فسخ پیمان در قراردادهای پیمانکاری دولتی

سید حسین میربافقی[1]

تاریخ دریافت:۹۸/۳/۵
تاریخ پذیرش: ۹۸/۳/۱۷

چکیده

یکی از اصـــول قراردادهای دولتی در حقوق عمومی، اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادهاســـت که قرارداد نســـبت به طرفین التزام آور بوده مگر آنکه قانون به‌صراحت آن را جایز دانسته و ازاین‌رو، خاتمه دادن به حیات حقوقی قرارداد، از طریق فسخ در صورت وجود علت قانونی، انفساخ یا اقاله امکان‌پذیر است.

ازآنجایی‌کـــه قـــرارداد اداری همانند قـــرارداد خصوصی، برای طرفین قـــرارداد و به‌ویژه دولت لازم‌الاجرا اســـت؛ لیکن این تعهدات برای دولت به‌اندازه‌ای انعطاف‌پذیر بوده که دســـتگاه اجرایی بـــااراده یک‌جانبه می‌تواند آن را تغییر، افزایش و یا کاهش دهد و یا در کل آن را از بین ببرد. این امر به خاطر آن است که زمانی یک فرد قرارداد یا معامله‌ای انجام می‌دهد، هدف درنهایت تأمین منافع شـــخصی و خصوصی خودش بوده و منافع حاصل از قرارداد نصیب او خواهد گردید لیکن ایـــن موضوع در قراردادهای دولتی متفاوت بوده و زمانی که دولت معامله انجام می‌دهد هدف آن تأمین منافع عمومی جامعه خواهد بود. لذا جهت رسیدن به این هدف دستگاه‌های اجرایی از حق حاکمیت و امتیازات خاصی برخوردار بوده که در زمان فسخ در قراردادهای پیمانکاری دولتی این موارد به‌صراحت مشخص گردیده است؛ لیکن در سایر موارد قراردادهای دولتی قانون‌گذار شرایط فســـخ را بیان ننموده که در صورت فســـخ قرارداد و مراجعه به محاکم، دادگاه‌ها ناگزیر به قانون مدنی رجوع خواهند نمود. در این تحقیق به شیوه‌های فسخ قراردادهای پیمانکاری که در شرایط عمومی پیمان بیان گردیده و برای دســـتگاه‌های اجرایی و پیمانکاران لازم‌الاجرا است، پرداخته تا شرایط فسخ این نوع قراردادها با قراردادهای خصوصی مشخص گردد.

واژگان کلیدی: فسخ، قرارداد، شرایط عمومی پیمان، تأخیر، خلع ید، کارفرما، پیمانکار

---

۱ کارشناس حقوقی استان یزد ـ فوق لیسانس حقوق عمومی ـ رایانامه: mir_baf@yahoo.com

مقدمه

فســـخ در لغت به معنای نقض، زایل کردن، تباه کردن و شکستن آمده است و به آن انحلال ارادی قرارداد نیز گفته می‌شـــود. فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت از پایان دادن حقوقی به قرارداد به‌وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا یک شخص ثالث است به عبارتی. فسخ عبارت از بر هم زدن عقد لازم، در مواردی اســـت که قانون اجازه می‌دهد. عقد لازم نیز عقدی اســـت که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فســـخ بر هم زدن آن را نداشـــته باشند مگر در موارد معینه. منظور از موارد معین، خیاراتی است که در قانون پیش‌بینی‌شـــده است. خیار نیز حق اســـت و به معنی اختیار بر هم زدن عقد لازم است، از سوی صاحب خیار.

در قانون مدنی، عقود و معاملات شـــامل عقد لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق است. عقد لازم آن اســـت که هیچ‌یک از طرفین معامله، حق فســـخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه. (ماده ۱۸۵) عقد جایز آن اســـت که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فســـخ کند. (ماده ۱۸۶) عقد خیاری آن اســـت که برای طرفین یا یکی از آن‌ها یا برای ثالثی اختیار فســـخ باشد. (ماده ۱۸۷) عقد منجز آن اســـت که تأثیر آن برحسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود. (ماده ۱۸۸)

با عنایت به این مراتب، حق فسخ در حقوق عمومی و قراردادهای دولتی با آنچه در حقوق خصوصی بیان گردیده متفاوت است لیکن حق فسخ در حقوق مدنی توسط قانون‌گذار (مجلس شورای اسلامی) مقرراتـــی بـــرای آن وضع گردیده لیکن در حقـــوق عمومی و قراردادهای دولتی فقط در بخشـــنامه شـــرایط عمومی پیمان که توسط ســـازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور در اجرای ماده (۲۳) قانون برنامه‌وبودجه و از نوع گروه اول لازم‌الاجرا اســـت قوانینی در امور پیمانکاری وضع گردیده و در سایر قراردادهای، هیچ مقرراتی توسط قانون‌گذار وضع نگردیده است.

گفتار اول: فسخ پیمان

«اگر عمده تخلفات قراردادی را به علت عدم رعایت شروط ضمن عقد اعم از صریح و ضمنی تحلیل کنیم، مانند تخلف از موعد اجرا، اوصاف و ســـلامت مبیع، قیمت متعارف و غیر این‌ها، در آن صورت و چه به لحاظ خیار تخلف شـــرط که در ماده ۴۴۴ قانون مدنی ناظر به مواد ۲۴۵ ـ ۳۳۴ ذکر شـــده است، قرارداد قابل فسخ خواهد بود». (صادقی نشاط، امیر، زمستان ۸۸، ص ۳۱۲)

«حق فســـخ ازاین‌جهت ضمانت اجراست که به‌عنوان پشـــتوانه‌ای برای قرارداد به شمار می‌رود و درواقع تحذیر اســـت ازآن‌جهت که اگر متعهد به تعهدات خود عمل نکند متعهد له می‌تواند قرارداد را بر هم زند و این می‌تواند به ضرر متعهد باشد زیرا راه را برای جبران خسارت وارده برای متعهد له باز اســـت» (رودیجانی، محمد مجتبی، ص ۳۱۲) فسخ در «عقد جایز را هر یک از دو طرف به‌دلخواه می‌تواند فســـخ کند (ماده ۱۸۶) فســـخ با یک اراده تحقق می‌یابد و ناظر به آینده اســـت، ولی چهره استثنایی ندارد، طبیعت عقد چنان است که دو طرف را پای بند نمی‌کند و برای بر هم زدن آن نیاز به اختیار ویژه قراردادی یا قانونی نیست» (کاتوزیان، ناصر، ص ۵۱)

در عقد لازم «بر هم زدن عقد امری است نامتعارف و خلاف اصل. پیمان‌شکنی گناه و تقصیر است و نیاز به مجوز قراردادی یا قانونی دارد»(کاتوزیان، ناصر، ص ۵۱). بنابراین خیار فسخ حقی است که به طرفین عقد یا یکی از طرفین و در بعضی از مواقع به اشخاص ثالث، اختیار در فسخ پیمان یا قرارداد را می‌دهد. بنابراین انواع خیارات در حقوق خصوصی شامل خیار شرط، خیار رؤیت، خیار تدلیس، و یا خیارات مختص بیع شامل خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن در حقوق قراردادهای دولتی نوعاً وجود ندارد. یکی از دلایل آن این است که پیمانکار زمانی که در مناقصه شرکت می‌نماید نمی‌تواند شرایط مشروطی را در مناقصه بیان نماید و در صورت مشروط بودن، دستگاه اجرایی وی را برای انعقاد قرارداد نخواهد پذیرفت.

لذا «در قراردادهای اداری طرف اداری می‌تواند بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد و بنا به مصلحت خود و مقتضیات اداری، قرارداد را مختومه اعلام کند. چنین حق فسخی له فاقد «علت قانونی» موردنظر قانون مدنی نبوده و نمی‌توان برای آن‌ها دلیلی در قراردادهای مدنی یافت. البته این حق، مطلق نبوده و مشروط به شرایط مقرر در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان است». (انصاری، ولی آ...، ص ۱۵۸، البته در بخشنامه جدید ماده (۴۸) به ماده (۴۶) تغییریافته است) بنابراین «مهم‌ترین تفاوت این است که پیمانکار برای نیل به‌حق خود ناگزیر از مراجعه به دادگستری و تقدیم دادخواست است، ولی کارفرما عموماً چنین تکلیفی ندارد و صرفاً کافی است مراتب فسخ قرارداد را کتباً به اطلاع پیمانکار برساند». (انصاری، ولی آ...، ص ۱۵۸) بنابراین فسخ قرارداد «ضمانت اجرای شدیدی است که به قرارداد خاتمه می‌دهد و استفاده از آن وقتی میسر است که در قرارداد به‌صراحت چنین حقی قید شده باشد. معمولاً اداره وقتی از حق فسخ استفاده می‌کند که پیمانکار مرتکب تقصیر و تخلفی شده باشد و سایر تضمینات برای الزام به انجام تعهداتش مفید واقع نشود؛ به همین جهت در صورت فسخ قرارداد پیمانکار حق مطالبه خسارت نخواهد داشت». (طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ص ۳۵۱ و ۳۵۲)

باید گفت «بین حق فسخ اداره و حق فسخ پیمانکار تفاوت وجود دارد و در این فرض، تشخیص تخلفات پیمانکار در بدو امر با کارفرماست، ولی عکس آن صحیح نیست. این امر یکی از مختصات ترجیحی قراردادهای اداری است که به موجب آن اداره می‌تواند به‌طور یک‌طرفه و به‌عنوان اعمال حق ترجیحی با فرض وجود تخلف و بدون مراجعه به دادگاه قرارداد را فسخ نمایند، ولی پیمانکار برای استفاده از حق فسخ به علت تخلفات کارفرما یا به علل دیگر، باید به دادگاه مراجعه کند» (انصاری، ولی آ...، ص ۲۳۸)

. بنابراین «به عقیده علمای حقوق اداری، فسخ قرارداد به علت مقتضیات عمومی جزء اصول حقوق عمومی و ناشی از حاکمیت دولت است و عدم تصریح آن در پیمان، مانع استفاده از آن نمی‌شود و حتی خود دولت نمی‌تواند در پیمان با قید شرطی این حق را از خود سلب کند». (طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ص ۳۵۲)

گفتار دوم: موارد فسخ پیمان توسط دستگاه اجرایی به‌صورت اختیاری

«مفاد پیمان به‌ویژه شرایط عمومی پیمان دلالت دارد بر اینکه پیمان عقد لازم ـ جایز است زیرا

نسبت به پیمانکار لازم و نسبت به کارفرما جایز است. لذا پیمانکار هیچ‌گاه نمی‌تواند به‌طور یک‌جانبه پیمان را فسخ کند اما کارفرما هر وقت بخواهد می‌تواند به فسخ آن مبادرت ورزد. به‌این‌ترتیب وضعیت پیمانکار در پیمان همیشه متزلزل است». (اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان،، ص ۳۳۳)

بنابراین در زمان فسخ پیمان توسط دستگاه اجرایی یا کارفرما، می‌بایست تمام وظایف را که بر عهده خودش است، انجام دهد. در یک رأی صادره از دادگاه، چون کارفرما تمام وظایف مربوط به خود را انجام نداده و تعلل ناشی از عمل کارفرما بوده حکم به فسخ پیمان صادر گردیده است:

«چون مقررات ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در صورتی مصداق دارد که کارفرما تمام وظایفی که به عهده دارد انجام دهد و تعلل در انجام کار حصراً متوجه پیمانکار بوده باشد و حال‌آنکه به شرح پرونده بر دادگاه محرز است توقف کار بیشتر ناشی از تعلل کارفرما بوده ازجمله دلایلی که در خصوص پرونده موجود است ...و بالاخره نبودن اعتبار کافی در ید پیمانکار که دلیل این موضوع مفاد تلگراف ... که از طرف سازمان آب منطقه‌ای به شهرداری آباده برای تأمین پروژه ارسال‌شده و سایر مندرجات پرونده لذا معتقدم فسخ اعمال‌شده مطابق با مقررات نبوده و به ابطال فسخ مذکور نظر دارد». (بازگیر، یدالله، ص ۷۴ و ۷۵)

با توجه به‌مراتب مذکور، کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هریک از موارد زیر پیمان را طبق ماده ۴۷ فسخ کند و این حق نوعی اختیار برای کارفرما محسوب می‌شود که می‌تواند از آن استفاده نماید.

بند اول: «تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار ....»

بر اساس 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 در تاریخ تعیین‌شده در محل کار حاضر شود و طی صورت‌مجلس‌هایی، اقدام به تحویل گرفتن کارگاه نماید. درصورتی‌که حداکثر ۳۰ روز از تاریخ تعیین‌شده برای تحویل گرفتن کارگاه حاضر نشود، کارفرما حق دارد که طبق ماده ۴۶، پیمان را فسخ کند»

لذا تحویل دادن محل کارگاه بر عهده کارفرما و تحویل گرفتن محل کارگاه بر ذمه پیمانکار یا برنده مناقصه خواهد بود. در صورت عدم تحویل به‌موقع کارگاه از سوی کارفرما، می‌توان خسارت پیمانکار را پرداخت نمود و در صورت عجز از تحویل محل کارگاه، می‌توان به پیمان خاتمه داد. بنابراین تحویل گرفتن محل کارگاه از ناحیه پیمانکار از نوع شرط فعل است و در صورت عدول پیمانکار از این شرط، کارفرما این حق را خواهد داشت که پیمان را فسخ نماید.

بند دوم: «تأخیر در ارائه برنامه زمانی تفضیلی به مدت بیش از مهلت تعین شده برای تسلیم آن»

طبق بند (ب) ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان «پیمانکار متعهد است که سازمان، روش اجرا و برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار را طبق نظر مهندس مشاور بر اساس نقشه‌های موجود و برنامه

زمانی کلی تهیه کند و ظرف یک ماه از تاریخ مبادله پیمان، یا مدت دیگری که در اسناد و مدارک پیمان تعیین‌شده است، تسلیم مهندس مشاور نماید تا پس از اصلاح و تصویب کارفرما برای اجرا به پیمانکار ابلاغ شود. اگر در اسناد و مدارک پیمان، جزئیاتی برای چگونگی تهیه برنامه تفصیلی و بهنگام کردن آن تعیین‌شده باشد، پیمانکار ملزم به رعایت آن است.»

بنابراین پیمانکار جهت ارائه برنامه تفصیلی به کارفرما دارای مهلت زمانی و محدودیت است که این محدودیت بستگی به موضوع پیمان خواهد داشت و این قید زمانی یک ماه از تاریخ مبادله پیمان خواهد بود و درهرحال پیمانکار این حق را نخواهد داشت که در ارائه برنامه زمانی تفضیلی دچار تأخیر گردد و در صورت تأخیر، نباید بیش از نصف مهلت تعیین‌شده برای تسلیم آن باشد. لذا ارائه به‌موقع برنامه زمانی تفصیلی از قسم شرط فعل است که ترک یا تأخیر آن موجب فسخ پیمان خواهد گردید.

بند سوم: «تأخیر در تجهیز کارگاه برای شروع عملیات موضوع پیمان...»

بر اساس بند (ج) ماده ۴ موافقت‌نامه (شرایط عمومی پیمان) «تاریخ شروع کار، تاریخ نخستین صورت‌مجلس تحویل کارگاه است که پس از مبادله پیمان تنظیم می‌شود. پیمانکار متعهد است از تاریخ تعیین‌شده برای شروع کار، در مدت ... ماه نسبت به تجهیز کارگاه به‌منظور شروع عملیات موضوع پیمان، اقدام نماید.»

بنابراین طبق جزء (۳) بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان «فسخ پیمان در این حالت، در صورتی مجاز است که کارفرما قسمتی از پیش‌پرداخت را که باید بعد از تحویل کارگاه پرداخت کند، پرداخت کرده باشد.» خیار فسخ حاصله در این بند، خود مشروط و معلق به امر دیگری است و در صورتی مجاز است که کارفرما قسمتی از پیش‌پرداخت را بعد از تحویل کارگاه، به پیمانکار پرداخت نماید و مفهوم مخالف این است که در صورت عدم پرداخت پیش‌پرداخت به پیمانکار، کارفرما دارای حق فسخ نخواهد بود.

بند چهارم: «تأخیر در شروع عملیات موضوع پیمان، بیش از یک‌دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه، هرکدام که کمتر است.» (جزء (۴) بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان)

طبق بند (ز) ماده ۱۴ شرایط عمومی پیمان «مدت پیمان هنگام مبادله پیمان، همان مدت درج‌شده در ماده (۴) موافقت‌نامه است که مدت اولیه پیمان نامیده می‌شود.» بنابراین در زمان ارائه اسناد مناقصه به مناقصه گران و در هنگام انعقاد قرارداد، مدت‌زمان قرارداد در پیمان آورده می‌شود. درصورتی‌که پیمانکار پس از زمان تحویل کارگاه به‌گونه‌ای در شروع عملیات جهت اجرای پیمان تأخیر نماید و کاری صورت ندهد این امر تخلف محسوب و کارفرما حق فسخ را دارد.

بند پنجم: «تأخیر در اتمام هر یک از کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه زمانی تفصیلی بیش از نصف مدت تعیین‌شده برای آن کار...» (جزء (۵) بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان)

«تأخیر در کارهای پیش‌بینی‌شـــده برنامه زمانی تفصیلی از ســـوی پیمانکار پذیرفتنی نیست که در صورت تأخیر درواقع تخلف از شـــرط فعل و موجب خیار برای کارفرما است. این تأخیر نیز مانند تأخیرات مربوط به ارائه برنامه زمانی تفصیلی و تجهیز کارگاه نباید بیش از نصف مدت تعیین‌شـــده برای آن کار باشد. لیکن باید توجه داشت که تأخیر کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه زمانی تفصیلی در صورتی برای کارفرما ایجاد خیار فســـخ می‌کند که این تأخیر مستند به فعل پیمانکار باشد وگرنه ممکن اســـت تأخیر در کارهای پیش‌بینی‌شده در برنامه زمانی تفصیلی خارج از قصور پیمانکار باشد. مثلاً امکان دارد به دســـتور کارفرما یا مهندس مشاور، نقشه اجرایی یا مشخصات فنی تغییر اساسی کند.» (اسماعیلی، هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۴۶) یا تجهیزات برای طرح می‌بایست از خارج توسط پیمانکار خریداری و در طرح بکار رود لیکن به علت پاره‌ای از مسائل ازجمله تحریم، تهیه آن با مشـــکلاتی روبرو است. بنابراین بایستی موارد مربوط در تغییر مدت پیمان نیز در این نوع تأخیرات مدنظر قرار گیرد.

در یک رســـیدگی، تجدیدنظرخواه دادخواســـتی به طرفیت خوانده به خواســـته مطالبه باقیمانده قرارداد و صدور حکم مبنی بر رفع توقیف ضمانت‌نامه حســـن انجام کار تسلیم دادگاه حقوقی شیراز نموده که رســـیدگی به شعبه پنجم دادگاه حقوقی یک شـــیراز ارجاع و موضوع دادخواست این بوده که ۴۸ دســـتگاه آپارتمان‌های مسکونی اساتید و کارکنان دانشگاه شیراز در چهار بلوک و چهار طبقه از طریق مناقصه به شـــرکت فارس دکا واگذار گردید و می‌بایست ظرف سی ماه عملیات پیمان انجام گردد. لیکن به علت عدم مطابقت نقشه‌های ساختمانی با زمین پیش‌بینی‌شده که اصلاح آن از طرف دانشگاه به مدت ۵ ماه به طول انجامید، عدم اخذ پروانه ساختمانی توسط دانشگاه از شهرداری، عدم تهیه به‌موقع مصالح موردنیاز توســـط دانشگاه، فاقد مشـــخصات فنی بودن نقشه‌های گاز ساختمانی، افزایش زیربنا، صدور دســـتور کارهای متعدد، عدم تأمین آب موردنیاز فعالیت‌های ساختمانی، تأخیر در پرداخت توســـط کارفرما و...، دانشگاه در مرحله اتمام کار، تحت عنوان فسخ یک‌جانبه قرار دارد و شرکت پیمانکار را مقصر و ساختمان را عدواناً مورد تصرف و تمامی امکانات و وسایل و اموال شرکت پیمانکار به‌صورت غیرقانونی مورد تصرف قرارگرفته اســـت. جلســـه دادگاه با حضور وکیل خواهان و نماینده خوانده تشـــکیل و رأی تجدیدنظر خواسته صادر گردیده است که دعوی مطروحه را از موارد اختلاف در ماده ۵۲ شـــرایط عمومی پیمان ندانسته و این‌گونه اســـتنباط گردیده که ناشی از فسخ قـــرارداد بوده که اداره کارفرما ماده ۴۶ شـــرایط عمومی پیمان را اعمال که مـــاده ۴۷ آن نیز نحوه رسیدگی در خصوص خاتمه دادن به پیمان است و طرفین می‌بایست بدون مراجعه به مراجع قضایی و بر اســـاس مفاد پیمان عمل نمایند. و به نظر می‌رسد قبل از اجرای ماده ۹۷ چنین حقی نمی‌تواند متصور باشـــد زیرا تشـــخیص تخلف و انطباق آن با موارد مندرج در ماده ۴۶ حقی است که طرفین قرارداد برای کارفرما (خوانده) قائل شـــده است و طرفین ناچار به تمکین آن هستند. بنابراین دعوی به کیفیت مطروحه مســـموع نبوده و قرار استماع دعوی صادر می‌شود. خواهان نسبت به قرار صادره اعتراض می‌نماید که درنهایت شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۷۳/۲/۱۱ طی دادنامه شماره ۱۸/۶۱۸/۷۳ نسبت به صدور رأی اقدام می‌نماید:

«نسبت به قرار تجدیدنظرخواه ایراد وارد به نظر می‌رسد زیرا: نظر به اینکه خواهان و وکیل او مدعی انجام کار مورد پیمان بوده‌اند و درنتیجه فسخ قرارداد را موجه نمی‌دانند به‌علاوه اضافه کرده‌اند تأخیر در انجام کارها مربوط به اقدامات کارفرما بوده است. جا داشته است که دادگاه به دلایل و موارد اعلامی رسیدگی کرده و اولاً در خصوص مواردی که کارفرما موجبات تأخیر انجام کار فراهم نموده است بررسی می‌نموده ثانیاً میزان کارکرد و دریافتی‌های پیمانکار را بررسی و محاسبه می‌کرد. عنداللزوم برای کشف حقیقت موضوع به کارشناسی یا هیئت کارشناسان ارجاع می‌شود تا معلوم شود علت تأخیر در انجام کار چه بوده و میزان کارکرد پیمانکار و دریافتی‌های او را بررسی نمود. و با توجه به نتیجه مبادرت به انشاء رأی می‌نمود که این اقدامات نشده است، بنا به‌مراتب رسیدگی ناقص به نظر می‌رسد...» (بازگیر، یدالله، ص ۵۴)

بند ششم: «تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک‌چهارم مدت پیمان...»

در اینجا پیمانکار متعهد است که بیش از یک‌چهارم مدت پیمان از تأخیر اجتناب ورزد و تابع موارد مندرج در شرایط مربوط به تغییر مدت پیمان است که می‌بایست لحاظ گردد. علت این امر، این است که امکان دارد تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک‌چهارم مدت پیمان ناشی از تقصیر پیمانکار نباشد و کارفرما در این خصوص دارای قصوراتی بوده است که این امر نه‌تنها برای کارفرما یا دستگاه اجرایی موجب حق فسخ نمی‌شود بلکه امکان دارد در مدت پیمان تغییر و باعث افزایش پیمان نیز گردد.

بند هفتم: «عدم شروع کار پس از رفع وضعیت قهری موضوع ماده ۴۳ و ابلاغ شروع کار از سوی کارفرما

حوادث قهری شامل «جنگ، اعم از اعلام‌شده یا نشده، انقلاب‌ها و اعتصاب‌های عمومی، شیوع بیماری‌های واگیردار، زلزله، سیل و طغیان‌های غیرعادی، آتش‌سوزی‌های دامنه‌دار و مهارنشدنی، طوفان و حوادث مشابه خارج از کنترل دو طرف پیمان که در منطقه اجرای کار وقوع یابد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد....» (ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان)

در صورت بروز حوادث قهری اجرای عملیات موضوع پیمان حداقل سه ماه طبق ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان (بند ج) و در صورت موافقت پیمانکار حداکثر تا شش ماه به حالت تعلیق درآید. در صورت رفع شدن وضعیت قهری قبل از شش ماه و اعاده کار به حالت پیش از وقوع حادثه قهری توسط کارفرما (بند «هـ» ماده ۴۹)، پیمانکار تکلیف دارد که عملیات موضوع پیمان را بدون تأخیر آغاز نماید. در اینجا مدت‌زمان مناسبی جهت تمدید از سوی پیمانکار پیشنهاد که پس از رسیدگی توسط مهندس مشاور و تصویب کارفرما به پیمانکار جهت اجرا ابلاغ می‌گردد. بنابراین در فرضی که حادثه قهری مرتفع و کارفرما اعاده کار را به حالت قبل از حادثه از پیمانکار درخواست نماید لیکن پیمانکار پیشنهاد تمدید مدت را به کارفرما ندهد و حتی در صورت ارائه پیشنهاد حاضر به شروع عملیات پیمان نگردد در چنین وضعیتی، کارفرما این حق را خواهد داشت که پس از ابلاغ شروع کار

به پیمانکار و عدم انجام آن توسط وی، پیمان را فسخ نماید.

بند هشـــتم: «بدون سرپرست گذاشتن کارگاه یا تعطیل کردن کار، بدون اجازه کارفرما، بیش از ۱۵ روز»

سرپرســـت کارگاه همان رئیس کارگاه تلقی می‌شود. رئیس کارگاه «شخص حقیقی دارای تخصص و تجربه لازم اســـت که پیمانکار او را به مهندس مشـــاور معرفی می‌کند تا اجرای موضوع پیمان در کارگاه را سرپرســـتی کند.» (ماده (۱۰) شرایط عمومی پیمان) از طرفی «پیمانکار باید پیش از آغاز عملیات، شخص واجد صلاحیتی را که موردقبول مهندس مشاور باشد، به‌عنوان 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.» (بند (ز) ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان)

بنابراین «حضور مســـتمر او در کارگاه از ضروریات پیمان است و مسئولیت حضور رئیس کارگاه با پیمانکار اســـت زیرا او نماینده و درواقع بازوی اجرایی پیمانکار اســـت». (اسماعیل هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۴۸) البته در زمانی که پیمانکار از کارفرما قبلاً اذن داشـــته باشـــد. این اختیار را دارد که بیش از ۱۵ روز کارگاه را بدون سرپرســـت بگذارد. اما این نکته را بایســـتی مدنظر قرارداد که در وهله اول برای کســـب اذن ازکارفرما بایســـتی پیمانکار دلایل موجه و قابل قبولی ارائه نماید و در مرحله بعدی این اذن، برای مدت‌زمان معقولی موردقبول کارفرماســـت. بنابراین نداشتن سرپرست کارگاه به مدت‌زمان نامحدود یا طولانی مورد موافقت کارفرما نخواهد بود. از طرفی پیمانکار موظف اســـت بر اساس برنامه زمانی تفصیلی قرارداد را اجرا و تأخیر در اتمام هریک از کارها بیش از نصف زمان تعیین‌شده موجب حق فسخ برای کارفرماست. لذا پیمانکار این حق را نخواهد داشت که بدون اذن کارفرما کارگاه را بیش از ۱۵ روز تعطیل نماید و در صورت تعطیلی کار بیش از ۱۵ روز و بدون اخذ مجوز از کارفرما حق فسخ برای کارفرما ایجاد می‌شود.

بند نهم: «عدم انجام دستور مهندس مشاور برای اصلاح کارهای انجام‌شده معیوب...»

ازآنجایی‌که نقش ارزنده مهندس مشـــاور در بهبود کیفیت اجرایی طرح بســـیار مطلوب اســـت، و درزمانی که مهندس مشاور انجام بعضی از موارد را که توسط پیمانکار رعایت نگردیده، مشاهده نماید (بند « د « ماده ۳۲ شـــرایط عمومی پیمان) از قبیل عدم رعایت مشـــخصات فنی، نقشـــه‌ها و دیگر مدارک فنی، با ارســـال اخطاریه به پیمانکار، اصلاح کارهای معیوب را در مدت‌زمان مناســـب از وی خواســـتار می‌شود، در صورت عدم اقدام توســـط پیمانکار جهت رفع نمودن کارهای معیوب، کارفرما بـــه هزینه خود کارهای معیوب را اصلاح و هزینه‌های مربوط به‌اضافه ۱۵ درصد از مطالبات پیمانکار کســـر می‌نماید. در صورت تکرار پیمانکار در این مورد و عدم‌اصلاح کارهای معیوب، این امر از موارد فسخ محسوب می‌گردد.

بند دهم: «انحلال شـــرکت پیمانکار» و «ورشکســـتگی پیمانکار یا توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار از سوی محاکم قضایی...»

درصورتی‌که یک شـــرکت پیمانکاری در مناقصه برنده و نسبت به انعقاد قرارداد با دستگاه اجرایی یا کارفرما اقدام نماید، چون شـــخصیت حقوقی شـــرکت مدنظر اســـت، لذا انحلال آن به دلایلی اعم از قهری یا اختیاری، خود به‌منزله پایان شـــخصیت حقوقی و باعث فســـخ قرارداد می‌گردد. هرچند مدیرعامل شـــرکت نســـبت به امضاء قرارداد اقدام نموده لیکن وی به نمایندگی از شرکت این امر را انجام داده است.

بنابراین به «هنگام انعقاد پیمان، بقای شرکت پیمانکار و عدم انحلال آن از شرایط ضمنی و مستتر برای ادامه اجرای پیمان اســـت و هرگاه شخصیت حقوقی شـــرکت پیمانکار بنا به هر دلیلی به پایان رسد یعنی شرکت پیمانکار منحل گردد، پیمان منحل می‌شود.» (اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۵۸)

در خصوص ورشکســـتگی پیمانکار، این حکم ورشکستگی می‌بایست از سوی دادگاه اعلام شود و به حدی باشـــد که موجب توقف یا کندی پیشـــرفت کار شود. و در مورد توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار نیز می‌بایســـت از طرف مراجـــع قضایی موجب توقف یا کندی پیشـــرفت کار گردد. لیکن درصورتی‌که در دو مورد فوق حکم ورشکســـتگی و توقیف ماشـــین‌آلات و امـــوال پیمانکار از مراجع قضایی صادر نشـــود یا این ورشکستگی و توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار موجب توقف یا کندی پیشـــرفت نگردد و پیمانکار پس از بازداشت اموالش، اموال دیگری را جایگزین نماید این امر موجب فسخ پیمان نمی‌گردد.

بند یازدهم: «تأخیر بیش از یک ماه در پرداخت دستمزد کارگران»

درصورتی‌که پیمانکار در پرداخت دستمزد کارگران دچار تأخیر گردد، رعایت تشریفات قانونی زیر طبق بند (و) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان الزامی خواهد بود.

الف- مهندس مشاور این موضوع را به پیمانکار اخطار نماید تا وی طلب کارگران را بپردازد.

ب- درصورتی‌که پیمانکار از پرداخت دســـتمزد کارگران خودداری نمود، کارفرما دستمزد کارگران بـــرای ماه و ماه‌هایی که صورت‌وضعیت آن به پیمانکار پرداخت و دارای امضاء رئیس کارگاه اســـت، را پرداخت می‌نماید و با توجه به صورت‌وضعیت‌های ارائه‌شـــده توسط پیمانکار، مبلغ پرداختی بابت دستمزد کارگران به‌اضافه ۱۵ درصد به‌حساب بدهی پیمانکار منظور می‌نماید. و در صورت عدم کافی بودن مطالبات پیمانکار، از محل تضمینات آن را استیفا خواهد نمود.

ج - در صورت تکرار بر تأخیر در پرداخت دســـتمزد کارگران به مدت بیش از یک ماه، برای ماهی که صورت‌وضعیت آن، پرداخت‌شده، و کارفرما حق فسخ را خواهد داشت.

البته نکته قابل‌توجه این است که در پرداخت دستمزد کارگران، کارفرما می‌بایست صورت‌وضعیت‌های پیمانـــکار را به‌موقع پرداخت نماید تـــا چنانچه پس از پرداخت ایـــن صورت‌وضعیت‌ها، پیمانکار در پرداخت دستمزد کارگران تأخیر نمود، کارفرما بتواند حق فسخ را اعمال نماید.

بند دوازدهم: «هرگاه ثابت شود که پیمانکار برای تحصیل پیمان یا اجرای آن به عوامل کارفرما حق‌العمل، پاداش یا هدایایی داده است، یا آن‌ها یا واسطه‌های آن‌ها را در منافع خود سهیم کرده است.» (جزء (۱۳) بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان)

«دادن هر نوع مال از سوی پیمانکار به عوامل کارفرما ازنظر حقوقی نه‌تنها ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌کند بلکه پیمانکار و عوامل کارفرما نیز از حیث جزایی، دارای مسئولیت کیفری می‌باشند.» (اسماعیل هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۵۱) بر اساس ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی: «هرکس عالماً و عامداً برای اقدام به امری یا امتناع از انجام امری که از وظایف اشخاص مذکور در ماده (۳) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاه‌برداری مصوب ۱۳۶۷/۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام است 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 مالی ناشی از ارتشاء به حبس از شش ماه تا سه سال و یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شود.»

گفتار سوم: موارد فسخ پیمان به‌صورت تکلیفی

این مورد از مواردی است که در صورت تحقق شرایط ذیل، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند.

بند اول: «واگذاری پیمان به شخص ثالث»(جزء (۱) بند (ب) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان)

در اینجا «پیمانکار به‌طورکلی از واگذاری پیمان به دیگران (اعم از پیمانکاران کل و جزء) منع شده است. مع‌الوصف این قاعده استثنائاً و با توجه به ترتیبات پیمان تحت شرایطی مجاز شمرده‌شده است.»(اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۵۳) در واگذاری کل پیمان، در دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌ها و مقررات مربوط به آن‌ها، در ردیف (۲-۲) آمده است: «اگر به علت ایجاد وضعیت خاص در تشکیلات پیمانکار که خارج از اختیار او پدید آید، ادامه کار مقدور نشود، دستگاه اجرایی می‌تواند برای ادامه پیمان، بر اساس پیشنهاد پیمانکار و رعایت مراتب زیر با جایگزینی پیمانکار دیگری به‌جای پیمانکار موافقت نماید.» در رابطه با واگذاری جزئی از پیمان نیز، شرایطی در بند (ب) ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان مقرر گردیده که بر این اساس «پیمانکار می‌تواند به‌منظور تسهیل و تسریع در اجرای قسمت یا قسمت‌هایی از عملیات موضوع پیمان با پیمانکاران جزء ببندد، مشروط بر آنکه آنان را از واگذاری کار به دیگران ممنوع کند.»

بند دوم: شمول قانون منع مداخله در مورد پیمانکار

یکی از مواردی که توسط پیمانکار در جریان مناقصه می‌بایست مورد رعایت جدی قرار گیرد، این است که پیمانکار طبق ماده (۴۴) شرایط عمومی پیمان «اعلام می‌کند که در موقع عقد پیمان، مشمول قانون منع مداخله، مصوب بیست و دوم دی‌ماه یک هزار و سیصد و سی و هفت نیست و درصورتی‌که خلاف آن برای کارفرما محرز شود، پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود:

هرگاه ضمن انجام کار تا تحویل موقت، پیمانکار به علل زیر، مشمول قانون پیش‌گفته شود:

الف) تغییراتی که در صاحبان سهام، میزان سهام، مدیران یا بازرسان شرکت پیمانکار پیش آید.
ب) تغییراتی که در دستگاه‌های دولت یا کارفرما پیش آید.

در حالت (الف) پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود. در حالت (ب) به‌محض وقوع منع قانونی، پیمانکار مکلف است که مراتب را به کارفرما اعلام کند و درصورتی‌که مانع قانونی رفع نشود، کارفرما به پیمان خاتمه می‌دهد و طبق ماده ۴۸ با پیمانکار عمل می‌کند. اگر پیمانکار مراتب را به‌موقع به کارفرما اعلام نکند، پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ رفتار می‌شود.

حالت (الف) زمانی متصور است که یکی از کارمندان دولت که قبلاً ۳ درصد سهام شرکت پیمانکاری را دارا بوده بعداً بنا به دلایلی اعم از قهری یا اختیاری مالک بیش از ۵ درصد سهام دولت در آن شرکت گردد یا در صورت داشتن سهام کمتر از ۵ درصد، بر اساس تصمیمات مجمع عمومی شرکت، به‌عنوان مدیر یا بازرس شرکت انتخاب گردد. بر اساس بند (۷) ماده اول قانون منع مداخله وزرا و...، «شرکت‌ها و مؤسساتی که ۵ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن‌ها متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق یا بیست درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد و یا اینکه نظارت و یا مدیریت و یا اداره و یا بازرسی مؤسسات مذکور با آن‌ها باشد به استثنای شرکت‌ها و مؤسساتی که تعداد صاحبان سهام آن یکصد و پنجاه نفر یا بیشتر باشد مشروط بر اینکه هیچ‌یک از اشخاص مذکور در فوق بیش از پنج درصد از کل سهام آن را نداشته و نظارت یا مدیریت یا اداره و یا بازرسی آن با شاخصا مذکور در فوق نباشند.» نمی‌توانند در معاملات با دولت و یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها شرکت نمایند. درخصوص بند (ب) و اینکه ضمن انجام کار تغییراتی در دستگاه اجرایی به وجود آید این امر زمانی مصداق پیدا می‌کند که به‌طور مثال یکی از سهامداران شرکت پیمانکاری که دارای سهامی بیش از ۵ درصد است در یکی از دستگاهای دولتی به‌عنوان یک کارمند دولت در هر رتبه و سمت تعیین و منصوب می‌گردد. در اینجا شرکت پیمانکاری به‌طور قهری مشمول قانون منع مداخله گردیده و پیمانکار تکلیف دارد به‌محض وقوع، مراتب را به کارفرما یا دستگاه اجرایی اعلام نماید.

اگر پس از انعقاد قرارداد با پیمانکار و در حین اجرای عملیات موضوع پیمان، به دلیل تغییراتی که در صاحبان سهام شرکت، یا میزان سهام یا مدیرعامل و اعضای هیئت مدیره و بازرسان شرکت پیمانکار صورت می‌گیرد، اعضای شرکت مشمول قانون منع مداخله گردند یا برای کارفرما ثابت گردد در زمان انعقاد قرارداد مشمول قانون منع مداخله بوده‌اند، لذا در این دو حالت، پیمان فسخ می‌گردد. از طرفی نکته مهم در اینجاست که کارفرما در اعمال این حق فسخ دارای الزام خواهد بود.

بنابراین از مواردی که مشمول معاملات مندرج در قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی محسوب می‌گردد، طبق بند (۶) تبصره ۳ ماده اول لایحه قانون راجع به منع مداخله «شرکت در مزایده و مناقصه» خواهد بود.

نکته قابل‌توجه اینکه در، قسمت آخر ماده ۲ لایحه قانونی راجع به منع مداخله... «... معاملات را مزبور باطل بوده و متخلف شخصاً و در صورت تعدد متضامناً مسئول پرداخت خسارت ناشی از آن معامله یا داوری و ابطال آن، می‌باشند.» بنابراین در زمانی که معامله باطل محسوب می‌گردد،

اصل برآنســت که معامله از ابتدا باطل بوده و هیچ حق و حقوقــی پیمانکار نمی‌تواند مطالبه نماید، درصورتی‌که در شــرایط عمومی پیمان، حق فســخ را برای پیمانکار در نظر گرفته که بر این اساس پیمانکار می‌تواند نســبت به مطالبه‌حق و حقوق باقیمانده خود، پس از فسخ پیمان از کارفرما، اقدام نماید.

بنابراین «معامله باطل قابل فسخ نیست چرا که درواقع عقدی حاصل نشده است که یکی از طرفین حق فســخی به آن داشته باشد. وقتی بطلان عقدی کشــف می‌شود در حقیقت پرده از عدم موجود حقوقی (عقد- پیمان) برداشته می‌شود که قبلاً تصوری بیش از آن نبوده است؛ بنابراین فسخ پیمان در حالت بطلان عمل لغوی اســت. چه که فســخ فقط برای آن موجــود حقوقی اعمال می‌گردد که دارای حیات حقوقی و اعتبار قانونی اســت که به لحاظ اعمال خیار فسخ از ناحیه دارنده آن، محکوم به گسیختن این پیمان و پیوند حقوقی می‌گردد.» (اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، ص ۳۲۰)

گفتار چهارم: اقدامات جهت فسخ پیمان

بند اول: ابلاغ فسخ پیمان به پیمانکار

بر اساس بند (الف) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان «درصورتی‌که به علت بروز یک یا چند مورد از حالت‌های درج شــده در ماده ۴۶، کارفرما پیمان را مشمول فسخ تشخیص دهد، نظر خود را با ذکر مواردی که به اســتناد آن‌ها پیمانکار را مشمول فسخ می‌داند، به پیمانکار ابلاغ می‌کند.» بنابراین از آنجایی که کارفرما در اجرای بند (الف) دارای اختیار است و قید کلمه «می‌تواند» در ماده ۴۶ آورده اســت، لذا کارفرما این اختیار را دارد که اگر پیمانکار دارای یک مورد از حالت‌های ماده ۴۶ یا چند مورد از این حالت‌ها گردد نســبت به فســخ پیمان و اعلام آن به پیمانکار اقدام نماید. لذا اولین گام برای فسخ پیمان، ابلاغ و اعلان فسخ از ناحیه کارفرما به پیمانکار است.

بند دوم: تکلیف پیمانکار پس از ابلاغ فسخ پیمان

طبق بند (الف) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان «پیمانکار مکلف است که در مدت ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ کارفرما، درصورتی‌که دلایلی حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعلام‌شــده است، مراتب را به اطلاع کارفرما ببرســاند. اگر ظرف مهلت تعیین‌شده، پاسخی از سوی پیمانکار نرسد یا کارفرما دلایل اقامه شده او را مردود بداند، کارفرما فسخ پیمان را به پیمانکار ابلاغ می‌کند...»

بنابراین چنانچه دلایل و مدارک ابرازی از سوی پیمانکار موجه و قانونی و منطبق با واقعیات انجام شده باشد، به‌طور یقین کارفرما را از فسخ پیمان منصرف خواهد نمود. از طرفی عدم پاسخ در موعد مقرر به پیمانکار و به نحوی سکوت صورت گرفته توسط پیمانکار، حمل بر صحت تشخیص کارفرما را خواهد داشت. دلیل این امر، این است که در صورت ذیحق بودن پیمانکار و ارائه دلایل حاکی از عدم انطباق نظر کارفرما با موارد اعلامی، به‌طور مسلم اعلام فسخ به پیمانکار را بدون جواب نمی‌گذاشت و این عدم ارائه پاسخ توسط پیمانکار، کارفرما را به مرحله فسخ و انحلال پیمان نزدیک‌تر خواهد نمود.

از طرفی امکان دارد پیمانکار پاسخ خود را ارائه نماید لیکن دلایل عنوان شده مورد تأیید کارفرما نباشد و به نظر کارفرما غیرمنطقی و ناصحیح است.

بند سوم: بررسی و تأیید فسخ پیمان

از آنجایی که فسخ پیمان در قراردادهای پیمانکاری دارای تشریفات خاصی است که نتوان با فسخ پیمان، یک امر عمومی که در حال اجرا بوده دچار وقفه گردد، لذا هیئتی جهت فسخ پیمان در نظر گرفته شده است که این هیئت می‌تواند با در نظر گرفتن شرایط حاکم نسبت به فسخ اقدام نماید. لذا تشکیل هیئت مربوطه در مورد نوع اعتبارات متفاوت است و بستگی به اعتبارات اعم از ملی و استانی دارد.

الف- تشکیل هیئت درخصوص اعتبارات ملی

در این خصوص، مطابق بند (الف) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان «هیئتی متشکل از سه نفر به انتخاب وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما (در مورد سازمان‌هایی که تابع هیچ‌یک از وزارتخانه‌ها نیستند) بررسی و تأیید شود و مورد موافقت وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما قرار بگیرد و سپس به پیمانکار ابلاغ شود.»

نکته قابل ذکر اینکه این هیئت فقط در موارد مذکور در بند (الف) ماده ۴۶ که قبلاً بیان گردید دارای صلاحیت بوده و کارفرما می‌بایست موارد مذکور در این بند را برای بررسی و اتخاذ تصمیم به هیئت ارسال نماید. و موارد بند (ب) ماده ۴۶ که شامل واگذاری پیمان به شخص ثالث و مشمول قانونی منع مداخله قابل ارجاع به این هیئت نمی‌باشد.

ب- تشکیل هیئت درخصوص اعتبارات استانی

تشکیل این هیئت متفاوت از هیئت تشکیل شده در مورد اعتبارات ملی باشد. بر اساس تبصره الحاقی به بند (الف) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان موضوع بخشنامه شماره ۱۰۰/۷۰۱۶ مورخ ۱۳۸۸/۱/۳۱ معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور «در مورد طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای استانی که بخش یا تمام اعتبار آن از محل اعتبارات بودجه عمومی استانی تأمین اعتبار و توسط دستگاه‌های اجرایی استانی اجرا می وشند، هیئت موضوع این بند (فسخ پیمان) متشکل از چهار نفر شامل رئیس دستگاه اجرایی استانی، مسئول ذیربط یا کارشناسی صاحب نظر دستگاه اجرایی در رشته فنی موضوع پیمان با بیش از پانزده سال سابقه کار مرتبط، مسئول ذیربط یا کارشناس صاحب نظر دستگاه اجرایی در امور حقوقی و قراردادها با بیش از ده سال سابقه کار مرتبط و ذیحساب دستگاه مربوطه خواهد بود. مصوبات هیئت با حداقل سه رأی موافق اعضای فوق الذکر، پس از موافقت استاندار (و در صورت تفویض معاون هماهنگی امور عمرانی وی) نهایی شده و به پیمانکار ابلاغ می‌شود.»

گفتار پنجم: اقدامات بعد از فسخ پیمان

بند اول: خلع ید از پیمانکار

در ایـــن مرحله طبق بند (ب) ماده ۴۷ شـــرایط عمومی پیمان «کارفرمـــا تضمین انجام تعهدات و تضمین حســـن انجام کار کســـر شده را کسر و به‌حســـاب خزانه واریز می‌کند و بی درنگ کارگاه، تأسیســـات و ساختمان‌های موقت، مصالح و تجهیزات، ماشین‌آلات و ابزار و تمام تدارکات موجود در آن را در اختیار می‌گیرد و برای حفاظت آن اقدام لازم معمول می‌دارد. ســـپس بی درنگ از پیمانکار دعوت می‌کند که ظرف یک هفته نماینده‌ای برای صورت برداری و تهیه صورت مجلس کارهای انجام شده و تمام مصالح، تجهیزات، ماشین‌آلات و ابزار و تدارکات دیگر که در کارگاه موجود است، معرفی نماید. هرگاه پیمانکار از معرفی نماینده ظرف مدت تعیین‌شده خودداری کند یا نماینده معرفی شده از جانب او در موعد مقرر برای صورت برداری حاضر نشـــود، کارفرما به‌منظور تأمین دلیل، با حضور نماینـــده دادگاه محل، برای صورت برداری اقدام می‌نماید. و پیمانکار حق هیچگونه اعتراضی در این مورد را ندارد. پس از صورت برداری، پیمانکار بی درنگ، طبق ماده ۴۰، اقدام به تهیه صورت‌وضعیت قطعی از کارهای انجام شده می‌کند»

«... درصورتی‌که پیمانکار، ظرف مهلت تعیین‌شـــده، برای تهیه صورت‌وضعیت قطعی اقدام نکند با تأیید کارفرما، مهندس مشـــاور به هزینه پیمانکار، اقدام به تهیه آن می‌کند و پس از امضای پیمانکار برای تصویب کارفرما ارســـال می‌دارد. درصورتی‌که پیمانکار از امضای صورت‌وضعیت خودداری کند، مهندس مشـــاور بدون امضای پیمانکار، صورت‌وضعیت را برای کارفرما می‌فرستد». (ماده ۴۰ شرایط عمومی پیمان)

بند دوم: در اختیار گرفتن ساختمان‌ها و تأسیسات موقت توسط کارفرما

این نوع ساختمان‌ها و تأسیسات پیمانکار ممکن است در دو محل قرار داشته باشد:

۱- در اختیار گرفتن ساختمان‌ها و تاسیسات احداثی در محل کارگاه:

که دراینجا بر اســـاس بند (ج) ماده ۴۷ شـــرایط عمومی پیمان «بهای آن‌ها برابر ارزش مصالح و تجهیزات بازیافتنی که با توافق دو طرف تعیین می‌شـــود با توجه به اینکه در این موارد نباید وجهی بابت بر چیدن کارگاه، به پیمانکار پرداخت شود، به‌حساب طلب پیمانکار منظور خواهد می‌کند».

۲- تاسیسات و ساختمان‌ها در خارج محل تحویلی کارفرما باشد.

در این مرحله مطابق طبق بند (ج) ماده ۴۷ شـــرایط عمومی پیمان «کارفرما بهای اجاره آن‌ها را که با توافق دو طرف تعیین می‌شود، برای مدتی که به‌منظور تکمیل کار در اختیار خواهد داشت، به پیمانکار پرداخت می‌کند».

اگر پیمانکار ظرف مدت دو هفته از زمان ابلاغ کارفرما، جهت توافق در موارد مذکور حاضر نگردد و یا توافق بین کارفرما و پیمانکار نتیجه بخش نباشـــد، کارفرمـــا جهت تعیین تکلیف، طبق بند (ز) ماده ۴۷ شـــرایط عمومی پیمان، از یک یا چند کارشناس رسمی دادگستری دعوت به عمل می‌آورد. نظر کارشناس یا کارشناسان برای طرفین اعم از کارفرما و پیمانکار قطعی است. حق الزحمه مربوط

توسط کارفرما پرداخت و به‌حساب بدهی پیمانکار منظور می‌گردد.

بند سوم: در اختیار گرفتن ماشین‌آلات و ابزار و وسایل متعلق به پیمانکار

در این مرحله مطابق بند (د) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان «کارفرما می‌تواند ماشین‌آلات و ابزار و وسایل متعلق به پیمانکار را که در کارگاه موجود است و به تشخیص خود برای اتمام کار موردنیاز بداند، برای مدت مناسبی که برای جایگزینی کردن آن‌ها با ماشین‌آلات دیگر لازم است در اختیار بگیرد و هزینه اجاره آن‌ها را که با توافق دو طرف تعیین می‌شود، به‌حساب طلب پیمانکار منظور نماید. کارفرما نمی‌تواند بدون موافقت پیمانکار ماشین‌آلات او را بیش از مدت‌های تعیین‌شده ... در اجاره خود بگیرد.» لذا مدت‌های تعیین‌شده مشخص گردیده است و این امر به این خاطر است که چون بعد از فسخ، اصولاً نمی‌بایست عملیات موضوع قرارداد به حالت معوقه در آید، لذا این شرایط برای کارفرما مقرر گردیده تا بتواند انجام عملیات موضوع پیمان را در مدت باقیمانده تکمیل نماید.

از طرفی، محدودیت زمانی برای اجاره کردن ماشین‌آلات و ابزار و وسایل پیمانکار هنگامی برای کارفرما الزام آور است که پیمانکار به کارفرما بدهکار نباشد و گرنه بر اساس قسمت آخر بند (د) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان «اگر پیمانکار به کارفرما بدهکار باشد، کارفرما به میزان طلب خود، اقلامی از ماشین‌آلات و ابزار و وسایل پیمانکار را که توسط کارشناس یا کارشناسان منتخب طرفین ارزیابی می‌شود، در اختیار می‌گیرد و با رعایت قوانین جاری کشور، به تملک قطعی خود در می‌آورد».

شرکت مهندسی شوک دادخواستی بر علیه سازمان تحقیقات کشاورزی منابع طبیعی به خواسته الزام خوانده به پرداخت مبلغ بیست و یک میلیون و ده ریال بابت اجرت المثل و هزینه استهلاک ماشین‌آلات از تاریخ ۱۳۷۰/۳/۷ لغایت تحویل ماشین‌آلات و غیره، روزانه حداقل ۱۴۰/۰۰۰ ریال با جلب نظر کارشناس تقدیم دادگاه نمود که بر اساس قرارداد خواهان، عهده دار اجرای پروژه ساختمان تحقیقات کشاورزی رشت بوده که کارفرما من غیر حق و با سوء استفاده از ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان بدون اینکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد قرارداد را فسخ و کارگاه را با تمامی مصالح و تجهیزات و ماشین‌آلات و ابزار موجود در کارگاه شرکت در اختیار گرفته و از خارج کردن آن‌ها ممانعت به عمل آورده است. تا جائیکه از تصویب صورت‌وضعیت قطعی استنکاف و اموالی را شامل یک دستگاه بلدوزر و دو دستگاه بتونر و یک دستگاه بلوک زنی و یک دستگاه دامپر و یک دستگاه غلطک ریپره و یک دستگاه پمپ آب ۱۴ اینچ و غیره است توسط عوامل کارفرما ضبط و از حق استفاده شرکت محروم نموده است. دادگاه نظر به اینکه بر اساس محتویات پرونده مذکور که خلاصه آن در صورت مجلس دادگاه منعکس گردیده، نمایندگان سازمان خوانده اشعار داشته‌اند که ضبط کارگاه و وسایل و تجهیزات و غیره در مورد شرکت خواهان صورت نگرفته و در جلسه دادرسی نیز منکر ضبط تجهیزات مورد ادعای خواهان گردیده‌اند و شرکت خواهان دلیلی بر ضبط وسایل و تجهیزات مورد ادعا از طرف سازمان خواهان اقامه ننموده است و نظر به اینکه ضبط وسایل و تجهیزات و سایر دارائی توسط کارفرما با توجه به مدلول ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان تخییری است و به موجب این ماده پیمانکار مکلف است مازاد مصالح و تجهیزات و تاسیسات و سایر دارائی

خود را که در کارگاه باقی مانده، حداکثر ظرف سه ماه از کارگاه خارج بنماید والا کارفرما مخیر است به هر نوع که مقتضی بداند نسبت به مازاد فوق عمل می‌نماید و اداره خوانده در این خصوص تکلیفی نداشـــته است. لذا چون ادعای ضبط اموال مورد ادعا و ممانعت سازمان خوانده از بردن وسایل مزبور در مهلت مقرر در شرایط عمومی پیمان بدلیلی قائم نیست، دادگاه دعوی خواهان را با کیفیت مطرح شده غیر موجه تشخیص و رأی به رد آن صادر و اعلام می‌دارد رأی صادره طبق مقررات قابل تجدید در دیوان عالی کشور است. در مهلت مقرر تجدیدنظرخواهی انجام شد که بر این اساس نسبت به آن رأی شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۹ طی دادنامه شماره ۱۸/۱۹۷/۳ صادر گردیده نسبت به دادنامه تجدیدنظر خواسته ایرادات زیر وارد است:

«خواهان مدعی ضبط اموال خود توسط خوانده و ممانعت از بردن آن‌ها شده است. اگرچه خوانده ضمن انکار از ادعای خواهان، تلویحاً موضوع را پذیرفته ولی دادگاه می‌توانسته با اجازه حاصله از ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری با صدور قرار تحقیق و معاینه محلی موضوع را بررسی و حقیقت را مشخص نمایند» (بازگیر، ید آ...، ص ۵۵)

این رأی اشـــعار بر این دارد که پیمانکار می‌بایست انجام موضوع قرارداد را ظرف مهلت تعیین‌شده به نحو مطلوب انجام دهد و هر نوع ابلاغ کار می‌بایست طبق این قانون، به‌صورت کتبی انجام گردد.

بند چهارم: تعیین تکلیف در خصوص مصالح و تجهیزات

در این مورد چندحالت قابل تصور است:

۱-«کارفرمـــا از مصالح و تجهیزات پای کار آنچه طبق مشـــخصات بوده و برای اجرای پیمان تهیه شـــده است قبول می‌کند و بهای آن را بر اســـاس نرخ متعارف روز در تاریخ خرید که مورد توافق دو طرف باشد، به‌حساب طلب پیمانکار منظور می‌نماید.»(بند (هـ) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان)

درصورتی‌کـــه توافق حاصل نگردد یا پیمانکار ظرف مهلت دو هفته حاضر نگردد، کارفرما طبق بند (ز) ماده ۴۷، یک یا چند کارشناس رسمی دادگستری را انتخاب و نظر این کارشناس یا کارشناسان برای طرفین قطعی است.

۲- زمانی که ابلاغ فســـخ قرارداد به پیمانکار ارســـال می‌شود لیکن پیمانکار مصالح و تجهیزاتی را برای اجرای پیمان ســـفارش داده است. طبق بند (و) ماده ۴۷، فهرست مصالح و تجهیزات مربوطه را برای کارفرما ارسال خواهد نمود. کارفرما ظرف مدت ۱۰ روز آن دسته از مصالح و تجهیزات سفارش شده را که موردنیاز تشخیص دهد به پیمانکار اعلام تا قرارداد خرید به کارفرما منتقل گردد. مبالغی که از این بابت توســـط پیمانکار پرداخت‌شـــده در قبال تسلیم اســـناد و مدارک آن، به‌حساب بدهی پیمانکار منظور و پرداخت بقیه مطالبات خرید و هرگونه تعهد بر عهده کارفرما خواهد بود.

نکته قابل‌توجه اینکه امکان دارد پیمانکار برای بعضی از مصالح و تجهیزات با فروشـــندگان قرارداد خرید منعقد لیکن کارفرما آن‌ها را موردنیاز اعلام ننماید، بنابراین پیمانکار برای فســـخ این قراردادها با فروشندگان دارای مشـــکلات و اختلافاتی می‌گردد که امکان دارد زیان هنگفتی پیمانکار متحمل گردد. این نوع ضرر و زیان، ارتباطی با کارفرما نخواهد داشـــت. علت این اســـت که تخلف از شرایط پیمان از ناحیه پیمانکار بوده و او می‌بایست این گونه ضررها را متحمل گردد.

۳- مصالح و تجهیزات و دیگر تدارکات مازاد در محل کارگاه

در این خصوص بر اساس بند (ح) ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان، «پیمانکار مکلف است که مازاد مصالح و تجهیزات و دیگر تدارکات خود را که در محلهای تحویلی کارفرما باقی مانده است، حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ کارفرما، از محلهای یاد شده خارج کند. در غیر اینصورت، کارفرما می‌تواند بـــرای خارج کردن آن‌ها بـــه هر نحو مقتضی بداند عمل نماید و هزینه‌های آن را به‌حســـاب بدهکار پیمانکار منظور دارد. در این حالت، پیمانکار نمی‌تواند نســـبت به ضرر و زیان وارد شـــده به اموال و دارائی‌های خود، دعوایی مطرح نماید».

نتیجه گیری

همانطور که بیان گردید شرایط فسخ در قراردادهای دولتی متفاوت از قراردادهای حقوق خصوصی بوده و از طرفی قرارداد برای پیمانکار جنبه عقد لازم داشـــته لیکن برای دســـتگاه اجرایی جنبه عقد جایز داشته و دستگاه اجرایی می‌تواند بدون مراجعه به مرجع قضایی راساً با داشتن شرایط مندرج در شرایط عمومی پیمان اقدام به فسخ پیمان نماید و پیمانکار نیز در صورت اعتراض می‌تواند موضوع را به دستگاه اجرایی اعلام نماید لیکن این امر مانع از طرح دعوی و شکایت پیمانکار در مراجع قضایی نخواهد گردید. لذا رویه قضایی نشـــان می‌دهد که دادگاه‌ها علاوه بر شـــرایط عمومی پیمان، با توجه به عدم قانـــون مدون در خصوص قراردادهای دولتی، به قانون مدنی رجوع می‌نمایند. لذا شایســـته اســـت قانون‌گذار در این خصوص تدابیر ویژه‌ای اندیشیده و مقرراتی در خصوص قراردادهای دولتی که از اهمیت زیادی برخوردار بوده وضع نماید و شرایط آن ازجمله فسخ قراردادها را به‌صورت مدون قانونگذاری نماید تا حقوق طرفین قرارداد مشخص و معین گردد.

منابع

۱-اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۸۷

۲-انصاری، ولی الله، حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۷

۳-بازگیر، یدالله، منتخب آراء دیوان عالی کشـــور در قراردادها، انتشـــارات فردوسی، تهران، چاپ سوم،۱۳۸۹

۴-رودیجانی، محمد مجتبی، حقوق مدنی ۳، انتشارات کوشا مهر، شیراز، چاپ اول، ۱۳۸۷

۵-صادقی نشـــاط، امیر، حق فســـخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴، زمستان ۸۸،

۶-طباطبائی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، تهران، چاپ دهم، ۱۳۸۴

۷-کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شـــرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۸