

# جایگاه قراردادهای پیمانکاری طرح‌های عمرانی در اقسام مختلف عقود

ایرج گلابتونچی<sup>۱</sup>

کورش جعفرپور<sup>۲</sup>

## چکیده

شناخت دقیق ماهیت حقوقی قراردادهای پیمانکاری طرح‌های عمرانی، بویژه قراردادهای مبنی بر شرایط عمومی پیمان‌های سه‌عاملی (نشریه ۴۳۱۱) به عنوان پرمصرف‌ترین انواع قراردادهای ساخت سازه‌ها و تاسیسات زیربنایی کشور بسیار مهم است. در این راستا بررسی جایگاه این قراردادها در اقسام مختلف عقود و آگاهی از این جایگاه می‌تواند به استفاده بهتر و کاربرد مناسب‌تر این نوع قراردادها بیانجامد.

این قراردادها اصولاً براساس ماده ۱۰ قانون مدنی ایران شکل می‌گیرند و از نظر تشکیل، مواد، شروط و چگونگی روال انجام تعهدات تصریح شده در آن قابلیت تطابق با عقود مختلف را دارند.

در این مقاله جایگاه این نوع قراردادها که در کشور به پیمان معروف هستند، در اقسام عقد از حیث تاریخی، دوام و استحکام، اثر، شرط، مورد، نحوه انشاء، تشریفات و قبض، مورد توجه و بررسی حقوقی قرار گرفته است.

۱. کارشناسی ارشد حقوقی مالی-اقتصادی دانشگاه آزاد واحد تهران جنوب. (نویسنده مسئول)

irajgolab@gmail.com

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب.

koroushjafarpour@gmail.com

براساس بررسی انجام شده قراردادهای پیمانکاری موصوف بویژه پیمانهای سه عاملی داخلی قراردادهایی از نوع غیر معین، لازم از سوی پیمانکار جایز از سوی کارفرما، اذنی، مشروط، معوض، منجز، تشریفاتی و عینی می‌باشند.

**واژگان کلیدی:** قراردادهای پیمانکاری، پیمان، شرایط عمومی پیمان، اقسام مختلف عقود



### مقدمه

همانطور که بیان شد قراردادهای پیمانکاری در ایران به «پیمان» معروف هستند<sup>۱</sup> و به طور کلی پیمان یکی از اعمال حقوقی است که با اراده کارفرما یا صاحب کار به تعبیر بهتر متعهدله و پیمانکار یا متعهد ایجاد می شود. به عبارتی معمولاً کارفرما اراده باطنی خود را در مورد اجرای یک طرح (ایجاب)، از طریق اعلان مناقصه اعلام می دارد. پیمانکار با قبول پیشنهاد یا ایجاب کارفرما جهت اجرای یک طرح، در هنگام شرکت در مناقصه قبولی خود را به کارفرما اعلام می نماید. نتیجه این ایجاب و قبول را در سندی به نام پیمان درج می نمایند.<sup>۲</sup>

قراردادهای پیمانکاری عموماً شامل یک موافقت نامه، شرایط عمومی و خصوص پیمان، جداول احجام کار و سازوکار پرداخت، زمان بندی انجام کار و مشخصات فنی عمومی و خصوصی و نقشه ها و مدارک اجرایی پروژه است.

شناخت واقعی مبنا و ماهیت آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری یا به تعبیر درست تر پیمانکاری حوزه فعالیت های ساختمانی یا عمرانی به شناخت دقیق مفهوم و ماهیت این نوع قراردادها بستگی دارد.<sup>۳</sup> پیمانکار شخصی است حقیقی یا حقوقی که شغل او تعهد به انجام فعل مورد تعهد است و به ویژه پیمانکار حوزه احداث متعهد به ساختن یا انجام کارهای عمرانی و اجرایی در حوزه ساخت و ساز است. به عبارت دیگر، پیمانکار شخص حقوقی یا حقیقی است که یک طرف، امضاکننده پیمان است و اجرا و تامین و تدارک کالا و مصالح مورد نیاز و یا حتی طراحی و بهره برداری از موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک بر عهده گرفته است. در تعریف اصطلاحی کارفرما نیز، شخصی حقیقی یا حقوقی است که پیمانکار به دستور و به نفع او، تعهد به انجام فعل موضوع پیمان می کند. به بیانی دیگر،

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور ۱۳۸۳، ص ۲۶.

۲. صبافی، ۱۳۹۴، ص ۶.

۳. اردشیری، ۱۳۹۱، ص ۶.

یک‌سوی دیگر امضاکننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان واگذار کرده است.

بررسی شناخت دقیق جایگاه حقوقی مندرجات شرایط عمومی پیمان در اقسام مختلف عقود به عنوان اصلی‌ترین و مهمترین بخش قراردادهای پیمانکاری طرحهای عمرانی الزامی است و برای اجرا بهتر این قراردادها از سوی طرفین پیمان بسیار مهم است.

شرایط عمومی پیمان سندی است که با جزییات و توضیحات کامل روابط بین طرفین پیمان، الزامات و مسئولیت هریک از طرفین را در حالت عمومی مشخص می‌کند غیر قابل تغییر است و به صورت شکلی شرایط عمومی حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کند.

مرسوم‌ترین شرایط عمومی پیمان مربوط به پیمانهای سه‌عاملی یا همان نشریه ۴۳۱۱ منتشر از سوی سازمان برنامه و بودجه کشور است.<sup>۱</sup>

در این مقاله به بررسی جایگاه قراردادهای پیمانکاری در ایران به‌ویژه قراردادهای پیمانکاری سه‌عاملی که شایع‌ترین و مرسوم‌ترین آن هستند، در اقسام مختلف پرداخته می‌شود. اساساً قبل از ورود به این بحث لازم است اقسام عقد را به شرح زیر ذکر نمود:<sup>۲</sup>

تقسیم از حیث تاریخی (معین و غیر معین)، تقسیم از حیث دوام و استحکام (لازم و جایز)، تقسیم از حیث اثر (تملیکی، عهدی و اذنی)، تقسیم از نظر شرط (مطلق و مشروط)، تقسیم از نظر مورد (معوض و غیر معوض)، تقسیم از حیث نحوه انشاء (معلق و منجز)، تقسیم از حیث تشریفات (تشریفاتی و غیر تشریفاتی) و تقسیم از نظر قبض (عینی و رضایی)

---

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور، ۱۳۷۸.

۲. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۲۸.

موارد به تفصیل جایگاه این قراردادها را در اقسام مختلف عقد که در بالا ذکر است، بررسی می‌گردد:

### گفتار یکم - از حیث تاریخی

#### بند یکم: عقود معین و نامعین

عقود معین دسته‌ای از عقود هستند که شرایط و احکام و آثارشان و همچنین عناوین آنها را قانون مشخص نموده و دارای چارچوب و پیش ساخت قانونی است. افراد در این عقود حق انتخاب دارند ولی نمی‌توانند ساختار آن را عوض کنند. در قانونی مدنی باب مستقلی برای عقود معین آمده است. در کنار آن ماده ۱۰ قانون مدنی ناظر به عقود غیر معین است.

مطابق این ماده، اشخاص یا طرفین یک عقد یا قرارداد الزامی ندارند معاملات خود را به صورت معینی که در قوانین پیش‌بینی شده است، جاری و عملیاتی نمایند. بنابراین آنها می‌توانند قرارداد را به هر صورت که تمایل دارند منعقد کنند و آثار و نتایج و محتویات خاصی را به‌طور آزادانه برای آن تعیین نمایند. در حقیقت، آثار حقوقی تعهدات همان است که طرفین خواسته‌اند. به بیان دیگر، قرارداد تنها تابع تراضی طرفین است به شرط آنکه مخالف با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد.

#### بند دوم: مبانی حقوقی قراردادهای پیمانکاری

اساساً مبانی حقوقی قراردادهای پیمانکاری مفاد و محتویات این قراردادها بنا به نیاز طرفین آن به شکلی است که نمی‌توان در قالب یکی از عقود معین توجیه کردند. زیرا پیچیدگی روابط طرفین قرارداد مانع از آن است که بتوان آن را در قالب یکی از عقود مذکور توجیه نمود. اگرچه حین تنظیم قراردادهایی از این دست، می‌توان آنها را به قالب برخی عقود معین نزدیک کرد و از آثار و شرایط آن بهره جست. به‌نحوی که گاه به نظر می‌رسد طرفین خواسته‌اند روابطشان با یکی از این عقود منطبق باشد.

معمولاً چنین قراردادهایی در چارچوب عقود معین نمی‌گنجد اما در جهت تفسیر قرارداد و صرفاً در جهت تطابق بخشهای مختلف آن، می‌توان در قالب قرارداد، تعهدات پیمانکار مثلاً حفاظت از کارگاه و اموال موجود در آن را با عقد ودیعه و اختیارات کارفرما در وصول مطالبات خود از محل دارایی‌ها، اموال و ضمانت‌نامه‌های پیمانکار جهت پرداخت حقوق و مطالبات کارگران را با عقد وکالت تطبیق داد. به‌علاوه پیش‌پرداخت‌هایی که به پیمانکار داده می‌شود با عقد قرض، تضمین استرداد پیش‌پرداخت‌ها و حسن اجرای تعهدات را با عقد ضمان و تملک اموال پیمانکار جهت ادامه پروژه و واریز وجوه آن به حساب بستانکاری پیمانکار را بر عقد بیع می‌توان تشبیه کرد.

در عین حال، قرارداد پیمانکاری حاوی شرایط، ضوابط و آثاری است که تحت هیچ عنوانی با عقود معین قانون مدنی قابل جمع نیستند و هیچ تشابهی بین این شرایط و آثار عقود معین دیده نمی‌شود. از قبیل، لزوم اجرای پیمان طبق مشخصات فنی و تحت هدایت و نظارت 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>

شاید از این منظر قراردادهای پیمانکاری را بتوان یک قراردادهای با عقد مختلط<sup>۲</sup> نیز محسوب نمود که پیمانی است مخلوط از چند عقد معین که تمیز ماهیت عقد غالب و حاکم را دشوار می‌سازد. اما با توجه به اینکه قراردادهای پیمانکاری بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی بین اشخاص در موضوع حاضر بین اشخاص حقوقی یا حقیقی به‌عنوان کارفرما یا دستگاه اجرایی (عموماً دولت و بعضاً اشخاص) و

۱. قهرمانی، ۱۳۷۰، ص ۲۳.

پیمانکار (عموماً شخص حقوقی و بعضاً شخص حقیقی) شکل می‌گیرد لذا جز عقود نامعین هستند و باید براین اساس به تحلیل مسائل حقوقی آن اهتمام داشت.

## گفتار دوم از حیث دوام و استحکام

### بند یکم: جایز یا لازم بودن

قراردادهای پیمانکاری داخلی عموماً از ناحیه کارفرما جایز و از ناحیه پیمانکار لازم است. با توجه به محتوای ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی در کلیه قراردادها اصل بر لازم بودن قرارداد است.

اما در بحث قراردادهای پیمانکاری سه عاملی که بر مبنای شرایط عمومی پیمان‌ها تنظیم می‌شود در یک نگاه کلی با توجه به نوع قرارداد که از سوی کارفرما قابلیت فسخ دارد ولی چنین اختیاری مستقیماً به پیمانکار داده نشده است، می‌توان بیان نمود که قرارداد مذکور برای پیمانکار از نوع عقود لازم و برای کارفرما جایز است. در تطابق با مواد قانون مدنی مطابق ماده ۱۸۵ قانون مدنی عقد لازم، عقدی است که هیچ یک از دو طرف معامله حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معین. بنابراین از حیث وضعیت پیمانکار، پیمانکار از حق فسخ برخوردار نیست اما کارفرما تحت شرایطی که مندرج در مواد مختلف شرایط عمومی پیمان از جمله ماده ۴۶ و ۴۸ است می‌تواند عقد لازم منعقد را فسخ نماید. بنابراین در تطابق با مندرجات ماده ۱۸۶ قانون مدنی که عقد جایز را عقدی می‌داند که هر یک از طرفین هر وقتی بخواهند آن را فسخ می‌کنند، می‌توان در نگاه اول قرارداد را از سمت کارفرما عقد جایز دانست. اساساً فلسفه وجودی حق فسخ عموماً و اصولاً به علت وجود ضرر و زیانی است که به طور خواسته یا ناخواسته به ذوالخیار تحمیل می‌شود<sup>۱</sup> و کارفرما در این نوع قراردادهای ذوالخیار محسوب می‌شود. اما یک نکته مهم در ماده ۱۸۶ قانون مدنی وجود دارد که بر اساس آن تطابق عقد جایز از سمت کارفرما در قراردادهای پیمانکاری را با مندرجات این ماده از قانون مدنی دچار مشکل

می‌کند. در این ماده قید «هر وقتی بخواهد» باعث می‌شود در شرایط عقد جایز به مجرد اینکه اراده اعلام (ابلاغ) یکی از طرفین مبنی بر فسخ جاری گردد، قرارداد فسخ می‌شود در حالی که در قراردادهای پیمانکاری، کارفرما مطابق ماده ۴۶ از چنین شرایطی برخوردار نیست و برای تحقق فسخ مطابق این ماده باید شرایطی محقق گردد.

بنابراین هر وقت یا هرزمانی کارفرما نمی‌تواند فسخ را جاری کند بلکه زمانی می‌تواند به چنین عملی اقدام کند که شرایط منطبق بر یکی از مندرجات بند الف یا بند ب ماده ۴۶ باشد. از سوی دیگر حتی تایید تحقق شرایط مندرج در این ماده نیز به‌ویژه در خصوص بند الف آن تابع شرایط خاص دیگری مندرج در فراز پایانی بند الف ماده ۴۷ است. بنابراین به نظر می‌رسد اطلاق اینکه قراردادهای پیمانکاری موصوف از سوی کارفرما از نوع عقد جایز است در تطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی نبوده و درست به نظر نمی‌رسد.

اما با توجه به مندرجات ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان تحت عنوان خاتمه پیمان که اشعار می‌دارد: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمان کار 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 پیمان کار ابلاغ می‌کند. کارفرما کارهایی را که ناتمام ماندن آن‌ها موجب بروز خطر یا زیان مسلم است در این ابلاغ تعیین می‌کند و مهلت بیشتری به پیمان کار می‌دهد تا پیمان کار بتواند در آن مهلت، این‌گونه کارها را تکمیل کند و کارگاه را آماده تحویل نماید». بر این اساس عقد از ناحیه کارفرما جایز محسوب می‌گردد. بنابر توضیحات فوق در صورتی که مبنای سقوط و انفصال قرارداد بر مبنای ماده ۴۶ مدنظر باشد عقد از



ناحیه کارفرما عقد لازم خیاری است اما چنانچه مبنا مندرجات ماده ۴۸ باشد، عقد از ناحیه کارفرما جایز است.<sup>۱</sup>

### بند دوم: بحث تردید در لازم بودن قرارداد از سوی پیمانکار

اما ذکر یک نکته باقی است تا این بحث در این مقال به اجمال قابل جمع بندی گردد. این نکته که آیا در قراردادهای پیمانکاری مبتنی بر شرایط عمومی پیمان، پیمانکار از هیچ حق خاتمه و اتمام قراردادی هر چند اندک و محدود برخوردار نیست؟ آیا پیمانکار می تواند تحت شرایطی خاتمه پیمان را بر طرف دیگر (کارفرما) اعلام کند یا صرفاً حق فسخ و خاتمه در ید و اختیار و اجازه کارفرما است؟ پاسخ این است که پیمانکار نیز با توجه به برخی مواد شرایط عمومی پیمان از چنین حقی اگرچه محدود برخوردار است. مثلاً مطابق بخش دوم بند ج ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان ذیل عنوان تحویل کارگاه که بیان می دارد «اگر مدت تاخیر از ۳۰ درصد مدت پیمان یا ۶ ماه، هر کدام که کمتر است بیشتر شود، حقوقی به پیمانکار تعلق می گیرد بدین ترتیب که اگر مبلغ کارهای پیش بینی شده در محل های تحویل نشده تا ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، پیمانکار می تواند با اطلاع قبلی ۱۵ روزه آن قسمت از کار را از تعهدات خود حذف کند ولی اگر این مبلغ بیشتر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، در صورت اعلام خاتمه پیمان از سوی پیمانکار، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ عمل می شود. هرگاه پیمانکار در محل هایی که در تحویل آن ها بیش از مدت پیش گفته تاخیر شده است، کار اجرایی را شروع نماید، حق حذف تعهدات در آن قسمت از کار را از خود سلب می نماید».

در ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان نیز در ذیل زیر بند ۲ از بند الف ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان بیان می دارد: «جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن ها نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. اگر این مبلغ، از حد تعیین شده بیشتر شود و پیمانکار با اتمام کار با نرخ پیمان موافق

---

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور، ۱۳۷۸، نشریه ۴۳۱۱ ماده ۴۸.

باشد، عملیات موضوع پیمان در چارچوب پیمان انجام می‌شود. ولی در صورتی که پیمانکار مایل به اتمام کار نباشد، پیمان طبق ماده ۴۸ خاتمه داده می‌شود».

از موارد فوق در نگاه اول اینطور استنباط می‌شود که پیمانکار از حق خاتمه یا ابطالی برخوردار است که بر این اساس لازم بودن کامل قرارداد از سوی پیمانکار را با تردید روبرو می‌کند و قرارداد را از ناحیه پیمانکار نیز به قرارداد با عقد لازم خیارى نزدیک می‌کند اما دو نکته مهم قابل توجه است.

نخست آنکه در ماده ۲۸ و ۲۹ اگرچه حق نسبی با محدوده عملکرد جزئی و خاص به پیمانکار داده است اما سازوکار اعمال آن را بازمه تابع ماده ۴۸ خاتمه پیمان منظور نمود. ماده ای که عملاً عملیاتی شدن آن طبق مندرجات ماده ۴۸ در ید و اختیار کارفرما است. اما چنانچه مراد تهیه‌کنندگان شرایط عمومی پیمان‌ها این باشد که اختیار خاتمه برای پیمانکار طبق ماده ۲۸ و ۲۹ وجود دارد، اما چگونگی اعمال و مراحل اجرایی شدن آن منطبق و مشابه روال درج شده در ماده ۴۸ است. لذا حق خاتمه برای قرارداد تحت مواد ۲۸ و ۲۹ نیز موجود می‌باشد.

اما نکته دوم در ماده ۲۸ اساساً حق پیمانکار در حالت عدم تحویل کارگاه برای اجرای قرارداد تصریح شده است. در این حالت اساساً نمی‌توان بدون تحویل محل کار (کارگاه) امکان اجرایی شدن قرارداد را داشت. به تعبیر بهتر زمانی پیمانکار می‌تواند به فعل یا تعهد قید شده در قرارداد که اثباتاً مبنای شکل‌گیری قرارداد یا پیمان بوده عمل کند که زمین موردنیاز برای کار تحویل گردد و لذا می‌توان بیان داشت که خیار موجود در این ماده یک خیار تخلف شرط است که توافق طرفین به انجام کار را ناممکن می‌سازد و بنابراین به پیمانکار حق می‌دهد که پیمان را خاتمه داده و ابطال نماید.

بر اساس توضیحات فوق چنانچه لازم بودن عقد را از زمان امکان انجام تعهدات و شروع فعل تحویل زمین که مربوط به تعهد کارفرما است لحاظ نماییم، عقد و قرارداد پیمانکاری از ناحیه پیمانکار لازم می‌شود ولی به لحاظ امکان تحقق شرط فوق از ناحیه پیمانکار لازم خیارى است.

شایان ذکر است ۱۲ نوع خیار فسخ در قانون مدنی شماره شده که شرایط و احکام و آثار هر یک از آن‌ها به تفکیک درج گردیده است. به این تعداد اختیارات قانونی باید خسارات قراردادی که طرفین با استفاده از اصل آزادی بوده و با توجه به خیار شرط یا ماده ۱۰ قانون مدنی در عقود و قراردادها قید می‌کنند، افزوده می‌شود. خیار مندرج در قراردادهای پیمانکاری از این قاعده تبعیت می‌کند.

اما در خصوص خاتمه از سوی پیمانکار وفق ماده ۲۹ نیز می‌توان بیان داشت حق خاتمه اختصاص یافته به پیمانکار در شرایطی محقق می‌شود که بیش از ۲۵ درصد از تعهد پیمانکار طبق مبلغ اولیه پیمان حذف گردد و بنابراین دیگر تعهدی موجود نباشد که پیمانکار به انجام آن اقدام کند. بر این مبنا چون قراردادهای پیمانکاری یک قرارداد تجاری است که در عوض کار، پیمانکار به‌عنوان معوض ثمن به اضافه سود معقول پیش‌بینی شده خود را دریافت می‌کند، بنابراین با حذف بخشی از تعهدات قرارداد پیمانکار اختیار خاتمه و عدم امکان کار در بازه ۷۵ درصد باقیمانده یا بخش باقی‌مانده از ۷۵ درصد مبلغ اولیه را پیدا می‌کند. بر این اساس نیز قرارداد از ناحیه پیمانکار لازم‌خیری می‌باشد.

اما به نظر نویسندگان چون هم خیار تصریح شده در ماده ۲۸ و ۲۹ شرایط عمومی پیمان برای پیمانکار در صورت عدم امکان انجام کار یا فعل مورد تعهد قرارداد شکل می‌گیرد و از آنجایی که اساساً قرارداد پیمانکاری در حالتی محقق می‌شود که بتوان به انجام تعهد یا فعل اقدام کرد، لذا در شرایط انجام کار یا انجام فعل مورد تعهد در قرارداد، پیمانکار چنین حقی ندارد، لذا در جهت انجام قرارداد پیمانکار از خیار و حقی برای خاتمه پیمان برخوردار نیست؛ اما در همه حال پیمان از ناحیه پیمانکار لازم است اما برای کارفرما چون اختیار فسخ یا به‌طور مختصرتر اختیار خاتمه و سقوط قرارداد حتی در زمان جاری بودن و در حین انجام تعهدات قراردادی از سوی متعهد نیز امکان‌پذیر است و متعهدله می‌تواند به خاتمه و ابطال قرارداد به اختیار خود عمل نماید بنابراین از ناحیه کارفرما با توجه به اینکه

کارفرما نیز باید امکان انجام تعهد برای متعهد یا پیمانکار را فراهم آورد، بر این اساس از ناحیه متعهدله یا کارفرما نیز لازم با وجود خیار بوده و بهتر است لازم خیار محسوب گردد.<sup>۱</sup> اما چنانچه مبنا را مندرجات ماده ۴۸ در نظر بگیریم و بر این اساس کارفرما را مجاز به خاتمه تحت هر شرایطی بدانیم لذا قرارداد از ناحیه کارفرما جایز خواهد بود و بنابراین قراردادهای پیمانکاری مبتنی بر نشریه ۴۳۱۱ به طور کلی در شرایط انجام تعهدات برای طرفین یا از حیث دوام و استحکام قرارداد برای پیمانکار لازم و برای کارفرما جایز محسوب می‌گردد. در قراردادهای بین‌المللی پیمانکاری تیپ فیدیک<sup>۲</sup> هر دو طرف از حق فسخ تحت شرایطی که در شرایط عمومی پیمان مربوط آمده است برخوردارند<sup>۳</sup> لذا این گونه قراردادهای برای هر دو طرف جایز یا به تعبیر درست‌تر لازم خیار هستند.<sup>۴</sup>

### گفتار سوم - از حیث اثر

ابتدا لازم است تعریف اجمالی از عقود تملکی، عهده و اذنی ارائه گردد. عقد تملیکی قراردادی است که به موجب آن مالی از مالکیت شخص خارج و به ملکیت دیگری وارد می‌شود، بنابراین عقد تملیکی موجب انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر می‌گردد. طبق نظر کاتوزیان، ن (۱۳۸۳) عقد تملیکی موجب ایجاد و یا انتقال حق عینی می‌گردد.<sup>۵</sup> بنابراین از آنجایی که قراردادهای پیمانکاری برای احداث یا ایجاد یا انجام فعلی که نتیجه اثر آن نهایتاً متعلق و در مالکیت کارفرما خواهد بود و حق عینی را برای پیمانکار ایجاد نمی‌نماید (موجد حق عینی برای پیمانکار نمی‌شود) یا باعث انتقال حق عینی

۱. گلابتونچی، ۱۴۰۱، ص ۷۳.

## 2. FIDIC (Engineers Consulting of Federation International)

۳. سازمان مرجع برای تهیه تیپ قراردادهای داخلی امور نظام فنی و اجرایی سازمان برنامه و بودجه و بین‌المللی فیدیک

۴. عقد لازمی را که در آن به دو طرف یا یکی از آنها یا به دیگری اختیار فسخ داده شده است، عقد خیار می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ص ۳۶).

۵. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۰.

کارفرما نمی‌شود (یا ناقل حق عینی برای پیمانکار نیز نمی‌باشد) لذا قراردادهای پیمانکاری در زمره عقود تملیکی قرار نمی‌گیرند.

اما عقد عهدی، عقدی است که موجب ایجاد یا انتقال حق دینی می‌شود.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر در عقد عهدی، تعهدی بر گردن یک طرف قرارداد و حق دینی برای طرف دیگر به وجود می‌آید. براین اساس در قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار طبق قرارداد تعهدی را برای اجرای پروژه مثلاً تعهد ساخت یک ساختمان یا یک راه را بر عهده می‌گیرد و این تعهد بر گردن او گذاشته می‌شود و کارفرما نیز دین به پرداخت هزینه‌ها و کارکردهای پیمانکار طبق قرارداد را دارد. بر این مبنا در عقد عهدی یک حق نسبی و موقت ایجاد می‌شود که صرفاً در مقابل متعهد، معتبر است و در چارچوب قراردادهای فی‌مابین اعتبار دارد.

اما عقد اذنی، عقدی است که اثر اصلی آن اذن در تصرف است و تعهدی برای عاقد ایجاد نمی‌کند. در واقع اذن و اختیار در تصرف به طرف مقابل داده می‌شود. بنابراین در عقد اذنی اراده اذن دهنده نوعی ایجاب است که تا مورد قبول طرف مقابل قرار نگیرد (اثر نهایی اذن) به وجود نمی‌آید. برخی از فقها گاه به جای عقد اذنی از عبارت عقد جایز استفاده کرده‌اند و شاید این امر به دلیل آن باشد که تمامی عقود اذنی جایز و قابل فسخ می‌باشند مانند عاریه و کالت.<sup>۲</sup>

بنابراین مطالب فوق چون با انعقاد قرارداد پیمانکاری، پیمانکار به اذن و اختیار کارفرما حق تصرف قابل فسخ از سوی کارفرما برای در اختیار گرفتن کارگاه و اجرای پروژه و تصرف موقت آن بدون انتقال یا ایجاد حق عینی و مالکیت را دارا می‌باشد، پس قرارداد پیمانکاری را می‌توان عقد اذنی محسوب نمود. جایز بودن عقد اذنی و قابل فسخ بودن آن نیز منطبق بر وضعیت کارفرما به‌عنوان

---

۱. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۰.

۲. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۱.

متعهدله در قرارداد پیمانکاری است. لذا در جمع‌بندی کلی از حیث اثر، قراردادهای پیمانکاری جز عقود عهدی و اذنی هستند.

### گفتار چهارم - از حیث شرط

عقد مشروط عقدی است که یکی از شروط (شرط نتیجه، فعل یا صفت) در آن قید شده باشد. عقد مطلق، عقدی است که هیچ قید و شرطی در آن نیست.

مشروط بودن یا مطلق بودن عقد بر اساس ماده ۳۴۱ و ۲۴۴ قانون مدنی قابل‌شناسایی و تقسیم‌بندی است. تقسیم‌بندی مذکور به لحاظ آثار حقوقی است که در قرارداد و پس‌از آن بروز می‌کند. در عقد مشروط طرفین در ضمن تعهد اصلی که دارند یکسری تعهدات ضمنی و فرعی را هم بر عهده می‌گیرند که این شرط یا شروط باید صریح و روشن بوده و مشروط علیه ملزم به انجام شرط است.

بنابراین در عقد مشروط طرفین معامله شروط و شرطی می‌گذرانند که جز پیمان یا قرارداد فی‌مابین است. مثلاً در قرارداد ساخت یک ساختمان یا یک نیروگاه برق، علاوه بر تعهد اصلی که احداث ساختمان یا نیروگاه است، خرید تمامی تجهیزات لازم از سوی پیمانکار و پرداخت متناسب ثمن و کارکرد این بخش از سوی کارفرما به‌عنوان شرط یا فعل یا تعهد فرعی در قرارداد اصلی ذکر می‌گردد. یعنی یکی از شروط احداث ساختمان یا نیروگاه مذکور خرید تجهیزات توسط متعهد است.

اساساً در قراردادهای پیمانکاری شروط بخش مهمی از قرارداد است. مثلاً شرط می‌شود شروع قرارداد از سوی پیمانکار پس از تحویل زمین از سوی کارفرما یا پرداخت پیش‌پرداخت باشد. اگر چنین شرطی انجام نشود قرارداد اساساً فعال نشده و آغاز نمی‌شود یا مثلاً مطابق ماده ۲۸ شرایط عمومی شرط می‌شود کارفرما کارگاه را بدون عوض و بدون معارض تحویل پیمانکار کند. اگر معارض در حین کار پیدا شد کارفرما آن را رفع می‌کند و اگر نتوانست کارگاه را ظرف یک ماه تحویل دهند مطابق بند ج همین ماده چنانچه مدت تاخیر در تحویل کارگاه بیش از یک شود کارفرما به‌منظور جبران

خسارت در تاخیر در تحویل کارگاه هزینه‌های اضافی ایجادشده برای پیمانکار را طبق رابطه مندرج در ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان محاسبه و پرداخت کند.

یا مثلاً طبق ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان شرط شده که پیمانکار در آخر هرماه صورت وضعیت کارهای انجام شده از شروع کار تا آن تاریخ را که طبق نقشه‌های اجرایی دستور کارها و صورت مجلس‌ها انجام شده را اندازه‌گیری می‌نماید و مقدار مصالح و تجهیزات پای کار را تعیین و بر اساس فهرست‌بهای منضم به پیمان مبلغ صورت وضعیت را محاسبه کرده و آن را برای تایید و پرداخت به مهندس مشاور و کارفرما تحویل می‌دهد و کارفرما نیز شرط کرده پس از دریافت صورت وضعیت تایید شده از سوی ناظر و مهندس مشاور ظرف بیست روز مبلغ آن را پس از کسر کسورات قراردادی و قانونی به پیمانکار پرداخت نماید.

اساساً قراردادهای پیمانکاری به‌ویژه مفاد شرایط عمومی پیمان آن‌ها و متون موافقت‌نامه و دیگر بخشهای پیمان جابه‌جا شروط مختلف برای انجام تعهد اصلی و اجرای تعهدات فرعی درج شده است. بنابراین قراردادهای پیمانکاری قراردادهای مشروط هستند.

### گفتار پنجم - از حیث مورد

عقودی که بر حسب طبیعت خود دارای دو مورد است و هریک از دو طرف، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که به عهده می‌گیرد. مالی یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند، معوض می‌نامند. در عقد معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هریک از دو طرف در همان حال که از دیگری طلبکار است، مدیون او نیز هست!

اما برعکس در عقد مجانی یا غیر معوض یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند تن دیگر تعهد بر امری می‌کنند یا مالی را به‌رایگان می‌دهند. بدون اینکه برای آنان التزام ایجاد شود در عقد معوض باید دو تعهد یا تملیک در برابر هم قرار گیرند و دو قصد مشترک باهم مبادله شوند.<sup>۱</sup>

با توجه به توضیحات فوق چون در قراردادهای پیمانکاری به‌صورت عام اساساً دو تعهد یعنی انجام کار توسط پیمانکار در مقابل پرداخت وجه از سوی کارفرما قرار می‌گیرد. در واقع قرارداد پیمانکاری یک عقد معوض است. اساساً عملکرد پیمانکار در راستای تعهد قرارداد فی‌مابین غیر رایگان بوده و اجرای تعهدات پیمانکار در مقابل تعهدات کارفرما به‌ویژه تعهد کارفرما به پرداخت وجه کارکردها و مبلغ کار انجام‌شده می‌باشد.

#### گفتار ششم - از حیث نحوه انشاء

#### بند یکم - وضعیت قراردادهای پیمانکاری پس از انشاء

ماده ۱۸۹ قانون مدنی عقد منجّز را این‌گونه تعریف کرده است: عقد منجّز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق است. بنابراین عقد منجّز عقدی است که به مجرد انعقاد آن، عقد قطعی و دارای اثر می‌باشد. در واقع در این عقد اثر عقد وابسته و موکول به اینکه اتفاق دیگری بیافتد یا کار دیگری انجام شود نیست و عقد، قطعی است. اما عقد معلق در مقابل عقد منجّز در حقوق مدنی قرار گرفته است یعنی عقد معلق عبارت است از اینکه اثر عقد منوط به وقوع امر دیگری شود و زمانی قرارداد ایجاد و جاری می‌شود که آن رخ داده باشد.

منظور از آثار قرارداد نتایجی است که عقد پس از انشاء در عالم حقوق به وجود می‌آورد. این آثار عبارت از تعهد، یعنی وظیفه قانونی و قراردادی به انجام دادن یا خودداری از انجام دادن عملی و نیز مسئولیت متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد است. فعل مورد تعهد ممکن است فعل مادی باشد



مانند احداث یک ساختمان یا نصب ماشین آلات کارخانه یا فعل حقوقی باشد مانند فروش یا خرید ملک.<sup>۱</sup>

با توجه به اینکه در قراردادهای پیمانکاری به مجرد انعقاد قرارداد، آثار آن بدون وقف بر امر دیگری جاری شده و قطعی می‌باشد و طرفین متعهد به انجام تعهدات قراردادی و قانونی خود هستند لذا این قراردادها در زمره قراردادهای با عقود منجز قرار دارند.

### بند دوم- وضعیت ماده ۴ قراردادهای پیمانکاری (تاریخ نفوذ پیمان)

درخصوص این ماده دو نکته قابل ذکر مهم است: آیا مندرجات ماده ۴ قراردادهای پیمانکاری که بیانگر تاریخ تنفیذ، مدت و تاریخ شروع کار است دلالت بر معلق بودن عقد در این نوع قراردادها ندارد؟ برای بیان موضوع نگاهی به ماده مذکور می‌اندازیم. در این ماده موارد زیر بیان می‌گردد:<sup>۲</sup>

الف) این پیمان از تاریخ مبادله آن (ابلاغ از سوی کارفرما) نافذ است.

ب) مدت پیمان... ماه است. این مدت تابع تغییرات موضوع ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان است.

ج) تاریخ شروع کار، تاریخ نخستین صورت‌مجلس تحویل کارگاه است که پس از مبادله پیمان، تنظیم می‌شود. پیمانکار متعهد است از تاریخ تعیین شده برای شروع کار، در مدت ... ماه نسبت به تجهیز کارگاه به‌منظور شروع عملیات موضوع پیمان، اقدام نماید.

اولاً مطابق بند الف نفوذ پیمان یا به تعبیر بهتر تکمیل مراحل انعقاد قرارداد منوط به مبادله (ابلاغ از سوی کارفرما) شده است. در اینجا این بحث قابل طرح است که آیا با این نکته عقد معلق نشده است

---

۱. شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۲۰.

۲. البته این موضوع به شرح فوق در قراردادهای سه‌عاملی (نشریه ۴۳۱۱) بحث شده ولی در مورد دیگر انواع قراردادهای پیمانکاری موضوع به همین منوال و مشابه است.

و در واقع آثار عقد معلق از تاریخ تحقق شرط مبادله پیمان و ابلاغ از سوی کارفرما به بار نمی‌نشینند؟ آیا عقد پیمانکاری بر اساس این ماده معلق نیست؟ یا عقد معلق با آثار منجز نمی‌باشد؟

اگرچه نوشتن چنین بندی بدون تاریخ یا محدوده زمانی مشخص برای تحقق و فرجام تحقق آن اساساً از نقاط ضعف قراردادهای پیمانکاری داخلی است و می‌تواند به تعبیری مبطل عقد اصلی محسوب گردد اما به نظر می‌رسد مبادله قرارداد در واقع تکمیل فرآیند انشاء و جاری شدن عقد است نه معلق بودن آن.

شایان ذکر است در قراردادهای پیمانکاری تیپ فیدیک یا قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی در صورت مشروط کردن نفوذ عقد به ابلاغ قرارداد الزاماً محدوده زمانی انجام این کار حتماً درج می‌گردد مثلاً ذکر می‌گردد نهایتاً ظرف دو هفته یا نهایتاً یک ماه. بنابراین در صورت عدم مبادله یا ابلاغ قرارداد از سوی کارفرما قرارداد خودبه‌خود فسخ و از درجه اعتبار ساقط می‌شود. در واقع عدم تحقق ابلاغ یا مبادله در محدوده زمانی تصریح شده به ابطال خودبه‌خودی قرارداد یا انفساخ منجر می‌گردد. بر این اساس مبادله یا ابلاغ پیمان از سوی کارفرما در اصل تکمیل فرآیند مراحل انعقاد قرارداد و جاری شدن عقد و نفوذ آن است. بنابراین شروع عقد و انجام تعهدات قراردادی از زمان تکمیل شدن فرآیند انعقاد پیمان بوده و عقد مربوط منجز است نه معلق.<sup>۱</sup>

ثانیاً بر اساس بند الف به محض مبادله پیمان تعهدات طرفین جاری و قرارداد نافذ و اجرا می‌شود. به این ترتیب بدون وقف بر امری، عقد جاری و لازم‌الاجرا می‌شود. اما با توجه به مندرجات بند ج شروع کار پیمان معلق و مشروط به تحویل زمین از سوی کارفرما است. یعنی برای آنکه پیمانکار بتواند تعهدات خود را آغاز نماید و به انجام آن اهتمام نماید، باید تحویل زمین کارگاه از سوی کارفرما صورت پذیرد. پس قرارداد و شروع تعهدات پیمان مشروط به تحویل کارگاه است نه معلق به آن. در

واقع شرط شروع تعهد پیمانکار که مطابق ماده الف نافذ و جاری است مشروط به تحقق فعل کارفرما در تحویل زمین است. بنابراین قرارداد مشروط آن است نه معلق به آن.

اساساً عقد معلق زمانی اجرا می‌شود که امری که قرارداد به آن تعلیق شده انجام شود و تا زمانی که این موضوع محقق نشود قرارداد اجرایی نخواهد شد. اما در قرارداد مشروط، قرارداد به محض اینکه منعقد شد نافذ بوده و اعمال می‌شود و آثار آن جاری می‌گردد. تنها در ضمن عقد شروطی وجود دارد که باید ضمن اجرای قرارداد و انجام تعهدات در نظر گرفته شود.

نکته دیگر اینکه در عقد معلق، تشکیل عقد و آثار آن متوقف بر تحقق شرط است، در واقع در عقد معلق الزامی به وجود نمی‌آید مگر پس از تحقق عقد معلق علیه. در حالی که در عقد مشروط، عقد تشکیل شده و شرط یک تعهد فرعی است و متعاقدين خواسته اند از همان زمان توافق اراده انشاء عقد، آثار قانونی آن ایجاد گردد و علاوه بر آن حسب نوع شرط، مشروط علیه به تعهد دیگری نیز عمل کند. بنابراین تعهدات و آثار عقد مشروط منوط و معلق به هیچ امری نیست و متعاقدين از زمان انعقاد عقد ملزم به اجرای تعهدات اصلی و تعهدات فرعی (شرط) آن عقد می‌باشند. مانند تحویل زمین که فرع تعهد کارفرما برای ایجاد عقد اصلی است. بر این مبنا تحقق عقد یا حدوث آثار عقد مشروط، منوط به تحقق شرط نیست و عدم اجرای شرط در عقد مشروط لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌آورد و بر حسب مورد مشروط له می‌تواند مشروط علیه را ملزم به اجرای شرط کند و در صورت عدم امکان آن عقد را فسخ نماید.

مطابق مندرجات بند ج ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان سه عاملی اگر کارفرما نتواند زمین کارگاه را تحویل نماید تا تعهدات پیمانکار که ناشی از عقد اصلی انجام شود، پیمانکار از حق فسخ (خانمه) برخوردار می‌شود. از سوی دیگر در عقد معلق در صورت عدم تحقق شرط، عقدی تشکیل نمی‌شود و بنابراین موجبی برای الزام طرف دیگر جهت اجرای شرط یا فسخ عقد نخواهد بود.

بنابراین بند الف ماده ۴ موافقت‌نامه پیمان دلالت بر این دارد که به مجرد مبادله پیمان عقد جاری شده و چنانچه کارفرما نتواند به تعهد تحویل زمین عمل کند مطابق ماده ۲۸ پس از گذشت ۶ ماه از عدم تحویل پیمانکار از حق فسخ (خاتمه) برخوردار است یعنی عقد نافذ و جاری و قطعی است و در صورت عدم انجام شرط مستتر در بند ج ماده ۴ حق فسخ نیز می‌تواند در صورت عدم تحقق شرط تحویل کارگاه جاری شود.

در یک جمع‌بندی کلی می‌توان بیان داشت بر اساس مندرجات ماده ۴ موافقت‌نامه‌های پیمان، مشخص می‌گردد که عقود پیمانکاری در زمره عقد منجز و مشروط است.

#### بند سوم - وضعیت ماده ۴۹ (تعلیق پیمان)

اما در این حالت تکلیف مندرجات ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان تحت عنوان تعلیق چیست؟ آیا این ماده نشان نمی‌دهد که عقد پیمانکاری معلق بوده یا می‌تواند معلق شود؟

در ماده ۴۹ آمده است کارفرما می‌تواند در مدت پیمان، اجرای کار را برای یک بازه حداکثر سه‌ماهه معلق کند. در این صورت مراتب را با تعیین تاریخ شروع تعلیق به پیمانکار اطلاع می‌دهد. در مدت تعلیق پیمانکار مکلف است که تمامی کارهای انجام‌شده، مصالح و تجهیزات پیمانکار، تاسیسات و ساختمان‌های موقت را بر اساس پیمان به‌طور شایسته، حفاظت و حراست کند.

در ماده ب نیز بیان شده است کارفرما هزینه بالاسری را در دوران تعلیق به میزان تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان به پیمانکار می‌پردازد.

در بند د نیز آمده است در صورتی که تعلیق بیش از سه ماه ضروری باشد، کارفرما می‌تواند با موافقت پیمانکار تعلیق را برای یک‌بار و حداکثر سه ماه افزایش دهد. در صورت عدم موافقت پیمانکار با تعلیق بیش از سه ماه، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان عمل می‌شود.

و در بنده هه آمده است هرگاه عوامل موجب تعلیق کار بر طرف شود، کارفرما با تعیین مهلتی برای پیمانکار به منظور آماده نمودن کارگاه، تاریخ شروع مجدد کار را به پیمانکار ابلاغ می‌کند.

اولاً تعلیق عنوان شده در این ماده تعلیق موقت در حین کار است نه تعلیق در عقد. ثانیاً تحقق عقد اصلی که از قبل انجام شده و عقد قطعی بوده و بر اساس آن تعهدات طرفین شکل گرفته، منوط به وقوع این تعلیق (رفع تعلیق) نیست.

مساله تعلیق موقت یا تعلیق در رفع عیب در عقود دیگر مانند عقد اجاره و عقد مزارعه قابل ردیابی و شناسایی است. مثلاً در عقد اجاره اگر در مال الاجاره عیبی به وجود آید که قابل رفع نباشد عقد از همان تاریخ کشف عیب قابل فسخ است. اما چنانچه امکان رفع عیب وجود داشته باشد قرارداد جاری است (ماده ۴۷۸ قانون مدنی).<sup>۱</sup> بنابراین تا زمان رفع عیب قرارداد فی مابین می‌تواند تعلیق شده و تعهد متعهد به حالت معلق درآید.

در عقد مزارعه نیز مطابق ماده ۵۲۷ قانون «مدنی هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می‌شود». بنابراین از این راه نیز می‌توان چنین استنباط کرد اگر رفع مانع ممکن باشد، عقد منفسخ نمی‌شود و در واقع تا رفع مانع قرارداد به حالت تعلیق درمی‌آید. بر مبنای توضیحات فوق می‌توان بیان نمود که در قانون مدنی ایران تعلیق در حین عقد مورد قبول می‌باشد.

مساله تعلیق در قراردادهای پیمانکاری به شرحی که در بالا بر اساس مندرجات ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان آمده است نشان می‌دهد این تعلیق قانونی بوده و می‌تواند در حین عقد منجز به اجرا

---

۱. ماده ۴۷۸، هرگاه معلوم شود عین مستاجر در حال اجاره معیوب بوده مستاجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد مستاجر حق فسخ ندارد.

درآید و به اصل عقد و آثار قطعی که به مجرد انعقاد عقد جاری و نافذ شده است خدشه و اثر تعلیقی از حیث تبدیل عقد منجز به عقد معلق وارد نمی‌کند. در اصل، تعلیق موقت در حین عقد منجز، شناخته‌شده و وارد بوده و تعلیق قراردادهای پیمانکاری از این نوع تعلیق است. بنابراین تعلیق موجود در قراردادهای پیمانکاری را می‌توان یک خیار در ید کارفرما دانست که تحت شرایطی می‌تواند آن را اجرا کند. هرچند در حین تعلیق تعهدات طرفین به‌ویژه متعهد متوقف می‌گردد. این توقف و تعلیق به این معنا نیست که از مسئولیت آن‌ها کاسته می‌شود یا مسئولیت آن‌ها در مقابل کار انجام‌شده یا تعهدات ناشی از قرارداد از بین می‌رود.

شایان ذکر است در این تعلیق نیز پیمانکار مسئولیت‌ها و تعهداتی دارد که فرع تعهد اصلی بوده و لازم‌الاجرا است. مانند حفظ و حراست از کارگاه و کارهای انجام‌شده، مصالح و تجهیزات وفق تعهد اصلی یا مطابق قرارداد که اگرچه این‌ها تعهدات فرعی هستند ولی باید پیمانکار به انجام آن‌ها اقدام نماید. از سوی دیگر کارفرما نیز در مقابل این مسئولیت، همچنان مسئولیت اصلی و تعهدات ذاتی خود در قرارداد را ادامه داده و همچنین مسئول پرداخت هزینه‌های دوران تعلیق به شرح مندرج در ماده مذکور در شرایط عمومی پیمان است.

#### بند چهارم - وضعیت ماده ۴۳ (حوادث قهری)

در خصوص تعلیق و توقف کار ناشی از بروز حوادث قهری ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان نیز موضوع به همان شرح بالاست. به ترتیبی که تعلیق و توقف کار بر اثر بروز حوادث قهری به بنیان عقد منجز اصلی قرارداد خدشه‌ای وارد نمی‌کند وضعیت تعهدات و مسئولیت‌های طرفین قرارداد، در توقف و تعلیق تعهدات اصلی و اجرای مسئولیت‌ها و تعهدات فرعی ناشی از تعلیق بر اثر حوادث قهری، تابع مندرجات این ماده هستند.

بنابراین در یک جمع‌بندی کلی عقد و قراردادهای پیمانکاری داخلی مرسوم، مبتنی بر شرایط عمومی پیمان یک عقد منجّز بوده که در آن شروطی دیده شده است. همچنین در حین اجرای تعهدات ناشی از این عقد تعلیق در انجام تعهدات اصلی مجاز بوده و این تعلیق‌ها ایرادی به اصل عقد و تعهدات قراردادی وارد نمی‌کند لذا قرارداد منجّز و تعهدات لازم‌الاجرا به‌ویژه از ناحیه پیمانکار به‌عنوان متعهد می‌باشد.

### گفتار هفتم - از حیث تشریفات

عقد تشریفاتی عقدی است که بنا به ملاحظاتی علاوه بر شرایط اساسی صحت معامله برای تشکیل آن پاره‌ای از تشریفات نیز ضروری می‌باشد. عقد غیر تشریفاتی با توافق و رضای طرفین بدون تشریفات خاصی از قبیل لفظ خاص یا تنظیم سند بوجود می‌آید. بنابر توضیحات فوق از آنجایی که برای شکل گرفتن، رسمی شدن و جاری شدن عقد یا به تعبیر بهتر برای تحقق و انعقاد قرارداد پیمانکاری تشریفاتی خاص از جمله برگزاری مناقصه، استعلام کتبی و یا تنظیم قرارداد به‌عنوان سند معتبر، که تعهدات طرفین و چگونگی انجام این تعهدات در آن انشاء شده و به‌صورت مکتوب و مستند تحت تشریفات خاصی لازم است و این رعایت و عمل به تشریفات از اصول اساسی تشکیل این قراردادها است، لذا قراردادهای پیمانکاری جز عقود تشریفاتی محسوب می‌گردند.

### گفتار هشتم - از نظر تاثیر قبض

عقد رضایی عقدی است که رضایت طرفین برای انعقادش کفایت می‌کند و اساساً نیاز به تشریفات خاصی برای انجام کار نخواهد داشت. پس یگانه عامل تکوین چنین عقدی تراضی است. اما در عقد عینی موضوع عقد مالی است و قبض و تحویل مال از شروط صحیح بودن عقد است.

گرچه برخی از حقوقدانان به جهت اینکه عنصر سازنده عقد را قصد انشاء می‌دانند و نه تراضی لذا این دسته عقود را عقد قصد، نام می‌نهند.<sup>۱</sup>

برخی از حقوقدانان قبض را در عقود عینی شرط صحت عقد می‌دانند درحالی‌که برخی نیز عقیده دارند قبض هیچ‌گونه اثری در همان عقد ندارد.<sup>۲</sup>

با توجه به مطالب فوق عقد عینی هم در واقع مصداقی از عقود تشریفاتی است و شاید دلیل جداسازی عقود عینی از سایر عقود تشریفاتی این باشد که در این دسته از عقود شرط ویژه‌ای به نام قبض مدنظر بوده که در موارد متعدد باعث تضارب آرای اندیشمندان شده است.<sup>۳</sup>

بنابراین در یک جمع‌بندی کلی با توجه به اینکه در عقود پیمانکاری انجام تعهدات در قبال تسلیم مال (پرداخت کارکردهای پیمانکار) مطرح می‌باشد، لذا می‌توان این عقود را جز عقود عینی هم محسوب کرد.

### نتیجه گیری

تردیدی نیست که گردش مالی بالا در قراردادهای پیمانکاری حوزه ساخت و ساز و اهمیت آن‌ها در اجرای طرح‌های زیر بناهایی کشور، آثار جدی و عمیقی نه تنها بر طرفین آن بلکه بر کل جامعه و اقتصاد کشور دارد. لذا باید این قراردادها که در ایران به پیمان معروف هستند از منظر حقوقی به خوبی و تا آنجا که ممکن است به دقت بررسی و شناسایی شوند. در این راستا جایگاه این قراردادها بویژه از نظر اقسام مختلف عقود مورد بررسی قرار گرفت.

۱. داورزنی، ۱۳۸۸، ص ۲.

۲. علامه حلی، ۱۳۸۷، به نقل از داورزنی و همکار، ۱۳۸۸، ص ۳.

۳. داورزنی و همکار، ۱۳۸۸، ص ۳۱.



در این مقاله اقسام مختلف عقود از حیث تاریخی (معین و غیر معین)، دوام و استحکام (لازم و جایز) حیث اثر (تملیکی، عهدی و اذنی)، شرط (مطلق و مشروط)، مورد (معوض و غیر معوض)، نحوه انشاء (معلق و منجز)، تشریفات (تشریفات و غیر تشریفات) و قبض (عینی و رضایی) مورد توجه قرار گرفته اند و جایگاه قراردادهای پیمانکاری بویژه قراردادهای مبتنی بر شرایط عمومی پیمانهای سه عاملی (نشریه ۴۳۱۱) در اقسام مختلف آنها بررسی شده اند.

قراردادهای پیمانکاری اساساً براساس ماده ۱۰ قانون مدنی که ناظر به عقود معین هستند شکل می‌گیرند. اگرچه می‌توان بخشهای مختلف آن را به صورت خاص با برخی عقود معین نیز مطابق داده تفسیر نمود اما در عین حال قراردادهای پیمانکاری حاوی شرایط، ضوابط و آثاری است که تحت هیچکدام از عقود معین قرار نمی‌گیرد.

وجود مواد ۴۶ و ۴۸ در شرایط عمومی این پیمان‌ها نشان می‌دهد که این قراردادها از ناحیه کارفرما جز عقود جایز و از ناحیه پیمانکار جز عقود لازم است. اگرچه در این خصوص، می‌توان به تفسیرهایی که به لازم یا جایز بودن کامل آن با توجه به مندرجات این مواد و مواد ۲۸ و ۲۹ شرایط مذکور تردیدهایی وارد می‌سازد نیز اشاره نمود. در قراردادهای موصوف چون کارفرما با اذن و اختیار پیمانکار حق تصرف با قابلیت فسخ از سوی کارفرما برای انجام کار و در اختیار گرفتن کارگاه را دارد و تصرف موقت بدون انتقال یا ایجاد حق عینی و مالکیت را دارا می‌باشد پس در زمره عقود اذنی است. با وجود شروط مختلف در این قراردادها، قرار گرفتن تعهدات معوض پیمانکار در مقابل تعهدات کارفرما، رعایت تشریفات در انعقاد و انجام تعهدات قراردادی مذکور، می‌توان این نوع قراردادها را جز قراردادهای تشریفات، معوض، منجز و عینی محسوب نمود.

در یک جمع بندی کلی براساس بررسی انجام شده قراردادهای پیمانکاری حوزه ساخت به طور کلی قراردادهای غیرمعین، مشروط، معوض، منجز، تشریفاتی، عینی هستند و از ناحیه کارفرما جز عقود جایز و از ناحیه پیمانکار لازم می‌باشند.

شایان ذکر است شناخت ماهیت و آثار این قراردادها قطعاً می‌تواند منجر به کارکرد بهتر و استفاده دقیق تر آنها شود. بر این مبنا می‌توان آنها را به نحو مطلوبتری به سرانجام رسانید و تعهدات برآمده از این قراردادها را به خوبی به جا آورد و در پرتو چنین عملکردی به نتایجی دست یافت که در ورای آن توسعه زیرساخت‌ها و اجرای موفق طرحهای عمرانی در کشور برای استفاده ذینفعان و بهره برداران صورت پذیرد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع و مآخذ:

۱. ادیبی، محمدرضا (۱۳۹۴)، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، چاپ اول، ویرایش دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۳۲۷ صفحه
۲. اردشیری شعبان (۱۳۹۱)، آثار ناشی از فسخ قرارداد پیمانکاری، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان، دانشکده حقوق، ۱۴۹ صفحه.
۳. داورزنی حسین و مومنی خسرو (۱۳۹۸)، عقد قرض، عقد عینی یا رضایی با رویکرد به آرای حضرت امام خمینی (س)، پژوهشنامه متین شماره ۴۵، صفحات ۶۵-۷۸.
۴. سازمان برنامه و بودجه کشور (۱۳۷۸)، موافقتنامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان، نشریه شماره ۴۳۱۱، انتشارات سازمان برنامه و بودجه کشور.
۵. سازمان برنامه و بودجه کشور (۱۳۸۳)، فرهنگ واژگان نظام فنی و اجرایی کشور، شماره ۸۳/۰۰ تابستان ۱۳۸۳، انتشارات سازمان برنامه و بودجه کشور
۶. شمس، احمد و منصوری، سعید (۱۳۹۲) حقوق مدنی جداول عقود و معین، چاپ اول انتشارات دادگر، ۲۵۶ صفحه.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، حقوق مدنی (سقوط تعهدات)، تهران، انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۴۳ صفحه.
۸. صباغی روح الله (۱۳۹۳)، اختلاف قراردادهای ساخت و ساز دستگاه‌های دولتی، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ۱۴۸ صفحه.
۹. قانون مدنی
۱۰. قهرمانی، نادر (۱۳۷۰)، پیمان‌های دولتی و فسخ یک جانبه آنها، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران. صفحات ۳۳-۳۴.
۱۱. کاتوزیان ناصر (۱۳۶۹)، حقوق مدنی، دوره عقود معین (معاملات معوض و عقود تملیکی)، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، ۱۶۶ صفحه.
۱۲. کاتوزیان ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، دوره عقود معین (عطایا). جلد سوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۲۲۳ صفحه.
۱۳. کاتوزیان ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای (آثار قرارداد در رابطه دو طرف و نسبت به اشخاص ثالث)، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، ۱۹۷ صفحه.

۱۴. کاتوزیان ناصر (۱۳۸۳)، عقود معین، جلد اول، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۴۹ صفحه.

۱۵. کاتوزیان ناصر (۱۳۹۳)، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع چاپ نوزدهم (۱۳۹۷) انتشارات گنج دانش ۵۰۹ صفحه

۱۶. گلابتونچی، ایرج (۱۴۰۱)، تحلیل حقوقی آثار مالی-اقتصادی خاتمه و فسخ پیمان در قراردادهای پیمانکاری، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، ۲۰۱ صفحه.

۱۷. نهرینی، فریدون (۱۴۰۰)، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۳۸۰ صفحه

18-The FIDIC Forms of Contract, 3rd Ed, ISBN 13: 978-14051-2031-9.

19-FIDIC Contracts Guide to the Construction, Plant and Design-Build and EPC/Turnkey Contracts (1st Edition, 2000). ISBN: 2-48432-029-6.

