

ریل‌گذاری قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در ایران

آیت مولائی *

چکیده

هرچند در نظام حقوقی ایران نهادی حقوقی با عنوان «قرارداد اداری» مورد شناسایی قرار نگرفته است و علی‌رغم تلاش حقوقدانان حقوق عمومی، چنین مسیری ره به جای مطلوبی نبرده است، اما به نظر می‌رسد که در ایران در سایه الزام‌های دولت مدرن، برخی از قراردادهای اداری، در اینجا مشخصاً قراردادهای اجباری از دهه‌های گذشته شکل گرفته و نوید تأسیس حقوقی را می‌دهد که در سنت رومن-ژرمن به «قرارداد اداری» معروف‌اند. نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی به این سؤال پاسخ داده است: زمینه‌ها و معضلات تولد قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در نظام ایران چیست؟ در پاسخ به این سؤال با استفاده از روش تحقیق توصیفی تحلیلی این نتایج به دست آمده است: نخست، قراردادهای اجباری در ایران در موارد زیادی، از حیث کارکرد همانند قرارداد اداری هستند؛ دوم، در اثر حدود چنین وضعیتی می‌توان به شناسایی و تأسیس حقوقی قراردادهای اداری در ایران امیدوار بود و از این طریق از سردرگمی حاکم بر فضای کنونی رها شد؛ سوم، علی‌رغم ریل‌گذاری قانون‌گذار برای تولد قراردادهای اداری در ایران، موانع زیادی پیش روی این نهاد حقوقی در ایران وجود دارد؛ چهارم، نقطه ثقل موانع مذکور، در نگاه شورای نگهبان به امر قرارداد است.

واژگان کلیدی: قرارداد اجباری، قرارداد اداری، تفسیر خصوصی‌گرا از قرارداد، شورای نگهبان.

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

سرآغاز

«قرارداد اداری» از جمله تأسیس‌های حقوقی است که سرمنشأ آن به دولت مدرن برمی‌گردد. این نهاد حقوقی در پی آن است بخشی از اهداف، سیاست‌ها و کارویژه‌های اداره مدرن را عملیاتی سازد؛ به‌نحوی که نه تنها اهداف مربوط به خدمات عمومی و منافع عمومی آسیب نیندند بلکه غایات مذکور به شکل مطلوبی برآورده شوند. کشورهایی که در سنت رومن - ژرمن قرار دارند چنین تأسیس حقوقی را شناسایی کرده‌اند اما در کشورهایی که به نوعی از این سنت پیروی کرده یا تحت تأثیر آن بوده‌اند این نهاد حقوقی در حال شکل‌گیری بوده است. نظام حقوقی ایران را می‌توان در دسته کشورهایی دانست که تحت تأثیر این نظام حقوقی بوده است و در این راستا از دهه‌های گذشته تا به امروز، از آنجایی که بخش اعظم نخستین تحصیل‌کردگان ایرانی رشته حقوق در فرنگ، در فرانسه تحصیل کرده بودند لذا نویسندگان زیادی به نهادی اشاره و پرداخته‌اند که با عنوان «قرارداد اداری» شناخته می‌شود. علی‌رغم چنین پرداختی، باید گفت که به نظر نویسنده این نوشتار، چنین تأسیسی در ایران تا به امروز نهادینه نشده که دلایل گوناگون آن در برخی از آثار آمده است (ر.ک: مولائی، ۱۳۹۹: ۹۹-۱۵۶). البته در این خصوص برخی از نویسندگان نیز ابهام اساسی در شناسایی آن را در ایران مطرح کرده‌اند (واعظی، ۱۳۹۶: ۳۱-۳۰).

با این وجود، باید اذعان داشت از دهه‌های گذشته نهادی در ایران در حال شکل گرفتن بوده است که با قرارداد اداری هم‌نشینی کارکردی دارد و آن «قرارداد اجباری» است که موضوع نوشتار پیش‌رو است. از نخستین اسناد مرتبط می‌توان به «قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی» مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۶ اشاره کرد. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، دولت در صدد برآمد بخشی از اهداف و غایات انقلاب را با سرعت پیش‌برد و در این راستا در آن زمان، شورای انقلاب نخستین سند بعد از انقلاب را با عنوان «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ به تصویب رساند و در آن به دولت اجازه داد املاک اشخاص را در قبال پرداخت «بهای عادلانه اراضی» (ماده ۳) و در راستای «امور عمومی و امنیتی» (ماده ۲)، خریداری و تملک (ماده

۱) کند. علی‌رغم پیش‌بینی اولیه برای انجام معامله و کسب رضایت مالک برای فروش مایملک خود، اما قانون‌گذار در مواد ۸ و ۹ از این اصل نخستین نظام قرارداد حقوق خصوصی عدول کرده و در شرایطی به دولت اجازه «تصرف» و «تملک» آن را بدون رضایت مالک داده است و به این‌وسیله در نظام جمهوری اسلامی ایران نهاد قرارداد اجباری متولد شد. اگرچه باید اذعان داشت، نام‌گذاری چنین عنوانی با تساهل صورت می‌گیرد، زیرا در این‌گونه قراردادها، از اساس عنصر رضایت به‌عنوان یکی از شروط بنیادین قرارداد در محاق قرار دارد. این سیاست در ادامه در اسناد دیگر ادامه پیدا کرد به صورتی که بعد از گذشت چهار دهه، مشاهده می‌شود اسنادی به تصویب رسیده که از حیث کارکرد با قرارداد اداری هم‌نشین است. در این صورت سؤالی که قابل طرح است این است: زمینه‌ها و معضلات تولد قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در نظام ایران چیست؟ در پاسخ به این سؤال با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، می‌توان چنین فرض کرد که علی‌رغم وجود معضلاتی، نظر به زمینه و نسبت وثیق این دو نهاد حقوقی، قرارداد اداری در ایران از طریق قراردادهای اجباری امکان تولد دارد.

نگاهی به آثار نوشتاری موجود گویای آن است تنها نوشته‌ای که به‌صورت مستقل به قرارداد اجباری پرداخته است مقاله «قرارداد اجباری» (امینی و صدیقی، ۱۳۹۰) است که در آن تلاش شده مفهوم این نهاد در زبان فارسی ارائه شود بدون اینکه به نسبت آن با قرارداد اداری پرداخته شود.

نوشتار حاضر نخست به تبیین مفاهیم در قالب قرارداد اداری و قرارداد اجباری می‌پردازد. سپس به ذکر اسناد مرتبط با قراردادهای اجباری می‌پردازد. در ادامه به تحلیل حقوق عمومی این اسناد از منظر قراردادهای اداری پرداخته می‌شود. در پایان، رویکرد شورای نگهبان در این خصوص مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. نسبت‌شناسی قرارداد اداری و قرارداد اجباری

اگر بتوان قبول کرد که مفاهیم دارای تاریخ تولد هستند در این صورت می‌توان برای قراردادهای اجباری نیز چنین وضعیتی را در نظر گرفت. گفته می‌شود قراردادهای اجباری

ریشه در قرون وسطی و حتی پیش از آن دارد (Lenhoff, 1943; Patterson, 1943: 734)؛ هرچند که شناسایی چنین اعمالی به‌عنوان تأسیس حقوقی در نیمه نخست قرن بیستم اتفاق افتاده است (Voir: Flour et Savaux, 2002 : 96). از دیدگاه ادبی، قراردادهای اجباری را می‌توان ناظر بر آن نوع معاملاتی فرض کرد که در آن دست‌کم، برای یک طرف معامله یا هر دو طرف قرارداد، الزام‌های مشروع قانونی در شکل اجبار وجود داشته باشد. از منظر حقوقی این‌گونه قراردادها، شامل عقود و قراردادهایی است که هریک از طرفین یا یکی از آن‌ها در انعقاد قرارداد یا انتخاب طرف قراردادی‌اش یا تعیین مفاد و شروط قرارداد، تحت اجبارهای قانونی باشد. به بیان دیگر، این نوع قراردادها را می‌توان حاصل ملاحظات مربوط به سیاست‌ها و خط‌مشی‌های عمومی دولت در روابط قراردادی یا ترجیح منافع عمومی بر آزادی‌ها و حقوق فردی یا حمایت از طرف ضعیف قرارداد دانست. در این شیوه از اعمال حقوقی، طرفین قرارداد به دلایل «قانونی» در انعقاد یا در مفاد یا در انتخاب طرف قرارداد آزاد نبوده و تحت کنترل و راهنمایی طرف دیگر یا ثالث قرار دارند. هرچند این‌گونه اعمال هم در حوزه حقوق خصوصی و هم در حوزه حقوق عمومی موضوعیت دارند (برای مطالعه بیشتر رک: امینی و صدیقی، ۱۳۹۰: ۳۴-۹).

در اینجا نخستین سؤالی که مطرح می‌شود این است که واژه اجباری در عبارت قراردادهای اجباری ناظر بر چیست؟ ناظر بر وصف است؟ یا ناظر بر شیوه؟ در پاسخ می‌توان گفت که اگر آن را ناظر به وصف فرض کنیم نوعی تعارض مفهومی بین دو واژه «قرارداد» و «اجبار» را شاهد خواهیم بود، زیرا «قرارداد» از اساس امری «رضایی» بوده و با «اجبار» میانه‌ای ندارد و در کنار هم قرار گرفتن این دو و ظهور ترکیب جدید، پیامدهای سردرگم‌کننده و ایرادهای گوناگونی را در بر خواهد داشت، زیرا مبنا و محتوای اصلی قرارداد بر اصل آزادی اراده استوار بوده، در حالی که محتوای واژه «اجبار» نافی چنین اصلی است (Marty et Raynaud, 1988: 6). اما اگر گفته شود واژه اجبار ناظر بر «شیوه» است در این صورت، می‌توان گفت عبارت مذکور، متعرض ماهیت اصلی قرارداد که بر اصالت اراده مبتنی است، نشده بلکه یکی از راه‌های جریان قرارداد را نشان می‌دهد؛ هرچند که در عمل و اجرا، اصل آزادی قراردادی مخدوش و محدود خواهد شد. آنچه

در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد این است که واژه «اجباری» در این گونه قراردادها، می تواند هم زمان واجد «وصف» و «شیوه» انعقاد چنین قراردادی باشد. به این اعتبار، این گونه قرارداد را باید نهادی با ویژگی «خاص» و «انحصاری» قلمداد کرد؛ به صورتی که چنین شرایط «الزام آوری» در هیچ گونه اعمال قراردادی با این شدت وجود ندارد. گرچه از دیدگاه دیگری می توان قراردادهای اجباری را ترکیبی از اعمال یک جانبه و دو جانبه قلمداد کرد؛ به این صورت که ماهیت این گونه قراردادها از امتزاج توافق طرفین متعاقبین (عمل دو جانبه) با قوانین و مقررات قانونی (عمل یک جانبه) به وجود می آیند (مولائی، ۱۳۹۹: ۹۰-۹۱).

در ادامه سؤال قابل طرح این است که نسبت قراردادهای اجباری با قراردادهای اداری چیست؟ پاسخ آغازین به این سؤال این است: به زبان منطقیون، در بین آنها نسبت عموم و خصوص مطلق وجود دارد؛ به این معنا که هر قرارداد اداری، قرارداد اجباری است. بعضی قراردادهای اجباری، اداری اند. بعضی از قراردادهای اجباری، اداری نیستند. در این راستا، گفتنی است که به طور مثال قراردادهای خریدی که از طریق مناقصه برگزار می شوند از حیث تشریفات مشارکت، چنین عملی را در دسته قراردادهای اداری قرار می دهد و از حیث شرایط الزام آور مشارکت، در دسته قراردادهای اجباری قرار می گیرد. در تشریح چرایی چنین نسبتی باید گفت آن چنان که از آثار حقوق دانان و اسناد حقوقی برمی آید عبارت «قراردادهای اجباری» در مفهوم اصطلاحی، تأسیس حقوقی خاصی است که با معنای لغوی خویش نزدیکی مفهومی داشته و هرگونه اعمال قراردادی را که قانون گذار به هر دلیلی برای طرفین یا یکی از آنها الزام و اجباری را در انجام عمل قراردادی اش در نظر گرفته است دربر می گیرد. بر این اساس می توان به نوعی بین معنای لغوی و اصطلاحی این عبارت، این همانی مفهومی را دید که بین آنها افاده معنایی واحدی وجود دارد. چنین اطلاق مفهومی و معنایی در عرصه ادبیات حقوقی منجر به پذیرش این فرض خواهد شد: این گونه قراردادها دربرگیرنده کلیه اعمال قراردادی اعم از قراردادهای عرصه حقوق عمومی و عقود حقوق خصوصی است. چنین کلی گویی، دایره شمولی این تأسیس حقوقی را گسترده کرده و طبعاً هر قراردادی که واجد الزام و اجبار

قانونی برای اشخاص در انتخاب طرف قرارداد یا انعقاد قرارداد یا انتخاب شرایط قرارداد باشد، در چارچوب چنین قراردادی خواهد بود. در حالی که قرارداد اداری معنای اصطلاحی خاصی داشته که در گستره مباحث حقوق اداری مورد بحث قرار می‌گیرد و ناظر بر قراردادهایی هستند که نخست در آن‌ها یکی از طرفین آن از نقطه‌نظر صوری، دستگاه‌های اداری یا عمومی بوده و رسیدگی به این‌گونه پرونده‌ها در دادگاه‌های اداری انجام می‌گیرد. دوم این‌که از نظر ماهوی، این‌گونه قراردادها ناظر بر هدف هستند و هدف اصلی چنین قراردادهایی انجام خدمات عمومی یا نیل به منفعت عمومی هستند. سوم این‌که در چنین قراردادهایی، برای طرف اداری قرارداد شروط و احکام خاصه، نوعاً ترجیحی، حمایتی و اقتداری پیش‌بینی می‌شود. با در نظر گرفتن این توضیحات، از منظر سلبی می‌توان چنین گفت: عقود و قراردادهای مدنی و سایر قراردادهای حوزه حقوق عمومی (برای دیدن مثال‌هایی در این خصوص، ر.ک: امینی و صداقتی، ۱۳۹۰: ۳۴-۹) از گستره قراردادهای اداری خارج هستند. در واقع مباحث مرتبط با همپوشانی مفهومی اصطلاح قراردادهای اداری و قراردادهای اجباری، از یک طرف به مداخله قانون‌گذار در درج برخی شروط و مفاد قراردادی یا انتخاب طرف قرارداد مربوط است و از طرف دیگر به مقرراتی بودن بخشی از قرارداد مربوط است (مولائی، ۱۳۹۹: ۹۲-۹۱).

۲. ظهور قراردادهای اجباری در برخی از اسناد قانونی

آن‌سان که در بالا ذکر شد، گستره قراردادهای اجباری بسیار فراتر از قراردادهای اداری است و اسناد زیادی وجود دارند که در چارچوب قراردادهای اجباری قابل بحث و فحص هستند.^۱ اما در اینجا فقط به رئوس شایع‌ترین اسنادی نظر خواهیم داشت که در آن‌ها قانون‌گذار در مقام تصویب آن‌ها از منطق قراردادهای اداری یا مشابه چنین منطقی را در تصویب آن‌ها استفاده کرده است.

۱. برای مثال برابر ماده ۱ «قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث»، ۱۳۸۷ دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی مکلف به بیمه کردن وسیله خویش در مقابل خسارات مالی و جانی ثالث نزد یکی از شرکت‌های بیمه هستند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۴).

۱-۲. «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های

عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب

رئوس مواردی که در این سند از منطق قراردادهای اداری استفاده شده است از این قرار است:

۱. اهداف معامله: برابر ماده ۲، دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۱، عملیات خرید و تملک را باید برای اهداف مربوط به اجرای «امور عمومی و امنیتی» به کار گیرند و ضرورت اجرای آن به تصویب بالاترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی مربوطه برسد.

۲. شیوه معامله: هرچند در گام نخست در این سند چنین فرض شده است که مالک و خریدار به رضایت خود وارد رابطه معاملی شده و بهای عادلانه ملک، مطابق شرایط مقرر در مواد ۳ تا ۷ پرداخت خواهد شد اما در ادامه و در گام دوم، قانون‌گذار به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده است حتی بدون رضایت مالک، رابطه قراردادی را به جریان بیندازند. در این راستا در ماده ۸ به امکان «تصرف اراضی... و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک»، در مواردی «از قبیل استتکاف مالک از انجام معامله...» تصریح شده است. در این راستا، در این ماده می‌خوانیم: «چنانچه مالک ظرف یک ماه از تاریخ اعلام «دستگاه اجرایی» به یکی از آنها مقرر در تبصره ۲ ماده ۴ برای انجام معامله مراجعه نکند یا از انجام معامله به نحوی استتکاف کند مراتب برای بار دوم اعلام و پس از انقضا ۱۵ روز مهلت مجدد، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر هیئت کارشناسی مندرج در ماده ۴ یا تبصره ۲ آن تعیین شده است 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 کرد و بهای ملک یا حقوق یا خسارات به میزان مالکیتی که در مراجع ذی‌ربط احراز می‌شود از سوی اداره ثبت به ذی‌حق پرداخت و اسناد قبلی مالک حسب مورد اصلاح یا ابطال و مزاد سپرده طبق مقررات مربوط به صندوق دولت مسترد می‌شود. اداره ثبت محل موظف است بر اساس سند انتقال امضاء شده وسیله دادستان یا نماینده وی سند مالکیت جدیدی به میزان و مساحت اراضی، ابنیه و تأسیسات مورد تملک به نام «دستگاه اجرایی» صادر و تسلیم کند». در ماده ۹، حتی به دستگاه اجرایی اجازه تصرف و اجرای طرح پیش از انجام معامله داده شده است. تنها حقی که برای مالک

در نظر گرفته شده دریافت بهای ملک مطابق شرایط مقرر در قانون است. در صورت عدم پرداخت بها در مدت مذکور مطابق تبصره ماده مذکور، مالک می‌تواند با مراجعه به دادگاه صالحه درخواست توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بها کند.

۲-۲. قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸

این لایحه اصلی‌ترین نظم حاکم بر تملک املاک و حقوق راجع به آن‌ها توسط دولت را تشکیل می‌دهد (زرگوش، ۱۳۹۱: ۳۶). مهم‌ترین مواردی که در چارچوب این سند، قانون‌گذار از منطبق قرارداد اجباری استفاده کرده است از این قرار است:

۱. جواز تملک ابنیه، املاک و اراضی توسط شهرداری: قانون‌گذار در صدر ماده واحده، مفروضاً برای شهرداری به استناد قوانین دیگر، مثل لایحه قانونی بالا، اجازه تملک را داده است. در این صورت، در چارچوب چنین قوانینی، اگر بین مالک و شهرداری توافقی در خصوص ثمن معامله حادث نشود «قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود». تعیین چنین قیمتی به استناد تبصره ۱ توسط «هیئتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری و مورد وثوق که یک نفر به انتخاب شهرداری و یک نفر به انتخاب مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین است تعیین خواهد شد، رأی اکثریت هیئت مزبور قطعی و لازم‌الاجرا است».

۲. جواز تعیین کارشناس توسط دادگاه در صورت عدم امکان انتخاب کارشناس از طرف مالک: هرچند که مطابق اصل آزادی اراده و اصل رضایت، طرفین متعاملین در هر مرحله از عملیات قرارداد، از آزادی عمل برخوردارند اما قانون‌گذار در اینجا نوعی از محدودیت زمانی را برای مالک جهت انتخاب کارشناس مورد وثوق خود تعیین کرده است در غیر این صورت، برابر تبصره ۴، «دادگاه صالحه محل وقوع ملک حداکثر ظرف ۱۵ روز از تاریخ مراجعه (شهرداری‌ها) به دادگاه نسبت به تعیین کارشناس اقدام می‌کند».

۲-۳. قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷

رئوس مواردی که قانون‌گذار در این سند از منطق قرارداد اجباری و قرارداد اداری استفاده کرده است از این قرار است:

۱. تعطیل موقتی سازوکارهای قراردادهای حقوق خصوصی در ارتباط با مسکن و تأسیسات عمومی شهری: در ماده ۱ این سند، «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) است با استفاده از اجازه مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ 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. تملک زمین‌های موات شهری: برابر ماده ۵، «کلیه زمین‌های موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد مگر آنکه از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد». با این حال در ماده ۶ مقرر شده است: «کسانی که طبق مدارک مالکیت رسمی از زمین‌های موات شهری داشته‌اند مشروط بر آنکه مسکن مناسبی نداشته باشند طبق ضوابط مسکن و شهرسازی در سراسر کشور زمینی در حد نصاب ماده ۸ در اختیارشان گذاشته می‌شود تا عمران و احیاء کنند...».

۳. الزام به واگذاری اراضی زائد بر نصاب معین در ماده ۸ توسط مالکان اراضی بایر شهری به دولت مطالب شرایط مقرر توسط دولت: برابر این ماده، مالکان این‌گونه زمین‌ها مکلف‌اند مازاد بر زمین مقرر در این ماده را به دولت و با تقویم دولت انجام دهند. لذا این‌گونه مالکان می‌توانند «فقط زمینی را به مساحت کمتر از دو برابر بالاترین حداقل نصاب تفکیکی مناطق مسکونی در شهر محل وقوع زمین حداکثر تا ۱۰۰۰ متر مربع طبق ضوابط شهرسازی مصوب عمران و احیاء کنند یا به دولت بفروشند و در شهرهایی که

نصاب تفکیک مشخص نشده بر طبق آیین‌نامه اجرایی خواهد بود که وزارت مسکن و شهرسازی تهیه و تصویب می‌کند و زائد بر آن (نه عین و نه منفعت) قابل واگذاری نیست مگر به دولت و با تقویم دولت. برابر تبصره ۵ این ماده، «تقویم دولت بر اساس قیمت منطقه‌ای (ارزش‌های معاملاتی)» خواهد بود.

۴. الزام به انعقاد قرارداد اجباری: در چارچوب ماده ۹، «مالکین زمین‌های بایر و دایر شهری موظف‌اند زمین‌های موردنیاز دولت یا شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آن‌ها بفروشند و دولت می‌تواند به‌جای زمین‌هایی که مساحت آن‌ها بیش از سه هزار متر مربع است با رعایت ضوابط عوض آن را از سایر اراضی دولتی که ارزش معاملاتی آن معادل بهای زمین واگذاری به دولت باشد به فروشنده واگذار کند». در تبصره ۱ این ماده مشاهده می‌شود که اثر این قانون، عطف به ماسبق شده و مقررات این قانون نسبت به زمین‌های تملکی قبلی دولت و بانک‌ها که تمام یا قسمتی از بهای آن را پرداخت نکرده‌اند نیز قابل اجرا اعلام شده است.

۵. تصرف و تملک زمین توسط دولت در صورت استنکاف یا عدم دسترسی به مالک: وفق تبصره ۲ ماده ۹، «در صورت استنکاف یا عدم مراجعه یا عدم دسترسی به مالک... و هرگونه اشکالات حقوقی دیگر که مانع از انجام معامله دولت شود دولت زمین را تملک و حسب مورد وزارت مسکن و شهرسازی یا شهرداری به قائم‌مقامی مالک سند انتقال را امضاء می‌کند و در موقع مراجعه مالک... بهای آن، پرداخت یا زمین معوض واگذار می‌شود».

۶. واگذاری زمین برای رفع نیازمندی‌های عمومی: برابر تبصره ۱ ماده ۱۰، شهرداری‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های وابسته به شهرداری‌ها، حق واگذاری اراضی بایر و موات شهری را «به‌عنوان رفع نیازمندی‌های عمومی شهر و معوض املاک واقع در طرح‌های مصوب شهری» را دارند. در این راستا، مطابق تبصره ۲، واگذاری «اراضی غیر موات وقفی» نیز باید «طبق ضوابط شهرسازی با نظر وزارت مسکن و شهرسازی صورت گیرد».

۲-۴. قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن و اصلاحیه آن

مصوب ۱۳۵۸

رئوس موارد قابل ذکر از این قرار است:

۱. مالکیت دولت اسلامی نسبت به زمین اموات: مطابق مقدمه «قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن» مصوب ۱۳۵۸/۴/۵، طبق موازین اسلام زمین موات ملک کسی شناخته نمی شود و در اختیار دولت اسلامی است. در نتیجه اسناد مالکیتی صادره از رژیم پهلوی «برخلاف موازین اسلام و مصلحت مردم» بوده و باطل است.

۲. تصرف بلاعوض زمین های اموات اشخاص توسط دولت: مطابق ماده ۱، اگر ظرف مدت معینی، بر روی اراضی داخل در محدوده قانونی شهرها، عمران و آبادانی صورت نگیرد، چنین اموالی «بلاعوض به تصرف دولت در خواهد آمد».

۳. وفق «اصلاحیه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن» مصوب ۱۳۵۸/۴/۲۸، مهلت مقرر در ماده یک قانون لغو مالکیت اراضی اموات شهری و کیفیت عمران آن مخصوص زمین هایی است که مشمول تبصره ذیل همان ماده است و برای مساحت های زائد بر آن نیازی به دادن مهلت از جانب دولت نیست بلافاصله به تملک دولت در خواهد آمد. در نتیجه دولت در خصوص مازاد بر مساحت های مقرر در قانون، بلافاصله اقدام خواهد کرد. لذا نهاد مالکیت به طور کامل به اراده حکومت پیوند خورد و نوعی از پوزیتویسم حقوقی در اینجا قابل مشاهده است.

۲-۵. اسناد قانونی مربوط به وزارت آموزش و پرورش

در ارتباط با زمین های استیجاری وزارت آموزش و پرورش از همان آغازین روزهای انقلاب، معضلات متعددی وجود داشته است، زیرا بخشی از این زمین ها یا مصادره ای بودند یا اینکه وزارت آموزش و پرورش مدارس آموزشی را بر روی زمین هایی بنا کرده بود که به لحاظ مالکیت، دارای مشکل هایی همچون معارض بودند. از نخستین اسناد مرتبط با واحدهای تحت اجاره ای وزارتخانه، می توان به بخشنامه رئیس شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۲۶ به رؤسای دادگاه های عمومی تهران و دادگستری های

استان‌ها با موضوع «ممنوعیت صدور حکم تخلیه برای واحدهای استیجاری وزارت آموزش و پرورش در آستانه شروع سال تحصیلی» اشاره کرد. در این سند می‌خوانیم: «نظر به این‌که تعداد بسیاری از واحدهای آموزشی وزارت آموزش و پرورش در سراسر کشور از ساختمان‌های استیجاری استفاده می‌کنند 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 می‌کنند. بدیهی است در این برهه زمانی با توجه به اوضاع و احوال موجود کشور از قبیل مسئله 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 کنند 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».

مشاهده می‌شود که در این بخشنامه، به صراحت به دادگاه‌ها در راستای «ضرورت و مصالح اجتماعی و شرعی» دستور داده می‌شود از تخلیه این‌گونه اماکن خودداری کنند. هرچند که اعتبار چنین بخشنامه‌ای از حیث سلسله‌مراتب هنجار حقوقی محل بحث و تأمل جدی حقوقی است و در نتیجه در سال‌های بعد توجه چندانی به این سند نشد در ادامه چنین معضلی بوده است که قانون‌گذار از منطوق و ادبیات فقهی - حقوقی ذیل عنوان «عسر و حرج» استعانت جست و با الحاق یک تبصره به قانون مالک و مستأجر با عنوان: «ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره یک به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر» در ۱۳۶۸/۶/۲۸ مقرر کرد: «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». در ادامه چنین رویکردی، قانون‌گذار ماده واحده «قانون ممنوعیت تخلیه

اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش» مصوب ۱۳۷۲/۶/۹ را به تصویب رساند.^۱ در آغاز، مجلس چنین مقرر داشته بود: «از تاریخ تصویب این قانون تخلیه اماکن آموزشی و پرورشی که در تصرف وزارت آموزش و پرورش است تا رفع نیاز وزارت مذکور به مدت پنج سال ممنوع است». اما 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 کرد: «اطلاق 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». مجلس نیز با تمکین به استدلال شورا، این عبارت را به متن مذکور اضافه کرد. حاصل چنین وضعیتی را باید بازگشت منطق حقوق خصوصی به حوزه‌های خدمات عمومی دانست. علی‌رغم این وضعیت، «لایحه ممنوعیت قلع و قمع واحدهای آموزشی و پرورشی تابع وزارت آموزش و پرورش» هیئت‌وزیران، در مهر ۱۳۸۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید اما شورای نگهبان طی نظرات شماره ۸۴/۳۰/۱۳۷۰ 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. در نتیجه در ماده ۱ مقرر شد: «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

۱. با این حال در ماده واحده «قانون تخلیه واحدهای آموزشی وزارت آموزش و پرورش و مراکز آموزشی دیگر که در اختیار سایر دستگاه‌ها، ارگان‌ها، سازمان‌ها و نهادها است و تحویل آن به وزارت آموزش و پرورش» مصوب ۱۳۶۷/۹/۲۰ هرچند بر ضرورت تخلیه اماکن این وزارتخانه در اختیار دیگران تصریح شده است اما در تبصره ۲ این ماده واحده چنین آمده است: «در مواردی که آموزش و پرورش زمین و فضاهای مورد بحث را با عقدی از عقود لازم در اختیار اشخاص یا مؤسسات خصوصی قرار داده است طبق مفاد قرارداد عمل می‌کند». حکم این تبصره در تبصره ۱ ماده واحده «قانون الزام تخلیه ساختمان‌های وزارتخانه‌های فرهنگ و آموزش عالی و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و مؤسسات وابسته به دانشگاه‌ها که در اختیار سایر وزارتخانه‌ها و ارگان‌ها است» مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۲۹ در مورد دو وزارتخانه مذکور تکرار شده است.

قابل تمدید نیست». در ماده ۲ مقرر شد: «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 کند». وفق تبصره این ماده، «در صورت عدم حصول توافق، بهای زمین بر اساس قیمت کارشناسی رسمی روز به نفع مالک، در صندوق دادگستری سپرده می‌شود و سند ملک به نام دولت صادر می‌شود».

۶-۲. قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی مصوب ۱۳۶۷/۷/۱۶

به موجب این ماده واحده، «تخلیه ساختمان‌هایی که در اختیار خوابگاه‌های دانشجویی قرار دارند تا رفع نیاز دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی (حداکثر به مدت پنج سال) ممنوع است». جالب اینکه شورای نگهبان استنادهایی را که در خصوص رضایت مالکین و نیز ضرورت وجود عسر و حرج در سایر موارد استناد می‌کرد در اینجا مدنظر قرار نداد. اما در بررسی لایحه «تمدید مدت ممنوعیت مقرر در قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی» که مقرر کرده بود مفاد قانون به مدت سه سال دیگر تمدید شود، ایراد وارد کرد و در نظریه مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۷ تمدید مذکور در اصل ماده واحده را به دلیل آن‌که رضایت مالکین خوابگاه‌ها در نظر گرفته نشده است، خلاف موازین شرع شناخت که در نتیجه در راستای اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد که این لایحه با اصلاحاتی در مفاد آن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. به موجب این قانون مدت ممنوعیت مقرر در قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی مصوب ۱۳۶۷/۷/۱۶ به مدت سه سال تمدید شد و مقرر شد اجاره‌بها به قیمت کارشناسی روز تعیین و به مالک پرداخت و در بودجه سالانه وزارتخانه‌های مذکور منظور شود. با این حال، «این ممنوعیت شامل اماکنی که از تاریخ ۱۳۷۳/۷/۱۶ برابر قانون مدنی به اجاره واگذار می‌شود نخواهد بود». برابر تبصره این ماده واحده، «کمیسیونی مرکب از وزیر دادگستری، مسکن و شهرسازی، فرهنگ و آموزش عالی، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و رئیس سازمان برنامه و بودجه موظف است ظرف شش ماه وضعیت خوابگاه‌های موضوع این قانون و امکانات و اعتبارات دستگاه‌های ذی‌ربط را

بررسی و ساختمان‌هایی را که تخلیه آن‌ها در کوتاه‌مدت امکان‌پذیر است تعیین کرده و روش‌های مناسب جایگزینی ساختمان‌های تخلیه شده را به دولت پیشنهاد کند. دولت ترتیبی اتخاذ می‌کند تا پایان سه سال مذکور در این قانون کلیه خوابگاه‌های یاد شده در صورت درخواست مالکان آن‌ها، تخلیه شود».

۲-۷. «قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرا برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸» ۱۳۸۸/۲/۲ برابر این ماده واحده، «در مواردی که اسناد یا اقدام‌های دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از این‌که به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجرا قضائی ابطال شده یا می‌شود، دستگاه مربوطه موظف است املاک یادشده را به مالک آن مسترد کند لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحدمات یا قرار گرفتن 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 کند. 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 شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام کند».

۲-۸. قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹

مطابق ماده واحده «کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات، سازمان‌ها، نهادها، شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت و شهرداری‌ها و مؤسساتی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد، مکلف هستند در طرح‌های عمومی یا عمرانی که ضرورت اجرا آن‌ها توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی با رعایت ضوابط مربوطه تصویب و اعلان شده باشد و در اراضی و املاک شرعی و قانونی اشخاص اعم از (حقیقی و حقوق) قرار داشته و در

داخل محدوده شهرها و شهرک‌ها و حریم استحقاقی آن‌ها باشد، پس از اعلام رسمی وجود طرح، حداکثر ظرف مدت هجده ماه نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال اسناد رسمی و پرداخت بهاء یا عوض آن طبق قوانین مربوطه اقدام کنند». جالب اینکه شورای نگهبان این مصوبه را ۱۳۶۷/۹/۲ تأیید کرده است.

۲-۹. قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶

در ماده ۴۳ این قانون مصوب شده است: «در موارد ضرورت اراضی، مستحقات، اعیانی و املاک متعلق به اشخاص که در مسیر شبکه آبیاری و خطوط آبرسانی واقع باشند با رعایت حریم مورد نیاز در اختیار دولت قرار می‌گیرند و قیمت عادلانه با توجه به خسارت وارده به مالکین شرعی پرداخت می‌شود». در ماده ۴۴ نیز به تملکی که در اثر «اجرای طرح‌های عمرانی و صنعتی و توسعه کشاورزی و سدسازی و تأسیسات مربوطه یا در نتیجه استفاده از منابع آب‌های سطحی و زیرزمینی» توسط دولت رخ می‌دهد پرداخته شده است. این سند نیز، همانند سند بالا به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

۲-۱۰. قانون معادن، مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳

برابر ماده ۲۲، «چنانچه اجرای عملیات معدنی در محدوده املاک دایر یا مسبوق به احیاء اشخاص واقع و نیاز به تصرف این املاک باشد، مجری عملیات پس از تأیید وزیر معادن و فلزات مکلف است اجاره یا بهاء آن را بدون محاسبه ذخایر معدنی واقع در آن، برابر نظر کارشناس رسمی دادگستری به قیمت روز به صاحب‌ملک بپردازد و در صورت امتناع وی از دریافت آن، در صندوق سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تودیع کند که در این حالت زمینه انجام عملیات معدنی توسط وزارت معادن و فلزات با هماهنگی دستگاه‌های مسئول فراهم خواهد شد». ظاهراً این ماده مورد تأیید شورا نبوده و در تاریخ ۱۳۷۷/۳/۲۳ مورد تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفته است و مشخص نیست که چرا این سند در ارتباط با نهاد «شبه تملک» توسط دولت مورد تأیید شورا قرار نگرفته اما برای مثال در ماده ۴۳ قانون توزیع عادلانه آب مورد تأیید قرار گرفته است.

۲-۱۱. قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی

مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۶

برابر ماده ۳ «هرگاه نسبت به بهای اراضی و ابنیه و تأسیسات بین وزارت فرهنگ و هنر و مالک یا مالکان توافق حاصل نشود بهای اراضی و ابنیه و تأسیسات مذکور به وسیله هیئتی مرکب از وزیر کشور - دادستان کل - مدیر کل ثبت یا نمایندگان آن‌ها با توجه به نظر کارشناسان تعیین خواهد شد و تصمیم هیئت قطعی است...» وفق بند «د» ماده مذکور، «در صورت عدم توافق بین وزارت فرهنگ و هنر و زارعین در مورد بند ب و بند ج نظر وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستایی در تعیین ارزش حق‌السعی و کلیه حقوق زارعه زارعین قطعی خواهد بود...». مطابق ماده ۶ «در صورتی که مالک یا زارع یا متولی و یا مستأجر به انتقال یا تحویل اراضی و ابنیه و تأسیسات رضایت ندهد دادستان محل پس از اطلاع بر این‌که قیمت اراضی و ابنیه و تأسیسات و وجوهی که طبق این قانون تعلق می‌گیرد در صندوق ثبت تودیع شده است سند انتقال ملک مورد نظر را امضاء و نسبت به تخلیه و تحویل ملک مذکور فوراً اقدام می‌کند.» به استناد تبصره همین ماده، در موارد ضرورت حتی قبل از انجام عملیات انتقال مالکیت، دولت می‌تواند اقدامات استحقاقی را بجا آورد. علی‌رغم این‌که این قانون پیش از انقلاب تصویب شده است اما شورای نگهبان این سند را ابطال نکرده است در نتیجه مفاد این سند مورد تأیید شورا است.

۳. روندهای قانون‌گذاری مرتبط با قرارداد اجباری: تحلیل از دیدگاه حقوق عمومی

بدیهی است که از جمله پیامدهای نهاد مالکیت اجباری، تبدیل اموال خصوصی به اموال عمومی است که جای بحث جداگانه‌ای دارد. با این حال اثر حکم قانون‌گذار، اعمال حاکمیت دولت در تبدیل این‌گونه اموال خواهد بود. این نهاد وقتی که در کنار نهاد «ملی کردن» (برای نمونه در خصوص ملی کردن جنگل‌ها ر.ک: شمس، ۱۳۷۶: ۱۲۲-۶۵) اموال قرار بگیرد آثار حقوقی آن گسترده‌تر خواهد بود (در خصوص آثار ملی کردن جنگل‌ها ر.ک: شمس، ۱۳۷۶: ۱۲۳-۱۷۲) و البته بررسی موضوع از این جنبه نیز جای بحث جداگانه‌ای دارد. با این حال در اینجا، در ارتباط با قراردادهای اداری، می‌توان تحلیل زیر را داشت.

۳-۱. توجه قانون‌گذار به ضرورات و مصالح اجتماعی: ترجیح منافع عمومی بر منافع خصوصی گفته می‌شود در انقلاب ایران در سال ۱۳۵۷ یکی از استوانه‌های انقلاب، جریان‌ات چپ بوده است که البته از جمله پیامدهای چنین حضوری، تحمیل ارزش‌های چپ در خصوص چگونگی اداره امور عمومی بوده به‌ویژه در چارچوب قانون اساسی همچون اصل ۴۴ قانون اساسی بوده است. در چنین نگرشی، توجه به هنجارهای «جمع‌گرا» و اولویت آن بر هنجارهای «فردگرا»، امری بدیهی و مرسوم است. در نتیجه چنین نگاهی است که در اثر آن، فضایی شکل می‌گیرد که برای مثال، در اصل ۴۴ قانون اساسی، «اقتصاد بخش خصوصی»، اصالت و استقلال خود را از دست داده و مکمل «فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی» فرض می‌شود و این‌چنین است که هنجارهای فردگرا در مهم‌ترین سند ملی به محاق می‌رود. از اینجاست که زمینه قانونی تولد اسنادی با رویکرد ترجیح منافع عامه بر منافع خصوصی، موجبات قانونی خود را پیدا می‌کنند.

نگاهی به اسناد ذکر شده گویای آن است که قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در طول چهار دهه گذشته بنا بر ضرورت‌ها و اولویت‌های نظام، بر برتری منافع عمومی در اجتماع توجه ویژه داشته است؛ هرچند که چنین توجهی به‌طور گسترده نبوده است اما به هر حال وجود چنین اسنادی در میانه سایر اسناد قانونی راجع به نهاد مالکیت در ایران کنونی، مبین ظهور و تثبیت نهادی حقوقی با عنوان: «قراردادهای اجباری» است. آنچه این نهاد جدیدالولاده را پراهمیت می‌سازد تکیه بر ادبیاتی است که نزد حقوقدانان حقوق عمومی به «قراردادهای اداری» معروف‌اند، زیرا در قراردادهای اداری، یکی از ویژگی‌های شاخص و ذاتی قرارداد اداری، اصل منافع عمومی و ضرورت پاسداری از این منفعت در مقام اجرا و اعمال اداری است.

۳-۲. استثنائی بودن قرارداد اجباری در شرایط خاص

مفروض اسناد بالا گویای آن است که حتی در شرایط فوق‌العاده، نظیر الزام‌های متناظر با اقتضای منافع ملی و مصالح همگانی، باید در درجه نخست به دنبال راهکارهای عادی و کسب رضایت مالکین گشت. در صورت بروز هرگونه مشکلی در این فرآیند، نوبت

توسل به راهکار فوق‌العاده خواهد. این نگرش البته به درستی مورد تأکید قانون‌گذار بوده تا به این وسیله فضا برای جولان خودخواهانه دولت در ارتباط با مهم‌ترین مقوله در روابط شهروندان با حکومت تا حدودی تنگ شود. هرچند به بیان فیلسوفانی همچون لاک و هابز، انسان در وضع طبیعی آزاد بوده و چیزی نمی‌تواند این آزادی را محدود کند (لاک، ۱۳۹۲: ۱۸۴؛ هابز، ۱۳۹۲: ۱۶۱-۱۶۲). اما آن‌سان که لاک گفته است افراد بشر با میل و رضایت، خود به عضویت یک اجتماع سیاسی در می‌آیند (لاک، ۱۳۹۲: ۱۸۴) و فلسفه وجودی دولت و تشکیل جامعه مدنی، دفاع از دارایی افراد بوده است. با ورود به چنین ساحتی، «قانون» جایگزین «اراده آزاد انسانی» می‌شود؛ هرچند که به بیان ژان ژاک روسو، قانون چیزی جز اراده ما نیست (روسو، ۱۳۹۲: ۲۰۶). در نتیجه، در تفسیر فردگرا از «قراردادهای اجباری»، خط سیر راهبردی چنین اعمال حقوقی باید درنهایت پاسداری از چنین دارایی‌ها باشد در غیر این صورت در درازمدت، فلسفه وجودی دولت در سطح کلان فلسفه سیاسی، با چالشی سخت روبرو خواهد شد. چنین نگرشی به نوعی دیگر و البته در سطح و جنس دیگر، در سنت فقه امامیه وجود داشته است، زیرا بر مبنای «قاعده عدم ولایت» حکومت نمی‌تواند بر فراز اشخاص قرار بگیرد بلکه نهادی خادم و مسئول است. چنین نهادی زمینه‌ساز پاسداری مطلوب از نهاد مالکیت است و البته قواعدی همچون قاعده لاضرر و قاعده تسلیط که مبنای قرآنی دارد بسترساز چنین تکالیف و فضایی است.

۳-۳. تفاوت اندک و اشتراکات زیاد قراردادهای اجباری و قراردادهای اداری

اگرچه در نگاه نخست این دو نهاد حقوقی، مستقل هستند. اما این دو نهاد آن‌چنان در مقام کارکرد و کارویژه به همدیگر نزدیک می‌شوند که در موارد زیادی شائبه این‌همانی را موجب می‌شود. در واقع این دو، تفاوت اندک اما اشتراک‌های زیادی دارند. چنین همسانی و همسویی، فضا را برای هم‌نشینی این دو نهاد در کنار همدیگر فراهم می‌سازد؛ به نحوی که در سایه چنین هم‌نشینی، می‌توان گفت که با تکیه بر منطق «کارکرد نهادها»، زمینه برای تولد قرارداد اداری در ایران از رهگذر قراردادهای اجباری امکان‌پذیر است. در چنین

وضعیتی چه بسا در مقام عمل، تشخیص اینکه یک سند، میل به قرارداد اداری دارد یا به قرارداد اجباری بسیار سخت و حتی ناممکن شود. اما به هر حال وجود این شرایط، حقوقدانان و قضات را مجاب و مجاز به پذیرش این گونه اسناد در دسته اسناد حقوق عمومی می‌سازد و اینکه قطع به یقین نمی‌توان اسنادی با چنین ویژگی را در دسته اسناد حقوق خصوصی در نظر گرفت.

باید توجه داشت که در نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته، مراجع قضایی در مقام رسیدگی به پرونده‌هایی از جنس قراردادهای اجباری و قرارداد اداری، معیارهایی را ارائه و از این طریق، راهگشای جامعه و ترسیم‌کننده محدوده حقوق و تکالیف شهروندان هستند. این در حالی است که در ایران تا آنجا که شواهد نشان می‌دهد، رأی با چنین خصیصه‌ای مشاهده نمی‌شود بلکه پیوسته حتی دیوان عدالت اداری، امر قراردادی را در صلاحیت محاکم دادگستری فرض کرده است (ر.ک: واعظی، ۱۳۹۶: ۱۴۰-۱۳۹) و دلیل چنین وضعیتی را باید نگرش مبتنی بر انگاره‌های حقوق خصوصی همه گونه قرارداد در ایران دانست و تا زمانی که مراجع قضایی ما از چنین نگرشی فاصله نگیرند امکان چنین ظرفیتی را نخواهند داشت. در این صورت، تنها نکته امیدوارکننده برای شناسایی مرز این دو نوع قرارداد در دکترین حقوقی و اراده قانون‌گذار نهفته است که در دکترین حقوقی، مرزهای این دو نوع قرارداد ذکر شده است (مولائی، ۱۳۹۹: ۹۲-۹۰)؛ اما در سطح قانون‌گذاری تنها مورد مشخصی که مشاهده می‌شود مربوط به قراردادهای اجباری است که در آن دولت به اراده و تشخیص خود می‌تواند املاک و اراضی مشخص شده در قانون را به صلاحدید خود و در راستای اهداف مقرر در قانون مربوطه تملک و تصرف کند.

۴-۳. موجه سازی قرارداد اجباری با تکیه بر قاعده نفی عسر و حرج

شورای نگهبان در برخی از مصوباتی که در مورد جایگاه اقتداری و ترجیحی دولت در امر مربوط به قرارداد با اشخاص پرداخته است. برای مثال، در ماده واحده «قانون ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش» مصوب ۱۳۷۲/۶/۹ با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، انجام چنین اعمالی را

تأیید کرده است. این وضعیت هرچند در نگاه نخست می‌تواند نویدبخش گشایش فضای جدید برای موجه‌سازی قراردادهای اداری در ایران به شمار آید اما توضیح و تحلیل بیشتر در این خصوص، مجال دیگری می‌طلبد. با این حال در رویه شورا، استناد به این قاعده مشاهده می‌شود. در نتیجه می‌توان در تحلیل حقوق عمومی قراردادهای اجباری از این قاعده استعانت جست.

هرچند این قاعده یکی از مفاهیم مشهور فقهی است و به این وسیله ممکن است چنین ادعا شود این مفهوم در حقوق خصوصی قابلیت استناد را دارد اما باید گفت که ظرفیت این قاعده بسیار فراتر از حقوق خصوصی است، زیرا کاربرد این قاعده در این رشته حقوقی فاقد خصوصیت است. در سایه اهمیت پیدا کردن فقه‌الحکومه در سده اخیر، فضا برای تشویق فقها به سمت و سوی تسری این قاعده به تمامی ابواب فقه اعم از عبادات، معاملات و سیاسات، فراهم است. این وضعیت به‌ویژه در چهار دهه گذشته بیش از پیش احساس شده است. شاید فقهای حاضر در شورای نگهبان، با تکیه بر چنین دیدگاهی بوده است که برخی از مصوبات مجلس را تأیید کرده‌اند. این قاعده که به نوعی مبنای قرآنی دارد به نفی دشواری و سختی در امور اشاره دارد. برای مثال در آیه ۷ سوره طلاق به صورت: «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا»، آمده است یا در آیه ۵ سوره شرح، با عبارت‌پردازی: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» آمده است. همچنین در آیه ۷۸ سوره حج می‌خوانیم: «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...». بر مبنای این آیات، عسر و حرجی بر مسلمانان نیست. به تبع چنین تفسیری، دولت نیز در مقام نمایندگی از عامه، آنجا که در عسر و حرج قرار گیرد می‌تواند بر مبنای این قاعده به دفاع از منافع عمومی برخیزد و قراردادهایی از جنس اجباری منعقد سازد. البته مشخص نیست که شورای نگهبان در مقام استناد به عسر و حرج، چه راهکاری را پیش روی دولت در نظر داشته است اما بی‌تردید دولت در مقام استناد به این قاعده نباید خود را محدود به ادبیات حقوق خصوصی ساخته و بایسته است در فضایی فراتر و با تمرکز بر ادبیات حقوق عمومی به چنین قاعده‌ای متمسک شود.

۳-۵. نامه مورخ ۱۳۶۰/۷/۲۵ امام خمینی در ارتباط با قانون اراضی شهری^۱

از جمله مستندات تصویب یکی از قوانین مهم در ارتباط با قراردادهای اجباری، نامه مذکور بوده است که پس از کش و قوس زیاد میان مجلس و شورای نگهبان، دبیر وقت شورا، اقدام به مکاتبه با رهبری کرده و به این وسیله درصدد طرح دغدغه شورا و استعانت از رهبری برمی آید. در پاسخ امام به نامه دبیر شورا، به موضوع خان خانی و زمین خواری طبقه اشراف که غالباً برخلاف موازین شرعی بوده و طبقه عظیم فقرا که برای آنان برخلاف موازین کار می کنند، اشاره شده و تأکید می کنند به خواست عده ای طرفدار زمین خواران نمی بایست وضع به همان روال بماند و ایشان نمی خواهند تهمتی که سالهاست به روحانیون می زنند و می زدند که طرفدار زمین خواران و سرمایه داران بزرگ هستند و با طرفداری خود موجب ظلم به مردم مستمند می شوند، شاهد پیدا کند (امام خمینی، ۱۳۸۹، ۱۵: ۳۱۱). در اثر چنین نامه نگاری بوده است که شورای نگهبان از امر رهبری تمکین کرده و در ماده یک قانون مزبور، به صراحت مستند تصویب این قانون را «اجازه مورخ ۶۰/۷/۱۹ حضرت امام خمینی مدظله العالی که در آن مجلس شورای اسلامی را صاحب صلاحیت برای تشخیص موارد ضرورت و فساد و اختلال نظام اجتماعی و قانون گذاری لازم در این موارد دانسته اند» اعلام می شود. به همان دلیلی که این قانون به تصویب رسیده است به همان دلیل نیز منطقاً ادامه چنین مسیری امکان پذیر است، زیرا به بیان فلسفی، امر حکومت داری پیوسته مستلزم توجه به امر ضروری و «ضرورت» در حوزه قانون گذاری «مقابله با فساد» از طریق قانون گذاری و «مقابله با اختلال نظام اجتماعی» از طریق قانون گذاری است. در نتیجه هر جا که حکومت نیازمند تصویب قوانین مرتبط با محدودیت مالکیت باشد نباید و نمی توان رادع و مانع جدی در این خصوص وجود داشته باشد در غیر این صورت خیلی از امور حکومت بر روی زمین باقی خواهد ماند.

۱. هرچند یک نامه نمی تواند در مقام تحلیل از منظر حقوق عمومی، مبنای استناد قرار گیرد اما دلیل اصلی استناد به این نامه، مقام صادرکننده نامه است؛ به نحوی که منطق این نامه، مستند اعضای شورای نگهبان در تصویب مصوبه مجلس قرار گرفت. این وضعیت، گویای آن است که از دیدگاه کارکردگرایی نه تنها رئیس حکومت بلکه اعضای شورای نگهبان، به عنوان پاسدار اصلی قانون اساسی گام در مسیر نهادینه شدن قراردادهای اجباری گذاشتند.

البته این گفته به معنای ظهور «لویاتان» دولت نیست بلکه ناظر بر دولت حقوقی است که با تکیه بر اصل حکومت قانون، برای اجرای امور عمومی به امتیازات حاکمیت و حکومت متکی است و از رهگذر اجرای صلاحیتش، فضایی برای گذار از تقابل دو نفع عمومی و خصوصی به فضای پاسداشت دو نفع مذکور در یک سند عادلانه و منصفانه فراهم می‌شود. ناگفته پیداست رسیدن به چنین فضایی، مستلزم اجماع قوا در این خصوص است.

۳-۶. استمداد از نهاد «مصلحت» در تصویب قراردادهای اجباری

نگاهی به قوانین بالا، مبین آن است که شورای نگهبان به‌خصوص در دو سند اخیر (قانون ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی و قانون ممنوعیت قلع و قمع واحدهای آموزشی و پرورشی تابع وزارت آموزش و پرورش)، با تکیه و تأکید بر شرع، مفاد این دو سند را با احکام اولیه، مغایر دانسته و در نتیجه با اصرار مجلس بر موضع خود، مصوبه مجلس در راستای اصل ۱۱۲ به «مجمع تشخیص مصلحت نظام» ارسال شده و این ارگان با احراز «مصلحت» و با تکیه بر احکام ثانویه، موضع مجلس را تأیید کرده است. در مقام عمل، مشاهده می‌شود که در نظام جمهوری اسلامی ایران امکان شناسایی نهادی با عنوان قرارداد اجباری با مانع اساسی روبرو نیست و در نتیجه، فضا برای توجه به سایر ابعاد این‌گونه نهاد حقوقی در ایران فراهم است.

۴. آسیب‌های تقنینی در امر قرارداد اجباری

به اعتبارهای مختلف، آسیب‌ها قابل دسته‌بندی است. در یک دسته‌بندی کلی مهم‌ترین آن‌ها ذیل دو عنوان عملکرد شورای نگهبان و تعدد منابع قانونی قابل ذکر است.

۴-۱. عملکرد شورای نگهبان

در این خصوص، مهم‌ترین آسیب‌ها از دیدگاه حقوق عمومی به شرح زیر است:

۱-۱-۴. رویه متهافت شورای نگهبان در ارتباط با منافع عمومی و ترجیح آن بر منافع

اشخاص خصوصی

چنین به نظر می‌رسد که شورای نگهبان در امر مربوط به برخی از قوانین مرتبط با مالکیت، رویه واحدی نداشته است و از آنجایی که این مرجع را منطقاً باید نهادی اصول‌گرا تلقی کرد در نتیجه این وضعیت، شائبه تهافت رویه به ذهن متداعی می‌شود و از آنجایی که استدلال شورا در دسترس عموم نیست بنابراین اظهارنظر دقیق حقوقی با امتناع روبروست. با این حال، با ذکر نمونه‌ای از دو سند با موضوع واحد، به رویه متفاوت شورا اشاره می‌شود تا از رهگذر چنین رویه متفاوتی، چالش‌های پیشروی قانون‌گذاری در امر قراردادهای اجباری و به تبع آن قانون‌گذاری در امر قراردادهای اداری در ایران نشان داده شود.

– **مثال نخست؛** «قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرا برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸» مصوب ۱۳۸۸/۲/۲؛ در این سند تبصره‌ای به ماده (۱) لایحه قانونی مذکور اضافه شد و مقرر شد: «در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از این‌که به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجرا قضائی ابطال شده یا می‌شود، دستگاه مربوطه موظف است املاک یاد شده را به مالک آن مسترد کند لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحذات یا قرار گرفتن 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 کند. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع‌و‌قیمع صادر شده باشد دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرائی دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرائی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام کند.»

مشاهده می‌شود که در این سند، شورای نگهبان، منطق و اقتضای مربوط به مصالح ملی و عمومی را درک کرده و در نتیجه مصوبه مذکور را در تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۳ مورد تأیید قرار داده است.

- مثال دوم: «لایحه توقف اجرای احکام خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان» مصوب ۱۳۹۲ مجلس؛ در این سند^۱ شورای نگهبان با تکیه بر منطق حقوق خصوصی و «فقه خصوصی» مصوبه مجلس را تأیید نکرد.

دو مثال بالا، نمونه‌ای از موضع شورای نگهبان به موضوع واحد (قراردادهای اجباری) است. در نتیجه به درستی جای پاسخ این سؤال خالی است که چرا شورا چنین رویه متفاوتی را در پیش گرفته است؟ یک پاسخ ساده این است که نظر به تاریخ متفاوت این دو سند، مطابق اصول تفسیر، اراده لاحق شورا، اراده سابقش را تغییر داده و شورا با این اعلام موضع، درصدد عدول از اراده سابق برآمده است. اما این موضع زمانی قابل پذیرش خواهد بود که شورا در راستای اصل ۴ قانون اساسی، مصوبات قبلی، همچون قانون سال ۱۳۸۸ و لایحه سال ۱۳۵۸ را مغایر شرع اعلام کند که تا به حال چنین اتفاقی نیفتاده است. در نتیجه این پاسخ قابل پذیرش نیست. پس موضوع چیست که شورای نگهبانی که حقاً باید به شکل اصولی، پاسدار هنجارهای مترتب در قانون اساسی و شرع باشد چنین موضع دوگانه‌ای دارد؟ در مورد مثال نخست، شورا، ایراد حقوقی و شرعی بر مصوبه را وارد ندانست و متن مصوب مجلس را تصویب کرد اما در مورد مثال دوم، شورا راجع به همان موضوع یا موضوع مشابه، موضع متفاوتی در پیش گرفت و آن را به لحاظ عدم رعایت غبطه مالکان خصوصی، خلاف شرع دانسته است این در حالی است که این دو سند موضوعاً واحد هستند و هیچ‌کدام واجد خصوصیت ویژه نیستند. با نگاهی به مصوبات شورا، آنچه در دسترس عموم و حتی نمایندگان مجلس قرار می‌گیرد این است که شورا به یک عبارت ساده، خلاصه و کلیشه‌ای «خلاف شرع» استناد کرده و به همان عبارت نیز بسنده می‌کند. اما بی‌تردید خردمندان جامعه با چنین رویه متهافتی، اقناع نمی‌شوند.

۱. توضیحات راجع به این سند در بند بعدی آمده است.

۲-۱-۴. تکیه شورای نگهبان بر منطق حقوق خصوصی در ارتباط با منافع عمومی

این شورا در طول چند دهه گذشته اساساً نگاه مبتنی بر حقوق خصوصی نسبت به موضوعات حقوق عمومی داشته است که نمونه بارز آن تفسیر موضوع‌های حقوق عمومی با تکیه بر منطق حقوق خصوصی و عمدتاً مبتنی بر واژه‌پردازی و نگرش «فقه خصوصی» بوده است. از جمله آن‌ها می‌توان به استناد به قاعده عسر و حرج اشاره کرد. این در حالی است که باید موضوعات حقوق عمومی را اساساً بر استدلال‌های حقوق عمومی و دست‌کم بر اساس الزامات «فقه‌الحکومه» مورد توجه قرار دهد. حتی آنجا که شورای نگهبان به کمک منافع عمومی آمده است همچنان بر منطق حقوق خصوصی باقی مانده و با تکیه بر مفاهیمی همچون «نفی عسر و حرج» به نوعی کارکرد مربوط به منافع عمومی را برآورده ساخته است. ناگفته پیداست از رهگذر چنین فضایی نمی‌توان به غایات قراردادهای اداری نائل شد. برای مثال، در نامه شورای نگهبان در خصوص لایحه اراضی شهری در سال ۱۳۶۰، از جمله مهم‌ترین استنادهای این مرجع که منبعت از فقه و حقوق خصوصی بوده است، استناد به قاعده «الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلٰی اَمْوَالِهِمْ»، منبعت از قرآن کریم بوده است. این قاعده البته در اسناد مدنی، همچون ماده ۳۰ قانون مدنی نیز آمده است. چنین دیدگاهی، امکان عدول از اصل رضایی بودن را در اعمال قراردادی حقوق خصوصی نمی‌دهد. این در حالی است که در حقوق عمومی، وضعیت به گونه دیگری است و عباراتی همچون مصلحت عموم و مصلحت دولت، زمینه را برای توسل به «عمل حاکم» فراهم کرده و مسیر دیگری را در فرآیند اعمال قراردادی می‌گشاید (ر.ک: مولائی، ۱۳۹۹: ۳۰۶-۳۰۳) که البته شورای نگهبان مجالی برای توجه به موضوع از این زاویه نداشته است. در نتیجه جنبه اقتداری و ترجیحی دولت در این‌گونه قراردادها مورد غفلت قرار گرفته یا به محاق رفته است.

هرچند به طور معمول، استدلال‌های شورای نگهبان در دسترس عمومی قرار نمی‌گیرد اما در یک مورد مرتبط با موضوع این نوشتار و در ارتباط با قراردادهای اجباری («لایحه توقف اجرای احکام خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان»)، استدلال‌های اعضا در خصوص دلایل موافقان و مخالفان

را در دسترس عموم قرار داده است (باقری و مسعودیان، ۱۳۹۳: ۱۸-۲). در این لایحه که در سال ۱۳۹۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، مقرر شده بود: از تاریخ لازم الاجرا 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. مشاهده می‌شود که در این مصوبه، نوعی از قرارداد اجباری به لحاظ اقتضائات و مصالح اجتماعی پیش‌بینی شده بود. نگاهی به نظرات استدلالی شورا، گویای آن است که این شورا در دو مرحله، این مصوبه را مغایر با موازین شرع تشخیص داد و شورا با این مصوبه مخالفت کرد (باقری و مسعودیان، ۱۳۹۳: ۱۸-۲). مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان طی نامه شماره ۶۲۷/ف/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۵/۹ به دبیر شورای نگهبان در خصوص ماده واحده مذکور اظهار داشت:

۱. مراد از ضرورت ابقاء ورزشگاه‌ها و تأسیسات و اماکن ورزشی باید بیان شود 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 اخلال امنیتی شود.
۲. هرچند 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 کرد و لذا الزام مالکین این اراضی و اماکن به لزوم توافق به نحو مذکور در ماده واحده خلاف شرع است.
۳. در فرضی که ابقاء این اراضی و اماکن به صورت ورزشگاه ضروری باشد، تحقق این مطلب منحصر در توافق در واگذاری این اراضی و اماکن نیست بلکه می‌توان در ادامه نیز به صورت اخذ اجرت‌المثل عمل کرد.

۴. نظر بعضی از اعضاء این بود که در فرض وجود ضرورت و توافق در واگذاری اراضی و اماکن، پرداخت مجرد بهای اراضی ورزشی کافی نیست بلکه اگر تأسیساتی نیز توسط مالکین اراضی احداث شده است بها و قیمت آن نیز باید پرداخت شود.

مجمع مذکور در ادامه در مورد تبصره ماده واحده چنین اظهار داشتند: «۱. مجرد جواز تبدیل به احسن نمی‌تواند ملاک عمل باشد بلکه هم باید تبدیل به احسن - از نظر حکم - جایز باشد و هم باید این مورد - از نظر مصداق - تبدیل به احسن باشد؛ ۲. اطلاق منوط کردن مصلحت موقوفه به تشخیص سازمان اوقاف و امور خیریه خلاف شرع دانسته شد زیرا در موقوفاتی که متولی خاص دارد ملاک تشخیص متولی خاص است».

ناگفته پیداست که استدلال بالا در چارچوب و منطق حقوق خصوصی درست و حتی ضروری است اما مسئله این است که این سند بر منطقی غیر از حقوق خصوصی استوار بوده است، زیرا چنین سندی به دنبال اهداف و غایات «غیرخصوصی» بوده است؛ آن‌سان که اقتضای منافع و مصالح همگانی است. با این حال، نمایندگان مجلس برای رفع ایرادهای شورای نگهبان، تبصره ماده واحده را اصلاح کردند و مصوب کردند ضرورت ابقای اماکن مذکور در متن ماده واحده بر اساس نظر اکثریت هیئتی مرکب از رئیس دادگستری، فرماندار و رئیس اداره تربیت‌بدنی محل خواهد بود. اما چنین اصلاحاتی در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۶ شورای نگهبان مورد تأیید قرار نگرفت و شورا با ایراد دوباره به این مصوبه اعلام کرد: «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 است».

مشاهده می‌شود که در این مرحله نیز شورا به منطق حقوق عمومی این سند توجهی نکرده و آن را در چارچوب الزام‌های فقه سنتی مورد ایراد دوباره قرار داد. در واقع محجوریت حقوق عمومی و دادرسی اداری باعث شده است که شورای نگهبان به این جنبه از موضوع توجه نکند که هیئت سه‌نفره مذکور، نمونه بارزی از دادگاه اداری بوده و

آرای چنین مرجعی در هر حال باید توسط دیوان عدالت اداری مورد «بازنگری قضایی» قرار گیرد لذا ایراد شورای نگهبان بلاوجه به نظر می‌رسد.

۴-۱-۳. فتوای امام خمینی و موضع مخالف شورای نگهبان در برابر آن

رویه مخالف شورای نگهبان در ارتباط با امور عمومی، مشخصاً در برابر مصوبات مجلس راجع به «تحدید مالکیت خصوصی» گویای آن است که عموم فقهای شورای نگهبان که منتخب مقام رهبری هستند موضعی مغایر با فتوای امام دارند. این در حالی است که امام بعد از تجربه عملی حدود ده‌ساله، فتوایی را در خصوص اختیارات حکومتی ولی‌فقیه صادر کردند که به لحاظ گستره و حد، در تاریخ فقه امامیه، اگر نگوئیم بی‌نظیر بود بی‌تردید کم‌نظیر بود. از چنین منظری، رئیس چنین حکومتی در جایگاهی قرار دارد که شأن «حاکمیتی‌اش» نمی‌تواند وجه‌المصالحه شأن «قراردادی‌اش» قرار گیرد. امام در فتوای معروفش در سال ۱۳۶۶ تصریح می‌دارند: «حکومت... 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، ۱۳۸۹، ج ۲۰: ۴۵۲). به‌کارگیری چنین ادبیاتی البته منجر به برتری مطلق «مصلحت نظام» در برابر «مصالح فردی» است. در نظر امام، حکومت امری از امور «فرعی» نبوده بلکه از «احکام اولیه اسلام» است. در نتیجه «می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه لغو کند» (هاشمی، ۱۳۸۰: ۶۵). چنین اقدامی در حقوق قراردادهای اداری ذیل «عمل حاکم» شناخته می‌شود (ر.ک: شمعی، ۱۳۹۳: ۲۸۹-۲۷۹؛ امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۱: ۲۰۸-۲۰۰). از این زاویه، فضا برای فقهای شورای نگهبان جهت تغییر رویکرد از ادبیات فقه سنتی فراهم بوده و می‌توانستند با توجه به چنین فتوایی، تغییر رویکرد در مورد نگاه به نهاد «مالکیت» و «قرارداد» داشته باشند.

۴-۱-۴. چالش در دسترسی به استدلال اعضای شورا و در نتیجه بحران در اصل الزام

به بیان دلایل تصمیم

اگر استدلال پوزیتیویست‌ها را بپذیریم و در آن قانون را به صرف اینکه این سند توسط مرجع قانون‌گذار تصویب شده است بپذیریم در این صورت به دام گزاره‌ای از هارت می‌افتیم که در آن گفته است: «میان آنچه حقوق هست، با آنچه حقوق باید باشد تفاوت وجود دارد» (Hart, 1983: 2). برای گریز از چنین دامی ناگزیر از گذار به فضای استناد و استدلال هستیم؛ ساحتی که در آن «موجه سازی اعمال» بر «اصل الزام به بیان دلایل عمل» استوار است. نگاهی به شأن شورای نگهبان در قانون اساسی گویای آن است که این منشور ملی چنین شأنی را هیچ‌گاه برای این مرجع تعریف نکرده و آن‌سان که در اصل ۹۱ این مرجع، نهاد اصلی پاسداری از «احکام اسلام و قانون اساسی» تعریف شده است. در نتیجه، این مرجع در مقام کنترل مصوبات مجلس گریزی از گذار به فضای استدلال و استناد ندارد، زیرا این مرجع بر «منطق درونی» استوار نبوده بلکه بر «منطق بیرونی» (موضوع اصولی همچون: ۴، ۹۱) بنیان نهاده شده است و از این طریق نوعی از «اخلاقی بودن» قوانین را در پی داشته است. این در حالی است که پوزیتیویست‌های حقوقی با چنین القائاتی مخالفت می‌کنند و آن‌ها با تفکیک دو حوزه: «امری که هست» و «امری که باید باشد» (وکس، ۱۳۹۲: ۲۹) حقوق را جدا از مفاهیمی مثل «اخلاق» می‌دانند. اما به نظر می‌رسد که یکی از شاه‌راه‌های رسیدن به موجهات قانون، پیروی قانون‌گذار از اصل الزام به بیان دلایل تصمیم است. در این صورت برای اینکه شورای نگهبان به فضای اثبات‌گرایی حقوقی سوق داده نشود و ارتباط موجه خود را با لایه‌های پیش‌حقوقی حفظ کند، گریزی از گذار به منطق استدلال ندارد.

با وجود این، مشاهده می‌شود به‌طور معمول، استدلال‌ها و استنادهای اعضای شورا در دسترس عموم و حتی متخصصین آن حوزه قرار نمی‌گیرد. در نتیجه مشخص نیست بر بنیان چه استدلال‌ها و استنادهایی در مواردی، شورای نگهبان مواضع متفاوت را در پیش می‌گیرد. در فقدان چنین دسترسی به آراء و نظرهای اعضای شورای نگهبان و با وجود چنین تفاوتی در موضع، شائبه «عوام‌گرایی در قانون‌گذاری» تقویت می‌شود و البته

اگر چنین باشد شأن و جایگاه خطیر شورای نگهبان آسیب جدی خواهد دید و به تبع آن، آسیب‌های زیادی متوجه نظام خواهد شد، زیرا از منظر اصول‌گرایی کلسنی، چنین فرض است که شورای نگهبان بر بنیان اصول و قواعد از پیش تعریف شده عمل می‌کند و اعمال قانون‌گذاری را به محک چنین اصولی مورد سنجش قرار می‌دهد. وقتی که موضع متفاوتی از شورا راجع به موضوع واحدی مشاهده می‌شود بدون اینکه دلیل چنین چرخشی در موضع مشخص شده باشد شائبه عدول از اصول‌گرایی و افتادن به دامن «عوام‌گرایی تقنینی» بیش از پیش تقویت خواهد شد.

باید توجه داشت که «عوام‌گرایی تقنینی» عمدتاً بر انگاره «نیازسنجی تقنینی» استوار است اما ظاهراً این مفهوم مصادره به مطلوب می‌شود. در عوام‌گرایی تقنینی، قانون‌گذار با عدول از امر واقع و با دوری از آرای نخبگان و خردمندان جامعه در تله امور احساسی، هیجانی یا غیرواقعی آرای عوام قرار می‌گیرد و در اثر واکنش احساسی و گذرا نسبت به وقایع و حوادث، قانون‌گذار از مسیر صحیح قانون‌گذاری به حاشیه رفته و نیازهای واقعی و آرمان‌های هنجاری را به محاق می‌برد. در عوام‌گرایی تقنینی، گروه‌هایی از جامعه که مدعی نمایندگی از طرف مردم هستند تأثیر فزاینده‌ای بر سیاست‌های دولت می‌گذارند، در حالی که عقاید دانشگاهیان، گروه‌های حقوق شهروندی و سایر گروه‌ها کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد (Pratt, 2004: 35). به بیان دیگر، در عوام‌گرایی تقنینی بر «افکار عمومی» که در موارد بسیاری، بیش از حد ساده‌انگارانه و ناقص هستند (وی رابرتز و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۶) بیش از خردمندان تمرکز می‌شود. نکته اینجاست که سنت چهار دهه‌ای شورای نگهبان بر نیازسنجی تقنینی نبوده است در نتیجه گفتن اینکه این مرجع در دام عوام‌گرایی تقنینی گرفتار شده است قابل اثبات نیست. لذا باید مشکل را در جای دیگری جست.

۲-۴. تعدد منابع قانونی و سردرگمی در برابر آن

وجود اسناد قانونی در سطوح مختلف، اعم از اسناد عام در برابر اسناد خاص، اسناد بالادستی در برابر اسناد پایین‌دستی، وضعیت را برای ابهام‌آلودی فضا فراهم ساخته است.

این در حالی است که در دولت مدرن، نگاه غالب به سمت هنجارهای کلسنی است که دربردارنده «سلسله مراتب هنجار حقوقی» است به نحوی که اخلال در آن، چالش در دولت را در پی خواهد داشت. وی برای این سلسله مراتب، «هنجار بنیادینی» تعریف می‌کند تا تسلسل هنجارها را در یکجا متوقف سازد (کلسن، ۱۳۸۷: ۳۰-۲۵) و البته همه هنجارهای فرودین از این هنجار فرازین پیروی می‌کنند و این چنین از رهیافت «یگانگی» بین «حقوق» و «دولت» این‌همانی ایجاد می‌کند. در چنین فضایی، دولت، نظم حقوقی مبتنی بر الزام و اجبار را ایجاد می‌کند (کلسن، ۱۳۸۷: ۴۱). در نتیجه چنین فرض است نظم حقوقی ایجاد شده خود بر بستری از سلسله مراتب هنجار قرار دارد. معنای چنین وضعیتی این است که اخلال در چنین نظم حقوقی، به معنای اخلال در نهاد دولت خواهد بود. علی‌رغم چنین اهمیتی، در ارتباط با قوانین مرتبط با قراردادهای اجباری مشاهده می‌شود در یک‌سو، قوانین عامی مثل قانون مدنی وجود دارد که در آن، برای قرارداد در ماده ۱۹۰ شرایط اساسی برای صحت معامله تعریف کرده است اما در قوانین خاصی همچون، قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ به دولت اجازه عدول از شرایط مقرر در ماده ۱۹۰ مذکور را داده است.

فرجام سخن

نوشتاری که از نظر گذشت درصدد بود زمینه‌ها و مشکلات مربوط به هم‌نشینی قراردادهای اجباری و قراردادهای اداری را در ایران به نمایش بگذارد. رئوس نتایج حاصله از این قرار است:

۱. چنین به نظر می‌رسد در سایه تصویب اسناد ذکر شده، زمینه‌های تولد تأسیس حقوقی «قرارداد اداری» در ایران آغاز شده است. تولد چنین نهادی، لاجرم نظام حقوقی را ناگزیر از پذیرش الزام‌های چنین تأسیسی در میانه سایر تأسیس‌ها خواهد ساخت. تصویب چنین قوانینی، می‌تواند نویدبخش گسستی باشد که از دهه‌های گذشته میان ادبیات حقوقدانان حقوق عمومی و قانون‌گذار به وجود آمده بود.

۲. علی‌رغم تصریح به امکان تولد قرارداد اداری از رهگذر قرارداد اجباری، باید اذعان داشت که این دو، نهادهای حقوقی مستقل بوده و دربردارنده الزامات درونی و بیرونی است. در نتیجه، نمی‌توان از مفهوم «امکان» به مفهوم «قطعیت نهادینگی قرارداد اداری» در ایران رسید. دلیل آن این است که قرارداد اداری، برای نهادینه شدن و بالندگی‌اش نیازمند بستری است که قبلاً به آن‌ها اشاره شده است.

۳. تصویب این‌گونه از قوانین و استمرار آن‌ها در دهه‌های بعدی می‌تواند دادگاه‌ها، به‌مثابه مرکز ثقل مفهوم‌سازی قرارداد اداری را وادار به فرا رفتن از ادبیات مرسوم حقوق خصوصی، همچون اصل تسلیط و توجه به اهمیت محوری هنجارهای مترتب بر دولت مدرن با استمداد از اصول فقهی همچون اصل نفی عسر و حرج برای بازپروری مفهوم قرارداد اداری در ایران و در نتیجه تکمیل فرآیند تولد و امید به نهادینه شدن «قرارداد اداری ایرانی» کند.

۴. باید توجه داشت که اصطلاح «قرارداد اداری»، مفهومی فرانسوی بوده که به‌تدریج در کشورهایی متناسب با نظام حقوقی فرانسه طرح شده است. آنچه در مقام تولد یک نهاد حقوقی باید مورد توجه قرار گیرد این است که نباید اصراری به استفاده و به‌کارگیری عین یک اصطلاح خارجی در کشور کرد؛ آنچه در اینجا مهم جلوه می‌کند این است که بر متفکر ایرانی است که در مقام خلق یک ایده، با در نظر گرفتن افق‌های آن ایده، آن را به ابتدای الزام‌های داخلی بازپروری کند و این‌چنین است که زمینه درستی برای تولد یک مفهوم فراهم می‌شود. باین حال، باید اذعان داشت که تلاش جدی در این خصوص از جانب حقوقدانان ایرانی صورت نگرفته است.

۵. باید اذعان داشت که اراده قانون‌گذاری، هرچند شرط جامع و مانع برای تولد یک تأسیس حقوقی نیست اما بی‌تردید چنین اراده‌ای «شرط لازم» برای تولد چنین اراده‌ای در ایران به شمار می‌آید. از این حیث، حداقل مقدمات حقوقی برای تأسیس حقوقی قراردادهای اداری در ایران برداشته شده است و تحولات آتی نشان خواهد داد که تا چه اندازه لایه‌های بنیادین پیش‌حقوقی، همچون دولت و لایه‌های حقوقی پسینی، همچون دادگاه‌ها، با چنین روندی همسویی خواهند داشت.

۶. علی‌رغم استدلال این مقاله به نفع قراردادهای اجباری، اما باید گفت که این نوع قراردادها به شدت در معرض بازیچه‌گون شدن توسط دولت‌های اقتدارگرا هستند و در نتیجه شیخ دولت‌های اقتدارگرا بر بالای این‌گونه قراردادهای است و می‌تواند بر نهاد «مالکیت» مستولی شده و بدین‌وسیله فضای کرامت، آزادی و انسانیت انسان را به محاق ببرد. از این حیث، شایسته است در مقام دفاع از این‌گونه قراردادها، احتیاط لازم را داشت و توجه کرد که این‌گونه قراردادها هرچند ضروری دولت مدرن هستند اما چنین دولتی بی‌تردید دولتی مشروط به «حکومت ماهوی قانون» است.

منابع

الف. فارسی

قرآن کریم

امامی، محمد و استوار سنگری، کورش (۱۳۹۱) *حقوق اداری*، جلد دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
امینی، منصور و صداقتی، علی (۱۳۹۰) «قراردادهای اجباری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۴، شماره ۵۵، صص ۳۴-۹.

باقری، محمدحسن و مسعودیان، مصطفی (۱۳۹۳) *نظرات استدلالی شورای نگهبان؛ لایحه توقف اجرای احکام خلع ید و قلع و قمع ورزشگاه‌ها و سایر تأسیسات و اماکن ورزشی تابع وزارت ورزش و جوانان*، شماره: ۱۳۹۳۰۰۸۳ تاریخ انتشار ۱۳۹۳/۵/۲۷، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

خمینی، سید روح الله (۱۳۸۹) *صحیفه امام خمینی (ره) مجموعه آثار (۲۲ جلدی)*، (جلدهای: ۱۵ و ۲۰)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

روسو، ژان ژاک (۱۳۹۲) *قرارداد اجتماعی (متن و در زمینه متن)*، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ اول، تهران، نشر آگه.

زرگوش، مشتاق (۱۳۹۱) *حقوق اداری*، تملک املاک، شبه‌تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

شمعی، محمد (۱۳۹۳) *حقوق قراردادهای اداری*، تهران: انتشارات جنگل.

- شمس، احمد (۱۳۷۶) **نظام حقوقی اراضی ملی شده**، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان ناصر (۱۳۷۹) **دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی**، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کلسن، هانس (۱۳۸۷) **نظریه حقوقی ناب**، ترجمه سعید نعمت‌اللهی، تهران: نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- لاک، جان (۱۳۹۲) **دو رساله حکومت**، ترجمه فرشاد شریعت، تهران: نگاه معاصر، چ اول.
- مولائی، آیت (۱۳۹۹) **قراردادهای اداری**، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- هابز، توماس (۱۳۹۲) **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، چاپ هشتم، تهران: نشر نی.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰) **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، تهران: نشر دادگستر.
- واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۶) **گفتارهایی در حقوق اداری**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- وکس، ریموند (۱۳۹۲) **فلسفه حقوق**، ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- وی. رابرتز و دیگران (۱۳۹۲) **عوام‌گرایی کیفری و افکار عمومی: درس‌هایی از ۵ کشور**، ترجمه زینب باقری نژاد، سودابه رضوانی، مهدی کاظمی جویباری، هانیه هژبرالساداتی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

ب. فرانسوی

- Flour Jacques, Jean-Luc. Aubert et Eric Savaux, (2002), **Les Obligations**, Paris: SIREY.
- Marty Gabriel et Pierre Raynaud, (1988), **Les Obligations**, Tome I, Paris: SIREY.

ج. انگلیسی

- Hart, Herbert Lionel Adolphus (1983) **Essays on Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press.
- Patterson Edwin Wilhite (1943) "Compulsory Contracts in the Crystal Ball", **Columbia Law Review**, Vol. 43, No. 5, pp. 731-749.
- Pratt, John (2004) **Penal Populism**. London: Routledge.
- Lenhoff Arthur (1943) "The Scope of Compulsory Contracts Proper", **Columbia Law Review**, Vol. 43, No. 5, pp 589-602.

