

تأملی درباره جایگاه اصل حاکمیت اراده در قرارداد واگذاری سهام دولت در فرایند خصوصی سازی

Amjouybary@yahoo.com

اکبر میرزانژاد جویباری

استادیار گروه حقوق موسسه عالی آموزش و پژوهش
مدیریت و برنامه ریزی

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۸

دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۲۹

چکیده: اصل حاکمیت اراده در قلمرو حقوق قراردادهای ایران با وجود فراز و فرودهای فراوان، تقریباً هم‌چنان ماندگذاشته، نقش بنیادین در اصل انعقاد قرارداد، انتخاب طرف معامله و تعیین مفاد و شروط ضمن عقد دارد. با وجود این، جایگاه این اصل در قرارداد واگذاری سهام دولت در فرایند خصوصی سازی به ویژه از حیث حدود اختیارات و آزادی طرفین در تعیین شرایط و مفاد قرارداد مزبور، چندان معلوم نیست. نویسنده در این مقاله سعی کرده به بررسی پاره‌ای از مهم ترین پرسش های قابل طرح در این باره بپردازد. از جمله این که آیا شرایط و مفاد قرارداد از قبل به صورت کامل تعیین شده و خریدار فقط مجاز به قبول تمام شرایط معامله یا عدم شرکت در مزایده است؛ یا اینکه امکان مذاکره و تغییر شرایط میان متقاضی خرید سهام و دولت وجود دارد. نتیجه پژوهش نشان می دهد که محتوی قرارداد واگذاری سهام را شروطی تشکیل می دهد که به طور عمده توسط مجلس شورای اسلامی، شورای عالی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری تدوین می شود و خریدار سهام و سازمان خصوصی سازی در تعیین حدود و مفاد آن نقش چندانی ندارند. البته اختیارات این نهادها نیز در تعیین مفاد و شروط قرارداد، تابع محدودیت ها و ضوابط معینی است و به طور کامل از اصل آزادی قراردادی، به تریبی که در حقوق قراردادهای خصوصی مرسوم است، تبعیت نمی کند.

کلیدواژه ها: اراده، خصوصی سازی، قرارداد، شروط ضمن عقد، واگذاری.

طبقه بندی JEL: K1, K12, K.

مقدمه

با تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در سال ۱۳۸۷^۱ گام بزرگ و بنیادین به سمت خصوصی‌سازی^۲ به منظور تأمین اهدافی نظیر شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم مردم به‌منظور تأمین عدالت اجتماعی، ارتقای کارایی بنگاه‌های اقتصادی و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فناوری، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی، کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی و افزایش سطح عمومی اشتغال^۳ برداشته شد^۴. مطابق مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مذکور^۵، دولت مکلف شد نسبت

۱. نام اولیه این قانون «اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم (۴۴) قانون اساسی» بوده که به‌موجب ماده واحده قانون اصلاح قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۹ به قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم (۴۴) قانون اساسی» تغییر یافت.

2. Privatization

۳. به اهداف مزبور در مقدمه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (ابلاغی مقام رهبری) تصریح شده است. لازم به ذکر است برخی معتقدند خصوصی‌سازی معمولاً سه هدف را دنبال می‌کند که عبارتند از: کاهش میزان دخالت مستقیم دولت در فعالیت‌های اقتصادی، کاهش فشار هزینه‌های شرکت‌های دولتی بر بودجه عمومی کشور و بهبود کارایی عملیات مؤسسه‌ها و شرکت‌های غیردولتی (پاک‌دامن، ۱۳۸۸) که البته تعبیر دیگری از اهداف مندرج در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ بوده و مغایرتی با آن ندارد.

۴. هر چند خصوصی‌سازی در معنای عام خود شامل برون‌سپاری و واگذاری برخی از وظایف و کارکردهای دولت به بخش خصوصی که ذاتاً جنبه حاکمیتی ندارد، نیز می‌شود (Privatization of Welfare Services: Delegation by Commercial Contract- Dru Stevenson)، لیکن در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، این بخش از خصوصی‌سازی جز در موارد بسیار محدود مثل ماده ۱۳ چندان مورد توجه قرار نگرفته و قسمت عمده احکام مربوط به این نوع از خصوصی‌سازی در مواد مختلف قانون مدیریت خدمات کشوری از جمله مواد ۱۳ تا ۲۴ آمده است.

۵. «ماده ۱۹ - هیأت واگذاری مجاز است حسب شرایط متناسب با مفاد این ماده از کلیه روش‌های ممکن برای واگذاری بنگاه‌ها و مالکیت (اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال) و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)، تجزیه، واگذاری، انحلال و ادغام شرکت‌ها حسب مورد به شرح ذیل استفاده نماید. الف- واگذاری: در مواردی که شرایط واگذاری از هر جهت آماده است، هیأت واگذاری رأی به واگذاری می‌دهد ب- ... ج- ...» «ماده ۲۰- هیأت واگذاری برای واگذاری بنگاه‌ها با ترجیح بند (الف) و رعایت ترتیب، به روش‌های زیر تصمیم

به واگذاری اموال، دارایی‌ها، سهام و مدیریت^۱ خود در بنگاه‌های مشمول گروه ۱ و ۲ (موضوع ماده ۲) از طریق اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال و واگذاری مدیریت و نظایر آن و به یکی از سه روش عرضه از طریق بورس، مزایده و یا مذاکره اقدام نماید.

صرف نظر از ضرورت‌های مربوط به بسترسازی حقوقی لازم برای توفیق خصوصی‌سازی در کشور^۲ هم‌چنین فارغ از این‌که اجرای قانون مزبور دقیقاً تاکنون چه نتایجی داشته و خصوصی‌سازی‌های

می‌گیرد. الف- فروش بنگاه از طریق عرضه عمومی سهام در بورس‌های داخلی یا خارجی ب- فروش بنگاه یا سهام بلوکی از طریق مزایده عمومی در بازارهای داخلی و یا خارجی ج- فروش بنگاه یا سهام بلوکی از طریق مذاکره...»

۱. حسب اطلاع در مورد واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت) دستورالعمل و ضوابط ویژه‌ای تصویب نگردیده و از این ظرفیت تاکنون استفاده نشده است. لازم به ذکر است که در برخی کشورها نظیر آلمان خصوصی‌سازی با انعقاد یک قرارداد ۳ تا ۵ ساله واگذاری مدیریت آغاز شد که با توفیقات عمده‌ای نیز همراه بود. (Organization Structure, Contract Design and Government Ownership: a Clinical)

Analysis of German privatization, I. J. alexander dyck-Karen hopper wruck, 1998

۲. «ماده ۲- فعالیت‌های اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران شامل تولید، خرید و یا فروش کالاها و یا خدمات به سه گروه زیر تقسیم می‌شود: گروه یک- تمامی فعالیت‌های اقتصادی به جز موارد مذکور در گروه دو و سه این ماده. گروه دو- فعالیت‌های اقتصادی مذکور در صدر اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی به جز موارد مذکور در گروه سه این ماده. گروه سه - فعالیت‌ها، مؤسسات و شرکت‌های مشمول این گروه عبارتند از ۱. شبکه‌های مادر مخابراتی و امور واگذاری بسامد (فرکانس)، ۲. شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی، ۳. تولیدات محرمانه یا ضروری نظامی، انتظامی و امنیتی به تشخیص فرماندهی کل نیروهای مسلح، ۴. شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز، ۵. معادن نفت و گاز، ۶. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه صادرات، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه تعاون، ۷. بیمه مرکزی و شرکت بیمه ایران، ۸. شبکه‌های اصلی انتقال برق، ۹. سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، ۱۰. سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، ۱۱. رادیو و تلویزیون، تشخیص، انطباق و طبق‌بندی فعالیت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی موضوع این ماده با هر یک از سه گروه به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی طرف شش ماه به تصویب هیأت وزیران می‌رسد و در مورد بند (۳) گروه سه، مصوبه هیأت وزیران باید به تصویب فرماندهی کل نیروهای مسلح برسد.»

۳. برای مطالعه بخشی از بسترسازی حقوقی لازم در فرایند خصوصی‌سازی ر.ک. به: باقری محمود (۱۳۹۰). نقش حقوق شرکتها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس، چاپ اول تهران، صص ۷۶-۱۱.

انجام شده تا چه حد با اهداف و مأموریت‌های ذکر شده منطبق بوده و چه آسیب‌هایی در پی داشته^۱ و اکنون برای ادامه راه چه اقداماتی باید صورت گیرد، تبیین و تحلیل ابعاد مختلف موضوعات و مسایل بسیار متعدد و پیچیده حقوقی که در این قانون فوق‌العاده مهم و دارای تأثیرات گسترده اقتصادی و اجتماعی طراحی و پیش‌بینی شده است، از جمله ضرورت‌های اساسی نظام حقوقی ایران است. موضوعات و مسایلی نظیر این که ماهیت حقوقی قراردادهای واگذاری چیست؟ آیا باید آن‌ها را مشمول مقررات بیع در قانون مدنی دانست یا مدعی حکومت ماده ۱۰ قانون موصوف بر آن شد یا اعتقاد داشت که قراردادهای واگذاری مقرر در این قانون خود یک عقد معین تازه با احکام و مقررات ویژه بوده و از شمول احکام عقود معین در قانون مدنی خارج است؟ آیا میان ماهیت حقوقی قراردادی که دولت به موجب آن اقدام به واگذاری سهام خود در یک شرکت می‌کند با موردی که موضوع واگذاری، اموال و دارایی‌های دولت است، تفاوت وجود دارد؟ واگذاری سهام از طریق بورس، مزایده و مذاکره از لحاظ حقوقی چه افتراقات و اشتراکاتی با یکدیگر دارند؟ واگذاری از طریق فرابورس مشمول کدام یک از اقسام واگذاری مندرج در ماده ۲۰ قانون است؟ جایگاه قوانین و مقررات مربوط به معاملات دولتی در این گونه واگذاری‌ها چیست؟ در واگذاری سهام دولت تا چه حد باید از قوانین عمومی مانند قانون مدنی و تجارت تبعیت کرد؟ آیا چنانچه در اساسنامه شرکت مورد واگذاری بین سهامداران در خصوص نحوه و شرایط نقل و انتقال سهام ترتیب ویژه‌ای پیش‌بینی شده باشد، سازمان خصوصی‌سازی به عنوان متولی واگذاری بخشی از سهام دولت در این گونه شرکت‌ها^۲، ملزم به رعایت مفاد اساسنامه شرکت و توافقات خصوصی میان سهامداران از جمله سهامداری که سهام او به تملک دولت درآمده است و دولت به عنوان قایم مقام وی وارد شرکت شده، هست یا حق دارد و حتی ملزم است بدون توجه به مفاد اساسنامه صرفاً به یکی از

۱. بخشی از این آسیب‌ها در نشست علمی که در مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی با عنوان «آسیب‌شناسی حقوقی و اجرایی واگذاری سهام دولتی به مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» با حضور آقای تقدیس‌سیان قائم مقام معاون حقوقی رئیس‌جمهور و مهندس پوری‌حسینی رئیس کل سازمان خصوصی‌سازی برگزار گردید، مورد بحث و بررسی قرار گرفت. (مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، معاونت پژوهشی، ۱۳۹۳/۱۲/۷).

۲. سهامداری دولت در این گونه شرکت‌ها معمولاً به این علت اتفاق افتاده است که سال‌های نخست انقلاب سهام برخی از سهامداران بخش خصوصی، در اثر مصادره یا ملی شدن فعالیت‌هایی مثل فعالیت‌های بیمه‌ای و بانکی، به تملک دولت درآمده است.

سه روش مندرج در ماده ۲۰ قانون یادشده اقدام به واگذاری سهام خود در شرکت مورد نظر کند؟ جایگاه حقوقی مفاد و شرایط مندرج در آگهی در روابط میان سازمان خصوصی سازی و برنده مزایده و بورس چیست؟ آیا سازمان مذکور حق دارد در قرارداد بعدی تنظیمی با برنده، شرایطی متفاوت یا حتی مغایر با مفاد آگهی درج نماید یا این که ملزم است متن قرارداد را عیناً منطبق با شرایط اعلام شده در آگهی واگذاری تهیه و تنظیم نماید؟

از جمله پرسش‌های بنیادین دیگر مربوط به حوزه واگذاری سهام دولت که تاکنون مورد توجه جامعه حقوقی قرار نگرفته است و نویسنده بنا دارد در این مقاله بر روی آن تمرکز کند، این است که در تنظیم و امضای قرارداد واگذاری سهام دولت، حدود اختیارات طرفین در تعیین شرایط و مفاد آن چیست و اصل حاکمیت اراده و به تعبیر دقیق‌تر، اصل آزادی قراردادی به عنوان یکی از مظاهر اصل مذکور در این بخش چه جایگاهی دارد؟ این پرسش مهم و اصلی را می‌توان به چند پرسش خردتر تبدیل کرد: آیا شرایط و مفاد قرارداد از قبل به صورت کامل تعیین شده و خریدار فقط مجاز به قبول تمام شرایط معامله یا عدم شرکت در مزایده است یا این که امکان مذاکره و گفتگو و تغییر شرایط میان متقاضی خرید سهام و دولت وجود دارد؟ در صورت وجود متن قبلی، مرجع تعیین و تصویب شروط قرارداد کیست؟ آیا مرجع تعیین‌شده مجاز است همانند شخص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی با استناد به اصل آزادی قراردادی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی هر شرطی که صلاح می‌داند، در قرارداد پیش‌بینی کند یا هرگونه شرطی در قرارداد باید به نحوی از انحاء از قوانین عمومی یا خود قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی استخراج شود؟ در صورتی که خریدار هیچ اختیار یا امکانی برای گفتگو و چانه‌زنی در مورد شرایط قرارداد نداشته باشد، آیا می‌توان قرارداد واگذاری سهام را نوعی قرارداد الحاقی^۱ توصیف کرد؟

پیش از ورود به بحث اصلی و بررسی پرسش‌های بالا، تبیین اجمالی مفهوم قرارداد واگذاری سهام در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، همچنین شناسایی دستگاه اجرایی طرف قرارداد با متقاضی خرید سهام به این معنی که آیا در قانون مذکور، فروشنده سهام و طرف واقعی قرارداد واگذاری، خود دولت است یا وزارت امور اقتصادی و دارایی یا هیأت واگذاری، یا شورای عالی اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و یا سازمان خصوصی‌سازی، ضروری است؛ بنابراین، مطالب این مقاله در دو بخش ارائه می‌شود: در بخش نخست به بیان مفهوم قرارداد واگذاری سهام همچنین شناسایی اطراف قرارداد می‌پردازیم و در بخش دوم هم چگونگی تعیین شروط قرارداد

واگذاری سهام و حدود اختیارات طرفین در این باره را بررسی می‌کنیم.

مفهوم قرارداد واگذاری سهام دولت و شناسایی اطراف آن

الف. مفهوم قرارداد واگذاری سهام دولت

همان‌طور که گفته شد، مطابق تبصره ۱ ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی^۱ دولت مکلف است، علاوه بر اموال (کالا)^۲ و مدیریت^۳، سهام خود در بنگاه‌ها را نیز به بخش غیردولتی^۴ واگذار نماید.

مهم‌ترین ابزار واگذاری سهام به بخش غیردولتی، علی‌القاعده قرارداد^۵ است. چون در نظام حقوقی ایران مطابق نظر مشهور (کاتوزیان، ۱۳۷۰ و شهیدی، ۱۳۸۰) هیچ‌کس نمی‌تواند به صورت یک‌جانبه اقدام به تملیک اموال خود به دیگری حتی به صورت رایگان بکند. برای دولت هم از این حیث هیچ حکم ویژه‌ای در قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده و بنابراین برابر اصل وحدت احکام بخش دولتی و غیردولتی^۶

۱. تبصره ۱ ماده ۳ «دولت مکلف است سهام، سهم‌الشرکه، حق تقدم ناشی از سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه، حق بهره‌برداری و مدیریت خود را در شرکت‌ها، بنگاه‌ها و مؤسسات دولتی و غیردولتی که موضوع فعالیت آن‌ها جزء گروه یک ماده (۲) این قانون است، تا پایان قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار نماید».

۲. در بند ۲ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، کالا این‌گونه تعریف شده است: «هر شیئی منقول و یا غیرمنقول که می‌تواند مورد مبادله و استفاده قرار گیرد».

۳. سهام مدیریتی در بند ۶ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی این‌گونه تعریف شده است: «میزانی از سهام یک شرکت که دارنده آن طبق اساسنامه اختیار تعیین حداقل یک عضو را در هیأت مدیره شرکت دارد».

۴. مستفاد از بندهای الف و ب ماده ۳ و بندهای ب و ج ماده ۴ قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی مقصود از بخش غیردولتی عبارتند از بخش خصوصی، تعاونی و بخش عمومی غیردولتی

۵. در خصوص نقش و اهمیت قرارداد به عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای دولت برای تأمین منافع عمومی ر.ک. به: (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰؛ هداوند، ۱۳۹۰ و رضایی‌زاده، ۱۳۸۷).

۶. به‌موجب این اصل، قراردادهای دولتی را باید تابع قواعد عمومی قراردادها دانست؛ مگر این‌که مقنن با عدول از قواعد مزبور، حکم ویژه‌ای مقرر کرده باشد.

که در مواضع شورای نگهبان^۱ و رویه قضایی^۲ هم تأیید شده، باید بنا را بر این گذاشت که دولت نیز رأساً مجاز به واگذاری سهام به اشخاص نبوده و اصل واگذاری و شرایط، حقوق و تعهدات طرفین اصولاً باید به موجب قرارداد صورت گیرد.^۳ کما این که به همین دلیل هیأت داوری موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در رأی شماره ۱۰ مورخ ۹۱/۶/۱۴، دفاع سازمان خصوصی‌سازی را در آزاد نکردن سهام متعلق به خواهان (خریدار) به دلیل عدم پرداخت بدهی شرکت مورد واگذاری به شرکت مادر تخصصی با این استدلال که «پرداخت بدهی‌های مذکور و آزادسازی تضمین شرکت مادر تخصصی جزو تعهدات قرارداد واگذاری فی‌مابین نیست»^۴ رد کرده است. در مواد مختلف قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به صورت صریح یا تلویحی به موضوع واگذاری سهام در قالب قرارداد اشاره شده است.

۱. به عنوان مثال، شورای نگهبان در مقام بررسی فراز دوم جزء ۱ تبصره بند ۴ بند (پ) ماده ۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور موضوع الحاق تبصره مزبور به ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور متضمن الزام واحد تولیدی بدهکار به پذیرش امکان افزایش سرمایه تا سقف مورد نیاز برای تشکیل مجمع عمومی فوق العاده توسط خریداری که در مناقصه موضوع این تبصره شرکت کرده و با پرداخت بخشی از بدهی واحد تولیدی اقدام به خرید سهام این واحد نموده، تصریح می‌کند که این امر در صورتی مجاز است که در قرارداد مناقصه به صورت شرط ضمن عقد درج شود. همچنین، این شورا در مقام بررسی ماده ۲۰ الحاقی به لایحه فوق متضمن امکان لغو، تغییر، توقف یا عطف بماسبق کردن قراردادهای صورت یک‌جانبه از سوی دستگاه‌های اجرایی، مصوبه مزبور را با این استدلال که چون دستگاه‌های اجرایی جز به موجب حکم صریح قانون یا قرارداد حق به هم زدن قرارداد را ندارند و در واقع از این حیث حق ویژه‌ای برای آنان به رسمیت شناخته نشده است و اطلاق مصوبه شامل مواردی هم که این دستگاه‌ها طبق قرارداد یا قانون اجازه به هم زدن را ندارند هم می‌گردد، دارای اشکال دانسته است (آرشیو شورای نگهبان، ۱۳۹۴).
۲. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصویب نامه شماره ۶۶۰/ت ۳۹۴۵۳ مورخ ۱۳۸۷/۱/۱۰ هیأت وزیران را که مفید امکان واگذاری سهام به کارکنان شاغل یا بازنشسته بابت مطالبات آنان از دولت بدون رضایت آنها بود، طی دادنامه شماره ۲۴۹ مورخ ۱۳۸۸/۳/۲۴ با این استدلال که واگذاری سهام به کارکنان دولت بدون موافقت آنها ممکن نیست، ابطال کرده است (آرشیو دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۸).
۳. به همین دلیل، تصویب‌نامه‌های دولت در خصوص واگذاری سهام دولت به اشخاص بابت پرداخت دیون را که به‌ظاهر متضمن انتقال یک جانبه مالکیت یا حقوق مالکانه سهام به آنان است، نباید عدول از این قاعده تلقی کرد. زیرا قریب به اتفاق این تصویب‌نامه‌ها مسبوق به مذاکرات مفصل با مؤسسات مزبور بوده و به نوعی تصویب‌نامه دولت قبول ایجاب طلبکاران محسوب می‌شود. در غیر این صورت، تصویب‌نامه‌ها را باید ایجاب محسوب نمود و تا قبول بعدی از سوی طلبکار، قرارداد و در نتیجه انتقال حقوق مالکانه محقق نخواهد شد.
۴. آرشیو معاونت حقوقی سازمان خصوصی‌سازی

به عنوان مثال، در ماده ۱۹ به هیأت واگذاری اجازه داده شده حسب شرایط متناسب با مفاد این ماده از کلیه روش‌های ممکن برای واگذاری بنگاه‌ها و مالکیت از جمله اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت) که همگی نوعی قالب قراردادی است، حسب مورد استفاده نماید. تبصره ۳ ماده ۲۰ نیز به فروش اقساطی اشاره کرده و در ماده ۲۲۵ هم از عبارات فروش اقساطی، خریدار سهم، درج شروط خاص در واگذاری و نحوه اخذ تعهدات و درج شروط سخن به میان آمده است. علاوه بر این، ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه^۲ که عیناً در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تنفیذ شده است، بر لزوم درج شرط داوری در قرارداد واگذاری برای حل و فصل اختلافات ناشی از امر واگذاری تصریح دارد و در بند ۴ قسمت الف و بند ۴ قسمت ب ماده ۴۰ همین قانون^۴ نیز در مقام بیان وظایف و اختیارات هیأت واگذاری به تدوین و تصویب دستورالعمل تنظیم قرارداد واگذاری و تعیین حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار اشاره شده که تمام آن‌ها دلالت بر لزوم استفاده از قالب قرارداد برای واگذاری سهام دولت دارد. بنابراین، تردیدی نیست که واگذاری سهام شرکت‌های دولتی به متقاضیان خرید در قالب قرارداد صورت

۱. فروش اقساطی حداکثر پنج درصد از سهام بنگاه‌های مشمول واگذاری به مدیران و کارکنان همان بنگاه و حداکثر پنج درصد به سایر مدیران باتجربه و متخصص و کارآمد مجاز است. شرایط مدیران مشمول و نیز ضوابط روش اقساطی، توسط هیأت واگذاری تعیین می‌شود.

۲. سازمان خصوصی‌سازی قبل از واگذاری سهام کنترلی شرکت‌های دولتی، حسب مورد شرایطی نظیر سرمایه‌گذاری جدید در همان شرکت، ارتقاء کارایی و بهره‌وری شرکت، تداوم تولید و ارتقاء سطح آن، ارتقاء فناوری و افزایش یا تثبیت سطح اشتغال در بنگاه را در واگذاری شرط می‌نماید. چنانچه خریدار به شرایط عمل نماید به پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی هیأت واگذاری مجاز است سود فروش اقساطی را کاهش یا دوره فروش اقساطی را تمدید یا در اصل قیمت تخفیف دهد. انتقال قطعی سهام یا آزادسازی ضمانت‌های خریدار متناسب با انجام این تعهدات خواهد بود. نحوه اخذ تعهدات و درج این شروط توسط طرفین بر اساس دستورالعملی خواهد بود که با رعایت ضوابط و مقررات قانونی به پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی ظرف سه ماه از تصویب قانون به تصویب هیأت واگذاری خواهد رسید.

۳. متن ماده ۲۰ «رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیأت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد».

۴. بند ۴ قسمت الف «تهیه نظام تأمین مالی، حمایت و تشویق خریداران به همراه تعیین چهارچوب تعهدات خریداران و فروشنده» و بند ۴ قسمت ب «تصویب دستورالعمل نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادها، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله، نحوه اعمال تخفیفات و جرائم در چهارچوب ضوابط و مقررات قانونی»

می‌گیرد و دولت نیز همانند یک سهامدار خصوصی که قصد دارد سهام خود را به دیگران واگذار نماید، باید سهام خود را در چارچوب قرارداد به متقاضیان خرید واگذار نماید و از این جهت تفاوت ویژه‌ای میان آنان وجود ندارد.

ب. شناسایی طرفین قرارداد واگذاری سهام دولت

در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، علاوه بر متقاضی خرید سهام که در عرضه از طریق بورس، مزایده و یا مذاکره، شرکت کرده و در صورت برنده شدن و انعقاد قرارداد، یکی از اطراف قرارداد به شمار می‌رود، از نقش دستگاه‌های مختلف از جمله دولت، وزارت امور اقتصادی و دارایی، هیات واگذاری، شورای عالی اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و سازمان خصوصی‌سازی در فرایند واگذاری سهام سخن به میان آمده به گونه‌ای که تشخیص این امر را که واقعاً طرف دیگر قرارداد کیست، با دشواری مواجه ساخته است.^۱

با این‌که در مواد مختلف این قانون از جمله بند ب ماده ۲۳ و تبصره ۱ آن و ماده ۱۴ دولت مکلف

۱. شناسایی طرف قرارداد در اجرای پاره‌ای دیگر از احکام نیز مؤثر است. به عنوان مثال، در فرایند اجرای قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، بسیاری از خریداران سهام تقاضا تهاتر بدهی آنان بابت اقساط خرید سهام با مطالبات آنان از دولت دارند. در حالی که چون طرف قرارداد خریدار سهم سازمان خصوصی‌سازی است که به عنوان شرکت دولتی دارای شخصیت حقوقی مستقل است، تهاتر بدهی متقاضی به آن سازمان با سایر مطالبات وی از دیگر دستگاه‌های اجرایی که دارای شخصیت حقوقی جداگانه هستند جز به حکم صریح مقنن ممکن نیست.

۲. بند ب ماده ۳ «دولت مکلف است هشتاد درصد از ارزش مجموع سهام بنگاه‌های دولتی در هر فعالیت مشمول گروه دو ماده (۲) این قانون به استثناء راه و راه آهن را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار نماید».

۳. ماده ۱۴ «عملیات واگذاری توسط دولت باید به نحوی انجام گیرد که حداکثر تا پایان سال ۱۳۹۳ کلیه واگذاری‌ها خاتمه یابد».

۳. ماده ۱۷ «کلیه دستگاه‌های دولتی موضوع ماده (۸۶) این قانون مکلفند ظرف شش ماه از تصویب این قانون کلیه بنگاه‌های دولتی مشمول گروه‌های (۱) و (۲) ماده (۲) این قانون را در هر بازار بر اساس عواملی از جمله اندازه شرکت، فن‌آوری، وضعیت مالی، روابط صنعتی و میزان حساسیت مصرف‌کننده نسبت به محصول تولیدی شرکت طبقه‌بندی نموده و فهرست شرکت‌ها و حقوق و دارایی‌های مصرح در تبصره «۱» ماده (۳) این قانون، پیشنهاد واگذاری آن‌ها را به همراه تعداد نیروی انسانی، فهرست اموال منقول و غیرمنقول، کلیه اطلاعات و مدارک لازم و آخرین صورت‌های مالی حسابرسی شده را به وزارت امور اقتصادی و دارایی ارائه نمایند. الف. وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است اطلاعات و مدارک و صورت‌های مالی مربوط به بنگاه‌های قابل واگذاری را دریافت و توسط سازمان حسابرسی یا حسابداران رسمی بررسی و تأیید نماید. ب. وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است در صورت تقاضای خریدار، اطلاعات، مدارک و صورت‌های مالی تأییدشده را در اختیار آن‌ها قرار دهد».

به واگذاری سهام شده است، لیکن دقت در مفاد سایر مواد آن نشان می‌دهد که دولت با عنوان هویت جمعی هیأت وزیران و دارنده شخصیت حقوقی مستقل مدنظر نبوده و در واقع دولت این وظیفه را از طریق دستگاه‌های اجرایی زیرمجموعه خود نظیر وزارت امور اقتصادی و دارایی، هیأت واگذاری، شورای عالی اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و سازمان خصوصی‌سازی انجام می‌دهد. به عنوان مثال، در ماده ۱۷ و بندهای الف و ب آن از وزارت امور اقتصادی و دارایی نام برده شده و در بند ج^۱ همین ماده سازمان خصوصی‌سازی ملزم به واگذاری از طریق فروش بنگاه‌ها شده است. یا تبصره ۳ ماده ۱۷^۲ همین قانون سازمان خصوصی‌سازی را در مورد کتمان وقایع مالی یا گزارش‌های مالی غیر واقع ملزم به پرداخت خسارت می‌کند که گویای آن است که از لحاظ حقوقی دولت طرف قرارداد خریدار سهم به شمار نمی‌رود. وانگهی هنگامی که مجلس یا دولت در قوانین و مقررات مختلف برای انجام پاره‌ای وظایف و مأموریت‌های مشخص اقدام به تأسیس دستگاه‌های اجرایی مختلف با شرح وظایف مشخص و تصویب اساسنامه معین می‌کنند، اصولاً دولت مجاز نیست رأساً اقدام به انجام همان وظایف و مأموریت‌ها نماید؛ حتی اگر اساسنامه و شرح وظایف آن دستگاه اجرایی را خود دولت تدوین و ابلاغ کرده باشد^۳.

نقش وزارت امور اقتصادی و دارایی در فرایند واگذاری نسبت به دولت، نقش پررنگ‌تر و مستقیم‌تری است. از جمله می‌توان به ماده ۱۷ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و بندهای الف و ب آن هم‌چنین بندهای ۱، ۲، ۴ و ۵ ماده ۱۸^۴ قانون مذکور اشاره کرد. با

۱. بند ج ماده ۱۷ «سازمان خصوصی‌سازی مکلف است با رعایت مفاد این ماده برای فروش بنگاه‌های مشمول واگذاری بازاریابی نموده و فرایند واگذاری را پس از طی مراحل مذکور در این قانون با زمان‌بندی مشخص دو ماهه انجام دهد».
۲. تبصره ۳ ماده ۱۷ «سازمان خصوصی‌سازی مکلف است خسارات ناشی از کتمان وقایع مالی و یا انتشار گزارش‌های مالی غیرواقع را با رأی مراجع ذی‌ربط به خریداران خسارت دیده پرداخت نماید».
۳. به همین دلیل، چنان‌چه در اساسنامه شرکتی که به تصویب دولت رسیده مقرر شده باشد که مدیر عامل شرکت باید به پیشنهاد مجمع شرکت مرکب از اعضای مشخص صورت گیرد دولت نمی‌تواند رأساً اقدام به انتخاب مدیر عامل بکند؛ مگر این‌که قبلاً اساسنامه را اصلاح و اختیار نصب مدیر عامل شرکت مورد نظر را برای خود پیش‌بینی بکند.
۴. ماده ۱۸ «برای تسهیل امر واگذاری بنگاه‌های مشمول واگذاری، از زمان تصویب فهرست بنگاه‌ها توسط هیأت واگذاری اقدامات زیر انجام می‌شود:

۱. کلیه حقوق مرتبط با اعمال مالکیت بنگاه‌ها به وزارت امور اقتصادی و دارایی منتقل می‌شود. ۲. از زمان تصویب واگذاری، هرگونه نقل و انتقال اموال و دارایی‌های ثابت بنگاه بدون مجوز وزارت امور اقتصادی و دارایی در حکم تصرف غیرقانونی در اموال دولتی محسوب و قابل پیگرد قانونی است. ۳. ۴. وزارت امور اقتصادی و دارایی ملزم است کلیه شرایط لازم را برای عرضه در بورس اوراق بهادار برای بنگاه‌های مشمول

این حال در این دو ماده و یا مواد دیگر اعلام نشده که وزارت امور اقتصادی و دارایی حق دارد رأساً و به عنوان طرف قرارداد اقدام به فروش و واگذاری سهام به بخش غیردولتی نماید. ضمن این که در مورد دستگاه‌های اجرایی اصل، فقدان اختیار است و وجود اختیار فروش سهام توسط این وزارت خانه نیازمند حکم مشخص است که چنین حکمی دیده نمی‌شود.

در مورد شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری نیز با این که برای شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در بند ۲ و تبصره ۱ قسمت الف ماده ۴۰ و برای هیأت واگذاری در بند ۲ قسمت الف و بند ۴ قسمت ب ماده ۴۰ در مقام بیان وظایف و اختیارات نهادهای موصوف و در راستای تدوین دستورالعمل‌های لازم راجع به چگونگی تنظیم قرارداد و انگذاری سهام و حقوق و تعهدات طرفین، نحوه دریافت بهاء و قیمت گذاری پایه سهام، جایگاه بسیار مهمی در نظر گرفته شده، ولی در هیچ کدام از آن‌ها به امکان امضای قرارداد توسط این مراجع به عنوان طرف قرارداد، اشاره‌ای نشده؛ ضمن این که هیچ یک از این دو مرجع با وجود استقلال از سازمان خصوصی سازی^۲، دارای شخصیت حقوقی مستقل که به آن‌ها امکان و صلاحیت انعقاد و امضای قرارداد را بدهد^۳، نیستند.

بند «الف» ماده (۲۰) این قانون فراهم نماید. ۵. در اجرای این قانون وزارت امور اقتصادی و دارایی مجاز است آن دسته از طرح‌ها و تصدی‌های اقتصادی و زیربنایی دولتی قابل واگذاری را که به صورت شرکت مستقل اداره نمی‌شوند و یا در قالب غیرشرکتی اداره می‌شوند و به نحو موجود قابل واگذاری نیستند و صرفاً به منظور واگذاری، ابتدا تبدیل به شخص حقوقی مناسب نموده و سپس نسبت به واگذاری آن‌ها ظرف یک سال از زمان تبدیل و با رعایت تبصره‌های «۲» و «۳» بند «الف» ماده (۳) این قانون اقدام نماید. این حکم تا پایان سال ۱۳۹۲ معتبر است.

۱. ماده ۴۰ «وظایف و اختیارات هیأت واگذاری به شرح زیر است: الف. ۱. ۲. تهیه آئین‌نامه نظام اقساطی واگذاری و نحوه دریافت بهای حقوق قابل واگذاری ۳. ب. ۱. ۲. ۳. ۴. تصویب دستورالعمل نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادها، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله، نحوه اعمال تخفیفات و جرائم در چهارچوب ضوابط و مقررات قانونی ۵.».

۲. شعبه بیست و پنج دیوان عدالت اداری نیز در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۰۰۱۸ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۶ بر این استقلال به شرح زیر تأکید کرده است «نظر به این که شکایت شاکی متوجه هیأت واگذاری موضوع ماده ۱۶ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است و با توجه به این که هیأت مذکور مستقل از سازمان خصوصی سازی است، از این حیث قرار رد شکایت مطروحه صادر و اعلام می‌گردد».

۳. چون اصل این است که ایجاد شخصیت حقوقی مستلزم حکم قانون گذار است و چنین حکمی در مورد هیچ یک از این دو مرجع پیش‌بینی نشده است.

بدین ترتیب، باید سازمان خصوصی‌سازی را طرف واقعی و اصلی قرارداد واگذاری سهام دانست. نکته‌ای که در مواد مختلف قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و مقررات مربوط به آن، مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است.

به عنوان مثال، در بند ۱۲ ماده ۱۸ اساسنامه سازمان خصوصی‌سازی مصوب ۱۳۸۸ هیأت وزیران، عقد قرارداد برای واگذاری سهام شرکت‌های مشمول واگذاری در بازارهای داخلی و خارجی بر اساس مصوبات هیأت واگذاری جزء وظایف و اختیارات رییس سازمان خصوصی اعلام شده است. به علاوه بند ج ماده ۱۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که طرف دعوی خریدار برای مطالبه خسارات ناشی از کتمان حقیقت یا گزارش مالی غیر واقع را سازمان خصوصی‌سازی می‌داند همچنین، تبصره ۳ همین ماده و مواد ۲۳ و ۲۵ قانون مذکور نیز دلالت آشکار بر این مطلب دارد که سازمان خصوصی‌سازی طرف معامله محسوب می‌شود.

در مورد سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد واگذاری سهام دولت به سه نکته زیر باید توجه داشت:

۱. سازمان خصوصی‌سازی در فرایند واگذاری متکفل دو نوع وظیفه است: نخست وظایفی که مقنن اصالتاً برای این سازمان در نظر گرفته، مانند بازاریابی و فروش بنگاه‌های مشمول واگذاری و انجام فرایند واگذاری موضوع بند ج ماده ۱۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، همچنین لزوم جبران خسارات ناشی از کتمان وقایع مالی و یا گزارش‌های مالی غیرواقع مدیران شرکت واگذار شده موضوع تبصره ۳ همان ماده همچنین تکالیفی که در مواد ۲۲، ۲۳ و ۲۵ آمده است. دوم وظایف و اقداماتی که به نمایندگی از وزارت امور اقتصادی و دارایی انجام می‌دهد. مثل آنچه در اجرای تکالیف و وظایف مندرج در صدر ماده ۱۷ و بندهای الف و ب آن همچنین بندهای ۴، ۲۰، ۱ و ۵ ماده ۱۸ قانون انجام می‌دهد. چون مطابق ماده ۲۶ قانون مذکور^۱ وزیر امور اقتصادی و دارایی می‌تواند تمام یا بخشی از اختیارات خود ناشی از این قانون را به سازمان خصوصی‌سازی تفویض نماید و این تفویض نیز در بند ۲ ماده ۴ اساسنامه سازمان خصوصی‌سازی^۲ مورد تأیید قرار گرفته است.

۲. شأن سازمان خصوصی‌سازی در امضای قرارداد واگذاری اصلتی بوده و به نمایندگی از وزارت امور اقتصادی و دارایی انجام نمی‌شود. رویه هیأت داورى موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه

۱. وزیر امور اقتصادی و دارایی می‌تواند رئیس سازمان خصوصی‌سازی را به عنوان نماینده تام‌الاختیار خود در اعمال تمام یا بخشی از اختیارات خویش در امر واگذاری موضوع این قانون تعیین کند.

۲. اعمال نمایندگی وزارت امور اقتصادی و دارایی در امر واگذاری‌ها.

(تنفیذی در ماده ۳۰ قانون) نیز همین است و هیأت مزبور هم، دعوی را فقط از سوی سازمان خصوصی سازی به عنوان خواهان و نیز صرفاً علیه همین سازمان به عنوان خوانده می پذیرد که به توضیح گویای آن است که سازمان مزبور در امضای قرارداد و گذاری اصیل است نه نماینده.

۳. هر چند سازمان خصوصی سازی به عنوان اصیل، اقدام به انعقاد قرارداد می کند و بر همین اساس در موارد لزوم رأساً و اصالتاً اقدام به طرح دعوی کرده و یا طرف دعوی قرار می گیرد، اما اصیل بودن سازمان در قرارداد فروش سهام موصوف و ذکر نام آن به عنوان فروشنده، مستلزم مالکیت سازمان نسبت به سهام قبل از انجام معامله نیست. سهام مزبور کماکان و به صورت رسمی در مالکیت و به نام دولت (شرکت مادر تخصصی^۱) باقی می ماند؛ لیکن اعمال مالکیت در مورد آن به موجب بند ۱ ماده ۲۱۸ قانون توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی و در صورت تفویض این اختیار به سازمان در اجرای ماده ۲۶، توسط خود سازمان به نمایندگی از وزارت مزبور انجام می گیرد. وضعیت سازمان خصوصی سازی را در این گونه موارد شاید بتوان مشابه وضع حق العمل کاری دانست که در عین حال مالک مال مورد معامله نبوده و به حساب دیگری (دولت) معامله می کند در ارتباط با طرف دیگر معامله (خریدار سهام) اصیل تلقی شده به گونه ای که نه آمر (دولت) حق مراجعه به خریدار را دارد و نه خریدار می تواند برای اجرای تعهدات قراردادی به جای رجوع به سازمان خصوصی سازی (حق العمل کار) به آمر (دولت) مراجعه نماید. به تعبیر دیگر همچنان که بیشتر حقوقدانان گفته اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵؛ فنواتی و تفرشی، ۱۳۸۰ و اسکینی و دل افروز، ۱۳۹۰)، قرارداد منعقد از سوی حق العمل کار موجب ایجاد رابطه حقوقی مستقیم بین آمر و ثالث نشده و حق العمل کار بر خلاف مورد وکالت در برابر ثالث اصیل تلقی شده و شخصاً پاسخگو خواهد بود.

۱. زیرا در دفتر سهام شرکت مالکیت سهام بنام شرکت مادر تخصصی مربوطه است و برابر ماده ۴۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت نیز مادام که نقل و انتقال سهام در دفتر مزبور ثبت نشده است، سهامداری که در دفتر سهام مالکیت سهام به نام اوست، مالک به شمار می رود.

۲. بند ۱ ماده ۱۸ «کلیه حقوق مرتبط با اعمال مالکیت بنگاهها به وزارت امور اقتصادی و دارایی منتقل می شود».

حدود اختیارات طرفین در تعیین مفاد قرارداد و اگذاری سهام

اصل آزادی قراردادی^۱ در قلمرو حقوق قراردادهای ایران با وجود فراز و فرودهای فراوان و دخالت مقنن در جهت توسعه محدودیت‌های وارد بر آن به منظور تأمین منافع و مصالح عمومی در موارد متعددی^۲ نظیر ماده ۳۰ قانون مالک و مستأجر ۱۳۵۶^۳، ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶^۴، ماده ۱۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹^۵ همچنان از جایگاه و اهمیت فراوانی در نظام حقوقی ایران برخوردار است و اراده طرفین مستند به مواد مختلف قانون مدنی به‌ویژه ماده ۱۰ تقریباً همانند گذشته، نقش بنیادین در اصل انعقاد قرارداد، انتخاب طرف معامله و تعیین مفاد و شروط ضمن عقد دارد.^۶ این اصل که مورد تأیید برخی از فقها (انصاری، ۱۴۱۱؛ غروی نائینی، ۱۴۲۱ و موسوی‌خویی، ۱۴۱۲) و بسیاری از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۲؛ جعفری لنگروری، ۱۳۸۷ و شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹) است، در اغلب نظام‌های حقوقی (Kornet, 2010)، هم‌چنین اسناد مهم بین‌المللی از جمله ماده ۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (Schroeter, 2002)، نیز پذیرفته شده است.^۷

با وجود اهمیت قابل ملاحظه این اصل حقوقی، همچنان‌که برخی از حقوقدانان گفته‌اند، به‌ندرت میان آن و توافق ذهنی واقعی طرفین هماهنگی و انطباق کامل وجود دارد (Ejgen, 2008). زیرا تحقق

1. Freedom of Contract

۲. تأمل در این موارد، مبین آن است که نباید تنها قرارداد را ابزار تحدید اراده اشخاص دانست و به ستایش مطلق آن پرداخت (کاتوزیان، ۱۳۸۰).

۳. ماده ۳۰. کلیه طرق مستقیم یا غیرمستقیم که طرفین به‌منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند، پس از اثبات در دادگاه بلااثر و باطل اعلام خواهد شد.

۴. ماده ۷. هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه فروش با مصرف‌کننده که به موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق این قانون و یا ضمانتنامه صادره برعهده دارد، ساقط نماید یا به عهده واسطه فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر است.

۵. ماده ۱۱. در پیش‌فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود، ولی حداقل ده درصد از بها همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

۶. برای ملاحظه جایگاه این اصل در حقوق انگلیس ر. ک. به Chitty, Joseph, 2004, pp.10-14.

۷. اصل آزادی قراردادی در قلمرو تعیین دادگاه صالح برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی هم چنین تعیین قانون حاکم امروزه مطرح است و طرفداران بی‌شماری دارد. (باقری، ۱۳۸۶ و نیکبخت، ۱۳۸۶).

کامل این اصل مستلزم این است که طرف قرارداد واجد آگاهی، امکان انتخاب گزینه‌های متعارف^۱ دیگر و نظایر آن باشد (Miller & Wertheimer, 2010) که حقیقتاً کمتر دیده می‌شود.

صرف نظر از این نکات مهم در خصوص جایگاه کلی اصل آزادی قراردادی در حقوق، همان‌طور که در مقدمه این مقاله گفته شد، در قلمرو قرارداد و اگذاری سهام دولت راجع به نقش این اصل در مرحله تعیین مفاد و شروط قرارداد مزبور، ابهامات و پرسش‌های متعددی مطرح است. از جمله این که نقش طرفین قرارداد (متقاضی خرید سهم و سازمان خصوصی‌سازی) در این بخش چیست؟ آیا خریدار فقط مجاز به قبول تمام شرایط از قبل اعلام شده یا عدم شرکت در مزایده است یا این که این فرصت برای او هست که با سازمان خصوصی‌سازی در مورد شرایط قرارداد مذاکره و گفتگو کند؟ در صورت وجود شرایط از قبل تعیین شده، مرجع تعیین و تصویب شروط مذکور کیست؟ آیا مرجع مورد نظر برای تعیین و تصویب شروط قراردادی از ضوابط یا معیارهای مشخصی تبعیت می‌کند یا مجاز است هر شرطی که صلاح می‌داند، در قرارداد پیش‌بینی کند؟ توصیف قرارداد و اگذاری سهام به عنوان یک قرارداد الحاقی چه تأثیری در جهت تحلیل جایگاه اصل حاکمیت اراده در این نوع قراردادها دارد؟

با توجه به این پرسش‌ها، در این گفتار ابتدا به بررسی موضوع از منظر متقاضی خرید سهم می‌پردازیم و سپس حدود اختیار سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد را در این باره بررسی می‌کنیم و سرانجام مبانی، مستندات و محدودیت‌های تعیین شروط قرارداد توسط نهادهایی نظیر هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را مطالعه خواهیم کرد.

الف. نقش متقاضی خرید سهم در تعیین شروط قرارداد

در قراردادهایی که از طریق مناقصه و مزایده برگزار می‌شود^۲، به‌ویژه در قراردادهای دولتی معمولاً تمام شرایط قرارداد از قبل توسط برگزارکننده مناقصه و مزایده در قالب یک قرارداد نمونه (استاندارد)^۳ تعیین و اعلام می‌شود و متقاضی شرکت در معامله نوعاً جز قبول بی و قید شرط آن یا

1. Reasonable Alternatives

۲. برخی نویسندگان ادعا کرده‌اند که بیش از ۹۰ درصد قراردادهای انعقاد یافته (اعم از خصوصی و دولتی) از طریق قراردادهای استاندارد و شروط از قبل تعیین شده انجام می‌پذیرد (اسلوسون، ۱۹۷۱، به نقل از شیروی، ۱۳۸۱).

۳. قرارداد استاندارد یک متن تنظیم شده است که حاوی جزییات قراردادی از قبیل حقوق و تعهدات و مسؤولیت‌های طرفین موارد نقض قرارداد ضمانت اجرا و چگونگی حل و فصل اختلافات است که یکی از طرفین به طرف دیگر بدون حق مذاکره و تغییر ارایه می‌کند (شیروی، عبدالحسین، همان) در خصوص این نوع قرارداد هم چنین ر.ک. به مقاله دیگر این نویسنده: (شیروی، ۱۳۷۸).

عدم شرکت، نقشی در تعیین مفاد و شروط قرارداد ندارد. مطابق اصول و قواعد کلی حاکم بر معاملات دولتی از جمله ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی هرگونه قرارداد فروش اموال دولت باید از طریق مزایده صورت گیرد. طبعاً در این‌گونه قراردادها دستگاهی اجرایی متولی برگزاری مزایده به عنوان طرف قرارداد، شرایط مورد نظر را تعیین و در آگهی مزایده اعلام می‌کنند و اصولاً شرکت‌کننده در مزایده مجاز به مذاکره و چانه‌زنی در مورد شرایط موصوف نیست^۱. البته قسمت اخیر همین ماده، ۱۴ مورد را از جمله معاملات با وزارتخانه‌ها یا مؤسسات دولتی، خرید اموال، خدمات و حقوق منحصر به فرد و فاقد انواع مشابه و خرید و اجاره اموال غیرمنقول را از شمول ضوابط و تشریفات مزایده و مناقصه مستثنی کرده که طبعاً در این‌گونه موارد به لحاظ این‌که دولت امکان انتخاب طرف قرارداد و ملاحظه شرایط وی را می‌یابد و در واقع دست دولت برای پذیرش شروط پیشنهادی طرف مقابل از لحاظ قانونی باز می‌شود و از طرفی متقاضی نیز فرصت می‌یابد تا ملاحظات و اقتضات کار خود را تشریح و تبیین کند؛ بنابراین تا حدی زمینه برای مذاکره و طبعاً نقش‌آفرینی متقاضی خرید در تعیین مفاد و شروط قرارداد فراهم می‌آید.

مطابق بندهای الف و ب ماده ۲۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، سهام دولت نیز مانند سایر اموال دستگاه‌های اجرایی باید از طریق بورس یا مزایده عمومی واگذار شود که منطقی و قانوناً در این‌گونه موارد امکان مشارکت متقاضی در فرایند تعیین شروط قرارداد وجود ندارد. زیرا هرگونه تغییر شرایط اعلام شده در آگهی مزایده از طریق مذاکره و گفتگوی بعدی با برنده مزایده، مغایر اصل برابری شرکت‌کنندگان در مزایده و ضرورت شفاف‌سازی و اعلام قبلی کامل کلیه اطلاعات و شرایط مؤثر در تصمیم‌گیری افراد جهت شرکت یا عدم شرکت در مزایده خواهد بود^۲. البته بند ج ماده ۲۰ اجازه داده است چنان‌چه امکان فروش از طریق بورس یا مزایده فراهم نشد، سازمان خصوصی‌سازی بتواند با مجوز هیأت واگذاری اقدام به فروش سهام از طریق مذاکره کرده و

۱. برخی از حقوقدانان معتقدند وقتی استفاده از خدمات عمومی تابع مقررات ویژه‌ای می‌شود مبنای حقوقی این مقررات رعایت منافع عمومی است نه توافقی که مدیر مؤسسه با مشتری کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۲).
۲. به همین دلیل، چنان‌چه در آگهی مزایده فروش سهام اعلام شود که ۲۰ درصد ثمن معامله باید نقد پرداخت شود و شخصی پس از شرکت در مزایده و قبول شرایط و برنده شدن از سازمان خصوصی‌سازی تقاضا کند که به جای حقه نقدی آماده است هرگونه ضمانت‌نامه پرداخت یا چک تضمینی که پرداخت آن تضمین شده است بدهد. چون تغییر شرایط مزایده محسوب می‌شود و مغایر اصل تساوی شرکت‌کنندگان در مزایده است، قابل قبول نیست.

عملاً طرف قرارداد خود را انتخاب کند. با توجه به این که واگذاری از طریق مذاکره مستند به بند فوق و بند ۵ قسمت ب ماده ۴۰ قانون و دستورالعمل "واگذاری برای متقاضیان خرید فرصتی فراهم می‌آورد تا به ارائه پیشنهادات و اعلام شرایط خود به دولت بپردازند، شاید بتوان گفت در این حالت اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از حیث تعیین شروط قرارداد از منظر متقاضی خرید تا حدی پذیرفته شده است. هر چند دقت در مفاد دستورالعمل فوق به ویژه ماده ۴ آن که متضمن ضرورت آگهی فروش سهام دولت از طریق مذاکره با شرایط و ضوابط مشخص و حتی تعیین و اعلام متن قراردادی که در آینده باید تنظیم و امضاء شود، است، حکایت از آن دارد که در این قسم از فروش هم نقش چندانی نمی‌توان برای متقاضی خرید در تعیین شروط قرارداد لحاظ کرد. چون به نظر می‌رسد در این شیوه واگذاری هم، امکان مذاکره و چانه‌زنی فقط در مورد بهای سهام و شرایط پرداخت آن فراهم می‌شود و از جهات دیگر شیوه مذکور تفاوت اساسی با واگذاری از طریق بورس و مزایده ندارد.

ب. جایگاه سازمان خصوصی‌سازی در تعیین شروط قرارداد

همان‌طور که گفته شد، سازمان خصوصی‌سازی طرف قرارداد متقاضی خرید سهم است و قرارداد را به عنوان اصیل و نه نماینده، امضاء می‌کند. پرسشی که مطرح است این که آیا سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد مجاز به مشارکت در فرایند تعیین مفاد شروط قرارداد در چارچوب ضوابط و مصوبات هیأت واگذاری یا شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است یا باید آنچه که مراجع مذکور تعیین و مصوب می‌کنند، عیناً به عنوان متن قرارداد در اختیار خریدار قرار دهد.

ممکن است گفته شود با توجه به این که در هیچ یک از مواد قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی این حق از سازمان سلب نشده و از طرفی در مواد مختلف این قانون از جمله بند ج ماده ۱۷، سازمان خصوصی‌سازی مسؤول و متولی واگذاری اعلام شده و علی‌القاعده هر دستگاهی که ملزم به انجام کاری است، اذن اجرای لوازم و مقدمات آن را دارد؛ بنابراین سازمان مجاز است که متن قرارداد و شروط آن را در چارچوب قوانین و مقررات از جمله آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مصوب هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تنظیم و به امضای طرف برساند. هم‌چنان که سایر دستگاه‌های دولتی به هنگام برگزاری مزایده و مناقصه با وجود تبعیت از چارچوب‌ها و ضوابط کلی موجود (به عنوان مثال شرایط عمومی پیمان) اجازه دارند، برخی نکات و شروطی که مغایر ضوابط و مقررات کلی فوق نباشد، در قرارداد درج نمایند.

با این حال، به نظر نگارنده بنا به دلایل متعدد زیر باید معتقد بود که سازمان خصوصی سازی نقشی در تعیین شروط و مفاد قرارداد واگذاری سهام ندارد:

۱. در مورد دستگاه‌های اجرایی، اصل فقدان اختیار آن‌هاست؛ مگر این که چنین اختیاری به موجب قانون به آن‌ها داده شده باشد؛ بنابراین استدلال بر این مطلب که چون حق تعیین شروط از سازمان سلب نشده است؛ پس سازمان مجاز تلقی می‌شود، صحیح نبوده و اصل جواز و اباحه که در قلمرو حقوق خصوصی یکی از اصول اساسی و بنیادین به شمار می‌رود، در حوزه حقوق عمومی کاربردی ندارد و در واقع باید اصله الحظر را ملاک قرار داد.

۲. در مواد مختلف قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از جمله پارگراف دوم ماده ۲۵ و بند ۲ قسمت الف و بندهای ۴ و ۵ ماده ۴۰، نحوه تنظیم، تعیین و درج حقوق و تعهدات طرفین جزء وظایف و اختیارات هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اعلام شده و در این بخش سهم و نقشی برای سازمان خصوصی سازی در نظر گرفته نشده است. سازمان خصوصی سازی بر خلاف سایر دستگاه‌های دولتی که مزایده و مناقصه را در ارتباط با اموال و دارایی‌های خود و به منظور تأمین اهداف و مأموریت‌های خاص مرتبط با دستگاه انجام می‌دهند، تنها دستگاه دولتی است که مسؤول واگذاری سهام، اموال و دارایی‌های دولت در شرکت‌ها و بنگاه‌های مختلف بوده و در واقع نسبت به اموالی اقدام می‌کند که مالکیتی نسبت به آن‌ها ندارد. بنابراین، قیاس این سازمان با سایر دستگاه‌های دولتی در امر مزایده چندان صحیح نیست. به تعبیر دیگر، چون سازمان خصوصی سازی متولی واگذاری سهام دولت (در معنای عام خود) است، بسیار منطقی است که متن قرارداد و شروط آن را نهادی فراتر از مجری و مسؤول واگذاری تدوین نماید. رویه عملی سازمان خصوصی سازی و هیأت واگذاری نیز مؤید همین تحلیل است و هرگونه تغییر یا افزایش و کاهش شروط قرارداد واگذاری سهام مادام که به تصویب هیأت مزبور نرسد، لازم‌الاجراء نیست و حتی در برخی دستورالعمل‌های هیأت مذکور صراحتاً بر این مطلب تأکید شده است. به عنوان مثال، در تبصره ۱ ماده ۲ دستورالعمل نحوه اخذ تعهدات، درج شروط و اعطای تخفیفات به خریداران سهام کنترلی شرکت‌های دولتی موضوع ماده ۲۵ قانون مصوب ۱۳۸۸/۱/۱۸ چنین آمده است.

ج) نقش شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری در تعیین مفاد قرارداد

هر چند سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد، مأمور و متولی تنظیم آن در برابر هر یک از خریداران است، لیکن همان‌طور که قبلاً به اجمال گفته شد، تدوین دستورالعمل نحوه تنظیم قرارداد واگذاری و تعیین شروط و حقوق و تعهدات فروشنده (سازمان خصوصی‌سازی) و خریدار به عهده شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری سپرده شده است.^۱ در این خصوص، دو موضوع را باید مورد توجه قرار داد: نخست مستندات و مبانی (دلایل) این امر و دیگری حدود اختیارات این نهادها در تدوین مفاد و شروط قرارداد و ضوابط و معیارهای حاکم بر آن است که ما نیز به همین دلیل در این بخش مطالب را در دو بند جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱- ج. مستندات و مبانی

مهم‌ترین نهاد سیاست‌گذار و ناظر در فرایند خصوصی‌سازی و واگذاری سهام هیأت واگذاری است که برابر ماده ۳۹ قانون با ترکیب وزیر امور اقتصادی و دارایی به عنوان رئیس و وزیر دادگستری با حق رأی و رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی و وزیر وزارتخانه مربوط هم‌چنین دو نفر از نمایندگان مجلس بدون حق رأی تشکیل می‌شود. از میان وظایف و اختیارات ۱۵ گانه این هیأت در ماده ۴۰ قانون، بندهای ۲ و ۴ قسمت الف و بندهای ۴ و ۵ قسمت ب ماده مذکور^۲ مربوط به موضوع چگونگی

۱. تفکیک طرف قرارداد (سازمان خصوصی‌سازی) از نهادهای تدوین‌کننده دستورالعمل چگونگی تنظیم قرارداد (هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی) به‌ویژه از این جهت مهم است که چنان‌چه شرط ضمن قرارداد متفاوت از متنی باشد که در دستورالعمل مصوب هیأت واگذاری آمده آنچه ملاک عمل است مفاد شرط ضمن عقد است نه مصوبه هیأت واگذاری به عنوان مثال با این‌که در ماده ۱۳ دستورالعمل «نحوه تنظیم قرارداد واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادها، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله و نحوه اعمال تخفیفات و جرایم» موضوع مصوبه شماره ۲۲۳۹۱۳ مورخ ۱۳۸۸/۱/۱۸ هیأت واگذاری مقرر شده که فسخ قرارداد واگذاری باید از طریق هیأت داوری باشد، از آن‌جا که در برخی قراردادهای سازمان خصوصی تصریح شده که فسخ قرارداد واگذاری می‌تواند رأساً توسط سازمان خصوصی انجام شود، از نظر حقوقی علی‌القاعده در روابط میان طرفین شرط ضمن عقد ملاک عمل است.

۲. ماده ۴۰ «وظایف و اختیارات هیأت واگذاری به شرح زیر است: الف. ۱- ب. ۱- ۲- ۳- ۴- تصویب دستورالعمل واگذاری و نحوه دریافت بهای حقوق قابل واگذاری ۳- ۴- ۵- ۶- ۷- ۸- ۹- ۱۰- ۱۱- ۱۲- ۱۳- ۱۴- ۱۵-»
نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادها، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله، نحوه اعمال تخفیفات و جرائم در چهارچوب ضوابط و مقررات قانونی ۵-».

تنظیم و تعیین حقوق و تعهدات طرفین و شروط قرارداد و واگذاری سهام است.

علاوه بر این، در سایر مواد قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، در ارتباط با شرایط قرارداد و نحوه تنظیم آن وظایف دیگری برای هیأت واگذاری پیش‌بینی شده که مهم‌ترین آن بند ۴ ماده ۱۶ و تبصره ۱ آن راجع به نحوه اعطای مشوق‌های مالی و غیرمالی به خریداران^۱ و ماده ۲۵ قانون در مورد چگونگی اخذ تعهدات و درج شروط مربوط سرمایه‌گذاری جدید در شرکت مورد معامله، افزایش سطح اشتغال و امثال آن است.

از میان موارد فوق که همگی باید توسط هیأت واگذاری تهیه شود، برخی از جمله آیین‌نامه نظام اقساطی واگذاری و نحوه دریافت بهای حقوق قابل واگذاری (موضوع بند ۲ و قسمت الف ماده ۴۰)، دستورالعمل نحوه اعطای مشوق‌های مالی و غیرمالی به خریداران و تهیه نظام تأمین مالی (موضوع تبصره ۱ ماده ۱۶ و بند ۴ قسمت الف ماده ۴۰) باید به موجب تبصره ۱ قسمت الف ماده ۴۰ و تبصره ۱ ماده ۱۶ قانون به تصویب شورای عالی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی برسد. بنابراین، برای شورای مزبور که با ترکیب مندرج در ماده ۴۱ تشکیل می‌شود و تقریباً از قوای سه‌گانه و همه دستگاه‌های مهم کشور نمایندگانی در آن حضور دارند، راجع به مشارکت در فرایند تدوین و تعیین شروط قرارداد نقش بیش از آن‌چه گفته شد، مقرر نگردیده است.

مهم‌ترین مبنا و دلیل اعطای اختیار تهیه و تدوین شروط قراردادی و حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد واگذاری سهام به شورای عالی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری اهمیت موضوع هم از حیث حجم مالی آن و هم از جهت تأثیر فراوانی است که این‌گونه واگذاری‌ها می‌تواند در رشد اقتصاد ملی گسترش مالکیت مردم ارتقاء کارایی و بهره‌وری و امثال آن به نحوی که در سیاست‌های کلی ابلاغی مقام رهبری راجع به اصل ۴۴ قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته، داشته باشد. ترکیب اعضای این نهادها به‌ویژه شورای عالی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز این

۱. ماده ۱۶ «به منظور حمایت از نیروی انسانی، حفظ سطح اشتغال و استمرار تولید در بنگاه‌های مشمول واگذاری، هیأت واگذاری مکلف است کلیه کارکنان هر شرکت را پیش از واگذاری، در برابر بیکاری بیمه نماید و به تناسب اقدامات زیر را انجام دهد: ۱..... ۲..... ۳..... ۴..... برای خریداران شرکت‌هایی که حاضر باشند تعداد کارکنان شرکت را پس از واگذاری افزایش دهند، مشوق‌های مالی و یا غیرمالی از جمله تخفیف در اصل قیمت اعلام نماید.

تبصره ۱- اعمال مشوق‌های مالی و یا غیرمالی موضوع این ماده بر اساس دستورالعملی خواهد بود که به پیشنهاد هیأت واگذاری به تصویب شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و چهارم قانون اساسی خواهد رسید.»

اهمیت را اثبات می‌کند. با توجه به این اهمیت، مقنن به درستی سعی کرده شأن سیاست‌گذاری و نظارت را از شأن اجرا جدا کرده و چگونگی تعیین شروط قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین را که یکی از مصادیق بارز سیاست‌گذاری است، به سازمان خصوصی‌سازی به عنوان مجری این پروژه بزرگ نسپارد.

البته باید توجه داشت که بخشی از شروط قرارداد با حکم مجلس شورای اسلامی تعیین شده و باید توسط سازمان خصوصی‌سازی در قرارداد واگذاری سهام با خریداران درج شود. به عنوان مثال، ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه (تنفیدی در ماده ۳۰ قانون) تصریح می‌کند که اختلافات مربوط به امر واگذاری باید در هیأت داورى موضوع این ماده رسیدگی شود و این امر یعنی ارجاع اختلافات به داورى هیأت خاص باید در قرارداد واگذاری درج شده و به امضای طرفین برسد.^۱

با این حال، نباید از این نکته مهم غفلت کرد که دخالت هیأت واگذاری، شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و حتی مجلس شورای اسلامی در فرایند تدوین مفاد قرارداد، صرفاً در سطح تهیه و ابلاغ چارچوب، دستورالعمل، آیین‌نامه و حتی تدوین نمونه قرارداد بوده و در هر صورت این سازمان خصوصی‌سازی است که با استفاده از این مقررات و نمونه قراردادها و شروط تهیه شده، متن قرارداد را تنظیم و به عنوان مجری به امضای طرف مقابل می‌رساند. بنابراین، هیچ‌کدام از این نهادها در انعقاد قرارداد و تعیین شروط آن به‌طور مستقیم و به عنوان اصیل نقشی ایفا نمی‌کنند.

۲- ج. حدود اختیارات هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون

اساسی در تدوین شروط قرارداد واگذاری

گفته شد که هیأت واگذاری و شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مرجع تدوین و تعیین شروط قرارداد واگذاری سهام و حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار هستند. پرسشی که اینک مطرح است، این است که حدود اختیارات این نهادها در تدوین شروط مزبور چیست؟ آیا مجازند هر شرطی که خود صلاح می‌دانند مصوب کرده و سازمان خصوصی‌سازی را مکلف به درج آن در قرارداد کنند؟ چنانچه اختیار آن‌ها در تدوین و تعیین شروط و حقوق و تعهدات طرفین مطلق نیست، چه معیارها و ضوابطی را باید بر مصوبات آن‌ها حاکم دانست و مدعی شد که مراجع مذکور حق عدول از معیارها و ضوابط مذکور را ندارند؟

۱. هر چند برخی از دادگاه‌ها از جمله شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۱۱۰۷/۲۲۷۹۰۲۲۷۹۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۵ بر این عقیده‌اند که ایجاد هیأت داورى و صلاحیت آن امره بوده و توافقی نیست (آرشیو معاونت حقوقی سازمان خصوصی‌سازی).

ذکر چند نمونه شرط قطعاً در تبیین دقیق‌تر موضوع به ما کمک می‌کند. از جمله شروطی که به عنوان مثال می‌توان این پرسش را در مورد آن‌ها طرح کرد که آیا نهادهای فوق حق تعیین آن را برای درج در قرارداد دارند، عبارتند از ۱. خریداران سهام موظفند بدهی شرکت مورد واگذاری به دولت را بپردازند، اعم از این که سهام خریداری شده آن‌ها کم‌تر از پنجاه درصد یا بیش از آن باشد. ۲. خریدار نباید بدهی معوق بانکی داشته باشد. ۳. خریدار موظف است نسبت به جایگزینی تضامین شرکت مادر تخصصی بابت تعهدات شرکت مورد معامله به مؤسسات مالی و اعتباری اقدام نماید. ۴. مادام که بدهی شرکت مورد واگذاری به شرکت مادر تخصصی پرداخت نشده، سازمان خصوصی‌سازی ملزم است سهام مورد معامله را کماکان در وثیقه خود نگهدارد. ۵. خریداران موظفند مقررات پدافند غیرعامل را رعایت کنند. ۶. خریداران موظفند مقررات مربوط به اماکن حفاظتی و امنیتی را رعایت کنند. ۷. خریداران موظفند بدهی اقساطی شرکت مورد معامله به بانک‌های دولتی را یک‌جا پرداخت کنند. ۸. خریدار ملزم است نام شرکت مورد واگذاری را تغییر دهد. ۹. خریدار باید شخص حقوقی باشد. ۱۰. خریدار نباید جزء فهرست مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی باشد. ۱۱. سهم هر خریدار در شرکت مورد واگذاری نباید از بیست درصد تجاوز کند. ۱۲. خریدار باید مسلمان باشد.

به نظر می‌رسد تردیدی نیست که اختیار نهادهای مزبور در تعیین و تدوین شروط قرارداد از جمله مثال‌ها و مصادیق فوق، مطلق نبوده و با اجازه کلی مندرج در قوانین مبنی بر امکان تدوین دستورالعمل و ضوابط تنظیم قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات آن، نمی‌توان به این نتیجه رسید که پیش‌بینی هر شرطی از سوی این مراجع مجاز بوده و سازمان خصوصی‌سازی ملزم به درج آن در قرارداد است؛ زیرا، برخی از این شروط مغایر صریح قوانین موجود هستند. به عنوان مثال، نمی‌توان در قرارداد شرط کرد که نهادهای عمومی غیردولتی حق شرکت در مزایده را ندارند.^۱ چون در مواد مختلف قانون از جمله بندهای الف و ب ماده ۳ و تبصره ۱ بند الف این ماده و بندهای ب و ج ماده ۴ صراحتاً از امکان فعالیت و تملک سهام دولت توسط این مؤسسات در کنار بخش خصوصی و تعاونی نام برده شده است.

در برخی از مواد قانون، نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از جمله پارگراف دوم ماده ۲۳ و بند ۴ قسمت ب ماده ۴۰، از ضرورت رعایت ضوابط و مقررات قانونی در تدوین این دستورالعمل‌ها و شروط و تعهدات قراردادی تأکید شده که مؤید مطلق نبودن اختیار مراجع مذکور

۱. حتی اگر از لحاظ کارشناسی و منطبق بر موازین علم اقتصاد ثابت شده باشد که واگذاری سهام دولت به این‌گونه نهادها به نفع اقتصاد ملی و رشد و تقویت بخش خصوصی واقعی نبوده و چه بسا مغایر روح و جهت‌گیری کلی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است.

است. لیکن نکته‌ای که باید دقت شود این است که آیا مقصود از تدوین دستورالعمل و آیین‌نامه در چارچوب ضوابط و مقررات قانونی انتساب هر یک از شروط پیشنهادی به قوانین موجود به طور مستقیم یا غیرمستقیم است یا صرف عدم مغایرت با این قوانین کفایت می‌کند^۱.

به نظر نویسنده، نظریه نخست مرجح است و اختیار این مراجع را باید ناظر به آن دسته از شروطی دانست که به نحوی از انحاء از قوانین و مقررات عمومی یا مواد قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی قابل استخراج است. به عنوان مثال، از آن جا که در ماده ۲۴ قانون فوق، افراد خاصی از شرکت در مزایده و خرید سهام دولت منع شده‌اند، درج شرطی در قرارداد مبنی بر اقرار خریدار به این که مشمول مصادیق این ماده نیست و چنان چه خلاف آن اثبات گردد، معامله باطل است و خریدار باید رقم مشخصی خسارت پرداخت کند، بلاشکال است؛ یا چون در ماده ۲۵ از امکان درج برخی شروط به صورت تمثیلی سخن به میان آمده، بنابراین هیأت واگذاری در مقام تدوین دستورالعمل این ماده می‌تواند شروط جدیدی را که هم‌سنخ موارد مذکور در آن ماده باشد، اضافه کند^۲. هم‌چنین با توجه این که حفظ حقوق دولت و جلوگیری از تضییع حقوق شرکت مادر تخصصی از طریق پرداخت بدهی‌های بنگاه مورد واگذاری به این شرکت و آزادسازی تضامینی که دولت (شرکت مادر تخصصی) بابت بدهی‌های بنگاه موصوف نزد اشخاص ثالث سپرده کاملاً ضروری و منطقی و موافق اهداف و اغراض مقنن در قانون است، بنابراین پیش‌بینی لزوم درج شرطی به عهده خریداران کنترلی در قرارداد مبنی بر این که آزاد سازی سهام مورد واگذاری و تضامین خریدار نزد سازمان خصوصی‌سازی در پایان پرداخت اقساط موکول به پرداخت بدهی‌های شرکت مورد واگذاری به دولت است صحیح و قابل دفاع است^۳.

درج شروط فاقد این ویژگی‌ها، در صورتی در قرارداد مجاز است که اجرای آن نسبت به بخش غیردولتی خارج از فضای واگذاری نیز ممکن باشد. برای مثال، چنان چه مقررات پدافند غیرعامل برای

۱. همان نزاعی که در تفسیر اصل ۴ قانون اساسی رخ داده است.

۲. البته این هیأت در مقام تدوین دستورالعمل ماده مزبور به همین چند نمونه مندرج در متن ماده بسنده کرده است.

۳. لازم به ذکر است که هیأت واگذاری به دنبال بروز برخی مشکلات عمل در ارتباط با این دسته از بدهی‌ها و تضییع حقوق دولت در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۷ یک بند به شرح زیر به دستورالعمل نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری الحاق نمود «آزادسازی سهام و استرداد اسناد تضمین توسط سازمان خصوصی‌سازی منوط به تعیین تکلیف مطالبات شرکت‌های مادر تخصصی و سایر اشخاص دولتی نظیر خزانه مندرج در صورت‌های مالی حسابرسی شده مبنای ارزیابی سهام خواهد بود».

همه شرکت‌های فعال در حوزه مشخص اعم از دولتی و غیردولتی الزامی باشد، درج لزوم رعایت آن در قرارداد واگذاری سهام شرکت فعال در این حوزه و پیش‌بینی ضمانت اجرای تخلف از آن اشکالی ندارد^۱. البته ممکن است گفته شود که در صورت الزامی بودن این شرط برای همه شرکت‌های فعال در یک حوزه معین، درج آن در قرارداد چه فایده و ضرورتی دارد؛ در حالی که درج آن در قرارداد از این جهت مفید است که قراردادی شدن این مطلب به دولت و سازمان خصوصی‌سازی اجازه می‌دهد ضمانت اجرای قراردادی نظیر فسخ و مطالبه خسارت را پیش‌بینی کند.

در این‌گونه موارد، دولت بر خلاف اشخاص حقوقی خصوصی مجاز نیست هر شرطی که صرفاً خلاف قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، در قرارداد اضافه کند. به تعبیر دیگر، در قرارداد واگذاری سهام نباید از اصل وحدت احکام قراردادهای دولتی و خصوصی دفاع کرد و مدعی شد. همچنان که هر شخص خصوصی هنگام فروش مال خود به شخص ثالث حق دارد هر شرطی که خلاف قواعد آمره و اخلاق حسنه نباشد، در قرارداد درج کند، دولت نیز می‌تواند چنین کند. این استدلال ممکن است در قراردادهایی که دولت همانند اشخاص حقوقی خصوصی عمل می‌کند (موضوع ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری^۲) قابل اعمال باشد (طباطبایی مومنی، ۱۳۷۶)، اما قراردادهایی را که دولت با اهداف و مقاصد ویژه منعقد می‌کند، مثل قرارداد واگذاری سهام دولت، حکم به جواز درج هرگونه شرط با استناد به اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی به نحوی که در قلمرو حقوق خصوصی مطرح است، موجه نیست.

علاوه بر این، با این‌که در بند ۴ قسمت ب ماده ۴۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، هیأت واگذاری مجاز به تدوین دستورالعمل نحوه تنظیم قرارداد شامل حقوق و تعهدات طرفین، وثایق و تضامن و امثال آن شده است، مصوبات آن نباید با اصول اساسی و بنیادین حقوق

۱. معاونت حقوقی رییس‌جمهور در مورد اضافه نمودن شرط رعایت مقررات مربوط به پدافند غیرعامل در فرایند خصوصی‌سازی و اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی به موجب نظریه شماره ۳۶۰۸/۳۹۵۹۷ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۹ چنین نظر داده است «موظف کردن بخش غیردولتی به اجرای سیاست‌های مورد نظر در اسناد و قراردادهای مربوط به واگذاری امکان‌پذیر است؛ لیکن به جهت عملی واجد مشکلات خاص بوده و از جمله در قیمت واگذاری ارائه پیشنهاد و خرید تأثیرگذار است.» سامانه قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران قابل دسترسی از: www.dotic.ir

۲. امور اقتصادی، آن دسته از اموری است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند از قبیل: تصدی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل و نقل، بازرگانی، مسکن و بهره‌برداری از طرح‌های مندرج در ماده ۱۰ این قانون.

قراردادها مغایرت داشته باشد. برای مثال، در حقوق قراردادهای ایران مستفاد از مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی، جایگزینی تضامین جدید به جای تضامین سابق، مستلزم رضایت متعهده یا مضمون له است. بنابراین، درج شرط در قرارداد واگذاری سهام مبنی بر این که خریدار موظف است در هر صورت (حتی با فرض عدم رضایت مضمون له) نسبت به جایگزینی تضامین اقدام کند، به لحاظ مغایرت با اصول مزبور باطل و غیر قابل اجراست.

با این حال، به نظر می‌رسد با توجه به این که هیأت واگذاری در قانون مذکور تقریباً به طور مطلق مرجع تعیین و تصویب حقوق و تعهدات قراردادی اعلام شده و از طرفی به لحاظ عدم ارائه ضابطه معین و قابل اتکاء از سوی مقنن امکان کنترل اختیارات هیأت مزبور در مراجع قضایی از جمله دیوان عدالت اداری وجود ندارد، باید چنین تحلیل کرد که هیأت اصولاً می‌تواند هر شرطی را که مخالف صریح یا ضمنی قانون، اصول و قواعد کلی حقوقی نباشد در قرارداد بگنجانند و انتساب آن به احکام ماهوی قانونی یا استخراج از آن ضرورتی ندارد. دقت در رویه سازمان خصوصی سازی که تاکنون مورد اعتراض قرار نگرفته است، نیز مؤید همین تفسیر است. به عنوان مثال، در بند ۴-۱ آگهی نوبت اول مزایده دو باشگاه پرسپولیس و استقلال مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۵ بنا به تصویب هیأت واگذاری تصریح شده که خریدار نباید بدهی معوقه بانکی و سابقه محکومیت مؤثر کیفری داشته باشد؛ یا در بند ۵-۱ همین آگهی مقرر شده که متقاضیان شرکت در مزایده نمی‌توانند در مزایده هر دو باشگاه شرکت کنند؛ یا برابر بند ۱۵-۱ خریداران باید ۲۰ درصد از سهام شرکت در حال تأسیس را به پیشکشوتان و هواداران همان باشگاه واگذار کنند. همچنین، مطابق بند ۶-۲ متقاضیانی که بابت شرکت در مزایده‌های قبلی اقساط معوقه دارند تا تسویه کامل بدهی حق شرکت در مزایده این دو باشگاه را ندارند (آرشیو سازمان خصوصی سازی، ۱۳۹۳). در این خصوص، به نمونه‌های دیگری هم می‌توان اشاره کرد. در آگهی نوبت اول مجتمع آلومینیم المهدی در تاریخ ۱۳۹۳/۳/۴ (منتشره در روزنامه دنیای اقتصاد) اعلام شده مادام که تضامین از سوی خریدار جایگزین نشده، هزینه‌های تمدید تضامین به عهده خریدار است؛ هم‌چنین در آگهی نوبت دوم واگذاری سهام شرکت صنایع پتروشیمی خلیج فارس (هلدینگ) در تاریخ ۱۲۹۹۲/۱۹ (منتشره در روزنامه دنیای اقتصاد) نیز مقرر شده خریدار متعهد است به نسبت سهام خریداری شده، جانشین صادرکنندگان دولتی گردد و آزادسازی سهام واگذار شده و استرداد اسناد تضمین منوط به انجام تسویه شرکت به نسبت سهام واگذار شده به شرکت مادر تخصصی و سیستم بانکی اعم از دولتی و غیر دولتی ... خواهد بود؛ در حالی که در هیچ کدام از مواد قانون اجرای

سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی یا قوانین مرتبط دیگر به امکان درج این شروط اشاره صریح یا ضمنی نشده است.

نتیجه‌گیری

تحلیل جایگاه اصل حاکمیت اراده یا به تعبیر دقیق‌تر اصل آزادی قراردادی در فرایند قرارداد واگذاری سهام دولت به‌ویژه در فرض واگذاری از طریق بورس و مزایده نشان داد آن‌چه در روابط میان خریدار سهام و سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد رخ می‌دهد، در واقع نوعی قرارداد الحاقی^۱ است که اراده خریدار صرفاً در حد تصمیم‌گیری راجع به اصل ورود به معامله یا پیشنهاد قیمت مؤثر است و در سایر موارد، اراده وی نقش چندانی ندارد. قرارداد الحاقی، هر چند به لحاظ عدم مشارکت طرف قرارداد در تدوین و تنظیم آن فاقد روح و جوهره قرارداد است و بنابراین در مقام تفسیر آن باید به این ویژگی مهم توجه کرد؛ به‌گونه‌ای که شاید در تفسیر و تحلیل قرارداد واگذاری سهام باید بیش‌تر اراده قانونگذار یا سازمان خصوصی‌سازی به عنوان طرف قرارداد را ملاک عمل قرارداد. لیکن همان‌طور که برخی از حقوقدانان گفته‌اند، نباید وصف عقد بودن آن‌ها را انکار کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۲). و آن را در شمار ایقاع تلقی نمود^۲. در صحت این نوع قراردادها، تشکیک عمده‌ای نشده و به نظر می‌رسد منافع خود طرفین، هم‌چنین منافع و مصالح اجتماعی اعتبار بخشی کامل به آن‌ها را توجیه می‌کند (Eigen, 2008). به تعبیر دیگر، بر خلاف آن دسته از قراردادهایی که دولت همانند اشخاص خصوصی عمل می‌کند و در آن معمولاً امکان مذاکره و چانه‌زنی وجود دارد، قرارداد واگذاری سهام را شاید بتوان بنا به تعبیری که برخی از حقوقدانان به کار برده‌اند (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷)، نوعی قرارداد اداری دانست که اصولاً از لحاظ هدف، شروط و تشریفات، تفاوت‌هایی با قرارداد دسته نخست داشته و معمولاً قوانین و مقررات، نقش تعیین‌کننده در تنظیم و اجرای آن‌ها دارند. این نوع قراردادها

۱. بر ای مطالعه بیش‌تر راجع به مفهوم ماهیت و آثار قرارداد الحاقی، ر. ک. به: کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، انتشارات مدرس، چاپ دوم، تهران، شماره ۶۳ به بعد، ص ۱۰۷ به بعد - شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، تهران، شماره ۵۶، ص ۹۰ و ۹۱. البته ایشان نام تحمیلی را برای این نوع قرارداد برگزیده است.

۲. در صورتی که پذیرفته شود که عمل حقوقی مورد نظر ایقاع است و قبول طرف دیگر فقط شرط اجرای آن است، آن‌گاه باید در مقام تفسیر این عمل به جای کاوش در قصد مشترک طرفین اراده یکی از طرفین (سازنده واقعی) را مبنای عمل قرارداد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲).

مثل قرارداد پیمان (اسماعیلی هریس، ۱۳۸۷) یا قرارداد استخدامی که اغلب جنبه الحاقی دارند، در قلمرو حقوق عمومی بسیار مرسوم و متداول است.

از سوی دیگر، سازمان خصوصی‌سازی که به عنوان اصیل (نه نماینده) اقدام به انعقاد قرارداد با خریدار سهم می‌کند، نقشی در تعیین شروط و حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار ندارد و محتوی قرارداد و انگذاری سهام را شروطی تشکیل می‌دهد که حسب مورد توسط مجلس شورای اسلامی^۱، شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری، تدوین و تصویب می‌شود و سازمان خصوصی‌سازی متن قرارداد را با توجه کامل و دقیق به این ضوابط و اغلب حتی در چارچوب نمونه قرارداد تنظیمی تهیه و امضاء می‌کند.^۲

البته اختیار نهادهای مذکور و به‌طور مشخص شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و هیأت واگذاری مطلق نبوده و مستفاد از ظهور ماده ۲۵ و بند ۴ قسمت ب ماده ۴۰ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی همچنین اهداف و مقاصد مهمی که در مقدمه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (ابلاغی مقام رهبری) مورد تأکید قرار گرفته و التفات به این نکته که علی‌القاعده هرگونه شرطی که مستخرج از قوانین و مقررات عمومی و یا قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نباشد، قطعاً بازدارنده بوده و بر تقاضای بخش خصوصی واقعی جهت خرید سهام تأثیر منفی می‌گذارد؛ بنابراین باید تأکید کرد که اختیارات این نهادها نیز در تعیین مفاد و شروط قرارداد، تابع محدودیت‌ها و ضوابط معینی است و به‌طور کامل از اصل آزادی قراردادی، به‌ترتیبی که در حقوق قراردادهای خصوصی مرسوم است، تبعیت نمی‌کند.

منابع

الف) فارسی

اسکینی، ربیعا و بنام فرید، دل افروز (۱۳۹۰). ساختار و ماهیت حقوقی حق العمل‌کاری، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۳، صص ۲۰۰-۱۷۳.

۱. یکی از شروط قرارداد و انگذاری سهام مطابق ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه (تنفیذی در ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی شرط داوری است که به حکم مستقیم قانون به طرف قرارداد تحمیل شده است).

۲. هرچند به نظر می‌رسد امکان مذاکره و مشارکت افراد در تنظیم قرارداد بیش‌تر باشد، اقبال و در نتیجه سرعت و توفیق خصوصی‌سازی بیش‌تر خواهد بود.

- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۷). *مبانی حقوق پیمان*. تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ چهارم.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱). مکاسب، ج ۳، بیروت: انتشارات دارالذخایر، چاپ اول.
- باقری، محمود (۱۳۸۶). حدود آزادی طرفین در تعیین صلاحیت قضایی بین‌المللی: جایگاه داوری تجاری بین‌المللی، *فصلنامه حقوق*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دوره ۳۷، شماره ۳، صص ۶۲-۲۹.
- باقری، محمود (۱۳۹۰). *نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی*، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس، چاپ اول.
- پاک‌دامن، رضا (۱۳۸۸). *رویکردهای اجرایی و قانونی خصوصی‌سازی*، تهران: انتشارات مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران، چاپ اول.
- جعفری لنگروری، محمدجعفر (۱۳۸۷). *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۹۰). *اصول حاکم بر قراردادهای دولتی*، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول.
- دیوان عدالت اداری (۱۳۸۸). دادنامه شماره ۲۴۹ مورخ ۱۳۸۸/۳/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری راجع به تصویب‌نامه شماره ۱۶۶۰ ت ۳۹۴۵۳ مورخ ۱۳۸۷/۱/۱۰ هیأت وزیران. قابل دسترسی از: www.divan.edalat.ir.
- رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۷). *ویژگی‌های قراردادهای اداری*، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، صص ۱۵۱-۱۳۵.
- سازمان خصوصی‌سازی (۱۳۹۳). *آگهی‌های مزایده سهام دولت منتشره در روزنامه‌های کثیرالانتشار*. قابل دسترسی از: www.ipd.ir.
- شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹). *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)*، تبریز: انتشارات فروزش، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان، چاپ اول.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۸). *نقش قراردادهای استاندارد (نمونه) در تجارت بین‌المللی و مقایسه آن با قرارداد الحاقی در حقوق داخلی*، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۲.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۱). *قراردادهای استاندارد (الحاقی) در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا*، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال چهارم، شماره ۱۲.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ اول، تهران.
- صفایی، سیدحسین و همکاران (۱۳۸۷). *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- طباطبایی‌موتمنی، منوچهر (۱۳۷۶). *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، چاپ سوم.
- غروی‌نائینی، محمد حسین ملقب به میرزای نائینی (۱۴۲۱). *منیه‌الطالب*، ج ۳، قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.

- قنواتی، جلیل و تفرشی، محمدعیسی (۱۳۸۰). رابطه نمایندگی به نهادهای حق العمل کاری، عاملی و دلای، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال سوم، شماره ۱۱، ص ۵۵-۸۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). *حقوق مدنی، ایقاع*، تهران: نشر یلدا، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). *طبیعت قراردادهای الحاقی*، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال اول، شماره اول، صص ۱۷-۲۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). *قواعد عمومی قراردادها*، ج اول، تهران: انتشارات مدرس، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *ستایش قرارداد یا اداره قرارداد*، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۵۲، ش (۰)، صص ۱۳۵-۱۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هفتم.
- معاونت حقوقی رئیس جمهور (۱۳۸۷). *نظریه اضافه نمودن شرط رعایت مقررات مربوط به پدافند غیرعامل در قرارداد واگذاری سهام در فرایند خصوصی سازی به شماره ۳۶۰۸/۳۹۵۹۷ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۹*، معاونت حقوقی رییس جمهور، سامانه قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران. قابل دسترسی از: www.dotic.ir.
- معاونت حقوقی سازمان خصوصی سازی (۱۳۹۰). *د/دنامه شماره ۹۰۱۱۰۷/۲۲۷۹۰۹۹۷۰ مورخ ۹۰/۱۰/۲۵* شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، آرشیو معاونت حقوقی سازمان خصوصی سازی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲). *مصباح الفقه*، ج ۷، بیروت: انتشارات دارالهادی، چاپ اول.
- مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی (۱۳۹۳). گزارش «آسیب شناسی حقوقی و اجرایی واگذاری سهام دولتی به مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، برگزارکننده مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی با حضور آقای تقدیسیان قائم مقام معاون حقوقی رئیس جمهور و مهندس پوری حسینی رئیس کل سازمان خصوصی سازی. قابل دسترسی از: www.imps.ir.
- نظریه شورای نگهبان (۱۳۹۴). *راجع به فراز دوم جزء ۱ تبصره بند ۴ بند (پ) ماده ۸ لایحه رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور موضوع الحاق تبصره مزبور به ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور*. قابل دسترسی از: www.shora-gc.ir.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۴). *تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)*، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی*، شماره ۳۲، صص ۵۱-۷.
- هداوند، مهدی (۱۳۹۰). *حقوق اداری تطبیقی*، ج اول، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.

(ب) انگلیسی

- Chitty, Joseph (2004) .*The Law of Contract*. V.1, London, Sweet and Maxwell.
- Dru, Stevenson (2003). Privatization of Welfare Services: Delegation by Commercial Contract, *Arizona Law Review*, 45(83), pp. 83-113.
- Dyck, Alexander and Wruck, Karen Hopper (1998). Organization Structure, Contract Design and Government Ownership: a Clinical Analysis of German Privatization, *The Journal of Corporate Finance: Contracting, Governance and Organization*. Amsterdam: Elsevier, 4(3), pp. 265-299.
- Eigen, Zev j. (2008). The Devil in the Details: The Interrelationship among Citizenship, Rule of Law and Form-Adhesive Contracts. *Connecticut Law Review*, 41(2), pp.381-430.
- Kornet, Nicole (2010). Contracting in China: Comparative Observation on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of forms and Standards forms Contracts. *Electronic Journal of Comparative law*; 14(1), pp. 2-31.
- Miller, Franklin. G. and Wertheimer, Alan (2010). *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, ed. by Brain H. Bix, Print, Oxford University Press.
- Schroeter, Ulrich (2002). Freedom of Contract: Comparison between Provisions of CISG and Counterpart Provisions the PECL, *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*. 6, pp. 257-266.

A Reflection on the Principle of Voluntarism in the Contracts of Assignment of Government Shares in the Process of Privatization

Akbar Mirzanezhad Jouybary¹

| Amjouybary@yahoo.com

Abstract The principle of voluntarism has essential role in formation of contract, choice of contract party and ascertaining the terms of contract in the law of contract in Iran. However, the position of this principle as for contracts of assignment of government shares in the process of privatization, specifically with respect to the power and authority of contract parties to ascertain the terms of the contract, is not clear and decided. This study attempts to clarify whether the terms of contract are already ascertained or the contract parties (state and buyer) are authorized to negotiate about them and determine voluntarily the contents of the contracts. The results show that major part of content of these contracts are terms that are enacted by Parliament, Supreme Council of implementation of constitution 44th principle general policies, and Board of Assignment; In fact, Iranian Privatization Organization and buyers don't have any significant role in ascertaining the content of these contracts. However, these institutions' authority in determining the content of the aforementioned contracts is subject to specific restrictions, rules and criteria, nonetheless the Principle of Voluntarism do not govern these contracts in the same way that is observed in the private contracts.

Keywords: Privatization, Public Sector, Non-Governmental Public Institutions, Private Sector, Ownership, Management

JEL Classification: K12, K1, K.

1. Assistant Professor, Department of Law, Institute for Management and Planning Studies, Tehran, Iran.