


Rethinking of Contract Termination under Article 46 of the General Conditions of Contract (Publication No. 4311)

Abbas Borzoei¹ | Majid Parchami Jalal²

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Department of Theology and Islamic Studies Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran. (Corresponding Author), a.borzoei@hsu.ac.ir
2. Associate Professor, Faculty of Project Management and Construction, Department of Architecture, Tehran University, Tehran, Iran, Parchamijalal@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Article type: Scientific Article</p> <hr/> <p>Received: 2024/09/28</p> <p>Received in revised form: 2024/11/01</p> <p>Accepted: 2024/11/02</p> <hr/> <p>Keywords: <i>General Conditions of Contract, Termination, Article 46, Employer, Contractor.</i></p>	<p>Article 46 of the General Conditions of Contract (GCC), as specified in Publication No. 4311, outlines 15 grounds for contract termination by the employer. Although some of these instances may inherently lead to automatic termination or nullification, where the employer has no role or influence, the majority of termination cases arise due to the contractor's breach or negligence. This termination right can be interpreted as a breach of a conditional obligation by the contractor. For breaches mentioned in Clause (a) of Article 46, particularly in items 3 through 6, the employer has the discretion to terminate the contract. In making this decision, the employer must weigh public interests and benefits and choose between contract termination, adherence to the contract, or seeking damages. Moreover, if the contractor expresses readiness to mitigate delays—for instance, by working at night as provided in Article 25 of the GCC—and if, according to the employer's assessment, the contractor's adherence to the contract would offset or lessen the damages caused by the breaches, and the resulting harm from termination would exceed the harm of contract continuation, or if the employer takes other measures against the contractor, such as compelling contract performance and claiming damages, thereby reducing harm significantly below that of termination, then, considering the analogous principle of Article 25, the exceptional nature of termination, public interest, and preference to minimize greater harm over lesser harm, the employer's right to terminate is nullified and forfeited.</p>
How To Cite	Borzoei, Abbas; Parchami Jalal, Majid (2024). Rethinking of Contract Termination under Article 46 of the General Conditions of Contract (Publication No. 4311). <i>Journal of Judgment</i> , 118(2), 106-128. http://doi.org/10.22034/judg.2024.2042175.1341
DOI	10.22034/judg.2024.2042175.1341
Publisher	Publications of the Judiciary of Tehran Province 

بازخوانی فسخ پیمان موضوع ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱

عباس برزویی^۱ | مجید پرچی جلال^۲

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران (نویسنده مسئول)، رایانامه: a.borzoei@hsu.ac.ir
۲. دانشیار گروه مدیریت پروژه و ساخت دانشکده معماری دانشگاه تهران. ایران رایانامه: Parchamijalal@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: علمی	در ماده ۴۶ ش.ع.پ نشریه ۴۳۱۱، ۱۵ مورد ذکر شده که پیمان از ناحیه کارفرما قابل فسخ است. صرف نظر از اینکه برخی از موارد، از مصادیق انفساخ و بطلان بوده و کارفرما نقش و دخالتی در آنها نداشته است، عمده موارد فسخ به علت تخلف و تقصیر پیمانکار بوده است. این حق فسخ تحت عنوان تخلف از شرط فعل قابل تفسیر است. در خصوص تخلفات بند الف ماده ۴۶ بویژه موارد بندهای ۳ الی ۶ آن، کارفرما در فسخ پیمان مخیر است و باید با رعایت مصالح و منافع عمومی، بین فسخ پیمان التزام به آن و مطالبه خسارت تصمیم بگیرد. همچنین چنانچه پیمانکار آمادگی خود را جهت جبران تأخیر به طور مثال از طریق کار در شب موضوع ماده ۲۵ ش.ع.پ اعلام دارد و اگر به تشخیص کارفرما، التزام پیمانکار به پیمان موجب جبران ضرر ناشی از تخلفات پیمانکار یا کاهش آن گردیده و به مراتب ضرر ناشی از فسخ از ضرر التزام به پیمان بیشتر باشد یا کارفرما با اقدام دیگری علیه پیمانکار از جمله الزام به اجرای پیمان و مطالبه خسارت موجب کاهش ضرر گردیده که به مراتب از ضرر ناشی از فسخ کمتر بوده، با توجه به وحدت ملاک ماده ۲۵ ش.ع.پ و استثنائی بودن فسخ، رعایت مصالح و منافع عمومی و از باب دفع ضرر اکثر به ضرر اقل و... حق فسخ کارفرما ساقط و زایل می شود.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۱۱	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۲	
کلیدواژه: فسخ، شرایط عمومی پیمان، ماده ۴۶، کارفرما، پیمانکاری.	
استناد	برزویی، عباس؛ پرچی جلال، مجید (۱۴۰۳). بازخوانی فسخ پیمان موضوع ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱، فصلنامه قضاوت، ۱۱۸(۲)، ۱۰۶-۱۲۸.
DOI	http://doi.org/10.22034/judg.2024.2042175.1341
ناشر	انتشارات دادگستری کل استان تهران



مقدمه

در قانون مدنی که ناظر به قراردادهای خصوصی است، برحسب درجه اجباری که طرفین یک عقد در التزام به آن و حفظ پیمان خود دارند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۸)، عقود به عقود لازم، جایز و خیاری تقسیم شده‌اند. از طرفی، در ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر شده است که «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود»^۱. از این ماده که به نحوی مکمل ماده ۱۸۵ قانون مدنی بوده و همچنین ماده ۴۵۷ قانون مدنی در بحث بیع، اصل لزوم عقود و قراردادها استنباط می‌شود (همان، صص ۲۵۷-۲۵۳). همان‌طور که در قسمت دوم ماده ۲۱۹ قانون مدنی آمده، در دو صورت عقد لازم قابل انحلال می‌باشد: اقاله و فسخ (خیار). حسب ماده ۳۹۶ قانون مدنی، خیارات عبارتند از ۱- خیار مجلس ۲- خیار حیوان ۳- خیار شرط ۴- خیار تأخیر ثمن ۵- خیار رؤیت و تخلف وصف ۶- خیار غبن ۷- خیار عیب ۸- خیار تدریس ۹- خیار تبعض صفقه ۱۰- خیار تخلف وصف.

قراردادهای پیمانکاری دولتی به‌عنوان یکی از قراردادهای اداری که تابع حقوق عمومی است، احکام و ویژه‌ای دارند. به‌عنوان مثال، در این قراردادها که تابع ضوابط طرح‌های عمرانی است، حسب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ و مقررات حاکم بر طرح‌های عمرانی، باید از فرمت پیمان استفاده گردد و یکی از اسناد و مدارک پیمان شرایط عمومی پیمان می‌باشد. در شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱^۲ که به شرایط عمومی پیمان متعارف و مرسوم شده و در قراردادهای

۱. چون فسخ ایقاع است، باید با اراده صاحب حق فسخ اعمال گردد و شخص نمی‌تواند از دادگاه صدور حکم به فسخ معامله را درخواست نماید، ولی می‌تواند از دادگاه، صدور حکم بر اعلام فسخ یا تأیید فسخ که توسط خودش انجام گرفته را درخواست نماید به تعبیری حکم دادگاه در خصوص فسخ جنبه اعلامی دارد و دادگاه صرفاً فسخ انجام گرفته توسط صاحب حق فسخ را اعلام می‌کند و جنبه تأسیس ندارد که دادگاه آن را ایجاد کرده باشد (دادنامه شماره ۱۳۸۸۰۰۲۲۳۵۰۹۹۷۰-۹۳۰۹۹۷۰/۹/۱۳۹۳-شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (معاونت منابع انسانی دادگستری استان تهران، ۱۴۰۱، ص ۱۵۳). عمده اسباب و جهات فسخ عقد (انحلال ارادی) در ماده ۳۹۶ قانون مدنی ذکر شده، ولی چند سبب دیگر فسخ نیز از برخی مواد دیگر قانون مدنی قابل استنباط است.

۲. در قراردادهای پیمانکاری دولتی بجای کلمه قرارداد، از کلمه پیمان استفاده می‌شود. گرچه پیمان مشتمل بر موافقت‌نامه، شرایط عمومی و خصوصی، نقشه‌ها، برنامه زمان‌بندی کلی، فهرست و مقادیر منضم به پیمان و... است، ولی گاه در عرف به اشتباه شرایط عمومی پیمان را مترادف با پیمان به‌کار می‌برند که این صحیح نیست. از طرفی، شرایط عمومی پیمان بسته به موضوع قرارداد پیمانکاری، متعدد و متنوع است که بالغ بر بیست تیپ مختلف است. برای مثال، شرایط عمومی پیمان تدوینی برای منضم کردن در پیمان (قرارداد) اجرای پروژه‌های غیرصنعتی موضوع نشریه ۴۳۱۱ است که در ۵۴ ماده و شرایط عمومی پیمان قراردادهای EPC یا همان طرح و ساخت صنعتی موضوع نشریه ۵۴۹۰ در ۷۷ ماده و از نوع گروه اول می‌باشند. البته هرکدام از شرایط عمومی پیمان‌ها به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ و دستورالعمل‌های لازم، حسب مورد از نوع گروه اول، دوم و یا سوم تدوین و

پیمانکاری ساخت و اجرا کاربرد دارد، به ظاهر امتیازاتی برای کارفرمای دولتی پیش‌بینی شده است. یکی از آن امتیازات پیش‌بینی حق فسخ در مواد ۴۶ و ۴۸ می‌باشد که در ماده ۴۶ آن، فسخ پیمان در دو قسمت الف و ب در ۱۵ مورد ذکر شده است. در قسمت الف آن مقرر شده که کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هریک از موارد زیر، پیمان را طبق ماده ۴۷ فسخ کند و در بند ب آن آمده است که در صورت احراز موارد زیر، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند که از موارد فسخ ماده ۴۶، از یک طرف به خیار تخلف از شرط (فعل) و شروط فاسخ (اسماعیلی هرسی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۴) و از طرف دیگر، به فسخ به علت تقصیر و تخلف پیمانکار تعبیر می‌شود (رحمانیان، ۱۳۹۵، ص ۲۹۵). در خصوص فسخ مورد نظر توسط کارفرما، از یک طرف، چه بسا کارفرما برای صیانت از اموال و حقوق عمومی ناگزیر از فسخ پیمان است و از طرف دیگر پیمانکار به راحتی نمی‌خواهد و نمی‌تواند تسلیم این عمل حقوقی شود، زیرا فسخ پیمان به موجب ماده ۴۶، از بعد مادی و معنوی

ابلاغ گردیده‌اند که گروه اول به‌عنوان لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. شرایط عمومی و خصوصی پیمان متعارف (موضوع نشریه ۴۳۱۱) از نوع گروه اول می‌باشد و بیشترین کاربرد را در کشور دارد و در قراردادهای ساخت یا همان قرارداد اجرا و به تعبیری در قراردادهای پیمانکاری دولتی استفاده می‌شود.

۱. در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ قانون مدنی، اقسام شرط و احکام آن ذکر شده که حسب ماده ۲۳۴ قانون مدنی شروط صحیح به سه قسم، شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل تقسیم شده‌اند. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. حسب ماده ۴۴۴ احکام خیار تخلف شرطی به‌طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است. «مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹» به‌طور خاص به خیار تخلف شرط فعل پرداخته است. در خیار تخلف شرط، بدو حق فسخ برای مشروطه ایجاد نمی‌گردد، بلکه آنچه ایجاد گردیده این است که مشروط‌علیه کاری را برای مشروطه انجام دهد یا از انجام کاری امتناع کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، صص ۱۶۸-۱۶۷) و چنانچه مشروط‌علیه به التزام خود وفا نکند و از انجام شرط تخلف کند، باز مشروط‌له حق دارد برابر ماده ۲۳۷ قانون مدنی، التزام متعهد (مشروط‌علیه) را به انجام تعهد از دادگاه بخواهد که دادگاه حکم به الزام ایشان به انجام تعهد صادر می‌کند. اگر علی‌رغم رأی دادگاه و ابلاغ اجرائیه مبنی بر اجرای مفاد رأی، مشروط‌علیه (محکوم‌علیه) از اجرای مفاد رأی امتناع کند، حسب ماده ۲۳۸ قانون مدنی، اگر موضوع شرط از جمله اموری است که به‌وسیله شخص دیگری غیر از مشروط‌علیه هم قابل انجام است مثل احداث ساختمان. در این صورت دادگاه می‌تواند با هزینه مشروط‌علیه موجبات اجرای آن را فراهم کند بدین صورت که برابر ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، محکوم‌له می‌تواند یکی از دو راه را تحت نظر مأمور اجرای احکام دادگستری انجام دهد. راه اول این است که عمل مورد نظر را به‌وسیله دیگری انجام داده و هزینه آن را مطالبه کند که در این صورت لازم نیست جهت مطالبه هزینه، مجدداً طرح دعوای حقوقی کند، بلکه با انجام عمل و مشخص شدن هزینه، می‌تواند رأساً درخواست مطالبه آن را از محکوم‌علیه مطرح نموده و در صورتی که از پرداخت امتناع کند، تقاضای توقیف اموال محکوم‌علیه را کرده تا از محل آن، هزینه انجام عمل جبران گردد. راه دوم این است که قبل از اینکه عمل را انجام دهد، هزینه لازم را به‌وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه کند که در هریک از این دو صورت، دادگاه با انجام تحقیقات لازم و در صورت ضرورت انتخاب کارشناس، میزان هزینه را معین می‌کند و اما اگر موضوع شرط از جمله اعمالی است که قائم به شخص بوده و به عبارتی مباشرت شخص متعهد در انجام آن شرط است، اگر متعهد از انجام شرط امتناع نماید، برابر ماده ۲۳۹ قانون مدنی در اینصورت برای متعهدله حق فسخ به‌وجود می‌آید که به این خیار، خیار تخلف از شرط می‌گویند.

برای پیمانکار بسیار زیانبار است که پیرو فسخ، هم ضمانت نامه یا ضمانت نامه های بانکی و سپرده حسن انجام کار او ضبط شده و به حساب خزانه دولت واریز شده و هم از کارگاه اخراج و هم حیثیت و اعتبار او مخدوش شده و نیز در مواردی که کارفرما برای مدتی بر ماشین آلات و ابزار او مستولی شده، برخی پیمانکاران در حال ورشکستگی قرار می گیرند و اگر فسخ به ناحق اعمال گردد، علاوه بر تحمیل خسارات فوق بر پیمانکار، او ناچار به توسل به مراجع حل اختلاف می شود که از این حیث نیز متحمل هزینه های دادرسی یا داوری یا کارشناسی و حق الوکاله می شود تا اثبات کند فسخ پیمان به ناحق انجام گرفته و در صورت اثبات آن، تبعات مالی سنگینی برای کارفرما به دنبال دارد از جمله ابطال فسخ، استرداد ضمانت نامه، اعاده پیمانکار به کار و محکومیت کارفرما به پرداخت خسارات. بنابراین مسئله فسخ برای دو طرف پیمان مهم است و باید دقت گردد که اگر موضوع واقعاً درخور فسخ نیست، کارفرما از آن اجتناب نماید تا تبعات فوق را برای پیمانکار و خود به دنبال نداشته باشد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶، صص ۶۸۹-۶۸۸). از طرفی حتی در فرضی که به ظاهر پیمانکار تخلف کرده و کارفرما استحقاق فسخ پیمان را دارد، این عمل باید با لحاظ منافع و مصالح عمومی انجام گیرد وگرنه مسئولیت اداره و دستگاه اجرایی را به دنبال دارد (شمعی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۳). بر این اساس، در این مقاله فسخ مندرج در ماده ۴۶ بررسی می شود که حدود و اختیار کارفرما در فسخ پیمان تا چه حد بوده؟ در خصوص تخلفات بند الف ماده ۴۶ به ویژه موارد بندهای ۳ الی ۶ آن، در فرضی که پیمانکار تخلف کرده، آیا کارفرما الزامی به فسخ پیمان داشته یا باید با رعایت مصالح و منافع عمومی، بین فسخ پیمان با التزام به پیمان و مطالبه خسارت برای تخلف مربوط تصمیم بگیرد و با توجه به قرائن موجود از جمله کار در شب موضوع ماده ۲۵ ش.ع.پ مخیر در فسخ پیمان و التزام به اجرای آن است؟

۱. کلیات

جهت تبیین بحث و نظر به اینکه فسخ موضوع ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در فضای پیمان بررسی می شود، در این قسمت مفهوم پیمان و قراردادهای پیمانکاری به اختصار بررسی قرار می شود.

۱-۱. مفهوم پیمان

پیمان همچون عقد به دو اراده نیاز دارد: اراده کارفرما و اراده پیمانکار. برخی حسب مفهوم ماده ۱ موافقت نامه (به عنوان یکی از اسناد پیمان)، پیمان را جزو عقود تلقی کرده اند (جباری، ۱۳۹۵، ص ۴۲)^۱ که به موجب آن، به طور کلی پیمانکار متعهد است موضوع پیمان را اجرا کند و متقابلاً کارفرما

۱. در فرهنگ لغت هم پیمان به معنی عقد و قرارداد آمده است.

نیز تعهد دارد در ازای اجرای پیمان، مبلغی به پیمانکار پرداخت نماید (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۳، ص ۲۱). در ماده ۱ شرایط عمومی پیمان آمده است که «پیمان، مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده ۲ موافقت‌نامه پیمان، درج شده است» و حسب ماده ۲ موافقت‌نامه، اسناد و مدارک پیمان عبارتند از الف) موافقت‌نامه ب) شرایط عمومی ج) شرایط خصوصی د) برنامه زمانی کلی ه) فهرست بها و مقادیر کار و مشخصات فنی (مشخصات فنی عمومی، مشخصات فنی خصوصی)، دستورالعمل‌ها و استانداردهای فنی ز) نقشه‌ها و اسناد تکمیلی که حین اجرای کار و به منظور اجرای پیمان، به پیمانکار ابلاغ می‌شود یا بین طرفین پیمان مبادله می‌گردد نیز جزو اسناد و مدارک پیمان به شمار می‌آید. این اسناد باید در چارچوب اسناد و مدارک پیمان تهیه شود. این اسناد، ممکن است به صورت مشخصات فنی، نقشه، دستور کار و صورت مجلس باشد.^۱ بر این اساس می‌توان گفت که پیمان عقدی است لازم و معوض، عهدی، تشریفاتی، معین و مستمر که پیمانکار به عنوان یک طرف قرارداد دولتی (تابع ضوابط طرح‌های عمرانی به استناد مواد ۱۰ و ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱)، در برابر کارفرما تعهد به انجام عمل معینی در قبال مبلغ معین می‌نماید (توکلی و عباس‌زاده، ۱۴۰۲، صص ۲۴-۱۶؛ اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۳، صص ۲۷-۲۲).

۲-۱. قراردادهای پیمانکاری

۱-۲-۱. تقسیم قراردادهای پیمانکاری به خصوصی و دولتی

در حوزه پیمانکاری از حیث شخصیت طرفین قرارداد، می‌توان قرارداد را به قراردادهای پیمانکاری عمومی (یا دولتی) و پیمانکاری خصوصی تقسیم کرد. در پیمانکاری خصوصی، دوطرف پیمان افراد حقیقی یا شرکت‌های خصوصی هستند که تابع مقررات حقوق خصوصی و اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی از جمله اصل آزادی قراردادی اند (حبیب‌زاده، ۱۳۹۵، صص ۶۸-۶۷). در صورتی که خلاف قانون و نظم عمومی نباشد، طرفین تحت هر عنوان که مایل باشند، مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کنند و نتایج و آثار آن را به دلخواه خود معین می‌کنند بدون اینکه تابع تشریفات خاصی باشد و دو طرف عقد ملزم به اجرای مفاد آن هستند و اثر قرارداد محدود به افرادی است که جزو طرفین قرارداد است و اصولاً سود و زیانی برای دیگران ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، صص ۸۶-۸۵). ولی پیمانکاری عمومی و دولتی جزو قراردادهای اداری به معنی اخص کلمه و از انواع

۱. در صورت وجود دوگانگی بین اسناد و مدارک پیمان، موافقت‌نامه پیمان بر دیگر اسناد و مدارک پیمان اولویت دارد. هرگاه دوگانگی مربوط به مشخصات فنی باشد، اولویت به ترتیب با مشخصات فنی خصوصی، نقشه‌های اجرایی و مشخصات فنی عمومی است و اگر دوگانگی مربوط به بهای کار باشد، فهرست بها بر دیگر اسناد و مدارک پیمان اولویت دارد (ماده ۲ موافقت‌نامه).

دستگاه اجرایی گفته شده (رضایی زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰)، ولی عمده قراردادهای دستگاه‌های اجرایی که جهت رفع نیازهای عمومی منعقد می‌گردد، تابع حقوق عمومی و اداری است و دارای احکام ویژه‌ای هستند. به عنوان مثال، در قراردادهای پیمانکاری که تابع ضوابط طرح‌های عمرانی بوده، حسب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و مقررات حاکم بر طرح‌های عمرانی، باید از قواعد پیمان استفاده گردد و یکی از اسناد و مدارک پیمان شرایط عمومی پیمان می‌باشد.

درواقع در قراردادهای پیمانکاری دولتی، اصول و قواعد حقوق خصوصی و از جمله اصل آزادی قراردادی، متناسب با نیازهای مربوط به رفاه عامه، منافع و خدمات عمومی تعدیل شده و قرارداد به قصد ارائه خدمت عمومی و برآورده ساختن منفعت عمومی منعقد می‌گردد (زارعی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۷). بر این اساس، در انعقاد قراردادهای پیمانکاری دولتی با محدودیت در شکل و نوع قرارداد، تعیین مدت قرارداد، تصویب قرارداد، وجود اعتبار مصوب، صلاحیت‌های لازم جهت انعقاد قرارداد و رعایت تشریفات مناقصه در قراردادهای پیمانکاری دولتی مواجه هستیم. اولاً دستگاه اجرایی مکلف است با رعایت مقررات قانونی از جمله قانون محاسبات عمومی، قانون مناقصات کشور، آیین نامه معاملات دولتی و غیره، مبادرت به انعقاد قرارداد با برنده مناقصه نماید و به عبارتی، برخلاف قراردادهای پیمانکاری خصوصی، در پیمانکاری‌های دولتی اصل بر تشریفات بودن انعقاد قرارداد می‌باشد (کاری، ۱۳۹۶، ص ۶۴).

از طرفی به موجب لایحه قانونی منع مداخله در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ برخی از اشخاص به دلیل موانع قانونی از معامله با دستگاه اجرایی و انعقاد قرارداد یا آن ممنوع بوده و دستگاه اجرایی نیز نباید با آن قرارداد منعقد کند. ثانیاً قرارداد باید در قالب پیمان منعقد شود و در فرضی که در قالب نوع اول ابلاغ شده باشد،^۱ امکان تغییر در شرایط عمومی پیمان وجود ندارد. ثالثاً بیشتر اختیارات مذکور در قانون مدنی، به علت ماهیت خاصی که دارند مانند خیار حیوان یا مجلس در قراردادهای دولتی و اداری موضوعیت پیدا نکرده و برای پیمانکار نیز عمده این اختیارات

۱. حسب ماده ۷ آیین نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی مصوب ۱۳۵۲، شرایط عمومی پیمان و غیره در قالب ۳ دسته دستورالعمل طی بخشنامه به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده که بر این اساس، این دستورالعمل‌ها به سه گروه تقسیم گردیده است. به طور مثال برابر بخشنامه شماره ۱۰۸۸/۱۰۲/۸۴۲/۵۴ مورخه ۱۳۷۸/۳/۳، سازمان برنامه و بودجه، ضمن ابلاغ موافقت نامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان کارهای پیمانکاری به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران، آن را از نوع گروه اول (لازم الاجرا) به شمار آورده است. دستورالعمل‌های نوع اول لازم الاجرا شامل دستورالعمل‌هایی می‌شود مانند فرم پیمان‌ها، ضمانت نامه‌ها و... که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ضروری بوده و علاوه بر اینکه بخش‌های دولتی مکلفند از این قراردادها استفاده کنند، مجاز به هیچ‌گونه تغییری در مفاد آن نیستند و امکان تغییر در مفاد آن را ندارند و در صورت نیاز به تغییرات، تغییرات مورد نظر به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد شده و صرفاً بعد از تأیید معاونت راهبردی سازمان برنامه و بودجه به موقع اجرا گذاشته می‌شود.

به وجود نمی‌آید تا بتواند قرارداد را فسخ کند و به طور مثال فقط خیار شرط و تخلف از شرط در قراردادهای پیمانکاری تابع شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ صدق پیدا می‌کند که حسب مواد ۴۶ و ۴۸ آن، تنها از ناحیه کارفرمای دولتی قابل اعمال بوده و پیمانکار و شخص ثالث اختیاری از این حیث ندارد.

از طرفی در هیچ‌یک از قوانین حاکم بر قراردادهای دولتی از جمله قانون برگزاری مناقصات، قانون محاسبات عمومی، آیین‌نامه معاملات دولتی و حتی در شرایط عمومی پیمان، به علت رعایت منافع عمومی و اصول حاکم بر هدف دولت از انعقاد قرارداد پیمانکاری از جمله ارائه خدمات عمومی و اصل استمرار این خدمات، اقاله یا برهم زدن قرارداد به تراضی طرفین پیش‌بینی نشده است. در مجموع اینکه قراردادهای پیمانکاری دولتی را از این نظر که دولت یک طرف آن بوده، از ویژگی‌هایی برخوردارند که بر اساس آن، یکسری اختیارات و امتیازاتی برای طرف دولتی مدنظر می‌باشد که عموماً در قراردادهای خصوصی وجود ندارد که از جمله می‌توان به مواردی همچون اختیار فسخ یکجانبه قرارداد به استناد ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، اشاره کرد.

۲-۲-۱. انواع قراردادهای پیمانکاری دولتی

حسب مقررات حاکم، قراردادهای پیمانکاری دولتی به دو دسته تقسیم می‌شود: الف) قراردادهای پیمانکاری تابع ضوابط طرح‌های عمرانی ب) قراردادهای پیمانکاری غیرتابع ضوابط طرح‌های عمرانی:

الف) قراردادهای پیمانکاری تابع ضوابط طرح‌های عمرانی

حسب ماده ۱۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، قراردادی تابع ضوابط طرح‌های عمرانی محسوب شده که تمام یا قسمتی از هزینه‌های اجرای طرح موضوع قرارداد از محل اعتبارات عمرانی (بودجه عمومی کشور) تأمین شده باشد که بر این اساس طرح‌های موضوع قرارداد به طرح عمرانی انتفاعی، طرح عمرانی غیرانتفاعی و طرح معاملاتی تقسیم می‌گردد. ولی حسب مصوبات ۱۲۹ و ۱۴۳ شورای عالی تأمین اجتماعی، قراردادهایی مشمول ضوابط طرح‌های عمرانی هستند که دو شرط داشته باشند: ۱- بر اساس فهرست بهای پایه سازمان برنامه و بودجه (قراردادهای پیمانکاری) یا ضوابط تپ سازمان مذکور (قراردادهای مشاوره‌ای) منعقد شده باشند. ۲- تمام یا قسمتی از بودجه عملیات از محل اعتبارات عمرانی دولت (اعتبارات عمرانی ملی، منطقه‌ای، استانی) تأمین شده باشد. به عبارتی در مصوبات شورای عالی تأمین اجتماعی، علاوه بر شرط ماده ۱۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱، یک شرط دیگر اضافه شده است.

ب: قراردادهای پیمانکاری غیر تابع ضوابط طرح‌های عمرانی

قراردادهای پیمانکاری که یک طرف آن دولت بوده، گرچه از این حیث، قرارداد پیمانکاری دولتی محسوب شده ولی اگر اعتبار آن از طریق دیگری غیر از بودجه عمومی تأمین گردد، مثلاً یک دستگاه اجرایی از طریق درآمد اختصاصی مبادرت به تأمین اعتبار یک طرح نماید، به قرارداد منعقدۀ قرارداد پیمانکاری غیر تابع ضوابط طرح‌های عمرانی گفته می‌شود.

اثر مترتب بر تفکیک فوق این است که قراردادهای تابع ضوابط طرح‌های عمرانی، از ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱ تبعیت کند. به‌طور مثال در پروژه‌های ساخت و اجرا از فرمت شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ استفاده گردد که از جمله امتیارات پیش‌بینی شده در آن، اعمال مواد ۴۶ و ۴۸ آن در بحث فسخ پیمان توسط کارفرما می‌باشد.

۲. فسخ در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱

در این قسمت چند موضوع قابل طرح و بررسی است:

الف) آیا ایجاد حق فسخ منوط به خواست و اراده کارفرما است و به عبارتی کارفرما در ایجاد حق فسخ، نقش و اختیاری دارد؟

ب) صرف‌نظر از اینکه کارفرما در ایجاد حق فسخ موارد مندرج در ماده ۴۶ نقش و دخالتی داشته یا نه و با فرض اینکه حق فسخ ایجاد شده باشد آیا کارفرما در اعمال حق فسخ یا عدم اعمال آن و الزام پیمانکار به اجرای تعهدات موضوع پیمان مخیر است یا باید حق فسخ را اعمال کند؟ به عبارتی آیا کارفرما می‌تواند طبق قواعد عمومی قراردادها از جمله مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ الزام پیمانکار را به اجرای تعهدات خواسته و بسته به مورد عمل نماید و بدو از فسخ پیمان امتناع نماید؟

ج) با فرض ایجاد حق فسخ برای کارفرما، چنانچه پیمانکار آمادگی خود را جهت اجرای تعهدات مندرج در پیمان اعلام نماید کارفرما تکلیفی به اجابت خواسته پیمانکار داشته یا در اعمال حق فسخ ایجاد شده اختیار مطلق دارد؟ به عبارتی آیا آمادگی پیمانکار جهت اجرای پیمان می‌تواند در عدم اعمال حق فسخ کارفرما مؤثر بوده و نقش اساسی داشته باشد؟

۱-۲. نقش کارفرما در ایجاد حق فسخ موضوع ماده ۴۶

اولاً برخی از مصادیق مندرج در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان از موارد فسخ نبوده بلکه یا از موارد انفساخ یا از موارد بطلان پیمان بوده است و کارفرما هیچ‌گونه دخالتی در ایجاد و اعمال آن ندارد مثل شمول منع مداخله پیمانکار در معاملات دولتی. البته برخی در توجیه ذکر شمول منع مداخله

به عنوان فسخ در ماده ۴۶ اعلام داشته، شاید بتوان گفت که هرگاه به هنگام انعقاد پیمان، پیمانکار مشمول منع مداخله باشد و آن را کتمان کند، به نظر باید باطل باشد، اما اگر در حین قرارداد تغییراتی ایجاد شده باشد، باید فسخ گردد (ادیبی، ۱۳۹۰، ص ۸۷) که این با ظاهر و صراحت لایحه قانونی منع مداخله منافات داشته و حداقل باید قائل به این شد که در مورد اخیر، قرارداد از زمان شمولیت، منفسخ می‌گردد و نوبت به ایجاد حق فسخ نمی‌رسد.

ثانیاً در خصوص مواردی همچون انحلال شرکت پیمانکار (بند ۱ ماده ۴۶) یا ورشکستگی آن نیز (بند ۱۱ ماده ۴۶) کارفرما هیچ‌گونه اختیار در وقوع هریک از عوامل فوق ندارد (علی‌زاده طباطبائی، ۱۳۷۲، ص ۶۵).

ثالثاً در برخی موارد همچون بندهای ۱ الی ۹ و بند ۱۲ یا بند ۱ قسمت ب ماده ۴۶ ش.ع.پ که تحقق آنها منوط به انقضای مدت مشخص یا انجام کار معین از ناحیه پیمانکار ظرف مدت مشخص بوده است و چنانچه پیمانکار در مدت مشخص مبادرت به انجام کار معین نکرده یا در انجام آن تأخیر کند، موجب و سبب فسخ پیمان برای کارفرما فراهم گردیده و به عبارتی این پیمانکار است که با تخلف خود موجبات فسخ پیمان را فراهم کرده، گویی او پیمان را فسخ کرده و به عبارتی در ایجاد فسخ، کارفرما نقشی ندارد و چه بسا در مواردی پیمانکار مصلحت خود را در فسخ پیمان دیده و تعمداً با توقف کار و انجام یکی از تخلفات مندرج در بندهای مذکور، مقدمات فسخ پیمان را فراهم نماید از طرفی برای ایجاد حق فسخ برای کارفرما، از یک طرف باید پیمانکار در انجام تعهد مربوط در مدت مشخص تأخیر نموده و از طرف دیگر، تأخیر بدون علل موجه بوده باشد.

رابعاً در خصوص واگذاری پیمان به شخص ثالث که حسب بند ۱ قسمت ب ماده ۴۶ موجب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌شود، می‌توان گفت که تحقق این مورد نیز مستلزم وقوع امری در عالم خارج بوده و باید در مورد قراردادی تنظیم شده در عمل این واگذاری اثبات گردد یا در مورد بند ۱۳ قسمت الف ماده ۴۶ که دادن حق العمل، پاداش یا هدایا از ناحیه پیمانکار به عوامل کارفرما از موجبات حق فسخ برای کارفرما پیش‌بینی شده است منوط به اثبات آن بوده است (علی‌زاده طباطبائی، ۱۳۷۲، ص ۶۷).

۲-۲. نقش و اختیار کارفرما در انطباق عمل یا اعمال (تخلفات پیمانکار) با یک یا چند موارد

از موارد مذکور در ماده ۴۶ ش.ع.پ

اصولاً موجبات فسخ در ماده ۴۶ را پیمانکار فراهم نموده و کارفرما نقش و دخالتی در آن ندارد. از طرفی با توجه به اینکه جهت ایجاد حق فسخ برای کارفرما، تخلف یا تخلفات پیمانکار باید با یک یا چند مورد از موارد مندرج در ماده ۴۶ انطباق داده شده و در صورت انطباق، حق فسخ برای

کارفرما به وجود می‌آید. سؤال این است که آیا تشخیص کارفرما برای احراز تخلف و انطباق آن با موارد مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ کفایت کرده یا اینکه چون ممکن است کارفرما دچار اشتباه گردد باید مرجع دیگری غیر از کارفرما، تخلف موجد حق فسخ را احراز کرده یا چنانچه کارفرما احراز کرده به تأیید مرجع دیگری برسد؟

در پاسخ به سؤال فوق می‌توان گفت که دو نظر وجود دارد. نظر اول بر این است که طبق ماده ۴۷ ش.ع.پ، به کارفرما این اختیار داده شده است که در صورتی که تخلف یا تخلفات پیمانکار با مفاد ماده ۴۶ قابل انطباق بود، مبادرت به فسخ پیمان کند. بر این اساس، بدو باید تخلف پیمانکار از مفاد قرارداد، توسط مراجع ذیصلاح (منظور غیر کارفرما)، احراز شود و اگر تخلفات قابل انطباق با موارد مذکور در ماده ۴۶ بود، کارفرما منخیر در فسخ پیمان باشد؛ در غیر این صورت، کارفرما صرفاً می‌تواند طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی خسارات ناشی از تخلفات پیمانکار را مطالبه یا طبق ماده ۲۲۲ قانون مدنی، با اذن حاکم، خود عمل مورد تعهد را انجام دهد و مخارج آن را از پیمانکار اخذ کند که البته در صورتی که پیمانکار، حسب مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، اثبات کند که تخلف او ناشی از حادثه‌ای بوده که غیر قابل پیش‌بینی و دفع آن خارج از حیطه اقتدار او بوده است، از مسئولیت و تأدیه خسارت مبرا می‌شود (علی‌زاده طباطبایی، ۱۳۷۲، ص ۳۴). برخی نظر داده‌اند که احراز تخلف پیمانکار و حق فسخ ناشی از آن در زمره اختیارات قراردادی کارفرما بوده و کارفرما با استفاده از اختیاراتی که طبق قرارداد تحصیل کرده، تخلفات پیمانکار را منطبق با موارد ماده ۴۶ احراز و سپس پیمان را فسخ نماید. به عبارتی، ایشان معتقدند پیمانکار حق احراز تخلفات احتمالی خود را طی پیمان به کارفرما اعطا نموده و باید تبعات حقوقی آن را پذیرا باشد که روح حاکم بر ماده ۴۷ نشان می‌دهد که کارفرما در نظر داشته، تشریفات مندرج در ماده ۴۷، جهت اثبات تخلفات پیمانکار را به طرح دعوا در مراجع قضایی منوط ننموده و موجب تأخیر در اجرای طرح‌های عمرانی ناشی از ارجاع تخلفات پیمانکاران به مراجع قضایی و اطاله رسیدگی قضایی نگردد (نوروزی‌منش، ۱۳۹۷، صص ۳۷-۳۸). البته برخلاف ماده ۴۷ سابق شرایط عمومی پیمان^۱ حسب ماده ۴۷ شرایط عمومی

۱. حسب ماده ۴۷ ش.ع.پ سابق به صرف اینکه کارفرما پیمانکار را مشمول فسخ دانسته مراتب فسخ را به ایشان ابلاغ کرده و بدون اینکه نیاز به تشریفات قضایی و اداری باشد، می‌تواند اقدامات بعد از فسخ مانند ضبط ضمانت‌نامه‌ها و غیره را انجام دهد. و حسب تبصره ماده ۴۷ قدیم، «تشخیص کارفرما مبنی بر انطباق تخلف یا تخلفات پیمانکار با یک یا چند مورد از موارد مذکور در ماده ۴۶ کافی برای فسخ پیمان و اجرای تمام مفاد ماده ۴۷ بوده و پیمانکار به هیچ عنوان، نمی‌تواند فسخ پیمان را به‌عنوان یکی از موارد اختلاف موضوع ماده ۵۳ تلقی کند ولی چنانچه حقی برای خود قائل باشد البته می‌تواند به دادگاه‌های صلاحیتدار مراجعه نماید بدون اینکه این مراجعه او بتواند مانع اجرای مفاد ماده ۴۷ گردد». بر همین اساس تا قبل از شرایط عمومی پیمان جدید (۱۳۷۸)، در رویه قضایی، دعوی پیمانکار نسبت به فسخ پیمانکار پذیرفته نشده است و صرفاً حق مطالبه خسارت در فرض اشتباه کارفرما در اعمال فسخ پیش‌بینی شده است بدون اینکه تأثیری در فسخ انجام گرفته توسط کارفرما داشته باشد (دادنامه شماره ۸۷۲

پیمان نشریه ۴۳۱۱، درخصوص بند الف ماده ۴۶، صرف تشخیص و احراز تخلف و انطباق آن با موارد ماده ۴۶ کفایت نکرده و بعد از تشخیص اولیه، اگر کارفرما تصمیم به فسخ و انجام تشریفات آن داشته باشد، باید اختطاریه به پیمانکار ابلاغ شده و ظرف ۱۰ روز، پیمانکار فرصت دارد دلایل خود مبنی بر رد ادعای کارفرما را به ایشان اعلام نموده و بعد از آن، چنانچه کارفرما متقاعد گردید فسخ متفی شده و اگر متقاعد نگردد یا پیمانکار ظرف ۱۰ روز، دلایل بر رد ادعای کارفرما را به اطلاع ایشان نرساند صرف نظر از اینکه عدم پاسخ پیمانکار به منزله تأیید ضمنی ادعای کارفرما بوده یا نه، مراتب به هیأت موضوع ماده ۴۷ منعکس گردیده و هیأت موضوع را بررسی کرده و در صورت تأیید توسط هیأت، چنانچه مورد موافقت وزیر یا بالاترین مقام سازمان کارفرما (اگر سازمان تابع هیچ وزارتخانه نباشد)، کارفرما فسخ را به پیمانکار ابلاغ می‌کند.

۳. اختیاری بودن فسخ در ماده ۴۶ ش.ع.پ نشریه ۴۳۱۱

برخلاف برخی موارد خاتمه پیمان (همچون تأخیر در تحویل کارگاه از ناحیه کارفرما موضوع بند ج ماده ۲۸ ش.ع.پ، افزایش مقادیر به مبلغ بیشتر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان موضوع بند ۱ قسمت الف ماده ۲۹ کاهش مقادیر پیمان به بیش از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان و عدم رضایت پیمانکار موضوع بند ۲ قسمت الف ماده ۲۹ ش.ع.پ، مخالفت پیمانکار با ادامه تعلیق برای مدت بیش از سه ماه به موجب بند د ماده ۴۹ ش.ع.پ و ادامه وضعیت قهری موضوع بند ج ماده ۴۳ ش.ع.پ به بیش از شش ماه) که کارفرما مکلف به خاتمه پیمان (به عبارتی ملزم به فسخ پیمان) بوده و در صورت عدم فسخ (خاتمه)، پیمانکار می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و الزام کارفرما را به خاتمه (فسخ) درخواست کند (وکیلی، ۱۳۸۹، صص ۷۱-۷۰). درخصوص عمده موارد بند الف ماده ۴۶ از جمله تأخیرات پیمانکار، به چند دلیل، کارفرما در اعمال فسخ پیمان اختیار دارد در قسمت ذیل حسب مورد چند دلیل یا توجیه در اختیاری بودن فسخ موضوع صدر ماده ۴۶ ش.ع.پ مطرح می‌شود.

۱-۳. تفاوت نگارشی بند الف با بند ب ماده ۴۶

در بند الف ماده ۴۶ مقرر گردیده که «کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هریک از موارد زیر، پیمان را طبق ماده ۴۷ فسخ کند»، ولی در بند ب آن آمده است که «در صورت احراز موارد زیر، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند». صرف نظر از اینکه مصادیق مندرج در بند ب از حیث اهمیت و نوع تخلف سنگین تر از مصادیق مندرج در بند الف بوده و طبیعی است که ضمانت اجرای سنگین تری نسبت

و ۷۸۳-۱۳۶۳/۱۱/۲۳-۲۰ شعبه ۲۰ دادگاه عمومی تهران که در شعبه اول دیوان عالی کشور تأیید شده). رأی شماره ۹۰۰-۱۳۶۲/۱۰/۲۰، شعبه ۱۹ دادگاه عمومی تهران (قهرمانی و شمسا، ۱۳۹۸، صص ۷۰-۶۷).

به تخلفات مندرج در بند الف داشته باشد، از نوع نگارش در صدر بندهای الف و ب و استفاده از عبارت «می تواند» در بند الف، برمی آید که تنظیم کنندگان شرایط عمومی پیمان نظرشان بر این بوده که در صورت وقوع هریک از موارد سیزده گانه بند الف ماده ۴۶، مانند وجود خیار در سایر قراردادها که ذوالخیار مخیر به اعمال فسخ است، کارفرما می تواند از حق فسخ خود استفاده و یا از آن صرف نظر کند (ایزدی فر، ۱۳۹۹، ص ۳۶). به عبارتی، کارفرما مخیر به فسخ یا ادامه پیمان بوده که این با قواعد و اصول حقوقی قابل دفاع می باشد (طباطبائی، ۱۳۹۹، ص ۲۴). از طرفی پیش بینی نحوه فسخ پیمان در بند الف ماده ۴۷ در خصوص موارد بند الف ماده ۴۶ نسبت به بند ب، مؤید اثبات ادعای فوق است.

۲-۳. مفهوم مخالف ماده ۴۴ ش.ع.پ در تشریح بند ۲ قسمت ب ماده ۴۶ آن

حسب بند ۲ قسمت ب ماده ۴۶ ش.ع.پ، یکی از مواردی که در صورت احراز آن، کارفرما مبادرت به فسخ پیمان می کند این است که پیمانکار مشمول ممنوعیت قانونی ماده ۴۴ گردد و در ماده ۴۴ که در خصوص منع مداخله در معاملات دولتی بوده، فروض مختلفی ذکر شده و در این فروض، به صورت اجباری از فسخ پیمان سخن به میان آمده است که مفهوم مخالف آن دلالت بر این دارد که در سایر موارد از جمله موارد مندرج در بند الف ماده ۴۶، فسخ پیمان اجباری نبوده بلکه اختیاری است.

۳-۳. استفاده از مبنای فسخ پیمان برای عدم فسخ آن (اصل منفعت عمومی و استمرار

خدمت عمومی)

مطابق ماده ۴۶ ش.ع.پ، به صرف تخلف پیمانکار و احراز و انطباق آن با یک یا چند مورد از موارد مندرج در ماده ۴۶، کارفرما قادر به فسخ پیمان بوده، بدون اینکه احتیاجی به مراجعه به دادگاه داشته باشد. این موضوع یکی از مظاهر قدرت عمومی کارفرمای دولتی به شمار آمده است (فلاح زاده و پرسا، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸). ولی صرف نظر از اینکه اعمال حق فسخ از جانب کارفرما به استناد عمده موارد مندرج در بند الف ماده ۴۶، منوط به انجام تعهدات قراردادی کارفرما بوده که بدین وسیله کارفرما حسن نیت خود را با انجام تعهدات قراردادی از جمله تعهدات پرداختی در قبال پیمان و پیمانکار اثبات نموده باشد (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳، ص ۱۱۴)^۱ از آنجا که ذی نفع اصلی پیمان عموم مردم و شهروندان هستند، باید در اعمال فسخ منافع و مصالح عمومی لحاظ شود و هر جا منافع و مصالح عمومی اقتضا کند که مناسب تر آن است که پیمان فسخ نشده، بلکه با مدارا و دادن

۱. رأی شماره ۱۸/۷۰۲/۶۸-۱۳۶۸/۷/۳۰- شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در تأیید رأی شعبه پنجم دادگاه عمومی شیراز (بازگیر، ۱۳۸۱، صص ۶۸-۷۵)

فرصت به پیمانکار، پیمان ادامه پیدا کند از فسخ پیمان صرف نظر گردد. مثلاً اگر در اجرای کارها تأخیری صورت گیرد، کارفرما باید بررسی کند که آیا فسخ قرارداد باعث دفع ضرر از مردم می‌شود یا اینکه فسخ موجب ضرر بیشتری خواهد شد (جباری، ۱۳۹۵، ص ۴۶). بعد بر آن اساس، نسبت به فسخ یا بقا پیمان تصمیم بگیرد.

در توجیه فسخ پیمان توسط کارفرما در راستای ماده ۴۶ ش.ع.پ گفته شده که اصولاً مدت پیمان یکی از مهم‌ترین ارکان قرارداد پیمانکاری چه از نظر حقوقی و چه از نظر اقتصادی محسوب شده چراکه کلیه طرح‌های عمرانی دستگاه‌های دولتی در قالب برنامه‌های زمان‌بندی شده و اعتبارات تصویب شده از طرف سازمان برنامه و بودجه، پیرو انعقاد پیمان به پیمانکار واگذار شده و در صورت تأخیر بیش از حد متعارف در اجرای پروژه، چه بسا دستگاه اجرایی نتواند اعتبار مصوب را جذب کند و اعتبار تا پایان سال مالی حذف و ادامه کار پروژه از نظر قانون بودجه با مشکل مواجه می‌شود و با توجه به روند رو به افزایش قیمت‌ها، تطویل بی‌مورد اجرای پروژه عمرانی موجب بروز هزینه و خسارات هنگفتی به منابع و سرمایه ملی و اقتصاد کشور و از طرفی موجب تأخیر در بهره‌برداری از پروژه و ارائه خدمات عمومی به مردم و شهروندان می‌گردد.

بر این اساس و بنا به لزوم رعایت مصالح عمومی و بنا به مقتضیات اداری، به کارفرما اجازه داده شده که در صورت بروز تأخیر بیش از حد در اجرای پروژه (از جمله مقدمات شروع کار تا پایان قرارداد)، به‌طور یک طرفه مبادرت به فسخ قرارداد نماید (علی‌زاده طباطبائی، ۱۳۷۲، صص ۷۵-۷۴ و ۷۷).^۱ منتها باید در فسخ پیمان از شتابزدگی و این تصور که اعمال ماده ۴۶ فرصت مغتنمی برای ضبط ضمانت‌نامه‌ها و تملک ماشین‌لات پیمانکار بوده، اجتناب شود و در اعمال یا عدم اعمال حق فسخ، مصالح و منافع ملی و شهروندان لحاظ شود و کارفرما باید قبل از اقدام به فسخ، قابلیت و توانایی پیمانکار را در ادامه پیمان بررسی کند و در صورتی که احراز کند که اگر فرصت دوباره برای ادامه کار به پیمانکار داده شود اقدامی به صرفه است، از فسخ اجتناب نماید. همان‌طور که گفته شد، مینا و توجیه اصلی فسخ پیمان اجرای پروژه در موعد مقرر و مطلوب جهت تسریع در ارائه خدمات عمومی مطابق با نیاز و احتیاجات عمومی بوده است (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳، صص ۱۱۴) و چه بسا اقدام شتابزده در فسخ پیمان و توقف و تعطیلی پروژه تا برگزاری مناقصه جدید

۱. در نظام حقوقی ایران، فسخ قرارداد اداری (از جمله پیمانکاری) بر اساس اصل منفعت عمومی توجیه می‌شود، اما در نظام حقوقی فرانسه، علاوه بر اصل یاد شده، حداقل دو مبنای دیگر، اصل استمرار خدمت عمومی و اصل احترام به حقوق مکتسبه پیمانکاران، پیش‌بینی شده است (چهارمیری و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۱۳۹) که توجه به اصول اخیر موجب می‌گردد که کارفرما در فسخ پیمان شتابزده عمل نکند و جوانب امر را در نظر بگیرد و با توجه به همه اوضاع و احوال قضیه، به بهترین نحو در راستای منافع عمومی هرگونه اقدامی صورت گیرد (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳، صص ۱۱۶).

و انتخاب پیمانکار جدید، خود موجب طولانی شدن روند اجرای پروژه با هزینه بالاتر و تأخیر در ارائه خدمات عمومی، که به نحوی نوعی ضرر اقتصادی است (بادینی، ۱۳۹۰، ص ۶۹)، گردد. بر این اساس اگر منافع و مصالح عمومی اقتضا کند که پیمان فسخ نگردد، کارفرما باید از فسخ امتناع کند و به اجرای قرارداد التزام داشته باشد و خسارات احتمالی ناشی از تخلف پیمانکار را از طرق دیگری همچون مطالبه خسارت و... جبران نماید. به عبارتی گرچه به علت تخلف پیمانکار (از جمله تأخیرات مندرج در بندهای الف ماده ۴۶ ش.ع.پ) ممکن است ضرر و خسارتی به کارفرما وارد شده باشد، ولی چه بسا با فسخ پیمان و برگزاری مجدد مناقصه با قیمت و مبلغ جدید و زمان بردن اجرای پروژه، خسارت هنگفت و قابل توجهی به کارفرما وارد شود که در اینجا چه بسا عدم فسخ پیمان و التزام به اجرای آن موجب دفع ضرر اکثر به ضرر اقل گردد که این هم با مصالح و منافع عمومی انطباق دارد و هم با الزام به اجرای قرارداد.

۳-۴. دلالت ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

حسب ماده فوق، در صورتی که اختلاف بین کارفرما و پیمانکار در اجرا و تفسیر مفاد پیمان بروز کند، قبل از اینکه موضوع به داوری ارجاع شود، طرفین می توانند از طریق مذاکره و به روش مسالمت آمیز به حل اختلاف مبادرت کنند که این باعث می گردد که اختلاف به سرعت حل شود و چه بسا در اجرای پروژه و پیمان خلل وارد نسازد (اسماعیلی هریسی، سال ۱۳۹۶، ص ۴۳۶). این مکانیزم هم دلالت بر اختیاری بودن فسخ دارد، چرکه اولاً یکی از اختلافاتی که ممکن است بین طرفین بروز کند موضوع تخلف پیمانکار و فسخ پیمان توسط کارفرما است و بر این اساس طبق صدر ماده ۴۷ ش.ع.پ اگر کارفرما به علت بروز یک یا چند مورد از حالت های مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ، پیمان را مشمول فسخ بداند، نظر خود را با ذکر دلایل و مستند به بندی یا بند های مورد نظر برای پیمانکار ارسال می کند و پیمانکار مکلف است ظرف ۱۰ روز دلایل خود در رد ادعای کارفرما را به وی اعلام کند. حال چنانچه با مذاکره و به شیوه مسالمت آمیز، طرفین در خصوص عدم فسخ و ادامه پیمان به نتیجه برسند بحث فسخ منتفی می شود. ثانیاً حسب بند ب ماده ۵۳ ش.ع.پ در صورتی که دو طرف در حل اختلاف از طریق مذاکره و مسالمت آمیز به نتیجه نرسند موضوع به داوری شورای عالی فنی محول می شود.

۳-۵. فسخ پیمان به عنوان آخرین راه حل

معمولاً دولت وقتی از حق فسخ در صورت تخلف پیمانکار استفاده می کند که سایر تضمینات پیمان برای الزام او به انجام تعهداتش مفید واقع نگردد (وکیلی، ۱۳۸۹، ص ۳). از طرفی اگرچه در صورت

تخلف پیمانکار، برای کارفرما حق فسخ پیش بینی شده و اگرچه اصولاً یکی از مبانی فسخ جبران ضرر است، ولی چه بسا فسخ پیمان خسارت کارفرما را به صورت مقتضی و کامل جبران نکند و لازم باشد که کارفرما در این موارد پیمان را لازم الاجرا تلقی کرده و سپس از محل تضامین و مطالبات پیمانکار، خسارات وارده را جبران نماید.^۱

۳-۶. توجه به ریسک‌ها و خطرات احتمالی ناشی از ابطال فسخ

حسب ماده ۴۷ ش.ع.پ پس از ابلاغ فسخ پیمان، ضمن خلع ید فوری از پیمانکار و در اختیار گرفتن (تصرف) کارگاه، تأسیسات و ساختمان‌های موقت، مصالح و تجهیزات، ماشین‌آلات و ابزار و تمام تدارکات موجود در آن، تضمین انجام تعهد وصول و به همراه تضمین حسن انجام کار کسر شده به خزانه واریز شده و کارفرما بابت بدهی پیمانکار، اقلامی از ماشین‌آلات، ابزار و وسایل پیمانکار را پس از ارزیابی کارشناس در اختیار (تصرف) گرفته و طبق مقررات به تملک خود در می‌آورد. این امر مانع از آن نمی‌شود که پیمانکار جهت احقاق حقوق احتمالی خود به مرجع قضایی مراجعه کرده و ضمن اعتراض به فسخ انجام گرفته و تقاضای ابطال آن، خسارات وارده به خود را مطالبه نماید.

از طرفی با توجه به وحدت ملاک ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی، اگر به علت عدم رعایت مقررات، مالی به تصرف دولت درآید، دستگاه اجرایی مکلف به رد مال مربوط بوده و در صورتی که رد عین میسر نباشد و... وجه مورد معامله در حدود اعتبارات موجود یا اعتبارات سال بعد دستگاه اجرایی مربوط قابل پرداخت است و اقدامات فوق مانع تعقیب قانونی متخلف نخواهد شد. به تعبیر دیگر، اگرچه در مواد ۴۶ و ۴۷ ش.ع.پ به کارفرما حق داده شده است در مواردی مبادرت به فسخ پیمان نماید ولی چه بسا کارفرما در احراز و تشخیص و انطباق تخلف پیمانکار با موارد مندرج در ماده ۴۶ اشتباه کرده و مبادرت به فسخ پیمان و انجام اقدامات پس از فسخ اعم از خلع ید و تصرف کارگاه و غیره، ضبط تضامین، تملک ماشین‌آلات و... پیمانکار نموده ولی متعاقباً پیمانکار، عمل کارفرما را خلاف مقررات تلقی کرده و با مراجعه به مرجع حل اختلاف داوری یا قضایی (فلاح‌زاده و پرسا، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲) ضمن اثبات اشتباه و عمل خلاف کارفرما در تشخیص و احراز انطباق تخلف با موارد مندرج در ماده ۴۶، ابطال فسخ و مطالبه خسارات و... را مطرح

۱. در بند ب ماده ۱۵۰۴ شرایط عمومی فیدیک برای پروژه‌های EPC مقرر گردیده است که «کارفرما می‌تواند هرگونه زیان و خسارت متحمل شده و هر هزینه اضافی بابت تکمیل کارها را پس از کسر هرگونه طلب پیمانکار، از پیمانکار اخذ کند. پس از جبران این‌گونه زیان‌ها، خسارت‌ها و هزینه‌های اضافی، کارفرما باید مانده طلب پیمانکار را به وی پرداخت کند.» (کاظمی نجف‌آبادی و بیات، ۱۳۹۵، ص ۶۶۸).

نماید و چه بسا مرجع مربوط به نفع پیمانکار و به ضرر کارفرما، رأی صادر نماید؛ همان‌طور که در دعوی شرکت ساختمانی «ر» علیه وزارت جهاد کشاورزی که کارفرما (وزارت جهاد کشاورزی) به علت تأخیر در تجهیز و شروع پیمان، مبادرت به فسخ پیمان نموده بود. دادگاه با این استدلال که اطاله انجام پروژه زائیده تعلل پیمانکار نبوده، بلکه زائیده شرایط اجتماعی روز اجرای پروژه بوده و اطاله کار ناشی از عمل کارفرما و شرایط اجرای کار بوده و پیمانکار در آن نقشی نداشته و کارفرما تعهدات قراردادی خود را انجام نداده است و حسب مستندات ابرازی، تعلیق پیمان از ناحیه کارفرما، زائد بر سه ماه بوده و به پیمانکار ابلاغ نگردیده، حکم به خاتمه پیمان داده است (چهارمیری و همکاران، ۱۴۰۰، صص ۲۹۳-۲۹۲).

۷-۳. جبران تخلف (تأخیر) به وسیله پیمانکار به طریقی غیر از فسخ

عمده بندهای قسمت الف ماده ۴۶ ش.ع.پ، از جمله بندهای ۱ الی ۷ و ۱۲ ناظر به تأخیر پیمانکار می‌باشد و بندهای ۳ الی ۶ آن، ناظر به تأخیرات پیمانکار در عملیات اجرایی پروژه می‌باشد. چنانچه به‌طور مثال، پیمانکار در تجهیز کارگاه، شروع عملیات پیمان، اتمام هریک از کارهای پیش‌بینی در برنامه زمانی تفصیلی و در اتمام کار طبق مهلت و مدتهای مقرر در بندهای الی ۶ ماده ۴۶ ش.ع.پ تأخیر داشته باشد که منظور تأخیر غیرمجاز بوده است، آیا به صرف تأخیر، تخلف صورت گرفته هر چند غیرمجاز؟ آیا کارفرما باید به تنظیم اخطار و نامه شمول فسخ و ابلاغ به پیمانکار و نهایتاً فسخ پیمان اقدام نماید یا اینکه بررسی نماید که چنانچه پیمانکار به وسیله دیگری، تأخیر خود را جبران نموده از فسخ امتناع کند؟ در پاسخ می‌توان گفت که باید بین ایجاد حق فسخ (که به صورت تأخیر غیرمجاز پیمانکار منطبق با موارد مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ برای کارفرما ایجاد شده است) و اعمال آن تفاوت قائل شد. به عبارتی باید گفت بین ایجاد فسخ و اعمال آن ملازمه‌ای وجود ندارد و شایسته است که گفته شود به صرف رخ دادن تأخیرات، کارفرما نمی‌تواند یا نباید مبادرت به ابلاغ فسخ نماید و در صورتی که پیمانکار تأخیر (تخلف) خود را به نحوی جبران کرده و ضرر کارفرما به این وسیله جبران گردد، فسخ پیمان محملی نداشته است که این هم با منافع و مصالح عمومی مطابقت دارد و هم با قاعده لاضرر و هم اینکه وحدت ملاک ماده ۲۵ شرایط عمومی پیمان ما را به این تدبیر رهنمون است. در قسمت الف ماده ۲۵ ش.ع.پ تحت عنوان کار در شب، مقرر شده که «هرگاه به سبب بروز تأخیرهایی از سوی پیمانکار، انجام کار مطابق تشخیص پیمانکار در مدت پیمان امکان‌پذیر نباشد، پیمانکار می‌تواند بدون آنکه حق دریافت اضافه هزینه کار را داشته باشد با تأیید مهندس مشاور و موافقت کارفرما، قسمتی از کار را در شب اجرا کند». به عبارتی گرچه در بند الف ماده ۴۶ ش.ع.پ تأخیرات (منظور تأخیرات غیرمجاز) با لحاظ مدت مربوط، به کارفرما حق فسخ پیمان را طبق ماده

۴۷ داده، ولی از آنجا که از یک طرف تمیز تأخیرات مجاز از غیرمجاز یکی از مسائل پیچیده و مورد اختلاف پیمان است و از طرفی مصححت این نیست که در صورت بروز هر واقعه‌ای، با فسخ پیمان به موجودیت آن خاتمه داد، لذا در ماده ۲۵ تمهیداتی اندیشیده شده تا به هر نحو ممکن از اضمحلال این موجود حقوقی جلوگیری شود. لذا تأخیرهایی که مسبب آن پیمانکار بوده (هر تأخیر غیرمجاز) و کارهای مربوط طبق برنامه زمانی تفصیلی در مدت پیمان انجام نشده است، پیمانکار می‌تواند با تأیید مهندس مشاور و موافقت کارفرما، قسمتی از کار را در شب اجرا کند تا جبران مافات شود (اسماعیلی هریسی، سال ۱۳۹۶، ص ۱۹۴). برابر بند ج ماده ۲۵ ش.ع.پ چنانچه مهندس مشاور (به علت تأخیر غیرمجاز پیمانکار) تشخیص دهد که پیشرفت کار پیمانکار به نحوی نیست که همه عملیات در مدت پیمان، پایان یابد، می‌تواند پس از موافقت کارفرما، به پیمانکار دستور دهد که قسمتی از کار را در شب اجرا کند و پیمانکار ضمن اینکه مکلف به اجرای دستور مهندس مشاور در این خصوص است، از آنجا که در تأخیر انجام کار و... قصور داشته، حق ادعا و یا مطالبه هیچ‌گونه خسارت و اضافه بها ندارد، ولی حسب بند «د» در فرضی که تأخیرات پیمانکار مجاز بوده باشد و به تشخیص مهندس مشاور و کارفرما، پیمانکار بخواهد در شب کار کند، اضافه هزینه مربوط به کار در شب باید به ایشان پرداخت گردد و به عبارتی اگر مشاور و کارفرما تشخیص دهند که پیمانکار با انجام قسمتی از کار در شب، تأخیرات صورت گرفته را جبران کرده معقول و منطقی نیست که کارفرما به فسخ پیمان مبادرت ورزد.

۳-۸. اصل لزوم و استثنا و خلاف اصل بودن فسخ

در قراردادهای خصوصی حسب قواعد عمومی قراردادها از جمله مواد ۱۰، ۲۱۹ قانون مدنی، اصل بر لزوم قرارداد بوده و فسخ جنبه استثنائی دارد و خلاف اصل است و هر جا بین لزوم قرارداد و قابلیت فسخ آن شک و تردید پیش آید، اصل بر لزوم قرارداد است. اصولاً قراردادهای اداری نیز از این اصل مستثنی نبوده و از آنجا که در حقوق عمومی و اداری، اجرای پروژه‌های پیمانکاری جهت رفع نیاز و تأمین منافع عمومی بوده است، لذا در حقوق اداری نیز، با توجه به فحوی شرایط عمومی پیمان و پیش‌بینی دو عنوان فسخ (خیار شرط و خیار تخلف از شرط) فسخ استثنا و خلاف اصل بوده و از طرفی احصاء موارد فسخ در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، مؤید اثبات این ادعاست.

۳-۹. حق بودن فسخ

فسخ در حیطه حقوق خصوصی، ماهیتاً یک حق بوده که علاوه بر اینکه در مواد ۳۹۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۰۲، ۴۱۰، ۴۱۳، ۴۱۶، ۴۲۲، ۴۳۹ و ۴۴۱ قانون مدنی در شرح خیارات مجلس، حیوان، شرط،

تأخیر ثمن، تخلف وصف، رویت، غبن، عیب، تدلیس و تبعض صفقه، حسب مورد از اختیار فسخ معامله یا مختار در فسخ معامله یا حق فسخ صحبت شده، در ماده ۴۴۵ آن به انتقال اختیارات از طریق ارث اشاره شده و در ماده ۴۴۹ آن مقرر گردیده است که «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود» و از طرفی در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، امکان سقوط تمام یا بعضی از اختیارات به صورت شرط ضمن عقد، پیش‌بینی شده که جملگی دلالت بر حق بودن فسخ دارد و حق بودن فسخ به معنی اختیار در اعمال آن است.^۱ در قراردادهای پیمانکاری نیز اگرچه ممکن است اسقاط حق فسخ موضوع ماده ۴۶ خلاف مصلحت عمومی تلقی و غیرممکن باشد (قهرمانی و شمس‌ا، ۱۳۹۸، ص ۵۲)، ولی ماهیتاً فسخ حق کارفرما بوده و چه بسا منفعت و مصلحت عمومی اقتضا کند که فسخ انجام نگیرد. گرچه کارفرما در صورت فراهم بودن موجبات فسخ پیمان، باید توجیهات قوی جهت عدم فسخ داشته باشد ولی چنانچه مبادرت به فسخ پیمان نماید الزام کارفرما به اعمال فسخ و جهی نداشته و دادگاه در این خصوص رأیی صادر نخواهد کرد.

۴. فوریت اعمال فسخ

در مقررات قانون مدنی که بر قراردادهای خصوصی حاکم بوده، یکی از مبانی لحاظ نمودن خیار فسخ، جبران ضرری است که متوجه یکی از طرفین معامله بوده است ولی نباید در اعمال آن آنچنان تأخیر شود که به طرف مقابل ضرر و خسارت وارد شود بر این اساس در عمده اختیارات همچون عیب، تدلیس، غبن، رویت و تخلف وصف پیش‌بینی شده که خیار فوری است و اگر در اولین فرصت بعد از علم به وجود سبب خیار، حق فسخ اعمال نگردد ساقط می‌شود. البته در برخی اختیارات همچون تأخیر ثمن، تبعض صفقه و شرط گرچه به فوری بودن حق فسخ اشاره نشده است و با تأخیر در اعمال خیار، حق فسخ ساقط نشده ولی در مواردی چه بسا تأخیر در اعمال حق فسخ دلالت بر التزام شخص به معامله و اسقاط ضمنی حق فسخ داشته باشد.^۲

در خصوص موارد فسخ پیش‌بینی شده در ماده ۴۶ نشریه ۴۳۱۱ نیز، گرچه به ظاهر اشاره‌ای به

۱. فسخ در زمره حقوق متعاقدين است و قابلیت اسقاط را دارد و اسقاط آن به هر لفظ یا فعلی که بر آن دلالت کند حاصل می‌شود (رأی شماره ۹۳۶-۲۲۱۸۰۰۹۹۷۰۹۹۰-۱۳۹۹/۹/۲۸ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به نقل از رویه قضائی محاکم استان تهران، فسخ، انفساخ، تفاسخ (سال‌های ۱۳۹۰ تا ۱۴۰۰))، انتشارات دادگستری استان تهران، چاپ سوم ۱۴۰۱، صص ۷۰-۶۷.

۲. سپری شدن مدت مدید و طولانی از زمان ایجاد حق خیار فسخ و عدم اعمال این حق در آن مدت، مترادف است با اسقاط فعلی و عملی خیار فسخ (رأی شماره ۹۶۹-۲۲۱۳۰۰۹۹۷۰۹۲۰-۱۳۹۲/۷/۱۴ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به نقل از سهرابی، یاسر (۱۴۰۰))، مختصر کاربردی قواعد عمومی قراردادهای، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ص ۳۳۹.

فوری بودن اعمال حق فسخ نشده ولی از طرفی، برای اعمال حق فسخ نیز، مدت تعیین نگردیده است و از آنجا که در صورت شک و تردید در فوریت یا عدم فوریت حق فسخ، اصل بر فوری بودن اعمال آن است. لذا در صورت تأخیر کارفرما در اعمال حق فسخ، چه بسا این حق از بین رفته و پیمان به قوت خود باقی بوده و طرفین ملتزم به اجرای مفاد آن می‌باشند. همچنین از آنجا که ذی نفع اصلی در پیمان و اجرای یک پروژه عمرانی و عمومی مانند احداث جاده، مترو، راه آهن، فرودگاه و غیره، شهروندان بوده که باید پروژه با مطلوبیت لازم در حداقل زمانی اجرا گردد لذا در صورت تحقق یک یا چند مورد از موارد حق فسخ مندرج در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ برای کارفرما، چنانچه با رعایت مصالح و منافع، نظر کارفرما بر فسخ پیمان بوده، باید در اولین فرصت و با رعایت ماده ۴۷ آن و تصویب هیأت مربوط و موافقت وزیر یا مقام مربوط، مبادرت به فسخ پیمان و تدارک انتخاب پیمانکار دیگر نموده تا وقفه‌ای در اجرای پروژه جهت تسریع در ارائه خدمات عمومی و رفع نیاز شهروندان و مردم به عنوان ذی نفعان اصلی پروژه حاصل نگردد. بر این اساس تعلق و تأخیر در اعمال فسخ می‌تواند معایر فوریت اعمال حق فسخ و به منزله زایل شدن آن باشد.^۱

نتیجه

با توجه به بررسی انجام گرفته و رعایت اصول و جوانب مربوط در خصوص فسخ پیمان توسط کارفرما موضوع بند الف ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱ و رعایت مصالح و منافع کارفرما و عموم مردم به عنوان ذی نفع واقعی پروژه‌های پیمانکاری دولتی و عمومی، نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

- صرف نظر از اینکه برخی از موارد مندرج در ماده ۴۶ ش.ع.پ از جمله بندهای ۱۰ و ۱۱ قسمت الف و بندهای ۱ و ۲ قسمت ب، از مصادیق انفساخ و بطلان بوده و کارفرما نقش و دخالتی در آنها نداشته است، ولی عمده موارد فسخ به علت تخلف و تقصیر پیمانکار پیش‌بینی شده است که تحت عنوان تخلف از شرط فعل قابل تعبیر است.
- در خصوص تخلفات بند الف ماده ۴۶ به‌ویژه موارد بندهای ۳ الی ۶ آن که برای کارفرما حق فسخ به وجود آمده است، کارفرما مخیر در فسخ بوده و باید با رعایت مصالح و منافع عمومی، بین فسخ پیمان با التزام به پیمان و مطالبه خسارت تصمیم بگیرد.
- چنانچه پیمانکار آمادگی خود را جهت جبران تأخیر به‌طور مثال از طریق کار در شب موضوع

۱. حق فسخ ناشی از تخلف طرف قرارداد از اجرای تکالیف قراردادی، باید در مهلتی که عرفاً معقول باشد اعمال گردد و الاً فسخ مؤثر نخواهد بود (رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۵۴-۱۳۹۳/۶/۲۶ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، پژوهشکده قوه قضائیه، سامانه ملی آرای قضائی).

ماده ۲۵ ش.ع.پ، اعلام دارد فسخ پیمان برای کارفرما به صلاح و مصلحت نبوده و چه بسا شایسته باشد که در این صورت کارفرما از فسخ پیمان منع گردد.

- اگر کارفرما احتمال دهد که التزام طرفین به پیمان موجب جبران ضرر ناشی از تخلفات پیمانکار یا کاهش آن گردیده و به مراتب ضرر ناشی از فسخ پیمان از ضرر التزام به آن بیشتر باشد، فسخ پیمان منطقی حقوقی ندارد.

- اگر کارفرما با اقدام علیه پیمانکار از جمله الزام به اجرای پیمان و مطالبه خسارت تأخیر در اجرای پیمان، موجب کاهش ضرر ناشی از تأخیر پیمانکار گردیده که از ضرر ناشی از فسخ کمتر بوده با توجه به وحدت ملاک ماده ۲۵ ش.ع.پ و به علت استثنائی بودن فسخ، رعایت مصالح و منافع عمومی و از باب دفع ضرر اکثر به ضرر اقل و... حق فسخ کارفرما ساقط و زایل می‌شود.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. ادیبی محمدرضا (۱۳۹۰)، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، انتشارات جاودانه.
۲. اسماعیلی هریمی، ابراهیم (۱۳۹۶)، شرح تفصیلی پیمان، انتشارات دادگستر.
۳. اسماعیلی هریمی، ابراهیم (۱۳۹۳)، مبانی حقوق پیمان، چاپ دهم، انتشارات جاودانه جنگل.
۴. اعلائی فرد، محمدعلی (۱۳۸۴)، «اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی»، مجله حقوق عدالت آراء، شماره ۱.
۵. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش (۱۳۷۶)، «اصول حاکم بر تنظیم و انعقاد قراردادهای دولتی (با تأکید بر پیمانکاری دولتی)»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۱.
۶. ایزدی فر، صدیقه (۱۳۹۹)، «شرایط اعمال حق فسخ در قراردادهای پیمانکاری طبق شرایط عمومی پیمان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد شاهرود.
۷. بادینی، حسن (۱۳۹۰)، «بررسی تطبیقی ضرر اقتصادی در مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱.
۸. بازگیر، یدالله (۱۳۸۱)، منتخب آراء دیوان عالی کشور در قراردادهای، انتشارات فردوسی.
۹. توکلی، محمد مهدی و عباس‌زاده محمد (۱۴۰۲)، آیین تنظیم قرارداد پیمانکاری، چاپ دوم، نشر مکتوب آخر.
۱۰. تقوی، سیده راضیه (۱۳۹۵)، «معیارهای تمایز قراردادهای اداری از قراردادهای اداره»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۱. جباری، آيسان (۱۳۹۵)، «مبانی، شرایط و آثار فسخ رد شرایط عمومی پیمان و فیدیک»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق، گرایش حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
۱۲. چهارمیری، ثریا، انصاری، ولی‌الله و خسروی، حسن (۱۴۰۰). «آسیب شناسی فسخ قراردادهای پیمانکاری دولتی در رویه قضایی ایران و فرانسه»، نشریه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۴۸.
۱۳. چهارمیری، ثریا، انصاری، ولی‌الله و خسروی، حسن (۱۳۹۸)، «فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۱.
۱۴. حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۹۵)، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ دوم، انتشارات جنگل.

۱۵. خسروی، وحید، جعفری، افشین (۱۳۹۶)، «بررسی قراردادهای ساخت و ساز در مقام دولتی»، قانون یار، سال اول، شماره ۴.
۱۶. رحمانیان، مسعود (۱۳۹۵)، آثار حقوقی قراردادهای بیمانکاری دولتی، انتشارات کتاب آوا.
۱۷. رستمی، ولی (۱۳۹۲)، «جایگاه تعدیل در قراردادهای اداری ایران»، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۲.
۱۸. رضایی زاده، محمد جواد (۱۳۸۷)، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲.
۱۹. زارعی، محمدحسین و مولائی، آیت (۱۳۹۲)، «آسیب شناسی ویژگی های قرارداد اداری ایران»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۳.
۲۰. سهرابی، یاسر (۱۴۰۰)، مختصر کاربردی قواعد عمومی قراردادها، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۲۱. شمعی، محمد (۱۳۹۳)، حقوق قراردادهای اداری، انتشارات جنگل.
۲۲. طباطبائی، سیدرضا (۱۳۹۹)، «بررسی شرایط و آثار فسخ در شرایط عمومی بیمان سازمان برنامه و بودجه و شرکت ملی نفت ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوقی خصوصی دانشگاه شهید چمران.
۲۳. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۷.
۲۴. عراقی، عزت الله و حبیب زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸)، «قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخصها»، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵.
۲۵. عزیززاده طباطبائی، سید محمود (۱۳۷۲)، «فسخ قراردادهای بیمانکاری توسط کارفرما در شرایط عمومی بیمان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.
۲۶. فلاح زاده، علی محمد و پرسا، محمد (۱۳۹۲)، «فسخ قرارداد بیمانکاری از ناحیه کارفرما»، فصلنامه نقد رأی، سال دوم، شماره ۴ و ۵.
۲۷. قهرمانی، نصرالله و شمس، شهرزاد (۱۳۹۸)، دعاوی ناشی از شرایط عمومی بیمان، انتشارات خرسندی.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ دوم، انتشارات مدرس.
۲۹. _____ (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. _____ (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاری، هانیه (۱۳۹۶)، بررسی تطبیقی اصول پایه ای حاکم بر قراردادهای دولتی و خصوصی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز.
۳۲. کاظمی نجف آبادی، عباس و بیات، زهرا (۱۳۹۵)، «ماهیت تضمین های بیمانکاری و نحوه ضبط و شرایط مطالبه ضمانت نامه ها در حقوق ایران و قراردادهای نمونه فیدیک»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲.
۳۳. معاونت منابع انسانی دادگستری استان تهران (۱۴۰۱)، رویه محاکم قضایی استان تهران؛ فسخ، انفساخ، تفاسخ؛ چاپ سوم، انتشارات دادگستری استان تهران.
۳۴. نوروزی منش، افشین (۱۳۹۷)، «بررسی چالش های تعلیق، خاتمه و فسخ قراردادهای اجرا و طرح و ساخت ایران و مقایسه آنها با ضوابط فیدیک»، پایان نامه کارشناسی ارشد مهندسی عمران گرایش مهندسی و مدیریت ساخت، دانشکده عمران، مؤسسه آموزش عالی معماری و هنر پارس.
۳۵. وکیلی، شویوا (۱۳۸۹)، «فسخ و خاتمه قرارداد در شرایط عمومی بیمان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
۳۶. ویژه، محمدرضا و تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۳)، «حق فسخ و انفساخ قراردادهای بیمانکاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی بیمان)»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و چهارم، شماره ۱.