

## جریان یا عدم جریان اصل «آزادی قراردادی» در خصوص انتخاب نوع قرارداد در قراردادهای دولتی

حسین آئینه‌نگینی \*

آتنا شهرابی \*\*

نوع مقاله: علمی - پژوهشی

### چکیده

نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی با قراردادهای خصوصی دارای تمایزهای اصولی و بنیادین است. یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی، اصل آزادی قراردادی است. بر پایه این اصل، طرفین قرارداد نخست در انتخاب قالب و نوع قرارداد مختارند و سپس در گزینش طرف، موضوع و شرایط قراردادی نیز آزادی دارند. با توجه به گستره این اصل، پرسش این است که آیا نهادهای دولتی در انتخاب قالب قرارداد تابع اصل آزادی اراده‌اند؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد که نه تنها در انتخاب موضوع، طرف و شرایط قراردادی، اصل آزادی اراده در حوزه قراردادهای دولتی جای خود را به اصل عدم آزادی داده است، بلکه در گزینش نوع قرارداد نیز مراجع دولتی آزادی عمل ندارند و نمی‌توانند از همه قالب‌های قراردادی برای انعقاد قراردادهای خود استفاده کنند. توضیح آنکه برخی قالب‌های قراردادی با اصول حقوق عمومی - از جمله پاسداری از حقوق و اموال عمومی و رعایت منفعت و مصلحت عمومی - سازگار نیستند؛ بنابراین بهره‌گیری از این قراردادها در حوزه قراردادهای دولتی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که قانون‌گذار صراحتاً آن را پیش‌بینی کرده باشد.

### واژگان کلیدی

قرارداد، قرارداد دولتی، اصل آزادی قراردادی، انتخاب نوع قرارداد.

\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

h.negini@modares.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس البرز، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

atena.shahrabi@ut.ac.ir

## مقدمه

اصل «آزادی قراردادی» یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی به شمار می‌رود. مقصود از این اصل آن است که اشخاص در انتخاب طرف، موضوع و شرایط انعقاد قرارداد آزاد بوده و بر پایه اراده خود اقدام به عقد قرارداد کنند. به بیان دیگر، بر اساس اصل آزادی قراردادی، اشخاص می‌توانند با هر فردی، تحت هر شرایط و درباره هر موضوعی قرارداد منعقد کنند. تنها محدودیتی که این آزادی دارد آن است که قرارداد منعقدشده با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض نداشته باشد (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۹۱: ۳۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۲).

فراتر از این، یکی از ابعاد مهم اصل آزادی قراردادی آن است که اشخاص آزادانه نوع قرارداد خود را تعیین کنند. با وجود حاکمیت اصل آزادی اراده در قراردادهای خصوصی، در قراردادهای دولتی وضع متفاوت است؛ بدین معنا که در انتخاب طرف، موضوع و شرایط قرارداد، اصل آزادی اراده جریان ندارد و اصل بر عدم آزادی اشخاص و نهادهای دولتی است. مطابق قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی، نهادهای دولتی نمی‌توانند طرف قرارداد را آزادانه انتخاب کنند یا در خصوص هر موضوع و تحت هر شرایطی قرارداد ببندند.

هرچند این موضوع به صورت پراکنده در مقالات و کتب حقوقی و به طور خاص در حقوق اداری بررسی شده است، پرسشی که همچنان مطرح می‌شود این است که آیا اصل آزادی قراردادی در زمینه انتخاب نوع قرارداد نیز در قراردادهای دولتی جریان دارد یا خیر. به بیان دیگر، آیا نهادهای دولتی همچون اشخاص خصوصی می‌توانند آزادانه قالب و نوع قرارداد خود را تعیین کنند و سپس با رعایت قواعد و تشریفات قانونی آن را منعقد نمایند؟ در پاسخ باید گفت، با توجه به سکوت قوانین در این زمینه و با استناد به اصولی چون اصل «عدم صلاحیت»، نهادها و مراجع دولتی مجاز نیستند آزادانه از تمامی قالب‌ها و انواع قراردادهای خصوصی بهره بگیرند.

با وجود آنکه در کتاب‌های حقوق اداری به قراردادهای دولتی پرداخته شده و برخی ابعاد اصل آزادی قراردادی در این حوزه توضیح داده شده است، اما بعداً مربوط به آزادی قراردادی در انتخاب نوع قرارداد به‌طور ویژه تبیین نشده است. از این رو، این مقاله می‌کوشد به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی به بررسی این موضوع بپردازد.

برای پاسخ به پرسش مطرح‌شده، ابتدا سطوح محتوایی اصل آزادی قراردادی بررسی می‌شود (بند اول). سپس ابعاد و مصادیق اصل عدم آزادی قراردادی در قراردادهای دولتی تحلیل می‌گردد (بند دوم) و در نهایت جریان اصل آزادی قراردادی یا اصل عدم آزادی قراردادی در انتخاب نوع قرارداد در قراردادهای دولتی مورد بحث قرار می‌گیرد (بند سوم).

## ۱. سطوح محتوایی - مفهومی اصل آزادی قراردادی

بر اساس ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کنند و مورد قبول آنان باشد.» همچنین ماده ۱۹۱ این قانون مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط آنکه مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد کند.» با استناد به این احکام و مواد مشابه در قانون مدنی، در نظام حقوق خصوصی اراده اشخاص محور انعقاد عقود و قراردادها به شمار می‌رود و قانون، ایجاد و تشکیل قرارداد را نتیجه اراده طرفین می‌داند. در همین راستا، ماده ۱۰ قانون مدنی بیان می‌کند: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» اصل آزادی قراردادی که از آثار آزادی اراده محسوب می‌شود، بدین معناست که افراد در انعقاد قرارداد آزادند و قرارداد تابع اراده آنان است. از منظر محتوایی، تجلی این اصل در انعقاد قراردادها در دو سطح قابل بررسی است. به بیان دیگر، آزادی قراردادی در دو مرحله زیر در فرایند انعقاد قرارداد بروز می‌یابد.

**سطح اول:** نخستین موضوعی که پیش از انعقاد قرارداد برای طرفین - و به طور خاص برای ایجادکننده - اهمیت دارد، انتخاب نوع و قالب قرارداد است. در نظام حقوقی قراردادها، احکام، قواعد و آثار هر یک از عقود از یکدیگر متمایز است؛ از این رو، طرفین قرارداد باید با توجه به هدف و انگیزه خود، قالب قراردادی مناسب را برگزینند. برای نمونه، قواعد مربوط به عقد بیع با عقد هبه یا شرکت متفاوت است و در نتیجه آثار حقوقی آنها نیز تفاوت دارد.

علاوه بر این، گاه با وجود شباهت در کارکرد و آثار برخی عقود، قواعد و احکام آنها یکسان نیست. به عنوان مثال، اشخاص می‌توانند به جای عقد بیع، از عقد صلح برای نقل و انتقال عوضین استفاده کنند؛ با این حال، قواعد عقد صلح با قواعد عقد بیع متفاوت است. برای نمونه، هرچند در عقد بیع در صورت مغبون شدن یکی از طرفین، خیار غبن جریان می‌یابد، اما این حکم در عقد صلح قابل استناد نیست. بر پایه این ملاحظات، انتخاب نوع قرارداد برای طرفین از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بنابراین، نخستین سطح تجلی اصل آزادی قراردادی در انعقاد قرارداد، آزادی در گزینش نوع و قالب قرارداد است؛ بدین معنا که طرفین بر اساس اراده آزاد خود می‌توانند نوع قرارداد فی‌مابین را تعیین کنند.

**سطح دوم:** پس از تعیین نوع و قالب قرارداد از سوی طرفین - و به طور خاص از سوی ایجادکننده - اصل آزادی قراردادی به آنها اجازه می‌دهد طرف قرارداد، موضوع و شیوه انعقاد را مشخص کنند. به بیان دیگر، پس از انتخاب نوع قرارداد، اشخاص تصمیم می‌گیرند که درباره چه موضوعی، با چه کسی و تحت چه شرایطی قرارداد ببندند. آنچه در این مقاله از آن با عنوان

سطح دوم اصل آزادی قراردادی یاد می‌شود، به اشخاص این امکان را می‌دهد که با اراده‌ای آزاد، قرارداد مورد نظر خود را منعقد کنند.

با توجه به سطوح معرفی شده از اصل آزادی قراردادی، در ادامه ابتدا به تبیین عدم جریان سطح دوم این اصل در قراردادهای دولتی پرداخته و سپس جریان یا عدم جریان سطح اول آن در این قراردادها بررسی می‌شود.

## ۲. تبیین عدم جریان سطح دوم اصل آزادی قراردادی در قراردادهای دولتی

چنان‌که پیش‌تر بیان شد، مقصود از سطح دوم اصل آزادی قراردادی، آزادی در انتخاب موضوع، طرف و شرایط قرارداد است. با توجه به مبانی حقوق عمومی، همچون مصلحت و نظم عمومی، و نیز با عنایت به اصولی مانند امری بودن قوانین و مقررات حوزه حقوق عمومی، نهادها و اشخاص دولتی در انتخاب موضوع، طرف و شرایط قرارداد آزادی ندارند.

### ۲-۱. تبیین عدم آزادی قراردادی در انتخاب طرف قرارداد

یکی از جلوه‌های اصل آزادی قراردادی، آزادی در تعیین و انتخاب طرف قرارداد است. با این حال، بر اساس قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی، برای این بُعد از اصل آزادی قراردادی نه تنها الزامات قانونی گوناگونی پیش‌بینی شده، بلکه در برخی موارد محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های متعددی نیز وضع گردیده است. در ادامه به مهم‌ترین این موارد پرداخته می‌شود.

#### • جزء اول: ممنوعیت‌های انتخاب طرف قرارداد: در ادبیات حقوق خصوصی،

«محجور» به شخصی گفته می‌شود که از اجرای حق و انجام اعمال حقوقی منع شده است. بر اساس بند ۲ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۰ قانون مدنی، اهلیت از شرایط اساسی انعقاد قرارداد است. همچنین طبق ماده ۲۱۱ همین قانون، برای آنکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند. بنابراین مستفاد از این مواد، محجوران (اعم از صغیر، مجنون و غیررشید) صلاحیت انعقاد قرارداد ندارند. در همین راستا، مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی نیز معاملات افراد محجور را باطل یا غیرنافذ دانسته‌اند.

علاوه بر قانون مدنی، در قراردادهای خصوصی و بر پایه برخی قوانین و مقررات خاص، اشخاص دیگری نیز تحت شرایطی از انعقاد معامله منع شده‌اند. برای نمونه، تاجر ورشکسته<sup>۱</sup> مستند به ماده ۴۱۸ قانون تجارت از تاریخ صدور حکم ورشکستگی از مداخله در تمام اموال خود ممنوع

۱. راجع اطلاق عنوان محجور بر تاجر ورشکسته ذکر این نکته لازم است که در این خصوص بین صاحب‌نظرات اختلاف نظر وجود دارد.

می‌شود.

چنانچه معنای «محجور» را در نظام حقوقی عام بدانیم، بر اساس مبنا و فلسفه ممنوعیت محجوران از انجام اعمال حقوقی از جمله انعقاد قرارداد، می‌توان حجر را به دو دسته تقسیم کرد: حجر احتیاطی و حجر سوءظنی. حجر احتیاطی آن است که قانون‌گذار به منظور حمایت از شخص محجور و جلوگیری از سوءاستفاده دیگران، فرد را محجور دانسته و معاملات او را یا باطل، یا غیرنافذ تلقی می‌کند.

در مقابل، حجر سوءظنی ممنوعیتی است که قانون‌گذار برای حمایت از دیگران وضع کرده است. به بیان دیگر، با توجه به شرایط فرد و احتمال سوءاستفاده طرف قرارداد از او، قانون‌گذار برای حمایت از سایر اشخاص جامعه، این افراد را در برخی شرایط از قرار گرفتن در جایگاه طرف قرارداد منع می‌کند.

با توجه به اهمیت قراردادهای دولتی و امکان سوءاستفاده از اموال دولتی و عمومی از طریق انعقاد آن‌ها، انتخاب طرف در این قراردادها از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. بر همین اساس، قانون‌گذار علاوه بر پیش‌بینی محدودیت‌های متعدد در انتخاب طرف قرارداد، فراتر از اشخاصی که به سبب فقدان اهلیت، صلاحیت انعقاد قرارداد با نهادهای دولتی را ندارند، برخی افراد را نیز به منظور جلوگیری از سوءاستفاده و رعایت جانب احتیاط از قرار گرفتن در جایگاه طرف قرارداد با دولت منع کرده است. از این رو، می‌توان این اشخاص را نیز در زمره مصادیق حجر سوءظنی به شمار آورد.

فارغ از اشخاصی که بر پایه قواعد حقوق خصوصی از قرار گرفتن در جایگاه طرف قرارداد با دولت منع شده‌اند (مانند مجانین، صغار و تاجر ورشکسته)، مهم‌ترین ممنوعیت‌هایی که به طور خاص در خصوص طرف قراردادهای دولتی پیش‌بینی شده است، به شرح زیر است:

○ **مشمولین قانون منع مداخله:** اندیشه مبارزه با مصادیق فساد اداری - از جمله سوءاستفاده از موقعیت - یکی از دغدغه‌های دیرینه نظام حقوقی ایران به شمار می‌آید. برای تحقق این هدف، قانون‌گذار ابزارهای مختلفی پیش‌بینی کرده است. از جمله این تلاش‌ها، تصویب «قانون منع مداخله» در تاریخ ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ است. این قانون با اهدافی همچون جلوگیری از سوءاستفاده از موقعیت، ایجاد رقابت سالم و رفع تبعیض در معاملات دولتی و نیز رعایت مصلحت و صرفه عمومی به تصویب رسید. بر اساس ماده ۱ این قانون، گروه‌های مختلفی از جمله وزراء، نمایندگان مجالس، کارمندان کشوری و

۱. عنوان کامل این قانون «الایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری» است که در تاریخ ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ به تصویب مجلسین (سنا و ملی) رسیده است.

لشکری، و نیز خویشاوندان نسبی و سببی آنان - مانند پدر، مادر، برادر، خواهر، همسر، فرزندان بلافصل، عروس و داماد - از انعقاد قراردادهایی نظیر مقاطعه کاری دولتی، بیع دولتی و مشارکت در مزایده و مناقصه منع شده‌اند.

○ **افراد رشوه‌دهنده:** رشوه از جمله جرایمی است که در ارتباط با کارمندان دولتی قابلیت تحقق دارد. در صورت ارتکاب این جرم، افزون بر رشوه‌گیرنده، شخص راشی (رشوه‌دهنده) نیز مجازات می‌شود. افزون بر پیش‌بینی مجازات برای رشوه‌دهندگان در قوانین کیفری، قانون‌گذار محدودیت‌های دیگری نیز برای آنان وضع کرده است. یکی از این موارد، ممنوعیت انعقاد قرارداد با دولت است. در این زمینه، تبصره ۴ ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر می‌دارد که سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است اسامی اشخاص حقیقی و حقوقی رشوه‌دهنده به کارمندان دستگاه‌های اجرایی را به منظور ممنوعیت انعقاد قرارداد، به کلیه دستگاه‌های اجرایی اعلام کند. بنابراین، مستفاد از این ماده، افراد رشوه‌دهنده از جمله اشخاصی هستند که از انعقاد قرارداد دولتی منع شده‌اند.

• **جزء دوم:** علاوه بر ممنوعیت‌های قانونی پیش‌بینی‌شده در خصوص انتخاب طرف قراردادهای دولتی، قانون‌گذار الزامات مختلفی نیز برای این قراردادها مقرر کرده است. این الزامات در برخی موارد به شکل تشریفات و در برخی موارد به صورت اولویتی اعمال می‌شوند. بر همین اساس، در ادامه به اختصار نمونه‌هایی از هر دو دسته بیان می‌شود.

○ **الزامات تشریفات:** مقصود از الزامات تشریفات، قواعدی است که دستگاه‌های اجرایی را ملزم می‌سازد در انتخاب طرف قرارداد تشریفات خاصی را رعایت کنند. از جمله این موارد می‌توان به مصادیق زیر اشاره کرد:

▪ **مزایده و مناقصه:** تشریفات مزایده و مناقصه مهم‌ترین شیوه در انتخاب طرف قراردادهای دولتی به شمار می‌آید. بر اساس بند «الف» ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، «مناقصه فرایندی رقابتی است برای تأمین کیفیت مورد نظر (طبق اسناد مناقصه) که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه‌گری واگذار می‌شود که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد». درباره مزایده، اگرچه در قوانین تعریفی صریح ارائه نشده است، اما می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «مزایده فرایندی رقابتی است که در آن کالا یا خدمت ارائه‌شده توسط دولت، با رعایت صرفه و صلاح، به شخصی واگذار می‌شود که بالاترین قیمت را پیشنهاد کند». چنان‌که روشن است، یکی از اهداف

اصلی برگزاری مزایده و مناقصه در قراردادهای دولتی، گزینش شخص طرف قرارداد است. به موجب ماده ۱ و ماده ۲۹ قانون برگزاری مناقصات و ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور (مصوب ۱۳۶۶)، اصل بر آن است که معاملات دولتی - اعم از خرید، فروش، اجاره، استیجار، پیمانکاری، اجرت کار و... - حسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد؛ بنابراین، مستفاد از این احکام آن است که فرایند مناقصه و مزایده، به‌عنوان یکی از جلوه‌های تشریفاتی بودن قراردادهای دولتی<sup>۱</sup>، در واقع نقطه مقابل اصل آزادی انتخاب طرف قرارداد در قراردادهای خصوصی است.

▪ لزوم ثبت مقدمات قراردادهای دولتی در سامانه اطلاع‌رسانی: انحصار و انحصارطلبی از آفات زندگی اجتماعی و به‌ویژه اقتصاد است. بر همین اساس، بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی، محو هرگونه انحصارطلبی را از جمله وظایفی می‌داند که دولت جمهوری اسلامی ایران باید همه امکانات خود را برای تحقق آن به کار گیرد. افزون بر این، بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی نیز منع انحصار را از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران معرفی کرده است. یکی از مهم‌ترین عرصه‌هایی که می‌تواند بستر گسترش انحصار و انحصارطلبی در جامعه باشد، قراردادهای دولتی است. بدون تردید، رانت اطلاعاتی و ذی‌نفع بودن برخی اشخاص و به تبع آن انعقاد قراردادهای دولتی با گروه‌های خاص و محدود، به شکل‌گیری انحصار در جامعه می‌انجامد. برای پیشگیری از این پدیده، که ناقض عدالت است، شفافیت و اطلاع‌رسانی همگانی و ایجاد زمینه رقابت در انعقاد قراردادهای دولتی ضرورت دارد. در همین راستا، یکی از ابزارهای قانونی برای تحقق این هدف، پیش‌بینی «پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات» در بند «الف» ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات (مصوب ۱۳۸۳/۱۱/۰۳) است. به موجب این بند، دولت موظف شد ظرف یک سال بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات را ایجاد کند تا اطلاعاتی همچون فراخوان مناقصه، روش و مراحل ارزیابی کیفی مناقصه‌گران و نتایج ارزیابی آن‌ها در این سامانه ثبت و نگهداری شود. همچنین، ماده ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار (مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶) معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور را مکلف کرد با بهره‌گیری از امکانات و نیروی انسانی موجود، پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات موضوع ماده ۲۳ قانون برگزاری مناقصات را توسعه داده و به «پایگاه اطلاع‌رسانی

۱. قراردادهای به اعتبار جایگاه اراده طرفین در انعقاد آنها به رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج: ۱، ۸۷) در این تقسیم‌بندی عقود تشریفاتی به عقود اطلاق می‌شود که برای انعقاد و تشکیل آنها علاوه بر رضای طرفین امر یا امور دیگری نیز لازم می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۸۴).

جامع معاملات بخش عمومی» ارتقا دهد. بنابراین، بر پایه این مقررات، یکی از الزامات انتخاب طرف قرارداد در معاملات دولتی، فراهم کردن زمینه رقابت از طریق اطلاع‌رسانی الکترونیکی معاملات دولتی است.

▪ الزامات اولویتی و ترجیحی: برخی از الزامات مقرر در انتخاب طرف قراردادهای دولتی به صورت اولویتی و ترجیحی اعمال می‌شوند. مقصود از الزامات ترجیحی آن است که دستگاه اجرایی در هنگام تعیین طرف قرارداد، در شرایطی خاص، ملزم باشد اشخاصی را بر دیگران مقدم بدارد. از جمله مصادیق الزامات اولویتی در قراردادهای دولتی می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

(۱) **ترجیح مناقصه‌گران داخلی بر مناقصه‌گران خارجی:** مناقصات از یک منظر به دو دسته بین‌المللی و داخلی تقسیم می‌شوند. مناقصه بین‌المللی به مناقصه‌ای گفته می‌شود که در آن هم اشخاص داخلی و هم اشخاص خارجی مجاز به ثبت نام و شرکت هستند. بر همین اساس، مطابق بند «د» ماده ۱۳ قانون برگزاری مناقصات، در صورت ضرورت برگزاری مناقصه بین‌المللی، باید با اخذ مجوزهای لازم و رعایت موازین قانونی، آگهی مناقصه در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار داخلی، حداقل یک نوبت در یکی از روزنامه‌های انگلیسی‌زبان داخلی، و همچنین در یک مجله یا روزنامه بین‌المللی مرتبط با موضوع مناقصه منتشر شود. هرچند در این مناقصات اشخاص خارجی نیز می‌توانند شرکت کنند، بند «د» ماده ۲۰ همین قانون در قالب حکمی ترجیحی تصریح کرده است: «در مناقصات بین‌المللی، مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی ترجیح دارند.»

(۲) **اولویت اشخاص تعاونی و خصوصی:** مطابق ماده ۲۲ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار (مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶)، دستگاه‌های اجرایی مکلف‌اند در معاملات، چنانچه اشخاص حقوقی بخش عمومی (اعم از دولتی و غیردولتی) و اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های تعاونی و خصوصی از لحاظ ضوابط عمومی انتخاب طرف قرارداد در شرایط برابر باشند، اشخاص بخش‌های تعاونی و خصوصی را در اولویت قرار دهند. بر اساس این حکم، هرگاه دو شخص در شرایط مساوی قرار گیرند، دستگاه اجرایی نمی‌تواند بر اساس اراده خود طرف قرارداد را انتخاب کند، بلکه موظف است در این وضعیت، اشخاص خصوصی و تعاونی را بر دیگران مقدم بدارد.

## ۲-۲. تبیین عدم آزادی قراردادی در انتخاب موضوع در قرارداد

اگرچه بر اساس ماده ۵۸۸ قانون تجارت، نهادهای دولتی صلاحیت انعقاد قرارداد دارند، اما این

حکم به معنای آن نیست که نهادهای دولتی بتوانند اموال و حقوق دولتی و عمومی را بدون هیچ‌گونه قاعده یا الزام، موضوع قرارداد قرار دهند.

به همین دلیل، به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از اموال و حقوق دولتی، و مطابق قوانین و مقررات حاکم بر شیوه انعقاد قراردادهای دولتی، نهادهای دولتی در تعیین موضوع قرارداد نیز با مجموعه‌ای از ممنوعیت‌ها و الزامات روبه‌رو هستند. در ادامه، برخی از مهم‌ترین این ممنوعیت‌ها و الزامات بیان می‌شود.

- **جزء اول: ممنوعیت‌های مربوط به موضوع قراردادهای دولتی:** مطابق قوانین و مقررات، مراجع دولتی مجاز نیستند برخی از حقوق و اموال را موضوع قرارداد قرار دهند. از جمله مصادیق این ممنوعیت‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:
  - **اموال و بناهای منحصر به فرد:** بر اساس اصل ۸۳ قانون اساسی، بناها و اموال منحصر به فرد دولتی قابل انتقال به غیر نیستند. از آنجا که در متن این اصل «انتقال» موضوع حکم قرار گرفته، هرگونه عقدی که اثر آن انتقال این اموال باشد - اعم از بیع، هبه، صلح و ... - در خصوص این اموال ممنوع است.
  - **خرید کالای خارجی:** به‌عنوان نمونه‌ای دیگر از ممنوعیت‌های موضوع قراردادهای دولتی، می‌توان به مصوبه شماره ۴۸۴۶۲/ت-۲۶۷۲۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۱ هیأت وزیران (اصلاح‌شده در تاریخ ۱۳۹۷/۰۲/۲۳) اشاره کرد. بر اساس این مصوبه، خرید کالاهای خارجی دارای تولید مشابه داخلی - که فهرست آن در پیوست مصوبه آمده - توسط دستگاه‌ها و نهادهایی که به هر نحو از بودجه عمومی یا دولتی استفاده می‌کنند، ممنوع است.
- **جزء دوم: الزامات مربوط به موضوع قراردادهای دولتی:** در برخی موارد، اگرچه قرار گرفتن مال، خدمت یا حقی دولتی به‌عنوان موضوع قرارداد منع نشده است، اما برای انعقاد قرارداد درباره آن کالا یا خدمت، لازم است تشریفات و مراحل خاصی طی شود. از جمله این الزامات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:
  - **کسب مجوز از مراجع ذی‌صلاح:** مطابق قوانین و مقررات ناظر بر قراردادهای دولتی، در برخی موارد انعقاد قرارداد در خصوص موضوعات خاص منوط به اجازه مقامات یا مراجع مشخصی است. به بیان دیگر، تنها در صورتی می‌توان برخی موضوعات را موضوع قرارداد قرار داد که مجوز لازم از سوی مقام یا نهاد صالح صادر شده باشد. از جمله این موارد، انتقال بناها و اموال دولتی غیرمنحصر به فرد است. اصل ۸۳ قانون اساسی در این خصوص مقرر می‌دارد: «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد، قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی...» بر این اساس، انتقال اموال و بناهای

دولتی که از نفایس منحصر به فرد محسوب نمی‌شوند، تنها در صورتی امکان‌پذیر است که موضوع به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. بنابراین، این دسته از اموال و بناهای دولتی فقط زمانی می‌توانند موضوع قرارداد قرار گیرند که مجلس شورای اسلامی مجوز آن را صادر کرده باشد.

- **تعیین ثمن در معاملات:** موضوع قراردادهای معوض، عوض و معوض است؛ برای مثال در عقد بیع، موضوع قرارداد «بیع» و «ثمن» است. در قراردادهای دولتی، بخشی از تشریفات مربوط به موضوع قرارداد ناظر بر تعیین ثمن است. از مهم‌ترین الزامات در این خصوص، تشریفات مزایده و مناقصه است. برای نمونه، قانون‌گذار در ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات، تشریفات متعددی برای تعیین ثمن قرارداد پیش‌بینی کرده است. نمونه دیگر، تبصره ۴ بند «د» ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷) است که تعیین ثمن در برخی معاملات دولتی را منوط به اظهار نظر سه کارشناس رسمی دادگستری کرده است.

### ۲-۳. تبیین عدم آزادی قراردادی در شرایط قرارداد

مقصود از شرایط قرارداد، تشریفات است که باید در فرایند انعقاد و تنظیم مفاد قرارداد رعایت شود. بر اساس این تعریف، شرایط قراردادی به دو دسته شرایط شکلی و شرایط محتوایی تقسیم می‌شوند. بررسی قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی نشان می‌دهد که مظاهر اصل عدم آزادی قراردادی در هر دو بُعد شکلی و محتوایی این قراردادها بروز و ظهور می‌یابد. بنابراین، در ادامه، به‌طور جداگانه مظاهر اصل عدم آزادی قراردادی در این دو بُعد بررسی خواهد شد.

- **جزء اول: اصل عدم آزادی قراردادی در شرایط شکلی انعقاد قراردادهای دولتی:** مقصود از شرایط شکلی قرارداد، شرایطی است که برای شیوه انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده است. بر این اساس، این دسته از شرایط را می‌توان «شرایط مربوط به شیوه انعقاد قرارداد» دانست. در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای خصوصی، طرفین در انتخاب شیوه انعقاد قرارداد - اعم از کتبی یا شفاهی بودن، ثبت یا عدم ثبت و... - آزادند. اما در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی، برای شیوه انعقاد قراردادها تشریفات متعددی پیش‌بینی شده است. از جمله این مصادیق می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:
  - **کتبی بودن:** در حقوق خصوصی، بر اساس اصول حاکم بر قراردادها - از جمله اصل رضایی بودن - قرارداد می‌تواند به صورت شفاهی منعقد شود و چنین قراردادی همان آثار قرارداد مکتوب را دارد. با وجود این، در قراردادهای دولتی، اصل بر انعقاد کتبی

قراردادها است. این الزام در قوانین و مقررات مختلفی از جمله مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه معاملات دولتی، ماده ۲ شرایط عمومی پیمان و مواد متعدد قانون برگزاری مناقصات تصریح شده است. علاوه بر این، به موجب ماده ۲۳ قانون بهبود محیط کسب و کار، کلیه دستگاه‌های اجرایی مکلف‌اند به منظور ایجاد شفافیت و عادلانه‌تر کردن قراردادها، در انعقاد قرارداد با شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی برای خرید کالا یا خدمت از فرم‌های یکنواخت استفاده کنند و یک نسخه از این فرم‌ها را نیز برای هر یک از اتاق‌ها ارسال دارند.

○ **انعقاد در قالب سامانه الکترونیک:** شفافیت و نظارت‌پذیری، دو اصل مهم و تأثیرگذار در ایجاد نظام اداری صحیح (موضوع بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی) و در پیشگیری و مقابله با فساد در دستگاه‌های دولتی هستند. برای تحقق این هدف، در حوزه قراردادهای دولتی - که امروزه با توسعه نظریه دولت تنظیم‌گر<sup>۱</sup> از مهم‌ترین ابزارهای دستگاه‌های اجرایی برای انجام مسئولیت‌ها و پیشبرد اهدافشان به شمار می‌آید - نظام حقوقی مقرر کرده است که کلیه مراحل انعقاد قراردادهای دولتی در قالب سامانه الکترونیک انجام شود. در این زمینه، تبصره ۵ ماده ۱۶۹ قانون مالیات‌های مستقیم وزارت صنعت، معدن و تجارت را موظف کرده است تا سامانه‌ای برای مدیریت کلیه مراحل مناقصات و مزایده‌ها در وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی ایجاد کند و امکان دسترسی برخط (آنلاین) سازمان امور مالیاتی را به این سامانه فراهم آورد. علاوه بر این، این تکلیف در ماده ۹ برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۵۰ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

• **جزء دوم: اصل عدم آزادی قراردادی در شرایط محتوایی قراردادهای دولتی:** شرایط محتوایی قرارداد به قواعدی اطلاق می‌شود که به مفاد قرارداد مربوط هستند. به بیان دیگر، مقصود از این شرایط، احکامی است که باید در قراردادهای دولتی پیش‌بینی شوند. در حالی که در قراردادهای خصوصی، طرفین در نگارش مفاد قرارداد

---

۱. مبتنی بر سیر تحولات نظریه دولت و گذر از دولت-ژاندارم و دولت-رفاه که اشکال سنتی دولت در جوامع بشری محسوب می‌شوند دولت‌های تنظیم‌گر و مقرر-گذار پا به عرصه زندگی اجتماعی گذاشتند. مبتنی بر تحولات ذکر شده، دولت تنظیم‌گر به معنای «تغییر شیوه حکمرانی از تأمین مستقیم خدمات عمومی است که وظیفه دولت رفاه بود و حرکت به سمت سیاست‌گذاری و توسعه سازوکارهای نظارتی بر ارائه خدمات عمومی توسط دیگران است». (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۳: ۶۰).

آزادی بیشتری دارند، در قراردادهای دولتی درج شرایط خاص الزامی است. حتی در صورت عدم درج یا درج حکمی مغایر، مقررات الزامی همچنان اجرا می‌شوند و تراضی و توافق طرفین قرارداد نمی‌تواند این احکام را تغییر دهد. از مهم‌ترین مصادیق شرایط محتوایی می‌توان به شرایط عمومی پیمان اشاره کرد. همان‌گونه که از نام آن پیداست، این شرایط بر تمامی قراردادهای پیمانکاری دولتی حاکم‌اند. با توجه به اهمیت و شمول این قواعد در نظام حقوقی ایران، شرایط عمومی پیمان در قالب مصوبه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده است. بر اساس این مصوبه، طرفین قرارداد مجاز به توافق برخلاف شرایط عمومی پیمان نیستند. با این حال، باید میان قواعد امری مطلق و قواعد امری نسبی در این مصوبه تفکیک قائل شد. در بسیاری از موارد، تراضی برخلاف احکام پیش‌بینی شده مطلقاً ممنوع است؛ اما در برخی موارد، احکام به صورت امری نسبی مقرر شده‌اند، به این معنا که طرفین می‌توانند تحت شرایطی خاص توافقی متفاوت داشته باشند. برای نمونه، اگرچه در ماده ۵۰ شرایط عمومی پیمان، میزان خسارت تأخیر موضوع پیمان تعیین شده است، اما طبق قسمت ۶ بند «ب» همین ماده، طرفین می‌توانند مبلغی بیش از آنچه در متن ماده آمده است مورد توافق قرار دهند.

### ۳. بررسی جریان یا عدم جریان سطح اول محتوایی اصل آزادی قراردادی در قراردادهای دولت

با توجه به بررسی‌های پیشین روشن شد که اصل آزادی قراردادی در انتخاب موضوع، طرف و شرایط قرارداد (سطح دوم اصل آزادی قراردادی) در قراردادهای دولتی در نظام حقوقی ایران جای خود را به اصل عدم آزادی قراردادی داده است و قانون‌گذار در این زمینه محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های متعددی پیش‌بینی کرده است.

اکنون پرسش این است که آیا دستگاه‌های دولتی در انتخاب نوع قرارداد نیز آزاد هستند؟ به عبارت دیگر، آیا سطح اول آزادی قراردادی در قراردادهای دولتی نیز مانند قراردادهای خصوصی جریان دارد یا همچون سایر ابعاد انعقاد قراردادهای دولتی جای خود را به اصل عدم آزادی قراردادی داده است؟

بررسی قوانین و مقررات مرتبط نشان می‌دهد که، با وجود تقدم این مرحله از فرایند انعقاد قرارداد دولتی بر انتخاب طرف، موضوع و شرایط قراردادی، و نیز با توجه به تأثیر آن بر اموال و حقوق عمومی و دولتی، این موضوع از نگاه قانون‌گذار مغفول مانده است. به بیان دیگر، در قوانین

و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی، در خصوص مصادیق نوع قرارداد به طور مشخص تعیین تکلیف نشده است.

بر این اساس، برای پاسخ به پرسش مطرح شده، موضوع در ادامه در قالب دو فرض مورد بررسی قرار می‌گیرد.

• **فرض اول: جریان سطح اول اصل آزادی قراردادی در قراردادهای دولتی**

اگرچه بر اساس اطلاق ماده ۵۸۸ قانون تجارت، نهادهای دولتی همانند سایر اشخاص حقوقی صلاحیت انعقاد قرارداد دارند، اما در قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی، مصادیق قراردادهای قابل انعقاد توسط نهادهای دولتی به طور مشخص احصا نشده است. تنها در برخی موارد، قانون‌گذار در مقام بیان شیوه انعقاد قراردادهای دولتی به ذکر نمونه‌هایی از این قراردادها پرداخته است.

برای نمونه، ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی، ضمن تأکید بر اینکه اصل در قراردادهای دولتی انعقاد از طریق مزایده و مناقصه است، برخی مصادیق قراردادهای دولتی همچون خرید و فروش، اجاره، استیجار، پیمانکاری و اجرت کار را به صورت غیرمحصور ذکر کرده است. همچنین، تبصره ۳ ماده واحده قانون منع مداخله وزرا، نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، در مقام بیان معاملات مشمول این قانون، به برخی از انواع قراردادهای دولتی اشاره دارد. از این رو، می‌توان چنین استنباط کرد که نهادهای دولتی، به منظور انجام وظایف در صلاحیت خود و تحقق اهداف مورد نظر، می‌توانند از تمامی قالب‌های قراردادی استفاده کنند. در تأیید این برداشت، می‌توان استدلال‌های زیر را مطرح کرد:

• **ماده ۵۸۸ قانون تجارت:** این ماده، اشخاص حقوقی را دارای کلیه حقوق و تکالیفی

می‌داند که قانون برای افراد پیش‌بینی کرده است. بر اساس این ماده، اشخاص حقوقی - از جمله نهادهای دولتی - صلاحیت انعقاد تمام قراردادهایی را دارند که سایر اشخاص می‌توانند منعقد کنند. بنابراین، اصل بر این است که نهادهای دولتی نیز صلاحیت انعقاد انواع قراردادها را دارند، مگر در مواردی که قانون به طور صریح آن را منع کرده باشد.

• **رجوع به عمومات قانونی:** بر اساس منطبق حقوقی، هرگاه قانون در حوزه‌ای خاص

سکوت داشته باشد، باید برای تبیین موضوع و استخراج حکم مسئله به عمومات قانونی مراجعه کرد. از این رو، با توجه به سکوت قانون‌گذار در خصوص اقسام قراردادهایی که نهادهای دولتی می‌توانند منعقد کنند، لازم است برای رفع ابهام به قواعد و قوانین عمومی رجوع شود. در نتیجه، همان‌گونه که اشخاص حقیقی بر اساس قانون مدنی صلاحیت

انعقاد همه عقود معین مندرج در آن قانون را دارند، نهادهای دولتی نیز می‌توانند از تمامی قالب‌های قراردادی پیش‌بینی شده در قانون مدنی بهره‌مند شوند.

- **رعایت احتیاط‌های لازم از طریق تشریفات قانونی:** پیش‌بینی تشریفات گوناگون قانونی در مراحل مختلف انعقاد قرارداد<sup>۱</sup> - اعم از تشریفات پیشینی<sup>۲</sup>، هم‌زمان با انعقاد<sup>۳</sup> و حتی پس از آن - زمینه بروز هرگونه سوءاستفاده در قراردادهای دولتی را از میان می‌برد. بدین ترتیب، قانون‌گذار با وضع این تشریفات، احتیاط‌های لازم را برای جلوگیری از سوءاستفاده از اموال و حقوق دولتی و عمومی در قالب قراردادهای پیش‌بینی کرده است. در نتیجه، می‌توان گفت قانون‌گذار با لحاظ این تشریفات، دستگاه‌ها و مراجع دولتی را در انتخاب نوع و قالب قرارداد آزاد دانسته است؛ زیرا با رعایت الزامات مقرر برای انعقاد قراردادهای دولتی، امکان سوءاستفاده در این حوزه به حداقل رسیده یا از میان رفته است.
- **فرض دوم: عدم جریان سطح اول اصل آزادی قراردادی در قراردادهای دولتی** با وجود اینکه در قوانین و مقررات حقوقی، قالب قراردادهای دولتی به طور مشخص احصا نشده است، توجه به اصول بنیادین حقوق عمومی - از جمله حراست از منفعت و نظم عمومی و جلوگیری از سوءاستفاده از اموال و حقوق بیت‌المال - نشان می‌دهد که نمی‌توان استفاده از همه انواع قراردادهای خصوصی را برای نهادهای دولتی امکان‌پذیر دانست.

در پاسخ به استدلال‌های مطرح شده در تأیید فرض اول، می‌توان چنین استدلال کرد:

- **عدم امکان استناد به ماده ۵۸۸ قانون تجارت:** در نظام حقوق عمومی و در خصوص نهادها و مراجع دولتی، اصل «عدم صلاحیت» جریان دارد. بر اساس این اصل، نهادها و مراجع دولتی هیچ صلاحیتی ندارند مگر آنکه قانون به‌طور صریح صلاحیتی برای آنان پیش‌بینی کرده باشد. بنابراین، استناد به ماده ۵۸۸ قانون تجارت به‌عنوان مبنای صلاحیت عام نهادهای دولتی برای بهره‌مندی از همه حقوق اشخاص خصوصی، استدلالی مخدوش است. علاوه بر این، ماده ۵۸۸ قانون تجارت نیز حکمی مبنی بر صلاحیت نهادهای دولتی برای انجام همه امور حقوقی، از جمله انعقاد انواع

۱. برخی تشریفات قراردادهای دولتی جنبه پسینی دارند از جمله این موارد می‌توان به لزوم انتشار قراردادهای دولتی و اطلاع‌رسانی قراردادهای دولتی در قالب سامانه الکترونیک اشاره کرد.

۲. مقصود از تشریفات پیشینی تشریفات است که می‌بایست قبل از انعقاد قرارداد دولتی انجام شود برای نمونه تشریفات مزایده و مناقصه از جمله مصادیق تشریفات پیشینی است.

۳. برخی تشریفات قانونی پیش‌بینی شده برای قراردادهای دولتی باید در حین انعقاد قرارداد رعایت شود از جمله این تشریفات می‌توان به لزوم کتبی بودن بسیاری از قراردادهای دولتی و انعقاد در قالب سامانه الکترونیک اشاره کرد.

قراردادهایی که اشخاص خصوصی می‌توانند منعقد کنند، صادر نکرده است. این ماده صرفاً امکان پیش‌بینی چنین صلاحیت‌هایی را برای اشخاص حقوقی، از جمله نهادهای دولتی، مطرح کرده است. توضیح آنکه، ماده ۵۸۸ مقرر می‌دارد: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است.» بر اساس واژه «می‌تواند» در متن ماده، حکم آن ناظر بر امکان و ظرفیت پیش‌بینی این حقوق و تکالیف است، نه اعطای بالفعل آن‌ها به اشخاص حقوقی. به بیان دیگر، این ماده صلاحیتی خاص برای نهادهای دولتی ایجاد نکرده است، بلکه صرفاً قابلیت اعطای چنین صلاحیت‌هایی را در آینده به رسمیت شناخته است.

- **تشریفات قانونی به‌عنوان اندیشه احتیاطی در شیوه انعقاد قرارداد:** در پاسخ به این استدلال که قانون‌گذار با پیش‌بینی تشریفات قانونی برای انعقاد قراردادهای دولتی زمینه سوءاستفاده از اموال و حقوق عمومی را از میان برده است، باید توجه داشت که هرچند تشریفات قانونی یکی از مهم‌ترین ابزارها برای مبارزه با فساد و جلوگیری از سوءاستفاده از حقوق عمومی به شمار می‌آید، اما صرف وجود این تشریفات برای رفع همه مخاطرات کافی نیست؛ زیرا برخی قالب‌های قراردادی، صرف‌نظر از تشریفات که برای انعقاد آن‌ها رعایت شود، به دلیل ماهیت و قواعد خاص خود می‌توانند زمینه‌ساز سوءاستفاده از حقوق عمومی و دولتی شوند. برای روشن‌تر شدن موضوع، در بندهای بعدی، عقود جایز به‌عنوان نمونه‌ای از این موارد بررسی خواهد شد.

- **عدم امکان رجوع به قانون مدنی در این موضوع:** در پاسخ به این استدلال که در موارد سکوت قانون باید به عموماًت قانونی استناد کرد، باید توجه داشت:

اولاً، چنین استدلالی زمانی قابلیت اجرا دارد که عموماًت قانونی و موضوع مسکوت از یک جنس باشند و اصول واحدی بر آن‌ها حاکم باشد.

ثانیاً، حتی اگر میان عموماًت قانونی و موضوع مسکوت تمایز اصولی وجود داشته باشد، تنها در صورتی می‌توان قواعد عمومی را بر موضوع مسکوت تحمیل کرد که این قواعد با مبانی و الزامات حاکم بر موضوع مسکوت هماهنگ بوده یا دست‌کم با آن‌ها تعارض نداشته باشند.

بنابراین، بر اساس این استدلال، استفاده از قالب‌های عقود حقوق خصوصی در قراردادهای دولتی تنها تا جایی مجاز است که با اصول بنیادینی همچون حراست از منافع عمومی و امری بودن قواعد حقوق عمومی سازگار باشد.

برای روشن‌تر شدن این موضوع، در ادامه امکان یا عدم امکان استفاده دستگاه‌های دولتی از

عقود جایز به عنوان نمونه بررسی خواهد شد.

عقود از منظر امکان یا عدم امکان فسخ توسط طرفین به دو دسته تقسیم می‌شوند: عقود لازم و عقود جایز.

مقصود از عقد لازم، عقدی است که هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند آن را بدون دلیل موجه فسخ کند، مگر از طریق خیار مقرر در قانون. در مقابل، عقد جایز عقدی است که هر یک از طرفین می‌تواند در هر زمان آن را فسخ کند.

با توجه به ماهیت عقود جایز، این پرسش مطرح می‌شود که آیا نهادهای دولتی می‌توانند چنین قراردادهایی را منعقد کنند؟ بر اساس قواعد حقوق عمومی، به نظر می‌رسد که با استناد به دلایل متعدد، اصل بر آن است که دستگاه‌های دولتی صلاحیت انعقاد عقود جایز را ندارند.

- **اصل استمرار خدمت عمومی:** یکی از اصول بنیادین مرتبط با خدمات عمومی، اصل استمرار در ارائه این خدمات است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۹: ۳۸). از آنجا که جامعه به‌طور مداوم به خدمات عمومی مانند بهداشت، آموزش و... نیاز دارد، این خدمات باید به‌صورت پیوسته ارائه شوند؛ بنابراین، هر وضعیت حقوقی که استمرار ارائه خدمات عمومی را مختل کند، ممنوع و مغایر با اصول حقوقی است. فسخ قراردادی که برای ارائه خدمات عمومی منعقد شده، به‌ویژه زمانی که ناگهانی و بدون تدبیر یا پیش‌بینی قبلی صورت گیرد، می‌تواند استمرار این خدمات را دچار اختلال کند. از این رو، استفاده از عقود جایز - که به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد بدون اطلاع قبلی و صرفاً بر اساس اراده خود قرارداد را فسخ کنند - با اصل استمرار خدمت عمومی ناسازگار است. با توجه به اینکه بخش قابل توجهی از قراردادهای دولتی به‌منظور ارائه خدمات عمومی منعقد می‌شوند، نمی‌توان آن‌ها را در قالب عقود جایز تنظیم کرد.

- **حراست از منفعت و جلوگیری از هزینه‌های عمومی:** توجه به منافع و مصالح عمومی یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای دولتی است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۱۳۲). بر اساس ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی، اصل بر آن است که انعقاد قراردادهای دولتی باید از طریق برگزاری مناقصه و مزایده انجام شود. اجرای تشریفات مناقصه و مزایده در بسیاری از موارد مستلزم تحمیل هزینه‌های گوناگون، از جمله هزینه‌های مالی و زمانی، بر دستگاه‌های دولتی و در نهایت بر بیت‌المال است. از این رو، منطقی و حقوقی نیست که دستگاه‌های دولتی پس از صرف این هزینه‌ها و طی مراحل تشریفاتی، قراردادی را منعقد کنند که طرف قرارداد بتواند هر زمان بخواهد آن را فسخ نماید.

• **وحدت ملاک از عقود مندرج در ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور: ماده ۷۹**

قانون محاسبات عمومی، در ضمن بیان شیوه انعقاد قراردادهای دولتی، به‌طور تلویحی و غیرمستقیم امکان انعقاد عقودی همچون بیع، اجاره، استجاره، پیمانکاری و اجرت کار توسط نهادهای دولتی را پیش‌بینی کرده است. هرچند ماده ۷۹ در مقام احصای معاملات قابل انجام توسط نهادهای دولتی نبوده و چنین قصدی را دنبال نمی‌کرده است، اما نکته مهم آن است که تمامی مصادیق مذکور در این ماده - اعم از بیع، اجاره، استجاره و پیمانکاری - همگی در زمره عقود لازم قرار دارند. بر این اساس، می‌توان از وحدت ملاک<sup>۱</sup> ماده ۷۹ چنین استنباط کرد که اصل بر عدم امکان استفاده نهادهای دولتی از عقود جایز است؛ چرا که قانون‌گذار در بیان مصادیق، صرفاً به عقود لازم اشاره کرده است.<sup>۲</sup>

با توجه به استدلال‌های پیش‌گفته، به نظر می‌رسد که هرچند در ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی، به کارگیری عبارت «و غیره» بیانگر غیرحصری بودن عناوین قراردادهای مندرج در این

۱. در خصوص امکان استفاده از وحدت ملاک در موضوعات مصادیقی، باید توجه داشت که چنین استدلالی بیشتر در مواردی قابل قبول است که مصادیق یک موضوع به‌صورت غیرحصری تمثیلی بیان شده باشند، نه غیرحصری صرف. توضیح آنکه غیرحصری بودن مصادیق زمانی جنبه تمثیلی دارد که قانون‌گذار با به‌کارگیری واژگانی مانند «مثل» یا «از قبیل» نشان دهد هدفش از ذکر این موارد، ارائه ملاکی برای تکمیل فهرست مصادیق بوده است. در مقابل، هرگاه قانون‌گذار صرفاً برخی مصادیق را بیان کند، بدون آنکه قصد تمثیل داشته باشد و بدون استفاده از الفاظی که دلالت بر ماندیابی کنند، این موارد غیرحصری صرف به شمار می‌آیند. در چنین حالتی، گرفتن وحدت ملاک از حکم مزبور صرفاً می‌تواند در تقویت سایر استدلال‌ها نقش داشته باشد، نه اینکه به‌تنهایی یک استدلال مستقل محسوب شود.

۲. نکته‌ای که ممکن است در این میان موجب ابهام شود، اصطلاح «اجرت کار» در ماده ۷۹ است. از آنجا که «اجرت کار» در زمره عقود معین و شناخته‌شده حقوقی قرار نمی‌گیرد و در معنای لغوی بیشتر به‌عنوان یکی از آثار برخی عقود مطرح می‌شود، این عبارت به‌خودی‌خود خدشه‌ای بر استدلال یادشده وارد نمی‌کند. البته، اگر بر اساس برداشتی بعید، «اجرت کار» معادل قرارداد «حق‌العمل‌کاری» تلقی شود، در این صورت باید گفت بر مبنای ماده ۳۵۸ قانون تجارت، قرارداد حق‌العمل‌کاری از جمله عقود جایز است و می‌توان آن را به‌عنوان استثنایی بر اصل عدم امکان استفاده از عقود جایز در قراردادهای دولتی پذیرفت. با وجود این، چنین برداشتی چندان موجه به نظر نمی‌رسد. زیرا اولاً، اصل بر عدم امکان استفاده از عقود جایز در قراردادهای دولتی است و نمی‌توان صرفاً با تکیه بر ابهام یک عبارت، این اصل را نقض کرد. ثانیاً، ماهیت قرارداد حق‌العمل‌کاری - یعنی انجام کار به نام عامل و برای اصیل - با وظایف و ماهیت نهادهای دولتی همخوانی ندارد، مگر در موارد خاص امنیتی (مانند شرکت‌های پوششی). در این فرض نیز موضوع از شمول فرایند مناقصه و مزایده خارج است و اصولاً نیازی به طرح آن در ماده ۷۹ قانون محاسبات وجود نداشته است.

ماده برای دستگاه‌های دولتی است، اما بر اساس دلایل ارائه شده، اصل بر آن است که دستگاه‌های دولتی صلاحیت انعقاد قراردادهای جایز را ندارند؛ مگر آنکه قانون‌گذار این امر را به‌صراحت پیش‌بینی کرده باشد. برای نمونه، از جمله مواردی که قانون‌گذار به‌طور خاص انعقاد عقد جایز را برای دستگاه‌های دولتی مجاز دانسته، ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است که انعقاد عقد و کالت - به‌عنوان یکی از عقود جایز - را برای دستگاه‌های دولتی مجاز شناخته است.

### نتیجه‌گیری

در مقایسه قواعد و احکام قراردادهای خصوصی با قراردادهای دولتی باید گفت که در نظام حقوقی قراردادهای خصوصی، اصل آزادی اراده محور اساسی حقوق قراردادها است؛ در حالی که در قراردادهای دولتی، اصل حاکمیت قانون نقش محوری دارد. به همین دلیل، همان‌گونه که از اصل آزادی اراده در قراردادهای خصوصی، نتایجی چون آزادی قراردادی و رضایی بودن قراردادها حاصل می‌شود، در حوزه قراردادهای دولتی نیز از اصل حاکمیت قانون، اصولی چون «عدم آزادی قراردادی» و «تشریفاتی بودن قراردادها» استنتاج می‌گردد.

با توجه به دو سطح اصل آزادی قراردادی در انعقاد قراردادها - یعنی انتخاب نوع و قالب قرارداد (سطح اول) و انتخاب موضوع، طرف و شرایط قراردادی (سطح دوم) - در این مقاله جریان هر یک از این سطوح در قراردادهای دولتی بررسی شد. یافته‌های تحقیق نشان داد که نه تنها در انتخاب طرف، موضوع و شرایط قرارداد، اصل عدم آزادی اراده جایگزین اصل آزادی قراردادی شده است، بلکه در انتخاب نوع قرارداد نیز این محدودیت وجود دارد.

به بیان دیگر، بر اساس اصولی همچون «عدم صلاحیت» و «حراست از حقوق و اموال عمومی»، نهادهای دولتی نمی‌توانند از تمام قالب‌های قراردادی مقرر برای اشخاص خصوصی بهره‌گیرند. بنابراین، مراجع دولتی در انتخاب نوع قرارداد آزاد نیستند و باید اصول یادشده را رعایت کنند. برای نمونه، استفاده از عقود جایز در قراردادهای دولتی تنها به‌صورت استثنایی و با مجوز صریح قانونی امکان‌پذیر است؛ در غیر این صورت، اصل بر عدم امکان بهره‌گیری از این نوع عقود در قراردادهای دولتی خواهد بود.

## منابع

- مجلس شورای اسلامی (۱۳۵۸). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۱۴). *قانون مدنی*. ایران، تهران: مجلس شورای ملی.
- مجلسین (سنا و ملی) (۱۳۳۷). *لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری*. ایران، تهران: مجلس شورای ملی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۶). *قانون مدیریت خدمات کشوری*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۵۷). *قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۶۷). *قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری*. ایران، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۳). *قانون برگزاری مناقصات*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۶). *قانون محاسبات عمومی کشور*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۰). *قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای ملی (۱۳۱۱). *قانون تجارت*. ایران، تهران: مجلس شورای ملی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۰). *قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۶). *قانون مالیات‌های مستقیم*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۶). *قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور*. ایران، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۹). *قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی*. ایران، مجلس شورای اسلامی.
- امامی، محمد؛ و کورش استوارسنگری (۱۳۸۹). *حقوق اداری* (جلد اول، چاپ دوازدهم). ایران، تهران: میزان.
- امامی، محمد؛ و کورش استوارسنگری (۱۳۹۱). *حقوق اداری* (جلد دوم، چاپ اول). ایران، تهران: میزان.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. ایران، تهران: مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها* (جلد اول، چاپ پنجم). ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: دادگستر، چاپ سوم ۱۳۷۸.
- گرگی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۳). *استقلال نهادهای مقررات‌گذار با نگاهی به سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی* (جلد اول). ایران، تهران: جنگل.
- مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۹۱). *حقوق اداری* (چاپ بیستم). ایران، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی - سمت.