

به نام خدا



قراردادهای پیمانکاری انعقاد، ضمانت، فسخ

مؤلف:

رامتین طلاچیان

(کارشناس ارشد حقوق خصوصی)



هرگونه چاپ و تکثیر از محتویات این کتاب بدون اجازه کتبی ناشر ممنوع است. متخلفان به موجب قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان تحت پیگرد قانونی قرار می گیرند.

◀ عنوان کتاب: قراردادهای پیمانکاری انعقاد، ضمانت، فسخ

◀ مولف: رامتین طلاچیان

◀ ناشر: موسسه فرهنگی هنری دیباگران تهران

◀ ویراستار: مهدیه مخبری

◀ صفحه آرای: نازنین نصیری

◀ طراح جلد: داریوش فرسایی

◀ نوبت چاپ: اول

◀ تاریخ نشر: ۱۳۹۹

◀ چاپ و صحافی: درج عقیق

◀ تیراژ: ۱۰۰ جلد

◀ قیمت: ۴۵۰۰۰۰ ریال

◀ شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۱۸-۳۹۷-۴

نشانی واحد فروش: تهران، میدان انقلاب،

خ کارگر جنوبی، روبروی پاساژ مهستان،

پلاک ۱۲۵۱

تلفن: ۲۲۰۸۵۱۱۱-۶۶۴۱۰۰۴۶

فروشگاههای اینترنتی دیباگران تهران :

WWW.MFTBOOK.IR

www.dibagartehran.com

www.dibbook.ir

نشانی تلگرام: @mftbook نشانی اینستاگرام دیبا [dibagaran_publishing](https://www.instagram.com/dibagaran_publishing)

هر کتاب دیباگران، یک فرصت جدید شغلی.

هرگوشی همراه، یک فروشگاه کتاب دیباگران تهران.

از طریق سایتها و اپ دیباگران، در هر جای ایران به کتابهای ما دسترسی دارید.

فهرست مطالب

مقدمه ناشر ۷

مقدمه مؤلفان ۸

فصل اول

مفاهیم و مبانی قراردادهای بیمانکاری ۱۱

۱-۱. مقدمه‌ای بر قراردادهای بیمانکاری ۱۱

۲-۱. معرفی بیمان، بیمانکاری و کارفرما ۱۵

۳-۱. قرارداد بیمانکاری ۱۷

۱-۳-۱. مفهوم قرارداد ۱۷

۲-۳-۱. مفهوم قراردادهای بیمانکاری ۱۷

۳-۳-۱. مفهوم قراردادهای بیمانکاری دولتی ۱۹

۴-۳-۱. ماهیت قراردادهای بیمانکاری ۲۰

۵-۳-۱. موضوع قراردادهای بیمانکاری ۲۰

۶-۳-۱. شرایط قراردادهای بیمانکاری ۲۱

۷-۳-۱. انواع قراردادهای بیمانکاری ۲۴

۴-۱. ضمانت در قراردادها ۲۶

۱-۴-۱. تضمین ۲۶

۲-۴-۱. ضمانت‌نامه ۲۷

۳-۴-۱. ضمانت‌نامه بانکی ۲۸

۵-۱. فسخ در قراردادها ۲۸

۱-۵-۱. مفهوم فسخ ۲۸

- ۲-۵-۱. ماهیت فسخ در قراردادها..... ۲۹
- ۳-۵-۱. مبنای فسخ قرارداد پیمانکاری..... ۳۲
- ۴-۵-۱. شرایط فسخ قرارداد پیمانکاری..... ۳۳

فصل دوم

شرایط و اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری..... ۳۷

- ۱-۲. اشخاص حقوقی حقوق عمومی در قراردادهای پیمانکاری..... ۳۷
- ۲-۲. نمایندگان قانونی کارفرما در قراردادهای پیمانکاری..... ۳۸
- ۳-۲. نمایندگان قانونی پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری..... ۳۹
- ۴-۲. جانشین‌های قانونی پیمانکار..... ۴۰
- ۵-۲. نمایندگان قانونی پیمانکار و کارفرما به تفکیک..... ۴۰
- ۱-۵-۲. مدیر طرح..... ۴۱
- ۲-۵-۲. مهندس مشاور..... ۴۱
- ۳-۵-۲. مهندس ناظر..... ۴۱
- ۴-۵-۲. رئیس کارگاه..... ۴۲
- ۵-۵-۲. پیمانکار جزء..... ۴۲
- ۶-۲. شرایط حاکم بر انعقاد قراردادهای پیمانکاری..... ۴۲
- ۱-۶-۲. مبانی حقوقی قرارداد..... ۴۳
- ۲-۶-۲. عناصر قراردادهای دولتی..... ۴۴
- ۷-۲. مبانی حقوقی قراردادهای پیمانکاری..... ۴۶
- ۱-۷-۲. قواعد شکلی انعقاد قرارداد..... ۴۷
- ۲-۷-۲. قواعد ماهوی انعقاد قراردادهای پیمانکاری..... ۵۰
- ۳-۷-۲. شرایط صحت قرارداد..... ۵۲

۵۴..... ضمانت و تضمینات در قراردادهای پیمانکاری

- ۵۴..... ۱-۳. ماهیت حقوقی ضمانت و تضمینات در قراردادهای پیمانکاری
- ۵۴..... ۱-۱-۳. اعتبارات اسنادی تضمینی
- ۶۲..... ۲-۳. ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی
- ۶۲..... ۱-۲-۳. تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه بانکی براساس مفهوم ضمان عقدی
- ۷۲..... ۲-۲-۳. تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای مفهوم ایقاع
- ۷۳..... ۳-۲-۳. تحلیل مفهوم ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و تعهد به نفع ثالث
- ۷۴..... ۳-۳. تضمینات قراردادهای پیمانکاری
- ۷۴..... ۱-۳-۳. مقررات و اصول تضمین به وسیله اعتبارات اسنادی
- ۷۹..... ۲-۳-۳. مقررات و اصول تضمین به وسیله ضمانت‌نامه بانکی
- ۸۶..... ۳-۳-۳. آسیب‌شناسی و مشکلات تضمین در قراردادهای پیمانکاری

۹۵..... فسخ قرارداد و جبران خسارات در قراردادهای پیمانکاری

- ۹۵..... ۱-۴. فسخ قراردادهای پیمانکاری
- ۹۶..... ۲-۴. موارد فسخ قراردادهای پیمانکاری
- ۹۷..... ۱-۲-۴. فسخ به لحاظ تخلفات پیمانکار
- ۱۰۲..... ۲-۲-۴. فسخ به دلیل مشکلات کارگاه
- ۱۰۸..... ۳-۲-۴. قوانین و مقررات
- ۱۰۹..... ۴-۲-۴. فسخ به استناد ماده ۴۸ ش.ع.پ
- ۱۱۲..... ۳-۴. آثار فسخ قرارداد بدون تخلف پیمانکار
- ۱۱۳..... ۱-۳-۴. آثار قانونی فسخ
- ۱۱۷..... ۲-۳-۴. تصرف تأسیسات و ابنیه

- ۱۲۰..... اثر فسخ نسبت به شخص ثالث..... ۳-۳-۴
- ۱۲۱..... مرجع صالح به رسیدگی به فسخ قراردادهای پیمانکاری..... ۴-۴
- ۱۲۳..... خسارات عدم اجرای تعهد یا تأخیر در قرارداد پیمانکاری..... ۵-۴
- ۱۲۳..... ماهیت انواع خسارت ناشی از قرارداد پیمانکاری..... ۱-۵-۴
- ۱۲۸..... وقوع ضرر و توجه آن به متعهد له..... ۲-۵-۴
- ۱۳۲..... انواع خسارات قابل مطالبه ناشی از فسخ قرارداد..... ۳-۵-۴
- ۱۳۵..... جبران خسارت از طریق دادرسی قضائی..... ۴-۵-۴
- ۱۳۷..... روش‌های تقویم خسارت..... ۵-۵-۴
- ۱۳۸..... مبدأ محاسبه خسارت ناشی از عدم اجرایی تعهد قرارداد..... ۶-۵-۴
- ۱۳۹..... وجه التزام خسارات ناشی از فسخ قرارداد پیمانکاری..... ۷-۵-۴

۱۴۳..... جمع‌بندی مطالب

۱۴۷..... منابع و مأخذ

۱۴۷..... منابع فارسی

۱۵۱..... منابع انگلیسی

خط مشی کیفیت انتشارات مؤسسه فرهنگی هنری دیباگران تهران در عرصه کتاب‌های است که بتواند خواسته‌های به روز جامعه فرهنگی و علمی کشور را تا حد امکان پوشش دهد. هر کتاب دیباگران تهران، یک فرصت جدید شغلی و علمی

حمد و سپاس ایزد منان را که با الطاف بیکران خود این توفیق را به ما ارزانی داشت تا بتوانیم در راه ارتقای دانش عمومی و فرهنگی این مرز و بوم در زمینه چاپ و نشر کتب علمی دانشگاهی، علوم پایه و به ویژه علوم کامپیوتر و انفورماتیک گام‌هایی هرچند کوچک برداشته و در انجام رسالتی که بر عهده داریم، مؤثر واقع شویم.

گسترده‌گی علوم و توسعه روزافزون آن، شرایطی را به وجود آورده که هر روز شاهد تحولات اساسی چشمگیری در سطح جهان هستیم. این گسترش و توسعه نیاز به منابع مختلف از جمله کتاب را به عنوان قدیمی‌ترین و راحت‌ترین راه دستیابی به اطلاعات و اطلاع‌رسانی، بیش از پیش روشن می‌نماید.

در این راستا، واحد انتشارات مؤسسه فرهنگی هنری دیباگران تهران با همکاری جمعی از اساتید، مؤلفان، مترجمان، متخصصان، پژوهشگران، محققان و نیز پرسنل ورزیده و ماهر در زمینه امور نشر درصدد هستند تا با تلاش‌های مستمر خود برای رفع کمبودها و نیازهای موجود، منابعی پُر بار، معتبر و با کیفیت مناسب در اختیار علاقمندان قرار دهند.

کتابی که در دست دارید با همت "جناب آقای رامتین طلاچیان" و تلاش جمعی از همکاران انتشارات میسر گشته که شایسته است از یکایک این گرامیان تشکر و قدردانی کنیم.

کارشناسی و نظارت بر محتوا: زهره قزلباش

در خاتمه ضمن سپاسگزاری از شما دانش‌پژوه گرامی درخواست می‌نماید با مراجعه به آدرس dibagaran.mft.info (ارتباط با مشتری) فرم نظرسنجی را برای کتابی که در دست دارید تکمیل و ارسال نموده، انتشارات دیباگران تهران را که جلب رضایت و وفاداری مشتریان را هدف خود می‌داند، یاری فرمایید.

امیدواریم همواره بهتر از گذشته خدمات و محصولات خود را تقدیم حضورتان نماییم.

مدیر انتشارات

مؤسسه فرهنگی هنری دیباگران تهران
bookmarket@mft.info

مقدمه مؤلفان

پیچیدگی روابط اجتماعی و تحولات سیاسی - اقتصادی هر روز شکل تازه‌ای از معاملات ایجاد می‌کند و تعهداتی را مطرح می‌سازد که پیش از آن نمونه‌ای نداشته است. قانون مدنی، از دیرباز عقودی را که مورد نیاز عمومی مردم بوده است تحت عنوان «عقود معینه» موضوع حکم قرار داده است و شرایط درستی و آثار آن را به تفصیل بیشتر ارائه می‌کنند. ولی هرگز نمی‌توان قالب‌های قانونی همه قراردادهای را بی‌نیاز از دسته‌بندی عقود دانست. برای احاطه به شرایط وقوع و آثار معاملات، دسته‌بندی قراردادهای ضروری است. در بیشتر قوانین، قراردادهای برحسب شرایط انعقاد و نوع تعهداتی که از آنها ناشی می‌شود به انواع گوناگون تقسیم شده‌اند.

پیشرفت ملت در ابعاد مختلف اجتماعی و اقتصادی، بستگی گسترده‌ای به موفقیت طرح‌های عمرانی کشور دارد و این موفقیت، نیازمند سازوکارها و عواملی است تا زمام امور با کمترین هزینه و بیشترین سود و به‌نحو احسن به پایان پذیرد، بنیادی‌ترین مسئله که اعتبار طرح بر روی آن استوار است طراحی و مهندسی پروژه از منظر حقوقی است. برترین و بالاترین قالب حقوقی در نظر گرفته شده برای طرح‌های عمرانی همان شرایط عمومی پیمان است که توسط سازمان برنامه‌بودجه (معاونت برنامه‌ریزی و مدیریت راهبردی رئیس‌جمهور) به تصویب رسیده است. گسترش زمینه قراردادهای پیمانکاری دولتی در طرح‌های عمرانی بزرگ دولت نیز به لحاظ موقعیت اقتصادی کشور، وجود قواعدی خاص، متمایز بودن همه قراردادهای دولتی از خصوصی، مستلزم شناخت و مقایسه‌ای بین تعهدات این‌گونه قراردادها با قراردادهای خصوصی می‌باشد. تعهدات در این نوع قراردادهای دولتی به دلیل وجود شرایط نامتعارف به‌طور خاصی تعریف می‌شوند. اجرای شخصی تعهدات نیز بیانگر تفاوتی مهم با قراردادهای خصوصی است، اما به هر حال مفاد پیمان منبع تعهدات در قراردادهای پیمانکاری است.

برای شناسایی مفهوم قرارداد کافی نیست بدانیم که در زمره اعمال حقوقی است و انعقاد آن به توافق دو اراده نیاز دارد. عقد یا قرارداد عمل حقوقی است که برای انعقاد آن و ایجاد اثر دلخواه نیاز به توافق دو یا چند اراده است. دست‌کم دو اراده مفاد عقد را انشاء می‌کند و از برخورد این دو انشاء، اثر معهود به دست می‌آید. پس برای تحقق عقد، نه تنها وجود دو اراده ضروری است بلکه اراده‌هایی که با هم توافق می‌کنند باید جنبه انشایی داشته باشد، یعنی اثری را به وجود آورند.

در حقوق ایران اصل این است که عقد با تراضی واقع می‌شود و نیاز به هیچ شکل خاصی ندارد. این گروه بزرگ از قراردادها را، به اعتبار کافی بودن رضای دو طرف در وقوع آنها، «عقود رضایی» می‌نامند در تمیز عقود رضایی، آنچه اهمیت دارد شرایط وقوع پیمان است نه اثبات آن.

مواردی که به واسطه آن کارفرما حق فسخ قرارداد را دارد در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان ذکر شده‌اند. اول اینکه، کارفرما ضمن قرارداد برای خود حق فسخ پیش‌بینی نماید. اولاً باید مدتی قبل از فسخ موضوع را به پیمانکار اطلاع دهد. ثانیاً باید حق الزحمه پیمانکار را تا هنگام فسخ محاسبه و به وی بپردازد و اصولاً مطابق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان عمل بشود. و اگر فسخ در اثر عمل یا تخلف پیمانکار از مقررات قرارداد باشد یا از مواردی باشد که در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمانکار ذکر شده‌اند مطابق ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان عمل خواهد شد.

چنانچه می‌دانیم در حقوق سایر کشورها از جمله کشورهای تابع حقوق لاتین و در رأس آن فرانسه از زمان پیدایش حقوق اداری، بحث قراردادهای اداری مطرح بوده است. در ادبیات حقوقی کشور ایران نیز، موضوع قراردادهای دولتی به کتب حقوق اداری و مقالات و آثار مرتبط با آن برمی‌گردد که در کتب حقوق اداری به کلیات این موضوع پرداخته شده است. همچنین در قانون محاسبات عمومی کشور، آیین‌نامه معاملات دولتی و... به معاملات و قراردادهای دولتی اشاره شده و احکام کلی بر آن مقرر شده است، اما مشکلات حقوقی قراردادهای دولتی و خلأ قانون جامع در مورد قراردادهای دولت و با توجه به اینکه آیین‌نامه یا قانون جامعی در مورد نحوه معاملات و قراردادهای وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی وجود ندارد، همچنان باقی است. با نگاهی به سابقه موضوع می‌توان گفت، نظام حقوقی حاکم بر این قراردادها در حقوق ایران روشن نگردیده و مقررات غیرمدون و پراکنده‌ای در مورد معاملات یا قراردادهای دولتی وجود دارد، بدون آنکه تعریف دقیق و ضوابط آن ارائه شده باشد. آنچه تحت عنوان «قراردادهای پیمانکاری یا مقاطعه‌کاری» مطرح می‌گردند، پدیده‌هایی هستند که به مقدار زیادی معلول پیشرفت‌ها و توسعه اقتصادی و صنعتی جهان می‌باشند. پیچیدگی و تنوع پروژه‌های عظیم پیمانکاری که همگی معلول پیشرفت و توسعه خارق‌العاده علوم بشری است، این‌گونه قراردادها را در وضعیت پیچیده‌ای قرار می‌دهد که شناخت آنها برای هر حقوقدانی مشکل می‌سازد. به‌طوری که برای پی‌بردن به ذات واقعی آنها به کنکاشی دقیق و ذهنی نکته‌بین نیاز دارد. بدین منظور و از آنجایی که شناخت واقعی مبنا و ماهیت آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری به شناخت دقیق مفهوم و ماهیت این نوع قراردادها بستگی تام دارد، لذا در این پایان‌نامه به بررسی فسخ قراردادها و پیمانکاری و آثار ناشی از آن پرداخته می‌شود.

رشد روزافزون دانش بشری به موازات توسعه شبکه عظیم اطلاع‌رسانی، جهان را در وضعیتی قرار داده که مردم در کمترین زمان ممکن، از تحولات آن آگاه می‌شوند. این تحولات، علوم اجتماعی را نیز تحت تأثیر قرار داده و به دلیل ارتباط مستقیم آن با حیات اجتماع، همپایه تحولات صنعتی و اجتماعی و با گسترش علوم و فنون بشری متحول می‌شود. حقوق نیز جزئی از علوم اجتماعی بوده و باید همگام با گسترش تحولات علمی و فنی حرکت کند، بنابراین لازم است راهکارهایی در جهت حل معضلات پیچیده جوامع بشری ارائه دهد. در تعریف قراردادی پیمانکاری می‌توان گفت که قرارداد پیمانکاری یک نهاد حقوقی است مبتنی بر توافق طرفین و حاکمیت ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده متعاملین که طرفین را برای تعیین تعهدات و اختیاراتی که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، آزاد گذاشته است. قراردادهای پیمانکاری شامل دو نوع عمده فعالیت شامل انجام عمل و انتقال مال، که برخی از مصادیق این قرارداد شامل قراردادهای پیمانکاری اعم از بازرگانی، تجاری یا صنعتی و تولیدی کوتاه‌مدت یا بلندمدت می‌باشد.

انعقاد قراردادهای پیمانکاری مستلزم مراحل می‌باشد که این مراحل در سه مرحله دسته‌بندی می‌گردد. یکی از این مراحل، مرحله پیش از قرارداد است که بررسی وضعیت بازار اقتصادی و انتخاب طرف معامله را شامل می‌گردد. در مرتبه بعدی وضعیت حقوقی مورد معامله اهمیت می‌یابد که در مرحله قبل از امضاء و ورود به مذاکره طرفین باید بررسی وضعیت حقوقی مورد معامله را در دستور کار خود قرار بدهند چراکه در قراردادهای پیمانکاری، توافقات طرفین قرارداد تنها بخشی از مراحل تحقق قرارداد را تشکیل می‌دهد و بخش غالب موضوع انطباق توافقات طرفین که در قالب‌بندی‌های قرارداد ظهور می‌یابد مطابق با نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری خواهد بود. و مرحله سوم ورود به مذاکره و امضای قرارداد می‌باشد.

مسئله اساسی که در این کتاب بحث خواهد شد مصادیق، موجبات و آثار فسخ این چنین قراردادهایی است که امروزه به صورت وسیع مورد استفاده است و اکثراً با چنین مشکلاتی روبرو می‌باشد. با توضیحات ذکر شده معلوم می‌شود که مسئله فسخ برخلاف آنچه از دور دیده می‌شود یک پروسه‌ای را طی می‌کند که در نهایت با از بین بردن قرارداد جلوه می‌کند، و بعد از بروز با اشکال مختلف، مشکلات و عدم توافقیها پیش می‌آید. از حیث روش‌های فسخ این قراردادها مطابق با قواعد عام و خاص انحلال به سه سبب اقاله، فسخ و انفساخ ممکن است صورت بگیرد: حال با توجه به شرایط عمومی می‌خواهیم بررسی کنیم که انحلال پیمان با کدام یک از اسباب فوق به عمل می‌آید و موارد آن کدام است؟ آیا هر سه سبب یادشده بالا می‌تواند موجب انحلال گردد؟ پاسخ این موارد از حیث فسخ قرارداد پیمانکاری و آثار فسخ در این کتاب بررسی می‌شود.

رامتین طلاچیان

