

## حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)

محمد رضا ویژه\*

استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

محمد قاسم تنگستانی

کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۲/۱۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۲/۵/۱۲)

### چکیده

حق فسخ قراردادهای پیمانکاری دولتی به دو علت، تخلفات پیمانکار و تدارک مقتضیات منافع عمومی، در شرایط عمومی پیمان تعبیه شده است. در خصوص تخلفات پیمانکار، موجبات آن به صراحت در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان درج گردیده است. اما در خصوص موضوع دوم، ماده ۴۸ مقررۀ یادشده، حق فسخ گسترده‌ای به مقام‌های اداری می‌دهد. تفکیک‌های صورت پذیرفته میان موجبات اختتام قراردادهای اداری، منطبق با استانداردهای حقوق خصوصی نیست. البته استقلال حقوق قراردادهای اداری مانع از رعایت استانداردهای تفکیک میان مفاهیم حقوقی نخواهد بود. حفظ تعادل و توازن مالی قرارداد، لازمه تنظیم منطقی حق فسخ و انفساخ محسوب می‌شود و پیش‌بینی اختیارات نامحدود برای کارفرمای دولتی نه تنها به فساد اداری می‌انجامد، بلکه تعادل قرارداد را برهم زده، مانع مشارکت بخش غیردولتی در انجام امور عمومی می‌گردد که این موضوع برخلاف منافع عمومی است. به نظر می‌رسد مقررات حق فسخ قراردادهای پیمانکاری دولتی در ایران بدون رعایت برخی اصول حقوق عمومی مانند قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری اعمال حقوقی تنظیم شده است.

### واژگان کلیدی

تخلفات پیمانکار، تعادل و توازن قرارداد، فساد، منفعت عمومی.

## مقدمه

بررسی و تحلیل حق فسخ و انفساخ قراردادهای اداری (Administrative Contracts)، مستلزم شناخت وضعیت حقوقی این قراردادها در نظام حقوقی است. در صورت شناسایی نظام حقوقی قراردادهای اداری، مستقل از نظام حقوق خصوصی، قواعد و احکام این رشته نیز خاص و اساساً تابع نظام حقوق عمومی می‌گردد. از آنجا که قراردادهای پیمانکاری دولتی ناظر به ارائه یک امر یا خدمت عمومی است، شایسته است تحلیل احکام و مقررات ناظر بر آن نیز در پرتو تأمین این منافع صورت پذیرد؛ زیرا اساساً هدف از تدوین نظام حقوق قراردادهای اداری،<sup>۱</sup> تأمین منافع عمومی بوده که متفاوت با مقتضیات حقوق خصوصی است. پرسش‌های زیر در این مقوله قابل طرح هستند:

۱. آیا نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی در ایران، مستقل از نظام حقوق قراردادهای خصوصی است؟

۲. آیا موجبات حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی در نظام حقوقی ایران، در راستای تأمین منافع عمومی (Public Interests) قرار دارد؟

۳. مقررات شرایط عمومی پیمان<sup>۲</sup> در مبحث پایانی قرارداد (به‌خصوص موجبات حق فسخ) تا چه اندازه مانع از وقوع فساد می‌گردد؟

این نوشتار درصدد یافتن پاسخ به این پرسش‌ها با توجه به فرضیه‌های زیر است:

۱. عنصری از استقلال نظام حقوق قراردادهای اداری در حقوق ایران وجود دارد.
۲. سازوکارهایی برای تأمین منافع عمومی در مقررات مربوط (ش.ع.پ.) تعبیه شده است.
۳. مقررات ش.ع.پ. در تلاش برای حفظ منافع عمومی اختیارات گسترده‌ای به مقامات دولتی داده است.

در پاسخ به پرسش‌های یادشده، مقاله حاضر در سه بخش ارائه خواهد شد: بند نخست، به اختصار به بررسی جایگاه نظام حقوق قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران می‌پردازد. بندهای دوم و سوم به ترتیب به بررسی و تحلیل موجبات حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی مطابق ش.ع.پ. اختصاص دارد.

۱. برخلاف گذشته که دولت‌ها مستقیماً خود امور عمومی را انجام می‌دادند، هم‌اکنون به سمت کوچک‌شدن در حال حرکت‌اند؛ به‌گونه‌ای که صرفاً به تنظیم و اعمال نظارت بر ارائه خدمات و امور عمومی می‌پردازند (Regulatory State). قرارداد، یکی از ابزارهای واگذاری این امور به بخش غیردولتی است. به این ترتیب، قرارداد وارد حوزه عمومی می‌شود و به عنوان یک ابزار اجتماعی برای مداخله و نظارت دولت عمل می‌کند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰).

۲. از این پس به اختصار، «ش.ع.پ.» ذکر می‌شود.

### ۱. جایگاه نظام حقوق قراردادهای اداری در نظام حقوقی کنونی ایران

در این قسمت به بررسی امکان شناسایی نظام حقوقی مستقل قراردادهای اداری، متفاوت با احکام و قواعد حقوق خصوصی، در سه سطح هنجاری، ساختاری و رفتاری می‌پردازیم.

#### الف) سطح هنجاری

بررسی و تحلیل مفاهیم حقوقی در نظام‌های حقوقی نوشته، در گام نخست با توجه به قوانین و مقررات حاکم بر آن موضوع صورت می‌پذیرد. پرسش این است که آیا قوانین و مقررات خاصی بر قراردادهای اداری ایران حاکم است؟ به‌طور کلی، هیچ قانون عامی برای تدوین اصول، قواعد و احکام قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران به‌تصویب نرسیده است. برخلاف حقوق خصوصی که احکام آن به تفصیل در قانون مدنی و قانون تجارت و دیگر قوانین مندرج است، قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای اداری به صورت جزئی و ناقص برای مثال در قالب قانون برگزاری مناقصات، قانون منع مداخله کارمندان دولت در معاملات دولتی، برخی مواد قانون محاسبات عمومی، شرایط عمومی پیمان و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های ناظر به آن قابل بررسی است.

یکی از معضلات حقوق قراردادهای اداری در ایران، یافتن قانون حاکم است. این مسئله از نبود اندیشه منسجمی در خصوص تدوین اصول و قواعد این رشته در ایران حکایت دارد. درواقع، با طرح مشکل یا معضل و پاسخگو نبودن احکام و قواعد حقوق خصوصی، به‌طور خاص و مصداقی به حل آن پرداخته شده است؛ بدون آنکه انسجام این قوانین و مقررات پراکنده مدنظر بوده باشد.

یکی از مؤلفه‌های قراردادهای اداری، حاکمیت احکام و مقررات خاص است که متفاوت با احکام و مقررات حقوق خصوصی است (انصاری، ۱۳۷۷، صص ۶۳-۶۲). علت این موضوع نیز آن است که قراردادهای خصوصی میان دو طرف (با هر تعداد) منعقد می‌شود و درصدد تقسیم منافع حاصل میان آن دو طرف است؛ حال آنکه در قراردادهای اداری افزون‌بر شخص حقوق عمومی (طرف دولتی) و طرف دیگر (در بیشتر موارد، بخش خصوصی)، عنصر سومی نیز دخالت دارد و آن «مردم» هستند. اساساً هدف از انعقاد این قراردادها، تأمین منافع عمومی است که در نتیجه، احکام و قواعد حاکم در حقوق خصوصی، کاملاً پاسخگوی اقتضانات این رابطه سه‌طرفه نیست. این اصول و احکام خاص در قالب قوانین و مقررات متعددی در ایران به‌چشم می‌خورد که البته در تمامی زمینه‌ها نیز ارائه طریق نمی‌نماید. به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ش، هیئت عامل سازمان برنامه و بودجه اقدام به تصویب شرایط عمومی

پیمان برای تدوین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح‌های عمرانی نمود.<sup>۱</sup> مرجعیت این شرایط به‌گونه‌ای است که حتی در قراردادهایی که قانوناً الزامی به پیروی از این شکل وجود ندارد نیز به دلیل نظارت‌های دیوان محاسبات کشور و سازمان بازرسی کل کشور، در عمل از الگوی این مصوبه پیروی می‌شود. البته این مصوبه به تنظیم تمامی امور قراردادی نمی‌پردازد و در عمل دست مقام‌های اداری را در زمینه‌های دیگر باز می‌گذارد.

### ب) سطح ساختاری

یکی از مؤلفه‌های شناسایی نظام حقوقی خاص، تدارک ساختارهای مستقل (Independent Structure) در آن زمینه است.<sup>۲</sup> در واقع، این رکن تکمیل‌کننده رکن قبلی است که مطابق آن، احکام و قواعد خاصی بر این رشته حاکم است.

یکی از موانع شناسایی نظام حقوق قراردادهای اداری در ایران، نبود مراجع اختصاصی رسیدگی‌کننده به اختلافات ناشی از آن قراردادهاست. دیوان عدالت اداری که مصداق بارز دادگاه اختصاصی اداری در ایران محسوب می‌شود، صلاحیت رسیدگی به این قراردادها را ندارد (مستنبط از ماده ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری). در نتیجه، محاکم عمومی دادگستری مانند اختلافات ناشی از قراردادهای خصوصی، به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری نیز رسیدگی می‌کنند.<sup>۳</sup> نگرش قضات این محاکم با قواعد و احکام حقوق خصوصی تکوین یافته و با مقتضیات خاص حقوق عمومی ناآشناست. در نتیجه، تفسیر قضایی نیز مطابق قواعد تفسیری حقوق خصوصی و فارغ از توجه به مقتضیات منافع عمومی خواهد بود. هم‌اکنون، نظام حقوق قراردادهای اداری در ایران به آن اندازه از بالندگی نرسیده است تا قانون‌گذار را مجاب کند که مرجع خاصی را برای رسیدگی به اختلافات ناشی از آن تعبیه نماید.

۱. این مصوبه را سال‌های بعد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اصلاح کرد و هم‌اکنون فرم بیشتر قراردادهای اداری محسوب می‌شود.

۲. به‌طوری که غنای نظام حقوق قراردادهای اداری در نظامی چون فرانسه، ناشی از رویه قضایی دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به اختلافات مربوط بوده است. در واقع، رویه قضایی به تدریج اصول و قواعدی را به وجود می‌آورند که به ایجاد نظام حقوقی مستقلی در آن حوزه می‌انجامد. نقش شورای دولتی (Conseil d'Etat) در تکوین نظام حقوق قراردادهای اداری در این کشور، انکارناپذیر است. اهمیت نقش این رویه قضایی به‌گونه‌ای است که یکی از نویسندگان حقوق قراردادهای اداری در ایران، با مشابه‌سازی مؤلفه‌های قراردادهای اداری با نظام فرانسه، یکی از ارکان قراردادهای اداری را صلاحیت دادگاه‌ها و مراجع اختصاصی در رسیدگی به اختلافات ناشی از تفسیر، تعبیر و اجرای این قراردادها دانسته است (انصاری، ۱۳۷۷، صص ۶۳ - ۶۰).

۳. به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است».

**ج) سطح رفتاری**

با توجه به نبود قوانین و مقررات عام و ناکارآمدی قوانین و مقررات پراکنده موجود و نیز کمبود مراجع اختصاصی رسیدگی کننده به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری، نمی توان انتظار چندانی از رویه موجود داشت. اگرچه در چنین شرایطی، رویه می تواند سنگ بنای نخستین قواعد را بنا نهد، ولی به علت نبود مبانی نظری حقوق قراردادهای اداری در ایران، رویه نیز راهگشا نخواهد بود. گفتنی است در سطح رفتاری نیز توجه به مقتضیات خاص رسیدگی به اختلافات قراردادهای اداری از سوی مراجع رسیدگی کننده نادیده گرفته شده است و آنچه بیشتر در این رسیدگی ها به چشم می خورد، رعایت دقیق مقررات قانونی موجود بوده است.<sup>۱</sup> اگرچه مفهوم قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران کاملاً شناسایی نشده است، اما نباید از تمسک به قوانین و مقررات موجود برای ارائه تعبیر و تفسیری خاص که مطابق با مقتضیات عمومی باشد، غافل ماند. باید از حداقل های موجود حداکثر بهره را جست و آنها را به نحوی به کار بست که مطابق روح کلی حاکم بر آن امر باشد. هم اکنون قواعد پراکنده ای در خصوص تنظیم قراردادهای اداری در ایران وجود دارد و می توان آنها را تلفیقی از احکام ترجیحی و امتیازی (مثل عمل حاکم)، احکام قانونی و آیین نامه ای (مانند مقررات ش.ع.پ.) و احکام عادی (عمومات قانون مدنی) دانست (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۷۷). به این ترتیب، در صورت سکوت مقررات اداری، باید به مقررات قانون مدنی مراجعه نمود (در تأیید این نظر، رک. سنجایی، ۱۳۴۲، ص ۲۲۸).

**۲. بررسی و تحلیل موجبات حق فسخ قراردادهای پیمانکاری دولتی**

مطابق قاعده اصالة اللزوم، قراردادهایی که به طور صحیح منعقد شوند، لازم الوفا بوده، هیچ یک از طرفین نمی توانند رأساً آن را برهم زنند (محقق داماد، ۱۳۸۷، صص ۱۷۳-۱۷۲)؛ مگر آنکه به علت قانونی، حق فسخ ایجاد شده باشد یا طرفین با رضایت آن را اقاله کنند (ماده ۲۱۹ قانون مدنی). اما، آیا این قاعده در قراردادهای اداری نیز حاکم است؟ آیا شناسایی نظام حقوقی مستقل برای قراردادهای اداری، مانع از پذیرش و اعمال این قاعده نمی گردد؟ برای پاسخ گفتن به این پرسش ها باید به قوانین و مقررات موجود مراجعه کرد و حکم کلی را از آنها برداشت نمود. با توجه به مقررات ش.ع.پ.، می توان ماهیت قراردادهای اداری را لازم جایز دانست؛ از طرف دولتی، جایز و از جانب پیمانکار، لازم. ماده ۴۸ ش.ع.پ. حق فسخ گسترده ای را به مقام اداری

۱. به دیگر سخن، دغدغه اصلی قضات در رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، رعایت قوانین و مقررات حاکم، فارغ از اقتضانات خاص حاکم بر آن است. مفاهیم منفعت عمومی، خدمات عمومی، استمرار خدمات عمومی، مصلحت عمومی که از مهم ترین مفاهیم حقوق عمومی است، در این رسیدگی ها جایگاهی ندارد (برای مطالعه بیشتر، رک. بازگیر، ۱۳۸۴).

واگذار می‌کند، اما پیمانکار جز در موارد اندک و مشخص، توانایی پایان‌بخشیدن به پیمان را ندارد.

به‌طور کلی حق فسخ کارفرمای دولتی به دو نوع تقسیم می‌شود: الف) حق فسخ به علت تخلفات پیمانکار؛ ب) حق فسخ بنابر مقتضیات عمومی. در شکل اول، برای جلوگیری از ورود ضرر بیشتر به علت وقوع تخلفات پیمانکار، کارفرما قادر به فسخ پیمان و ارجاع آن به پیمانکار دیگری است. شکل دوم، بیشتر ناظر به مواردی است که اساساً ارجاع کار عمومی به پیمانکار برخلاف منفعت عمومی فرض می‌شود و یا حق فسخ مندرج در ماده ۴۶ برای پایان‌دادن به قرارداد پیمانکار متخلف کافی نیست. البته حفظ تعادل و توازن مالی (Financial Balance) قراردادها، به هنگام تنظیم اختیارات کارفرمای دولتی ضروری است (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۷۴، صص ۳۵۶-۳۵۵؛ حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۳۷؛ هاشمی، ۱۳۸۵، ص ۶۵).

#### الف) حق فسخ قرارداد پیمانکاری دولتی به علت تخلفات پیمانکار

حق فسخ یا خیار فسخ، اختیاری است که شخص به موجب قانون یا قرارداد، در برهم زدن معامله دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ب)، صص ۵۲-۵۱). در این قسمت، قواعد حقوق عمومی و خصوصی شباهت فراوانی دارند. تنها امتیاز قراردادهای اداری، ناظر بر اجرای حق است که بررسی خواهد شد. طرفین با رضایت یکدیگر و با رعایت قوانین و مقررات حاکم بر موضوع، قراردادی منعقد می‌کنند که به موجب آن، هر یک متعهد بر امری می‌شوند. نقض تعهدات یک طرف، برای طرف مقابل حق حبس ایجاد می‌کند؛ به نحوی که تا زمانی که آن طرف به تعهدات خود عمل نکند، طرف دیگر نیز از انجام تعهدات قراردادی خویش معاف می‌گردد. راهکار دیگر در خصوص جلوگیری از کارشکنی و نقض تعهدات، تدارک وجه التزام در قرارداد است. مراجعه به دادگاه و درخواست الزام طرف مقابل به انجام تعهدات، راه دیگری است که در صورت نقض تعهدات به کار می‌آید. هنگامی که زمان قید انجام تعهد است، زمان به اندازه‌ای اهمیت می‌یابد که اجرای راهکارهای یادشده بی‌ارزش خواهد شد و اطلاع دادرسی نیز به این مشکل دامن می‌زند (خدمتگزار، ۱۳۸۷، صص ۱۸۵-۱۸۴). بنابراین، طرفین به عنوان راه‌حل قراردادی برای پایان‌دادن به قرارداد برای نقض تعهدات، حق فسخ در صورت بروز تخلف از انجام تعهدات قراردادی را پیش‌بینی می‌نمایند. به موجب قانون مدنی، صرف وقوع تخلف از انجام تعهد در قراردادهای خصوصی، مجوزی برای فسخ قرارداد تلقی نمی‌شود.<sup>۱</sup>

۱. مواد ۲۳۷ تا ۲۴۰ قانون مدنی، ناظر به تخلف از شرط فعل مندرج در قراردادهای خصوصی است که به موجب آن، در صورت تخلف از انجام تعهدات، ابتدا باید از دادگاه اجبار متعهد به انجام تعهد را درخواست نمود، در صورت انجام ندادن تعهد، متعهدله خود می‌تواند موضوع تعهد را انجام داده یا از سوی دیگری به هزینه متعهد آن را به‌انجام برساند و در نهایت،

مطابق ش.ع.پ.، به صرف وقوع تخلفاتی از سوی پیمانکار، کارفرما قادر به فسخ پیمان است (ماده ۴۶ ش.ع.پ.) و در این خصوص، احتیاجی به مراجعه به دادگاه ندارد. این موضوع یکی از مظاهر قدرت عمومی اداره به شمار می‌آید. موجبات حق فسخ به موجب این ماده عبارت‌اند از:

۱. تأخیر در تحویل گرفتن کارگاه از جانب پیمانکار برای مدتی بیش از ۳۰ روز. پس از انعقاد پیمان، لازمه شروع کار، تحویل گرفتن کارگاه از کارفرمای دولتی است. کارفرما موظف است در تاریخ تعیین شده برای تحویل گرفتن کارگاه اقدام نماید، تأخیر بیش از ۳۰ روز در تحویل گرفتن موجب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌شود. البته این مدت در شرایط عادی (نه فورس ماژور) ملاک عمل خواهد بود. ترک فعل ارادی پیمانکار، حاکی از کاهلی و سستی وی از همان آغاز کار است. البته اعمال این حق نیاز به حزم و احتیاط دارد و لازم است به شرایط خاص پیمانکار نیز توجه شود.
۲. تأخیر در ارائه برنامه زمانی تفصیلی به مدت بیش از نصف مهلت تعیین شده برای ارائه آن.

این بند نیز همچون بند پیش، تأخیر را عامل فسخ می‌داند. دلیل وجود انعطاف در ارائه این برنامه، توجه به طرح‌های بزرگ و طولانی مدت و لزوم انجام بررسی‌های بیشتر برای تهیه این برنامه با توجه به ابعاد طرح است. شایسته بود در خصوص طرح‌های با مدت ارائه بیش از ۳۰ روز، مهلتی متفاوت در نظر گرفته می‌شد، زیرا ممکن است مهلت ارائه شده به میزانی طولانی باشد که حتی نیمی از آن نیز موجب ورود خسارت به بخش دولتی گردد.

۳. تأخیر در تجهیز کارگاه برای شروع عملیات پیمان به مدت بیش از نصف مدت تعیین شده در موافقت‌نامه؛ مشروط به دادن پیش‌پرداخت از جانب کارفرما. پیمانکار برای تجهیز کارگاه باید از منابع مالی کافی برای خرید، نصب و راه‌اندازی تجهیزات و تأسیسات لازم برخوردار باشد و در صورتی که مبلغ پرداختی به وسیله کارفرما، کمتر از حد مقرر باشد، حق فسخی ایجاد نخواهد شد. دیگر آنکه لازم بود در این بند نسبت به مدت تأخیر تمایز ایجاد می‌شد که در هر صورت، دوره تأخیر برای مثال از یک ماه بیشتر

---

در صورت امکان‌ناپذیر بودن انجام تعهد به وسیله شخصی به جز متعهد، متعهدله قادر به فسخ قرارداد خواهد بود. در خصوص اینکه آیا این فرآیند در خصوص تعهدات اصلی قرارداد نیز لازم‌الاجتناب است یا خیر، دو نظر وجود دارد: گروه اول قائل به استقرار نیافتن حق فسخ در این موارد است (شهیدی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۷). گروه دوم، مقررات مربوط به حق فسخ در شروط ضمن عقد را به تعهدات اصلی پیمان نیز تسری می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف)، ص ۲۶۶).

۱. برنامه تفصیلی باید براساس نقشه‌های موجود و طبق نظر مهندس مشاور تهیه و ظرف یک ماه از تاریخ مبادله پیمان یا مدت دیگری که در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده است، به مهندس مشاور تسلیم گردد تا پس از تصویب کارفرما به وی ابلاغ شود (بند ب ماده ۱۸ ش.ع.پ.).

نشود؛ زیرا در شرایط کنونی امکان طولانی شدن دوره تأخیر که به ایجاد حق فسخ نیانجامد، وجود دارد.

۴. تأخیر در شروع عملیات پیمان، بیش از یک‌دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه؛ هر کدام که کمتر باشد.

به نظر می‌رسد شرط دو ماه یا یک‌دهم مدت اولیه پیمان به خصوص درباره قراردادهای بلندمدت کافی نباشد. تأخیر شروع کار به مدت دو ماه، گرچه حق دریافت خسارت را محفوظ نگاه می‌دارد، اما حاکی از کاهلی و سستی پیمانکار در انجام عملیات پیمان است.

۵. تأخیر در اتمام هر یک از کارهای موضوع برنامه تفصیلی، بیش از نصف مدت تعیین شده برای آن کار، با توجه به ماده ۳۰.

این شرط در صورتی مجری است که در خصوص تعهدات طرفین تغییر خاصی ایجاد نگردد؛ همچنین قوه قاهره یا فعل کارفرما موجب تأخیر نشده باشد. به موجب این بند، حق فسخ در صورتی استقرار می‌یابد که همه شرایط لازم برای انجام تعهدات پیمانکار فراهم باشد و صرفاً تقصیر وی مانع از انجام امور گردد.

۶. تأخیر در اتمام کار به مدت بیش از یک‌چهارم مدت پیمان، با توجه به ماده ۳۰.

اگرچه تأخیرهای پیمانکار به موجب بندهای قبل تا نصف دوره تعیین شده، حق فسخ ایجاد می‌نمود، اما در صورت ایجاد تأخیرهایی کمتر از سقف تعیین شده، امکان جبران آن به روش‌هایی از قبیل افزایش تعداد کارگران، افزایش ساعات کار، انجام کار به صورت سه شیفت وجود دارد. مجموع تأخیرهای کارفرما در هر صورت نباید از یک‌چهارم مدت پیمان بیشتر شود؛ در غیر این صورت برای کارفرما حق فسخ ایجاد می‌گردد.

۷. آغاز نکردن کار پس از رفع وضعیت قهری و ابلاغ شروع به کار از سوی کارفرما.

در خصوص میزان تأخیر پیمانکار، شرطی قید نشده است. ضروری بود در این خصوص نیز مانند دیگر موجبات حق فسخ، مدت خاصی برای ایجاد حق فسخ کارفرمای دولتی تدارک دیده می‌شد. پیشنهاد می‌شود برای تأخیرهای بیش از ۱۵ روز، حق فسخ ایجاد گردد. این مدت به اندازه‌ای هست که پیمانکار تدارک آغاز عملیات پیمان را ببیند و از سوی دیگر آن قدر طولانی نیست که به ورود ضرر به کارفرما منجر گردد.

۸. بدون سرپرست گذاشتن کارگاه یا تعطیل کردن کار بدون اجازه کارفرما، بیش از ۱۵ روز.



در صورتی که پیمانکار بخواهد کارگاه را برای مدتی بیش از ۱۵ روز بدون سرپرست<sup>۱</sup> بگذارد، گرفتن اجازه از کارفرما ضروری است. شایسته است در این شرایط، تعیین سرپرست موقت یا الزام پیمانکار به حضور در محل کارگاه ضروری تلقی گردد تا نبود سرپرست برای مدت طولانی خللی به جریان امور وارد نکند. البته در صورتی که کارفرمای دولتی بدون دلایل موجه با درخواست وی موافقت نماید، او نیز مصون از مسئولیت نخواهد بود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۸)؛ به تعبیر دیگر، توجه به مقتضیات منفعت عمومی در خصوص پذیرش درخواست پیمانکار ضروری به نظر می‌رسد.

تعطیل کردن کارگاه بدون اجازه کارفرما و بدون ارتکاب تقصیر از جانب کارفرما در انجام تعهدات قراردادی‌اش یا وقوع شرایط فورس ماژر، نقض تعهدات قراردادی پیمانکار تلقی می‌شود، زیرا این اقدام از تمایل نداشتن وی به انجام امور پیمان و یا حداقل پایان نیافتن به موقع آن حکایت دارد. در این شرایط نیز موجه و معقول بودن دلایل (Reasonableness) ضروری به نظر می‌رسد.

۹. انجام ندادن دستور مهندس مشاور مبنی بر اصلاح کارهای معیوب.

در شرایطی که پیمانکار نسبت به اصلاح کارهای معیوب اقدام نمی‌کند، مهندس مشاور<sup>۲</sup> می‌تواند نسبت به اصلاح اقدام کند (بند د ماده ۳۲ ش.ع.پ.) و در صورت تکرار بی‌توجهی به اخطار مهندس مشاور برای اصلاح کارهای معیوب، کارفرما حق فسخ پیمان را خواهد داشت. در نتیجه، تحقق حق فسخ وابسته به حداقل دو بار استنکاف پیمانکار از اصلاح امور معیوب مطابق دستور مهندس مشاور است، زیرا این میزان حداقل لازم برای احراز خودسری پیمانکار تلقی می‌شود و صرفاً با یک مرتبه استنکاف، حق فسخ ایجاد نمی‌گردد.

۱۰. تأخیر بیش از یک ماه در پرداخت دستمزد کارگران.

یکی از ویژگی‌های قراردادهای اداری تأثیر بر حقوق اشخاص ثالث است. اصل نسبی بودن قراردادها که در حقوق خصوصی مطرح است، تسری نیافتن آثار قرارداد به اشخاص ثالث را درخواست دارد؛ حال آنکه این اصل در قراردادهای اداری رنگ می‌بازد و قانون حقوق و

۱. وجود سرپرست برای انجام عملیات موضوع پیمان، ضروری است. به این علت، ماده ۱۰ ش.ع.پ. تعیین سرپرست کارگاه را الزامی کرده است تا به عنوان نماینده پیمانکار، بر انجام کار، ریاست و نظارت کند؛ بنابراین، حضور مستمر وی در محل کار ضروری است.

۲. عملیات اجرایی موضوع پیمان با نظارت مهندس مشاور صورت می‌گیرد. وی به عنوان مقام ناظر منصوب از سوی کارفرما، موظف است نسبت به عملیات صورت پذیرفته با توجه به اسناد و مدارک پیمان نظارت کند و در صورتی که میان کارهای انجام شده یا مصالح آن و استانداردها، مشخصات فنی و نقشه‌ها مغایرتی دیده شود، اصلاح کارهای معیوب را در مدت زمان معقولی از پیمانکار بخواهد (ماده ۳۲ ش.ع.پ.).

تکالیف مدنظر خویش را بر اشخاص ثالث بار می‌کند. حمایت از کارگران<sup>۱</sup> ولو مستخدم پیمانکار، اقتضای حمایت کارفرمای دولتی را از آنان دارد. در مقام اعمال این حق فسخ، توافق‌های خصوصی پیمانکار و کارگران اهمیتی ندارد و متن قانون (در اینجا مقررات) مجری است. از آنجا که پرداخت دستمزد کارگران مستلزم تأمین مالی پیمانکار است، شایسته بود در تحقق این حق، شرط انجام تعهدات مالی کارفرمای دولتی لحاظ می‌شد.

۱۱. با اثبات شدن پرداخت رشوه از سوی پیمانکار.

پرداخت حق‌العامل، پاداش، کمیسیون، هدایا، پورسانت و... جملگی فساد است و از مصادیق رشوه محسوب می‌شود. گفتنی است هم رشوه‌دهنده (راشی، در اینجا پیمانکار و عوامل وی) و هم رشوه‌گیرنده (مرتشی، در اینجا کارفرما) مجرم‌اند و مسئولیت کیفری دارند و به موجب قانون تشدید مجازات مرتکبان اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری، محکوم می‌شوند. البته مسئولیت کیفری مقامات اداری، مانع از طرح مسئولیت اداری ایشان به موجب قانون رسیدگی به تخلفات اداری نخواهد بود (بند ۱۷ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری). ارتکاب این جرم آنقدر بااهمیت است که قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، بار دیگر نسبت به این موضوع اعلام حساسیت کرده و سازوکار خاصی را برای رسیدگی اداری به آن لحاظ نموده است. بنابه تصریح تبصره ۴ ماده یادشده، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی (سابق) آسامی اشخاص حقیقی و حقوقی رشوه‌دهنده به کارمندان دستگاه‌های اجرایی را برای ممنوعیت عقد قرارداد به همه دستگاه‌های اجرایی اعلام می‌کند. در نتیجه، انعقاد قرارداد با راشیان ممنوع است.

ماده ۴۶ ش.ع.پ.، یکی از عوامل حق فسخ کارفرمای دولتی را پرداخت رشوه دانسته است. اعمال حق فسخ اختیاری است و وابسته به اراده ذوالخیار است. آری همان ذوالخیاری که مرتکب فساد شده است، قادر به فسخ پیمانی می‌شود که وی با دریافت رشوه منعقد کرده است. این بند از ماده ۴۶ به‌خوبی شرایط ارتکاب فساد را برای مقام‌های اداری فراهم می‌کند. با توجه به تبصره ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، می‌توان قائل به بطلان چنین معاملاتی شد. در هر صورت، لازمه اعمال حق فسخ از جانب کارفرمای دولتی در این شرایط، ایفای تمام تعهدات قراردادی وی می‌باشد. به دیگر سخن، کارفرما باید با انجام کامل و به‌موقع تعهدات قراردادی، پاک‌دستی خویش را در این خصوص اثبات نماید.<sup>۲</sup>

۱. اساساً حمایت از کارگران موجب تکوین حقوق کار شده است و موضوع اجاره اشخاص را از یک امر صرفاً قراردادی موضوع حقوق خصوصی خارج گردانده و تابع برخی نظامات عمومی قرار داده است.

۲. معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی و معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور (فعالی).

۳. رأی شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور به‌شماره ۱۸/۷۲/۶۸ به تاریخ ۱۳۰۷/۳۰/۱۳۶۸ بر همین مبنا صادر گردیده است (برای مشاهده رأی ر.ک. به: بازگیر، ۱۳۸۴، صص ۷۵-۶۸).

در فرآیند اعمال حق فسخ، مراجعه به دادگاه لازم نیست. مطابق بند الف ماده ۴۷ ش.ع.پ.، کارفرما نظر خود مبنی بر فسخ قرارداد را به پیمانکار ابلاغ می‌کند. در صورت اعتراض پیمانکار به فسخ صورت گرفته، وی باید دلایل خود را به کارفرما اعلام نماید. در هر صورت، نظر کارفرما در این خصوص حاکم خواهد بود.<sup>۱</sup>

برای تحقق حق فسخ در شرایط یادشده، موضوع باید در هیئت سه نفره بررسی شود، اعضای این هیئت تماماً منصوب وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی هستند. نظر این هیئت باید به تأیید وزیر یا بالاترین مقام دستگاه برسد (ذیل بند الف ماده ۴۷ ش.ع.پ.). این مقرره بیشتر در صدد افزایش بروکراسی اعمال حق فسخ کارفرما بوده است تا تنظیم منطقی آن. زیرا تمامی اعضای این هیئت، منصوب بالاترین مقام مربوط هستند و هیچ‌گونه نظارت بیرونی و حتی درونی بر آن صورت نمی‌گیرد. ساختار این هیئت راه را برای ارتکاب فساد هموار می‌کند. دخالت مقام‌های اداری نه تنها در انتصاب آنها، بلکه در تأیید دیدگاه‌های آنان، هرگونه استقلال عملکردی را از این هیئت سلب می‌کند. حضور اشخاصی خارج از دستگاه یا وزارتخانه مربوط تا حد قابل توجهی از این موضوع جلوگیری می‌کند. پیشنهاد می‌شود نماینده‌ای از سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی (سابق) و نماینده‌ای از وزارت اقتصاد برای تحلیل اقتصادی فسخ پیمان در این هیئت حضور داشته باشند. همچنین شایسته است حضور نماینده‌ای از سازمان بازرسی کل کشور به عنوان عضو ناظر (بدون داشتن اختیارات اجرایی) (برای تعمیق در موضوع، ر.ک. راسخ، ۱۳۸۸) در جلسات این هیئت، ضروری تلقی گردد. در هر صورت، وجود این هیئت با ساختار کنونی نیز می‌تواند به مثابه مانعی بروکراتیک به صورت هرچند جزئی برای مهار قدرت افسارگسیخته مقامات اداری به کار آید. تصمیمات صادر شده به وسیله این هیئت، قابل شکایت در دیوان عدالت اداری خواهد بود؛ بر این مبنا که آیا فسخ اعمال شده (تصمیم اداری) از سوی مقامات اداری و تأیید شده به وسیله این هیئت، مطابق موجبات مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ. بوده است یا خیر؟

مقررات ش.ع.پ. در هیچ شرایطی حق فسخ پیمانکار را تصریح نکرده است، ولی مصادیقی هم وجود دارد که وی مختار به فسخ پیمان می‌گردد. چنین وانمود شده که پایان دادن به پیمان در این شرایط نیز از جانب کارفرما بوده است. در همه قراردادهایی که اشاره می‌گردد بعد از تعلق اراده پیمانکار به خاتمه پیمان، وی درخواست پایان یافتن پیمان را به موجب ماده

۱. گفتنی است، «پیمانکار به هیچ عنوان نمی‌تواند فسخ پیمان را به عنوان یکی از موارد اختلاف موضوع ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان تلقی کند و چنانچه برای خود حقی قائل باشد می‌تواند به دادگاه صلاحیت‌دار رجوع کند بدون اینکه این مراجعه وی بتواند مانع اجرای مفاد ماده ۴۷ گردد» مسند رأی شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور به شماره ۱۸/۶۷۸/۷۳ مورخه ۱۳۷۳/۱۱/۳۰. برای مشاهده رأی ر.ک. همان، (رأی شماره ۳۴).

۴۸ به کارفرما تقدیم می‌دارد. طبق مقررات موجود، کارفرما موظف به اعمال فسخ است و در صورت استنکاف، می‌توان به دادگاه مراجعه نمود و پیمان را از آن راه پایان داد. صلاحیت کارفرما در این شرایط، تکلیفی بوده و نمی‌تواند جز به فسخ پیمان، تصمیم دیگری اتخاذ کند.<sup>۱</sup> اگرچه در این شرایط صراحتاً به حق فسخ پیمانکار اشاره‌ای نشده است، اما ماهیت این مواد به گونه‌ای تنظیم شده که استقرار حق فسخ برای پیمانکار مراد بوده است.<sup>۲</sup>

همان‌گونه که گذشت، تأخیر در انجام کارهای محوله، مهم‌ترین و بیشترین موجبات حق فسخ برای کارفرما تلقی می‌شود. ارائه خدمات عمومی باید به هنگام نیاز و مطابق احتیاجات عمومی صورت پذیرد. صرف ارائه خدمات عمومی کفایت نمی‌کند، بلکه این ارائه باید در زمان مطلوب انجام شود. البته تصمیم کارفرما مبنی بر بقا یا فسخ پیمان، باید با توجه به همه اوضاع و احوال قضیه باشد؛ به صورتی که به بهترین نحو در راستای تأمین منافع عمومی صورت گیرد. این موضوع از صلاحیت‌های اختیاری (Discretionary Competences) کارفرما تلقی می‌شود.

#### ب) حق فسخ مبتنی بر مقتضیات منافع عمومی

یکی از تمایزات حقوق قراردادهای اداری با قراردادهای خصوصی، دخالت عنصر منفعت عمومی است. مقامات عمومی به‌عنوان کارگزاران حفظ و تأمین منافع عمومی دارای صلاحیت‌ها و اختیاراتی هستند که با احکام و قواعد حقوق خصوصی متفاوت است. این رشته از اختیارات به گونه‌ای تدوین شده که تنها در قراردادهای اداری قابل بررسی است و درج برخی از آنها در قراردادهای خصوصی موجب بطلان قرارداد می‌شود. پاره‌ای دیگر از این اختیارات نیز به ترتیبی است که اساساً اشخاص خصوصی حاضر به درج آنها در قرارداد نیستند و به نوعی شرایط استثنایی خصوصی به‌شمار می‌آیند.

حق فسخ به علت مقتضیات منافع عمومی، از جنس قواعد و احکام حقوق عمومی است که در حقوق خصوصی نظیر ندارد. ماده ۴۸ ش.ع.پ. به کارفرمای دولتی حق فسخ بنا بر

۱. از مهم‌ترین موجبات حق فسخ پیمانکار، می‌توان به این‌ها اشاره کرد: تأخیر در تحویل‌دادن کارگاه از جانب کارفرما به موجب ماده ۱۸ ش.ع.پ.؛ افزایش مبلغ اولیه پیمان به بیش از بیست و پنج درصد، بدون رضایت پیمانکار به موجب بند الف ماده ۲۹ ش.ع.پ.؛ مخالفت پیمانکار با ادامه تعلیق برای مدت بیش از سه ماه به موجب ماده ۴۳ ش.ع.پ.

۲. یکی از نویسندگان، این شرایط را ذیل عنوان تسلط بر انفساخ پیمان آورده و معتقد است که این‌ها دقیقاً خیار فسخ نیست، بلکه از شرایط انفساخ پیمان است و در آن شرایط، پیمانکار مسلط به انفساخ پیمان می‌گردد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴، صص ۳۶۳-۳۶۲) این در حالی است که در انفساخ، قرارداد قهراً خاتمه می‌یابد و در تحقق آن، اراده اثری ندارد. اگرچه ممکن است در مرحله انعقاد قرارداد، طرفین با قیدنمودن شرط فاسخ، آن معامله را در صورت تحقق شرایطی منفسخ بدانند، اما این موضوع تأثیری در قهری بودن انفساخ ندارد.

مقتضیات منافع عمومی را داده است. به موجب این ماده، چنانچه قبل از پایان یافتن کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه از سوی پیمانکار تقصیری صورت پذیرفته باشد، بنابر مصلحت خود یا علل دیگر تصمیم به پایان دادن پیمان بگیرد، می‌تواند آن را فسخ کند. این مقام‌های اداری هستند که صلاحیت تشخیص منفعت عمومی را دارند. اعمال این حق محدود به دوره خاصی نیست و کارفرما قادر است در هر مرحله‌ای از کار، پیمان را فسخ کند. نکات زیر در این زمینه شایان ذکر است:

۱. تنظیم ماده ۴۸ ش.ع.پ.، توأم با ابهام و کلی‌گویی است. در این ماده به مصلحت خود (کارفرما) یا علل دیگر، به عنوان موجبات فسخ پیمان اشاره شده است. شایسته بود از واژه «مردم» یا «عمومی» به جای «خود» استفاده می‌شد، دیگر اینکه معلوم نیست که علل دیگر کدام است؟ این کلی‌گویی‌ها، راه را برای فساد مقام‌های اداری باز می‌گذارد. به‌طور کلی، تأمین منفعت عمومی تنها دلیل موجه حق فسخ قراردادهای اداری به موجب این ماده است و نباید عواملی خارج از منفعت عمومی در این خصوص دخالت داشته باشد.<sup>۱</sup> قانون‌نویسی به مثابه یک فن، کاری تخصصی شمرده می‌شود؛ بنابراین انشای قوانین و مقررات باید با کمال دقت، روشنی و خالی از هرگونه ابهام و کلی‌گویی صورت پذیرد.

۲. اعمال این حق در گذشته وابسته به این بود که ۷۵ درصد از کار موضوع پیمان انجام نشده باشد؛ یعنی به‌گونه‌ای نباشد که کارفرمای دولتی در مراحل پایانی به دلایل کلی و ناموجه قادر به فسخ پیمان گردد. چنانچه عملیات پیمان پیشرفت قابل توجهی داشته باشد، دیگر فسخ پیمان منطقی و موجه به‌نظر نمی‌رسد، زیرا این فسخ برای کارفرما هزینه‌هایی را به همراه خواهد داشت که به مراتب، بیشتر از بقای پیمان خواهد بود.

۳. شایسته بود «جهات» اعمال این حق به‌روشنی تبیین می‌شد و کارفرما موظف به درج آن در ابلاغیه فسخ می‌گردید. این موضوع می‌توانست تاحدودی از سوءاستفاده مقام‌های اداری بکاهد. بدیهی است این جهات صرفاً باید ناظر به منافع عمومی باشد و در هر زمینه‌ای نیز دلایل موجه و قابل قبولی ارائه گردد.

۴. اعمال نظارت سازمان‌های نظارتی از قبیل دیوان محاسبات کشور و سازمان بازرسی کل کشور، چه به صورت فعال یا منفعل و یا مصداقی، از راه سازوکارهایی چون ارسال ابلاغیه‌های فسخ به سازمان بازرسی، لزوم تحلیل اقتصادی فسخ پیمان در خصوص دیوان محاسبات، شایسته به‌نظر می‌رسد.

۱. به تعبیر یکی از نویسندگان، هنوز در کشور ما، ماهیت حقوق عمومی، اصول حاکم بر آن و قلمرو آن به‌درستی روشن نشده است (نوبین، ۱۳۹۰، صص ۱۸۳-۱۸۲).

۵. گرچه اختیار فسخ پیمان بنا به منافع عمومی به موجب ماده ۴۸ قانونی جلوه می‌کند، اما با عناصر اصل حکومت قانون که همان پیش‌بینی‌پذیری حقوقی و قطعیت حقوقی است، هماهنگی ندارد. موارد فسخ پیمان به‌منظور فراهم کردن منافع عمومی باید تا حد امکان برشمرده شود.

۶. ماده ۴۸ حاوی شرط خیار نامحدود برای کارفرمای دولتی است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا درج خیار شرط دائمی، باطل و مبطل عقد نیست؟ توضیح آنکه به موجب ماده ۴۰۱ قانون مدنی در صورتی که برای خیار شرط، مدت تعیین نشده باشد، هم شرط و هم عقد باطل است. زیرا این موضوع موجب ایجاد غرر در معامله می‌شود و وضعیت طرف مقابل را (من علیه الخیار) را در حالت نامعلوم و مبهمی قرار می‌دهد.<sup>۱</sup>

در خصوص صحت درج این شرط در قراردادهای اداری به‌نظر می‌رسد: اولاً، مدت پیمان محدود است و طرفین به‌طور ضمنی می‌دانند که خیار شرط در نهایت به مدت پیمان خواهد بود و به این دلیل، با تعیین مدت پیمان، از این شرط نیز تلویحاً رفع ابهام صورت می‌گیرد. دوم و مهم‌تر آنکه، نظام حقوق قراردادهای اداری، مستقل از حقوق خصوصی است. ممکن است موضوعی که در قرارداد اداری شرط قراردادی است، در قرارداد خصوصی، مبطل عقد نیز محسوب شود. نتیجه آنکه وضعیت نابرابر و ویژه قرارداد اداری، لزوم تدارک منافع عمومی در شرایط خاص و توجه به استقلال حقوق قراردادهای اداری، اقتضای صحت شرط یادشده را دارد.

### ۳. بررسی و تحلیل انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی

در این بند در قالب دو مبحث به بررسی و تحلیل انفساخ، ماهیت و موجبات آن در شرایط عمومی پیمان می‌پردازیم.

#### الف) بررسی و تحلیل موجبات انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی

انفساخ، یکی از موجبات قهری اختتام قراردادهاست. موجبات انفساخ، گاه قانونی و گاه قراردادی است.<sup>۲</sup> ممکن است طرفین قرارداد اداری هنگام انعقاد قرارداد شرط فاسخی را قرار

۱. در حقوق خصوصی درباره صحت چنین شرطی، دو نظر وجود دارد: گروه اول، در این موقعیت شرط را معین می‌دانند، زیرا طرفین از قبل می‌دانند که برای همیشه خیار وجود دارد (امامی، ۱۳۸۹، ص ۴۸۹). میرزای نائینی و شیخ موسی خوانساری در منیه‌المطالب (جلد ۲، ص ۴۰) قائل به بطلان شرط و عقد هستند، به این علت که مفاد شرط، وصف التزام به عقد را از بین می‌برد.

۲. در شکل اول، قانون تحقق شرایط خاصی را موجب انفساخ قرارداد می‌داند و به محض وقوع آن شرایط، قرارداد خاتمه می‌یابد؛ مثل تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ قانون مدنی). در شکل دوم، تراضی مبنای اختتام قرارداد می‌شود؛ به این

دهند؛ به نحوی که مثلاً تأخیرهای کمتر از حد، عامل ایجاد حق فسخ مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ.، موجب انفساخ قرارداد گردد.

#### ۱. انحلال شرکت پیمانکار

با وقوع انحلال<sup>۱</sup> (فارغ از سبب یا اسباب آن) شرکت مربوط، دیگر در عالم اعتبار وجود نخواهد داشت، لذا از انجام امور پیمان ناتوان است. در نتیجه، جریان امور پیمان متوقف می‌شود. در این شرایط، به‌ناچار باید پیمان را خاتمه یافته تلقی کرد. انحلال شرکت پیمانکار، از موجبات انفساخ پیمان به‌شمار می‌آید.

جزء ۱۰ بند الف ماده ۴۶، انحلال شرکت پیمانکار را یکی از موجبات ایجاد حق فسخ کارفرما پنداشته است؛ به طوری که وی قادر به ادامه پیمان یا فسخ آن می‌گردد، حال آنکه با توضیح پیشین به روشنی معلوم می‌شود در چنین شرایطی اساساً پیمانی باقی نمی‌ماند که کارفرما حق فسخ آن را داشته باشد، زیرا شخصیت حقوقی پیمانکار که لازمه قانونی بودن فعالیت‌های آن است، زوال یافته و دیگر شرکتی در عالم اعتبار وجود ندارد تا امکان فسخ پیمان مربوط به آن وجود داشته باشد.

۲. ورشکستگی یا توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار به گونه‌ای که موجب توقف یا کندی پیشرفت کار شود.

ورشکستگی از شرط‌های انحلال شرکت تجاری محسوب شده که در پی آن، شخصیت حقوقی تاجر زوال یافته و پیمان منعقد میان وی و کارفرمای دولتی منفسخ می‌شود. لحاظ نمودن ورشکستگی به عنوان سببی مستقل از انحلال شرکت‌ها در بند الف ماده ۴۶ ش.ع.پ. فاقد مبنای قانونی است.

توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار، از زمینه‌های ایجاد حق فسخ قرارداد اداری تلقی شده است. شرط استقرار این حق نیز ایجاد کندی یا توقف جریان کار، بیان شده است. برای تشخیص این موضوع چند ملاک وجود دارد: اول اینکه طول مدت توقیف به چه میزان است؟ با توجه به دارایی‌های پیمانکار آیا امکان رفع توقیف در آینده نزدیک وجود دارد یا نه؟ ممکن

ترتیب که طرفین به هنگام انعقاد قرارداد، وقوع حوادث یا اعمالی را موجب انفساخ قرارداد قرار می‌دهند. در هر دو شکل، تحقق انفساخ امری غیرارادی و قهری است. به همین دلیل از انفساخ به «انحلال قهری قرارداد» تعبیر می‌کنند.

۱. حیات شرکت‌ها با تأسیس آنها و مماتشان با انحلال صورت می‌گیرد. اگرچه بعد از انحلال جزئاً از شخصیت حقوقی برخوردار هستند، ولی این شخصیت حقوقی صرفاً برای انجام امور تصفیه و انحلال آنهاست. اهلیت (Capacity) شرکت‌ها، نه به صورت عام بلکه به صورت محدود در چارچوب انجام هدف و موضوع شرکت مندرج در اساسنامه مطرح است و با پایان شخصیت حقوقی شرکت‌ها، دیگر صلاحیت انجام هیچ‌یک از امور مادی و حقوقی را که تا به حال داشتند، ندارند گفتنی است تا پایان عملیات تصفیه، شخصیت حقوقی شرکت‌ها باقی است. البته این صرفاً برای انجام امور تصفیه خواهد بود (در این خصوص ر.ک. ماده ۲۰۸ قانون تجارت و ماده ۲۰۸ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت). دومی صراحتاً به باقی ماندن شخصیت حقوقی شرکت تا پایان تصفیه اشاره دارد (همچنین ر.ک. اسکینی، ۱۳۸۵، صص ۴۸-۴۷).

است دیون وی به اندازه‌ای باشد که استیفای آن به‌ناچار از راه همین ماشین‌آلات و اموال صورت گیرد. دیگر آنکه چه میزان از ماشین‌آلات و اموال پیمانکار توقیف شده است؟ آیا توان ادامه کار با ابزارهای موجود وجود دارد؟ توجه به ضروری بودن ماشین‌آلات توقیفی برای بررسی امکان ادامه کار ضروری است. در صورت توقیف شدن ماشین‌آلات اصلی و ضروری پیمانکار و یا تعداد قابل توجهی از ماشین‌آلات فرعی، ادامه جریان کار غیرممکن بوده، یا با کندی و سختی همراه خواهد بود. در هر صورت، در ارزیابی این مسئله، تشخیص کارفرما ملاک است. به نظر می‌رسد درج این موضوع به عنوان یکی از موجبات صلاحیت تکلیفی کارفرما مبنی بر فسخ، به منفعت عمومی نزدیک‌تر است و لحاظ نمودن آن به عنوان یکی از موجبات حق فسخ کارفرما، برخلاف منافع عمومی است. استمرار خدمات عمومی و لزوم تسریع در ارائه آن، لزوم هماهنگی خدمات و نیازها و رفع آنها در حداقل زمان ممکن، انفساخ قرارداد اداری را در این شرایط اقتضا دارد.

### ب) بررسی و تحلیل موجبات در حکم انفساخ قراردادهای اداری

در این مبحث مواردی بررسی می‌شود که در نهایت، اراده کارفرمای دولتی است که به پیمان پایان می‌دهد، اما از آنجا که به موجب بند ب ماده ۶۶، در این شرایط کارفرما مکلف به فسخ پیمان است، در صورت تحقق آن شرایط می‌توان پیمان را خاتمه یافته فرض کرد، زیرا صلاحیت کارفرما تکلیفی بوده و اراده وی لزوماً باید در راستای پایان دادن به پیمان کارسازی شود. نهاد وضع‌کننده مقررات با تنظیم این شرایط بر آن بوده است تا به محض وقوع آن، فارغ از تشخیص و ارزیابی کارفرمای دولتی، پیمان خاتمه یابد. جنس این شکل از اختتام، به نظر انفساخ می‌رسد و شرط‌های یادشده همچون شرط‌های فاسخ است.

#### ۱. واگذاری پیمان به شخص ثالث

واگذاری<sup>۱</sup> کل پیمان به موجب بند الف ماده ۲۴ ش.ع.پ. ممنوع است، زیرا به موجب آن، پیمانکار حق واگذاری پیمان به دیگران را ندارد. به پیوست بخشنامه مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ سازمان، دستورالعملی صادر شد که در شرایط خاصی این واگذاری را ممکن می‌سازد (دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه، ش.ع.پ.، شرایط خصوصی پیمان و مقررات مربوط به آنها، ردیف ۲-۲، به نقل از همان، صص ۳۵۴ و ۳۵۳)؛ به این ترتیب که چنانچه در تشکیلات پیمانکار به صورت غیرارادی وضعیت خاصی ایجاد گردد، به گونه‌ای که ادامه کار مقدور نباشد، دستگاه اجرایی می‌تواند براساس

۱. این واگذاری به دو شکل صورت می‌پذیرد: واگذاری کل پیمان و واگذاری جزء پیمان. در شکل اول، پیمانکار کل امور پیمان را به دیگری انتقال می‌دهد و خودش دیگر متصدی امری نخواهد بود، در شکل دوم، وی بخشی از امور پیمان را به دیگری منتقل می‌کند و خودش هنوز مسئول اصلی و نهایی تدارک پیمان باقی می‌ماند.



پیشنهاد پیمانکار با جایگزینی پیمانکار دیگری موافقت نماید. این دستورالعمل، مفاد ش.ع.پ. را تخصیص زده است و از لحاظ حقوقی نامعتبر است، زیرا بخشنامه در درجه بالاتری نسبت به دستورالعمل قرار دارد و فقط با هنجار برابر یا بالاتر ممکن است نسخ یا تخصیص زده شود.<sup>۱</sup>

در شرایط واگذاری جزء پیمان، ش.ع.پ. امکان این نوع از انتقال را برای تسهیل و تسریع در اجرای قسمت یا قسمتهایی از عملیات موضوع پیمان صادر می‌کند، البته به شرط آنکه منتقل‌الیه را از واگذاری کار به دیگری ممنوع کند (بند ب ماده ۲۴). رعایت جهات یادشده (تسهیل و تسریع امور) در این نوع از واگذاری‌ها الزامی است؛ افزون‌بر اینکه این واگذاری‌ها نباید به تعدادی باشد که پیمانکار اصلی را متکفل امور فرعی و حاشیه‌ای کند و یا وی را اساساً از انجام امور پیمان معاف سازد. در صورت انتقال کل پیمان، قرارداد منعقد غیرنافذ بوده، دراصل تنفیذ آن با اراده کارفرما امکان‌پذیر است. اما مطابق جزء ۱ بند ب ماده ۴۶، در صورت تحقق این موضوع، کارفرما مکلف به فسخ پیمان است و نمی‌تواند با تنفیذ قرارداد منعقد حیات آن را استمرار بخشد. نتیجه آنکه با انجام واگذاری کل پیمان، کارفرما مکلف به فسخ پیمان گردیده، عملاً پیمان خاتمه یافته تلقی می‌شود. از آنجا که اراده کارفرما صرفاً باید در راستای پایان‌دادن به قرارداد به‌کار آید، می‌توان این شرط را در حکم انفساخ قرارداد اداری دانست.

## ۲. شمول قانون منع مداخله

در صورت ایجاد تغییرات در صاحبان سهام، مدیران یا بازرسان شرکت پیمانکار، به‌گونه‌ای که پیمانکار مشمول قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ش قرار گیرد، به موجب ماده ۴۴ ش.ع.پ.، پیمان فسخ می‌گردد. در اینجا منظور از فسخ، در حکم انفساخ است. در این شرایط نیز کارفرما مکلف به فسخ است و با تحقق شرط یادشده می‌توان پیمان را پایان‌یافته فرض کرد.

در صورت ایجاد تغییرات در دستگاه‌های دولتی یا کارفرما و در نتیجه، مشمول قانون یادشده قرار گرفتن نیز امکان انفساخ پیمان وجود دارد؛ به شرط آنکه پس از اعلام پیمانکار، مانع قانونی برطرف شود و یا اینکه پیمانکار مراتب را به‌موقع به کارفرما اعلام نکند (ذیل ماده ۲۴ ش.ع.پ.). با تحقق شرایط یادشده، کارفرما ناگزیر از فسخ پیمان خواهد بود. آنچه از فسخ اراده می‌شود، پایان‌دادن قهری و اجباری پیمان است که با انفساخ همخوانی بیشتری دارد.

۱. گفتنی است، هم‌اکنون میان مقررات دولتی ایران به لحاظ شکلی و محتوایی، انسجام منطقی وجود ندارد. ممکن است بخشنامه‌ای صادر شود که ماهیت آیین‌نامه داشته باشد و برعکس.

مطالب پیش‌گفته مربوط به شرایطی است که پیمانکار هنگام کار مشمول قانون منع مداخله قرار می‌گیرد. در فرضی که وی از آغاز، یعنی قبل از انعقاد پیمان، مشمول قانون یادشده باشد، به موجب صدر ماده ۴۴، پیمان فسخ می‌گردد. این مقرر به صراحت مغایر ذیل ماده ۴ قانون منع مداخله است که به موجب آن، در این فرض قرارداد باطل است. ماهیت ش.ع.پ، بخشنامه است و در ردیف مقررات دولتی قرار می‌گیرد و نمی‌تواند حاوی مقرراتی برخلاف قوانین باشد. این بخش از ماده ۴۴ به علت مغایرت با قانون، قابل ابطال در دیوان عدالت اداری است و دادگاه‌ها باید از ترتیب اثر دادن به آن خودداری کنند. در خصوص ذیل ماده ۴۴ که به موجب آن، پیمانکار هنگام انجام قرارداد مشمول قانون یادشده می‌گردد؛ به نظر می‌رسد در شرایطی که رفع مانع قانونی صورت می‌گیرد، بقای پیمان قانونی تلقی می‌شود. ولی در شرایط دیگر باید پیمان را منفسخ فرض کرد. در این شرایط، پیمان بدون وجود مانع قانونی حیات خود را آغاز کرده، اما در میانه راه با مانع قانونی برخورد می‌کند؛ در این شرایط پیمان به صورت قهری منحل می‌شود. بنابراین، این بخش از ماده ۴۴ نیز برخلاف قانون یادشده است، زیرا پایان‌دادن به قرارداد را وابسته به اعمال فسخ از سوی کارفرمای دولتی می‌داند. اگرچه صلاحیت وی در این شرایط تکلیفی است و باید از آن با عنوان در حکم انفساخ نام برد، ولی هنوز اعمال اراده کارفرمای دولتی شرط شکلی پایان یافتن قرارداد بوده و این موضوع برخلاف قانون یادشده و البته قابل ابطال در دیوان عدالت اداری است.

## نتیجه

حقوق قراردادهای اداری، نظامی مستقل از حقوق قراردادهای خصوصی است که دارای اصول، قواعد، احکام، منابع و مراجع رسیدگی‌کننده متمایزی نسبت به شرایط مشابه در حقوق خصوصی است. این رشته در ایران از رشد و بالندگی لازم برخوردار نبوده و تنها عناصری از یک نظام مستقل را به‌عاریه گرفته است. همچنان تفکرات حقوق خصوصی بر پهنای حقوق قراردادهای اداری سایه افکنده است. حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمانکاری دولتی نیز همچون این موضوع کاملاً مطابق مقتضیات حقوق عمومی تنظیم نشده است؛ چراکه اصول و قواعد این رشته مدون نیست و مراجع رسیدگی‌کننده مستقلی در این خصوص وجود ندارد و منفعت عمومی، مفهومی کلی، مبهم و نامشخص پنداشته شده است.

بررسی مقررات موجود، حاکی از وجود حق فسخ قراردادهای پیمانکاری دولتی به علت تخلفات پیمانکار و بنابر مقتضیات عمومی است. در شکل اول، هرچند در کنار کاستی‌های غیرقابل اغماض هنجاری و ساختاری، مقررات نسبتاً مشخص و مدونی وجود دارد، اما در

شکل دوم، شاهد وجود حق فسخ گسترده، نامحدود و کلی هستیم که راه را برای فساد مقام‌های اداری باز می‌گذارد.

## منابع و مأخذ

### الف) کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵). حقوق تجارت: شرکتهای تجاری. جلد اول، چاپ دهم، تهران: سمت.
۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۹). شرح حقوقی پیمان. چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور.
۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۴). مبانی حقوقی پیمان. چاپ اول، تهران: یادآوران.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۸۹). حقوق مدنی. جلد ۳، چاپ ششم: اسلامیه.
۵. انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۴). کلیات حقوق اداری. تهران، چاپ اول، تهران: میزان.
۶. انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷). کلیات حقوق قراردادهای اداری. چاپ اول، تهران: حقوقدان.
۷. بازگیر، پدالله (۱۳۸۴). منتخب آراء دیوان عالی کشور در قراردادها. چاپ دوم، تهران: فردوسی.
۸. حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۹۰). اصول حاکم بر قراردادهای دولتی. چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
۹. راسخ، محمد (۱۳۸۸). نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی. چاپ نخست، تهران: دراک.
۱۰. سنجابی، کریم (۱۳۴۲). حقوق اداری ایران. تهران: زهره.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹). حقوق مدنی: آثار قراردادهای و تعهدات. جلد ۳، چاپ چهاردهم، تهران: مجد.
۱۲. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۱). حقوق مدنی تعهدات و قراردادها. جلد ۲، موسسه عالی حسابداری، تهران.
۱۳. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۴). حقوق اداری. چاپ اول، تهران: میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) الف). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۳، چاپ پنجم، تهران: انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) ب). قواعد عمومی قراردادها. انحلال قرارداد، جلد ۵، چاپ پنجم، تهران: انتشار.
۱۶. کشاورز، بهمن (۱۳۸۱). آئین تنظیم قراردادها. چاپ اول، تهران: نشر کشاورز.
۱۷. لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۴). حقوق تعهدات. جلد اول: انتشارات مؤسسه عالی امور قضائی و اداری قم.
۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷). قواعد فقه بخش مدنی ۲. چاپ هشتم، تهران: سمت.
۱۹. نعمتی، سعید، شهابی، سیدمحمدرضا (۱۳۸۹). مفاهیم شرایط عمومی پیمان در قراردادهای پیمانکاری. چاپ اول: پردازشگران.
۲۰. نوین، پرویز (۱۳۹۰). اصول حقوق عمومی. چاپ اول، تهران: جنگل و تدریس.
۲۱. نهرینی، فریدون (۱۳۸۵). ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران. چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۲۲. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۵). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد ۲، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.

### ب) مقاله‌ها

۱. خدمتگزار، محسن (بهار و تابستان ۱۳۸۷). «بررسی تطبیقی حق فسخ به عنوان یکی از چاره‌های قانونی نقض تعهدات قراردادی». مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، صص ۱۸۳ تا ۲۰۴.
۲. رضائی‌زاده، محمدجواد (تابستان ۱۳۸۷). «ویژگی قراردادهای اداری». فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، صص ۱۳۵-۱۵۲.
۳. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (بهار و تابستان ۱۳۸۴). «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی». مجله پژوهش‌های حقوقی، سال چهارم، شماره ۷.

---

۴. عراقی، عزت‌اله، حبیب‌زاده، محمدکاظم (پائیز و زمستان ۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران، بررسی شاخص‌ها». فصلنامه اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱۵.