

بررسی قراردادهای ساخت و ساز در نظام دولتی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۰۹/۲۲ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۶/۱۲/۱۰)

وحید خسروی

دکتر افشین جعفری

(استادیار دانشگاه پیام نور)

چکیده

دولت گذشته از اعمال حاکمیت و برقراری نظم و امنیت عمومی ، مالک بزرگترین طرحهای عمرانی ، بزرگترین کارفرما ، بزرگترین خریدار کالا و خدمات و همچنین در موارد زیادی بزرگترین عرضه کننده آنهاست. قراردادهایی که دولت با اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی منعقد می سازد دارای عناوین مختلفی اند. در نظام حقوقی فرانسه قراردادهایی که یک طرف آن دولت باشد به قراردادهای اداری معروفند. در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا این نوع قراردادها ، قراردادهای حکومتی خوانده می شوند . در پاره ای از نظام های حقوقی جهان از جمله استرالیا ، هند و کشورهای اسکاندیناوی ، عنوان قراردادهای عمومی ، بر توافقات مزبور گذاشته می شود. در مجموع منظور از این نوع قراردادها ، قراردادهایی است که از حوزه حقوق خصوصی خارج شده و مشمول قواعد و مقررات حقوق عمومی می شوند. در نظام حقوقی ایران عنوان خاصی برای قراردادهای دولتی در نظر گرفته نشده است . حقوقدانان ایرانی به تاسی از حقوق فرانسه ، عموماً این نوع قراردادها را قراردادهای اداری خوانده اند ، با این حال حسب مورد از عنوانهای «قراردادهای دولتی» و «پیمانهای عمومی» نیز استفاده شده است . در این رساله به تبعیت از معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور (سازمان مدیریت و برنامه ریزی سابق) از نام «پیمان» و در موارد دیگر از «قراردادهای پیمانکاری دولتی» و یا «قراردادهای دولتی» استفاده شده است.



بخش اول: تعاریف ، مبانی حقوقی پیمان و ماهیت قراردادهای دولتی بند اول: قرارداد پیمان (قرارداد اداری)

یکی از مشخصه های توسعه اقتصادی هر کشور طرحهای عمرانی است که به عنوان معیار و شاخصی عمده مبنای رونق اقتصادی آن کشور قرار می گیرد . یکی از عواملی که بنیان اعتباری طرح عمرانی بر روی آن استوار است ، طراحی و مهندسی پروژه از منظر حقوقی است . برای واگذاری و اجرای طرحهای عمرانی قالب حقوقی ای که از سوی عالی ترین ارگان اداری کشور طراحی گردیده ، سندی است به نام " پیمان " . این سند بین نماینده دولت (کارفرما) از یک سو و شخص حقیقی یا حقوقی (پیمانکار) از سوی دیگر به امضاء می رسد و شخص ثالثی (مهندس مشاور) نیز نظارت فنی آن را به عهده می گیرد . قراردادهای پیمانکاری ، جزء قراردادهای اداری می باشند . در تعریف قرارداد اداری گفته اند :

" قراردادی است که یکی از سازمانهای اداری یا نماینده ای از آنها از یک سو ، با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر ، با هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی بر طبق احکام خاص (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی) منعقد می کند " .^۱

بند دوم: پیمان

پیمان مجموعه اسناد ومدارکی است که در ماده ۲ موافقتنامه پیمان درج شده است.^۲ کلمات و اصطلاحات قرارداد ، عقد معامله ، توافق و پیمان اگر چه به لحاظ مفهومی و نوع استفاده ، بعضاً تفاوت هایی با یکدیگر دارند و لیکن تمامی این اصطلاحات اعمالی حقوقی هستند که مبنای وقوع آنها تراضی است ، فلذا به وجود آمدن پیمان مستلزم جمع و تلاقی دو اراده در موضوع پیمان است ، علی هذا پیمان را می توان عقدی دانست که در ایجاد آن از یک طرف اراده دولت و موسسات عمومی به عنوان کارفرما و از طرف دیگر اراده اشخاص اعم از عمومی و خصوصی به عنوان پیمانکار با همدیگر جمع گردیده اند و بدیهی است انشاء پیمان نیز مانند سایر عقود و معاملات نیازمند ایجاب و



^۱ - انصاری، ولی‌اله (۱۳۸۲)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان، چاپ دوم، ص ۲۰

^۲ - ماده ۱ شرایط عمومی پیمان

قبول طرفین و در حقیقت اعلام اراده هر یک به طرف دیگر می باشد و طرفین در مقابل یکدیگر تعهداتی را به عهده می گیرند.^۱

بنابه تعریف ماده یک شرایط عمومی پیمان، پیمان شامل اسناد و مدارک ذیل می باشد:

الف - موافقتنامه: موافقتنامه، سندی است که مشخصات اصلی پیمان، مانند مشخصات دو طرف، موضوع، مبلغ و مدت پیمان، در آن بیان شده است.^۲ متن موافقتنامه خلاصه ای است از شرایط پیمان که در سایر اسناد و مدارک پیمان، جزئیات و شرح کامل آن ذکر می شود. موافقتنامه از اهمیت خاصی برخوردار است، زیرا در ماده ۲ موافقتنامه مقرر گردیده "در صورت وجود دوگانگی بین اسناد و مدارک پیمان، موافقتنامه بر دیگر اسناد و مدارک پیمان اولویت دارد".

ب - شرایط عمومی: شرایط عمومی، عبارت است از تعهدات تبعی غیر قابل تغییر و عام حاکم بر قراردادهای پیمانکاری. در حقیقت شرایط عمومی یک چارچوب کلی است که بسیاری از تکالیف، حقوق و مسؤولیتهای کارفرما و پیمانکار در آن قید شده است. طرفین چگونگی عملکرد خود را در مورد اجرای یک پروژه در همان چارچوب تنظیم می کنند و هر نوع قرارداد پیمانکاری باید از آن شرایط پیروی کند. از آنجا که مفاد شرایط عمومی جنبه عام دارد، لذا فرض بر این است که پیمانکار، نظیر قانون حاکم بر پیمان از مفاد آن مطلع است.

ج - شرایط خصوصی: شرایط خصوصی، عبارت است از تعهدات تبعی که با توجه به شرایط عمومی متناسب با وضعیت و ماهیت هر یک از انواع قراردادهای پیمانکاری در محدوده تعیین شده تغییر می کند

کارفرما: شخصی حقوقی است که یک سوی امضاء کننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان، به پیمانکار واگذار کرده است.^۳

معاملات دولتی: دولت مانند سایر اشخاص حقوقی برای رفع نیازمندیهای خود، اعمال حقوقی مختلفی انجام می دهد. برخی از این اعمال به صورت ایقاع یعنی احکام یک جانبه است مانند وضع آئین نامه ها و مصوبات، برخی دیگر به صورت عقود قرارداد هاست. یعنی اعمال دو جانبه مانند خرید

^۱- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۸)، مبانی حقوقی پیمان، تهران، جنگل جاودانه، ص ۲۱

^۲- ماده ۲ شرایط عمومی پیمان

^۳- ماده ۶ شرایط عمومی پیمان





و فروش، رهن، واجاره.... صورت می‌گیرد. قراردادهای ادارات و موسسات دولتی به معنی اعم کلمه را نباید با قراردادهای اداری به معنی اخص کلمه که شامل قرارداد خاص حقوق اداری است اشتباه کرد. احکام و مقررات خاص حقوق اداری، فقط شامل یک دسته از قراردادهاست که دارای نام و عنوان معینی در حقوق مدنی نمی‌باشند.^۱

پیمانکار: پیمانکار، شخص حقیقی یا حقوقی است که سوی دیگر امضاء کننده پیمان است و اجرای موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان، به عهده گرفته است. نمایندگان و جانشین های قانونی پیمانکار، در حکم پیمانکار می‌باشد.^۲ یا به عبارتی کسی که ضمن عقد قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه، انجام هر گونه عمل و یا فروش کالایی را با شرایط مندرج در قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه در قبال مزد یا بها و به مدت معین تعهد نماید.

مناقصه: فرآیندی است رقابتی برای تامین کیفیت مورد نظر "طبق اسناد مناقصه" که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه گری که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می‌شود.^۳

قراردادهای عمومی: قراردادهای عمومی و یا قرارداد اداری، "قراردادی است که یکی از سازمانهای اداری یا موسسات دولتی یا به نمایندگی از آنها، با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی با احکام خاص منعقد می‌کند و یا هر قراردادی که یکی از اشخاص موضوع حقوق عمومی به قصد اداره خدمات عمومی یا امور عمومی، با استفاده از شروط غیر معمول در حقوق خصوصی، با شخص دیگر منعقد می‌کند؛ قرارداد اداری نامیده می‌شود"^۴ و یا "عقدی که یک طرف آن ادارات دولتی بوده، و به منظور تامین نیازمندی های خود منعقد می‌کنند و تابع نظامات مخصوص بوده و از مقررات حقوق خصوصی تبعیت نمی‌کند"^۵

۱- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر ۱۳۷۸، حقوق اداری، تهران، سمت، چاپ پنجم، ص ۳۰۶

۲- ماده ۷ شرایط عمومی پیمان

۳- ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۸۳

۴- انصاری، همان، ص ۲۰

۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ یازدهم، ص ۴۵۵

بخش دوم: اصول حاکم بر قراردادهای ساخت و ساز و وجه تمایز طرحهای عمرانی با غیر عمرانی

بند اول: اصول حاکم بر قراردادهای ساخت و ساز^۱، اختیارات و تعهدات پیمانکار و کارفرما

قراردادهای پیمانکاری دولتی، از جمله قراردادهای خاص به شمار می روند که اصول و قواعد ثابتی بر آنها حاکم است. این نوع قراردادها عموماً تابع حقوق عمومی است و قواعد حاکم بر این نوع قراردادها جنبه تکلیفی و آمره دارند. در این راستا مهمترین اصول حاکم بر قراردادهای ساخت و ساز دولتی به ترتیب عبارتند از:

۱. اصل صلاحیت طرفین قراردادهای دولتی
۲. اصل کتبی بودن پیمانها
۳. اصل آگاهی پیمانکار از مفاد اسناد و هزینه ها و حوادث محتمل الوقوع
۴. اصل اجرای بالمباشره پیمان توسط پیمانکار
۵. اصل تعهدات دوجانبه کارفرما و پیمانکار

بند دوم: اصل صلاحیت طرفین قراردادهای دولتی

برابر مدلول ماده ۱۹. قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معامله اهلیت طرفین است. برابر ماده ۲۱۱ قانون مدنی برای آنکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند. در قراردادهای دولتی علاوه بر اهلیت طرفین، متعاملین باید دارای صلاحیت لازم جهت انعقاد قرارداد نیز باشند.

الف: صلاحیت کارفرما: این صلاحیت از طرف کارفرما عبارت است از صلاحیت قانونی، صلاحیت محلی و صلاحیت ذاتی برای انعقاد قراردادهای دولتی، دستگاههای اجرایی برای انعقاد قرارداد ساخت و ساز، قبلاً باید اقداماتی انجام دهند. از جمله این اقدامات تأمین اعتبار، اخذ مجوز انعقاد قرارداد و تعیین مقام صالح برای امضاء قرارداد است.^۲

^۱ - اعلائی فرد، محمدعلی (۱۳۸۴)، مقاله اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی، مجله حقوقی عدالت آرا، شماره اول، ص ۵۶-۶۸

^۲ - برابر ماده ۱۰ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، انجام معامله به هر طریق مشروط به آن است که دستگاههای اجرایی موضوع بند ب ماده (۱) این قانون به نحو مقتضی نسبت به پیش بینی منابع مالی معامله در مدت قرارداد اطمینان حاصل و مراتب در اسناد مرتبط قید شده باشد





برخلاف قراردادهای خصوصی پیمانکاری، در قراردادهای پیمانکاری دولتی باید مجوز قانونی خاص بر انعقاد و تأمین بودجه اخذ و توسط مقامی که قانون صالح می‌داند منعقد شود. بنابراین مقام صلاحیت دار جهت انعقاد قرارداد ساخت و ساز دولتی مقامی است که برابر قانون حق دخل و خرج بودجه را داشته باشد. از این رو اهلیت کارفرمای دولتی عبارت است از:

۱. صلاحیت دستگاه دولتی در انعقاد قرارداد

۲. صلاحیت مقام امضاء کننده دارای اختیارات قانونی و اداری برای امضاء قرارداد.

ب - صلاحیت پیمانکار: همانگونه که دستگاه اجرایی و مقام امضاء کننده از طرف دستگاه اجرایی باید دارای صلاحیت قانونی، ذاتی و محلی باشد. پیمانکاری که می‌خواهد طرف قرارداد دستگاه اجرایی قرار گیرد، باید دارای صلاحیت لازم باشد. پیمانکار مزبور علاوه بر داشتن مهارت فنی باید حداکثر شایستگی را داشته و با شرکت در مناقصه، حداقل قیمت را پیشنهاد داده باشد. برابر عموماً قانون مدنی^۱ هر عقدی با ایجاب از یک طرف و قبول از طرف دیگر محقق می‌شود. اکثر عقود پیش بینی شده در قانون مدنی و همچنین قراردادهای موضوع ماده ۱. قانون مدنی، تابع تشریفات خاص نیست و کتبی یا شفاهی بودن عقد تأثیری در صحت و لزوم آن ندارد. وقوع عقد را می‌توان با یکی از ادله اثبات دعوی از قبیل اقرار، سند، شاهد، اماره و سوگند اثبات کرد. بنابراین کتبی بودن شرط صحت معامله نیست.

برخلاف قراردادهای مدنی، اسناد و مدارک پیمان‌های دولتی همگی تابع اصل کتبی بودن، ممضی به امضاء طرفین و نیز امضاء مقامات صالحه دولتی است.^۲

بند سوم: اصل آگاهی پیمانکار از مفاد اسناد رسمی

اصل بر این است که پیمانکار با مطالعه کامل اسناد مناقصه و مطالعه سوابق و ملاحظه محل اجرای قرارداد و آگاهی کامل از شرایط فیزیکی و جغرافیایی آن مبادرت به شرکت در مناقصه کرده است. بنابراین برابر اصل آگاهی پیمانکار از اسناد و هزینه‌ها، جهل پیمانکار به مفاد اسناد مسموع نبوده و پیمانکار در زمان انعقاد قرارداد آگاهی کامل در خصوص هزینه‌ها، تأمین نیروی انسانی، مصالح، تجهیزات، آب و برق و غیره را داشته است.

^۱ - برابر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری می‌نمایند

^۲ - انصاری، همان، ص ۱۴۰

بخش سوم: اختیارات و تعهدات پیمانکار و کارفرما

بند اول: اختیارات پیمانکار

الف - اختیار پیمانکار در حذف تعهدات قراردادی در صورت عدم تحویل کارگاه: مهم‌ترین اختیار داده شده به پیمانکار ضمن شرایط عمومی پیمان موردی است که کارفرما نتواند مطابق ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان به تعهد خود مبنی بر تحویل کارگاه یا به عبارتی، تحویل اراضی و زمین‌هایی که برای تأسیس و ایجاد عملیات موضوع پیمان مورد نیاز است، عمل کند.

ب - اختیار پیمانکار در انتقال جزئی از پیمان به غیر: همانگونه که اشاره شد، هرچند به موجب ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان، پیمانکار به دلیل شخصی بودن تعهد خویش مبنی بر اجرای عملیات موضوع پیمان و حصول نتیجه مطلوب، نمی‌تواند پیمان را بدون موافقت کارفرما به غیر منتقل سازد؛ اما بنا به تصریح همان ماده این امکان را دارد که به منظور تسهیل و تسریع در اجرای کارها، موافق‌نامه‌هایی را با شخص یا اشخاص یا پیمانکاران جزء منعقد نماید.

بند دوم: تعهدات پیمانکار

قاعدتاً موضوع پیمان اعم است از انتقال مال یا انجام عمل. قرارداد پیمانکاری دولتی در هیچ یک از مواد خود به طور مشخص به تعریف موضوع پیمان پرداخته است؛ اما با مذاقه در مواد مختلف آن به خصوص مواد ۱۲، ۱۳، ۱۸، و ۲ می‌توان نتیجه گرفت که در این قرارداد موضوع پیمان عبارت است از انجام عمل و انتقال مال هر دو.

اساساً شرایط باید ضمانت اجرا داشته باشند یعنی طوری تنظیم شوند که عمل برخلاف آنها از سوی هر یک از طرفین پیمان مستوجب جزای متناسب با آن باشد. البته منظور از کیفر و جزا در اینجا نه در معنی کیفر و جزای یک فعل مجرمانه در حقوق کیفری است بلکه همان مابه‌ازایی است که لازمه تضمین شرط است. طبق بند ۲ ماده ۲۷ نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور یکی از اصول و مبانی حاکم بر پیمانها، همواره پیش‌بینی تضمین‌های لازم و تکالیف مشخص در پیمان می‌باشد تا در صورت عدول از تعهدات توسط هر یک از طرفین پیمانها، اتخاذ تمهیدات لازم برای جبران خسارت‌های احتمالی وارده به طرف مقابل ممکن گردد.

بند سوم: تعهدات کارفرما

در مقابل تعهدات پیمانکار، حقوق و تعهدی نیز بر عهده کارفرما قرار داد که در واقع همان حقوق و مزایایی است که در اثر پیمان برای پیمانکار ایجاد می‌شود. این حقوق و مزایا بر ۲ قسم هستند:



- ۱- حق پیمانکار بر دریافت بهای پیمان
 - ۲- حقی که پیمانکار بر دریافت تمامی خسارت‌های ناشی از اعمال و اقدامات دولت و حوادث ایجاد شده و برهم زنده تعادل مالی پیمان دارد.
- حق پیمانکار بر دریافت بهای پیمان: پیمانکار یک شخص حقوقی یا حقیقی حقوق خصوصی است و هدف وی از انعقاد قرارداد با دولت رسیدن به ثمن این معامله می‌باشد.
- چنانچه کارفرما نسبت به انجام برخی تعهدات خود مسامحه نماید و از این رهگذر خسارتی به پیمانکار وارد آید ضمن اینکه مانع از اعمال اختیارات مصرحه در شرایط عمومی پیمان می‌گردد، موظف به جبران ضرر و زیان وارده نیز می‌باشد.

بند چهارم: وجه تمایز طرح‌های عمرانی با طرح‌های غیر عمرانی

الف - طرح‌های عمرانی: طرح‌هایی که تمام یا بخشی از هزینه‌های آن از بودجه سالیانه کشور تامین و از طریق دولت به دستگاه اجرایی واگذار می‌گردد پروژه عمرانی می‌باشند.

ب- طرح‌های غیر عمرانی: طرح‌هایی که محل تامین بودجه آن سرمایه و یا درآمدهای مستقیم یک سازمان دولتی باشد مانند نفت - پتروشیمی و ... که از دولت مجوز هزینه انجام عملیات عمرانی در خارج از ردیف‌های بودجه بصورت تخصیص از خزانه را اخذ می‌کنند و از بودجه سالیانه کشور چیزی دریافت نکند پروژه غیرعمرانی نامیده می‌شوند.

بخش چهارم: ریشه بروز اختلافات و اهم ادعای پیمانکاران و محدوده مسئولیت

ایشان

بند اول: ریشه بروز اختلاف در مرحله برگزاری مناقصه

با توجه به مقدمه بالا به نظر می‌رسد که ریشه مسائل و مشکلات در برگزاری مناقصات، نادیده گرفتن یا به هم ریختن عمدی یا سهوی تمام یا بعضی از مفاهیم مذکور باشد. ممکن است کارفرمایان به دلایلی مسئول این امر تلقی نشوند؛ اما بیکره دولت و سازمانهای اجرایی کشور که به هر حال در چارچوب قانون و مقررات انجام وظیفه می‌کنند، مسئول ایجاد شرایطی هستند که طی آن، اصول و مبانی لازم الرعایه در برگزاری مناقصات و اجرای پیمان‌ها، که با حفظ چارچوب مفاهیم مذکور در مقدمه، ممکن است نادیده گرفته شوند. در زیر به مواردی از این قبیل اشاره می‌شود:



الف) سازمان های کارفرمایی مختلف ، روش هایی را برای احراز صلاحیت پیمانکاران برمی گزینند که کاملاً با روش معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور تفاوت دارد.

ب) در حال حاضر که غیر از مناقصه روش دیگری برای انتخاب پیمانکار ایرانی مجاز نیست ، باید اصول این روش به دقت رعایت شود.

ج) اسناد و مدارک مناقصه ها باید به حدی کامل باشند که پیمانکار بتواند پیشنهاد خود را بر اساس آنها تنظیم و ارائه کند. در طرحهای بزرگ که تهیه اسناد به این ترتیب به زمان زیادی نیاز دارد ، کارفرمایان ترجیح می دهند که بر اساس برآوردی مقدماتی و شرایطی غیر قطعی ، کار را به مناقصه بگذارند و پیشنهاد نرخ بگیرند.

بند دوم: ریشه بروز اختلاف در دوران اجرای قرارداد

صدور انواع ضمانت نامه بانکی مستلزم معرفی وثیقه ملکی است که آن هم نه براساس قیمت واقعی ، بلکه بر طبق قیمت منطقه ای که بسیار نازل تر است ، ارزیابی می شود و این امر، کار را برای پیمانکاران ، بخصوص در طرحهای بزرگ ، بسیار دشوار می سازد.

کمیود نقدینگی در حین اجرای هر طرحی به دلایل مختلفی نظیر طولانی شدن رسیدگی به صورت وضعیت ها ، افزایش بی رویه قیمت کالاها و دستمزدها ، تاخیر در دریافت نقشه های اجرایی و غیره روی می دهد که ناشی از ضعف بنیه مالی پیمانکار نیست. خسارت های ناشی از تاخیر در اجرای تعهدات کارفرمایان ، به ویژه پرداخت های پیش بینی شده در قرارداد ، باید ارزیابی و به پیمانکاران پرداخت شود تا سبب تضعیف ناروای بنیه مالی آنها نگردد. همچنین نحوه تنظیم قراردادهای ساخت و ساز، حتی در طرحهای بزرگ به گونه ای است که حل و فصل دعاوی کارفرما علیه پیمانکار با تصمیم کارفرما و بدون توافق پیمانکار به اجرا گذاشته می شود؛ اما دعاوی پیمانکار علیه کارفرما معمولاً به آخر کار محول می گردد و از پیمانکار انتظار می رود که بدون درخواست بهره دیر کرد و معمولاً با چشم پوشی از بعضی ادعاها در برابر آنچه کارفرما می خواهد، تمکین کند. بدیهی است که این شیوه رسیدگی به دعاوی در طرحهای بزرگ عملی نیست و گاهی بحران های مالی خطرناکی ایجاد می کند که ممکن است به ورشکستگی پیمانکار منجر شود ، مضاف بر آن ممکن است هزینه نهایی ساخت و ساز تا چندین برابر برآورد اولیه قرارداد افزایش یابد، که این امر باعث ایجاد خلل در اعتبارات و امور جاری دستگاه های دولتی می گردد.



بند سوم: تامین ماشین آلات و تجهیزات

به عللی که ذکر آن ها خارج از موضوع این رساله است، در حال حاضر بیشتر ماشین آلات و تجهیزاتی که در اختیار پیمانکاران ایرانی قرار دارند، کار کرده و گاه فرسوده اند و در مقایسه با وضعیت پیمانکاران موفق خارجی، که در آغاز هر طرح کلیه ماشین آلات و تجهیزات آن را یک جا و نو می خرند و در آخر کار نیز آنها را به حراج می گذارند و می فروشند، وضع پیمانکاران ایرانی از این حیث نگران کننده است.

مسائل مرتبط با تامین نیروی انسانی در طرحهای بزرگ به حدی آشکار است که فقط فهرست وار به آن ها اشاره می شود:

- ۱- مشکلات قانون کار؛
- ۲- کمبود یا فقدان مراجع ارزشیابی مهارت کارکنان؛
- ۳- عدم مطابقت نظام آموزش دانشگاهی با نیازهای ساخت و ساز؛
- ۴- کم رنگ بودن نقش نظام آموزش عالی و حرفه ای کشور در ارائه برنامه های آموزشی توأم با کار در کارگاه های ساختمانی؛

از آنجا که ساخت و ساز و خدمات پیمانکاری مرتبط با آن در سطوح مختلف با ریسک توأم است، لذا نقش بیمه در این امر مهم اقتصادی زیاد است، اما هنوز صنعت بیمه کشور نتوانسته در جایگاهی قرار گیرد که این نقش اساسی را ایفا کند. بدیهی است حصول این خواسته ضروری موقوف به عزم دولت است که مقدماً باید در قراردادهای ساخت و ساز به نحوی موثر نمایان شود. متأسفانه هیچ سازمان و یا دستگاهی طرحها را پس از اتمام، بررسی نمی کند تا علت این امر را که زمان و مبلغ اجرا به چند برابر زمان و مبلغ اولیه بالغ گردیده اند، روشن سازد تا حداقل سعی گردد که در طرحهای بعدی اشکالات مشابهی که سبب طولانی شدن زمان و اضافه شدن هزینه می شوند.

بخش پنجم: مهمترین ادعاهای پیمانکاران در قراردادهای ساخت و ساز

بند اول: عوامل اصلی در شکل گیری ادعاهای پیمانکار

روند بروز ادعا و اختلاف را می توان به شرح ذیل متصور شد:

در ابتدا درخواست هایی از سوی هر یک از طرفین برای طرف دیگر مطرح می گردد، و این درخواست ها خود بازتاب توقعات و انتظارات بر مبنا و مقتضای طبیعت جایگاه طرف می باشد. در

صورتی که این درخواست ها مورد توافق طرف مقابل قرار نگیرد ، جرعه اختلاف زده می شود ، این عدم توافق را می توان در دو فاکتور خلاصه نمود:

الف - عدم توافق بر اصل خواسته

ب - قبول خواسته یک طرف توسط طرف دیگر ، با این تفاوت که چگونگی و نحوه جبران و انجام خواسته ها در این جا مورد توافق قرار نمی گیرد. اقتضای طبیعت اجرای موضوع قرارداد به گونه ایست که عامل زمان در آن تاثیر بسزایی دارد. معمولاً زمان تکمیل پروژه ، جنبه مهمی از موضوع پیمان می باشد ، به همین منظور ، کارفرما با اختصاص بودجه و برنامه در نظر دارد اجرای پروژه بخشی از نیازمندیهای سازمانی او را تامین نماید و در این راستا ممکن است برای استفاده از ابنیه در دست ساخت در تاریخ خاصی تعهدی ایجاد و یا توافقاتی با اشخاص ثالث نموده باشد. در کلیه قراردادهای ساخت و ساز که ایفای تعهد منوط است به انجام کار در مدت معین ، تاخیر در انجام کار قطعاً خساراتی را برای طرف مقابل به وجود می آورد. از این منظر زمان ایفای تعهد اهمیت زیادی در این نوع قراردادها دارد.

بند دوم: انواع تاخیرها در قراردادهای ساخت و ساز

کارفرما جهت رسیدن به اهداف مدنظر از اجرای یک پروژه ، موظف به شناخت ریسک های موجود ، کنترل و انتقال مناسب آن می باشد. لذا شناخت انواع تاخیرات در این بین اهمیت خاصی دارد.

الف - تاخیر های ناشی از اقدامات پیمانکار یا کارگزاران ایشان

ب - تاخیرهای ناشی از اقدامات کارفرما یا نمایندگان و عوامل ایشان

ج - تاخیر های ناشی از قوه قاهره یا خارج از کنترل طرف های قرارداد

پس از بررسی علل و عوامل کلیه ادعاها و تاکید بر نقش کارفرما و مدیریت پروژه در این خصوص ، و اینکه قراردادهای ساخت و ساز معمولاً در حین اجرا و انجام عملیات ، با توجه به خطا در طرح اولیه ، اشتباه در تهیه و تنظیم اسناد مناقصه ، شرایط پیش بینی نشده و نیاز به تطبیق با شرایط اجرایی جدید ، به اصلاح یا صدور متمم احتیاج پیدا می کنند. ادعا یا خواسته را می توان به شرح زیر تعریف کرد: « درخواست کتبی با انضمام مدارک قراردادی است، درباره جبران مالی ، زمانی، یا تحقق سایر شرایط که از نظر قراردادی ، موجب اختلاف درخواست کننده و طرف قرارداد یا کارفرما است.»



بند سوم: موارد ادعای قراردادی پیمانکاران

ادعاهای قراردادی پیمانکاران، موارد مختلفی دارد که به چند نمونه مهم و معمول آن اشاره می شود تا پیمانکاران و کارفرمایان و اشخاص ذی مدخل، شناخت بیشتری پیدا کرده و در اسناد مناقصه و قراردادهای، روشها و راههای کاهش رویداد های مشکل ساز در اجرای پروژه را پیش بینی کنند. وقوع اشتباهات در تهیه و تنظیم اسناد و همچنین پیشنهاد مناقصه یک موضوع نسبتاً عادی است. اشتباه و خطا می تواند به شکلهای مختلف روی دهد. اشتباهات معمول، شامل مواردی مانند خطای محاسباتی یا نوشتاری، محذوف شدن بعضی ردیف ها، فرضیات اشتباه، درک متفاوت یا نادرست از مفاهیم و مطالب یا تفسیر دوگانه است. یکی دیگر از مواردی که موجب ادعای پیمانکاران می شود، دستور یا درخواست تسریع در اجرای عملیات پروژه است. چون تسریع پیش بینی نشده در اجرای کارها موجب تحمیل هزینه اضافی به پیمانکاران می شود، بنابراین این موضوع نیز یکی از مبانی طرح ادعا است. از موارد اجتناب ناپذیر اجرای پروژهها، اعمال تغییرات در مشخصات فنی و دستور تغییر در اجرای کارها به دلایل مختلف است. از جمله این نوع تغییرات الزامی که در حین اجرای قرارداد، احتمالاً موجب طرح ادعا از جانب پیمانکاران خواهد شد. دخیل نمودن سلیق شخصی و اعمال نظر خارج از چارچوب برخی ناظرین در حذف و یا تغییر آیتم ها و کارکردهای پیمانکار، خود معضلی است که گریبانگیر دستگاه های دولتی است. متأسفانه در برخی دستگاه های دولتی رویه و نگرشی حاکم است که هنر یک ناظر عالی و یا مقیم را در حذف و تغییر برخی آیتم های مندرج در فهرست بهاء می دانند، به تبع آن ناظرین نیز با اعمال سلیقه و نظر شخصی بدون در نظر گرفتن واقعیات و مفاد قرارداد و دستور کارهای ابلاغی، اقدام به تغییر یا کاهش مقادیر کار انجام شده و... می نمایند و در زمان اعتراض پیمانکار با سماجت بر صحیح بودن عمل خویش از پذیرش واقعیت سر باز می زنند و این امر منجر به بروز اختلافات حقوقی و به چالش کشیده شدن پروژه خواهد شد.

بند چهارم: امتناع از ابلاغ دستورات خارج از چارچوب و توافقات مضاعف

کارفرما و یا نمایندگان ایشان می بایست از ابلاغ دستورات خارج از تعهدات و چارچوب تعیین شده در قرارداد اجتناب نموده، و نسبت به توافقات شفاهی خارج از قرارداد با پیمانکار خودداری نمایند. چرا که در صورت بروز اختلاف اسناد و مدارک مستند و مستدل مکتوب قابل دفاع و مورد قبول برای مراجع ذی صلاح بوده و توافقات شفاهی در صورت انکار منشاء اثر نخواهد بود. توزیع



ریسک غیر منصفانه و یک طرفه از علل عمده بروز ادعا می باشد. انعطاف بیش از حد در توزیع ریسک و یا برعکس صلیبت در توزیع نتایج قابل قبولی به بار نخواهد آورد. نگرش طرفین قرارداد به نتیجه کار می تواند نقش موثری در حل مشکلات و رفع اختلافات داشته باشد، لذا طرفین با دید "برد - برد" باید به موضوع نگریسته و یا به عبارتی در صورت جا افتادن این مطلب که "موفقیت تو موفقیت من هم هست و برعکس" بسیاری از اختلافات و ادعاها رنگ می بازند و روح مشارکت بر روند پروژه جاری می گردد. مهندسین عموماً حقوقدان نیستند و حقوقدانان نیز عموماً مهندس نمی باشند. از طرفی دنیا به سمت تخصصی شدن با سرعتی زیاد در حال حرکت است. عملکردی هر چند کوچک و با دید صرفاً فنی به خصوص در مراحل مرتبط با تعهدات طرفین نظیر عقد قراردادها بعضاً خسارات بزرگی را در پی خواهد داشت. استفاده از مشاوران حقوقی بررسی و عملکرد را تا سقف فنی حقوقی ارتقاء داده و پیش بینی ها و پیش گیری هایی معقول تر را سبب می گردد.

بند پنجم: محدوده مسئولیت پیمانکار

پیش از این، ماهیت قراردادهای ساخت و ساز دستگاه های دولتی را مورد بحث قرار دادیم. آنچه در این مبحث در صدد بیان آن هستیم، محدوده تعهدات و مسئولیت پیمانکار "در مرحله اجرا و تحویل موقت" و "پس از تحویل قطعی و اتمام قرارداد" می باشد. از یک منظر مسئولیت به دو نوع قابل تقسیم است: اخلاقی و حقوقی.

مسئولیت اخلاقی: حقوقدانان در بحث تفاوت های مسئولیت اخلاقی و حقوقی از ضمانت اجرای مسئولیت حقوقی به عنوان شاخصه ای در کنار مسئولیت اخلاقی یاد می کنند. یکی از تفاوت های مسئولیت حقوقی و اخلاقی در ضمانت اجرای آن دو است. هر چند مسئولیت اخلاقی ضمانت اجرای قواعد اخلاقی است اما اعمال آن در خارج و مطالبه آن از دادگاه غیر ممکن است. مسئولیت حقوقی: در تعریف مسئولیت حقوقی بایستی گفت به مسئولیتی اطلاق می شود که در قانون ذکر شده باشد و در مقابل مسئولیت اخلاقی یا دینی است.^۱ مسئولیت حقوقی بردو قسم است: مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی.

۱- جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۶۴۳





بخش ششم: وجه تمایز مسئولیت حقوقی با مسئولیت اخلاقی

۱- در مسئولیت اخلاقی هر کس دیگری را متأثر کند از لحاظ اخلاقی مسئول است و مسئولیتش جنبه درونی دارد و نمی‌توان خسارتی را از دادگاه مطالبه کرد. اما مسئولیت حقوقی ضمانت اجرایی دارد بنابراین این دو در ضمانت اجرایی با هم تفاوت دارند.

۲- تفاوت دیگر آن است که در مسئولیت اخلاقی ورود ضرر شرط نیست ولی در مسئولیت حقوقی ورود ضرر یکی از ارکان آن است.

۳- همچنین قلمرو این دو عنوان با هم فرق دارد. در بسیاری از موارد در نتیجه خطای انسان مسئولیت اخلاقی ایجاد می‌شود لیکن فاقد مسئولیت حقوقی است. به عبارتی در بسیاری از موارد پرداخت خسارت هر چند سنگین در قبال خطایی کوچک از لحاظ مسئولیت حقوقی قابل قبول بوده ولی از لحاظ مسئولیت اخلاقی غیر عادلانه است.

مسئولیت کیفری، مسئولیت مرتکب جرمی از جرائم مصرح در قانون را گویند و شخص مسئول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید.^۱

مسئولیت مدنی: مسئولیت مدنی، نوع دیگری از مسئولیت حقوقی است که در مقابل مسئولیت کیفری قرار می‌گیرد. بر اساس این مسئولیت، هر فعل یا ترک فعل که موجب اضرار به شخص اعم از حقیقی یا حقوقی شود سبب مسئولیت مدنی است.

الف- مسئولیت مدنی به طور اعم: مسئولیت مدنی در معنای اعم، التزام به جبران خسارت وارده بر دیگری است اعم از اینکه منشاء ضرر نقض قانون باشد یا قرارداد. که عموماً به این مسئولیت، مسئولیت قراردادی اطلاق می‌گردد.

ب- مسئولیت مدنی به طور اخص: مسئولیت مدنی در معنای اخص و محدودتر شامل جبران ضرر است و از استیلاء نامشروع و استیفاء نامشروع و ایفاء ناروا و اداره‌ی مال غیر که همگی از اسباب ضمان قهری هستند متمایز می‌گردد.^۲ اما امروزه اگر اصطلاح مسئولیت مدنی به طور مطلق به کار برده شود، مسئولیت مدنی غیر قراردادی از آن مستفاد می‌گردد.^۳

^۱ - جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۶۴۲

^۲ - یزدانیا، همان، ص ۳۶

^۳ - صفایی، سید حسین (۱۳۵۵)، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران، ص ۲۳۶

بند اول: مفهوم و ماهیت مسئولیت قراردادی

هرگاه در نتیجه تأخیر یا عدم اجرای قرارداد و پیمان شکنی یک طرف به طرف دیگر ضرر برسد، متخلف باید آن را جبران کند. این التزام را مسئولیت ناشی از قرارداد یا مسئولیت قراردادی نامیده اند که با پرداخت مبلغی وجه رایج جبران می شود. گرچه برخی آن را بدل و جایگزین تعهد اصلی دانسته اند ولی تعهد اصلی از خود قرارداد و مسئولیت قراردادی از عدم اجرای قرارداد یا تعهد قراردادی ناشی می شود. بنابراین لزوم جبران ضرر منوط به تصریح در قرارداد، قانون یا عرف شده است^۱ تا توجیه کننده سبب پیدایش تقصیر متعهد و مسئولیت وی در این باره باشد، در حالی که سبب وجود تعهد اصلی خود قرارداد است و متعهد به موجب قرارداد به آن پای بند شده است و به تصریح مجدد در قرارداد یا حکم قانون یا عرف نیاز ندارد.^۲ همچنین تقصیر قراردادی با نقض قرارداد و تعهدات ناشی از آن محقق می شود ولی تقصیر در حوزه مسئولیت مدنی بدون قرارداد به معنی نقض قانون و عرف است.

بند دوم: مسئولیت خارج از قرارداد "مرحله پس از تحویل قطعی پروژه"

با پایان پذیرفتن دوره تضمین نمی توان گفت که مسئولیت پیمانکار خاتمه می پذیرد. لذا با توجه به اینکه اجرای کار توسط پیمانکار صورت گرفته است، بروز برخی از حوادث پس از تحویل قطعی که ناشی از عدم رعایت نکات فنی و مهندسی و نقص در اجرا است را از باب تسبیب می توان به پیمانکار منتسب نمود که موجب فراهم نمودن مسئولیت قانونی (مسئولیت مدنی) برای پیمانکار می شود. سوال اصلی در این مسئولیت ها این است که قانون گذار بر چه مبنایی کسی را مسئول جبران ضرر دیگری قرار می دهد؟ آیا کسی را مسئول قرار می دهد که به طور نامشروع به دیگری ضرر زده و مرتکب تقصیر شده است یا مسئولیت بدون تقصیر نیز محقق می شود؟^۳ حقوقدانان در پاسخ به این سوال و اینکه مسئولیت بر چه اساسی استوار است، اختلاف دارند. برخی تحقق آن را بر



^۱ - ماده ۲۲۱ ق. م. : اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد

^۲ - قاسم زاده، همان، ص ۲۱ و ۲۲

^۳ - قاسم زاده، همان، ص ۲۵



مبنای تقصیر و برخی بر مبنای خطر و گروهی بر پایه تضمین حق پذیرفته اند. نظریه های مختلط و واسطه نیز، به ویژه در حقوق ایران، مورد استقبال قرار گرفته است.

اول) نظریه تقصیر: بر مبنای این نظریه مسئولیت خوانده فقط به خاطر تقصیری است که مرتکب شده است و زیان دیده باید به عنوان مدعی، تقصیر و رابطه بین تقصیر فاعل زیان و زیان ها را اثبات نماید.^۱

دوم) نظریه خطر: طبق این نظریه هر شخص که در اثر فعالیت خود خطری ایجاد کند و موجب زیان دیگری شود مسئول است و همانگونه که از منافع فعالیت خود بهره مند می شود بایستی ضرری را که از این راه متوجه دیگری می شود جبران نماید.

سوم) نظریه تضمین حق: هواداران این نظریه بر حمایت از حقوق زیان دیده معتقدند. هر کسی در جامعه حق دارد با آسایش و امنیت زندگی کند و نسبت به زندگی و تمامیت جسمی خود و نزدیکان خویش حق دارد و می تواند از اموال و دارایی خویش منتفع شود و از مزایا و منافع آن بهره مند گردد.

چهارم) نظریه های مختلط: بر اساس این نظریه ها هیچ یک از نظریه تقصیر و خطر به تنهایی نمی تواند مبنای مسئولیت قرار بگیرد و در تمامی زمینه ها پاسخگوی نیازهای اساسی جامعه باشد بلکه در پاره ای از موارد اجرای نظریه تقصیر و در پاره ای دیگر اعمال نظریه خطر مناسب تر است.^۲

بند سوم: شرایط تحقق مسئولیت

از آنچه تاکنون گفته شد، این نتیجه به دست می آمد که مسئولیت مدنی اصولاً ناشی از بی مبالائی اشخاص است، ولی گاه به منظور جبران ضرر نامشروع یا خطری که برای دیگران ایجاد شده است نیز به وجود می آید. لیکن برای تحقق مسئولیت، در همه حال وجود سه عنصر ضرورت دارد:

- ۱- وجود ضرر
- ۲- ارتکاب فعل زیانبار
- ۳- رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است.^۳

^۱ - قاسم زاده، همان، ص ۲۶

^۲ - قاسم زاده، همان، ص ۴۱

^۳ - کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)، همان، ص ۳۷

هدف از قواعد مسئولیت مدنی، جبران ضرر است، به بیان دیگر، باید ضرری به بار آید تا برای جبران آن، مسئولیت ایجاد شود. پس، باید وجود ضرر را رکن اصلی مسئولیت مدنی شمرد. ماده اول قانون مسئولیت مدنی وجود ضرر را با این عبارت بیان می‌کند: هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.^۱ ماده دوم نیز می‌گوید: در موردی که عمل وارد کننده زیان، موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر، او را به جبران خسارات مزبور محکوم می‌نماید و چنانچه عمل وارد کننده زیان، موجب یکی از خسارات مزبور باشد دادگاه او را به جبران همان نوع خساراتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود.^۲ موضوع مسئولیت مدنی مجازات مرتکب نیست بلکه جبران خسارت ناشی از فعل مرتکب است. از بیان مواد این قانون برمی‌آید که، هر جا که نقضی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت عواطف و حیثیت شخصی لطمه‌ای وارد آید، می‌گویند ضرری به بار آمده است. همچنین ضرر باید مسلم، مستقیم، مشروع، شخصی، جبران نشده، قابل پیش‌بینی باشد و ناشی از فعل زیان دیده نباشد. در زندگی اجتماعی سود و زیان به هم آمیخته است. هر کس نفعی می‌برد به گونه‌ای باعث ضرر دیگران می‌شود، ولی همه این ضررها ایجاد مسئولیت نمی‌کند. باید کار زیانبار در نظر اجتماع ناهنجار باشد و اخلاق عمومی ورود ضرر را ناشایست بداند.^۳ به عبارتی، رکن دیگر مسئولیت مدنی ارتکاب فعل زیانبار است، این فعل باید در نظر اجتماع ناهنجار باشد و نیز در قانون برای آن مجوزی قرار داده نشده باشد. فعل زیانبار ممکن است فعل یا ترک فعل باشد.

بخش هفتم: داوری و آسیب شناسی نظام فنی و اجرایی طرح های عمرانی بند اول: داوری و جایگاه آن در قراردادهای ساخت و ساز

مدیریت و اداره امور عمومی از وظایف مهم دولت است که برای رفع نیازمندی‌های خود در این باره و بهتر انجام دادن آن، اعمال حقوقی مختلفی را انجام می‌دهد. یکی از روش‌های رایج در

^۱ - ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹

^۲ - ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹

^۳ - کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)، همان، ص ۵۶





این بخش، استفاده از قرارداد است. بر این اساس، سازمان‌های عمومی به نمایندگی از دولت از طریق انعقاد پیمان، وظایفی را که قانون‌گذار بر عهده آن‌ها گذاشته است، انجام می‌دهند. به این صورت که این تکالیف را به سازمان‌های حقوقی خصوصی یا افراد حقیقی می‌سپارند بدون آن که از حقوق و تکالیف ناشی از آن امور مبری گردند. چنانچه عزم طرفین پیمان بر حل اختلاف از طریق داوری باشد، حل اختلاف طبق ماده ۵۳ و حسب مورد با دو گزینه می‌تواند انجام شود:

۱- حل اختلاف به روش مسالمت آمیز

۲- حل اختلاف به طریقه داوری

بند دوم: حل اختلاف به روش مسالمت آمیز و مرجع حل اختلاف

انگیزه اصلی در حل اختلاف به روش مسالمت آمیز همانا سرعت در رفع مناقشه است که ماده ۵۳ به آن تصریح می‌کند. اما در این مرحله اختلاف در اجرای موضوع پیمان یا تفسیر مفاد آن و یا هر دو، دو موضوع از هم تمایز پیدا کرده و برای هر دو موضوع روش‌های جداگانه نیز پیش بینی شده است.

صورت دوم که حل اختلاف به طریقه داوری است در بند "ج" ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان بدین شرح آمده است. «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی (وقت) ارائه نماید. و چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود. عقدی که بر طبق آن افرادی متعهد می‌شوند که اختلاف و دعوی تحقق یافته و یا احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شخص یا اشخاصی غیر از مراجع رسمی قضائی واگذار نمایند، این تعهد یا قرارداد را داوری گویند^۱. این تعریف با آنچه بین کارفرما و پیمانکار در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به صورت شرط ضمن عقد آمده مطابقت می‌کند. همان‌طور که بیان شد، مطابق تبصره بند "ج" ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، مرجع حل اختلاف بین کارفرما و پیمانکار "شورای عالی فنی" است. این شورا برابر ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸ قانون بودجه سال ۵۶ کل کشور (مصوب ۵۸/۱۱/۲

^۱ - داوید، رنه (۱۳۷۵)، مفهوم و نقش داوری در بازرگانی بین‌المللی، مترجم سید حسین صفایی، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، ص ۸۴

شورای انقلاب (مرکب از سه نفر به پیشنهاد رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی وقت کشور و تصویب هیات وزیران تشکیل می گردد .

شورای عالی فنی دارای شخصیت حقوقی است و تعیین آن بعنوان داور در تبصره بند " ج " ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به منزله داوری شخص حقوقی درمورد یا موارد اختلاف بین کارفرما و پیمانکار است. بعضی از حقوقدانان داوری اشخاص حقوقی را به لحاظ فقدان اهلیت قانونی منتفی می دانند و به استناد بند ۱ ماده ۴۶۶^۱ قانون آیین دادرسی مدنی مدعی اند که اشخاص حقوقی را نمی توان به عنوان داور انتخاب کرد . البته از این ظهور مواد قانون آیین دادرسی مدنی باید گذشت و آن را برای اشخاص حقوقی نیز روا داشت زیرا :

اولاً: قانون آیین دادرسی مدنی در هیچ یک از مواد مربوطه داوری اشخاص حقوقی را نقض و منع نکرده است .

ثانیاً: مطابق ماده ۵۸۳ قانون تجارت « تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقامات صلاحیتدار اتخاذمی گردد » حکم این ماده تنها شامل شرکتهای نمی شود ، بلکه سایر اشخاص حقوقی همچون سازمان ها و موسسات داوری و غیره را نیز در بر می گیرد .

ثالثاً: همان طور که بین داوری و دادرسی وجوه افتراق وجود دارد بین داوران و قضات نیز وجوه افتراق فراوانی است .

رابعاً: در بعضی از قوانین دیگر نسبت به داور شدن اشخاص حقوقی تصریح شده است . این قوانین عبارتند از :

۱- ماده ۲۶ لایحه قانونی تاسیس اتاق های بازرگانی (مصوب ۱۳۳۷/۱/۷) که مقرر داشته: " اتاق های بازرگانی می توانند در امور بازرگانی داور یا کارشناس واقع شوند . "

۱ . ماده ۴۶۶ آیین دادرسی مدنی :

« اشخاص زیر را هر چند با تراضی نمی توان به عنوان داور انتخاب نمود :

۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند

۲- اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده اند . »



۲- بند ۹ ماده ۴۳ و نیز ماده ۵۳ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳/۶/۷۰) یکی از مقاصد شرکتهای و اتحادیه های تعاونی را « حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی ها به صورت کدخدانمنشی و صلح اعضای تعاونی ها » می داند .

۳- قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران مصوب ۶۹/۱۲/۱۵ یکی از وظایف مرکز اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران را که در قانون " اتاق ایران " نامیده شده « تلاش در جهت حل و فصل مسائل بازرگانی اعضا از طریق تشکیل مرکز داوری اتاق ایران » دانسته است .

از طرفی هم باید توجه کرد که قراردادهای پیمانکاری مانند قراردادهای خصوصی، ثابت و تغییرناپذیر نیست که فرد ملزم به انجام تعهدات خود باشد. چرا که قراردادهای پیمانکاری، کارفرما (دولت) را مقید و متعهد نمی کند. تعهدات دولت به قدری انعطاف پذیر است که اراده یک طرفه دولت می تواند آن را تغییر دهد. زیرا کارفرما (دولت) مظهر و نماینده قدرت عمومی است و قرارداد پیمانکاری در مقامی نیست که بتواند برای کارفرما محدودیتی ایجاد نماید. بر این اساس، کارفرما ممکن است بنا بر اختیارات حاکمیتی خود، به طور یک جانبه تعهدات جدیدی به پیمانکار تحمیل کند یا تعهدات او را به میزان قابل توجهی کاهش دهد یا اصلاً قرارداد پیمانکاری را فسخ کند.^۱ علت این امر آن است که کارفرما (دولت) به عنوان حافظ منافع مردم باید قرارداد مذکور را کارشناسی کند و قرارداد را با توجه به تحولات جدید در جامعه بررسی کند تا منافع بیت المال متضرر نشود و این علت وجوبی این اقتدارات است که قانون گذار به کارفرما داده است که به نام قدرت عمومی، قابل بررسی است. بر این اساس ایجاد اختلافات در مناسبات قراردادی بین کارفرما و پیمانکار امری طبیعی است زیرا کارفرما با توجه به این اختیارات و اقتدارات، سعی در تغییر شرایط قرارداد می کند و از طرفی هم پیمانکار با بررسی منافع خود ممکن است به درخواست کارفرما جامه عمل نپوشاند و هرگونه تغییر در قرارداد پیمانکاری را ضرر برای خود بداند. اینجاست که نهاد «حل اختلاف» مطرح می شود. حل اختلاف را در وهله اول باید در صلاحیت دادگاه های دادگستری دانست چرا که مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «مرجع تظلمات و شکایات دادگستری است...» بر این اساس قانون گذار ابتدائاً برای دادگاه ها، صلاحیت عام در نظر گرفته است. هم چنین اصل ۱۶۱ قانون اساسی



^۱ - طباطبایی مؤتمنی، همان، ص ۲۷۴

حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی را از طریق دادگاه‌های دادگستری دانسته است. ولی از آنجایی که «مراجعان به دادگستری همواره از کندی جریان امور شکایت داشته اند»^۱ به همین دلیل، نهاد حل اختلاف از طریق دادگاه همواره به عنوان آخرین نهاد فصل خصومت مطرح شده است. زیرا طبیعت کار قضایی و تشریفات الزامی دادرسی، اطاله رسیدگی را سبب می‌شود و این نکته در مورد حل اختلاف ناشی از قرارداد پیمانکاری مهم است چرا که موضوع قراردادها، معمولاً اداره و اجرای امر عمومی است که طبق اصل تداوم در حقوق اداری، نمی‌توان به صرف ادعای حل اختلاف از طریق دادگاه، اجرای امر عمومی را معلق کرد. پس باید برای حل اختلافات ناشی از قراردادهایی که هدف آن انجام امر عمومی است، راهکاری پیشنهاد کرد که زمان لازم برای حل اختلاف را کند و دقت و اطمینان خاطر طرفین دعوی را برای فصل خصومت به همراه داشته باشد.



^۱ - هاشمی، سید محمد (۱۳۷۹)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، تهران، نشر دادگستر، جلد دوم،

منابع و مأخذ

الف - کتب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، جنگل جاودانه تهران. ۱۳۹۰
 ۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، نشر میزان. ۱۳۹۰
 ۳. انصاری، ولی...، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان، چاپ دوم
 ۴. تارا، جواد، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، دانشگاه تهران. ۱۳۴۵
 ۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ بیست نهم ۱۳۹۵
 ۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، چاپ یازدهم
 ۷. حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، انتشارات مجد. ۱۳۸۸
 ۸. داوید، رنه، مفهوم و نقش داوری در بازرگانی بین‌المللی، مترجم سید حسین صفایی، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، ۱۳۹۰
 ۹. صفایی، سید حسین، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران. ۱۳۹۰
 ۱۰. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، چاپ پنجم ۱۳۸۹
 ۱۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، دانشگاه تهران، ج دوم، چاپ ششم. ۱۳۸۹
 ۱۲. طباطبائی، سید محمد حسین (بی تا)، تفسیر المیزان، ترجمه آیت اله ناصر مکارم شیرازی، جلد اول، چاپ چهارم.
 ۱۳. قاسم زاده، سید مرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، انتشارات نشر میزان، چاپ چهارم ۱۳۹۱
- ### ب - مقالات:
۱۴. اعلائی فرد، محمدعلی، اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی، مجله حقوقی عدالت آرا، شماره اول. ۱۳۸۸
 ۱۵. عطائی، ریشه مشکلات در مناقصات دولتی و دوران اجرا، نشریه مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره ۳۹. ۱۳۸۸
 ۱۶. فتحی نژاد، عبدالله، نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی، نشریه مجلس و پژوهش، سال، شماره ۳۹. ۱۳۹۰
 ۱۷. کیایی، زین العابدین (بی تا)، معاملات دولتی، مجله حقوق مردم شماره ۱۱.

