به جای بهای عوض اشاره گردیده است.

هر چند در صدر ماده ۸، تصرف اراضی، ابنیه و تأسیسات و خلع ید ملک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک غیر مجاز اعلام شده است لکن در صورتی که در اثر موانعی از قبیل استنکاف مالک از انجام معامله، اختلافات مالکیت، مجهول بودن مالک رهن یا بازداشت ملک، فوت مالک و غیره انجام معامله قطعی ممکن نگردد، در این صورت به منظور جلوگیری از وقفه یا تأخیر در اجرای طرح مقرراتی وضع شده است که در نهایت آن، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر

هیأت کارشناسی به میزان و مساحت مورد تملک به صندوق ثبت محل تودیع و دادستان محل یا نماینده وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک ماه به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود و بهای ملک یا حقوق یا خسارات به میزان مالکیتی که در مراجع ذیربط احراز می‌گردد از سوی اداره ثبت به ذیحق پرداخت و اسناد قبلی مالک حسب مورد اصلاح یا ابطال و مازاد سپرده طبق مقررات مربوط به صندوق دولت مسترد می‌شود.

موارد فوریت اجرای طرح در ماده ۹ ذکر شده است. اگر اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد، دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت مجلس وضع موجود ملک با حضور مالک یا نماینده وی و در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید لکن دستگاه مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه طبق مقررات این قانون اقدام نماید. (پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات)

#### ۴ نتیجه‌گیری

مفاهیمی از حقوق خصوصی که در بررسی وضعیت مصوبات و قوانین مورد اشاره در این نوشتار به آن اشاره گردید به موارد ذیل‌الذکر قابل تقسیم است:

##### ۱. قاعده تسلیط

همان‌گونه که در نامه شورای نگهبان در خصوص لایحه اراضی شهری در سال ۱۳۶۰ بیان گردید یکی از استنادات عمده، منبعث از فقه و حقوق خصوصی، در موضوع مورد بحث قاعده مسلمة «الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ اَمْوَالِهِمْ» ذکر گردید. در ماده ۳۰ قانون مدنی نیز با استفاده از همین قاعده بیان گردیده است؛ «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» غلبه این مفهوم و نهاد مهم حقوق خصوصی در نهادهای قانونی و نظام قضایی مانع از نفوذ مفاهیمی مانند ضرورت، مصلحت و خدمت عمومی در تایید مصوبات یا عدم اجرای احکام قضایی گردیده است.

##### ۲. ضرورت وجود توافق و رضایت

از دیگر استناداتی که به دفعات در موضوع یادشده مورد بحث

بوده و همواره بر موضوع تملک اراضی و ابنیه توسط دولت سایه انداخته و مورد تاکید بوده است، موضوع ضرورت وجود رضایت و توافق صاحبان اراضی و ابنیه است. شورای نگهبان در این زمینه نقشی موثر داشته است و همواره در تطبیق مصوبات دولت با شرع این موضوع مورد تاکید بوده است. در این نگاه از وجه اقتداری و ترجیحی دولت استفاده کمتری صورت گرفته است و موارد در حوزه تقنین عمومیت ندارد و به عنوان استثناء ذکر گردیده است.

##### ۳. استناد به قاعده نفی عسر و حرج

یکی از مفاهیمی که در حقوق خصوصی مورد استناد بوده و هست، قاعده «نفی عسر و حرج» است. این قاعده یکی از قواعد مشهور اسلامی است.

به عقیده برخی از فقیهان معاصر این قاعده در تمامی ابواب فقه که شامل عبادات، معاملات، سیاسات است، جاری می‌شود. کلمه «عسر» متضاد «یسر» آمده و در معنی صعب، تنگی، دشواری، مشکل، سخت و سخت شدن روزگار به کار می‌رود. در قرآن کریم نیز این کلمه به همین معنی است؛ «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق. آیه ۷) یا «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (شرح، آیه ۵) حرج نیز در لغت به معنی ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. برخی نیز حرج را به معنی تنگ‌ترین تنگنا و «اضیق الضیق» دانسته‌اند. یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که برای اثبات قاعده عسر و حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. «وَ جَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...» «جهاد کنید در راه خداوند، آن طوری که شایسته جهاد در راه اوست. او شما را برگزیده و در دین برای شما حرجی قرار نداده است استعمال کلمه «جعل» به این معنی است که خداوند احکام حرجی را از مؤمنان برداشته است. برای اثبات این قاعده به روایاتی از ائمه و بنای عقلا و اجماع نیز استناد شده است.

##### ۴. ضرورت اجرای احکام قطعی قضایی و منع توقف آن‌ها

استناد دیگر که عمدتاً ریشه در قواعد شکلی حقوق خصوصی دارد، موضوع ضرورت اجرای احکام قطعی قضایی و منع توقف آن‌هاست. کما این که در موارد متعددی آرای دادگاه‌ها مبتنی بر نگاه خصوصی صادر گردیده است و تفاوتی در این موضوع که دعوای مطروحه طرف دولتی است و صدور حکم موجب اختلال در ارائه خدمات دولتی می‌گردد وجود نداشته است. در مواردی از نظرات شورای نگهبان نیز راجع به منع قلع ابنیه

متعلق به دولت در زمینهای استیجاری همین موضوع مورد استناد قرار گرفته است و مانند استنادات قبل، عنایت لازم به عناصر مصلحت عمومی و خدمات عمومی صورت پذیرفته است.

به نظر می‌رسد با وجودی که در فقهی که حضرت امام (ره) بر آن تاکید داشتند «حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و غیرعبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند...» (امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹، ج ۲۰: ۴۵۲) و «مصلحت نظام» فراتر از احکام فرعی قرار می‌گیرد و حکومت با امکان خروج از چارچوب احکام شرعی اولی و ثانوی، با مجوز مصلحت جامعه اسلامی و حقوق عمومی، می‌تواند توان تازه‌ای یابد، فقه مبتنی بر حقوق خصوصی بر مفاهیم و نهادهای این حقوق تاکید داشته و بخشی از قراردادهایی که در این نوشتار به آن اشاره شد با همین نگاه مورد بررسی، تحلیل و اجرا قرار می‌گیرد.

## ۵ منابع

قرآن کریم

انصاری، ولی‌الله (۱۳۹۲)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوق دان و دانش‌نگار، تهران.

خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام خمینی (ره) مجموعه آثار (۲۲ جلدی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

شمعی، محمد (۱۳۹۵) حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۸) حقوق اداری، تهران: سمت.

مولایی، آیت (۱۳۹۳)، قراردادهای اداری (مطالعه تطبیقی بسترها، مبانی، ماهیت و اصول)، تهران، میزان.

هداوند، مهدی (۱۳۹۳) حقوق اداری تطبیقی، ج ۱. تهران، انتشارات سمت. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۶) «جزوه حقوق اداری ۲»، کارشناسی حقوق.

دانشکده حقوق. دانشگاه شهید بهشتی.

طهماسبیان، روح‌الله (۱۳۸۸)، «بررسی موارد تعارض شرایط عمومی پیمان با قواعد عمومی قراردادها»، پایان‌نامه ارشد. استاد راهنما: سید حسن وحدتی شبیری، قم: دانشگاه قم.

عمید زنجانی، عباسعلی و محمد علی محمدی (۱۳۸۵)، «منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام» حقوق خصوصی، شماره ۱۱. صص ۵ تا ۳۴.

شورای نگهبان، سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، <http://nazarat.shora-rc.ir>

مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸، لوح حق (حافظه قوانین) و سامانه قوانین و مقررات کشور. <http://rc.majlis.ir>

معاونت حقوقی ریاست جمهوری، پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور، <http://dotic.ir>

موسی‌زاده، ابراهیم، (۱۳۹۲) صیانت از حقوق ملت در نظرات شورای نگهبان، یادداشت مندرج در سایت شورای نگهبان به آدرس <https://www.shora-gc.ir>

Dabbah, Maher M. (2010). International and Comparative Competition Law. England: Cambridge University Press.

Dinwoodie, Graeme B. (2008). Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research. USA: Edward Elgar Publishing.

Posner, Richard A. (1962). The Problematic of Moral and Legal Theory, London, Harvard University Press.

Ward, Ian. (1998). An introduction to critical legal theory, London, Cavendish Publishing Limited.