

## مبانی شکل‌گیری و استمرار اختلاف در قراردادهای اداری ایران

مصطفی مبارکی<sup>۱</sup>

محمدکاظم عمادزاده<sup>۲</sup>

غلامحسین مسعود<sup>۳</sup>

### چکیده

مسئله معاملات دولت به‌عنوان بزرگ‌ترین شخص حقوق عمومی و اینکه دولت نیز همانند اشخاص حقوق خصوصی می‌تواند با دیگران وارد معامله شود تا تأسیسات عظیم اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و زیربنایی خود را با انعقاد قرارداد با پیمانکاران توسعه بخشد و به‌روزرسانی نماید، یکی از مهم‌ترین وظایف دولت در اعمال تصدی‌گرایانه است. هدف این پژوهش مطالعه ضرورت اعمال تصدی‌گرایانه و دوجانبه دولت، از جمله قراردادهای اداری است که بروز اختلاف در مقدمات، انعقاد و اجرای آن قراردادهای امری بدیهی به‌نظر می‌رسد. روش تحقیق بر اساس هدف، همانا کاربردی محسوب می‌شود و از نظر ماهیت و نحوه گردآوری مطالب و داده‌ها تابع روش توصیفی غیرآزمایشی قرار گرفته است. لذا جامعه آماری، حجم نمونه و روش نمونه‌گیری خاصی نداشت و اغلب در محیط کتابخانه‌ای و با استفاده از ابزار فیش‌برداری صورت پذیرفت و در نگرش خویش، تابع شیوه توصیفی - تحلیلی و در پی تحلیل محتوا بود. اساس یافته‌های تحقیق با توجه به حاکمیتی که دولت دارد، در روابط حقوقی، اصل بر اعمال و تصمیمات یک‌جانبه یعنی ایقاع استوار است. به این ترتیب، مقامات اداری و اجرایی در حدود وظایف و صلاحیت‌های خود تصمیماتی می‌گیرند که اصولاً نیازی به توافق با اشخاص نیست و برای افراد ایجاد حق یا تکلیف می‌نماید. از این رهگذر احتمالاً اختلاف‌هایی میان طرفین قرارداد ظهور و بروز می‌نماید؛ بنابراین، شناسایی علل و منشأ بروز این اختلاف‌ها در قراردادهای اداری به‌منظور کاستن از تعداد آن‌ها و نیز شیوه‌ای مفید برای حذف این اختلاف‌ها پیشنهاد شده است.

**واژگان کلیدی:** اوراق قرضه، عمل تصدی‌گری، مزایده، مقاطعه‌کاری، مناقصه.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

Mostafamobaraki77@yahoo.com

Emad17@ase.ui.ac.ir

Dr.gh.masoud@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد (نویسنده مسئول)

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد

## مقدمه

با توجه به اصول قانون اساسی از جمله اصول ۳، ۲۹، ۳۰ و ۴۳، نظریه «خدمات عمومی» به عنوان اصلی ترین مبنای وجودی دستگاه اداری دولت محسوب می شود و تابع اصولی است که بر آن حاکم می باشد. این اصول عبارت است از: برابری، تقدم، رایگان بودن، تداوم و سازگاری. برخی از این اصول از جمله برابری و رایگان بودن خدمات عمومی (درباره آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان) در قانون اساسی آمده و بعضی دیگر به صراحت نیامده است، ولی از مفهوم اصول قانون اساسی به طور غیرمستقیم می توان آن ها را استخراج و شناسایی کرد (رضایی زاده و کاظمی، ۱۳۹۱: ۲۴). قرارداد اداری نوعی از قراردادهاست که سازمان ها، مؤسسات، شرکت ها و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح های عمرانی، انجام خدمات عمومی و اداره و بهره برداری از منابع، ثروت ها و اموال عمومی منعقد می کنند که منافع و سود آن عاید اشخاص خاص نمی شود، و تأمین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور هدف اول این قراردادها است. این امور در کشور ما اغلب و در درجه اول، وظیفه دولت و مؤسسات تابعه آن است. نتایج پژوهش های مشابه بیان می دارند که هیچ قانون عامی برای تدوین اصول، قواعد و احکام قراردادهای اداری و مختصات منشأ اختلاف در نظام حقوقی ایران به تصویب نرسیده است. برخلاف حقوق خصوصی که احکام آن به تفصیل در قانون مدنی و قانون تجارت و دیگر قوانین مندرج است، قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای اداری به صورت جزئی و ناقص عنوان شده اند. نمای کلی این الزامات در قالب قانون برگزاری مناقصات، قانون منع مداخله دولت در معاملات دولتی، برخی مواد قانون محاسبات عمومی، شرایط عمومی پیمان و آیین نامه ها و بخش نامه های ناظر به آن قابل بررسی است؛ به طوری که یکی از معضلات فعلی حقوق قراردادهای اداری در ایران، یافتن قانون حاکم بر قرارداد است. این مسئله از نبود اندیشه منسجمی در خصوص تدوین اصول و قواعد این رشته در ایران حکایت دارد. در واقع، با طرح مشکل یا معضل و پاسخگو نبودن احکام و قواعد حقوق خصوصی، به طور خاص و مصداقی به حل آن پرداخته شده است، بدون آنکه انسجام این قوانین و مقررات پراکنده مد نظر بوده باشد.

پژوهش حاضر پس از بررسی مفهوم اختلاف قراردادی، به تبیین زمینه‌های بروز و ظهور اختلاف در قراردادهای اداری می‌پردازد و در پی تبیین وضعیت موجود و ارائه راهکار جدید برای به حداقل رساندن اختلاف‌های قراردادی در عرصه‌انگاره‌های خدمات مقامات اجرایی است. با توجه به برخی از مهم‌ترین عوامل بروز اختلاف‌های قراردادی، می‌توان نتیجه گرفت که در بسیاری از موارد با اتخاذ تدابیر ساده در زمان انعقاد و یا اجرای قرارداد می‌توان از بروز بخش عمده‌ای از اختلافات جلوگیری کرد.

### ۱. مفهوم اختلاف در قرارداد اداری

اختلاف از ریشه «خلف» به این معناست که انسان راهی را درپیش گیرد که غیر از راه دیگری است. اختلاف قراردادی درحقیقت گمان فعل یا ترک فعلی است که به‌موجب برداشت طرفین قرارداد، بر موجبات نگارش قرارداد میان طرفین عقد و یا هنجارهای حاکم بر قرارداد منطبق نباشد. اختلاف در قراردادهای اداری به این مفهوم است که دولت (قدرت عمومی) به‌عنوان یک طرف قرارداد، و اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیردولتی به‌عنوان طرف دیگر قرارداد، نسبت به انجام فعل و یا ترک فعل و یا مقتضیات حاکم بر قرارداد و یا در نحوه برداشت از متون قانون حاکم بر قرارداد نسبت به یکدیگر عقیده‌ای معارض داشته باشند.

### ۲. آثار اختلاف در قرارداد اداری

قرارداد مطلوب منظومه‌ای است که روابط طرفین را به شیوه‌ای معنی‌دار و متوازن پیش‌بینی می‌کند. با این‌همه، وقوع اختلاف در قراردادها اجتناب‌ناپذیر است و نمی‌توان قرارداد را طوری تنظیم کرد که راه را بر هرگونه تخلف و نقض و ادعا و اختلاف ببندد. نکته اصلی تدبیر و تمهید مناسب و کارآمد برای مدیریت اختلافات و دعوی قرارداد است.

#### ۱.۲. معطل ماندن انگاره خدمات عمومی

خدمات عمومی دولت که با توافق جمعی بیشینه یک ملت انجام می‌پذیرد، بیانگر آن است که برخی خدمات باید بدون درنظر گرفتن سطح درآمد شهروندان و به شکل همگانی

در دسترس عموم قرار گیرد؛ آموزش، انرژی و حمل و نقل عمومی از جمله این خدمات است. با بروز اختلاف در قراردادهای اداری، آنچه احتمالاً برجسته خواهد شد، معلق ماندن خدمات و یا تعطیلی موقت آن‌ها است. از آنجایی که در حقوق اداری اصل بر استمرار خدمات عمومی است (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۲، ص ۳۶). چنین نقیصه‌ای هرچند برای مدت زمانی کوتاه در تحول زیرساخت‌های خدماتی دولت ایجاد خلل می‌کند، برآزنده یک دولت مدرن نخواهد بود.

### ۲.۲. حیف و میل شدن اموال عمومی

اصولاً «حیف» و «میل» اموال عمومی پدیده‌ای است که منافع عمومی را به خطر می‌اندازد. اگر دولت در محاسبات استقراری تأسیساتی که از سوی بخش خصوصی انجام می‌شود، دچار اختلاف شود و این اختلاف همچنان حل‌ناشدنی باقی بماند، هزینه‌های کلانی به دولت و اموال عمومی تحمیل خواهد شد. این هزینه‌ها به‌خصوص در مباحث مربوط به تعلیق یک‌جانبه قرارداد از سوی دولت و فسخ یک‌طرفه نمود بیشتری دارد.

### ۳.۲. درگیری در مراجع داوری و دادرسی

کاهش ضریب دقت و معطل ماندن قرارداد اداری به دلیل بروز اختلاف و ارجاع آن به تأسیسات داوری و قضایی، دولت را در امری ناخواسته قرار می‌دهد. دفاع از حقوق دولت اگرچه امری پسندیده است، لیکن تزیق چنین حقی به پیکره دولت مستلزم مدت‌های مدیدی خواهد بود. کاهش حداکثری اختلاف‌ها و کمرنگ آن‌ها افزون بر ایجاد فراغت بال برای دولت، از هزینه‌های زائد تحمیل شده بر تشکیلات اجرایی و صرف وقت مأمورین اداری جلوگیری خواهد کرد.

### ۴.۲. بدبینی طرف‌های قرارداد نسبت به دولت

وجود صلاحیت‌های تخییری در قراردادهای دولتی (نظیر تعلیق مدت قرارداد) از دولت خدمتگزار چهره مستبدانه و خودخواه می‌سازد. امتداد چنین روندی باعث کم‌مشتتری شدن قراردادهای مناقصه، مزایده، عاملیت و ... خواهد شد و از این رهگذر ممکن است مقاطعه‌کاران مجرب و متخصص دولت را شخصی معتمد و صادق‌الوعد برای اجرای

پروژه‌های کلان اقتصادی ندانند. ظهور احتمالی دولت در قالب یک قدرت نامتوازن از دیگر دستاوردهای قوانین موضوعه موجود است.

### ۳. ویژگی‌های اختلاف در قراردادهای اداری

در قراردادهای اداری افزون بر شخص حقوق عمومی (طرف دولتی) و طرف دیگر (در بیشتر موارد، بخش خصوصی)، عنصر سومی نیز دخالت دارد و آن «مردم» هستند. اساساً هدف از انعقاد این قراردادها تأمین منافع عمومی است که در نتیجه، احکام و قواعد حاکم در حقوق خصوصی کاملاً پاسخگوی اقتضائات این رابطه سه‌طرفه نیست، و اختلاف فی‌مابین قدرت عمومی و مردم جزء جدایی‌ناپذیر در قراردادهای اداری است. در کشورهایی که به پیروی از حقوق فرانسه در مورد قراردادهای دولتی - که موضوع حقوق خصوصی - است و قراردادهای اداری، نظامی دوگانه‌گرا برگزیده و بین آن‌ها تفکیک قائل شده‌اند، نمی‌توان به اختلافات ناشی از قراردادهای دولتی بدون توجه به مفهوم قراردادهای اداری رسیدگی کرد (سلیم، ۱۳۸۷: ۲۱۸). بروز و ظهور اختلاف در قراردادهای اداری این ویژگی عمده را دارد که بخش اعظمی از اختلاف‌ها زائیده عمل دولت است؛ به عبارت دیگر، بخشی از اختلاف‌ها آن‌چنان نهادینه شده‌اند که دولت در بروز آن‌ها دست بالا را دارد. از آنجایی که کفه ترازوی رابطه قراردادی یکسره به سمت دولت است، ریزش اسباب اختلاف از طرف دولت بیشتر مشاهده می‌شود و باید منتظر افسار فسخ یک‌طرفه قدرت عمومی بود که چنین مقوله‌ای در قراردادهای خصوصی وجهه قانونی ندارد.

دومین ویژگی اختلاف در قراردادهای اداری این است که این اختلاف‌ها بیشتر از سوی مسبب آن (دولت) بایستی تبیین و تفسیر شوند (نظیر سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی و یا شورای عالی فنی که یک مرجع حقوق عمومی است) و این قاعدتاً به‌دور از اصل انصاف و اصل بی‌طرفی است. از دیگر ویژگی‌های اختلاف اداری این است که دولت برخلاف اشخاص خصوصی نمی‌تواند با اقاله قرارداد به اختلاف پایان دهد، چون اصولاً در حقوق قراردادهای دولتی اقاله مبنا و جایگاه خاصی ندارد و به‌عنوان آخرین خاستگاه اختلاف می‌توان به این نکته اشاره کرد که دولت در بعضی زوایای اختلاف که می‌تواند به‌راحتی آن‌ها را حل و فصل نماید، مقید و مشروط به قانونی است که او را از این امر باز می‌دارد.

برای مثال، اگر پیمانکار ورشکسته شود، ولی قدرت اتمام کار را داشته باشد، دولت حق تداوم حیات قرارداد را ندارد.

#### ۴. بروز اختلاف در قراردادهای مقاطعه کاری دولت

اختلاف‌های ناشی از قراردادهای اداری ایران در خصوص قراردادهایی که با «مقاطععه کاران» و بر حسب شرایط عمومی پیمان منعقد می‌شوند، ناگزیر از سه منبع به وجود می‌آیند. برخی اختلاف‌ها از ناحیه فعل و یا ترک فعل پیمانکار ایجاد می‌شوند، برخی از سوی دولت و برخی هم عمدتاً خارج از اراده طرفین قرارداد (دولت و پیمانکار) هستند که حسب مورد تجلی این اختلاف‌های قراردادی در بطن شرایط عمومی پیمان نهفته است.

##### ۱.۴. اختلاف ناشی از تخلفات پیمانکار

حق فسخ یا خیار فسخ، اختیاری است که شخص به موجب قانون یا قرارداد در برهم زدن معامله دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۰۷). مطابق شرایط عمومی پیمان و به صرف وقوع تخلفاتی از سوی پیمانکار، کارفرما قادر به فسخ پیمان است و در این خصوص نیاز به مراجعه به دادگاه ندارد. موجبات حق فسخ به موجب ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان عبارت‌اند از:

برابر بند ۱۲ ماده ۴۶ شرایط عمومی: «تأخیر بیش از یک ماه در پرداخت دستمزد کارگران طبق بند «و» ماده ۱۷، دلیلی بر اعمال خیار فسخ است. در ماده مزبور ترتیبات خاصی برای تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران پیمانکار وجود دارد که منتهی به فسخ پیمان می‌گردد».

در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از یک ماه، برای ماهی که صورت وضعیت آن پرداخت شده است، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند (ادیبی، ۱۳۹۴: ۱۲۹). در این زمینه نیز با توجه به اینکه کلیه کارگران تابع قانون کار هستند، تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار مقرر می‌دارد: «مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند، بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار- من جمله ضمانت حسن انجام کار- پرداخت نمایند».

به استناد بند ۱ ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان: «تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار بیش از مهلت تعیین شده در بند «ب» ماده ۲۸ موجب فسخ خواهد بود».

برابر سند پیمان، تحویل دادن کارگاه برعهده کارفرما و تحویل گرفتن آن بر ذمه پیمانکار است. اگر کارفرما نتواند کارگاه را به موقع به پیمانکار تحویل دهد، با توجه به بند «ج» ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان، موظف است خسارات پیمانکار را مطابق بند یادشده پرداخت نماید و هرگاه از تحویل به طور کلی عاجز شود، باید برابر ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان، کارفرما پس از مبادله پیمان تاریخ تحویل کارگاه را که نباید بیشتر از ۳۰ روز از تاریخ مبادله پیمان باشد به پیمانکار اعلام می‌کند. پیمانکار باید در تاریخ تعیین شده در محل کار حاضر شود و طی صورت مجلس‌هایی، به تحویل گرفتن کارگاه اقدام نماید. در صورتی که حداکثر ۳۰ روز از تاریخ تعیین شده برای تحویل گرفتن کارگاه حاضر نشود، کارفرما حق دارد که طبق ماده ۴۶ پیمان را فسخ کند (حق دوست، ۱۳۹۳: ۶۱). مدت تأخیر در تحویل زمین هیچ‌گاه و در هیچ مورد از ۳۰ درصد مدت پیمان نباید تجاوز کند و در صورت تجاوز، پیمانکار حق خواهد داشت انجام کارهای پیش‌بینی شده در زمین‌های تحویل نشده را از تعهدات خود حذف نماید (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۶۹).

یکی از تعهدات پیمانکار در پیمان، تهیه برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار و تسلیم آن به مهندس مشاور برای تصویب کارفرما است. این تکلیف او را از اجرای دقیق و منطبق با برنامه زمانی تفصیلی مورد بحث مبرا نمی‌سازد، بلکه پیمانکار مکلف است هر ماه گزارش کامل کارهای انجام شده و میزان پیشرفت یا تأخیر نسبت به برنامه زمانی تفصیلی و دیگر اطلاعات لازم را به کارفرما ارائه دهد. بنابراین، تأخیر در کارهای پیش‌بینی شده برنامه زمانی تفصیلی، از سوی پیمانکار پذیرفتنی نیست و در صورت تأخیر در واقع تخلف از شرط فعل و موجب خیار برای کارفرما است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۴: ۳۱۱). همچنین با توجه به ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان در صورت بروز حوادث قهری اجرای عملیات موضوع پیمان حداقل سه ماه و در صورت موافقت پیمانکار حداکثر تا شش ماه به حالت تعلیق درمی‌آید. وضعیت قهری ممکن است بعد از شش ماه نیز ادامه داشته باشد. در این صورت کارفرما بدون رعایت بند «و» ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان، به استناد همان ماده به پیمان خاتمه

می‌دهد. اما هرگاه وضعیت قهری قبل از شش ماه از زمان بروز رفع شود و کارفرما بازگرداندن کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه قهری لازم و میسر بداند، پیمانکار مکلف است که اجرای کارها را بی‌درنگ آغاز کند. در این صورت، تمدید مدت مناسبی برای اعاده کارها به وضع اولیه از سوی پیمانکار پیشنهاد می‌شود که پس از رسیدگی و تأیید مهندس مشاور و تصویب کارفرما، به پیمانکار ابلاغ می‌گردد. چنانچه وضعیت قهری رفع شود و کارفرما بازگرداندن کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه لازم بداند، اما پیمانکار حاضر به تمدید نباشد و از شروع و ادامه کار هم خودداری نماید، در چنین حالتی به استناد بند ۷ «الف» ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، کارفرما می‌تواند پیمان را پس از ابلاغ شروع کار و عدم انجام آن از سوی پیمانکار، فسخ کند (ادیبی، ۱۳۹۴: ۱۳۱). ماده ۱۰ شرایط عمومی پیمان در تعریف رئیس کارگاه عنوان می‌کند: «رئیس کارگاه شخص حقیقی دارای تخصص و تجربه لازم است که پیمانکار او را مهندس مشاور معرفی می‌کند، تا اجرای موضوع پیمان در کارگاه را سرپرستی کند».

بند «ز» ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان مقرر می‌دارد: «پیمانکار باید پیش از آغاز عملیات، شخص واجد صلاحیتی را که مورد قبول مهندس مشاور باشد، به‌عنوان رئیس کارگاه معرفی نماید». چون این مسئولیت متوجه پیمانکار است، کارفرما می‌تواند مستند به بند «الف» ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، به فسخ پیمان مبادرت ورزد.

#### ۲.۴. اختلاف ناشی از مقتضیات منافع عمومی

از دیگر عوامل مؤثر بر قرارداد اداری که لازم‌الاجرا بودن آن را با مشکل مواجه می‌کند، عمل حاکم است. به تعبیری می‌توان گفت منظور از عمل حاکم، تصمیمات یا اقداماتی است که از طرف اداره طرف قرارداد صورت گرفته، موجب بروز مشکلات یا تحمیل هزینه‌هایی برای دولت می‌شود؛ مانند ایجاد تورم یا تعهدات اضافی. این نوع اعمال به صورت تصمیم‌گیری‌های فردی یا بر اساس مصوبه قانونی بوده یا به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم موجب ضرر و زیان یا تبعات منفی می‌شود. برای نمونه این‌گونه خطرها ممکن است با صدور لایحه‌ای قانونی صورت گیرد که موجب هزینه‌های اضافی و پیش‌بینی نشده بر اداره طرف قرارداد شود. همچنین احکامی که موجب افزایش هزینه‌های مالی یا خدماتی یا



گمرکی می‌شود، از این دسته‌اند (حسینی، ۱۳۹۰: ۸۴). به‌طور خلاصه می‌توان گفت عمل حاکم عبارت است از هرگونه عمل ارادی (نه تقصیر) مقامات عمومی که در نتیجه آن، موازنه مالی پیمان برهم خورده، اجرای آن را با مشکل (مخارج اضافی یا ضرر) مواجه می‌کند. بنابراین، عمل حاکم زمانی موضوعیت می‌یابد که حکم یا فرمانی از سوی مقامات اداری صادر شود و بر افزایش تعهدات پیمانکار در اجرای قرارداد اداری مؤثر واقع گردد. پس درجایی که مقررات صادره تأثیر خاصی بر وضعیت پیمانکار داشته باشد، می‌توان به تئوری «عمل حاکم» استناد جست. بنابراین، نظریه عمل حاکم، فرمانی است که از طرف قدرت مرکزی صادر و به‌موجب آن، اداره برای اجرای تعهدات مالی قرارداد موظف می‌شود ضرر و زیان پیمانکار را جبران نماید. این نظریه ساخته نظام حقوقی فرانسه است و هدف آن جبران خسارت‌های طرف قرارداد، دولت و حکومت است. بدون آنکه اداره یا سازمان قصوری کرده و مسئول پیش آمدن ضرر و زیان شده باشند، اداره نباید ملزم به جبران خسارت‌های عمومی پیش‌آمده شود. پس معلوم شد اساس قانونی که اداره حکومتی را مجبور می‌کند بر مبنای عمل حاکم خسارت پیمانکار را جبران نماید، بر دو مبنای فکری استوار است:

- اساس غرامت بر مبنای مسئولیت و تعهد اداره در قبال قرارداد است، زیرا فرمان حاکم بر مبنای نوع رفتار و تصمیم‌گیری اداره تعیین می‌شود؛ همان‌طور که اگر اشتباه از طرف اداره صورت گیرد، مبنای قضاوت در خطای صورت‌گرفته از طرف اداره خواهد بود.
- مبنای تصمیم‌گیری، بازگشت توازن مالی به قرارداد است. منظور از این توازن، التزام طرفین به قرارداد بوده و لازم است که این التزامات از طرف هیچ‌یک از طرفین نقض نشود. اما از آنجا که اداره یا سازمان دولتی دارای حق تعدیل قرارداد یا ایجاد شرایط جدید است، لازم است از ابتدای عقد قرارداد، موارد توازن مالی در نظر گرفته شود.

دلوبادر<sup>۱</sup>، نظریه پرداز معروف حقوق اداری فرانسه، معتقد است هر دو نظریه برای جلوگیری از خسارت در قرارداد و در راستای مصالح پیمانکار ایجاد شده، زیرا اعمال نظریه

1. Andre Da Loba

عمل حاکم صرفاً برای ثبات و پایدار ماندن توازن مالی میان اداره و پیمانکار است. به پیروی از تئوری عمل حاکم می‌توان گفت در اجرای خدمات عمومی هیچ فردی نباید متحمل زیان ناشی از «تضییق‌های استثنایی» شود. قرارداد به معنای اینکه طرفین همه حقوق و تعهدات را برعهده می‌گیرند، نیست و اساساً با قواعد مبتنی بر برابری در حقوق خصوصی متفاوت است. برای مثال در فرضی که طرفین قصد انعقاد قرارداد را بر اساس قانون موجود دارند، مقررات جدید تعهدات پیمانکار را افزایش می‌دهند. در چنین شرایطی اگر پیمانکار بتواند ثابت کند که این وضعیت با پیمانکاری‌های رایج متفاوت است، فقط با اجازه دادگاه حق جبران خسارت خواهد داشت (شمعی، ۱۳۹۵: ۲۸۸). در نظام کامن‌لا این قاعده پذیرفته شده است که هیچ مسئولیتی به‌واسطه عمل قانون‌گذار نمی‌تواند وجود داشته باشد، اما مطابق نظام فرانسه مسئولیت ناشی از تقنین مورد قبول قرار گرفته است. برای مثال درجایی که قرارداد کار مشخصی با مبالغ معین منعقد می‌شود و هنگام اجرای قرارداد، قانونی به‌تصویب می‌رسد که استانداردهای حداقلی برای مزد در نظر می‌گیرد و مقاطعه کار (پیمانکار) قادر به برآوردن آن نیست، وی نمی‌تواند جبران خسارت را از اداره طرف قرارداد تقاضا کند. پیمانکار در اینجا در موقعیت متفاوتی نسبت به دیگر کارمندان نیست. پس درجایی قانونی عمومی به‌تصویب می‌رسد که اثر آن تحول کلی مالی بوده، پیمانکار تنها ممکن است با توسل به تئوری «امپریوازیون»<sup>۱</sup> بتواند ترمیم خسارت‌های واردشده به خود را دوباره مطالبه کند. در این حالت وضع قانون یا آیین‌نامه از طرف دولت بر وضعیت خصوصی افراد مؤثر واقع می‌شود و اشخاص با توسل به آن می‌توانند قرارداد را فسخ کرده یا مطالبه خسارت نمایند (هداوند، ۱۳۹۳: ۴۳۷). نظریه پردازان حقوق این نظریه را مبنای ریسک‌پذیری می‌دانند و معتقدند برای خدمت‌رسانی به جامعه باید حمایت‌هایی صورت گیرد؛ هرچند برای خزانه بار مالی داشته باشد و نیز شهروندان که از طریق مالیات‌ها این‌گونه مصارف را تأمین می‌کنند. صدور لوایح و احکامی که به‌موجب آن هزینه‌های اضافی تحمیل شود یا به کاهش دستمزد کارگران، کوتاه شدن ساعات کاری، گران شدن مواد به‌کاررفته در پروژه و ... بینجامد، زیان‌دیده را مستحق مساعدت بر اساس عمل حاکم می‌کند. از نمونه پیش‌گفته معلوم می‌شود که این‌گونه موارد به هر شکلی که صورت گیرد، موجب وارد شدن فشار مالی بر

1. Imperious

پیمانکار و برهم خوردن توازن مالی وی می‌شود. به همین دلیل قانون‌گذار به این نکته پی برد که در زمان پیش‌آمدن این‌گونه موارد، پیمانکار مستحق دریافت خسارت و مساعدت‌های دولت می‌شود و اجرای این قانون نیز مطابق عدالت است، زیرا موجب ادامه کار پیمانکار در ایفای مسئولیت خود در اتمام طرح‌های خدمات عمومی می‌شود؛ حتی اگر در قرارداد متعاقد پیش‌بینی نشده باشد (ثمری‌ها، ۱۳۹۲: ۱۱۱). در حقوق اداری ایران و بر اساس مفاد دفترچه شرایط عمومی پیمان، فسخ قرارداد با توسل به تئوری عمل حاکم فقط از اختیارات دستگاه دولتی است. مطالبه خسارت نیز در مواردی پیش‌بینی شده که مشابه سازوکار موجود در حقوق خصوصی است؛ به این ترتیب که در خصوص مطالبه خسارت ناشی از عمل حاکم، دو فرض در حقوق عمومی و حقوق خصوصی مطرح است: فرض اول اینکه چنانچه نوع تصمیم از انواع تصمیمات عمومی و مؤثر بر تمام افراد اجتماع باشد، از این نوع اعمال نمی‌توان مطالبه خسارت نمود. فرض دوم ناظر به موردی است که تصمیمات، تنها مؤثر بر افراد خاص یا اشخاص طرف قرارداد با دولت باشد که در اینجا متضرر حق مطالبه خسارت خواهد داشت. عمل حاکم ممکن است از ناحیه اداره معامله‌کننده یا از ناحیه سایر مقامات عمومی باشد (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۱۱۶). اقداماتی که از ناحیه سایر اشخاص حقوق عمومی به‌طور کلی (غیر از اداره طرف معامله با پیمانکار) سرزده باشد، در این صورت چون اداره معامله‌کننده در اقدام یادشده دخالت نداشته است، مسئول نیست و پیمانکار حق مطالبه خسارت از وی نخواهد داشت. اما اگر عمل حاکم به صورت تصمیمات عام‌الشمول و در قالب قانون و آیین‌نامه و... اتخاذ شود، به دلیل تحمیل‌های ناشی از امور عمومی، میان پیمانکار و عموم جامعه و به دلیل اینکه نباید بین این دو قائل به استثنا شد، هیچ‌کدام حق مطالبه خسارت نخواهد داشت (رستمی، ۱۳۹۴: ۳۰). درباره اقداماتی که از ناحیه سایر مقامات عمومی ناشی شده است نیز به دلیل عدم مداخله اداره معامله‌کننده در انجام اقدام یادشده، پیمانکار نمی‌تواند خساراتی مطالبه کند.

## ۵. بروز اختلاف در قراردادهای مناقصه و مزایده

اختلافات حقوقی می‌تواند در حوزه‌های مناقصه محدود، ترک تشریفات مناقصه، عدم الزام به برگزاری مناقصه و اختیار رد یا قبول پیشنهاد مناقصه‌گران نیز رخ دهد. فقدان قوانین

جامع و شفاف و نیز نبود محدودیت برای شرکت افراد در مزایده از جمله زمینه‌های تحقق اختلاف در مزایده نیز به‌شمار می‌رود (منتی‌نژاد، ۱۳۸۶، ص ۴۷). مهم‌ترین مبنای بروز اختلاف عبارت‌اند از:

### ۱.۵. اختلاف در عدم توجه به اصل رعایت زمان‌بندی و ترتیب مراحل

شاید بتوان زمان را مهم‌ترین عامل در موفقیت‌های اقتصادی محسوب کرد. قانون‌برگزاری مناقصات هم روشی برای تأمین کالا و به‌عبارتی راهنمای فعالیت‌های اقتصادی دولتی بوده و ناگزیر از توجه به زمان است. برابر بند «ی» ماده ۲ قانون: «برنامه‌زمانی مناقصه سندی است که در آن زمان و مهلت برگزاری مراحل مختلف مناقصه، مدت اعتبار پیشنهادها و زمان انعقاد قرارداد مشخص می‌شود». از همین رو است که قانون‌برگزاری مناقصات رعایت فواصل زمانی متعدد را از سوی هر دو طرف مناقصه الزامی دانسته است تا به این وسیله به دو هدف اساسی نایل آید:

- ایجاد فرصت برابر زمانی به‌منظور امکان حضور همگانی اشخاص متقاضی
- جلوگیری از اطاله‌زمان و افزایش هزینه در تعیین برنده.

الزام رعایت حداقل مهلت‌های ده روزه و یک ماهه در قبول پیشنهادها به ترتیب در مورد مناقصه داخلی و بین‌المللی از آخرین مهلت تحویل اسناد مناقصه و هرگونه تسلیم، تحویل، جایگزینی، اصلاح و یا پس‌گرفتن پیشنهاد باید به صورت قابل‌گواهی و در مهلت و مکان مقرر در اسناد مناقصه انجام شود؛ یعنی «جایگزینی، اصلاح و پس‌گرفتن پیشنهادها فقط و فقط تا قبل از پایان مهلت ارائه پیشنهادها مجاز است و بعد از این زمان، مخالف لزوم قطعیت و کامل بودن ایجاب است و ایجاب مناقصه‌گر را دچار فساد خواهد نمود و می‌بایست از فرایند مناقصه خارج شود. همچنین جایگزینی پاکت‌ها فقط با رعایت بند «ب» همین ماده امکان‌پذیر است؛ یعنی همه پاکت‌ها باید در یک لفاف قرار گیرند. پس جایگزینی تک به تک پاکت‌ها پس از بازگشایی لفاف اصلی غیرقانونی است. نکته دیگر اینکه «پس‌گرفتن یا همان انصراف از مناقصه در این زمان صحیح است و بعد از این تاریخ نمی‌توان از فرایند خارج شد». قانون‌برگزاری مناقصات بارها و در جای‌جای مواد و آیین‌نامه‌های مربوطه

تأمین کالا و خدمات را به صورت فرایندی و دارای مراحل مختلف عنوان داشته است؛ برای مثال، برابر ماده ۹ قانون، فرایند برگزاری مناقصات به ترتیب شامل مراحل زیر است:

الف) تأمین منابع مالی؛ ب) تعیین نوع مناقصه در معاملات بزرگ و... (قره‌داغی، ۱۳۸۷: ۱۸).

لذا منظور قانون برگزاری مناقصه‌ها از کاربرد اصطلاح مرحله، اصولاً رعایت «ترتیب» اجرای آن است. این موضوع با توجه به تشریفات بودن قانون یادشده و ضرورت رعایت دقیق و کامل آن توجیه‌پذیر است. ضمن آنکه در اغلب موارد، ترتیب مندرج دارای منطقی عقلی و به‌منزله رعایت فلسفه برگزاری مناقصه‌ها است. نتیجه اینکه عدم رعایت ترتیب به نقض قانون منجر می‌شود و ضمن بروز اختلاف مانع از حصول نتیجه بهتر خواهد بود.

#### ۲.۵. اختلاف در عدم تحویل اموال مورد مزایده

تحویل اموال مورد مزایده مانند سایر اموال که باید به برنده تسلیم شود، جزء وظایف قدرت عمومی در قراردادها است. پس از احراز صحت جریان مزایده و تنظیم سند رسمی انتقال، عملیات اجرایی را تا تحویل مال مورد مزایده به منتقل‌الیه ادامه داده، با استفاده از قدرت عمومی، متصرف را به تسلیم در برابر قانون و تخلیه محل مجبور می‌کنند و سپس با تنظیم صورت‌جلسه، آن را به خریدار یا کسی که باید مال به او تحویل شود، تسلیم می‌کنند. قدرت تسلیم مورد معامله از شرایط اساسی در عقد به‌شمار می‌آید، به‌نحوی که قابل تسلیم نبودن مبیع مطابق ماده ۳۴۸ قانون مدنی موجب بطلان عقد شده، تعدر تسلیم نیز حق فسخ آن را برای مشتری به‌همراه دارد (بنایی اسکویی، ۱۳۹۴: ۱۳۶). این مهم در روابط قراردادی و عرف متداول در معاملات نیز مورد توجه است. از این‌رو در قیمت‌گذاری اموال آسانی و سختی تسلیم مال مورد معامله در تعیین بهای آن نقش بسزایی دارد؛ درحالی که هنگام ارزیابی اموال این مهم مورد توجه نبوده، خریدار نیز با تصور تسلیم مال در صورت برنده شدن در مزایده، قیمت پیشنهادی خود را اعلام می‌کند. چنانچه قرار باشد مشتری که تمام ثمن معامله را پرداخته است، برای تحویل آن مجبور به طرح دعوا و انتظار زمانی طولانی برای صدور حکم و قطعیت و اجرای آن باشد، ضرر غیرقابل جبرانی به او وارد می‌شود؛

در غیر این صورت عدم تحویل مال مورد مزایده، مورد اختلاف میان دولت و طرف معامله خواهد شد

### ۳.۵. بی توجهی به اصل بی طرفی و رعایت تساوی در میان مناقصه‌گران

افزایش عدالت اقتصادی و برابری شرکت‌کنندگان، از دلایل ایجاد رقابت و برگزاری مناقصه عمومی است تا امکان حضور حداکثری متقاضیان فراهم آید و گفته شد که اعلان عمومی از طریق انتشار آگهی، ویژگی اصلی مناقصه عمومی است. لکن برای ایجاد تساوی، صرف انتشار آگهی کافی نیست و اقدامات دیگری هم ضروری است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: تحویل تمامی اسناد مناقصه به همه داوطلبان به‌طور یکسان، و ارسال توضیحات و پاسخ به پرسش‌های مناقصه‌گران و همچنین در صورت تشکیل «جلسه توضیح اسناد»، ارسال رونوشت صورت‌جلسه آن مطابق ماده ۲۲ این قانون به‌طور یکسان برای همه شرکت‌کنندگان در مناقصه و پرهیز از هرگونه تبعیض در مفاد و نحوه توزیع کاربرگ‌های استعمال در ارزیابی کیفی مناقصه‌گران. بدیهی است به استناد قوانین متعدد از قبیل قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۱۳۱۵ش و قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ش، امکان برخورد با اشخاص متخلف در خصوص این اصل میسر است.

### ۴.۵. بی توجهی به اصل محرمانگی مدارک مناقصه‌گران

قانون‌گذار در موارد متعدد مناقصه‌گذار را موظف نموده است تا در مهلت مقرر همه پیشنهادها را ارائه‌شده شرکت‌کنندگان را پس از دریافت، ثبت و تا جلسه بازگشایی، از پاکت‌ها صیانت نماید. این موضوع به‌منظور جلوگیری از اطلاع مناقصه‌گران از اشخاص حاضر در مناقصه و پیشنهاد آنان که ممکن است به تبانی و افزایش قیمت بینجامد، ضروری است (باقرزاده، ۱۳۹۵: ۱۰۶). همان‌طور که بیان شد، مناقصه مسابقه‌ای است دارای مراحل مختلف که در هر مرحله از آن تعدادی از شرکت‌کنندگان حذف می‌شوند. اصل محرمانگی مدارک مناقصه‌گران تا جایی اهمیت دارد که در هر مرحله از مناقصه که مناقصه‌گری نتواند به مرحله بعد راه یابد، اسناد و مدارک وی باید ناگشوده بازگردانده شود. در صورت اهمال

دستگاه مناقصه‌گذار در این خصوص، مناقصه‌گر می‌تواند موضوع را به‌عنوان اختلاف وارد پرونده قضایی مربوطه نماید.

### ۵.۵. اختلاف در تأخیر در تعهدات مناقصه‌گر

به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی کارکنان دولت از قدرت دستگاه دولتی و متضرر شدن مناقصه‌گران حاضر به سبب تأخیرات بخش دولتی، طبق بند «ب» ماده ۱۰ قانون: «موضوع پیش‌بینی منابع مالی و نحوه‌ی ضمان تأخیر تعهدات برای انجام معامله باید به‌صراحت در شرایط و اسناد مناقصه از سوی دستگاه مناقصه‌گذار قید و تعهد شود». متأسفانه به دلیل این تصور که جبران خسارت تنها از سوی بخش غیردولتی ممکن می‌باشد، با وجود تصریح، استقبال چندانی از این تکلیف قانونی صورت نگرفته بود، تا آنکه در ماده ۱۱ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب ۱۳۹۴ ش دوباره بر این موضوع تأکید شد تا از یکسویه بودن قراردادهای دولتی بکاهد و به تساوی حقوق و تکالیف میان مناقصه‌گر و مناقصه‌گذار بیفزاید.

### ۶.۵. بی‌توجهی به اصل ارجاع کار بر مبنای ظرفیت مجاز

به‌منظور جلوگیری از ایجاد انحصار به نفع شرکت‌های خاص و توزیع برابر فرصت‌های اقتصادی و همچنین پیشگیری از تأخیرات غیرمجاز در مناقصات پیمانکاری، معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور اقدام به تشخیص صلاحیت و طبقه‌بندی مهندسان مشاور و پیمانکاران و همچنین کنترل ظرفیت کاری و ارزیابی عملکرد آنان می‌نماید و مناقصه‌گذار موظف است ظرفیت کاری پیمانکاران را طبق استعلام ارزیابی با استفاده از گزارش‌های خوداظهاری و اطلاعات منتشرشده در پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات بر اساس معیارهای زیر ارزیابی کند: پایه و رشته پیمانکاری، توان مالی، تجهیزات و تدارکات، تعداد کارهای در دست انجام (امیدیان، ۱۳۸۷: ۶). بدیهی است بی‌توجهی به این موضوع از مصادیق امکان مراجعه به هیئت رسیدگی به شکایات خواهد بود.

### ۷.۵. بی‌توجهی به اصل مستندسازی و اطلاع‌رسانی

مستندسازی فرایندی است که در آن اسناد مناقصه، صورت‌جلسات و اطلاعات مربوط به

تصمیم‌ها و اقدام‌های انجام‌شده در مراحل مناقصه، ثبت و نگهداری می‌شوند. به عبارتی، مفاد اسناد مربوط به برگزاری مناقصه از مرحله تأمین منابع مالی تا انعقاد قرارداد، موضوع مستندسازی می‌باشد (قره‌داغی، ۱۳۸۷: ۳۲). برابر آیین‌نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی مناقصات مصوب ۱۳۸۵ش، مستندسازی به‌منظور تحقق موارد زیر انجام می‌شود: شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی به هنگام مناقصات، رقابت آزاد و رعایت اصل برابری حقوق مناقصه‌گران، ایفای بهنگام و کامل تعهدهای طرفین مناقصه (مناقصه‌گذاران و مناقصه‌گران)، و تسریع در مراحل برگزاری مناقصه.

#### ۶. بروز اختلاف در قرارداد عاملیت، قرضه عمومی و اوراق مشارکت

قرارداد عاملیت، قراردادی است که به‌موجب آن، شخص یا اشخاص معین در مقابل دریافت حق‌العمل کاری معین به اجرا و اداره عملیات معینی که از طرف سازمان عمومی به‌عهده آن‌ها گذارده شده است، می‌پردازند (امامی، ۱۳۸۷: ۱۷). نمایندگی قراردادی به اعتبار نقش نماینده در تحمل آثار ناشی از قرارداد منعقد به نمایندگی، به دو دسته مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شود. نمایندگی غیرمستقیم نوعی نمایندگی است که در آن، نماینده عمل حقوقی موضوع نمایندگی را به نام خود ولی به حساب اصیل انجام می‌دهد و تعهدات ناشی از آن را در مقابل شخص ثالث شخصاً برعهده می‌گیرد و متعهد به تسلیم حقوق ناشی از آن به اصیل می‌شود. اگر نماینده اعمال حقوقی را به نام و به حساب موکل یا اصیل انجام دهد، نمایندگی مستقیم است. در این نمایندگی، پس از انعقاد قرارداد میان نماینده و ثالث، نماینده از رابطه حذف نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۵). در دنیای تجارت امروز هم به دلیل مسائل ناشی از حقوق رقابت و هم به دلیل مشکلات و تعهدات بسیار ناشی از معاملات مستقیم، معاملات غیرمستقیم از اهمیت و کاربرد بسیار برخوردار است.

عاملیت تجاری همانند سایر قراردادها در نقطه‌ای از زمان آغاز و پس از گذشت مدتی کوتاه یا بلند در نقطه‌ای پایان می‌یابد. اسباب انحلال نمایندگی تجاری متعدّدند؛ گاه سبب انحلال و پایان آن ارادی بوده، به اراده طرفین یا یکی از آن‌ها منتسب است، و گاهی غیرارادی است و اراده طرفین در انحلال آن به‌طور مستقیم دخالت ندارد، از اینجاست که اختلاف‌های حقوقی پدید می‌آیند. یکی از ابزارهای جلوگیری از ایجاد یا تداوم ضرر در



قراردادها، فسخ قرارداد است. در قرارداد نمایندگی تجاری نیز می‌توان وجوه برخی ویژگی یا صلاحیت‌ها را در نماینده تجاری انتظار داشت و آن را به صورت شرط در قرارداد درج نمود. در این صورت از دست دادن یکی از آن‌ها را می‌توان به‌منزله مجوز فسخ قرارداد از سوی اصیل تلقی کرد. نماینده نیز از چنین حقی در برابر اصیل برخوردار است و می‌تواند در صورت تخلف وی از تعهدات قانونی و قراردادی با رعایت مقررات قرارداد را فسخ کند. همان‌گونه که می‌دانیم یکی از مهم‌ترین ضمانت‌اجراهای شروط مندرج در قرارداد این است که علی‌الاصول هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر قرار دهد (اصل ۴۰ قانون اساسی). در حقوق ایران تشریفات خاصی برای فسخ قرارداد پیش‌بینی نشده است و این عمل یک‌طرفهٔ حقوقی، به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند محقق می‌شود (مادهٔ ۴۴۹ قانون مدنی). هرگونه تصرفی که نوعاً کاشف از به‌هم زدن قرارداد باشد، فسخ فعلی است (مادهٔ ۴۵۱ قانون مدنی). ولی اگر شرایط تحقق فسخ ایجاد شود و هریک از اصیل یا نماینده تجاری دارای حق فسخ باشند، در صورتی که مرتکب اعمالی شوند که نوعاً کاشف از رضایت به وضع موجود باشد، انصراف از حق فسخ و امضای فعلی قرارداد محسوب خواهد شد (مادهٔ ۴۵۰ قانون مدنی) (حسنی، ۱۳۹۳: ۴۳). بنابراین به‌نظر می‌رسد در صورت بروز اختلاف میان دولت در قالب قرارداد عاملیت، موضوع از طریق دادگاه‌های عمومی رسیدگی خواهد شد.

قرارداد قرضهٔ عمومی، قراردادی است که به‌موجب آن، دولت وجوهی را به‌عنوان وام و با بهرهٔ معین از شخص یا اشخاص معینی دریافت می‌کند تا در سررسید مشخصی اصل و فرع آن را با هزینه‌های مربوطه به وام‌دهنده کارسازی نماید. اوراق قرضه و مشارکت از جمله ابزارهای بازار سرمایه و تأمین مالی یا فاینانس<sup>۱</sup> هستند، یعنی تهیهٔ منابع مالی و وجوه برای ادامهٔ فعالیت شرکت و ایجاد و راه‌اندازی طرح‌های توسعه و درآمدزایی واحدهای اقتصادی. تأمین مالی عمدتاً از طریق انتشار سهام، فروش اوراق قرضه و وام و اعتبار صورت می‌گیرد، اوراق قرضه عملاً در ایران عقیم و بدون استفاده مانده، ولی اوراق مشارکت دولت همچنان فعال است. اوراق مشارکت، اوراق بهادار بانام یا بی‌نامی است که به قیمت اسمی مشخص

برای مدت معین و برای تأمین بخشی از منابع مالی مورد نیاز طرح‌های عمرانی- انتفاعی دولت یا برای تأمین منابع مالی مورد نیاز به منظور ایجاد، تکمیل و توسعه طرح‌های سودآور تولیدی، ساختمانی و خدماتی منتشر می‌شوند و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های یادشده را دارند، از طریق عرضه عمومی واگذار می‌شوند (امامی، ۱۳۸۷: ۱۷). به مقتضای عقد شرکت سود و زیان حاصل از مشارکت متوجه همه شرکاست، و برخی از شرکا می‌توانند خسارت احتمالی را پذیرا شده، اصل سرمایه سایر شرکا را تضمین کنند. این درحالی است که قانون اوراق مشارکت مصوب سال ۱۳۷۶ش، طی مواد ۳ تا ۵ از تضمین بازپرداخت اصل سرمایه، سود علی‌الحساب و سود تحقق‌یافته سخن می‌گوید و ضمانت آن را در طرح‌های دولتی به عهده «وزارت امور اقتصادی و دارایی» و در غیر آن‌ها به عهده ناشران می‌گذارد. در تحلیل مواد یادشده، این تفسیر قابل ارائه است که به قرینه «تضمین بازپرداخت سود تحقق‌یافته» مقصود از تضمین، تضمین مبلغ و نرخ‌های معین نیست، بلکه مقصود تضمین اصل عملیات و بازپرداخت سرمایه، سود علی‌الحساب و سود تحقق‌یافته در فرض وجود است؛ گویا وزارت اقتصاد به صاحبان اوراق تضمین می‌دهد که اگر طرح با موفقیت اجرا شد و سود حاصل گردید، حتماً اصل سرمایه و سود حاصله پرداخت خواهد شد، اما اینکه نرخ سود چقدر خواهد بود، تضمینی وجود ندارد. این تفسیر با مقتضای شرکت منافاتی ندارد و در واقع مقتضای خود شرکت است (ستوده تهرانی، ۱۳۹۰: ۲۰۱). برابر ماده ۵ قانون یادشده: «شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسه‌ها ... در صورت انتشار اوراق مشارکت مکلف‌اند بازپرداخت اصل و سود متعلق را در سررسیدهای مقرر در اوراق مذکور، تعهد و تضمین نمایند. در صورت عدم ایفای تعهدات مزبور در سررسیدهای مقرر، بانک عامل مکلف است از محل تضمین مذکور در ماده (۴) رأساً اقدام نماید» که با عنایت به ماده ۴ این قانون، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران طرح‌های مشمول این قانون را که از سوی شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسه‌ها و شرکت‌های غیردولتی موضوع ماده ۵ قانون اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶ش ارائه می‌شود، بررسی نموده، در صورتی که دارای توجیحات کامل اقتصادی، فنی و مالی باشد، پس از ارائه تضمین کافی از سوی مؤسسه و یا شرکت متقاضی به بانک عامل، مجوز انتشار اوراق مشارکت را به میزان لازم صادر خواهد کرد. بنابراین، اختلاف در خصوص عدم بازپرداخت بهره اوراق مشارکت تقریباً

منتفی است. از سوی دیگر، با فروش اوراق مشارکت، رابطه وکیل و موکل بین ناشر و خریدار اوراق (در اینجا دولت و مقام‌های قدرت) محقق می‌شود و در واقع ناشر به وکالت از طرف خریداران اوراق می‌تواند نسبت به مصرف وجوه حاصل از فروش اوراق به‌منظور اجرای طرح و خرید و فروش هرگونه کالا، خدمت و دارایی مربوط به طرح اقدام نماید. انتقال اوراق به رابطه وکالت خدشه وارد نمی‌کند و این رابطه تا سررسید اوراق بین ناشر و دارندگان اوراق نافذ و معتبر است (ستوده تهرانی، همان: ۱۸۹). برابر ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۷۷ش، وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و سایر دستگاه‌های اجرایی موظف‌اند، اوراق مشارکت موضوع این آیین‌نامه را به‌عنوان وثیقه طرف‌های معامله در قراردادهای مربوط بپذیرند. بدیهی است که عدم پذیرش این اوراق به‌عنوان وثیقه از سوی نهادهای عنوان‌شده در ماده ۳۷ آیین‌نامه، موجبات اختلاف قابل طرح و رسیدگی در مراجع ذی‌صلاح (دادگاه‌های عمومی) را فراهم خواهد کرد.

### نتیجه

برای حل اختلاف‌های ناشی از قراردادهای اداری، در قوه مجریه به‌عنوان عالی‌ترین مقام اجرایی کشور، خلأ قانونی و عملی وجود دارد.

فلسفه وجودی اعمال تصدی‌گرایانه دولت، این است که دولت بتواند امور مربوط به خدمات عمومی و رفاه کشور را سرسامان دهد. از سوی دیگر، دولت در مقام قدرت عمومی باید بتواند اقتدار خود را در حوزه اعمال تصدی‌گرایانه به شکلی کاملاً منطقی و معقول مهار کند تا از جانب اعمال دولت به اشخاص حقیقی و حقوقی زیانی نرسد. اگر دولت بخواهد در راستای اصل ۴۴ قانون اساسی وارد مقوله عظیم تأسیسات بخش خصوصی شود، راهی ندارد جز اینکه مراودات قراردادی خود را با اشخاص به شیوه منطقی‌تری تنظیم نماید تا از بروز اختلاف در قراردادهای اداری جلوگیری به‌عمل آید. بسیاری از اختلاف‌های دولت با طرفین قرارداد را می‌توان در زمان انعقاد و نگارش قرارداد به حداقل ممکن رساند. برخی دیگر از

۱. ماده ۳۷: وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و سایر دستگاه‌های اجرایی موظف‌اند اوراق مشارکت موضوع این آیین‌نامه را به‌عنوان وثیقه طرف‌های معامله در قراردادهای مربوط بپذیرند.

اختلافات نیز هنگام اجرای قرارداد قابل مهار هستند. به نظر می‌رسد دگرگونی عمیقی در قانون شرایط عمومی پیمان لازم است و ضروری است که منذهایی که احتمالاً اختلاف‌ساز هستند مسدود و یا محدود شوند. نکته دیگری که ذکر آن حیاتی شمرده می‌شود، این است که اگر در کشور ما حل اختلافات قراردادهای اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری باشد، می‌توان با استناد به آرای مکرر و مداوم این نهاد قدرتمند قضایی و با اتکا به آرای وحدت رویه، اختلاف‌های موجود را به پایین‌ترین سطح ممکن تنزل داد. ولی در حقوق ایران با نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از قراردادهای دولتی، تنها مرجع قضایی باقی‌مانده برای صدور آرای رویه‌ساز برای شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری، دادگاه‌های دادگستری است که به استناد اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات به حساب می‌آیند. اما این مراجع نیز به حکایت آرای متعدد همسو با فهم آیین دادرسی مدنی، قانون مدنی و سیطره فقهی امامیه، ناتوان یا بی‌میل به شناسایی قرارداد اداری بوده‌اند. در هر حال، به تجربه ثابت شده که رسیدگی به دعاوی و اختلاف‌های قراردادهای اداری در دادگاه اداری مناسب‌تر از دادگاه‌های عمومی است و این خلأ با توجه به عدم صراحت قانون، در این زمینه وجود دارد. در تلاش برای حل این مشکل می‌توان به راهکارهای زیر اشاره کرد:

- منذهای اختلاف‌ساز در قوانین قابل اصلاح هستند؛ برای مثال در خصوص مباحث مطروحه در مورد تعدیل قرارداد که یکی از عوامل اختلاف‌ساز در قرارداد است، قانون مدونی وجود ندارد. می‌توان با استناد به تجربیات چندین ساله و با عنایت به مقوله‌هایی نظیر تحریم و ... نسبت به این امر اهتمام نمود.
- از آنجایی که شروط مندرج در عقد لازم (نظیر قرارداد اداری) نمی‌تواند به صورت اختیاری باشد، لذا پیشنهاد می‌کنم در خصوص شروط اختیاری شرایط عمومی پیمان بازنگری به عمل آمده، حتی‌المقدور از متن شرایط عمومی پیمان حذف و یا این‌گونه شروط به حداقل رسانده شود.
- دیوان عدالت اداری با داشتن زیرساخت‌های قضایی و قدرتمند و با ارائه سازوکارهای کارشناسانه و مفید می‌تواند مرجعی برای رسیدگی به دعاوی ناشی از

قراردادهای اداری باشد؛ چراکه این دیوان می‌تواند در بخش‌های مختلف و تخصصی قرارداد اداری وارد شود و از این نظر به اقتدار قضایی قراردادهای اداری کمک شایانی بنماید.



## منابع و مأخذ

۱. ادیبی، محمدرضا (۱۳۹۴)، *تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی*، چاپ اول، تهران: نشر جاودانه، جنگل.
۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۴)، *مبانی حقوق پیمان*، چاپ چهاردهم، تهران: نشر جاودانه، جنگل.
۳. امامی، محمد (۱۳۸۷)، *حقوق مالی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
۴. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش (۱۳۹۲)، *حقوق اداری*، جلد ۱، تهران: نشر میزان.
۵. باقرزاده، حمید (۱۳۹۵)، *حقوق مناقصات*، جلد ۱، تهران: نشر میزان.
۶. ثمری‌ها، مصطفی (۱۳۹۲)، *نکات کلیدی شرایط عمومی پیمان به همراه مباحث: تأخیرات و تعدیل*، چاپ اول، تهران: نشر جاودان خرد.
۷. حسینی، سید اسماعیل (۱۳۹۰)، *اصول حاکم بر قراردادهای دولتی (مباحث علمی- کاربردی)*، چاپ چهارم، تهران: نشر بهنامی.
۸. حقدوست، علیرضا (۱۳۹۳)، *شرحی بر محاسبه تأخیرات پیمانکاران (طبق شرایط عمومی پیمان)*، چاپ دوم، تهران: نشر فدک ایساتیس.
۹. رستمی، ولی (۱۳۹۵)، *مالیه عمومی: با نگرش حقوقی*، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۱۰. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۲)، *حقوق تجارت*، جلد اول، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۱. شمعی، محمد (۱۳۹۵)، *حقوق قراردادهای اداری*، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
۱۲. طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۹۵)، *حقوق اداری*، چاپ بیستم، تهران: نشر سمت.
۱۳. قره‌داغی، علی (۱۳۸۷)، *سلسله مباحث قانون برگزاری مناقصات*، چاپ اول، تهران: انتشارات مربع آبی.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. منتی‌نژاد، صادق (۱۳۸۸)، *مجموعه محشای حقوقی، قانونی و مالی قانون محاسبات عمومی*، چاپ اول، تهران: انتشارات دیوان محاسبات کشور.

۱۶. هداوند، مهدی (۱۳۹۶)، «*حقوق اداری تطبیقی*»، جلد ۱، چاپ ششم، تهران: نشر سمت.
۱۷. امیدیان، محمدرضا (۱۳۸۷)، «*ارزیابی کیفی مناقصه‌گران، قبل یا بعد از فراخوان مناقصه؟*»، *روزنامه مناقصه-مزایده*، شماره ۱۷۰.
۱۸. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۲)، «*تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی*»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۴ شماره ۱.
۱۹. رضایی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داود (پاییز و زمستان ۱۳۹۱)، «*بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*»، *فصلنامه فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵.
۲۰. سلیم، هادی (پاییز و زمستان ۱۳۸۷)، «*قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی دوگانه‌گرا*»، *دوفصلنامه حقوق و سیاست*، شماره ۲۵.
۲۱. ویژه، محمدرضا و تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۳)، «*حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)*»، *فصلنامه حقوق*، شماره ۱.