

## فصلنامه رهیافت های نوین در مطالعات اسلامی

License Number: ۸۵۶۲۵ Article Cod: Y1N1A1 ISSN-P: ۲۶۷۶-۶۴۴۲

### نگاهی حقوقی به شرایط فسخ قرارداد پیمانکاری در قوانین کنونی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۰۵/۲۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۹/۱۵)

دکتر فاطمه اندی

#### چکیده

قراردادهای پیمانکاری به عنوان عقدی که زائیده رشد و توسعه جوامع بشری و نیازهای آنهاست در ایران به وجود آمده و با توجه به گسترش روز افزون و حجم پروژه های دولتی، به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب سال ۱۳۵۱، اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح های عمرانی توسط سازمان برنامه و بودجه و تهیه دستورالعمل اجرائی مصوبه مذکور را تحت قالب دفترچه «شرایط عمومی پیمان» که شبیه قراردادهای الحاقی باشد، به دستگاه های اجرائی ابلاغ شده و دستگاههای اجرائی در تنظیم قراردادها موظف به رعایت مفاد آن می باشند. در این دستورالعمل به منظور حفظ مصالح و منافع عمومی در شرایطی، اجازه فسخ قرارداد، به صورت یک جانبه به کارفرما داده شده است. ضرورت توضیح و توجیه موارد فسخ پیمان، زمانی آشکار می شود که طرفین قرارداد برای حفظ منافع خود، در تفسیر آن دچار اختلاف می شوند. در این مقاله لازم دانستیم شرایط فسخ قرارداد پیمانکاری را مورد مذاقه و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: قرارداد پیمانکاری، فسخ، کارفرما، پیمانکار، مقاطعه کاری

## بخش اول: کلیات

قراردادهای پیمانکاری ساخت یا مقاطعه کاری کامل ترین نوع قراردادهای دولتی به شمار می روند. قراردادهای مزبور عموماً مشتمل بر یک موافقتنامه، شرایط عمومی پیمان، شرایط خصوصی پیمان، جدول زمان بندی کلی، فهرست بها و مقادیر کار، مشخصات فنی (مشخصات فنی عمومی، مشخصات فنی خصوصی) و نقشه های اجرایی است. از لحاظ تعارض اسناد، مفاد موافقت نامه بر مفاد شرایط عمومی پیمان، مفاد شرایط عمومی پیمان بر شرایط خصوصی پیمان، مفاد اسناد تکمیلی و قراردادهای الحاقی اولویت دارند، به گونه ای که هیچ گاه شرایط خصوصی نمی تواند، مفاد شرایط عمومی و شرایط عمومی نمیتواند مفاد موافق نامه را نقض کند. در پیمان عمومی ساخت، غیر از طرفین قرارداد یعنی کارفرما و پیمانکار، اشخاص ثالثی نیز دخالتی دارند که برابر ضوابط موجود جزء ارکان اجرایی قرارداد محسوب می شوند. مانند مهندس مشاور (شخص حقیقی یا حقوقی)، مهندس ناظر (شخص حقیقی، نماینده مهندس مشاور)، رئیس کارگاه (شخص حقیقی، نماینده پیمانکار) و پیمانکار جزء که در شرایط خاص ممکن است، بخشی از کار را انجام دهد. نگاهی اجمالی به پیمان و شرایط عمومی پیمان نشان می دهد که عقد منعقد بین کارفرما و پیمان کار مسلماً نمی تواند بر یکی از عقود معین مذکور در قانون مدنی منطبق باشد. زیرا پیچیدگی روابط طرفین قرارداد مانع از آن است که بتوان آن را در قالب یکی از عقود مذکور توجیه نمود. زیرا پیچیدگی روابط طرفین قرارداد مانع از آن است که بتوان آن را در قالب یکی از عقود مذکور توجیه نمود. با این وجود، تعدادی از تعهدات و اختیارات طرفین قرارداد به گونه ای است که با برخی از آثار و شرایط عقود معین نزدیکی و مشابهت دارد به نحوی که گاه به نظر می رسد طرفین خواسته اند روابطشان با یکی از این عقود منطبق باشد. مثلاً: شاید بتوان تعهد پیمان کار به حفاظت از کارگاه و اموال موجود در آن را با عقد ودیعه، اختیارات کارفرما در وصول

مطالبات خود از محل دارایی‌ها، اموال و ضمانت‌نامه‌های پیمان‌کار و پرداخت حقوق و مطالبات کارگران و پیمان‌کاران جزء را با عقد وکالت، پیش‌پرداخت‌هایی که به پیمان‌کار انجام می‌شود با عقد قرض، تضمین استرداد پیش‌پرداخت‌ها و حسن اجرای تعهدات را با عقد ضمان و تملک اموال پیمان‌کار که مورد نیاز جهت ادامه پروژه تشخیص می‌شود و واریز وجوه آن به حساب بستان کاری پیمان‌کار را با عقد بیع توجیه نمود. در عین حال، قرارداد پیمانکاری حاوی شرایط، ضوابط و آثاری است که تحت هیچ‌گونه عنوانی با عقود معین قانون مدنی قابل جمع نیستند و هیچ‌گونه تشابهی بین این شرایط و آثار عقود معین دیده نمی‌شود. از قبیل: لزوم اجرای پیمان طبق مشخصات فنی و تحت هدایت، نظارت و تعلیمات دستگاه نظارت و مهندس ناظر، پرداخت اجرت پیمان‌کار بر مبنای صورت وضعیت‌های موقت ماهانه، تعلیق کار به مدت سه ماه، لزوم تحویل موقت و قطعی موضوع پیمان از سوی پیمان‌کار و تحویل گرفتن آن توسط پیمان‌کار، وجود دوره‌ای به نام «دوره تضمین» جهت کنترل حسن اجرای کارها، رفع نقایص و معایب موجود در کارها توسط کارفرما و به حساب پیمان‌کار، تعلق تعدیل آحاد بهاء موضوع پیمان به پیمان‌کار و غیره<sup>۱</sup>.

## بخش دوم: فسخ قرارداد های پیمان کاری و شرایط آن

### بند اول: شرایط عمومی فسخ قراردادها

فسخ، یکی از اسباب سقوط تعهدات است. در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران، موارد فسخ عقد لازم، تحت عنوان خیارات بحث شده که از حیث منشأ پیدایش و شرایط اعمال آن دارای مقررات ویژه‌ای است. حق فسخ، گاه بموجب توافق متعاقدین و گاه بحکم قانون ایجاد می‌شود و از نظر ماهیت، ایقاع محسوب می‌گردد و به یک اراده نیاز دارد که این اراده باید

<sup>۱</sup> - قهرمانی، نادر، ۱۳۷۰، پیمان‌های دولتی و فسخ یک جانبه آنها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران.

ابراز شود. همچنین فسخ کننده باید دارای اهلیت و اختیار باشد. در بحث آثار فسخ، مسائل فراوانی قابل طرح است. بطور کلی اثر فسخ نسبت به آینده است؛ بنابراین، منتقل الیه می تواند قبل از فسخ، مورد معامله را به دیگری انتقال دهد یا هر گونه تصرف مالکانه دیگر نماید و همین امر، وضعیت حقوقی طرفین را پس از فسخ پیچیده تر می کند. زیرا پس از فسخ، وضعیت باید به حالت قبل از عقد برگردد. مثلاً در بیع، مورد معامله باید به دیگری انتقال یافته، بدل آن از مثل یا قیمت به مالک اولیه داده می شود. اگر در اثر کار، قیمت مورد معادله افزایش یافته، قیمت افزوده باید جبران شود. بعضی از تغییرات دیگری که ممکن است در مورد معامله پدید آید عبارتند از: اتلاف، عیب، نقص و تغییر قیمت در اثر تغییرات بازار، که هر یک را باید جداگانه بررسی کرد. حق فسخ، گاهی با اراده دارنده آن و گاهی بوسیله ارث انتقال می یابد. حق فسخ بدون تجزیه به ارث می رسد و برای اعمال آن همه ورثه باید با یکدیگر توافق داشته باشند. حق فسخ، قابل سقوط و اسقاط است. سقوط حق فسخ در مواردی است که قانونگذار بیان کرده و غالباً عدم رعایت شرایطی که برای اعمال حق فسخ است، موجب سقوط حق می شود. گرچه عده ای از علماء حقوق بر این عقیده دارند که ضمانت اجراء عبارت از تنبیه بدنی است که به مناسبت نقض یک قاعده قانونی اعمال می شود. البته این تعبیر برای ضمانت اجراء صحیح نیست چه ممکن است فشار مالی بعنوان ضمانت اجراء بر فردی وارد آید که آثار روحی آن بمراتب شدیدتر از یک جزای بدنی باشد. حتی اشخاصی هستند که از لحاظ علاقه ای که به مال دنیا دارند حاضرند در موقع تحمل مجازات جان خود را بدهند ولی چیزی از مال خود را بعنوان جریمه از دست ندهند. برهم زدن عقد، امری خلاف اصل و نامتعارف است. پیمان شکستن گناه بود است و نیاز به مجوز قانونی یا قراردادی دارد، این مجوز در ذیل ماده ۲۱۹ ق.م. به متعاقدين اعطا شده است. همیشه این سوال مطرح است که آیا مدعی فسخ عقد، اختیار

آن را دارد یا نه؟ دخالت دادگاه برای پاسخگویی به همین سوال است والا فسخ عمل قضائی نیست و با اراده صاحب «خیار» صورت می‌گیرد و دادگاه اعلام می‌کند آیا مدعی فسخ، خیار فسخ داشته است یا نه؟ به همین دلیل فسخ عقد از تاریخ اعلان اراده صاحب حق واقع می‌شود نه از تاریخ تائید دادگاه.<sup>۱</sup> با اعمال فسخ، عقد منحل شده و طرفین از ادامه‌ی اجرای تعهدات خود معاف می‌شوند، هر چند قانون مدنی ایران، در ماده‌ی ۲۶۴ خود، ذکر می‌کند که فسخ، به عنوان یکی از موارد سقوط تعهدات به میان نیاورده است، ولی در این که فسخ، عقد را منحل و وضع حقوقی طرفین به حالت قبل از انعقاد در می‌آید تردیدی نیست و تعهدات ناشی از عقد نیز خود به خود ساقط می‌شود.

### بند دوم: مبنای فسخ

مبنای فسخ قرارداد ممکن است، متفاوت باشد؛ یعنی این که فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که یا به وسیله توافقی طرفین ایجاد شده است یا به وسیله حکم مستقیم قانون به وجود آمده است و این حق برای یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث می‌باشد.<sup>۲</sup> طرفین قرارداد می‌توانند ضمن عقد یا خارج از آن برای یک یا هر دو طرف معامله یا شخص ثالث، حق فسخ قرار دهند مثل این که شخصی ماشینی را به دیگری بفروشد و در آن شرط شود که هر کدام از طرفین یا شخص ثالث هر وقت مایل باشند، بتوانند ظرف یک ماه آن معامله را فسخ کنند، به این حق اصطلاحاً خیار شرط گفته می‌شود. همان طوری که در مواد ۳۹۹ و ۴۰۰ قانون مدنی به آن اشاره شده است. قانون در مواردی برای جلوگیری از ضرری که به طور ناخواسته از قرارداد، متوجه یکی از دو طرف معامله است، به طور مستقیم به او حق می‌دهد که بتواند با

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، جلد ۲، ص ۴۹.

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی، ۱۳۶۸، سقوط تعهدات، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۰۲.

فسخ قرارداد، از ضرر مذکور جلوگیری کند مثل این که کسی خانه‌ای را اجاره کند و پس از مدتی متوجه شود که سکونت در آن میسر نیست، که در این جا به استناد مواد ۴۷۸ و ۴۷۹ قانون مدنی حق دارد عقد اجاره را فسخ کند.<sup>۱</sup>

### بند سوم: شرایط فسخ

(۱) قصد؛ فسخ کننده باید انحلال قرارداد را اراده کند.

(۲) رضا؛ فسخ کننده باید راضی به فسخ معامله باشد، و اگر با اکراه چنین کرد، این فسخ اثر حقوقی ندارد.

(۳) اهلیت؛ کسی که می‌خواهد عملی حقوقی را فسخ کند، باید اهلیت این کار را داشته باشد و از نظر عقل و سن مشکلی نداشته باشد.

هر چند در «شرایط عمومی پیمان» حق فسخ به طور یک جانبه برای کارفرما پیش بینی شده لیکن اعمال فسخ مقید به وجود شرایطی می باشد که در صورت تحقق آن شرایط، کارفرما مستحق اعمال فسخ می گردد. همچنین باید دانست حق کارفرما در اعمال فسخ مطلق نمی باشد و این مفهوم از بند (الف) ماده ۴۷ ش.ع.پ مستفاد می گردد لذا در ذیل شرایط تحقق فسخ و کیفیت اعتراض پیمانکار در دو قسمت مورد بررسی قرار می گیرد:

### الف) قصد انشاء

یکی از شرایط اصلی صحت فسخ، انشاء فسخ با اراده فسخ کننده می باشد.

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۱، ص ۴۹.

اعمال فسخ قرارداد مستلزم وجود قصد انشا بوده چرا که فسخ در زمره ایقاعات می باشد و اصولاً هر ایقاعی باید با قصد انشا اجرا شود تا منشا اثر گردد. فسخ کننده باید انتفاء قرارداد را اراده کند و اگر به قصد شوخی یا سهواً فسخ را اعمال کند، عمل او موجب انحلال قرارداد نخواهد بود. لذا برای اعمال در قراردادهای پیمانکاری نیز کارفرما باید صراحتاً انحلال قرارداد را اراده کند. اعمال حقوقی به اعتبار اینکه محصول اراده دو شخص یا یک شخص باشد به عقد و ایقاع تقسیم می شود که در هر دو مورد اراده برای اینکه موثر باشد و بتواند درعالم حقوق ماهیتی را ایجاد نماید باید مراحلی را طی کند پس از خطور ماهیتی در ذهن شخص به سنجش نسبت به آن پردازد و سپس تردید را کنار بگذارد و نسبت به آن راضی گردد و در نهایت امر متصور را ایجاد نماید به آخرین مرحله که ماهیت حقوقی در آن ایجاد می شود قصد انشاء میگویند قصد انشاء در بین شرایط اساسی صحت معامله عنصر ایجاد کننده ی ماهیت حقوقی بوده و سایر عناصر تکمیل کننده آن می باشند بدین جهت قصد انشاء در حقوق خصوصی اهمیت خاصی را دارا است زیرا محور اصلی حقوق خصوصی اعمال حقوقی می باشد که قصد انشاء عنصر ایجاد کننده آن است از آنجایی که قصد انشاء یک کیفیت نفسانی است بدین لحاظ موضع دقیق آن در سیر روانی ایجاد یک عمل حقوقی کاملاً روشن نمی باشد بدین جهت برخی قصد را عنصر مستقل از رضا ندانسته و قائل به وحدت قصد و رضا می باشند. بالعکس برخی قائل به دوگانگی قصد و رضا بوده و قصد را مستقل از رضا تلقی می کنند. شرایط تاثیر قصد انشاء جهت ایجاد یک ماهیت حقوقی اختصاص یافته است که آیا اکراه و اشتباه قصد را از اثر می اندازد به عبارت دیگر با وجود اکراه و اشتباه آیا قصد انشاء بوجود می آید و اگر بوجود می آید آیا قصد مؤثری می تواند موثر باشد یا خیر؟<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - سقوط تعهدات، ص ۱۲۱.

## ب) رضا

یکی دیگر از شرایط صحت فسخ، رضایت فسخ کننده است.

چون رکن اصلی لازم و کافی برای انعقاد کلیه قراردادها توافق دو اراده است (۱۹۰ق.م) و تشریفات خاصی برای شرایط قرارداد افزوده نشده است. عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق اراده‌ی طرفین، به شرط اینکه به نحوی از انجا بیان و ابراز شده باشد واقع می‌شود و تحقق آن به تشریفات خاصی مانند به کاربردن الفاظ معین یا تنظیم سند نیاز ندارد. پس در حقوق ما اصل اینست که (عقد با تراضی واقع می‌شود و نیاز به هیچ شکل خاصی ندارد). در تمیز عقود رضائی، آنچه اهمیت دارد شرایط وقوع پیمان است نه اثبات آن. در برخی دیگر از قراردادها، توافق دو اراده در صورتی معتبر است که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود. در این نوع عقد که به آن (عقود تشریفاتی) می‌گویند، صورت عقد شرط وقوع آن است و توافقی که شکل مخصوص را دارا نباشد باطل است<sup>۱</sup>. در قراردادهای وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی غالباً قیود و شروطی ملاحظه می‌شود که در روابط معمولی بین افراد متداول نیست بلکه صرفاً ناشی از قدرت عمومی و حق حاکمیت دولت است. اگر فسخ قرارداد از روی اجبار و اکراه صورت بگیرد باطل است. برخلاف اعمال حقوقی دو طرفه مانند عقد و قراردادها، فقدان رضا در ایقاع موجب بطلان آن خواهد شد نه عدم نفوذ و به همین دلیل رضایت بعدی مکره، در فسخ، سبب وقوع و تحقق آن نخواهد بود.<sup>۲</sup> بنابراین در قراردادهای پیمانکاری برای تحقق فسخ، رضایت کارفرما در اعمال حق فسخ، لازم و ضروری می‌باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، چ سوم، ۱۳۸۴، ص ۴۰.

<sup>۲</sup> - همان، ص ۴۵.

<sup>۳</sup> - طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تهران، نشر سمت، ۱۳۷۹، ص ۳۱۲.



به دلیل تفکیک قصد و رضا در حقوق مدنی ایران عیوب قصد و رضا کاملاً از یکدیگر متمایز شده است در بحث عیوب اراده موضوع اشتباه مطرح شد و در بحث عیوب رضا به مساله اکراه توجه خواهد شد قانون مدنی موا ۲۰۲ الی ۲۰۹ را به بحث اکراه اختصاص داده است ترتیب مواد قانون مدنی در بحث قصد و رضا (مواد ۱۹۱ الی ۲۰۹) نیز حاکی از آن است که عیوب و اشکالات این دو عنصر عقد از یکدیگر متمایز گردیده است لذا لازم است قبل از بیان مسایل مربوط به اکراه تعریف و بحث مختصری در خصوص (رضا) مطرح گردد. اگر چه قانون مدنی برای رعایت شکل ماده ۱۹۰ در مقابل ماده ۱۱۰۸ ق.م. فرانسه، چهار بند برای شرایط اساسی صحت معاملات ذکر کرده است اما در واقع در بند یک ماده ۱۹۰ به دو شرط اساسی اشاره نموده است قصد و رضا دو شرط مستقل هستند و مفهوم آثار و احکام آنها با یکدیگر تفاوت دارد بنابراین در حقیقت تعداد شرایط اساسی صحت معاملات در قانون مدنی ایران پنج شرط می باشد و نه چهار شرط. قصد در هر معامله عبارت است از اراده انشایی جدی که رابطه حقوقی خاصی را بوجود می آورد. در ایجاد این رابطه نیازی نیست که الزاماً مالک یا ماذون از طرف او رابطه را ایجاد کند بلکه حتی کسی که بر مال غیر معامله می نماید قدرت دارد این رابط را انشا کند (ر.ک ماده ۱۹۷ ق.م) و چنین رابطه ای معاملی شرط تأثیر و تنفیذ قصد است علت این توجیه روشن است زیرا اگر چه اصل رابطه حقوقی در عالم اعتبار به صرف قصد انشا محقق می گردد اما به دلیل آنکه در رابطه حقوقی همواره مال یا فعل متعینی مورد تملیک یا تعهد قرار می گیرد لازم است مالک صاحب مال یا فعل به تأثیر رابطه حقوقی رضایت داشته باشد. بنابراین بر خلاف نظر برخی نویسندگان تعریف رضا به شوق و اشتیاق به معامله صحیح نیست همچنان که صرف طیب نفس (به معنی خشودی) را نیز به معنای واقعی نباید رضا تلقی رد زیرا حتی در معامله مکره نیز اشتیاق به معامله وجود دارد و مکره برای گریز از تهدید انگیزه

و اشتیاق به انجام معامله دارد همچنین ممکن است طیب نفس و میل در مقابل اکراه شدید؛ یعنی، الجا و اجبار - به نحوی که قصد سلب گردد - قرار گیرد اما طیب نفس به معنای مطلق خود حتی در حالت اکراه متعارف نیز وجود دارد. رضا به معنای حالتی است که نفس انسان در آن حالت آزادانه قصد می کند و رابطه حقوقی تاثیر خود را خواهد داشت والا اثر آن موکول به رضا خواهد بود در مورد معامله فضولی نیز به دلیل آنکه رضای معامله کننده بر مال غیر، اعتباری ندارد لذا با پذیرش تحقق اصل رابطه حقوقی، تاثیر آن موکول به رضای مالک می گردد. به تعبیر برخی از فقها رضا عبارت از (تن در دادن) به معامله است در متون فقهی نیز معمولاً به جای (رضا)، (اختیار) به عنوان شرط صحت معامله مورد بحث قرار گرفته است که این تعبیر نیز معنای مورد نظر را القا می کند.<sup>۱</sup>

### ج) اهلیت و صلاحیت

در زمان اعمال حق فسخ، فسخ کننده باید عاقل و بالغ و رشید باشد و فقدان هر یک از موارد مذکور، عمل او را کان لم یکن کرده و فسخ را باطل می نماید، البته سفیه و صغیر ممیز با اذن ولی یا قیم می توانند مبادرت به اعمال حق فسخ نمایند. اصولاً کارفرمای دولتی نمی تواند فاقد اهلیت باشد. علاوه بر اهلیت، صلاحیت مقام اعمال کننده فسخ در زمان اعمال فسخ از ضروریات بوده و همچنان که در مورد انعقاد قرارداد توضیح داده شد، در مورد فسخ نیز مقررات مربوط به صلاحیت مقام اداری باید رعایت شود. در انعقاد قراردادهای مدنی اهلیت طرفین قرارداد مطرح می باشد نه صلاحیت آنها مانند عقد بیع، لکن در قرارداد علاوه بر داشتن اهلیت صلاحیت نیز شرط است. و صلاحیت به معنای اقتدار و اختیار است که براساس قانون به

<sup>۱</sup> - بازگیر، یدالله، (۱۳۸۱)، منتخب آرای دیوان عالی کشور در قراردادهای، انتشارات فردوسی، ص ۱۲۸.

یک سازمان یا شخص حقیقی اعطا می‌گردد. این صلاحیت غیر قابل واگذاری است: صلاحیت‌های اداری هرگیزاز حقوقی نیستند که دارنده آن بتواند آن را به دیگری واگذار نماید، زیرا صلاحیت، انجام یک وظیفه است و وظیفه و تکلیف مربوط به یک سازمان یا یک شخص است که قانون برقرار کرده است.<sup>۱</sup>

### د) لزوم اعلام

با توجه به این که فسخ از ایقاعات بوده و عمل حقوقی یک طرفه می‌باشد، لذا هم چنان که گفتیم اعمال و اجرای آن نیازمند اراده فسخ‌کننده می‌باشد و چون اراده یک امر باطنی بوده، باید در عالم خارج بروز کرده و به منصفه ظهور برسد. پس لازم است فسخ‌کننده با هر لفظ یا فعلی که دلالت بر فسخ کند آن را اعلام نماید.<sup>۲</sup> فسخ پیمان نیز از این قاعده مستثنی نبوده و کارفرما مکلف است تصمیم خود را مبنی بر فسخ به پیمانکار اطلاع دهد و چون پیمان از عقود مهم اداری می‌باشد، در ماده ۴۷ ش.ع.پ تشریفات خاصی برای فسخ مقرر شده است. مطابق بند الف ماده مذکور، «در صورتی که به علت بروز یک یا چند مورد از حالت‌های درج شده در ماده ۴۶ کارفرما پیمان را مشمول فسخ تشخیص دهد نظر خود را ذکر مواردی که به استناد آنها پیمانکار را مشمول فسخ می‌داند به پیمانکار ابلاغ می‌کند...» این ابلاغ از سوی کارفرما به پیمانکار همان اعلام فسخ پیمان است و تا زمانی که کارفرما قصد خود را اعلام نکرده حتی اگر پیمان را مشمول فسخ هم تشخیص دهد، فاقد آثار حقوقی است. اصولاً برای جلوگیری از بروز اختلاف در تاریخ ابلاغ فسخ، این عمل با ارسال نامه سفارشی یا اظهارنامه صورت می‌گیرد و در خصوص این که تاریخ ابلاغ اظهارنامه، تاریخ اعلام فسخ

<sup>۱</sup> - کلیات حقوق قراردادهای اداری، ص ۲۲.

<sup>۲</sup> - ماده ۴۴۹ ق.م.ج.ا.ا.

محسوب می‌شود یا تاریخ ارسال، با توجه به این که فسخ، ایقاع می‌باشد و اعلام اراده، شرط نفوذ ایقاع است، لذا از تاریخ تقدیم اظهارنامه به دایره ابلاغ مؤثر است و نیاز به مراجعه به دادگاه ندارد اما در مواردی کارفرما برای این که به سهولت و بدون هیچ مانع قانونی بتواند حقوق پیش بینی شده در ماده ۴۷ ش.ع.پ را اعمال کند ناگزیر اقدام به تقدیم دادخواست، به خواسته تأیید فسخ انجام شده به دادگاه صلاحیت دار می‌نماید و این امر بیشتر در مورد پیمانکاران خارجی اتفاق می‌افتد.<sup>۱</sup> همچنین پیمانکار نیز ممکن است در مواردی برای تأیید فسخ به دادگاه مراجعه کند چنانچه در دعوی شرکت فین ایران کنترکتور گروپ علیه وزارت مسکن و شهرسازی در پرونده کلاسه ۴۳۵/۵۹، شعبه ۷ دادگاه عمومی تهران، با وجودی که وزارت مسکن قبلاً نسبت به پیمان موضوع دعوی اعلام فسخ کرده بود، شرکت پیمانکار نیز باستناد فورس ماژور زمان انقلاب، پیمان مزبور را فسخ و از دادگاه درخواست تأیید اعلام فسخ خود را کرده بود. در حالیکه در هیچ یک از مواد پیمان و شرایط عمومی و اختصاصی آن مراجعه طرفین به مراجع قضائی برای تأیید اعلام فسخ پیش بینی نگردیده بود.

### بخش سوم: تحقق شرایط مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ

در ماده ۴۶ ش.ع.پ موارد فسخ پیمان در دو بند (الف) و (ب) احصا شده، ۱۳ مورد در بند (الف) و ۲ مورد در بند (ب)، جمعاً ۱۵ مورد ذکر گردیده است برای این که کارفرما بتواند از حق فسخ خود استفاده کند باید حداقل یکی از موارد مندرج در ماده ۴۶ تحقق یابد و این در صورتی است که فسخ باستناد ماده ۴۶ باشد. مواد فسخ محدود به این ماده نبوده و مطابق ماده ۴۸ ش.ع.پ کارفرما در صورتیکه مصلحت ایجاد کند بدون آن که تخلفی از پیمانکار سرزده

<sup>۱</sup> - قهرمانی، نادر (۱۳۷۱)، پیمان های دولتی و فسخ یک جانبه آنها، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ص ۲۱.

باشد می تواند پیمان را منحل نماید. اثر فسخ نسبت به آینده است و فسخ موجب می شود که عقد از زمان انشای فسخ منحل گردیده و آثار آن قطع شود و اثری نسبت به گذشته ندارد. بنابراین منفعی که مورد معامله داشته، اصولاً تا زمان فسخ، باید مال کسی باشد که به واسطه ی عقد مالک شده ولی چون نمائات و منافع متصله را نمی توان از مورد معامله جدا کرد، می گوئیم که منافع منفصله ی آن تا زمان فسخ مال کسی است که به واسطه ی عقد مالک شده و پس از فسخ، مورد معامله و منافع آن مال کسی است که به واسطه فسخ مالک شده است. فسخ، جزء حقوق آورده شده و حکم نیست، پس طرفین می توانند آن را اسقاط کنند. در قسمتی از ماده ۴۷ ش.ع.پ چنین آمده است:

«در صورتی که تصمیم کارفرما برای فسخ پیمان به استناد موارد درج شده در بند (الف) ماده ۴۶ باشد موضوع فسخ پیمان باید بدواً به وسیله هیاتی متشکل از سه نفر به انتخاب وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما (در مورد سازمان هایی که تابع هیچ یک از وزارتخانه ها نیستند) بررسی و تأیید شود و مورد موافقت وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما قرار گیرد و سپس به پیمانکار ابلاغ شود». پیمان جزء قراردادهای اداری می باشد لذا اعمال فسخ در آن با قراردادهای اشخاص خصوصی فرق دارد. کارفرما همیشه یک شخصیت حقوقی وابسته به حقوق عمومی است، از طرفی ملتزم به اجرای دقیق و صحیح پیمان است از طرفی دیگر، مأمور وابسته دستگاه اجرائی است و مکلف به انجام وظیفه بر اساس سلسله مراتب اداری و مطابق قوانین و مقررات می باشد. بنابراین اولاً حق صرف نظر از خیار فسخ را به دلخواه خود ندارد چرا که به عنوان نماینده ملت، باید حافظ منافع مردم باشد- ثانیاً باید برابر مفاد ماده ۴۷ ش.ع.پ اقدام به فسخ نماید و در غالب موارد نمی توان فوری اقدام به فسخ کرد و اختیار بیشتری لازم است به همین جهت اگر فسخ با استناد موارد درج شده در بند (الف) ماده ۴۶ باشد

موضوع فسخ پیمان، باید توأمان توسط هیات سه نفره بررسی و تأیید شود و سپس به تأیید وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما نیز برسد و پس از آن به پیمانکار ابلاغ شود. به نظر می‌رسد بررسی و تأیید فسخ پیمان مطابق ماده ۴۷، الزامی بوده و بدون رعایت مفاد ماده ۴۷، پیمان قابل فسخ نمی‌باشد. در اصلاحاتی که در سال ۱۳۷۸ صورت گرفته ماده ۴۷ تغییر یافته، قبل از آن کارفرما خود می‌توانست هر زمان که بخواهد فسخ را اعمال کند و نیازی به بررسی و تأیید نبوده است. با تغییرات انجام یافته، تا حدودی راه بهانه جوئی کارفرما بسته شده و اختیارات وی محدود گردیده است. بررسی و تأیید هیات، اشتباه کارفرما را در تشخیص موارد فسخ تا حدودی کاهش می‌دهد و حتی در صورت تأیید هیات، طی مسیر فوق، خلع ید از پیمانکار را به تعویق می‌اندازد. قراردادهای پیمانکاری علیرغم دارا بودن بسیاری از شرایط و مقررات حقوق خصوصی، از مصادیق قراردادهای حقوقی عمومی بوده و به دلیل تعلق این قراردادها به حقوق اداری که شاخه ای از حقوق عمومی است، در اجرای آن، آنچه که برای حسن اداره عمومی لازم است می‌توان به عمل آورد هر چند در قرارداد پیش بینی نشده باشد. آزادی فسخ پیمان، در مواردی که مصلحت اقتضاء کند از همین خصیصه ناشی می‌شود و کارفرمای دولتی فقط مکلف به جبران خسارات وارده از اعمال فسخ به پیمانکار می‌باشد. از آنجا که اعمال فسخ در اختیار کارفرما و به تشخیص او صورت می‌گیرد در صورت اقدام به فسخ، عمل او نه تنها غیر قابل اعتراض و غیر قابل ارجاع به دادگاه است بلکه غیر قابل برگشت نیز می‌باشد به نحوی که پیمانکار، فقط تحت عنوان مطالبه خسارت ناشی از فسخ می‌تواند به مراجع قضائی مراجعه کند بدون این که مراجعه او بتواند مانع از اعمال آثار ناشی از فسخ قرارداد بشود یعنی حتی اگر کارفرما در فسخ دچار اشتباه در تشخیص شود این امر موجب بطلان فسخ و اعاده کارها به دست پیمانکار نخواهد شد. سپردن بدون قید و شرط سرنوشت قرارداد به دست

کارفرما به صرف استناد به مصلحت، او را از آوردن هر دلیلی معاف می‌کند و برای پیمانکار نیز تقریباً غیر ممکن است ثابت نماید که فسخ به مصلحت دستگاه اجرائی نبوده است، پس در هنگام طرح دعوی از طرف پیمانکار، چنانچه عنوان خواسته ابطال فسخ یا الغا فسخ باشد چنین خواسته ای به دلیل تعارض آن با حق فسخ یک جانبه کارفرما اکثراً مورد پذیرش دادگاهها قرار نمی‌گیرد، مضافاً این که با فرض کان لم یکن شدن فسخ انجام شده، اثری بر حکم صادره مترتب نخواهد شد. زیرا موضوع پیمان به دیگری واگذار و موضوع منتفی شده است اما دعوی مطالبه خسارت مورد پذیرش واقع می‌شود.<sup>۱</sup>

### بند اول: مراحل تأیید فسخ قرارداد

تسلط قانونی شخص در اضمحلال عقد بر اساس ماده ۳۹۶ ق. م را انواع خیرات را بر شمرده است. در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد. (ماده ۳۹۹ ق.م) اجرای این حق که ممکن است در اثر داشتن هر یک از خیرات حاصل شود یک عمل حقوقی است که بایک اراده انجام می‌شود و نیاز به قصد انشاء دارد. لذا تحقق آن در عالم خارج نیاز به اعلان تصمیم ذی حق دارد. در صورت اختلاف در وقوع آن مدعی فسخ باید به لحاظ ادعای خلاف اصل لزوم قرارداد طبق قاعده "البینه علی المدعی" دلیل و گواهی بر وجود حق قانونی و اعمال آن ارائه و اقامه نماید و به همین دلیل گفته می‌شود که طرح دعوی به خواسته فسخ قرارداد و صدور حکم به آن مفهوم ندارد زیرا ایجاد و اعمال فسخ قرارداد به قصد انشاء تحقق پیدا می‌کند نه حکم دادگاه و در صورت اختلاف، باید حکم به تأیید فسخ قرارداد صادر گردد. از سوی دیگر در

<sup>۱</sup> - قواعد عمومی قراردادها، ص ۶۹.

صورت اعمال آن حق از زمان فسخ، آثار قرارداد نسبت به آینده زائل می‌گردد نه از زمان صدور حکم دادگاه به همین دلیل در صورت تائید فسخ قرارداد زمان اعمال آن تیز باید دقیقاً مشخص شود. واژه فسخ با تفاسخ یا اقاله و انفساخ یا فاسخ متفاوت است زیرا واژه تفاسخ یا اقاله یعنی انحلال قرارداد ناشی از تراضی و توافق متعاقدين و واژه انفساخ یا فاسخ یعنی آثار عقد خود از زمان تحقق شرط زائل می‌شود. به تعبیر دیگر یک نوع انحلال قهری و خود بخودی عقد است بدون آنکه نیازی به قصد انشا باشد و شرط فاسخ یا خیار تخلف از شرط و خیار شرط متفاوت است. زیرا در شروط اخیر الذکر یکی از متعاقدين یا دو طرف یا حتی شخص ثالث حق دارند تا در صورت تمایل عقد را در مهلتی معین یا در صورت تحقق تخلف فسخ نمایند. این حق و اعمال آن نیز یک عمل حقوقی و نیازمند قصد انشاء است.

ارکان دعوی فسخ قرارداد (تائید یا صحت) به ترتیب ذیل است:

الف) احراز انعقاد عقد صحیح مستند به مدرک رسمی یا عادی یا شهادت شهود

ب) اثبات یکی از موجبات حق فسخ ناشی از قرارداد یا ناشی از قانون توأم با شرایط خاص مقرر در آن و عدم اسقاط حق فسخ قرارداد به هر لفظ یا فعل که دلالت بر آن قصد کند. تشخیص وجود یا عدم هر یک از موجبات قانونی و قراردادی با مقام قضایی است. هرچند در رسیدن به این علم و تشخیص، به لحاظ فنی بودن موضوع از نظریه کارشناسی استفاده کند مانند تشخیص صحت و سقم وجود عیب در مبیع.

ج) اعمال حق قانونی فسخ با قصد انشاء و اعلان آن در عالم خارج: با بیان شفاهی و یا کتبی که غالباً از طریق اظهارنامه یا مدرک کتبی دیگری دال بر آن مفهوم و یا با شهادت شهود اثبات می‌گردد. «بنا به مراتب فوق رسیدگی به دعوی فسخ قرارداد نیازمند یک جلسه



رسیدگی است که با توجه به میانگین وقت رسیدگی محاکم حقوقی، مدت زمان رسیدگی یک ماه می باشد مگر رد برخی موارد که موجبات فسخ مثل خیار غبن و عیب نیازمند جلب نظر کارشناس باشد که در این صورت دو جلسه رسیدگی و سه وقت نظارت در مدت زمان چهار ماه کفایت خواهد کرد.<sup>۱</sup>

### بند دوم: فسخ قرارداد در حالت دعوی متقابل

در بعضی موارد بویژه در مواردی که ادعای متقابل ناشی از ارتباط کامل بین دو ادعا است، صرف دفاع در قبال دعوا کفایت نمی کند؛ بلکه تقدیم دادخواست ضروری است. زیرا اثبات این ادعا مستلزم اقامه دعوی و رسیدگی قضایی است. فرض کنید خواهان اصلی که کارگزاری قرارداد به نام اوست، به استناد یک فقره قرارداد عادی، تخلیه فسخ قرارداد را از دادگاه خواستار شود و خوانده نیز در پاسخ به دعوی مزبور، به استناد یک فقره پیمان نامه که به امضای خواهان هم رسیده، مدعی مالکیت ملک متنازع فیه گردد. در اینجا منشاء دو ادعا یکی نیست، بلکه ادعای اولی ناشی از عقد اجاره است و ادعای دومی ناشی از عقد بیع. ولی ارتباط کامل بین آن دو ادعا وجود دارد. اما دادگاه نمی تواند بدون تقدیم دادخواست به ادعای خوانده که مدعی خرید رسیدگی کند. زیرا ادعای وقوع فسخ، مستلزم رسیدگی قضایی و فراهم شدن امکان دفاع برای طرف مقابل است. اگر دادگاه بدون تقدیم دادخواست، ادعای خوانده مدعی را ترتیب اثر بدهد، بر خلاف مواد ۲ و ۴۸ ق. آ. د. م. عمل کرده است. به موجب مواد مذکور، هیچ دادگاهی نمی تواند به دعوی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنها رسیدگی به دعوا را برابر قانون

<sup>۱</sup> - حقوق اداری، ص ۲۰۱.

درخواست نموده باشند و شروع رسیدگی در دادگاه مستلزم تقدیم دادخواست می باشد. در مواردی که دو ادعا از منشاء واحدی هستند و عدم اقامه دعوی متقابل چه بسا ضرری متوجه خواننده نکند، ولی اقامه دعوی متقابل این فایده عملی را خواهد داشت که در مرحله اجرای حکم، راحت تر می توان حکمی را که به نفع خواهان تقابل صادر می شود اجرا کرد. مثلاً در دعوی که کارگزار، الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی را درخواست نموده است، اگر خواننده برای مطالبه ثمن همان ملک که ناشی از یک مبیعه نامه می باشد، دادخواست تقابل ندهد، حقی از خواننده (کارفرما) تضییع نمی شود. زیرا این دعوا بطور جداگانه هم قابل رسیدگی است و چه بسا نتیجه آن تأثیری در نتیجه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی نداشته باشد. اما با توجه به وحدت منشاء دو ادعا، فایده عملی طرح دعوی متقابل این است که در مرحله اجرای حکمی که از یک طرف خواهان اصلی (خواننده تقابل) به پرداخت ثمن و خواننده اصلی (خواهان تقابل) به تنظیم سند محکوم شده است، می تواند بطور توأم صورت پذیرد و اجرای یک قسمت حکم منوط به اجرای قسمت دیگر حکم گردد. به این ترتیب خواهان اصلی برای رسیدن به سند خود مجبور می شود مبلغ محکوم به را بپردازد. به این وسیله خواننده اصلی بدون تحمل دردسرهای شناسایی و توقیف اموال محکوم علیه و تشریفات مزایده و امثال آن راحت تر به حقوق خویش دست می یابد. دعوی متقابل باید تا پایان جلسه اول دادرسی به دادگاه تقدیم گردد. اگر دعوی مزبور در مهلت قانونی (تا پایان جلسه اول دادرسی) به دادگاه تقدیم نشده باشد؛ می توان آن را نه به عنوان دعوی متقابل بلکه به عنوان دعوی مستقل مطرح کرد. در این صورت، چنانچه نتیجه این دعوا در سرنوشت دعوی اصلی (اولی) مؤثر باشد، می توان از دادگاه رسیدگی کننده به دعوی اولی، به تجویز ماده ۱۹ ق. آ. د. م. ، صدور قرار توقف رسیدگی درخواست کرد. به عنوان مثال، اگر خواننده دعوا،

مدعی بطلان قرارداد و بی اعتباری قرارداد خواهان در دعوی خلع ید باشد، اما به دلیل اشتباه یا بی اطلاعی، صرفاً به دفاع در برابر دعوی مطروحه پرداخته و دعوی متقابل تقدیم نکرده باشد و دعوا منجر به صدور حکم به خلع ید وی شده باشد، در این مرحله، نامبرده می تواند نسبت به حکم صادره تجدیدنظر خواهی کند و فوراً دعوی دیگری به خواسته اعلام بطلان معامله و بی اعتباری سند را به دادگاه صالح تقدیم نماید. در این صورت دادگاه تجدیدنظر، به تقاضای ذینفع و پس از ارائه گواهی لازم مبنی بر مطرح بودن دعوا، قرار توقف دادرسی تا نتیجه قطعی دعوی جدید را صادر خواهد کرد.<sup>۱</sup>

### بخش چهارم: موارد فسخ قراردادهای پیمان کاری

در قراردادهای پیمانکاری منظور از تنظیم قرارداد، رسیدن به نتیجه مطلوب است. پیمانکار انجام موضوع قرارداد را در مدت معین و مقرر تعهد می کند و کارفرما نیز پرداخت مبلغی را طبق توافق به عهده دارد. هر کدام از طرفین، تعهدات و اختیاراتی دارند. مهمترین اختیار کارفرما، فسخ پیمان می باشد. در فسخ پیمان به استناد وقوع تقصیر از جانب پیمانکار، اختیار کارفرما نه تنها غیر قابل اعتراض و غیر قابل ارجاع به دادگاه است بلکه غیر قابل برگشت نیز می باشد. پیمانکار حق اعتراض به فسخ را به موجب ماده ۴۶ ش.ع.پ و حق مراجعه به محاکم را بر اساس ماده ۴۷ آن، از خود سلب نموده به نحوی که فقط تحت عنوان مطالبه خسارات ناشی از قرارداد می تواند به مراجع قضائی مراجعه کند بدون این که مراجعه او بتواند مانع اعمال آثار ناشی از فسخ قرارداد گردد. یعنی اگر کارفرما در فسخ دچار اشتباه در تشخیص شود این امر موجب بطلان فسخ و اعاده انجام کارها به دست پیمانکار نخواهد شد و تنها خسارات وارد قابل جبران است و همچنین در ماده ۴۸ ش.ع.پ کارفرما به طور نامحدود و

<sup>۱</sup> - شمس، عبدالله، (۱۳۸۵) آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۱۳۴.

گسترده هر زمان که بخواهد می‌تواند پیمان را فسخ کند. در شرایط عمومی پیمان به لحاظ غفلت تنظیم کنندگان آن از برخی مسائل قانونی و حقوقی مواردی وجود دارد که به بطلان پیمان منتهی می‌شود و در مواردی به انفساخ می‌انجامد و همه آن موارد تحت عنوان فسخ در ماده ۴۶ ش.ع.پ گرد آمده است حال آن که انحلال عقد به سبب فسخ یا انفساخ با بطلان آن تفاوت اساسی دارد، در انحلال اثر عقد منحل شده ناظر به آینده است و عقد باطل چون در عالم اعتبار فاقد موجودیت بوده لذا دارای هیچ‌گونه اثری نیست و با کشف بطلان عقد، عوض و معوض ناگزیر به برگشت به وضعیت سابق اولیه خود می‌باشند. در این فصل موارد فسخ پیمان و آثار آن در دو بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد. موارد فسخ قرارداد پیمان را می‌توان به دو دسته فسخ به لحاظ تخلفات پیمانکار و فسخ بدون تخلف پیمانکار تقسیم کرد که در ذیل بررسی می‌شود.

### بند اول: فسخ به لحاظ تخلفات پیمانکار

در ماده ۴۶ ش.ع.پ، موارد فسخ پیمان که به دلیل انجام پاره ای تخلفات از طرف پیمانکار صورت می‌گیرد در دو بند (الف) و (ب) به طور جداگانه احصا شده که ۱۳ مورد در بند الف و ۲ مورد در بند ب و جمعاً ۱۵ مورد، فروض مختلف پیش بینی شده که در صورت بروز هر یک از آن فرضها، پیمان به فسخ خواهد شد. علت تفکیک موارد فسخ ماده ۴۶ به دو بند الف و ب را در ماده ۴۷ ش.ع.پ می‌توان یافت. مطابق ماده فوق، در صورتی که تصمیم کارفرما برای فسخ به استناد علل مندرج در بند الف باشد موضوع فسخ بدو باید به وسیله هیأت سه نفره بررسی و تأیید شود ولی موارد مندرج در بند ب نیاز به بررسی و تأیید هیأت ندارد. مبنای تفکیک موارد، مشخص نمی‌باشد. طریقه و اقدامات و تشریفات مربوط به فسخ در هر یک از بندها متفاوت است هر چند صدر ماده ۴۶ ش.ع.پ تحت عنوان موارد فسخ پیمان آغاز شده و در بدو امر به نظر می‌رسد که این ماده در مقام بیان موارد فسخ می‌باشد، اما

با امعان نظر در متن ماده مشخص می‌شود که موارد بطلان و انفساخ را نیز در بردارد که مفاهیم آنها کاملاً متفاوت با فسخ می‌باشد شاید بتوان گفت که منظور از آوردن کلیه موارد در ماده ۴۶ ش.ع.پ به این دلیل بوده است که از نظر اقدامات بعدی هر کدام از موارد ذکر شده در این ماده، مشمول ماده ۴۷ ش.ع.پ می‌باشد. فسخ پیمان در پاره ای از موارد، به دلیل تأخیرات پیمانکار در انجام دادن اقداماتی است که می‌بایست در موعد مقرر در پیمان انجام می‌شد. در بعضی موارد نیز به دلیل سلب صلاحیت پیمانکار، فسخ یا انفساخ صورت می‌گیرد موارد دیگری نیز وجود دارد که داخل در هیچ کدام از موارد فوق نمی‌باشد.<sup>۱</sup> زمان در عملیات موضوع پیمان، اهمیت فراوانی دارد. کارفرما علاوه بر حسن انجام کار، انتظار دارد موضوع پیمان در مدت معین مقرر انجام شود. در واقع طبیعت قرارداد به گونه است که قید مدت و به اصطلاح حقوقی «شرط اجل» برای آن می‌تواند از شرایط عمده عقد محسوب شود لذا مدیریت و ساز و کار عملیات باید به گونه ای باشد که پیمان در زمان تعیین شده به مرحله اجرا در آمده و به پایان رسد، بنابراین محدودیت زمانی انجام کار از ضروریات پیمان است و بیشترین موارد فسخ پیمان و تاخیرات پیمانکار در انجام تعهداتش مربوط می‌شود. تاخیراتی که پیمان را در معرض فسخ قرار می‌دهد در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند:

### ۱. تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه

یکی از موارد فسخ پیمان که در جزء ۱ بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ آمده «تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار بیش از مهلت تعیین شده در بند (ب) ماده ۲۸» می‌باشد. کارفرما مکلف است زمین کارگاه<sup>۲</sup> را در موعد مقرر به پیمانکار تحویل دهد و پیمانکار

<sup>۱</sup> شایان، رحمان، (۱۳۸۸) فسخ انواع قرارداد، نشر زیرک، تبریز، چاپ اول، ص ۱۱۱.

<sup>۲</sup> هر گاه برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه ها یا موسسات و شرکت های دولتی و سازمان هایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم نام باشد و دستگاه اجرائی نامیده می شوند به اراضی ابنیه، مستحدثات،

نیز مکلف به تحویل گرفتن آن است. اگر کارفرما کارگاه را به موقع تحویل ندهد، مستنداً به بند (ج) ماده ۲۸ ش.ع.پ موظف به پرداخت خسارات وارده به پیمانکار خواهد بود و اگر از تحویل دادن آن به کلی عاجز شود، به پیمان مطابق ماده ۴۸ ش.ع.پ خاتمه خواهد داد. طبق بند (ب) ماده ۲۸ «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 مجلس هائی، اقدام به تحویل گرفتن کارگاه نماید. در صورتی که حداکثر ۳۰ روز پس از تاریخ تعیین شده، برای تحویل گرفتن کارگاه حاضر نشود کارفرما حق دارد که طبق ماده ۴۶، پیمان را فسخ کند.»

## ۲. تاخیر در ارائه برنامه زمانی

وفق جزء ۲ بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ «تأخیر در ارائه برنامه های زمانی تفصیلی به مدت بیش از نصف مهلت تعیین شده برای تسلیم آن» کارفرما را مستحق اعمال فسخ می

---

تاسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشد و اعتبار آن قبلاً به وسیله «دستگاه اجرائی» تامین شده باشد «دستگاه اجرائی» می‌تواند زمین مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید. برنامه های مذکور شامل برنامه هایی است که اجرای به موقع آن برای امور عمومی و امیثیتی «دستگاه اجرائی» لازم و ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تایید و تصویب بالاترین مقام دستگاه اجرائی برسد. البته «دستگاه اجرائی» موظف است برای اجرای حتی المقدور از اراضی ملی شده یا دولتی استفاده نماید. عدم وجود این قبیل اراضی بر حسب مورد باید به تایید وزارت کشاورزی و عمران روستائی یا سازمان عمران و اراضی شهری در تهران و ادارات کل و شعب مربوط در استانها رسیده باشد. ضمناً بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تاسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین «دستگاه اجرائی» و الک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد. بدیهی است تصرف اراضی، ابنیه، تاسیسات و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک از سوی «دستگاه اجرائی» مجاز نمی‌باشد مگر آن که در اثر موانعی از قبیل استتکاف مالک از انجام معامله، اختلاف مالکیت، مجهول بودن مالک، رهن یا بازداشت ملک، فوت مالک و غیره انجام معامله قطعی ممکن نگردد. (لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب)

گرداند. مطابق بند (ب) ماده ۱۸ ش.ع.پ، «پیمانکار متعهد است که سازمان، روش اجرا و برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار را طبق نظر مهندس مشاور، بر اساس نقشه‌های موجود و برنامه زمانی کلی تهیه کند و ظرف یک ماه از تاریخ مبادله پیمان، یا مدت دیگری که در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده است، تسلیم مهندس مشاور نماید تا پس از اصلاح و تصویب کارفرما برای اجرا به پیمانکار ابلاغ شود...» ملاحظه می‌شود برابر بند (ب) ماده فوق‌الذکر، پیمانکار مدت یک ماه از تاریخ مبادله پیمان فرصت دارد تا نسبت به ارائه برنامه زمانی تفصیلی اقدام کند مگر این که در مواردی با توجه به موضوع پیمان، بر اساس اسناد و مدارک دیگر، مدت مذکور تغییر کرده باشد. به هر حال نباید تأخیر وی بیشتر از نصف مدت مقرر برای تسلیم آن باشد و در صورت تأخیر بیشتر از مدت مجاز، کارفرما حق فسخ دارد.<sup>۱</sup>

### ۳. تأخیر در تجهیز کارگاه

مطابق جزء ۳ بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ، «تأخیر در تجهیز کارگاه برای شروع عملیات موضوع پیمان، بیش از نصف مدت تعیین شده در بند «ج» ماده ۴ موافقنامه» از موجبات فسخ پیمان است. فسخ پیمان در این حالت، در صورتی مجاز است که کارفرما قسمتی از پیش پرداخت را که باید بعد از تحویل کارگاه پرداخت کند، پرداخت کرده باشد. مطابق بند «ج» ماده ۴ موافقنامه، «پیمانکار متعهد است از تاریخ تعیین شده برای شروع کار، در مدت... ماه نسبت به تجهیز کارگاه به منظور شروع عملیات موضوع پیمان، اقدام نماید.» تجهیز کارگاه یکی دیگر از تعهدات پیمانکار است که باید آن را در اسرع وقت انجام دهد و در صورت تأخیر بیش از مدت مجاز برای کارفرما حق فسخ ایجاد خواهد شد. پیمانکار نمی‌تواند تجهیز

<sup>۱</sup> - سماواتی، حشمت‌الله، ۱۳۸۸، خسارات ناشی از عدم تعهد، انتشارات مولوی، ص ۱۲۹.

کارگاه و یا تحویل گرفتن زمین را منوط به تحویل کل زمین کند زیرا منظور از تعهد کارفرما به تحویل زمین، فراهم نمودن شرایط آغاز کار اجرائی پیمان از جهت اخذ مجوزهای لازم از مراجع ذیربط، برای شروع کار در محل و رفع موانع از جهت جلوگیری اشخاص ثالث می باشد. تاخیر در تجهیز کارگاه در صورتی موجد حق فسخ برای کارفرما می باشد که کارفرما قسمتی از پیش پرداخت را که باید بعد از تحویل کارگاه به پیمانکار پرداخت کند بپردازد و مفهوم مخالف آن اینست که اگر کارفرما پیش پرداخت را به پیمانکار پرداخت نکرده باشد، اختیار فسخ نیز نخواهد داشت. اگر کارفرما اقدام به تادیه پیش پرداخت نکند و پیمانکار نیز از تجهیز کارگاه خودداری کند، تا چه مدت این بلا تکلیفی می تواند ادامه داشته باشد. بدیهی است سکوت سند پیمان در این مورد، دلیل آن نیست که این بلا تکلیفی را بتوان مدت‌ها ادامه داد، چرا که در موارد دیگری که مواعد، مشخص می باشد و تأخیر بیش از مدت مقرر به کارفرما حق فسخ می دهد باعث خواهد شد که تأخیر در این مرحله، به تأخیر در مراحل بعدی نیز منجر شود در نتیجه فسخ پیمان را به دنبال خواهد داشت.

#### ۴. تأخیر در شروع عملیات

وفق جزء ۴ از بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ «تأخیر در شروع عملیات موضوع پیمان، بیش از یک دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه هر کدام که کمتر است»، از علل فسخ پیمان می باشد. پیمانکار متعهد است که عملیات موضوع پیمان را در موعد مقرر شروع نماید و مهلتی که برای شروع عملیات به وی داده می شود از تاریخ تحویل گرفتن کارگاه شروع می شود. مطابق بند (ج) ماده ۴ موافقنامه «تاریخ شروع کار، تاریخ نخستین صورت مجلس تحویل کارگاه است که پس از مبادله پیمان تنظیم می شود.» همچنین مطابق بند (ب) ماده ۲۸ ش.ع.پ، پیمانکار



مکلف است ظرف ۳۰ روز از تاریخی که کارفرما برای تحویل گرفتن کارگاه به او اعلام می‌کند، در محل کار حاضر شود و اقدام به تحویل گرفتن کارگاه نماید، حال اگر پیمانکار پس از تحویل گرفتن در شروع عملیات موضوع پیمان تأخیر نماید مشمول فسخ موضوع جزء ۴ از بند الف ماده ۴۶ ش.ع.پ خواهد بود. مدت تاخیر مجاز به میزان یک دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه، هر کدام که کمتر است می‌باشد. پاره ای اوقات تأخیر در شروع عملیات اجرائی به دلیل عوامل جوی می‌باشد که در این موارد تاخیر، مستند به فعل پیمانکار نبوده و فسخ پیمان ممکن نمی‌باشد همچنین ممکن است تامین مصالح پیمان جز از طریق مراکز تهیه و توزیع دولتی ممکن نباشد که در این موارد نیز وظیفه کارفرما صدور حواله برای تهیه مصالح می‌باشد که اگر کارفرما در انجام وظایف خود قصور کند نمی‌تواند از حق فسخ خود استفاده نماید. به موجب بخشنامه شماره ۳۴/۲/۷۹۲ مورخ ۶۳/۸/۱۵ برنامه و بودجه، دستگاه‌های اجرائی، قبل از اطمینان از تامین مصالح نباید اقدام به انعقاد پیمان نمایند.

### ۵. تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش بینی شده در برنامه زمانی

مطابق جزء ۵ از بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ «تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش بینی شده در برنامه زمانی تفصیلی، بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار با توجه به ماده ۳۰» یکی دیگر از عوامل فسخ قرارداد می‌باشد. برنامه تفصیلی ابتدا توسط پیمانکار براساس نقشه‌های موجود، تهیه و به کارفرما ارائه می‌شود و پس از تصویب کارفرما و ابلاغ به پیمانکار بین طرفین قابل استناد است. چنانچه برنامه تفصیلی تدریجاً به پیمانکار ابلاغ شود برنامه زمان بندی ناظر به آن قسمت از نقشه تفصیلی خواهد بود، در نتیجه اگر حجم کار انجام شده توسط پیمانکار متناسب با زمان سپری شده از مدت پیمان نباشد نمی‌توان آن را از موارد تأخیر در

اجرای عملیات دانست یعنی برای احراز تأخیر پیمانکار باید میزان پیشرفت کار را صرفاً بر اساس برنامه تفصیلی اجرائی مشخص کرد و عدم تناسب میزان کارهای انجام شده با مدت زمان سپری شده از پیمان مجوز فسخ پیمان از ناحیه کارفرما نخواهد بود، همچنین اگر برای اجرای پروژه، برنامه زمان بندی شده پیش بینی نشده باشد هر چند تناسبی میان کارهای انجام شده و زمان سپری شده از پیمان وجود نداشته باشد نمی توان پیمان را به علت عدم پیشرفت عملیات اجرائی فسخ نمود زیرا فسخ از موارد استثنائی است و در حدود مصرحات پیمان باید اعمال شود. در مواردی که نقشه های اجرائی، حین کار توسط کارفرما تغییر یابد طبعاً برنامه تفصیلی اجرائی نیز دچار تغییر خواهد شد و پیمان تا زمان تهیه برنامه تفصیلی جدید، حکم پیمان بدون برنامه تفصیلی اجرائی را خواهد داشت. بنابراین با توجه به متن ماده، تأخیرات پیمانکار در صورتی موجب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می باشد که تاخیرات مستند به فعل پیمانکار باشد و گرنه تأخیرات به وجود آمده به دلیل تغییرات در نقشه ی اجرائی یا مشخصات فنی و یا به علت حوادث قهری و یا به دلیل تغییر قانون و ایجاد مقررات جدید که مانع اقدامات پیمانکار شوند و با به طور کلی که به هر دلیلی که به تشخیص کارفرما خارج از قصور پیمانکار بوده و با موارد مندرج در ماده ۳۰ ش.ع.پ مطابقت نماید تخلف پیمانکار محسوب نمی شود. پس برای احراز تخلف پیمانکار، رعایت موارد مندرج در ماده ۳۰ ش.ع.پ الزامی می باشد.

## ۶. تأخیر اتمام کار

مطابق جزء ۶ از بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ، «تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک چهارم مدت پیمان با توجه به ماده ۳۰» از تأخیرات موجد حق فسخ برای کارفرما می باشد. در تأخیرات اتمام کار نیز مانند جزء ۵ از بند الف، باید قصور پیمانکار احراز شود و الا اگر تأخیر

مستند به اعمال پیمانکار نباشد و به دلیل موارد مذکور در ماده ۵۳ ش.ع.پ تأخیراتی صورت گیرد، کارفرما حق فسخ پیمان را نداشته بلکه می تواند مدت آن را تغییر دهد. آنچه که مسلم است اینست که تأثیرات فورس ماژور نسبت به تعهدات متقابل کارفرما و پیمانکار یک نواخت بوده و اگر کارفرما نیز به دلیل فورس ماژور بتواند به تعهدات خود عمل کند، تأخیرات کارفرما موجد حق برای پیمانکار نخواهد بود.

## ۷. عدم شروع کار پس از رفع وضعیت قهری

وفق جزء ۷ از بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ، «عدم شروع کار پس از رفع وضعیت قهری موضوع ماده ۴۳ و ابلاغ شروع کار از سوی کارفرما» از علل فسخ پیمان می باشد. با توجه به ماده ۴۳ ش.ع.پ «جنگ اعم از اعلام شده یا نشده، انقلاب های و اعتصاب های عمومی، شیوع بیماری های واگیردار، زلزله، سیل و طغیان های غیر عادی، آتش سوزی های دامنه دار و مهار نشدنی، طوفان و حوادث مشابه خارج از کنترل دو طرف پیمان که در منطقه اجرای کار وقوع یابد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد، جزء حوادث قهری به شمار می رود و در صورت بروز آنها به ترتیب زیر عمل می شود. اگر وضعیت قهری پیش از ۶ ماه ادامه یابد کارفرما به پیمان خاتمه می دهد.» توضیح این که مطابق ماده فوق، در صورت بروز حوادث قهری، اجرای عملیات موضوع پیمان حداقل سه ماه و در صورت موافقت پیمانکار حداکثر ۶ ماه به حالت تعلیق در می آید و پیمانکار اجرای کار را به ناچار متوقف کند. ممکن است این وضعیت بیش از ۶ ماه طول بکشد که در آن صورت کارفرما به پیمان خاتمه دهد و مدت تعلیق نباید بیشتر از ۶ ماه ادامه یابد. اگر وضعیت قهری قبل از شش ماه رفع شود و کارفرما اعاده کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه قهری لازم و ممکن بداند، پیمانکار باید بی درنگ انجام

کارها را آغاز کند که در این صورت، مهلت مناسب جهت اعاده وضع به حالت اولیه، از سوی پیمانکار پیشنهاد شده و پس از رسیدگی و تأیید مهندس مشاور و تصویب کارفرما، به پیمانکار ابلاغ می‌گردد. اگر پس از رفع وضعیت قهری و ابلاغ شروع کار از سوی کارفرما، پیمانکار استمهال برای اعاده وضع به حالت اولیه نکند و تمایلی به ادامه انجام کار نداشته باشد، کارفرما حق دارد از خیار فسخ خود استفاده نماید. همچنین در صورتی که کارفرما ادامه کار را ضروری تشخیص ندهد، مطابق ماده ۴۸ به پیمان خاتمه داد.

### ۸. تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران

مطابق جزء ۱۲ از بند (الف) ماده ۴۶ ش.ع.پ، «تأخیر بیش از یک ماه در پرداخت دستمزد کارگران طبق بند (و) ماده ۱۷»، موجب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌باشد. بند (و) ماده ۱۷ ش.ع.پ چنین مقرر داشته است:

(و) پیمانکار متعهد است که دستمزد کارگران خود را طبق قانون کار مرتباً پرداخت کند. در صورتی که در پرداخت دستمزد کارگران تأخیری پیش آید، مهندس مشاور به پیمانکار اخطار می‌کند که طلب کارگران را پرداخت نماید. در صورت استنکاف پیمانکار، کارفرما می‌تواند دستمزد کارگران را برای ماه یا ماه‌هایی که صورت وضعیت آن به پیمانکار پرداخت شده است، طبق کارنامه‌های کارگری که در دست کارگران و دارای امضای رئیس کارگاه است، با توجه به پرداخت‌های علی‌الحساب که به آنها شده است، با حضور نماینده مهندس مشاور و پیمانکار، از محل مطالبات پیمانکار پرداخت کند و مبلغ پرداختی را به اضافه ۱۵ درصد به حساب بدهی پیمانکار منظور نماید و اگر مطالبات پیمانکار، کافی نباشد از محل تضمین‌های پیمانکار، تأمین کند. در صورتی که نماینده پیمانکار، با وجود اخطار مهندس مشاور، از حضور

برای پرداخت‌ها خودداری کند، کارفرما پرداخت مزبور را انجام می‌دهد، بدون این که پیمانکار، حق اعتراضی بر این عمل و مبلغ پرداختی و تعداد کارگران و میزان استحقاقی آنان داشته باشد. 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 نماید.<sup>۱</sup> پس می‌توان گفت که صرف تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران دلیل استحقاق کارفرما برای فسخ نمی‌باشد و لازم است ترتیبات مقرر در بند (و) ماده ۱۷ رعایت شود. اولین اقدام الزامی، اخطار مهندس مشاور به پیمانکار مبنی بر پرداخت طلب کارگران می‌باشد، سپس در صورت استتکاف پیمانکار، کارفرما تحت شرایط مذکور حق دارد که بدهیهای پیمانکار به کارگران را پرداخت کرده و مبلغ پرداختی را به اضافه ۱۵ درصد به حساب بدهی پیمانکار منظور نماید و این پرداخت از محل مطالبات پیمانکار و در صورت کافی نبودن از محل تضمین‌های پیمانکار تأمین خواهد شد. در صورت تکرار، این عمل نهایتاً منجر به استهلاک ضمانت نامه‌های وی می‌شود و شاید به همین دلیل فقط برای یک بار مجاز شده است که بیشتر از یک ماه در پرداخت دستمزد کارگران خود، تأخیر کند و تکرار به عنوان تخلف محسوب و به فسخ پیمان توسط کارفرما منجر خواهد شد. همانطوری که ملاحظه می‌شود برای تأخیرات پیمانکار در اجرای پروژه، انواع ضمانت اجراها پیش‌بینی شده حال آن که کارفرما و عوامل وی نیز باید به طریقی ملزم به ایفای تعهدات خود باشند.<sup>۱</sup> مثلاً به دلیل وجود محدودیت زمانی برای رسیدگی به صورت وضعیت‌ها توسط ناظر کارگاه و نبودن جریمه‌ای برای تأخیر در تطویل رسیدگی توسط مشاور، عملاً رسیدگی به صورت وضعیت‌ها ماه‌ها طول می‌کشد و از رسیدگی و ارسال آن برای پرداخت جهت اعمال فشار بر پیمانکار در

<sup>۱</sup> - رئیس محمدیان، علیرضا، (۱۳۷۷)، شرایط عمومی پیمان چالش‌ها و راهکارها، مجله توسعه، ش ۴۷، ص ۱۴.

سرعت بخشیدن به کارها استفاده می‌شود و این امر موجب کمبود نقدینگی پیمانکار که یکی از حیاتی‌ترین پیش‌نیازهای اجرای کارها طبق برنامه زمان‌بندی اولیه می‌باشد و نه تنها عملیات اجرائی پروژه به سرعت انجام نمی‌شود بلکه باعث تطویل و تأخیر در اجرا می‌شود.<sup>۱</sup>

### بند دوم: فسخ بدون تخلف پیمانکار

مطابق ماده ۴۸ ش.ع.پ «هر گاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آن که تقصیری 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 بیشتر از ۱۵ روز باشد، به پیمانکار ابلاغ می‌کند...» حق فسخ کارفرما محدود به موارد مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ نبوده و مطابق ماده ۴۸ آن نیز کارفرما در صورتی که مصلحت ایجاد کند بی آن که پیمانکار تخلفی نموده باشد می‌تواند به پیمان خاتمه دهد و این ماده است که لزوم پیمان را به جواز تبدیل می‌کند، حال آن که قراردادهای پیمانکاری با توجه به ماده ۱۰ ق.م.ا عقود نامعین بوده و مطابق ماده ۲۱۹ ق.م.ا «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» پس اصل، بر لزوم عقد است و قراردادهای پیمانکاری نیز از این قاعده مستثنی نیستند و دلیلی بر جواز آن در دست نیست. هسته مرکزی پیمان که موافقتنامه می‌باشد فی‌نفسه از عقود لازم است که اساساً به اراده هیچ‌یک از طرفین قابل فسخ نیست و از ماده ۴۶ ش.ع.پ که مواردی را به عنوان حق فسخ کارفرما در نظر گرفته، لزوم پیمان استنباط می‌شود. معلوم نیست علیرغم شرط خیار ماده ۴۸، که به طور نامحدود و گسترده، اختیار فسخ پیمان را به کارفرما

<sup>۱</sup> - بنی احمد، (۱۳۸۲)، رسیدگی به صورت وضعیت‌ها، مجله توسعه، ش ۲ زمستان، ص ۲۵.

داده است علت تدوین ماده ۴۶ چه بوده است و به نظر می‌رسد این دو ماده به نوعی با هم در تعارضند. این ماده وضعیت پیمان را متزلزل کرده و عقد را نسبت به کارفرما جایز می‌نماید. با توجه به ماده ۴۸ ش.ع.پ شاید بتوان گفت که این ماده بدون رعایت ماده ۴۰۱ ق.م.ا<sup>۱</sup> تدوین گشته و عدم تعیین تاریخ شرط خیار، در سند پیمان، منجر به بطلان پیمان خواهد شد و پیمان از ابتدا فاقد آثار حقوقی است. با مذاقه در دیگر مواد «شرایط عمومی پیمان» در می‌یابیم که در پاره ای از مواد شرایط عمومی پیمان، برای انحلال به ماده ۴۸ استناد شده مثلاً در مواد ۲۸، ۲۹، ۳۹، ۴۰، ۴۴، ۴۶، ۴۹ و ۵۰ بعضی از روابط طرفین به ماده ۴۸ احاله شده و با دقت در مواد مذکور در می‌یابیم که این ماده ناظر بر ترتیبات و اقدامات پس از خاتمه پیمان است نه مربوط به شرط خیار، پس چنانچه ماده ۴۸ به طور مستقل و صرف نظر از سایر مواد مرتبط با آن در نظر گرفته شود یعنی این که مطابق ماده مذکور کارفرما اختیار داشته باشد هر زمان که بخواهد پیمان را فسخ کند و موکول به مدت معینی نباشد، قانوناً پیمان باطل و از درجه اعتبار ساقط است اما اگر آن را در ارتباط با سایر مواد پیمان در نظر بگیریم یعنی چنین تلقی کنیم که مندرجات صدر ماده مرقوم، ناظر است به دیگر مواد مرتبط با آن و ترتیبات و اقدامات پس از خاتمه پیمان در آن گنجانده شده، دیگر نمی‌توانیم به ابطال پیمان حکم دهیم و در صحت پیمان از این حیث تردیدی نمی‌باشد. علت اختیارات گسترده کارفرما تفاوت ذاتی و ماهوی قراردادهای دولتی با قراردادهای معمولی در حقوق خصوصی می‌باشد که نباید نادیده گرفته شود. دولت در اجرای تعهدات و الزامات قراردادی خود وسعت عمل و اختیاراتی دارد که نظیری برای آن در حقوق خصوصی متصور نیست و قواعد خاصی بر این گونه قراردادها

<sup>۱</sup> - قانون مدنی، ماده ۴۰۱ قانون مدنی: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.»

حاکم است. بر حسب این که فسخ به دلیل تخلفات پیمانکار در انجام تعهداتش، با استناد ماده ۴۶ ش.ع.پ باشد و یا بدون انجام تخلف از جانب وی، با استناد ماده ۴۸ ش.ع.پ باشد آثار متفاوتی وجود دارد. در این بخش، در مبحث اول آثار فسخ با استناد ماده ۴۶ ش.ع.پ و در مبحث دوم، آثار فسخ با استناد ماده ۴۸ ش.ع.پ و در مبحث سوم آثار فسخ نسبت به اشخاص ثالث مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۱. فسخ به استناد ماده ۴۶ ش.ع.پ

بند الف ماده ۴۷ ش.ع.پ، مقرر می‌دارد: «در صورتی که به علت بروز یک یا چند مورد از حالت‌های درج شده در ماده ۴۶، کارفرما پیمان را مشمول فسخ تشخیص دهد نظر خود را با ذکر مواردی که با استناد آن‌ها، پیمانکار را مشمول فسخ می‌داند به پیمانکار ابلاغ می‌کند، پیمانکار مکلف است که در مدت ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ کارفرما، در صورتی که دلایلی حاکی از عدم انطباق نشر کارفرما با موارد اعلام شده داشته باشد، مراتب را به اطلاع کارفرما برساند. اگر ظرف مهلت تعیین شده، پاسخی از سوی پیمانکار نرسید یا کارفرما دلایل اقامه شده او را مردود بداند، کارفرما فسخ پیمان را به پیمانکار ابلاغ می‌کند و بدون احتیاج به انجام دادن تشریفات قضائی، به ترتیب مفاد این ماده عمل می‌نماید...» با توجه به این که در عقد لازم بر هم زدن عقد، امری خلاف قاعده و نامتعارف است باید دید آیا مدعی فسخ عقد، اختیار آن را دارد یا باید به عقد ملتزم بماند، در حقوق ما دخالت دادگاه برای پاسخگویی به این سوال است و فسخ از تاریخ اعلام اراده صاحب حق واقع می‌شود نه از تاریخ تائید دادگاه و حکمی که در دادرسی صادر می‌شود جنبه اعلامی دارد و بر اعتبار فسخ انجام شده نمی‌افزاید ولی در مرحله اثبات، به اختلاف وجود حق و زمان و شیوه اجرای آن پایان می‌دهد.



بنابراین هر چند که اجرای حق فسخ با صاحب آن بوده و عمل قضائی محسوب نمی شود با وجود این، نقش دادگاه در تمییز حق و رفع اختلاف نباید فراموش شود. در قراردادهای پیمانکاری، کارفرما برای این که درستی اقدام خود را در معرض دادرسی قرار ندهد و تشریفات طولانی دادرسی را طی نکند، انجام تشریفات قضائی را برای فسخ پیمان لازم نمی بیند و عمل خود را درست می داند، در این صورت، چنانچه پیمانکار اقدام کارفرما را نادرست بداند باید برای اثبات نظر خود به، مراجع حل اختلاف مراجعه کند و مراجعه او مانع اعمال فسخ کارفرما نمی باشد. طبیعی است که در چنین حالتی پیمانکار در عمل، پس از ابلاغ نظر کارفرما مبنی بر فسخ، تن به قبول فسخ نمی دهد. به همین جهت در ماده ۴۷ ش.ع.پ به او فرصت ده روزه ای جهت پاسخ دادن به دلایل کارفرما برای فسخ داده شده، در صورتی که پیمانکار، ظرف ده روز پاسخ ندهد سکوت او را می توان ظهور در درستی تشخیص کارفرما در اعلام فسخ دانست زیرا چنانچه خود را ذیحق می دانست و دلایلی داشت، قطعاً اعلام فسخ کارفرما را بی پاسخ نمی گذاشت و اگر در ظرف ده روز پاسخ بدهد و پاسخ او کارفرما را قانع نکند و از سویی دلایل پیمانکار مردود اعلام شود تصمیم کارفرما برای فسخ در هیات ۳ نفره مطرح و بررسی و تأیید می شود و سپس به تأیید وزیر یا بالاترین مقام سازمان می رسد و پس از آن به پیمانکار ابلاغ می شود و این ابلاغ قاطع پیمان و پایان بخش حیات قرارداد می باشد و آثار آن ظاهر شده و کارفرما باید اقداماتی را انجام دهد که مهمترین آنها از قرار زیر است:

## ۲. خلع ید از پیمانکار

برای خلع ید از پیمانکار که از آثار فسخ قرارداد می باشد و در بند ب ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان پیش بینی شده کارفرما باید، اقدامات ذیل را انجام دهد: «تضمین انجام تعهدات

و تضمین حسن انجام کار کسر شده توسط کارفرما ضبط و به حساب خزانه واریز می شود. کارفرما بی درنگ کارگاه، تأسیسات و ساختمان های موقت، مصالح و تجهیزات، ماشین آلات و ابزار تمام تدارکات موجود را در اختیار می گیرد و برای حفاظت موضوع پیمان اقدام لازم را انجام می دهد و از پیمانکار بلافاصله دعوت می کند که ظرف یک هفته نماینده ای برای صورت برداری و تهیه صورت مجلس کارهای انجام شده و مصالح و تجهیزات و ماشین آلات و ابزار و تدارکات دیگر موجود در کارگاه، معرفی نماید. اگر پیمانکار از معرفی نماینده ظرف مدت مقرر فوق استنکاف کند یا نماینده وی در موعد مقرر برای صورت برداری حاضر نشود کارفرما به منظور تأمین دلیل با حضور نماینده دادگاه محل<sup>۱</sup> اقدام به صورت برداری می کند و پیمانکار نیز حق اعتراض ندارد. پس از صورت برداری، پیمانکار بی درنگ طبق ماده ۴۰ شرایط عمومی پیمان، اقدام به تهیه صورت وضعیت قطعی از کارهای انجام شده می کند. اگر پیمانکار برای تهیه صورت وضعیت قطعی اقدام نکند با تأیید کارفرما، مهندس مشاور به هزینه پیمانکار اقدام به تهیه آن می کند و به امضاء پیمانکار رسانده و برای تصویب به کارفرما، ارسال می کند. اگر پیمانکار از امضا صورت وضعیت تهیه شده توسط مهندس مشاور خودداری کند مهندس مشاور صورت وضعیت بدون امضا را برای کارفرما ارسال می کند ضمناً از تاریخ ابلاغ فسخ قرارداد تا تاریخی که صورت برداری و ارزیابی طبق ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان پایان می یابد نصف هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت کارگاه به عهده پیمانکار و نصف آن به عهده کارفرماست. این مدت از سه ماه نباید تجاوز کند در غیر این صورت هزینه های نگهداری و حفاظت برای مدت بیش از سه ماه به عهده کارفرما خواهد

۱- در حال حاضر تأمین دلیل در صلاحیت شوراهای حل اختلاف می باشد.

بود. در فرم فیدیک<sup>۱</sup> معمولاً به جای اعمال فسخ از روش خلع ید پیمانکار استفاده می شود که این روش کار به وسیله کارفرما و به حساب پیمانکار ادامه می باشد. اقداماتی که در جهت خلع ید پیمانکار انجام می شود، در ذیل در چهار قسمت مورد بررسی قرار می گیرد.

### بخش پنجم: انواع خسارات قابل مطالبه ناشی از فسخ قرارداد

انواع خسارات ناشی از عدم ایفای تعهد یا تأخیر در اجرای آن در فرض تعیین پیشاپیش خسارت در قرارداد و عدم تعیین آن قابل بحث است. در هر حال به منظور جلوگیری از اطاله بحث به صورت کلی می توان گفت که چنانچه در قرارداد تعیین خسارت نشده باشد، صرف عدم ایفای تعهد متعهد، اماره تقصیر وی محسوب است و برای مطالبه خسارت، احراز ورود خسارت و میزان خسارت با تشخیص دادگاه خواهد بود. البته با اوصافی که برای خسارت برخورداریم شمرد. اما چنانچه در قرارداد تعیین خسارت مقطوع یا شرط وجه التزام گنجانده شده باشد با توضیحی که درخصوص فرض عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای آن و اینکه موضوع تعهد آیا وجه نقد باشد یا غیر وجه نقد.

### بند اول: شرایط استحقاق متعهدله نسبت به مطالبه خسارت تعیین شده

برای اینکه متعهدله بتواند مطالبه خسارت کند باید: اولاً مدت مقرر برای اجرای تعهد منقضی شده باشد. ثانیاً ضرر، متحقق، و متوجه متعهدله شده باشد. ثالثاً عدم اجرا مستند به خود متعهد باشد و ناشی از علت خارجی نباشد. رابعاً جبران خسارت به موجب قرار داد یا عرف یا قانون لازم باشد. به طور خلاصه می توان بیان کرد که خواهان با توجه به شرط تعیین خسارت در قرارداد به استناد مواد ۲۲۶، ۲۲۱، ۲۲۷، ۲۲۹، ۲۳۰ قانون مدنی با رعایت شرایط مذکور در

<sup>۱</sup> - فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور در سطح بین المللی یکی از مقبولترین نمونه های مقررات عمومی بین المللی پیمان را تهیه نموده که به نام فرم فیدیک مرسوم است. IGRA-۱۹۷۹

ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌تواند از خواننده، مبلغ مندرج در قرار داد را به عنوان خسارت مطالبه کند. البته مطالبه خسارت، همان گونه که بیان شد در صورتی است که عدم اجرا و خسارت مستند به فعل یا ترک فعل متعهد باشد و یا متعهدله در ورود آن با افزایش خسارت دخیل نباشد. همان گونه که در سیستم حقوقی انگلیس جاری و ساری است، متعهدله در صورتی استحقاق مطالبه خسارت را دارد که به وظیفه و تکلیف خود عمل کرده، و تلاش برای کاهش خسارت (۲۵) مبذول کرده باشد. مضاف بر آن در سیستم حقوقی ایران، همان طور که بیان شد، باید قبل از مطالبه خسارت، اجرای اصل تعهد مطالبه شده باشد؛ یعنی مطالبه خسارت در طول مطالبه اجرای تعهد اصلی است. هم چنین در خصوص تلاش برای کاهش خسارت از سوی متعهدله نیز می‌توان به قاعده اقدام اشاره کرد و ماده ۱۱۴ قانون دریایی ایران نیز مؤیدی است بر این قاعده آنجا که بیان می‌کند که هیچ کس نمی‌تواند ضرری را که از «اقدام» خود او ناشی شده است از دیگری بخواهد. بنابراین اگر در قرارداد آمده باشد که کارخانه ای، چوب تهیه شده به وسیله طرف قرارداد را به کاغذ تبدیل کند، ولی چوبی در اختیار کارخانه گذارده نشود، متعهد مسئولیتی از جهت عدم اجرای تعهد ندارد هر چند وی بتواند چوب از عمل دیگری تهیه کند؛ به عبارت دیگر طرفی که در نتیجه نقض قرارداد متحمل زیان می‌شود باید همه آنچه را در توان دارد به منظور کاهش در حداقل رساندن خسارت خود مبذول دارد. از ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی نیز می‌توان استدراک کرد (این ماده در مورد حقوق قراردادهای بویژه زمانی که قرارداد نقض شده و شرط خلاف نیز وجود ندارد، جاری و ساری است). در هر حال خواهان نباید بیکار بنشیند و شاهد ورود خسارت به خویش و خواننده باشد؛ به تعبیر دیگر او نمی‌تواند تا حدودی که خسارات قابل اجتناب بوده است از خواننده مطالبه خسارت کند. مؤید دیگر این ادعا ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، است. براساس ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی در صورتی که خسارت مستند به متعهد نباشد بلکه به متعهدله یا شخص ثالثی یا حادثه خارجی (فورس ماژور) مستند باشد، نمی‌توان متعهد را

مسئول شناخت و از وی جبران خسارت را مطالبه کرد و ماده ۲۲۱ ق. م. نیز در سه وضعیت، متعهد را مسئول جبران خسارت قلمداد کرده است: ۱- جبران خسارت در قرارداد تصریح شده باشد که در این صورت به استناد ماده ۱۰ ق. م. متعهد مسئول جبران خسارت خواهد بود. ۲- تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد یعنی هنگامی که شخصی در برابر دیگری تعهد بر اجرای دیگری می‌کند از عرف استنباط می‌شود که طرفین ضمناً بر لزوم جبران خسارت در صورت عدم اجرای تعهد توافق کرده اند مگر اینکه خلاف آن را در قرارداد تصریح کرده باشند؛ بنابراین اجرای مفاد ماده ۲۲۱ نیز با لحاظ مقررات مندرج در ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ قابلیت استناد و اجرا دارد.

## بند دوم: اوصاف و شرایط خسارت تعیین شده در قرارداد

### ۱- خسارت وارده باید مسلم باشد.

خسارات (اعم از مادی، معنوی، عدم النفع) باید مسلم باشد پس به خسارات محتمل ترتیب اثری داده نمی‌شود. این شرط در سیستم حقوقی انگلیس نیز مرعی است؛ یعنی باید یا مالی از بین رفته باشد و یا تفویت منفعتی صورت گرفته باشد. البته همان گونه که بیان شد، منظور از تفویت منفعت، منفعت محقق است؛ یعنی نفعی که اگر متعهد به تعهد خود عمل می‌کرد حتماً نصیب متعهدله شد.

### ۲- مستقیم و بلا واسطه بودن ضرر

مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی ضرر باید بلاواسطه ناشی از عدم اجرای تعهد یا تأخیر آن باشد؛ یعنی اینکه فعل شخص در ورود ضرر مدخلیت داشته باشد. بنابراین اگر عوامل متعددی باعث ورود ضرر شده باشد در صورتی که بین فعل شخص و زیان وارد شده رابطه سببیت عرفی، احراز گردد، شخص مذکور مسئول خواهد بود.

### ۳- خساراتی قابل مطالبه

خساراتی قابل مطالبه است که ناشی از قصور متعهدله در اجرای وظایف او نسبت به کاهش خسارت نباشد. در این خصوص در مبحث قبل به طور اختصار مطالبی بیان شد. این سیستم تحت عنوان مقابله با خسارت در حقوق انگلیس مطرح است و در کنوانسیون بیع بین المللی کالا نیز به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است و اوصاف دیگری چون:

۱- خساراتی قابل مطالبه است که عرفاً در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش بینی نبوده باشد.

۲- خسارت نباید قبلاً جبران شده باشد.

۳- مطالبه خسارت با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالفت نداشته باشد، نیز از ویژگی های خسارت قابل مطالبه است که از بحث بیشتر به منظور رعایت ایجاز در کلام خودداری می شود.

با توجه به بررسی های صورت گرفته می توان نتایج ذیل را از این موضوع گرفت:

#### الف: عدم اجرای تعهد

در برخی قراردادها زمان عامل مهمی است. تخلف از اجرای تعهد، خارج از زمان مقرر سبب می شود که متعهدله به اجرای آن در خارج از زمان مقرر تمایلی نداشته باشد. در این صورت راه جایگزین، جبران خسارت وی است اما در مواقعی دیگر، علی رغم گذشت زمان اجرای قرارداد، هنوز هم متعهدله خواستار اجرای تعهد است. دراینکه که آیا پس از وقوع چنین حالتی متعهدله می تواند الزام متعهد را به اجرای قرارداد بخواهد یا اینکه فقط حق مطالبه خسارت توافقی را دارد، دو نظر وجود دارد: ۱- با توجه به نظریه جایگزینی خسارت، می توان قائل شد

که در نظر این گروه، اعتبار و اصالت به متخلف داده شد نه متضرر؛ چرا که به نوعی با خواست و اراده وی، که همان عدم اجرای تعهد، است همراهی می‌کند. بنابراین به نظر می‌رسد این نظریه با ماده ۲۲۷ ق. م. مخالف باشد. ۲ نظریه اولویت اجرا که مطابق این نظریه ابتدا باید به دنبال اجرای تعهد اصلی قرار داد بود. مستفاد از ماده ۲۱۹ و ۲۳۰ ق. م، یعنی متعهدله می‌تواند اجرای تعهد اصلی را مطالبه کند، اگر ممکن نشد خسارت را مطالبه کند. این نظریه با موازین حقوقی و منطقی بیشتر سازگار است.<sup>۱</sup>

### ب: تأخیر در اجرای تعهد

اگر تعیین خسارت برای تأخیر در اجرا باشد، متعهدله مستحق مطالبه اجرای تعهد خواهد بود. برخلاف موقعی که دریافت خسارت برای عدم اجرا باشد در این صورت الزام به اجرا دیگر ممکن نیست؛ چرا که اعمال شرط خسارت به عنوان بدلی برای اجرا است. روش معمول نیز این است که آن را عوض اجرای تعهد که زمان آن سپری شده است، قرار می‌دهند ولی گاهی تعهد، بخشهایی دارد مثل قراردادهای پیمانکاری که دارای بخش‌های مثلاً مکانیکال و الکتریکال و مهندسی و... است. و اگر در یک یا چند بخش از تعهدات تأخیر حاصل شده باشد آیا متعهدله مستحق دریافت کل خسارت است یا به نسبت آن بخشی که تأخیر در آن حاصل شده است مستحق جبران است؟ اگرچه عده‌ای قائلند که فقط نسبت به آن بخشی که در آن تأخیر صورت گرفته مستحق دریافت خسارت است که این نظریه بر قاعده انصاف مبتنی است ولی ماده ۲۳۰ ق. م. بر اصل «عدم قابلیت تجزیه» تعهدات حاکم است؛ چرا که این مبلغ از ابتدا به عنوان خسارت تخلف در اجرا بوده است و تخلف در اجرا نیز اعم از تخلف در اجرای

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری و مسؤولیت مدنی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹. صص ۱۲۴-۱۲۶

کل یا جزء تعهدات است؛ زیرا قرارداد به طور کامل اجرا نشده و متعهد نیز تخلف نموده است، متعهدله استحقاق دریافت کل مبلغ خسارت را خواهد داشت اما از حیث مطالعه تطبیقی از مجموع مباحث می توان نتایج زیر را استنتاج کرد:

اولاً، مطابق بررسی بین دو سیستم حقوقی ایران و انگلیس از حیث ضمانت اجرای عدم ایفای تعهدات قراردادی و تأخیر در ایفای تعهدات قراردادی، مشابهت زیادی وجود دارد، زیرا از حیث تقسیم بندی در دو سیستم، ضمانت اجراهایی هست که در قانون ریشه دارد و ضمانت اجراهایی که در قرارداد ریشه دارد.

ثانیاً در صورت گنجاندن شرط وجه التزام و تعیین خسارت مقطوع در قراردادها در دو سیستم حقوقی یاد شده مانعی وجود ندارد با این فرق که در سیستم حقوقی انگلیس، خسارت از قبل تعیین شده به عنوان شرطی که پرداخت مبلغی معین را در صورت نقض آن ایجاب کند، معتبر می داند مشروط بر اینکه مبالغه آمیز نباشد و جنبه تنبیهی نداشته باشد؛ به بیان دیگر، همان گونه که در متن عنوان شد در حقوق انگلیس این شرط تحت عنوان خسارت از پیش تعیین شده یا خسارت توافق شده نام برده می شود که اگر مبلغ تعیین شده در قرارداد به عنوان تخمین صادقانه و پیشاپیش از میزان ضرر وارده نبوده بلکه بیشتر ماهیت یک تهدید و تنبیه را داشته باشد، این نوع مجازات قابل اجرا نیست و اگر خواهان سعی در اعمال آن کند، ممکن است تنها خسارت ناشی از ضرری را که واقعاً به او وارد شده است، دریافت کند. اما همان گونه که بیان شد در سیستم حقوقی ایران چنین قیدی وجود ندارد و اصل آزادی اراده طرفین ایجاب می کند که در هر حال مبلغ پیش بینی شده در قرارداد به عنوان «وجه التزام» یا به عنوان



خسارت مقطوع از نقض کننده قرارداد به طرف مقابل داده شود؛ هر چند بسیار فراتر از مبلغ خسارتی باشد که واقعاً و در عمل به وی وارد شده است.

ثالثاً در حقوق ایران مطالبه خسارت در طول «مطالبه ایفای عین تعهد» در موارد عدم اجرای تعهد است حال اینکه در حقوق انگلستان این گونه نیست.

رابعاً در حقوق انگلیس خسارت عدم نفع پذیرفته شده است اما در سیستم حقوقی ایران تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی موهم این مطلب است که خسارت عدم نفع قابل مطالبه نیست حال اینکه با توجه به ماده ۳۲۰ ق.م. و تفسیری که در خصوص تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۹ صورت گرفت، می توان برداشت کرد که در حقوق ایران نیز می توان خسارت عدم نفع را مطالبه کرد لیکن خسارت از خسارت و خسارت ناشی از عدم نفع را نمی توان مطالبه کرد. ولی در هر حال بهتر است قانونگذار ایران به منظور رفع ابهام و جلوگیری از صدور آرای متهافت به صراحت مقررات مربوط به مطالبه خسارت عدم النفع ناشی از عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی را وضع کند.

خامساً فرق شرط «وجه التزام» به عنوان یکی از ضمانت اجراهای تعهد قراردادی با شرط تعیین خسارت قراردادی را می توان این گونه بیان کرد که در مطالبه وجه التزام در مواردی که «وجه التزام» به عنوان ضمانت اجرای عدم اجرای تعهد و یا تأخیر در اجرای آن است، مطالبه وجه التزام با اثبات ورود خسارت ملازمه ندارد حتی اگر هیچ گونه خسارتی وارد نشده باشد، بدون کم و کاست از ناقض قرارداد قابل مطالبه است. اما در خصوص وجه تعیینی به عنوان خسارت مقطوع اثبات ورود خسارت (اعم از مادی یا عدم النفع و...) از سوی متعهدله لازم است و شرایط و اوصاف خسارت قابل مطالبه باید ملحوظ باشد. گرچه مبلغ تعیین شده قابل

کم و زیاد شدن نسبت به خسارت واقعی وارد شده نخواهد شد که از این حیث با وجه التزام مشابهت دارد. اما چه وجه التزام و چه خسارت تعیین شده به صورت مقطوع در قرار داد، مشمول ماده ۱۰ ق.م. است و بر طرفین، عمل به مفاد آن لازم الاتباع است.<sup>۱</sup>

### بخش ششم: مرجع صالح به رسیدگی به فسخ قراردادهای پیمانکاری

اصل ۱۵۹ ق.ا. مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است». علی‌الاصول مردم برای حل اختلاف خود به دادگستری مراجعه می‌کنند و به همین دلیل است که در صلاحیت محاکم عمومی برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی نیز تا قبل از تشکیل دیوان عدالت اداری تردیدی نبود. پس از تشکیل دیوان عدالت اداری مطابق شق الف از بند یک ماده ۱۱<sup>۲</sup> آن تا مدت‌ها سازمان‌های دولتی و پیمانکاران در تعیین مرجع صالح قضائی دچار تردید بودند و برحسب این که دعوی پیمانکار در چه قالبی مطرح شود، تصمیمات متفاوتی اتخاذ می‌شد. اگر خواسته دعوی، الغای اثر از همان کارفرما در ضبط ضمانت نامه و اقدامات وی در فسخ بود، معمولاً محاکم خود را صالح به رسیدگی نمی‌دانستند و با اعلام عدم صلاحیت به شایستگی دیوان عدالت اداری اظهار نظر می‌کردند، چنانچه خواسته ابطال ضبط ضمانت نامه‌هایی که به نفع کارفرما از بانک کارگزار صادر می‌شد، بود، با توجه به صلاحیت عام محاکم دادگستری و خروج موضوعی از شمول شق الف بند یک ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، دادگاههای حقوقی خود را صالح دانسته و رسیدگی به

<sup>۱</sup> - مسعودی، علی رضا، ۱۳۸۲، ماهیت حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی در ایران، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۴، ص ۲۵-۲۶.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری: صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است: ۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از: الف- تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از ....

عمل می‌آمد. در بازنگری در شرایط عمومی پیمان که در سال ۱۳۷۸ به عمل آمد، حل و فصل کلیه اختلافات پیمانکاری، مطابق ماده ۵۳ آن به طریقه داوری و مسالمت آمیز پیش بینی شد. با توجه به ماده مذکور سوالی که مطرح می‌شود این است که مطابق اصل ۱۳۹ ق.ا که صلح دعاوی راجع به اموال دولتی یا ارجاع آن به داوری را در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران دانسته که باید با اطلاع مجلس باشد و در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی، موکول به تصویب مجلس شده است حل اختلافات در مورد قراردادهای پیمانکاری دولتی قابل ارجاع به داور می‌باشد یا نه؟ در خصوص تفسیر اصل ۱۳۹ ق.ا دو نظریه وجود دارد. عده ای معتقد هستند که ابتدا باید اختلافی بین طرفین حاصل شود و این اختلاف در دادگاه صلاحیت دار مطرح گردد و سپس دعوی مذکور به داوری ارجاع گردد تا موقعیتی برای اعمال اصل ۱۳۹ ق.ا فراهم شود و الا چنانچه طرفین قبل از مراجعه به دادگاه دعوی خود را از طریق توافق به داور ارجاع نمایند دیگر موقعیتی برای اعمال این اصل باقی نمی‌ماند. عده ای دیگر محدوده این اصل را وسیع دانسته و ارجاع هر گونه دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی را به داوری بدون قید و شرط منوط به اعمال مقررات این اصل می‌دانند.<sup>۱</sup> مطابق بند ب ماده ۵۳ ش.ع.پ، هر گاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف، اختلاف نظری پیش آید هر یک از طرفها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه دهد. تبصره ۱ این بند حاکی از این است که چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضا موافقت نمود، مرجع حل اختلاف، شورای عالی فنی خواهد بود و این امکان وجود دارد که رئیس سازمان با تقاضای ارجاع به داوری موافقت

<sup>۱</sup> - محمدزاده اصل، حسین (۱۳۷۷)، داوری در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق، صص ۱۶۱ الی ۱۶۲.

نماید. در تبصره ۲ هم، حاکمیت نظر شورای عالی فنی نسبت به طرفین تصریح شده است. اشکالی که به نظر می‌آید این است که:

اولاً- ارجاع به کارشناسی یا هیات کارشناسی و همچنین ارجاع به داوری موکول به موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه شده است.

ثانیاً- نظر شورای عالی فنی، حاکم بر موضوع شناخته شده که در واقع اختیاراتی به کارفرما و بخش دولتی داده شده است.

اما هر گاه، ارجاع به داوری را چیزی بدانیم که در قانون آئین دادرسی مدنی آمده است با عنایت بر این که طبق ماده ۵۴ ش.ع.پ قوانین و مقررات حاکم بر پیمان منحصراً قوانین و مقررات کشور جمهوری اسلامی ایران خواهد بود، حل اختلاف از طریق ارجاع به داوری غیر از این است که در ماده ۵۳ آمده و یک طرفه می‌باشد. در حال حاضر حل اختلاف و هر گونه احقاق حقی در صلاحیت مراجع قضائی بوده و اصل ۳۴ ق.ا. تصریح دارد به این که دادخواهی، حق مسلم افراد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاههای صالح رجوع کند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد منع کرد. در کنار این امر، داوری پیش‌بینی شده در قانون آئین دادرسی مدنی وجود دارد که مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از این که در دادگاههای دادگستری طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای که باشد به تراضی به داوری یک یا چند داور رجوع کنند.»<sup>۱</sup> ضمناً طرفین می‌توانند در ضمن معامله یا به موجب قرارداد علیحده، ملزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع

<sup>۱</sup>-ماده ۴۵۴، قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹.

اختلاف به داوری به عمل آید<sup>۱</sup> و ضمن مواد بعدی هم کیفیت و جزئیات کار ذکر شده است که با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد که برای حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار مسیر مشخص وجود دارد که اگر با مذاکره به طور مسالمت آمیز حل نشود یا به مراجع قضائی باید رجوع کرد، یا براساس داوری قانون آئین دادرسی مدنی اقدام کرد، در حالی که ترتیبات پیش بینی شده در ماده ۵۳ ش.ع.پ یک طرفه بوده و کارفرما و پیمانکار در یک سطح قرار نگرفته‌اند.

### نتیجه گیری

پیمانکاران با ارجاع کارهایی که از طریق شرکت در مناقصات به دست می‌آورند امرار معاش می‌کنند و حاضرند به کلیه شرایط قرارداد، تن در دهند، هرچند که موافق با کلیه شرایط آن نباشند و چنین استنباط می‌شود که پیمانکار با رضایت خود اقدام به انعقاد قرار داد نموده و به این قراردادها، اعتبار قراردادهای خصوصی که از اصل حاکمیت اراده سرچشمه گرفته، داده می‌شود، حال آن که در معاملات، حصول رضایت طرفین برای صحت معامله شرط بوده و هر گاه قرارداد توسط یکی از طرفین تنظیم و به دیگری اراده شود و به او امکان اظهار نظر و یا جرح و تعدیل داده نشود آیا می‌توان گفت که رضایت او واقعاً حاصل شده است؟ چنین رضایتی محل تأمل بوده و امضا پیمانکار دلیل رضایت او نیست چرا که وی باید کار کند و عده ای نیز از این ممر ارتزاق کنند. در شرایط عمومی پیمان انواع مجازات ها برای تأخیر پیمانکار در اجرای پروژه ها پیش بینی شده حال آن که کارفرما توان نقشه دادن و مدیریت طرح را در مدت مقرر قراردادها نداشته و به دلیل عدم امکان تأمین بودجه، پیمانکار

<sup>۱</sup> - ماده ۴۵۵ همان قانون.

را به تطویل مدت پیمان عادت می دهد و از موضوع رسیدگی به صورت وضعیت ها و ارسال آنها برای پرداخت به عنوان وسیله ای برای اهمال فشار بر پیمانکار استفاده می کند و تأخیر در رسیدگی و نبودن اعتبار و تأخیر در صدور چک باعث می شود که اجرای بخشی از کارهای پروژه در فصل مناسب انجام نشده و با تأخیر طولانی مواجه شود و تبعات وخیم آن متوجه پیمانکار شود. آیا این که براساس شرایط عمومی پیمان کارفرما با استناد به مفاد قرارداد، بدون مراجعه به مراجع قانونی می تواند هر کاری که خواست انجام دهد ولی پیمانکار برای احقاق حق خود ناگزیر باید با صرف هزینه و وقت بسیار به دادگستری شکایت کند نشان دهنده یک طرفه بودن ضوابط به سود کارفرما نمی باشد؟ اگر پیمانکار برای احقاق حق خود له دادگستری و مراجع قضائی مراجعه نماید به دلیل فقدان کارشناس متخصص و ابزار لازم در رسیدگی به دعوی پیمانکاری زمان رسیدگی طولانی بوده و حتی اگر به نفع پیمانکار نیز حکمی صادر شود که غالباً چنین است فاقد ارزش اولیه می باشد. از اهم دعاوی مطروحه در دادگاه های و محاکم و موضوعاتی که حکمیت و کارشناسی صحیح را می طلبد اختلاف بین کارفرمایان و پیمانکاران می باشد. ذیلاً ضمن بر شمردن برخی از دلایل افزایش سریع فسخ قراردادهای پیمانکاری، راه حل هایی به منظور توقف روند سریع فسخ پیمان بیان می شود: همان طوری که ملاحظه نمودیم مبنای قانونی شرایط عمومی پیمان، ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ می باشد. مواد ۴۶ و ۴۸ ش.ع.پ به دلیل اداری بودن پیمان، حق فسخ را منحصرأ در اختیار کارفرما قرارداده است و با برشمردن مواردی به عنوان تخلف پیمانکار، حق فسخ را برای کارفرما تجویز نموده و حتی بدون تخلف پیمانکار نیز کارفرما مجاز در اعمال فسخ و خاتمه دادن به پیمان شده است. دلایل فسخ پیمان ها و عواملی که منجر به بروز اختلافات فیما بین کارفرما و پیمانکار می شوند عبارتند از:

۱. ضعف کیفی دستگاه‌های اجرائی و عدم مدیریت صحیح پروژه‌ها.
۲. عدم اجرای درست و به موقع تعهدات کارفرمایان و پیمانکاران در قبال یکدیگر.
۳. تورم و افزایش روزافزون قیمت‌ها و دستمزدها و عدم توانایی مالی شرکت‌های پیمانکاری برای مقابله با آن.
۴. کمبود نقدینگی شرکت‌های پیمانکاری و فقدان سازمان‌ها و موسسات مالی حمایت‌کننده.
۵. کمبود مصالح و ماشین‌آلات و قطعات یدکی و افزایش سریع روند احتکار و دلالی در بازار.
۶. عدم انطباق هزینه‌های اجرائی کار با فهرست بهای پیمان‌ها و واقعی نبودن شاخص‌های تعدیل.
۷. نارسایی‌های شرایط عمومی پیمان.
۸. عدم وجود ضوابط برای شناسایی و تشخیص صلاحیت مجریان طرح‌ها که دارای وظایف سنگین و تخصصی بوده و کنترل‌کننده واحدهای طراحی و ساخت نیز می‌باشند.
۹. عدم توجه مسئولین به نتایج حاصله از تطویل پروژه‌های عمرانی.
۱۰. ناآگاهی و عدم احاطه سازمان‌های اجرائی به اعمال صحیح حق فسخ مندرج در شرایط عمومی پیمان و بعضاً سوء استفاده از آن.
۱۱. عدم اجرای مواردی از شرایط عمومی پیمان که ناظر بر انجام تعهدات کارفرما بخصوص در زمینه پرداخت مطالبات پیمانکار توسط کارفرما می‌باشند.

۱۲. کمبود آئین نامه های اجرائی مشخص برای حل و فصل موارد پیچیده و گوناگون که در حین اجرای عملیات اجرایی در رابطه با کیفیت کارهای اجرائی و هزینه های پیش بینی نشده و تحمیلی برای شرکت های پیمانکاری پیش می آید.

علاوه بر موارد فوق، مشکلات و عوامل متعدد دیگری وجود دارد که شرکت های پیمانکاری و انجمن صنفی شرکت های پیمانکاری آنها را ذکر کرده اند. اصلاح شرایط عمومی پیمان در سال ۱۳۷۸، مورد انتقاد شدید انجمن صنفی شرکتهای پیمانکار و حقوقدانانی که در ارتباط با این شرکتهای می باشند بوده و گفته اند در سراسر متن جدید هم چنان کارفرما می تواند و پیمانکار باید... دیده می شود و ضوابط همچنان یک طرفه و فقط به نفع کارفرما می باشد و پیمانکاران را دست بسته در اختیار کارفرما قرار داده است.



## منابع و مأخذ

### الف: کتب

۱. قرآن کریم، ترجمه الهی قمشه ای، م، ۱۳۷۹.
۲. اسماعیلی هریسی، محمود، ۱۳۸۴، مبانی حقوق پیمان، شرکت نشر یادآوران.
۳. امامی، حسین، ۱۳۵۶، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، ج ۱.
۴. انصاری، ولی الله، ۱۳۷۷، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان.
۵. بازگیر، یدالله، ۱۳۸۱، منتخب آرای دیوان عالی کشور در قراردادهای، انتشارات فردوسی.
۶. جعفری لنگرودی، م.ج، ۱۳۵۲، عقد ضمان، شرکت سهامی کتابهای جیبی.
۷. جعفری لنگرودی، م.ج، ۱۳۷۸، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، انتشارات گنج دانش.
۸. دهخدا، ع.ا، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج ۴.
۹. ذوالفین، نادر (۱۳۸۶)، اصول حاکم بر تنظیم و انعقاد، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۱، ص ۸۳.
۱۰. سماواتی، حشمت الله، ۱۳۸۸، خسارات ناشی از عدم تعهد، انتشارات مولوی.
۱۱. شریعتمداری، جعفر، ۱۳۷۵، شرح و تفسیر لغات قرآن بر اساس تفسیر نمونه، مشهد، مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ اول.

۱۲. محقق داماد، ص.م.، ۱۳۷۹، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).

### ب: مقالات و پایان نامه‌ها

۱. اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله و کانون وکلا تهران، پاییز زمستان، ش ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲. بنی احمد، مهدی، ۱۳۸۲، رسیدگی به صورت وضعیت ها، مجله توسعه، ش ۲ زمستان.

۳. قهرمانی، نادر، ۷۱-۱۳۷۰، پیمانهای دولتی و فسخ یک جانبه آنها، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران.

۴. محمدزاده اصل، حسین، ۱۳۷۷، داوری در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق.

۵. مسعودی، علی رضا، ۱۳۸۲، ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی در ایران، مجله

پژوهش های حقوقی، ش ۴. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی