



ارزیابی ماده فسخ به مصلحت در شرایط عمومی پیمان پروژه‌های ساخت فیدیک، بر اساس قوانین عرفی در سیستم قانون مدنی ایران

نویسندگان: باقریان مرندی^۱، مهدی روانشاد نیا^{۲*}، محمد رضا اکبرزاده توتونچی^۲

۱- دانشکده مهندسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
۲- دانشکده فنی و مهندسی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران.

تاریخچه داوری:

دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳
بازنگری: ۱۴۰۰/۱۰/۲۲
پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۰۲
ارائه آنلاین: ۱۴۰۰/۱۱/۱۸

کلمات کلیدی:

فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما
قراردادهای ساخت فیدیک
شرایط عمومی پیمان پروژه‌های ساخت
قوانین عرفی
قوانین مدنی

خلاصه: قانون مدنی ایران برداشتی از قانون مدنی مصر است که این قانون نیز خود از قانون مدنی فرانسه و فقه اسلام استخراج شده است. سال‌ها است که در تنظیم قراردادهای پروژه‌های بزرگ ساخت در کشور ایران از شرایط عمومی پیمان استاندارد منتشر شده توسط فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک) که بر مبنای حقوق عرفی یا سابقه قضائی (کامن لا) استوار است، استفاده می‌شود. این در حالی است که این نوع قراردادهای در سیستمی که مبنای تصمیم‌گیری مراجع قضائی در آن قانون مدنی ایران است، با چالش‌های جدی مواجه هستند. بنابراین ضروری است ذی‌نفعان فعال در پروژه‌های ساخت ایران با تداخلات رویکرد فیدیک در مقابل قانون زمینه مدنی اطلاع کافی داشته باشند. در این مقاله با مقایسه تطبیقی آیین مدنی مصر و ایران (به عنوان دو کشور با سیستم قانونی برگرفته از اسلام) با شرایط عمومی پیمان فیدیک به تداخلات رویکرد رسیدگی قضائی در دو نظام حقوقی مختلف پرداخته شده است. نتیجه این مطالعات ارائه چند پیشنهاد در قانون مدنی ایران و کتاب قرمز فیدیک ۱۹۹۶ (فیدیک ساخت) در خصوص ماده فسخ قرارداد به مصلحت، گردیده است. از آنجایی که در اختلافات قراردادهای ساخت بیشتر به ماده فسخ قرارداد در دادگاه‌ها و مراجع داوری استناد شده است، می‌توان این انتظار را داشت که پیمانکاران با درک بهتر ماده فسخ به مصلحت کارفرما در قراردادهای خود از بروز اختلافات در این زمینه پیشگیری کنند، به علاوه، این مطالعه برای سایر کشورهای خاورمیانه مفید است زیرا بیشتر آن‌ها از قلمروهای قانون مدنی پیروی می‌کنند.

۱- مقدمه

قبل از ورود به هر قرارداد ساخت، هر کارفرمایی می‌بایست به صورت متعارف تلاش قابل توجهی را برای اطمینان از اینکه هیچ مورد خاصی که بتواند با تعهدات کارفرما در قرارداد متناقض باشد، به انجام نرساند. اگر چه برخی قراردادهای کارفرما را برای پایان دادن به قرارداد بنا به مصلحت خود مختار دانسته است به این ترتیب که اگر کارفرما با مشکلات غیرمنتظره‌ای مواجه شود که مانع اتمام تعهدات شود یا کارفرما دیگر به پروژه احتیاج نداشته باشد، به هیچ یک از روش‌های معمول فسخ متکی نیست [۱]. به بیان دیگر فسخ قرارداد از این جهت در مفاد قرارداد گنجانده می‌شود که این احتمال را می‌پذیرد که کارفرما ممکن است بخواهد کل پروژه را رها کند، ملاحظاتی که در شرایط اقتصادی امروز بیشتر مورد توجه است. بنابراین ابزاری مفید برای کارفرما است که بتواند چنین بندهایی را در قرارداد درج

کند چرا که کارفرمای امکان فسخ قرارداد را پیدا می‌کند، در غیر این صورت ممکن است به عنوان مثال، به دلیل فسخ غیرقانونی، نقض قرارداد اتفاق افتد [۲]. در چنین شرایطی، کارفرما می‌تواند قرارداد را فاقد هر گونه نقض یا حادثه یا مشکلی که بتواند پیمانکار را به عنوان مسئول قانونی آن در نظر گرفت، و صرفاً به صلاحدید خود فسخ نماید [۳]. برای چنین بند خاصی نیازی به جمله‌بندی خاصی نیست و کافی است عبارت حق فسخ قرارداد را از مشکل یا مسئولیت پیمانکار متمایز نمود [۲]. حقوق پیمانکار در چنین مواردی بستگی به متن قرارداد و قانون حاکم بر قرارداد دارد. این بندها گاهی اوقات به عنوان درخواست فسخ، فسخ اختیاری یا فسخ بنا بر مصلحت و یا در قرارداد یکسان شرایط عمومی پیمان ایران با عنوان خاتمه پیمان بیان شود. طبق مقررات خرید فدرال آمریکا، مشروط بر اینکه به نفع دولت باشد، دولت از حقوق یک جانبه گسترده برای فسخ قرارداد بنا بر مصلحت برخوردار است. و این موضوع به منشأ بند فسخ قرارداد به واسطه دهه

* نویسنده عهده‌دار مکاتبات: ravanshadnia@gmail.com



۱۹۰۰ باز می‌گردد، در زمانی بعد از پایان جنگ جهانی دوم، هنگامی که دولت فدرال به مکانیسمی احتیاج داشت که بتواند با پایان دادن به قراردادهای جنگی که دیگر لازم نیست، خریدهای نظامی خود را ملغی کند [۴].

صنعت ساخت و ساز نقش مهمی در رشد اقتصادی کشورهای منطقه خاورمیانه ایفا می‌کند [۵]. از طرفی، اقتصاد ایران در حال حاضر با بی‌ثباتی اقتصادی ناشی از تحریم، افزایش نرخ تورم، کاهش ارزش پول مواجه است، بر این اساس، ممکن است کارفرمایانی که در پروژه‌های ساخت در ایران مشغول کار هستند، ترجیح دهند بندهایی را در نظر بگیرند که به آن‌ها اجازه می‌دهد قراردادهای بنا به مصلحت خود به پایان برسانند. از طرفی دیگر طبیعت دینامیک و افزایش پیچیدگی صنعت ساختمان منجر به افزایش اختلافات در پروژه‌های ساخت شده است. از آنجا که اغلب اختلافات با پیشرفت پروژه تشدید می‌شوند، بروز این اختلافات و تداوم آن‌ها به تبع از سهم قابل توجه صنعت ساخت در اقتصاد جهان می‌کاهد [۶]. در پروژه‌های بزرگ و پیچیده ساخت، این موضوع اهمیت بیشتری پیدا می‌کند، بدین جهت که این دعاوی و تعارضات می‌تواند تاثیر جدی بر هزینه پروژه داشته باشد، زیرا هزینه‌های زیادی نظیر هزینه تاخیرات و توقف احتمالی پروژه در مراحل حل و فصل دعاوی به پروژه تحمیل می‌گردد. در برخی از تحقیقات به بررسی میزان این تاثیرات پرداخته شده است به عنوان نمونه رن و سایرین به این نکته اشاره کرده‌اند که ۵۲٪ از تمام پروژه‌های ساخت در کشور انگلیس با یک ادعا به پایان می‌رسند و به صورت سرجمع این دعاوی به عدد ۱/۲ بلیون پوند می‌رسند [۷]. پنه مورا و سایرین در سال ۲۰۰۳ هزینه سالیانه تعارضات و اختلافات صنعت ساخت در کشور آمریکا را ۵ بلیون دلار تخمین زده‌اند [۸]. طبق مطالعات انجام شده در همان سال در کشور کانادا بروز دعاوی در ۵۰٪ از پروژه‌ها ساخت منجر به افزایش ۳۰٪ هزینه‌های نسبت به رقم قرارداد شده، ۳۳٪ پروژه‌ها با افزایش ۶۰٪ از قیمت اصلی قرارداد و مابقی با ۱۰۰٪ افزایش قیمت نسبت به عدد قرارداد همراه شده است [۹].

شرایط فدراسیون بین المللی مهندسی مشاور (فیدیک^۱) به دلیل عدم وجود قرارداد یکپارچه برای پروژه‌های مهندسی، تدارکات

و ساخت^۲ یا طرح و ساخت در تعدادی از مهم‌ترین پروژه‌های بزرگ و پیچیده ساخت در ایران مورد استفاده قرار می‌گیرد، در حقیقت، قرارداد فیدیک شکل مشخصی از قرارداد ساخت و ساز در منطقه خاورمیانه است [۱۰]. علاوه بر این، شرایط فیدیک در کلیه پروژه‌هایی که توسط بانک جهانی و آژانس ایالات متحده برای توسعه بین المللی^۳ تأمین می‌شود، مورد استفاده قرار می‌گیرد، و توجه داریم که هم بانک جهانی و هم آژانس ایالات متحده برای توسعه بین المللی، تعداد قابل توجهی از پروژه‌های مهم زیرساختی را در خاورمیانه تأمین می‌کنند. در سپتامبر ۱۹۹۹، فیدیک مجموعه‌ای از چهار شکل استاندارد جدید قرارداد را منتشر کرد که برای اکثر پروژه‌های ساختمانی و نصب تجهیزات در سراسر جهان مناسب است. مجموعه جدید قراردادهای استاندارد با عنوان رنگین کمان فیدیک شناخته می‌شود. کتاب‌های اصلی در رنگین کمان فیدیک به شرح زیر است:

- شرایط قرارداد ساخت و ساز برای کارهای ساختمان و مهندسی طراحی شده توسط کارفرما (کتاب قرمز جدید): این کتاب جایگزین کتاب قرمز سنتی فیدیک شده است. همچنین به عنوان فیدیک (ساخت) شناخته می‌شود (فیدیک ۹۹).

- شرایط قرارداد طرح-ساخت صنعتی در تجهیزات الکتریکی و مکانیکی و کارهای ساخت و مهندسی طراحی شده توسط پیمانکار (کتاب جدید زرد): این کتاب جایگزین کتاب‌های سنتی فیدیک زرد و نارنجی شده است. ترجمه این کتاب ضمن اصلاح بخش‌هایی از آن به منظور تطبیق با شرایط و مقررات داخل کشور توسط سازمان برنامه و بودجه ایران تهیه و با عنوان قرارداد همسان طرح و ساخت به شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۸ در سال ۱۳۸۴ به فعالان در پروژه‌های عمرانی کشور ابلاغ شده است.

- شرایط قرارداد برای پروژه‌های طراحی، مهندسی و ساخت/کلید در دست (کتاب نقره‌ای): این کتاب برای پروژه‌های مهندسی، تدارکات و ساخت یا کلید در دست است. این یک قرارداد جدید فیدیک است. سه کتاب قبلی به عنوان یک مجموعه تطبیقی تهیه شده است، که در آن هر موضوع به شکل مشابه در هر کتاب مورد استفاده قرار گرفته است، مگر در مواردی که لازم باشد. در حالی که اصطلاحات فسخ به مصلحت در این سه کتاب یکسان است، فیدیک

2 Engineering, procurement and construction (E.P.C)

3 United States Agency for International Development (USAID)

1 Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)

(ساخت) موضوع این تحقیق است.

اگر چه ایران یک ساختار حقوق بر اساس قانون مدنی^۱ دارد، قرارداد فیدیک بر اساس مفاهیم حقوقی که ریشه در نظام حقوقی عرفی^۲ دارد، بنا نهاده شده است. حوزه‌های قضایی با قانون مدنی معمولاً یک حق کلی را برای فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما را به رسمیت می‌شناسند. بنابراین، به کارفرمایان و پیمانکاران با مبنای حقوق عرفی، اکیداً توصیه می‌شود که قانون زمینه را با دقت مورد بررسی قرار دهند تا دریابند که آیا آن‌ها در آنجا قوانین اجباری را پیدا می‌کنند که امکان فسخ کار به مصلحت کارفرما را فراهم سازد [۱۱]. به این ترتیب، هنگامی که به دلیل درک بهتر این ماده از مطالعه حاضر از اختلافات ناشی از فسخ کار بنا به مصلحت پیشگیری می‌شود، از ضررهای مالی قابل توجه نیز جلوگیری می‌شود.

هدف از این تحقیق، بررسی قوانین فسخ به مصلحت بر اساس فیدیک بر مبنای قانون عرفی در چارچوب قانون مدنی ایران با توجه به تفاوت‌ها و شباهت‌های آن با قانون مدنی مصر^۳ است. بر این اساس، اهداف این تحقیق بدین قرار است (۱) برجسته کردن شباهت‌ها و اختلافات بین مقررات مربوطه در فیدیک (ساخت) و قانون مدنی ایران با توجه به قانون مدنی مصر، و (۲) ارائه توصیه‌هایی برای اصلاح مقررات مربوطه در فیدیک (ساخت) و قانون مدنی ایران است. بر این اساس، در این مطالعه پیشنهادهایی برای اصلاح ماده مربوط به فسخ قرارداد به مصلحت در فیدیک (ساخت) و نحوه جبران خسارت پیمانکار در صورت فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما در قانون مدنی ایران ارائه گردید.

۲- روش

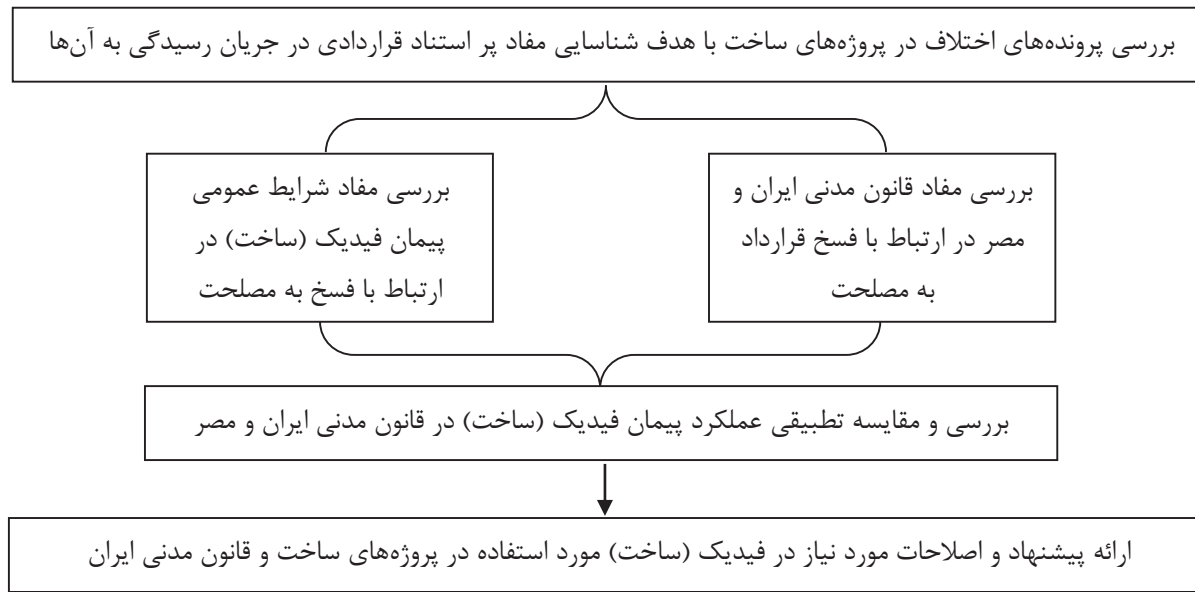
در این مقاله از یک روش تحقیق تطبیقی چند مرحله‌ای استفاده شده است. این روش تحقیق که بر مبنای مقایسه و تطبیق استوار است با اهداف توسعه‌ای، اعتباربخشی و یا برای یافتن نقاط اشتراک و افتراق مورد استفاده قرار می‌گیرد، انجام پژوهش‌های تطبیقی در حوزه حقوق به صورت گسترده مورد استفاده قرار گرفته است و به حقوق دانان در فهم بهتر موضوعات حقوقی و یافتن راه حل‌های حقوقی کارآمدتر یاری رسانده است. از جمله تحقیقات مشابه این

پژوهش در رشته حقوق و مدیریت ساخت، می‌توان مطالعه تطبیقی خسارت معنوی در حقوق ایران و مصر [۱۲]، تخلف از انجام تعهد بین حقوق ایران، مصر و انگلیس [۱۳] بررسی تطبیقی شرط فاسخ از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و مصر [۱۴] و مقایسه تطبیقی قراردادهای همسان طرح و ساخت در نظام فنی اجرایی کشور [۱۵] را برشمرد. در این تحقیق ابتدا به کمک بررسی ۱۴۲ پرونده‌های اختلاف در زمینه پروژه‌های ساخت در ایران به اهمیت و ضرورت توجه به مفاد قانون در زمینه فسخ قراردادها پرداخته شده است، سپس ماده فسخ بنا به مصلحت در فیدیک (ساخت) مورد بحث قرار می‌گیرد. سوم، همان ماده در قانون مدنی ایران و مصر مورد بررسی قرار می‌گیرد. چهارم، نویسندگان به طور انتقادی کاربردی فسخ به مصلحت را در فیدیک (ساخت) بر اساس قانون مدنی مصر و قانون مدنی ایران به عنوان قانون زمینه حاکم در قرارداد را تحلیل می‌کنند. سرانجام، نویسندگان توصیه‌هایی را در مورد اصلاحات لازم در مورد این ماده در فیدیک (ساخت) ارائه می‌نمایند. مراحل و روش انجام تحقیق در شکل ۱ نمایش داده شده است.

۲-۱- مجموعه داده‌های گردآوری شده

با توجه به تنوع قراردادی در اختلافات پروژه‌های ساخت ایران، صرفاً از قراردادهایی که از آن‌ها به عنوان قراردادهای متعارف میان کارفرما و پیمانکار یاد می‌شود، استفاده گردید، بر اساس نظامات اداری حاکم بر پروژه‌های ساخت بخش دولتی ایران، قرارداد متعارف مورد استفاده در این پروژه با عنوان شرایط عمومی پیمان (نشریه سازمان برنامه و بودجه به شماره ۴۳۱۱) شناخته می‌شود و از آنجایی که مستند به بند (ج) از ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مذکور، مرجع رسیدگی به اختلافات قراردادی پیش از مراجعه به دادگاه می‌تواند شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه باشد، با دسترسی به اطلاعات اختلافات طرح شده در خصوص قراردادهای پیمانکاران با کارفرمایان عموماً در بخش دولتی در سطح استان خراسان بین سال‌های ۸۰ الی ۸۷ که به منظور داوری به کمیته پیمان این استان (همان جایگاه شورای عالی فنی مورد نظر در شرایط عمومی پیمان) ارجاع داده شده‌اند، تعداد ۴۲ مورد اختلاف رسیدگی شده در این کمیته و نتیجه این بررسی استخراج گردید [۱۶]. همچنین با مراجعه به شعب حقوقی شهرستان مشهد، طرقبه و چناران و جمع آوری رای

- 1 Civil Law
- 2 Common law
- 3 Egyptian Civil Law (ECL)



شکل ۱. نمودار روش تحقیق

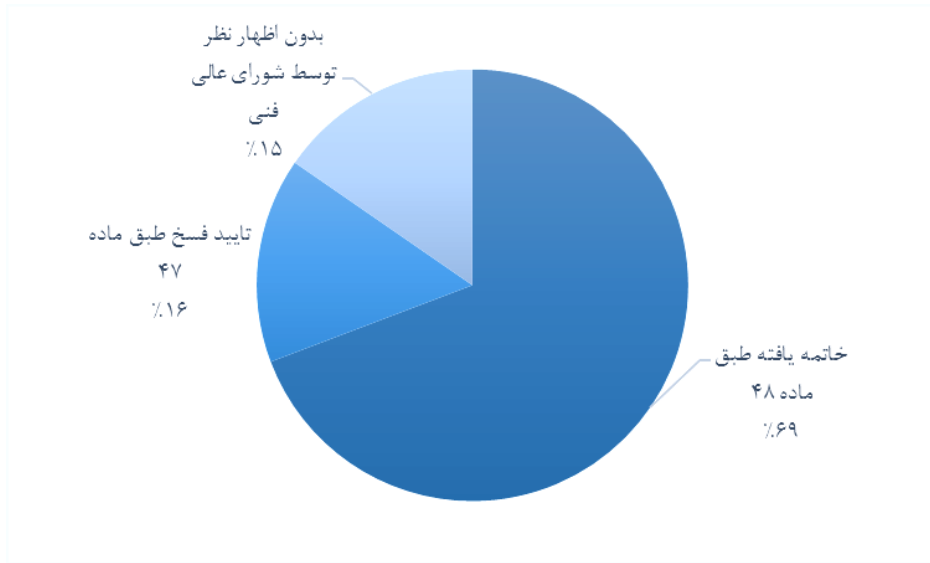
Fig. 1. Diagram of the research method

وجود نداشته است (شکل ۲) [۱۶]. همان گونه که در شکل ۳ مشهود است با بررسی زمان طرح اختلاف در ۱۰۰ پرونده رسیدگی شده در دادگاه‌های کشور و اتاق داوری ایران بیشتر اختلافات در قراردادهای ساخت پس از فسخ پیمان رخ داده است. از میان ۱۰۰ پرونده بررسی شده در مراجع داوری و دادگاه ۴۲ پرونده پس از فسخ قرارداد در این مراجع بررسی شده است و از این میان تنها در دو مورد از قراردادهای به درخواست پیمانکار فسخ شده است در مجموع حدود ۲۸ مورد از فسخ‌ها در دادگاه بدوی و تجدید نظر رد شده است. به عبارت دیگر حدود ۷۰٪ اختلافاتی که در نتیجه فسخ قرارداد به دادگاه، مراجع داوری و حل اختلاف فنی وارد شده‌اند، مورد تایید واقع نشده است [۱۶]. دلایل عدم پذیرش بر اساس قوانین ایران و شرایط عمومی پیمان در قراردادهای ساخت توجه ویژه به مفاد فسخ یا فسخ به مصلحت (خاتمه پیمان) در این قراردادهای را به روشنی نشان می‌دهد که در ادامه با بررسی موضوعات مهم در این خصوص به ارائه راهکارهای کاربردی منتهی می‌گردد.

دادگاه در مراحل بدوی یا تجدید نظر و برخی کتب حقوقی که به ذکر نمونه پرونده‌های اختلافات ساخت و آرای صادر به هر کدام در دیوان عالی کشور و داوری اتاق ایران پرداخته‌اند تعداد ۱۰۰ پرونده دیگر در خصوص موضوع اختلافات قراردادهای ساخت استخراج گردید [۲۰-۱۷].

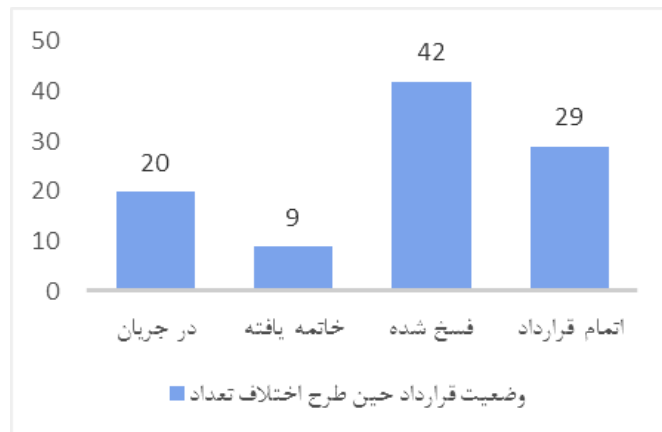
۲-۲ نتایج بررسی داده‌ها با تمرکز بر مواد فسخ قرارداد

از بین ۴۲ پرونده بررسی شده در کمیته پیمان استان خراسان تعداد ۱۳ مورد با درخواست برای فسخ پیمان مستند به ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان توسط کارفرما و عدم پذیرش آن توسط پیمانکار به این کمیته ارجاع شده است و از این تعداد تنها ۲ مورد فسخ توسط کمیته مذکور تایید شده است، ۹ مورد از این درخواست‌ها به خاتمه پیمان (طبق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان که در این تحقیق با عنوان فسخ به مصلحت کارفرما در قرارداد ساخت فیدیک معادل شناخته می‌شود) تبدیل شده و ۲ مورد نیز بر اساس اسناد موجود امکان اعلام نظر قطعی توسط کمیته فنی در مورد آن درخواست‌ها



شکل ۲. نظر شورای عالی فنی در مورد ۱۳ درخواست برای فسخ طبق شرایط عمومی پیمان

Fig. 2. Opinion of the Supreme Technical Council on 13 requests for termination according to the general conditions of the contract



شکل ۳. زمان طرح اختلاف در ۱۰۰ پرونده بررسی شده در دادگاهها و مراکز داوری

Fig. 3. Time registration of the plea in 100 cases reviewed in courts and arbitration centers

۲-۳- فسخ قرارداد بنا به مصلحت

۲-۳-۱- فسخ به مصلحت در فیدیک (ساخت)

فیدیک (ساخت) این حق را برای کارفرمای فراهم می‌کند که قرارداد را بنا به مصلحت خود به پایان برساند، بدون آن که مشکلی از طرف پیمانکار باشد. یعنی، کارفرمای ممکن است در صورت مواجهه با مشکلات، مایل به تکیه بر روی هیچ یک از روش‌های دیگر فسخ ناشی از یک مشکل نباشد [۱]. بند ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) (حق قانونی کارفرمایان برای فسخ) چنین حق فسخی را فراهم می‌کند. طبق بند ۱۵،۵، کارفرما حق دارد هر زمان که مصلحت بداند، قرارداد را فسخ کند. این کار با اطلاع رسانی در مورد فسخ به پیمانکار انجام می‌شود و فسخ پیمان ۲۸ روز پس از تاریخ دریافت اعلام فسخ به وسیله پیمانکار یا بازگرداندن تضمین انجام تعهدات، هر کدام که دیرتر باشد، نافذ خواهد شد. طبق بند ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) کارفرما نمی‌تواند با این هدف که خود کارها را انجام دهد و یا کارها را به وسیله پیمانکار دیگری انجام دهد، به استناد این ماده پیمان را فسخ نماید. بنابراین، بند فرعی ممکن است خلاف منافع کارفرمای باشد زیرا کارفرمای مجاز به انجام کارها نیست. با این وجود شرایطی می‌تواند وجود داشته باشد که کارفرمای دیگر نیازی به اتمام کار نداشته باشد و بنابراین فسخ در چنین مواردی ضروری است [۲۱].

پس از این فسخ طبق فیدیک (ساخت)، پیمانکار موظف است مطابق بند ۱۶،۳ (توقف کار و خارج کردن تجهیزات پیمانکار) عمل کند، جایی که پیمانکار موظف است همه کارهای بعدی را متوقف کند، به استثنای کارهایی که مهندس مشاور ممکن است برای حفاظت از جان، مال، یا ایمنی کارها، دستور اجرای آن‌ها را بدهد، مدارک پیمانکار، تجهیزات، مصالح، یا کارهای دیگری را که بابت آن‌ها به پیمانکار پرداختی شده است و مصالحی را که برای اجرای پیمان، به وسیله پیمانکار به کارگاه وارد شده است، تحویل دهد، و همه کالاهای دیگر را، به استثنای آنچه از نظر ایمنی ضروری است، به خارج کارگاه انتقال داده، و کارگاه را ترک کند. پس از فسخ کار، کارفرما نیز متعهد به بازگرداندن ضمانت حسن انجام کار به پیمانکار است و پیمانکار حق دریافت مطالبات خود مطابق بند ۱۹،۶ با شرایط زیر را دارد:

الف) مبالغ قابل پرداخت بابت هر کار انجام شده‌ای که بهای آن در پیمان تعیین شده است؛

ب) هزینه تجهیزات و مصالحی که برای کارها، به وسیله پیمانکار

سفارش داده شده و به پیمانکار تحویل داده شده، یا پیمانکار متعهد به تحویل گرفتن آن‌ها باشد؛ پس از پرداخت این هزینه به وسیله کارفرما، این تجهیزات و مصالح به مالکیت کارفرما در آمده و پیمانکار باید آن‌ها را به همان صورت، در اختیار کارفرما قرار دهد. مخاطره‌های احتمالی، نیز بعد از در اختیار گذاشته شدن متوجه کارفرما خواهد بود؛

پ) هر هزینه یا تعهد معقولی که پیمانکار در جهت تلاش برای تکمیل کارها، متحمل شده است؛

ت) هزینه برچیدن کارهای موقت و انتقال ماشین آلات پیمانکار از کارگاه، و بازگرداندن آن‌ها به محل مورد نظر پیمانکار در کشور خودش (یا به مقصد دیگری که هزینه بیشتری در بر نداشته باشد)؛ و
ث) هزینه بازگرداندن کارمندان پیمانکار و کارگرانی که در تاریخ فسخ پیمان، تمام وقت در ارتباط با کارها استخدام بوده باشند، به موطن خودشان.

در این رابطه، لازم به ذکر است که در نتیجه این فسخ، پیمانکار محق مطالعه عدم النفع نیست زیرا چنین حقی در بند ۱۹،۶ فیدیک (ساخت) ذکر نشده است. علاوه بر این، بند ۱۷،۶ (محدودیت مسئولیت) فیدیک (ساخت) موارد زیر را بیان می‌نماید:

هیچ یک از دو طرف، در برابر طرف دیگر، به خاطر محروم شدن از بهره برداری کارها، عدم النفع (جهت تاکید اضافه شده است)، از دست دادن قراردادهای دیگر، زیان و خسارت غیرمستقیم یا تبعی، که ممکن است طرف دیگر در ارتباط با پیمان متحمل شود به غیر از موارد ماده ۴-۱۶ (پرداخت پس از فسخ پیمان) و ماده ۱۷-۱ (مصونیت‌ها) مسئولیتی ندارد. بر این اساس، طرفین طبق فیدیک (ساخت) توافق کرده‌اند که جبران خسارت پیمانکار ناشی از عدم النفع در نتیجه فسخ اختیاری توسط کارفرما وجود ندارد. در چنین شرایطی ممکن است عدم وجود حق پیمانکار برای عدم النفع منطقی به نظر نرسد در حالی که کارفرما تصمیم به فسخ در جهت مصلحت خود داشته باشد و نه به دلیل اشتباهی از جانب پیمانکار [۲۱].

در بانک‌های توسعه‌ای چند جانبه^۱ نسخه هماهنگ شده^۲ (فیدیک ۲۰۱۸)، عبارت "پس از این فسخ، به پیمانکار ... مطابق بند ۱۹،۶ پرداخت شود (فسخ اختیاری، پرداخت و آزادسازی)" به این صورت اصلاح شده که "پس از این فسخ، پیمانکار ... طبق بند ۱۶،۴ پرداخت

و زمان اتمام کارها رخ دهد. به عنوان مثال، کارفرما دیگر نمی‌توانند از کارها استفاده کنند یا ممکن است کارفرما قادر به پرداخت هزینه کارها نباشد. بنابراین قانون به شرط جبران خسارت پیمانکار توسط کارفرما که در ادامه بحث خواهد شد اجازه فسخ قرارداد را در نظر گرفته است [۲۳ و ۲۲]. اگر قانون آ. م. م چنین بندی را در نظر نمی‌گرفت و کارفرما تصمیم می‌گرفت به مصلحت خود قرارداد را فسخ کند پیمانکار محق به درخواست ایفای عین تعهد و/ یا جبران خسارت وارده به خود را داشت. اگر کارفرمای دیگر علاقه‌ای به انجام کار نداشت امکان استفاده از ایفای عین تعهد وجود نداشت. با این حال در چنین شرایطی، قانون حق پیمانکار را برای جبران خسارت محفوظ می‌داند. بر این اساس می‌توان این گونه بیان کرد قانون مصر اصول کلی قانون قرارداد را به گونه‌ای اعمال می‌کند تا با ماهیت قراردادهای کارها از جمله قرارداد ساخت و ساز مطابقت داشته باشد [۲۳].

مفاد ماده ۶۶۳ آ. م. م. هم در قراردادهای قیمت‌های واحد و هم مقطوع قابل استفاده است. چه زمانی که کارها هنوز آغاز نشده چه به اجرا درآمده باشد، قابل اعمال است. به علاوه، دادگاه نمی‌تواند دلیل کارفرما برای فسخ قرارداد به مصلحت خود را زیر سوال ببرد یا رد کند یا حتی از کارفرما بخواهد چنین اقدامی را توجیه کند زیرا این فسخ به تشخیص کارفرما انجام می‌شود. اگر کارفرما طبق ماده ۶۶۳ آ. م. م. قرارداد را فسخ کند، پیمانکار حق جبران خسارت را خواهد داشت، که شامل قیمت کار تکمیل شده و سود حاصل از به اتمام رساندن کار توسط پیمانکار و تمام هزینه‌هایی که پیمانکار متحمل شده است، می‌باشد. هزینه‌هایی که پیمانکار متحمل شده است حتی اگر هیچ فایده‌ای برای کارفرما نداشته باشد، می‌تواند شامل هر هزینه‌ای باشد که پیمانکار در زمان وجود قرارداد ساخت، انجام داده و نه قبل از اجرای آن یا بعد از پایان آن (نظیر تجهیز کارگاه) است [۲].

علاوه بر خسارات قبلی اکثر محققان مصری اظهار داشتند که اگر اتمام کار یک مزیت اخلاقی برای پیمانکار فراهم می‌نماید، پیمانکار حق جبران خسارت معنوی وارده را دارد. اگر چه جبران خسارت معنوی در ماده ۶۶۳ آ. م. م. به صراحت بیان نشده است، اما این ماده چنین خسارتی را از جبران خسارت پیش‌بینی شده در ماده ۱/۲۲۲ جدا نکرد است، که بیان می‌دارد "خسارت همچنین شامل خسارت معنوی می‌شود اما در این حالت حق جبران خسارت نمی‌تواند به شخص ثالث واگذار شود، مگر اینکه این امر با توافق صورت گرفته

می‌شود (پرداخت پس از فسخ پیمان).^۱ بر این اساس، در نسخه هماهنگ شده بانک‌های توسعه‌ای چند جانبه به حق پیمانکار مبنی بر پرداخت مبلغ هر گونه ضرر یا خسارت متحمل شده به پیمانکار در نتیجه این فسخ افزوده شده است [۲۱].

۲-۳-۲- فسخ به مصلحت بر اساس قانون عرفی (کامن لا)

طبق قانون عرفی، هر دو طرف تا زمان انجام قابل توجه کلیه تعهدات قراردادی، مقید به قرارداد خواهند بود. فسخ بنا بر مصلحت یک حق استثنایی است که باید در قرارداد دیده شود. اگر چنین حقی در قرارداد مجسم شده باشد و توسط کارفرما فراخوانده شود، پیمانکار غیر از مواردی را که در قرارداد مربوطه حکم می‌کند، حق درخواست هیچ گونه عواقبی به جز آنچه در قرارداد قید شده را ندارد [۱۱].

۲-۳-۳- فسخ به مصلحت طبق قانون مدنی مصر

قانون مدنی مصر حق کارفرما را برای فسخ قرارداد به مصلحت خود از طریق ماده ۶۶۳ آیین مدنی مصر^۱ (آ. م. م.) فراهم می‌کند که موارد زیر را بیان می‌کند: کارفرما می‌تواند قرارداد را فسخ کرده و کار خود را در هر زمان قبل از اتمام آن متوقف کند، مشروط بر اینکه خسارت پیمانکار از بابت هزینه‌های کار انجام شده و منافی که در صورت تکمیل کار نصیب او می‌شده است را جبران نماید. با این وجود اگر شرایط چنین کاهشی را توجیه کند دادگاه می‌تواند خسارت ناشی از عدم النفع از طرف پیمانکار را کاهش دهد، به طور خاص، دادگاه هر مبلغی را که پیمانکار در نتیجه فسخ قرارداد توسط کارفرما پس انداز کرده و سودهایی که پیمانکار با صرف وقت خود در امور دیگر به دست آورده، از آن کسر می‌کند [۲۱].

مطابق مقررات ماده ۶۶۳ آ. م. م. کارفرما حق انجام فسخ به مصلحت خود به هر دلیل و در هر زمان از شروع تا پایان مدت قرار داد را دارد. این ماده به عنوان یک استثنا در مورد قاعده مندرج در ماده ۱/۱۴۷ آ. م. م. در نظر گرفته می‌شود در این ماده داریم، قرارداد، قانون حاکم میان طرفین است. فقط با رضایت متقابل طرفین قابل لغو یا تعدیل است (جهت تاکید بیشتر اضافه شده است) یا به دلایلی که در قانون پیش‌بینی شده باشد. دلیلی که پشت طرح این موضوع وجود دارد آن است که روند اجرا قرارداد برای مدت زمان نسبتاً طولانی ادامه دارد، بنابراین، ممکن است وقایع زیادی بین زمان انعقاد قرارداد

1 Egyptian Civil Code (ECC)

این حال، و به عنوان یک اولویت، پیشنهاد می‌شود که در قراردادهای ساختمانی مفادی پیش‌بینی شود که به کارفرمایان اجازه می‌دهد به دلیل شرایطی که کارفرما با آن روبرو است، کارها را به مصلحت خود به حالت تعلیق درآورد. در چنین حالتی، خسارات وارده به پیمانکار در اثر این تعلیق مشابه آنچه در صورت فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما در نظر گرفته می‌شود، جبران شود [۲۴].

۲-۳-۴- فسخ بنا بر مصلحت در قانون مدنی ایران

با توجه به ماده ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی ایران، مفاد پیمان و شرایط عمومی دلالت دارد بر این که این پیمان عقدی لازم- جایز است، همچنین چون مفاد پیمان با هیچ یک از عقود معین مطرح در قانون مدنی مطابقت ندارد لذا با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، از عقود نامعین است. از آنجا که بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی عقدی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود، لذا اصل بر لزوم عقود است و پیمان نیز از این قاعده مستثنی نیست [۲۵]. لذا از این جهت می‌توان قانون مدنی ایران را مشابه قانون عرفی دانست.

۲-۴- اسباب انحلال پیمان

انحلال عقد به طور عام و انحلال پیمان به طور خاص به سه سبب زیر ممکن است صورت بگیرد:

الف) اقاله (ب) فسخ (ج) انفساخ

اقاله (تفاسخ): بر اساس ماده ۲۸۳ قانون مدنی بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند، همچنین مستند به ماده ۲۸۴ این قانون اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر بهم زدن معامله کند. در واقع همان نیروی اراده طرفین که عقد را به وجود آورده است، برای انحلال و تفاسخ آن هم می‌توانند تراضی کنند.

فسخ (ایقاع): در عقد لازم هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معینه. پس فسخ قرارداد در موارد معین در عقود لازم نمود پیدا می‌کند، داشتن مجوز قانونی یا قراردادی برای هر یک از طرفین عقد در واقع حقی است برای بر هم زدن معامله لازم، که این حق را اصطلاحاً خیار فسخ یا به اختصار خیار می‌گویند. در قانون مدنی ایران از خيارات مختلفی نام برده شده اما

باشد یا طلبکار در دادرسی قضایی آن را مطالبه نماید." با این حال، این اظهارات توسط برخی از محققان مورد انتقاد قرار می‌گیرد، آن‌ها معتقدند که فسخ عملی قانونی است و کارفرما مطابق مقررات ماده ۶۶۳ آ. م. م. مجاز به چنین فسخی است. بر این اساس، کارفرما نباید متعهد به جبران خسارت معنوی وارده به پیمانکار شود، مگر اینکه این فسخ با تخلف توسط کارفرما همراه شود [۲۲].

با توجه به مفاد ماده ۲/۶۶۳ از آ. م. م. در صورت توجیه این شرایط کاهش، دادگاه می‌تواند جبران خسارت ناشی از عدم النفع پیمانکار را کاهش دهد. دو نمونه در ماده ۲/۶۶۳ برای کاهش غرامت ذکر شده است. مورد اول مواردی است که پیمانکار در نتیجه فسخ هر مبلغی را پس انداز می‌کند. به عنوان مثال، می‌توان این جبران خسارت را به این دلیل کاهش داد که پیمانکار با عدم انجام کارها، مسئولیت رفع نقص در کارهایی که به اتمام نرسیده باشد را به عهده ندارد [۲]. مورد دوم سودی است که پیمانکار در نتیجه استفاده از زمانی که پیمانکار می‌بایست برای انجام کارهای صرف کند که در اجرای سایر کارها استفاده کرده است، کسب کرده، برای مثال، اگر پیمانکار فرصت اجرای سایر کارها را داشته باشد، حتی اگر از چنین فرصت‌هایی استفاده نکرده باشد، این کاهش قابل اعمال خواهد بود. دلیلش این است که، در چنین حالتی، پیمانکار با سهل انگاری خود سود مورد انتظار را از دست داده است [۲۳]. بنابراین، با اختصاص جبران خسارت به پیمانکار، ماده ۶۶۳ آ. م. م. از قانون کلی جبران خسارات موضوع ماده ۲۲۱ آ. م. م. پیروی می‌کند، که میزان خسارت وارده یا عدم النفع را به عنوان جبران خسارات تعیین می‌کند. اما طبق ماده ۶۶۳، دادگاه می‌تواند جبران خسارت پیمانکار ناشی از عدم النفع را کاهش دهد، اگر شرایط چنین کاهش را توجیهی نماید. لازم به ذکر است که اگر پیمانکار در انجام تعهدات خود نقض داشته باشد، کارفرما نباید برای فسخ قرارداد به ماده ۶۶۳ آ. م. م. استناد کند. در چنین حالتی، کارفرما باید بخاطر نقض تعهدات پیمانکار فسخ قرارداد را درخواست کند. در این شرایط، کارفرما کسی است که حق جبران خسارت را دارد و نه پیمانکار [۲].

شایان ذکر است که، گر چه کارفرما طبق ماده ۶۶۳ آ. م. م. حق دارد به مصلحت خود فسخ قرارداد را انجام دهد، اما کارفرما حق ندارد کار را به مصلحت خود به حالت تعلیق درآورد. کارفرما می‌تواند قرارداد را پیش ببرد و یا آن را به مصلحت خود فسخ کند [۲۳]. با

که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. همچنین طبق ماده ۲۲۶ این قانون در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است. و در ماده ۲۲۷ این قانون داریم متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود. در ماده ۲۳۰ این قانون نیز داریم اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند.

در خصوص عدم النفع در قوانین توجه به مفاد ۲۶۷، ۵۱۵، ۵۲۰، ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ نیز مورد توجه است، همچنین با استناد به مفاد ۱، ۵ و ۸ از قانون مسئولیت مدنی در خصوص پیامدهای فسخ و عدم النفع همچنین نظر اکثریت متخصصین می‌توان این گونه بیان نمود که، منافع محقق و مسلم الحصول از دست رفته بر اثر نقض قرارداد یا اعمال خلاف قانون ضرر تلقی می‌شود و طبق قاعده‌ی عقلی و فقهی "ضرر" و عرف جامعه، خسارت حاصله به منظور جبران زیان وارده قابل مطالبه است و مطالبه‌ی خسارت ناشی از زوال منافع احتمالی یا با واسطه و بدون وجود رابطه‌ی سببیت بین عمل و منافع ادعایی مورد پذیرش نبوده و دادگاه به صدور حکم بر محکومیت به پرداخت این گونه ضررهای تخیلی یا فرضی اقدام نمی‌نماید [۲۶]. جدول ۱ خلاصه‌ای از شباهت‌ها و تفاوت‌های بین قرارداد فیدیک (ساخت) مبتنی بر قانون عرفی و قانون مدنی مصر و قوانین ایران را ارائه می‌دهد.

۲-۶- ایفاء عین تعهد در نظام حقوقی عرفی

در نظام حقوقی عرفی از دیر باز بر اساس یک قاعده سنتی، اجبار به اجرای عین تعهد به عنوان استثناء و تنها در موارد خاص پذیرفته شده است و متعهد له برحسب مورد، مجاز به انتخاب دیگر روش‌های

خيارات به دو بخش عمده تقسیم می‌شوند. دسته‌ای که مختص عقد بیع‌اند و دسته‌ای دیگر بین عقد بیع و دیگر عقود لازم، مشترک‌اند. ماده ۴۵۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید تمام انواع اختیار در جمیع معاملات لازم ممکن است وجود داشته باشند مگر اختیار مجلس و اختیار حیوان و اختیار تاخیر ثمن که مخصوص بیع است. با مذاقه در شرایط عمومی پیمان فیدیک ساخت از میان اختیارات مشترک، دو نوع اختیار فسخ را می‌توان در پیمان مشاهده کرد. الف) اختیار تخلف شرط و ب) شرط اختیار (شرط اختیار فسخ قرارداد) اختیار تخلف شرط را قانون مدنی به طور کلی تعریف نکرده است فقط در ماده ۴۴۴ قانون مذکور می‌خوانیم احکام اختیار تخلف شرط به طور کلی در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است با رجوع به ماده ۲۳۴ شرط به سه قسم زیر تقسیم شده است. ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل اثباتا یا نفیا و مستند قانونی اختیار شرط ماده ۳۹۹ قانون مدنی است که در آن ذکر شده است: در عقد بیع، ممکن است شرط شود که در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد [۲۵].

انفساخ: طبیعت این نوع از سبب انحلال عقد به گونه‌ای است که نه مثل اختیار فسخ و نه مانند اقاله است. اقاله در واقع عقد جدیدی است برای بر هم زدن عقد ما بین طرفین و اختیار فسخ نیز حقی است برای هر یک از طرفین یا شخص ثالث جهت پایان دادن به حیات عمل حقوقی دو جانبه (عقد). اما انفساخ خیار است که متعلق به وجود شرایطی است که بعد از عقد و در جریان اجرای آن واقع می‌شود. در انفساخ آنچه را که عقد معلق بر فسخ آن می‌گردد را شرط فاسخ می‌گویند. در انفساخ عقد، طرفین می‌توانند شرط کنند که در اثر رویداد ویژه‌ای عقد خود به خود منحل شود مانند این که در شرایطی که مصالح خریداری شده با آزمایش‌های مورد نظر پیمانکار مطابقت ننماید قرارداد منعقد شده با تولید کننده مصالح منفسخ شود [۲۵].

۲-۵- پیامدهای ناشی از فسخ و مطالبه سود از دست رفته (عدم النفع) یا ضرر در قوانین ایران

در ماده ۱۳۲ قانون مدنی آمده است، کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد. طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید

جدول ۱. فسخ به مصلحت در فیدیک (ساخت)، قانون مدنی مصر و قوانین ایران

Table 1. Termination for convenience under the common law-based on the FIDIC (CONS) and Egyptian civil law and Iranian laws

قوانین ایران	قانون مدنی مصر	فیدیک (ساخت)	شرایط مربوط به فسخ بنا بر مصلحت
بلی	بلی	بلی	آیا کارفرما حق دارد در هر زمان به مصلحت خود قرارداد را فسخ کند؟
خیر	بلی	خیر	اعلام فسخ احتیاج به رسیدگی قضائی و حکم دادگاه دارد؟
خیر	بلی	خیر	آیا کارفرما حق دارد برای اجرای کارها توسط خود یا انجام کارهای توسط یک پیمانکار دیگر قرارداد را فسخ کند؟
بلی	بلی	خیر	دادگاه ملزم به پذیرش و صدور حکم اجرای عین تعهد است؟ در صورت فسخ بنا بر مصلحت، پیمانکار محق به دریافت کدام یک از مطالبات زیر است؟
بلی	بلی	بلی	کلیه کارهای انجام شده تا زمان فسخ
به طور مستقیم بیان نشده است، اما دلالت دارد	به طور مستقیم بیان نشده است، اما دلالت دارد	بلی	هزینه‌های مورد انتظار پیمانکار در صورت تکمیل کارها
به طور مستقیم بیان نشده است، اما دلالت دارد	به طور مستقیم بیان نشده است، اما دلالت دارد	بلی	هزینه حذف کارهای موقت و تجهیزات از سایت
خیر (همراه با ابهام)	بلی	خیر	عدم النفع
بیان نشده (قید تاریخ برای زمان فسخ ضروری است.)	بیان نشده	۲۸ روز پس از تاریخ دریافت اعلام فسخ به وسیله پیمانکار یا بازگرداندن تضمین انجام تعهدات	فسخ پس از چند روز اجرایی می‌شود؟
بیان نشده	بیان نشده	بلی	در صورت فسخ بنا به مصلحت، کارفرما مکلف است ضمانت نامه انجام تعهدات را به پیمانکار برگرداند؟

آزادسازی) فیدیک (ساخت)، مطالبات خود را دریافت کند، که شامل حق دریافت ضرر (عدم النفع) نمی‌شود.

۲-۱۰- استفاده از فسخ به مصلحت کارفرما در فیدیک (ساخت) طبق قانون مدنی مصر

خاطرنشان شد: طبق بند ۱۵،۵ (حق کارفرمایان برای فسخ) فیدیک (ساخت)، کارفرما حق دارد به مصلحت خود هر زمان که بخواهد قرارداد خود را فسخ کند. قانون مدنی مصر حق مشابهی را طبق ماده ۶۶۳ آ.م.م. ارائه می‌دهد. پس از چنین فسخی در فیدیک (ساخت)، پیمانکار حق دارد طبق بند ۱۹،۶ (فسخ اختیاری، پرداخت و آزادسازی) فیدیک (ساخت) مطالبات خود را دریافت کند، یعنی پیمانکار حق دارد تمام هزینه‌های را که متحمل شده است دریافت کند. اما حق مطالبه عدم النفع را نخواهد داشت. علاوه بر این، طرفین طبق بند ۱۷،۶ (محدودیت مسئولیت) فیدیک (ساخت) توافق کردند که هیچ یک از طرفین در قبال از بین بردن سود دیگری، به غیر از موارد عنوان شده در ماده ۱۶،۴ و ۱۷،۱ (غرامت) فیدیک (ساخت) مسئولیتی در قبال طرف مقابل نداشته باشند.

از طرف دیگر، اگر کارفرما قرارداد را فسخ کند، طبق ماده ۶۶۳ آ.م.م.، پیمانکار حق جبران خسارت خود را دارد که شامل کلیه هزینه‌هایی است که پیمانکار متحمل شده، قیمت کار انجام شده و سودی که اگر پیمانکار کار را تمام کرده بود می‌توانست کسب کند. بنابراین، قانون مدنی مصر جبران خسارت گسترده‌تری را فراهم می‌کند. عدم وجود حق عدم النفع برای پیمانکار در فیدیک (ساخت) به نظر منطقی نمی‌رسد وقتی کارفرما تصمیم بگیرد که بخاطر مصلحت خود و نه به دلیل اشتباه پیمانکار قرارداد را فسخ نماید. بنابراین، توصیه می‌شود این ماده در فیدیک (ساخت) اصلاح گردند. با توجه به موارد قبل، اگر ماده ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) از قرارداد حذف شود و کارفرمای بخواهد بنا بر مصلحت خود قرارداد را فسخ کند، بر اساس قانون مدنی مصر کارفرما همچنان حق این نوع فسخ را دارد، در حالی که پیمانکار حق دارد طیف گسترده‌ای از جبران خسارت از جمله عدم النفع را نیز داشته باشد، مشروط بر اینکه بند ۱۷،۶ در فیدیک (ساخت) نیز حذف شده باشد [۲].

طبق فیدیک (ساخت)، کارفرما حق ندارد قرارداد را طبق بند ۱۵،۵ فسخ کند تا بتواند خود کارها را اجرا کند یا ترتیب کارها را برای اجرا آن توسط پیمانکار دیگر فراهم سازد. از طرف دیگر، طبق

جبران خسارت اعم از فسخ و گرفتن خسارت و یا جایگزین مناسب دیگر است. در این نظام حقوقی هر چند دادگاه‌های انصاف بر مبنای قواعد انصاف در مواردی حق الزام به اجرای عین تعهد را نسبت به متعهد له پذیرفته و آرایبی نیز صادر کرده‌اند ولیکن عمومیت نیافته و همچنان استثناء محسوب می‌شود [۲۷].

۲-۷- ایفاء عین تعهد در نظام حقوقی ایران و مصر

در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، حقوق ایران به تبعیت از نظریه مشهور در فقه و برخی دیگر از کشورها، الزام متعهد به اجرای عین تعهد، به عنوان یک اصل و ضمانت اجرای اساسی شناخته شده و متعهد له صرفاً در صورت عدم امکان اجبار متعهد، می‌تواند اقدام به فسخ و مطالبه خسارت یا سایر روش‌های جایگزین نماید [۲۷].

۲-۸- نقش دادگاه در فسخ قرارداد در حقوق ایران و مصر

در حقوق ایران به تبع فقه امامیه، اصل بر لزوم قرارداد است و حق فسخ قرارداد مسئله استثنائی است لیکن نقض تعهدات قراردادی اعم از تعهدات ناشی از قرارداد اصلی یا شروط ضمن عقد، می‌تواند با شرایطی حق فسخ را پدید آورد لیکن اصولاً فسخ قرارداد با اراده ذی نفع حق فسخ صورت می‌گیرد و اصولاً دادگاه نقشی در اعمال حق فسخ ندارد. اما قانون مدنی مصر اعمال فسخ را منوط به مراجعه به دادگاه نموده است، مگر آن که در قرارداد حق فسخ قرارداد برای طرفین پیش‌بینی شده باشد [۲۸].

۲-۹- استفاده از فسخ بنا به مصلحت در فیدیک (ساخت) طبق قانون عرفی

قبلاً ذکر شد که طبق قانون عرفی، اگر حق فسخ بنا به مصلحت در قرارداد منعکس شده باشد، در صورت استناد به چنین حقی از طرف کارفرما، پیمانکار حق ادعای هیچ گونه عواقبی به غیر از مواردی که در قرارداد منعکس شده است، را نخواهد داشت. با به کار بردن این استدلال در فیدیک (ساخت)، ذکر شد که طبق بند ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) (حق کارفرما برای فسخ)، کارفرما حق دارد هر زمان که بخواهد به مصلحت خود قرارداد را فسخ کند. اما، کارفرما حق ندارد قرارداد را در طبق این بند فسخ کند تا بتواند خود کارها را انجام دهد یا کارها را توسط پیمانکار دیگری انجام دهد. پس از فسخ طبق این ماده، پیمانکار حق دارد طبق بند ۱۹،۶ (فسخ اختیاری، پرداخت و

(ساخت) در صورت اختصاص حق فسخ به مصلحت کارفرما جبران خسارت مورد قبول پیمانکار اضافه و به روشنی توضیح داده شود، در عین حال بدون هیچ گونه تغییری ماده ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) مطابق قانون مدنی ایران قابل اجرا است و بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی، قانون توافق طرفین را برای محدود کردن حق پیمانکار برای جبران خسارات با حذف عدم النفع را قبول دارد.

از طرفی دیگر بر اساس فیدیک (ساخت)، کارفرما حق ندارد قرارداد را طبق ماده ۱۵،۵ فسخ کند تا بتواند خود کارها را اجرا کند یا ترتیب کارها را برای اجرا آن توسط پیمانکار دیگر را فراهم سازد. با توجه به این که ممکن است کارفرما با استفاده از حق فسخ به مصلحت خود به پیمانکار ضرر برساند و طبق شرایط عدم النفع امکان مطالبه برخی از این پیامدها (بدون رابطه سببیت مشخص) در مراجع قضائی ایران میسر نیست و استفاده از این بند از قرارداد فیدیک (ساخت) برای ادامه کار توسط پیمانکار دیگر عدم رضایت پیمانکار اولیه را به همراه دارد و معمولاً رضایت طرفین برای واگذاری شرط اختیار فسخ در متن قرارداد ضرورت دارد، همچنین طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد، می توان با استناد به عرف رضایت طرفین برای واگذاری حق فسخ برای کارفرما این گونه برداشت نمود که امکان ادامه کار توسط کارفرما با پیمانکار دیگر طبق قانون مدنی ایران نیز میسر نیست و بر این اساس وجود این بند از قرارداد فیدیک (ساخت) قابل تحقق است. با این حال عدم اظهار نظر صریح قانونگذار در زمینه نحوه جبران خسارت مشابه آنچه که در قانون مدنی مصر و در ماده ۲۲۱ آ. م. و وجود دارد باعث بروز اختلافات در این زمینه و اظهار نظر سلیقه‌ای و همراه با ابهام می‌گردد. این موضوع در مورد خساراتی که خارج از کنترل متعهد نیز رخ داده بیشتر بحث بر انگیز است.

۳- نتایج و بحث

در مورد توصیه‌های مربوط به اصلاحات در فیدیک (ساخت)، قبلاً گفته شد که عدم وجود حق پیمانکار برای مطالبه عدم النفع در صورت فسخ کار به مصلحت کارفرما، در بند ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) منطقی به نظر نمی‌رسد زیرا کارفرما به مصلحت خود و نه به دلیل

قانون مدنی مصر، دادگاه نمی‌تواند دلیل کارفرما مبنی بر فسخ قرارداد بنا به مصلحت را زیر سؤال ببرد یا حتی از کارفرما بخواهد چنین اقداماتی را توجیه کند. بنابراین، طبق آ. م. م.، کارفرما می‌تواند قرارداد را فسخ کند تا بتواند کارها را توسط خود یا دیگران انجام دهد. این امر توجیه‌پذیر است زیرا طبق قانون مدنی مصر، کارفرما باید عدم النفع پیمانکار را جبران کند. بنابراین کارفرما بایست این حق را داشته باشد که توسط خود یا دیگران بدون اینکه مورد سؤال قرار گیرد، کارها را به انجام برساند [۲].

سرانجام، با بررسی کاربرد ماده ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) طبق قانون مدنی مصر، این نکته حائز اهمیت است که توجه داشته باشید که ماده ۶۶۳ این قانون یک سیاست عمومی نیست. بنابراین، طرفین می‌توانند با مفاد مغایر با مفاد آن موافقت کنند. در چنین شرایطی، قانون توافق طرفین را اجرا می‌کند. به عنوان مثال، طرفین ممکن است موافقت کنند که پیمانکار به هیچ وجه حق جبران خسارت را ندارد یا این که خسارات را می‌توان از قبل مشخص کرد، یا طرفین ممکن است موافقت کنند که کارفرما حق فسخ بر اساس مصلحت خود را ندارد. و در چنین حالتی، اگر کارفرما بخواهد قرارداد خود را بنا به مصلحتی فسخ کند، پیمانکار می‌تواند از حق ایفای عین تعهد استفاده کند. آخرین حالت وقتی است که پیمانکار منافع اخلاقی در تکمیل کار داشته باشد [۲۳ و ۲۲]. علاوه بر این، ماده ۲/۲۱۷ آ. م. م. می‌گوید: "متعهد می‌تواند با توافق، مسئولیت عدم انجام تعهدات قراردادی خود را به استثناء مسئولیت ناشی از کلاهبرداری یا سهل‌انگاری فاحش را از همه مسئولیت‌های دیگر جدا کند" [۲۹]. بنابراین، طبق قانون مدنی مصر، پذیرفته شده است که طرفین موافقت کنند که کارفرما در صورت فسخ به مصلحت خود از مسئولیت عدم النفع اخلاقی معاف گردد. با این توضیح، بند ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) مطابق قانون مدنی مصر قابل اجرا است و قانون توافق طرفین را برای محدود کردن حق پیمانکار برای جبران خسارات با حذف عدم النفع را قبول دارد.

۲-۱۱- استفاده از فسخ به مصلحت کارفرما در فیدیک (ساخت) طبق قانون مدنی ایران

بر اساس قانون مدنی ایران و رویه حاکم در دادگاه‌های کشور مطالبه خسارت عدم النفع که به صورت مستقیم ارتباط معنی داری با عدم رعایت تعهدات قراردادی توسط یکی از طرفین نداشته باشد مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد، لذا ضروری است در متن قرارداد فیدیک

به آ. م. و قانون مدنی ایران اضافه شود.

۴- نتیجه‌گیری

ماده فسخ بنا به مصلحت با توجه به اطلاعات آماری ارائه شده در این مقاله که نشان دهنده اهمیت این ماده در عمده قراردادهای ساختمانی است، در قرارداد فیدیک (ساخت) بر مبنای قانون عرفی بر اساس قانون زمینه مدنی مورد مطالعه قرار گرفت. شباهت‌ها و اختلافات بین مفاد گفته شده در قرارداد فیدیک (ساخت) و قانون مدنی شناسایی گردید. نتیجه‌گیری شد که برخی از راه‌حل‌های مربوط به حق فسخ به مصلحت کارفرما در فیدیک (ساخت) در قانون مدنی ایران پیش‌بینی نشده است. در قانون مدنی ایران مشابه فیدیک (ساخت) جبران خسارت منافع از دست رفته (عدم النفع) در نتیجه فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما محدود شده است اما در قانون مدنی مصر برای مطالبه خسارت ناشی از عدم النفع آزادی عمل بیشتری فراهم شده است. نتیجه این مطالعات منجر به ارائه چند پیشنهاد در قانون مدنی ایران از جمله مشخص شدن نحوه پرداخت خسارت به پیمانکاران در هنگام فسخ قرارداد به مصلحت کارفرما و یا تعلیق آن به درخواست کارفرما و همچنین حق پیمانکار برای مطالبه عدم النفع در کتاب قرمز فیدیک ۱۹۹۹ (فیدیک ساخت) در خصوص ماده فسخ قرارداد به مصلحت، گردیده است.

این تحقیق می‌تواند به پیمانکاران بین‌المللی کمک کند تا درک بهتری از نحوه فسخ بنا به مصلحت در شرایط فیدیک در مورد پروژه‌هایی که بر مبنای قانون مدنی ایران منعقد می‌گردد، داشته باشند. این امر می‌تواند در به حداقل رساندن اختلافات مرتبط و یا ناشی از مقررات حاکم بر این قراردادها موثر باشد. از آنجایی که در اختلافات قراردادهای ساخت بیشتر به ماده فسخ قرارداد در دادگاه‌ها و مراجع داوری استناد شده است، می‌توان این انتظار را داشت که پیمانکاران با درک بهتر ماده فسخ به مصلحت کارفرما در قراردادهای خود از بروز اختلافات در این زمینه پیشگیری کنند. به علاوه، این مطالعه برای سایر کشورهای خاورمیانه مفید است زیرا بیشتر آن‌ها از قلمروهای قانون مدنی پیروی می‌کنند. همچنین در ادامه این تحقیق بررسی سایر مفاد شرایط عمومی پیمان فیدیک (ساخت) بر اساس قانون مدنی ایران که بیشتر در طرح اختلافات در دادگاه‌های کشور در پروژه‌های ساخت مورد توجه هستند، پیشنهاد می‌گردد.

اشتباه پیمانکار از چنین حقی استفاده می‌کند. از این رو، توصیه می‌شود چنین ماده‌ای را همانند اصلاحیه مندرج در نسخه هماهنگ شده بانک توسعه چند جانبه، اصلاح کرده و زبان سود را به عنوان بخشی از خسارت‌هایی که پیمانکار در نتیجه این فسخ متحمل شده است را اضافه نمود. در چنین حالتی، غرامت قابل پرداخت به پیمانکار در نتیجه این فسخ، بر اساس ماده ۱۶،۴ (پرداخت پس از فسخ) فیدیک (ساخت) و نه ماده ۱۹،۶ (فسخ اختیاری، پرداخت و آزادسازی) فیدیک (ساخت) محاسبه می‌گردد، از آنجایی که در بند (ج) ماده ۱۶،۴ به عنوان غرامت برای پیمانکار درج شده است "مقدار هرگونه سود از دست رفته یا خسارت یا زیان دیگری که در نتیجه این فسخ متوجه پیمانکار شده است" لذا بر اساس موارد فوق، توصیه می‌شود در پاراگراف دوم ماده ۱۵،۵ فیدیک (ساخت) اصلاح زیر را اعمال کنید: "پس از این فسخ، پیمانکار طبق ماده ۱۶،۳ (توقف کار و خارج کردن تجهیزات پیمانکار) عمل می‌کند و طبق ماده ۱۶،۴ (پرداخت پس از فسخ) به پیمانکار پرداخت انجام می‌شود. این موضوع در مطالعات تطبیقی انجام شده توسط محققین مصری در خصوص این بند از قرارداد فیدیک با توجه به پذیرش عدم النفع در آ. م. و تغییر در بند مذکور از قراردادهای ساخت تاکید شده است [۱۲].

در مورد توصیه‌های مربوط به اصلاحات در قانون مدنی ایران، فقدان ماده‌ای مشابه ماده ۶۶۳ آ. م. م. حق فسخ قرارداد به مصلحت و ماده ۲۲۱ و ۱/۲۲۲ آ. م. م. در خصوص نحوه جبران خسارت در صورت عدم ایفاء تعهد در قوانین ایران احساس می‌شود، در قانون مدنی مصر خسارت معنوی مورد پذیرش قرار گرفته و شیوه‌های جبران خسارت که بر اساس اوضاع و احوال می‌تواند به صورت نقدی نیز باشد، به اختیار قاضی گذاشته شده است، امری که در حقوق ایران به صورت مشخصی بدان پرداخته نشده است [۲]. همچنین در ماده ۱۴۷ آ. م. م. امکان تعدیل قضائی پذیرفته شده است و سکوت قانون‌گذار داخلی مبنی بر عدم پذیرش تعدیل قضائی قرارداد هر چند که مانع از مطالبه این حق بر اساس مبانی صحیح فقهی نظیر قاعده نفی عسر و حرج، لاضرر، میسور و غبن حادث نیست [۳۰] اما پیشنهاد می‌گردد تا قانون‌گذار در تعمیم اصل ۱۷۱ قانون اساسی نسبت به تشریح این موضوع مشابه آ. م. م. اقدام نماید. علاوه بر این در آ. م. م. کارفرما حق ندارد کار را به مصلحت خود به حالت تعلیق درآورد. بنابراین، توصیه می‌شود برای این حق، ماده‌ای همراه با خسارت پیمانکار حاصل از آن

- of obligation between Iranian law and Egyptian law and British law, 1th international conference on law and jurisprudence, attorney and social science, (2017). (in Persian)
- [14] A. Naghibi, R. Makhsosi, A comparative study of the termination condition from the perspective of Imami jurisprudence, Iranian and Egyptian law, Razavi Islamic University of Science, (2018) 5-20. (in Persian)
- [15] M. Darabi, Comparative comparison of similar design and construction contracts in the executive technical system of Iran, 5th International project management conference, (2010). (in Persian)
- [16] N. Bagherian Marandi, M. Ravanshadnia, A. Heravi, H. Mehdizadeh, Identifying and prioritising factors impacting in court decisions for construction contract disputes, in: Proceedings of the 12th International Congress on Civil Engineering, Ferdowsi University of Mashhad, 2021.
- [17] Y. Bazgir, Elected votes of the supreme court on contracts, (2010). (in Persian)
- [18] M. Mohebi, M. Kakavand, Selected arbitral awards arbitration center of Iran chamber 1(2015). (in Persian)
- [19] M. Mohebi, M. Kakavand, Selected arbitral awards arbitration center of Iran chamber 2(2014). (in Persian)
- [20] N. Bagherian-Marandi, M. Ravanshadnia, M.-R. Akbarzadeh-T, Two-layered fuzzy logic-based model for predicting court decisions in construction contract disputes, *Artificial Intelligence and Law*, 29(4) (2021) 453-484.
- [21] B.W. Totterdill, *FIDIC users' guide: a practical guide to the 1999 Red and Yellow Books*, Thomas Telford London, 2006.
- [22] M. Shanab, *Commentary on Muqawala contract*, Cairo, Egypt: Dar El Nahda El Arabiya, (1963).
- [23] A. Al-Sanhuri, *A treatise on civil law [Al-Wassit Fi Sharh'Al-Kanoun Al-Madani]*, Part 7, in, Dar El Nahda El Arabiya Publisher Cairo, Egypt, 1989.
- [24] T. Hamed, Risk provisions in building and construction
- [1] P.L. Booen, *The FIDIC contracts guide*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, (2000).
- [2] S.A. Fawzy, I.H. El-Adaway, L. Perreau-Saussine, M.S. Abdel Wahab, T.H. Hamed, Analyzing termination for convenience provisions under common law FIDIC using a civil law perspective, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 10(4) (2018) 06518003.
- [3] D. Wallace, *Hudson's building and engineering contracts*. 12th ed. London: Sweet & Maxwell., (2012).
- [4] M.C. Loulakis, L.P. McLaughlin, Court reviews allowable costs in termination for convenience dispute, *Civil Engineering Magazine Archive*, 77(1) (2007) 96-96.
- [5] A.S. Ezeldin, M. Abdel-Ghany, Causes of construction delays for engineering projects: An Egyptian perspective, in: *AEI 2013: Building solutions for architectural engineering*, 2013, pp. 54-63.
- [6] P. Merrill, Construction dispute review board+ settlement panels: Save time, money,+ headaches, *Contract Management Magazine*, (2006) 38-43.
- [7] Z. Ren, G. Anumba, O. Ugwu, *Construction claims management: towards an agent-based approach*, Engineering, Construction and Architectural Management, (2001).
- [8] F.A. Pena-Mora, C.E. Sosa, D.S. McCone, *Introduction to construction dispute resolution*, (2003).
- [9] J.R. Cheeks, Multistep dispute resolution in design and construction industry, *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, 129(2) (2003) 84-91.
- [10] N. Rose, Boom and recovery: Understanding the Middle East construction market, in, 2009.
- [11] J. Axel-Volkmar, H. Gotz-Sebastian, *FIDIC: A guide for practitioners*, Berlin: Springer, (2010).
- [12] H. Ajdari, N.A. Almasi, E.I. Pour, Comparative study of moral damage in Iranian and Egyptian law, (2018).
- [13] A. Souiri, M. Jafari, A comparative study of violation

- [28] A. Khairi Jebur, S.M.M. Qabuli Dorafshan , A. Ansari, Effect of violating the contractual obligations in emergence of the avoidance: A comparative study of Iranian law and some Islamic and western legal systems, (2018). (in Persian)
- [29] M.A. Nouri, Translation of Egyptian civil code, GanjeDanesh publications, (2014). (in Persian)
- [30] K. Abdollah, M.R. Falah, A. Tavallaei, The Jurisprudential and Legal Foundations of the Theory of Judicial Modification of Contracts in the Legal System of Iran and Egypt, (2018).
- contracts: A comparative study between the Egyptian civil code and the FIDIC conditions of contract, Faculty of Engineering, Cairo University, 2010. (in Persian)
- [25] E. Esmaili Herisi, Commentary on construction contracts laws, agreement and general conditions, (2008). (in Persian)
- [26] M.H. Samadi Ahari, Loss of profit Cannot be claimed, (2007).
- [27] H. Soltaninezhad, Specific Performance and its Barriers in Islamic Jurisprudence and Different Legal Systems, (2017).

چگونه به این مقاله ارجاع دهیم

N. Bagherian Marandi, M. Ravanshadnia, M. R. Akbarzadeh-T, Evaluating the FIDIC's termination for convenience clause in General Conditions under common law in Iranian civil law system for Construction Contracts, Amirkabir J. Civil Eng., 55(3) (2023) 603-618.

DOI: 10.22060/ceej.2023.19087.7063



