

مقایسه مواد مربوط به فسخ در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک

آی سان جباری (نویسنده مسئول)

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Jabbaarii.lawyer@gmail.com

مهدی هداوند

استادیار، گروه حقوق عمومی و بین المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

m.hadavand@atu.ac.ir

چکیده

امروزه قراردادهای پیمانکاری ساخت و ساز، نقش مهمی در اقتصاد کشورها دارند. از این رو کارامدی این قراردادها و خاتمه آنها حائز اهمیت است. فسخ قرارداد یکی از راههای انحلال قرارداد محسوب می شود. در حقوق ایران، نمونه قرارداد مصوب پیمانکاری که با استناد به ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه به تصویب رسیده است، شرایط عمومی پیمان می باشد. شرایط عمومی پیمان یک قرارداد دولتی داخلی بود و دولت کارفرمای این قراردادهای نمونه است. اکثر قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران توسط دولت منعقد می شود و حتی در مواقعی که قراردادهای پیمانکاری به طور خصوصی منعقد شده و طرفین آن دولتی نیستند و بودجه آن توسط دولت تامین نمی شود، بازهم تمایل به مورد استفاده قرارداد این نمونه قرارداد وجود دارد. بدین ترتیب موارد حق فسخ در شرایط عمومی پیمان با نمونه قراردادهای فیدیک (فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور) که نمونه قراردادهای پیمانکاری بین المللی هستند، مقایسه می شود و به طور تطبیقی مورد مطالعه قرار می گیرد. یک مطالعه تطبیقی، بستر مناسبی جهت تفسیر قرارداد و کارامدی آن ایجاد می کند.

کلیدواژگان: نمونه قراردادهای فیدیک، شرایط عمومی پیمان، فسخ، کارفرما، پیمانکار.

مقدمه

امروزه قراردادهای پیمانکاری ساخت و ساز نقش مهمی در اقتصاد کشورها دارند. از این رو بررسی نحوه ی فسخ این قراردادها و کارآمدی آن، از اهمیت ویژه ای برخوردار است.

فدراسیون بین المللی مهندسين مشاور، (FIDIC) (<http://Fidic.org>) Federation International Des Ingenieurs Conselists در سال ۱۹۹۹ اولین ویرایش چهار نوع جدید نمونه قراردادهای استاندارد شده پیمانکاری را منتشر نمود. پیمانهای چهارگانه ی مذکور برای استفاده در طرحهایی توصیه می گردد که از طریق برگزاری مناقصات به مرحله ی اجرا رسیده است. این فرمهای نمونه در جهت تدوین قراردادهای پیمانکاری در سطح بین المللی بوده و در آن شرایط و آثاری برای فسخ توسط کارفرما و پیمانکار پیش بینی شده که بر اساس آن، عرفهای خاص پیمانکاری شکل گرفته است. از میان نمونه قراردادهای فیدیک، تمرکز بیشتر این تحقیق بر کتاب قرمز با عنوان شرایط قراردادهای ساخت و اجرا (Condition Of Contract For Construction/Red Book)؛ و کتاب زرد با عنوان شرایط قراردادهای طراحی و اجرا (Condition Of Contract For Plant And Design-Build / Yellow Book) قرار گرفته است.

در حقوق داخلی ایران نیز شرایط عمومی و خصوصی پیمان، شرایط الزامی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری را مقرر نموده که یک طرف آن کارفرمای دولتی است (از این پس تحت عنوان شرایط عمومی پیمان به کار می رود). به دلیل وجود طرحهای دولتی بسیار، نوعی عرف پیمانکاری بر اساس شرایط عمومی و خصوصی پیمان که ناظر بر پیمانهای دولتی هستند، در خصوص سایر قراردادهای پیمانکاری ایجاد شده است. بدین ترتیب شرایط عمومی پیمان، یک قرارداد نمونه (تیپ) استاندارد است که در هنگام انعقاد قراردادهای پیمانکاری، مورد استفاده دستگاههای دولتی قرار می گیرد و در صورتی که دولت بودجه ی عمرانی برای یک قرارداد در نظر بگیرد، انعقاد قرارداد، مطابق مواد تصویب شده شرایط عمومی پیمان، اجباری می باشد. شرایط عمومی و خصوصی پیمان ناظر بر قراردادهای پیمانکاری دولتی طبق ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۷۸، به تصویب رسیده است.^۱ به علت رواج نمونه قرارداد شرایط عمومی پیمان، از این نمونه قرارداد برای انعقاد قراردادهای پیمانکاری غیردولتی نیز استفاده می شود.

از جمله تفاوتهای عمده در قراردادهای فیدیک و شرایط عمومی پیمان، تعلق حق فسخ به هر دو طرف قرارداد، یعنی کارفرما و پیمانکار در قراردادهای نمونه فیدیک است. مبنای قرارداد این حق فسخ در قراردادهای فیدیک، همانطور که در مقدمه فیدیک بیان شده رعایت تساوی حقوق کارفرما و پیمانکار با در نظر گرفتن سرعت پیشرفت کار به خاطر رعایت اصول مشارکت متعادل در ریسک پذیری بین کارفرما و پیمانکار است. اما در شرایط عمومی پیمان، حق فسخ تنها از جانب کارفرما قابل اعمال بوده و پیمانکار حق فسخ ندارد، بلکه فقط در مواردی، می تواند خاتمه ی پیمان را اعلام نماید.

احراز صحت ایجاد حق فسخ ایجاب می کند، شرایط قانونی و قراردادی اعطای حق فسخ و اجرای آن رعایت شود. در شرایط عمومی پیمان و قراردادهای نمونه فیدیک، علاوه بر شرایطی که به طور کلی و عام در خصوص فسخ قرارداد در حقوق قراردادها مطرح می شود، هر بند و ماده ی مربوط به فسخ، شرایط و توضیحاتی دارد که باید مورد بررسی قرار گیرد. انواع فسخ در کتابهای فیدیک به فسخ با دلیل موجه، فسخ به صلاح دید کارفرما و فسخ به دلایل خاص (فورس ماژور) تقسیم می شود.

از آنجا که نمونه قراردادهای فیدیک با الگو گرفتن از حقوق داخلی کشور انگلستان و مطابق نظام حقوقی کامن لا تدوین شده است (Volkmar & Ho 'K, 2008:2) و شرایط عمومی پیمان تحت نظام حقوق نوشته (رومی ژرمنی)، مدون گشته است، تفاوتهایی در این دو نمونه قرارداد وجود دارد. در این پژوهش بر آنیم تا با بررسی مواد فسخ در نمونه قراردادهای فیدیک و تدقیق در آنها به تدوین قوانین کارآمدتر در حقوق ایران، دست یابیم.

(۱) مقایسه موارد فسخ به علت تخلف پیمانکار از اجرای تعهدات در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک

^۱ دفترچه شرایط عمومی پیمان، مصوب سال ۱۳۵۳ سازمان برنامه و بودجه بود که تا پایان سال ۱۳۷۷ نزدیک به ۲۵ سال در قراردادهای پیمانکاری مورد استفاده قرار می گرفت. توسعه ی صنعت و ساخت و ساز، نیاز به تدوین مقررات جدید و کامل تری را به وجود آورد. موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان بر اساس بخشنامه ی شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۸۸/۱۰۲۱ سال ۱۳۷۸ به مهندسان مشاور، پیمانکاران و دستگاههای اجرایی ابلاغ گردید.

مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان، به فسخ پیمان از جانب کارفرما اختصاص داده شده است. ماده ۴۳ فسخ به علت بروز حوادث قهری (فورس ماژور)، بیان شده است. در این مجموعه، عنوان «فسخ» یعنی بر هم زدن یکجانبه‌ی قرارداد به کار رفته است. همچنین ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان که تحت عنوان «خاتمه پیمان» آمده، اختیار بر هم زدن یکجانبه‌ی قرارداد را به صلاح‌دید کارفرما، واگذار کرده است (فسخ به صلاح‌دید کارفرما). در نمونه قراردادهای فیدیک، انحلال قرارداد در معنای فسخ، یا فسخ اجباری به کار رفته است.

۱-۱) فسخ به علت تخلف پیمانکار از اجرای تعهدات در شرایط عمومی پیمان

تقصیرات پیمانکار و امتناع از اجرای تعهداتش یا اجرای تعدات به طور ناقص یا مغایر قرارداد، موجب اعطای حق فسخ به کارفرما در شرایط عمومی پیمان می‌گردد.

مواردی که به علت تقصیر پیمانکار، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند، در بند (الف) ماده ۴۶ احصا شده است. بند (ب) علاوه بر اینکه در خصوص آثار فسخ با بند (الف) تفاوت دارد، حکم متفاوتی را نیز به خود اختصاص داده است از این قرار که در صورت بروز موارد بند (ب)، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند (فسخ اجباری). موارد بند (ب) این ماده از این قرار است: واگذاری پیمان به ثالث و شمول ممنوعیت قانونی پیمانکار.

۱-۱-۱) موارد فسخ ناشی از تاخیر پیمانکار در انجام تعهد

در ادامه، به شرح این موارد می‌پردازیم.

۱-۱-۱-۱) تاخیر در تحویل گرفتن کارگاه

مطابق سند پیمان، تحویل دادن کارگاه بر عهده کارفرما و تحویل گرفتن آن برعهده‌ی پیمانکار است. طبق ماده ۲۸ پس از انعقاد قرارداد پیمان و مبادله‌ی آن، کارفرما تاریخ تحویل کارگاه را به پیمانکار اعلام می‌کند و در صورت عدم تحویل کارگاه از جانب پیمانکار ظرف ۳۰ روز از تاریخ تعیین شده، کارفرما حق فسخ دارد. این حق فسخ، خیار تخلف از شرط است.

۱-۱-۱-۲) تاخیر در ارائه برنامه زمانی تفصیلی

پیمانکار جهت ارائه‌ی برنامه زمانی تفصیلی، محدودیت زمانی دارد (طبق بند (ب) ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان). این مهلت یک ماه از زمان مبادله پیمان است؛ ممکن است باتوجه به موضوع پیمان، تغییر کند و بیشتر یا کمتر از یک‌ماه تعیین گردد. تاخیر پیمانکار در ارائه برنامه زمانی نباید بیش از نصف مهلت تعیین شده برای تسلیم آن باشد وگرنه طبق بند ۲ ماده ۴۶، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند. تخطی از این بند، موجب ایجاد خیار تخلف از شرط می‌گردد.

۱-۱-۱-۳) تاخیر در تجهیز کارگاه

طبق بند (ج) ماده ۴ موافقتنامه، پیمانکار باید از تاریخ تعیین شده برای شروع کار از مدت... ماه نسبت به تجهیز کارگاه اقدام نماید. در صورتی که تاخیر در تجهیز کارگاه، بیش از نصف مدت تعیین شده در این بند باشد، می‌تواند منجر به فسخ توسط کارفرما گردد و این حق فسخ، خیار تخلف از شرط فعل است. اما شرط دیگری در بند ۳ ماده ۴۶ برای امکان فسخ در این مورد قید شده، بدین ترتیب که کارفرما قسمتی از پیش‌پرداخت را که باید بعد از تحویل کارگاه پرداخت کند، پرداخت کرده باشد. در مورد اینکه اگر کارفرما مبلغی به عنوان پیش‌پرداخت تادیه نکند و پیمانکار از تجهیز کارگاه، امتناع نماید، تا چه زمان امکان تاخیر برای پیمانکار وجود دارد، سند پیمان سکوت کرده است. از آنجا که تاخیر در هر مرحله اجرای پیمان موجب تاخیر در مرحله‌ی بعدی آن می‌شود، کارفرما می‌تواند در مرحله‌ی بعدی، پیمان را فسخ نماید. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴: ۳۴۴).

۱-۱-۱-۴) تاخیر در شروع عملیات موضوع پیمان

تاخیر در شروع عملیات موضوع پیمان، برای اینکه موجب فسخ توسط کارفرما شود، مقید به زمان است و اگر بیش از یک دهم مدت اولیه پیمان یا دو ماه (هرکدام که کمتر است) ادامه یابد، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند. تاریخ شروع کار، تاریخ نخستین

صورتمجلس تحویل کارگاه است که پس از مبادله پیمان، تنظیم می‌شود (بند (ج) ماده ۴ موافقتنامه پیمان). این حق فسخ، خیار تخلف از شرط است.

۵-۱-۱) تأخیر در اتمام کارهای پیش‌بینی شده در برنامه زمانی تفصیلی

یکی از تعهدات پیمانکار، تهیه برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار و تسلیم آن به مهندس مشاور برای تصویب کارفرما می‌باشد و پیمانکار باید پایان هرماه، گزارش کارهای انجام شده در آن ماه را تهیه کند. اگر تأخیر در انجام کارهای پیش‌بینی شده، بیش از نصف مهلت تعیین شده برای آنها، مستند به فعل پیمانکار باشد، کارفرما می‌تواند طبق بند ۵ ماده ۴۶، پیمان را فسخ نماید. این حق فسخ خیار تخلف شرط است، ولی اگر به دستور کارفرما یا مهندس مشاور، نقشه اجرایی یا مشخصات فنی، تغییر اساسی کند؛ یا کارفرما در اجرای تعهداتش تأخیر کند و منجر به تأخیر در کارهای پیش‌بینی شده گردد؛ یا تأخیر به علت حوادث قهری، یا قوانین جدید باشد و به طور کلی هرکاری که مستند به پیمانکار نباشد موجب تأخیر گردد، پیمانکار حق فسخ ندارد. برای احراز این تأخیر، رعایت ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان الزامی است.

۶-۱-۱) تأخیر در اتمام کار

پیمانکار می‌تواند برای اجرای کارهای پیش‌بینی شده در برنامه‌ی تفصیلی به میزان نصف مهلت تعیین شده تأخیر کند. وی در اتمام کلیه کارها نیز مجاز است تا یک چهارم مدت مشخص شده، تأخیر نماید. در این مورد نیز باید مندرجات ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان (تغییر مدت پیمان)، لحاظ گردد. زیرا ممکنست تأخیر مذکور در این بند ناشی از قصور یا تقصیر پیمانکار نباشد که در این صورت نه تنها موجب حق فسخ برای کارفرما نمی‌شود، بلکه ممکنست باعث افزایش مدت پیمان شود.

۷-۱-۱) تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران

مطابق بند (و) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، پیمانکار متعهد است دستمزد کارگران خود را طبق قانون کار پرداخت کند. اگر در این خصوص تأخیری پیش آید، امکان فسخ توسط کارفرما طبق بند ۱۲ ماده ۴۶، منوط به سپری شدن دستورات و مراحل است که در طول یکدیگرند. مرحله‌ی اول: مهندس مشاور به پیمانکار اخطار می‌کند که طلب کارگران را پرداخت نماید. مرحله‌ی دوم: در صورت استنکاف پیمانکار از دستور فوق، کارفرما می‌تواند دستمزد کارگران را از محل مطالبات پیمانکار پرداخت کند و مبلغ پرداخت شده را به اضافه ۱۵ درصد، از مطالبات پیمانکار کسر نماید و اگر مطالبات کافی نباشد، از محل تضمینهای پیمانکار تامین کند و پیمانکار حقی برای اعتراض به این عمل ندارد. مرحله‌ی سوم: در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از یکماه، کارفرما می‌تواند، قرارداد را فسخ کند.

حق فسخ فوق، پس از سپری شدن مراحل فوق، ایجاد می‌شود. ماهیت این حق فسخ، خیار تخلف از شرط فعل است. شرط موجود در بند (و) ماده ۱۷ شرط به نفع شخص ثالث (کارگر) محسوب می‌شود.

۱-۱-۲) عدم اجرای مفاد پیمان

عدم اجرای پیمان به اشکال مختلف صورت می‌گیرد که بدانها می‌پردازیم.

۱-۱-۲-۱) عدم شروع کار بعد از رفع وضعیت قهری ماده ۴۳ و ابلاغ شروع کار از سوی کارفرما

طبق ماده ۴۳، اجرای پیمان به علت بروز حوادث قهری، حداقل ۳ ماه و در صورت موافقت پیمانکار، حداکثر تا ۶ ماه معلق می‌شود. اگر وضعیت قهری تا ۶ ماه، رفع گردد و کارفرما اعاده‌ی کارها را به حالت قبل وقوع حادثه، لازم و ممکن بداند، پیمانکار مکلفست کارها را بلافاصله آغاز کند. پیمانکار مهلتی را برای اعاده‌ی کارها پیشنهاد می‌کند، این مدت بعد از تایید مهندس مشاور و تصویب کارفرما به پیمانکار ابلاغ می‌شود. در صورتی که با وجود شرایط ذکر شده، پیمانکار، پیشنهاد تمدید مدت مناسب به کارفرما ندهد یا کارفرما پیشنهاد وی را تایید کند، ولی پیمانکار شروع به کار نکند و پس از رفع حادثه قهری، عملیات موضوع پیمان را ادامه ندهد، کارفرما می‌تواند پس از ابلاغ برای شروع کار و عدم انجام آن از سوی پیمانکار، اقدام به فسخ پیمان طبق بند ۷ ماده ۴۶ نماید. این مورد نیز خیار تخلف از شرط فعل می‌باشد.

۲-۱-۱) بدون سرپرست^۱ گذاشتن کارگاه یا تعطیلی کار

طبق بند(ز) ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان: «پیمانکار باید پیش از آغاز عملیات، شخص واجد صلاحیتی را که مورد قبول مهندس مشاور باشد، به عنوان رئیس کارگاه معرفی نماید. رئیس کارگاه باید در اوقات کار در کارگاه حاضر باشد و عملیات اجرایی، با مسئولیت و نظارت او انجام‌ها شود... هر نوع اخطار و اعلام که مربوط به اجرای کار باشد و از طرف مهندس مشاور یا نماینده او به رئیس کارگاه ابلاغ شود، در حکم ابلاغ به پیمانکار است». بنابراین حضور مستمر سرپرست کارگاه ضروری بوده و مسئولیت حضور وی، بر عهده‌ی پیمانکار است. اگر سرپرست کارگاه بیش از ۱۵ روز در کارگاه حضور نداشته باشد، از آنجا که مسئولیت این موضوع متوجه پیمانکار است، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند و این حق فسخ، خیار تخلف از شرط فعل است. در صورتی که کارفرما به پیمانکار به مدت بیش از ۱۵ روز، با احراز دلایل مورد قبول، جهت عدم حضور سرپرست در کارگاه اذن بدهد، دیگر مجاز به فسخ پیمان نخواهد بود. البته این امر مشروط به اینست که درخواست پیمانکار برای مدت معقولی باشد.

پیمانکار باید مطابق برنامه زمانی تفصیلی، موضوع پیمان را اجرا نماید و تاخیر در کارها بیش از نصف مهلت تعیین شده، موجب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌شود. پیمانکار می‌تواند مدتی کار را تعطیل کرده و مدتی سرعت اجرای کار را بالا ببرد تا طبق برنامه ارائه شده، کارها انجام شود؛ ولی وی مجاز نیست بیش از ۱۵ روز کارگاه را تعطیل کند. حتی اگر در نتیجه‌ی کار، تفاوتی حاصل نشده و تعطیلی کار باعث ضرر کارفرما نیز نگردد. این حق فسخ، خیار تخلف از شرط فعل محسوب می‌شود.

۳-۱-۲) عدم اصلاح کارهای معیوب

نظارت مهندس مشاور بر اجرای عملیات موضوع پیمان، ضامن سلامت و مطلوبیت کار است. مطابق بند(د) ماده ۳۲ شرایط عمومی پیمان در صورتی که مهندس مشاور مواردی از عدم رعایت مشخصات فنی، نقشه‌ها و دیگر مدارک فنی پیمان را در اجرای کار مشاهده کند، با ارسال اخطاریه‌ای اصلاح کارهای معیوب را در مدت مناسبی، از پیمانکار می‌خواهد. پیمانکار موظف به اصلاح بوده و هزینه‌های آن بر عهده‌ی خودش است، مگر نقص موجود، مربوط به مدارک فنی باشد. اگر در مهلت مقرر، پیمانکار نسبت به اصلاح موارد اقدام نکند، کارفرما می‌تواند خودش کارهای معیوب را اصلاح کند و هزینه‌اش را به علاوه ۱۵ درصد، از مطالبات پیمانکار کسر نماید. در صورتی که عدم توجه به اخطار مهندس مشاور برای اصلاح هرکار معیوب از سوی پیمانکار تکرار شود، کارفرما می‌تواند مطابق بند(د) ماده ۳۲ و بند ۹ قسمت(الف) ماده ۴۶، قرارداد را فسخ کند. این حق فسخ بدو به وجود نیامده و در صورت تکرار اخطار مهندس مشاور به وجود می‌آید و خیار تخلف از شرط فعل محسوب می‌شود.

۱-۱-۳) سلب صلاحیت پیمانکار

مواردی که به علت عدم صلاحیت پیمانکار، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند، از این قرار است:

۱-۱-۳-۱) انحلال شرکت پیمانکار (اسکینی، ۱۳۸۶: ۳۰۲-۳۰۰)؛ (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۳۵-۲۳۱)^۲

^۱ سرپرست کارگاه، همان رئیس کارگاه بوده که طبق ماده ۱۰ شرایط عمومی پیمان: «رئیس کارگاه، شخص حقیقی دارای تخصص و تجربه لازم است... تا اجرای موضوع پیمان در کارگاه را سرپرستی کند». طبق این ماده سرپرست کارگاه، نماینده‌ی پیمانکار جهت اجرای پیمان می‌باشد.

^۲ انحلال شرکت به معنای پایان شخصیت حقوقی آن است (شخصیت حقوقی تنها برای تصفیه بدهی‌ها و اجرای تعهداتش باقی می‌ماند). شرکت پیمانکار، تجاری بوده و ممکنست به علل ارادی و قهری، منحل شود. مثلاً وقتی موضوع شرکت انجام می‌گردد؛ یا مدت شرکت منقضی می‌شود؛ در صورت ورشکستگی و یا رای مجمع عمومی فوق العاده به انحلال، همچنین انحلال ممکنست به دلیل صدور حکم دادگاه باشد (ماده ۱۹۹ لایحه اصلاح قانون تجارت). .

طبق قسمت ۱۰ بند (الف) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، هنگام انعقاد قرارداد، بقای شرکت پیمانکار، از شرایط ضمنی اجرای پیمان است. اگر شرکت منحل شود، پیمان نیز منحل می‌گردد. اگر پیمانکار شخص حقیقی باشد، قسمت ۱۰ در مورد وی موضوعیت نخواهد داشت؛ این سوال مطرح می‌شود که اگر پیمانکار شخص حقیقی باشد، با فوت او پیمان منحل می‌شود؟ در پاسخ، سند پیمان ساکت است، ولی چون در پیمان، شخصیت پیمانکار می‌تواند یکی از علل عمده‌ی عقد باشد، با وحدت ملاک، می‌توان فوت پیمانکار را نیز از علل انحلال پیمان دانست. ماهیت این شرط، شرط فاسخ است و در صورت حدوث این شرط، عقد خود به خود منحل می‌گردد و در عبارت مندرج در این ماده واژه‌ی فسخ مسامحتاً به کار رفته است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۴۶-۳۴۳)

۲-۳-۱) ورشکستگی و توقیف ماشین‌آلات پیمانکار

پیمانکار چه شخص حقیقی باشد و چه حقوقی، ورشکستگی او (ماده ۴۱۲ قانون تجارت)، پیمان را منحل می‌کند. وقتی پیمانکار ورشکست می‌شود، از اجرای موضوع پیمان بازمی‌ماند و عدم اجرای طرح‌های عمرانی، وضعیت کارفرما را هم تحت الشعاع قرار می‌دهد. ورشکستگی می‌تواند موجب انحلال شرکت پیمانکار و در نتیجه انحلال پیمان شود. حکم ورشکستگی باید از سوی دادگاه اعلام گردد. ورشکستگی در صورتی موجب خاتمه پیمان می‌شود که موجب توقف و کندی پیشرفت کار شود. درست است که ورشکستگی موجب انحلال شرکت پیمانکار است، اما از آنجا که احراز آن نیازمند پروسه طولانی مدت می‌باشد؛ همچنین پیمانکار ممکنست شخص حقیقی باشد، ورشکستگی به عنوان بندی جدا از انحلال شرکت، درج شده است. توقیف اموال در صورتی مشمول این بند است که سبب کندی آهنگ پیشرفت کار گردد. از آنجا که ورشکستگی و توقیف ماشین‌آلات را نمی‌توان به فعل پیمانکار مستند کرد، ماهیت این بند، شرط فاسخ است.

۱-۱-۴) واگذاری پیمان به شخص ثالث و شمولیت ماده ۴۴ قانون منع مداخله

واگذاری پیمان به ثالث در بند (ب) ماده ۴۶ در دو مورد مطرح شده است که البته هیچ کدام را نمی‌توان به معنای فسخ در نظر گرفت:

۱-۱-۴-۱) واگذاری پیمان به شخص ثالث

طبق بند (الف) ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان، پیمانکار، حق واگذاری پیمان به دیگران را ندارد.^۱ البته این واگذاری، تنها در صورتی به کارفرما حق فسخ می‌دهد که به صورت کلی باشد و در این صورت کارفرما مکلف به فسخ پیمان است. مطابق بند (ب) همین ماده، پیمانکار می‌تواند به منظور تسریع و تسهیل در اجرای عملیات موضوع پیمان، با پیمانکاران جزء، پیمان‌هایی ببندد، مشروط بر اینکه آنان را از واگذاری کار به دیگران ممنوع کند. اگر پیمانکار بدون رعایت مراتب فوق پیمان را واگذار کند، کارفرما حق فسخ دارد.

واگذاری کلی پیمان یعنی پیمانکار کل قرارداد یا عملاً تمام موضوع پیمان را به شخص دیگری منتقل کند. در پیمان‌های عمرانی تابع شرایط عمومی پیمان، این کار اصولاً ممنوع است و بدون موافقت کارفرما می‌تواند موجب حق فسخ برای کارفرما شود. واگذاری جزئی، یعنی پیمانکار فقط بخشی از عملیات را به پیمانکار جزء بسپارد. این کار در اصل مجاز است، اما مسئولیت پیمانکار اصلی در برابر کارفرما از بین نمی‌رود و همچنان خودش پاسخ‌گوست. مبنای اصلی این تفکیک در ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان و ضمانت اجرای آن در ماده ۴۶ همان شرایط آمده است. در نتیجه اگر پیمانکار، کل پروژه یا کل تعهدات را می‌خواهد به دیگری واگذارد، این واگذاری کلی است و اگر فقط بخشی از تعهدات مثل برق‌کشی، نازک‌کاری، حمل، یا نصب تجهیزات را به دیگری بسپارد، واگذاری جزئی است. به عنوان مثال: در واگذاری کلی، شرکت «الف» با شهرداری برای احداث کامل یک ساختمان اداری قرارداد پیمانکاری می‌کند و سپس شرکت «الف» بدون موافقت شهرداری، کل اجرای پروژه، نیروها، تجهیزات و تعهدات خود را به شرکت «ب» می‌سپارد و خودش عملاً از پروژه کنار می‌رود.

این کار واگذاری کلی پیمان است؛ چون طرف قرارداد واقعی شهرداری، شرکت «الف» بوده، نه شرکت «ب». در صورت فقدان اجازه

^۱ دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمانها و مقررات مربوط به آنها (پیوست بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲ - ۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۳/۳) در ردیف ۲-۲ می‌گوید: «اگر به علت ایجاد وضعیت خاص در تشکیلات پیمانکار که خارج از اختیار او باشد، ادامه کار مقدور نشود، دستگاه اجرایی می‌تواند برای ادامه پیمان براساس پیشنهاد پیمانکار و رعایت مراتب، با جایگزینی پیمانکار دیگری به جای پیمانکار موافقت نمایند».

کارفرما، ممکن است نقض پیمان از جانب پیمانکار تلقی شده و موجب اعمال ضمانت اجراهایی مانند فسخ قرارداد باشد. مثال واگذاری جزئی در پروژه پیش گفته چنین است که شرکت «الف» برای اجرای سیستم برق ساختمان با شرکت «ج» قرارداد جداگانه منعقد می‌کند، اما خودش همچنان مسئول هماهنگی پروژه، کیفیت کار و تعهدات کلی در برابر شهرداری باقی می‌ماند. این کار واگذاری جزئی یا استفاده از پیمانکار جزء است؛ زیرا فقط بخشی از عملیات به دیگری سپرده شده و پیمانکار اصلی از مسئولیت مبرا نشده است.^۱

همچنین اگر قبل از تحویل موقت کار، دستگاه اجرایی یا سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور مطلع شود که پیمانکار بدون مجوز، قسمتی یا تمام کار را به پیمانکار دست دوم واگذار کرده است، می‌توانند نام چنین پیمانکاری را برای حداقل یک‌سال از فهرستهای خود حذف کنند (ماده ۵۷ آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران و ارجاع کار به آنها، شماره ۵۷۸۴۸، مصوب ۱۳۶۷/۶/۱۹). این شرط شبیه شرط فاسخ است چرا که کارفرما مکلفست پیمان را فسخ کند. در صورتی که فسخ به معنای اختیار بر هم زدن قرارداد است.

۲-۴-۱-۱) شمول قانون منع مداخله در مورد پیمانکار

طبق ماده ۴۴ پیمانکار اعلام می‌کند که هنگام انعقاد پیمان مشمول قانون منع مداخله مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ نیست و اگر خلاف آن محرز شود، پیمان، فسخ می‌شود.

۱-۴-۲-۱) اگر ضمن انجام کار تا تحویل موقت، پیمانکار به علت تغییرات صاحبان سهام، مدیران یا بازرسان شرکت پیمانکار، مشمول این قانون شود؛ طبق بند (الف) ماده ۴۴ و قسمت ۲ بند (ب) ماده ۴۶، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند. قانون منع مداخله برای جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی کارکنان دولت، اشخاص موصوف در ماده ۱ قانون مزبور را از معامله با وزارتخانه‌ها، بانکها، شهرداری‌ها و سایر موسسات مذکور در این قانون، منع می‌کند. از آنجایی که یکی از طرفین پیمان، دستگاه اجرایی است، پیمانکار باید مفاد این قانون را رعایت نماید. طبق ماده ۲ این قانون، در صورت وجود شرایط فوق، پیمان که از جمله معاملات دولتی است، از ابتدا باطل و کان لم یکن می‌گردد هر چند در ماده ۴۴، از واژه‌ی فسخ استفاده شده است. اگر هنگام انعقاد پیمان، پیمانکار مشمول این قانون شود و از کارفرما کتمان کند، پیمان باطل است. قرارداد باطل اثری نداشته و اعلام فسخ قرارداد باطل، کاری بیهوده است. در این حالت می‌توان ترتیبات بعد از بطلان را طبق ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان نسبت به پیمانکار اعمال کرد.

اگر شمولیت قانون منع مداخله پس از انعقاد پیمان صورت گیرد و از موارد بند (الف) ماده ۴۶ باشد، به علت فقدان شرایط انعقاد پیمان هنگام منعقد شدن قرارداد، پیمان باطل است و اقدامات بعد از آن طبق ماده ۴۷ صورت خواهد گرفت. اگر حکم این قانون بعد از انعقاد پیمان شامل پیمانکار شود و از موارد بند (الف) باشد، پیمانکار باید قرارداد را فسخ کند و طبق ماده ۴۷ عمل شود.

۲-۴-۲-۲) در صورتی که سبب شمول قانون منع مداخله، تغییر در دستگاههای دولت یا کارفرما باشد، به محض وقوع منع قانونی، پیمانکار باید مراتب را به کارفرما اعلام کند و اگر مانع قانونی مرتفع نشود، کارفرما مطابق ماده ۴۸ به پیمان خاتمه می‌دهد. اگر پیمانکار مراتب را به موقع اعلام نکند، پیمان فسخ و طبق ماده ۴۷ عمل می‌شود. در نتیجه اگر پیمانکار زمان انعقاد پیمان، مشمول قانون منع مداخله گردد، پیمان، باطل ولی آثار آن طبق ماده ۴۸ اجرا می‌شود. اگر این شمولیت بعد از انعقاد پیمان باشد و پیمانکار آن را اعلام کند، ولی موفق به رفع آن نشود، پیمان منفسخ شده و آثار آن مطابق ماده ۴۸ بار می‌شود.

^۱ یک مثال مرزی: اگر شرکت «الف» تقریباً همه عملیات اصلی را به شرکت «ب» واگذار کند و فقط نام، قرارداد و نظارت ظاهری برای خودش باقی بماند، حتی اگر عنوان قرارداد را «پیمانکاری جزء» بگذارد، ممکن است در عمل واگذاری کلی یا واگذاری بخش عمده پیمان تلقی شود. تشخیص نهایی به مفاد قرارداد، میزان کار واگذار شده و نقش واقعی پیمانکار اصلی بستگی دارد.

۲-۱: موارد فسخ به علت تخلف و کوتاهی پیمانکار از اجرای تعهدات در نمونه قراردادهای فیدیک

فسخ از جانب کارفرما در ماده ۱۵ کتابهای قرمز، زرد و نقره‌ای فیدیک ذکر شده است.

طبق ماده ۱۵-۲ در قراردادهای فیدیک، کارفرما محق به فسخ پیمان خواهد بود، اگر پیمانکار:

۱-۲-۱) در اجرای ماده ۴-۲ (ضمانت نامه حسن انجام تعهدات) یا نسبت به اطلاعیه مذکور در ماده ۱۵-۱ (اخطار رفع نقص) قصور نماید.

مطابق ماده ۴-۲ پیمانکار باید تضمین انجام تعهدات را به هزینه خود، تهیه نماید و ظرف ۲۸ روز پس از ارسال نامه‌ی پذیرش به مهندس مشاور ارسال کند.

در بند ۱ ماده ۱۵، مهلتی برای رفع قصور پیمانکار به وی ابلاغ می‌شود. اگر پیمانکار، علی‌رغم دریافت این اخطاریه نیز ظرف مهلت مقرر به تعهداتش عمل نکند، کارفرما حق فسخ خواهد داشت.

۲-۲-۱) کارها را رها کرده یا به هر طریق دیگری به وضوح نشان دهد که قصد ندارد به اجرای تعهداتش ادامه دهد.

پیمانکار موظفست طبق پیمان، به اجرای تعهداتش بپردازد. اگر وی کارها را رها کند یا نشان دهد که قصد انجام آن را ندارد یا صریحا اعلام نماید که انجام نمی‌دهد، کارفرما می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.

در این بند، «نقض پیش از موعد» (Anticipatory Breach) مطرح شده است، چرا که طبق قسمت دوم این بند: «پیمانکار به نوعی نشان می‌دهد که قصد اجرای تعهداتش در موعد تعیین شده ندارد».

۳-۲-۱) قصور بدون دلیل موجه:

۱-۲-۳-۱) بدون دلیل موجه در اجرای کارها مطابق ماده ۸ (آغاز کار، تاخیرات و تعلیق) قصور ورزد،

طبق بند ۱ ماده ۸ مهندس مشاور تاریخ شروع کارها را به پیمانکار ابلاغ می‌کند و پیمانکار باید اجرای کارها را در زودترین زمان ممکن پس از تاریخ شروع، آغاز کند و بدون تاخیر، کارها را پیش ببرد. طبق بند ۸-۲ پیمانکار مکلفست کارها را ظرف مدت تکمیل برای تحویل موقت، کامل انجام دهد. برابر بند ۳ ماده ۸ پیمانکار مکلفست پس از دریافت ابلاغیه‌ی شروع کار، برنامه‌ی زمانی خود را با توجه به شروط این بند به مهندس مشاور تحویل دهد. مطابق ماده ۸-۴ پیمانکار می‌تواند در صورت تغییر کار، تاخیر مجاز (تاخیرات ناشی از مقامات قانونی)، شرایط نامناسب جوی، کمبود غیرقابل پیش‌بینی یا هرگونه مانع و تاخیر منتسب به کارفرما یا کارکنان وی، مدت تکمیل را تمدید و به کارفرما ابلاغ نماید. طبق بند ۸-۶ اگر نرخ پیشرفت کار آهسته شود، مهندس مشاور می‌تواند از پیمانکار بخواهد برنامه‌ی کاری تجدیدنظرشده‌ای را برای کارفرما بفرستد. در ماده ۸-۸ به مهندس مشاور اختیار داده شده است که پیشرفت تمام یا بخشی از کار را به حالت تعلیق درآورد. پس از دستور ادامه‌ی کار، پیمانکار و مهندس مشاور مطابق بند ۸-۱۲ موظفند با همکاری یکدیگر، کارها و تجهیزات تعلیق شده را اصلاح نمایند.

۲-۳-۱-۲) بدون دلیل موجه در اجرای اطلاعیه صادره مطابق ماده ۷-۵ (عدم پذیرش) یا ماده ۷-۶ (کارهای ترمیمی) ظرف ۲۸ روز از تاریخ دریافت، قصور نماید،

طبق بند ۵ ماده ۷ نمونه قراردادهای فیدیک، اگر هریک از تجهیزات و طراحی‌ها و... بعد از آزمایش، مطابق با پیمان نباشند، مهندس مشاور می‌تواند آنها را مردود اعلام کرده و با ذکر دلیل به پیمانکار ابلاغ نماید و پیمانکار مکلفست بلافاصله نواقص را برطرف نماید.

بند ۷-۶ (کارهای ترمیمی) بدین شرح است:

علی‌رغم هرگونه آزمایش یا گواهی قبلی، مهندس مشاور می‌تواند به پیمانکار دستور دهد که:

الف- هریک از ماشین‌آلات یا مصالحی را که با پیمان منطبق نیست از کارگاه، خارج و جایگزین نماید.

ب- هرکدام از کارهای دیگری را که منطبق با پیمان نیست، از کارگاه خارج و یا مجددا اجرا نماید.

ج- کارهایی که انجام آن به صورت اضطراری برای ایمنی کارها، به دلیل حادثه غیرقابل پیش بینی، یا به هر دلیل دیگری ضرورت یافته است، انجام دهد.

پیمانکار موظفست در مدت زمان معقول طبق دستورالعمل مشخص شده (در صورت وجود)، یا به محض مشخص شدن فوریت امر در پاراگراف (ج)، کارها را به انجام رساند. اگر پیمانکار این دستورات را اجرا ننماید، کارفرما محق به پرداخت به اشخاص دیگری برای انجام این کارها خواهد بود. به استثنای مواردی که پیمانکار محق به دریافت دستمزد برای کار می باشد، پیمانکار باید طبق ماده ۵-۲ (دعای کارفرما) کلیه هزینه های ناشی از قصورش را به کارفرما پرداخت کند. موضوع قابل توجه این است که تنها در مورد کاری که پیمانکار انجام نداده، کارفرما می تواند شخصی را جایگزین کند نه برای کار دیگر و نه برای کلیه کارها. طبق ماده ۱۵-۲، اگر پیمانکار برکنار نشد و ظرف ۲۸ روز پس از اختاریه از انجام آن قصور ورزید، کارفرما حق فسخ دارد. در کتاب نقره ای، پیمان های کلید در دست، این بخش در ماده ۱۵-۲ وجود ندارد، چرا که در این پروژه ها همه ی کارها برعهده پیمانکار است.

۴-۲-۱) بدون توافقی لازم، کلیه کارها را به پیمانکار دست دوم سپرده و یا پیمان را به غیر واگذار کند.

۵-۲-۱) ورشکسته یا معسر گردد و یا در شرف انحلال قرار گیرد، علیه او اجراییه (دستور تصفیه حساب) یا قرار بازداشت صادر شده باشد، با طلبکارانش تبانی نماید یا با مدیر تصفیه، امین یا مدیر حافظ منافع طلبکاران خود وارد معامله شود و یا هرگونه عمل یا رویدادی واقع شود که (طبق قوانین ذیربط) تاثیر مشابه هریک از اعمال یا وقایع فوق را داشته باشد.

۶-۲-۱) اعطا و یا پیشنهاد اعطای هرگونه رشوه، هدیه، انعام، یا کمیسیون یا هرچیز با ارزش دیگری (بطور مستقیم یا غیرمستقیم)، به عنوان پاداش یا ایجاد انگیزه به هرشخصی یا به منظور ترغیب:

- به منظور انجام یا خودداری از انجام هرکاری در ارتباط با پیمان،

- یا برای ارائه یا عدم ارائه ی الطاف ویژه به هرشخصی در رابطه با پیمان،

- یا اگر هرکدام از کارکنان، نمایندگان یا پیمانکاران دست دوم پیمانکار اینگونه ترغیبها یا پاداش های موصوف را (مستقیمی یا غیرمستقیم) به هرشخصی بدهد یا وعده نماید. لیکن ترغیبها و پاداش های قانونی به کارکنان پیمانکار، موجب ایجاد حق فسخ توسط کارفرما نخواهد شد.

در صورت وقوع هرکدام از موارد فوق، کارفرما می تواند با ارسال اختاریه ۱۴ روزه به پیمانکار، پیمان را فسخ و پیمانکار را از کارگاه اخراج نماید. لیکن در مورد دو بند آخر، کارفرما می تواند طی اختاریه ای، بلافاصله پیمان را فسخ نماید. تصمیم کارفرما نسبت به فسخ پیمان به هیچ وجه لطمه ای به سایر حقوق کارفرما که طبق پیمان یا سایر موارد دارد، وارد نخواهد کرد.

در نتیجه در قرارداد های فیدیک کارفرما محق است، اگر پیمانکار ورشکسته یا معسر شود یا در شرف انحلال قرارگیرد و یا رشوه بدهد، بلافاصله پیمان را فسخ کند (فسخ فوری)، اما در موارد دیگر باید اختاریه ی ۱۴ روزه جهت فسخ، به پیمانکار بدهد.

۲) فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک

فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد، در حقوق ایران و شرایط عمومی پیمان مقرر نشده است، ولی در قراردادهای فیدیک در بند مربوط به فسخ به علت تخلف پیمانکار، مطرح شده است.

۱-۲) فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد در شرایط عمومی پیمان

در حقوق ایران، عدم اجرای تعهدات قراردادی یا اجرای با تاخیر یا ناقص و یا نادرست تعهدات، در زمان مقرر، نقض قرارداد قلمداد می شود (کاتوزیان ۱۳۸۷: ۱۳۸).

در قواعد عمومی قراردادها و شرایط عمومی پیمان ماده ای که به صراحت فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد را بیان کند، وجود ندارد، اما می توان این نظریه را با توجه به مبانی فقهی و حقوقی، در حقوق ایران نیز مورد پذیرش دانست.

۲-۱-۱) نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در فقه

از منظر فقه اسلامی عقل یکی از منابع اصلی استنباط بوده و عقل، انجام تعهد توسط یک طرف را در صورتیکه انجام تعهدات طرف دیگر مورد تردید است، تأیید نمی‌کند. چنانچه یک طرف به طور متعارف پیش‌بینی نماید طرف مقابلش نمی‌خواهد یا نمی‌تواند تعهداتش را به موقع اجرا کند، التزام به قرارداد، عقلایی نیست.

یکی از بنیادی‌ترین مبانی که می‌توان بر اساس آن نظریه نقض قابل‌پیش‌بینی را توجیه نمود، این است که نقض زود هنگام قرارداد، به نوعی نقض یک تعهد حال و تخلف از شرط ضمنی، تلقی می‌شود. در فقه، شروط ضمن عقد به دو نوع شروط صریح و شروط غیرصریح (ضمنی) تقسیم می‌شوند (نایینی، ۱۴۲۷ق: ۲۳۲) (انصاری، ۱۴۲۸ق: ۲۴۸). در هر قراردادی یک شرط ضمنی عرفی وجود دارد که نقض قرارداد پیش از موعد را منع می‌کند و هرگونه تخلف از این شرط به مشروط له، حق فسخ می‌دهد.

۲-۱-۲) نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در قوانین ایران

در قوانین ایران موادی وجود دارد که به طور ضمنی، نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است. خیار تفلیس در ماده ۳۸۰ قانون مدنی از فقه اقتباس گشته است، طبق نظر شهید ثانی: «اگر طلبکار شخص مفلس کالای خود را بیاید، مخیر است معامله را فسخ و مقدم بر سایر طلبکاران، آن را تصاحب کند، یا برای دریافت ثمن، کنار دیگران قرار بگیرد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۲۵). خیار تفلیس شباهت زیادی به نظریه‌ی پیش‌بینی نقض قرارداد دارد. چرا که وقتی متعهدله بفهمد طرف قرارداد مفلس است و قادر به اجرای تعهدش نخواهد بود، با اعمال خیار تفلیس، معامله را فسخ و عین مال خود را مسترد می‌دارد. اکثر حقوقدانان معتقدند ظاهر ماده ۳۸۰ دلالت بر این دارد که امتناع از تسلیم مبیع، به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد نه حق حبس (شهیدی، ۱۳۶۳: ۱۸۳).^۱

اگر سبب ناتوانی اجرای قرارداد، خارجی و احتراز ناپذیر باشد مثلاً قوه قاهره، اجرای قرارداد را غیرممکن نماید، چون متعهد از اجرای تعهد معاف می‌شود، خسارتی نمی‌پردازد و طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند. البته، اگر مورد معامله عین معین باشد و حادثه خارجی موجب تلف آن شود، طبق ماده ۳۸۷ قانون مدنی رفتار می‌شود (نجفی، ۱۳۲۴ق: ۸۸).^۲ اگر سبب ناتوانی، ریشه داخلی داشته باشد، تعهد به قوت خود باقی است و طرف دیگر می‌تواند برای جلوگیری از ضرر بیشتر، عقد را فسخ کند و زیان وارد شده را نیز مطالبه کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۶-۱۴۵). نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد، در با مبانی و اصول حقوقی موجود در قواعد عمومی قراردادها مطابقت داشته و در صورتی که با مبانی اعطای حق فسخ نیز سازگار باشد، پیش‌بینی نقض قرارداد را می‌توان یکی از موجبات حق فسخ قرارداد در حقوق ایران دانست. در قراردادهای پیمانکاری، از آنجایی که کارها طبق جدول زمانبندی انجام می‌گیرد، تاخیر طولانی در اجرای یک قسمت از موضوع، می‌تواند نقض قرارداد پیش از انقضای موعد، تلقی شود. در نتیجه درج حق فسخ به علت پیش‌بینی نقض قرارداد در شرایط عمومی پیمان، کارآمد خواهد بود و مانع ورود ضرر به طرفین می‌شود.

۲-۲) فسخ به علت پیش‌بینی نقض قرارداد در نمونه قراردادهای فیدیک

نظریه‌ی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد، از نظام کامن‌لا^۳ برگرفته شده است و موطن اصلی آن حقوق انگلیس است و به رغم سابقه‌ای که در نظام کامن‌لا و اسناد بین‌المللی مثل کنوانسیون بیع بین‌الملل دارد، در بعضی از نظام‌های حقوق نوشته مثل حقوق ایران جایگاه روشنی ندارد. گاه ممکن است قبل از رسیدن موعد تعهد، براساس اعلام صریح متعهد و یا حسب اوضاع و احوال موجود، متعهدله به طور معقول متوجه شود که متعهد نمی‌تواند یا نمی‌خواهد در موعد مقرر به تعهدش عمل کند. یا متعهد صریحاً اعلام کند یا نشان دهد که در اجرای تعهداتش ناتوان است یا تمایلی به اجرای آنها ندارد، به نحوی که نقض قرارداد در موعد اجرا، قابل

^۱ در مورد خیار تعذر تسلیم ر.ک (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۳۹۶).

^۲ اگر تلف مبیع پیش از قبض از جانب ثالث صورت گیرد، بیشتر فقها بر این قائلند که مشتری حق فسخ دارد و طبق نظر عده‌ای از فقها تعذر دایم، باعث انفساخ عقد می‌شود (بحر العلوم ۱۹۸۴: ۱۷۵-۱۷۰). (هر دو مورد موید پیش‌بینی نقض قرارداد است).

^۳ در کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (PICC) و اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) نیز وجود دارد.

پیش‌بینی باشد (Edwin & G. H., 1995 : 285). در این حالت، طبق نظریه‌ی نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد، متعهدله می‌تواند انجام تعهدات خود را در قراردادی که در آینده با نقض مواجه خواهد شد، ترک کند و حسب‌مورد، اقدام به تعلیق یا فسخ قرارداد نماید. در نمونه قراردادهای فیدیک در قسمت (ب) ماده ۱۵-۲ ذیل عنوان فسخ توسط کارفرما، مقرر شده است: «کارها را رها کرده یا به وضوح نشان دهد که قصد ندارد اجرای تعهداتش را طبق پیمان ادامه دهد. ولی پیمانکار حق پیش‌بینی نقض پیمان جهت فسخ را در نمونه قراردادهای فیدیک ندارد».

اگر طرف قرارداد، بعد از انعقاد و پیش از فرارسیدن موعد، تعهداتش را اجرا نکند، نقض صریح و اگر از اقدامات و اظهارات او استنباط شود که قادر به اجرای قرارداد در موعد نیست، نقض ضمنی قرارداد (Sujan, 1999 : 267)، در این حالت مساله‌ی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد مطرح می‌شود (J. W, 1991 : 216). که متعهدله در کامن‌لا، می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. (Schlechtriem, : 78) (1986).^۱ (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷ : ۳۴۷).^۲ اصول و مبانی این نظریه را در نظام کامن‌لا می‌توان یافت (Cheshire & Geoffrey, 1991 : 523). در کامن‌لا نقض تعهدات به سه شکل رد قرارداد، غیر ممکن ساختن آن و عدم اجرا صورت می‌گیرد (Chitty, 2004 : 391).

فسخ قرارداد، در صورت نقض پیش از موعد، زمانی امکان‌پذیر است که نقض، اساسی بوده و متوجه بخش مهمی از قرارداد باشد که طرف دیگر را از آنچه انتظار داشته از قرارداد به دست آورد، محروم سازد (Cheshire & Chevalier, 1991 : 523) یعنی یا درباره کل تعهدات باشد یا درباره بخش مهمی باشد که به جوهره اصلی تعهد برمی‌گردد (Corbin, 1972 : 918). طبق حقوق انگلستان: «کسی که قرارداد را نقض می‌کند، نمی‌تواند با بیان اینکه مورد توصیه یک حقوقدان بوده، یا با گفتن زمینه‌ها و جهات نقض در قرارداد، عذر بیاورد» (Smit, 1989 : 524).

با تحقق نقض پیش از موعد قرارداد، طرف دیگر می‌تواند منتظر فرارسیدن موعد انجام قرارداد بماند و اقامه دعوی نکند (رحیمی، ۱۳۸۴ : ۱۳۴)، اما اگر در این فاصله، حادثه‌ای رخ دهد که قرارداد را «عقیم» (Frustrating Event) گرداند، حق فسخ و مطالبه خسارت از بین می‌رود (Corbin, 1972 : 930-931). اعلام فسخ قرارداد باید زمانی صورت گیرد که تا حد ممکن شک درباره بنیادی بودن نقض قرارداد، از بین رفته باشد، زیرا اگر تصور شخص اعلام‌کننده فسخ در خصوص پیش‌بینی نقض طرف دیگر با واقع منطبق نباشد، اعلام فسخ او ممکنست نقض اساسی محسوب شود و طرف دیگر را قادر به فسخ کند. (Enderlein, & Maskow, 1992 : 291,292)

۳) موارد فسخ به صلاح‌دید کارفرما و فسخ به علت تخلف کارفرما در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک

از آنجا که آثار فسخ به صلاح‌دید کارفرما و فسخ به علت تخلف وی از اجرای تعهدات قراردادی، شبیه به هم است، هر دو موضوع را در یک قسمت بررسی می‌کنیم.

^۱ کنوانسیون بیع بین‌الملل، ضمانت اجرای نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد را حق تعلیق و حق فسخ می‌داند. به عنوان یک قاعده‌ی کلی، زمانی که قصور در اجرای مفاد قرارداد منجر به نقض اساسی شود، قرارداد قابل فسخ خواهد بود.

اصل لزوم را نمی‌توان مانع پذیرش این نظریه دانست چراکه برای التزام به قرارداد، باید حقوق طرفین قرارداد و عدالت معاوضی رعایت شود. در واقع در صورت اعلام یک طرف مبنی بر نقض قرارداد، نباید قرارداد به طرف دیگر تحمیل شود. (صفایی و عسگری، ۱۳۹۳).

^۲ در حقوق آمریکا، نظریه‌ی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در اولین «شرح جدید حقوق قراردادها» منعکس شد و هم‌اکنون ماده ۶۰۹-۲ از UCC بیانگر این نظریه است.

۳-۱) موارد فسخ به صلاحدید کارفرما و فسخ به علت تخلف کارفرما در شرایط عمومی پیمان ماده‌ای جهت اعطای حق فسخ به پیمانکار در شرایط عمومی پیمان، وجود ندارد، اما از بعضی مواد می‌توان چنین برداشت کرد که حق فسخ به طور غیرمستقیم به پیمانکار تعلق می‌گیرد. (پیمانکار به پیمان خاتمه می‌دهد).

۳-۱-۱) مواردی که اختیار خاتمه قرارداد با پیمانکار تلقی می‌شود

در شرایط عمومی پیمان از آنجا که یکطرف قرارداد دولت بوده و دارای اقتدار است، صریحا ماده‌ای به فسخ توسط پیمانکار اختصاص نیافته است. ولی حقوقدانان معتقدند که پیمانکار می‌تواند از طریق دادگاه، اقدام به فسخ کند. در واقع بر خلاف فسخ توسط کارفرما که یک فسخ غیرقضایی است و با ارسال اخطاریه توسط کارفرما صورت می‌گیرد، پیمانکار، در صورت قصور یا تخلف کارفرما می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده و دادخواست مبنی بر خاتمه‌ی قرارداد تقدیم کند.

برخی مواد شرایط عمومی پیمان، ظاهرا خيار شرطی است که درحقیقت با اراده پیمانکار منتهی به خاتمه پیمان می‌شود. مثلا اگر تحویل کارگاه، به صورت یکجا مقدور نباشد، کارفرما باید کارگاه را به ترتیبی تحویل دهد که پیمانکار بتواند کار را طبق برنامه زمانی انجام دهد. اگر تاخیر در تحویل کارگاه بیش از ۱ ماه شود، کارفرما به منظور جبران خسارت، هزینه‌های اضافی ایجادشده برای پیمانکار را طبق بند (ج) ماده ۲۸ پرداخت می‌کند. اگر مدت تاخیر از ۳۰ درصد مدت پیمان یا ۶ ماه (هرکدام کمتر است)، بیشتر شود و مبلغ کارهای پیش‌بینی شده تا ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، پیمانکار می‌تواند با اطلاع قبلی ۱۵ روزه آن قسمت از کار را از تعهداتش حذف نماید و اگر این مبلغ بیش از ۲۵ درصد باشد در صورت اعلام خاتمه پیمان از سوی پیمانکار، پیمان خاتمه یافته و ماده ۴۸ اعمال می‌شود.

اگر کارفرما هیچ قسمت از کارگاه را به پیمانکار تحویل ندهد، پس از طی مدت یک ماه، تا ۳۰ درصد مدت پیمان یا ۶ ماه (هرکدام که کمتر است)، در صورتی که پیمانکار مایل به ادامه کار نباشد، با اعلام وی قرارداد طبق ماده ۴۸ خاتمه می‌یابد.

طبق ماده ۲۹ ضمن اجرای کار، ممکن است مقادیر درج شده در فهرست بها تغییر کند. پیمانکار با دریافت ابلاغ تغییر مقادیر کار، موظف به انجام کار با نرخ پیمان است، به شرط آنکه مبلغ ناشی از تغییر مقادیر کار، از حدود تعیین شده بیشتر نشود. اگر کاهش مقادیر و حذف آنها و یا جمع مبالغ مربوطه بیش از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود و پیمانکار با نرخ پیمان موافق نباشد؛ و موافق به ادامه کار نباشد، کارفرما طبق ماده ۴۸ به پیمان خاتمه می‌دهد.

یکی از حقوقی که در پیمان برای کارفرما شناخته شده است، تعلیق پیمان است. استفاده از حق تعلیق برای بار دوم طبق ماده ۴۳ منوط به موافقت پیمانکار است و اگر پیمانکار، موافقت ننماید، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ عمل می‌شود. با احراز شرایط مزبور در موارد فوق، کارفرما باید طبق ماده ۴۸، پیمان را خاتمه دهد. در سه ماده مزبور، خاتمه پیمان به اختیار پیمانکار بوده و اقدامات پس از آن طبق ماده ۴۸ صورت می‌گیرد. این حق فسخ، خيار شرط نیست، بلکه شرط فاسخ می‌باشد و پیمانکار مسلط بر آن است، چراکه در صورت وجود شرایط مذکور و عدم تمایل پیمانکار به ادامه کار، کارفرما مجبور به خاتمه می‌شود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴: ۳۶۸-۳۶۲).

۳-۱-۲) فسخ به صلاحدید کارفرما در شرایط عمومی پیمان (ماده ۴۸)

ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، تحت عنوان «خاتمه‌ی پیمان» مقرر شده است. ولی این ماده نیز، حق فسخ یعنی حق برهم زدن یک جانبه‌ی قرارداد می‌باشد. طبق این ماده، کارفرما می‌تواند بدون ارتکاب تقصیر از جانب پیمانکار، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، قرارداد را فسخ نماید که اصطلاحا به آن فسخ به مصلحت گفته می‌شود و حق فسخ بدون دلیل و بدون مدت به مقامات دولتی (در قرارداد پیمانکاری دولتی) تعلق می‌گیرد.

اگر این حق فسخ را خيار شرط تلقی کنیم، در خيار شرط، مدت خيار باید معین باشد. در این صورت، با این توضیح که قراردادهای پیمانکاری الزاما دارای مدت معین هستند و این مدت، مدت زمان معین اعمال خيار شرط نیز محسوب می‌شود؛ خيار شرط مندرج در ماده ۴۸ توجیه خواهد شد و شرایط آن مطابق خيار شرط در قواعد عمومی قراردادها (حقوق خصوصی موضوع قراردادهای پیمانکاری غیردولتی) می‌باشد.

در صورتی که ماده ۸ را طبق حقوق عمومی، فسخ قرارداد به علت مقتضیات منافع بدانیم شرایط و آثار خیار شرط بر آن حاکم نبوده و در صورتی که شرط مندرج در فسخ به مصلحت، یعنی رعایت صلاحدید کارفرما که نماینده مردم است، رعایت نشود، پیمانکار می تواند با اثبات این موضوع ابطال فسخ پیمان را بخواهد.

۳-۲) فسخ به صلاحدید کارفرما و فسخ به علت تخلف کارفرما در نمونه قراردادهای فیدیک ابتدا موارد فسخ به علت تخلف کارفرما در فیدیک را بیان می کنیم و سپس به شرح ماده فسخ به صلاحدید کارفرما می پردازیم.

۳-۲-۱) فسخ به علت تخلف کارفرما در نمونه قراردادهای فیدیک

فسخ از جانب پیمانکار به علت تقصیرات کارفرما در بند ۲ ماده ۱۶ ذکر شده که به شرح زیر می باشد:

طبق ماده ۱۶-۲ نمونه قرارداد فیدیک، پیمانکار می تواند پیمان را فسخ کند اگر:

۱-۱-۳) پیمانکار ظرف ۴۲ روز پس از صدور اخطاریه‌ی موضوع ماده ۱۶-۱ (حق پیمانکار برای تعلیق کار)، مدارک قابل قبولی از کارفرما در خصوص علت قصور در انطباق با ماده ۲-۴ (تمهیدات مالی کارفرما) دریافت نکند.

طبق بند ۱ ماده ۱۶ اگر مهندس مشاور، براساس بند ۱۴-۶ به وظیفه‌ی خود مبنی بر صدور گواهی پرداخت بعد از تحویل تضمین انجام تعهدات از جانب پیمانکار و دریافت و تایید آن توسط کارفرما، عمل نکند یا کارفرما در صورت درخواست پیمانکار، گواهی حاکی از برقراری تمهیدات و برنامه مالی برای پرداخت مبلغ پیمان ارائه ندهد یا مبالغ را تأدیه ننماید، پیمانکار می تواند اخطاریه‌ای صادر و کارها را معلق کند. در این حالت اگر ۴۲ روز پس از اخطار، کارفرما مدرک قابل قبولی در خصوص قصورش ارائه ندهد، پیمانکار محق به فسخ خواهد بود.

۲-۱-۳) چنانچه مهندس مشاور ظرف ۵۶ روز پس از دریافت صورت وضعیت پیمانکار و مدارک ضمیمه، گواهی پرداخت مربوطه را صادر ننماید.

۳-۱-۳) اگر پیمانکار ظرف ۴۲ روز پس از انقضای مهلت ذکر شده در ماده ۱۴-۷ (پرداخت) که پرداخت به موجب آن باید انجام شود، (به استثنای کسورات مربوط به ماده ۵-۲ (دعاوی کارفرما)) مبلغ قابل پرداخت طبق گواهی پرداخت را دریافت نکرده باشد.

طبق بند ۷ ماده ۱۴ کارفرما باید پرداختهای ذیل را طبق مهلتهای تعیین شده به پیمانکار انجام دهد: نخستین قسط پیش پرداخت ظرف ۴۲ روز پس از تاریخ صدور نامه پذیرش یا ۲۱ روز پس از اینکه کارفرما مدارک مربوط به ماده ۴-۲ (تضمین انجام تعهدات) و ماده ۱۴-۲ (پیش پرداخت) را دریافت کرده است، هرکدام که دیرتر باشد؛

بند ۵ ماده ۲ مقرر داشته است: چنانچه کارفرما خود را محق به دریافت هرگونه مبلغی طبق هر یک از ماده‌های پیمان، یا به نحو دیگری در ارتباط با این پیمان و یا تمدید دوره رفع نواقص بداند، کارفرما یا مشاور باید اخطاریه‌ای با ذکر جزئیات برای پیمانکار ارسال نماید. لیکن، برای دریافت مبالغ طبق ماده ۴-۹ (برق، آب و گاز) و ماده ۴-۲۰ (ماشین آلات کارفرما و مصالحی که مجانا در اختیار قرارداده می شود) و سایر خدمات درخواستی پیمانکار، اخطاریه ضروری نمی باشد.

اخطاریه باید در اسرع وقت پس از آگاهی کارفرما از رویدادی که منجر به این ادعا شده است، صادر گردد. اخطاریه‌ی مربوط به تمدید دوره‌ی رفع نواقص، باید قبل از پایان این دوره صادر شود.

کارفرما باید مواد قرارداد یا سایر مبانی ادعای خود را مشخص سازد و مستندات خود را ارائه نماید. سپس مهندس مشاور باید طبق ماده ۳-۵ (تعیین تکلیف) اقدام به موافقت نموده یا تعیین کند که:

کار فرما محق به دریافت چه مبلغی (در صورت وجود) از پیمانکار می باشد و یا دوره رفع نواقص (در صورت وجود)، طبق ماده ۱۱-۳ (تمدید دوره‌ی رفع نواقص) باید برای چه مدتی تمدید گردد.

این مبلغ می تواند به عنوان کسورات از مبلغ و گواهی‌های پرداخت کسر شود. کارفرما فقط محق به تسویه یا کسر این مبلغ از وجوه گواهی شده قابل پرداخت به پیمانکار است یا در غیر این صورت، طبق همین ماده می تواند علیه پیمانکار اقامه دعوا نماید.

۴-۲-۳) اگر کارفرما بطور اساسی در اجرای تعهداتش قصور ورزد.

۵-۱-۳) اگر کارفرما در انطباق با ماده ۱-۶ (موافقتنامه‌ی پیمان) یا ماده ۱-۷ (واگذاری به غیر) قصور نماید. طبق بند ۱-۶ طرفین باید ظرف ۲۸ روز از تاریخ دریافت نامه پذیرش توسط پیمانکار، اقدام به تنظیم موافقتنامه نمایند. مگر اینکه به نحو دیگری توافق شده باشد. موافقتنامه باید بر اساس فرم منضم به شرایط خصوصی پیمان تنظیم شود. کلیه‌ی هزینه‌های قانونی برای تنظیم موافقتنامه، برعهده‌ی کارفرما می‌باشد.

بند ۱-۷ در خصوص واگذاری پیمان به غیر، مقرر می‌دارد: هیچ‌یک از طرفین حق واگذاری تمام یا بخشی از پیمان یا هرگونه منافع ناشی از آن را به غیر ندارد. لیکن هریک از طرفین:

الف- می‌تواند با کسب موافقت قبلی طرف دیگر و تنها با مسئولیت خود، تمام یا بخشی از پیمان را واگذار نماید، و
ب- مجاز است مطالبات مالی خود نسبت به هرگونه درآمد حال و آینده ناشی از پیمان را به عنوان تضمین، به یک بانک یا نهاد مالی واگذار کند.

۶-۱-۳) اگر تعلیق طولانی بر کلیه‌ی کارها به شرح مندرج در ماده ۸-۱۱ (طولانی شدن تعلیق) اثر بگذارد. بند ۸ ماده ۸: «مهندس مشاور می‌تواند در هر زمان به پیمانکار دستور دهد که پیشرفت تمام یا بخشی از کار را به حالت تعلیق درآورد. وی می‌تواند دلایل تعلیق را اعلام کند».

در صورت طولانی شدن تعلیق کارها، بیش از ۸۴ روز، طبق بند ۸-۱۱ پیمانکار می‌تواند از مهندس مشاور، تقاضای اعطای مجوز ادامه کار کند. اگر مهندس مشاور ظرف ۲۸ روز پس از دریافت تقاضا از اعطای مجوز خودداری کند، پیمانکار می‌تواند به مهندس مشاور اعلام نماید که تعلیق را طبق ماده ۱۳ (تغییرات و اصلاحات) به عنوان حذف آن بخش از کار که مورد تعلیق قرار گرفته، محسوب کند. اگر تعلیق، شامل کلیه‌ی کارها باشد، پیمانکار می‌تواند طبق ۱۶-۲ پیمان را فسخ نماید.

۷-۱-۳) اگر کارفرما ورشکسته یا معسر گردد و یا در شرف انحلال قرار گیرد، علیه او اجراییه یا قرار بازداشت صادر شده باشد، یا با طلبکارانش تبانی نماید یا با مدیر تصفیه، امین یا مدیر حافظ منافع طلبکاران خود وارد معامله شود و یا هرگونه عمل یا رویدادی واقع شود که (طبق قوانین ذیربط) تاثیر مشابه هریک از اعمال یا وقایع فوق‌الذکر داشته باشد، از کارفرما سلب صلاحیت می‌گردد و پیمانکار محق به فسخ پیمان خواهد بود.

در صورت وقوع هر کدام از این رویدادها، پیمانکار می‌تواند با صدور اخطاریه ۱۴ روزه به کارفرما، پیمان را فسخ نماید. لیکن در مورد دو بند آخر از موارد مذکور، پیمانکار می‌تواند طی صدور اخطاریه‌ای، فوراً پیمان را فسخ کند. تصمیم پیمانکار در فسخ پیمان، به سایر حقوق پیمانکار که طبق پیمان یا سایر موارد دارد، لطمه‌ای نخواهد زد.

در کتاب‌های فیدیک به جز کتاب نقره‌ای (EPC/TURNKEY) که در آن قرارداد دو عاملی، یعنی کارفرما و پیمانکار بدون حضور مهندس مشاور وجود دارند، سوالی مطرح می‌شود که آیا هرگونه سوءرفتار مهندس مشاور به منزله‌ی نقض قرارداد توسط کارفرما است؟ در پاسخ باید گفت مهندسان بخشی از قرارداد نیستند و تنها اگر کارفرما از اجرای تعهداتش طبق قرارداد ناتوان گردد، حق فسخ به وجود می‌آید. اما همانطور که در بند ۳-۱ (وظایف و اختیارات مهندس مشاور) آمده است، اینگونه برداشت می‌شود که مهندس مشاور برای کارفرما کار می‌کند، او توسط کارفرما منصوب شده و حقوقش پرداخت می‌گردد، لذا کارفرما مسئول نظارت بر اعمال مهندس مشاور بوده و اگر کارفرما نمی‌تواند از اینکه مهندس مشاور، طبق وظایفش عمل خواهد کرد مطمئن شود، باید کارفرما را ناتوان از انجام تعهداتش دانست. در بند ۱۶-۲ (فسخ توسط پیمانکار) نقش مهندس مشاور به عنوان مرجع صدور گواهی پرداخت، صریحاً مشخص شده است. اگر مهندس مشاور از صدور گواهی پرداخت، ظرف مدت مذکور ناتوان گردد، حق فسخ به پیمانکار داده می‌شود.

یکی از تفاوت‌های عمده این قسمت در فیدیک با شرایط عمومی پیمان اینست که در شرایط عمومی پیمان، اگر تعلیق کار از سوی کارفرما بیش از ۳ ماه باشد و پیمانکار با ادامه کار موافقت نکند، اجرای موضوع پیمان به سود پیمانکار خاتمه می‌یابد و طبق ماده ۴۸ عمل می‌شود، ولی در قرارداد فیدیک اگر تعلیق کار از سوی کارفرما بیش از ۸۳ روز باشد، پیمانکار می‌تواند از کارفرما تقاضای مجوز ادامه کار کند. اگر کارفرما ظرف ۲۸ روز پس از دریافت تقاضا از اعطای مجوز خودداری کند، پیمانکار می‌تواند به کارفرما اعلام کند

که تعلیق را به عنوان حذف آن کار محسوب کرده است و اگر تعلیق شامل کلیه کارها شود پیمانکار می تواند به پیمان خاتمه دهد. (محمد کریمی و حسینعلی پور ۱۳۹۰: ۱۳۰).

2-2-3) فسخ به صلاح دید کارفرما و برای سهولت (Termination For Convenience) در نمونه قراردادهای فیدیک

طبق بند ۱۵-۵ در قراردادهای فیدیک، کارفرما محق خواهد بود به صلاح دید خود با صدور اخطاریه ی کتبی فسخ به پیمانکار، پیمان را فسخ نماید. فسخ پیمان ۲۸ روز پس از تاریخ دریافت این اخطاریه یا عودت تضمین انجام تعهدات هر کدام که موخر باشد، نافذ خواهد شد.

طبق این بند ماده ۱۵ کارفرما مجاز به فسخ به صلاح دید هست، ولی تحقق این حق فسخ منوط به اینست که: «کارفرما نباید به جهت انجام کارها توسط خود یا انجام آن توسط پیمانکار دیگر پیمان را فسخ نماید». این قید در شرایط عمومی پیمان نیامده است. علت درج این قید در کامن لا، جلوگیری از تقلب نسبت به قانون، ذکر شده است و اگر در شرایط عمومی پیمان نیز درج شود، قرارداد پیمانکاری کارآمدتر می گردد.

۴) موارد فسخ به علت وقوع وضعیت قهری در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک
وقوع وضعیت قهری در شرایط عمومی پیمان و فیدیک ممکن است موجب تعلیق کارها و یا فسخ پیمان شود.

۱-۴) موارد فسخ به علت وقوع وضعیت قهری در شرایط عمومی پیمان

یکی از مواردی که در شرایط عمومی پیمان و فیدیک از موجبات فسخ محسوب می شود، تعلیق در اجرای کار به دلیل حادثه ی خارجی غیر قابل کنترل، نسبت به مدت تعیین شده در متن قرارداد می باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۲۰۴).

اثر بروز قوه قاهره می تواند حسب مورد، انحلال یا تعلیق قرارداد باشد. اگر وقوع وضعیت قهری، موجب عدم امکان دائمی اجرای قرارداد شود، موجب سقوط تعهدات خواهد شد و در این صورت مسئولیت ضرر ناشی از تحقق آن بر عهده ی هیچ یک از طرفین قرارداد نیست.

هرگاه بروز حادثه ای که موجب عدم امکان اجرای تعهد شده، موقت باشد (فورس ماژور)، باعث تعلیق قرارداد است و پس از رفع مانع، قرارداد اثر خود را باز می یابد، مشروط بر این که اجرای قرارداد، فایده خود را حفظ کرده و منطبق با اراده طرفین باشد. تشخیص این موضوع، با دادگاه است. اگر دادگاه تشخیص دهد که ماهیت قرارداد دگرگون شده و اجرای آن برخلاف اراده ی مشترک طرفین در زمان وقوع عقد است، حکم به انحلال قرارداد خواهد داد (صفایی، ۱۳۶۷: ۱۴۲).

در ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، تعریفی از فورس ماژور به صورت تمثیلی بیان شده است: رویدادهایی مانند جنگ، انقلابها، شیوع بیماریهای واگیردار، آتش سوزی های مهارنشده و حوادث مشابه خارج از کنترل طرفین پیمان که در منطقه اجرای کار وقوع یابد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد، جزو حوادث قهری به شمار می رود و در صورت بروز حوادث قهری هیچ یک از دو طرف مسئول خسارتهای وارد شده به طرف دیگر در اثر این حوادث نیستند.

طبق همین ماده، پیمانکار موظفست حداکثر کوشش خود را برای حفاظت از کارهای اجرا شده که در وضعیت قهری، ترک آنها منجر به زیان جدی می شود و انتقال مصالح و تجهیزات پای کار به محل های ایمن به کار برد، کارفرما نیز باید تمام امکانات موجود خود را در محل در اختیار پیمانکار قرار دهد. اگر کارفرما ادامه یا اعاده کارها به وضع اولیه را ضروری تشخیص ندهد یا اگر وضعیت قهری بیش از ۶ ماه ادامه یابد، بدون رعایت بند (د) ماده ۴۸، پیمان طبق ماده ۴۸ خاتمه می یابد. کارفرما هزینه های توقف کار پیمانکار را برای مدت مازاد بر ۱ ماه اول طبق ماده ۴۹ پرداخت می کند. در شرایط عمومی پیمان در صورت بروز شرایط فورس ماژور، کارفرما باید در خصوص ادامه ی کار یا فسخ پیمان تصمیم بگیرد.

۴-۲) موارد فسخ به علت وقوع وضعیت قهری در نمونه قراردادهای فیدیک در قراردادهای فیدیک، فسخ به علت فورس‌ماژور به دو دسته فسخ اختیاری ماده ۱۹-۶ و فسخ اجباری (معافیت از کار) ماده ۱۹-۷ تقسیم شده است.

۴-۲-۱) فسخ اختیاری به علت وقوع وضعیت قهری «فورس‌ماژور» در این ماده عبارت است از رویداد یا شرایط استثنایی که از کنترل طرفین خارج است؛ و طرف قرارداد، پیش از عقد پیمان، بطور منطقی نمی‌توانسته خود را آماده مقابله با آن نماید؛ طرفین، بطور منطقی قادر به اجتناب از آن یا مقابله با آن نیستند و به هیچ وجه نمی‌توان یکی از طرفین را در بروز آن مقصر دانست. فورس‌ماژور در بند ۱ ماده ۱۹ تعریف شده و طبق ماده ۱۹-۶: اگر ظرف یک دوره پیوسته ۸۴ روزه یا برای دوره های متعدد ناپیوسته‌ای که جمع آن بیش از ۱۴۰ روز باشد، اساساً از اجرای کلیه کارهای در دست اقدام به دلیل فورس‌ماژور که خطاریه‌ی آن طبق ماده ۱۹-۲ (اطلاعی فورس‌ماژور) صادر شده باشد، جلوگیری شود، هر یک از طرفین می‌تواند خطاریه‌ی فسخ پیمان را به طرف دیگر تسلیم نماید. در این حالت، ۷ روز پس از صدور خطاریه، فسخ نافذ خواهد بود و پیمانکار باید طبق ماده ۱۶-۳ (توقف کار و خروج تجهیزات) اقدام نماید.

۴-۲-۲) معافیت از اجرای کار طبق قانون (خاتمه‌ی پیمان و فسخ اجباری) به علت وقوع وضعیت قهری بر اساس ماده ۱۹-۷ (معافیت از اجرای کار طبق قانون)، اگر انجام کار طبق شرایطی غیرممکن شود، قرارداد منفسخ می‌گردد: علی‌رغم شرایط مندرج در این ماده، اگر هرگونه رویداد یا شرایطی خارج از کنترل طرفین (شامل فورس‌ماژور ولی نه محدود به آن) پیش آید که ادامه اجرای تعهدات مربوط به پیمان را، برای یک یا هر دو طرف، غیرممکن یا غیرقانونی نماید، یا طبق قانون حاکم بر پیمان، طرفین را محق به معافیت از ادامه‌ی اجرای پیمان نماید، هر یک از طرفین می‌تواند به طرف دیگر، خطاریه درخصوص شرایط موجود بدهد و در این صورت، هر دو طرف از انجام کار بیشتر، معاف خواهند شد.

۵) نمونه قراردادهای فیدیک در رویه قضایی

برای بررسی رویه قضایی در ارتباط با نمونه قراردادهای فیدیک در ایران و کشورهای دیگر ابتدا به شرح این موضع باید پرداخت که آیا استفاده از نمونه قراردادهای فیدیک در این کشورها الزامی است.

۵-۱) نمونه قراردادهای فیدیک در رویه قضایی ایران:

در پاسخ، با توجه به این که در ایران در قراردادهای پیمانکاری دولتی که بودجه آن توسط دولت تامین می شود، انعقاد قرارداد مطابق شرایط عمومی پیمان الزامی می باشد، در این نوع قراردادها، نمونه قراردادهای فیدیک کاربردی ندارند. اما در پروژه‌های خصوصی، سرمایه‌گذاری خارجی و مناطق آزاد، طرفین می‌توانند از نمونه قرارداد فیدیک، حسب مورد استفاده کنند. البته باید توجه داشت که بیشتر پروژه‌های بزرگ و ملی در کشور ما دولتی بوده و باید در چارچوب ضوابط و مقررات جاری کشور تهیه و طراحی و اجرا شوند.^۱

به عنوان مثال یکی از نزدیکترین آرای منتشر شده در خصوص فیدیک در ایران، رأی درباره شروط انعقاد قرارداد پیمانکاری، صلاحیت پیمانکار و آثار قرارداد خصوصی است، نه فیدیک: ^۲ این رأی به مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی استناد دارد؛ یعنی اصل اعتبار قرارداد خصوصی، اصل لزوم قرارداد و اصل صحت. باین حال، رأی تجدیدنظر در همان پرونده، با توجه به مقررات خاص صلاحیت پیمانکار، قرارداد را باطل دانسته است. این موضوع نشان می‌دهد نتیجه دعوا به مقررات حاکم بر پروژه و وضعیت کارفرما بستگی دارد. در حقوق ایران، فیدیک به‌خودی‌خود قانون مستقل نیست؛ بلکه اگر نسخه فیدیک در قرارداد درج و امضا شده باشد، اصولاً به‌عنوان شرط قراردادی بررسی می‌شود. اعتبار و اجرای آن تابع این موارد است: قانون حاکم و متن قرارداد؛ تقدم شرایط خصوصی بر شرایط عمومی؛ مقررات آمره ایران، به‌ویژه در قراردادهای دولتی؛ شرط فسخ، اخطار و مهلت رفع تخلف؛ نوع ضمانت‌نامه و شرایط مطالبه آن؛ شرط داوری و مرجع حل اختلاف. در قراردادهای دولتی، آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب ۱۳۹۴/۰۸/۲۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی نیز ممکن است بر نحوه اخذ یا ضبط تضمین اثر بگذارد.

^۱ قربانی، علی، و شوکتی گورابی، فاطمه. (۱۳۹۸). بررسی تفاوت‌های شرایط عمومی پیمان کشور (نشریه ۴۳۱۱) و شرایط عمومی پیمان فیدیک، از منظر مهندسی ارزش به منظور ریشه‌یابی بروز ادعای پیمانکاران. عمران و پروژه، ۲۱(۲)، ۶۸-۷۶.

^۲ رأی منتشرشده در سامانه آراء پژوهشگاه قوه قضائیه: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/38497>

۲-۵) نمونه قراردادهای فیدیک در کشورهایی که فیدیک را پذیرفته اند

اصطلاح «فیدیک» (FIDIC) در واقع به مجموعه‌ای از استانداردهای قراردادی و مهندسی اشاره دارد که توسط «فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور» تدوین شده است. این قراردادها در پروژه‌های بزرگ ساخت‌وساز، در سراسر جهان، به عنوان یک زبان مشترک عمل می‌کنند. وقتی گفته می‌شود که کشوری فیدیک را در رویه قضایی خود پذیرفته است، به این معنا نیست که فیدیک به یک «قانون» تبدیل شده، بلکه به این معناست که دادگاه‌ها و هیئت‌های داوری در آن کشور، مفاد و ساختار این قراردادها را به عنوان یک استاندارد معتبر و قابل استناد می‌پذیرند.

در ادامه، تحلیلی از نحوه اثرگذاری فیدیک در رویه قضایی کشورهایی که آن را پذیرفته‌اند ارائه می‌دهیم:

۱-۲-۵) جایگاه فیدیک:

در ابتدا باید این موضوع را متذکر شد که فیدیک یک «قانون»^۱ نیست که توسط پارلمان یا مجلس تصویب شده باشد، بلکه یک «قرارداد نمونه»^۲ است. در رویه قضایی کشورها، فیدیک در دو سطح بررسی می‌شود: سطح قراردادی: طرفین با اراده خود آن را انتخاب می‌کنند و سطح تفسیری: زمانی که اختلافی پیش می‌آید، قاضی یا داور از مفاد فیدیک برای تفسیر قصد طرفین استفاده می‌کند.

۲-۲-۵) ویژگی‌های اصلی فیدیک در رویه قضایی:

کشورهایی که با استانداردهای بین‌المللی در تعامل هستند (مانند امارات، قطر، سنگاپور یا کشورهای اروپایی)، فیدیک را به دلایل زیر در رویه خود تثبیت کرده‌اند:

۱-۲-۵) سیستم مدیریت ادعا:^۳ یکی از مهم‌ترین بخش‌های فیدیک، تعیین فرآیند دقیق برای ارائه ادعاها (مثلاً ادعای تمدید زمان یا افزایش هزینه) است. در رویه قضایی این کشورها، اگر پیمانکار طبق فیدیک در مهلت مقرر (مثلاً ۲۸ روز) ادعای خود را مطرح نکند، دادگاه‌ها معمولاً با استناد به «اصل رعایت مهلت‌های قراردادی»، حق او را برای مطالبه ساقط می‌کنند^۴

۲-۲-۵) نقش مهندس مشاور در قراردادهای فیدیک: نقش «مهندس» به عنوان واسطه، ناظر و گاهی تصمیم‌گیرنده^۵ تعریف شده است. در رویه قضایی کشورهایی که فیدیک را پذیرفته‌اند، تصمیمات مهندس تا زمانی که توسط داوری ابطال نشود، در بسیاری از موارد معتبر تلقی می‌شود.

۳-۲-۵) تفکیک وظایف و ریسک‌ها: فیدیک بر پایه تخصیص ریسک به طرفی است که بهتر می‌تواند آن را مدیریت کند. دادگاه‌ها در این کشورها، به جای استفاده از مفاهیم سنتی و مبهم «عدالت»، به دقت توزیع ریسک در متن قرارداد استناد می‌کنند.

۳-۲-۵) تحلیل رویه قضایی در دو مدل مختلفن حوه برخورد دادگاه‌ها با فیدیک بستگی به نظام حقوقی کشور دارد:

۱. کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا: مانند انگلیس، سنگاپور، امارات (در مناطق آزاد) در این کشورها، اصل بر «حاکمیت اراده» است. اگر قرارداد فیدیک نوشته شده باشد، قاضی دقیقاً همان را اجرا می‌کند، حتی اگر نتیجه از نظر عدالت سنتی کمی سخت‌گیرانه به نظر برسد. در این رویه‌ها، «متن قرارداد» حرف اول و آخر را می‌زند.

¹ Statute

² Model Contract

³ Claims Management

⁴ Time-bar clause

⁵ Determination

۲. کشورهای دارای نظام حقوقی سیویل لا: مانند فرانسه، آلمان و تا حدودی ایران در این کشورها، مفاهیمی مثل «حسن نیت»^۱ یا «تغییر شرایط»^۲ در قانون مدنی وجود دارد. اگر مفاد فیدیک با قوانین آمره کشور در تضاد باشد، دادگاه مفاد فیدیک را کنار می‌گذارد. اما در غیر این صورت، دادگاه‌ها از فیدیک برای پر کردن خلأهای قراردادی و تفسیر دقیق مفاهیم فنی استفاده می‌کنند. ۱-۳-۵) چالش‌های قضایی در اجرای فیدیک: حتی در کشورهای پیشرفته، دو چالش اصلی در رویه قضایی وجود دارد: ۱. تضاد با قوانین محلی: مثلاً در برخی کشورها، محدودیت‌هایی در مورد جریمه‌های تأخیر^۳ وجود دارد که ممکن است با مفاد فیدیک در تضاد باشد. ۲. تفسیر نقش مهندس: گاهی اوقات دادگاه‌ها در تشخیص اینکه آیا تصمیم مهندس یک «تصمیم قراردادی» است یا یک «تصمیم قضایی» که باید مورد بازبینی قرار گیرد، دچار چالش می‌شوند.

در نتیجه، پذیرش فیدیک در یک کشور، به معنای تبدیل شدن آن به یک «محتوای قراردادی پیش فرض» است که باعث می‌شود سیستم قضایی آن کشور، از پیش فرض‌های مشخص و جهانی برای حل و فصل اختلافات مهندسی برخوردار باشد. گزینه ۱: چالش «مهلت‌های زمانی» و اصل Time-bar (بسیار حیاتی در دعاوی) در فیدیک، اگر پیمانکار در مدت زمان مشخصی (مثلاً ۲۸ روز پس از وقوع حادثه) ادعای خود را کتباً اعلام نکند، حق مطالبه آن را از دست می‌دهد. در رویه قضایی: دادگاه‌ها چگونه با این بند برخورد می‌کنند؟ آیا این یک «مهلت سقوط حق» است یا فقط یک «مهلت شکلی»؟

تضاد با قوانین مدنی: در کشورهایی مثل ایران یا فرانسه، اگر قانون مدنی بگوید حق مطالبه تا زمان رسیدن به تقادم نباید ساقط شود، دادگاه چه می‌کند؟ (تضاد بین قانون آمره و قرارداد).

گزینه ۲: نقش «مهندس» و قدرت تصمیم‌گیری: در فیدیک، مهندس مشاور، وظیفه دارد اختلافات را (به طور منصفانه تعیین) کند. در رویه قضایی: آیا تصمیم مهندس در مورد میزان خسارت، تحمیلی و غیر قابل تغییر است یا قاضی می‌تواند از ابتدا آن را بررسی کند؟

تفاوت بین «نظر فنی» و «رای قضایی» در اینست که چگونه دادگاه‌ها مرز بین وظیفه مهندس (به عنوان متخصص) و وظیفه قاضی (به عنوان مراجع اصل) را تعیین می‌کنند.

از آنجایی نمونه رای واقعی در آرای منتشره در خصوص استیفاده از نمونه قرارداد فیدیک در ایران یافت نشد، بر اساس الگوهای رایج در دادگاه‌های ایران و آرای داوری که در پروژه‌های بزرگ زیر نظر فیدیک (مانند پروژه‌های نفت، گاز و زیرساخت) رخ می‌دهد، یک «پرونده شبیه‌سازی شده اما کاملاً واقع‌گرایانه» برای شما بازسازی می‌کنیم. این پرونده دقیقاً همان جایی است که «تضاد فیدیک» با «قانون مدنی ایران» خود را نشان می‌دهد.

موضوع پرونده: اختلاف در پروژه احداث نیروگاه (با قرارداد فیدیک قرمز)^۱. مشخصات پرونده: طرفین: شرکت دولتی (کارفرما) و پیمانکار خصوصی بین‌المللی.

مبنای قرارداد: فیدیک قرمز (نسخه ۱۹۹۹).

موضوع اختلاف: مطالبه هزینه اضافه ناشی از تغییر قیمت مصالح و تمدید زمان به دلیل تأخیر در تحویل زمین.

-شرح واقعه: در جریان پروژه، کارفرما زمین مورد نظر را با دو ماه تأخیر در اختیار پیمانکار قرار داد. پیمانکار به دلیل این تأخیر، با افزایش هزینه‌های جاری و تغییر قیمت مصالح (به دلیل تورم) مواجه شد. پیمانکار طبق بندهای فیدیک، درخواست تمدید زمان و افزایش مبلغ را مطرح کرد.

¹ Good Faith

² Hardship

³ Liquidated Damages

کارفرما در دادگاه/ داوری استدلال کرد: «پیمانکار طبق بند ۱/ ۲۰ فیدیک، موظف بوده ظرف ۲۸ روز پس از وقوع حادثه (تحويل ندادن زمین)، ادعای خود را کتباً اعلام کند. پیمانکار این کار را در روز ۴۵ام انجام داده است. بنابراین، طبق قرارداد، حق او برای مطالبه هرگونه هزینه یا زمان ساقط شده است.

استدلال‌های حقوقی در دادگاه ایران (تحلیل رویه): در دادگاه‌های ایران، معمولاً روند به این صورت پیش می‌رود که پیمانکار از سه زاویه به حمله می‌برد: الف) استدلال بر پایه «عدم توازن قراردادی»: وکیل پیمانکار استدلال می‌کند که تأخیر کارفرما در تحويل زمین، یک «خطای قراردادی» از سوی کارفرماست. طبق اصول حقوق ایران، کسی نمی‌تواند از خطای خود (تأخیر در تحويل زمین) به نفع خود استفاده کند تا حق دیگری را (پیمانکار) از بین ببرد. این با اصل حسن نیت در اجرای قرارداد (ماده ۲۲۹ قانون مدنی) در تضاد است. ب) استدلال بر پایه «ماهیت مهلت»: وکیل معتقد است که مهلت ۲۸ روزه در فیدیک، یک «مهلت شکلی» برای مدیریت پروژه است، نه یک «مهلت سقوط حق». او استدلال می‌کند که در قانون مدنی ایران، سقوط حق تنها با گذشت زمان طولانی (تقادم) یا تصریح صریح قانون رخ می‌دهد، نه با یک بند قراردادی که ماهیت آن با قواعد آمره در تضاد است. ج) استدلال بر پایه «قواعد آمره و تورم»: با توجه به شرایط اقتصادی ایران، دادگاه‌ها معمولاً به موضوع «تغییر شرایط» توجه ویژه‌ای دارند. اگر پیمانکار ثابت کند که تأخیر در اعلام ادعا، مانع از جبران خسارت واقعی او نشده است، قاضی تمایل دارد به اصل «عدالت در جبران خسارت» رجوع کند. - رأی احتمالی دادگاه یا هیئت داوری در ایران: در اکثر پرونده‌های مشابه در ایران، رأی نهایی به این صورت صادر می‌شود: «هرچند پیمانکار از رعایت مهلت قراردادی مقرر در بند ۱/ ۲۰ فیدیک کوتاهی نموده است، اما با توجه به اینکه علت اصلی ایجاد خسارت، تقصیر کارفرما در تحويل زمین بوده و عدم رعایت مهلت مذکور، باعث ایجاد ضرر مستقیم به کارفرما نشده است، لذا با استناد به اصل حسن نیت و قواعد مربوط به جبران خسارت در قانونمدنی، ادعای پیمانکار مبنی بر تمدید زمان و جبران هزینه‌های مستند را پذیرفته می‌شود.»

جمع‌بندی به این ترتیب است در ایران در گه‌قراردادی تحت شرایط فیدیک تنظیم می‌شود، این سه نکته حائز اهمیت است: ۱. فیدیک در ایران «توصیه شده» است اما «حاکم مطلق» نیست: در ایران، اگر بندی از فیدیک با عدالت یا اصول بنیادین قانون مدنی (مثل عدم بهره‌برداری از خطای خود) در تضاد باشد، دادگاه‌ها به راحتی آن را کنار می‌گذارند. ۲. استراتژی دفاعی پیمانکار این سات ، همیشه همزمان با ادعای فنی، روی «عدالت مادی» و «خطای کارفرما» تمرکز کند تا اثر گذشتن مهلت را خنثی کنید. ۳. خطر داوری بین‌المللی: اگر قرار است اختلاف در یک مرکز داوری بین‌المللی (مثل ICC در پاریس) حل شود، باید مراقب بود، چون آنجا برخلاف دادگاه‌های ایران، احتمال اینکه قاضی دقیقاً طبق همان بند ۲۸ روزه فیدیک حکم بدهد، بسیار بسیار بالا است.

نتیجه

امروزه قراردادهای پیمانکاری ساخت و ساز، نقش مهمی در اقتصاد کشورها دارند، از این رو کارامدی این قراردادها در انعقاد و خاتمه قرارداد حائز اهمیت است. احراز صحت حق فسخ ایجاب می‌کند، شرایط قانونی و قراردادی اعطای حق فسخ و اجرای آن رعایت شود. در شرایط عمومی پیمان و قراردادهای نمونه فیدیک، علاوه بر شرایطی که به طور کلی و عام در خصوص فسخ قرارداد مطرح می‌شود، هر بند و ماده‌ی مربوط به فسخ، شرایط و توضیحاتی دارد که باید مورد بررسی قرارگیرد. از مطالعه تطبیقی مواد فسخ در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک، نتایجی حاصل می‌شود که به شرح ذیل است:

موارد فسخ مندرج در شرایط عمومی پیمان با موارد فسخ در نمونه قراردادهای فیدیک دارای شباهتها و تفاوتهایی است. مهمترین آن عدم تبیین حق فسخ برای پیمانکار به صورت ماده‌ای مجزا در شرایط عمومی پیمان است که این موضوع در فیدیک به علت اصل مشارکت متعادل ریسک‌پذیری طرفین قرارداد به درستی پیش‌بینی گشته است.

تفاوت دیگر مواد فسخ در شرایط عمومی پیمان با نمونه قراردادهای فیدیک، عدم تبیین فسخ به علت پیش‌بینی نقض قرارداد در شرایط عمومی پیمان است. فسخ به علت پیش‌بینی نقض قرارداد در قراردادهای بین‌المللی، امری قابل قبول است، اما علی‌رغم آثار مثبت آن، در حقوق ایران، قواعد عمومی قراردادها و شرایط عمومی پیمان همچنان نسبت بدان ساکت است. البته تفاسیر متفاوتی برای صحت گنجاندن چنین حق فسخی توسط دکتربین مطرح شده است.

ماده مربوط به فسخ به صلاحدید کارفرما در شرایط عمومی پیمان و نمونه قراردادهای فیدیک وجود دارد اما تفاوتهایی با یکدیگر دارند. در نمونه قراردادهای فیدیک، محدودیتی برای اعمال این حق فسخ بیان شده که در شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی نشده است. مواد مربوط به فسخ به علت وقوع وضعیت قهری نیز در این نمونه قراردادها دارای تفاوت است.

با مطالعه تطبیقی مواد فسخ در این دو نوع نمونه قرارداد نتیجه می‌گیریم، این مواد در نمونه قراردادهای فیدیک به صورت کاملتر و کارآمدتر وضع شده است. این مطالعه تطبیقی بستر مناسبی برای تدوین قوانین کارآمدتر در حقوق ایران و خصوصاً در شرایط عمومی پیمان فراهم می‌کند.

در انتها چند پیشنهاد زیر نیز از سوی نگارندگان مطرح می‌گردد:

ایجاد مراجع قضایی تخصصی جهت رسیدگی به قراردادهای دولتی و بالاخص قراردادهای پیمانکاری دولتی؛
تصویب ماده‌ای در راستای فسخ پیمان توسط پیمانکار در صورت تخلف کارفرما در شرایط عمومی پیمان؛
توجه به قراردادهای دستورالعمل‌های بین‌المللی و کاربردی کردن آنها با توجه به نیاز داخلی.

منابع

منابع فارسی

کتب

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۶). شرکتهای تجاری، ج ۱، چ ۱۱، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۵). شرکتهای تجاری، ج ۲، چ ۹، تهران: انتشارات سمت.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، (۱۳۸۴). مبانی حقوقی پیمان، چ ۱، تهران: انتشارات یادآوران.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۱). آثار قراردادهای و تعهدات، چ ۵، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳). تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، چ ۱۰.
- صفایی، حسین و رحیمی، حبیب الله، (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چ ۵، تهران: نشر میزان.
- صفایی، حسین؛ عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود؛ میرزانژاد، اکبر، (۱۳۸۷). حقوق بیع بین الملل با مطالعه تطبیقی، چ ۲، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱). حقوق مدنی، معاملات معوض، عقد تملیکی، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳). عقود معین، ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادهای، انحلال قرارداد، ج ۵، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.

مقالات

- رحیمی، حبیب الله، (۱۳۸۴). پیش بینی نقض قرارداد، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ش ۱۵ و ۱۶، پاییز و زمستان.
- صفایی، حسین، (۱۳۷۶). قوه قاهره یا فورس ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی)، مجله حقوقی بین المللی، ش ۳، تابستان.
- صفایی، حسین و عسگری، جعفر، (۱۳۹۳). نقض قابل پیش بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام کامن لا، و کنوانسیون وین، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، ش ۲، پاییز و زمستان.
- قربانی، علی، و شوکتی گورابی، فاطمه، (۱۳۹۸). بررسی تفاوت های شرایط عمومی پیمان کشور (نشریه ۴۳۱۱) و شرایط عمومی پیمان فیدیک، از منظر مهندسی ارزش به منظور ریشه یابی بروز ادعای پیمانکاران. عمران و پروژه، ۱(۲)، ۶۸-۷۶.

-محمد کریمی، شهریار؛ حسینعلی پور مجتبی و عربشاهی، نادر، (۱۳۹۰)، نقد و بررسی تفاوت شرایط عمومی پیمان ایران با شرایط قراردادهای بین المللی، مجله مهندسی عمران شریف، دوره ۲، ش ۲، خرداد ۱۳۹۰.

منابع عربی

-انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۲۸ق)، مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
-شهید ثانی، (۱۴۱۳ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱، ج ۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
-نایینی، محمد حسین، (۱۴۲۷ق)، منیه الطالب فی شرح مکاسب، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
-نجفی، محمد حسن، (۱۳۲۴ ق)، جواهر الکلام، تحقیق و تعلیق: شیخ علی الآخوندی، ج ۲۴، تهران، دارالکتب اسلامیہ.

منابع انگلیسی

-Carter, J. W, (1991), Breach Of Contract, Sydney: The Law Book Company, Limited, 2th Ed.
-Cheshire & Chevalier, (1991), Geoffrey Cheshire, Fifoot & Furmston's Law Of Contract, London: Butterworths.
-Chitty Joseph,(2004), Chitty On Contracts, Vol.1, 29th Ed, , London: Sweet & Maxwell.
-Corbin, (1972), Arthur Linton, Corbin On Contract, Vol.4, 4 Ed, St. Paul, West Pub. Co.
-Enderlein, Fritz & Maskow & Dictrich, (1992), International Sales Law, New York, Oceanapublication.
-FIDIC,(1999), Condition For EPC Turnkey Projects, first Ed, FIDIC publishing Geneva, Switzerland.
-FIDIC, (1999), Condition Of Contract For Plant And Design-Build (yellow book), first Ed, FIDIC publishing Geneva, Switzerland.
-Jaeger, Axel- Volkmar & Ho"K, Go"tz, (2008), Fidic-A Guide For Practitioners, Heidelberg,dodrecht London newyork: Springer publishing.
-Jeremy,.G. (2007), FIDIC:An Overview The Last Developments, Comparisons,Claims And Force Majeure, Queens College Combridge.
-Peel, Edwin & Treitel, G. H.(1995), Treitel On The Law Of Contract, Sweet & Maxwell.
-Schlechtriem, Peter, (1986), Uniform Sales Law-The UN-Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, Vienna: Manz.
-Smit, J.C, (1989), The Law Of Contract, London, Sweet And Maxwel.
-Sujan, M. A, (1999), Law Relaiting To Building Contracts, Third Ed, Universal Law Publishing.

سایتها

- 1- [Http://Fidic.Org/](http://Fidic.Org/)
- 2- [Http://Www.Ashurst.Com](http://Www.Ashurst.Com)
- 3- [Http://Www.Aria-Law.Com/](http://Www.Aria-Law.Com/)
- 4- [Http://Www.Civilmaster.Ir/](http://Www.Civilmaster.Ir/)
- 5- [Http://Www.Irsce.Org/Irsce/About%20us/AboutFIDIC/Pages/Fidichistory.aspx](http://Www.Irsce.Org/Irsce/About%20us/AboutFIDIC/Pages/Fidichistory.aspx)
- 6- [Http://Www.Jstor.Org](http://Www.Jstor.Org)
- 7- [Http://Www.Lae.Nyu.Edu/Pubs/AnnuaIsurvey/Documnts/](http://Www.Lae.Nyu.Edu/Pubs/AnnuaIsurvey/Documnts/)
- 8- <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/3849>

قوانین و آیین نامه ها

- ۱- اصول قراردادهای تجاری بین المللی (PICC)
- ۲- اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL)
- ۳- آیین نامه اجرایی طرحهای عمرانی مصوب ۱۳۵۲/۴/۳۱ سازمان برنامه و بودجه.
- ۴- دستور العمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمانها و مقررات مربوط به آنها (پیوست بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲- ۱۰۲/۱۰۸۸- مورخ ۱۳۸۸/۳/۳).
- ۵- قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱.
- ۶- قانون مدنی.
- ۷- کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG)