Global Conference on New Horizons in Humanities, Future Studies and Empowerment
2016 January 28

بررسی فسخ قرار داد های دولتی در شرایط عمومی پیمان

سید مهدی بنی هاشمی

چکیده

در نظام حقوقی ایران قراردادهای پیمان در زمره قراردادهای دولتی بوده و دارای تشریفات خاصی برای انعقاد هستند .قراردادهای موضوع حقوق پیمان را می توان بدین شرح تعریف نمود: «قرارداد پیمان به قراردادی اطلاق می گردد که یک یا چند دستگاه دولتی یا اجرایی، برای بهره مندی جامعه، در قبال پرداخت مبالغ معینی، تمام یا بخشی از انجام عملی یا فروش یا خرید کالایی را به اشخاص حقیقی یا حقوقی مورد نظر خود با رعایت شرایط و مقررات دفترچه پیمان واگذار می نماید». در حال حاضر انعقاد اینگونه قراردادها بر اساس مقررات دفترچه پیمان و برخی قوانین خاص نظیر قانون برگزاری مناقصات صورت می پذیرد .در دفترچه پیمان که مجموعه مقررات اینگونه قراردادها را بیان نموده است، بطور کلی یک مورد برای انحلال قرارداد از طریق فسخ بوسیله کارفرما، پیش بینی شده است. حال آنکه در برخی موارد، ممکن است قراردادهای پیمان به سببی از اسباب بدون اراده طرفین منفسخ شده و یا حتی پیش از اجرایی شدن تعهدات، اقاله شوند. با وجود این، در مواردی، قرارداد پیمان از ابتدا باطل بوده و هیچگونه اثر حقوقی از خود بر جای نمی گذارد. موارد بطلان پیمان نیز در زمره مقررات مربوط به فسخ پیمان بیان گردیده است. برای انحلال و ابطال قراردادهای پیمان، همانند انعقاد آن، شرایط و مقررات ویژه ای در مواد 46 تا 48 شرایط عمومی پیمان پیش بینی شده که هر چند در ظاهر این تشریفات اختصاص به فسخ پیمان دارد، اما این تشریفات قابل تعمیم به سایر موارد انحلال و ابطال پیمان را نیز می باشد. در صورت عدم رعایت مقررات و تشریفات انحلال، قرارداد منحل نشده و پیمان به موجودیت خود ادامه می دهد. بعبارت دیگر شرط صحت انحلال قرارداد منوط به رعایت آن تشریفات می باشد. ضروری است مقررات قراردادهای پیمان تعدیل شده و برای عدم انجام تعهدات کارفرما، حق فسخ پیمان برای پیمانکار پیش بینی گردد .

کلید واژه: شرایط عمومی پیمان- حق فسخ- انفساخ- بطلان-کارفرما- پیمانکار

مقدمه

الف)بیان مسئله

قراردادهای پیمانکاری که برخی از حقوقدانان از آنها با عنوان «قراردادهای دولتی» یاد می کنند، از جمله عقود تشریفاتی در نظام حقوقی ایران به شمار می روند. بعبارت دیگر در انعقاد و اجرای قراردادهای دولتی ضوابط و تشریفاتی ویژه ای وجود دارد که رعایت آنها، شرط صحت چنین قراردادهایی می باشد و چنانچه آن مقررات رعایت نگردد، قرارداد بوجود آمده دچار آسیب های جدی می گردد. این تشریفات که ناشی از قدرت عمومی است، برای حفظ منافع عمومی جامعه و مصالح اجتماعی وضع گردیده و دولت به مفهوم اعم خود، موظف است در صورت انعقاد قرارداد با سایر اشخاص، این ضوابط و تشریفات را رعایت نماید. قراردادهای پیمانکاری که در زمره قراردادهای اداری به شمار می آیند، به قراردادهایی اطلاق می گردد که یک طرف آنها دستگاه های اجرایی یا سازمان ها و وزارتخانه های دولتی بوده و بر اساس قواعد مندرج در دفترچه عمومی پیمان، اقدام به انعقاد قرارداد با سایر اشخاص می نمایند. دفترچه شرایط عمومی پیمان از سه جزء موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی تشکیل شده که بر اساس ماده 23 قانون برنامه و بودجه مصوب 1351 و بخشنامه شماره102/1088-54/842 در تاریخ03/03/1378، در همه قراردادهای موضوع پیمان، باید انعقاد قرارداد طبق این دفترچه بعمل آید. از میان اسناد سه گانه فوق، شرایط عمومی پیمان به سبب وسعت و تعدد تعهدات مندرج در آن، از جایگاه ویژه ای برخوردار است. به عبارتی پایه و بنیان اصلی قراردادهای پیمانکاری، مقررات مندرج در شرایط عمومی پیمان است که همانند سایر قراردادهای دولتی، دارای قواعد و تشریفاتی خاصی می باشد. بر اساس شرایط عمومی پیمان و با عنایت به قوانین خاص نظیر قانون برگزاری مناقصات، برای اینکه قرارداد پیمانکاری منعقد گردد، باید شرایط و تشریفات ویژه ای مدنظر قرار گیرد تا بتوان آن قرارداد را دارای اعتبار دانست. با این حال گاهی اوقات به سبب وجود موجباتی، ادامه اجرای قرارداد با موانعی روبرو می گردد و شرایطی فراهم می شود که قرارداد موجود باید خاتمه یابد. برای اختتام قرارداد، روش های متعددی

در قوانین و مقررات ایران پیش بینی شده است که برخی آنها شامل مواردی نظیر فسخ، تفاسخ و انفساخ می باشد. علاوه بر موارد فوق باید گفت در برخی مواقع، چه در زمان انعقاد قرارداد و چه در زمان اجرای تعهدات قراردادی، تشریفات خاصی که قانونگذار برای انعقاد و اجرای اینگونه قراردادها وضع کرده، رعایت نمی گردد. لذا باید به ناچار آن قرارداد را فاقد منشا اثر دانسته و حکم به فساد آنها نماییم. انحلال یا ابطال قراردادهای پیمانکاری، همانند انعقادشان، دارای تشریفات و ضوابط خاصی می باشند که اگر این ضوابط و تشریفات رعایت نگردد، اثر مقصود نظر طرفین برای انحلال یا ابطال پیمان، واقع نمی شود. بعبارت دیگر در قراردادهای پیمانکاری علل و عوامل مختلفی ممکن است موجبات انحلال و ابطال پیمان را فراهم آورد که ضروری است این اسباب و تشریفات حاکم بر آنها مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد. لذا با توجه به شرحی که گذشت و با عنایت به اصول و قواعد حاکم بر مقررات قراردادهای دولتی، در این تحقیق قصد نگارنده بر آن است تا ضمن بیان کلیاتی در رابطه با قراردادهای موضوع پیمان، عوامل و موجبات انحلال و ابطال قرارداد و تشریفات حاکم بر آن و همچنین ضمانت اجراهای عدم رعایت این تشریفات را با تکیه بر اسناد پیمان، خصوصا شرایط عمومی، مورد بررسی قرار دهد تا با استعانت از مقررات بیان شده در شرایط عمومی پیمان، به بررسی وضعیت و چالش های موجود در رابطه با انحلال و ابطال چنین قراردادی بپردازد و پیشنهاداتی را در این خصوص مطرح نماید .

ب)اهداف تحقیق

آنچه که از اهداف و ضرورت های تدوین و گردآوری تحقیق حاضر دنبال می گردد، شناسایی موارد و مصادیق انحلال و ابطال قراردادهای موضوع حقوق پیمان در شرایط عمومی است. همچنین با بررسی موارد فوق، تشریفات و ضوابط حاکم بر انحلال و ابطال قرارداد، تشریح شده و ضمانت اجراهای عدم رعایت چنین تشریفاتی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد .

ج)سوالات تحقیق

سوالاتی که در تحقیق حاضر مورد بررسی قرار می گیرد و در طول تحقیق، باید به آنها پاسخ داده شود، موارد زیر می باشد :

1-چه مواردی موجب انحلال و ابطال قرارداد در شرایط عمومی پیمان می شود؟

2- تشریفات انحلال و ابطال پیمان چه می باشد؟

3- آیا عدم رعایت تشریفات مربوط به انعقاد قراردادهای دولتی تاثیری در صحت قرارداد دارد؟

د)فرضیات تحقیق

با بررسی و مطالعه مختصر در مجموعه قوانین و مقرراتی که در حوزه حقوق پیمان وجود دارد، میتوان موارد زیر را به عنوان فرضیات سوالات مطرح شده بیان نمود:

1-موارد انحلال در عقود که فسخ و تفاسخ و انفساخ قرارداد می باشد، در پیمان نیز جاری است.

2-به نظر می رسد برای انحلال و ابطال قرارداد پیمان باید تشریفات و ضوابط خاصی رعایت گردد.

3-عدم رعایت تشریفات مربوط به انعقاد قرارداد پیمان، در صحت قرارداد تاثیر گذار است.

ه)پیشینه تحقیق

آنچه که در بررسی و جستجوی سوابق مربوط به موضوع تحقیق بدست آمده، به دو دسته تقسیم می گردد: دسته اول شامل آن دسته از پژوهش هایی است که بصورت غیر مستقیم به موارد انحلال قرارداد و ابطال آن، در کلیه قراردادها پرداخته شده و کلیات انحلال و ابطال قراردادها را مورد بررسی قرار داده اند. برای مثال دوره پنج جلدی قواعد عمومی قراردادها به قلم دکتر کاتوزیان مواردی در خصوص انحلال و ابطال قراردادها را بیان نموده است. همچنین کتبی نظیر سقوط تعهدات و اصول و تشکیل قراردادها به قلم مرحوم دکتر شهیدی، در زمینه کلیات قراردادی وافی به مقصود بوده و در قسمت مربوط به کلیات انحلال و ابطال پیمان، از این کتب استفاده می گردد. اما دسته دوم، شامل مقالات و کتبی است که بصورت مستقیم قراردادهای پیمان را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده اند. از جمله این موارد می توان به کتاب «تحلیل حقوقی فسخ در قراردادهای دولتی و آثار حاکم بر آن» توسط آقای ادیبی اشاره نمود. یا پایان نامه خانم شیوا وکیلی در دانشکده

حقوق دانشگاه آزاد تهران مرکز تحت عنوان:«فسخ و خاتمه قرارداد در شرایط عمومی پیمان» وجود دارد. مضافاً اینکه مجموعه آثار آقای ابراهیم اسماعیلی هریسی در زمینه حقوق پیمان به قدر کافی در زمینه کلیات قراردادهای پیمان مواردی را بیان نموده که مورد استفاده قرار می گیرد. اما در مجموعه منابعی که از آنها نام برده شد، هیچکدام جامع و مانع نمی باشد. این آثار یا در زمینه کلیات حقوق پیمان بررسی هایی را صورت داده یا موارد انحلال قرارداد را منحصر در فسخ دانسته اند. چه اینکه در هیچیک از آثار فوق سخنی از ابطال پیمان به میان نیامده است که این امر از جمله مشکالت تدوین پایان نامه حاضر می باشد.

و)روش تحقیق و گرد آوری

روش تحقیق در این پایان نامه بصورت تحلیلی و توصیفی می باشد که داده ها پس از جمع آوری، تشریح و توصیف می شود و سپس مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد. در رابطه با روش گردآوری اطلاعات منحصرا از روش کتابخانه ای استفاده می شود که با مراجعه به کتب و مقالات و پایگاه های اینترنتی اطلاعات و مطالب گردآوری می شود .

ز) ساماندهی پژوهش

پژوهش حاضر در سه فصل مورد بررسی قرار می گیرد که در فصل اول، ابتدا به بیان مفاهیم مورد استفاده در حقوق پیمان و اصطلاحات مشابه و مرتبط با آن پرداخته می شود. همچنین کلیاتی در خصوص دفترچه پیمان و ویژگی های قراردادهای پیمانکاری و تعهدات طرفین نیز در حدی که مرتبط با موضوع تحقیق می باشد، مورد بررسی و مطالعه قرار می گیرد. در فصل دوم انحلال قرارداد پیمان مورد بحث قرار می گیرد که در بخش نخست این فصل کلیاتی در رابطه با انحلال و اسباب آن بیان می شود و در بخش دوم به تفصیل در رابطه با موارد انحلال قرارداد پیمان مطالبی بیان می گردد و تشریفات و ضمانت اجراهای آن بیان می گردد. در فصل آخر این مجموعه نیز موارد بطلان قرارداد پیمان و انواع موجبات آن مورد مداقه قرار گرفته و آثار و تشریفات و احکام مرتبط با آن مورد ارزیابی قرار می گیرد.

فصل اول: مفاهیم و کلیات

1-1 مفاهیم

همانطور که در بیان مسئله تحقیق نیز بیان گردید، قرارداد پیمانکاری در زمره ی قراردادهای دولتی می باشد. لذا برای اینکه مفهوم قراردادهای دولتی روشن شود، ابتدا به بیان مفهوم قرارداد دولتی و اصول حاکم بر آن پرداخته و جایگاه پیمان را در این عقود مورد ارزیابی قرار می دهیم. در ادامه مفهوم پیمان را هم از جهت سابقه تاریخی و هم از جهت پیشینه حقوقی و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران مورد مداقه قرار می دهیم. در ابتدا به بیان توضیح مختصری راجع به قراردادهای دولتی پرداخته و سپس پیشینه پیمان را از جهات فوق مورد بررسی قرار خواهیم داد .

1-1-1 قراردادهای دولتی

در این قسمت به بیان مفاهیم و چارچوب قراردادهای دولتی پرداخته شده است. لذا مطالب در دو گفتار تنظیم گردیده که در گفتار اول به بیان تعریف قراردادهای دولتی و کلیات آن اشاره شده و در گفتار دوم ویژگی ها و اصول حاکم بر قرارداد دولتی و جایگاه پیمان در آن بیان می گردد.

1-1-1-1 تعریف قراردادهای دولتی

در نظام حقوقی ایران قوای حاکمیتی به سه دسته تقسیم گردیده که در رأس انجام عملیات اجرایی قوه ی مجریه قرار دارد. قوه ی مجریه به عنوان مهمترین و برجسته ترین شخصیت حقوقی در حوزه ی حقوق عمومی کشور، بطور عمده اعمال خود را به دو دسته ی اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی گری تقسیم می نماید. تاثیر آشکار تقسیم بندی فوق بر حقوق و تکالیف بین دولت به مفهوم خاص خود و جامعه، در موارد متعددی قابل مشاهده است. چه اینکه زمانی که دولت برای تقویت نظام حاکمیتی و یا با در نظر گرفتن منافع عمومی جامعه اقدام به انجام عملی نماید که اگر از رهگذر آن خساراتی به دیگران وارد آید، با 9عنایت به قاعده احسان از پرداخت زیان ناشی از آن عمل معاف است. در صورتی که زمانی دولت همانند سایر اشخاص حقوق خصوصی اقدام به برقراری و انعقاد قرارداد با سایرین نماید و از رهگذر آن خساراتی به بار آید، باید پاسخگو بوده و زیان وارده را با عنایت به مفهوم قاعده لاضرر جبران نماید. از رهگذر مطالب فوق به آسانی می توان دریافت که تقسیم بندی اعمال دولت به اعمال حاکمیتی و تصدی گری بر مبنای مسئولیت مدنی دولت استوار شده است.

استقراء در قوانین مختلف نشان می دهد اولین قانونی که بدین تقسیم بندی اشاره کرده، قانون دعاوی دولت و افراد، مصوب 1307 می باشد که به صورت ماده واحده، مواردی را بیان داشته است. البته این ماده واحده در سال 1309 با تصویب قانون راجع به دعاوی اشخاص، نسخ شده است. رفته رفته این تقسیم بندی جایگاه خود را در نظام قانونگذاری ایران باز نمود و 1اهمیت این تقسیم بندی در ماده 11 قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 متجلی گردید .فارغ از بحث های تحلیلی که در این خصوص اشاره شده است، قانونگذار در بعد از انقلاب نیز از همین مبنا پیروی کرده است. به عبارتی در قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب 1383 و در ماده 135 آن اعمال حاکمیتی و تصدی گری اجتماعی، فرهنگی، خدماتی، امور زیر بنایی و امور تصدی های اقتصادی و همچنین قلمرو آن ها بیان گردیده است که به جهت غیر مرتبط بودن با موضوع بحث از بیان آن خودداری می گردد. لذا با عنایت به مطالب گفته شده، اعمال دولت از دو حالت فوق خارج نیست. قراردادهای اداری نیز در یکی از دو تقسیم بندی های فوق قرار می گیرند. به بیان دیگر بین اعمال دولت و قراردادهای دولتی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. یعنی هر قرارداد دولتی)اداری(از اعمال دوگانه فوق است. اما ممکن است اعمال فوق، لزوماً قرارداد اداری نباشند. حال با توجه به آنچه که بیان گردید باید گفت که قراردادهای دولتی که یکی از انواع آن ها قرارداد موضوع پیمان است در کدام یک از تقسیمات بیان شده قرار می گیرد؟ در پاسخ می توان گفت آنچه که دولت به عنوان قرارداد با سایر اشخاص حقوقی منعقد می کند، از جمله اعمالی است که به عنوان اعمال تصدی گری می شناسیم. زیرا اولا 1ماده 11 قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 می گوید : کارمندان دولت، شهرداری و موسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی ، خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می باشند، ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل و ادارات و موسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا موسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیتی دولت، هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون بعمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد

بود 10 .اعمال حاکمیتی ناشی از قدرت عمومی، بطور معمول موجب افزایش اقتدار و امنیت کشور شده که از رهگذر این اقتدار، منافع آن شامل کل جامعه می گردد. در حالیکه بعضاً قراردادهای دولتی که ادارات یا سازمان های دولتی با اشخاص منعقد می کنند برای تقویت سیستم های داخلی ادارات است و فقط ممکن است عده ای محدود از مزایای آن بهره مند گردند. ثانیاً در اعمال حاکمیتی بطور عمده قواعد یک طرفه در شکل فرامین حکومتی و احکام خاص ظاهر می شود، در حالیکه در قراردادهای اداری ما با چنین مفهومی روبرو نیستیم. لذا می توان گفت قراردادهای اداری در زمره ی اعمال تصدی گری دولت می باشند و باید مجموعه ی قراردادهای دولتی را به عنوان اعمال تصدی گری مورد ارزیابی قرار داد. اما این امر مانع از آن نیست که در بعضی موارد دولت به عنوان نماینده جامعه اقدام به انعقاد قراردادی نماید که منفعت عمومی به عنوان یکی از شرایط اساسی اعمال حاکمیتی در آن مستتر باشد و چنین قراردادی را هر چند که قرارداد دولتی است، یک قرارداد حاکمیتی بدانیم. لذا بنظر نگارنده قاعده ی کلی این است که قراردادهای اداری از جمله اعمال تصدی گری دولت هستند، اما در برخی موارد ممکن است اعمال حاکمیتی به عنوان قراردادهای دولتی مورد ارزیابی قرار گیرند. حال که دانستیم قراردادهای دولتی جزء کدام تقسیم بندی اعمال دولت قرار می گیرد، باید مفهوم و تعریف قرارداد دولتی را بطور خالصه مورد بحث قرار دهیم. در بیان و تعریف قراردادهای اداری برخی گفته اند: »هر قراردادی که یکی از اشخاص حقوق عمومی به قصد ارائه خدمات عمومی یا امور عمومی با استفاده از شروط غیر معمول در حقوق خصوصی، با شخص دیگری 2منعقد می کند، قرارداد اداری نامیده می شود . »برخی دیگر در بیان تعریف قرارداد اداری می گویند: »قرارداد اداری اصطالح علمی ناظر بر قراردادهایی است که الاقل یک طرف آن اداره ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره ای از خدمات عمومی منعقد گردد. مانند اعطای امتیاز استخراج معدن به اشخاص یا اعطای 3قرارداد کشیدن خطوط آهن به شرکت مخصوص . »چنانکه در هر دو تعریف فوق مشاهده می شود خصیصه اصلی و اساسی قراردادهای اداری وجود یکی از طرفین قرارداد به عنوان ادارات دولتی یا اشخاص حقوق عمومی می باشد. همچنین باید گفت قراردادی به مفهوم اخص خود قرارداد دولتی محسوب می گردد که قصد طرفین، ارائه ی خدمت یا

خدمات عمومی باشد وگرنه به صرف اینکه ادارات دولتی قراردادی را بدون در نظر گرفتن انتفاع عمومی با اشخاص منعقد کنند، نمی توان چنین قراردادی را دولتی نامید 2 .ولی اهلل انصاری، حقوق قراردادهای اداری، انتشارات حقوقدان، تهران، 1377، ص33ـ32 3 .محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران1389 واژه 439 11 .سوالی که در اینجا مطرح می گردد و باید بدان پاسخ داده شود این است که اگر ادارات و سازمان های دولتی قراردادی را برای نیاز های اداری خود منعقد نمایند، در این صورت چنین قراردادی را می توان قرارداد دولتی نامید؟ در پاسخ باید گفت حتی اگر سازمان یا اداره دولتی قراردادی را برای نیاز های خود منعقد نمایند، باید به دو دلیل آنها قرارداد دولتی نامید، هرچند برای رفع نیاز های عمومی نباشد. زیرا بهرحال یک طرف قرارداد، دستگاه های دولتی یا اجرایی بوده و قراردادی که یکی از طرفین آن دستگاه دولتی باشد، قرارداد اداری به شمار آمده و از سوی دیگر بودجه ای که برای انعقاد چنین قراردادی به آن ارگان یا سازمان تعلق گرفته شده است، بودجه عمومی یا در اصطالح سرمایه ی بیت المال است. اثر بحث در جایی مشخص می گردد که برای انعقاد قرارداد دولتی باید تشریفات خاصی رعایت گردد. مثالً برای خرید یا انجام کاری، تشریفات مناقصه و برای فروش کاال یا مورد دیگری باید مزایده و تشریفات انجام آن برگزار گردد و چنانچه این تشریفات رعایت نگردد، ضمانت اجراهای سنگینی نظیر بطالن مزایده یا مناقصه داشته و بر کل قرارداد اثر می گذارد. مضافاً اینکه در قراردادهای دولتی، ادارات و سازمان ها در تعیین شروط قرارداد و نحوه انعقاد آن آزاد نیستند

2-1-1-1 .اصول حاکم بر قراردادهای دولتی

منظور از اصول حاکم بر قراردادهای دولتی یعنی مجموعه قواعد و اصولی که یک سازمان دولتی با رعایت مفاد این اصول و قواعد می تواند اقدام به انعقاد قراردادی نماید. اولین اصلی که مورد بررسی و ارزیابی قرار می گیرد، اصل حاکمیت اراده است. همانطور که در گفتار پیشین نیز اشاره گردید، در قراردادهای دولتی بطور معمول ادارات و سازمان ها از آزادی مطلق قراردادی به مفهومی که اشخاص حقوق خصوصی در انعقاد قرارداد دارند، برخوردار نیستند. زیرا با عنایت به اینکه منافع جامعه در گرو عملکرد صحیح این اشخاص می باشد، تا

آنجا که ممکن است قوانین و مقررات ویژه ای برای انعقاد قراردادهای دولتی وجود دارد که این امر آزادی طرف دولتی را در تعیین شرایط قراردادی محدود می کند. از سوی دیگر همانطور که بعضی ها نیز به درستی بدان اشاره کرده اند، از لحاظ شکلی آزادی عمل سازمان های اداری و دستگاه های دولتی محدودتر از اشخاص حقوق خصوصی است، زیرا بدون رعایت قواعد شکلی و مقررات مطرح در قوانین، انعقاد قرارداد ممکن نیست و بسیاری از قوانین جنبه آمره دارند و الزم االجرا می 4 12باشند .اصل دومی که مورد بررسی قرار می گیرد، اصل نسبی بودن قراردادها است. ماده 231 قانون مدنی می گوید: »معامالت و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است مگر در مورد ماده 196«. این موضوع نه فقط در حوزه ی حقوق خصوصی یا حوزه ی حقوق عمومی، بلکه در سطح حقوق بین الملل نیز اصلی پذیرفته شده و منطقی است. طبیعی است وقتی شخصی نه در انعقاد قرارداد نقش داشته و نه در بهره گیری از آثار آن موثر بوده است، قرارداد نسبت به او اثری داشته باشد. در حوزه قراردادهای اداری نیز، چنین اصلی، البته با کمی تغییر، مورد پذیرش قرار گرفته است. زیرا چنین اصلی تحت الشعاع منافع عمومی قرار دارد. بعبارت دیگر در قراردادهای اداری به دو دلیل چنین اصلی تخصیص خورده است: 1- از نظر تعهد به نفع ثالث که در اکثر قراردادهای دولتی نیز بدان اشاره شده است. همانند ماده 17 به بعد شرایط عمومی پیمان که تعهداتی برای پیمانکار، در خصوص کارگران، در نظر گرفته است که چون نوعی حمایت از حقوق و منافع کارگران است، تعهد به نفع ثالث به شمار می آید. 2- از نظر تعهد به ضرر ثالث: همانند تعهداتی که پیمانکار قبول کرده، ولی به ضرر اشخاص ثالث می باشد؛ مثل حق 5دریافت عوارض از اشخاص غیر از طرف قرارداد .اصل سومی که مورد بحث و بررسی قرار می گیرد، اصل لزوم قرارداد است. ماده 219 قانون مدنی صراحتاً اشعار دارد، هر عقدی که واقع می گردد، باید اجرا شده و هیچ گونه عذری برای عدم اجرای آن پذیرفته شده نیست، مگر در خصوص اقاله یا فسخ که در صورت اخیر، ادامه آثار عقد پایان می پذیرد. البته در قراردادهای اداری با توجه به وجود برخی شرایط، می توان در چارچوب اصل لزوم، اقدام به تعدیل قرارداد نمود. البته باید زمینه های تعدیل نیز با رعایت موارد قانونی فراهم آید. متذکر می گردد در جای دیگری این اصل بطور مفصل در پیمان مورد بررسی و تجزیه

قرار می گیرد. نتیجه ی حاصل از اصل فوق، اصل صحت قراردادی است که در ماده ی 223 قانون مدنی بدین شرح متجلی گردیده است: »هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود«. این اصل بطور خالصه بیان می کند که قراردادهای واقع شده)نه قراردادهای در حال انعقاد(اصولاً صحیح است مگر اینکه مدعی فساد معامله، ادله روشنی مبنی بر بطالن آن ارائه دهد. حال که دانستیم مفهوم قراردادهای دولتی و اصول حاکم بر آن چه می باشد، بی مناسبت نیست بطور خالصه به جایگاه پیمان در قراردادهای دولتی بپردازیم. همانطور 4محمدرضا ادیبی، تحلیل حقوق فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، انتشارات جاودانه، تهران، 1390 ص27 5 .شیوه نامه تنظیم و تایید قراردادها،جزوه مدیریت مستقل حقوقی، معاونت حقوقی و امور مجلس سپاه، تهران، 1392.ص11 6 13که برخی نیز اشاره کرده اند قرارداد پیمان بین یک دستگاه اجرایی به نمایندگی از طرف دولت و بین پیمانکار منعقد می گردد. این موضوع به راحتی قابل اثبات است. زیرا در برخی موارد شرایط عمومی پیمان نیز اشاره شده است که قرارداد پیمان با وجود تشریفات خاصی باید منعقد گردد و این تشریفات خاص بطور عمده در قراردادهای دولتی کاربرد دارد. از سوی دیگر باید به این نکته توجه نمود که اساساً مجموعه اسناد و مدارک پیمان از طرف سازمان مدیریت و برنامه ریزی به دستگاه های اجرایی ابالغ شده و می توان چنین برداشت نمود که این مجموعه برای انعقاد قراردادهای دولتی کاربرد دارد. سوالی که ممکن است در این زمینه مطرح گردد این است که آیا صرفاً اشخاص حقوق عمومی می توانند از مقررات پیمان استفاده کنند؟ یا سایر اشخاص حقوق خصوصی نیز نظیر افراد عادی می توانند از مقررات آن بهره مند گردند؟ در اینجا می توان به چنین سوالی به دو شکل پاسخ داد: صورت اول این است که گفته شود چنین مقرراتی برای انعقاد قراردادهای دولتی ابالغ شده و چون اشخاص نمی توانند تحت هیچ شرایطی در مقررات آن تغییر ایجاد کنند، پس آزادی اراده اشخاص محدود شده و این امر برخالف حقوق مکتسبه افراد است .صورت دوم آن است که بگوییم چنین قواعد و مقرراتی نه تنها شامل اشخاص دولتی، بلکه شامل سایر اقشار نیز می گردد و اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی نیز می توانند از آن بهره مند گردند. اثر چنین بحثی در یکی از ویژگی های پیمان نهفته است که آن ویژگی تشریفاتی بودن انعقاد پیمان

است. به عبارتی اگر اشخاص حقوق خصوصی بخواهند با استفاده از مقررات پیمان، قراردادی را منعقد نمایند الزم نیست که کلیه تشریفات مربوط به انعقاد پیمان را رعایت کنند. زیرا در انعقاد عقود در حوزه ی حقوق خصوصی، اصل بر رضایی بودن انعقاد قرارداد است و تشریفاتی بودن آن از امور استثنایی تلقی می گردد . نتیجه ای که از رضایی بودن انعقاد قرارداد با استفاده از شرایط عمومی پیمان استخراج می گردد، این است که طرفین می توانند هر گونه دخل و تصرفی در شرایط آن کرده و با موارد مورد نظر خود انطباق دهند .البته در این صورت دیگر شرایط عمومی پیمان و بطور کلی مجموعه اسناد و مدارک پیمان به عنوان یک قرارداد پیمانی موجودیت خود را از دست داده و طرفین، قرارداد خود را با رعایت ماده 10 قانون مدنی منعقد نموده اند. در مقام جمع بندی از مباحث فوق نگارنده با نظر دوم موافق است. زیرا عالوه بر مواردی 6ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوقی پیمان ،انتشارات جاودانه،جنگل، تهران 1393.ص91 14 .که بیان شد، از لحاظ حقوقی موردی برای مبنا قرار ندادن دفترچه پیمان برای انعقاد قرارداد وجود ندارد. چه اینکه در علم اصول نیز همان طور که بارها اشاره رفته است: »اثبات شی نفی ماعداء نمی کند

.»پیمان پیشینه2-1-1

در این قسمت از تحقیق حاضر به بحث و بررسی در خصوص پیشینه پیمان پرداخته می گردد .مطالب این قسمت در دو گفتار تنظیم گردیده است که در گفتار اول ابتدا به بیان مختصری از پیشینه تاریخی پیمان اشاره می شود و در گفتار دوم سابقه حقوقی پیمان از جهت قانونگذاری آن مورد ارزیابی قرار می گیرد. در آخر نیز به بیان جمع بندی از مطالب پرداخته می شود

.پیمان تاریخی سابقه1-2-1-1

حقوق حاکم بر پیمان را نمی توان صرفاً با قواعد و مقررات خشک حقوقی مورد بررسی و ارزیابی قرار داد. لذا الزم است در اینجا به سابقه تاریخی پیمان و سیر تحوالتی آن در طول تاریخ اشاره گردد تا از رهگذر آن به شناخت دقیقی از قواعد حاکم بر پیمان برسیم. تاریخچه پیمان را نمی توان بدون ارزیابی قراردادهای پیمانکاری یا مقاطعه کاری مورد بررسی قرار داد. آنچه که امروزه تحت عنوان قراردادهای پیمانکاری در سطح جامعه

مورد بررسی قرار می گیرد، در حقیقت پدیده هایی است که به مقدار زیادی در نتیجه پیشرفت ها و توسعه ی اقتصادی و صنعتی جهان می باشد. به عبارتی دشواری های ناشی از پروژه های عظیمی که در سطح جامعه خصوصاً بعد از انقالب صنعتی در اروپا بوجود آمد و به نوعی معلول توسعه خارق العاده علوم بشری بود، قراردادهای پیمانکاری را در وضعیت پیچیده ای قرار داد. به گونه ای که برای پی بردن به ذات واقعی آنها، نیاز به کنکاش دقیق و ذهنی خالق و نکته بین وجود دارد. همانطور که اشاره شد قراردادهای پیمانکاری از جمله قراردادهایی هستند که نیاز جامعه و پیشرفت صنعت و تکنولوژی اسباب بوجود آمدنشان را فراهم نموده است. لذا این قراردادها از لحاظ تاریخ فقهی در نظام حقوق اسالمی فاقد سابقه می باشند. هرچند که ممکن است بعضی، پیمان را زیر مجموعه اجاره اشخاص قلمداد نمایند و به نوعی بخواهند آنرا در چارچوب نظام فقهی مورد ارزیابی قرار دهند . 7همانطور نیز که برخی اشاره نموده 8اند حقوق پیمان و بطور کلی حرفه ی پیمانکاری در ایران با انقالب مشروطه آغاز شد و با تدوین نخستین سند تحت عنوان »برنامه ریزی اقتصاد ایران« توسط صنیع الدوله طلیعه ی این مجموعه در ایران آشکار 7در خصوص این موضوع بعداً توضیحات تفصیلی خواهد آمد 8 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، ، نشر جاودانه، جنگل ، تهران 1393 ص9 15 .گردید. رفته رفته با گسترش زندگی شهرنشینی و رشد سریع زندگی اجتماعی خصوصاً در چهار دهه ی اخیر در ایران که عمدتا بواسطه برنامه های اقتصادی و اجتماعی دولت صورت گرفته بود، انواع قراردادهای پیمانکاری در همه ابعاد رشد سریعی یافت. در چنین اوضاع و احوالی و با توجه به گسترش انواع قراردادهای پیمانکاری و حجم گسترده آن تدوین ضوابط و مقررات جدیدی برای چارچوب و شکل این گونه قراردادها، ضروری می نمود. در چنین شرایطی با توجه به مقرراتی که در این زمینه وجود دارد، حرفه ی پیمانکاری به عنوان یکی از کاربردی ترین و کلیدی ترین قراردادهای اداری در سطح جامعه مورد استفاده قرار می گیرد و این امر نشانگر انقالب حقوقی نوین در حقوق مهندسی می باشد. ناگفته نماند اگر قراردادهای دولتی که قراردادهای پیمان نیز بخشی از آن است مورد ارزیابی قرار گیرد این قرارداد وسعتی به درازای عمر

بشر دارد اما باید توجه نمود که آنچه مورد ارزیابی قرار گرفت سابقه ی تاریخی پیمان است نه قراردادهای اداری

1-1-2-2-1.پیمان حقوقی تاریخچه

چنانچه که بیشتر اشاره گردید، با حجم گسترده قراردادهای پیمانکاری از یک سو و حفظ منافع و مصالح عمومی جامعه از طرف دستگاه های دولتی و اجرایی ضرورت تدوین قوانین و مقررات جامعی در این خصوص بیش از بیش احساس گردید. ناگفته نماند تا زمانی که دفترچه شرایط عمومی پیمان تدوین نگردیده بود تعدادی از سازمان ها و وزارتخانه های مختلف نظیر وزارت راه اقدام به تدوین دستورالعمل هایی در جهت یکسان سازی قراردادهای پیمانی نمودند که البته بواسطه ی اختصاصی بودن چنین دستورالعمل هایی، قابلیت استفاده از آن برای سایر دستگاه های دولتی میسر نبود و چنین مواردی قابلیت تعمیم به سایر دستگاه های اجرایی را نداشت .به هر سوی با عنایت به اینکه ضوابط واحدی که قابلیت استفاده برای همه ی دستگاه های اجرایی را داشته باشد، وجود نداشت و همچنین با توجه به دخالت سلیقه ها و شرایط اختصاصی ادارات دولتی و دستگاه های اجرایی در انعقاد قرارداد که سبب آشفتگی و بی نظمی و ایجاد دعاوی حقوقی شده بود، ضرورت تدوین چنین مقررات جامعی به منظور اعمال نظام یکسان حقوقی برای پیمان ها و قراردادهای دولتی سرعت گرفت. برای تحقق این منظور قانونگذار ایران در سال 1351در زمان تصویب قانون برنامه بودجه و در ماده 23 آن مقرر داشت :»... دفترچه شرایط عمومی پیمان 9سید محمدعلی فاضل، پایان نامه تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان به راهنمایی دکتر منصور امینی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد تهران مرکز ، 1389 ص42 16 .باید در کلیه پیمان های مربوط به کارهای ساختمانی و تاسیسات مورد استفاده قرار گیرد.« به عبارتی می توان گفت مستند قانونی حقوق پیمان ماده 23 قانون برنامه و بودجه مصوب 15/12/1351 مجلس شورای ملی می باشد. در قسمت نخست این ماده می خوانیم: »سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها و همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح های عمرانی، آیین نامه ای تهیه و پس از تصویب در هیأت وزیران، بر اساس آن، دستورالعمل الزم به دستگاههای اجرایی ابالغ می نماید

و دستگاه های اجرایی موظف به رعایت آن می باشند .»آیین نامه اجرایی که در قانون مذکور بدان اشاره گردیده بود، در تاریخ 30/04/1352 به تصویب هیأت وزیران رسید و در ماده 7، دستورالعمل های موضوع آیین نامه را به شرح ذیل تقسیم نمود: گروه اول :دستورالعمل هایی که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و عوامل دیگر ضروری است.)نظیر فرم ضمانت نامه و استانداردهای فنی و ...(. گروه دوم: دستورالعمل هایی که بطور کلی و برای مواردی تهیه می گردد و بر حسب مورد، دستگاه های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و عوامل دیگر می توانند به تشخیص خود مفاد دستورالعمل تعیین شده را تغییر داده و آن را با شرایط خاص کار مورد نظر تطبیق دهند)نظیر حق الزحمه مهندسان مشاور و ...(. گروه سوم: دستورالعمل هایی که به عنوان راهنمایی و ارشاد دستگاه های اجرایی و موسسات مشاور و پیمانکاران و سایر عوامل تهیه می شود و رعایت مفاد آن در صورتی که دستگاه اجرایی و موسسات مشاور، روش های بهتری داشته شرایط عمومی پیمان در گروه نخست جای می گیرد. به عبارتی باید گفت آنچه 10 باشند، اجباری نیست .تحت عنوان دفترچه شرایط عمومی پیمان در ابتدا مصوب و ابالغ گردید همان دفترچه ای است که در تاریخ 04/03/1353 توسط سازمان برنامه و بودجه آن زمان تهیه و ابالغ شد. این دفترچه قریب به 25 سال در تمام قراردادهای پیمانکاری که یک طرف آن دستگاه های دولتی و اجرایی بودند، استفاده می گردید .نقص عمده ای که این دفترچه و مقررات مندرج در آن داشت، این بود که بطور محسوسی مقررات بیان شده به نفع کارفرمایان طرح ریزی شده بود و همواره اعتراض پیمانکاران را در پی داشت. در پی این شرایط و با تغییرات گسترده ای که در طول این 25 سال اتفاق افتاده بود، سازمان مدیریت و برنامه ریزی فعلی را بر آن داشته که مقررات جدیدی را در این خصوص وضع و ابالغ نماید. باالخره مقررات جدید شرایط عمومی 10ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه ریزی ، تبریز، 1383، ص8 17 .پیمان مجموعاً در یک دفترچه تحت عنوان »موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان ها« تهیه گردید و از تاریخ 03/03/78 در کل کشور الزم االجرا شد. این مقررات به پیوست بخشنامه شماره 842/54 ـ 1088/102 مستنداً به ماده 23 قانون برنامه و بودجه مصوب 1351 و با رعایت آیین نامه

اجرایی آن و آیین نامه نظام فنی و اجرایی طرح های عمرانی کشور)مصوبه 24525/ ت 4898 هـ 4/4/1375 هیأت وزیران(به دستگاه های اجرایی ابالغ گردید و در صفحه ی اول دفترچه شرایط عمومی پیمان بدین نکته اشاره شد که در کلیه قراردادهای پیمانکاری رعایت این مقررات الزامی می باشد. دفترچه مزبور دارای یک موافقتنامه، شرایط عمومی و یک ضمیمه تحت عنوان شرایط خصوصی پیمان است که شرایط عمومی آن در 54 ماده تدوین گردیده است. از جمله موارد مورد توجه این مقررات می توان به تکمیل برخی از قواعد شرایط عمومی پیمان مصوب 1353 اشاره نمود که عالوه بر افزودن مقررات جدید، تا حدودی شرایطی عمومی پیمان را که تا پیش از 1378 به نفع کارفرمایان بود، به نفع پیمانکاران تعدیل کرد. قابل توجه اینکه مبنای کار نگارنده در این تحقیق مقررات شرایط عمومی پیمان مصوب 1378 با رعایت سایر قوانین و مقررات می باشد. متذکر می گردد این بخشنامه صرفاً برای پروژه هایی است که دارای ردیف بودجه مصوب سازمان مدیریت و برنامه ریزی می باشند و از فهرست بهای پایه صادره آن سازمان تبعیت می نمایند. لیکن در بسیاری از قراردادهای جاری پیمانکاری که دارای بودجه های غیر مصوب سازمان هستند و یا از فهرست .همچنین در این خصوص باید 11 بهای غیر پایه استفاده می کنند، نیز این مقرر مورد استفاده قرار گرفته است گفت که پیمان های حمل و نقل، پیمان های خرید مصالح، تجهیزات و ماشین آالت و پیمان های تهیه و نصب تجهیزات صنعتی که بیش از 75٪ برآورد هزینه آنها مربوط به تهیه تجهیزات و ماشین آالت باشد از .سوالی که در این قسمت مطرح می گردد و باید بدان پاسخ داده 12 شمول بخشنامه فوق خارج شده است شود این است که آیا شرایط عمومی پیمان به تنهایی می تواند به عنوان مصوبه قانونی به شمار آید و مستقیماً به عنوان قانون، مورد استناد طرفین اشاره گردد؟ یا اینکه صرفاً باید گفت که شرایط عمومی پیمان دستورالعملی است که منضم به یک بخشنامه بوده و جزء الینفک یک قرارداد است و عنوان قانونی ندارد؟ آنچه که بنظر می رسد باید مطمح نظر قرار گیرد، مبنای الزام آور بودن این دستورالعمل است. بعبارت دیگر سید محمد علمایی و محمود قطمیر ، دانستنی های مهم قراردادی برای مهندس کارگاه، به سفارش قرارگاه خاتم االنبیاء، انتشارات قرب نوح، 11 تهران، 1391، ص8 12 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، انتشارات سازمان مدیریت

و برنامه ریزی کشور، تبریز، 1383، ص9 18 .آنچه که در بخشنامه ی سازمان مدیریت و برنامه ریزی اشاره شده است این است که شرایط عمومی پیمان به خودی خود مبنای الزام آوری ندارد و آن را نمی توان یک مصوبه قانونی به حساب آورد. زیرا مبنای الزام آور بودن این شرایط ماده 23 قانون برنامه و بودجه و همچنین بخشنامه 24525/ ت 14898 هـ مصوب 1375/4/4هیأت وزیران است و شرایط عمومی پیمان و بطور صحیح تر دفترچه عمومی پیمان مستقیماً به عنوان قانون یا مصوبه قانونی بحساب نمی آید. چه اینکه اگر دفترچه عمومی پیمان مستقال یک مصوبه قانونی بود، لزومی به بیان ماده 23 قانون برنامه و بودجه و عاریه گرفتن الزام قانونی این قانون نبود. زیرا مصوبه قانونی به خودی خود و بدون اتکا به امری الزام آور تلقی می گردد. دیوان عالی کشور نیز طی حکم شماره 1167/21 مورخه 15/06/67 استدالل شعبه 21 دیوان را تایید نموده است. بموجب این رأی« :مقررات شرایط عمومی پیمان و از جمله ماده 47 آن که مستند به قانون برنامه و بودجه و ماده 23 آن می باشد، مصداق قانون ندارد، بلکه معیارها و ضوابطی است که به عنوان یکی از مبانی و شرایط پیمان های مربوط به طرح های عمرانی در روابط کارفرما و پیمانکار مورد عمل قرار می گیرد و این مقررات در هیچ صورت با توجه به نسبی بودن آثار قراردادهای خصوصی نمی تواند به عنوان زیان اشخاص ثالث و از جمله .البته پاره ای از دادگاه ها نیز در این مورد نظر خالف داده و شرایط 13 طلبکاران و ورشکسته اعمال شود »...عمومی پیمان را الزام آور تلقی می نمایند. به عنوان مثال می توان به حکم 1546 ـ 10/11/77 شعبه 308 دادگاه عمومی اشاره نمود. در قسمتی از متن این حکم بیان گردیده است: »اصوالً شرایط عمومی پیمان بر اساس ماده 23 قانون برنامه و بودجه کشور الزم الرعایه است و از قوانین آمره تلقی می گردد«. در مقام جمع بندی نگارنده معتقد است که شرایط عمومی پیمان بطور مستقل عنوان مصوبه قانونی نداشته و طرفین نمی توانند مادامی که آنرا جزء قرارداد خود ذکر نکرده اند بدان استناد نمایند. چه اینکه این دستورالعمل نیز برای دستگاه های دولتی و اجرایی تدوین گردیده است و این امر مانع از آن است که اشخاص حقوقی حقوق خصوصی در صورتی که بنای قراردادشان را شرایط عمومی قرار نداده اند بدان استناد نماید. زیرا یکی از خصیصه های اصلی یک مصوبه قانونی عام الشمول بودن آن بر افراد جامعه است.

پس باید گفت دفترچه پیمان مصوبه قانونی نمی باشد .سید محمد علی علوی فاضل، پایان نامه تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان به راهنمایی دکتر منصور امینی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد 13 تهران مرکز 1389 ص 4

19پیمان مفهوم2-1-1

در این قسمت از تحقیق به بیان مفهوم پیمان و مفاهیم مرتبط با آن پرداخته می گردد. لذا در گفتار اول مفهوم لغوی و اصطالحی پیمان را مورد بررسی قرار می دهیم و در گفتار دوم به بیان و تعریف مفاهیم مرتبط با پیمانکاری اشاره می گردد و اصطالحات متداول در حقوق پیمان را کنکاش خواهیم نمود

1-1-2-1 .مفهوم لغوی و اصطالحی پیمان

مفهوم لغوی :

پیمان به فتح)پ(در لغت به معنای قول و قراری که کسی با کس دیگر بگذارد که بر طبق آن پیمان یک واژه ی فارسی است که مترادف با واژه هایی نظیر تعهد، شرط، عهد و ... می باشد. 14 عمل کند همچنین برخی دیگر از علمای لغت در بیان مفهوم لغوی پیمان چنین گفته اند : »عهد، معاهده، میثاق و ... فرهنگستان این کلمه را به معنی عهدنامه ای که میان دو یا چند دولت بسته شود پذیرفته و مثالً به موجب آن برای رسیدن به مقاصد سیاسی معاضدت نمایند یا اینکه بموجب آن دولت بی طرف تعهد می کند که جز .در زبان انگلیسی پیمان تحت عنوان 15 bargain برای مدافعه به جنگ اقدام نکند یا compact بیان شده 16 که ترجمه آن عیناً توافق و پیمان می باشد

.تعریف اصطالحی پیمان

: پیمان یا قرارداد پیمانکاری در اصطالح نیز از مفهوم لغوی خود دور نیافتاده است. یکی از نویسندگان در بیان تعریف پیمان چنین مرقوم می دارد: »هر عقدی با تعهد همراه است و تعهد یکی از عناصر عمومی عقود است. پس پیمان برابر عقد است و عهد عنصری از عناصر پیمان است نه مترادف با 17پیمان . »در تعریف دیگر از پیمان بیان شده است: »پیمان در زمره ی اعمال حقوقی است که برای بوجود آمدن، نیاز به دو اراده

دارد. یکی اراده کارفرما و دیگری اراده پیمانکار. این دو اراده موجودی را خلق و .این تعریف همانند تعریف اول پیمان کاری را نوعی عقد می 18 انشاء می کنند که به آن پیمان می گویند 14 »حسن عمید، فرهنگ لغت عمید، نشر امیرکبیر تهران 1378،ص259 15 .محمد معین، فرهنگ فارسی معین، جلد اول، نشر امیرکبیر، تهران 1386،ص476 ,Adescriptive and Coparative, Hormoz Roshdiye,16 . محمد جعفرDictionary of Law, Vol 1, Tehran, Pub: Noor bakhsh, p.t 362- 363. 17 لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، نشر گنج دانش، تهران، 1388 ص1091 18 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل،تهران 1392،ص 21 20 ..داند و نسبت به تعریف فوق جامع تر می باشد. در تعریف دیگری از پیمان بیان شده است: »قراردادی است که بموجب آن پیمانکار در قبال دریافت وجهی معین اجرای موضوع پیمان را در مقابل کارفرما تعهد می .قبل از اینکه بخواهیم تعریف کامل تری نسبت به تعاریف قبلی ارائه دهیم الزم است مفهوم 19 نماید »قرارداد پیمان را در قوانین و مقررات مورد بررسی قرار دهیم. در خصوص تعریف قرارداد پیمان، قانونگذار در قوانین و مقررات ایران تعریف قابل توجهی ارائه نکرده است. اما این بدین معنا نیست که هیچگونه صبغه قانونی در خصوص مفهوم پیمانکاری وجود نداشته باشد. چه اینکه ماده 11 قانون مالیات بر درآمد مصوب 1339در تعریف قرارداد پیمان می گوید: »مقاطعه یا پیمانکاری، قرارداد دولتی است که بموجب آن اداره یا موسسه دولتی، انجام عمل یا فروش کاالیی را با شرایط معینی در قبال مزد یا بها و یا در مدت معینی به شخص یا اشخاص معین بنام مقاطعه کار واگذار می کند. موضوع مقاطعه ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل یا راهسازی یا تهیه تدارک کاال یا انجام عمل دیگر باشد«. چنان که در تعریف فوق نیز اشاره گردید بطور معمول قرارداد پیمانکاری بین یک دستگاه دولتی و اجرایی با سایر اشخاص منعقد می گردد که این موضوع قابل توجه است. اما در رابطه با موضوع تحقیق نکته ای که باید مورد بررسی قرار گیرد این است که در دفترچه ی پیمان قرارداد پیمانکاری که موضوع اصلی این دفترچه می باشد تعریف نگردیده است و این امر قابل انتقاد است. لذا به نظر می رسد در این خصوص باید تعریفی ارائه گردد تا بتوان چارچوب و قلمرو آن تعریف، قراردادهای موضوع پیمان را

مورد بررسی قرار داد. در مقام جمع بندی از نظرات فوق و با عنایت به شرح مطالبی که گذشت، می توان با تکیه به مواد 1، 6 و 7 شرایط عمومی پیمان، قرارداد پیمانکاری را بدین شرح تعریف نمود: »قرارداد پیمان به قراردادی اطالق می گردد که یک یا چند دستگاه دولتی یا اجرایی، برای بهره مندی جامعه، در قبال پرداخت مبالغ معینی، تمام یا بخشی از انجام عملی یا فروش یا خرید کاالیی را به اشخاص حقیقی یا حقوقی مورد نظر خود با رعایت شرایط و مقررات دفترچه پیمان واگذار نمایند«. خصایص تعریف عبارتند از1 : ـ در قرارداد پیمانکاری حتماً یک دستگاه دولتی و اجرایی وجود دارد. این امر هر چند به صراحت در ماده 6شرایط عمومی که پیمانکار را تعریف می کند، نیامده، اما از روح حاکم بر مقررات این دفترچه به آسانی سید محمد علی علوی فاضل، پایان نامه تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان به راهنمایی دکتر منصور امینی، دانشکده حقوق ، دانشگاه آزاد 19 تهران مرکز، 1389ص48 21 .می توان دریافت که کارفرما در این قرارداد نماینده قدرت عمومی و بعبارت دیگر دارای شخصیت دولتی است2 .ـ قرارداد پیمانکاری برای بهره مندی جامعه می باشد. این خصیصه از تعریف تاکنون در هیچ یک از تعاریف بیان شده در این خصوص ارائه نشده است. به عبارتی قرارداد پیمانکاری چون یک قرارداد دولتی است و نفع جامعه و منافع عمومی در مفهوم قرارداد دولتی مستتر است به تبع آن قرارداد پیمانکاری نیز دارای چنین خصیصه ای است3 .ـ طرف قرارداد ممکن است شخص حقوقی یا حقیقی باشد. این امر کامال با ماده 7 شرایط عمومی پیمان سازگار است. به عبارتی لزومی ندارد که پیمانکار در قرارداد پیمانکاری همواره یک شخصیت حقوقی مستقل از اعضای خود داشته باشد، بلکه ممکن است گاهی اشخاص حقیقی پیدا شوند که در هیچ یک از شخصیت های حقوقی و بعبارت واضح تر در شرکت خاصی فعالیت ندارند، اما برای انجام کار موضوع پیمان از تخصص باالیی برخوردار باشند4 .ـ رعایت شرایط و مقررات دفترچه عمومی پیمان : با عنایت به اینکه هیچیک از طرفین قرارداد پیمان حق ندارند مفاد شرایط عمومی پیمان را تغییر دهند، الزم است در قرارداد منعقده بین این اشخاص، تمام موارد مربوط به شرایط عمومی پیمان رعایت گردد. چه اینکه هریک از طرفین اگر مفاد شرایط عمومی پیمان را تغییر دهند، اگر گفته

نشود چنین قراردادی باطل است، باید قائل به این باشیم که قرارداد منعقده دیگر قرارداد پیمانکاری بر اساس دفترچه پیمان نبوده و برابر مقررات ماده 10 قانون مدنی با آن برخورد می گردد.

1-1-2-2 مفاهیم مرتبط با پیمان

همانطور که بیان شد حقوق پیمان یک حقوق نوپا است که معلول توسعه و پیشرفت بشر در زمینه های اقتصادی و صنعتی و تکنولوژی می باشد. بالطبع اصطالحاتی نیز که در این حوزه متداول هستند، اصطالحات جدیدی هستند که نیازمند بررسی مفاهیم آن می باشیم لذا در این قسمت مفاهیمی که مستقیماً در رابطه با حقوق پیمان کاربرد دارد را مورد کنکاش قرار می دهیم 22 .

1-1-2-2-1 مفهوم کارفرما

.همچنین مفهوم 20 کارفرما در لغت به معنی صاحب کار و آنکه به خواهان کاری دهد، آمده است .در قوانین و مقررات حقوقی ایران 21 معادل لغوی کارفرما در حقوق انگلیسی (Employer) می باشد مفهوم کارفرما چندین بار مورد تعریف قرار گرفته است. برای مثال در بند 4 ماده 1 قانون تأمین اجتماعی مصوب 3/4/54 ، تعریف کارفرما بدین صورت آمده است : »کارفرما شخص حقیقی یا حقوقی است که بیمه شده به دستور یا به حساب او کار می کند«. چنانکه مشاهده می شود قانون فوق الذکر کارفرما را از جهت اینکه متعهد به بیمه کردن کارکنان خود می باشد، تعریف نموده است و در واقع این تعریف ناظر به همین قانون است و نمی توان آن را به سایر موارد مشابه تعمیم داد. در تعریف دیگری از کارفرما که در ماده 3 قانون کار مصوب 29/08/1369 مجمع تشخیص مصلحت نظام آمده است، کارفرما بدین شرح تعریف گشته است: »کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می کند«. یکی از نویسندگان در تعریف مفهوم کارفرما در اصطالح حقوقی بیان می کند « :کارفرما یک شخصیت حقیقی یا حقوقی است که یک طرف امضاء کننده موافقت نامه یا قرارداد است و 22اجرای عملیات موضوع قرارداد را به پیمانکار یا مشاور واگذار می کند .همچنین نویسنده دیگری در تعریف مفهوم کارفرما می گوید :»کسی که دیگری را اجیر می کند تا رابطه ی تبعیت با او پدید آورده و به دستور وی کار معین صورت دهد.

در صنعت و تجارت از اصطالح) Parton (هم بجای اصطالح التین .در دفترچه شرایط عمومی پیمان نیز تعریف کارفرما بیان شده که این تعریف ناظر بر 23 استفاده می شود »قرارداد پیمان می باشد . در ماده 6 شرایط عمومی پیمان بیان شده : »کارفرما شخصی حقوقی است که یک سوی امضاء کننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان، به پیمانکار واگذار کرده است. نمایندگان و جانشین های قانونی کارفرما، در حکم کارفرما می باشند« آنچه که در این ماده جلب توجه می کند این است که تحت هیچ شرایطی کارفرما نمی تواند یک شخص حقیقی باشد. این 20محمد معین، فرهنگ فارسی معین، جلد ششم، انتشارات امیرکبیر، تهران، 1387، ص490 and 21Hormoz Roshdiye, A descriptive . Comparative -5 , Dictionary of Law , Vol 2 ,pub: N or bakhsh, Tehran, p.t,1067.

محسن رضایی، مدیریت طرح های عمرانی قرارگاه سازندگی خاتم االنبیاء پایان نامه کارشناسی ارشد مدیریت اجرایی به راهنمایی دکتر شکوهی زاده 22 ، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد نجف آباد، نجف آبادی، ص18 23 .محمد جعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق،جلد اول،انتشارات کتابخانه گنج دانش،تهران1388 23 .امر طبیعی است زیرا مجموعه اسناد و مدارک پیمان، برای دستگاه های اجرایی و دولتی ابالغ گردیده است و بدیهی است که دولت شخص حقیقی به حساب نیامده و دستگاه های اجرایی و موسسات دولتی همگی دارای شخصیت حقوقی دولتی هستند. لذا هیچ گاه نمی توان قرارداد پیمان در یک دستگاه اجرایی توسط یک شخص حقیقی و برای خودش انجام گیرد. نکته ی دومی که باید مورد بررسی قرار گیرد این است که دولت هیچ گاه نمی تواند کارفرما به مفهوم اخص آن یعنی کسی که دستور می دهد، قرار گیرد. زیرا دولت فقط خط مشی و خطوط کلی را برای موسسات و دستگاه های اجرایی معین می کند و این موسسات دولتی و دستگاه های اجرایی هستند که کارفرما بحساب آمده و اوامر دولت را در زمینه قراردادهای پیمان انجام می دهند. نکته آخر اینکه در این تحقیق مبنای کار نگارنده مفاهیمی است که در خود سند پیمان آمده است و موارد بیان شده حول محور شرایط عمومی پیمان می باشد

1-1-2-2-2 مفهوم پیمانکار.

پیمانکار در لغت به معنای مقاطعه کار، مقاطعه چی، کسی که انجام دادن کاری را در قبال مبلغ .در حقوق انگلیس به پیمانکار)contractor 24(معینی پول تعهد می کند 25نیز می گویند. در قوانین و مقررات مختلف تعاریف متعددی در خصوص پیمانکاری بیان شده است. برای مثال در بند 1 قسمت هـ آیین نامه اجرایی بند م تبصره ماده 190 قانون بودجه سال 1381 پیمانکار بدین شرح تعریف گشته است« :پیمانکار عبارتست از شخصی)اعم از حقیقی یا حقوقی(که در چارچوب مقررات قانونی مربوط و مفاد قرارداد منعقده با دستگاه اجرایی عملیات تمام یا قسمتی از طرح عمرانی مربوط را بر عهده دارد«. همچنین بند الف ماده 1 آیین نامه اجرایی بند ج ماده 2 قانون تنظیم برخی از مقررات تسهیل و نوسازی صنایع کشور مصوب 10/08/1383 هیأت وزیران، پیمانکار بدین شرح تعریف گشته است:» شخصی حقوقی ایرانی یا مشارکت ایرانی-خارجی است که دارای رتبه بندی مناسب از سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور بوده و مسئولیت طراحی، مطالعه، مهندسی، تأمین، تدارک، ساخت و اجرای پروژه را به صورت جداگانه یا به صورت توأم بر اساس اسناد و مدارک پیمان تعهد می کند«. قبل از اینکه بخواهیم تعاریف اصطالحی از پیمانکار را ارائه نماییم و مفهوم آن را در شرایط عمومی پیمان مورد بررسی قرار دهیم الزم است به این 24علی اکبر دهخدا، فرهنگ لغت دهخدا،جلد اول،انتشارات دانشگاه تهران، تهران،1378،ص642 A ,Hormoz Roshdiye 25 . descriptive and Comparative -5 , Dictionary of Law , Vol 2 ,pub: N or bakhsh, Tehran, p.t 367. 24نکته اشاره کنیم که ماده 2 آیین نامه ارجاع کار به پیمانکاران مصوب 24/7/1381 هیأت وزیران، انواع پیمانکاران را به 3 دسته به شرح ذیل تقسیم نموده است :الف(پیمانکار نوع اول : شامل اشخاص حقیقی یا حقوقی در بخش تعاونی و بخش خصوصی ایرانی که صد در صد سهم الشرکه یا سهم آن ها متعلق به اشخاص حقیقی ایرانی و دارای اقامتگاه در ایران باشد.)بند الف(ماده 2 آیین نامه فوق الذکر)ب(پیمانکار نوع دوم : پیمانکارانی که صد در صد مالکیت سهم الشرکه یا سهم آن ها متعلق به دولت، شهرداری ها و نهادهای انقالب اسالمی یا دیگر موسسات عمومی عام المنفعه باشد.)بند ب(ماده 2 آیین نامه فوق الذکر .)ج(پیمانکار نوع سوم: گروه های مشارکت و سایر پیمانکارانی که حائز شرایط نوع اول و دوم نباشد نوع 26

سوم محسوب می گردد.)بند ج ماده 2 آیین نامه فوق الذکر)چنانکه مشاهده می شود دولت در مقام تعیین خطوط اصلی و خط مشی ادارات و سازمان های دولتی پیمانکاران را به انواع مختلفی تقسیم کرده است. در خصوص پیمانکار در شرایط عمومی پیمان باید گفت که پیمانکار می تواند جزء هر کدام از دسته های فوق قرار گیرد زیرا همانطور که بعداً خواهد آمد، در دفترچه شرایط عمومی پیمان منعی برای اینکه پیمانکار نباید شخص حقیقی یا حقوقی دولتی یا مشارکتی باشد، نیامده است. اما در خصوص مفهوم اصطالحی پیمانکار برخی نویسندگان در تعریف پیمانکار می گویند: »پیمانکار یا مقاطعه کار، آنکه شغل او تعهد فعل)ساختمان بنا و راه(و یا حمل نقل کاال بصورت .برخی دیگر در تعریف پیمانکار می گویند: »کسی که ضمن عقد قرارداد در قبال مزد یا بها و 27 عمده باشد . »اما در رابطه با مفهوم پیمانکار در شرایط عمومی پیمان، ماده ی 28 به مدت معینی تعهد انجام کاری را نماید 7 »این دستورالعمل پیمانکار را بدین شرح تعریف نموده است: »پیمانکار شخصی حقوقی یا حقیقی است که سوی دیگر امضاء کننده پیمان است و اجرای موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان بر عهده گرفته است . نمایندگان و جانشین های قانونی پیمانکار در حکم پیمانکار می باشند«. همانطور که مشاهده می گردد برخالف تعریف ارائه شده از کارفرما، الزم نیست پیمانکار همواره یک شخص حقوقی باشد. زیرا 26به نقل از:منصور اباذری فومشی، ترمینولوژی نوین حقوق،جلد دوم،انتشارات نورالهی،تهران،1392،ص243 27 .محمد جعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، تهران، 1388 ص1094 28 .مسعود رحمانیان، ماهیت حقوقی قراردادهای پیمانکاری دولتی، مجله ماوی تهران دی ماه 1390، ص2 25 .همانطور که سابقا نیز بیان شد گاه ممکن است شخص حقیقی برای انجام موضوع پیمان از چنان تخصصی برخوردار باشد که یک شخص حقوقی از آن برخوردار نیست. نکته ی دوم اینکه آنچه به عنوان رکن اصلی تعریف پیمانکار آمده است، تعهد وی به اجرای موضوع پیمان بر اساس اسناد و مدارک پیمان است. به عبارتی هدف اصلی از انعقاد قرارداد پیمان رسیدن به انجام موضوع قرارداد است و چنانچه موضوع قرارداد انجام گردد تعهد از عهده پیمانکار ساقط شده و دیگر مسئولیتی در این خصوص ندارد. اما چنانچه پیمانکار از انجام تعهدات خود سرباز زند بر اساس مقررات و قواعد

کلی حاکم بر قانون مدنی می توان الزام او را از دادگاه و سپس اجبار او را درخواست نمود. چه اینکه در شرایط عمومی پیمان نیز مقررات ویژه ای برای تخلف پیمانکار از انجام و اجرای موضوع پیمان وضع گردیده و کارفرما می تواند در خصوص تحقق آن موارد اقدامات مقتضی را انجام دهد. اینکه نگارنده معتقد است هرگاه پیمانکار به تعهد خود عمل نکند می توان الزام او را از دادگاه خواست و لزومی به اجرای موارد مواد 46 تا 48 پیمان نیست، بدین خاطر است که گاه ممکن است پیمانکار تعهدی بر عهده گرفته و اجرای آن تعهد فقط از او برمی آید. برای مثال چنانچه وزارت راه و شهرسازی اقدام به انعقاد قراردادی با یکی از موسسات وابسته به قرارگاه خاتم االنبیاء در خصوص احداث جاده ای ریلی نمود و انجام این امر فقط در توانایی آن موسسه یا قرارگاه بود و سایر شرکت ها و اشخاص توانایی الزم را برای انجام آن پروژه نداشتند، منطقی نمی باشد که کارفرما یا وزارت راه سریعاً اقدام بر اساس مواد 46 تا 48 نماید. بلکه می تواند به دادگاه مراجعه نموده)یا در خصوص وجود شرط داوری به داوری رجوع کرده(و تعهد پیمانکار را از وی بخواهد. مضافاً اینکه در دستورالعمل شرایط عمومی پیمان و به خصوص ماده 46 آن فسخ پیمان در صورت تخلف پیمانکار بصورت اختیاری آمده و الزامی نمی باشد که فسخ در صورت تخلف انجام گیرد. این امر در بند الف(ماده 46 بیان شده است. البته نگارنده با اختیاری قلمداد کردن مواد 46 تا 48 شرایط عمومی مخالف است که تفصیل این موضوع در جای خود مورد مداقه قرار میگیرد. نکته ای که الزم است در این جا بدان پرداخته گردد بحث واگذاری بخشی از موضوع پیمان به پیمانکار جزء است. ماده 11 شرایط عمومی پیمان در تعریف پیمانکار جزء می گوید« :پیمانکار جزء شخصی حقیقی یا حقوقی است که تخصص در انجام کارهای اجرایی را دارد و پیمانکار برای اجرای بخشی از عملیات موضوع پیمان، با او قرارداد می بندد«. پیمانکاران جزء نقش مهمی در تکمیل پروژه های عمرانی داشته و ممکن است در پروژه های عظیم ملی ده ها پیمانکار جزء به کار گرفته شوند .بدیهی است برخی پیمانکاران جزء از مهارت های تخصصی باالی منحصر به فردی برخوردار باشند که 26پیمانکاران اصلی فاقد آن مهارت ها باشند. بطور عمده و بنا بر صراحت بند الف(ماده 24 شرایط عمومی پیمان، پیمانکار حق واگذاری پیمان را به دیگران دارد، اما در بند ب(همین ماده مواردی را نظیر تسهیل و تسریع در اجرای موضوع پیمان و ...

بیان نموده که تحت شرایطی پیمانکار اصلی می تواند بخشی از پیمان را به پیمانکار یا پیمانکاران جزء انتقال دهد. با بکارگیری پیمانکاران جزء و ضرورت نظارت کارفرما بر عملکرد آنها، قلمرو مدیریتی کارفرما توسعه می یابد، بنحوی که با دقت بر اعمال اینگونه پیمانکاران نظارت می کند. از شرایط انتخاب پیمانکار جزء که بگذریم، باید بگوییم که بدیهی است طرف قرارداد پیمانکار جزء پیمانکار اصلی است و در مواردی واگذاری بخشی از موضوع پیمان به پیمانکار جزء منوط به موافقت یا اطالع کارفرما بوده که این موضوع صراحتاً در بند ب(ماده 24 نیز بیان شده است. پیمانکاران جزء از این لحاظ که از نظر قراردادی متعهدند که جوابگوی پیمانکار اصلی باشند، در همان حال کار اجرایی آنها باید مورد رضایت کارفرمایی نیز باشد که نسبت به او تعهد مستقیمی ندارد. اینکه متعهد اصلی قسمت عمده پروژه را به عهده گرفته و باید پاسخگوی تعهدات خود باشد، امری منطقی است و از رهگذر این موضوع نمی توان پیمانکار اصلی را یک نقش واسطه ای فرض نمود که موضوع پیمان را تجزیه کرده و بدون آنکه قسمتی از کار را شخصاً انجام دهد سود هنگفتی بدست آورد. نکته قابل ذکر اینکه مسئولیت انجام تعهدات پیمانکاران جزء به علت وجود رابطه قراردادی با پیمانکار به عهده پیمانکار اصلی بوده و در صورتی که موضوع پیمان در قسمتی که به پیمانکار جزء منتقل شده ناقص و یا معیوب باشد مسئولیت پاسخگویی و جبران نقایص بر عهده پیمانکار اصلی می باشد. زیرا مسئولیت و تعهد اصلی موضوع پیمان به عهده ی .به نظر نگارنده ضروری است متولیان امر در این خصوص با درج 29 پیمانکار اصلی است نه پیمانکار جزء تبصره ای در مفاد شرایط عمومی پیمان اشاره کنند که مثالً پیمانکار اصلی مجوز انتقال بیش از 40٪ درصد پروژه را به پیمانکار جزء نداشته تا از رهگذر این امر راه بر سوء استفاده های احتمالی نظیر واسطه گری پیمانکار اصلی بین کارفرما و پیمانکار جزء بسته شود. نکته آخر اینکه از لحاظ ماهیت قراردادی همانگونه که عنوان گردید، پیمانکار جزء با پیمانکار اصلی رابطه قراردادی دارند، اما کارهای انجام شده به تصریح قسمت دوم بند ب(ماده 24 شرایط عمومی پیمان باید به تایید و تصویب نماینده کارفرما و دستگاه نظارت برسد 29 .جیمی هنیزی، قراردادهای ساختمانی، ترجمه محمد تقی بانکی، انتشارات اطالعات، تهران، 1377، ص1443-2 27 .کلیات پیمان در این قسمت از تحقیق حاضر به بیان و بررسی کلیات پیمان پرداخته

می گردد. مطالب در این بخش به دو مبحث تقسیم گردیده که در مبحث اول مباحث مربوط به انواع پیمان و شرایط آن بیان می گردد و در مبحث دوم به تشریفات و نحوه انعقاد پیمان پرداخته می شود

1-2-1 .انواع پیمان و شرایط حاکم بر آن

همانطور که اشاره گردید، پیمان از اجزاء و شرایط زیادی تشکیل شده است. موضوع قرارداد پیمان نه در موافقتنامه و نه در شرایط عمومی پیمان بیان نگردیده است و بعبارت واضح تر موضوع پیمان ممکن است هر عملی که قانوناً دولت بتواند آن را انجام دهد، باشد. لذا ضروری است در اینجا به بررسی انواع پیمان پرداخته شود. همچنین باید عناصر و ویژگی های پیمان را صرف نظر از موضوع و نوع پیمان مورد کنکاش قرار داده و از جهات مختلف مورد ارزیابی قرار دهیم. زیرا شناخت این ویژگی ها و عناصر کمک شایانی به تحلیل مقررات حاکم بر انحالل و ابطال پیمان می نماید. لذا مطالب در این قسمت در 3 گفتار تنظیم شده که در گفتار اول انواع پیمان را مورد بررسی قرار می دهیم. در گفتار دوم ویژگی پیمان را صرف نظر از انواع آن تحلیل می کنیم. در گفتار سوم انواع شرایط پیمان را مورد مداقه قرار خواهیم داد و در گفتار آخر نیز ماهیت پیمان را مورد بحث و تبادل نظر قرار خواهیم داد .

پیمان قرارداد انواع1-1-2-1

همانطور که می دانیم پروژه هایی که با قرارداد پیمان به اجرا و بهره برداری می رسند، در واقع حاصل مشارکت کارفرما به عنوان مدیر پروژه و پیمانکار به عنوان مجری طرح می باشند. اصوالً قرارداد پیمان انواع مختلفی دارد که مهمترین آنها به شرح ذیل می باشد

1-1-1-2-1 :پیمان با تعیین پیمانکار

برای طرح های عمرانی این قرارداد نوعی پیمان و شاید بتوان گفت غالب ترین و مورد استفاده ترین قرارداد پیمانکاری در حقوق ایران است. بطور معمول در این روش پیمانکار از راه مناقصه انتخاب می گردد و اجرای موضوع پیمان به وی سپرده می شود. در این روش با آگهی عمومی یا ارسال دعوتنامه به شرکت های پیمانکاری که سازمان مدیریت و برنامه ریزی هرساله مشخصات آنها را منتشر می نماید، مشخصات پروژه مورد نظر و

تاریخ برگزاری مناقصه برای تمام افراد ارسال شده و برای شرکت در مناقصه فراخوان داده می شود. پس از برگزاری مناقصه و تعیین برنده آن که در جای خود بدان ها نیز خواهیم پرداخت، قرارداد با برنده مناقصه 28 امضاء می گردد. معمولاً در طرح های عمرانی، قرارداد بر اساس قیمت های پایه فهرست بهاء و بخشنامه ها و مصوبات سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور منعقد می شود . 30

خاص های پیمان2-1-1-2-1

در بسیاری از پروژه ها، کارفرما مایل است بدون دخالت در جزئیات ریز قیمت ها و مسائل اجرایی، اجرای پروژه را طوری به پیمانکار واگذار کند که قیمت مبلغ پیمان بر اساس قیمت های واحد پایه نبوده، بلکه به صورت کلی باشد و پرداخت ها بر اساس درصد اجراء صورت گیرد. بسیاری از پروژه ها و قراردادهای نفتی و گازی با یک قیمت کلی به یک پیمانکار واگذار می شود و کارفرما مداخله ای در قیمت های واحد پایه عملیات اجرایی نداشته و فقط بر اساس درصد پیشرفت فیزیکی به همان نسبت، درصد مبلغ پیمان را به پیمانکار پرداخت می کند. به عبارتی کارفرما به میزان پیشرفت عملی کار در پروژه به پیمانکار مبالغ توافق شده را پرداخت می کند. یکی از انواع این پیمان های خاص، فاینانس یا (By Baxk) است. در این مورد بطور معمول پیمانکار هزینه ساخت پروژه را بعد از اتمام محل بهره برداری با توجه به قرارداد فیمابین، برداشت می کند تا کل هزینه استهالک یابد

.امانی های پیمان3-1-1-2-1

در روش امانی ساز، هیچ قراردادی با یک پیمانکار خارجی منعقد نمی گردد و خود کارفرما، .مهمترین خصوصیت این قرارداد در این است که مناقصه ای 31 مسئولیت اجرای پروژه را به عهده می گیرد برگزار نمی گردد. لذا تمام مواد و مصالح و ابزارآالت مورد نیاز پروژه توسط کارفرما تهیه شده و مدیریت اجرا را بر عهده می گیرد. باید به این نکته توجه نمود که در این نوع پیمان عمرانی، باید تشریفات مربوط به مناقصه رعایت شود که البته این موضوع در برخی معامالت تخصیص خورده است. بلکه هزینه هایی که واحد امانی در نظر می گیرد بطور مستقیم از طرف کارفرما یا دستگاه اجرایی پرداخت می شود و در حالت کلی مدیر واحد امانی

از هزینه کارگاه نفعی نمی برد، زیرا مدیر نیز یکی از اعضای دستگاه اجرایی یا کارکنان کارفرما می باشد و در این نوع پیمان کارفرما مسئولیت اجرای پروژه را بعهده می گیرد. از جمله عباس بشیری و دیگران، حقوق کاربردی شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی، نشر جاودانه، جنگل ، تهران ، 30 41.ص1393 عباس بشیری و دیگران، حقوق کاربردی شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی، نشر جاودانه، جنگل ، تهران ، 31 42.ص1393 29مزایای این طرح می توان به مواردی نظیر، مزایای حذف هزینه های پیگیری و صرفه جویی در زمان اجرا اشاره نمود

1-2-1-1-4.اجرا و طرح پیمان

در این روش، کارفرما با یک قرارداد واحد، طراحی و اجرای عملیات پروژه هر دو را واگذار می کند. این روش مانند روش تعیین پیمانکار عمومی است، جز اینکه پیمانکار مسئول طراحی نیز می باشد، در واقع مشاور و پیمانکار در هم ادغام شده و مسئولیت مشاور نیز به عهده پیمانکار گذاشته می شود. بنابراین پیمانکار هم مسئول مشاوره پروژه و طراحی آن و هم اجرای آن می باشد. معمولاً در پروژه های سد سازی این روش بسیار معقول است. در این روش سرعت و راندمان کاری بالا رفته و بسیاری از هزینه ها کاسته می گردد .

1-2-1-2-2پیمان های ویژگی

در این قسمت به بیان برخی ویژگی های پیمان صرف نظر از موضوع آن می پردازیم. بنظر می رسد اولین ویژگی قرارداد پیمان که جلب نظر می کند، تشریفاتی بودن انعقاد آن است. به عبارتی پیمان یک عقد تشریفاتی به حساب می آید. در بیان تعریف این دسته از عقود تاکنون تعاریف متعددی ارائه شده است 32 . برای مثال برخی گفته اند: »پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات و واژه های خاص باشد . »و نیز گفته شده: »عقدی تشریفاتی است که عالوه بر شرایط اساسی و اختصاصی برای تاثیر اراده ابراز شده در . این عقود به طور عمده در مقابل عقد 33 تشکیل عقد امر یا امور دیگری که تشریفات نامیده شده الزم باشد » رضایی قرار می گیرند. بدین مفهوم که عقد رضایی عقدی است که هرگاه قصد انشاء در آن مقرون به چیزی باشد که داللت بر قصد نماید، صحیح شناخته می شود و احتیاج به الفاظ و عبارات مخصوص و یا .در خصوص

قراردادهای پیمانکاری باید گفت، نظر به 34 تشریفات خارجی دیگر ندارد نظیر ودیعه و ».. اینکه این قرارداد در زمره اعمال اداری دو جانبه بین دولت و سایر اشخاص دولت تلقی می شود و اعمال حقوقی دولت از حیث انعقاد آن و نیز کیفیت تعیین حقوق و تعهدات طرفین در زمره اعمال تشریفاتی می باشد، لذا پیمان یک عقد تشریفاتی به حساب می آید. تشریفاتی بودن این قرارداد آنجایی تقویت می گردد 32ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1390، ص42 .

33مهدی شهیدی، تشکیل قرارداد و تعهدات ،جلد اول، انتشارات مجد، تهران 1393، ص84 34 .سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد 1، انتشارات کتابفروشی اسالمیه، تهران، 1384، ص175 30 .که امروزه مالحظه می نماییم ضوابط و تشریفات مخصوصی در زمینه طرز انعقاد پیمان ها و نیز چگونگی تعیین حقوق و تعهدات طرفین وضع گردیده و از جانب سازمان های ذیربط به کارفرمایان و پیمانکاران ابالغ شده است. چه اینکه دفترچه شرایط عمومی پیمان بهترین گواه بر این ادعا است. به عالوه حاکمیت ضوابط و مقررات خاص در خصوص واگذاری موضوع پیمان به پیمانکاران شائبه شریفاتی بودن این قرارداد را بیش از پیش تقویت می نماید. از جمله این مقررات می توان به مواردی نظیر قانون دیوان محاسبات عمومی و مباحث مربوط به الزام وزارتخانه ها و موسسات دولتی برای برگزاری مناقصه یا مزایده اشاره کرد .یا آیین نامه معامالت دولتی مصوب 1349 که این 35 که در ماده 79 قانون مذکور این موارد بیان شده است آیین نامه به نحوه و انواع معامالت دولتی حکومت دارد و معامالت را به 3 دسته جزئی، متوسط و بزرگ تقسیم می نماید و در مورد معامالت عمده دستگاه های دولتی را موظف به برگزاری مناقصه یا مزایده نموده است.)ماده 5 قانون اخیر الذکر .)

ویژگی دومی که می توان برای پیمان برشمرد، استمراری بودن این قرارداد است. بعبارت دیگر عقود از حیث نحوه اجرای تعهدات در طول زمان یا از حیث وابستگی تحقق مورد عقد و عدم وابستگی آن به زمان به عقد آنی و مستمر تقسیم می گردد. مفهوم عقد مستمر بدین معناست که اجزای مورد عقد در اجزای زمان محقق می گردد. برعکس عقد آنی عقدی است که تمام اجزای مورد آن در لحظات معین زمان تحقق 36دارد همانند بیع که دو مورد آن یعنی مبیع و ثمن در زمان معین، شخصاً یا نوعاً محقق می باشد .در مورد قرارداد پیمان

باید گفت با عنایت به اینکه ماده 7 دفترچه شرایط عمومی پیمان، پیمانکار را مسئول اجرای عملیات موضوع پیمان برابر اسناد و مدارک پیمان می داند و از جمله اسناد و مدارک پیمان مدت قرارداد اجرای پیمان و ... است، لذا نمی توان در مستمر بودن آن تشکیک نمود .ویژگی بعدی که پیمان دارای آن می باشد این است که پیمان یک عقد دو گانه است که برخی آثار آن در قانون بیان شده و برخی آثار آن بیان نگردیده است. بعبارت دیگر، پیمان یک عقد ترکیبی است که بخشی از آثار آن در قوانین ذکر گردیده و به اعتباری یک عقد معین است و برخی از آثار آن در قوانین ذکر نشده که از این جهت یک عقد نامعین است. در خصوص مفهوم عقد معین دکتر کاتوزیان می گوید: »عقد معین عقدی است که در قانون نام خاص دارد و قانونگذار شرایط انعقاد و آثار آن را معین نموده است. مانند 35محمد عظیمی آقداش و نادر بقایی مهر، قوانین و مقررات پروژه های عمرانی انتشارت پارسیا، 1392، ص76 36 .مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، انتشارات مجد، تهران 1393 ص 95 37 31 .بیع و اجاره و . »... در مقابل این عقود، عقود نامعین قرار دارند که مفهوم آن بدین معنی است که شرایط و آثار خاصی را بر آن قانونگذار پیش بینی نکرده است اما با عنایت به ماده 10 قانون مدنی و به شرط مخالف نبودن با قوانین، نفوذ آن محترم شمرده شده است. پیمان نیز عقدی است که در عین حال هم معین است و هم نامعین زیرا هم می تواند همزمان ودیعه باشد)نگه داری از کارگاه توسط پیمانکار در زمان فسخ(و هم می تواند وکیل باشد.)خرید مصالح پیمان توسط پیمانکار .)ویژگی بعدی پیمان الزم بودن این عقد است: ماده 185 قانون مدنی در تعریف عقد الزم می گوید« :عقد الزم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه«. آنچه که می توان از این ماده برداشت نمود این است که در عقد الزم هیچ یک از طرفین قدرت بر هم زدن آن را تحت هیچ شرایطی نداشته باشند مگر در مواردی که قانونگذار پیش بینی کرده است که آن موارد نیز فسخ و اقاله می باشد. نکته ای که باید بدان توجه نمود این است که هرگاه قانونگذار برای عقدی که لزوم آن مطابق اصل است اختیار برای برهم زدن آن دهد، آن عقد از لزوم به جایز تغییر نمی کند. بعبارت واضح تر بر که پیمان یک عقد الزم-جایز است و به عبارتی ماهیت 38 خالف آنکه برخی نیز بسیار مفصل گفته اند دوگانه دارد، نگارنده معتقد است پیمان

یک عقد الزم است. اوالً آنچه که از مفاد ماده 10 قانون مدنی برمی آید لزوم قراردادها است که امری موافق اصل است. ثانیاً مفاد ماده 219 قانون مدنی که بیانگر »اصالۀ اللزوم »است موید این مطلب است که کلیه قراردادهای واقع شده الزم آالتباع هستند. سوماً آنچه که برخی نویسندگان از آن به عنوان حربه ای برای دوگانه نشان دادن عقد پیمان استفاده کرده اند و بطور مداوم بدان استناد جسته اند ماده 46 شرایط عمومی پیمان است که حق فسخ را برای کارفرما در 15 بند احصاء کرده و ظاهراً هیچ گونه حقی در این خصوص برای پیمانکار در نظر نگرفته است. اما همانطور که در باال نیز اشاره کردیم دادن حق فسخ برای یکی از طرفین، عقد الزم را تبدیل به جایز نمی کند. چه اینکه خیار فسخ فقط اختصاص به معامالت و عقود الزم دارد. ممکن است ایراد گردد با توجه به قسمت نخست ماده 48 شرایط عمومی پیمان که می گوید: »هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیر متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل، که نباید بیش از 15 روز باشد، به پیمانکار ابالغ می کند 37 .»....ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها تشکیل قرارداد، جلداول، شرکت سهامی انتشار،تهران، 1376، ص95 38 .برای دیدن نظر مخالف رک: ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارت جاودانه، جنگل، تهران1392 ص22-24 32 .چون کارفرما می تواند هر لحظه قرارداد را خاتمه دهد پس پیمان نسبت به کارفرما جایز است. اما در پاسخ باید گفت آنچه که از این ماده برداشت می گردد این است که مقرره فوق نوعی شرط خیار است که در آن تاریخی نیز مقرر نشده است و با استناد به ماده 401 قانون مدنی در صورتی وجود چنین مقرره ای هم شرط و هم عقد باطل است. لذا باید در آن مدت گذارد تا به استناد آن پیمان و همچنین این شرط باطل نشود .زمانی که در مورد این ماده مهلتی مقرر گردد این تعیین مهلت سبب می شود که وجه تمایز بین عقد الزم و عقد جایز آشکار گردد. زیرا در عقد الزم نیازی به آوردن قیدی برای تعیین مهلت یا مدت برای فسخ وجود ندارد و این امر در عقد الزم باید رعایت گردد. از سوی دیگر اگر چنین مهلتی تعیین نگردد هم شرط و هم .لذا در مقام جمع بندی نگارنده معتقد 39 خود پیمان باطل است و این موضوع در عقود الزم هم جاری است است که پیمان

نسبت به هر دو طرف که عقد الزم بوده و هیچ یک از طرفین حق برهم زدن آن را مگر در شرایط بیان شده، ندارند. اما نکته ای که باید مطرح گردد این است که اگر پیمان به علت مقتضیات اداری کارفرما فسخ گردد آیا این امر منافی با اصل لزوم قراردادها نیست؟ توضیح آنکه در قراردادهای اداری چنانچه مقتضیات اداره عمومی فسخ قرارداد را ایجاب کند، اداره دولتی می تواند بدون مراجعه به مراجع دادگستری قرارداد را فسخ نماید. البته روشن است که این نوع فسخ ضمانت اجرای تخلف پیمانکار نیست بلکه اداره دولتی برای اقتضائات عمومی اقدام به استفاده از آن می کند. این اختیار ناشی از حاکمیت دولت در اداره عمومی است که به او حق می دهد در صورت لزوم به قراردادی که فایده خود را از دست داده، خاتمه دهد. به عقیده علماء حقوق اداری فسخ قرارداد بنا بر مقتضیات عمومی جزء اصول حقوق عمومی و ناشی از حاکمیت دولت است و عدم تصریح آن در پیمان، مانع استفاده از آن نمی شود و حتی خود دولت .حال با این مطالب آیا می توان گفت که 40 نمی تواند در پیمان با قید شرطی این حق را از خود سلب نماید این موضوع با اصل لزوم تعارض دارد؟ در پاسخ به این سوال باید گفت که این اختیار استثنایی دولت هیچ تعارضی با اصل لزوم نداشته بلکه در جهت تایید آن می باشد. زیرا در قراردادهای عادی نیز چنین وضعی به شکلی دیگر حاکم است یعنی زمانی که یکی از طرفین بدون علت قانونی از تعهدات خود استنکاف ورزد موظف به جبران خسارت طرف دیگر بوده و باید جبران نماید. آخرین ویژگی که از پیمان بر می شماریم این است که پیمان از لحاظ شکلی یک قرارداد الحاقی به شمار می آید. برخی از نویسندگان معتقدند البته همانطور که بعداً خواهد آمد،وجود چنین شرطی در ماده 48 سبب بطالن پیمان نمی گردد. 39 40منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، انتشارات سمت، تهران، 1387 ص351 . 33 .زیرا از طرفی 41 قراردادهای پیمانکاری مبتنی بر شرایط عمومی پیمان از جمله قراردادهای الحاقی هستند مقاطعه و پیمانکاری دولتی را از اقسام قراردادهای اداری می دانند و از طرف دیگر معتقدند که بین قرارداد الحاقی و قرارداد اداری یک رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. بدین ترتیب که هر قراردادی اداری الحاقی است ولی هر قرارداد الحاقی، اداری نیست. در نتیجه قراردادهای پیمانکاری دولتی، در زمره قراردادهای اداری هستند، ولی برای اینکه، ما قراردادی را الحاقی بدانیم باید شرایطی باشد که در

قرارداد پیمانکاری این شرایط وجود ندارد. مهمترین وجه ممیزه عقود الحاقی انحصاری بودن کاال یا خدمت ارائه .زیرا به دلیل اضطرار می 42 شده است. بدین صورت که طرف قبول کننده چاره ای جز پذیرفتن آن ندارد بایست شرایط و انعقاد عقد را بپذیرد و تأمین کردن آن کاال یا خدمت از محل دیگر غیر ممکن است. در حالیکه در ما نحن فیه، قرارداد پیمان اینگونه نیست و پیمانکار می تواند قرارداد پیمانکاری را منعقد ننماید و اضطراری نیز مشاهده نمی شود. لذا پیمان از لحاظ صورت، شبیه قرارداد الحاقی است نه از جهت محتوا و هدف. همچنین نمی توان از جهت انگیزه و هدف، این قرارداد را با قراردادهای الحاقی که اشخاص حقوق خصوصی منعقد می کنند، برابر دانست. زیرا در قراردادهای الحاقی که دو طرف آن اشخاص خصوصی هستند، انگیزه و اهداف و منافع خصوصی در میان است حال آنکه در قرارداد پیمانکاری که یک طرف آن دستگاه اجرایی به نمایندگی از دولت است، منافع عمومی ملحوظ نظر است بنابراین برای حفظ حقوق عمومی و جلوگیری از هر گونه سوء استفاده ناچار شرایطی باید مقرر گردد که طرف قرارداد)پیمانکار)بدون داشتن حق تغییر، آن را قبول نماید. زیرا در دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت نامه و شرایط عمومی پیمان و مقررات مربوط به آن در ردیف های 1ـ1ـ و 1ـ2 و 1ـ3 می گوید: »..... تغییر دادن عبارت ها یا کلمه هایی از موافقت نامه یا افزودن به آن مجاز نیست و تنها محل های خالی باید تکمیل شود. شرایط عمومی باید بدون هیچ نوع تغییری در پیمان ها مورد استفاده قرار گیرد«.لذا تغییر دادن، کاستن یا افزودن مطالبی به آن مجاز نیست 41 .منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، انتشارات سمت، تهران، 1387 ص307 .سید محمدعلی فاضل ، پایان نامه تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان، به راهنمایی دکتر منصور امینی، دانشکده حقوق ، دانشگاه آزاد تهران 42 مرکز 1389 ص 3453 .

3-1-2-1 اجزاء و شرایط پیمان

در این قسمت به بررسی اجزاء تشکیل دهنده پیمان پرداخته می گردد. الزم به ذکر است مواردی که بیان می شود بر مبنای تقسیم بندی های ارائه شده است که اجزاء پیمان را به 3 دسته تقسیم کرده اند. در قسمت نخست موافقتنامه پیمان را مورد ارزیابی قرار می دهیم و در قسمت دوم شرایط عمومی پیمان را مورد مداقه

قرار داده و در آخر نیز شرایط خصوصی پیمان را ارزیابی می نماییم .پیمان موافقتنامه1-3-1-2-1 بنظر می رسد اولین جزء دفترچه پیمان موافقت نامه باشد. موافقت نامه که جزء کوچکی از پیمان را تشکیل می دهد آنچنان اهمیتی دارد که می توان این ادعا را نمود که سایر قسمت ها در پیمان فرع بر این موافقت نامه هستند. موافقت نامه مجوعا از 7 ماده تشکیل گردیده است که در مقام تشبیه می توان گفت اگر دفترچه پیمان را به عنوان قانون در نظر بگیریم، باید بگوییم تمامی مفاهیمی که هسته اصلی پیمان را تشکیل داده و شرایط عمومی و خصوصی پیمان حول محور این موافقت نامه می چرخد. موافقت نامه در لغت به 43معنای»سازش کردن و سازگار بودن« اشاره گردیده است 43 .محمد بهشتی، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، تهران، 1370، ص1057 1 35 .موافقت نامه در مفهوم لغوی حقوقی عبارتست از سازش کردن و وفاق و سازگاری در معنا و مفهوم اصطالحی نیز می توان موافقت نامه را بدین شرح تعریف نمود: »موافقت نامه سندی است که به موجب آن طرفین قرارداد پیمان، در خصوص موضوع مورد قرارداد، مجموعه اسناد و مدارک دفترچه پیمان را مبنا قرار داده و بر اساس آن با یکدیگر توافق می نمایند«. در واقع این موافقت نامه نوعی عقد است که بر اساس ماده 183 قانون مدنی نیز قابل تحلیل می باشد. نکته قابل ذکر اینکه وقتی طرفین با انعقاد موافقتنامه قراردادی بین خودشان منعقد می نمایند، باید جمیع شرایطی را که قانونگذار در ماده 190 قانون مدنی بدانها اشاره کرده و شرط صحت و نفوذ هر قراردادی است، را داشته باشد. اما همانطور که سابقاً اشاره شد کارفرما یا دستگاه اجرایی همانند سایر اشخاص دارای قدرت تامه برای ابزار اراده در قراردادها نیستند و این امر نشان می دهد که اراده کارفرما یا ادارات دولتی بصورت نسبی و تابع تشریفات و شرایط ویژه ای است. ماده 2 شرایط عمومی پیمان در تعریف موافقتنامه می گوید: »موافقتنامه سندی است که مشخصات اصلی پیمان، مانند مشخصات دو طرف، موضوع، مبلغ و مدت پیمان، در آن بیان شده است .»همانطور که مشاهده می شود موافقتنامه پایه اصلی پیمان را بیان می نهد و خالصه بسیار مختصر و فشرده ای از قرارداد پیمان است که تمامی موارد بیان شده در شرایط عمومی پیمان را پوشش می دهد

.پیمان عمومی شرایط2-3-1-2-1

ماده 3 شرایط عمومی پیمان در تعریف شرایط عمومی می گوید:» شرایط عمومی، مفاد همین متن است که شرایط عمومی حاکم بر پیمان را تعیین می کند«. در خصوص شرایط عمومی پیمان باید گفت بخش عمده دفترچه پیمان را این شرایط تشکیل می دهد که دارای 54 ماده است. مهمترین خصیصه ای که این شرایط دارد این است که مجموعه شرایط عمومی پیمان تحت هیچ شرایطی قابلیت تغییر را ندارد و طرفین نمی توانند آنرا به نفع خود یا دیگری تغییر داده و یا حتی آن را تجزیه کرده، بخشی را بپذیرد و بخشی را نپذیرند. آنچه که باید مورد توجه قرار گیرد مفهوم شرایط عمومی پیمان است، زیرا تعریفی که دفترچه پیمان در ماده 3 از شرایط عمومی پیمان ارائه داده ناقص بوده و افاده مقصود نمی نماید. در واقع ماده 3 این شرایط را تعریف نکرده است بلکه فقط اشاره نموده که شرایط پیمان در چه جایگاهی در دفترچه پیمان قرار دارد. در خصوص تعریف شرایط عمومی پیمان گفته اند: »شرایط عمومی عبارتست از: تعهدات 1محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات جنگل، تهران، 1384، ذیل واژه 5597 1 36تبعی غیر قابل تغییر و حاکم بر قراردادهای پیمانکاری . »چنانکه مشاهده می شود شرایط عمومی پیمان به عنوان یک تعهد فرعی آمده است که به نظر می رسد مقصود نویسنده این بوده که این تعهدات وابسته به عقد اصلی یا همان موافقت نامه می باشد. همچنین این شرایط با استناد به دستورالعملی که به موجب آن موارد بیان شده در پیمان را به 3 دسته تقسیم کرده بود و پیمان را جزء دسته غیر قابل تغییر آورده بود، کامال منطبق می باشد. بر اساس این تعریف تمامی تعهدات و اختیارات کارفرما و پیمانکار اساساً غیر قابل تغییر می باشد. چه اینکه این شرایط عمومی است که اصول کلی حاکم به پیمان را تعیین می نماید. بعبارت دیگر شرایط عمومی پیمان دورنمای قراردادی است که در آن موارد اساسی قرارداد نظیر میزان تعهدات و نحوه اجرا و همچنین مسئولیت هریک از طرفین قید شده است و طرفین باید شرایط خود را با شرایط عمومی پیمان وفق دهند. نکته ی حائز اهمیت اینکه برخی از شرایط عمومی پیمان فاقد ضمانت اجرای خاصی هستند که در این صورت مشخص نمی باشد که عدم اجرای تعهدات یا استنکاف هریک از آنها چه ضمانت اجرایی بر عهده دارد. بنظر می رسد چنانچه هر یک از شرایط عمومی پیمان از ضمانت اجرای خاصی برخوردار نباشند باید مطابق قواعد و اصول کلی حقوقی عمل

نمود برای مثال چنانچه بند د(ماده 17 شرایط عمومی پیمان که مربوط به عدم اجازه کارکنان شاغل در سازمان ها و نهادهای دولتی توسط پیمانکار است، رعایت نگردد، می توان بر اساس مقررات کلی حقوقی الزام پیمانکار را به این موضوع درخواست نمود و او را ملزم به اخراج آنان از کارگاه نمود

.پیمان خصوصی شرایط3-3-1-2-1

سخن گفتن در رابطه با شرایط خصوصی پیمان راحت تر از شرایط عمومی پیمان است. زیرا الزاماتی که در شرایط عمومی پیمان وجود دارد در اینجا وجود ندارد. به عبارتی مهمترین تفاوتی که بین شرایط عمومی پیمان و شرایط خصوصی پیمان وجود دارد در این است که رعایت قواعد مندرج در آن الزامی نیست. بدین مفهوم که این شرایط در توضیح و تکمیل شرایط عمومی پیمان آمده است و رعایت قواعد آن تا زمانی که مورد توافق قرار نگرفته الزامی نیست. نکته دومی که باید مورد توجه قرار گیرد این است که هر گاه مندرجات در این شرایط با مفاد شرایط عمومی پیمان متناقض باشد، مقررات شرایط عمومی پیمان حاکم می گردد. شرایط خصوصی پیمان مجموعاً در 25 ماده بیان شده است. در ماده 4 شرایط عمومی 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، نشر سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور. تبریز ، 1383 ص25 37پیمان شرایط خصوصی بدین شرح تعریف شده است: »شرایط خصوصی شرایط خاصی است که به منظور تکمیل شرایط عمومی، برای این پیمان با توجه به وضعیت و ماهیت آن تنظیم شده است«. موارد درج شده در شرایط خصوصی هیچ گاه نمی تواند مواد شرایط عمومی را نقض کند. هر پیمانی دارای طبیعت خاصی است و در عین اینکه قرارداد از شرایط عمومی پیروی و تبعیت می کند ویژگی های اختصاصی خود را دارد. نکته ی قابل ذکر اینکه محدوده و قالب عبارات مورد استفاده طرفین از قبل در شرایط خصوصی تعبیه شده و توسط هیچ کدام از طرفین قرارداد قابلیت تغییر را ندارد و طرفین فقط می توانند موارد نقطه چین را متناسب با قرارداد تکمیل نمایند. در این خصوص دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان ها و مقررات مربوط به آن ها در ردیف های 3 ـ 1 و 3ـ2 می گوید: »با وجود اینکه در عرف پیمان ها، شرایط خصوصی، حاوی ویژگی های هر پیمانی است که نسبت به شرایط عمومی اولویت دارد، ولی

در طرح های عمرانی که مربوط به یک کارفرمای اصلی یعنی دولت است، شرایط خصوصی به نحوی تنظیم شده است که تنها در چارچوبی که شرایط عمومی برای آن تعیین کرده، قابل تکمیل باشد، بدین روی درج مطالبی خارج از محدوده تعیین شده در شرایط خصوصی مجاز نیست

.»...پیمان ماهیت4-1-2-1

همانطور که سابقاً نیز اشاره گردید، قرارداد پیمان به عنوان قراردادی که مولود توسعه اقتصادی و صنعتی جامعه است با پاره ای از عقد مصرح در قوانین ما، نظیر قانون مدنی دارای تشابهات و اشتراکات فراوانی است. چه اینکه این تشابهات شامل پاره ای دیگر از قراردادها نظیر قرارداد کار می باشد. بدین جهت الزم است جهت شناسایی ماهیت حقوقی قرارداد پیمان آن را با برخی مواردی که تشابه زیادی با پیمان دارند منطبق نماییم

1-2-1-4-1 .قرارداد پیمان و عقود مرسوم در قانون مدنی

در ذیل قرارداد پیمان را با عقود مرسوم در قانون مدنی مورد بررسی و مداقه قرار می دهیمپ .

الف(انطباق قرارداد اجاره اشخاص و پیمان قرارداد اجاره اشخاص از جمله عقود عهدی است که بعد از بیع و اجاره اشیاء شاید بیشترین کاربرد را در سطح جامعه داشته باشد. شبیه ترین عقدی که عناصر آن تشابه تقریبی با پیمان دارد، عقد اجاره اشخاص می باشد. هر چند که ماده 512 قانون مدنی تعریفی از این عقد ارائه نمی دهد اما تعریفی که برخی از حقوقدانان برای این عقد ارائه داده اند بدین شرح است: »اجاره اشخاص عقدی است معوض که بموجب 1 38آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می شود کاری را انجام دهد . »در قرارداد اجاره اشخاص، اجاره کننده را مستاجر و کسی که عمل مورد نظر را انجام می دهد اجیر می گویند. اجیر عام نیز شخصی است که برای انجام عملی معین استخدام شده اما التزام وی به انجام آن عمل محدود به مدت معینی نمی باشد. نکته قابل ذکر اینکه مباشرت اجیر در انجام عمل مورد اجاره شرط نیست، زیرا آنچه مطلوب مستاجر می باشد انجام عمل در مدت متعارف است و الزم نیست مورد اجاره در مدت مشخص یا توسط اجیر خاص به انجام برسد. ماده 513 قانون مدنی بدون اینکه اجاره اشخاص را از اجازه اشیاء جدا کند، آن را تابع حکم واحدی قرار داده که این امر منجر به ابهاماتی گشته است که از جمله مورد قراردادهای کار و

مقاطعه چنین ابهامی به روشنی قابل درک است. همانطور که در ابتدای گفتار نیز اشاره گردید تشابه قراردادی بین عقد اجاره و پیمانکاری در بدو امر تصور انطباق مفهومی این دو قرارداد را به ذهن می رساند. چه اینکه ماده 7 شرایط عمومی پیمان نیز این موضوع را تقویت می نماید. زیرا در ماده 7 دقیقاً به موردی اشاره شده است که اجیر نیز مکلف به انجام آن می شود. البته این امر دور از ذهن نیست زیرا اجیر عام کسی است که تعهد به انجام کاری را در قبال دریافت مبلغ معینی کرده است. اما این تصور را باید از ذهن زدود. زیرا همانطور که قبالً نیز به مناسبتی بدان اشاره گردید، در قرارداد پیمانکاری اصل بر مباشرت شخص پیمانکار است و ممکن است در برخی موارد، زمانی که کارفرما تایید نماید، بخشی از قرارداد)نه همه ی آن(به پیمانکار جزء واگذار شود. تقابل بین قرارداد پیمان و اجاره در مورد اجیر خاص از نمود بیشتری برخوردار است .زیرا اجیر خاص دارای تعهدات مقیدی می باشد. به عبارتی اجیر خاص در مدت زمانی که منافع عمل خود را در اختیار مستاجر قرار می دهد، این حق را ندارد که شخص دیگری را در منافع عمل خود شریک کند، فلذا باید نیروی کاری خود را صرفاً در اختیار مستاجر قرار دهد. این امر در قرارداد پیمان صادق نیست. زیرا نه در شرایط عمومی پیمان و نه منطقاً هیچ جا پیش بینی نشده که پیمانکار زمانی که موضوع تعهداتی را که کارفرما بر عهده او گذاشته، نتواند پروژه دیگری را عهده دار گردد. هرچند که این امر منوط به این است که تداخل در دو یا چند پروژه بصورت همزمان منجر به اختلال در یکی از آنها نشود. مضافاً اینکه محدود نمودن پیمانکار به انجام عمل معین در طول یک پروژه و منع وی از انعقاد قرارداد برای انجام پروژه های دیگر سبب بروز مشکالت عدیده اقتصادی می گردد. چه اینکه قبل از شروع عملیات موضوع پیمان 1ناصر کاتوزیان، عقود معین جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1387 ، ص557 39 .هیچگونه مبلغی به وی پرداخت نمی شود و نحوه پرداخت مبالغ نیز در چارچوب ماده 37 شرایط عمومی پیمان پیش بینی شده است و چنانچه مبلغی به وی قبل از شروع بکار پرداخت گردد، این پرداختی به منظور تقویت بنیه مالی و اقتصادی پیمانکار است این موضوع در ماده 36 شرایط عمومی پیمان بدین شرح بیان شده است:» کارفرما موافقت دارد که به منظور تقویت بنیه مالی پیمانکار مبلغی به عنوان پیش پرداخت، به پیمانکار پرداخت کند. میزان روش پرداخت و

چگونگی واریز پیش پرداخت و دیگر ضوابط آن بر اساس دستورالعمل های مربوطه است که در زمان ارجاع کار نافذ بوده و شماره و تاریخ آن در اسناد و مدارک پیمان درج شده است...«. لذا در مقام جمع بندی باید گفت اگر پیمانکار همانند اجیر خاص از تقبل و تعهد اجرای سایر پروژه ها بطور همزمان منع نماییم، ورشکستگی و ایجاد مشکالت مالی و اقتصادی پیمانکار دور از انتظار نمی باشد. عالوه بر موارد گفته شده که منجر به تمایز وضعیت پیمانکار یا اجیر خاص می گردد، وجود سه علت عمده دیگر در قرارداد پیمانکاری وجه تمایز این قرارداد را با اجاره اشخاص نمایان تر می سازد. این 3 علت عبارتند از : 1ـ استقالل اجرایی پیمانکار در انجام پروژه 2- حق واگذاری اجرای موضوع پیمان به غیر 3- تضمین نتیجه معین توسط پیمانکار . استقالل اجرایی پیمانکار در قرارداد پیمان بدین مفهوم است که برخالف اجاره اشخاص که اجیر تابع بی چون و چرای دستورات کارفرمای خود می باشد، پیمانکار از استقالل اجرایی در اجرای مورد پیمان برخوردار است و پیش از آنکه وی مکلف به تبعیت از کارفرما باشد بیشتر مقید به ضوابط و مقررات و استانداردهای فنی ابالغ شده در زمینه قرارداد موضوع پیمان است. بنابراین هر چند پیمانکار در عمل ملزم به اجرای موضوع پیمان در چارچوب شرایط عمومی پیمان و دستورات کارفرما است اما چنانچه دستورات صادره از سوی کارفرما مغایر با استانداردهای ابالغ شده باشد، پیمانکار مکلف نیست که از دستورات وی اطاعت نماید. بعبارت واضح تر کارفرما حق دخالت مستقیم در ضوابط فنی و اجرایی کار را ندارد و پیمانکار از این جهت دارای استقالل است.همچنین برابر بند دو ماده 24شرایط عمومی پیمانکار می تواند بخشی از موضوع قرارداد را به پیمانکاران جزء واگذار کند، اما در اجاره اشخاص چنین اختیاری به اجیر داده نشده است. نکته آخر اینکه تعهد اجیر در خصوص مورد اجاره از جمله تعهدات به وسیله است که وی باید سعی کنند تالش متعارف خود را در انجام عملیات موضوع اجاره بعمل آورد و چنانچه مستاجر نتواند تقصیر وی را اثبات کند، اجیر از پرداخت خسارت معاف است 40 .در حالیکه تعهد پیمانکار در قرارداد پیمان تعهد به نتیجه بوده و پیمانکار موظف است نتیجه مشخص را 1تضمین نماید .چه اینکه بند الف ماده 18 شرایط عمومی پیمان در این زمینه وافی به مقصود بوده که بموجب آن: »پیمانکار مسئولیت کامل حسن اجرای کارهای موضوع پیمان را طبق اسناد و مدارک پیمان بر

عهده دارد...«. لذا در مقام جمع بندی باید گفت که ماهیت قرارداد پیمان با این قرارداد همخوانی ندارد و باید به دنبال موارد دیگر بود .

ب(انطباق قرارداد پیمان با عقد وکالت

یکی دیگر از عقودی که در قانون مدنی بدان پرداخته شده و قرابت نزدیکی با قرارداد پیمان دارد، عقد وکالت و مقررات حاکم بر آن است. ماده 656 قانون مدنی در تعریف عقد وکالت چنین مقرر می دارد« :وکالت عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری ثابت خود می نماید .»چنانکه مشاهده می شود، در اجرای قرارداد وکالت، شخصی، انجام موضوع قرارداد را نیابتاً به عهده می گیرد. با چنین بیانی آنچه که تقریب به ذهن می شود، تشابه قرارداد پیمانکاری با عقد وکالت است. زیرا در ماده 7 شرایط عمومی پیمان که تعریف پیمانکار را ارائه داده است، پیمانکار را شخصی معرفی کرده که بر اساس اسناد و مدارک پیمان اجرای عملیاتی را بر عهده می گیرد. چه اینکه در قرارداد پیمان که یک عقد معوض نیز می باشد، اگر تصور کنیم که وکالت با اجرت است، قرابت این دو بیشتر نمایان می گردد. اما باید از چنین ظهور دست شست و قائل به این شد که قرارداد پیمان از نظر ماهیتی قابل انطباق با عقد وکالت و آثار حاکم بر آن نمی باشد. زیرا اوالً همانطور که از تعریف عقد وکالت نیز مستفاد می گردد، اثر اولیه قرارداد وکالت اذن است. هر چند اعطای اذن و نیابت متضمن متعهد نیز می باشد، یعنی وکیل متعهد به اجرای تعهد است و تعهد موکل به پذیرش آثار وکالت و پرداخت اجرت در صورت رایگان نبودن مورد وکالت می باشد. اما باید توجه داشت که این تعهد، فرعی است و ارتباطی با مقصود طرفین ندارد. به همین جهت ماده 659 وکالت مجانی را پذیرفته است. اذنی بودن وکالت بدین مفهوم است که هر گاه با بوجود آمدن شرایطی منبع اصلی اذن به عنوان زیر بنای این عقد قطع گردد، قرارداد اثر خود را از دست می دهد .این در حالی است که اثر اولیه قرارداد پیمان اذن نیست و نوع پیشرفته ای از قرارداد اجاره اشخاص)نه خود اجاره اشخاص(است و مبتنی بر تملیک منفعت است. به عبارتی عقد پیمان چون از جمله عقود معوض می 1برای مطالعه در خصوص تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه رک : ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، ضمان قهری، شرکت سهامی 41باشد و کارفرما تعهد به پرداخت

مبلغ معینی نموده هیچ گاه نمی تواند بصورت یک عقد مجانی همانند عقد وکالت منعقد گردد و چنانچه قرارداد با این اوصاف منعقد گردد دیگر مشمول حقوق پیمان نبوده و مقررات ماده 10 قانون مدنی بر آن حاکم می باشد. ثانیاً نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که عقد وکالت یک عقد جایز است، در حالیکه با استداللی که در قسمت ویژگی های پیمان ارائه شد، دانستیم که پیمان یک عقد الزم است. فلذا باید گفت از لحاظ کیفیت لزوم و جواز عقد، این دو قرارداد با یکدیگر متفاوت هستند. ثالثا: عقد وکالت همانطور که در ماده 659 قانون مدنی نیز اشاره شده است می تواند مجانی منعقد گردد و پرداخت اجرت جنبه فرعی دارد. در حالیکه قرارداد پیمانکاری بر اساس پرداخت منفعت به پیمانکار در مقابل انجام عملی منعقد می گردد و معلوم بودن اجرت از شرایط صحت آن است. رابعاً عقد وکالت همانطور که برخی از حقوقدانان نیز اشاره کرده اند فقط شامل انجام دادن اعمال حقوقی است نه امر 1مادی است .در حالیکه که در قرارداد پیمان آنچه واگذار می گردد، یک عمل مادی است. نکته آخر اینکه در قرارداد وکالت موکل همواره بر اعمال وکیل نظارت داشته و نحوه و چگونگی عمل را به وکیل گوشزد می نماید. در حالیکه همانطور که سابقا نیز اشاره شد، پیمانکار در انجام و اجرای موضوع پیمان از استقالل اجرایی برخوردار است و کارفرما از جهت عملیات فنی حق کنترل پیمانکار را ندارد .در مقام جمع بندی از مباحث فوق باید گفت که ماهیت قرارداد پیمان تحت هیچ شرایط نمی تواند با مقررات قانون مدنی منطبق شده و مشمول آن گردد

2-4-1-2-1 .انطباق قرارداد پیمان و قرارداد کار

با وقوع انقالب صنعتی و بوجود آمدن اتحادیه های کارگری و از بین رفتن استثمار و برده داری، قرارداد کار که مولود موارد فوق بود، در اثر توسعه شهرنشینی و زندگی ماشینی بوجود آمد. ساعت کار طوالنی، مزد اندک، فقدان امکانات رفاهی مناسب و ... از جمله علل آزار دهنده ای بود که هر انسان متمدنی را به درد می آورد. این شرایط سبب گردید که حقوقدانان به بهره گیری از نگرش اندیشمندان و جامعه شناسان، قوانین حمایت کننده ای برای کارگران تدوین و مقررات ویژه ای برای فعالیت های کاری روزمره 2آنها وضع نمایند .بدین ترتیب پیدایش حقوق کار به مفهوم امروزی مرهون تالش های دیروزی بود. اما در رابطه با تطبیق مقررات

قانون کار و به تبع آن، قرارداد کار با قرارداد پیمان باید بگوییم، بموجب ماده 2 قانون 1ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، تهران، 1392 ، ص438 2 .سید محمد هاشمی، نگرش به قانون جدید کار، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، شماره 9 . بدون صفحه 42 . کار: »کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند«. ماده 7 قانون فوق الذکر در تعریف قرارداد کار می گوید: »قرارداد کار عبارتست از قرارداد کتبی یا شفاهی که بموجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی کاری را برای مدت موقت یا غیر موقت برای کارفرما انجام می دهد«. با نگاهی دقیق به این تعاریف و با عنایت به تعاریف ارائه شده در رابطه با قرارداد پیمانکاری و مفهوم پیمانکار آنچه که به ذهن متبادر می گردد این است که ماهیت قرارداد پیمان، قرارداد کار است، چه اینکه هر دو قرارداد نیز الزم و معوض بوده و هر دو نیز کار معینی را انجام می دهند. لذا شائبه انطابق ماهیت پیمان با قرارداد کار نیز بیش از پیش تقویت می گردد. اما با تدقیق در مقررات مربوط به قرارداد پیمان و مقاطعه کاری باید این تصور را از ذهن زدود. چه اینکه نویسندگان حقوقی معیارهای متفاوتی برای تمییز این دو قرارداد، ارائه داده اند. که در ذیل به آنها اشاره می گردد1 :ـ برخی از نویسندگان پیشنهاد کرده اند که تمییز قرارداد کار از مقاطعه بر حسب چگونگی پرداخت دستمزد انجام می شود، یعنی اگر مزد به تناسب زمان کار پرداخت شود، قرارداد، تابع قانون کار بوده و اگر 1 مزد بر حسب تعداد کار و اهمیت آن پرداخت شود، قرارداد مقاطعه می باشد 2 .ـ برخی دیگر تفاوت مقاطعه و قرارداد کار را در استقلال رأی و اجرای عملیات توسط پیمانکار دیده اند .زیرا در قرارداد کار، کارگر همانند اجیر تابع بی چون چرای کارفرما است و به همین جهت وی از خود استقلال نداشته، در نتیجه در مقابل ثالث مسئول عیب و نقص کار انجام شده نیست. اما همانطور که بعداً خواهد آمد، مقاطعه کار یا پیمانکار در اجرای تعهدی که به عهده دارد مسئول اعمال خود بوده و باید حسن اجرای تعهدات را نیز تعهد نماید و از رهگذر این موضوع چنانچه خسارتی به اشخاص ثالث وارد آید تقصیری متوجه کارفرما نیست. همچنین پیمانکار پیرو نظام نامه های فنی و اجرایی می باشد، نه تابع دستورات کارفرما3 .ـ بین قرارداد پیمان و قرارداد کار از جهت

هدف نیز تفاوت وجود دارد. زیرا مبنای قرارداد کار در واقع حمایت از طبقه کارگری در برابر استثمار کارفرمایان است و در واقع واقعیت های اقتصادی و اجتماعی، اسباب الزم را برای حمایت از کارگر در قرارداد کار فراهم نموده اند. اما در قرارداد پیمان شخصی پیشنهاد 1پلنیول، رساله مقدماتی حقوق مدنی، جلد 2، شماره 1827 و 1899 به نقل از :ناصر کاتوزیان عقود معین معاملات معوض و عقود تملیکی ، جلد 1، شرکت سهامی انتشار، تهران، 1390 شماره 52 43 .خدمتی را به عموم ارائه می نماید که در برابر آن، اگر پیشنهاد وی پذیرفته شده متعهد به اجرای آن می شود .بعبارت دیگر هدف از قرارداد پیمان سود بیشتر و رقابت اقتصادی در سطح جامعه است. لذا این دو قرارداد از جهت ماهیت با یکدیگر منطبق نمی باشند

.پیمان قرارداد اختصاصی ماهیت3-4-1-2-1

دیدیم که ماهیت قرارداد پیمان را نه میتوان با عقود مصرح در قانون مدنی نظیر اجاره و وکالت منطبق نمود و نه می توان آن را با قراردادهای اختصاصی نظیر قرارداد کار تحلیل نمود. هر چند که تحلیل هایی که در این زمینه ارائه گردید، برخی شباهت ها را نظیر معوض بودن یا معین بودن موضوع بین این قرارداد با سایر قراردادها می رساند. اما تفاوت های جدی بین آنها مانع از آن بود که بتوان ماهیت این قرارداد را با سایر عقود یکسان دانست. در قرارداد پیمان آنچه که جلب نظر می نماید، استقالل اجرایی پیمانکار در انجام مورد تعهد است. فلذا هیچ گاه نمی توان استقالل وی را نادیده گرفت. گزافه نیست اگر بگوییم که قرارداد پیمانکاری که یک طرف آن دولت است و خود قرارداد پیمان که یک موضوع عمومی و اداری تلقی می شود، دارای ماهیت ویژه ای است. چه اینکه اداری بودن این قرارداد این تحلیل را بیش از پیش تقویت می نماید. زیرا در قراردادهای اداری، تشریفات انعقاد این قراردادها، متضمن شروط و احکام ویژه ای است که وضعیت ممتازی نسبت به سایر قراردادها ایجاد می نماید. در حالیکه در این شروط و احکام ویژه در موارد بیان شده وجود نداشت. مضافاً اینکه در قواعد عمومی قراردادها، اصل بر تساوی اراده متعاملین است ولی در حقوق پیمان ها با این مفهوم به معنای آنچه که در حقوق خصوصی وجود دارد روبرو نیستیم و قراردادهای اداری بطور معمول نوعی قرارداد تحمیلی از لحاظ شکلی به حساب می آیند .ممکن است گفته شود که چون در بیشتر قراردادهای اداری دولت به عنوان

یک شخص حقوق خصوصی عمل می کند،)اعمال تصدی گری(پس این قرارداد در زمره قواعد کلی حقوق خصوصی باید تحلیل شده و ماهیت آن منطبق با مقررات حقوق خصوصی باشد. اما در پاسخ باید گفت هرچند طبیعت اعمال تصدی گری دولت نزدیک به مقررات حقوق خصوصی است، اما تشریفات انعقاد قرارداد و شرایط حاکم بر آن و ویژگی های اختصاصی این قرارداد ها مانع از آن است که ما ماهیت قرارداد پیمان را همانند قراردادهای حقوق خصوصی بدانیم. لذا در مقام جمع بندی نگارنده معتقد است که قرارداد پیمان چون دارای تشریفات و شرایط ویژه ای است از ماهیت اختصاصی و مستقلی نیز برخوردار است44 .

2-2-1 تشریفات انعقاد پیمان

برای انعقاد هر عقد بطور عمده شرایطی وجود دارد که در صورت مفقود بودن همه یا برخی از آنها قرارداد با مانع موقت یا دائمی روبرو می گردد. پیمان نیز از این قاعده مستثنی نیست. اما نکته قابل توجه در پیمان این است که عالوه بر شرایط اساسی صحت معامله موضوع ماده 190 قانون مدنی، باید شرایط اختصاصی نیز وجود داشته باشد تا از رهگذر آن بتوان به انعقاد پیمان تن در داد. مفهوم ماده 190 و شرایط حاکم بر آن روشن بوده و نیازی به توضیح ندارد. لذا ما در این قسمت از توضیح و تفسیر قواعد عمومی قرارداد ها به جهت اطاله کالم خودداری کرده و شرایط اختصاصی پیمان را در این قسمت مورد بررسی و ارزیابی قرار می دهیم. متذکر می گردد تقسیم بندی ارائه شده در ذیل تاکنون مسبوق به سابقه نبوده و برای اولین بار این تقسیم بندی ارائه می گردد .

1-2-2-1تایید اعتبار طرح موضوع قرارداد پیمان و تصویب آن

همانطور که میدانیم، قرارداد پیمان یک قرارداد اداری می باشد و این نوع قراردادها بطور معمول برای طرح های سازندگی و عمرانی که در کشور وجود دارد، بکار می رود. لذا قبل از اینکه بخواهیم اولین شرط از شرایط اختصاصی انعقاد پیمان را مورد بررسی قرار دهیم الزم است به مفهوم قرارداد ها و طرح های سازندگی و عمرانی بپردازیم. به نظر می رسد منظور از پروژه های عمرانی یعنی طرح هایی که بر مبنای مطالعات، توسعه کالن جامعه در برنامه های توسعه اجتماعی و اقتصادی کشور منظور و برنامه اجرایی و بودجه ساالنه آن تعیین

و تأمین اعتبار می گردد. بطور خالصه می توان برای تایید اعتبار و تصویب طرح موضوع طرح موضوع قرارداد پیمان موارد ذیل را برشمرد: اولین کاری که در سیر انجام و اجرای طرح های عمرانی باید صورت پذیرد، جمع آوری اطالعات مورد نیاز و تهیه و طرح پیشنهادی توسط سازمان ارائه دهنده طرح است و پس از تایید این طرح در باالترین رده آن سازمان، باید جهت بررسی و تصویب نهایی به سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور ارسال گردد. در اینجا ممکن است با سه فرضیه روبرو شویم. در فرض نخست ممکن است طرح پیشنهادی به علت نداشتن مواردی از قبیل توجیه اقتصادی یا غیر ضروری بودن انجام آن و یا حتی بعلت تقاضای بودجه بسیار زیاد و یا اولویت نداشتن آن، رد گردد. فرض دوم این است که طرح پیشنهادی دارای معایبی باشد که نیازمند بررسی بیشتر است و یا طرح ارائه شده دچار نقایصی است که باید برای تکمیل آن نقایص و یا رفع معایب، عودت داده شود و در صورت رفع آن، طرح 45پیشنهادی مجددا به سازمان مدیریت و برنامه ریزی ارسال گردد. اما فرض آخر این است که این طرح در مجموعه سازمان مدیریت مصوب گردد که در اینصورت برای تایید اولیه در قالب الیحه به هیأت وزیران ارسال می گردد. چنانچه هیأت وزیران طرح مذکور را تایید نماید، آن را در قالب الیحه بودجه ساالنه منظور کرده و برای تایید نهایی به مجلس شورای اسالمی تقدیم می نماید. پس از تصویب الیحه بودجه در مجلس و تایید آن در شورای نگهبان، طرح های بیان شده در این الیحه جهت اجرا به سازمان مدیریت و برنامه ریزی ابالغ می گردد و این سازمان موظف است طرح های مربوط به هر دستگاه اجرایی را به باالترین 1مسول آن سازمان ابالغ و ردیف بودجه های تخصیص شده را متذکر گردد .چون طرح های موضوع قرارداد پیمان معمولاً کالن و ملی هستند، الزم است سازمان ارائه دهنده پیشنهاد که بعد از انعقاد قرارداد پیمان کارفرما محسوب می گردد، اعتبار مورد نیاز طرح را به صورت ساالنه پیش بینی و آن را در طرح پیشنهادی خود به سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، بیان نماید. قدم دومی که باید در این زمینه انجام گیرد، بر اساس تبصره ماده 75 قانون محاسبات عمومی کشور می باشد که بر اساس این تبصره دولت موظف است حداکثر تا اول اردیبهشت هر سال بودجه عمرانی مصوب برای طرح را و بطور کلی اعتبار در نظر گرفته شده برای آن طرح و بودجه آن سازمان را به آنها ابالغ و منابع تخصیص داده شده را واریز

نماید .برای مثال اگر سازمان راه و شهرسازی استان تهران قصد ایجاد جاده ای بین شهرتهران تا رباط کریم داشته باشد، ابتدا باید تمام موارد الزم را از قبیل تهیه طرح پیشنهادی، گزارش کارشناسی، طرح توجیهی و اقتصادی و... را گردآوری و تدوین و به مرجع باالتر خود یعنی وزارت راه و شهرسازی تحویل دهد .وزارت راه و شهرسازی موظف است طرح ارائه شده را برای تأمین اعتبار عمرانی به سازمان مدیریت و برنامه ریزی ارائه کرده و در صورت تصویب آن در هیأت وزیران، طرح مورد نظر در قالب یکی از مواد قانون برنامه و بودجه هرسال در قالب الیحه ای به مجلس ارائه ودر صورت تصویب، جهت ابالغ به دولت بازگردانده شود. سپس سازمان مدیریت براساس تبصره ماده 75 قانون محاسبات عمومی کشور تا حداکثر اول اردیبهشت ماه هر سال موظف است اعتبار در نظر گرفته شده را برای احداث آن جاده، به سازمان درخواست کننده که سازمان راه و شهرسازی است، ابالغ نماید. بعبارت اخری چون قرارداد پیمان یک قرارداد معوض است باید اولین قدمی که در راستایی انعقاد قرارداد پیمان برداشته می شود تأمین اعتبار طرح 1سید محمد علی فاضل، پایان نامه تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان،به راهنمایی دکتر منصور امینی،دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد تهران 1مرکز، تهران،1389،ص 39 46 .موضوع پیمان است. لذا چنانچه این شرط مفقود باشد، اساساً قرارداد موضوع پیمان نمیتواند وجود خارجی داشته باشد. فلذا سازمان ها و نهاد های دولتی نمی توانند اقدام به انعقاد قرارداد پیمان با مجریان نمایند. نکته ای که باید در اینجا بدان پرداخته شود این است که پس از آنکه اعتبار عمرانی طرح پیمان تخصیص داده شد و ابالغ گردید، هر دستگاه اجرایی، مجری طرح خود را انتخاب می کند. اما باید توجه داشت که برای اجرای پروژه های پیمان نیاز به وجود مشاور نیز می باشد که مسئولیت نظارت بر کار را از طرف کارفرما برعهده دارد. ماده 9 شرایط عمومی پیمان در تعریف مهندس مشاور می گوید: »مهندس مشاور شخصی حقیقی یا حقوقی است که برای نظارت بر اجرای کار در چارچوب اختیارات تعیین شده در اسناد و مدارک .از این رو سازمان دولتی یا بعبارت بهتر کارفرما برای 1 پیمان، از سوی کارفرما به پیمانکار معرفی می شود »تعیین مهندس مشاور به مدیریت امور مشاوران سازمان مدیریت و برنامه ریزی مرجعه و

پس از طی چند مرحله مهندس مشاور برای طرح تعیین می گردد و از این مرحله است که پیمانکار وارد فرآیند طرح عمرانی می گردد.

2-2-2-1 .انعقاد قرارداد با مجری در قالب شرایط عمومی

پس از طی تشریفات فوق نوبت به انعقاد قراردادی برای انجام طرح مورد نظر در قالب شرایط عمومی پیمان می رسد. در این مرحله دستگاه اجرایی که از این پس آن را کارفرما می نامیم، با رعایت تشریفات و مقرراتی اقدام به انعقاد پیمان با پیمانکار می کند. در ذیل به این مباحث می پردازیم.

1-2-2-2-1 روش های انعقاد قراردادهای دولتی بین اشخاص

قرارداد های اداری برحسب حدود آزادی مقامات اداری در انعقاد اینگونه قرارداد ها، به دو بخش 2عمده قابل تقسیم می باشند:»الف(پیمان های مبتنی بر توافق. ب(پیمان های مبتنی بر مسابقه . »نوع اول شامل قراردادهایی می شود که به مدیران دولتی بواسطه اختیار و صالحیتی که از آن برخوردارند، اجازه انعقاد چنین قراردادهایی داده می شود که پیمان های مذاکره ای و پیمان های استعالم بها از انواع آن محسوب می شوند. نمونه عملی این قبیل قراردادها شامل قرارداد های ویژه ای است که معدود متخصصانی که در رشته مورد نظر تبحر داشته و یا برخی قرارداد های خرید جزئی و متوسط که به لحاظ برخی ضرورت ها و تسریع در انجام امور جزئی، مقنن شرایط سهل تری را جهت اینگونه قراردادها لحاظ نموده 1ماده 32 و 33 شرایط عمومی پیمان وظایف مهندسین مشاور و ناظر را بیان می کند 2 .ولی اهلل انصاری، کلیات حقوق اداری، نشر حقوقدان، تهران، 1377،ص117 47 . است. نوع دوم قراردادها شامل قرارداد هایی است که بنحو رقابت و انجام مسابقه، شخص ذیصالح گزینش و با رعایت شرایط از پیش تعیین شده، پیمان با او منعقد می گردد. قانون محاسبات عمومی مصوب 1366 در ماده 79 به منظور حمایت از حقوق جامعه، انعقاد قرارداد های عمده را از طریق تشریفات مناقصه و مزایده پیش بینی کرده و اعمال روش مسابقه ای)مناقصه و مزایده(را در معامالت دولتی ضروری و به عنوان یک اصل اولیه شناخته است

2-2-2-2-1 .انتخاب مجری طرح با مناقصه

همانگونه که بیان گردید، قرارداد های اداری دو نوع بودند که میتوان گفت برای انعقاد قرارداد های پیمانکاری باید مقررات مربوط به برگزاری مناقصات در آن رعایت گردد. بعبارت دیگر شرط مقدم بر انعقاد قرارداد پیمان برگزاری مناقصه است. در خصوص مقررات مربوط به برگزاری مناقصه در معاملات دولتی تا اوایل سال 1383 در مقررات پراکنده ای نظیر آیین نامه معاملات دولتی مصوب 1349 یا آیین نامه تشخیص صالحیت پیمانکاران ساختمانی و تاسیساتی مصوب 1353 و یا قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران مصوب 1339 قواعد خاصی پیش بینی شده بود.این مقررات تا تصویب قانون برگزاری مناقصات مصوب 03/11/1383 مجمع تشخیص مصلحت نظام نسخ نشده بود. اما با وضع این قانون بسیاری از قوانین مرتبط با برگزاری مناقصات بطور صریح یا ضمنی نسخ گردید. قانونگذار در بند الف ماده 2 قانون فوق الذکر در بیان تعریف مناقصه می گوید:»مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت موردنظر)طبق اسناد مناقصه(که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می شود«. چنانکه مشاهده می شود برگزاری مناقصه در واقع برای حفظ حقوق جامعه است که کارفرما در راستایی انعقاد قرارداد پیمان باید مجری را از این طریق انتخاب نماید. به عبارتی در اینجا کارفرما مکلف است پس از فراخوان مناقصه که در ماده 13 قانون مذکور بدان اشاره شده است، جهت برگزاری مناقصه اقدام کند. نکته ای که باید در اینجا ذکر گردد این است که معاملات از نظر نصاب طبق این قانون به سه دسته کوچک، متوسط و بزرگ تقسیم شده اند که در آیین نامه شماره 56/5448 در تاریخ 94/02/06نصاب آنها به ترتیب در معاملات کوچک و کمتر از 139000000)یکصد سی و نه میلیون ریال)، در معاملات متوسط مبلغ بیش از سقف معاملات کوچک و کمتر از 1390000000)یک میلیارد و سیصد ونود میلیون میلیون ریال(و در معاملات بزرگ مبلغی که برآورد اولیه آنها بیش از1390000000)یک 1 48میلیارد و سیصد و نود میلیون ریال(می باشد .طبق

بند الف(ماده 20 قانون برگزاری مناقصات هنگام ارزیابی مالی، مناقصه گری که مناسب ترین قیمت ها را حائز شده باشد به عنوان برنده اول اعالم شده و برنده دوم در صورتی اعالم می شود که تفاوت قیمت پیشنهادی وی با برنده اول کمتر از مبلغ تضمین باشد .لذا در فرض بحث چنانچه پیمانکار در مناقصه برنده شد، باید کارفرما پیش از پایان مدت اعتبار پیشنهاد ها، قرارداد ببندد. نکته قابل توجه در قرارداد های پیمانکاری که موضوع آن طرح و ساخت و بهره برداری است، این است که چون اینگونه مشاغل به لحاظ تخصصی و پیچیدگی طبع و نوع کار مشاغل کیفی هستند، نیازمند آن می باشند که برای فعالیت خود در آن شغل از مراجع خاص مجوزهایی دریافت نمایند تا افراد 2جامعه که بنوعی به کار آن ها نیازمند هستند، در اثر بی تجربگی آن ها دچار زیان و مشقت نگردند .در این راستای هیأت وزیران در آیین نامه ای به شماره 48013/ت23251 ه(مورخ11/12/1381 تحت عنوان)آیین نامه طبقه بندی و تشخیص صالحیت پیمانکاران(مقرراتی را برای ارزیابی کیفی پیمانکاران در نظر گرفته است. لذا چنانچه مناقصه ای برگزار شود و مناقصه گر بخواهد در آن شرکت نماید، باید بر اساس آیین نامه فوق گواهینامه صالحیت معتبر خود را برای ارزیابی کیفی ارائه دهد .البته برای سایر قراردادهای پیمانکاری، برای اینکه صالحیت پیمانکار عمال بر ضابطه و مالک قانونی باشد و هریک از دستگاه های اجرایی بنا به سلیقه و دلخواه خود نتواند صالحیت پیمانکار را تعیین نماید، وفق ماده 22 قانون برنامه و بودجه مصوب 1351/12/15مقرر گردیده که تشخیص صالحیت و طبقه بندی مهندسین مشاور و پیمانکاران توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور براساس آیین نامه ای صورت پذیرد. لذا هیأت وزیران در جلسه مورخ 1367/06/06به استناد ماده فوق الذکر و با توجه به نظام فنی و اجرایی برنامه های عمرانی کشور که موضوع تصویب نامه شماره 7250/ت166 مورخ 17/03/1367 می باشد، آیین نامه تشخیص صالحیت پیمانکاران و نحوه ارجاع کار به آنها را تصویب و مقرر نمود که دستگاه های اجرایی برای اجرای کارهای مربوط به طرح های عمرانی کشور، مقررات و ضوابط و فهرست های آیین نامه مرقوم را به مورد اجرا گذارد. متذکر می گردد در مواردی الزم نیست در صورتی که چنین مقرراتی در خصوص مناقصات برگزار نشد، سریعا حکم به فساد معامله داده و آنرا باطل بدانیم. در خصوص این بحث در فصل مربوط به بطالن

مطالبی بیان خواهد گردید 1 .در تبصره ماده 1قانون برگزاری مناقصه،نیروهای مسلح از شمول مقررات و ضوابط این قانون استثنا شده اند 2 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، حقوق صنعت احداث، نشر دادگستر، تهران، 1392،ص49178 .

پیمان قرارداد انعقاد3-2-2-2-1

پس از طی تشریفات فوق نوبت به انعقاد پیمان می رسد. در این مرحله کارفرما و پیمانکار با رعایت موارد فوق و با عنایت به ماده 2 شرایط عمومی پیمان اقدام به امضای قرارداد پیمان می نمایند. ماده 2شرایط عمومی پیمان مواردی را که باید همگی مورد توافق قرار گیرد در هفت بند احصاء نموده که عبارتند از: الف(موافقتنامه. ب(شرایط عمومی. ج(شرایط خصوصی. د(برنامه زمانی. ه(فهرست بها و مقادیر کار. و(مشخصات فنی عمومی و مشخصات فنی خصوصی، دستورالعمل ها و استانداردهای فنی. ز(نقشه ها. همانطور که برخی گفته نیز بدان اشاره کرده اند: »آنچه به عنوان قرارداد پیمان بین کارفرما و پیمانکار امضاء می شود، یک سند نیست بلکه مجموعه اسناد غیر قابل تفکیکی است که تمام آنها را پیمان می 1گویند . »در این مرحله و پس از امضای قرارداد پیمان بین طرفین، نوبت به مبادله ی پیمان می رسد و نفوذ قرارداد پیمان به تصریح بند الف ماده 4 شرایط عمومی از تاریخ ابالغ کارفرما می باشد. نکته قابل توجهی که مورد نظر می باشد این است که پیمان باید حتماً در طول مدت مشخصی انجام گیرد. هرچند که این مدت ممکن است تحت شرایطی با ملحوظ نظر قرار دادن ماده 30 شرایط عمومی پیمان تغییر کند1-2-3 .تعهدات و وظایف پیمانکار و کارفرما با توجه به اینکه پیمانکاران و کارفرمایان با عنایت به شرایط عمومی پیمان تعهدات و اختیارات خاصی دارند که هرکدام از آنها ضمانت اجراهایی نظیر فسخ، انفساخ یا تعلیق پیمان را دارد، ضروری است به صورت مختصر به برخی از تعهدات مهم طرفین اشاره نماییم.در ادامه ابتدا تعهدات پیمانکار را مورد ارزیابی قرار می دهیم .مجری تعهدات1-3-2-1 بطور کلی برای تعهدات و وظایف پیمانکار در خصوص کارکنان تحت امر وی دو فرض متصور است.فرض اول تعهدات مربوط به حمایت از کارکنان پیمانکار و تضمین آن از سوی کارفرما و فرض

دوم تعهدات پیمانکار در برابر کارفرما در مورد کارکنان خود 1 .ابراهیم اسماعیلی هریسی،مبانی حقوق پیمان، نشر جاودانه، جنگل،تهران،1393،ص5041 .

1-1-3-2-1 تعهدات مربوط به حمایت از کارکنان پیمانکار

همانطور نیز که قبلاً گفته شد ممکن است پیمانکار شخصیت حقوقی باشد که در اینصورت این شخصیت حقوقی یک مفهوم ذهنی و انتزاعی داشته و قاعدتاً عده ای برای چنین شرکت هایی کار می کنند .چه اینکه در مورد پیمانکارانی که شخصیت حقیقی نیز دارند این امر که عده ای برای وی کار می کنند متصور است. در شرایط عمومی پیمان و در ماده 17 آن کارکنان پیمانکار بدین شرح تعریف شده اند« :کسانی که در اجرای پیمان، خدماتی برای پیمانکار انجام می دهند، کارکنان پیمانکار شناخته می شوند«. در این خصوص پیمانکار در قبال این اشخاص تعهداتی دارد که عالوه بر اینکه وی مکلف به اجرای آن است، بلکه حمایت کارفرما نیز از آن تعهدات بنفع کارکنان پیمانکار مورد تاکید قرار گرفته است. اولین تعهد پیمانکار در این زمینه تأمین حداقل رفاه برای کارگران برابر بند ب(ماده 17 شرایط عمومی پیمان می باشد .تعهد دوم پیمانکار در رابطه با صدور کارنامه روزانه برای کارگران طبق مقررات بند ه(ماده 17 شرایط عمومی می باشد. این کارنامه در واقع معین میزان ساعات کاری کارگران و میزان دستمزد آنها می باشد .چنانچه پیمانکار چنین عملی را انجام ندهد بر اساس قسمت اخیر بند فوق الذکر، مهندس ناظر می تواند از ادامه کار کارگران جلوگیری نماید. تعهد سوم نیز ناظر به پرداخت به موقع و مرتب حقوق کارگران می باشد. لذا چنانچه پیمانکار از پرداخت حقوق کارگران خود، خودداری نماید، کارفرما میتواند پس از اخطار کتبی و با رعایت شرایط بند و(ماده 17، نسبت به پرداخت حقوق معوق کارگران از محل حساب پیمانکار با اعمال جریمه اقدام نماید. آنچه که مهم است، روش محاسبه پرداخت است که باید بر اساس کارنامه 1کارگری با تایید رئیس کارگاه همراه باشد .تعهد بعدی پیمانکار در این زمینه اجرای مقررات بیمه و حفاظت فنی و بهداشت کار است.بر اساس ماده 148 قانون کار، کارفرمایان مشمول قانون کار مکلفند براساس قانون تأمین اجتماعی نسبت به بیمه نمودن کارگران واحد خود اقدام نمایند.در اینجا باید متذکر شد که کارگران رابطه مستقیمی با کارفرمای اصلی نداشته بلکه کارفرمای

اصلی و بالواسطه آنها پیمانکار است .لذا پیمانکار موظف است وفق بند ح(ماده 17 شرایط عمومی پیمان کارکنان خود را بیمه نماید 1 .محمد کربالیی کریمی،مجموعه نکات شرایط عمومی و خصوصی پیمان، نشر جاودان خرد،تهران، 1394، ص23 51 .

2-1-3-2-1تعهدات پیمانکار در رابطه با کارکنان خود در مقابل کارفرما

اولین موردی که پیمانکار متعهد به آن است، استفاده از نیروهای ماهر و با تجربه براساس تعهد بند الف(ماده 17 شرایط عمومی پیمان است.این امر بنفع پیمانکاران نیز می باشد. زیرا استفاده از افراد بی تجربه و غیر متخصص از سوی پیمانکار قطعا وی را از انجام تعهدات خود در مقابل کارفرما عاجز و ناتوان می 1کند .تعهد دوم وی در این قسمت در واقع اعالم وضعیت استخدام متخصصان خارجی و احراز هویت و اجازه اقامت برای آنان است که وفق مقررات بند الف(و ج(ماده 17 شرایط عمومی پیمان باید آنها را انجام دهد.آخرین تعهد پیمانکار در این زمینه نیز عدم اشتغال کارکنان شاغل دولت و موسسات عمومی است. این شرط در بند ج(ماده 17 شرایط عمومی پیمان بیان شده است

3-1-3-2-1 .تعهدات پیمانکار در برابر کارفرما

پیمانکار عالوه بر تعهداتی که در برابر کارکنان خود دارد، در برابر کارفرما نیز تعهداتی برعهده دارد .اولین و مهمترین تعهد پیمانکار در برابر کارفرما اجرای موضوع تعهد خود و ضمانت اجرای آن است. این امر در بند الف(ماده 18 بدین شرح اعالم شده است: »پیمانکار مسئولیت کامل حسن اجرای کارهای موضوع پیمان را طبق اسناد ومدارک پیمان به عهده دارد«. چه اینکه در بند ب(ماده فوق پیمانکار ملزم به تهیه روش اجرا و برنامه تفصیلی اجرای کار با نظر مهندس مشاور شده است. در بند د(و ه(این ماده به دو مسئولیت دیگر پیمانکار در برابر کارفرما اشاره شده است. بدین شرح که پیمانکار وظیفه هماهنگی با سایر پیمانکاران و گروه های اجرایی کارفرما را برعهده دارد و همچنین وی مکلف به تهیه گزارش ماهانه برای کارهای انجام شده می باشد.مسئولیت دوم پیمانکار نیز به تعهد وی پیش از آغاز عملیات باز می گردد.در بند ز(ماده 18 شرایط

عمومی پیمان اشاره شده که پیمانکار قبل از اجرای عملیات باید شخصی را که صالحیت او به تایید مهندس مشاور نیز رسیده است، به عنوان رئیس کارگاه انتخاب نماید و عملیات اجرایی که در پروژه انجام می شود با نظارت و مسئولیت وی باشد. تعهد دیگر وی بر اساس ماده 19 شرایط عمومی می باشد. در این ماده اشاره شده که پیمانکار موظف است قبل از اینکه شروع به عملیات اجرایی کند، باید نقاط نشانه و مبداء را از لحاظ انطباق با نقشه ها مورد بررسی و ارزیابی قرار دهد. همچنین وی مکلف به اجرای نقشه ها و امتداد محورهای مورد نظر بر اساس طرح نقشه ها و موارد توافق شده می باشد 1 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور،تهران، 1380، ص68 52 .تعهد بعدی پیمانکار در این زمینه نیز تجهیز کارگاه طبق اسناد و مدارک پیمان برابر ماده 20 شرایط عمومی پیمان است. مفهوم تجهیز کارگاه در بند ج(ماده 12 بیان شده و نیازی به توضیح ندارد. توضیح آنکه طبق این ماده اگر تجهیزات و ماشین آالت مورد استفاده پیمانکار بنحوی ضعیف یا فرسوده باشد که اجرای موضوع پیمان را با تاخیر زمانی مواجه می کند، وی مکلف است که ماشین آالت و ابزار خود را مطابق نظر مهندس مشاور در مدت تعیین شده، تعویض یا تکمیل نماید. آخرین تعهد مهم پیمانکار در برابر کارفرما در ماده 21 شرایط عموی متجلی گشته است. این تعهدات به اختصار عبارتند از: 1- مسئولیت حفظ و نگه داری کارهای انجام شده، مصالح و تجهیزات و ماشین آالت و ابزار ها، زمین ها، راه ها و تاسیسات زیر نظر او.2-تعهد به جبران خسارت وارده به اشخاص ثالث در محوطه کارفرما.3- بیمه تمام کارهای موضوع پیمان طبق اسناد و مدارک پیمان بنفع کارفرما.4- تأمین امنیت و انتظامات کارگاه ها.

2-3-2-1 .تعهدات و اختیارات کارفرما

کارفرما نیز همانند پیمانکار در زمینه اجرای موضوع قرارداد پیمان تعهدات خاصی برعهده گرفته است.این تعهدات در فصل سوم شرایط عمومی پیمان از ماده 28 تا 34 ملحوظ نظر قرار گرفته است. ما نیز در اینجا بصورت اختصار به برخی از تعهدات و اختیارات مهم وی اشاره می نماییم .تعهدات کارفرما در حالت کلی

عبارت است از پرداخت مطالبات پیمانکار و پرداخت خسارات احتمالی و خسارات ناشی از عمل خود که در طول اجرای پیمان به پیمانکار واگذار می گردد. مضافاً اینکه وی موظف به پرداخت برخی هزینه های فوق العاده ضروری می باشد که به نحوی به پیمانکار تحمیل شده است. بخش دیگری از تعهدات کارفرما در جبران خسارت پیمانکار ناشی از عمل مستقیم حاکم در ارتباط با پیمان های مشابه بوده که چون اعمال حاکمیت دولت استثنائا موجب ضرر آنها گردیده، کارفرما مکلف به پرداخت خسارت خواهد بود. ولی چنانچه عمل وی عام الشمول باشد، مانند وضع مقررات مالیاتی که هزینه اضافی را برعهده پیمانکار تحمیل کرده، کارفرما مسئولیتی نخواهد داشت. در ذیل برخی از تعهدات و اختیارات تعهدات کارفرما بصورت اختصار مورد بررسی قرار می گیرد .

کارگاه تحویل1-2-3-2-1

کارفرما متعهد است سی روز پس از مبادله اسناد پیمان طبق ماده 28 شرایط عمومی محلی را که بالمنازع است، جهت احداث کارگاه و یا دیگر بناهای جانبی اعم از استراحتگاه کارگران و ....در اختیار پیمانکار قرار دهد و اگر پیمانکار از تحویل گرفتن آن امتناع کند، برابر ماده 46 با او برخورد می گردد 53 .ضمانت اجرای این ماده این است که چنانچه کارفرما نتواند آن محل را در اختیار پیمانکار گذارد و پیمانکار نیز از رهگذر این اقدام موفق به انجام کار خود طبق برنامه تفصیلی نشود، پس از ورود خسارت به وی کارفرما موظف است طبق فرمول پیش بینی شده در شرایط عمومی پیمان به وی خسارت پرداخت نماید. اما چنانچه در مدارک پیمان پیش بینی شده باشد که تأمین کارگاه نیز برعهده پیمانکار است، دیگر کارفرما در 1این مورد مسئولیتی نخواهد داشت

2-2-3-2-1 .تغییر مقادیر، نرخ و مدت پیمان

در ماده 29 شرایط عمومی پیمان به موضوعی اشاره شده است که چنانچه در طول اجرای موضوع پیمان مقادیر درج شده در فهرست بها و... تغییر کند، کارفرما در این خصوص متعهد است که مبلغ مورد تعهد در پیمان را تغییر داده و در واقع موازنه منافع قراردادی را صورت دهد. البته این تعهد قانونی کارفرما 2فاقد منشأ

قراردادی بوده و نشان دهنده نوعی عمل حاکمیتی است .نرخ پیمان بموجب بند ه(ماده 29 شرایط عمومی یعنی: »نرخ پیمان در مورد هریک از اقالم کار بهای واحد آن قلم کار در فهرست بهای منضم به پیمان با اعمال ضریب پیمان همان)حاصل تقسیم مبلغ اولیه پیمان به مبلغ برآورد هزینه ی اجرای کار(است«. طرح های عمرانی دولتی در اغلب موارد طوالنی بوده و ممکن است شرایط پیش بینی نشده ای در راه اجرای آن بوجود آید که قانونگذار به جهت ثبات قراردادی و جلوگیری از تحمیل هزینه ای نامتعارف به مجری قرارداد مواردی نظیر تعدیل قرارداد و تغییر مدت اجرای آن را پیش بینی کرده است

.نظارت و مدیریت3-2-3-2-1

مدیریت و نظارت از جمله اهرم های موثر کارفرمای دولتی در اجرای پروژه های دولتی مورد نظر می باشد. ماده 31 شرایط عمومی پیمان این اختیار را به کارفرمای دولتی می دهد که بخشی از اختیارات مدیریتی خود را به یک شخص حقوقی واگذار نماید. حدود عمل شخص مورد نظر در چارچوب اختیارات اعطایی بوده و در مراحل اجرا به عنوان نماینده کارفرما هدایت و نظارت بر عملیات اجرایی را بر عهده می 1مسعود مکانی، پایان نامه ماهیت حقوقی قرارداد های عمران دولتی به راهنمایی دکتر پرویز ساروایی، دانشکده تحصیالت تکمیلی، دانشگاه تهران مرکز. 1379، ص68 2 .ولی اهلل انصاری، کلیات حقوق اداری، انتشارات حقوقدان، تهران، 1377، ص197 . 54 .حق نظارت حق مسلم کارفرما بوده و که در قبال سرمایه ای که هزینه می کند، بتواند بر نحوه اجرای 1 گیرد پیمان اعم از کمی و کیفی، نظارت نموده وموارد نقص را مطرح نموده و دستور رفع نقص صادر نماید 1 .مسعود مکانی، پایان نامه ماهیت حقوقی قرارداد های عمرانی دولتی، به راهنمایی دکتر پرویز ساروایی، دانشکده تحصیالت تکمیلی، دانشگاه آزاد تهران مرکز، 1379، ص72 55 .

فصل دوم : انحلال قرارداد پیمان

2-1 56کلیات انحالل قرارداد

همانطور که فصل قبل اشاره شد، قرارداد پیمان یک قرارداد الزم است که طرفین ملتـزم بـه اجـرای تعهدات خود در آن می باشند. اما گاهی ممکن است به سببی، برای تداوم اجرای قرارداد موانعی ایجاد گردد یا ممکن است یکی از طرفین تعهدات مندرج شده در قرارداد را انجام ندهند. گاهی نیز ممکن است با ایجاد شرایط ویژه ای قانونگذار مانع از ادامه ی قرارداد گردد و طرفین به این بینش برسند که ادامه قـرارداد دچـار موانعی شده که اجرای آن ممکن نیست. برای هر یک از موارد گفته شده قانونگذار به تناسب یا حتی طرفین با اراده خود

)شرط فاسخ(ضمانت اجراهایی پیش بینی کرده است . با عنایت به اینکه موضوع تحقیق پیش رو در رابطه با انحلال و ابطال قرارداد پیمان است الزم می باشد در این خصوص مطالبی بیان گردد. این فصل در دو بخش تنظیم گردیده است که در بخش حاضر بطور کلی، کلیات و مفاهیم انحلال قرارداد را در عموم عقود و قراردادها مورد بررسی قرار میدهیم و در بخش دوم نیز به تفصیل در رابطه با انحلال قرارداد پیمان مطالبی را بیان خواهیم نمود .

عقود انحلال1-1-2

در این مبحث ابتدا به بیان مفهوم لغوی و اصطالحی انحالل می پردازیم و در ادامه اسباب و موجبات انحلال را در قراردادها، مورد کنکاش قرار می دهیم . لذا مطالب در دو گفتار تنظیم شده که در 57گفتار اول مفاهیم را بیان می کنیم و در گفتار دوم اسباب و موجبات انحلال را بطور مختصر مورد مداقه قرار خواهیم داد

.انحلال مفهوم1-1-1-2

مفهوم لغوی انحلال انحلال مصدر باب انفعال از فعل »حلّ« است. در لغت »حل العقده« به معنی باز کردن و از بین بردن 1گره می باشد و نتیجه انحلال به معنای بازشدن گشودن گره و مانند آن متالشی شدن معنی شده است 2 .انحلال در لغت به معنای تجزیه و تفکیک و فروپاشی آمده است .برخی دیگر نیز در تعریف مفهوم لغوی انحلال گفته اند: »انحلال در لغت به معنای حل شدن، باز شدن، گشوده شدن گره و نیز به میان رفتن و 3برچیده شده یک اداره یا بنگاه، برچیدگی معنا می شود . »در حقوق خارجی انحلال به معنای liquidation(یا)dissolution(بیان گردیده و انواع آن را به انحلال اجبار (involuntary dissolution)و انحلال اختیاری (voluntary dissolution) تقسیم 4کرده است .مفهوم اصطالحی انحلال انحلال در اصطالح نیز از مفهوم لغوی خود دور نمانده است . برخی در بیان مفهوم اصطالحی انحلال می گویند: »از بین رفتن عقد صحیح، زوال عقدی که صحیحاً واقع شده به اختیار صاحب آن که اعمال کند یا اقاله طرفین، نیز زوال مؤسسه یا اداره یا شرکت یا انجمن یا شعبه ای از شعب دادگاه) که 5وزراء گذشته

برای اضمحلال استقلال قاضی از آن سوء استفاده کرده اند(و یا انحلال مجالس قانونگذاری . »این تعریف، تعریف نسبتاً جامعی است اما ایرادی را که میتوان از آن برشمرد این است که انحلال را منحصر در اراده یکی از دو طرف بیان کرده است. حال آنکه همانطور که بعداً خواهیم دید، ممکن است انحلال به سببی غیر از اراده دو طرف یا یکی از آنها ایجاد گردد. نویسنده دیگری در تعریف مفهوم اصطالحی انحلال 1علی اکبر دهخدا ، لغت نامه دهخدا ، لویس معلوف ، المنجد فی اللغه. به نقل از افسانه دستمردی پایان نامه ، اسباب انحلال عقد در فقه وحقوق ، به راهنمایی دکتر علیرضا هدایی، دانشکده الهیأت و معارف اسالمی ، دانشگاه آزاد تهران شمال ص 4 2 .آذر نوش آذر تاش، فرهنگ معاصر عربی – فارسی – نشر نی ، تهران 1379 ص 138 3 . حسن عمید ، فرهنگ لغت عمید ، نشر امیر کبیر ، تهران ، 1387 ص 345 4hojja tollah . besharat,contemporarylaw dictionary (persion-english) pub farhangmoaser,Tehran,2011 p.t.t 72. 5:محمد جعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوقی ، جلد اول،انتشارات گنج دانش ، تهران ، 1388 ص 681 58 .می گوید: »زمانی که پیمان نافذ و موجودی از بین می رود و ریسمانی بهم بافته می گسد. این فرض را، قطع 1نظر از نظر سبب آن، انحلال می گوییم . همانطور که مشاهده می گردد، مفهوم انحلال در عقود به معنای از هم گسستن قرارداد و تعهدی است که طرفین عقد تا زمان انحلال، متلزم به اجرای آن بوده اند. به عبارت دیگر اگر ما مفهوم عقد را به عنوان گره زدن دو موجود اعتباری در نظر بگیریم، انحلال عقد نقطه مقابل این گره است و همانطور نیز که اشاره گردید، باز کردن گره و تحلیل بردن اثر قرارداد از زمان انحلال یا بعبارت بهتر جلوگیری کردن از ادامه آثار قرارداد را انحلال می گوییم .

انحلال اسباب2-1-1-2

اگر بخواهیم اسباب انحلال را بر شماریم، آنچنان این اسباب متعدد و متکثر است کـه گـویی اصـل لزوم قرارداد را تحت الشعاع خود قرار می دهد. اما همانطور نیز که برخـی از نویسـندگان اشـاره کـرده انـد 2شماره عنوان ها از اعتباری اصل نمی کاهد و نیروی الزوم آور عقد را متزلـزل نمـی کنـد .از سـوی دیگـر چنانچه بخواهیم

تمام موارد اسباب انحلال عقد را مورد بررسی و ارزیابی قرار دهیم باید بطور جداگانـه بـه آنها اشاره کرده و هر یک را تحلیل نماییم که در این تحقیق قصد پرداختن بدان را نداریم. لذا بـا توجـه بـه مطالب گفته شده باید قائل به تقسیم بندی در این حوزه گردیم. اسباب انحلال را می تـوان از جهـت میـزان اراده اشخاص به سه دسته تقسیم بندی نمود که هر یک از این تقسیم بندی ها ممکن است زیر مجموعه نیز داشته باشند. بعبارت دیگر اسباب انحلال عبارتند از عناوینی که عقد نیروی الزام آور خـود را بـه وسـیله ی آنان از دست می دهد. این اسباب عبارتند از : الف(انحلال به اراده طرفین: یکی از اسباب انحلال قراردادها منوط به توافق طـرفین اسـت کـه آن عقد را بوجود آورده اند. به عبارتی همان توافقی که یک عقد را ایجاد کرده و نیروی الزام آور عقد نیز از آن اراده ها نشأت می گیرد، حال همان اراده ها سبب می شود که عقد خاصیت خـود را از دسـت داده و ادامـه اجرای قرارداد بطور کلی از بین برود. در این حالت دو عوض یا تعهد به جای اولیه خود باز می گردد. ایـن امر در ماده 283 قانون مدنی تحت عنوان اقاله یا تفاسخ بیان گردیده است که البتـه در جـای خـود بـه قـدر 1ناصر کاتوزیان ، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قرارداد ، جلد 5 ، انتشارت شرکت انتشار با شرکت بهمن برنا، تهران، 1376 ص 1 2 .ناصر کاتوزیان ، قواعد عمومی قراردادها، انحلال قرارداد ، جلد 5 ، انتشارت شرکت انتشار با شرکت بهمن برنا، تهران، 1376،ص3 59 .ضرورت در خصوص آن سخن خواهیم گفت. نکته قابل ذکر در این قسمت این اسـت کـه قانونگـذار ایـن فرض را در ماده 264 قانون مدنی فرانسه در زمره ی سقوط تعهدات بیان کرده است. در حالیکه قانون مدنی فرانسه که بخشی زیادی از قانون مدنی ما منبعث از احکام آن است، چنین فرضـی را در مـاده 1234 قـانون مدنی خود، در شمار سقوط تعهدات ندانسته است . اگر چه دربند 2 ماده فوق الذکر، توافق طـرفین یکـی از 1راه های انحلال عقد، شناخته شده است . علی ایحال اولین سبب انحلال قرارداد به اراده اشـخاص بـاز مـی گردد .ب(انحلال به اراده یک طرف: سبب دومی که موجب انحلال قرارداد می گردد، انحلال قـرارداد بـه اعتبار اراده یک طرف عقد می باشد. بعبارت دیگر در این فرض با اراده ی یـک طـرف، عقـد، اثـر خـود را نسبت به زمان آینده از دست می دهد و عقد در حین اجرا به سببی از اسباب منحل می گردد . چنین انحلال ارادی را فسخ قرارداد می گویند که در ماده 449

قانون مدنی نیز بدان اشاره رفته است .ج(انحالل بدون اراده طرفین عقد: در این فرض انحالل قرارداد نیازی به اراده هیچ یـک از طـرفین ندارد. بعبارت دیگر واضح تر، طرفین بوجود آورنده عقد، نقشی در بین رفتن آن ندارند. این نوع انحـالل را در حقوق ایران انفساخ می نامند. برای مثال می توان به قاعده تلف مبیع قبل از قبض اشاره کرد که در مـاده 387قانون مدنی بدان اشاره شده است. یا فوت مستاجری که مباشرت او در انتفاع از مورد اجاره شرط شده است)موضوع ماده 497 قانون مدنی .) در هر سه مورد گفته شده، اثر انحالل عقد، ناظر به آینده است. حـال بـه هـر دلیـل و سـببی کـه از اسباب بیان شد، عقد منحل می گردد. به عبارتی میتوان گفت انحالل عقد از جمله آثار عقد صحیح است که اثر عقد را از زمان تحقق سبب از بین می برد. برای مثال در ماده 387 قانون مدنی همـه نویسـندگان اعتقـاد دارند که اثر عقد، انفساخ عقد بیع نسبت به آینده است و مبیع در فاصله میـان عقـد و تلـف از آن خریـدار 2است .اما این امر اثر اصلی انحالل عقد نیست و می توان بر خالف آن توافق کرد. بعبارت دیگر آنچنان که که برخی گفته اند: »قاعده تاثیر انحالل عقد در آینده منافاتی با نظم عمومی ندارد و دو طرف می تواننـد بـه تراضی اثر انحالل را به گذشته سرایت دهند. برای مثال در قراردادی که مؤسسه صنعتی با کارگر متخصـص 1مهدی شهیدی، حقوق مدنی سقوط تعهدات، جلد 5، انتشارات مجد، تهران، 1392، ص 18 2 .سید حسن امامی، حقوق مدنی جلد 1 ، انتشارات کتابفروشی اسالمیه، تهران ،1384، ص 462 60 .می بندد، ممکن است شرط شود که کارگر حق ندارد تا دو سال در کارگاه هـای رقیـب کارفرمـا کـ ار کنـد، 1وگرنه کارفرما حق فسخ قرارداد و مطالبه دستمزد های پرداخت شده را دارد . »نکتـه ای کـه الزم اسـت در اینجا بدان اشاره گردد موجبات انحالل عقود است. در یک تقسیم بندی کلی می توان موجبات انحالل عقود را به دو بخش تقسیم نمود: 1- موجبات قانونی. 2- موجبات قراردادی. در موجبات قانونی اراده اشـخاص به هیچ وجه سبب بوجود آمدن حقی برای انحالل عقود نمی گردد. بعبارت دیگر در موجبات قانونی انحالل عقد به علت قانونی صورت گرفته و قانونگذار اراده خود را بطور مستقیم بر اراده اشخاص حاکم کـرده و از رهگذر این امر عقد بوجود آمده، منحل می گردد. از جمله این مورد میتوان به انحـالل عقـد بیـع در بحـث تلف مبیع قبل از قبض موضوع ماده 387 قانون مدنی اشاره کرد. همچنین

است انحالل عقود جایز به موت، جنون یا سفه اشخاص طرف عقد. موجب دیگری که سبب انحالل عقود می گردد، انحالل عقـود بصـورت پیش بینی آن در قرارداد یا الحاق آن به قرارداد است. در این فرض طرفین انحـالل عقـد را بصـورت شـرط ضمن عقد پیش بینی می کنند تا اگر مثالً یکی از طرفین تعهدات خود را انجام نداد، متعهد له بتواند آن عقد را منحل گرداند. مواردی نظیر شرط در عقود معاوضی یا شـرط فاسـخ در قراردادهـا کـه در زیـر مج موعـه انفساخ نیز مورد بحث قرار می گیرد، از این قبیل می باشند .

انحالل انواع2-1-2

در این مبحث به انواع انحالل در عقد پرداخته می شود و مواردی را که در تحقیق حاضر مورد استفاده بیشتری هستند بررسی و کنکاش می نماید. مطالب در این مبحث به سه گفتار تقسیم گردیده است که در گفتار اول به بیان مفهوم اقاله و چارچوب و آثار آن می پردازیم. در گفتار دوم فسخ عقد را در قواعد عمومی قرادادها به عنوان یکی از موارد انحالل قرارداد مورد بررسی قرار داده و شرایط تحقق آن را بیان خواهیم نمود. درگفتار آخر نیز انفساخ یا انحالل قهری عقود را در چارچوب قواعد عمومی قراردادها مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد .

اقاله1-2-1-2

اقاله قرارداد در حقوق مدنی و در ماده 264 قانون مدنی به عنوان یکی از موارد سقوط تعهدات برشمرده شده است. قانون مدنی در بیان مفهوم اقاله در ماده 283 می گوید: »بعد از معامله طرفین می توانند 1ناصر کاتوزیان ، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد ایقاع ، انتشارت شرکت سهامی انتشار، تهران، 1393،ص 311 61 .به تراضی آنرا اقاله یا تفاسخ کنند«. چنانکه در ماده 283 بیان گردیده است، بنظر می رسد این ماده در مقام بیان مجوز به طرفین عقد برای انحالل قراردادی است که با یکدیگر منعقد کرده اند. فلذا تعریفی از اقاله در آن مشاهده نمی شود. یکی از نویسندگان در بیان تعریف اقاله می گوید: »اقاله عبارتست از تراضی دو طرف 1عقد بر انحالل و زوال آثار آن در آینده . » آنچه که در این تعریف به خوبی بیان شده است، این است که طبیعت اصلی اقاله، زوال آثار عقد است نه خود عقد. اقاله از جمله موارد انحالل قراردادی

است که به تراضی صورت می پذیرد و در این فرض طرفین بوجود آورنده تعهد، با یکدیگر توافق می کنند که عقد موجود تا زمان اقاله اثر خود را بر جای بگذارد و بعد از اقاله دیگر اثری از قرارداد منعقد شده وجود نداشته باشد. در اقاله نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که اثر اقاله هم در زمانی که هیچ یک از طرفین تعهدات خود را انجام نداده اند، قابل اجرا است و هم مادامی که هر یک از طرفین تعهد خود را انجام داده اند و یا در حال انجام تعهدات خود هستند مجرا می باشد. چه اینکه ماده 286 قانون مدنی می گوید: »تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود«. تلف مندرج در ماده فوق اعم از تلف فیزیکی و حکمی یا حقوقی است. لذا چنانچه طرفین با انحالل قرارداد فروش خانه ای که خریدار پس از خرید از فروشنده به دیگری واگذار کرده، توافق نمایند، در اینجا خریدار می تواند با پرداخت قیمت آن خانه مجدداً مالک ثمن خود گردد. متذکر می گردد که اقاله در واقع در عقودی که الزم هستند صورت می پذیرد. قانونگذار در تعریف عقد الزم در ماده 185 قانون مدنی می گوید: »عقد الزم عقدی است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگردر موارد معینه«. فلذا انحالل قرارداد فقط در عقودی که دارای این خصیصه هستند اتفاق می افتد. این امر طبیعی است. زیرا در عقود جایز چون طرفین هر لحظه که تصمیم به انحالل قرارداد بگیرند می توانند بدون نیاز به تراضی و صرفاً با اراده خودشان قرارداد را منحل نمایند، دیگر جایی برای تصمیم به انحالل به تراضی باقی نمی ماند و به عبارتی نوعی تحصیل حاصل است .پس اقاله در عقود الزم اتفاق می افتد. اما باید عنایت داشت که هر عقد الزمی را نمی توان با تراضی اقاله کرد. زیرا گاهی اوقات، منافع جامعه و مصلحت عمومی اشخاص به عنوان یکی از نیروهای محدود کننده اراده عمل می کند و سبب می گردد که اشخاص نتوانند به هر دلیلی بعضی از عقود را با اقاله برهم زنند1 .ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها انحالل قرارداد، جلد 5، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران 1387 ص 10 62 .مثال بارز عقود الزمی که قابلیت اقاله را ندارند، عقد نکاح و وقف است. زیرا در اینگونه عقود بخاطر نظم اجتماعی، قانونگذار

اجازه انحلال آن را به تراضی نمی دهد. پس باید گفت که هرچند اقاله در عقود الزم جاری می گردد اما در این موضوع در همه عقود عمومیت ندارد و در بعضی موارد تخصیص خورده است

2-1-2-1-1اقاله ماهیت.

همانطور که بعضی از نویسندگان نیز مطرح نموده اند بطور کلی در خصوص ماهیت اقاله اختالف نظر عمده ای وجود د ارد. به عبارتی بعضی از فقها معتقدند که اقاله نوعی فسخ است و برخی دیگر معتقدند که اقاله نوعی بیع است. در ادامه نظرات فوق را مورد بررسی و ارزیابی قرار می دهیم .الف(اقاله فسخ بیع است: برخی از فقهای امامیه و گروهی از مسلمانان اهل سنت بیان می دارند، اقاله نوعی فسخ بیع است، خواه در رابطه بین خریدار و فروشنده و یا نسبت به دیگران و خواه پیش از قبض دو عوض یا پس از آن، پس اگر بیعی اقاله شود در نتیجه تملیک دوباره مبیع به فروشنده، برای شریک 1خریدار حق شفعه بوجود نمی آید و دو طرف حق بر هم زدن آن را ندارند .ب(اقاله عقد است: برخی از فقهای مالکی اقاله را بیع شمرده اند، بدین تعبیر که در نتیجه تراضی، مبیع، با همان انگیزه و عنوان نخستین به فروشنده تملیک می گردد و ثمن در برابر آن قرار می گیرد. در نتیجه اقاله مفهوم خاص و مستقلی نداشته، بلکه تکرار عقدی است که واقع شده، در جهت برعکس آن و 2به منظور بازگرداندن دو عوض بجای نخستین .نکته ای که در اینجا باید افزود این است که اگر اقاله را عقد بدانیم، در اینصورت چنانچه خریدار معامله دو شخص باشند و بعد از انعقاد عقد آن را به ثالث بفروشند و بعد از فروش یکی از خریداران تصمیم به اقاله معامله اول با تراضی فروشنده بگیرد، در فرض باال باید گفت که برای خریدار دوم حق شفعه بوجود می آید. در مقام جمع بندی از نظرات فوق نگارنده معتقد است که اقاله نوعی عقد است. زیرا عالوه بر اینکه برخی گفته اند که: »تراضی، مبنای اقاله است و دو طرف را پایبند و ملتزم به مفاد آن می کند. لذا این التزام استوارتر از سایر قراردادهاست، چرا که با اقاله یا خیار نمی توان 3عقد اقاله شده قبلی را بر هم زد. بنابراین تردید در ماهیت قراردادی آن روا نیست . »باید افزود که اثر اقاله ایجاد تعهد برای طرفین است وعقد نیز چیزی جز تعهد نمی باشد. تعهد فروشنده به بازگرداندن ثمن به

انتشار، تهران، 1393، ص 2314 .ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی . قواعد عمومی قراردادها انحالل قرارداد ، جلد 5. انتشارات شرکت سهامی انتشار ، تهران 1387 ص 12 3 .ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی، قواعدعمومی قراردادها، انحالل قرارداد، جلد 5، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، ،1387 ص 20 63 .خریدار و تعهد خریدار به بازگرداندن مبیع به فروشنده. سابقاً نیز اشاره کردیم که چنانچه یکی از دو عوض نیز تلف گردد این امر مانع از اقاله نیست. در اینجا می افزاییم که چون اقاله برای طرفین تعهد ایجاد می کند و عقد نیز چیزی غیر از تعهد نیست، باید بگوییم در اقاله یک رکن اساسی دیگر عقد که تراضی است، وجود دارد. در حالیکه اگر ما اقاله را فسخ بدانیم دیگر با مفهومی به عنوان تراضی به انحالل قرارداد روبرو نیستیم .

اقاله آثار2-1-2-1-2

موضوعی که پرداختن به آن از اهمیت باالیی برخوردار است آثار ناشی از اقاله قرارداد است. اولین و مهمترین اثری که اقاله از خود بر جای می گذارد، قطع آثار عقد بوجود آمده از زمان اقاله است. به بیان دیگر اقاله در گذشته اثر نمی کند و اثر قهقرایی ندارد بلکه تعهدات طرفین در عقد از زمان اقاله پایان می پذیرد. برای مثال چنانچه در قرارداد اجاره ای بمدت یکسال، طرفین بعد از شش ماه تصمیم به اقاله قرارداد بگیرند، اثر اقاله در مثال فوق، زوال آثاری است که در آینده قرار است بوجود آید. اما نسبت به شش ماه گذشته اثری بر جای نمی گذارد. این امر منطقی است. زیرا چنانچه اقاله اثر قهقرایی داشته باشد، از این حیث تفاوت چندانی با بطالن ندارد. اثر دومی که از اقاله بر جای می ماند، بازگشت آثار عقد است. به عبارتی چون اقاله اثر عقد را بعد از خود زایل می کند، همه چیز به حالت اولیه باز می گردد که البته این موضوع را باید بطور جداگانه هم درعقود تمکیلی و هم در عقود عهدی مورد بررسی قرار داد .الف(در عقود تملیکی: مفهوم عقود تملیکی روشن است و نیازی به بررسی ندارد. اما در خصوص اثر اقاله در اینگونه عقود باید گفت که تا قبل از اقاله، ملکیت مبیع و ثمن در تصرف خریدار و فروشنده باقی خواهد ماند. اثری که از این بحث استنتاج می گردد این است که منافع و نمائات از زمان عقد تا اقاله در ملکیت خریدار باقی می ماند. ماده 287 قانون مدنی در این زمینه می گوید: »نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود، مال کسی

است که بواسطه عقد مالک می شود«. این امر بدیهی است، زیرا این نمائات و منافع در دوره مالکیت او حاصل شده است و باید متعلق به او باشد.چه اینکه مالک عین، بر منافع آن نیز مالکیت تبعی دارد. اما فرض فوق در رابطه با منافع منفصله بود. در خصوص منافع متصله نیز همانگونه که میدانیم، این نمائات تابع مال است و لذا هرکسی که در نتیجه اقاله مالک گردد، منافع متصله به او تعلق خواهد گرفت. فرض ماده 287 ناظر به نمائات و منافع طبیعی است اما اگر در فاصله زمانی بین عقد تا اقاله متصرف با انجام کاری سبب افزایش قیمت در مال شده باشد، مانند 64اینکه کتابی را صحافی نموده باشد، افزایش قیمت آن مال متعلق به او می باشد. ماده 288 در این زمینه می گوید: »اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود«. یعنی می تواند برای اضافه قیمتی که 1در نتیجه تصرف او ایجاد شده به مالک بعد از اقاله رجوع کند و پرداخت تفاوت قیمت را از وی بخواهد .ب(در عقد عهدی: اگر اثر اقاله را بخواهیم در قبل از اجرای تعهد مورد بررسی قرار دهیم، باید بگوییم در این فرض، تعهد دو طرف ساقط گردیده است و طرفین تکلیفی در اجرای تعهد نداشته اند. به همین جهت است که قانون مدنی اقاله را در اسباب سقوط تعهدات بیان کرده است. اما چنانچه اثر اقاله را پس از اجرای تعهد، کنکاش کنیم، به این نتیجه می رسیم که چون وفای به عهد هریک از دو طرف صورت پذیرفته آن تعهد خود بخودی مضمحل گشته است و اثری وجود ندارد که اقاله بخواهد آن را از بین ببرد. اما این امر مانع از اقاله نیست چه اینکه در مادۀ 286 تلف یکی از دو عوضین نیز مانع از اقاله برشمرده نشده است. اما برای اقاله این گونه تعهدات باید گفت که طرفین میتوانند بهای تعهدات انجام شده را به یکدیگر بپردازند.و این نوعی قرارداد جدید است اما چون قانون مدنی اقاله را عقد نمی داند، تعهد به دادن بدل یا بها 2در فرض فوق را از لوازم قانونی تراضی طرفین میداند

2-1-2-2.فسخ

فسخ قرارداد به عنوان یکی از اسباب بسیار شایع انحلال قرارداد بخشی از مقررات قانون مدنی را به خود اختصاص داده است. الزم است قبل از ورود به بحث اصلی که همان انحلال پیمان می باشد به قواعد و کلیات

فسخ پرداخت گردد و مطالبی که از منظر شرایط عمومی پیمان درخصوص فسخ جاری است، در قواعد کلی مورد بررسی قرار گیرد. فسخ در لغت به معنای: »زایل کردن، شکستن، جداجداکردن، 3باطل کردن و.....« آمده است .در معنای اصطالحی نیز فسخ، از معنای لغوی خود دور نمانده است. چه اینکه یکی از اساتید در تعریف فسخ بیان می دارد : »پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از 4دو طرف یا شخص ثالث . »چنانکه در تعریف مشاهده می شود، فسخ قرارداد از جهت میزان اراده طرفین، 1سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، انتشارات میزان، تهران، 1389، ص 251 2 .ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قرادادها، انحالل قرارداد، جلد 5، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1387، ص 348 .محمد معین، فرهنگ معین، جلد2، انتشارات امیر کبیر، تهران، 1379، ص 42546 .مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، جلد 5، انتشارات مجد، تهران، 1393،ص 195 65 .یک عمل حقوقی تلقی می گردد که هرچند در ماده 264 قانون مدنی در زمره اسباب سقوط تعهدات بیان نشده، اما در ماده 449 قانون مدنی و سایر مقرراتی که در خصوص خیارات آمده، بدان اشاره گشته است .زمانی که یکی از طرفین یا حتی شخص ثالثی تصمیم به انحالل قرارداد به صورت یکطرفه می گیرد و حق فسخ خود را اعمال می کند در اصطالح می گویند، وی خیار فسخ داشته و حق خود را اعمال کرده است. به همین جهت معمولاً فسخ همراه با کلمه خیار می آید. لذا اجرای این حق، چون یک عمل حقوقی است که با اراده یک نفر محقق می گردد، نیاز به قصد انشاء داشته و در زمره ایقاعات است، بر خالف اقاله که با تراضی واقع می شد. نکته ای که باید مورد عنایت قرار گیرد این است که اصوالً فسخ قرارداد اختصاص به عقد الزم دارد، زیرا در عقود جایز هر کدام از طرفین هر زمانی که میخواهد، می تواند عقد را بر هم زنند .

فسخ اسباب1-2-2-1-2

اسبابی که ممکن است سبب انحالل معامله بصورت یکطرفه اتفاق بیافتد، در فسخ متفاوت است . گاهی ممکن است که حق فسخ بر اساس یکی از شروط قراردادی برای هر یک از طرفین یا شخص ثالثی بوجود آمده باشد و گاهی نیز ممکن است که حق فسخ بر اساس حکم قانون و اراده قانونگذار جهت حمایت از حقوق زیان دیده

و برای جبران آن آمده باشد. در ذیل این موارد مورد بررسی قرار می گیرد .الف (بصورت شرط ضمن عقد در این فرض دو طرف می توانند در ضمن همان عقد یا در عقد دیگری یا در متمم منضم شده به قرارداد اصلی، برای هر دو طرف یا شخص ثالثی، حق اختیار انحالل معامله را بصورت فسخ بدهند. مانند اینکه شخص الف(به ب(ماشینی بفروشد و در آن شرط شود که هر یک از طرفین یا شخص ثالث ظرف مدت یک ماه اختیار فسخ معامله را داشته باشند. به این حق در اصطالح، خیار شرط می گوییم. همانطوری که مقررات آن در مواد 399 تا 401 قانون مدنی بیان شده است. نکته قابل توجه اینکه چنانچه تاریخی برای مدت زمان اختیار فسخ معامله در نظر گرفته نشود، براساس ماده 401 قانون مدنی هم عقد باطل و هم شروط باطل خواهد بود . ب(حکم قانونگذار قبالً اشاره گردید که برای انحالل قرارداد با فسخ عالوه بر توافق طرفین سبب دیگری نیز وجود دارد که آن سبب، حکم قانون است. قانون در مواردی برای جلوگیری از ضرری که بطور ناخواسته بر متضرر وارد می آید، مقررات نسبتاً مفصلی پیش بینی کرده است که بصورت مستقیم به وی حق می دهد که 66بتواند با فسخ قرارداد، از ضرر مذکور جلوگیری کند. خیاراتی نظیر غبن و تبعض صفقه از جمله مواردی هستند که بدون دخالت و اراده طرفین عقد و صرفاً بر اساس حکم قانون برای طرف متضرر پیش بینی شده است. البته ممکن است بعضی از این خیارات همزمان با انعقاد عقد بوجود آید مانند خیار مجلس یا عیب، یا ممکن است پس از انعقاد واقع گردد که خیار تأخیر ثمن از جمله آن ها است .

فسخ آثار2-2-2-1-2

مهمترین اثر فسخ انحالل عقدی است که صحیحاً بوجود آمده است و فسخ موجب می گردد که عقد از زمان انشای فسخ موجودیت اعتباری خود را از دست دهد. نتیجه این بحث در این است که گفته شود اثر فسخ ناظر به آینده است و نسبت به گذشته اثر ندارد. بعبارت دیگر فسخ اثر قهقرایی ندارد. لذا چنانچه از زمان انعقاد عقد تا زمان فسخ آن، مال مورد معامله منافعی داشته باشد، آن منافع، متعلق به شخصی است که در اثر عقد مالک گردیده است. این امر بدیهی است. زیرا همانگونه که قبالً به مناسبتی نیز بدان اشاره گردید، مالک عین، به تبع مالکیت آن، مالک منافع آن نیز خواهد بود. در فقه امامیه نیز فسخ عقد سبب انحالل آن از تاریخ فسخ

خواهد شد و نسبت به گذشته اثری نخواهد داشت. این نوع انحلال قرارداد شبیه به اقاله است که عقد را از آغاز بی اثر نمی کند .

فسخ طبیعت و ماهیت3-2-2-1-2

همانطور که اشاره گردید فسخ قرارداد به عنوان حقی است که به دو طرف یا یکی از آنها و یا شخص ثالث در قرارداد یا بوسیله قانون اعطا می شود، لذا اعمال این حق بوسیله قصد انشاء بعمل می آید که در زمره اعمال حقوقی یکطرفه یا همان ایقاع است. اما نکته ای که باید بدان توجه گردد طبیعت اینگونه حقوق است. فسخ قرارداد، امتیازی است که قانون به صاحب آن می دهد تا به دلخواه از آن استفاده کند. لذا این حق قابلیت اسقاط را دارد. چه اینکه ماده 448 قانون مدنی می گوید » سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. همچنین است درخصوص انتقال آن به صورت قهری که به ارث می رسد. زیرا خیار فسخ یک حق مالی است و قابلیت انتقال را نیز دارد

.قرارداد انفساخ3-2-1-2

مورد سوم از موارد انحلال عقود انفساخ قرارداد می باشد. مهمترین ویژگی که این نوع انحلال قرارداد نسبت به سایر موارد انحلال دارد، قهری بودن انحلال عقد است. بدین معنی که عقد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافه باشد، خود بخود از بین می رود و حق انتخاب برای یکی از دو طرف یا دادگاه باقی 1 67نمی ماند . البته باید عنایت داشت که قهری بودن انحلال منافاتی با ارادی بودن سبب آن که در ادامه بدان پرداخته می شود، ندارد. در انفساخ، انحلال عقد به هیچ عنوان مستند به قصد و اراده طرفین نمی باشد. به همین جهت در هنگام انفساخ نیازی به قصد انشاء علیحده وجود ندارد، بلکه همین که طرفین در هنگام عقد به انفساخ آن در حالتی تراضی کرده اند یا عقد به حکم قانون منفسخ شده، انفساخ قهراً صورت می گیرد .نکته ای که باید بدان توجه داشت این است که انفساخ هم در عقود الزم جاری می گردد و هم در عقود جایز. برای مثال در کلیه عقود جایز به صراحت ماده 954 قانون مدنی، عقود، بعد از فوت یا جنون احد طرفین منفسخ می گردد. لذا از

این حیث، بین انفساخ و سایر موارد انحلال تفاوت وجود دارد. البته انفساخ عقود جایز نظیر وکالت به مرگ و حجر و .... به جایز بودن آنها مربوط نیست. علت اصلی این است که انفساخ از عقد ناشی می شود و بجای التزام و تکلیف، اباحه و اختیار بوجود می آورد و این اثر ناشی از مفاد 2تراضی و هدفی است که طرفین دنبال می کنند .چرا که همه چیز به حکومت اراده باز می گردد .

انفساخ اقسام1-3-2-1-2

اقسام انفساخ به اعتبار سهمی که اراده دو طرف در ایجاد سبب آن دارد به سه دسته تقسیم می گردد-1 : انفساخ ناشی از شرط متعاملین) شرط فاسخ(. 2- انفساخ ناشی از حکم قانون. 3- انفساخ در نتیجه حکم قانونگذار. در ذیل هر یک از موارد بطور خالصه مورد بررسی قرار می گیرد . الف(انفساخ ناشی ازشرط متعاملین: در اینگونه موارد دو طرف قرارداد که عقد منجزی با یکدیگر منعقد کرده اند، در ضمن عقد شرط می کنند که چنانچه حادثه ای ایجاد شود و یا مثالً یکی از طرفین به تکلیف خود عمل ننماید، عقد خود بخود و بدون نیاز به انشاء منحل گردد. یکی از حقوقدانان انفساخ ناشی از شرط متعاملین را چنین بیان می کند: »در این انفساخ مستقیماً ناشی از اراده صریح دو طرف قرارداد می باشد. مثل اجاره ای که در اثر عدم پرداخت هر یک از اقساط اجاره بها منحل شده یا بیعی که بر حسب شرط ضمن آن در نتیجه تأخیر در پرداخت ثمن تا مدت معین خود بخود منفسخ است . البته نباید اینطور تصور شود که طرفین بر انفساخ عقد صراحتاً نظر داشته اند، بلکه منظور آن است که طرفین موجبات انفساخ 1ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی قرارداد – ایقاع، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1393،ص 2418 .افسانه دستمردی، پایان نامه اسباب انحلال در فقه و حقوق، به راهنمایی دکتر علیرضا هدایی، دانشکده الهیأت و معارف اسالمی، دانشگاه آزاد تهران شمال، 1385،ص 45 68 .را فراهم آورده اند. در مثال های باال در واقع مستأجر در پرداخت اقساط کوتاهی کرده و در مثال دوم هم 1تأخیر در پرداخت ثمن نتیجه اراده خریدار است .ب(انفساخ ناشی از حکم قانون: منظور از انفساخ ناشی از حکم قانون یعنی قانونگذار بطور مشخص و با ایجاد امری حکم به انفساخ قهری معامله کرده است . مثال بارز این نوع انفساخ تلف مبیع قبل از قبض در دست فروشنده، موضوع ماده 387 قانون مدنی است. ولو اینکه حکم بخاطر

قصد ضمنی متعاملین در هنگام عقد باشد. اما چون این قصد ضمنی نوعی است و ممکن است در موردی وجود نداشته باشد لذا قانونگذار اقدام به وضع چنین مقرره ای نموده است .ج(انفساخ در نتیجه حکم قانونگذار: انفساخی که در نتیجه حکم قانونگذار بوده ، هدف آن تأمین پایه تراضی و حفظ پایگاه اراده در ذهن است. به عبارتی در این فرض قانونگذار خود مستقیماً اقدام به حکم به انفساخ معامله نمی دهد. تفاوت این فرض با فرضی که انفساخ ناشی از حکم قانون بود، در این است که در انفساخ موضوع بند قبل، قانونگذار بصورت مستقیم مواردی نظیر تلف مبیع قبل از قبض را سبب انفساخ می دانست، اما در اینجا قانونگذار عنایت به برخی موارد نظیر عقود جایز که آنها را برسیمت شناخته، در صورت فوت با حجر طرفین معتقد به انفساخ است

2-1-2-3-2 .شرط فاسخ و شرط خیار

در قسمت قبل یکی از انواع انفساخ قرارداد انحالل آن بواسطه اراده طرفین بود. توضیحاتی که در آن قسمت ارائه شد وافی به مقصود نبود، لذا به نظر می رسید مواردی که در این قسمت گفته میشود مکمل آن باشد. شرط فاسخ را نباید با خیار شرط یکسان پنداشت. زیرا موضوع خیار شرط موضوع مواد 399 تا 401قانون مدنی در واقع فسخ در مهلت معین است. بعبارت دیگر در خیار شرط یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث در مهلت معینی می توانند بدون نیاز به اراده طرف دیگر در صورت تمایل به موجودیت عقد پایان دهند. اما در انفساخ عقد ناشی از توافق طرفین یا همان شرط فاسخ، نتیجه اصلی تحقق شرط انحالل قهری و خود بخود عقد و بدون نیاز به اراده و قصد انشاء طرفین است. به عبارتی چنانچه موضوع مورد نظر که ادامه استمرار عقد را منوط به آن کرده اند،) معلق علیه (اتفاق نیافتد، عقد خود بخود منحل می گردد .مانند اینکه شخص سه دانگ از مغازه خود را به مبلغ ده میلیون بصورت اقساط واگذار کرده و طرفین در آن 1ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، انحالل قرارداد. جلد 5 . انتشارات شرکت سهامی انتشار ، تهران 1387 ص 50 69 .شرط کرده اند چنانچه ظرف مدت 10 روز از سررسید هر یک از اقساط، تأخیر صورت گیرد عقد منحل گردد. تفاوت

عمده این شرط با عقد معلق در این است که در عقد معلق، تحقق عقد منوط به وقوع حادثه یا امری شده است و به عبارتی هنوز عقد، استقرار یافته محسوب نمی گردد. اما در شرط، فرض ما این است که عقد بطور منجز واقع شده و در واقع انحلال عقد است که منوط به حادثه یا امر و موضوعی گشته است . نکته ی آخر اینکه اینگونه شروط در کلیه عقود قابلیت اعمال را دارند بجز عقودی که با تراضی یا اراده هر یک از طرفین قابلیت انحلال را ندارد. همانند وقف

2-2 .انحلال پیمان

در بخش اول دیدیم که انحلال عقود و قراردادها بر چه اساس و مبنایی صورت می پذیرد. چه اینکه موارد انحلال را همانگونه که اشاره نیز شد به سه قسم تقسیم بندی نمودیم و توضیحات مختصری در رابطه با آنها دادیم. در این بخش می خواهیم به این بحث بپردازیم که علی القاعده انحلال قرارداد پیمان در چه مواردی و با رعایت چه تشریفاتی صورت می پذیرد. به عبارتی وضعیت انحلال پیمان در هریک از اسباب سه گانه انحلال به چه صورت است. مطالب این بخش را به سه قسمت تقسیم نموده ایم که در قسمت اول فسخ پیمان را در شرایط عمومی پیمان مورد بررسی قرار می دهیم. در ادامه به بیان انفساخ قهری یا قراردادی پیمان می پردازیم و در آخر نیز اقاله را در پیمان و در قراردادهای دولتی مورد کنکاش قرار خواهیم داد .

پیمان فسخ1-2-2

همانطور که قبلاً نیز بیان کردیم دولت به عنوان یک کارفرمای دولتی در راستایی اهداف حاکمیتی و یا اهداف تصدی گری، همانند سایر اشخاص اقدام به انعقاد قراردادهایی می کند. اما با عنایت به اینکه در قراردادهای دولتی بطور مستقیم دولت، عموماً برای مصلحت و رفاه عمومی قراردادهایی منعقد می کند، چارچوب ویژه ای برای انعقاد هر قراردادی در نظر گرفته است. به عبارتی می توان گفت که اصل آزادی اراده و اصل آزادی قراردادی که در حقوق خصوصی بطور مفصل مورد بررسی قرارگرفته و در قوانین مختلفی نظیر قانون مدنی جلوه یافته است، در قراردادهای دولتی اصول فوق مورد تخصیص واقع گردیده است. قراردادهای پیمانکاری نیز که از جمله قراردادهای دولتی بحساب می آید نیز از ین قاعده مستثنی نمی باشد. هر قراردادی که منعقد

می گردد، لزوماً با وفای به عهد) موضوع بند 1 ماده 264(پایان نمی پذیرد 70 .بلکه گاهی طرفین قرارداد به تعهدات خود عمل نمی کنند و یا قانونگذار مستقیماً موانعی را بر سر ادامه اجرای قرارداد می گذارد. قراردادهای پیمانکاری نیز از این موضوع جدا نیست. زیرا گاهی پیش می آید که چاره ای جز بر هم زدن اجرای قرارداد باقی نمی ماند. در این مبحث به بیان و بحث بررسی در خصوص فسخ قراردادهای موضوع پیمان پرداخته می گردد

2-2-1-1 .اختیار اعمال فسخ پیمان

در قواعد عمومی قراردادها فسخ قرارداد که از اسباب انحلال قرارداد به حساب می آید، نوعی حق، قلمداد شده است و طبیعت اینگونه حقوق در این است که قابلیت اسقاط را داشته باشند. در وهله ی اول باید گفت که چنانچه در فضای حقوق خصوصی قراردادی منعقد گردد، بسیار طبیعی است که هر یک از طرفین حق فسخ ناشی از خیار برای خود داشته باشد. چه اینکه اصل آزادی قراردادی موضوعی جز این نیست. اما با توجه به اینکه در قراردادهای موضوع حقوق پیمان منافع جامعه و مصالح عمومی از ارکان اساسی انتفاع از آن قرارداد است، چنین حقی نسبت به یک طرف تحت الشعاع قرار گرفته است. بعبارت دیگر در قراردادهای پیمان همانند سایر قراردادها اختیار داشتن حق فسخ و اعمال آن، به هر دو طرف قرار داده نشده است. چه اینکه در ماده 46 شرایط عمومی پیمان که مقررات مربوط به فسخ را بیان می کند فقط به امکان فسخ پیمان توسط کارفرما اشاره دارد و سخنی از اینکه پیمانکار نیز می تواند در مواردی حق فسخ داشته باشد، به میان نیامده است. این امر بشدت قابل انتقاد است. زیرا اگر چنانچه مبنای خیار فسخ را قاعده الضرر قرار دهیم، چه تفاوتی دارد که متضرر در اینجا چه شخصی باشد؟ از سوی دیگر چنانچه فسخ را وسیله ای برای جبران خسارت برای متضرر قلمداد کنیم، چرا تبعیض ناروایی باید بر طرف دیگر وارد آید؟ چه اینکه در قواعد عمومی قراردادها می خوانیم که اجرای تعهد در یک قرارداد بر عهده هر دو طرف است و چنانچه یکی از طرفین به تعهدات خود پایبند نبود، باید او را از طریق الزام و اجبار و چنانچه مسیر نبود نهایتاً فسخ قرارداد را درخواست کرد. حال پرسش این است اگر یکی از طرفین که کارفرما است، به تعهدات خود در قبال پیمانکار عمل نکرد وضعیت پیمانکار

به چه صورت است؟ مگر هدف از اجرای قرارداد، رسیدن به عدالت قراردادی نیست؟ پرسش های فوق بخشی از مواردی هستند که در شرایط عمومی پیمان بی پاسخ مانده اند. به عبارت دیگر در مجموعه دفترچه شرایط پیمان در هیچ کجا به داشتن حق فسخ برای پیمانکار اشاره نشده است. ممکن است ایراد گردد که فسخ قرارداد از ناحیه پیمانکار محلی از اعراب ندارد، زیرا در اجرای تعهدات کارفرما، مکانیزم های خاصی پیش بینی شده است که مانع از تحقق چنین 71حقی برای پیمانکار میگردد. در پاسخ می گوییم چنین نیست. زیرا اگر کارفرما حتی با وجود چنین مکانیزم هایی باز هم به تعهدات خود عمل نکرد در آن صورت وضعیت پیمانکار به چه صورت است؟؟ جالب اینجا که در برخی مواد شرایط عمومی پیمان بیان شده است که اگر کارفرما به یکی از تعهدات خود عمل نکرد می تواند برابر ماده 48 شرایط عمومی، به پیمان خاتمه دهد! نگارنده معتقد است طریقه صحیح قانون نویسی و تدوین دستورالعمل هایی نظیر پیمان چنین نیست. آنکه باید در فرض فوق حقی مبنی بر خاتمه (یا انحلال(قرارداد داشته باشد. پیمانکار است نه کارفرما. از نظر فنی و حقوقی نیز چنین مکانیزمی در سیستم حقوقی ایران غیر قابل قبول است. زیرا در چنین فرضی اراده کارفرما به عنوان جانشین اراده پیمانکار حق بهم زدن پیمان را دارد و استقراء ناقص نگارنده نشان می دهد چنین موضوعی تا بحال در سیستم حقوقی ایران سابقه نداشته است. علی ایحال در مقام جمع بندی از مباحث و مطالب گفته شده باید گفت، در حال حاضر برای پیمانکار فسخ قرارداد پیمان در چارچوب شرایط عمومی پیمان متصور نیست. البته ممکن است پیمانکار در بعضی موارد بر اساس قواعد کلی حقوقی بتواند حق انحلال پیمان به وسیله فسخ را داشته باشد. پیشنهاد می گردد دست اندرکاران در رابطه با اصالح و یا حتی تدوین مقررات جدید قراردادهای پیمان برای پیمانکاران، چنین حقی قائل گردند. نکته دومی که باید مورد توجه قرار گیرد، قواعد مندرج در ماده 48 شرایط عمومی پیمان است که تحت عنوان »خاتمه پیمان« مواردی را بیان کرده است. در ماده فوق الذکر نیز چنین حقی برای پیمانکار متصور نمی باشد و این حق نیز منحصراً در اختیار کارفرما قراردارد. هرچند که نگارنده اعتقاد دارد چنین ماده ای با نظام قانونگذاری ایران سنخیتی نداشته و چنین شرایط از اساس باطل

است. به همین جهت بر خالف نظر کسانی که با الهام گرفتن از این ماده معتقد بودند که پیمان عقد الزم جایز است مخالف بوده و اعتقاد داشتیم که پیمان عقدی است الزم که لزوم آن نسبت به هر دو طرف است .

2-2-1-2مبانی و اسباب فسخ در شرایط عمومی

در این قسمت به بیان مبانی و اسباب فسخ از دیدگاه شرایط عمومی پیمان می پردازیم لذا مطالب در دو بند تنظیم شده است که در بند اول به بیان مبانی فسخ در شرایط عمومی پیمان اشاره می گردد و در بند دوم نیز مبانی قانونی فسخ پیمان مورد بررسی قرار می گیرد. در آخر نیز اسباب فسخ پیمان بیان خواهد گردید .

72

پیمان فسخ مبانی1-2-1-2-2

همانطور که قبالً نیز اشاره گردید، رعایت مصالح عمومی، گستره اصل آزادی تعهدات و معامالت را مضیق نموده است. در قراردادهای دولتی به جهت تأمین و حفظ منافع و مصالح عمومی جامعه، اصول فوق با محدودیت مواجه شده اند. البته هدف از محدودیت های فوق نفی حقوق خصوصی اشخاص نیست. بلکه همانگونه که اشاره شد منظور رعایت مصالح اجتماعی است. به نظر می رسد مبانی حق فسخ در قراردادهای موضوع شرایط عمومی پیمان توافق دو اراده بر پایه اصل حاکمیت اراده است. مطابق ماده 237 تا 240 قانون مدنی در خصوص مباحث شروط صحیح) شرط فعل(قانونگذار ابتدا قائل به این شده است که چنانچه یکی از طرفین به تعهدات خود عمل نکرد، ابتدا وی را الزام نموده و چنانچه افاقه نکرد، اجرای جایگزینی را مطرح می نماید. اما اگر طریق فوق باز هم راه به جایی نبرد، قانونگذار به طرف متضرر حق فسخ داده است .اما در قراردادهای پیمانکار وضعیت بگونه ای دیگر است. زیرا در چنین قراردادهایی هدف اصلی، اجرای قرارداد در مدت معین است و چنانچه آن طوالنی گردد به طرف دیگر خسارتی وارد می آید که موجب تحقق حق فسخ برای وی می شود. قانونگذار برای انعقاد هر عقدی وجود دو اراده آزاد را ضروری برشمرده است، ولی در هیچ متنی به صراحت به لزوم قدرت متوازن آن دو اراده اشاره نکرده است. طرفین عقد باید آزاد و مختار باشند اما

فوق مواجه نیستیم. زیرا ماده 46 شرایط عمومی پیمان ناظر به همین مورد می باشد. چه اینکه مواردی که در ماده 46 بیان گشته است، عمدتاً ناظر به خیار تخلف از شرط می باشد. البته باید عنایت داشت که همه ی موارد بیان شده در ماده 46 شرایط عمومی پیمان خیار تخلف از شرط نمی باشند و برخی از آن ها ممکن است شرط فاسخ بوده و یا اصالً از موارد بطالن قرارداد پیمان باشند

2-2-1-3 .موجبات فسخ در شرایط عمومی

همانطور که بیان گردید، فسخ قرارداد پیمان در شرایطی توسط کارفرما مجاز شمرده شده است. در خصوص تقسیم بندی موجبات فسخ پیمان تاکنون مواردی اشاره شده است. برخی موجبات فسخ را بر 1اساس میزان تأخیرات و ترک فعل پیمانکار طبقه بندی نموده اند .برخی دیگر نیز موجبات فسخ پیمان 2توسط کارفرما را بر اساس مقتضیات عمومی تقسیم بندی نموده اند .بنظر می رسد تقسیم بندی اولیه از جامعیت بیشتری برخوردار بوده، لذا ما نیز به پیروی از آن مبنای تقسیم بندی را تأخیرات و ترک فعل پیمانکار قرار می دهیم

2-2-1-3-1 .فسخ پیمان به علت تاخیر

الف (تأخیر در پرداخت دستمزد کارکنان

در بند 12 ماده 46 شرایط عمومی پیمان یکی از موارد فسخ بدین شرح بیان شده است: »تأخیر بیش از یک ماه در پرداخت دستمزد و کارگران، طبق بند)و(ماده 17«. در ماده 17 شرایط عمومی ترتیبات خاصی برای تأخیر دستمزد کارگرانی که برای پیمانکار، کار می کنند، اتخاذ شده است. به عبارتی در صورتی که پیمانکار در رابطه با پرداخت دستمزد کارگران تأخیر نماید، صرف تأخیر باعث بوجود آمدن حق فسخ نمی گردد لذا باید مواردی که اشاره می گردد، طی شود و چنانچه کافی نبود نهایتاً کارفرما حق فسخ قرارداد را خواهد داشت؛ برابر بند و(ماده 17 چنانچه پیمانکار در پرداخت حقوق کارگران تأخیر نماید، مهندس 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان ، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1392، ص 2389 .محمد رضا ویژه و محمد قاسم تنگستانی، حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی) تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان (فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه عالمه، دوره 64 ،شماره،1393 ،1، ص

116 77 .مشاور موظف است بصورت کتبی اخطاری مبنی بر اینکه حقوق کارگران پرداخت گردد، به وی ابالغ نماید .اما اگر پیمانکار از این موضوع سرباز زند، کارفرما مستقیماً با حضور مهندس مشاور و پیمانکار آن مطالبات را پرداخت می نماید. البته کارفرما مبالغ پرداختی را به اضافه 15درصد از حساب بدهی پیمانکار در مجموعه بدهی های وی منظور می نماید. سؤالی که ممکن است مطرح گردد، این است که اگر میزان مطالبات پیمانکار برای پرداخت حقوق کارگران کفایت نکرد چه اتفاقی می افتد؟ در پاسخ باید گفت برابر بند و(ماده 17، از محل تضمین هایی که پیمانکار به کارفرما داده است مطالبات کارگران وصول خواهد شد .با این حال چنانچه کارفرما بیش از یک بار از مقررات این بند تخلف نماید کارفرما بر فسخ پیمان مسلط می گردد. نکته قابل ذکر اینکه چون کلیه کارگران تابع قانون کار مصوب 1369 می باشند. طبق تبصره 1 ماده 13 قانون کار که مقرر می دارد: »مطالبات کارگران جزء دیون ممتازه بوده و کارفرمایان موظف می باشند، بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار منجمله ضمانت حسن انجام کار پرداخت نمایند«؛ اگر چنین مقرره ای نبود باز هم مانعی برای وصول حقوق کارگران با عنایت به قانون مارالذکر نیست. مهمترین تفاوت عمده ای که مقررات بند 2 ماده 17 شرایط عمومی پیمان و تبصره ماده 13 قانون کار وجود دارد در این است که برابر مقررات قانون کار، کارفرمایان زمانی می توانند اقدام به پرداخت حقوق کارگران محل مطالبات پیمانکار نمایند که مراجع قانونی رأی به پرداخت چنین موردی داده باشند حال آنکه در مقررات شرایط عمومی پیمان چنین موضوعی پیش بینی نشده است. نکته آخر اینکه همانطور که سابقاً نیز بیان گردید یکی از قواعد حاکم بر قراردادهای اداری اصل نسبی بودن قرارداد بود. اما در اینجا مشاهده می گردد که این اصل در قراردادهای دولتی نظیر پیمان تخصیص خورده است و قانون در اینجا جنبه حمایتی از کارگران را ملحوظ نظر خود قرار داده است که اثر آن نیز به کارگران می رسد .

ب (تأخیر در ارائه برنامه تفصیلی توسط پیمانکار

یکی دیگر از موجبات فسخ پیمان تأخیر در ارائه برنامه تفصیلی می باشد. گفته شد که یکی از تعهدات پیمانکار ارائه برنامه تفصیلی جهت انجام کار و تأیید آن توسط مهندس مشاور و نهایتاً تصویب آن توسط

کارفرما می باشد. در بند2 ماده46 شرایط عمومی پیمان آمده است: »تأخیر در ارائه برنامه زمانی تفصیلی به مدت بیش از نصف مهلت تعیین شده برای تسلیم آن«. در بند ب(ماده 18 شرایط عمومی، پیمانکار متعهد شده که برنامه زمانی تفصیلی را مطابق با برنامه زمانی کلی و بر طبق نظر مهندس مشاور تهیه کرده و ظرف یک ماه از تاریخ مبادله پیمان یا مدت دیگری که در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده به مشاور 78تسلیم نماید تا چنانچه کارفرما موردی برای اصالح دید، آنرا اصالح و تصویب کند و سپس به پیمانکار ابالغ نماید. ضمانت اجرای این بند در واقع فسخ پیمان توسط کارفرما می باشد. اما فسخ آن منوط به این است که اوالً پیمانکار در تهیه برنامه تفصیلی تأخیر داشته و ثانیاً این تأخیر بیش از نصف مدت تعیین شده برای تهیه برنامه تفصیلی باشد. برای مثال چنانچه پیمانکار ظرف مدت یک ماه برنامه تفصیلی را تهیه نکند و تأخیر آن به 16 روز دیگر برسد،) بیش از نصف مهلت تعیین شده(کارفرما می بایستی قرارداد موجود بین خود و پیمانکار را فسخ نماید. البته الزم به ذکر است صرف انجام تکلیف تهیه برنامه تفصیلی توسط پیمانکار وی را مبرا از مسئولیت در این خصوص نمی سازد. بلکه وی مکلف است در هر ماه گزارش کامل کارهایی را که انجام شده، تهیه کرده و این گزارش شامل مواردی از قبیل میزان و درصد فعالیت های انجام شده، پیشرفت یا تأخیر نسبت به برنامه تفصیلی و .... می باشد. متذکر می گردد تحقق حق فسخ مزبور زمانی موجب حق فسخ کارفرما می باشد که تأخیر در تهیه برنامه تفصیلی ناشی از عمل پیمانکار باشد .بنابراین چنانچه کارفرما سبب تأخیر در برنامه تفصیلی برای پیمانکار گردد، دیگر آن تأخیر را نمی تواند مستند به فعل پیمانکار دانست و برای کارفرما حق فسخ در نظر گرفت. نکته آخر اینکه ماهیت این نوع شرط در تقسیم بندیهای معمول شروط صحیح، شرط فعل می باشد که از نوع ترک فعل مادی است .

ج(تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار

هر قراردادی که منعقد می گردد، طرفین باید به تعهدات ناشی از آن عمل نمایند. اما گاهی اوقات برای اجرای برخی از تعهدات خود باید اسبابی را فراهم نمایند تا از رهگذر آن، به تعهدات خود عمل کنند .در بند 1 قسمت الف(ماده46 بیان شده است: »تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار بیش از مهلت تعیین شده در

بند ب(ماده 12« الزمه شروع کار تحویل گرفتن کارگاه از کارفرمای دولتی است .چنانچه پیمانکار در همان ابتدای کار از تعهد خود مبنی بر تحویل کارگاه برای شروع کار سرباز زند این امر به وضوح بیانگر قرینه ای مبنی بر عدم انجام سایر تعهدات پیمانکار می باشد. از این رو نویسندگان شرایط عمومی پیمان الزم دیده اند در خصوص تأخیر در تحویل کارگاه ضمانت اجرای فسخ برای کارفرما در نظر بگیرند. در بند ب(ماده 28 اشاره شده است که تاریخ تحویل کارگاه از سوی کارفرما به پیمانکار، ظرف 30 روز از تاریخ مبادله ی پیمان است. اما زمانی حق فسخ برای کارفرما بوجود می آید که پیمانکار حداکثر 30 روز از تاریخی که کارفرما برای تحویل کارگاه به پیمانکار اعالم می نماید، تأخیر نماید که این تأخیر موجب تحقق حق فسخ کارفرما می باشد. نکته ای که قابل توجه است، این است که اگر تأخیر در تحویل 79کارگاه مستند به کارفرما باشد، نه تنها حق فسخی برای وی ایجاد نمی شود بلکه وی موظف است خساراتی که پیمانکار وارد شده است براساس فرمول درج شده در همان بند ب(ماده 28، پرداخت نماید. اما هرگاه کارفرما به طور کلی از تحویل کارگاه عاجز شود باید به استناد ماده 48 شرایط عمومی، پیمان را خاتمه دهد .در اینجا نیز یکی از مواردی که عدم توازن و نابرابری بین طرفین قرارداد پیمان وجود دارد متجلی می گردد .زیرا آنکه از رهگذر تأخیر کارفرما و بطور کلی عاجز شدن وی از تحویل، خسارت می بیند، پیمانکار است، اما انحالل قرارداد در دست کارفرما قرار گرفته است. البته بنظر می رسد در اینجا خاتمه پیمان مسامحتاً بجای منفسخ شدن قرارداد بکار رفته است. علی

مثال فوق چون یک دهم شصت ماه، شش ماه می شود و دو ماه از شش ماه کمتر است، در اینصورت کارفرما قرارداد را فسخ می نماید. نکته ای که ضرورت دارد بدان پرداخته شود این است که در متن ماده به مدت اولیه اشاره شده است. برای مثال مدت اولیه 60 ماه پیش بینی شده است اما چنانچه براساس ماده 30 شرایط عمومی مدت پیمان تغییر کند، این تغیر باید برای تحقق حق فسخ مزبور مورد عنایت قرار گیرد. برای مثال چنانچه کارفرما قبل از شروع عملیات پیمان به مدت شش ماه براساس ماده 49 قرارداد را تعلیق نماید در اینصورت تاریخ شروع کار پس از شش ماه خواهد بود. لذا هر چند مدت زمان پیمان برای مثال شصت و شش ماه شده است اما کارفرما دیگر نمی تواند بعد از دو ماه از گذشت مدت اولیه) یعنی شصت ماه(پیمان را فسخ کند. زیرا تأخیر در شروع کار منتسب به او می باشد. نکته ای قابل توجه اینکه چون قراردادهای پیمان بطور معمول برای احداث پروژه های عظیم نظیر سد سازی و .... منعقد می گردد و مدت اجرای چنین پروژه هایی بلند مدت است زمان 2 ماه برای تأخیر در شروع کار زمان اندکی است پیشنهاد می گردد این زمان تعدیل شده یا اصالً حذف گردد و همان مدت بیش از یک دهم مدت اولیه مورد توجه قرار گیرد. این شرط نیز همانند موارد قبل نوعی شرط فعل منفی مادی می باشد 81 .

و(تأخیر در انجام کارها موضوع پیمان براساس برنامه تفصیلی

از دیگر موارد ایجاد حق فسخ برای کارفرما تأخیر پیمانکار در انجام کارهایی است که خودش در طرح تفصیلی پیش بینی کرده است. بند 4 قسمت الف(ماده 46 می گوید: »تأخیر در اتمام کارهای پیش بینی شده در برنامه زمانی تفصیلی، بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار با توجه به ماده 30« ماده 30شرایط عمومی پیمان مختص به تغییر مدت پیمان است. برای تحقق حق فسخ باید گفت که این شرط 1در صورتی مجرا است که در خصوص تعهدات طرفین تغییر خاصی ایجاد نگردد .همچنین قوه قاهره یا عملی که منتسب به کارفرما است، موجب تأخیر و تداوم آن نشده باشد که در اینصورت حق فسخی برای کارفرما متصور نیست. این شرط نیز نوعی خیار تخلف از شرط براساس شرط فعلی منفی مادی است .ز(تأخیر در اتمام کار بند 6 قسمت الف(ماده 46 شرایط عمومی پیمان فرضی را مطرح می کند که براساس آن کارفرما حق فسخ قرارداد

را دارد. در بند 6 قسمت الف(ماده 46 می خوانیم: »تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک چهارم پیمان با توجه به ماده 30« همانطور که در دو مورد قبل نیز بیان گردید پیمانکار نه در شروع و نه در برنامه زمانی تفصیلی حق تأخیر بیش از موارد گفته شده را ندارد. در اینجا نیز وضعیت بگونه ای مشابه است. با این تفاوت که چنانچه پیمانکار بیش از یک چهارم کل مدت پروژه را در تمام کار تأخیر نماید حق فسخ برای کارفرما ایجاد می شود. این بند اندکی مبهم بنظر می رسد. زیرا از یک سو اگر کارفرما پس از سپری شدن مدت زمان مجاز برای تأخیر قصدی برای فسخ داشته باشد، دیگر قراردادی وجود ندارد، چون براساس ماده 264 قانون مدنی و بند 1 آن وفای به عهد) هرچند با تأخیر(شده و خیار فسخ سالبه به انتفاء موضوع است. از سوی دیگر چنانچه هنوز کاری به اتمام نرسیده باشد کارفرما نمی تواند به درستی پیش بینی دقیق از میزان مدت تأخیر که بیش از یک چهارم پیمان است، داشته باشد. لذا پیشنهاد می گردد این بند بدین صورت اصالح گردد: »در صورتی که کارفرما بطور تقریبی و با کسب نظریه کارشناسی میزان تأخیر در اتمام کار را بیش از یک چهارم کل مدت پیمان احتساب نماید این تأخیرات ناشی از قصور یا تقصیر پیمانکار بوده و مستند به فعل خودش نباشد مکلف است قرارداد پیمان را فسخ نماید« چنانکه مشاهده می شود برای تحقق فسخ در باال کسب نظریه کارشناسی شرط لزوم شمرده شده است و این 1محمد رضا ویژه و محمد قاسم تنگستانی، حق فسخ و انفساخ در قراردادهای پیمانکاری دولتی) تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان) فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه عالمه، دوره 44، شماره1393 ،1، ص 112 82 .موضوع می تواند ابهام موجود در بند فعلی را از بین ببرد. این شرط نیز نوعی شرط فعل منفی مادی می باشد .

2-3-

در ماده 43 شرایط عمومی پیمان حوادث قهری پیش بینی و برخی از موارد آن احصاء شده است. بر طبق این ماده ممکن است عملیات پیمان تا 3 ماه معلق گردد و در صورت موافقت پیمانکار این مدت به شش ماه نیز قابل افزایش است. البته در این مدت هیچ یک از طرفین مسئولیت پرداخت خسارت وارد شده را بر عهده ندارد. البته ممکن است وضعیت قهری بیش از شش ماه ادامه داشته باشد که در اینصورت کارفرما مکلف است طبق ماده 48 به پیمانکار خاتمه دهد. علی ایحال چنانچه وضعیت قهری حسب مورد زودتر از سه ماه یا شش ماه پایان پذیرد و کارفرما اعاده کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه قهری الزم بداند، پیمانکار مکلف است که اجرای کارها را بی درنگ آغاز نماید که در این صورت مدت مناسبی برای اعاده کارها به وضعیت اولیه از سوی پیمانکار پیشنهاد و پس از تأیید مهندس مشاور و تصویب کارفرما به 1پیمانکار ابالغ می گردد .اما چنانچه پس از رفع قوه قاهره پیمانکار اقدامی انجام ندهد و از شروع و ادامه کار امتناع نماید، بند 7 قسمت الف(ماده 46 به کارفرما مجوز فسخ قرارداد موضوع پیمان را می دهد

.ج(عدم پایبندی به دستور مهندس مشاور مبنی بر اصالح کارهای معیوب

بند 9 قسمت الف(ماده 46 شرایط عمومی پیمان می گوید:»عدم انجام دستور مهندس مشاور برای اصالح کارهای انجام شده معیوب، طبق بند د(ماده 32« این بند نیز کارفرما را موظف به فسخ قرارداد موضوع پیمان می نماید. در بند د(ماده 32 شرایط عمومی گفته شده که اگر مهندس مشاور مواردی را مبنی بر عدم رعایت مشخصات فنی، نقشه ها و دیگر مدارک فنی پیمان در طول اجرای کار مشاهده نماید، ابتدا باید به پیمانکار اخطاری مبنی بر اصالح کارهای معیوب همراه با مدت زمان مناسبی بدهد. اگر پیمانکار وقعی به این موضوع ننهد، کارفرما شخصاً اقدام به اصالح کرده، هزینه های اصالح شده را به اضافه 15 درصد، از محل مطالبات پیمان کسر می کند. اما چنانچه مجدداً پیمانکار مسائل فنی را رعایت نکند و مهندس مشاور نیز به وی اخطار دهد و پیمانکار از اصالح کارهای معیوب مطابق نظر مهندس مشاور سرباز زند در اینصورت کارفرما باید وفق مقررات بند 9 قسمت الف (ماده 46 اقدام به فسخ پیمان نماید 1 .محمد رضا ادیبی، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، انتشارات جاودانه جنگل تهران ، 1394 ص 131 84 .

2-2-1-3-3فسخ به موجب فعالیت های مخالف با قانون و قرارداد

از دیگر موارد فسخ پیمان به وسیله کارفرما فسخ به دلیل انجام مواردی خالف قانون یا قرارداد است. در دو بند قبل دیدیم که فسخ یا بعلت تأخیرات یود یا عدم انجام تعهدات. اما در اینجا فروضی مورد بررسی قرار می گیرد که پیمانکار آن ها را انجام داده است. در حالی که آن اعمال یا خالف قانون بوده اند یا مخالف با قرارداد پیمان. مطالب این بند در دو قسمت مورد تجزیه قرار می گیرد

.الف(انجام فعالیت مخالف با قانون)

پرداخت رشوه)در بند 13 قسمت الف(ماده 46 شرایط عمومی یکی دیگر از موارد فسخ پیمان بیان گردیده است .بند فوق اشعار می دارد: »هرگاه ثابت شود که پیمانکاران برای تحصیل پیمان یا اجرای آن به عوامل کارفرما حق العمل، پاداش یا هدایایی داده است، یا آنها یا واسطه های آنها را در منافع خود سهیم کرده است .»تمامی موارد بیان شده موجبات فساد می باشند که متأسفانه امروزه دستگاه های دولتی و اجرایی کشور نیز بدان مبتال گشته اند. با این حال مقررات این بند در رابطه با مسئولیت قراردادی می باشد. اما مانع از اجرای مقررات ماده 592 قانون مجازات اسالمی)بخش تعزیرات(و ماده 3 قانون تشدید مجازات مرتکبین اختالس، ارتشاء و کالهبرداری نمی باشد. چه اینکه در صورت تحقق مفاد بند مزبور دو طرف مجرم شناخته می شوند. نکته قابل توجه این است که چنانچه یکی از مقامات اجرایی یا کارکنان کارفرما مشمول قسمت اول بند فوق گردند، عالوه بر داشتن مجازات کیفری، از مسئولیت اداری نیز مبرا نبوده و مکلف به پاسخگویی هستند. چه اینکه در بند 17 ماده 8 قانون رسیدگی به تخلفات اداری به این امر تصریح شده است. با این حال ارتکاب این جرم آن قدر با اهمیت است که قانونگذار در ماده 91 قانون مدیریت خدمات کشوری، بار دیگر نسبت به این موضوع اعالم حساسیت کرده و ساز و کار خاصی را برای رسیدگی اداری به آن لحاظ نموده است. بنا به تصریح تبصره 4 ماده یاد شده، سازمان مدیریت و برنامه ریزی اسامی اشخاص حقیقی و حقوقی رشوه دهنده به کارمندان دستگاه های اجرایی را برای ممنوعیت عقد قرارداد به همه ی دستگاه های 1اجرایی اعالم می کند. در نتیجه، انعقاد قرارداد با راشیان ممنوع است .این حق فسخ فقط مربوط به زمان اجرای قرارداد

پیمان نمی باشد. لذا اگر در زمان برگزاری مناقصه چنین جرمی صورت پذیرد و پیمانکار براساس آن برنده مناقصه اعالم گردد، پیمان توسط کارفرما باید فسخ گردد. ممکن است گفته شود این بند 1محمد رضا ویژه و محمد قاسم تنگستانی ، حق فسخ و انفساخ در قراردادهای پیمانکاری دولتی) تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان) ، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه عالمه، دوره 44،شماره 1393 ،1، ص 114 85 .موجب ابطال پیمان است. زیرا معامله ی شکل گرفته بر مبنای فساد بوده و نمی توان بر اعمال خالف قانون اثر صحیح و قانونی بار کرد. لذا فسخ نیز از جمله آثار عقد صحیح می باشد، اما در این بند فسخ قرارداد ضمانت اجرای یک عمل باطل است. در پاسخ می توان گفت که این استدالل در صورتی صحیح است که کارفرما مستقیماً و مستقالً چنین تخلف و جرمی را انجام داده است. حال آنکه با تدفیق در بند 13 قسمت الف(ماده 46 شرایط عمومی در می یابیم آنچه که مورد نظر قرار گرفته است و موجب حق فسخ برای کارفرما شده است، انجام کارهای موضوع این بند توسط عوامل کارفرما است نه خود کارفرما .بعبارت دیگر چنانچه یکی از عوامل کارفرما آن اقدمات را انجام دهد، کارفرما می تواند قرارداد موجود را فسخ نماید. همچنین وجود چنین بندی ضمانت اجرای تخلف پیمانکار است نه کارفرما یا عوامل آن. چه اینکه بدیهی است هر یک از عوامل کارفرما مرتکب افعال فوق شده باشد برابر مقررات به جرم یا تخلف او نیز رسیدگی می گردد. علی ایحال با عنایت به مطالب گفته شده در صورت تحقق موارد فوق کارفرما موظف به فسخ قرارداد فی مابین با پیمانکار می باشد

.ب (واگذاری پیمان به ثالث در بند 1 قسمت ب(ماده 46 شرایط عمومی پیمان، کارفرما مکلف شده است چنانچه پیمانکار، پیمان را به شخص ثالث واگذار نماید، قرارداد را فسخ نماید. در ماده 24 شرایط عمومی پیمان قاعده کلی در بند الف(این ماده بدین صورت بیان شده است: »پیمانکار حق واگذاری پیمان را به دیگران ندارد«. آنچه که در وهله ی اول به ذهن متبادر می گردد این است که ظاهراً طرفین به صورت ضمنی بر این موضوع که انجام مورد پیمان بصورت مباشرتی توسط پیمانکار انجام گردد، توافق نموده اند، اما باید این تصور را از ذهن زود. چه اینکه در بند ب(ماده 24 بالفاصله مواردی را بیان کرده که پیمانکار می تواند قسمت

هایی از موضوع پیمان را به پیمانکاران جزء واگذار نماید. البته این امر مشروط به این است که آنها نتوانند موضوع پیمان را به دیگری واگذار نمایند. نکته ای که قابل توجه است، در دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان و مقررات مربوط به آنها) پیوست بخشنامه 842/1088/102 مورخ 03/03/1378 در ردیف 2-2 بیان می شود: »اگر به علت ایجاد وضعیت خاص در تشکیالت پیمانکار که خارج از اختیار او پدید آید، ادامه کار مقدور نشود، دستگاه اجرایی می تواند برای ادامه پیمان بر اساس پیشنهاد پیمانکار و رعایت مراتب زیر با جایگزینی، پیمانکار دیگری را به جای پیمانکار موافقت کند«. این دستورالعمل در واقع واگذاری کل پیمان را مجاز می داند که البته تشریفاتی دارد. حال با توجه به توضیحات 86فوق پرسش این است که مقررات این بند ناظر به چه نوع واگذاری به ثالث می باشد؟ بنظر می رسد با عنایت به دستورالعمل فوق و بند ب(ماده 24 شرایط عمومی:»چنانچه پیمانکار بطور مخفیانه عملیات 1 موضوع پیمان را بدون رعایت مراتب پیش بینی شده به دیگران واگذار کند، کارفرما پیمان را فسخ می کند « .پس با عنایت به مطالب فوق کارفرما باید در این خصوص قرارداد فی مابین را فسخ نماید .در ماده 46 شرایط عمومی پیمان برخی موارد دیگری برای فسخ قرارداد پیش بینی شده است که ظاهراً تحقق آن موارد قهری بوده و موجب پدید آمده حق فسخ نمی باشد. لذا در جای خود به تفصیل در خصوص آنها نیز سخن گفته خواهد شد. بعبارت دیگر به اعتقاد نگارنده 12 مورد بیان شده که در 3 بند تنظیم گردید، موجبات تحقق فسخ پیمان برای کارفرما می باشند و سایر موجبات بیان شده در این ماده ناظر به سایر اسباب انحالل یاحتی بطالن قرارداد می باشند

4-1-2-2 .تشریفات فسخ در شرایط عمومی و ضمانت اجرای آن

در قسمت قبل دیدیم که موجبات فسخ قرارداد بر طبق ماده 46 شرایط عمومی پیمان در 12 مورد احصاء گشته بود. در این قسمت می خواهیم بررسی نماییم که اگر کارفرما تصمیم به فسخ قرارداد گرفت آیا تشریفات خاصی را باید رعایت نماید؟ پرسش بعدی این است که چنانچه این تشریفات رعایت نگردد وضعیت فسخ

قرارداد چگونه است؟ و اینکه آیا عدم رعایت تشریفات ضمانت اجرایی خاصی را بدنبال دارد یا خیر؟ قبل از ورود به بحث اصلی باید گفت که فسخ یک عمل حقوقی یک طرفه و نوعی ایقاع است و با توجه به مواردی که در مواد مختلف شرایط عمومی پیمان بیان شده خصوصاً ماده 47 آن، این ایقاع، یک ایقاع تشریفاتی می باشد که این موضوع برخالف قاعده کلی است. بعبارت دیگر در تفکیک بین رضایی یا تشریفاتی بودن ایقاع، اصل بر رضایی بودن ایقاع است و تشریفاتی بودن آن امری استثنایی تلقی می گردد .برای مثال در ماده 449 قانون مدنی می خوانیم: »فسخ به هر لفظ یا فعلی که داللت بر آن نماید، واقع می شود«. در رابطه با اهمیت رعایت تشریفات باید گفت چون ایقاع را یک تن انشاء می کند و به تنهایی تصمیم او مؤثر در انحالل موضوع مورد بحث است، نویسندگان و قانونگذار با اجباری ساختن رعایت تشریفات به تبیین اندیشه تصمیم گیرنده کمک می کنند. از سوی دیگر چون این اراده در حقوق دیگران اثر میکند، ناچار انجام دادن عمل حقوقی باید مسبوق به اختیار تصمیم گیرنده باشد. قانونگذار در اعطای این 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1392، ص 354 1 87 .اختیار گشاده دستی نمی کند و اگر به ضرورتی آن را مقرر دارد، حفظ حقوق دیگران را از یاد نمی برد .حال که مفهوم ایقاع تشریفاتی روشن گردید. مناسب است تشریفات و اعمال الزم را جهت اعمال فسخ بیان نماییم. مطالب این گفتار در دو بند تنظیم گشته است که در بند نخست به اعمال اداری و حقوقی فسخ پیمان می پردازیم و در بند دوم تشریفات مادی فسخ را مورد ارزیابی قرار می دهیم

.اداری و حقوقی اعمال1-4-1-2-2

همانگونه که گفته شد برای اینکه فسخ توسط کارفرما واجد اثر گردد، نیازمند به تشریفاتی هستیم .این تشریفات در ماده 47 شرایط عمومی پیمان بیان شده است. برخی از این تشریفات واجد اثر حقوقی و برخی دیگر فقط به گسترش بوروکراسی اداری مربوط می گردد. در ذیل موارد بیان شده مورد بررسی قرار می گیرد .

الف(اعالم تصمیم فسخ به پیمانکار و ابالغ آن در قواعد کلی حقوقی می خوانیم که مادامی تصمیمی که در

اندیشه فرد شکل گرفته و آنرا بیان نکرده است در عالم حقوق اعتبار ندارد و آنچه که آن اندیشه را در عالم واقع واجد اثر می نماید اعالم آن و آگاه کردن طرف مقابل است. در قواعد عمومی قراردادها هر یک از طرفین اراده خود را بصورت صریح ابراز می کند که ساده ترین و در عین حال بهترین وسیله ابراز اراده الفاظ است. اما این اعالم اراده منحصر در الفاظ نیست چه اینکه ماده 192 قانون مدنی می گوید:»در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است«. در شرایط عمومی پیمان نیز وضع به همین صورت است. کارفرمایی که قصد فسخ معامله را دارد، باید اراده خود را اعالم کند. ولی اعالم این اراده به تنهایی کافی نیست، بلکه ضرورت دارد که اراده کارفرما به پیمانکار نیز ابالغ گردد تا وی از تصمیم کارفرما مطلع شده و خود را برای اقدامات بعدی آماده کند. قسمت اول بند الف(ماده 47 شرایط عمومی می گوید:»در صورتی که به علت بروز یک یا چند مورد از حالت های درج شده در ماده 46، کارفرما پیمان را مشمول فسخ تشخیص دهد، نظر خود را با ذکر مواردی که استناد آنها پیمانکار را مشمول فسخ می داند، به پیمانکار ابالغ می کند ....«. چنانکه مشاهده می شود اولین اقدام برای فسخ پیمان لزوم اعالم و ابالغ فسخ به پیمانکار می باشد. لذا اگر کارفرما به این تکلیف عمل ننماید، یعنی تصمیم خود را مبنی بر فسخ معامله به 1ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ایقاع)نظریه عمومی – ایقاع معین(، انتشارات میزان، تهران،1393،ص 43 88 .پیمانکار ابالغ نکند و حتی فسخ نیز انجام پذیرد، اثر چنین فسخی را باید باطل شمرد و باید گفت که اصالً فسخی واقع نگردیده است. لذا اولین قدم برای رعایت تشریفات فسخ پیمان ابالغ فسخ به پیمانکار است و در صورت عدم رعایت به این تکلیف اصالً فسخی واقع نمی گردد .ب (اقدامات پیمانکار در مقابل ابالغ فسخ همانطور که گفتیم در قراردادهای اداری بطور معمول موازنه مثبت در جهت یکسان بودن شرایط قرارداد وجود ندارد. لذا چنانچه کارفرما تصمیم به فسخ بگیرد، پیمانکار چاره ای جز متابعت از تصمیم گرفته شده ندارد. با این حال ممکن است پیمانکار توضیحات قانع کننده ای داشته باشد. در شق دوم بند الف (ماده 47 شرایط عمومی بیان شده است: »پیمانکار مکلف است که در مدت 10 روز از تاریخ ابالغ کارفرما، در صورتی که دالیلی حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعالم شده داشته باشد، مراتب را به اطالع کارفرما برساند. اگر ظرف

مهلت تعیین شده، پاسخی از سوی پیمانکار نرسید یا کارفرما دالیل اقامه شده را مردود بداند، کارفرما فسخ پیمان را به پیمانکار ابالغ می کند و بدون احتیاج به انجام تشریفات قضایی به ترتیب مفاد این ماده عمل می نماید.... «. مشاهده می شود که پیمانکار در وهله ی اول مکلف به پاسخگویی به کارفرما و ارائه دالیل خود می باشد. با این حال ممکن است کارفرما دالیل ادعایی پیمانکار را نپذیرد و آنرا رد نماید. لذا در این مرحله است که فسخ پیمان را به وی ابالغ می کند. بعبارت دیگر تفاوت این بند با بند قبلی در آن است که در بند نخست تصمیم به فسخ به پیمانکار ابالغ می گردد اما در این مرحله خود فسخ ابالغ می شود. نکته ای که در قسمت اخیر شق دوم بند الف (ماده 47 شرایط عمومی باید مورد توجه قرار گیرد، فسخ پیمان بدون رعایت تشریفات قضایی است. بعبارت دیگر طبق شرایط عمومی پیمان، کارفرما موظف به اثبات و اعالم فسخ قرارداد از سوی مراجع قضایی نیست و نیازی به حضور وی در دادگاه نمی باشد. در فرآیند فسخ در سایر قراردادها نیز مراجعه به دادگاه فقط برای احراز فسخ توسط دادگاه است نه تایید آن. چه اینکه اگر غیر از این می بود، می بایست تحقق اثر فسخ را از زمان اعالم فسخ توسط دادگاه دانست. حال آنکه نه فقط در پیمان بلکه در سایر قراردادها نیز اثر فسخ از زمان اعالم آن است .بعبارت دیگر حکم دادگاه در خصوص فسخ طریقت دارد نه موضوعیت. با این حال ممکن است سؤال گردد که چنانچه کارفرما برای فسخ به دادگاه مراجعه نمود و دادگاه نیز دعوای او را استماع کرد و حکم به فسخ پیمان داد باید گفت فسخ فاقد اثر است؟ بعبارت دیگر چون کارفرما یکی از تشریفات فسخ را رعایت نکرده است باید گفت که فسخ باطل و فاقد اثر حقوقی است ؟ نگارنده معتقد است که در این خصوص 89نمی توان حکم به بطالن فسخ داد. زیرا حکم دادگاه جنبه اعالمی داشته و چیزی از اعتبار فسخ در نظر طرفین نمی کاهد. اما قطعاً مرتکب تقصیر شده است. زیرا برای طرح هر دعوایی باید هزینه داد ولی برعهده کارفرما است. زیرا لزومی به مراجعه دادگاه جهت فسخ پیمان نبوده و منطقی نمی باشد که هزینه های طرح دعوا بر عهده پیمانکار قرار گیرد. علی ایحال رعایت مقررات این قسمت باید با دقت نظر بیشتری صورت پذیرد .ج(تایید فسخ پیمان در موارد خاص قسمت اخیر بند الف (ماده 47 موردی را پیش بینی می کند که بموجب آن تصمیم کارفرما برای فسخ پیمان باید به تأیید هیأتی 3 نفره برسد:»در صورتی

که تصمیم کارفرما برای فسخ پیمان به استناد موارد درج شده در بند الف ماده 46 باشد، موضوع فسخ پیمان باید بدواً در هیأتی متشکل از 3 نفر به انتخاب وزیر یا باالترین مقام سازمان کارفرما)در مورد سازمان هایی که تابع هیچ یک از وزارت خانه ها نیستند(بررسی و تأیید شود و مورد موافقت وزیر یا باالترین مقام سازمان کارفرما قرار گیرد و سپس به پیمانکار ابالغ گردد .شاید در بادی امر بنظر برسد مقرره فوق تا حدی از میزان اختیارات کارفرما در خصوص فسخ پیمان کاسته است. اما با دقت در آن در می یابیم که این مقرره در واقع فقط فرایند فسخ را با کندی مواجه می کند. در هر حال، تمام موارد 12 گانه ای که در بحث موجبات فسخ کارفرما بیان شد،) بجز واگذاری پیمان به ثالث)باید برای تأیید نهایی به هیأت 3 نفره ارجاع شود. این هیأت در واقع هیچگونه نظارتی بر آن نبوده و صرفاً تصمیم گرفته شده در آن بر اساس مالحظات سازمان یا وزارتخانه می باشد. بدیهی است آنکه در این خصوص متضرر می گردد، پیمانکار است. لذا پیشنهاد می گردد ترکیب این هیأت 3 نفره بدین صورت اصالح گردد : »1- یک نماینده از سوی کارفرما با تأیید باالترین مقام اجرایی سازمان یا وزارتخانه 2- یک نماینده از سوی پیمانکار 3- یک نماینده بی طرف ترجیحاً از سوی قوه قضاییه«. متذکر می گردد صالحیت تصمیم گیری این هیأت فقط در خصوص فسخ پیمان می باشد نه برای حل اختالف موجود میان پیمانکار یا کارفرما. در هر صورت چنانچه هیأت 3 نفره مذکور در بند الف(ماده 47 تصمیم کارفرما را تأیید نمایند، وزیر یا باالترین مقام اجرایی سازمان، آن تصمیم را تنفیذ نموده و پس از آن به پیمانکار اعالم و ابالغ می گردد. چنانچه ترتیبات فوق در خصوص فسخ رعایت نشود بنظر می رسد پیمانکار می تواند بی اعتباری تصمیم کارفرما در خصوص فسخ را از مراجع قضایی درخواست نماید که در اینصورت می توان گفت ضمانت اجرای عدم رعایت چنین تشریفاتی بی اثر بودن عملیات فسخ می باشد.نکته ای که باید در اینجا 90 بدان پرداخته شود تبصره بند الف(این ماده است. این تبصره بیان می دارد: »در مورد طرح های تملک دارایی سرمایه ای استانی که بخشی یا تمام اعتبار آن از محل اعتبارات بودجه عمومی استانی تأمین اعتبار و توسط دستگا های اجرایی استانی اجرا می شوند، هیأت موضوع این بند)فسخ پیمان(متشکل از 4 نفر شامل رئیس دستگاه اجرایی استانی، مسئول ذیربط یا کارشناس صاحب نظر دستگاه اجرایی در رشته فنی موضوع پیمان

با بیش از 15 سال سابقه کار مرتبط، مسئول ذیربط یا کارشناس صاحب نظر دستگاه اجرایی در مورد حقوقی و قراردادها با بیش از ده سال سابقه کار مرتبط و ذیحساب دستگاه مربوطه خواهد بود. مصوبات هیأت با حداقل 3 رأی موافق اعضای فوق الذکر، پس از موافقت استاندار)و در صورت تفویض معاون 1هماهنگی امور عمرانی وی(نهایی شده و به پیمانکار ابالغ می شود . »....چنانکه مشاهده می شود، مقررات مربوط به این تبصره در مورد طرح های تملک دارایی سرمایه ای استانی است که باید تمام یا بخشی از آن از محل اعتبارات بودجه عمرانی تأمین اعتبار شده باشد. چنانچه در خصوص قراردادی که با این موضوع مرتبط است کارفرما اقدام به فسخ معامله کند، تایید فسخ مزبور باید بر اساس تشریفات این تبصره مورد بررسی و تأیید قرار گیرد. در غیر اینصورت فاقد اثر حقوقی خواهد بود

2-2-1-4-2 .تشریفات مادی در فسخ پیمان

منظور از تشریفات مادی پیمان یعنی مجموعه اقداماتی که بر اساس آن از تاریخ ابالغ فسخ باید در خصوص مواردی نظیر تضمین انجام تعهد و مصالح و تجهیزات تعیین تکلیف صورت گیرد. در ادامه به بررسی این موارد پرداخته می گردد:

الف (ضبط تضمینات و در اختیار گرفتن کارگاه در بند ب(ماده 47 اشاره شده است که کارفرما مکلف است تضمین انجام تعهدات و تضمین حسن انجام کار کسر شده را ضبط نموده و به یه حساب خزانه واریز نماید. همچنین وی مکلف است پس از فسخ پیمان کلیه تأسسات ساختمان ها، کارگاه ها و ابزارها و.... را در تصرف خود قرار دهد و از پیمانکار دعوت نماید ظرف مدت یک هفته نماینده ای جهت صورت برداری و تهیه صورت مجلس از مجموعه کارهای انجام شده و مصالح، تجهیزات ، ابزارآالت و .... معرفی نماید. اما اگر پیمانکار حاضر به معرفی نماینده نشد، کارفرما موظف است در مقابل نماینده دادگاه محل اقدام به صورت برداری نماید و چنانکه در این بند اشاره 1تبصره بند الف (ماده 49 بموجب بخشنامه 7016/100 مورخ 31/01/88 معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری اضافه شد 91 . شده است، هیچ گونه اعتراضی از سوی

پیمانکار بعد از صورت برداری پذیرفته نخواهد بود. پیمانکار نیز موظف است بر اساس ماده 40 که در رابطه با تعیین صورت وضعیت قطعی کارهای انجام شده است، اقدام به تهیه صورت وضعیت جهت وصول مطالبات خود نماید. نکته ای که در این خصوص باید بیان گردد، هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت از کارگاه و تجهیزات و ... می باشد طبق بند ط(ماده 47 از زمان ابالغ فسخ پیمان تا تاریخ دقیق صورت برداری و ارزیابی ها کلیه هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت کارگاه بصورت مساوی بین کارفرما و پیمانکار تقسیم می گردد و چنانچه مدت صورت برداری ها و ارزیابی ها به هر دلیلی بیشتر از 3 ماه گردد، کلیه هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت کارگاه به عهده کارفرما خواهد بود

.ب(تصرف تأسیسات و ساختمان های موقت

وفق بند ج ماده 47 در بند ج ماده 47 شرایط عمومی یکی دیگر از مجموعه اقدامات و تشریفات مادی فسخ پیمان بیان شده است . در این بند اشاره شده است که بعد از فسخ پیمان، کارفرما کلیه تأسیسات و ساختمان های موقت را که برای انجام موضوع پیمان احداث شده و مورد نیاز نیز می باشد به تصرف خود درآورده و بهای آنها را برابر ارزش مصالح و تجهیزات بازیافتی که توسط دو طرف تعیین می شود به حساب پیمانکار منظور می نماید. نکته ی قابل توجه در این بند این است که چنانچه محل های گفته شده در غیر از محل های تحویلی کارفرما باشد پیمانکار موظف به انعقاد قرارداد اجاره با کارفرما برای در اختیار قرار دادن اینگونه محل ها برای ادامه کار موضوع پیمان است. چنانکه مشاهده می شود این فرض نیز یکی دیگر از مواردی است که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را تحت الشعاع قرار می دهد .

ج(تعیین تکلیف در خصوص مصالح و تجهیزات

برای بررسی این فرض باید بند د(، ه(و ج(را بطور توأمان مورد ارزیابی قرار داد. در بند د(که در رابطه با تعیین تکلیف در خصوص تجهیزات و وسایل متعلق به پیمانکار برای ادامه کار است، کارفرما این حق را دارد که هر کدام از تجهیزات الزم را به تشخیص خود تصرف کند و هزینه اجاره آنها را که با توافق طرفین معین می گردد، به وی پرداخت نماید. البته باید متذکر شد که در اجاره بودن تجهیزات پیمانکار بیش از مواعد

تعیین شده در قسمت های 1و2 این بند نمی باشد. چه اینکه در قسمت اول، در خصوص ماشین آالت ثابت مانند دستگاه مرکزی بتن، کارخانجات آسفالت و ماشین آالت خاص فرمولی ارائه شده که با احتساب آن، مدت اجاره اینگونه دستگاه ها مشخص می گردد و در خصوص سایر ماشین آالت کارفرما 92حق ندارد بیشتر از ده ماه آنها را در اجاره خود داشته باشد. البته طرفین می توانند توافق کنند که پس از سپری شدن این مدت، باز هم قرارداد اجاره ای بین آنها در این خصوص منعقد نمایند. در قسمت آخر بند د(فرضی بیان گشته است که نیازمند بررسی است. این قسمت اشعار میدارد: »اگر پیمانکار به کارفرما بدهکار باشد، کارفرما به میزان طلب خود، اقالمی از ماشین آالت و ابزار و وسایل پیمانکار را که توسط کارشناس یا کارشناسان منتخب طرفین ارزیابی می شود در اختیار می گیرد و با رعایت قوانین جاری کشور، به تملک خود در می آورد«. ظاهراً آنچه از این بند بر می آید، این است که اگر پیمانکار به کارفرما بدهکار بود، برای وصول این بدهی کارفرما باید آنها را تملک نماید. اما سؤالی که مطرح میگردد این است که چنانچه پیمانکار تضمینات کافی برای وصول کافی بدهی های خود داشته باشد آیا ضرورتی دارد که این اموال پیمانکار به تصرف قطعی کارفرما در آید؟ به نظر می رسد آنچه که مقصود نظر این بند است، این است که اگر تضمینات برای وصول بدهی پیمانکار کفایت نکرد کارفرما می تواند این اموال را تملک کند و اال چنانچه تضمین های پیمانکار برای وصول طلب کارفرما باشد، وجهی ندارد اموالی که وسیله و ابزار فعالیت های پیمانکار و منبع اعاشه درآمد اوست، مورد ضبط قرار گیرد. علی ایحال این اقدام نیز از جمله تشریفات مادی فسخ پیمان می باشد. در خصوص مصالح و تجهیزات مورد نیاز برای انجام قرارداد پیمان در بند ه(و و(دو فرض مطرح گردیده است:1- مصالح و تجهیزات پای کار. 2- مصالح و تجهیزات سفارش داده شده. در خصوص مصالح و تجهیزات پای کار وضعیت روشن است. زیرا آنچه که موجود است، طبق مشخصاتی است که مورد قبول طرفین قرار گرفته است و چنانچه فسخ قرارداد واقع شود کارفرما موظف است بهای مصالح و تجهیزات خریداری شده را برابر بند ه(ماده 47 طبق نرخ متعارف روز در تاریخ خرید مورد توافق طرفین را به حساب پیمانکار منظور دارد. اما چنانچه برخی از این مصالح و تجهیزات مازاد بوده و مورد نیاز کارفرما نباشد، پیمانکار موظف است طبق بند ح(ماده 47 عمل نماید. یعنی

حداکثر ظرف 3 ماه از تاریخ ابالغ کارفرما، آن مصالح و تجهیزات را خارج نماید. در غیر اینصورت کارفرما به هر نحو مقتضی اسباب خارج کردن آنها را فراهم می نمایند و چنانچه از رهگذر آن خساراتی به پیمانکار وارد آید، وی نمی تواند دعوای مطالبه خسارت مطرح نماید. این امر منطقی است، زیرا بر اساس قاعده اقدام هر کسی مسئول اعمال و رفتار خویش بوده و پیمانکار با عنایت به مهلت 3 ماهه ای که کارفرما برای او در نظر گرفته، اقدام مناسب را انجام نداده است. اما در خصوص مصالح سفارش شده توسط پیمانکار باید گفت که برابر بند و)چنانچه در فاصله بین اجرا پیمان تا فسخ آن، پیمانکار مصالحی را جهت انجام قرارداد خویش سفارش داده 93باشد و هنوز موعد تحویل آن نرسیده باشد و پیمان فسخ گردد، وی مکلف است بدون تعلل مصالح و تجهیزات سفارش شده را همراه با شرایط خرید آنها به کارفرما ارسال نماید. بعد از ارسال این سفارشات کارفرما باید ظرف 10 روز از تاریخ دریافت مصالح و تجهیزات مورد نیاز را به تشخیص خود به پیمانکار اعالم کند تا پیمانکار قرارداد خرید آنها را به کارفرما منتقل نماید. تمامی مبالغی که بابت خرید این مصالح و تجهیزات از سوی پیمانکار پرداخته شده، به حساب طلب پیمانکار منظور می گردد، ولی این امر منوط به تسلیم اسناد و مدارک خرید آن است

.د(حل اختالف در صورت عدم توافق

در بدهی های ج(، د(و ه)برابر بند ز(ماده 47 شرایط عمومی، پیمانکار مکلف است ظرف مدت 2 هفته از تاریخ ابالغ کارفرما، برای توافق درخصوص بندهای ج(، د(و ه(ماده 47 حاضر شود. اما چنانچه وی در این مدت حاضر نشود یا طرفین بر آن موارد توافق نکنند، کارفرما با نظر خود یک یا چند کارشناس را برای تعیین 1تکلیف در خصوص موارد بیان شده تعیین کرده و نظر کارشناسان برای طرفین الزم االتباع و قطعی است . البته حق الزحمه آنها را کارفرما پرداخت می کند ولی به حساب بدهی پیمانکار منظور می دارد .همانگونه که گذشت موارد فوق تشریفات فسخ قرارداد پیمان می باشند. برخی از آن ها در دل خود دارای ضمانت اجراهایی بودند. برای مثال در بند ح(ماده 47، چنانچه پیمانکار برای حفظ اموال خود در طول مدت 3 ماه، اقدامات مقتضی بعمل نیاورد، هیچ گونه حقی برای طرح دعوا ندارد. اما برخی از آن موارد ضمانت اجرای خاصی

نداشتند. با این حال، با استنباط از روح حاکم بر ماده 47 چنانچه تشریفات بیان شده برای تحقق فسخ، رعایت نگردد، می توان گفت که فسخ دارای اثر ماهوی نمی باشد. چه اینکه اگر فسخ بدون رعایت این تشریفات دارای اثر می بود، دیگر لزومی به داشتن این ماده و الزام به رعایت آن احساس نمی گردد

.پیمان فسخ آثار5-1-2-2

هر عمل حقوقی وقتی که موضوع آن عمل به علتی از علل منحل گردد، انحالل آن آثاری را به دنبال خواهد داشت. فسخ قرارداد پیمان نیز از این قاعده مستثنی نمی باشد. لذا زمانی که پیمان فسخ گردید، آثار خاصی را به دنبال دارد که در این قسمت بدان می پردازیم. مهمترین اثر فسخ قرارداد پیمان انحالل عقد فی 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، حقوق مهندسی تکمله پیمان، انتشارات نشر دادگستر ، تهران، 1390، ص 95 94 .ما بین کارفرما و پیمانکار است .بعبارت دیگر چون قرارداد پیمان از جمله عقود عهدی است، وقتی فسخ می گردد، هیچ کدام از طرفین تعهدی نسبت به یکدیگر در خصوص ادامه یا اجرای آن قرارداد ندارند. نکته ای که باید ملحوظ نظر قرار داد، این است که اثر فسخ ناظر به آینده است و در گذشته اثری ندارد. چه اینکه وقتی عقودی بصورت صحیح منعقد می گردد و بخشی از تعهدات نیز انجام می شود، لزومی ندارد که پس از فسخ آن، کلیه اعمال گذشته از جنبه اعتبار داشتن زیر سؤال رود. بعبارت دیگر فسخ قرارداد پیمان، عقد از آغاز حذف نمی کند. البته به نظر می رسد که اثر فسخ هرچند ناظر به آینده است، اما منوط به رعایت تشریفاتی است که در ماده 47 رعایت آنها الزامی شمرده شده است. اثر دومی که از فسخ قرارداد پیمان بر جای می ماند، خلع ید پیمانکار از انجام ادامه کار است. بعبارت دیگر پس از فسخ پیمان، پیمانکار هیچ گونه حقی مبنی بر ادامه اجرای کار نخواهد داشت. خلع ید اصطالحی است که عمدتاً در آیین دادرسی مدنی به کار رفته و به معنی مرتفع نمودن استیالء و تصرف یک متصرف به ناحق از مالی یا عملی است که تا آن 1لحظه تحت تصرف او بوده است .اما خلع ید منوط به شرایطی است که در ماده 47 شرایط عمومی بدان اشاره شده است و تفصیل آن نیز گذشت و به جهت اطاله کالم از بیان و تکرار موارد گفته شده خود داری می نماییم . در مقام جمع بندی از مطالب گفته شده، باید گفت که فسخ پیمان از جمله ایقاعات تشریفاتی است و تحقق آثار آن از زمان

انجام تشریفات مندرج در ماده 47 شرایط عمومی است. لذا چنانچه تشریفات بیان شده رعایت نگردد، فسخ واجد اثر نبوده و در ادامه عقد، مانعی ایجاد نمی کند. با این حال چنانچه این تشریفات رعایت گردد پیمان فیمابین طرفین بوسیله فسخ انحالل پیدا کرده و از زمان تحقق فسخ، هیچ یک از طرفین تعهدی در مقابل یکدیگر نخواهند داشت. فلذا پیمانکار از انجام ادامه کارهای موضوع پیمان خلع ید شده و کارفرما نیز موظف است کلیه حقوق و تکالیفی را که در مقابل پیمانکار دارد، با رعایت تشریفات، تا زمان تحقق فسخ به وی بپردازد .

پیمان انفساخ2-2-2

همانطور که سابقاً بیان شد، انفساخ قرارداد در زمره موجبات قهری اختتام قراردادها می باشد. در تقسیم بندی ارائه شده در این خصوص 3 نوع انفساخ پیش بینی گردیده که به موجب میزان اراده افراد در 1محمد رضا ادیبی، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1394، ص 145 95 .انحالل قرارداد بود. الف(انفساخ ناشی از تراضی. ب(انفساخ ناشی از حکم قانون. ج(انفساخ در نتیجه حکم قانونگذار. هریک از موارد بیان شده نیز دارای ترتیبات و آثاری بودند که بیان شدند. درخصوص پیمان مواردی وجود دارد که بیانگر اراده نویسندگان شرایط عمومی پیمان در خصوص وجود این نوع انحالل، در قرارداد پیمان است. در این قسمت نیز به بیان موجبات انفساخ پیمان و مواردی که در حکم انفساخ قرار دارند می پردازیم. همچنین در ادامه تشریفات انفساخ پیمان وضمانت اجرای عدم رعایت آنها را مورد بررسی قرار میدهیم و در آخر نیز آثار انفساخ قرارداد پیمان را مورد مداقه قرار خواهیم داد .

پیمان انفساخ موجبات1-2-2-2

منظور از موجبات انفساخ پیمان یعنی مواردی که به موجب تحقق آنها قرارداد پیمان بدون تحقق اراده هر یک از طرفین یا هر دو، خود بخود منحل می گردد. در تقسیم بندی های معمول در خصوص موجبات انفساخ پیمان، در حال حاضر کامل ترین تقسیم بندی، تقسیم بندی انفساخ بر مبنای تحقق اراده طرفین در انفساخ است که به موجب آن، موجبات پیمان را می توان به دو دسته تقسیم نمود: 1- انفساخ پیمان بصورت قهری

که نوعی انفساخ قانونی به حساب می آید. 2- موارد در حکم انفساخ که نوعی انفساخ قراردادی یا شرط فاسخ به حساب می آید. با این تفاوت که در شرط فاسخ انحلال عقد با وجود تحقق امری یا حادثه ای محقق می گردد. ولی در خصوص انفساخ پیمان چنانچه عملی برای رفع آن امر یا حادثه صورت نگیرد، طرفین بر انفساخ مسلط می شوند. بعبارت دیگر انحلال در فرض اخیر زمانی صورت می پذیرد که طرفین از مفاد قرارداد تخطی نمایند و این تخلف نیز ادامه دار بوده و راهکاری برای رفع آن اندیشیده نشده باشد که در اینصورت عقد منفسخ می گردد. بنابر اظهارات فوق مطالب این گفتار در دو بند مورد بررسی قرار می گیرد که در بند نخست انفساخ بدون اعمال اراده طرفین مورد مداقه قرار می گیرد و در بند دوم مواردی که در حکم انفساخ می باشد مطالعه می گردد

1-1-2-2-2 .انفساخ قهری بدون اراده طرفین

همانطور که در بحث موارد فسخ پیمان بیان گردید، برخی موارد ماده 46 در زمره فسخ قرارداد پیمان، قرار نمی گرفتند. بعبارت دیگر هرچند که در زیر مجموعه موارد فسخ پیمان آمده بودند، اما با اندکی تأمل می توان دریافت مواردی که بیان می شوند، از موجبات قهری انحلال قرارداد پیمان یا همان انفساخ پیمان می باشند 96 .

الف(انحلال شرکت پیمانکار پیمانکار

بنا به صراحت ماده 7 شرایط عمومی، هم می تواند حقیقی باشد هم حقوقی. در بند ه)قسمت الف(ماده 46 شرایط پیمان یکی از موارد انفساخ پیمان، انحلال شرکت پیمانکار است. لذا این بند صرفاً مختص به اشخاص حقوقی بوده و اشخاص حقیقی مشمول این بند نمی گردند. با وقوع انحلال، شرکت موجودیت اعتباری خود را از دست داده و شخصیت حقوقی او پایان می پذیرد. برای انحلال شرکت هایی که بر طبق قانون تجارت تشکیل می شود، موارد متعددی بیان شده است. برای مثال در ماده 114 قانون تجارت طرق انحلال شرکت با مسئولیت محدود به ترتیب ذیل بیان شده است: »شرکت با مسئولیت محدود 1در موارد ذیل منحل می گردد: در مورد فقرات)1(و)2(و)3(ماده 93 .ب(در صورت تصمیم عده ای از شرکا که سهم الشرکه ی آنها بیش از نصف

سرمایه باشد. ج(در صورتی که بواسطه ی ضررهای وارده نصف سرمایه ی شرکت از بین رفته و یکی از شرکاء تقاضای انحلال کرده و محکمه دالئل او را موجه دیده و سایر شرکا حاضر نباشند سهمی را که در صورت انحالل به او تعلق می گیرد، پرداخته و او را از شرکت خارج کنند. ر(در مورد فوت یکی از شرکا اگر به موجب اساسنامه پیش بینی شده باشد. بنابراین چنانچه شرکتی پیمانکار باشد و آن شرکت منحل گردد دیگر توان ادامه کار را نخواهد داشت. نتیجتاً اینکه انجام قرارداد پیمان متوقف می گردد. به عبارت دیگر طرفین قرارداد پیمان در زمان انعقاد پیمان بطور ضمنی بر این امر توافق کرده اند که بقای شرکت پیمانکار شرط لزوم ادامه قرارداده پیمان است و چنانچه این شرکت به هر علتی انحالل یابد، قرارداد خود بخود و بدون اراده هیچ یک از طرفین منحل می گردد. به عبارت دیگر وقتی شرکتی منحل گردد و شخصیت اعتبارش از بین می رود، دیگر موجبی برای فسخ قرارداد وجود ندارد تا امکان فسخ آن برای پیمانکار تحقق یابد. در نتیجه باید گفت که اساساً در چنین شرایطی مفاد بند10 قسمت الف(ماده 46 شرایط عمومی پیمان ظهور در انفساخ قرارداد دارد، نه فسخ. نکته ای که برخی از نویسندگان نیز به آن اشاره کرده اند، این است که اگر پیمانکار شخص حقیقی بوده و به هر علتی فوت نماید، آیا در چنین حالتی می توان قائل به انفساخ قرارداد پیمان بود؟ در پاسخ می گوییم از مجموعه مفاد 1منظور از ماده 93 همان ماده 199 الیحه اصالح قسمتی از قانون تجارت است که بخشی از موارد انحالل را در شرکت های سهامی بر می شمارد . این موارد عبارتند از : 1- وقتی که شرکت موضوعی را که برای آن تشکیل شده است انجام داده یا انجام آن غیر ممکن باشد . 2- در صورتی که شرکت برای مدت معینی تشکیل گردیده و آن مدت منقضی شده باشد مگر اینکه مدت قبل از انقضاء تمدید شده باشد. 3- در صورت ورشکستگی و 97 . ...شرایط عمومی پیمان خصوصاً بند الف(ماده 24 که درخصوص عدم ممنوعیت واگذاری پیمان به دیگری است، به روشنی می توان دریافت که شخصیت پیمانکار علت عمده عقد است و چنانچه فوت نماید باید گفت که پیمان نیز منفسخ می گردد. از سوی دیگر چنانچه در شرایط عمومی پیمان قید مباشرت پیمانکار آمده باشد و وی فوت نماید چاره ای جز انفساخ عقد باقی نمی ماند.

نتیجه آنکه بند 10 قسمت الف (ماده 46شرایط عمومی جزء انفساخ قهری پیمان می باشد نه موجبی برای فسخ آن .

ب(ورشکستگی پیمانکار یا توقیف ماشین آالت یا اموال او

بند11 قسمت الف (ماده 46 شرایط عمومی پیمان می گوید: »ورشکستگی پیمانکار یا توقیف ماشین آالت و اموال پیمانکار از روی محاکم قضایی، به گونه ای که موجب توقف یا کندی پیشرفت کار شود«. این بند نیز یکی دیگر از موجبات انفساخ پیمان را بیان می کند. برابر این بند یکی دیگر از موارد انفساخ پیمان، ورشکستگی پیمانکار یا توقیف اموال یا ماشین آالت او توسط محاکم قضایی می باشد. در خصوص ورشکستگی پیمانکار در این بند باید گفت، بنظر می رسد ورشکستگی ناشی از این بند مختص به شخص حقیقی باشد. زیرا در بند ده که انحالل پیمان را بیان کرده بود، یکی از موارد انحالل شرکت ورشکستگی می باشد. لذا نظر نویسندگان شرایط عمومی در این بند به سمت اشخاص حقیقی و ورشکستگی آنها معطوف بوده است. مفهوم ورشکستگی در ماده 412 قانون تجارت آمده و نیازی به توضیح ندارد. با این حال صرف اعالم توقف از سوی تاجر، دلیل بر ورشکستگی وی نبوده و محتاج حکم دادگاه می باشد. با توجه به توضیحات داده شده، چنانچه پیمانکار تاجر بوده و در اثر توقف ناشی از پرداخت دیون خود ورشکست شده باشد قرارداد پیمان نیز منفسخ می گردد. زیرا در اثر ورشکستگی، وضعیت دشواری برای اجرای تعهدات پیمانکار به وجود می آید که خواه ناخواه قرارداد پیمان را نیز تحت الشعاع قرار می دهد. از این روی وقتی پیمانکار ورشکست می شود و از اجرای موضوع پیمان باز می ماند، مسلماً عدم 1اجرای طرح عمرانی وضعیت کارفرما را نیز تحت الشعاع قرار میدهد .نکته ای که تا بحال بدان اشاره نشده است وضعیت قرارداد در فاصله بین توقف تا صدور حکم ورشکستگی است. اگر چنانچه از مدت توقف تا صدور حکم ورشکستگی حد فاصل زمانی زیادی وجود داشته باشد، وضعیت قرارداد به صورت مبهم باقی می ماند. لذا چنانچه در فاصله بین توقف تا صدور حکم یکی از موارد فسخ پیمان)موضوع ماده 146)ابراهیم اسماعیل هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1392، ص 359 98 .تحقق پذیرفت کارفرما می باید تا قبل از صدور حکم ورشکستگی قرارداد منعقده را فسخ نماید.

برای مثال چنانچه در اثر توقف و تا قبل از صدور حکم قطعی، پیمانکار از تعهدات خود وفق ماده 17 شرایط عمومی و خصوصاً بند و(آن بر نیاید، در این حالت کارفرما حق فسخ خود را اعمال می نماید. البته باید توجه داشت که در صورت تحقق این فرض، تمام اخطاریه ها و ابالغیه ها باید حسب مورد به مدیر تصفیه یا اداره تصفیه امور ورشکستگی ابالغ گردد. مورد دیگری که در خصوص این بند از اسباب انفساخ به شمار می آید »توقیف ماشین آالت و اموال« پیمانکار است. دلیل اینکه نگارنده معتقد است این مورد از جمله موارد انفساخ است بدین علت است که توقیف اموال و حتی ورشکستگی از جمله مواردی است که قابل انتساب به فعل پیمانکار نیست. حال آنکه دیدیم برای تحقق موارد فسخ باید رابطه سببیت بین فعل پیمانکار و عمل انجام شده وی محرز باشد. برای اینکه توقیف ماشین آالت یا اموال پیمانکار سبب انفساخ قرارداد گردد، باید این توقیف موجب کندی پیشرفت کار یا توقیف آن باشد. لذا چنانچه پیمانکار زمینی داشته و آن زمین توقیف شده است انفساخی پیش نمی آید، زیرا توقیف زمین علت کندی یا توقیف کار به حساب نمی آید. معهذا چنانچه توقیفی صورت گیرد، باید به این نکته توجه نمود که مدت توقیف چه میزان بوده و با 1توجه به دارایی پیمانکار، آیا امکان رفع توقیف در آینده نزدیک وجود دارد یا خیر ؟ پیشنهاد می گردد زمانی که این موضوع بوجود می آید، برای انفساخ قرارداد مهلت یک هفته ای در نظر گرفته شود که در طول این مدت ممکن است پیمانکار بتواند موجب انفساخ عقد را به استناد این فرض مرتفع نماید. علی ایحال استمرار خدمات عمومی و لزوم تسریع در ارائه آن، لزوم هماهنگی خدمات و نیازها و رفع آن ها در حداقل زمان، انفساخ قرارداد پیمان را اقتضا می نماید

.انفساخ حکم در موارد2-1-2-2-2

گاهی اوقات مواردی سبب می گردد که قرارداد موجود باید خاتمه یابد. این اسباب عمدتاً از سوی کارفرما بوده ولی چون پیمانکار حق فسخ در شرایط عمومی پیمان را ندارد و از سوی دیگر در شرایط عمومی پیمان، انحالل و خاتمه پیمان منحصراً در اختیار کارفرمای دولتی قرار گرفته، پیمانکار نمی تواند مستقیماً حقی بر خاتمه قرارداد پیمان داشته باشد. به عبارت دیگر در مواردی پیمانکار به ظاهر حق انحالل پیمان را 1محمد رضا ویژه

و محمد قاسم تنگستانی، حق فسخ و انفساخ در قراردادهای پیمانکاری دولتی)تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه عالمه، دوره 64 ، شماره1393 ،1، ص 119 99 .دارد ولی چون این حق به او در اسناد پیمان داده نشده است، در صورت تحقق آن حق باید گفت که قرارداد موجود منفسخ می گردد. چون پیمانکار اراده ای در اعمال حق خود ندارد و کارفرما نیز به تعهدات خود عمل نمی کند. چه اینکه طرفین بطور ضمنی بر این موضوع که کارفرما باید به تعهدات خود عمل کند، توافق کرده اند. اما کارفرما به هر دلیلی نمی تواند تعهدات خود را بجا بیاورد. اینجا نوعی شرط فاسخ وجود دارد که طرفین بصورت ضمنی بر آن توافق کرده اند که در صورت عدم تحقق منظور طرفین، قرارداد پیمان منفسخ می گردد. به عبارتی برخی از موارد خاتمه دادن به پیمان، چیزی جزء شرط فاسخی که طرفین بطور ضمنی بر آن توافق کرده اند نمی باشد. در ذیل به این موضوع پرداخته می شود

.الف (ممانعت از ادامه تعلیق

برابر ماده 49 شرایط عمومی پیمان و بند الف(این ماده، کارفرما می تواند قرارداد پیمان را یک مرتبه و آن هم حداکثر به مدت 3 ماه تعلیق نماید که در اینصورت باید مراتب را با تاریخ تعیین شروع تعلیق به پیمانکار اطالع دهد. برابر بند د(این ماده، این مهلت با موافقت پیمانکار قابل تمدید به میزان حداکثر شش ماه خواهد بود. اما چنانچه کارفرما قصد تعلیق بیشتر داشته باشد ولی پیمانکار موافقت نکند، پیمان منفسخ می گردد. بعبارت دیگر هرچند در بند د(این ماده از واژه خاتمه پیمان استفاده شده است، اما با دقت در سیاق عبارات این بند می توان دریافت که منظور از خاتمه در اینجا انفساخ پیمان است. این موضوع نوعی شرط فاسخ بطور ضمنی می باشد. به عبارت دیگر کارفرما و پیمانکار با یکدیگر در خصوص مدت تعلیق بیش از شش ماه به توافق نرسیده اند و ضمانت اجرای آن را بطور ضمنی در قراردادشان انفساخ پیمان (خاتمه(دانسته اند. چه اینکه در چنین حالتی اعتبار و موجودیت پیمان در دستان پیمانکار قرار دارد اما چون حق فسخ ندارد و از سوی دیگر کارفرما حق خاتمه پیمان را دارد، به نظر می رسد توافق ضمنی دو طرف بر این است که پیمان

موجود منفسخ گردد. این انفساخ نیز نوعی شرط فاسخ است. چه اینکه مخالفت پیمانکار به عنوان معلق علیه در شرط فاسخ کارگر افتاده و پیمان موجود را منفسخ می نماید .

ب (تأخیر کارفرما در تحویل کارگاه

یکی از مهمترین تعهدات کارفرما در قبال پیمانکار تحویل کارگاه بدون معارض برابر بند الف(ماده 28شرایط عمومی پیمان می باشد. البته نوع این تحویل می تواند بصورت دفعتاً واحده باشد یا بصورت تدریجی. چنانچه کارفرما نتواند بصورت یکجا کارگاه را تحویل پیمانکار نماید، باید ترتیبی را برای تحویل در نظر بگیرد که پیمانکار موضوع عملیات پیمان را طبق برنامه تفصیلی خود اجرا کند. اما اگر کارفرما در 100تحویل تدریجی کارگاه دچار تأخیر شده و مدت تأخیر نیز بیش از یک ماه شود، وی موظف به پرداخت 1خسارت ایجاد شده و هزینه های اضافی طبق فرمول مندرج در بند ج(ماده 28 خواهد بود .اما اگر مدت تأخیر تحویل تدریجی بیشتر از 30 درصد مدت پیمان یا شش ماه، هر کدام که کمتر است، باشد پیمانکار می تواند با اطالع قبلی 15 روزه آن قسمت از کارهای پیش بینی شده در محل تحویل را چنانچه تا 25 درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، از تعهدات خود حذف کند. اما اگر بیش از 25 درصد مبلغ اولیه باشد قرارداد فی مابین منفسخ)خاتمه(می شود. اما فرض دیگر این است که اگر کارفرما قصد تحویل یکجای کارگاه را داشته اما نتواند آن را تحویل دهد، برابر تبصره بند ج(ماده 28 عمل می گردد:» اگر کارفرما نتواند هیچ قسمت از کارگاه را به پیمانکار تحویل دهد، برای تأخیر بیش از یک ماه تا 30 درصد مدت پیمان یا شش ماه، هرکدام که کمتر است، نسبت به تاریخ مبادله پیمان، ماهانه مبلغ 5/2 درصد متوسط کارگر فرضی ماهانه را به پیمانکار پرداخت می کند. اگر پیمانکار از انقضای 30 درصد مدت پیمان یا شش ماه هرکدام که کمتر است، مایل به ادامه یا اجرای کار نباشد، با اعالم او، قرارداد طبق ماده 48 خاتمه می یابد و پیمانکار هیچ گونه دعاوی دیگر نمی تواند مطرح نماید«. در هر دو فرض فوق طرفین بطور ضمنی شرط نموده اند که اگر مدت تحویل تمام یا قسمتی از کارگاه بیش از مدت های تعیین شده باشد و پیمانکار نیز موافقت نکند، قرارداد فیمابین منفسخ می گردد. به عبارتی گرچه در پیمان عدم تحویل کارگاه از سوی کارفرما موجب انحالل می گردد و از سویی چنین امری صراحتاً در پیمان

بیان نشده، ولی عملکرد و طریقه انحالل پیمان همان افاده انفساخ می کند. زیرا چنانچه موارد مندرج شده در ماده 28 درخصوص تأخیر در تحویل کارگاه توسط کارفرما مورد موافقت پیمانکار قرار نگیرد، پیمان به صورت قهری، خاتمه یافته تلقی می گردد. و این همان انفساخ قراردادی یا شرط فاسخ می باشد

.ج(تغییر مبلغ اولیه پیمان به میزان بیش از 25 درصد

برابر بند الف(ماده 29 شرایط عمومی پیمان، پیمانکار موظف است چنانچه در طول اجرای کار مقادیر درج شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان، تغییر کند و این تغییر کمتر از 25 درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، عملیات را ادامه دهد. اما چنانچه مقادیر درج شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان بیش از 25 درصد مبلغ پیمان باشد و پیمانکار با این موضوع موافقت نکند، طبق ماده 48 شرایط عمومی قرارداد 1رضا پاکدامن، مقررات و قراردادهای همسان ابالغی پیمان ها، انتشارات خرسند ، تهران، 1393، ص 45 101 . منفسخ)خاتمه(می شود. اینکه نگارنده معتقد است این فرض در حکم انفساخ قرارداد است، بدین جهت است که فرض فوق نه در زمره شرط خیار برای کارفرما است و نه اختیار فسخی برای پیمانکار. به عبارتی شرط یاد شده از شروط فاسخ است و توافق ضمنی طرفین در قرارداد بر این است که اگر مبلغ افزایش مقادیر و فهرست بها منضم به پیمان بیش از 25 درصد مبلغ اولیه شود و پیمانکار موافق به ادامه کار نباشد قرارداد خود بخود منفسخ گردد. زیرا از یک سو کارفرما در فرض فوق چاره ای جز انحالل قرارداد ندارد و از سوی دیگر پیمانکار قدرتی برای فسخ ندارد. لکن شرط فوق از جمله شروط فاسخ بوده و قهراً موجب انفساخ قرارداد می شود. هر چند که سبب آن ارادی باشد. نکته ی آخر اینکه اگر جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن ها از 25 درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود و کارهای اجرا شده قابل بهره برداری نباشد و پیمانکار نیز برای ادامه کار موافقت نکند، قرارداد منفسخ می گردد. زیرا طبق بند الف(ماده 29 شرایط عمومی، اگر جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن ها از 25درصد بیشتر باشد، یعنی عملیات موضوع پیمان 125درصد مبلغ پیمان انجام شود، ولی کارهای اجرای شده قابل بهره برداری نباشد و 1پیمانکار برای ادامه کار موافقت نکند، پیمان منفسخ می گردد

.انفساخ تشریفات2-2-2-2

هرچند که انفساخ قرارداد موجب اختتام قهری معامله می گردد، اما باید توجه داشت که مجموعه شرایط عمومی پیمان از جمله قراردادهای تشریفاتی است و حتی انحالل آن نیز با رعایت تشریفات ویژه ای صورت می گیرد. نکته ای که در اینجا مورد توجه قرار می گیرد، این است که در فرض انفساخ پیمان قرارداد خود بخود منحل می گردد و منظور ما از تشریفات انفساخ ناظر به رعایت مواردی است که برای بعد از انحالل قهری باید مورد عنایت قرار گیرد. به عبارتی چون انفساخ قرارداد بدون نیاز به هر علتی خود بخود قرارداد را منحل می کند، باید این تشریفات پس از انفساخ قرارداد، رعایت گردد. مطالب این قسمت در ذیل دو بند تقسیم شده که ابتدا به بیان تشریفات انفساخ قهری بدون اراده طرفین می پردازیم و در ادامه به بیان تشریفات پس از انفساخ قرارداد در فرض مواردی که در حکم انفساخ است اشاره خواهیم نمود1 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوقی پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1392، ص 367 102 .

قهری انفساخ تشریفات رعایت1-2-2-2-

2 دیدیم که انفساخ قهری در قرارداد پیمان به دو علت می باشد: 1- انحالل شرکت. 2- ورشکستگی یا توقیف ماشین آالت و اموال پیمانکار به نحوی که موجب توقف یا کندی پیشرفت کار گردد. این مواد ذیل بندهای10و11 قسمت الف(ماده 46 می باشد. با این حال این موارد در شمار موارد انفساخ قراردادی می باشد. اما تشریفات انفساخ آن همان است که در ماده 47 به عنوان تشریفات فسخ آمده است. با این تفاوت که قرارداد پیمان در صورت تحقق دو مورد فوق خود به خود منحل شده و اقدامات ماده 47 تشریفات بعد از انفساخ می باشد. در صورتی که در فسخ، تشریفات ماده 46 باید انجام می شد تا فسخ واجد اثر گردد. با عنایت به اینکه در تشریفات مربوط به فسخ توضیحات کافی ارائه شد در اینجا فقط به صورت اختصار به آنها اشاره می گردد -1 :لزوم اعالم فسخ و ابالغ آن به پیمانکار و تأیید آن توسط هیأت 3 نفره سازمان دولتی یا وزارتخانه .

-2کسر تضمینات حسن انجام کار و تصرف موقت کارگاه و تأسیسات و مصالح و .... مطابق بند ب(ماده 47.

-3توافق با پیمانکار درخصوص ساختمان ها و تأسیسات موجود در کارگاه برای ادامه فعالیت، ماشین آالت و ابزار و وسایل متعلق به پیمانکار و تعیین تکلیف در خصوص مصالح پای کار و مصالح و تجهیزات سفارش داده شد مطابق بندهای ج(، د(، ه(، و(، و ز -4 .)خارج کردن مصالح و تجهیزات و دیگر تدارکات در محل های تحویل شده بوسیله پیمانکار.

2-2-2-2-2 .تشریفات موارد در حکم انفساخ

عمدتاً مواردی که در خصوص تشریفات موارد در حکم انفساخ عقد بیان می گردد مرتبط با تشریفاتی است که در شرایط عمومی پیمان ذیل ماده 48 در رابطه با خاتمه پیمان آمده است. به نظر می رسد اولین تشریفات بعد از انفساخ عقد، اعالم انفساخ است. هر چند که انفساخ به خودی خود، قرارداد را منحل می کند با این حال نه فقط در قراردادهای موضوع پیمان بلکه در سایرقراردادها رویه بر این است که طرفین از طریق اظهار نامه به مخاطب خود انفساخ عقد را متذکر می شوند. پیمان نیز از این قاعده مستثنی نیست چه اینکه در قسمت نخست ماده 48 کارفرما موظف شده است که)خاتمه(انفساخ پیمان در فرض فوق را ظرف مدت 15 روز به پیمانکار ابالغ کرده و تحویل کارگاه را از وی بخواهد. البته در این قسمت پیش بینی شده است که این مهلت می تواند در صورتی که خطر یا زیان هایی عملیات پیمان را تحت تأثیر 103قرار می دهد، قابل افزایش باشد. قدم بعدی که در جهت تشریفات انفساخ عقد پیمان می باشد، تعیین تکلیف در خصوص کارهای ناتمام و کارهای پایان یافته می باشد. اگر کاری ناتمام مانده باشد، باید طبق ماده 41 شرایط عمومی بدون وجود عیب و نقص، به کارفرما تحویل قطعی داده شود و چنانچه دارای عیب 1و نقص باشد با تعیین مدت مناسبی پیمانکار موظف است برای رفع نقص اقدام کند .با این حال چنانچه کارفرما اخطار رفع نقص برای پیمانکار ارسال نماید و پیمانکار اقدامی بعمل نیاورد، کارفرما خود اقدام به رفع نقص می کند و هزینه رفع نقص را به انضمام 15 درصد هزینه اضافی به حساب بدهی پیمانکار منظور می دارد. چنانچه برخی از تعهدات پیمانکار پایان پذیرفته شده باشد، کارفرما موظف است طبق ماده 39 آن قسمت را تحویل موقت بگیرد. در فرض اخیر نیز پیمانکار موظف است صورت وضعیت قطعی کارهای انجام شده را طبق ماده 40 تهیه نماید. نکته آخر در

این قسمت این است که پیمانکار باید نقشه ها و کاتالوگها و قراردادهای منعقد شده با پیمانکاران جزء را تحویل کارفرما دهد. قدم بعدی در راستایی تشریفات انفساخ پیمان در رابطه با تعیین تکلیف در خصوص مصالح و تجهیزات موجود و یا در حال سفارش است که عیناً مطابق بند ه(و و(ماده 47 شرایط عمومی در خصوص فسخ می باشد. چون در این خصوص مطالبی معروض گشته است، از بیان آن ها خودداری می گردد. گام چهارمی که پس از انفساخ قرارداد باید برداشته شود تکلیف پیمانکار مبنی بر خاتمه دادن قرارداد خود با سایر پیمانکاران می باشد که ظاهراً منظور از خاتمه در اینجا فسخ قرارداد توسط پیمانکار است. همچنین پیمانکار موظف است در راستایی بند د(ماده 48 خسارات و هزینه های اشخاص ثالثی را که نسبت به آنها تعهداتی کرده است، پس از رسیدگی و تأیید کارفرما به آنها بپردازد. زیرا در متن بند یاد شده اشاره شده است که میزان هزینه و خسارات بعد از تأیید کارفرما به حساب بستانکاری پیمانکار منظور گردد. قدم بعدی در مسیر تشریفات انفساخ پیمان در اختیار گرفتن ساختمان و تأسیسات موقت توسط کارفرما و منظور کردن بهای آن در مطالبات پیمانکار است. همچنین پیمانکار موظف است طبق بند و(ماده 48 مصالح مازاد و تجهیزات و تدارکات خود را ظرف حداکثر سه ماه از تاریخ ابالغ کارفرما جمع آوری و خارج نماید. چنانچه پیمانکار این اقدام را انجام ندهد، کارفرما به هر نحو که مقتضی بداند، آن ها را خارج و هزینه خارج کردن آنها را به حساب بدهی پیمانکار منظور می نماید. آخرین اقدامی که در خصوص رعایت تشریفات انفساخ پیمان باید 1مصطفی ثمریها، نکات کلیدی شرایط عمومی پیمان، انتشارات جاودان خرد ، تهران، 1391، ص 57 .

104ملحوظ نظر قرار گیرد، تشریفات مربوط به آزاد شدن تضمین های پیمانکار است. در شرایط عمومی پیمان یکی از تعهدات پیمانکار دادن تضمین برای انجام و اجرای قرارداد می باشد. این تضمینات در مواد 34 و 35شرایط عمومی تحت عناوین » تضمین انجام تعهدات« و » تضمین حسن انجام کار« می باشد. در ماده 34تضمین انجام تعهد، باید ضمانت نامه ای معادل 5 درصد مبلغ اولیه پیمان باشد که این تضمین باید از سوی بانکی صادر گردد که مورد قبول کارفرما بوده و طبق اسناد مناقصه باشد. در ماده 35 تضمین حسن انجام کار کسر مبلغ معادل10 درصد از هر پرداخت به پیمانکار می باشد. بعبارت دیگر کارفرما 10 درصد از

مطالبات هر قسمت از کارهای انجام شده توسط پیمانکار را نزد خود نگاه می دارد. در این ماده پیش بینی شده است که نصف مبلغ گفته شده) یعنی 5 درصد(پس از تصویب صورت وضعیت قطعی و نصف دیگر آن پس از تحویل قطعی تحویل پیمانکار می گردد. با این حال چنانچه قرارداد منفسخ گردد دیگر موجبی برای نگه داری تضمین ها وجود ندارد. زیرا تضمین مندرج در ماده 34 برای اجرای تعهد بوده و حال که اجرای تعهد دچار مانع دائمی بوده باید فک گردد. اما ترتیبات آزادی این تضمین در بند 1 قسمت ز(ماده 48بدین شرح بیان شده است:»تضمین انجام تعهدات پیمان، طبق روش تعیین شده در تبصره 10 ماده 34 آزاد می شود، با این تفاوت که آخرین صورت وضعیت موضوع تبصره پیشگفته، حداکثر تا یکماه پس از تحویل کار، اعم از قسمت تحویل موقت شده و تحویل قطعی شده، با احتساب مصالح پای کار تهیه شود .در ماده 35 که بحث تضمین حسن انجام کار را پیش بینی کرده است، بعد از انفساخ قرارداد این تضمین باید آزاد گردد. منتها اینکه این تضمین همانند تضمین قبلی دارای تشریفات برای آزاد شدن نمی باشد. بر اساس بند 2 قسمت ز(ماده 48 تضمین حسن انجام کار پس از تحویل موقت و تحویل قطعی کارهای انجام 1شده طبق ماده 35 آزاد می گردد

.پیمان انفساخ آثار3-2-2-2

همانطور که گفته شد، انفساخ قرارداد موجب انحلال قهری قرارداد پیمان است. حال چه انحلال آن در نتیجه حکم قانون باشد یا ناشی از تراضی طرفین. مهمترین اثری که انفساخ پیمان از خود بر جای می گذارد، انحلال زوال آثار عقد نسبت به آینده است. به عبارت دیگر انفساخ پیمان سبب می گردد که طرفین هیچ گونه تعهدی بر اجرای قراردادی که سابقاً منعقد کرده اند، نداشته باشند و در مقابل نیز زوال این آثار از 1برای مطالعه بیشتری ک : ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوقی پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران، 1392 ص 367 به بعد. و ابراهیم اسماعیلی هریسی، حقوق مهندسی تکمله پیمان، انتشارات دادگستر، تهران، 1390، ص 66-69 105 .زمان تحقق انفساخ پیمان می باشد. در حقیقت اثر انفساخ ناظر به آینده است و عقد را نسبت به آینده بی اثر می کند. حال آنکه موضوع تعهدات مادامی که عقد پا برجاست، آثار خود را به دنبال

داشته و نمی توان به سبب انفساخ پیمان، عقد را از ابتدا فاقد اثر تصور نمود. اثر دومی که از انفساخ پیمان بر می آید، همانند فسخ، خلع ید پیمانکار از ادامه انجام کار و خاتمه دادن به تعهدات پیمانکار در این زمینه است. البته کارفرما نیز در مقابل پیمانکار تعهداتی ندارد. با این حال اگر پس از انفساخ، پیمانکاران جزء مطالباتی از پیمانکار اصلی داشته باشند، کارفرما موظف به رسیدگی بوده و پس از احراز طلب آنان، مکلف است طبق صورت حساب نهایی طلب پیمانکاران جزء را بپردازد و آنها را در صورت حساب مطالبات خود از پیمانکار درج نماید

2-2-3-پیمان اقاله.

همانطور که گفته شد، قرارداد پیمان در زمره قراردادهای دولتی می باشد و همیشه کارفرما به عنوان نماینده قدرت عمومی منافع و مصالح عمومی جامعه را رعایت می نماید. با این حال پرسش اصلی این است که آیا کارفرما و پیمانکار می توانند با تراضی یکدیگر آثار عقد پیشین را از بین ببرند؟ به عبارت دیگر آیا در پیمان طرفین می توانند موضوع قرارداد را اقاله یا تفاسخ نماید؟ در این قسمت به بررسی اقاله قرارداد پیمان می پردازیم

2-2-3-1 . جایگاه اقاله در پیمان

در خصوص اقاله پیمان و جایگاه آن در قراردادهای دولتی تاکنون بحث چندانی صورت نگرفته است. به عبارت دیگر نه در شرایط عمومی و نه در سایر اسناد پیمان، مطلبی در خصوص جواز اقاله پیمان بیان نشده است. لذا در بادی امر به نظر می رسد که طرفین نمی توانند اقدام به اقاله قرارداد پیمان نمایند .این نظر خصوصاً در جایی تقویت می گردد که گفته شود کارفرما به عنوان نماینده منافع اجتماعی ممکن است مالحظاتی برای ملحوظ نظر دانستن منافع و مصالح عمومی جامعه در نظر نگیرد. چه اینکه کارفرما را نمی توان همانند سایر اشخاص حقیقی و حقوقی همانند شرکت ها به عنوان شخصی مطرح کرد که صرفاً به دنبال منافع و مصالح خود باشد. زیرا اثر غیر مستقیم اعمال او به جامعه بار می گردد و اشخاص ذینفع در مجموعه قراردادهایی که دستگاه های دولتی و اجرایی و وزارتخانه ها تحت عنوان کارفرما با سایرین منعقد می کند، جامعه می باشد.

از سوی دیگر استقراء نگارنده در این زمینه نشان می دهد که هیچ یک از اساتید و حقوقدانانی که در زمینه قراردادهای اداری قلم زده اند، به اقاله در قراردادهای دولتی اشاره ننموده اند. با این 106حال نمی توان بطور کلی اقاله را از قراردادهای دولتی محذوف نمود. مراجعه به قواعد کلی حقوقی نشان می دهد که مانعی برای اقاله اینگونه قراردادها در بین نباشد. اما نمی توان با تکیه برچنین ظهوری قائل به اقاله تمام کارهای انجام شده شد. چه اینکه وقتی عملیاتی انجام می شود و اثرات آن در جامعه هویدا می گردد، ضرورت های اجتماعی ایجاب نمی نماید که قرارداد را اقاله نمود. لذا باید قائل به تقسیم بندی گردید: چون عقد پیمان یک عقد عهدی است و همانطور که اشاره گردید بر عهده ی طرفین تعهداتی بار میگردد، مادامی که این تعهدات اجرا نشده باشد و صرفاً در مرحله ایجاد باشد می توان قرارداد واقع شده را اقاله نمود. برای مثال ممکن است کارفرما بعد از طی تشریفات برگزاری مناقصه اقدام به انعقاد قراردادی با پیمانکار کند. اما مادامی که پیمانکارعملیات اجرایی را شروع نکرده، کارفرما تشخیص دهد که در طول اجرای قرارداد نمی تواند به تعهدات خود عمل نماید. در این فرض به نظر می رسد مانعی برای اقاله مادامی که عملیات اجرایی آغاز نشده است، وجود نداشته باشد. زیرا هنوز اقدامی صورت نگرفته است که به موجب آن عملیات جامعه متنفع گردد و از رهگذر عدم اجرای آن به وسیله ی اقاله ضرری وارد آید. از سوی دیگر هزینه هایی که در برگزاری مناقصه وجود دارد، با توجه به پیش بینی های صورت گرفته، بطور معمول بر عهده ی پیمانکار گذارده می شود. پس از این جهت نیز نمی توان گفت که از رهگذر اقاله پیمان پس از برگزاری مناقصه خسارات مالی به هزینه های عمومی و جاری دولت به عنوان نماینده جامعه وارد آمده است. لذا در مقام جمع بندی از مباحث فوق می توان مدعی گردید مادامی که عملیات اجرایی موضوع پیمان آغاز نشده است، مانعی برای اقاله وجود ندارد. اما چنانچه عملیات اجرایی شروع شده باشد اقاله پیمان جایگاهی ندارد. زیرا از یک سوی مقررات شرایط عمومی چنین فرضی را پیش بینی نکرده و مسکوت گذاشتن این موضوع می تواند بیانگر عدم اقبال نویسندگان شرایطی عمومی مبنی بر اقاله پیمان بعد از عملیات اجرایی باشد. از سوی دیگر مقتضیات مصالح عمومی جامعه ایجاب می کند، قراردادی که در حال اجرا و انجام است توسط طرفین زایل نگردد

.پیمان اقاله آثار2-3-2-2

با عنایت به مشروح مطالب در گفتار قبل مادامی که عملیات اجرایی شروع نشده اقاله امکان پذیر است. اما باید توجه داشت چون عملیات اجرایی صورت نگرفته، علی القاعده موجباتی برای بیان تشریفات اقاله پیمان تا قبل از شروع عملیات اجرایی وجود ندارد. لذا فقط به آثار اقاله آن هم در فرضی که هنوز کاری صورت نگرفته می پردازیم. همانطور که میدانیم پیمان یک عقد عهدی است و چنانچه قبل از اجرای 107تعهدات اقاله گردد، تعهداتی که به سبب آن عقد بوجود آمده) نه تعهدات اجرا شده (ساقط می گردد .قانون مدنی نیز به همین فرض نظر داشته است که اقاله را در زمره اسباب سقوط تعهدات در ماده 264 1قانون مدنی بیان کرده است .بعد از اینکه پیمان ساقط شده تعهدات از بین می رود و هیچ کدام از طرفین مسئولیت قراردادی در این خصوص ندارند 1 .ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی قرارداد – ایقاع، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1390، ص 32 108 .

3-1 109مفاهیم و کلیات

در مباحث گذشته در شرایط عمومی پیمان دیدیم که برخی از موارد، سبب انحالل پیمان و زوال آثار آن پس از تحقق تشریفات و شرایط می شدند. حال در این قسمت، به مباحث مربوط با ابطال پیمان می پردازیم. به عبارتی مهمترین بحث در این فصل به این مهم اختصاص می یابد که آیا اساساً با توجه به تشریفات ویژه ای که برای انعقاد پیمان مقرر است می توان قائل به این شد که قرارداد پیمان نیز در برخی موارد باطل است، یا قابلیت ابطال را دارد؟ و چنانچه پاسخ به این سؤال مثبت است، ابطال پیمان دارای چه شرایط و تشریفات ویژه ای است و چه اثری بر قرارداد منعقد شده می گذارد. در این فصل مطالب به دو بخش تقسیم شده است که در بخش حاضر در رابطه با مفاهیم و کلیات بطالن قرارداد و آثار آن و همچنین ابطال قرارداد و آثار مترتب بر آن به طور خالصه مطالبی بیان می شود. متذکر می گردد هر چند عنوان موضوع در رابطه با ابطال پیمان است، اما آن را باید مسامحه در تعبیر دانست.زیرا در برخی موارد قرارداد به خودی خود از ابتدا باطل بوده است. درحالیکه همان طور که بعداً خواهد آمد، مفهوم قابل ابطال بودن قرارداد معنایی به غیر از بطالن قرارداد دارد

3-1-1مفاهیم.

برای اینکه به درک صحیحی از مفهوم بطالن پیمان در قرارداد برسیم نیاز است در رابطه با بطالن در قواعد عمومی و مفاهیم مشابه و مرتبط با آن، مواردی را که مرتبط با بخش دوم می باشد، توضیح دهیم. لذا 110 در ابتدا به بیان مفهوم لغوی و اصطالحی بطالن و ابطال پرداخته و این مفاهیم را مورد ارزیابی قرار می دهیم

3-1-1-1 .مفهوم لغوی و اصطالحی بطالن

در این قسمت ابتدا به بیان مفهوم لغوی بطالن پرداخته در ادامه مفهوم اصطالحی بطالن را بیان 1خواهیم نمود. بطالن در لغت به معنای باطل شدن، فاسد شدن، ضایع شدن و از کار افتادن، آمده است .بطالن اسم مصدر عربی است که از ریشه »بطل« به معنای انجام کار باطل و از ماده)ابطال الشی(به معنای باطل کردن

چیزی است. به فاسد کردن چیزی و ازاله ی آن بطالن گفته می شود، خواه آن چیز حق باشد 2خواه باطل . در رابطه با مفهوم اصطالحی بطالن نیز باید گفت که اصطالح بطالن از معنای رایج لغوی خود دور نیافتاده است. از منظر اصطالحی بطالن در مقابل صحت قرار گرفته است که در معنای حقوقی به مفهوم بی اثری عمل حقوقی اطالق می گردد. در قوانین داخلی نیز در برخی موارد به جای واژه باطل یا بطالن قرارداد، لغت بی ثمر بودن به کار رفته است. اساتید بزرگ حقوقی در خصوص مفهوم اصطالحی بطالن تعاریف متعددی ارائه داده اند. برای مثال برخی در تعریف بطالن قرارداد می گویند: »بطالن وضعیت 3قراردادی است که در عالم خارج وجود و اثری ندارد . »برخی دیگر نظیر دکتر کاتوزیان در بیان تعریف بطالن معتقدند: »بطالن حالتی است که در آن عقد وجود حقوقی پیدا نمی کند، خواه در نتیجه واقع نشدن تراضی یا بدون موضوع بودن آن و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نا مشروع، که در واقع این حالت 4ضمانت اجرای قواعدی است که در قوانین برای انعقاد و اعتبار عقد مقرر شده است . »بعضی دیگر از حقوقدانان بطالن را در وصف عمل خالف قانون می دانند که هیچ گونه اثری بر آن مترتب نمی باشد، فرق نمی کند که از اصل قانون آن عمل را به رسمیت نشناسد، همانند قمار و گروبندی که بموجب ماده 654 قانون مدنی باطل است. یا اصل عمل باطل نباشد، لکن عارضی پیدا کند که به جهت آن عارضه و صفتی که 5پیدا کرده است، باطل باشد. مانند عاقدی که به سن کبر نرسیده است .در مقام جمع بندی از نظرات فوق و با عنایت به اینکه در قوانین ایران تعریفی برای بطالن ارائه نشده است، می توان بدین تعریف بسنده نمود1 :محمد معین، فرهنگ فارسی معین، انتشارات امیرکبیر، تهران، 1379، ص 2548 .مجله فقه اهل بیت. شماره 47، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسالمی. قم)بدون ذکر نام مؤلف3 .)مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، 1385 ص7 . 4ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلددوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، 1376، ص5323 .محمد جعفر لنگرودی ، دایره المعارف حقوق مدنی وتجارت، جلد اول، انتشارات بنیاد راستاد، تهران ،1370 ص 454« 111 .بطالن یعنی وضعیت عمل حقوقی است که فاقد مؤلفه های الزم برای تحقق اعتبار بخشیدن به یک عمل حقوقی می باشد که عدم وجود این مؤلفه ها گاهی ماهوی وگاهی تشریفاتی

است. در بطالن، عمل حقوقی واقع شده هیچ اعتباری از خود برجای نمی گذارد و هیچ یک از طرفین مستلزم به انجام امور یا انتقال حق یا مالی نمی گردند«. خصایص این تعریف عبارتند از-1 : بطالن وضعیت اعمال حقوقی است: با عنایت به این شاخصه، دایره ی بی اعتباری ناشی از بطالن فقط به قراردادها و عقود محدود نشده، بلکه شامل اعمال حقوقی یک طرفه یا ایقاع نیز می گردد. زیرا ممکن است در برخی موارد اثر یک عمل حقوقی صرفاً با یک اراده محقق گردد و آن اراده نیز فاقد شرایط الزم برای انجام ایقاع را داشته باشد-2 .بطالن فاقد مؤلفه های الزم برای اعتبار داشتن اعمال حقوقی است. منظور از عدم وجود مؤلفه های الزم، یعنی نبود شرایطی که بموجب آنها یک عمل حقوقی را می توان صحیح تشخیص داد. عدم وجود برخی شرایط مندرج در ماده 190 قانون مدنی از جمله مواردی است که در صورت مفقود بودن یکی از آنها عمل حقوقی باطل تلقی می گردد-3 .بی اثر بودن عمل حقوقی یاد شده: مهمترین اثر بطالن، بی اثر بودن آن عمل در عالم اعتبار و عالم انتزاعی است. به عبارت دیگر در بطالن اعمال حقوقی، اثری از آثار یک عمل حقوقی صحیح وجود ندارد و مانند این است که در عالم واقع هیچ اتفاقی نیافتاده است .به طوری که گفته شد، بطالن همان ضمانت اجرای عدم رعایت قانون است که البته در ظاهر امری ساده تلقی می گردد. این در حالی است که تئوری بطالن موضوعی پیچیده است. به طوری که در برخی موارد قانونگذاری این پیچیدگی را درخصوص بطالن یا عدم نفوذ برخی موارد بیان کرده است. برای مثال ماده 212 قانون مدنی می گوید: »معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطه عدم اهلیت باطل است«. بالفاصله درماده 213 قانونگذار بیان می کند: »معامله محجورین نافذ نیست«. البته بعدها قانونگذار در ماده 1207 قانون مدنی صغار و اشخاص غیر رشید و مجانین را از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع نمود. مشاهده می گردد که در ماده 212 و213 قانون مدنی تئوری بطالن با عدم نفوذ 112قرارداد چگونه درهم آمیخته شده است و همین امر بیانگر تخصصی بودن این موضوع می باشد. این مسئله 1یکی از موارد ابهام درخصوص باطل یا غیر نافذ بودن در بعضی از مواد قانون مدنی است

ابطال اصطالحی مفهوم2-1-1-3

در این قسمت نیز به بیان مفهوم اصطالحی ابطال می پردازیم. چه اینکه این واژه از منظر لغوی و ریشه شناسی همانند معنا و مفهوم لغوی بطالن است و ضرورتی به تکرار مفاهیم لغوی بطالن در این جا وجود ندارد. لذا فقط مفهوم اصطالحی ابطال را مورد مداقه قرارمی دهیم .فقها در استعمال لفظ ابطال غیر از معنای لغوی آن معنای دیگری را مورد نظر قرار نداده اند. البته 2گاهی مقصود آنها از ابطال، حکم به بطالن است و گاهی مقصود از آن ایجاد بطالن درخارج است .به عبارتی همانطور که بعداً خواهد آمد، ابطال عملی است که به صورت صحیح واقع شده است و نه عملی که از آغاز باطل بوده است. با این همه بعضی از فقها ابطال را در مواردی برخالف معنای حقوقی و اصطالحی آن مورد استفاده قرارداده اند. برخی از حقوقدانان در بیان مفهوم اصطالحی ابطال بیان داشته اند: »ابطال به معنای از درجه اعتبار ساقط کردن، نابودکردن، از کار انداختن عمل یا واقعه حقوقی و هر چیزی که دارای 3ارزش حقوقی معنا شده باشد . »برخی دیگر از نویسندگان عقد قابل ابطال را عقدی معرفی می نمایند که از 4آغاز انعقاد به وسیله اشخاص مورد حمایت قانونگذار، قابل حذف است . »از این رو آن را در شمار عقد های باطل آورده اند. جز اینکه بطالن آن نسبی است و معتقدند که قابلیت ابطال، ضمانت اجرای بطالن نسبی قرارداد است. بدین معنی که، هرگاه مبنای بطالن، حمایت از حقوق اشخاص معین باشد، قانونگذار سرنوشت عقد را به دست آنها می سپارد تا بتوانند ابطال آن را از دادگاه خواسته، نهاد مزاحم و زیانبار را از سد راه خود بردارند. نظر عده ای دیگر نیز این است که بطالن نسبی در صورتی است که با جمع بودن شرایط اساسی صحت معامله، شرایطی که برای حفظ منفعت یکی از متعاملین است، رعایت نشده باشد، و قانون برای حمایت از شخص مزبور به او اجازه انحالل معامله را داده است که می تواند ابطال آن را 1داود رشیدی، پایان نامه اثر بطالن قرارداد درروابط طرفین ومقایسه تطبیقی آن باحقوق انگلستان به راهنمایی دکتر عبدی پور، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد نراق، 1389، ص240 .روح اهلل سعادتی بیدی، پایان نامه بررسی وضعیت معاملات قابل ابطال درحقوق ایران به راهنمایی دکتر اصغر محمودی ، دانشگاه پیام نور تهران، 4.ص 1389 3محمد جعفر لنگرودی، مبسوط درترمینولوژی حقوقی جلداول، انتشارات گنج دانش، تهران، 1378 .

4ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلددوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، 1371 . 113 .لذا با این تفاسیر برای 1 بخواهد و به خاطر این امر است که گفته می شود چنین عقدی قابل ابطال است ابطال باید دو ویژگی مدنظر قرارداد: 1-از بین بردن خود عمل)نه آثار آن(2-از بین بردن عملی که بطور صحیح واقع شده است. بنابراین می توان گفت معنای حقیقی ابطال عبارت است از ساقط نمودن ذات عمل صحیح. باعنایت به شرحی که گذشت می توان ابطال را بدین شرح تعریف نمود: »ابطال عبارتست از حالتی که به واسطه آن معامله ای که صحیحاً واقع شده است، ممکن است بواسطه اراده هریک از طرفین یا شخص ثالث، به موجب رأی دادگاه باطل گردد .»با عنایت به آنچه گفته شد، قابلیت ابطال معاملات در حقوق ما متعارف نیست، با این حال در برخی موارد چنین ضمانت اجراهایی پیش بینی شده است. برای مثال، در ماده 131 الیحه اصالح قسمتی از قانون تجارت که در رابطه با معامله مدیران و مدیر عامل شرکت سهامی با شرکت است، بیان می شود: »درصورتی که معاملات مذکور درماده 129 این قانون بدون اجازه هیأت مدیره صورت گرفته باشد، هرگاه مجمع عادی شرکت آنها را تصویب نکند، آن معاملات قابل ابطال خواهد بود و شرکت می تواند تا 3 سال از تاریخ انعقاد معامله و در صورتی که معامله مخفیانه انجام گرفته باشد تا 3 سال از تاریخ کشف آن، بطالن معامله را از دادگاه صالحیت دار درخواست کند .»ابطال عمل حقوقی صحیح، نیاز به حکم قانونی خاص دارد و باید عنایت داشت که ابطال اعمال حقوقی در واقع حقی است برای اشخاص که ابتدا به ساکن برای اجرای آن حق، باید توسط قانونگذار چنین حقی مورد شناسایی قرارگرفته باشد. به عبارتی الزم است که مجوز ابطال در هر مورد خاص توسط قانونگذار صادر شده باشد. درغیر اینصورت با عنایت به اصل لزوم قراردادها و استحکام معاملات نمی توان ابطال هر معامله ای را خواست. البته باید عنایت داشت که مقام قضایی نمی تواند رأسا و بدون درخواست ذینفع اقدام به ابطال معامله نماید. اینکه در تعریف فوق برای صحت ابطال معاملات، لزوم رأی دادگاه بیان گردید، به این جهت است که ثبوت حق مزبور با اراده ذینفع حاصل می گردد، اما از آنجا که ابطال معامله حق ذینفع هست، باید این حق نزد مرجع قضایی اثبات و احراز گردد. البته رأی

دادگاه در این خصوص جنبه اعالمی دارد نه انشایی1 .سید حسن امامی، حقوق مدنی طلوع.انتشارات کتابفروشی اسالمیه،1384،صفحه 53-52 114 .

3-1-2کلیات و آثاربطالن

دراین قسمت از تحقیق حاضر به بیان مختصری از کلیات و آثار بطالن معامالت و نتیجه آن خواهیم پرداخت. لذا در ابتدا انواع بطالن را مورد بررسی قرار می دهیم و در ادامه بطالن معامالت را با سایر مفاهیم مشابه و مرتبط مورد تجزیه قرار می دهیم و در انتها نیز طبیعت بطالن معامالت و آثار ناشی از آن را مرور می نماییم .

قرارداد بطالن انواع1-2-1-3

درتقسیم بندی های ارائه شده بطالن را از جهت میزان آثارشان به دو دسته تقسیم نموده اند. به پیروی از این سنت پیشین انواع بطالن بدین شرح تقسیم بندی می شوند

:مطلق بطالن1-1-2-1-3

برخی از نویسندگان حقوقی در تعریف بطالن مطلق گفته اند: »بطالن واقعی، بطالن مطلق و بی اثر بودن عقد یا ایقاع به علت فقدان شرط یا شروطی است که بدون آن قانوناً نمی تواند اثر داشته باشد و 1رضایت ذینفع هم نمی تواند آن را مؤثر کند . »دکتر کاتوزیان در خصوص بطالن مطلق می گوید: »بطالن مطلق عقد باطلی است که در دید حقوق، اثری که در روابط اجتماعی بر جای می گذارد، درحکم هیچ است. پدیده ای است که به ظاهر صورت عقد را دارد، ولی در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف دو 2طرف بوجود نمی آورد . » حق نیز همین است. زیرا در اثر بطالن مطلق هیچ چیزی در عالم اعتباری و انتزاعی تحقق نمی یابد. زیرا عدم رعایت شرایط اساسی معامالت یا عدم رعایت تشریفات خاص برای اعتبار عمل حقوقی، نمی تواند اثر صحیحی را بر آن عمل بار نماید. به عبارت دیگر در این فرض آنچه که منظور نظر قانونگذار است، حمایت از قواعدی است که اگر این قواعد رعایت نگردد نظم معاملاتی در جامعه بهم می ریزد و آثار ناصوابی بر جای می گذارد. از سوی دیگر اگر قرار باشد معاملاتی را که برخی شرایط اساسی در آن به هر دلیلی رعایت نشده، دارای اثر بدانیم پس باید پرسید چرا قانونگذار اقدام به وضع تشریفات و مقررات ویژه ای برای معامالت کرده است؟ پس

باید قائل شد که چنین سخن صحیح است 1محمد جعفر لنگرودی،ترمینولوژی حقوقی، جلداول، انتشارات گنج دانش، تهران 21380 .ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلددوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران، 1376، صفحه 300 115 .

نسبی بطالن2-1-2-1-3

به نظر می رسد منظور از بطالن نسبی همان معاملات قابل ابطال باشد. درتعریف بطالن نسبی گفته اند: »صفتی است در یک عمل حقوقی که در آن رعایت شرایط قانونی نشده است ولی عمل مزبور به علت نقص مذکور بنفع ذینفع در حالت تزلزل)بین صحت و فساد(اعالم شده و فقط ذینفع می تواند از طریق اعالم اراده خود آن را ملحق به عمل کامالً صحیح یا کامالً فاسد و باطل گرداند«. دکتر کاتوزیان نهاد بطالن نسبی را درحقوق ایران قبول دارند و معتقدند که در حقوق ایران بطور استثنایی مواردی در خصوص بطالن نسبی، به خصوص در حقوق تجارت وجود دارد. درحالیکه دکتر شهیدی برخالف نظر دکتر کاتوزیان معتقد است در حقوق ایران حکم بطالن نسبی عقد وجود ندارد و فقط عقد می تواند در حقوق ایران صحیح باطل 1یا قابل فسخ باشد

2-2-1-3 .مقایسه بطالن با نهاد های مشابه

در این قسمت بطالن قراردادها را با نهاد هایی که تشابه حکمی با آن دارند، مورد مطالعه و بررسی قرار می دهیم

1-2-2-1-3 .مقایسه معاملات قابل ابطال با معاملات باطل

همانطور که گفته شد برخی از اساتید حقوقی، معاملات قابل ابطال را در شمار معاملات باطل بیان نموده و معتقد بودند: »قابلیت ابطال« ضمانت اجرای بطالن نسبی قرارداد است. بدین معنا که هرگاه مبنای بطالن، حمایت از حقوق اشخاص معین باشد، قانونگذار سرنوشت عقد را به دست آنها می سپارد تا بتوانند ابطال آن را دستمایه جلوگیری از ضرر خود قرار داده و آن معامله زیانبار را از سر راه خود بر دارند. اما معامله باطل، معامله ای است که از ابتدا فاقد اثر بوده و با معدوم تفاوتی ندارد. حال آنکه معامله قابل ابطال جزء معاملات صحیحی بوده و تا هنگامی که ابطال نشده باشد دارای اثر حقوقی است. مهم ترین وجوه اشتراک این دو نوع

معاملات عبارتند از: 1-از لحاظ ضمانت اجرا: نظارتی که قانونگذار بر شرایط اساسی و شکلی معاملات دارد، باعث شده است که تخلف از اجرای آنها را به نحوی پاسخ دهد و راه جبران آن را مشخص کند که به آن ضمانت اجرای مشروط می گویند و شامل مواد232 و233قانون مدنی می باشد. فرقی ندارد که شروط بیان شده در کدام یک از انواع آن بیاید. بلکه حکم قانونگذار در هر دو مورد یکسان بوده و یک قاعده امری است. به عبارت دیگر، بطالن و قابلیت ابطال معاملات جاری است و تا هر زمان که معامله 1مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، 1385، صفحه 71 116 .باطل و قابل ابطال حیات داشته باشد، اثر خود را بر عقود تبعی خواهد گذاشت. 2-هر دو دارای اثر قهقرایی هستند: بطالن عقد به گذشته سرایت کرده و تمام آثار آن را از بین می برد. در معامله قابل ابطال نیز چنانچه ذینفع معامله را ابطال نماید، عمل او تمام آثار عقد در گذشته را از بین می برد و مانند یک عقد باطل گویی هرگز وجود نداشته است. مهم ترین تفاوتی که معاملات اخیر با فسخ و انفساخ و اقاله دارند نیز همین است. چه اینکه در سه مورد اخیر اثر انحلال قرارداد از زمان تحقق فسخ و انفساخ و اقاله است و آنها نسبت به گذشته اثر قهقرایی ندارند و به موجب همین امر منافع و نمائاتی که در طول انعقاد عقد تا انحلال آن به وجود آمده، متعلق به خریدار می باشد. در هر صورت، تفاوت هایی بین این دو نوع معامله نیز موجود می باشد که می توان آنها را به شرح ذیل احصاء نمود: 1- در مورد معامله باطل هر شخصی می تواند به بطالن چنین معامله ای استناد کرده و آن را از بین ببرد. همچنین دادگاه این اختیار را دارد که رأساً از اجرای چنین قراردادی جلوگیری بعمل بیاورد. اما در معامله قابل ابطال فقط کسی که مورد حمایت قانونگذار در آن معامله بوده، می تواند به بطالن آن استناد نماید، زیرا هدف از قابل ابطال بودن چنین معامله ای حمایت از منافع او می باشد.2- معامله باطل را هیچ گاه نمی توان صحیح نمود. به عبارت دیگر، معاملات باطل اساساً غیر قابل تنفیذ بوده و نمی توان عیوب آن را پوشید. اما در مورد معاملات قابل ابطال کسی که حق استناد بطالن قرارداد را دارد، می تواند با صرف نظر کردن از حقوق خود در این خصوص اجازه دهد که معامله به حیات حقوقی خود ادامه داده و همچون عقد صحیح آثار خود را بر جای گذارد. در قابلیت ابطال، چون هدف قانونگذار حمایت از منافع اشخاص معین است، اگر آن اشخاص از

حق و نفع خود بگذرند و آن معاملات را تنفیذ نمایند، دیگر مانعی برای ادامه پیدا کردن آثار عقد باقی نمی ماند. ولی در بطالن نفع عمومی در خطر است و اجازه طرفین قرارداد اثری در عدم نفوذ و بطالن ندارد. 3- معاملات باطل در جایی مطرح می گردد که یکی از شرایط اساسی و ارکان عقد موجود نباشد. درحالیکه قابلیت ابطال بطور معمول در جایی است که معامله به اراده صریح یا ضمنی هر یک از طرفین یا شخص ثالث که مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته یا به تقاضای هریک از ایشان به معامله باطل تبدیل می شود. 4- از نظر وسعت و ضیق عوامل مؤثر در عقد باطل و معامله قابل ابطال نیز تفاوت وجود دارد. چه اینکه درعقد باطل براثر عواملی نظیر اخالق حسنه و نظم عمومی یا به دلیل مخالفت با قانون امری معاملات باطل است. حال آنکه نمی توان عقدی را به دلیل مخالفت با نظم عمومی قابل ابطال دانست .زیرا چنانچه عقدی با نظم عمومی در تعارض باشد، آن عقد باطل بوده و اصال نوبت به ابطال نمی رسد

117 .بطالن با انفساخ مقایسه2-2-2-1-3

انفساخ یک قرارداد ممکن است بر اثر یک عمل یا عدم انجام عملی یا تحقق و عدم تحقق شرطی که طرفین به صورت ارادی تعیین نموده،)شرط فاسخ(یا به حکم قانون بوجود بیاید. مثالً انفساخ ممکن است در نتیجه یک شرط فاسخ در عقد بیع باشد که طرفین یک قرارداد آورده اند و اثر آن انحالل قهری و خود بخود عقد می شود که در اینجا نیازی به تصمیم هیچ یک از طرفین نیست و عقد منفسخ می گردد و بایستی گفت که انفساخ پایان یک عقد است. تفاوت بطالن و انفساخ در این است که بطالن در نتیجه عدم رعایت شرایط الزم برای انعقاد یک قرارداد است که ممکن است مربوط به شرایط الزم برای طرفین قرارداد باشد. مانند اهلیت طرفین و یا اینکه عدم رعایت تشریفات شکلی و الزم برای یک عقد باشد و آن رعایت نشود که در اینجا این قرارداد باطل و فاقد نتیجه است

3-1-2-2-3 .مقایسه معاملات باطل با قرارداد غیر نافذ

عقد غیر نافذ نیز بواسطه برخی موارد نظیر عیب اراده، مادامی که رفع عیب نشده، فاقد اثر حقوقی است و از این حیث شبیه بطالن است. اما چنانچه عیب مذکور که قابل جبران نیز هست، رفع گردد، آن معامله صحیح

می باشد و آثار خود را از ابتدای انعقاد بر جای می گذارد. همانند معامله اکراهی که پس از رضایت مکره، معامله صحیح بوده وآثار آن از همان روز انعقاد معتبر است. این در حالی است که در بطالن قرارداد اساساً نمی توان مانعی را که سبب بطالن بوده است، رفع نمود. از سوی دیگر معامله باطل فاقد اثر حقوقی می باشد و نمی توان حتی پس از رفع عیب آن معامله را صحیح نمود. چون اصالً معامله مذکور فاقد موجودیت می باشد .

قرارداد بطالن آثار3-2-1-3

هر عمل حقوقی که ایجاد می گردد به تبع خود آثاری را به دنبال خواهد داشت. هرچند که آن عمل نیز فاسد بوده باشد. بطالن قرارداد نیز از این قاعده مستثنی نمی باشد. اولین اثر قرارداد باطل نیز عدم تحقق آثار اصلی است. به عبارت واضح تر در صورتی که قراردادی به لحاظ قانونی فاقد عناصر الزم برای صحیح بودن قرارداد باشد، آن قرارداد بواسطه حکم قانون معدوم و فاسد است و هیچ اثری نیز بر آن مترتب نمی گردد. برای مثال اگر بیعی به صورت باطل منعقد شود و عوضین به یکدیگر تسلیم نشده، روشن است که نباید تسلیم صورت پذیرد. زیرا تملیکی در کار نمی باشد. به عبارت دیگر همانطور که قانون مدنی بیان کرده است بیع فاسد تأثیری در تملک طرفین نداشته و طرفین را ملتزم به انجام تعهدات قراردادی نمی کند. باید 118دانست که بطالن اثر قهقرایی دارد و اثر آن به گذشته باز می گردد و معامله را از اول فاسد می نماید. لذا چنانچه معامله واقع شده برای طرفین منافعی داشته است، آن منافع نیز به تبع ملکیت، به تملک دیگری در نیامده و هیچ یک از طرفین نمی تواند منافع آن مال را تملک نمایند. در مورد تعهداتی که طرفین در قبال یکدیگر قبول می نمایند، در صورتی که شرایطی، برای صحت آن تعهد در نظر گرفته شده باشد و آن تعهد فاقد آن شرایط الزم باشد، تعهد باطل بوده و چنانچه مورد تعهد انجام نشده باشد، متعهد تکلیفی بر انجام آن ندارد. اما چنانچه تعهد صورت گرفته باشد، متعهد له در مقابل متعهد ضامن بوده و مطابق ماده 366 و با تنقیح مناط از آن باید از عهده کارهای صورت گرفته برآید. چنانچه عقد واقع شده از جمله عقود معاوضی نظیر بیع بوده باشد، و مثالً مالی را قبض کرده، طبق ماده 366 قانون مدنی ضامن عین و منافع آن است. به عبارت دیگر بعد از تملیک در عقود معاوضی، در صورت فساد عقد، مسئولیت طرف عقد فاسد به رد عین مالی که به مناسبت این عقد

دریافت کرده، روشن است و گیرنده مال مزبور، به دلیل فساد عقد حق و اختیاری نسبت به مال مزبور ندارد و مال همچنان در تملک طرفی که پیش از آن مالک بوده است، می ماند .در عقود غیر معاوضی نیز وضعیت به همین صورت است. یعنی بر اساس قاعده)ماالیضمن بصیحه الیضمن بفاسده(، چون عقد باطل بوده است، هیچ یک از طرفین تعهدی در رابطه با عقد فاسد نداشته اند2-3 .بطالن قرارداد پیمان

در قسمت قبل دیدیم که عقد فاسد چه در عقود معاوضی و چه درعقود غیر معاوضی اثری در تملک و تعهد ندارد و چنانچه عقد نیز از جمله عقود عهدی باشد، هیچ یک از طرفین الزامی به انجام تعهدات خود ندارد. از سوی دیگر چنانچه تعهدی انجام گرفته باشد، باید اجرت المثل کارهای انجام شده محاسبه شده و به انجام دهنده کار پرداخت گردد. زیرا درصورتی که متعهد عملی را انجام داده و آن نیز از ابتدا فاسد بوده باشد، ظاهر در این است که متعهد به قصد تبرع آن کار را انجام نداده است و اصل عدم تبرع در تعهدات انجام گرفته می باشد. با این حال اولین سؤال در قرارداد موضوع پیمان این است که آیا اوالً بطالن در قرارداد پیمان با توجه به تشریفات و سخت گیری هایی که در خصوص انعقاد قرارداد پیمان وجود دارد، جایگاهی دارد؟ و چنانچه پاسخ مثبت است، چه تشریفاتی برای ابطال چنین قراردادی باید رعایت گردد و موجبات ابطال پیمان شامل چه مواردی می باشد؟ همچنین باید پرسید که آثار ناشی از قرارداد باطل در پیمان به چه صورتی است و اینکه آیا طرفین ملزم هستند بابت این بطالن خساراتی به 119یکدیگر بپردازند؟ در این بخش می خواهیم به پرسش های فوق پاسخ دهیم. لذا مطالب را در دو مبحث تقسیم نموده ایم که در مبحث نخست موجبات بطالن پیمان و تشریفات آن را مورد ارزیابی قرار می دهیم و در مبحث دوم آثار ناشی از بطالن را مورد مداقه قرار می دهیم. متذکر می گردد چون موارد بطالن قرارداد پیمان از لحاظ موجبات، از موارد کمتری نسبت به موارد انحالل قرارداد پیمان برخوردار هستند، لذا طبیعی است که حجم مطالب مربوط به این بخش از لحاظ مطالب، کمتر از سایر موارد باشد

1-2-3 .موجبات و تشریفات بطالن پیمان

در این قسمت ابتدا به بیان موجبات و مواردی که در بطالن قرارداد پیمان مؤثر است پرداخته و تشریفات بطالن را از منظر شرایط عمومی پیمان مورد بررسی قرار می دهیم .پیمان بطالن موجبات1-1-2-3 منظور از موجبات بطالن پیمان یعنی مجموعه مواردی که سبب می گردد قرارداد پیمان باطل شده و هیچگونه اثری از خود برجای نگذارد. در این قسمت موجبات پیمان را از حیث قواعد عمومی قراردادها و از حیث شرایط عمومی پیمان مورد ارزیابی قرار می دهیم. یکی از مواردی که موجبات بطالن پیمان را فراهم می آورد، عدم وجود برخی از شرایط مقرر در ماده 190 قانون مدنی است.ماده اخیر الذکر شرایط 4 گانه ای را برای صحت و نفوذ یک قرارداد مقرر می دارد. طبق این ماده چنانچه یکی از این شرایط مفقود باشد، حسب مورد، براساس ضمانت اجرای آن برخورد می گردد. به طور کلی دو نوع ضمانت اجرای برای عدم وجود شرایط مقرر درماده 190 قانون مدنی وجود داردکه عبارتند از: 1- عدم نفوذ 2- بطالن. عدم نفوذ قرارداد معمولاً به جهت عیب اراده یا فقدان اراده صورت می پذیرد. برای مثال چنانچه در قراردادی یکی از طرفین مکره به انجام قراردادی شده باشد، این قرارداد غیر نافذ است و صحت آن منوط به رضایت بعدی شخص مکره بعد از رفع کره می باشد. یا مثالً در معاملات فضولی چنانچه شخص بدون داشتن سمت مال شخصی را به دیگری انتقال دهد، این عقد غیر نافذ بوده و سرنوشت نهایی آن در دستان مالک اصلی می باشد. در خصوص بطالن قرارداد وضع بدین صورت نیست. برای مثال چنانچه یکی از طرفین قصد انشاء برای انعقاد قراردادی را نداشته باشد اساساً عقدی واقع نشده تا صحت و نفوذ آن منوط به رضای طرف فاقد قصد انشاء باشد یا چنانچه قراردادی منعقد شده باشد و جهت قرارداد نامشروع باشد، این قرارداد فاقد اثر بوده و فاسد است. حال می خواهیم ببینیم اثر عدم رعایت شرایط مقرر در ماده 190 قانون مدنی در رابطه با قرارداد موضوع پیمان به چه صورت می باشد. مهمترین مقدمه برای انعقاد هر قراردادی و خصوصاً 120قرارداد پیمان قصد دو طرف و رضایت آنها می باشد. با این همه هرچند اصل بر آزادی قراردادی است، اما با عنایت به اینکه در قرارداد پیمان که در زمره قراردادها دولتی است، تشریفات ویژه ای وضع شده، الزم است که همراه با قصد طرفین، تشریفات انعقاد نیز مورد توجه قرارگیرد. به عبارت دیگر چنانچه کارفرما یا پیمانکار اراده جدی بر انعقاد قراردادی را نداشته باشند، قاعدتاً

تشریفات انعقاد قرارداد پیمان را سپری نمی کنند. لذا رعایت تشریفات مقدمه ای برای احراز قصد است. با توجه به اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، اکثر حقوقدانان معتقدند که عدم رعایت تشریفات قرارداد نوعی عدم قصد کارفرما را می رساند. گو اینکه وی اراده ی جدی بر انعقاد قرارداد ندارد. البته درخصوص عدم رعایت تشریفات بعداً توضیحاتی بیان می گردد. علی ایحال چنانچه هر یک از طرفین قصد انعقاد قراردادی را نداشته باشند، اصوالً قرارداد بوجود نمی آید. اما پس از آنکه قصد طرفین محرز گردید، باید دانست که توافق هر دو اراده باید در راستایی انعقاد یک قرارداد واحد که منظور نظر طرفین است، باشد. به عبارت دیگر دو طرف باید در ارکان اساسی قرارداد با یکدیگر توافق نظر داشته باشند و چنانچه این توافق صورت نگیرد، مسئولیت قراردادی وجود نداشته و اگر 1از رهگذر این قرارداد خسارتی وارد آید تابع ضمان قهری است .ماده 194 قانون مدنی در راستایی توافق این دو اراده می گوید: »الفاظ و اشارات و اعمال دیگری که متعاملین به وسیله ی آن قصد انشاء می نمایند باید موافق باشد، بنحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته و االّ معامله باطل است«. لذا اگر مثالً پیمانکار و کارفرما در خصوص پروژه موضوع پیمان توافق ننمایند و یا توافق حاصل شده غیر از موضوعی بوده که طرفین خواسته اند، مثل آنکه که کارفرما قرارداد ساخت بزرگراهی را مد نظر داشته ولی پیمانکار موضع پروژه را پل متحرک در بزرگراه تصور نماید، این قرارداد را بی شک باید باطل دانست. زیرا، ارکان اساسی اراده آنها بر اساس توافقی صحیحی بوجود نیامده است. البته با توجه به تشریفاتی بودن این قرارداد و با عنایت به وجود اسناد و مدارکی که برای برگزاری مناقصه برای انتخاب پیمانکار وجود دارد و پیمانکار با علم به آنها درمناقصه شرکت می نماید، وجود خطا در این موارد به حداقل ممکن می رسد. در خصوص رضایت طرفین نیز وضعیت به همین منوال است؛ با این تفاوت که موجب عدم نفوذ قرارداد می گردد که این امر موضوع بحث ما نمی باشد. در مقام جمع بندی از مطالب گفته شده باید گفت، طرفین باید قصد انشاء برای انعقاد قرارداد را داشته و براساس آن قصد انشاء، در 1ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد – ایقاع، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران 1393 121 . خصوص ارکان اساسی موضوع مورد نظر، توافق داشته باشند. در غیر اینصورت بنا به تصریح ماده 194 چنین

قراردادی محکوم به بطالن است. در بند دو ماده 190 قانون مدنی به ضرورت وجود اهلیت اشاره شده است. مفهوم اهلیت روشن است و نیاز به توضیح احساس نمی شود. ضمانت اجرای عدم اهلیت در بعضی موارد بطالن عمل و در برخی موارد عدم نفوذ آن است. باید دانست که اهلیت فقط مختص به اشخاص حقیقی نیست، بلکه اشخاص حقوقی نیز از اهلیت و حقوقی کامل)به غیر آنچه مختص به اشخاص حقیقی است(برخوردارند. با این حال عالوه بر محدودیت فوق، اهلیت اشخاص حقوقی محدود به مواردی است که در اساسنامه شرکت پیش بینی شده است. سؤالی که مطرح می گردد این است که اگر پیمانکار یا کارفرما اهلیت)نه اختیار(الزم را برای انعقاد آن قرارداد نداشته و قرارداد را نیز منعقد کردند، وضعیت به چه صورت است؟ به عبارت دیگر اگر موضوع قرارداد از جمله مواردی نبود که در اساسنامه شرکت پیمانکار آمده است وپیمانکار با این وجود اقدام به انعقاد قرارداد کرده است چه وضعیتی برای قرارداد متصور است؟ برای پاسخ به این سؤال باید به مفهوم اساسنامه رجوع کرد. زیرا اساسنامه شرکت ها در حقیقت سند هویتی برای آنها به حساب آمده و به نوعی محدوده اختیارات و صالحیت آنها را در اعمال حقوقی شان مشخص کرده است. لذا چنانچه پیمانکار بدون احراز صالحیت و اهلیت قانونی خود اقدام به انعقاد پیمان نماید، می توان گفت چنین قراردادی باطل است. زیرا موجبی برای صحیحی دانستن قرارداد از این منظر وجود ندارد 1 .به همین جهت است که برخی نویسندگان معتقدند کارفرما باید قبل از انعقاد قرارداد پیمان حتماً اساسنامه و آخرین تغییرات شرکت را احراز کند. البته احراز صالحیت پیمانکار مبتنی بر آیین نامه »تشخیص صالحیت پیمانکار و نحوه ارجاع کار به آنها« مصوب 17/03/1367 می باشد. لذا در مقام جمع بندی از موارد فوق می توان چنین ادعا نمود که اگر پیمانکاری فاقد اهلیت قانونی الزم برای انعقاد پیمان باشد و با این وصف قرارداد پیمان را منعقد نماید، این قرارداد باطل است و حسب مورد مسئولیت مدنی و کیفری دارد. البته با عنایت به آیین نامه مذکور وجود چنین مواردی محدود می باشد. چه اینکه احراز صالحیت پیمانکار باتوجه به آیین نامه فوق الزم بوده و هدف از چنین احتیاطی دوری جستن از گرفتاری در جریان دعاوی دادگستری 2بیان شده است 1 .ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، انتشارات سازمان مدیریت وبرنامه ریزی، تبریز، 1383،صفحه 74-

272 .بهمن کشاورز، آیین تنظیم قراردادهای دولتی، انتشارات میزان، تهران،1373، صفحه 30 122 .در رابطه با بند سوم ماده 190 قانون مدنی که معین بودن موضوع معامله را بیان می کند، حقوقدانان با مطالعه و جمع بندی مواد مختلف قانونی احراز این موارد را ضروری می دانند:1- مالیت داشتن. 2 -دارای منفعت عقالیی. 3- مشروعیت منفعت. 4- مقدورالتسلیم بودن. 5- مجهول و مردد نبودن بین یک یا چند کار. 6- قابلیت انتقال داشتن. 7- موجود بودن. در رابطه با مالیت داشتن موضوع پیمان بحثی وجود ندارد زیرا قراردادهای موضوع پیمان قطعاً مالیت داشته و عقالً نیز چنانچه کارفرما تعهد به پرداخت مبلغ پیمان می کند، بدیهی است که آن مبلغ را به انجام کاری اختصاص می دهد که مالیت داشته باشد .درخصوص منفعت عقالیی ماده 215 قانون مدنی می گوید: »مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقالیی مشروط باشد«. این امر در قرارداد پیمان نیز بدیهی است. زیرا منافعی که از انجام قرارداد موضوع پیمان ایجاد می شود، بطور کلی بنفع جامعه بوده و ذینفع آن اشخاصی هستند که در جامعه زندگی می کنند. به همین جهت است که آیین نامه ای تحت عنوان »نظام فنی و اجرایی طرح های عمرانی کشور »تهیه گردیده و براساس آن قبل از انعقاد پیمان، موضوع پیمان از جنبه های فنی، اقتصادی، اجتماعی، زیستی مورد مطالعه و تحقیق و بررسی قرار می گیرد. لذا اگر کارشناسان معتقد به عدم وجود منفعت و نداشتن توجیهات قوی باشند، ولی کارفرما با این وصف اقدام به انعقاد قرارداد نماید، باید چنین پیمانی را باطل شمرد. در رابطه با مشروع بودن منفعت نیز همانگونه که برخی گفته اند اصل بر مشروع بودن پیمان است و خالف آن باید ثابت گردد. لذا چنانچه موضوع پیمان احداث کارخانجات الکلی باشد، چون منفعت ایجاد 1شده نامشروع است، باید چنین پیمانی را فاقد اثر حقوقی دانست .نکته آخری که در این بحث وجود دارد معلوم بودن و معین بودن موضوع قرارداد پیمان است. در رابطه با معلوم بودن پیمان، ماده 2 موافقتنامه، برخی از موارد الزم را برای ابهام زدایی از موضوع پیمان بیان نموده است. مواردی نظیر مشخصات فنی و نقشه ها و استانداردها و دستورالعمل های فنی که در برخی از مواد دفترچه پیمان آمده صراحتاً بر این اشعار دارد که کلیه قراردادهای موضوع پیمان باید بدون ابهام باشد. لذا چنانچه ابهامی در قرارداد باشد، ناگریز باید حکم به بطالن چنینی معامله ای داد. زیرا

ابهام در معامله سبب غرر شده و معامله غرری بخاطر حدیث مشهور عروه بارقی)النهی النبی عن البیع الغرر(باطل می باشد. در رابطه با معین بودن هم وضعیت به همین منوال است. نمی توان موضوع قرارداد را بین دو امر قرارداد. زیرا در این صورت تعهد پیمانکار مشخص 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل،تهران، 1392، صفحه 34 123 .نیست و نمی داند که کدام معامله را انجام دهد. در این صورت باید حکم به بطلان چنین قراردادی نمود. در مقام جمع بندی از موارد گفته شده باید اضافه نمود که هرچند عدم رعایت شرایط مندرج در ماده 190 قانون مدنی بعضاً اسباب بطلان را فراهم نموده اما با عنایت به تشریفات ویژه ای که در قراردادهای دولتی و به ویژه قرارداد پیمان است، امکان تحقق چنین مواردی بسیار اندک است. با این حال پیش بینی چنین مواردی از لحاظ نظری ضروری است

2-1-2-3 .بطلان بعلت عدم رعایت تشریفات معاملات دولتی

در فصل اول تحقیق حاضر بیان گردید که پیمان در زمره عقود تشریفاتی به حساب آمده و رعایت تشریفات در آن ضروری است. همچنین چون پیمان یک قرارداد دولتی به حساب می آید طبیعی است که برخی از اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی بر آن حاکم نباشد و این اصول تخصیص خورده باشد. بطور عمده باید دانست که مجموعه تشریفاتی که برای انعقاد قراردادهای پیمان و بطور کلی مجموعه قراردادهای دولتی وجود دارد، قابل احصاء نیست و هر قرارداد دولتی بر حسب طبیعت تعهدات خود، ممکن است تشریفات خاصی داشته باشد. برای مثال در ماده 16 قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، نیروهای مسلح در انتخاب طرف قرارداد خود آزاد نبوده و مکلفند مهمات و تجهیزات مورد نیاز سازمان خود را از سازمان هایی نظیر سازمان صنایع دفاعی، شرکت سهامی صنایع الکترونیک یا سازمان های صنایع هوایی و سازمان های وابسته و یا مورد تأیید وزارت دفاع تهیه نمایند. امری که در سایر قراردادهای دولتی موضوعیت ندارد و چنین تشریفاتی فقط در نهادهای نظامی و امنیتی وجود دارد. با این حال می توان تشریفات مربوط به انعقاد معاملات دولتی را به دو صورت تقسیم بندی نمود: 1- تشریفات مربوط به قواعد شکلی که خود شامل تشریفات قبل از انعقاد و

تشریفات حین انعقاد است.2- تشریفات مربوط به قواعد 1ماهوی که ناظر بر حقوق ترجیحی و حقوق اقتداری دولت و احکام عادی مدنی وتجاری است

1-2-1-2-3 .تشریفات مربوط به قواعد شکلی و ضمانت اجرای آن

بطور کلی می توان تشریفات قبل از اجرای معاملات را به 6 دسته تقسیم نمود: 1- مجوز انعقاد قرارداد: مجوز انعقاد قرارداد یکی از مهم ترین ارکان قرارداد های دولتی است. این موضوع در ماده 37 قانون محاسبات عمومی کشور امده است. این مجوز از طرف باالترین مقام اجرایی سازمان یا دستگاه دولتی صادر می شود که مفهوم باالترین مقام اجرایی نیز در ماده 53 قانون محاسبات عمومی بیان شده است.2-تأمین 1 اعتبار از ردیف www.khanilawyer.ir/Index.php?todo=showArticleAID=108228. 124 مصوب: موضوع دومی که در زمره ی تشریفات شکلی انعقاد قراردادهای دولتی است، به استناد ماده 18 قانون محاسبات عمومی کشور، تأمین اعتبار قرارداد است. تأمین اعتبار یعنی اختصاص دادن تمام یا قسمتی از اعتبار مصوب برای هزینه معین. تأمین اعتبار و کسب مجوز از مقامات ذیصالح دو مورد اساسی از مقدمات انعقاد قرارداد می باشند که در ماده 37 قانون محاسبات عمومی کشور بیان شده است و البته ماده 50 همین قانون تأمین اعتبار را به تنهایی کافی نمی داند بلکه استفاده از اعتبارات نیز باید از ردیف مصوب باشد.3- محدودیت در انتخاب طرف قرارداد که قبالً توضیحاتی در این خصوص داده شد.4 -ممنوعیت ها: دستگاه های دولتی بر خالف سایر اشخاص نمی توانند اقدام به انعقاد هر معامله ای بنمایند .زیرا اوالً هر دستگاه دولتی دارای اختیارات و وظایف اختصاصی است و ثانیاً هر دستگاه اجرایی بطور معمول دارای اساسنامه ای می باشند که مجموعه اختیارات و صالحیت های آنها در اساسنامه شان پیش بینی شده است. برای مثال شرکت ملی نفت ایران که اساسنامه اش نیز توسط مجلس به تصویب رسیده است، نمی تواند اقدام به انعقاد قراردادی برای ساخت نیروگاه انرژی نظیر نیروگاه های برق نماید. زیرا چنین موضوعی در حیطه اختیارات و وظایف وی نمی باشد. با این حال چنانچه شرکت فوق اقدام به انعقاد چنین 1قراردادی نماید، برخالف اساسنامه خود عمل نموده است .زیرا اوالً از لحاظ قانونی انعقاد چنین قرارداد هایی برعهده وزارت نیرو و شرکت های تابع آن

بوده و قانونگذار مجوزی به شرکت های نفت ایران در این خصوص نداده است. ثانیاً در اساسنامه آن شرکت نیز اساساً چنین اختیار و مجوزی پیش بینی نشده است .لذا ضمانت اجرای انعقاد چنین قراردادهایی که با ممنوعیت های قانونی مواجه بوده و در زمره تشریفات قبل از انعقاد قرارداد می باشند، بطالن آن قرارداد است.

5- برخی قراردادها برای اینکه معتبر شمرده شوند و اثر خود را بر جای بگذارند، قبل از انعقاد باید به تصویب مراجع خاصی برسند. برای مثال چنانچه یکی از دستگاه های اجرایی قصد انعقاد قراردادی برای بهره برداری از یک معدن اورانیوم داشته باشد، با توجه به اهمیت موضوع ضروری است که قبل از انعقاد چنین قراردادی، مراجع خاصی نظیر سازمان انرژی اتمی و وزارت معدن و صنعت در این خصوص نظر داده و آن را مصوب نمایند. با این حال اگر کارفرما یا دستگاه اجرایی و دولتی، بدون رعایت این گونه تشریفات اقدام به انعقاد قرارداد نمایند، باید این قرارداد را باطل پنداشت. زیرا شرط صحت چنین قرارداد هایی تصویب مراجع خاص است. نکته ای که باید مورد توجه 1ربیعا اسکینی، حقوق تجارت شرکت های تجاری، جلد اول، تهران، سمت، 1389، ص57 125 .قرارگیرد این است که اگر قراردادی بدون تصویب منعقد گردد و بعداً چنین قراردادی مصوب شود، تصویب فوق تأثیری در صحت قرارداد ندارد. زیرا همانطور که گفته شد، شرط صحت برخی قراردادها تصویب مراجع قانونی است. از سوی دیگر قراردادی را که از اساس باطل است، نمی توان احیا نمود. زیرا چنین قراردادی از اساس فاقد اثر بوده و فاسد است. همچنین در برخی قراردادها باید قبل از انعقاد قرارداد مشورت هایی برای انعقاد قرارداد صورت پذیرد که این مشورت ها معمولاً درقالب نظر کمیسیون خاص یا کارشناسان خاصی است. برای مثال در تبصره 4 بند د(ماده 88 قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت برای قیمت گذاری یا تعیین میزان اجاره بها دولت، وجود نظرات 3 تن از کارشناسان رسمی دادگستری ضروری است. لذا چنانچه این مورد رعایت نگردد، به استناد همان ماده قرارداد باطل است. البته موضوع بند اخیر جایگاهی در قرارداد پیمانکاری ندارد. زیرا قرارداد پیمان یک عقد عهدی است. حال آنکه واگذاری یا اجاره اموال منقول وغیر منقول موضوع بند د(ماده 88 قانون فوق یک عقد تملیکی است -6 .عدم رعایت تشریفات مناقصه: درفصل اول راجع به برگزاری مناقصات در قراردادهای دولتی توضیحاتی ارائه شد. با این وجود

نیازمندیم که در این خصوص تتبع بیشتری صورت گیرد. زیرا یکی از مهمترین و در عین حال کلیدی ترین مقررات مربوط به تشریفات انعقاد قرارداد پیمان، برگزاری مناقصه برای انتخاب پیمانکار است. برخی از حقوقدانان در تعریف مناقصه گفته اند: »مالی که مأمور رسمی کمترین بها که از طرف فروشندگان پیشنهاد می شود، خریداری کنند. چنین است اگر مناقصه در مورد صورت دادن عملی یا اعمالی باشد«. همانگونه که از تعریف استنتاج می شود، مناقصه در واقع حالتی است که به موجب آن کمترین میزان تعهدات را در مقابل انجام کارها بر دولت بار نماید. دربند الف(ماده 2 قانون برگزاری مناقصات مصوب 1383 مجمع تشخیص مصلحت نظام، مناقصه بدین شرح تعریف گشته است: »مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت مورد نظر)طبق اسناد مناقصه(که در آن تعهدات موضوع معامله بر مناقصه گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می شود«. در بند ج(همین ماده مناقصه گر را چنین تعریف می نماید: »شخصی حقیقی یا حقوقی است که اسناد مناقصه را دریافت و در مناقصه شرکت می کند«. صرف نظر از تعاریفی که ارائه شد، برابر بند ب(ماده 1 قانون فوق، تمام سازمان ها و نهادهای دولتی و وزارتخانه ها و مؤسسات عمومی و.. مکلف هستند برای انعقاد قرارداد با سایرین، اشخاص مورد نظر را از رهگذر برگزاری مناقصات انتخاب نمایند. به عبارت دیگر شمول قانون فوق برای 126کلیه دستگاه ها و سازمان های دولتی به غیر از نیروهای مسلح بوده و همه ی اشخاص حقوقی دولتی موظف به رعایت این قانون هستند .نکته ای که در اینجا باید ملحوظ نظر قرارگیرد در رابطه با معاملاتی است که دستگاه های دولتی انجام می دهند. بعبارت دیگر از بدو تکوین برگزاری مناقصه در حقوق ایران قانونگذار به تناسب میزان قیمت معاملات، آنها را مورد تقسیم بندی قرارداده است. برای مثال در ماده 1 آیین نامه معاملات دولتی مصوب 27/12/1339 نصاب معاملات در ماده 1 آیین نامه معاملات دولتی بدین شرح تنظیم شده است :1 -معاملات جزئی: معاملاتی است که مبلغ آن از ده هزار ریال تجاوز نکنند. 2- معاملات متوسط: معاملاتی است که مبلغ آن از ده هزار ریال بیشتر و از دویست هزار ریال تجاوز نکند. 3- معاملات عمده: معاملاتی است که مبلغ آن از دویست هزار ریال بیشتر باشد. همین تقسیم بندی در قانون محاسبات عمومی کشور مصوب 01/04/1362 عیناً مورد تکرار قرارگرفته با این تفاوت

که مبالغ آن ها تعدیل شده است. یعنی در معامله جزئی میزان نصاب معامله تا یک میلیون و پانصد هزار ریال، در معاملات متوسط بین یک میلیون و پانصد هزار ریال تا بیست و دو میلیون و سیصد هزار ریال و معاملات بزرگ بیش از بیست و دو میلیون و سیصد هزار ریال می باشد. علی ایحال بعد از تصویب قانون برگزاری مناقصات درسال 1383 طبق ماده 3 این قانون معاملات به 3 دسته معاملات کوچک، معاملات متوسط و معاملات بزرگ تقسیم شدند که مبلغ آنها به ترتیب درمعاملات کوچک تا سال 1382 کمتر از بیست میلیون ریال، در معاملات متوسط به مبلغ مورد معامله بیش از سقف معاملات کوچک بوده و از ده برابر سقف ارزش معاملاتی کوچک تجاوز نکند و در معاملات بزرگ مبلغ برآورد اولیه آنها بیش از ده برابر سقف ارزش مبلغ معاملات کوچک باشد . 1به هر صورت، با عنایت به آنچه گفته شد برای انعقاد یک قرارداد دولتی طبق شرایط عمومی پیمان، دستگاه های اجرایی ملکفند برابر این قانون از طریق برگزاری مناقصه اقدام به انعقاد قرارداد با برندگان مناقصه نمایند. به عبارت دیگر همانطور که سابقاً نیز اشاره شد، اشخاص حقوق عمومی از محدودیت بیشتری در رابطه با انعقاد قرارداد برخوردار می باشد و این امر ناشی از طبیعت کار آنهاست. این امر به صراحت از ماده 1 قانون فوق استنباط می گردد. زیرا بند ب(ماده 1، تمام دستگاه های اجرایی را ملزم به برگزاری مناقصه می 1هیأت وزیران درتاریخ 06/02/94 بنا بر مصوبه شماره 56/5448 میزان نصاب معاملات را بدین شرح تغییر دادند: 1-معاملات کوچک: معاملاتی که کمتر از یکصد و سی نه میلیون ریال باشد.2- معاملات متوسط: معاملاتی که مبلغ مورد معامله بیش از سقف معاملات کوجک بوده و از یک میلیارد و سیصد ونود میلیون ریال تجاوز نکند. 3- معاملات بزرگ: معاملاتی که مبلغ برآورد اولیه آنها بیش از مبلغ یک میلیارد و سیصد و نود میلیون ریال باشد 127 .نماید. با این تفاسیر باید گفت اگر دستگاه های اجرایی و دولتی بدون برگزاری مناقصه اقدام به انعقاد قرارداد پیمان با پیمانکار نماید، آن معامله بدون شک باطل بوده و از درجه اعتبار نیز ساقط است. همین امر موجب مسئولیت کیفری و مدنی نیز می باشد. زیرا نهی قانونگذار در بند ب(ماده 1 وافی به مقصود برای نهی مولوی بوده که داللت بر فساد می نماید .نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که اگر در برگزاری مناقصات برای انتخاب پیمانکار، تشریفات موجود در این قانون رعایت نگردد

برگزاری آن مناقصه باطل بوده و چنانچه پیمانکار بر مبنای مناقصه ی باطل انتخاب گردد، قرارداد پیمان نیز به تبع آن باطل می شود. زیرا بر امر نامشروع اثر مشروع بار نمی گردد. اما سؤالی که ممکن است در اینجا مطرح گردد این است که آیا برای انعقاد هر معامله ای باید تشریفات مربوط به مناقصه رعایت گردد؟ به عبارت دیگر آیا مواردی موجود دارد که اگر تشریفات مناقصه برگزار نشد و قراردادی با پیمانکار منعقد شد، آن قرارداد صحیح شمرده شود؟ برای پاسخ به این سؤال باید دو فرض را مورد کنکاش قرار داد. در برخی موارد به تجویز ماده 37 قانون برگزاری مناقصات لزومی به رعایت تشریفات مناقصه وجود ندارد؛ اما این امر بدان معنی نیست که نباید مناقصه برگزار گردد .همانطور که برخی از نویسندگان نیز به درستی اشاره کرده اند: »در مواردی ممکن است تشریفات مناقصه مانعی سر راه مزایا و منافع دیگری باشد که باید از میان برداشته شود. زیرا گاهی تشریفات که اساساً برای حفظ منافع عمومی تمهید شده، می تواند عامل مضری برای منافع ملی باشد یا شکل معامله محتوا و اصل معامله را تحت الشعاع خود قراردهد. پس ناچار باید این عامل مضر را از سر راه برداشت و راه را برای انجام معامله تسهیل و هموار کرد . »عالوه بر این می توان گفت در برخی موارد اگر انعقاد[1] قرارداد با طی تشریفات طوالنی که در قانون فوق الذکر پیش بینی شده همراه شود، ممکن است منافع عمومی جامعه در خطر افتاده و مصالح عمومی نادیده گرفته شود. لذا برخی ضرورت ها ایجاب می کند که در مواقعی از تشریفات برگزاری مناقصه چشم پوشی نماییم. ماده 27 قانون برگزاری مناقصات می گوید: »درمواردی که انجام مناقصه براساس گزارش توجیهی دستگاه مناقصه گزار به تشخیص یک هیأت سه نفره مرکب از مقامات مذکور درماده 28 این قانون میسر نباشد، می توان معامله را به طریق دیگری انجام داد و در این صورت هیأت ترک تشریفات مناقصه با رعایت صرفه و صالح دستگاه ترتیب انجام اینگونه معامالت را با[1] ابراهیم اسماعیلی هریسی، حقوق صنعت احداث، انتشارات نشر دادگستر، تهران،1392،صفحه 346 128 .رعایت سایر مقررات مربوط در هر مورد برای یک نوع کاال یا خدمت تعیین و اعالم خواهد نمود«. لذا برای اینکه تشریفات مناقصه برگزار نگردد نکات زیر باید ملحوظ نظر قرارگیرد: 1- ارائه گزارش دستگاه مناقصه گزار مبنی بر میسر نبودن تشریفات برگزاری مناقصات وتأیید هیأت 3 نفره موضوع ماده 28 -2 .در نظر گرفتن منافع و مصالح و رعایت

قوانین و مقررات مربوط به معاملات دولتی . 1لذا اگر طبق موارد فوق پیمانکار بدون رعایت تشریفات مناقصه انتخاب شده و بر اساس ماده 21 همین قانون با وی قراردادی منعقد گردد، درصحت و نفوذ چنین قراردادی نمی توان تردیدی روا داشت. اما ماده 28 فرضی را پیش بینی کرده است که در برخی موارد لزومی به برگزاری مناقصات وجود ندارد، یعنی در صورت تحقق موارد مندرج در ماده 28 اصالً مناقصه ای برگزار نشده و کارفرمای دولتی با رعایت مقررات دولتی می تواند اقدام به انعقاد قرارداد با سایرین نماید. چه اینکه در صدر ماده 29 می خوانیم: »درموارد زیر الزام به برگزاری مناقصه نیست و دستگاه های اجرایی مندرج در بند ب(ماده 1 این قانون می توانند بدون انجام تشریفات مناقصه معامله مورد نظر را انجام دهند...«. مواردی نظیر معاملات محرمانه به تشخیص هیأت وزیران یا تعمیر تجهیزات و ماشین آالت ثابت و متحرک و تأمین تجهیزات و ماشیین آالت جایگزین و مرتبط با تداوم تولید در واحدهای تولیدی به تشخیص و مسؤلیت وزیر یا باالترین مقام دستگاه اجرایی در مرکز و یا استان، خرید اموال منقول وغیر منقول، کاال و خدمات تعیین شده مواردی از این قبیل محسوب می گردند. لذا چنانچه کارفرمایان با رعایت ماده 29 این قانون اقدام به انعقاد قراردادی بدون برگزاری مناقصه با پیمانکار نمایند. این قرارداد صحیح تلقی می گردد. در مقام جمع بندی از موارد گفته شده باید گفت که چنانچه دستگاه دولتی بدون رعایت مقررات قانون برگزاری مناقصات اقدام به انعقاد قراردادی با پیمانکار طبق شرایط عمومی پیمان نماید، این قرارداد باطل است. زیرا قراردادهای دولتی در زمره قراردادهای تشریفاتی محسوب شده و عدم رعایت چنین تشریفاتی موجبات بطالن قرارداد را پس از انعقاد فراهم می آورد . هرچند که به ضرر پیمانکار نیز باشد که امری قابل انتقاد است

3-2-1-2-2 .تشریفات مربوط به قواعد ماهوی و ضمانت اجرای

آن زمانی که قرارداد مستقر گردید و طرفین با سپری کردن تشریفات فوق اقدام به انعقاد قرارداد نمودند باید مجموعه قواعد و شرایطی را که در زمینه قراردادهای پیمان است، رعایت نمایند. به عبارتی می توان 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، حقوق صنعت احداث، انتشارات نشر دادگستر، تهران،1392 صفحه 349 129 .گفت که

مجموعه دفترچه پیمان قواعدی را برای اجرای تعهدات طرفین پیش بینی کرده است. معمولاً بعد از انعقاد قرارداد موضوعیت می یابد. بطور کلی می توان گفت که مهمترین علت بطالن قرارداد بعد از انعقاد پیمان اخذ تضمین مناسب است. دستگاه های اداری مکلفند به منظور حفظ منافع دولت و بیت المال و برای اطمینان از اجرای تعهدات و تأمین پیش پرداخت هایی که بعد از انعقاد قرارداد می پردازند، تضمین مناسب 1را از طرف های قرارداد و پیمانکاران اخذ نمایند .در برخی از مواد شرایط عمومی پیمان نیز چنین تضمین هایی پیش بینی شده است. برای مثال در ماده 34 و 35 شرایط عمومی به دو تضمین انجام تعهدات و حسن انجام کار اشاره شده است. در ماده 34 می خوانیم: »موقع امضای پیمان، برای تضمین انجام تعهدات ناشی از آن، پیمانکار باید ضمانت نامه ای معادل 5 درصد مبلغ اولیه پیمان، صادرشده از طرف بانک مورد قبول کارفرما و طبق نمونه ای که ضمیمه اسناد مناقصه بوده است، تسلیم کارفرما نماید..« همانطور که در ماده اشاره شد، در زمان امضای پیمان، پیمانکار موظف به تسلیم ضمانت نامه می باشد، اما چنانچه به هر جهتی از این مسئولیت شانه خالی نماید، نباید قرارداد پیمان را باطل دانست. زیرا مقررات شرایط پیمان ضمانت اجرای بطالن را برای آن در نظر نگرفته است. همچنین نمی توان قراردادی را که به صورت صحیح منعقد شده، باطل دانست. لذا چنانچه این تعهدات را پیمانکار انجام ندهد میتوان پیمان بوجود آمده را قابل فسخ دانست. زیرا همانطور که اشاره شد، یکی از موجبات فسخ پیمان، عدم انجام تعهدات پیمانکار بود

3-1-2-3 .ابطال به علت وجود ممنوعیت های قانونی

یکی از تعهدات اصلی پیمانکار در حین انعقاد قرارداد پیمان اعالم عدم شمول قانون منع مداخله نسبت به وی می باشد. ماده 44 شرایط عمومی پیمان می گوید: »پیمانکار اعالم می کند که در موقع عقد پیمان، مشمول قانون منع مداخله، مصوب بیست و دوم دیماه یکهزار و سیصد و سی و هفت نیست و در صورتی که خالف آن برای کارفرما محرز شود، پیمان فسخ و طبق ماده 47 رفتار می شود. هرگاه ضمن انجام کار تا تحویل موقت، پیمانکار به علل زیر مشمول قانون پیشگفته شود: الف(تغییراتی که در صاحبان سهام، مدیران یا بازرسان

شرکت پیمانکار پیش آید. ب(تغییراتی که در دستگاه های دولتی یا کارفرما پیش آید. در حالت)الف(پیمان فسخ و طبق ماده 47 رفتار می شود. در حالت)ب(به محض وقوع منع قانونی، پیمانکار مکلف است که مراتب را به کارفرما اعالم کند و در صورتی که مانع قانونی رفع نشود، کارفرما به 1علی قلی گنجی، نگرشی بر قواعد انعقاد قرارداد در دستگاه های دولتی، روزنامه اطالعات، بدون شماره و دوره، 31/02/1394 130 .پیمان خاتمه می دهد و طبق ماده 48 پیمانکار عمل می کند. اگر پیمانکار مراتب را به موقع به کارفرما اعالم نکند، پیمان فسخ و طبق ماده 47 رفتار می شود« .همانطور که مرقوم گردید، این ماده در مقام بیان ممنوعیت های پیمانکار بوده وضمانت اجرای آن را فسخ قرارمی دهد. در بند 2 قسمت ب(ماده 46 شرایط عمومی نیز یکی از موارد فسخ همین مورد است. در قانون منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معامالت دولتی کشوری و در ماده 1 آن برخی اشخاص حقیقی و حقوقی نمی توانند تحت هیچ شرایطی در معامالت دولتی حضور داشته یا به عنوان داور در برخی موارد، داوری نمایند. در بند 1و6 تبصره 3ماده 1 این قانون ممنوعیت اشخاص مندرج در ماده 1 در زمینه انجام معامالت مقاطعه کاری)به استثنای معامالت محصوالت کشاورزی ولو آنکه از طریق مناقصه انجام شود(و شرکت در مناقصه و مزایده به صراحت بیان شده و این اشخاص نمی توانند به عنوان پیمانکار در قراردادهای موضوع پیمان حضور داشته باشند. درصورتی که اشخاص مندرج در ماده 1 قانون منع مداخله اقدام به انعقاد قرارداد پیمان نمایند، این قرارداد برابر ماده 2 قانون منع مداخله اساساً باطل و از درجه اعتبار ساقط است. لذا مفهوم فسخ مندرج در ماده 44 شرایط عمومی مسامحه در تعبیر است و نمی توان گفت که چنین قراردادی قابل فسخ است. زیرا 1همانطور که برخی از نویسندگان به درستی نیز بدان اشاره نموده اند ، فسخ از جمله آثار اعمال حقوقی صحیح بوده در حالیکه طبق ماده 2 قانون منع مداخله اساساً معامله این اشخاص باطل است. اما در شق دوم ماده 44 دو فرض پیش بینی شده است: 1- تغییرات در سهم مدیران ویا بازرسان .2-تغییرات در دستگاه های دولتی یا کارفرما. در فرض نخست باید گفت که بر اساس بند 7 ماده اول قانون فوق الذکر، موسسات یا شرکت هایی که پنج درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن ها متعلق به یکی از اشخاص مذکور در فوق یا بیست درصد یا بیشتر سهام یا

سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در بند فوق باشد و یا نظارت یا مدیریت یا بازرسی مؤسسات و شرکت های مذکور با این اشخاص باشد، نمی توان تحت هیچ شرایطی وارد معامله با دولت یا نهادها و دستگاه های اجرایی با دولت شوند چه اینکه چنین مواردی در حین انجام کار صورت پذیرد. لذا اگر چنین اشخاصی برخالف ممنوعیت فوق وارد معامله شوند، این فروض را می توان مطرح نمود: اول اینکه گفته شود که چون عقد در زمان انعقاد صحیحاً بسته شده است، نمی توان آن را از ابتدا باطل دانست. لذا حق فسخ مقرر در ماده 44 ناظر به همین مورد است و 1ابراهیم اسماعیلی هریسی ، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران،1392، صفحه 320 131 .کارفرما در صورت موارد فوق مکلف به فسخ پیمان است. فرض دوم این است که گفته شود معامله فوق قابل ابطال توسط کارفرما باشد. زیرا همانطور که در بخش اول این فصل خواندیم، معامالت قابل ابطال متفاوت از معامالت باطل است و منصرف به معامالتی است که صحیحاً واقع شده است. نگارنده با این نظر موافق است. زیرا وقتی معامله صحیحاً واقع شد و در طول اجرای تعهدات، تغییراتی در پیمانکاران بوجود آمد، این امر را نمی توان نه اسباب بطالن دانست و نه اسباب فسخ. زیرا اگر قائل به فسخ گردیم باید ممنوعیت مندرج در ماده 2 قانون منع مداخله را نادیده بگیریم که این امر مغایر روح حاکم بر قانون منع مداخله است. از سویی اگر معامله را باطل بدانیم باید گفته شود که معامله از ابتدا فاقد اثر بوده و اعتبار ایجادی ندارد. در حالیکه این امر خالف نص صریح ماده 44 شرایط عمومی است. لذا باید قائل به تفسیر شده و چنین معامالتی را توسط کارفرما قابل ابطال بدانیم. همچنین در تأیید این نظر می توان چنین استدالل کرد هزینه و زمانی که بابت بطالن معامله پرداخت می گردد، بسیار بیشتر از قابل ابطال بودن معامله است و این امر مغایر با اهداف قراردادهای دولتی که حفظ منافع ومصالح عمومی جامعه است، می باشد. اما در رابطه با بند ب(ماده 44 نیز باید گفت طبق این بند، پیمانکار موظف است به محض وقوع منع قانونی، مراتب را به کارفرما اعالم کند و اگر مانع رفع نشد کارفرما خاتمه پیمان را اعالم می نماید. منظور از خاتمه 1یافتن در اینجا نیز ابطال است. برخالف نظر کسانی که معتقدند پیمان در این فرض باطل می شود .به نظر می رسد در چنین فرضی همانند فرض باال پیمان قابلیت ابطال را دارد. زیرا در بند اخیرالذکر

پیش بینی شده است که ظاهراً می توان مانع قانونی را برای ادامه پیمان رفع کرد. این در حالی است که اثر بطالن فوری و قهقرایی است و چنانچه قراردادی باطل باشد اساساً نمی توان سببی را که موجب بطالن است رفع نمود یا مهلتی برای مرتفع شدن آن در نظر گرفت. لذا با استدلال فوق به نظر می رسد منظور از خاتمه پیمان در این بند همان قابلیت ابطال توسط کارفرما می باشد

2-2-3 .تشریفات و آثار بطالن

همانطور که بیان گردید در اسناد پیمان مقرره خاصی مبنی بر وجود اسباب و موجبات بطالن یا ابطال پیمان وجود ندارد. با این حال باید دانست که چون پیمان یک قرارداد دولتی و در زمره عقود تشریفاتی است موجبات از بین رفتن تعهدات مندرج در آن نیز همانند انحالل، دارای تشریفات و شرایط 1ابراهیم اسماعیلی هریسی، شرح حقوقی پیمان، انتشارات سازمان مدیریت وبرنامه ریزی، تبریز،1383 132 .ویژه ای می باشد. از سویی هر چند بطالن پیمان عقد را از ابتدا فاقد اثر می نماید. اما باید دانست که صرفاً اثر بطالن به این امر محدود نمی گردد و باید مورد بازبینی بیشتری قرارگیرد. لذا به فراخور مطالب بیان شده، مطالب این قسمت در دو گفتار تنظیم می گردد که در گفتار اول به تشریفات بطالن پیمان می پردازیم و در گفتار دوم آثار بطالن پیمان را مورد ارزیابی قرارمی دهیم. در آخر نیز خسارات ناشی از بطالن را مورد مداقه قرار می دهیم

3-2-2-1تشریفات بطالن پیمان.

برای هر عقد عهدی بطور معمول دو مرحله متصور است: 1- مرحله ی قبل از اجرای تعهد. 2 -مرحله ی حین اجرای تعهد. در قرارداد پیمان نیز وضعیت به همین گونه است. لذا اگر قرارداد باطلی منعقد گردد و هنوز تعهدات جنبه اجرایی به خود نگرفته باشد تشریفات خاصی برای بطالن قرارداد وجود ندارد و صرف اعالم بطالن پیمان به طرف مقابل کفایت می کند. در این صورت چنانچه بطالن منتسب به عمل هر یک از طرفین باشد، طرف متضرر می تواند از جهت تسبیب و با تکیه بر مسئولیت مدنی شخص و نه مسئولیت قراردادی، خساراتی را که از رهگذر بطالن به وی وارد آمده است، مطالبه نماید. اما چنانچه برخی تعهدات انجام شده یا در حال انجام باشد و عقد باطل گردد، به نظر می رسد تشریفات مندرج در ماده 47 و48 شرایط عمومی پیمان در آن

ضروری باشد. چون این موارد قبلاً بیان شده است به جهت جلوگیری از اطاله کالم به صورت اختصار به بیان هریک از آنها می پردازیم :تشریفات بطالن پیمان بر طبق ماده 47 -1 :اعالم بطالن پیمان وابالغ آن به پیمانکار با وحدت مالک از بند الف ماده 47-2 .تصاحب بی درنگ کارگاه و تأسیسات و ساختمان های موقت، مصالح و تجهیزات و ماشین آالت و ابزار توسط کار فرما-3 .صورت برداری از مجموع کارهای انجام شده و در حال انجام-4 .قبول مصالح پای کار طبق مشخصات توسط کارفرما و ارسال فهرست مصالح و تجهیزات سفارش شده برای ادامه کار-5 .جمع آوری مازاد مصالح و تجهیزات مورد نیاز و تدارکات ظرف حداکثر مدت 3 ماه توسط پیمانکار .تشریفات بطالن پیمان طبق ماده 48-1 :ابالغ بطالن پیمان طبق قسمت نخست ماده 48 . 2-133تحویل موقت آن قسمت از کارهای پایان یافته و تحویل قطعی کارهای ناتمام وفق بند الف ماده 48 . -3تهیه صورت وضعیت طبق ماده 40 شرایط عمومی پیمان-4 .تعیین تکلیف درخصوص مصالح موجود در کارگاه-5 .فسخ قرارداد پیمانکار با پیمانکاران جزء-6 .تصرف کردن تأسیسات و ساختمان های احداث شده در کارگاه توسط کارفرما-7 .جمع آوری و خروج مصالح مازاد حداکثر ظرف مدت 3 ماه از تاریخ ابالغ کارفرما . -8بازگرداندن تضمینات .مجموع موارد یاد شده هرچند تشریفات مربوط به انحالل پیمان وخاتمه آن است، اما با این حال مقررات آن 1نیز در خصوص بطالن پیمان جاری است

.پیمان بطالن آثار2-2-2-3

مهمترین اثری که بطالن پیمان بر قرارداد موجود می گذارد، زایل کردن عقد از ابتدا می باشد. زیرا بطالن اثر قهقرایی داشته و کل عقد را از ابتدا زایل می کند. بنابراین چنانچه تعهداتی انجام گرفته باشد آن تعهدات در زمره مسئولیت قراردادی مطرح نمی گردد. لذا مطالباتی که پیمانکار از کارفرما دارد دیگر بر اساس قرارداد قابل مطالبه نیست، زیرا قرارداد فاقد اثر است و در این صورت باید اجرت المثل کارهای انجام شده به پیمانکار پرداخت گردد. این امر را می توان با وحدت مالک از ماده 336 قانون مدنی استنباط کرد. چه اینکه کارفرما منفعتی را تحصیل کرده و از دارایی پیمانکار کاسته شده و از سوی دیگر موضوع 2پیمان باطل است .اما رویه عملی بطور معمول بدین صورت است که مبنای استحقاق پیمانکار را در اجرت المثل، همان مبالغی می

دانند که کارفرما در آن قرارداد باطل تعهد کرده است. اثر دوم باطل بودن پیمان نیز خلع ید پیمانکار از مجموعه کارگاه موضوع قرارداد پیمان است که البته برای خلع ید وی تشریفاتی که در گفتار اول این مبحث بیان گردید، ضروری است

3-2-2-3 .پرداخت خسارات ناشی از بطالن

طبق بند 5 و6 قسمت ب(ماده 50 شرایط عمومی پیمان، درصورتی که پیمان منحل شده یا طبق ماده 48 خاتمه یابد، تأخیر کار نسبت به برنامه زمانی تفصیلی با رعایت ماده 30 شرایط عمومی بررسی شده 1برای مطالعه بیشتر رک: ابر اهیم اسماعیلی هریسی، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، تهران،1392، صفحه 398-2370 .ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، 1386، صفحه 259 134 .و چنانچه پیمانکار تأخیر غیر مجازی نداشته باشد طبق فرمول مندرج در این بند خسارات به پیمانکار تعلق می گیرد و چنانچه میزان خسارات بیش از ارقام درج شده در ماده 50 باشد و پیش بینی خاصی در اسناد و مدارک پیمان در این خصوص شده باشد، خسارات بر اساس آن محاسبه می گردد. اما این موضوع قابل تسری به قرارداد باطل نمی باشد، اما این بدان معنا نیست که متضرر نتواند تحت هیچ شرایطی جبران خسارت بخواهد، بلکه می تواند با مراجعه به قواعد کلی حقوقی خساراتی را که از رهگذر باطل بودن قرارداد بوجود آمده، بر اساس قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی مطالبه نماید. به عبارت دیگر از آنجا که عقد فاسد، فاقد اثر حقوقی مورد انتظار طرفین بوده و از رهگذر انجام اعمالی خساراتی به طرفین وارد شده است، این خسارات با توجه به قواعد کلی حاکم بر قراردادها قابل مطالبه است. مثالً اگر فرضاً بطالن قرارداد پیمان مستند به فعل کارفرما بوده و کارفرما نیز از طریق مناقصه پیمانکار را انتخاب نموده است، پیمانکار می تواند با استناد به بطالن قرارداد کلیه هزینه هایی را که بابت مناقصه پرداخته است از کارفرما مطالبه نماید . پیشنهاد می گردد مبنای خساراتی که از بطالن قرارداد ناشی می گردد، بر مبنای بند 5 و 6 قسمت ب(ماده 50شرایط عمومی پیمان قرار گیرد135 .

نتیجه گیری :

از مجموع آنچه که بیان گردید، موارد زیر مستفاد می گردد

-1 :قراردادهای پیمانکاری در زمره اعمال تصدی گری دولت می باشند و باید مجموعه ی قراردادهای دولتی را تحت عنوان اعمال تصدی گری مورد ارزیابی قرار داد. اما این امر مانع از آن نیست که در مواردی دولت به عنوان نماینده جامعه اقدام به انعقاد قراردادی نماید که منفعت عمومی، که یکی از شرایط اساسی اعمال حاکمیتی است، در آن مستتر باشد. برای انعقاد قرارداد دولتی باید تشریفات خاصی رعایت گردد. چنانچه این تشریفات رعایت نگردد ضمانت اجراهای سنگینی نظیر بطالن قرارداد بر آن حاکم می گردد

-2 .دفترچه پیمان از سه قسمت تشکیل شده که عبارتند از:موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی. این دفترچه پیمان، به عنوان قانون یا مصوبه قانونی به حساب نمی آید. چه اینکه اگر دفترچه عمومی پیمان مستقال یک مصوبه قانونی بود، لزومی به بیان ماده 23 قانون برنامه و بودجه و عاریه گرفتن الزام قانونی این قانون نبود. زیرا مصوبه قانونی به خودی خود و بدون اتکاء به امری، الزام آور تلقی می گردد

-3 .قرارداد پیمان به قراردادی اطالق می گردد که یک یا چند دستگاه دولتی یا اجرایی، برای بهره مندی جامعه، در قبال پرداخت مبالغ معینی، تمام یا بخشی از انجام عملی یا فروش یا خرید کاالیی را به اشخاص حقیقی یا حقوقی موردنظر خود با رعایت شرایط و مقررات دفترچه پیمان واگذار نمایند اولین ویژگی قرارداد پیمان تشریفاتی بودن انعقاد آن است. ویژگی دومی که می توان برای پیمان برشمرد، استمراری بودن این

قرارداد است. پیمان یک عقد ترکیبی است که بخشی از آثار آن در قوانین ذکر گردیده و به اعتباری یک عقد معین است و برخی از آثار آن در قوانین ذکر نشده که از این جهت یک عقد نامعین است. پیمان عقدی الزم است. مفاد ماده 219 قانون مدنی که بیانگر »اصالۀ اللزوم« است موید این مطلب است که کلیه قراردادهای واقع شده الزم االتباع هستند. آنچه که برخی نویسندگان از آن به عنوان حربه ای برای دوگانه نشان دادن عقد پیمان استفاده کرده ماده 46 شرایط عمومی پیمان است که حق فسخ را برای کارفرما در 15 بند احصاء کرده است و ظاهراً هیچ گونه حقی در این خصوص برای پیمانکار در نظر نگرفته است. در صورتی که حق فسخ برای یکی از طرفین عقد الزم را تبدیل به جایز نمی کند. چه اینکه خیار فسخ فقط اختصاص به معامالت و عقود الزم دارد. همچنین از ماده 48 که خاتمه پیمان را توسط کارفرما بیان می کند، می توان اینچنین برداشت کرد که مقرره فوق نوعی شرط خیار است که در آن تاریخی نیز مقرر نشده است و ابتدا و انتهای آن، ابتدا و انتهای قرارداد می باشد -5 136 .قرارداد پیمانکاری که یک طرف آن دولت است، دارای ماهیت ویژه ای است. چه اینکه اداری بودن این قرارداد این تحلیل را بیش از پیش تقویت می نماید. زیرا در قراردادهای اداری، تشریفات انعقاد یک قرارداد متضمن شروط و احکام ویژه ای است که وضعیت ممتازی نسبت به سایر قراردادها دارد. در حالیکه در این شروط و احکام ویژه در سایر قراردادها وجود ندارد. مضافاً اینکه در قواعد عمومی قراردادها، اصل بر تساوی اراده متعاملین است ولی در حقوق پیمان ها با این مفهوم به معنای آنچه که در حقوق خصوصی وجود دارد روبرو نیستیم و قراردادهای اداری بطور معمول نوعی قرارداد تحمیلی از لحاظ شکلی به حساب می آیند .

-6اولین تشریفات انعقاد پیمان، تایید اعتبار طرح موضوع قرارداد پیمان و تصویب آن است. مرحله دوم انعقاد پیمان، انتخاب مجری قرارداد از طریق فرایند مناقصه است که طبق قانون برگزاری مناقصات انجام می شود. پس از طی تشریفات فوق نوبت به انعقاد پیمان می رسد. در این مرحله کارفرما و پیمانکار با رعایت قواعد مندرج در شرایط عمومی پیمان و با عنایت به ماده آن شرایط اقدام به امضای قرارداد پیمان می نمایند

-7اسباب انحلال قرارداد ها را می توان از جهت میزان اراده اشخاص به سه دسته تقسیم بندی نمود: 1 - انحلال به اراده طرفین)اقاله(2-انحلال به اراده یک طرف)فسخ(3-انحلال بدون اراده طرفین عقد)انفساخ -8 .) در ماده 46 شرایط عمومی پیمان که مقررات مربوط به فسخ را بیان می کند فقط به امکان فسخ پیمان توسط کارفرما اشاره دارد و سخنی از اینکه پیمانکار نیز می تواند در مواردی حق فسخ داشته باشد، به میان نیامده است.موجبات فسخ در شرایط عمومی پیمان عبارتند از:1-فسخ پیمان به علت تأخیرات. 2-فسخ به دلیل عدم انجام تعهدات. 3-فسخ به موجب انجام فعالیت های مخالف با قانون و قرارداد .

-9فسخ یک عمل حقوقی یکطرفه و نوعی ایقاع است و با توجه به مواردی که در مواد مختلف شرایط عمومی پیمان بیان شده خصوصاً ماده 47 آن، این ایقاع، یک ایقاع تشریفاتی می باشد. برای فسخ پیمان دو نوع تشریفات وجود دارد که عبارتند از: 1-اعمال اداری و حقوقی فسخ. 2-تشریفات مادی فسخ پیمان :منظور از تشریفات مادی پیمان یعنی مجموعه اقداماتی که بر اساس آن از تاریخ ابالغ فسخ باید در خصوص مواردی نظیر تضمین انجام تعهد و مصالح و تجهیزات تعیین تکلیف صورت گیرد .

-10مهمترین اثر فسخ قرارداد پیمان انحلال عقد فیمابین کارفرما و پیمانکار است. وقتی پیمان فسخ می گردد، هیچ کدام از طرفین تعهدی نسبت به یکدیگر در خصوص ادامه یا اجرای آن قرارداد ندارند. اثر فسخ ناظر به آینده است و در گذشته اثری ندارد. چه اینکه وقتی عقودی بصورت صحیح منعقد می گردد و 137بخشی از تعهدات نیز انجام می شود، لزومی ندارد که پس از فسخ آن، کلیه اعمال گذشته از جنبه اعتبار داشتن زیر سؤال رود. اثر فسخ هرچند ناظر به آینده است، اما منوط به رعایت تشریفاتی است که در ماده 47رعایت آنها الزامی شمرده شده است. چنانچه تشریفات بیان شده رعایت نگردد، فسخ واجد اثر نبوده و در ادامه عقد مانعی ایجاد نمی کند با این حال چنانچه این تشریفات رعایت گردد پیمان فیمابین طرفین بوسیله فسخ، انحلال پیدا کرده و از زمان تحقق فسخ هیچ یک از طرفین تعهداتی در مقابل یکدیگر نخواهند داشت. اثر دومی که از فسخ قرارداد پیمان بر جای می ماند، خلع ید پیمانکار از انجام ادامه کار است. به عبارت دیگر پس از فسخ پیمان،

پیمانکار هیچ گونه حقی مبنی بر ادامه اجرای کار نخواهد داشت. کارفرما موظف است کلیه حقوق و تکالیفی را که در مقابل پیمانکار دارد، با رعایت تشریفات، تا زمان تحقق فسخ به وی بپردازد .

-11منظور از موجبات انفساخ پیمان یعنی مواردی که به موجب تحقق آنها، قرارداد پیمان بدون تحقق اراده هر یک از طرفین یا هر دو خود بخود منحل می گردد. موجبات انفساخ پیمان را می توان به دو دسته تقسیم نمود: 1- انفساخ پیمان بصورت قهری که نوعی انفساخ قانونی به حساب می آید. 2- موارد در حکم انفساخ که نوعی انفساخ قراردادی یا شرط فاسخ به حساب می آید .

-12در فرض انفساخ پیمان قرارداد خود بخود منحل می گردد و منظور از تشریفات انفساخ ناظر به رعایت مواردی است که برای بعد از انحالل قهری باید مورد عنایت قرار گیرد. به عبارتی چون انفساخ قرارداد بدون نیاز به هر علتی خود بخود قرارداد را منحل می کند، باید این تشریفات پس از انفساخ قرارداد، رعایت گردد.

-13 مهمترین اثری که انفساخ پیمان از خود بر جای می گذارد، انحالل زوال آثار عقد نسبت به آینده است . به عبارت دیگر انفساخ پیمان سبب می گردد که طرفین هیچ گونه تعهدی بر اجرای قراردادی که سابقاً منعقد کرده اند، نداشته باشند و در مقابل نیز، زوال این آثار از زمان تحقق انفساخ پیمان می باشد. در حقیقت اثر انفساخ ناظر به آینده است و عقد را نسبت به آینده بی اثر می کند. اثر دومی که از انفساخ پیمان بر می آید، خلع ید پیمانکار از ادامه انجام کار و خاتمه دادن به تعهدات طرفین در این زمینه است. با این حال اگر پس از انفساخ، پیمانکاران جزء مطالباتی از پیمانکار اصلی داشته باشند، کارفرما موظف به رسیدگی بوده و پس از احراز طلب آنان، مکلف است طبق صورت حساب نهایی، طلب پیمانکاران جزء را بپردازد و آنها را در صورتحساب مطالبات خود از پیمانکار درج نماید 138 .

-14عقد پیمان یک عقد عهدی است، مادامی که تعهدات اجرا نشده باشد و صرفاً در مرحله ایجاد باشد، می توان قرارداد واقع شده را اقاله نمود. اما چنانچه عملیات اجرایی شروع شده باشد اقاله پیمان جایگاهی ندارد. زیرا از یک سوی مقررات شرایط عمومی چنین فرضی را پیش بینی نکرده و مسکوت گذاشتن این موضوع می تواند بیانگر عدم اقبال نویسندگان دفترچه پیمان مبنی بر اقاله پیمان بعد از عملیات اجرایی باشد .از سوی

دیگر مقتضیات مصالح عمومی جامعه ایجاب می کند، قراردادی که در حال اجرا و انجام است توسط طرفین زایل نگردد .

-15هر گاه مبنای ابطال حمایت از حقوق اشخاص معین باشد، قانونگذار سر نوشت عقد را به دست آنها می سپارد تا بتوانند ابطال آن را دست مایه جلوگیری از ضرر خود قرارداده و آن معامله زیانبار را از سر راه خود بر دارند. اما معامله باطل معامله ای بود که از ابتدا فاقد اثر بوده و با معدوم تفاوتی ندارد .

-16منظور از موجبات بطالن پیمان یعنی مجموعه مواردی که سبب می گردد قرارداد پیمان باطل شده وهیچگونه اثری از خود برجای نگذارد. در تقسیم بندی موجبات بطالن پیمان، اسباب بطالن پیمان عبارتند از:1-بطالن پیمان به علت عدم رعایت تشریفات معاملات دولتی. 2-ابطال پیمان به علت وجود ممنوعیت های قانونی.

-17 بطور کلی می توان تشریفات قبل از اجرای معاملات را به شش دسته تقسیم نمود. 1- مجوز انعقاد قرارداد: مجوز انعقاد قرارداد یکی از مهم ترین ارکان در قرارداد های دولتی است و تا این مجوز از طرف مقامات مجاز صادر نشود، قرارداد نمیتواند وارد مرحله انعقاد گردد این موضوع در ماده 37 قانون محاسبات عمومی کشور امده است. این مجوز از طرف باالترین مقام اجرایی سازمان یا دستگاه دولتی صادر می شود که مفهوم باالترین مقام اجرایی در ماده 53 قانون محاسبات عمومی بیان شده است.2-تأمین اعتبار از ردیف مصوب: موضوع دومی که در زمره تشریفات انعقاد قراردادهای دولتی است، به استناد ماده 18 قانون محاسبات عمومی کشور تأمین اعتبار قرارداد است. تأمین اعتبار یعنی اختصاص دادن تمام یا قسمتی از اعتبار مصوب برای هزینه معین. تأمین اعتبار و کسب مجوز از مقامات ذیصالح دو مورد اساسی از مقدمات انعقاد قرارداد می باشند که در ماده 37 قانون محاسبات عمومی کشور بیان شده است و البته ماده 50 همین قانون تأمین اعتبار را به تنهایی کافی نمی داند بلکه استفاده از اعتبارات نیز باید از ردیف مصوب باشد.3 -محدودیت درانتخاب طرف قرارداد.4-ممنوعیت ها: دستگاه های دولتی برخالف سایر اشخاص، نمی توانند 139اقدام به انعقاد هر معامله ای بنمایند. زیرا اوالً هردستگاه دولتی دارای اختیارات ووظایف اختصاصی است وثانیاً هردستگاه اجرایی بطور

معمول دارای اساسنامه ای می باشند که مجموعه اختیارات وصالحیت های آنها دراساسنامه شان پیش بینی شده است. 5-تصویب برخی از قرارداد ها در مراجع خاص. 6-عدم رعایت تشریفات مناقصه. عدم رعایت هریک از موارد فوق موجبات بطالن قرارداد را فراهم می آورد.

18- از دیگر موارد ابطال پیمان ممنوعیت های قانونی برای انعقاد قرارداد با برخی اشخاص است. البته این امر زمانی صادق است که معامله در حین انعقاد، قرار داشته باشد، اما وقتی معامله صحیحاً واقع شد و در طول اجرای تعهدات، تغییراتی در پیمانکاران بوجود آمده این امر را نمی توان نه اسباب بطالن دانست ونه اسباب فسخ. زیرا اگر قائل به فسخ گردیم باید ممنوعیت مندرج درماده 2 قانون منع مداخله را نادیده بگیریم که این امر مغایر روح حاکم بر قانون منع مداخله است. از سویی اگر معامله را باطل بدانیم باید گفته شود که معامله از ابتدا فاقد اثر بوده و اعتبار ایجادی ندارد. درحالیکه این امر خالف نص صریح ماده 44 شرایط عمومی است. لذا باید قائل به تفسیر شده وچنین معاملاتی را توسط کارفرما قابل ابطال بدانیم.

19- اگر قرارداد باطلی منعقد گردید ولی هنوز تعهدات جنبه اجرایی به خود نگرفته باشد، تشریفات خاصی برای بطالن وجود ندارد و صرف اعالم بطالن پیمان به طرف مقابل کفایت می کند. دراین صورت چنانچه بطالن منتسب به عمل هر یک از طرفین باشد، طرف متضرر می تواند از جهت تسبیب و با تکیه بر مسئولیت مدنی شخص و نه مسئولیت قراردادی خساراتی را که از رهگذر بطالن به وی وارد آمده است مطالبه نماید. اما چنانچه برخی تعهدات انجام شده یا در حال انجام باشد و عقد باطل گردد. بنظر می رسد تشریفات مندرج در ماده 47 و48 شرایط عمومی پیمان درآن ضروری باشد. مهمترین اثری که بطالن پیمان برقرارداد موجود می گذارد، زایل کردن عقد از ابتدا می باشد. زیرا بطالن اثر قهقرایی داشته و کل عقد را از ابتدا زایل می کند. بنابراین چنانچه تعهداتی انجام گرفته باشد آن تعهدات در زمره مسئولیت قراردادی مطرح نمی گردد. لذا مطالباتی که پیمانکار از کارفرما دارد، دیگر بر اساس قرارداد قابل مطالبه نیست. زیرا قرارداد فاقد اثر است و در این صورت باید اجرت المثل کارهای انجام شده به پیمانکار پرداخت گردد. این امر را می توان با وحدت مالک از ماده 336 قانون مدنی استنباط کرد 140 .

پیشنهادات

-1با عنایت به آنچه که گفته شد ضروری است قانونگذار در راستایی هویت بخشی به قراردادهای موضوع حقوق پیمان، مجموعه دفترچه شرایط عمومی پیمان را در قالب یک قانون بیان کرده و مقررات آن را با توجه به گذشته نزدیک به دو دهه از آخرین تغییرات دفترچه پیمان تعدیل نماید.

-2 پیشنهاد می گردد که موارد انحالل در قراردادهای پیمان به طور جداگانه تقسیم بندی شده، مقررات و تشریفات هریک از موارد انحالل بطور جداگانه تقسیم بندی گردد .

-3پیشنهاد می گردد با توجه به وجود مبنای خیار فسخ در قواعد عمومی قراردادها، برای پیمانکار در مواردی که کارفرما از تعهدات خود تخلف می نماید، حق فسخ قرارداد نیز پیش بینی گردد

-4 .با توجه به ناسازگاری ماده 48 شرایط عمومی پیمان با نظام حقوقی ایران، پیشنهاد می شود این ماده از شرایط عمومی پیمان حذف شده و مقررات آن با توجه به قوانین اقتداری که کارفرما به عنوان یک سازمان یا نهاد دولتی می تواند از آن استفاده کند، تغییر یابد

-5 .با توجه به اینکه دستگاه های اجرایی یا دولتی در پرداخت مبالغ به پیمانکاران، به علت وجود بوروکراسی اداری تاخیر دارند، پیشنهاد می گردد که مبالغی که تحت عنوان پیش پرداخت در شرایط عمومی پیمان وجود دارد، بیشتر شده تا پیمانکار با آسودگی بیشتری به ادامه فعالیت خود بپردازد.

-6 پیشنهاد می گردد مبنای خساراتی که از بطالن قرارداد ناشی می گردد، بر مبنای بند 5 و 6 قسمت ب) ماده 50 شرایط عمومی پیمان قرار گیرد 141 .

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

الف(کتب

اباذر فومشی م. 1392. ترمینولوژی نوین حقوق.)جلد دوم(. تهران: نشر نورالهی .

ادیبی م. 1390. تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی. تهران: نشر جاودانه جنگل

.آذرتاش آ. 1379. فرهنگ معاصر عربی- فارسی. تهران: نشر نی

.اسکینی ر. 1389.حقوق تجارت شرکت های تجاری.)جلد اول(. تهران: نشر سمت .

امامی ح. 1384. حقوق مدنی.)جلد اول(. تهران: نشر کتابفروشی اسالمیه

.انصاری و. 1377. حقوق قراردادهای اداری. تهران: نشر حقوقدان

.بشیری ع و دیگران. 1393. حقوق کاربردی شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی .تهران: نشر جاودانه جنگل

.بهشتی م. 1370. فرهنگ لغت صبا. تهران: نشر صبا

.پاکدامن ر. 1393. مقررات و قراردادهای همسان ساز ابالغی پیمان ها. تهران: نشر خرسند .

ثمریها م. 1391. نکات کلیدی شرایط عمومی پیمان. تهران:نشر جاودان خرد .

جعفری لنگرودی م. 1370. دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: نشر بنیاد راستاید .

جعفری لنگرودی م. 1384. ترمینولوژی حقوقی. تهران: نشر جنگل .

جعفری لنگرودی م. 1388. مبسوط در ترمینولوژی حقوق.)جلد اول(. تهران: نشر کتابخانه گنج دانش .

جعفری لنگرودی م. 1388. مبسوط در ترمینولوژی حقوق.)جلد دوم(. تهران: نشر کتابخانه گنج دانش .

دهخدا ع. 1378. فرهنگ لغت دهخدا.)جلد اول(. تهران: نشر دانشگاه تهران

.شهیدی م. 1393. تشکیل قراردادها و تعهدات.)جلد اول(. تهران: نشر مجد .

شهیدی م. 1392. سقوط تعهدات.)جلد پنجم(. تهران: نشر مجد .

شهیدی م.1385. اصول قراردادها و تعهدات.)جلد دوم(. تهران: نشر مجد .

صفایی ح. 1389. قواعد عمومی قراردادها.)جلد دوم(. تهران: نشر میزان .

طباطبایی موتمنی م. 1387. حقوق اداری. تهران: نشر سمت .

عظیمی آقداش م، بقایی مهر ن. 1392. قوانین و مقررات پروژه های عمرانی. تهران: نشر پارسیا .

علمایی م، قمطیر م. 1391. دانستنی های مهم قراردادی برای مهندس کارگاه. تهران: نشر قرب نوح 142 .

عمید ح. 1378. فرهنگ لغت عمید. تهران: نشر امیر کبیر .کاتوزیان ن. 1376. قواعد عمومی قراردادها.)جلد اول(. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار

.کاتوزیان ن. 1376. قواعد عمومی قراردادها.)جلد دوم(. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا .

کاتوزیان ن. 1376. قواعد عمومی قراردادها.) جلد پنجم(. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا

.کاتوزیان ن. 1386. دوره مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی. تهران. نشر شرکت سهامی انتشار .کاتوزیان ن. 1387. عقود معین.)جلد اول(. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار .

کاتوزیان ن. 1390. دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار .

کاتوزیان ن. 1392. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان .

کربالیی کریمی م. 1394. مجموعه نکات شرایط عمومی و خصوصی پیمان. تهران: نشر جاودان خرد .

کشاورز ب. 1373. آیین تنظیم قراردادهای دولتی. تهران: نشر میزان .

معین م. 1379. فرهنگ فارسی معین.)جلد دوم(. تهران: نشر امیر کبیر .معین م.1386.

فرهنگ فارسی معین. تهران: نشر امیر کبیر .معین م. 1387.فرهنگ فارسی معین.)جلد ششم(. تهران: نشر امیر کبیر

.هریسی ا. 1380. شرح حقوقی پیمان. تهران: نشر سازمان مدیریت و برنامه ریزی

.هریسی ا. 1383. شرح حقوقی پیمان. تبریز: نشر سازمان مدیریت و برنامه ریزی .

هریسی ا. 1390. حقوق مهندسی.)تکمله پیمان(. تهران: نشر حقوقدان .هریسی ا. 1392. مبانی حقوقی پیمان. تهران: نشر جاودانه جنگل .

هریسی ا. 1392. حقوق صنعت احداث. تهران: نشر دادگستر .

هنیزی ج. 1390. قرارداد های ساختمانی. ترجمه محمد تقی بانکی. تهران: نشر اطالعات

.ب(مقآالت

رحمانیان م. 1390. قراردادهای پیمانکاری دولتی. نشریه ماوی. بدون شماره .

گنجی ع. 1394. نگرشی بر قواعد انعقاد قراردادهای دولتی. روزنامه اطالعات. بدون شماره

.ویژه م، تنگستانی م. حق فسخ و انفساخ در قراردادهای پیمانکاری دولتی)مطالعه موردی مقررات شرایط عمومی پیمان(. فصلنامه حقوق، دانشگاه عالمه طباطبایی تهران. شماره 64: دوره 1 143 .

هاشمی م. بی تا. نگرشی بر قانون جدید کار. مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی. شماره 9

.ج(پایان نامه

دستمردی ا. 1385. اسباب انحالل در فقه و حقوق. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشکده الهیأت و معرف اسالمی .دانشگاه آزاد تهران شمال

.رضایی م. 1389. طرح های عمرانی قرارگاه خاتم االنبیاء. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه آزاد نجف آباد .

سعادت بیدی ر. بررسی وضعیت معامالت قابل ابطال در حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه پیام نور تهران .

فاضل م. 1389. تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشکده حقوق. دانشگاه آزاد تهران مرکز

.مکانی م. 1379. ماهیت حقوقی قراردادهای عمرانی.. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشکده تحصیالت تکمیلی .دانشگاه آزاد تهران مرکز .

منابع انگلیسی

1- Roshdiye H,Adescriptive and Coparative, Dictionary of Law, Vol 1, Tehran, Pub: Noor bakhsh, p.t 362-363.

2- Roshdiye H, A descriptive and Comparative -5 , Dictionary of Law , Vol 2 ,pub: N or bakhsh, Tehran, p.t,1067.

3- Hojja tollah besharat, contemporarylaw dictionary (persion-english) pub :farhangmoaser, Tehran,2011 p.t.t 72. 4-1 www.khanilawyer.ir/Index.php?todo=showArticleAID =108228. 144