

مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی و موارد فسخ قراردادهای دولتی در شرایط پیمان

پرهام هاشم پور بوسجین

کارشناسی ارشد حقوق شرکت های تجاری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

چکیده

می توان قراردادهای اداری و دولتی را به عنوان قراردادهایی تعریف کرد که در ضمن آنها دستگاه های اجرایی بمنظور تامین منافع عمومی جامعه با اشخاص حقیقی یا حقوقی، ضمن تشریفات و اصول خاصی به عقد قرارداد می پردازند. در این تعریف، طبق ماده (۵) قانون مدیریت کشوری، دستگاه های اجرایی شامل تمام وزارت خانه ها، موسسات دولتی، موسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت های دولتی می شوند. بدیهی است برای اینکه یک قرارداد، بعنوان قرارداد دولتی تلقی شود، بایستی هدف آن، رساندن خدمات به عموم مردم کشور باشد. به عبارت دیگر، برخلاف قراردادهای خصوصی که بین دو نفر است و کالا، خدمات یا تعهد انجام شده متوجه شخص یا اشخاص خاصی می شود، منافع حاصل از قراردادهای دولتی باید متوجه مردم کشور یا منطقه باشد. برای تشخیص قراردادهای اداری یا غیراداری دولت، عنصر هدف آن، تعیین کننده تر می باشد. در مواردی، هدف از قراردادهای دولتی به قدری جزئی است که نمی توان آن را عمومی برشمرد و جزء قراردادهای غیراداری دولت قرار می گیرد. شرایط عمومی پیمان، حدود حقوق و تعهدهای طرفین قراردادها را معین کرده و درباره حوادث قهری (مانند بلایای طبیعی، که خارج از اختیار افراد و غیرقابل پیش بینی و جلوگیری هستند)، تعلیق یا متوقف کردن قرارداد، شیوه فسخ قرارداد، خاتمه قرارداد و ... تعیین تکلیف نموده است. در قراردادهای پیمانکاری، شرایط عمومی پیمان یکسان هستند. از آنجایی که قراردادهای پیمانکاری بزرگ، از پیچیدگی های فراوانی برخوردارند، کلیه حالت هایی که ممکن است بین طرفین قرارداد رخ دهد، در شرایط عمومی پیمان و ضمن موافقت نامه پیمان مورد پیش بینی قرار گرفته است. تحقیق حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی صورت پذیرفته است، در خصوص مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی و موارد فسخ قراردادهای دولتی در شرایط پیمان به مطالعه و بررسی می پردازد.

واژگان کلیدی: قراردادهای دولتی، پیمان، فسخ قرارداد.

مقدمه

در حقوق ایران، قراردادهای پیمان در شمار قراردادهای دولتی بوده و از تشریفات خاصی برخوردار هستند. در واقع قراردادهای موضوع حقوق پیمان به قراردادی اطلاق می‌شود که یک یا چند دستگاه دولتی و اجرایی، برای بهره‌مندی جامعه، در ازاء پرداخت مبالغ معینی، تمام و یا بخشی از انجام عملی و یا خرید و فروش کالایی را به اشخاص حقوقی یا حقیقی مورد نظر خود، با رعایت مقررات و شرایط دفترچه دیوان واگذار می‌نماید. انعقاد این گونه قراردادهای، براساس برخی قوانین خاص نظیر قانون برگزاری مناقصه‌ای و مقررات دفترچه پیمان انجام می‌گیرد. در دفترچه پیمان که بیانگر مجموعه مقررات این گونه قراردادهای است، این مورد برای انحلال قرار داد از طریق فسخ به وسیله کارفرما، مورد پیش بینی قرار گرفته است. حال آنکه ممکن است در برخی موارد، قراردادهای پیمان به سببی از اسباب و بدون اراده طرفین منفسخ گشته و یا حتی قبل از اجرایی شدن تعهدات اقاله شوند. اگر قرارداد پیمان از ابتدا باطل باشد، هیچ گونه اثر حقوقی از خود بر جای نمی‌گذارد. موارد بطلان پیمانی، در زمره مقررات مربوط به فسخ پیمان، مورد تبیین واقع شده است. هر چند که در ظاهر، این تشریفات به فسخ پیمان اختصاص دارد، اما قابل ترمیم به سایر موارد انحلال و ابطال پیمان نیز می‌باشد. چنانچه مقررات و تشریفات رعایت نگردد، قرارداد منحل شده و پیمان به موجودیت خود ادامه نمی‌دهد. لذا ضرورت دارد که مقررات قراردادهای پیمان تعدیل شده و نسبت به عدم انجام تعهدات کارفرما، حق فسخ پیمان برای پیمانکار پیش بینی گردد. نظر به مطالب یاد شده، تحقیق حاضر، موضوع «مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی و موارد فسخ قراردادهای دولتی در شرایط پیمان» را مدنظر قرار داده و در این خصوص به تحقیق و بررسی می‌پردازد.

مبحث اول: معرفی قواعد و مقررات حاکم بر دستگاه‌های دولتی

گفتار اول: شرایط عمومی پیمان

موافقت‌نامه یا شرایط عمومی پیمان، یکی از مهم‌ترین قراردادهای اداری است که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه‌بودجه و آیین‌نامه اجرایی آن و نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور (مصوبه ۲۴۵۲۵ / ت ۱۴۸۹۸ / ه مورخ ۱۳۷۵/۴/۴ هیئت وزیران به کلیه دستگاه‌های اجرایی ابلاغ گردیده تا از تاریخ ابلاغ برای انعقاد پیمان‌ها مورد عمل قرار گیرد. اگر قراردادهای منعقد بین افراد خصوصی را قانون بین طرفین بدانیم، قرارداد فی‌مابین اشخاص و دستگاه‌های دولتی و مؤسسات عمومی که موضوع آن تأمین خدمات عمومی باشد را پیمان می‌توان نام نهاد. اصولاً موافقت‌نامه شرایط عمومی پیمان که برای اجرای طرح‌های عمرانی و خدماتی و ساختمانی در دستگاه‌های دولتی و مؤسسات عمومی مورد عمل قرار می‌گیرد، ماهیتاً از قراردادهای خصوصی فاصله گرفته و شرایط آن با قراردادهای خصوصی متمایز است.^۱ پیمان شبیه قراردادهای الحاقی است که پیش‌تر به توضیح آن پرداخته شد و طرف قرارداد اصولاً ناگزیر به امضا و یا صرفاً عدم قبول آن می‌باشد و نمی‌تواند تغییر و دخل تصرفی در مفاد قرارداد بنماید. شاید عده‌ای اعتقاد داشته باشند که شرایط عمومی پیمان خود قراردادی خصوصی است که طرفین در قبول و امضای آن مخیرند، لیکن پس از موافقت کلی با قبول به انعقاد پیمان ناگزیرند که متن و تیپ شرایط عمومی پیمان را امضا نمایند، این اعتقاد وجود دارد که شرایط پیمان همانند قرارداد خصوصی است و اصول کلی حاکم بر قراردادهای خصوصی بر آن نیز مترتب است و نص صریحی مبنی بر متمایز بودن آن با قراردادهای خصوصی وجود ندارد و به همین خاطر است که بعضی از مواد آن با قوانین مدنی سازگاری ندارد. از جمله اینکه پیمان عقدی است لازم که هیچ یک از طرفین حق برهم‌زدن آن را ندارند؛ پس چه می‌شود که بر فرض، اختیار فسخ یک‌طرفه بدون مدت و اینکه در قالب اختیارات باشد به کارفرما داده می‌شود. از آنجاکه پیمان توسط یک نهاد دولتی یا مؤسسات عمومی غیردولتی تهیه شده و انعقاد قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی فقط در قالب آن میسر است، لذا ضرورت توضیح و توجیه این قرارداد حساس زمانی اهمیت خود را نمایان می‌سازد که طرف‌های پیمان برای حفظ منافع خود در تفسیر آن دچار اختلاف نظر گردند و قرارداد منتهی به فسخ شود و اینکه بعد از آن آثار فسخ چگونه اجرا شود، اینجاست که شرح و توضیح مواد پیمان می‌تواند در رفع بسیاری از اختلاف‌نظرها مؤثر واقع شود و چه‌بسا با حفظ حقوق طرفین در جهت دوام و لزوم اجرای قرارداد گام بردات و از فسخ پیمان پیشگیری شود؛ زیرا که در طرح‌های عمرانی دولت به واسطه خصیصه خدمات‌رسانی عمومی و اجتماعی چنانچه قرارداد دوام و بقا داشته باشد و اجرای آن تا خاتمه کار ادامه پیدا نماید، مفید و مقرون به مصلحت دستگاه و

^۱ - حسینی، ۱۳۸۷، ص ۷۶

جامعه است، مگر در موارد خاص؛ زیرا همان گونه که می دانید برای انعقاد و مبادله یک قرارداد تشریفات خاصی حاکم است و مضافاً اینکه در برگیرنده هزینه و صرف وقت و گذشت زمان می باشد و عدم اجرای قرارداد و انحلال و فسخ پیمان، در فعالیت های عمرانی و طرح های توسعه و خدمات عمومی، کندی و رکود را به همراه خواهد داشت.^۲

شرایط عمومی پیمان شامل سه بخش می باشد: الف) موافقت نامه ب) شرایط عمومی ج) شرایط خصوصی پیمان و مقررات آنها که به اختصار به توضیح هر کدام می پردازیم:

الف) کلمه موافقت نامه: از دو کلمه موافقت و نامه ترکیب شده، موافقت در مفهوم لغوی عبارت است از: با هم سازش کردن، وفاق، سازگاری و ضد نفاق و ناسازگاری و نامه؛ یعنی نوشته، کاغذ نوشته شده^۳ با این توصیف می توان گفت: موافقت نامه سندی است که توافق حداقل دو شخص را با همدیگر در یک موضوع نشان می دهد از حیث حقوقی می توان گفت که موافقت نامه همان مفهوم "عقد" را دارد که ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر می دارد: "عقد عبارت است از: اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد." پس موافقت نامه محور اصلی پیمان است؛ چرا که تراضی و توافق اراده طرفین را برای موضوعی معین نشان می دهد. برای اینکه تراضی نفوذ حقوقی پیدا کند، باید اراده طرفین سالم و مبتنی بر رضای کامل باشد به این دلیل است که ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مقام بیان شرایط اساسی صحت معامله در بند یکم به قصد و رضای طرفین پرداخته است و این امر نشان می دهد که اراده طرفین جهت اهمیت ویژه ای در انعقاد پیمان دارد. البته بایستی به این نکته نیز توجه شود که اراده دستگاه های دولتی همانند حقوق خصوصی مطلق نیست، بلکه به صورت نسبی است و تابع شرایط و تشریفات ویژه ای است و در موافقت نامه که بخش کوچکی از پیمان ولی مهم است، مطالب اصلی پیمان مشخصات طرفین موضوع، مبلغ و مدت قرارداد به اختصار ذکر می شود. در واقع متن موافقت نامه خلاصه بسیار مختصری از پیمان است که جزئیات آن در سایر اسناد و مدارک پیمان می آید، به این دلیل موافقت نامه پایه اساسی پیمان را تشکیل می دهد هم از حیث اینکه تراضی و توافق اراده کارفرما و پیمانکار را نشان می دهد و هم از حیث اینکه مطالب اساسی پیمان در آن درج شده است.

ب) پیمان و جایگاه پیمان در تقسیمات عقود - برای اینکه مفهوم پیمان مشخص شود، بهتر است به این واژه ها دقت کنیم؛ "عقد" قرارداد و عهد معاهده و توافق این کلمات اگر چه با یکدیگر تفاوت دارند؛ ولی از نظر مفهومی در تراضی مشترک اند. تراضی یعنی توافق دو اراده و جمع و تلاقی دو اراده در موضوع واحد را "عقد" می گویند؛ بنابراین پیمان در زمره اعمال حقوقی است که برای به وجود آمدن نیاز به دو اراده دارد یکی اراده کارفرما و دیگری اراده پیمانکار که پیمان را خلق می کنند.

- جایگاه پیمان در تقسیمات عقود^۴

حقوق دانان عقود را از جهت آثار آنها به جایز و لازم و خیار و منجز و معلق و غیره و از حیث شرایط و انعقاد به رضایی و تشریفات تقسیم نموده اند.^۵ مطابق ماده ۱۸۵ قانون مدنی: "عقد لازم عقدی است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه" بنابراین هیچ یک از طرفین حق برهم زدن عقد را بدون رضای طرف دیگر ندارد، مگر در موارد معینه که در اثر یکی از اختیارات حق فسخ به هر یک از طرفین داده شده باشد؛ لذا باتوجه به شرط مندرج کسی که حق فسخ داشته باشد، می تواند عقد را فسخ کند و اگر هر طرف توافق نمایند که عقد را بر هم زنند، می گویند که آنان معامله را اقاله کردند؛ از جمله عقود لازم بیع، اجاره و مانند این هاست؛ اما عقد جایز طبق ماده ۱۸۶ ق. م عقدی است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی که بخواهد آن را فسخ کند؛ مانند عقد وکالت که به موجب آن وکیل تواند از وکالت استعفا دهد و موکل می تواند وکیل را از وکالت خود عزل نماید پس در عقد جایز اراده یک طرف کافی است و احتیاجی به موافقت طرح دیگر ندارد. از جهت دیگر کلیه عقود لازم اند، مگر اینکه قانون خلاف آن را تصریح کرده باشد. ماده ۲۱۹ ق. م می گوید: "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه بر

^۲ - جبی، ۱۳۹۹، ص ۸۷

^۳ . جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۵۵۷۹

^۴ . اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۷، ص ۲۲.

^۵ - کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۷۹

رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود." از طرفی دیگر اصولاً پیمان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: "از قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است، تنظیم می‌گردد." پس پیمان عقدی نیست که قانون تصریح به جایز بودن آن کرده باشد، به این دلیل بین طرفین لازم الاتباع است و هیچ یک از آنان قانوناً حق فسخ آن را ندارد. باید به این مطلب توجه داشت که اصل جواز و لزوم عقود طوری نیست که طرفین با موافقت و رضای خود طبیعتاً آن را عوض کنند، بلکه قانون این اجازه را به آنها می‌دهد که طرفین معامله با شرط ضمن عقد، عقد لازم را به جایز و بالعکس تبدیل کنند؛ مثلاً در عقد وکالت می‌توان با قید شرط ضمن عقد، وکالت را به وجه ملزمی نسبت به وکیل بلاعزل نمود، طوری که موکل حق عزل او را نداشته باشد و یا در عقد بیع می‌توان شرط کرد که هر یک از بایع و مشتری بتواند ظرف مدت معینی عقد بیع را به هم بزند. علی‌هذا اگر چه عقد پیمان قانوناً بین کارفرما و پیمانکار لازم‌الاجراست؛ اما طبق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، کارفرما حق فسخ آن را به صورت یک طرفه دارد و از این حیث پیمان لزوم خود را به نفع م کارفرما تغییر داده ولی نسبت به پیمانکار اصل اصالت اللزوم حاکم است؛ پس شاید بتوان گفت نسبت به کار فرما جایز است ولی نسبت به پیمانکار لازم که جای بحث و گفت گو دارد.

ج) شرایط عمومی و خصوصی

به استناد ماده ۳ و ۴ شرایط عمومی پیمان، "شرایط عمومی مفاد همین متن است که شرایط عمومی حاکم بر پیمان را تعیین می‌کند" و شرایط خصوصی در شرایط خاص است که به منظور تکمیل شرایط عمومی، برای این پیمان، با توجه به وضعیت و ماهیت آن تنظیم شده است. موارد درج شده در شرایط هیچ گاه نمی‌تواند مواد شرایط عمومی را نقض کند". آنچه از شرایط عمومی و خصوصی در پیمان به ذهن می‌رسد، شروط ضمن عقد است که بخشی از پیمان را تشکیل می‌دهد و در اصطلاح حقوقی شرط تعهدی است تبعی در ضمن عقد که به مقتضای آن شخص معینی ملزم می‌گردد تا حق را منتقل کند یا فعلی را انجام یا عملی را ترک نماید. آنچه در قراردادهای اداری و دولتی باید مورد توجه قرار گیرد، بر مبنای همان تقسیم‌بندی شرط در حقوق مدنی است که در مواد ۲۳۴ و ۲۳۲ بیان شده است. مواد ۲۳۲ و ۲۳۴ قانون مدنی واضح است؛ زیرا شروطی که انجام آن غیر مقدور باشد و اینکه فاقد نفع و فایده باشد و یا غیرمشروع باشد در قراردادهای اداری جایی ندارد؛ لیکن به اجمال به بیان ماده ۲۳۳ می‌پردازم. ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد
 ۲. شری مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.
- چنانچه شرط طوری باشد که موجب اخلال یکی از ارکان اساسی عقد گردد موجب بطلان شرط و عقد خواهد بود و آن در دو قسم است:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد

دکتر سید حسن امامی بیان داشته که عقد دارای دو نوع مقتضا است: الف) مقتضای ذات عقد و آن عبارت است از: امری که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد. می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. به اصطلاح خمیرمایه عقد که عقد ذاتاً آن را ایجاد می‌کند. هر نوع از عقود، مقتضای مخصوصی دارد که مستقیم به سبب آن حاصل می‌گردد. چنان که مقتضای عقد بیع، مالکیت مبیع برای مشتری و مالکیت ثمن برای بایع می‌باشد و مقتضای اجاره، مالکیت منافع عین مستأجره برای مستأجر و مالکیت اجرت‌المسمی برای مالک. در صورتی که شرطی در عقد ذکر شود که برخلاف مقتضای ذات آن عقد باشد، بین مفاد شرط و مفاد عقد تضاد حاصل می‌شود؛ زیرا تحقق عقد موجب پیدایش مقتضای آن می‌گردد و تحقق شرط موجب عدم پیدایش آن مقتضا می‌شود و نتیجه عقد مزبور که اثبات مقتضا و نفی آن در آن واحد، است، عدم حصول آن عقد خواهد بود؛ زیرا آثار هر یک از شرط و مشروط به علت تضاد بین آن دو خنثی شده و هر دو باطل می‌شوند.^۶

ب) اطلاق عقد: اطلاعات عقد چیزی است که بر خلاف آن می‌توان تراضی و شرط کرد مثلاً اینکه شرط می‌کنیم، هزینه‌های ثبت خانه را در دفتر اسناد رسمی شما بدهید؛ اما مقتضای ذات عقد چیزی است که بر خلاف آن نمی‌توان تراضی کرد.

۲. مشروط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود.

۶. امامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۷۸

مطابق ماده ۲۱۶ قانون مدنی، یکی از شرایط صحت معامله مبهم نبودن مورد آن است؛ مانند تعیین موعد مجهول برای تادیه ثمن در عقد بیع. اما آنچه از شرایط عمومی پیمان به ذهن می‌رسد، شروط ضمن عقد است که بخش اعظمی از پیمان را تشکیل می‌دهد و در اصطلاح حقوقی الزام و تعهدی است که به مقتضای آن شخص معینی ملزم به انجام فعلی و یا ترک عملی می‌شود.^۷ در شرایط عمومی پیمان مواردی از این شروط به چشم می‌خورد که عدم اجرای هر یک به تنهایی می‌تواند موجب فسخ پیمان گردد که در فصل دوم شرایط عمومی پیمان (مواد ۲۷-۱۶) تحت عنوان تأییدات و تعهدات پیمانکار این شروط به وضوح دیده می‌شود که به ذکر چند نمونه مهما اکتفا می‌شود.

بر اساس ماده ۱۶ موارد ذیل را پیمانکار تأیید می‌نماید

(الف) تمام اسناد و مدارک موضوع ماده ۲ موافقت‌نامه را مطالعه نموده و از مفاد آن کاملاً آگاه است.

(ب) نسبت به تأمین نیروی انسانی موردنیاز و تدارک مصالح، تجهیزات، ماشین‌آلات و ابزار اجرای کار طبق مشخصات در محل یا از نقاط دیگر اطمینان یافته است.

(ج) محل اجرای کار را دیده و بررسی کرده است و از... اطلاع یافته است.

(د) از قوانین و مقررات مربوط به کار، بیمه‌های اجتماعی، مالیات‌ها، عوارض و دیگر قوانین و مقررات که تا تاریخ تسلیم پیشنهاد معمول و مجرا بوده است، کاملاً مطلع بوده و متعهد است که همه آنها را رعایت کند. در هر حال مسئولیت عدم رعایت قوانین و مقررات یاد شده بر عهده پیمانکار است. به هر حال پیمانکار تأیید می‌نماید که هنگام تسلیم پیشنهاد، مطالعات کافی انجام داده و هیچ موردی باقی نمانده است که بعداً در مورد آن استناد به جهل خود نماید. بر اساس ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان:

(الف) پیمانکار متعهد است که عملیات موضوع پیمان را به وسیله افرادی که در کار خود تخصص و تجربه کافی دارند، انجام دهد.

(ب) تأمین نیروی انسانی موردنیاز و محل سکونت مناسب، آب آشامیدنی و روشنایی کافی برای آنها به عهده پیمانکار است.

(ج) کارکنان ایرانی کارگاه باید دارای شناسنامه و کارکنان بیگانه باید دارای پروانه اقامت و اجازه کار باشند.

(د) پیمانکار نباید کارکنان شاغل کارفرما، وزارتخانه، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها را بدون اجازه مسئولین ذی‌ربط استخدام نماید. همچنین پیمانکار باید از به کار گماشتن اشخاصی که استخدام آنها از نظر اداره وظیفه عمومی مجاز نیست، خودداری کند.

(ه) 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. در صورت استنکاف، با حضور نماینده پیمانکار از محل مطالبات پیمانکار پرداخت می‌شود.

در ذیل بند و از مواردی که کارفرما حق خواهد داشت که به صورت یک‌طرفه قرارداد (پیمان) را فسخ کند این است که در صورت 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.^۸

ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان که درباره حفاظت از کار و شخص ثالث، بیمه کار، مراقبت‌های لازم است مقرر می‌دارد:

(الف) پیمانکار از روز تحویل کارگاه تا روز تحویل موقت عملیات موضوع پیمان، مسئول حفظ و نگهداری کارهای انجام شده - مصالح - تجهیزات - ماشین‌آلات و ابزار - زمین‌ها راه‌ها و تأسیسات و بناهایی می‌باشد که زیر نظر او قرار دارد.

(ب) پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی بهداشتی کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسئولیتی به عهده ندارد و پیمانکار متعهد است که تدابیر لازم را برای جلوگیری از وارد شدن خسارت و آسیب به املاک مجاور اتخاذ نماید و پیمانکار مسئول جبران آن می‌باشد.

در ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان درباره واگذاری، پیمانکاران جزء مقرر شده است:

^۷ - شهیدی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶

^۸ - طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶، ص ۷۲

الف) پیمانکار حق واگذاری پیمان به دیگران را ندارد.

ب) پیمانکار می تواند به منظور تسهیل و تسریع در اجرای قسمت یا قسمت هایی از عملیات موضوع پیمان، پیمان هایی با پیمانکاران جزء ببندد، مشروط به آنکه آنان را از واگذاری کار به دیگران ممنوع کند. در صورتی که در اسناد و مدارک پیمان کارفرما لزوم تأیید صلاحیت پیمانکاران جزء را پیش بینی کرده باشد، پیمانکار موظف است که تأیید کارفرما را در این مورد تحصیل نماید. به هر حال به هیچ وجه از مسئولیت و تعهدات پیمانکار نمی کاهد.

در ماده ۲۴ اصل بر این است که پیمانکار اصولاً حق واگذاری پیمان را به طور کلی به دیگری ندارد و از بند «ب» ماده چنین بر می آید که به صورت جزئی می تواند مشروط بر آنکه آنان را از واگذاری کار به دیگران ممنوع نماید و اینکه واگذاری کار به دیگری به هیچ روی از مسئولیت تعهدات پیمانکار نکاهد، بلامانع است. همان گونه که ذکر شد پیمانکار ملزم و متعهد است به شروط پیمان عمل نماید و چنانچه به ایفای تعهدات خود پایبند نباشد، می توان در چارچوب مفاد پیمان، پیمان را فسخ و به قرارداد خاتمه داد.

گفتار دوم: سایر قوانین مرتبط

آزادی اراده دستگاه های دولتی مطلق نیست و مدیران دستگاه های دولتی نماینده اداره متبوع هستند نه مالک، نماینده فقط همان اختیاری را دارد که قانون به او اعطا کرده و به رسمیت شناخته باشد، به این ترتیب انعقاد معاملات دولتی از جهات مختلف با محدودیت ها، ممنوعیت ها و رعایت تشریفات متعددی روبه روست. این ممنوعیت ها و محدودیت ها در قوانین پراکنده و مرتبط با هر موضوع ذکر شده اند که ذیلاً در این گفتار به بعضی عناوین قانونی مهم که انعقاد قراردادهای اداری مؤثر است و چه بسا عدم رعایت قوانین فوق موجبات فسخ قرارداد و بلاثر بودن توافقات را به همراه خواهد داشت، خواهیم پرداخت. مثلاً رعایت تشریفات مزایده و مناقصه، واگذاری یا فروش اراضی و املاک دولت و مشورت های اجباری قبل از انعقاد قرارداد (جلب نظر کارشناسان رسمی دادگستری) اخذ تضمینات مناسب به منظور حفظ منافع و عواید دولت و برای اطمینان از اجرای تعهدات و تأمین پیش پرداخت ها وجود اعتبار مصوب و... که در قوانین احصاء شده اهمیت بسزایی دارد که به جهت آشنایی و مراجعه خوانندگان به اجمال و ذکر بعضی از مواد قانونی که اهمیت بیشتری دارند و در معاملات کاربردی تر هستند، می پردازیم.

الف) قانون محاسبات عمومی کشور مصوب اول شهریورماه ۱۳۶۶

قانون محاسبات عمومی کشور به عنوان قانون مادر و در مسائل مالی و محاسباتی به بخش سوم از فصل دوم (مواد ۷۹ تا ۸۹) به موضوع معاملات دولتی حساب می آید. بخش سوم از فصل دوم (مواد ۷۹ تا ۸۹) به موضوع معاملات دولتی اختصاص دارد و در ماده ۸۹ آن اشاره نموده که نحوه انجام معاملات دولتی بر اساس قانون خواهد بود که به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد، که به توضیح بعضی از موارد فوق الذکر خواهیم پرداخت. در این قانون کلیه قوانین و مقررات مالی و محاسباتی که برای وزارتخانه ها و مؤسسات و شرکت های دولتی و دستگاه های اجرایی لازم الاجرا است، پرداخته شده است و دستگاه هایی که به نوعی از بودجه عمومی و دولت استفاده می نمایند، مکلف اند در چارچوب مقررات این، قانون اقدامات لازم در خصوص مبادلات تجاری و قراردادی خود را تبیین نمایند. با توجه به موضوع پایان نامه، لازم می دانم تعاریف اولیه قانون محاسبات عمومی کشور که در ارتباط با تعاریف دستگاه ها، شرکت ها و وزارتخانه ها را بیان نمایم در ماده ۲ قانون مزبور به تعاریف پرداخته که ذکر این تعاریف بسیاری از مشکلات اجرایی و اداری و شمولیت قانون بر آن دستگاه را مرتفع می سازد. ماده ۲ مقرر می دارد: « وزارتخانه واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون به این عنوان شناخته شده و یا شود. » همچنین ماده ۳ مقرر می دارد: « مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه گانه اداره می شود و عنوان وزارتخانه ندارد. » تبصره ۴ - نهاد ریاست جمهوری که زیر نظر ریاست جمهوری اداره می گردد، از نظر این قانون موسسه دولتی شناخته می شود. ماده ۴ در تأسیس شرکت دولتی مقرر شده: « شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد از سرمایه آن متعلق به دولت باشد، هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری شرکت های دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن متعلق به شرکت های دولتی باشد، شرکت دولتی تلقی می گردد »

ممکن است در بسیاری از قوانین عنوان شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت مترادف هم قرار گیرد که صحیح به نظر نمی‌رسد. در این زمینه به رأی شماره ۱۷۲/۸۱/۵ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره‌ای می‌نماییم که مقرر می‌دارد:

«نظر به بند (ج) ماده ۱ قانون استخدام کشوری ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور در باب تعریف شرکت‌های دولتی و تعیین مشخصات قانونی آنها و اینکه تعیین و احصاء خصوصیات ممیزه واحدهای دولتی و تابعه و یا وابسته به آنها متضمن توجه به آثار حقوقی خاص به واحدهای مذکور است و در نتیجه وضع مقررات در جهت تعیین خصوصیات و ضوابط شرکت‌های تابعه و وابسته دولتی اختصاص به مقنن دارد، بنابراین تصویب نامه شماره ۲۳۷۰۸ / ت ۳۴۵۳۷ ه مورخ ۱۳۸۰/۵/۲۰ هیئت وزیران در زمینه تعریف شرکت وابسته و تابعه دستگاه‌های اجرایی و تعیین خصوصیات حقوقی آنها خارج از حدود اختیارات قوه مجریه، در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود. و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

ماده ۵ که مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی را چنین تعریف نموده است «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستن دکه با اجازه قانون به‌منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد تشکیل شده و یا می‌شود».

تبصره - فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها باتوجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید. از دیگر موارد قانون محاسبات عمومی که اهمیت بسزایی در چگونگی انجام معاملات و نحوه انعقاد قراردادها دارد، ماده ۷۹ می‌باشد این ماده مقرر می‌دارد: «معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی؛ اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید حسب مورد از طریق مناقصه و مزایده انجام شود، مگر در موارد زیر:

۱. در مورد معاملاتی که طرف معامله وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی باشد.
۲. در مورد معاملاتی که انجام آنها به تشخیص و مسئولیت بالاترین مقام دستگاه اجرایی در مرکز و یا استان و یا مقامات مجاز و از طرف آنها با نهادها و مؤسسات و شرکت‌های مشروح ذیل باشد:
الف - مؤسسات تو نهادهای عمومی غیردولتی و مؤسسات تابعه که بیش از ۵۰ درصد سهام و یا سرمایه و یا مالکیت آنها متعلق به مؤسسات و نهادهای مذکور باشد.

ب) شرکت‌های تعاونی مصرف و توزیع کارکنان وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی که بر اساس قوانین و مقررات ناظر بر شرکت‌های تعاونی تشکیل و اداره می‌شوند.
ج) شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع که تحت نظارت مستقیم دولت تشکیل و اداره می‌گردد که مقرون به صرفه و صلاح دولت باشد.

۱. در مورد خرید اموال و خدمات و حقوقی که به تشخیص و مسئولیت وزیر و بالاترین مقام دستگاه اجرایی در مرکز و یا استان و یا مقامات مجاز و از طرف آنها منحصربه‌فرد بوده و دارای انواع مشابه نباشد.
۲. در مورد خرید یا استیجاره اموال غیرمنقول که به تشخیص و مسئولیت وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی در مرکز و یا استان و یا مقامات مجاز از طرف آنها با کسب نظر کارشناسان رسمی دادگستری یا کارشناس خبره و متعهد در رشته مربوطه.
در بند ۲ قانون‌گذار اشاره‌ای به نحوه انجام معاملات مربوطه به اجاره اموال غیرمنقول ننموده است و باتوجه به اینکه مورد اجاره اموال غیرمنقول در سازمان‌های دولتی از استیجاره بیشتر اتفاق می‌افتد و از طرفی امکان برگزاری مناقصه برای انجام آن وجود ندارد اصلح است، در زمان بازنگری مورد توجه قرار گیرد.

در معاملات دولتی اصل بر این است که کلیه معاملات بایستی از طریق مناقصه و مزایده انجام شود؛ ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی استثنایی بر اصل فوق می‌باشد و همان‌گونه که در موارد صدرالذکر ملاحظه شد، دستگاه‌های دولتی صرفاً در جهت رعایت صرفه و صلاح دستگاه و یا اینکه طرف مقابل دستگاه دولتی باشد، می‌تواند خارج از قاعده و اصل عمل نماید و این خود وجه تمایزی است که قانون

به صورت اطلاق بیان ننموده و موارد استثنا احصاء شده است.^۹ اما تشخیص صرفه و صلاح با چه کسی است؟ همان گونه که ملاحظه می شود، وزیر یا بالاترین مقام مسئول دستگاه اجرایی ملاک تشخیص استثنایی فوق می باشد. از دیگر مواردی که اهمیت بسزایی دارد، ماده ۸۰ قانون محاسبات عمومی است که در آن معاملات دولتی طبقه بندی شده و نصاب هر طبقه تعیین گردیده است که مقرر می دارد: معاملات دولتی به سه دسته جزئی، متوسطه و عمده به شرح ذیل تقسیم می شود.

الف) معاملات جزئی، معاملاتی است که مبلغ آن از ۴۴,۰۰۰,۰۰۰ ریال تجاوز نکند.

ب) معاملات متوسطه: معاملاتی است که مبلغ آن از ۴۴,۰۰۰,۰۰۰ ریال بیشتر باشد و از ۴۴۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال تجاوز نماید.

ج) معاملات عمده، معاملاتی است که مبلغ آن از ۴۴,۰۰۰,۰۰۰ ریال بیشتر باشد.^{۱۰}

البته مبنای نصاب هر کدام از گروه معاملات هر ساله توسط هیئت وزیران تعیین و تغییر می یابد.

ماده ۸۳ قانون محاسبات عمومی به بحث ترک مناقصه اختصاص دارد. علاوه بر موارد استثنا شده در ۱۴ بند بماده ۷۹ قانون مذکور گاهی مواقع ممکن است، بنا به دلایل زیر انجام روش برگزاری مناقصه امکان پذیر نباشد و دستگاه ارجایی بخواد از روش ترک مناقصه استفاده نماید.

۱. عدم امکان برگزاری مناقصه
 ۲. شرکت نکردن متقاضی برای انجام معامله در مناقصه محدود
 ۳. مقرون به صرفه یا به مصلحت نبودن برگزاری مناقصه عمومی یا محدود به تشخیص بالاترین مقام دستگاه اجرایی.
 ۴. فوری معامله و عدم فرصت زمانی لازم جهت انجام تشریفات مناقصه عمومی یا محدود.
- که در این صورت بایستی گزارش همراه با دلایل توجیهی و پیشنهادی مبنی بر نحوه انجام معامله به نیتی که افراد آن را ماده ۸۴ مشخص کرده است، ارائه نماید. بدین ترتیب تمام قراردادهای عمومی از نظر تشریفات انعقاد تابع مقررات خاص دولتی و حقوق عمومی اند که در این قانون متجلی گردیده و عدم پایبندی به آنها می تواند از موارد فسخ قرارداد باشد. به موجب مواردی که از قانون محاسبات عمومی ذکر کردیم، واگذاری یا فروش اراضی املاک دولت در مواردی موکول به تصویب هیئت وزیران است.^{۱۱}
- ضمن اینکه در مورد اراضی نیروهای مسلح تصویب فرمانده معظم کل قوا نیز از تشریفات ضروری برای واگذاری محسوب می گردد، بعضاً در مورد معاملات شرکت های دولتی، تصویب هیئت مدیره و در مورد معاملات شهرداری ها، تصویب شورای شهر ضروری است.
- همچنین وجود اعتبار مصوب در دستگاه های دولتی باید در حدود اختیارات مصوب برای دولت ایجاد تعهد شود و تعهد مازاد بر اعتبار مصوب، موجب مسئولیت و تخلف مرتکب خواهد بود چنانچه در ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی برای موضوع تصریح شده است.
- ماده ۹۲ مقرر می دارد: "در موردی که بر اثر تعهد زائد بر اعتبار یا عدم رعایت مقررات این قانون خلافی انجام شود یا مالی به تصرف دولت در آید، دستگاه اداری ذی ربط مکلف به رد معامله مربوطه می باشد و در صورتی که رد عین آن میسر نبوده و یا فروشنده از قبول امتناع داشته باشد و همچنین در مورد خدمات انجام شده مکلف به قبول وجه مورد معامله در حدود و اختیارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوطه قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد بود.
- یا در ماده ۱۲۶ قانون محاسبات عمومی مقرر داشته: "حقوقی که بر اثر تخلف از شرایط مندرج در قراردادها برای دولت ایجاد می شود، جز در مورد احکام قطعی محاکم دادگستری که لازم الاجرا خواهد بود، کلاً یا بعضاً قابل بخشودگی نیست."
- در حقیقت این ماده تکلیفی است و به محض ایجاد حق برای دولت که به واسطه قرارداد ایجاد می شود، عدول از آن امکان پذیر نمی باشد.
- از دیگر مواردی که در قانون محاسبات عمومی اهمیت بسزایی در نحوه چگونگی و انجام معاملات دستگاه های دولتی، دارد مواد ۸۱ و ۸۲ و ۸۶ و ۹۲ و ۱۰۶ و ۱۲۶ و ۱۳۷ می باشد که عیناً به جهت طولانی نشدن بحث، خوانندگان محترم را به مطالعه قانون محاسبات عمومی کشور توصیه می کنیم.

^۹ -انصاری، ۱۳۸۷، ص ۶۹

^{۱۰} آخرین نصاب سال ۱۳۸۸ هیئت وزیران (موضوع تصویب نامه شماره ۵۱۵۱۳ ت ۴۲۵۳۳)

^{۱۱} - انصاری، ۱۳۸۷، ص ۷۱

ب) قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۲

اصل بر این است که کلیه معاملات وزارتخانه‌ها، دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی می‌بایستی از طریق مناقصه و مزایده انجام شود.^{۱۲} در سال ۱۳۸۲ قانونی به تصویب رسید تحت عنوان قانون برگزاری مناقصات، صرف‌نظر از اینکه در این قانون اشاره‌ای به مزایده نشده است؛ لیکن دلیلی بر نسخ فصل پنجم آیین‌نامه معاملات دولتی (باب مزایده) مشاهده نمی‌شود و به نظر می‌رسد مفاد فصل پنجم آیین‌نامه معاملات دولتی مربوط به مبحث مزایده کماکان به قوت خود باقی است.

در ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات مقرر داشته است: «الف) این قانون به‌منظور تعیین روش و مراحل برگزاری مناقصات به تصویب می‌رسد و تنها در معاملاتی که با رعایت این قانون انجام می‌شود، کاربرد دارد». در بند «ب» ماده مزبور مشمولیت دستگاه‌هایی که موظف‌اند در برگزاری مناقصات قانون را رعایت نمایند، آورده شده است، که نشانگر این است که کلیه دستگاه‌های دولتی، اعم از سازمان‌ها، وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی وابسته به دولت و همچنین دستگاه‌ها و واحدهایی که مشمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، می‌باشد. در ماده ۴ قانون برگزاری مناقصات به طبقه‌بندی انواع مناقصات پرداخته شده است. که عیناً آورده شود.

الف) مناقصات از نظر مراحل بررسی به انواع زیر طبقه‌بندی می‌شوند:

۱. مناقصه یک مرحله‌ای: مناقصه‌ای است که در آن نیازی به ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها نباشد و در این مناقصه پاکت‌های پیشنهاد مناقصه‌گران در یک جلسه گشوده و در همان جلسه برنده مناقصه تعیین می‌شود.
۲. مناقصه دوحله‌ای: مناقصه‌ای است که به تشخیص مناقصه‌گذار بررسی فنی بازرگانی پیشنهادها لازم باشد، در این مناقصه کمیته فنی بازرگانی تشکیل می‌شود و نتایج ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها را به کمیسیون مناقصه گزارش می‌کند و بر اساس مفاد ماده ۱۹ این قانون برنده مناقصه تعیین می‌شود.^{۱۳}

ب) مناقصه از نظر روش دعوت مناقصه‌گران به انواع زیر طبقه‌بندی می‌شوند:

۱. مناقصه عمومی: مناقصه‌ای است که در آن فراخوان مناقصه از طریق آگهی عمومی به اطلاع مناقصه‌گران می‌رسد.
 ۲. مناقصه محدود: مناقصه‌ای است که در آن به تشخیص و مسئولیت بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گذار، محدودیت برگزاری مناقصه عمومی با ذکر ادله تأیید می‌شود.
- فراخوان مناقصه از طریق ارسال دعوت‌نامه برای مناقصه‌گران صلاحیت‌دار (بر اساس ضوابط موضوع مواد ۱۳ و ۲۷) به اطلاع مناقصه‌گران می‌رسد.

ج) آیین‌نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹

آیین‌نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۲۷ کمیسیون خاص مجلس شورای سابق می‌باشد و بعد از آن در ۱۳۵۰/۲/۱۱ اصلاحاتی در آن صورت گرفت و الحاقیه‌هایی نیز به آن وارد شد و امروزه با توجه به تحولات عظیم جهانی و در عرصه اقتصاد و پیچیدگی معاملات و تجارت الکترونیکی لزوم یک بازنگری کلی و دقیق را طلب می‌نماید که در این قانون روش‌های انجام معاملات به طور کلی در قالب مناقصه و مزایده شمرده شده و عناوینی که در هر قرارداد دولتی بایستی مورد توجه قرار گیرد. لذا در اینجا با توجه به اینکه بسیاری از موارد در بحث‌های مختلف این پایان‌نامه ذکر گردیده است صرفاً به تبیین ماده ۳۱ آیین‌نامه معاملات می‌پردازیم که در این ماده نکات مهمی که در یک قرارداد دولتی باید مورد توجه قرار گیرد، احصاء شده است.

در فصل سوم آیین‌نامه معاملات دولتی در ماده ۳۱ مقرر شده است، در قرارداد نکات زیر باید قید گردد:

۱. نام متعاقدين
۲. نوع و مقدار مورد معامله با مشخصات کامل آنها

^{۱۲} - طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶، ص ۷۹

^{۱۳} - حسینی، ۱۳۸۷، ص ۵۷

۳. مدت انجام تعهد و محل و شرایط تحویل مورد معامله

۴. ترتیب عمل و میزان خسارت در مواردی که برنده مناقصه در انجام تعهدات جزئاً یا کلاً تأخیر نماید.

۵. الزام تحویل کالا بر طبق نمونه ممهور، در صورتی که تهیه نمونه لازم باشد. در این صورت بایید نمونه کالا با مهر طرفین معامله ممهور و نزد مناقصه گزار نگهداری شود.

۶. اقرار برنده مناقصه به اینکه از مشخصات کالا و یا کار مورد معامله و مقتضیات محل تحویل کالا یا انجام کار اطلاع کامل دارد.

۷. اختیار مناقصه گذار نسبت به افزایش یا کاهش مورد معامله در مدت قرارداد تا میزان ۲۵ درصد مقدار مندرج در قرارداد.

۸. بهای مورد معامله و ترتیب پرداخت آن در مواردی که انجام کار بر اساس واحد می باشد بهای مورد معامله برآورد و در قرارداد ذکر می شود؛ ولی بهای کارهای انجام یافته بر اساس واحد بها احتساب و پرداخت خواهد شد.

۹. مبلغ پیش پرداخت و ترتیب آن در شرایط مناقصه ذکر شده باشد.

۱۰. میزان تضمین حسن انجام معامله و نحوه وصول اقساط آن در مورد امور ساختمانی و باربری و ترتیب استرداد آن بر اساس شرایط مناقصه

۱۱. مدت فاصله زمانی بین تحویل موقت و تحویل قطعی در قراردادهای مربوط به ساختمان و راه سازی و نظایر آن بر اساس شرایط مناقصه

۱۲. اقرار به عدم شمول ممنوعیت موضوع قانون راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب دی ماه ۱۳۳۷.

۱۳. سایر تعهدات که در شرایط مناقصه ذکر شده است.

۱۴. سایر شرایط که مورد توافق طرفین معامله قرار گیرد؛ مشروط بر آنکه متضمن امتیازاتی علاوه بر آنچه در شرایط مناقصه ذکر شده برای فروشنده نباشد.

حال باتوجه به مطالب ذکر شده به توضیح بعضی از موارد و عناوین به صورت اجمال می پردازیم.

- از موارد مهمی که در بند ۲ ماده ۳۱ آمده: اینکه مورد معامله بایستی مشخص باشد و ابهام در مورد معامله می تواند موجبات فسخ باشد؛ چرا که مورد معامله باید معلوم باشد مگر در مواردی که علم اجمالی به آن کافی است (ماده ۲۱۶ قانون مدنی) مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملین آن را بدان دو دیگری به آن جاهل باشد؛ زیرا معامله مزبور غرری است و معامله غرری باطل است.
- طبق شق ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، موضوع معامله باید معین باشد؛ بنابراین مورد معامله نمی توان یکی از دو یا چند شیئی غیرمعین قرار گیرد.
- مبلغ و بهای مورد معامله: مبلغ درج شده در موافقت نامه (قرارداد) است که با احتساب مبلغ ناشی از تغییر مقادیر کار (۲۵ درصد افزایش یا کاهش) و قیمت جدید است. مبلغ پیمان هنگام مبادله همان مبلغ درج شده اولیه می باشد.
- تاریخ و مدت زمان شروع به کار تاریخ شروع باتوجه به توافق به عمل آمده است و می تواند در زمان پرداخت پیش پرداخت و یا زمان مبادله و انعقاد قرارداد صورت پذیرد.
- افزایش حجم ریالی و یا تغییرات مقادیر قرارداد و مدت: پیمان علاوه بر بند مذکور در ماده ۲۹ و ۳۰ شرایط عمومی پیمان به این مسئله توجه شده است.

د) آیین نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۱۳۸۱

آیین نامه تضمین برای معاملات مصوب ۱۳۸۱/۳/۲۶ هیئت وزیران است که چگونگی و نحوه اخذ تضامین قراردادی در آن مشخص شده است. در این قسمت به طور کلی به بحث تضمین انجام تعهدات به طور کلی پرداخته می شود. دستگاه های دولتی مکلف اند، به منظور حفظ منافع دولت و بیت المال و برای اطمینان از اجرای تعهدات و تأمین پیش پرداخت ها، تضمین مناسب از طرفه ای قراردادهای دولتی

اخذ نمایند. تکلیف به اخذ تضمین و نوع تضمینات قابل قبول، در ماده ۶ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و آیین نامه اجرایی آن و نیز آیین نامه تضمین برای معاملات دولتی آمده است و عدم اخذ تضمین موجبات فسخ قرارداد را می تواند فراهم سازد. تضمین انجام تعهدات (معاملات): موضوع تضمینات در مواد ۷ و ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان و آیین نامه تضمین برای معاملات مصوب ۱۳۸۱/۳/۲۶ (هیئت وزیران) آمده است که مختصراً به شرح آن می پردازیم.

تعریف - از ضمانت نامه بانکی تعریف قانونی در دست نمی باشد و بحث پیرامون ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی نیز از حوصله این بحث خارج است. لکن بحث آن با مباحث ضمانت در قانون مدنی مربوط است. قانون گذر در موارد زیر از ضمانت نامه بانکی نام برده اولین متن قانونی ماده ۱۱ و ۱۴ آیین نامه معاملات دولتی و ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان مصوب سال ۱۳۵۱، قانون عملیات بانکی بدون ربا سال ۱۳۶۲، قانون صدور چک سال ۱۳۷۲.

ضمانت نامه در اصل به عنوان تضمین پرداخت ثمن، به کار گرفته شد؛ لکن بعدها در جهت تضمین اجرای تعهدات قراردادی هم مورد استفاده واقع شد. ۱۴ ضمانت نامه های بانکی به عنوان وجه التزام به درخواست (متعهد) از سوی بانک صادر و به کارفرما (ذی نفع) تحویل می گردد، ارائه ضمانت نامه از تعهدات مالی طرف قرارداد می باشد؛ این تعهد یک تعهد خودخواسته و در حد توان است و ملتزم به عهده می گیرد تا مطلوب طرف را به جا آورد و در صورت خودداری از اجرای تعهد مسئول جبران خسارت ناشی از آن است که وجه آن باید مقطوع و پیش از وقوع خسارت و به موجب توافق مستقل تعیین شده باشد در متون حقوقی از این مسئولیت به عنوان مسئولیت قراردادی تعبیر شده است. این اصطلاح در مقابل مسئولیت مدنی می باشد عناصر مسئولیت قراردادی عبارت است از:

۱. تخلف از تعهد ۲. ضرری که از تخلف مزبور به متعهدله وارد می شود ۳. رابطه سببیت بین تخلف و ضرر (مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ و ۲۲۶ و ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی و مواد ۵۱۵، ۵۲۰ آیین دادرسی مدنی). باید توجه داشت تضمین های مورد قبول دستگاه های اجرایی با توجه به بند «ل» تبصره ۲ قانون بودجه ۱۳۸۰ و تصویب نامه راجع به مقررات مربوط به اخذ تضمین انجام تعهدات و تأدیه پیش پرداخت قراردادهای پیمانکاری مصوب ۱۳۷۱ و اصلاحیه آن بسیار متنوع می باشد. وجه التزام دارای دو وصف گوناگون است.

۱. خسارت عدم انجام تعهد: که به گونه ای مقطوع ضرری را که خودداری از اجرای تعهد به بار می آورد، معین می کند و زیان دیده را از اثبات ورود ضرر و تعیین مقدار آن معاف می کند، بعضی از حقوق دانان آن را بدل تعهد اصلی گفته اند (ماده ۲۳۰ قانون مدنی).

۲. ضمانت اجرای تعهد: که مکافات و کیفر عهدشکنی بوده و به صورت وجه التزام تعیین می گردد و بدین وسیله متعاملین اراده قاطع خود را بر لزوم اجرای تعهد اعلام می کنند و کیفر و جریمه عهدشکنی را نیز مقرر می دارند.

انواع تضمین ها

۱. تضمین سپرده شرکت در مناقصه (موضوع مواد ۷ و ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و آیین نامه تضمین)
 ۲. تضمین پیش پرداخت (موضوع بند ۳ ماده ۱۱ آیین نامه معاملات و ماده ۳۶ شرایط عمومی پیمان).
 ۳. تضمین انجام تعهدات (موضوع بند ۳ ماده ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان)
 ۴. تضمین حسن اجرای کار (موضوع بند ۵ ماده ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان)
- ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان مقرر می دارد: از مبلغ هر پرداخت به پیمانکار معادل ده درصد به عنوان تضمین حسن انجام کار کسر و در حساب سپرده نزد کارفرما نگهداری می شود نصف مبلغ پس از تصویب صورت وضعیت قطعی طبق ماده ۴۰ شرایط عمومی پیمان و نصف دیگر آن پس از تحویل قطعی با رعایت مواد ۴۲ و ۵۲ شرایط عمومی پیمان مسترد می گردد.
- بند ۵ ماده ۱۱ آیین نامه معاملات مقرر می دارد: (حداقل میزان تضمین حسن انجام معامله باید قبل از انعقاد قرارداد اخذ شود، در مورد معاملاتی که موضوع آن انجام امور ساختمانی است ۵ درصد و در مورد معامله سایر معاملات ۱۰ درصد مبلغ می باشد و به صورت نقدی

است. سؤالی که در بحث تضمینات مطرح می‌شود این است که آیا ضبط ضمانت‌نامه اولیه (۵ درصد) جنبه تکلیفی و آمره دارد یا تخییری است. باتوجه به ماده ۱۲۶ قانون محاسبات عمومی کشور که مقرر می‌دارد:

«حقوقی که بر اثر تخلف مندرج در قراردادها برای دولت ایجاد می‌شود جز در مورد احکام قطعی محاکم دادگستری که لازم‌الاجرا خواهد بود، کلاً یا بعضاً قابل بخشودن نیست.»

به نظر می‌رسد تا زمانی که این حق ایجاد نشده است و موجبات فسخ فراهم نگردیده و متعاقباً قرارداد فسخ نگردیده، قابل اعمال نباشد. علی‌آ‌حال آنچه مسلم است و در ماده فوق‌الذکر به آن تصریح شده ایجاد حق برای دولت است و تا مادامی که این حق محقق نشده، اختیار برای ضبط آن وجود ندارد و پس از تحقق امر باتوجه به صراحت ماده کلاً یا بعضاً قابل بخشودن نیست.

انواع ضمانت‌نامه‌های معتبر

(موضوع ماده آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب هیئت وزیران)

(الف) ضمانت‌نامه بانکی

(ب) بیمه‌نامه

(ج) وجه نقد

(د) سفته با امضای صاحبان مجاز با مهر شرکت

(ه) سایر ضمانت‌نامه‌ها شامل:

۱. ضمانت‌نامه‌های صادر شده از سوی مؤسسات اعتباری غیربانکی که دارای مجوز لازم از طرف بانک مرکزی هستند.

۲. وثیقه ملکی معادل ۹۰ درصد ارزش کارشناس رسمی آن.

۳. اوراق مشارکت (بی‌نام) منتشر شده از سوی وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، که از سوی دولت یا بانک‌ها تضمین شده باشد.

۴. سهام شرکت‌های سهامی عام پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران به مأخذ ۷۰ درصد ارزش روز آن

۵. مطالبات قطعی شده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذیحساب مربوطه.

ماده ۴ آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی قمری می‌دارد: (در قراردادهای خدمات مشاوره و قراردادهای خدمات مدیریت طرح و امر تحقیقاتی، تضمین‌ها از نوع تضمین پیش پرداخت و تضمین حسن انجام کار است که به شرح زیر تعیین و پرداخت می‌شود:

(الف) پیش‌پرداخت: مبلغ پیش‌پرداخت برای خدمات مربوط به مطالعه و طراحی و خدمات تحقیقاتی، معادل ۲۰ درصد مبلغ اولیه حق‌الزحمه مربوطه (مبلغ برآورد حق‌الزحمه) و برای خدمات مربوط به دوره ساخت و تحویل معادل ۱۰ درصد مبلغ اولیه حق‌الزحمه مربوطه می‌باشد که در ازای تضمین به نفع دستگاه اجرایی و بدون کسر کسورات قانونی پرداخت می‌شود.

(ب) تضمین حسن انجام کار بابت تضمین حسن انجام کار، معادل ۱۰ درصد از هر پرداخت حق‌الزحمه کسر و در حساب سپرده نگهداری می‌شود. مبالغ نقدی سپرده حسن انجام کار در ازای تضمین به نفع دستگاه اجرایی، به‌طرف قرارداد دستگاه اجرایی بازگردانده می‌شود.

(ج) تضمین معتبر در این قراردادها شامل تضمین‌های نوع «الف، ب، د و ه» مندرج در ماده ۳ می‌باشد.^{۱۵}

مبحث دوم: موارد فسخ از دیدگاه شرایط عمومی پیمان

در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان مقرر شده است: در صورت تحقق هر یک از موارد ذیل کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ نماید که به توضیح آنها می‌پردازیم.

گفتار اول: فسخ به دلیل تأخیرات

(الف) تأخیر در پرداخت دستمزد کارکنان

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

۱. مهندس مشاور به پیمانکار اخطار می‌کند که طلب کارگران را پرداخت کند.
۲. در صورت استنکاف پیمانکار، کارفرما می‌تواند دستمزد کارگران را برای ماه تا ماه‌هایی که صورت وضعیت آن به پیمانکار پرداخت شده است، طبق کارنامه‌های کارگری که در دست کارگران است، با حضور نماینده مهندس مشاور و پیمانکار از محل مطالبات پیمانکار پرداخت کند و مبلغ پرداختی را به‌اضافه ۱۶ درصد به حساب بدهی پیمانکار منظور نماید و اگر مطالبات پیمانکار کافی نبود، از محل تضمین‌های پیمانکار تأمین کند.

۳. در صورتی که نماینده پیمانکار با وجود اخطار مهندس مشاور، از حضور برای پرداخت خودداری کند. کارفرما پرداخت مزبور را انجام می‌دهد، بدون اینکه پیمانکار حق اعتراضی برای این عمل و مبلغ پرداختی و تعداد کارگران داشته باشد.

۴. در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از یک ماه، برای ماهی که صورت وضعیت آن پرداخته شده است، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ نماید.

در این زمینه نیز باتوجه به اینکه کلیه کارگران تابع قانون کار می‌باشند تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار مقرر می‌دارد: "مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند، بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار - من جمله ضمانت حسن انجام کار - پرداخت نمایند."^{۱۶}

ب) تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار

به استناد بند ۱ ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، "تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار بیش از مهلت تعیین شده در بند «ب» ماده ۲۸ موجب فسخ خواهد بود". مطابق سند پیمان، تحویل دادن کارگاه بر عهده کارفرما و تحویل گرفتن آن بر ذمه پیمانکار است. اگر کارفرما نتواند کارگاه را به‌موقع به پیمانکار تحویل دهد، باتوجه به بند «ج» ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان موظف است، خسارات پیمانکار را مطابق بند مذکور پرداخت نماید و هر گاه از تحویل به‌طور کلی عاجز شود، باید برابر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان به پیمان خاتمه دهد. لیکن طبق بند «ب» ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان، "کارفرما پس از مبادله پیمان تاریخ تحویل کارگاه را که نباید بیشتر از ۳۰ روز از تاریخ مبادله پیمان باشد، به پیمانکار اعلام می‌کند. پیمانکار باید در تاریخ تعیین شده در محل کار حاضر شود و طی صورت مجلس، هایی اقدام به تحویل گرفتن کارگاه نماید در صورتی که حداکثر ۳۰ روز از تاریخ تعیین شده برای تحویل گرفتن کارگاه حاضر نشود، کارفرما حق دارد که طبق ماده ۴۶ پیمان را فسخ کند."

ج) تأخیر در ارائه برنامه‌ریزی تفصیلی

گفته شده است که یکی از تعهدات پیمانکار در پیمان، تهیه برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار و به مهندس مشاور جهت تصویب کارفرما می‌باشد. این تکلیف او را از اجرای دقیق و منطبق با برنامه زمانه تفصیلی مورد بحث مبرا نمی‌سازد؛ بلکه پیمانکار مکلف است، در پیمان هر ماه گزارش کامل کارهای انجام شده در آن ماه را تهیه نماید. این گزارش شامل مقدار و درصد فعالیت‌های انجام شده، میزان پیشرفت یا تأخیر نسبت به برنامه زمانی تفصیلی و... و دیگر اطلاعات لازم می‌باشد. بنابراین تأخیر در کارهای پیش‌بینی شده برنامه زمانی تفصیلی، از سوی پیمانکار پذیرفتنی نیست که در صورت تأخیر در واقع تخلف از شرط فعل و موجب خیار برای کارفرما است. این تأخیر به استناد بند ۲ ماده ۴۶ نباید بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار باشد، لیکن باید توجه داشت که تأخیر کارهای پیش‌بینی شده در برنامه زمانی تفصیلی، در صورتی برای کارفرما ایجاد خیار فسخ می‌کند که این تأخیر مستند به فعل پیمانکار باشد و گرنه ممکن است تأخیر در کارهای پیش‌بینی شده در برنامه زمانی تفصیلی خارج از قصور پیمانکار باشد؛ مثلاً امکان دارد به دستور کارفرما موضوع کار و طرح و برنامه و نقشه‌ها تغییر اساسی کرده باشد که در این صورت امکان فسخ ممکن نخواهد شد.

د) تأخیر در تجهیز کارگاه برای شروع عملیات موضوع پیمان

برابر بند "ج" ماده ۴ موافقت نامه پیمان، پیمانکار متعهد است در تاریخ تعیین شده برای شروع کار، در مدت... ماه نسبت به تجهیز کارگاه به منظور شروع عملیات موضوع پیمان، اقدام نماید". این تعهد جزء شروط فعل است که پیمانکار آن را ضمن پیمان پذیرفته و در صورت تخلف، یعنی تأخیر در تجهیز کارگاه که البته این تأخیر نباید بیش از نصف مدت تعیین شده در بند ج ماده ۴ موافقت نامه باشد، ایجاد حق فسخ برای کارفرما می نماید. (بند ۲ الف ماده ۴۶) این مورد باتوجه به بند الف ماده مزبور (ماده ۴) که مقرر می دارد. "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."

هـ) تأخیر در اتمام کار با مدت معین

در بند ۴، ۵ و ۶ (الف) ماده ۴۶ آمده است: چنانچه تأخیرات بیش از یک دهم یا دو ماه و یا اینکه بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار و نیز چنانچه تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک چهارم مدت پیمان باشد مدت تأخیر موجب تحقق خیار فسخ به نفع کارفرما خواهد بود پس تأخیر بیش از مواعید تعیین شده موجباتی برای فسخ پیمان را فراهم خواهد آورد و این شروط را هم باید جزء شروط فعل از تقسیمات تخلف شرط محسوب داشت. البته در خصوص موارد تأخیرات، بایستی همان گونه که در ذیل بندهای فوق اشاره تصریح گردیده است، ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا ممکن است تأخیر در اتمام کارهای پیمان واقعاً ناشی از قصور یا تقصیر پیمانکار نباشد و برای کارفرما ایجاد خیار فسخ نکند، بلکه باعث افزایش و تغییر مدت پیمان نیز بشود.^{۱۷}

گفتار دوم: فسخ به دلیل ترک فعل

الف) عدم شروع کار پس از رفع وضعیت قهری

با توجه به ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، در صورت بروز حوادث قهری اجرای عملیات موضوع پیمان حداقل سه ماه و در صورت بروز حوادث قهری اجرای عملیات موضوع پیمان حداقل سه ماه و در صورت موافقت پیمانکار حداکثر تا شش ماه به حالت تعلیق در می آید. وضعیت قهری ممکن است بعد از شش ماه نیز ادامه داشته باشد در این صورت کارفرما بدون رعایت بند (و) ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان، به استناد همان ماده به پیمان خاتمه می دهد. اما هرگاه وضعیت قهری قبل از شش ماه از زمان بروز رفع شود و کارفرما اعاده کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه قهری لازم و میسر، بداند، پیمانکار مکلف است که اجرای کارها را بی درنگ آغاز کند. در این صورت تمدید مدت مناسبی برای اعاده کارها به وضع اولیه از سوی پیمانکار پیشنهاد می شود که پس از رسیدگی و تأیید مهندس مشاور و تصویب کارفرما، به پیمانکار ابلاغ می گردد. چنانچه وضعیت قهری رفع شده و کارفرما اعاده کارها را به حالت پیش از وقوع حادثه لازم می داند؛ اما پیمانکار حاضر به تمدید نباشد و از شروع و ادامه کار هم امتناع نماید، در چنین حالتی به استناد بند ۷ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، کارفرما می تواند پیمان را پس از ابلاغ شروع کار و عدم انجام آن از سوی پیمانکار، فسخ کند.^{۱۸}

ب) بدون سرپرست گذاشتن کارگاه، یا تعطیل کردن کار بدون اجازه کارفرما

ماده ۱۰ شرایط عمومی پیمان در تعریف رئیس کارگاه می گوید: "رئیس کارگاه شخص حقیقی دارای تخصص و تجربه لازم است که پیمانکار او را مهندس مشاور معرفی می کند تا اجرای موضوع پیمان در کارگاه را سرپرستی کند. بند « ز ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان مقرر می دارد: "پیمانکار باید پیش از آغاز عملیات، شخص واجد صلاحیتی را که مورد قبول مهندس مشاور باشد، به عنوان رئیس کارگاه معرفی نماید. رئیس کارگاه باید در اوقات کار در کارگاه حاضر باشد و عملیات اجرایی با مسئولیت و نظارت او انجام شود. هر نوع اخطار و اعلام که مربوط به اجرای کار باشد و از طرف رئیس کارگاه ابلاغ شود در حکم ابلاغ پیمانکار است". پس اگر کارگاه بیش از پانزده روز سرپرست نداشته باشد؛ چون این مسئولیت متوجه پیمانکار است، کارفرما می تواند مستنداً به بند ۸ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان به فسخ پیمان مبادرت ورزد.

گفتار سوم: سایر موارد فسخ

الف) انحلال شرکت پیمانکار

^{۱۷} - همان، ص ۷۷

^{۱۸} - همان، ص ۷۸

برابر بند ۱۰ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان یکی دیگر از موارد فسخ پیمان، بحث انحلال شرکت پیمانکار بیان شده است. انحلال شرکت به منزله پایان شخصیت حقوقی آن است. شرکتی که در قالب یکی از شرکت‌های موضوع قانون تجارت تشکیل می‌شود. ممکن است بنا به عللی منحل شود. بعضی قهری و بعضی اختیاری است. قانونگذار در قانون تجارت مقرر می‌دارد؛ "شرکت سهامی در موارد زیر منحل می‌شود:

۱. وقتی که شرکت موضوعی را که برای آن تشکیل شده است، انجام داده یا انجام آن غیرممکن شده است.

۲. در صورتی که شرکت برای مدت معینی تشکیل گردیده و آن مدت منقضی شده باشد.

۳. در صورت ورشکستگی.

۴. در هر موقع که مجمع عمومی فوق العاده صاحبان سهام به هر علت رأی به انحلال شرکت بدهد.

۵. در صورت صدور حکم قطعی دادگاه

بنابراین انحلال یک شرکت ممکن است به علل فوق صورت گیرد. در واقع باتوجه به بند ۱۰ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان به هنگام انعقاد، پیمان بقای شرکت پیمانکار و عدم انحلال آن از شرایط ضمنی برای مبادله قرارداد است و هر گاه این شخصیت حقوقی به پایان رسد؛ یعنی شرکت پیمانکار منحل شد است؛ زیرا شرکت پیمانکار به محض انحلال از هم می‌پاشد، پس وقتی یک طرف قرارداد (پیمانکار) حیات حقوقی و اعتباری خود را از دست دهد، منطقاً نمی‌تواند از عهده تعهدات خود بر آید در نتیجه انحلال شرکت از مواردی است که کارفرما می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

ب) ورشکستگی پیمانکار

برابر بند ۱۱ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، ورشکستگی یکی دیگر از مواردی است که کارفرما می‌تواند در صورت تحقق قرارداد را فسخ کند. پیمانکار هم می‌تواند شخص حقیقی باشد هم حقوقی. در صورت ورشکستگی پیمان منحل می‌شود. ماده ۴۱۲ قانون تجارت، در خصوص ورشکستگی مقرر می‌دارد: "ورشکستگی تاجر و شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست، حاصل می‌شود." منظور از توقف از تأدیه وجه این است که شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) قادر به پرداخت دیون خود نیست و یا به عبارت دیگر توقف از تأدیه دیون زمانی حاصل می‌شود که دیون شخص بیش از دارایی مثبت او باشد. البته باید به این نکته توجه شود که ورشکستگی حالتی است که برای استناد به آن لازم است، حکم ورشکستگی شخص اعم از حقیقی یا حقوقی از سوی دادگاه اعلام شود، چنانچه در بند ۱۱ (الف) ماده ۴۶ مقرر داشته که برای تحقق ورشکستگی جهت فسخ و موضوع بایستی از سوی محاکم قضایی به گونه‌ای که موجب توقف یا کندی پیشرفت کار شود، اعلام گردد.

ج) توقیف ماشین آلات و اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی

به استناد بند ۱۱ (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، یکی دیگر از موارد فسخ که از سوی کارفرما اعمال می‌شود، توقیف ماشین آلات و اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی که نمی‌توان به فعل پیمانکار مستند کرد، کارفرما را محق در فسخ عقد می‌دارد؛ زیرا توقیف اموال و ماشین آلات پیمانکار موجب کندی پیشرفت کار پیمان می‌شود و کارفرما چاره‌ای جز فسخ قرارداد ندارد.

د) دادن هدایا، پاداش و شریک کردن عوامل کارفرما در منافع پیمانکار

به استناد بند ۱۳ "الف" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، یکی دیگر از موارد تحقق فسخ پیمان چنین بیان شده است: "هرگاه ثابت شود که پیمانکار برای تحصیل پیمان یا اجرای آن به عوامل کارفرما حق العمل - پاداش یا هدایایی داده است - یا آنها را در منافع خود سهیم کرده باشد." در خصوص این مورد از موارد فسخ بیان چند نکته لازم است:

۱. دادن حق العمل، پاداش، هدیه به عوامل کارفرما و یا سهیم کردن در منافع خود از سوی پیمانکار هم از مصادیق اعمال و افعال خلاف قانون و در حکم رشوه است.

۲. دادن هر گونه مال از سوی پیمانکار به عوامل کارفرما، از نظر حقوقی نه تنها برای کارفرما حق فسخ ایجاد می‌کند، بلکه پیمانکار و عوامل کارفرما نیز از حیث جزایی دارای مسئولیت کیفری می‌باشند.

مطابق ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵: "هر کس عالماً و عامداً برای اقدام به امری یا امتناع از انجام امری که از وظایف

۱۳۶۷/۹/۵

اشخاص مذکور در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب به مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد وجه یا مالی یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیم یا غیرمستقیم بدهد، در حکم راشی است و به‌عنوان مجازات علاوه بر ضبط مال ناشی از ارتشاء به حبس از شش ماه تا سه سال و یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود. " مجازات مذکور برای راشی (رشوه دهنده) است؛ ولی ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری در مورد مرتشی (رشوه گیرنده) نیز مقرر داشته است: " هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوارها و شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای برای انجام دادن امری که مربوط به سازمان‌های مزبور وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید در حکم مرتشی است، اعم از اینکه امر مذکور مربوط به وظایف آن‌ها بوده یا آنکه مربوط به مأمور دیگری در آن سازمان باشد خواه آن کار را انجام داده یا نداده و انجام آن بر طبق حقانیت وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آنکه در انجام یا عدم انجام آن مؤثر بوده یا نبوده باشد به ترتیب زیر مجازات می‌شود " در قانون جرم رشوه تعریف نشده است و علت اینکه دادن هر گونه مال از سوی پرداخت‌کننده مال به مستخدمین و مأمورین دولتی در حکم رشوه تلقی گردیده (نه نفس رشوه) این است که بر اساس پرداخت از سوی یکی از اصحاب دعوی به قاضی آن هم برای از بین بردن حقی، مصداق بارز رشوه است و گر نه حتی اگر کسی برای حفظ حقوق حقه خود ناچار از دادن وجه یا مالی باشد نه تنها تعقیب کیفری ندارد، بلکه وجه یا مالی که داده به او مسترد می‌گردد^{۱۹} اما در چنین صورتی مرتشی (دریافت‌کننده مال یا وجه) عمل حرامی انجام داده است. لازم به ذکر است، تحقق خیار فسخ برای کارفرما در خصوص موارد بالا هم به قبل از انعقاد پیمان مربوط می‌شود؛ یعنی زمان مناقصه که پیمانکار با زدوبند برنده مناقصه شناخته شده و هم به زمان اجرای پیمان مربوط می‌گردد.^{۲۰} در اینجا این نکته را اضافه می‌نمایم، باتوجه به جریان عملی روابط نهادهای دولتی با پیمانکاران و ملاحظه سوابق این امر دادن رشوه از جانب پیمانکار به کارمندان دولتی ذی‌ربط موجب بطلان رابطه حقوقی و پیمان منعقد شده نمی‌شود و منحصرأ خود فعل ارتشاء هم از طرف راشی و هم از طرف مرتشی، فعلی مجرمانه و متضمن پیگرد قانونی در محدوده خاص خود است. بدیهی است چنانچه شرط ضمن‌العقدی در قرارداد گنجانده شود بدین مضمون که در فرض احراز رشوه‌دادن از جانب پیمانکار کارفرما محق در فسخ قرارداد خواهد بود چنین شرطی صحیح و واجد اثر حقوقی است نوعی شرط ضمن‌العقد معلق محسوب می‌شود و روشن است که در این مورد عمل فسخ از باب خیار شرط بوده و ناشی از توافق تبعی که در متن قرارداد مندرج شده است. البته در شرایط عمومی پیمان مورد رشوه صراحتاً بیان نشده و موضوع حکم قرار نگرفته، مع‌الوصف در شرایط عمومی پیمان با ممنوع ساختن اعمالی از قبیل پاداش دادن، هدیه دادن، حق‌العمل دادن، سهم کردن در منافع فی‌الواقع این قبیل اعمال را در حکم رشوه دانسته است.

هـ) مشمول قانون منع مداخله در مورد پیمانکار

یکی دیگر از موارد فسخ پیمان از جانب کارفرما (بند ۲ ماده ۴۶)، شمولیت قانون منع مداخله در مورد پیمانکار است. به استناد ماده ۴۴ شرایط عمومی پیمان، "پیمانکار اعلام می‌کند که در موقع عقد پیمان، مشمول قانون منع مداخله مصوب بیست و دوم دی‌ماه ۱۳۳۷ نیست و در صورتی که خلاف آن برای کارفرما محرز شود، پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود." قانون مورد بحث به‌منظور جلوگیری از تبانی و سوءاستفاده احتمالی کارکنان دولت در معاملات دولتی، اشخاص مندرج در ماده اول قانون موصوف از معامله با وزارتخانه‌ها بانک‌ها، شهرداری‌ها، سازمان‌ها و سایر مؤسسات مذکور در قانون یاد شده ممنوع می‌کند؛ بنابراین در پیمان که یک معامله دولتی و در واقع یک طرف آن دستگاه اجرایی (دولت) است پیمانکار باید مفاد قانون مورد بحث را رعایت نماید؛ اما ایراد و سؤالی که اینجا مطرح است؛ اینکه قانون‌گذار انجام معامله را ممنوع نموده؛ یعنی اینکه فرد نمی‌توانسته اصولاً مبادرت به انعقاد قرارداد کند پس چرا از موجبات فسخ بیان شده است؟ در واقع معامله باطل است نه اینکه خیار فسخ داشته باشد. در پاسخ شاید بتوان چنین گفت هر گاه به هنگام انعقاد پیمان، پیمانکار مشمول قانون منع بوده و آن را کتمان کرده باشد به نظر بایستی باطل باشد؛ اما اگر در حین مداخله

^{۱۹} . رجوع شود به ماده ۵۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۷

^{۲۰} - رجبی، ۱۳۹۹، ص ۹۲

قرارداد تغییراتی ایجاد شده باشد؛ بایستی فسخ گردد. در انتهای ماده ۴۴ شرایط عمومی پیمان به دو فرض اشاره شده است: الف) تغییراتی که در صاحبان سهام میزان سهام مدیران یا بازرسان شرکت پیمانکار پیش آید. ب) تغییراتی که در دستگاه‌های دولتی یا کارفرما پیش آید. در حالت «الف» پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود و در حالت «ب» به محض وقوع منع قانونی پیمانکار مکلف است که مراتب را به کارفرما اعلام کند و در صورتی که مانع قانونی رفع نشود، می‌کند. اگر پیمان کار مراتب را به موقع به کارفرما به پیمان خاتمه می‌دهد و طبق ماده ۴۸ با پیمانکار عمل کارفرما اعلام نکند بیان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود. از جمله موارد دیگر فسخ که در این مبحث بایستی بدان اشاره شود ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان است که تحت "عنوان خاتمه" بیان شده است. خاتمه پیمان، شرایطی غیرقابل اجتناب است که برای کارفرما به وجود می‌آید که ختم پیمان را به پیمانکار تحویل می‌کند و قاعدتاً به‌خاطر الزامات کارفرما هزینه‌های مرتبط با پیمانکار و حتی قراردادهای وی را تقبل می‌کند و از نظر عرفی هم تبعاتی برای پیمانکار دارد. فسخ پیمان به‌خاطر کوتاهی و یا عدم ایفای تعهدات پیمانکار است که موارد آن در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان و کارفرما برای جلوگیری از طولانی شدن پروژه و تحمیل ضرر و زیان‌های مالی و اجتماعی و پاسخگو بودن در برابر نهادهای نظارتی از اهم آن استفاده می‌کند؛ اما خاتمه قرار داد در واقع پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان می‌گیرد که این خاتمه دادن نوعی فسخ است که می‌توان آن را فسخ به مصلحت نامید. هر چند فسخ پیمان علاوه بر اینکه برای پیمانکاران زیان‌بار است برای کارفرما هم خیلی قابل قبول نیست؛ چون مجبور می‌شود تجدید مناقصه با تشریفات زمان بر را مجدد تکرار نماید و از طرفی تحمل هزینه‌های تأخیر در زمان اجرای پروژه را نیز در بردارد.^{۲۱}

ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مقرر می‌دارد: "هر گاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه‌دادن پیمان بگیرد خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده‌کردن کارگاه برای تحویل، که نباید بیشتر از ۱۵ روز باشد، به پیمانکار ابلاغ می‌کند؛ کارفرما کارهایی که ناتمام‌ماندن آنها موجب بروز خطر یا زیان مسلم است، در این ابلاغ تعیین می‌کند و مهلت بیشتری به پیمانکار می‌دهد تا پیمانکار بتواند در آن مهلت، این‌گونه کارها را تکمیل کند و کارگاه را آماده تحویل نماید..." بحثی که در اینجا می‌توان مطرح نمود، این است که به استناد ماده ۴۰۱ قانون مدنی، "اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط یار و هم بیع باطل است". حال نفی ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان که بدون رعایت ماده مذکور، یعنی بدون تعیین تاریخ شرط خیار در سند پیمان آمده، جز بطلان پیمان هیچ تأثیر دیگری ندارد؛ یعنی ماده ۴۸ از ابتدا فاقد آثار حقوقی است، چگونه است و چطور می‌شود آن را توجیه کرد؟ در پاسخ به نظر می‌رسد؛ اگر در عقد، لازم خیار شرط مدت نشده باشد، هم خیار و هم بیع باطل است؛ اما پیمان عقد لازم نیست؛ بلکه جایز است و ماهیت شرایط عمومی پیمان با توجه به سایر مفاد پیمان و اینکه حفظ و غبطه رعایت مصالح عمومی بر عهده دستگاه‌های دولتی نهاده شده است، بایستی آن را (پیمان) عقد جایز بدانیم، تا هر وقت دستگاه دولتی بخواهد بتواند پیمان را بدون شرط و با رعایت تشریفات مقرر فسخ نماید.

نتیجه

شرایط عمومی پیمان شامل سه بخش می‌باشد که عبارتند از: موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان و مقررات آنها. چنانچه شرط طوری باشد که موجب اخلاف یکی از ارکان اساسی عقد گردد موجب بطلان شرط و عقد خواهد بود و آن در دو قسم است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد ۲- مشروط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود.

انواع تضمین‌ها عبارتند از: ۱. تضمین سپرده شرکت در مناقصه (موضوع مواد ۷ و ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و آیین نامه تضمین) ۲. تضمین پیش‌پرداخت (موضوع بند ۳ ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات و ماده ۳۶ شرایط عمومی پیمان). ۳. تضمین انجام تعهدات (موضوع بند ۳ ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات دولتی و ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان). ۴. تضمین حسن انجرائی کار (موضوع بند ۵ ماده ۱۱ آیین نامه معاملات دولتی و ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان). انواع ضمانت‌نامه‌های معتبر اعم از این موارد می‌باشد: الف) ضمانت‌نامه بانکی ب) بیمه‌نامه ج) وجه نقد د) سفته با امضای صاحبان مجاز با مهر شرکت ه) سایر ضمانت‌نامه‌ها شامل: ۱. ضمانت‌نامه‌های صادر شده از سوی مؤسسات اعتباری غیربانکی که دارای مجوز لازم از طرف بانک مرکزی هستند. ۲. وثیقه ملکی معادل ۹۰ درصد ارزش کارشناس رسمی آن. ۳. اوراق مشارکت (بی‌نام) منتشر شده از سوی وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، که از

سوی دولت یا بانکها تضمین شده باشد. ۴. سهام شرکت‌های سهامی عام پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران به مأخذ ۷۰ درصد ارزش روز آن

۵. مطالبات قطعی شده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذیحساب مربوطه.

در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان مقرر شده است: در صورت تحقق هر یک از موارد ذیل کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ نماید که عبارتند از: فسخ به دلیل تأخیرات که شامل تأخیر در پرداخت دستمزد کارکنان، تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار، تأخیر در ارائه برنامه‌ریزی تفصیلی، تأخیر در تجهیز کارگاه برای شروع عملیات موضوع پیمان و تأخیر در اتمام کار با مدت معین می‌باشد و فسخ به دلیل ترک فعل اعم از عدم شروع کار پس از رفع وضعیت قهری، بدون سرپرست گذاشتن کارگاه، یا تعطیل کردن کار بدون اجازه کارفرما

سایر موارد فسخ به دلایلی نظیر انحلال شرکت پیمانکار، ورشکستگی پیمانکار، توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی، دادن هدایا، پاداش و شریک کردن عوامل کارفرما در منافع پیمانکار و مشمول قانون منع مداخله در مورد پیمانکار حاصل می‌شود.

منابع

- ۱- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان؛ تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷.
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۹.
- ۳- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق؛ تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۸۹.
- ۵- حسینی، سیداسماعیل، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تهران، انتشارات منیری جاوید، ۱۳۸۷.
- ۶- رجبی، عیسی، الزام آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، نشریه حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، ش ۱۱۱، سال ۱۳۸۹.
- ۷- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- ۸- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی و اعمال حقوقی، تهران، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۹۳.

The regulations governing government contracts and cases of termination of government contracts in terms of the contract

First Author: Parham Hashem Poor Boosjin

Affiliation : Master's degree in commercial company law at the University of Judicial Sciences and Administrative Services

Abstract

Administrative and government contracts can be defined as contracts in which the executive bodies enter into contracts with natural or legal persons in order to secure the general interests of the society, along with certain formalities and principles. In this definition, according to Article (5) of the National Management Law, executive bodies include all ministries, government institutions, public non-governmental institutions or institutions, and government companies. Obviously, in order for a contract to be considered as a government contract, its purpose must be to provide services to the general public of the country. In other words, unlike private contracts that are between two people and the goods, services, or commitments made go to a specific person or people, the benefits of government contracts should go to the people of the country or region. To distinguish administrative or non-administrative contracts of the government, the element of its purpose is more decisive. In some cases, the purpose of government contracts is so minor that it cannot be considered general and is included in non-governmental government contracts. The general conditions of the contract determine the limits of the rights and obligations of the contracting parties and about force majeure events (such as natural disasters, which are beyond the control of people and are unpredictable and preventable), suspending or stopping the contract, the method of terminating the contract, terminating the contract, etc. has assigned a task. In contracting contracts, the general conditions of the contract are the same. Since large contracting contracts have many complexities, all situations that may occur between the parties to the contract have been foreseen in the general conditions of the contract and in the contract agreement. The current research, which was carried out with a descriptive-analytical method, studies and examines the regulations governing government contracts and the cases of termination of government contracts under the terms of the agreement.

Keywords: Government contracts, contracts, termination of contracts.