

چشم انداز نظام حقوقی ایران در تعدیل قراردادهای مقاطعه کاری و پیمانکاری با فیدیک

یعقوب شیخانی پور

دانش آموخته ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم و تحقیقات خوزستان، خوزستان، ایران.

چکیده

این مقاله با هدف دستیابی به چشم انداز نظام حقوقی ایران در تعدیل قراردادهای مقاطعه کاری و پیمانکاری و تحلیل شاخص های آن با قرار داد نمونه فیدیک می باشد. روش تحقیق با مطالعات کتابخانه ای و بصورت توصیفی و تحلیلی انجام گرفته است. نوسان های شدید قیمت ها در شرایط کنونی، می تواند موجب مخدوش شدن تعادل عوضین قرارداد، به خصوص در قراردادهای با اجرای طولانی مدت، نظیر قراردادهای پیمانکاری شود. یکی از روش های به حد معقول رساندن خطر ناشی از هزینه های پیش بینی نشده نشأت گرفته از نوسان قیمت در مواد اولیه و نیروی انسانی، طراحی نظام تعدیل قیمت قرارداد است. در حقوق ایران، در پیمان های عمومی، شرایط عمومی پیمان مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری دولتی قرار گرفته است که نمونه خارجی آن، قراردادهای نمونه صادره از فیدیک است. یافته های پژوهش بیانگر این است که مهمترین مبنای شرط تعدیل مقاطعه کاری و پیمانکاری در حقوق ایران و قراردادهای نمونه ی فیدیک، اصل آزادی قراردادی و نظریه ی عدالت معوضی بود. پیمان های عمومی در حقوق ایران با هدف حفظ و تامین منافع اجتماعی است و دولت با صدور بخشنامه هایی مختلف تعدیل را محاسبه کرده و در تلاش برای برقراری عدالت اقتصادی است. نتایج بیانگر این است که؛ از بین انواع تعدیل قراردادی، روش شرط شاخص یا فرمول تعدیل را در حقوق ایران پذیرفته ایم. شرط تعدیل قیمت در قراردادهای نمونه فیدیک کامل تابع توافق و خواست مشترک طرفین است. در پیمان های عمومی در ایران، دولت به عنوان رکن نظارتی، دخالت مستقیمی بر روند اجرای این دسته از قراردادها دارد که تحلیل ماهیت و مبنای تعدیل در شرایط عمومی پیمان محل اختلاف است.

واژگان کلیدی: تعدیل، قرارداد، مقاطعه کاری، پیمانکار، فیدیک

مقدمه

روابط قراردادی یکی از مهم‌ترین موضوعات مورد مطالعه‌ای است که در نظام حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد. از میان این نوع قراردادها، قراردادهای پیمان یکی از مهم‌ترین و پرتعدادترین قراردادهای مربوط به بخش دولتی و مؤسسات عمومی است که از قراردادهای بخش خصوصی و قراردادهای کار متمایز است. سروکار داشتن با امور پیمانکاری و پرداختن به آن در دنیای امروز اعم از آن که پیمان عنوان تولیدی، تدارکاتی، خدماتی و... داشته باشند نیازمند تخصص و مهارت فراوان است، در رویارویی با مسائل پیچیده فنی، خطرات مالی و قبول مسئولیت‌ها، احاطه خاصی لازم است تا در پرتو آن پیوندهای قراردادی ایجاد و رهبری شود.

درخصوص قراردادهای مستمر و مدت‌دار، هرگاه شرایط و اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد قرارداد به‌طور اساسی متحول گردد و در نتیجه‌ی این تحول، ادامه‌ی اجرای تعهد برای متعهد فوق‌العاده سنگین و دشوار گردد و مستلزم صرف هزینه گزاف و نامتعارف شود و تعادل قراردادی و موازنه‌ی تعهدات دو طرف را شدیداً برهم زند، تعدیل قرارداد به‌عنوان راهکاری برای حفظ و برقراری تعادل از دست‌رفته نخستین قرارداد پذیرفته شده است.

اصطلاح تعدیل قرارداد بر مبنای اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض یا معوض است. این تغییر، کاستن یا افزایش در مقدار آن دو را نیز شامل می‌شود. این تغییر و اصلاح یا مستند به توافق طرفین است یا مستند به قانون. در این میان قرارداد مقاطعه‌کاری که به موجب آن کارفرما، انجام عملی با شرایط معین و در برابر وجه معین، در مدت مشخص را به شخص حقیقی یا حقوقی به نام مقاطعه‌کار (پیمانکار) واگذار می‌کند، جزو قراردادهای مستمر و مدت‌دار تلقی می‌شود که مطابق قوانین و مقررات خاص شامل تعدیل در قرارداد در شرایط ویژه می‌گردد.

قرارداد پیمان آمیزه‌ای است از مسائل پیچیده فنی، مسائل مالی و اقتصادی، مسائل حقوقی و ده‌ها موضوع دیگر که هرکدام به‌نوبه خود از اهمیت فراوان برخوردار می‌باشند. با انعقاد یک قرارداد پیمانکاری حقوق و تکالیفی ایجاد می‌شود که دامنه آن از طرفین قرارداد فراتر رفته و آن‌جا که دولت یک طرف قرارداد باشد صحبت از منافع جامعه می‌شود و گاهی سیاست نیز وارد میدان می‌شود و تنها صورتی از یک قرارداد نمایانگر می‌شود.

در واقع می‌توان چنین بیان نمود که نوسان‌های شدید قیمت‌ها می‌تواند موجب مخدوش شدن تعادل عوضین قرارداد، به‌خصوص در قراردادهای با اجرای طولانی‌مدت، نظیر قراردادهای پیمانکاری شود. یکی از روش‌های به حد معقول رساندن خطر ناشی از هزینه‌های پیش‌بینی‌نشده نشأت گرفته از نوسان قیمت در مواد اولیه و نیروی انسانی، طراحی نظام تعدیل قیمت قرارداد است. در حقوق ایران، در پیمان‌های عمومی شرایط عمومی پیمان مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری دولتی قرار گرفته است که نمونه خارجی آن، قراردادهای نمونه صادره از فیدیک است. با توجه به اینکه پیش‌بینی شرط تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان به شرایط اختصاصی آن در توافق و اداره مشترک طرفین واگذار شده است و از طرف دیگر، چگونگی و کم و کیف آن به این خاطر که دولت به‌عنوان کارفرما بر تمام روند اجرای قرارداد نظارت دارد و وظیفه حمایت از منافع و مصالح عمومی را بر عهده دارد تابع بخشنامه‌های صادره از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است، تشخیص ماهیت تعدیل و اینکه از چه نوعی است، محل بحث و بررسی در این تحقیق قرار گرفته است اما این در حالی است که شرط تعدیل قیمت در قراردادهای نمونه فیدیک کامل تابع توافق و خواست مشترک طرفین است. در واقع مسئله اصلی در این تحقیق را باید چنین

بیان نمود که با توجه به اینکه در پیمان‌های عمومی در ایران، دولت به‌عنوان رکن نظارتی، دخالت مستقیمی بر روند اجرای این دسته از قراردادها دارد، تحلیل ماهیت و مبنای تعدیل در شرایط عمومی پیمان محل اختلاف است و اساساً مبنای و آثار تعدیل در قرارداد مقاطعه‌کاری و پیمانکاری در حقوق ایران و قرارداد نمونه چگونه است؟ و ما در این تحقیق بر آنیم تا مبنای و آثار شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان را بررسی کرده و آن را با قراردادهای نمونه (فیدیک) مورد بررسی تطبیقی قرار دهیم.

۱- مفهوم شناسی

۱-۱- مقاطعه‌کار (پیمانکار)

مقاطععه‌کار کسی است که ضمن عقد قرارداد یا پیمان یا صورت‌مجلس مناقصه، انجام‌دادن هرگونه عمل و یا فروش کالایی را با شرایط مندرج در قرارداد یا پیمان یا صورت‌مجلس مناقصه در قبال فرد یا بها و به مدت معین تعهد نماید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۳۵۴) مقاطعه در لغت به‌معنای پیمانکاری، کنتراتی، مقاطعه‌چی آمده است و به کسی می‌گویند که انجام‌دادن کاری را در مقابل مبلغی از پول تعهد کند. مفهوم لغوی مقاطعه‌کار در فرهنگ معین این‌گونه آمده است: «مقاطععه‌کار» در لغت به‌معنای کسی است که انجام‌دادن کاری را در برابر پول معینی بر عهده بگیرد و آن را مترادف با «پیمانکار» دانسته‌اند. (معین، ۱۳۸۶: ۴۱۰)

مقاطععه‌کاری در اصطلاح مالیات بر درآمد آن است که کسی ضمن عقد قرارداد کتبی متعهد شود تا بنایی را بسازد یا تحویل کالایی را انجام دهد در مقابل میزان معینی از پول و مزد. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۰۰) در تعریف اصطلاحی مقاطعه‌کار در ماده‌ی ۱ قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی و مستغلات و حق تمیر مصوب ۱۳۵۵/۱/۱۶ آمده است که این واژه ترادف با واژه پیمانکار دارد و یعنی کسی که ضمن عقد قرارداد یا پیمان یا صورت‌مجلس مناقصه، انجام هرگونه عمل و یا فروش کالایی را با شرایط مندرج در قرارداد یا پیمان یا صورت‌مجلس مناقصه در مقابل مزد یا بها و به مدت معین تعهد نماید. (بنی یعقوب، ۱۳۷۹: ۷۴) در ماده‌ی ۷ شرایط عمومی پیمان در تعریف اصطلاحی پیمانکار گفته شده: آن که شغل او تعهد به فعل ساختمان، بنا، راه، و یا هر عملی که بتوان به‌نوعی به پیمانکار واگذار کرد و یا حمل‌ونقل کالا به‌صورت عمده باشد. در عبارت دیگر شخص حقوقی است که سوی دیگر امضاکنندگان پیمان است و اجرای موضوع پیمان را براساس اسناد و مدارک پنهان به‌عهده گرفته است. پیمانکار به شخص یا مؤسسه‌ای اطلاق می‌شود که مسئولیت انجام خدمات طراحی تفصیلی و اجرایی (طراحی مهندسی یا مهندسی فرآیند)، تهیه و تأمین کالا و تجهیزات، عملیات اجرایی، نصب و راه‌اندازی و مدیریت انجام این فعالیت‌ها را در یک پروژه به‌عهده دارد (تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲ از قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲).

۱-۲- قرارداد مقاطعه کاری (پیمانکاری)

معنای لغوی قرارداد مقاطعه کاری به معنای قرارداد پیمانکاری است که قراردادی است که به موجب آن پیمانکار در قبال دریافت وجهی معین، اجرای موضوع پیمان را در مقابل کارفرما تعهد می نماید. (بنی یعقوب، ۱۳۷۰: ۷۴) قرارداد پیمانکاری در قانون شرایط عمومی پیمان و آیین نامه‌ی تضمین برای معاملات دولتی مصوب هیئت وزیران این طور تعریف شده است: بر طبق ماده ۲ شرایط عمومی پیمان قرارداد مقاطعه کاری با موافقت نامه آورده شده است: «موافقت نامه سندی است که مشخصات اصلی پیمان مانند مشخصات دو طرف، موضوع، مدت پیمان و مبلغ در آن بیان شده است.»

قرارداد پیمان کاری عبارت است از مقاطعه، یعنی تعهد بر انجام کاری برای دولت یا شخصی در برابر اجرت به موجب قرارداد در صورت مجلس مناقصه. (بشیری، ۱۳۹۸: ۳۵) در آیین نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب (۱۳۸۱/۳/۲۶) هیئت وزیران، تعریفی از قرارداد مقاطعه کاری به صورت خاص نشده است اما هدف از تصویب این قانون کمک به قراردادهای خدمات مشاوره، امور تحقیقاتی، امور پیمانکاری، مدیریت طرح، ساخت تجهیزات و نصب به تنهایی یا به صورت مجموعه‌ای از دو یا چند مورد از آن‌ها می باشد.

قرارداد پیمانکاری قراردادی است که موضوع آن مشخصاً ساختن یک دارایی نظیر سد و کشتی یا ترکیبی از چند دارایی نظیر پالایشگاه و قطعات پیچیده‌ی ماشین آلات است که از لحاظ طرح، تکنولوژی، کاربری، هدف و استفاده نهایی کاملاً به هم پیوسته یا وابسته اند. (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۴: ۵) «مقاطعه کاری یا پیمانکاری» قراردادی است که به موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان های عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام مقاطعه کار واگذار می کنند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل و یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد (ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۹).

طبق این ماده می توان پیمانکاری را به سه نوع تقسیم کرد:

الف) پیمانکاری ساختمان و پل و راه سازی و تأسیسات دیگر

ب) پیمانکاری حمل و نقل مانند نفرات یا محمولات نفتی

ج) پیمانکاری فروش یا تهیه و تدارک کالا

در تمامی تعاریف بالا به نوعی قرارداد مقاطعه کاری را تعریف کردیم اما به نظر می رسد تعریف جامع تر این باشد که: «قرارداد پیمانکاری، رابطه‌ی بین پیمانکار و کارفرماست که منشأ تعهد و التزام برای طرفین است و می تواند شامل هر نوع کاری مثل ساختن و احداث و یا خراب کردن یک دارایی، خدمات مهندسی و مشاوره‌ای، خرید و فروش یک کالا و یا هر نوع کاری که بتوان به نوعی به شخص دیگری واگذار کرد تا در مقابل انجام آن طبق شرایط عمومی پیمان عمل نماید. وقتی به قوانین کشورهای مختلف که مربوط به حقوق خصوصی است نگاه می کنیم اثری از مقاطعه کار (پیمانکار) و قراردادی به نام قرارداد پیمانکاری به چشم نمی خورد. (رئیس محمدیان، ۱۳۸۰: ۲)

ثالثاً قرارداد بین دستگاه اجرایی و شرکت پیمانکاری براساس شرایط عمومی پیمان و دفترچه پیمان که بر مبنای آیین نامه استانداردهای اجرایی طرح های عمرانی موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ تهیه شده، تنظیم شود. همانطور که از تعریف بالا مشخص است، مشخص ترین تفاوت این نوع از قراردادها با قراردادهای پیمانکاری خصوصی انعقاد شده بین

اشخاص این است که اولاً دو طرف این قراردادها در آماده‌سازی بخش عمده مفاد قرارداد و تعیین آثار آن نقشی ندارند و به عبارت دیگر، نه تنها پیمانکار با قرارداد از پیش تنظیم‌شده روبرو است، بلکه خود دستگاه اجرایی مربوطه هم به جز مواردی که شخصاً به نفع دولت باشد یا نوع و مقتضای کار ایجاب کند؛ قادر به تغییر مفاد آن نیست. ثالثاً این قراردادها در مواردی از قواعد حاکم بر حقوق مدنی پیروی نکرده و تابع مقررات خاص حقوق عمومی است. (اسماعیلی هریس، ۱۳۸۴: ۹) از تعریف لغوی و اصطلاحی پیمان و قرارداد پیمانکاری دولتی که بگذریم، آن‌چه در این مبحث اهمیت دارد، شناخت ماهیت حقوقی این‌گونه از قراردادهاست؛ به همین منظور به تعاریفی نیز اشاره می‌کنیم که در دفترچه شرایط عمومی پیمان و قوانین و آیین‌نامه‌های پراکنده در این زمینه وجود دارد. علت مراجعه به این دفترچه و قوانین پراکنده‌ای که در زمینه پیمانکاری مطرح است این می‌باشد که آن‌چه در این نوشته مورد لحاظ قرار می‌گیرد پیمانکاری دولتی است. از آنجایی که این قراردادها بیشتر موارد با حقوق و منافع عمومی جامعه ارتباط مستقیم دارند، عموماً از نظر حقوق اداری مورد بررسی قرار می‌گیرند. بر این اساس در این پژوهش هم این دیدگاه مد نظر قرار داده شده است که بر اساس دفترچه‌ی شرایط عمومی پیمان (مصوب سال ۱۳۷۸ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی و قوانین و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های دیگری که وجود دارد) این بررسی انجام شده است. هرچند که دیدگاهی که بر اساس حقوق اداری بررسی می‌شود امکان تلفیق با حقوق خصوصی هم دارد. (رئیس محمدیان، ۱۳۸۰: ۳).

۱-۳- تعدیل

تعدیل در لغت در معنای دو چیز را با هم مساوی کردن، هم‌وزن کردن، برابر کردن، معتدل کردن، تقسیم از روی عدالت، پارسا داشتن، اصلاح یا بهبود آمده است. (آریان پورکاشانی، ۱۳۸۶: ۳۴) کلمه‌ی تعدیل بر این لغت که از ریشه‌ی عدل در باب تفعیل گرفته شده است در معنای اقامه کردن است. تعدیل در معنای اصطلاحی خودش هم به دور از معنای لغوی‌اش نیست. در تعریف کلی از تعدیل می‌توان گفت با اینکه زمانی که به اصل حاکمیت اراده و نتایج آن نگاه می‌کنیم و در نتایج آن پایبندی و احترام به مفاد قرارداد مشاهده می‌شود، هیچ‌کس نه طرفین قرارداد و نه قانون‌گذار و نه دادرس نمی‌تواند آن‌چه که دو طرف قرارداد در مفاد آن گفته شده را تغییر بدهند اما در مواقعی عوامل مختلفی مثل لزوم رعایت حسن نیت، لزوم اجرای عدالت، ایجاد تعامل اقتصادی بین عوضین، پرهیز از فریب اعتقاد دیگران ایجاب می‌کند تا مفاد عقد با توجه به ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی و خواست مشترک طرفین تغییر یابد، در همین راستا روش «تعدیل قرارداد» به عنوان راهکار و ابزاری در جهت اصلاح کردن در مفاد قراردادی و گاهی تجدیدنظر کلی در مفاد قراردادی که توازن مالی آن بهم خورده عمل می‌کند و از این طریق اوضاع طرفین قرارداد را به شرایط قبل از وقوع حادثه برمی‌گرداند. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۴۷) مضاف بر اینکه دو طرف قرارداد می‌توانند در هنگام منعقد کردن قرارداد پیش‌بینی‌های لازم را راجع به مشکلات و موانعی که در آینده پیش می‌آید به عمل آورند و نحوه تغییر مفاد قرارداد و تعدیل را معین کنند می‌توانند شروط ضمن عقد را نیز در تعهد بگنجانند و مفاد تعهد را طوری تعیین کنند تا در صورت وقوع حوادث آینده و یا بالا رفتن تورم و کاهش ارزش پول بتوانند حوادث پیش‌آمده را خنثی کنند و باعث ایجاد تناسب بین مفاد قرارداد شوند. مثلاً در ضمن قرارداد شرط شود که به جای پول و در قبال اجرای قرارداد اجناسی مانند طلا یا گندم پرداخت شود. یا اینکه شرط کنند عوض را به صورت پول خارجی یا معادل ارزش کالایی

معین مثلاً ارزش سکه طلا در زمان اجرای تعهد یا معادل ارزش یک خدمت معین مانند کمترین دستمزد یک کارگر پرداخت شود.

در تعاملات تجاری بین‌المللی شروط بیشتری در مورد لحاظ و کلا می‌باشد (مانند شرط تنزل «relegation condition» یا تعادل، مشکل متحمل شده «hard ship» و مذاکره مجدد «renegotiation» و غیره) تا وظایف قراردادی را برای چنین موقعیت‌هایی مشخص نمایند.

به‌صورت کلی شروطی نفوذ حقوقی دارند که به‌منظور پرهیز از کاهش ارزش پول و تعدیل خودبه‌خودی قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرند و با قوانین ارزی و تجارت خارجی برخوردی ندارند. چه تعهدات ناظر بر پرداخت سکه‌ها و طلا یا معادل قیمت آن طلا باشد یا کالا و خدمات و ارزشهای خارجی البته نافذ بودن این شروط و به‌تبع این قراردادها توسط حقوق‌دان‌ها و محاکم خارجی مورد بحث قرار گرفته است. زیرا بعضی از حقوق‌دانان این توافق‌ها را موجب از بین رفتن اعتقاد نسبت به اعتبار ملی و همچنین مخالف با رواج اجباری اسکناس می‌دانند. شروط تعدیل‌کننده شامل تعدیل قضایی، نظریه حادثه پیش‌بینی نشده، نظریه غبن حادث، نظریه استفاده بلاجهت و سوء استفاده از حق، نظریه رفتار خلاف حسن نیت، نظریه دگرگونی طبیعت تعهد و قاعده تسلیط بیان شده است

برای تعدیل قضایی تعاریف متعددی آمده است که توسط حقوق‌دانان ارایه شده است. در تعریف این تعدیل آمده است: اگر قانونگذار، به موجب یک حکم کلی و به عنوان یک قاعده به قاضی اجازه تجدید نظر در قراردادی که تعادل آن بر اثر یک حادثه غیر قابل پیش‌بینی به هم خورده است را بدهد، این نوع از بازبینی را می‌توان تعدیل قضایی محسوب نمود. تعریف دکتر بیگدلی از تعدیل قضایی عبارت است از اینکه، قاضی به استناد حکمی کلی که در قانون آمده و به او چنین اختیاری داده و یا با استنباط از مواد مختلف قانونی یا قواعد حقوقی پذیرفته شده مفاد قرارداد منعقد بین افراد را پس از از نابرابر شدن تعهدات آنها در اثر حوادث غیر قابل پیش‌بینی مورد بازبینی و تغییر قرار دهد. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۵۱)

البته این نکته حائز اهمیت است که همانگونه که قانونگذار باید از مداخله در حریم اراده طرفین پرهیز و به خواست آنان احترام گذارد قاضی نیز می‌بایست به اراده طرفین احترام گذاشته و خواست آنان را اجرا نماید و قوه الزام آور عقد بر قاضی نیز تحمیل می‌گردد و نمی‌شود به بهانه عدالت و انصاف، قرارداد و تعهدات طرفین را مخدوش کرد. (اکبری و فلاحیان، ۱۴۰۱: ۴۳)

۱-۴- فیدیک^۱

فیدیک نهاد بین‌المللی است که با آوردن نام آن بسیاری از پیمانکاران و مهندسان و مدیران به یاد مفاهیمی مانند قراردادهای پیمانکاری و شرایط حقوقی می‌افتند. لغت فدراسیون در فرهنگ سیاسی و روابط بین‌الملل شخصیتی تشکل از هم‌پیمان شدن چند کشور می‌باشد که در امور داخلی خود، خودگردان و مختار هستند اما در امور خارجی زیر نظر فدراسیون فعالیت می‌کنند. ریشه این لغت هم از واژه‌ی لاتین *foedus* به معنای عهد و پیمان می‌باشد. با این توصیف می‌تواند فیدیک را نهادی

¹ FIDIC

بین‌المللی متشکل از انجمن‌های ملی مهندسان مشاور دانست که در امور داخلی و مالی، خودمختار و در روابط بین‌المللی تحت نظارت فیدیک فعالیت می‌کنند. (بهشتی‌پور، ۱۴۰۰: ۲۱۱)

مهندس مشاور مجموعه حقیقی یا حقوقی از کارشناسانی هستند که می‌توانند در زمینه‌های ساخت و سازه طراحی تأسیسات ساختمانی و طراحی تأسیسات صنعتی و برنامه‌ریزی، اجرا و نظارت بر تأسیسات صنعتی به‌طور تخصصی فعالیت کنند. مهندس مشاور در حرفه‌ی مشخصی در زمینه‌ی حوزه‌های صنعت و ساخت‌وساز است که خدمات مهندسی و علمی را به بخش خصوصی و دولتی ارائه می‌دهد. خدمات اصلی یک مهندس مشاور به‌عنوان کسب و کار اصلی‌اش که مهندسی است، طراحی که اصلی‌ترین سرویس‌کاری‌اش است، مطالعه بررسی محیط، نظارت بر عملکرد ساخت‌وساز، مشاوره و بازرسی در زمینه‌ی ساخت‌وساز و همکاری فنی است. (فاضل، ۱۳۸۹: ۱۲۳)

اگر بخواهیم نگاه کلی داشته باشیم تمامی فارغ‌التحصیلان مهندسی را که دارای مدرک معتبر از یکی از سازمان‌های آکادمیک در هر رشته‌ی مهندسی داشته باشند و خدمات ذکر شده در بالا را ارائه دهند، یک مهندس مشاور محسوب می‌شوند. این رشته در بسیاری از کشورها نه به‌عنوان یک حرفه بلکه به‌عنوان یک صنعت کلیدی تبدیل شده است. (حمزه، ۱۴۰۱: ۴) با استناد به نمونه قراردادهای فیدیک قیمت قراردادی که توسط کارفرما به پیمانکار پرداخت می‌شود، در زمان اجرای قرارداد ثابت نیست و هر مبلغی که به استناد به بند ۱ از ماده‌ی ۱۴ به‌عنوان مبلغ قرارداد تعیین می‌شود و مورد توافق قرار می‌گیرد، قابل تعدیل است.

مفهوم اصطلاحی تعدیل در فیدیک را می‌توانیم در ماده‌ی ۷۰ شرایط عمومی فیدیک اشاره کنیم که بیان می‌دارد: «قیمت قرارداد متناسب با افزایش یا کاهش هزینه‌های نیروی کار، مواد و سایر مواردی که بر هزینه‌های اجرایی کار مؤثر است تعدیل پیدا می‌کند به شرط تعدیل قیمت در قراردادها رانوعاً در قراردادهایی می‌بینیم که مدت آن‌ها بیش از یک سال است. و آن‌هم به‌خاطر تغییرات عمده‌ای است که در هزینه‌های مربوط به عرضه‌ی مواد و مصالح ایجاد می‌شود و به‌همین دلیل قیمت قرارداد تعدیل می‌گردد. اما در قراردادهای کوتاه‌مدت مثل قراردادهای خرید کالا و خدمات شرط تعدیل وجود ندارد و قیمت در آن‌ها ثابت است و همچنین برای آن دسته از قراردادهای مالی است که محدوده‌ی مالی قیمت قرارداد در آن یک زمان به زمان دیگر رو به افزایش است. پس اگر ارزش اموال در آن قرارداد کم باشد شرط ثبات قیمت پیش‌بینی می‌شود.

سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و مصوباتی که می‌دهد در حکم معاهده نیست و جنبه‌ی الزام‌آور ندارد. از طرف دیگر اصولاً مواد شرایط عمومی فیدیک را می‌توان در شرایط خصوصی بدون هیچ محدودیتی حذف کرد و یا اصلاح کرد. با استناد به بند ۸ ماده ۱۱۳ از کتاب قرمز تعدیل قیمت در قراردادها چه از نظر پیش‌بینی خود شرط و چه از لحاظ تعیین قلمرو و کیفیت و چگونگی آن تابع توافق و اراده طرفین است و با تعدیل قانونی و قضایی نباید اشتباه گرفته شود. (بهشتی‌پور، ۱۴۰۰: ۲۰۵)

در سایر نظام‌های حقوقی دنیا و در معنای عام کلمه‌ی تعدیل شامل نوسانات در قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی و همچنین شامل تغییراتی که در پروژه اصلی توسط کارفرما ایجاد می‌شود، است یعنی به آن پرداخت اضافی از مبلغ پایه قرارداد که بابت افزایش در مقایسه کار به پیمانکار تعلق می‌گیرد هم تعدیل قرارداد می‌گویند.

این در حالی است که همان‌طور که در ابتدای بحث اشاره شد تعدیل از نظر فیدیک افزایش یا کاهش در دستمزد نیروی انسانی و قیمت مواد اولیه است و تعدیل به تغییرات در مقدار کاری که توسط پیمانکار در زمان اجرای قرارداد انجام می‌گیرد و از طرف کارفرما درخواست می‌شود تعلق نمی‌گیرد.

الف: فیدیک و اهداف و اصول آن

فیدیک یا فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، سازمانی بین‌المللی است که اقدام به ارائه خدمات و دستورالعمل‌های متنوع بین‌المللی برای قراردادهای پیمانکاری و مهندسی می‌نماید. فیدیک حاصل نتیجه‌ی مذاکرات کشورهای بلژیک، دانمارک، فرانسه، آلمان، هلند، ایالات متحده‌ی آمریکا، اتریش، مجارستان، کانادا، روسیه و انگلستان در نمایشگاه جهانی در گنت بود که در رابطه با تشکیل یک فدراسیون جهانی برای مهندسين مشاور به آن پرداخته شد.

فیدیک با هدف تقویت جایگاه مهندسان مشاور و همچنین ترویج و توسعه مهندسی مشاوره به صورت جهانی و پایدار اقدام به ارائه خدمات می‌کند. این اصول شامل ارتقاء کیفیت، ترویج صداقت و اخلاق و مسئولیت‌های اجتماعی و ترویج تعهد به توسعه پایدار و غیره است.

فیدیک جهت فرهنگسازی و پیشبرد اهداف خود، فعالیت‌های خود را در بخش‌های مختلفی تقسیم‌بندی کرده است. این فعالیت‌ها عبارتند از :

-برگزاری رویدادها؛

-ایجاد آژانس‌های بین‌المللی؛

-آموزش؛

-توسعه ارتباطات؛

-انتشارات و غیره

فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور فیدیک با سابقه بالغ بر ۱۷۰ سال در تمام دنیا به عنوان شایسته‌ترین مرجع تدوین‌کننده فرمت انواع قراردادها و موافقتنامه‌های تخصصی به منظور اجرای خدمات طراحی، مهندسی، تامین تجهیزات، پیمانکاری ساختمانی، تاسیسات مکانیکی و برقی در صنایع مختلف مبنی بر ماهیت پروژه و توزیع عادلانه ریسک با رعایت منافع حداکثر ذینفعان و حداقل تعارضات کارفرمایان، پیمانکاران و مشاوران شناخته می‌شود. (حمزه، ۱۴۰۱: ۱۱).

۱-۵- پیمانکاری

واژه پیمانکاری یک واژه ترکیبی است که از لحاظ لغوی پیمانکاری. [پ / پِ] (حامص مرکب) عمل پیمانکار. مقاطعه. پدراچی گری. تعهد کردن انجام دادن کاری یا ساختن بنایی در قبال پول معینی بدون محاسبه ارقام جزء سود و زیان و یا سنجش نفع و ضرر ریز کالا یا مصالح بنائی و جز آن. (نوبین، ۱۳۸۶: ۱)

پیمانکار (Contractor) شخصی حقیقی یا حقوقی است که با کارفرما وارد قرارداد می‌شود. به موجب این قرارداد، پیمانکار متعهد به اجرای عملی یک پروژه خواهد بود؛ به عنوان مثال، یک پروژه ساختمانی را در نظر بگیرید؛ زمانی که کارفرما و

پیمانکار با هم قرارداد همکاری امضا می‌کنند، پیمانکار موظف به اجرای صفر تا صد عملیات پروژه ساختمانی است. (اشرفی، ۱۳۸۷: ۲۰) وظایف کلی پیمانکاران در پروژه‌های مختلف عبارت است از:

دریافت و تفسیر مشخصات کار از کارفرما

برنامه‌ریزی و مدیریت پروژه

استخدام نیرو برای تیم و مدیریت آن‌ها

تامین منابع موردنیاز پروژه

نظارت بر پیشرفت پروژه و اطمینان از انجام کار طبق توافق‌ها در متن قرارداد پیمانکاری

تحويل به‌موقع و باکیفیت پروژه با بودجه تعیین‌شده (آریان پور، ۱۳۸۸: ۵۲۸) مالکیت دو یا چند نفر نسبت به یک ملک که طبق قرارداد هر یک از مالکان مدت زمان خاصی در سال حق استفاده از آن را خواهند داشت. (بنی یعقوب، ۱۳۷۹: ۱۷۹) برخی از حقوقدانان واژه پیمانکاری را با مالکیت موقت سهیم شدن زمانی مترادف دانستند. (احمدزاده، ۱۳۷۹: ۲) پیمانکاری در اصطلاح حقوقی همانگونه که بیان شد در حقوق ایران تعابیر زیادی پیدا کرده است. در مفاهیم پیمانکاری و بیع زمانی عموماً بیشتر به کار می‌رود. در فرهنگ‌های حقوقی موجود به زبان انگلیسی هم پیمانکاری در مفاهیم مختلفی به کار رفته است برخی نویسندگان پیمانکاری را در مفهوم مالکیت شراکتی سهم بندی شده آورده‌اند. (Collins concise, 2000: 1236) برخی دیگر به معنای تقسیم متناوب زمانی محل سکونت همراه با مالکیت همزمان آن بیان داشته‌اند. (Brayan A, 1938: 1995) که به موجب آن شخص با پرداخت مبلغی به مدیریت پیمانکاری حق استفاده از محل و امکانات رفاهی را برای مدت معینی در هر سال تحصیل می‌نماید.

برخی از آنها در معامله با هم معاوضه می‌شوند و این کار به سرمایه‌گذار اجازه می‌دهد تا به منظور به دست آوردن تعطیلات متفاوت آن را مورد استفاده قرار دهند همچنین در تعریف دیگری آمده است که پیمانکاری تقسیم مالکیت در یک مکان مشترک تفریحی بر اساس زمان است مثلاً یک هفته در هر سال که ۵۲/۱ سهم خواهد بود. (Steward, 2001:39) به طور کلی پیمانکاری حقی است که به موجب آن افراد حق استفاده از یک مال به عنوان مثال اقامتگاه تفریحی را بین خود تقسیم کنند و در یک زمان خاصی از آن بهره‌مند شوند به عنوان مثال اگر افراد مدت استفاده از یک ماه در سال را برای خود انتخاب کرده باشند، این اقامتگاه در واقع حداکثر به ۱۲ نفر فروخته خواهد شد، چرا که هر سال شامل ۱۲ ماه می‌باشد و شخصی که مثلاً حق اقامت استفاده مرداد ماه را خریداری کرده باشد تنها می‌تواند از منافع آن در همان ماه بهره جوید و نسبت به بقیه ماه‌های سال هیچگونه حقی ندارد. (امیرمحمدی و ودیعی، ۱۳۹۷: ۲)

۲- آثار تعدیل قرارداد مقاطعه کاری و پیمانکاری

آثار تعدیل قرارداد به چه دلیل در یک قرارداد علی‌رغم اصول حاکمیت اراده و ثبات قراردادها طرفین و یا قانون و دادرسی اقدام به تعدیل و اصلاح آن قرارداد می‌نمایند، چه آثاری دارد؟ این پرسش اساسی است که در این قسمت در پی پاسخ به آن تنظیم شده است.

۲-۱- تلفیق اصل حاکمیت اراده با مصالح و منافع اجتماعی

طبیعت ساده انسان‌ها حکم می‌کند که به روابط حقوقی و قراردادهای فی‌مابین باید احترام گذارده شود. وفای به عقود به عنوان اصلی پایدار در عالم حقوق پذیرفته شده است و در مقابل پیمان شکنی سخت مورد بی‌اعتمادی قرار می‌گیرد و روابط قراردادی آنها همیشه مورد تردید است. این است که اصالة اللزوم در قراردادها شکل گرفته است، به این معنی که اصل و قاعده در قراردادها این است که آنها از چنان استواری و استحکامی برخوردار هستند که اراده یکی از طرفین نمی‌تواند آنها را بشکند و اگر در قرارداد بخصوصی شک کردیم که لازم است یا جایز تا در این صورت بتوانیم آن را به هم بزنیم بر طبق همین اصل حکم به لزوم استحکام آن می‌گردد؛ مگر اینکه دلیل خاصی بر جایز بودن آن ارائه گردد. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ اصل لزوم قراردادها را سرلوحه و مبنا قرار داده است و بیان می‌دارد: "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود." در این ماده متعاقدين به پیروی از مفاد قرارداد ملزم شده‌اند، اما در مواردی که طرفین توافق کنند که قرارداد را به هم بزنند و بر آن هیچ اثری مترتب نکنند یا اینکه قانون به جهتی خاص مثلاً حق خیار به یکی از طرفین اجازه فسخ می‌دهد این الزام وجود ندارد. (زینتی و وزیر، ۱۳۸۷: ۵۵)

عقلاً هنگامی که اقدام بر انعقاد قراردادی می‌نمایند و با یکدیگر پیمانی را امضا می‌کنند بنا و روش آنها این است که به آن التزام ناشی از این قرارداد پایبند باشند. و اگر یک طرف اقدام به نقض این قرارداد بکند، مورد نکوهش عقلاً و عرف قرار می‌گیرد. در اکثر کشورهای جهان بروز شرایط اقتصادی نوین ناشی از انقلاب صنعتی و گسترش روابط اقتصادی و افزایش گرایش‌های اجتماعی اندیشمندان و حقوقدانان جامعه را به این حقیقت متوجه ساخت که قرارداد یک پدیده کاملاً خصوصی و در اختیار طرفین آن نیست؛ به گونه‌ای که طرفین هرگونه که مایل باشند مبادرت به تنظیم شرایط آن نمایند و قصد مشترک طرفین نمی‌تواند و نباید به عنوان عامل انحصاری انعقاد قرارداد و تعیین شرایط آن تلقی شود، زیرا قرارداد نیز پیش از آنکه یک پدیده خصوصی باشد یک پدیده اجتماعی بوده و بر روابط اقتصادی اجتماع نیز تاثیر مستقیم و غیرقابل انکار دارد. بنابراین هر قراردادی می‌بایست تا آنجایی اعتبار داشته باشد که مصالح اجتماعی را در خطر قرار ندهد و جامعه را برای دفاع از خود و حفظ مصالح و منافع خود در برابر کسانی که از اصل حاکمیت اراده سوء استفاده کرده و با تحمیل خواسته‌های نامشروع خود در روابط اقتصادی به طرف ضعیف به ارکان و مصالح اجتماع لطمه وارد می‌کنند بایستی به وسایل مقتضی سدی در مقابل حاکمیت نامحدود اراده افراد که منجر به اهداف نامشروع آن می‌شود ایجاد کند واقعیت‌های جامعه و وجود عوامل انحصاری تولید و تکنولوژی صنعتی در اختیار عده‌قلیلی از صاحبان سرمایه که بر حسب تمایل خود نرخ اجناس و مایحتاج ضروری مردم را در کنترل داشته و با کنترل تولید و توزیع کالاها مردم را در وضعیتی مستاصل قرار می‌دادند این فکر را تقویت کرد که آزادی مطلق اراده در روابط اقتصادی معینی و نادیده گرفتن مصالح و منافع اجتماعی و سپردن عنان اقتصاد جامعه به دست صاحبان سرمایه جهت سودجویی و چپاول بیشتر مردم در نهایت به خارج شدن کنترل اقتصاد اجتماعی منجر خواهد شد. از طرفی فواید نظام قراردادی را نیز در روابط اقتصادی غیرقابل انکار می‌نمود، نادیده گرفتن مطلق اراده اشخاص و سپردن کلیه فعالیت‌های اقتصادی به دست دولت و توزیع ثروت در قالب اقتصادی دولتی نیز خسارات غیر قابل جبرانی از ابعاد مختلف به اقتصاد جامعه وارد می‌کرد و علی‌الاصول دولت‌ها نمی‌توانستند نقش توزیع ثروت و انجام کلیه فعالیت‌های اقتصادی را خود به عهده بگیرند و از مردم به طور کلی سلب اختیار کنند بنابراین در اغلب کشورها این فکر به وجود آمد که: (میرهادی تفرشی، ۱۳۹۶: ۴۵)

اولاً اراده مشترک و قصد طرفین در انعقاد قراردادها و تهیه و تنظیم شرایط آن معتبر تلقی گردد ثانیاً از مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه برای تعدیل و محدود کردن قانون قراردادها استفاده شود؛ به عبارت دیگر اراده اشخاص در انعقاد قراردادها و ایجاد تعهدات و حقوق آنها تا جایی محترم شمرده می‌شود که با مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی نداشته باشد. و بدین منظور برای جلوگیری از سوء استفاده اشخاص از اصل آزادی قراردادی مقررات آمره‌ای وضع گردیده و موانع حکومت اراده مشترک در جهت حفظ مصالح اجتماعی گسترش یافت. این تمهیدات موجب گردید تا حدود زیادی از انعقاد قراردادهای ظالمانه و یک طرفه توسط کارفرمایان و صاحبان حرف و صنایع جلوگیری به عمل آید و در شکل‌های کامل‌تر موانع نفوذ اراده طرفین به عنوان عامل به وجود آورنده قرارداد خود قرارداد نیز به طور مستقل از اراده طرفین به عنوان یک پدیده اجتماعی که پس از به وجود آمدن به حیات اجتماعی خود بدون نیاز به اراده به وجود آورندگان آن ادامه می‌دهد شناخته شد. از این جهت در مقام تفسیر قرارداد نیز بر اساس همین دیدگاه این تلقی به وجود آمد که تفسیر قرارداد بایستی فقط بر اساس قصد و اراده مشترک طرفین آن صورت گیرد زیرا قرارداد یک پدیده اجتماعی و مستقل از اراده طرفین آنست بنابراین در تفسیر و اجرای آن نیز محکمه بایستی از عدالت و عرف و انصاف و حسن نیت و قصد نوعی طرفین الهام گیرد و بی‌جهت فقط به دنبال قصد شخصی و اراده احتمالی طرفین قرارداد نگردد.

ایرادات فراوانی بر اینکه قصد مشترک طرفین به عنوان تنها معیار تفسیر شناخته شود وارد گردیده است ، (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲) از جمله موردی است که طرفین قرارداد نسبت به موضوعی سکوت کرده باشند یا غفلاً متذکر نشده باشند و در جریان اجرای مفاد قرارداد و به دنبال بروز حوادث و بحران‌های غیر منتظره‌ای به این نکات پیش بینی نشده برخورد نمایند. در چنین حالتی استناد به قصد مشترک امری صوری و بیهوده و دور از واقعیت است چرا که اساس موضوع متنازع فیه در حین انعقاد قرارداد به ذهن هیچ یک از طرفین خطور نکرده است و چیزی که هنگام عقد مورد قصد طرفین قرار نگرفته است چگونه قابل استناد به قصد مشترک آنهاست؛ به عبارت دیگر در چنین فردی قصدی وجود نداشته تا احراز گردد و چنانچه هر یک از طرفین قصد خاصی نسبت به موضوع مورد اختلاف داشت یقیناً به گونه‌ای که به نفع او باشد در قرارداد ذکر می‌کرد.

ایراد دیگری که به قصد مشترک به عنوان تنها عامل تقصیر وارد شده است این است که در مواردی که قرارداد یا قسمت‌هایی از آن مبهم و احتمال حمل معانی متعددی بر آن می‌رود، انتساب یکی از معانی محتمل به قصد مشترک چگونه امکان‌پذیر است زیرا آنچه مسلم است در چنین حالتی ممکن است فرض شود که هر یک از طرفین به معنایی می‌اندیشند که به نفع اوست و به همین جهت بر عقد رضایت داده است. بنابراین انتساب یکی از معانی محتمل به نفع یک طرف و به ضد طرف دیگر به عنوان قصد مشترک دور از واقعیت خواهد بود. نتیجتاً در چنین مواردی واقعیت این است که قاضی با بررسی قرارداد و اوضاع و احوال و قرائن و امارات موجود، قرارداد را عملاً به گونه‌ای که خود عادلانه و متعارف می‌بیند تفسیر می‌کند. در این جهت مفاد مقررات امری، تکمیلی، عرف ، حسن نیت و انصاف ابزار و عواملی هستند که قاضی برای صدور حکم خود از آن استفاده می‌کند. در اینجا که دیگر نمی‌توان گفت قرارداد یک قانون خصوصی میان طرفین آن است بلکه قرارداد به عنوان یک پدیده اجتماعی مطرح می‌شود که مستقل از اراده طرفین آن وجود دارد و وسیله‌ای برای حفظ مصالح اجتماعی خواهد بود.

(زینتی و وزیری، ۱۳۸۷: ۵۸)

۲-۲- اصل ثبات قراردادها و ضرورت رعایت عدالت

استحکام قرارداد لازمه پیدایش روح اعتقاد در روابط حقوقی مردم و پایه برقراری نظم در جامعه است. بنابراین ضروری است که مفاد قرارداد الزام آور و از استقرار و استحکام کافی برخوردار باشد، به طوری که نه تنها یکی از دو طرف به تنهایی نتواند آنچه را که از اراده مشترکشان بر آن واقع شده است تغییر دهد، بلکه قانونگذار یا قاضی نیز حق تعدیل آن را نداشته باشد. این امر یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده و تابعیت قرارداد از قصد مشترک دو طرف عقد بوده و خود در حال حاضر به عنوان یک اصل مورد احترام می‌باشد.

جهان امروز عصر ارتباطات نوین بشری است. در عرصه اقتصاد و معاهدات بین ملت‌ها و کشورها تحولاتی ژرف پدید آمده است. گستره تعاملات بشر تا بدانجا پیش رفته است که سازمان‌هایی جهانی بدین منظور تشکیل شده و ارگان‌های بسیاری وظیفه اطلاع رسانی را برای تسهیل بیشتر معاملات به عهده گرفته‌اند. اما از حیث حقوقی و قوانین مورد نیاز ظهور پدیده‌های جدید ایجاب می‌کند که راه حل‌های متناسب با آن ارائه گردد و رمز و راز ماندگاری حقوق هم در همین است که همگام با نیازهای بشری هماهنگ حرکت نماید و با تکیه بر اصول ماندگار به نیازهای جدید پاسخگو باشد. در همین عرصه اصولی چون اصل ثبات یا استحکام قراردادها که در فقه اسلامی از آن تعبیر به قاعده و یا اصل لزوم در معاملات می‌شود همچنان با همان استحکام به قوت خویش باقی است و شاید عمده دلیل این ثبات و پایداری ابتدائی آن به بنای عقلی باشد که مورد امضای شرع هم قرار گرفته است. اما در عین حال در حقوق معاصر این بخش پیش آمده‌است که آیا اصل لزوم و استحکام قراردادها حتی در صورت تغییر اوضاع و احوال در قراردادها نیز به حال خویش باقی است؟

یا اینکه در صورت عدم پیش بینی در متن قرارداد با تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد موجب خواهد گردید که حکم به تعدیل یا اصلاح قرارداد گردد به نحوی که قرارداد با شرایط جدید تطبیق گردد؟

همین امر دلیل طرح مباحثی در حوزه قراردادها و تعهدات گردیده است. اینکه سابقه و تاریخچه این مباحث از چه زمانی می‌باشد، باید گفت اصل رعایت حق و توجه به آن در همه مناسبات حقوقی از دیرباز در قوانین و حقوق و ادیان الهی و حقوق رم مورد عنایت جدی بوده است. هم اکنون به دلیل گسترش تجارت در عرصه جهانی توسط شرکت‌های خصوصی و دولتی و همچنین اشخاص حقوقی و حقیقی و وجود تعهدات فراوان در متن قراردادها و پدید آمدن شرایط خاص در جهان به واسطه جنگ انقلاب‌ها بحران‌های سیاسی و اقتصادی بسان آنچه که در سال‌های گذشته در شرق آسیا یا اخیراً پدید آمده است این بحث از جایگاه ویژه‌ای برخوردار گردیده است.

اصل آزادی قراردادها به عنوان قاعده در حقوق اروپایی پذیرفته شده و فقهای امامیه نیز در بحث شرط آن را به عنوان یک قاعده مورد پذیرش قرار داده‌اند. از جمله غلط‌های مشهور در تاریخ حقوق ما این است که می‌گویند ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق مدنی فرانسه گرفته شده است و فرهنگ بومی ایران اصل مزبور را در قراردادها نمی‌شناخته است.

اما به نظر می‌رسد این دیدگاه صحیح نمی‌باشد؛ چرا که فقهای امامیه از قدیم الایام بر این نکته پافشاری نموده‌اند. منتها آن را در قالب عقد صلح که آن را سیدالعقود نیز نامیده‌اند مطرح کرده‌اند. ذیلاً جمله‌ای از مولف کتاب جامع الشتات می‌آوریم که به قول برخی از حقوقدانان نسخه ثانی ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲۴). میرزای قمی صاحب جامع

الشتات در خصوص معاوضه و دلیل آن در کتاب مزبورچنان بیان می‌دارد: "جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل، براءة ذمه و اباحه است. عدم ورود منع، کافی است در جواز..." (قمی، ۱۳۷۱: ۲۵۳)

و یا به عنوان مثال جمله "المؤمنون علی شروطهم" مفاد خبری است که فقها به عنوان قاعده به کار می‌برند و در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مفهوم آن به کار گرفته شده است.

یکی از نتایج اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده استقرار و استحکام قرارداد است که خود نیز به عنوان یک اصل مورد توجه می‌باشد اعتبار این اصل را نیز می‌توان با توجه به مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ قانون مدنی و مواد دیگر آن به خوبی دریافت. ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است...»

و ماده ۲۳۰ همان قانون مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را بیشتر یا کمتر از آنچه اعلام شده است محکوم نماید.»

با وجود این نباید چنین پنداشت که مفاد عقد هیچگاه تغییر نمی‌کند و همچنان دست نخورده باقی می‌ماند بلکه باید گفت اصل آزادی قراردادهای به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است و در هر جا که از این وسیله نتوان استفاده مطلوب و منطبق با حسن نیت را برد قانون آن را محدود می‌نماید.

حسن نیت بر تعهدات ناشی از عقود سایه انداخته و در مواقع مقتضی در صورت بروز اختلاف بین متعاقدين بر مفاد عقد که تعهد و شرایط آن است حکومت می‌کند. ذکر این نکته بی‌فایده نخواهد بود که در قوانین بعضی از کشورها به لزوم داشتن حسن نیت در اجرای قراردادهای تصریح شده است. از جمله ماده ۱۷۳۲ قانون مدنی اتیوپی که مقرر می‌دارد: «عقود باید به مقیاس حسن نیت تفسیر شوند.» امروزه شاهد کاهش تدریجی اعتبار قاعده الزام آور بودن مفاد قرارداد به طور مطلق هستیم و رفته رفته با افکاری برخورد می‌کنیم که به دادگاه اختیار می‌دهند که در صورت وقوع حوادث پیش‌بینی نشده‌ای که منجر به کاهش فاحش ارزش پول گردد و یا تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان عقد که موجب ضرر و زیان فاحش متعهد گردد، مفاد قرارداد را تعطیل نموده و تعهد مدیون را متناسب با اوضاع و احوال اقتصادی بنماید.

بنابراین در مورد تعدیل قرارداد به ویژه زمانی که قرارداد توسط دادرس تعدیل شود، یعنی دادرس بتواند مفاد قرارداد را تغییر بدهد با دومی مسئله مواجه می‌شویم که جای بحث فراوان داشته و نظریه‌های حقوقی بسیاری درباره آن ارائه شده است و آن عبارت است از تعارض بین دو مصلحت یعنی اصل ثبات و امنیت قراردادهای با عدالت و انصاف که در اینجا به بحث در خصوص این دو مصلحت و چگونگی حل تعارض می‌پردازیم.

از یک طرف مصلحت حفظ ثبات و امنیت قراردادهای ایجاب می‌نماید که طرفین قرارداد به تعهدات خود پایبند باشند و به آن احترام بگذارند و دگرگونی شرایط نتواند به قانونی که خود به وجود آورده‌اند صدمه بزند. دلیل این امر نیز روشن است، زیرا ثبات و امنیت قرارداد، حقوق اشخاص و جو اعتماد به یکدیگر را که رکن اساسی در تجارت است تضمین و تقویت می‌نماید. بنابراین حفظ این اصل از نظر علمی حائز اهمیت فوق العاده‌ای است. چه در غیر این صورت موجبات هرج و مرج و رکود بازار و اقتصاد یکایک کشورهای جهان فراهم می‌آید. بنابراین به خاطر همین مصلحت است که در بعضی از جوامع از جمله ایران «اصل وفای به عهد» ریشه مذهبی نیز دارد.

از سوی دیگر، انسان و عدالت حکم می‌کند که قانون خودساخته طرفین در حیطه پیش‌بینی‌ها اجرا شود و نتواند شرایطی ناعادلانه را به متعهد تحمیل کند (لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام). از سوی منافع جامعه مقتضی آن است که قراردادهای

خصوصی، به هیچ بهانه‌ای جز تراضی مجدد طرفین قابلیت تغییر نداشته باشند و از سوی دیگر، عدالت و انصاف حکم می‌کند که اجازه داده نشود طرف قرارداد به قیمت مشقت و سختی فراوان طرف دیگر، بلکه گاه فقرو فلاکت وی به سود غیر منتظره و بادآورده‌ای دست یابد. پس این نکته حائز اهمیت فراوان است که با بررسی‌های دقیق راه حلی یافته شود که ضمن سازگاری با مبانی حقوقی کشور و رعایت مصالح قراردادی، بی‌عدالتی ناشی از اوضاع و احوال استثنایی خارجی را نیز از بین ببرد. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۷)

البته باید گفت نسبی بودن جوهر عدالت و ضرورت‌های زندگی اقتصادی و اجتماعی نوین این مصلحت را نیز شکننده و انعطاف پذیر ساخته است. چه اینکه حفظ ثبات اقتصادی مدیون باعث ناپایداری وضع طرف دیگر می‌شود و او را که به قرارداد منعقدۀ اعتماد کرده و بر آن مبنا طرح روابط اقتصادی خود را با دیگران ریخته است دچار تزلزل می‌کند. بدین جهت نمی‌توان حد و مرز دقیقی برای عدالت و انصاف قائل شد.

سیاست اقتصادی دولت و دخالت او در امر اقتصاد و کاهش بی‌رویه ارزش پول نیز باعث به وجود آمدن بسیاری از نابسامانی‌های اقتصادی می‌شود و به دنبال آن روابط افراد در زمینه قراردادها و تعهداتشان دچار مشکل می‌نماید. بنابراین باید گفت در زمان کنونی عوامل مختلف اختیاری و اجباری ممکن است باعث تغییر در متن اصلی قرار داد و ایجاب تناسب بین آنها و خواسته‌های جدید طرفین یا ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی گردد و بدین علت است که گفته‌اند در حقوق کنونی «اراده در خدمت است و نه اینکه حقوق کارگزار اراده باشد.»

لذا باید سیاستی را برگزید که دو مصلحت اساسی را به گونه‌ای جمع کند که (الجمع مهما اولی من الطرح) از یک طرف قاضی نتواند آنچه را خود منصفانه می‌پندارد، جایگزین مفاد قرارداد نماید و به خواست مشترک طرفین بی‌اعتنا بماند و از طرف دیگر اجرای کامل قرارداد نیز ما را از نتایج دور از انتظار و ناعادلانه آن غافل نسازد. یکی از حقوقدانان دو طریق را در حقوق ما برای جبران ضرری که در جریان اجرای عقد به طور غیر منتظره و پیش‌بینی نشده روی می‌دهد ارائه نموده است؛

۱. تحلیل اراده مشترک و تفسیر روح حاکم بر قرارداد (شرط ضمنی)

۲. گسترش نظریه غبن برای جبران تعادل برهم خورده است.

۲-۳- آثار تعدیل قرارداد در حقوق ایران

در خصوص آثار تعدیل قرارداد در حقوق ایران با توجه به اینکه در قانون مدنی که قانون مادر در حوزه روابط خصوصی افراد با یکدیگر می‌باشد قواعد عمومی قراردادها هم به صورت مستقل در قسمت دوم باب اول و هم در قالب عقد بیع که اقتباس از فقه دارد مورد بررسی قرار گرفته است. در اینجا به بررسی آثار تعدیل قرارداد با توجه به ظرفیت قانون مدنی در باب مربوط به قواعد عمومی قراردادها تحت عنوان سقوط تعهدات و همچنین تکمیل تعهد با توجه به اینکه انجام تعهد موجب تعدیل مجدداً به جریان می‌افتد می‌پردازیم.

الف: ایفای تعهد

یکی از آثار که به موجب تعدیل قرارداد متصور است سقوط تعهد به واسطه ایفای آن می‌باشد هرچند که عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که ایفای تعهد منجر به سقوط تعهد نمی‌شود بلکه در واقع غایت نهایی از عقد که همان انجام تعهد توسط متعهد می‌باشد محقق می‌گردد و اما آنچه باید به آن توجه شود این است که در واقع با تعدیل متعهد قدرت این را پیدا می‌کند که بتواند با توجه به ظرفیت‌ها و اوضاع و احوال حاکم به عقد به ایفای تعهد یا تعهدات خود بپردازد. حال خواه این ایفای تعهد را از جانب متعهد را سقوط تلقی کنیم و خواه انجام تعهد. در تعدیل قرارداد دامنه تغییراتی که به وجود می‌آید تنها به برخی اوصاف و شرایط محدود بوده و امکان تحویل موضوع اصلی باقی است. (فخارطوسی، ۱۳۹۶: ۹۶)

ب: تکمیل قرارداد

یکی دیگر از آثاری که برای تعدیل عقد می‌توان در نظر داشت تکمیل قرارداد به واسطه ایفای تعهد از ناحیه متعهد می‌باشد در اینجا لازم است در خصوص ماهیت تکمیل قرارداد نیز توضیح مختصری داده شود: دو طرف معامله می‌توانند مفاد قرارداد را به طور کامل معین کنند تعیین راه حل‌های قراردادی ممکن است صریح باشد یا ضمنی ولی در هر حال آنچه طرفین خواسته‌اند و به گونه‌ای در عقد آورده‌اند بر هر تفسیر و عواملی که برای تکمیل قرارداد پیش بینی شده مقدم است با وجود این دو طرف الزامی در پیش بینی همه مسائل جزئی ندارند و در نکته‌های اصلی معامله توافق کنند و آنچه می‌ماند به نظام حقوقی واگذارند. (ایزائلو، ۱۳۹۷: ۸۹)

ماده ۳۳۹ قانون مدنی درباره بیع که نمونه بارز عقد معوض است اعلام می‌کند: پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد وی به ایجاب و قبول واقع می‌شود یعنی کافی است دو طرف درباره مقدار و جنس و وصف مبیع و میزان بهای آن تراضی کنند تا عقد وی واقع شود. نقد و نسیه بودن ثمن و تعیین محل تسلیم و ضمان معاوضی و سایر مسائل را حقوق خود معین می‌کند.

طبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در عقد تصریح شده است ملزوم می‌کنند بلکه متعاملین به کلیه نتایجی که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود هم ملزم هستند. تبیین این نتایج به عهده نظام حقوقی است. این امر (تبیین نتایج عرفی و قانونی عقد) را تکمیل قرارداد می‌نامند. به عنوان مثال ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه انصاف را نیز از عوامل تکمیل کننده عقد شمرده است و در ماده ۱۱۳۴ نیز دستور می‌دهد که عقد باید با حسن نیت اجرا شود ولی قانون مدنی ما از این عوامل نام نبرده است. پس تکمیل قرارداد قطع نظر از مواردی که به اراده ضمنی دو طرف منسوب می‌شود به نام دو عامل انجام می‌شود ۱- قانون ۲- عرف و عادت. هر چند فرق این مورد با تعدیل بسیار روشن است زیرا تکمیل قرارداد نوعی تفسیر عقد شمرده می‌شود در حالی که تعدیل نظری به تفسیر قرارداد نداشته و هدف آن اصلاح و ایجاد تغییر مناسب در عقد است اما با توجه به تأثیری که تعدیل در عقد دارد و اینکه در واقع محرکی است که اجرای قرارداد را مجدداً به جریان می‌اندازد تا در نهایت منجر به ایفای تعهد گردد که به تبع آن تکمیل قرارداد را نیز در بر خواهد داشت می‌توان گفت که یکی از آثار تعدیل قرارداد در واقع تکمیل آن قرارداد می‌باشد.

۳-فیدیک و تعدیل قراردادها

۳-۱-ویژگی‌های قرارداد فیدیک

در این قسمت ویژگی‌های قرارداد فیدیک بررسی می‌شود.

۳-۱-۱-تعامل در ریسک

اختصاص ریسک‌ها در قراردادهای فیدیک به طرفین به صورت مصنفانه و منطقی است. وظایف و حقوق طرفین قرارداد نیز از تعادل خاصی برخوردار است و یکجانبه نیست. تعادل بین طرفین حقوقی و امکان‌پذیری منطبق با اصول حقوقی عرفی و مدنی وجود دارد.

۳-۱-۲-پذیرفته شده

این تیپ قراردادهای شناخته شده و به صورت گسترده در سراسر جهان برای پروژه‌های صنعتی به کار گرفته می‌شود. بانک جهانی و بانک‌های توسعه با نهادهای مالی جهت دادن اعتبار و وام استفاده از چنین قراردادهای را لازم می‌دانند. شرایط این قراردادها در مراکز مهم داوری و دادگاه‌ها کاملاً شناخته شده است و فرآیند رسیدگی به دعاوی را تسهیل می‌کند.

۳-۱-۳-موثر و شفاف

شفاف بودن متون، به کارگیری یکسری واژه‌ی خاص و استفاده از واژگان حقوقی و فنی که در تمام قراردادهای مدل تکرار شده است استفاده از آنها را آسان می‌سازد. البته، متون این قراردادهای تیپ با ادبیات خاصی نگاشته شده است. فیدیک جایگزینی واژگان را مجاز نمی‌داند.

۳-۱-۴-جایگزینی بندها

بندهای یک قرارداد را به سادگی می‌توان با بند تیپ دیگر جایگزین نمود. البته انجام این کار مهارت خاصی می‌خواهد چرا که شرایط بند جایگزین شده، بایستی با شرایط بندهای دیگر پیش‌نویس منطبق باشد.

۳-۱-۵-دارا بودن راهنمای قراردادها

راهنمای استفاده از سه قراردادهای مدل زیر تهیه و منتشر شده که در آن به تشریح و توضیح بندهای آن می‌پردازد و قبل از استفاده از پیش‌نویس‌های مزبور لازم است که از توصیه‌های ارائه شده در راهنما مطلع شد و آنها را به کار گرفت:

الف) شرایط قرارداد برای ساخت و ساز

ب) شرایط و قرارداد ساخت کارخانه و طراحی

ج) شرایط قرارداد EPC/ کلید در دست

۳-۶-۱- انتشارات

قراردادهای مدل فیدیک بر طبق انواع گوناگونی که دارد بسته به موضوع قرارداد و طرفین ذی ربط مدل آن تعیین می شود. این قراردادهای مدل نیز با رنگ های مختلف مشخص و منتشر می شوند.

۳-۲-۲- آثار قراردادهای نمونه فیدیک

۳-۲-۱- تسهیم ریسک طرفین

یکی از مهمترین آثار قرارداد فیدیک، مشخص و شفاف بودن حدود وظایف و مسئولیت ها و امتیازات است که باعث تسهیم ریسک طرفین می شود. برای تعیین این عوامل، انتخاب و تنظیم قرارداد مناسب با توجه به خواسته های کارفرما و انتظارات پیمانکاری می تواند شفافیت را در پی داشته باشد و ادعاهای بعدی را به حداقل برساند. برای همین قراردادهای همسان مختلفی در کشور ما و همچنین در کشورهای دیگر تنظیم شده است که برخی از آنها رسمی بین المللی و برخی دیگر به طور غیررسمی بین المللی شناخته می شوند. قراردادهای فیدیک از نمونه قراردادهایی هستند که به صورت قراردادهای بین المللی رسمی وجود دارد. (شاکری، حاجیا، نقوی مطلق، ۱۳۹۳: ۱۷).

۳-۲-۲- موثر در زمینه حل اختلاف

روش های حل و فصل اختلافات با توجه به رویکرد غیرقضایی آن می تواند نسبت به حل سریع و کاهش هزینه ها در رسیدگی به اختلاف کمک شایایی نماید. روش های حل اختلاف به عنوان جایگزین مناسبی در برابر تشریفات انعطاف ناپذیر قضایی در محاکم مالی می باشد. به کارگیری شیوه های نوین هیئت های حل اختلاف در نمونه قراردادهای فیدیک می تواند در حل و فصل سریع اختلافات موثر باشد. زیرا علم کافی هیئت های اختلاف و حضور مستمر آنها از ابتدای پروژه به عنوان شیوه جدید حل اختلاف نتیجه ی خوبی حاصل کرده است. انواع متفاوتی از روش های جایگزین حل اختلاف فرآیند حل اختلاف فیدیک وجود دارد که می تواند یکی از موارد باشد: میانجیگری، سازش، رسیدگی کوتاه، ارزیابی بی طرفانه، داوری، حقیقت یابی، مذاکره. (مشهدی، مهری، ۱۴۰۰: ۳۲).

۳-۲-۳- آثار فیدیک (ساخت)

کتاب قرمز جدید فیدیک یکی از کتاب های اصلی در رنگین کمان فیدیک است، راجع به شرایط قرارداد ساخت و ساز برای کارهای ساختمان و مهندسی طراحی شده توسط کارفرما است. این کتاب به عنوان فیدیک (ساخت) شناخته می شود. فیدیک (ساخت) این حق را برای کارفرما فراهم می کند که قرارداد را بنا بر مصلحت خود به پایان برساند بدون اینکه مشکلی از طرف پیمانکار باشد یعنی کارفرما. ممکن است در صورت مواجهه با مشکلات، مایل به تکیه بر روی هیچ یک از روش های دیگری فسخ ناشی از یک مشکل نباشد. بند ۵ و ۱۵ فیدیک (ساخت) چنین حق فسخی را فراهم می کند و یکی از آثار قراردادهای نمونه ی فیدیک است. (حق قانونی کارفرمایان برای فسخ). (دنیاپیما، ۱۳۹۳: ۱۳۰) طبق بند ۵ و ۱۵ کارفرما حق دارد در هر زمان که مصلحت بداند قرارداد را فسخ کند. این کار با اطلاع رسانی در مورد فسخ به پیمانکار انجام می شود 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. با فسخ طبق فیدیک (ساخت) اثر دیگری از این قرارداد به دنبال می‌آید، پیمانکار موظف است مطابق بند ۳ و ۱۶ عمل کند. این بند توقف کار و خارج کردن تجهیزات پیمانکار را شامل می‌شود. جایی که پیمانکار موظف است همه‌ی 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. در ادامه‌ی آن مدارک پیمانکار، تجهیزات، مصالح یا کارهای دیگری را که بابت آنها به پیمانکار پرداخت شده است و مصالحی را که برای اجرای پیمان، به وسیله‌ی پیمانکار به کارگاه وارد شده است تحویل دهد و همه‌ی کالاهای دیگر به استثنای آنچه از نظر ایمنی ضروری است، به خارج کارگاه انتقال دهد 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 را طبق بند ۶ و ۱۹ فیدیک (ساخت). مطابق خود را دریافت کند که شامل حق دریافت ضرر (عدم‌النفع) نمی‌شود. (باقریان مرندي، روانشادنيا، اکبرزاده، ۶۰۵:۱۴۰۲).

۳-۳-۳ اشکال استاندارد جدید قرارداد (رنگین کمان فیدیک)

در سپتامبر ۱۹۹۹ فیدیک مجموعه‌ای از 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.

۳-۳-۱-۳ کتاب قرمز فیدیک

شرایط پیمان و ساخت و اجرا (سه عاملی) برای ساخت و اجرای کارهایی توصیه می‌شود که توسط کارفرما یا نماینده وی، یعنی مهندس مشاور، طراحی و انجام شده است. در این قراردادها پیمانکار طرح را مطابق پیمان اجرا می‌کند. درواقع شرایط قرارداد ساخت و ساز برای کارهای ساختمانی و مهندسی طراحی شده توسط کارفرما است که جایگزین کتاب قرمز سنتی شده است.

۳-۳-۲-۳ کتاب زرد فیدیک

شرایط پیمان طرح و اجرا است که در این نوع پیمان پیمانکار طبق خواسته‌های کارفرما پروژه را طراحی و اجرا می‌کند. 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.

۳-۳-۳ کتاب نقره‌ای فیدیک

این کتاب برای پروژه‌های مهندسی، تدارکات، ساخت یا کلید در دست است. این یک قرارداد جدید فیدیک است. شرایط پیمان (EPS کلید در دست)، این پیمان در پروژه‌هایی به کار می‌رود که قطعیت بالایی در زمینه مدت و قیمت نهایی پروژه مد نظر باشد. پیمانکار در این پیمان مسئولیت کامل طراحی و اجرای پروژه را برعهده دارد.

۳-۳-۴- کتاب سفید فیدیک

نمونه موافقتنامه، خدمات کارفرما مشاور، این کتاب نمونه‌ای از فرم قراردادهای خدمات فنی و مهندسی فیدیک است و جهت ارائه خدمات سه عاملی (کارفرما، مهندس مشاور و پیمانکار) به کار گرفته می‌شود و در اغلب مشارکت‌های مالی بانک‌های جهانی در سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی زیرساخت‌های اقتصادی نظیر جاده‌ها، راه‌آهن، فرودگاه‌ها، سدسازی و پروژه‌های نفتی و صنعتی کاربرد دارد.

۳-۳-۵- کتاب سبز فیدیک

فرم کوتاه قرارداد، جهت ارائه خدمات انواع امور مهندسی و ساختمانی با ارزش سرمایه‌ای نسبتاً کم توصیه می‌شود. این شرایط برای کارهای نسبتاً ساده یا کوتاه‌مدت، متناسب ارزیابی می‌شود.

۳-۳-۶- کتاب طلایی فیدیک

در کتاب طلایی فیدیک که تحت عنوان طراحی، اجرا و بهره‌برداری پروژه‌ها ارائه شده است مطالبی در مورد شرایط عمومی طرح و اجرا، شرایط ویژه در این پروژه‌ها و نمونه فرم‌هایی نیز ارائه شده است.

۴- بنیان نظری قراردادها در حقوق ایران و فیدیک

در این قسمت بنیان نظری قراردادها در حقوق ایران و فیدیک مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۴-۱- اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران و فیدیک

۴-۱-۱- اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران

صراحتی راجع به مبانی شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران وجود ندارد و مورد بررسی قرار نگرفته است اما چون تعدیل نرخ پیمان (شرط تعدیل قیمت) تابع شرایط اختصاصی پیمان قرار گرفته است و این در بند (ه) ماده ۲۹ از شرایط عمومی پیمان ذکر شده است و این امر کاملاً به خواسته و اراده‌ی طرفین قرارداد است و تابع توافق متعاقدين است می‌توان اصل آزادی قرارداد را که تبلور آن در ماده ۱۰ قانون مدنی است را به‌عنوان یکی از مبانی شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری نام برد.

با نگاهی به ماده ۱۰ قانون مدنی که نشان‌دهنده‌ی اصل آزادی قراردادی است، به‌نظر می‌رسد که از ماده‌ی ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است. یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده از نظر قانون‌گذار فرانسوی همین ماده است. دو مفهوم دیگر، مهم‌ترین و یا تنها عامل ایجاد قرارداد اراده است. اراده به معنای طلب کردن چیزی است و اصطلاحاً به معنای اختیار کردن یا گزینش یک هدف از میان خواسته‌های متفاوت است. بنابراین اراده‌های صحیح و سالم حق دارند، هر طور که مایل هستند در زمینه‌ی تعهدات و دیون خود توافق انجام دهند، البته این توافق نباید از چارچوب ضوابط اساسی و امری شارع خارج شود و نباید فراتر از آن رود. با تفکر در ماده ۱۰ قانون مدنی که می‌گوید: (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد

کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است) به روشنی متوجهی به رسمیت شناخته شدن قراردادهای خصوصی بین افراد و توسط قانون‌گذار ایران می‌شویم و اینکه توافق اراده‌ی طرفین را رسماً مورد شناسایی قرار داده است و اصل را در قراردادهای، حاکمیت اراده‌ی طرفین شناخته است. اما روشن است که قراردادهای مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی و مخالف قوانین امری به موجب این ماده باطل اعلام شده است و در محدوده‌ی مقررات شرعی، اصل آزادی قراردادی به رسمیت شناخته شده است. علیرغم اینکه ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی را اخذ شده از قانون فرانسه می‌دانیم اما نمی‌توان منکر پیشینه مبنای فقهی آن شد.

۴-۱-۲- اصل آزادی قراردادی در فیدیک

علاوه بر نظام حقوقی داخلی که در آن اصل آزادی قراردادی مبنای الزام‌آور بودن شروط ضمن قرارداد محسوب می‌شود، در سطح جهانی و به عنوان قاعده‌ی کلی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. این اصل به عنوان مبنایی ایجاد و توسعه‌ی تعاملات اقتصادی در اکثر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است.

همانطور که در قراردادهایی نظیر قراردادهای پیمانکاری مبنای الزام‌آور بودن شروط و مفاد قرارداد مانند شرط تعدیل قیمت وجود دارد در قرارداد فیدیک نیز این جریان در واقع همان خواست و اراده‌ی مشترک طرفین قرارداد است. ظهور و بروز این اصل با ظهور مکتب لیبرالیزم در غرب اتفاق افتاد. به این صورت که طرفین در تصمیم‌گیری درباره‌ی منعقد کردن و یا منعقد نکردن قرارداد آزاد باشند. همچنین این آزادی راجع به تنظیم شرایط قرارداد وجود دارد و دولت‌ها باید به این آزادی احترام بگذارند و نظارت را تا حداقل ممکن کاهش دهند، اما آزادی قراردادی به صورت طبیعی میزان محدودیت‌هایی دارد که یکی از آن‌ها مخالفت قرارداد با نظم عمومی است که با این وجود حتی در حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی، حداقل محدودیت‌ها را داریم. مورد دیگر استثنائات بر این اصل، رعایت اصل حسن نیت و معامله منصفانه است، به همین دلیل طرفین با استناد به اصل آزادی قراردادهای امکان این را ندارند حتی اعمال اصل حسن نیت را محدود کنند. از دیگر استثنائات کلی وارد بر این اصل، رعایت موازین و قواعد امری نظام اقتصادی هر کشور است، بنابراین طرفین با توافق خود و با استناد به اصل آزادی نمی‌توانند شروطی برخلاف قواعد امری حاکم بر قرارداد بگذارند. اینکه اصل اجرای با حسن نیت استثنای پذیر نیست می‌تواند نشان‌دهنده‌ی حمایت از منافع طرف ضعیف‌تر مثل پیمانکار، کارگر و مشتری باشد. اگر این طور نباشد نفع دوطرفه که هدف و غایت از انعقاد هر قراردادی است به دست نمی‌آید و طرف دیگر شروطی که مدّ نظر دارد را به طرف ضعیف‌تر تحمیل می‌کند.

۴-۲- نظریه عدالت معوضی در حقوق ایران و فیدیک

نظری که حقوق‌دانان فردگرا، راجع به تغییر از عدالت دارند این است که طرفین در اعمال حقوقی که هر آن‌چه را که اراده‌کنند عادلانه است زیرا همه‌ی افراد سود و زیان خودشان را در این رابطه‌ی معاملاتی در نظر می‌گیرند و کسی متحمل ضرر نمی‌شود، با این استدلال حقوق در مفادی که توسط طرفین تراضی شده است حق دخالت ندارد و باید آن‌را به رسمیت بشناسد. دیدگاهی که حقوق‌دانان فردگرا دارند باعث تأمین عدالت خودبه‌خودی می‌شود و جایی را برای شکایت باقی نمی‌گذارد، این تعبیر از عدالت، عدالت معوضی نامیده می‌شود.

اما مطابق نظریه مکاتب حقوقی اجتماعی فرد زمانی معنا پیدا می‌کند که در داخل گروه و اجتماع است و همین تعلق او به اجتماع او را قابل تصور می‌کند پس حقوق باید در زمینه‌ی گروه‌هایی که فرد در آن قرار دارد تکالیف او را معین کند. بنابراین از نظر این مکاتب، عدالت این‌طور تعریف می‌شود که دولت است که به تقسیم وظایف و تکالیف بین افراد در جامعه می‌پردازد. این وظیفه دولت است که عادلانه در این راه رفتار کند، اما در زمینه‌ی تقسیم مناصب و ثروت‌ها بین افراد اتفاق نظری وجود ندارد. در این زمینه عده‌ای معتقدند که نیازمندی افراد باید مدنظر قرار بگیرد اما عده دیگر اعتقاد به تقسیم به‌صورت تساوی دارند.

۴-۲-۱- عدالت معوضی در حقوق ایران

همان‌طور که در ابتدای بحث تعاریفی ذکر شد، می‌توان گفت که مبنای شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری به‌عنوان مکانیزم و راهکاری برای ثابت نگه‌داشتن تعادل اقتصادی که طرفین مد نظر قرار می‌دهند و تا پایان قرارداد به همان شکل است و برقراری و حمایت از عدالت در این نوع از قراردادها و ایجاد تعادل و توازن بین عوضین تا اتمام پروژه است. اما سؤالی که در این‌جا به‌نظر می‌رسد این است که آیا تنها طرفین وظیفه دارند تا این تعادل را در قرارداد بر عهده بگیرند یا دولت و قانون‌گذار هم دخالتی در این امر و موضوع دارند و نظارت می‌کنند؟ این مهم است که شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان را پیش‌بینی کرده یا نکرده باشند و قراردادی بودن و توافقی بودن شرط تعدیل و چگونگی و قلمرو و محدوده و کیفیت آن بستگی به خواست مشترک طرفین ندارد و دولت نظارت و دخالت خود را اعلام می‌کند. دولت این کار را با اعلام شاخص‌هایی برای محاسبه تعدیل قیمت قرارداد انجام می‌دهد. بنابراین نمی‌توان قائل به نظریه عدالت معوضی به‌صورت بدون شرط و مطلق بود.

از طرفی ما شاهد اجتماعی‌شدن چهره‌ی قراردادها هستیم و دیگر نمی‌توان تأمین و حفظ منافع و آزادی‌های فرد را به‌تنهایی ملاک دانست و هیچ دولتی نمی‌تواند فقط وظیفه‌اش را به منظم ساختن آزادی‌های فردی محدود کند و قوانین عرضه و تقاضا را برای اجتماع در نظر بگیرد. دولت وظیفه‌ی مصلحت عمومی شامل امنیت ملی، حداقل بهداشت، حداقل رفاه و نظم عمومی هم باید مد نظر قرار دهد. اما این به معنای آن نیست که وجود فرد و محترم شمردن شخصیت و خواسته‌های انسان نادیده گرفته شود. در نتیجه دیگر ما نمی‌توانیم قائل به مطلق بودن عدالت معوضی باشیم و باید این نظریه را تعدیل کرد. به‌نظر می‌رسد باید قائل به تعادل بین نظریه عدالت معوضی و عدالت توزیعی باشیم، چون با توجه به این نظریه توازن و تعادل مالی صرفاً توسط طرفین قرارداد در قرارداد نوشته می‌شود و هیچ نظارت و دخالتی توسط دولت وجود ندارد. در حالی که در خصوص قراردادهای پیمانکاری از آن‌جایی که کارفرما و تأمین‌کننده‌ی سرمایه دولت است، دولت بخشنامه‌های مختلفی صادر می‌کند تا حاکمیت و نظارت همه‌جانبه‌ی خود را اعمال کند و منافع و مصالح اجتماعی را ملاک و مد نظر قرار می‌دهد.

با دیگر نگاه اگر در حقوق ایران به نظریه‌ی عدالت معوضی متکی باشیم و استناد بورزیم برخی از اصول معتبری که وجود دارد مانند خیارات قانونی و قاعده تلف بیع قبل از قبض برای جلوگیری از خلل حقوق متعاملین ایجاد شدند. این در زمانی است که بیع عین معینی است و قبل از تسلیم تلف شود، در این‌جا تنها راه حمایت از حقوق مشتری متضرر و برگرداندن توازن که در زمان انعقاد قرارداد از میان رفته این است که مشتری به این نیت و قصدش را می‌پردازد که مبیع را داشته باشد و حالا چون بعد از پرداخت ثمن مبیع قبل از قبض تلف شده است انفساخ عقد صورت می‌گیرد، یا زمانی که از شرط نتیجه یا شرط صفت

تخلف می‌شود، فسخ عقد تنها راهی است که بتوان تعادل را به عقد برگرداند و یا اگر از شرط فعل تخلف شود، مشروطاً له مخیر است که قرارداد را امساک یا ابقاء کند و ارش را بگیرد و یا به اختیار خود فسخ قرارداد را اعلام کند. این اصول قانونی می‌تواند راهکارهایی برای جبران تعادل از دست‌رفته در زمان انعقاد قرارداد باشد که با توجه به نظریه‌ی عدالت معوضی گفته شد. اما در مواردی در مورد برقراری عدالت معوضی و جبران موازنه‌ی مخدوش با توجه به اصل ابقاء عقود باید قراردادهای را به‌جای اینکه منحل و یا منتفی کنیم، تعدیل و اداره کنیم. به‌عنوان مثال زمانی که حادثی که غیر قابل پیش‌بینی هستند مانند افزایش ناگهانی نرخ دلار اجرای قرارداد را با دشواری مواجه می‌کند، این نظریه تعدیل قراردادی است که به برقراری عدالت معوضی کمک می‌کند.

۴-۲-۲- عدالت معوضی در فیدیک

در شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان در بررسی مبحث عدالت معوضی این‌طور نتیجه گرفته شد که به‌علت دخالت و نظارت دولت در مبحث چگونگی و نحوه محاسبه تعدیل و به‌علت عدم امکان توافق طرفین (خلاف شاخص‌های ارائه‌شده توسط معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی و یا نرخ تورم صادره از بانک مرکزی) متوجه شدیم که عدالت معوضی صرف، مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان نیست. و تنها پیش‌بینی یا عدم پیش‌بینی مبحث عدالت معوضی به توافق طرفین و اراده‌ی مشترک آن‌ها واگذار شده است. در نتیجه باید تعادلی را بین نظریه عدالت معوضی و عدالت توزیعی برقرار کرد زیرا دولت نقش بسیار مهمی در حفظ و برقراری تعادل اقتصادی عوضین ایفا می‌کند. اما در مقایسه، در قراردادهای فیدیک می‌توان از نظریه عدالت معوضی به‌طور مطلق سخن گفت زیرا با بررسی قراردادهای نمونه فیدیک و با نگاه به این نظریه در شرط تعدیل قیمت به‌علت اینکه امکان تغییر، اصلاح و یا حذف مفاد شرایط عمومی پیمان، توسط طرفین وجود دارد و آن‌ها می‌توانند به‌طور کلی با شرایط اختصاصی این کار را انجام دهند و همچنین طرفین می‌توانند خلاف فرمول ارائه‌شده را توافق کنند و مستند این مضمون بند ۸ ماده‌ی ۱۳ از شرایط عمومی فیدیک (کتاب قرمز) است. در نتیجه می‌توان به این نتیجه رسید که برای ایجاد و برقراری تعادل عوضین در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و پروژه‌های خصوصی داخلی تنها طرفین ایفای این وظیفه را بر عهده دارند. بنابراین به‌نظر می‌رسد که بتوان از نظریه عدالت معاوضی به‌طور مطلق در قراردادهای نمونه فیدیک سخن گفت.

۴-۳- تحلیل اقتصادی شرط تعدیل قیمت در حقوق ایران و فیدیک

در دیدگاه تحلیل اقتصادی هنگامی که تغییراتی که نامتعارف هستند ظاهر می‌شوند مانند نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی در واقع جزو خطرات و ریسک‌ها به حساب می‌آیند. این مخاطرات، هم متوجه قرارداد می‌شود و هم پیمانکار را از منطقه امن خود خارج و وارد منطقه خطر می‌کند. او به‌علت اینکه هزینه مواد اولیه و مصالح و دستمزد و نیروی انسانی افزایش یافته، بنابراین کار ساخت‌وساز کاهش پیدا می‌کند و فرآیند مناقصه رقابتی‌تر می‌شود و در مورد فقدان شرط تعدیل در مناقصه، مالک پیشنهاد قیمت جاری را برای مصالح می‌کند، در حالی که پیمانکار به‌علت اینکه امکان افزایش قیمت را

پیش‌بینی می‌کند، قیمت بالاتری را پیشنهاد می‌کند. یکی از شیوه‌های جبران و به حد معقول رساندن این مخاطرات و کاهش مبلغ پیشنهادی پیمانکاری، طراحی مکانیسم تعدیل قیمت قرارداد است.

اگر از روش شرط تعدیل استفاده شود، امکان هماهنگی قیمت قرارداد با قیمت‌های بازار فراهم می‌شود. و قیمتی که به‌دست می‌آید، قیمتی در کوتاه‌مدت صحیح و درست است و دیگر اینکه اگر مکانیزم تعدیل به‌کار گرفته شود، آسیب‌پذیری دوجانبه و نوسانات در قرارداد کاهش پیدا می‌کند. این جریان باعث می‌شود که در انتها مطلوبیت به حداکثر برسد و سودی دوجانبه در قرارداد به‌دست بیاید. به عبارت دیگر با اصلاح یا تغییر قرارداد به‌منظور افزایش مطلوبیت مورد انتظار طرفین، قرارداد سودمندی خواهیم داشت که باید این کار انجام شود و اصلاً قرارداد سودمند قراردادی است که باعث شود مطلوبیت و منافع مورد انتظار طرفین افزایش پیدا کند. حال طرفین قرارداد می‌توانند تصریح کنند که ضمن قرارداد، تعدیل هم وجود دارد. به این صورت که فرمول تعدیل قرارداد یا شرط شاخص را ضمن قرارداد اشاره کند و یا مذاکره مجدد را متعهد شوند و زمانی که قرارداد در حال اجرا است اگر تغییرات نامتعارفی اتفاق افتاد نسبت به تعدیل قرارداد تصمیم بگیرند. یکی از معمولی‌ترین شیوه‌ها از روش‌های شرط تعدیل، همین روش است که اجرایش آسان است و با این روش می‌توانیم ریسک و ضرر در قرارداد را تخصیص بزنیم. از طرف دیگر گاهی ممکن است طرفین در زمان انعقاد قرارداد این شروط را تصریح نکنند و صبر کنند تا ضرر محقق شود. زمانی این اتفاق می‌افتد که قیمت قرارداد از آن حدی که محاسبه شده بود کمتر و یا بیشتر شود. در این حالت طرفین با توافق یکدیگر در خصوص تعیین قیمت جدید مجدداً مذاکره می‌کنند که منجر به اجرای مطلوب دوجانبه می‌شود.

مذاکره مجدد برای تعدیل قیمت قرارداد باعث کاهش خطر می‌شود. این خطرات ناشی از تأخیر در اجرای قرارداد به‌سبب افزایش یا کاهش در هزینه‌های مصلح و نیروی انسانی است. اما این مذاکره مجدد باعث نمی‌شود که خطر به‌طور کلی از بین برود یا تغییرات اساسی داشته باشیم. مذاکره مجدد یک فرآیند هزینه‌بر است و تنها زمانی به اجرای قرارداد منتهی می‌شود که حتماً مطلوب و مورد انتظار دو طرف باشد. لازم به ذکر است، در قراردادهای پیمانکاری دولتی داخل عمدتاً قراردادها مبتنی بر فهرست بها هستند و فقط از طریق شرط شاخص برای تعدیل قیمت قرارداد استفاده می‌شود. این به‌علت آن است که دولت به‌عنوان کارفرما بر قرارداد نظارت دارد و وظیفه برقراری و ایجاد توازن و تعیین چگونگی و کیفیت قلمرو این قراردادها را بر عهده دارد. پس در این شیوه ممکن است مطلوبیت و منفعی که مورد نظر طرفین است را نداشته باشیم و قیمت جدید با قیمت و شرایط روز بازار هماهنگ و منطبق نباشد. اما در حالی این اتفاق صورت می‌گیرد که در نمونه قراردادهای فیدیک به‌علت اینکه وظیفه برقراری تعادل در قرارداد بر عهده طرفین است و عدالت از نوع معوضی است پس می‌توانند از بهترین روش تعدیل استفاده کنند تا با توافق یکدیگر منافع و سود دوجانبه بیشتری را داشته باشند و به کارآمدی اقتصادی برسند.

۵- اختلاف و اشتراکات تعدیل قرارداد مقاطعه کاری در نظام حقوقی ایران و فیدیک

۵-۱- اختلافات

ابتدائاً در این قسمت پیمان عمومی را با فیدیک مقایسه می‌کنیم سپس ماهیت شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در شرایط عمومی پیمان که جزء جدانشدنی قراردادهای پیمانکاری دولتی است را بررسی می‌کنیم. در تدوین این نوع قراردادها

ماهیت شرط تعدیل نقش انکارناپذیری دارد. در نهایت امر مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان و قراردادهای فیدیک و ایران را بررسی خواهیم کرد.

۵-۱-۱- مقایسه پیمان عمومی با فیدیک

در این پژوهش سعی شده است تا تمایز بین ماده‌ها و تبصره‌هایی که در این دو قرارداد وجود دارد روشن شود و به‌صورت جزئی مورد مطالعه قرار گرفته شود. یک‌سری از ماده‌ها مربوط به تحویل کارگاه‌ها، تضمین‌های قراردادی تعریف اشخاص حقوقی و حقیقی است و ماده‌های هم وجود دارند که تفاوت کلی در آن‌ها وجود دارد و باعث اختلاف بین طرفین قرارداد یا به‌جا آوردن تشریفات بیش از حد نیاز آن‌ها می‌باشد. وقتی به قرارداد فیدیک نگاه می‌کنیم و جزئیات ماده‌ها و بندها را بررسی می‌کنیم گستردگی بندها و تبصره‌ها را در آن می‌بینیم که این خود نشانگر اولین تفاوت‌ها است پس خود قرارداد فیدیک به‌تنهایی برای این تفاوت‌ها کافی است. این تفاوت‌ها اختیارات کارفرما را محدود کرده و موجب شده تا به حقوق پیمانکاران اهمیت بیشتری داده شود و باعث تقویت پیمانکاران شده است.

۵-۱-۱- تفاوت در رعایت حقوق پیمانکاران

دلیل مورد توجه قرار گرفتن پیمان فیدیک رعایت اصول مشترک متعادل در ریسک‌پذیری بین کارفرما و پیمانکار است. این دلیل در مقدمه‌ی فیدیک آمده است. اصول مشارکت در ریسک‌پذیری برای دو طرف مفید است: برای کارفرما از این جهت مفید است که قرارداد را با مبالغ کمتری امضا می‌کند و فقط در شرایطی که ریسک‌های غیرمتعارفی بروز کند هزینه‌هایش افزایش می‌یابد. و برای کارفرما از این جهت مفید است که قرارداد را با مبالغ کمتری امضا می‌کند و فقط در شرایطی که ریسک‌های غیرمتعارفی بروز کند هزینه‌هایش افزایش می‌یابد و برای کارفرما در جایی مفید است که از در نظر گرفتن و برآورد هزینه‌هایی که این‌گونه ریسک‌ها دارند دوری می‌کند. برآورد هزینه‌های چنین ریسک‌هایی چندان آسان نیست. اگر به قراردادهایی که طی سال‌های اخیر منعقد می‌شود نگاهی بیندازیم سوق و سمت و سوی قراردادهای اجرایی به‌سمت قراردادهایی است که در آن مبلغ نهایی مطمئن و مشخص باشد و همچنین زمان تکمیل هم بسیار مهم می‌باشد. اگر این اطمینان حاصل شود که قیمت از مبلغ نهایی که توافق شده است تجاوز نمی‌یابد کارفرمایان حاضر هستند مبالغ بیشتر و حتی گاهی بسیار بیشتری برای این‌گونه پروژه‌های کلید در دست پرداخت کنند.

اما در این موارد شرایط عمومی پیمان در ایران متفاوت است و این نوع قرارداد بیشتر راه را برای کارفرما ناهموار می‌کند و باعث می‌شود ضعف در پیمانکاری داشته باشیم. چون در این نوع قراردادها بیشتر کارفرمایان دستگاه‌های دولتی هستند. بیشترین مفاد این قرارداد به سود کارفرما است. ما در قرارداد فیدیک موردی که مشاهده می‌کنیم این است که کارفرمایان اشخاصی هستند متخصص و حاضر به پرداخت مبلغ‌های بیشتر و گاه بسیار بیشتر هستند به شرطی که مبلغ نهایی توافق‌شده نیز تغییری نکند. اما در این قرارداد شرایط عمومی پیمان کارفرمایان مبلغ اولیه را کاهش می‌دهند و در فکر افزایش مبلغی که بعد از آن پیش می‌آید نیستند و این عدم اهمیت باعث شکست در توان مالی پروژه‌ها می‌شود. زیرا این‌گونه پروژه‌ها در مبالغ اولیه پیمان تغییرات سنگینی را دربردارد. (شیری،

۵-۱-۱-۲- پیمانکار و تعهدات و تأییدات عمومی پیمان

کارهای پیمانکار باید طبق مفاد پیمان اجرا و تکمیل بشود و باید هرگونه نقص در کارها را برطرف نماید. کارهایی که انجام می‌دهد باید دقیقاً با اهدافی که مورد انتظار بوده و در پیمان توصیف شده مطابقت داشته باشند. طبق بند بالا در واقع شاهد ادغام کار مهندس مشاور و پیمانکار هستیم. کارفرما با مشخص کردن موضوع پیمان آنرا از طریق روش‌هایی که مجاز است در اختیار پیمانکار قرار می‌دهد. پیمانکار نیز این اطمینان را به او می‌دهد که استانداردها را رعایت می‌کند و کار او را قبول می‌کند و انجام می‌دهد. در این قرارداد فیدیک صحبتی از مهندسی مشاور به عنوان سیستم ارتباطی بین کارفرما و پیمانکار نمی‌شود و در واقع باعث کاهش هزینه‌ها خواهد شد. اما در شرایط عمومی پیمان یکی از ارکان اصلی اجرای موضوع پیمان مهندس مشاور است. مهندس مشاور رابطه مستقیم با طراحی، اجرا و تغییرات در مشخصات فنی را دارد. با وجود این امر مشکلات مطالعاتی و طراحی زیادی را در اکثر پروژه‌ها شاهد هستیم که هم باعث بالا رفتن هزینه‌ها می‌شود و هم به علت مسائل اداری باعث می‌شود زمان بیشتری صرف شود. (علیزاده طباطبایی، ۱۳۷۳: ۶۵)

۵-۱-۱-۳- تضمین انجام تعهدات

در ماده ۲-۴ قرارداد فیدیک موضوع تضمین انجام تعهدات را بررسی می‌کنیم. طبق این ماده پیمانکار باید با هزینه‌ی خودش تضمین انجام تعهدات به مبلغ و ارزی که در شرایط خصوصی پیمان ذکر شده است را تهیه نماید. اگر مبلغ در شرایط خصوصی پیمان ذکر نشده باشد، این ماده کاربردی نخواهد داشت. پس از امضای موافقت‌نامه‌ی پیمان توسط طرفین پیمانکار باید ظرف مدت ۲۸ روز تضمین انجام تعهد را برای کارفرما ارسال نماید. تضمین انجام تعهدات باید توسط یک شخص حقوقی از کشور مورد تأیید کارفرما صادر شده و طبق فرم باید به شرایط خصوصی پیمان یا فرم دیگری که کارفرما آنرا تأیید می‌کند ضمیمه شده باشد. در مقایسه‌ی قرارداد فیدیک با شرایط عمومی پیمان ما به یک تفاوت عمده در مفاد این قراردادها برخوردیم خورد و آن معادل درصد برای تضمین است. در قرارداد فیدیک یک تضمین تعهدات کاری اختیاری است که بین پیمانکار و کارفرما انجام می‌شود. اگر ویژگی تضمین تعهدات در شرایط خصوصی پیمان قید نشده باشد کاربردی نخواهد داشت. که البته این امر باعث اعتماد بین کارفرما و پیمانکار است. اما در شرایط عمومی پیمان مبلغ تضمین انجام تعهدات واضحاً قرارداد به صورت معین نوشته شده است که این مبلغ معادل ۵ درصد مبلغ اولیه پیمان است که حتماً از طرف بانک مورد قبول صادر شده باشد و طبق نمونه‌ی ضمیمه‌شده در اسناد مناقصه باشد. در بقیه موارد تفاوت زیادی مشاهده نمی‌شود. به عنوان مثال زمان تمدید انجام تعهدات در شرایط عمومی پیمان ۱۵ روز و در قرارداد کلیددر دست ۲۸ روز می‌باشد و بیشترین تفاوت در مقدار زمان و روز می‌باشد.

۵-۱-۱-۴- اجتناب از ایجاد مزاحمت

ماده‌ی ۴-۱۴ قرارداد فیدیک موضوع جالبی را دربردارد. این موضوع در شرایط عمومی پیمان نیز پیش‌بینی نشده است. اجتناب از مزاحمت موضوعی است که بسیار ساده ولی پراهمیت است. این موضوع در کشور ایران بسیار عادی و بی‌اهمیت است اجتناب از مزاحمت یعنی پیمانکار نباید مداخله غیرضروری و نابه‌جا در مورد ذیل بنماید.

الف) آسایش عمومی

ب) دسترسی

پیمانکار نباید از جاده‌ها و پیاده‌روها استفاده کند یا آن‌ها را اشغال کند. این جاده‌ها و پیاده‌روها چه عمومی باشد یا در تملک کارفرما یا دیگران، پیمانکار موظف است کلیه خسارات و زیان‌های شامل عوارض و هزینه‌های قانونی ناشی از این دخالت‌ها و مزاحمت‌های غیرضروری و نابجا را پرداخت کند و کارفرما را از این امر مبرا خواهد کرد.

۵-۱-۱-۵- حفاظت از محیط زیست

موضوعی که اکنون دغدغه‌ی جهان است در ماده‌ی ۴-۱۸ قرارداد فیدیک پیش‌بینی شده است. در کشورهای جهان سوم این موضوع یعنی حفاظت از محیط زیست مورد توجه قرار نمی‌گیرد در صورتی که این موضوع امر واجب است. در این قرارداد ما به اهمیت این موضوع پی می‌بریم.

۱. به منظور حفظ کردن محیط زیست چه در داخل و چه در خارج کارگاه، پیمانکار باید پیش‌بینی‌ها و تمهیدات و اقدامات مقتضی را انجام دهد و اگر آزار و آسیبی به علت آلودگی، سروصدا و اثرات سود دیگری ناشی از عملیات به شخص یا مال کسی می‌رسد این آسیب را به حداقل می‌رساند.

۲. پیمانکار باید مطمئن شود که گازهای خروجی تخلیه سطحی و فضولات خروجی ناشی از فعالیت‌های پیمانکار از میزانی که کارفرما در شرایط مشخص کرده یا از میزان مشخص شده در قوانین جاری تجاوز نکرده است و نخواهد کرد. این موضوع هم در شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی نشده است و پیمانکار و کارفرما هیچ اهمیتی به این موضوع نمی‌دهند و بدون توجه به این جریان از این موضوع می‌گذرند.

۵-۱-۱-۶- امنیت کارگاه

موضوع دیگری که اهمیت زیادی دارد اما در شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی نشده امنیت کارگاه است. در ماده ۴-۲۲ قرارداد فیدیک به این موضوع اشاره شده است. ما با نگاه سطحی به این تفاوت‌ها به ناقص و تکمیل نبودن شرایط عمومی پیمان پی می‌بریم که به مسائلی که در عین کوچک بودن اهمیت بالایی دارند، اشاره‌ای نشده است.

۵-۱-۱-۷- آموزش

در نگاهی تخصصی و کلی آموزش اهمیت بسیار زیادی دارد. در قرارداد فیدیک ماده یا تبصره‌ی آموزش پیش‌بینی شده است. این موضوع را اگر سطحی بررسی کنیم به نظر بی‌اهمیت و بی‌مورد است اما در بعضی از پروژه‌های ملی به این موضوع برخورده‌ایم که به دلیل بی‌اطلاعی از چگونه نگهداشتن از پروژه یا چگونگی استفاده‌ی مفید از پروژه دچار مشکل شده‌ایم. همان‌طور که در قرارداد فیدیک آمده است: پیمانکار به کارکنان کارفرما در زمینه بهره‌برداری و نگهداری کارها به میزانی که (شرایط کارفرما) مشخص شده، آموزش خواهد داد و این آموزش مطمئناً باعث بهبود و کیفیت و طولانی‌تر شدن عمر مفید پروژه خواهد شد.

۵-۱-۱-۸- خسارت تأخیر

موضوع خسارت تأخیر نیز مانند تضمین تعهدات میزان یا مقدار معینی برای محاسبه‌ی خسارت ندارد و نحوه‌ی پرداخت خسارت تأخیر کار در فیدیک با شرایط عمومی پیمان تفاوت زیادی دارد. این موضوع طبق همان توافق دو طرف می‌باشد که در شرایط خصوصی قراردادشان آمده است ولی طبق روندی که در کار تأخیر شده است پرداخت می‌شود. اما در شرایط عمومی پیمان همه چیز طبق فرمول خود قرارداد محاسبه و پرداخت می‌شود. در شرایط عمومی پیمان برای تأخیر غیرمجاز از یک هم‌پیمان، یک دوهزارم مبلغ باقیمانده کار که در اجرای آن تأخیر شده است و برای تأخیر غیرمجاز از یک‌دهم مدت پیمان تا مازاد یک‌چهارم مدت پیمان یک‌هزارم مبلغ باقی‌مانده کار که در اجرای آن تأخیر شده است محاسبه می‌شود.

۵-۱-۱-۹- تعلیق کارها

همانطور که در قرارداد فیدیک آمده است: کارفرما می‌تواند در هر زمان به پیمانکار دستور دهد که پیشرفت کار یا قسمتی از کار را به حالت تعلیق درآورد یا ادامه همان ماده:

به‌علاوه کارفرما می‌تواند دلایل تعلیق را اعلام نماید. اگر در حدی که اعلام شده پیمانکار را مسئول دانسته باشد مواد ۸-۱۱، ۸-۱۰، ۸-۹ که در این بخش آمده است نافذ نخواهد بود.

با دقت در این ماده به این نکته پی می‌بریم که در این مورد شرایط عمومی پیمان کامل‌تر و عقلانی‌تر است. چون اگر شرایط را این‌گونه بخواهیم در نظر بگیریم هر لحظه و هر زمانی کارفرما می‌تواند کار را تعلیق کند و اگر این کار را به دفعات انجام گیرد باعث نوسان در کار و بی‌نظمی در اجرای پروژه می‌شود. در شرایط عمومی پیمان برای تعلیق توسط کارفرما شرایط و ضوابطی برقرار شده است که به این ترتیب است:

کارفرما می‌تواند در مدت پیمان، اجرای کار را برای یکبار و حداکثر سه ماه معلق کند البته بیشتر از این مدت نیز با موافقت پیمانکار امکان‌پذیر می‌باشد. این ماده مزیتی را دارا است آن هم اینکه اگر در شرایط عمومی پیمان به هر دلیلی پیمانکار باعث این شود که کارفرما نتواند کار را ادامه دهد موضوع پیمان فسخ می‌شود اما در این قرارداد موضوع پیمان توسط کارفرما به تعلیق درآمده، بدون آن که خسارتی به پیمانکار پرداخته شود.

۵-۱-۱-۱۰- پرداخت تجهیزات، مصالح در صورت تعلیق

در قرارداد فیدیک شاهد تدابیر سختی برای پرداخت تجهیزات و مصالح در صورت تعلیق هستیم که چند مورد آن‌ها را می‌آوریم: پیمانکار حق دارد ارزش تجهیزات یا مصالحی که هنوز تحویل کارگاه نشده باشد (ارزش در تاریخ تعلیق) را دریافت کند. در صورتی که:

الف) بیش از ۲۸ روز قبل، کاری روی ماشین‌آلات انجام نشده و حملی صورت نگرفته باشد (به حالت تعلیق درآمده باشد).

ب) پیمانکار تجهیزات یا مصالح را، طبق دستورات کارفرما به‌عنوان اموال کارفرما قبلاً علامتگذاری کرده باشد.

در مورد قسمت الف سؤالی به‌وجود می‌آید: اینکه تاریخ تعلیق چه مدت زودتر از جانب کارفرما به پیمانکار ابلاغ می‌شود که پیمانکار ۲۸ روز قبل آن کار را روی ماشین‌آلات انجام ندهد. به‌طور کلی چنین ماده‌ای را در شرایط عمومی پیمان نمی‌بینیم و طبق تعلیق تمام یا قسمتی از کار که معلق شده تعلیق صورت بگیرد.

۵-۱-۱-۱۱-تحويل توسط کارفرما

در شرایط عمومی پیمان تحويل توسط کارفرما به دو صورت تحويل مقطعی و تحويل موقت انجام می‌شود. در تحويل موقت در شرایط عمومی پیمان بعد از اینکه پیمانکار عملیات موضوع پیمان را انجام داد می‌تواند از مهندس مشاور تقاضای تحويل موقت را انجام دهد و نماینده‌ی خود را برای عضویت در هیئت تحويل معرفی کند. مهندس مشاور درخواست پیمانکار را رسیدگی می‌کند و اگر مورد تأیید او باشد تاریخی را برای تحويل موقت تعیین می‌کند و علاوه بر آن تقاضای تشکیل هیئت تحويل موقت را از کارفرما می‌نماید و کارفرما به گونه‌ای این ترتیب را می‌دهد که هیئت تحويل حداکثر تا ۲۰ روز از تاریخ آمادگی کار که به تأیید مهندس مشاور رسیده است در محل کار حاضر شود و برای تحويل موقت اقدام نماید. در تحويل قطعی، در شرایط عمومی پیمان مانند تحويل موقت است با این تفاوت که هیئت تحويل اگر در موضوع پیمان نقص و مشکلی نبیند آن را تحويل قطعی می‌گیرند. در قرارداد فیدیک تنها یک نوع تحويل توسط کارفرما انجام می‌شود آن‌هم به شرح ذیل است:

پیمانکار نمی‌تواند تقاضای گواهی تحويل را حداکثر ۱۴ روز زودتر از زمانی که به نظر وی کارها را تکمیل و آماده تحويل خواهد شد، به کارفرما اعلام نماید و کارفرما باید ظرف ۲۸ روز پس از دریافت تقاضای پیمانکار گواهی تحويل را برای پیمانکار صادر نماید و اگر این کار ظرف ۲۸ روز صورت نگیرد در آخرین روز مهلت ۲۸ روزه گواهی تحويل صادر شده تلقی می‌شود.

۵-۱-۱-۱۲-گواهی حسن انجام کار

در قسمت این گواهی هم تفاوتی که بین قرارداد فیدیک و شرایط عمومی پیمان دیده می‌شود، در مدت روز و زمان است. در شرایط عمومی پیمان ابتدا صورت وضعیت مقطعی توسط کارفرما صورت می‌گیرد و بعد از آن کار به صورت قطعی توسط خود او تحويل گرفته می‌شود. پس گواهی حسن انجام کار صادر می‌شود.

در قرارداد فیدیک کارفرما باید گواهی حسن انجام کار را ظرف مدت ۲۸ روز بعد از آخرین تاریخ انقضای دوره‌های رفع نواقص یا در زودترین زمان پس از ارائه کلیه اسناد و مدارک پیمانکار و انجام کلیه کارها و آزمایشات صادر نماید.

۵-۱-۱-۱۳-آزمایش‌های پس از تکمیل کار

کیفیت پروژه برای کارفرما اهمیت زیادی دارد از این رو در قرارداد فیدیک قسمتی به عنوان آزمایش‌های پس از تکمیل پیش‌بینی شده است اما در شرایط عمومی پیمان ماده‌ای به عنوان آزمایش‌های پس از تکمیل پیش‌بینی نشده است. البته در این دست از قراردادها در مورد آزمایشاتی در هنگام انجام کار صحبت شده است که پیمانکار وظیفه دارد کلیه امکانات و تجهیزات را برای انجام آزمایشات کارفرما فراهم آورد.

پس از تکمیل شدن آزمایش‌ها باید در زودترین زمان ممکن بعد از تحويل کار یا قسمتی از کار به کارفرما انجام شود. در این جا کارفرما اخطار ۲۱ روزه‌ای از تاریخی که آزمایش‌های پس از تکمیل باید انجام می‌گرفت به پیمانکار می‌دهد (اگر توافق دیگری صورت نگیرد). این آزمایش‌ها طی ۱۴ روز بعد از این تاریخ باید به تعیین کارفرما در روز یا روزهایی انجام شود و پیمانکار گزارش کامل و جامعی را جمع‌آوری می‌کند و بعد از ارزیابی آن‌ها را در اختیار کارفرما قرار می‌دهد. اگر کارفرما هرگونه تأخیر نامعقولی داشته باشد و بر اثر این تأخیر در انجام آزمایشات، پیمانکار متحمل هزینه یا خسارتی شود، پیمانکار باید به صورت

کتبی مراتب را به کارفرما اعلام کند. در این صورت برای دریافت هزینه و سود معقول محق خواهد بود که باید کارفرما به پیمانکار پرداخت نماید و اگر اتمام این آزمایشات در دوره‌ی رفع نواقص اعلام نشود این‌گونه فرض می‌شود که پیمانکار آزمایش‌های پس از تکمیل را به‌درستی و با موفقیت گذرانده است.

۵-۱-۱-۱۴-پرداخت تضمین حین انجام کار

در شرایط عمومی پیمان برای پرداخت تضمین انجام کار این‌گونه عمل می‌شود: از مبلغ هر پرداخت، معادل ۱۰ درصد به‌عنوان تضمین حسن انجام کار کسر می‌شود و نزد کارفرما در حساب سپرده نگهداری می‌شود. نصف این مبلغ بعد از تصویب صورت وضعیت قطعی طبق ماده‌ی ۴۰ و نصف دیگر آن بعد از تحویل قطعی با رعایت مواد ۴۲ و ۵۲ آزاد خواهد شد. در قرارداد فیدیک این‌گونه تعبیه شده است:

زمانی که گواهی تحویل برای کاری صادر شده و کلیه‌ی آزمایش‌های تعیین‌شده‌ی مربوط به کارها با موفقیت انجام شده باشد، نیمه‌ی اول تضمین حسن انجام کار به پیمانکار پرداخت می‌شود و بلافاصله بعد از منقضی شدن دیرترین تاریخ (دوره رفع نواقص) مابه‌التفاوت باقیمانده تضمین حسن انجام کار باید به پیمانکار پرداخت شود.

۵-۲-اشتراکات

۵-۲-۱-استفاده از گروه‌های دیگر در پروژه

در شرایط عمومی پیمان ماده ۲۴ پیمانکار می‌تواند به منظور تسهیل و تسریع در اجرای قسمت یا قسمت‌هایی از عملیات موضوع پیمان، پیمان‌هایی با پیمانکاران جزء ببندد، مشروط به آن که آنان را از واگذاری کار به دیگران ممنوع کند. در شرایط عمومی فیدیک بند ۷-۱ واگذاری به غیر به این صورت آمده که هر یک از طرفین می‌توانند با کسب موافقتنامه قبلی طرف دیگر و تنها به تشخیص آن طرف دیگر تمام یا بخشی از کار را واگذار نماید. هر دو ماده به دلیل تسریع در عملیات و اجرای بهتر پروژه این اختیار را در نظر گرفته‌اند که بتوان از گروه‌های دیگر در پروژه استفاده کرد.

۵-۲-۲-استفاده از راهکارها و روش‌های صحیح اجرایی

در شرایط عمومی پیمان ماده ۱۸ پیمانکار متعهد است که سازمان، روش اجرا و برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار را طبق نظر مهندس مشاور بر اساس نقشه‌های موجود و برنامه زمانی کلی تهیه کند و ظرف مدت یک ماه از تاریخ مبادله پیمان، یا مدت دیگری که در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده است ارائه دهد. در شرایط عمومی فیدیک بند ۱۲-۴ پیمانکار باید اجرای فعالیت‌ها را با استفاده از راهکارهای مناسب و معقول متناسب با شرایط فیزیکی ادامه دهد و به کلیه دستورات مهندس مشاور عمل نماید. هر دو ماده بر اجرای صحیح و با کیفیت با استفاده از راهکارها و روش‌های صحیح اجرایی توجه زیادی کرده‌اند.

۵-۲-۳- استفاده از کارکنان متعهد و باتجربه

در شرایط عمومی پیمان ماده ۱۷ پیمانکار متعهد است که عملیات موضوع پیمان را به وسیله افرادی که در کار فرد تخصص و تجربه کافی دارند انجام دهد.

در شرایط عمومی فیدیک بند ۹-۶ کارکنان پیمانکار باید دارای صلاحیت، مهارت و تجربه مطلوب در حرفه‌ها یا مشاغل مربوط به خود باشند.

در هر ماده بر اجرای باکیفیت با کارکنان متعهد و باتجربه که بر اساس مهندسی ارزش است توجه می‌دهد.

۵-۲-۴- اجرا بر اساس دستورالعمل‌ها و نقشه‌ها

در شرایط عمومی پیمان ماده ۱۸ پیمانکار را مسئول کامل حسن اجرای کارهای موضوع پیمان طبق اسناد و مدارک پیمان می‌داند و در شرایط عمومی فیدیک بند ۱-۷ ساخت ماشین‌آلات و تجهیزات، تولید مصالح و اجرای کلیه کارهای دیگر اجرایی توسط پیمانکار باید باکیفیت مرغوب و با دقت و بر اساس روش‌های شناخته شده حرفه‌ای انجام بگیرد.

هر دو ماده بر اجرای باکیفیت و تطابق دستورالعمل و نقشه‌ها توجه ویژه دارد و مسئول این اقدامات را پیمانکار دانسته‌اند.

۵-۲-۵- بیمه

در شرایط عمومی پیمان ماده ۲۱ «بیمه‌نامه‌ها باید تا تاریخ تحویل موقت اعتبار داشته باشد تا زمانی که تحویل موقت انجام نشده است، پیمانکار موظف است که بیمه‌نامه‌ها را تمدید کند. کارفرما هزینه‌های مربوط به بیمه به شرح پیش‌گفته را در مقابل ارائه اسناد صادر شده از سوی بیمه‌گر، عیناً به بیمه‌گر پرداخت می‌کند.

آن قسمت از هزینه بیمه که مربوط به مدت تاخیر غیرمجاز پیمانکار باشد، به حساب بدهی پیمانکار منظور می‌شود.

در بند ۱-۱۸ در تعاریف کلی بیمه در شرایط عمومی فیدیک اگر طرف بیمه‌کننده در اخذ و پوشش هر یک از بیمه‌هایی که طبق پیمان باید اخذ و حفظ شوند، یا در تهیه گواهی قابل قبول و کپی بیمه‌نامه‌ها طبق این ماده قصور نماید طرف دیگر می‌تواند پوشش بیمه‌ای ذی‌ربط را اخذ و حق بیمه قابل پرداخت را بپردازد. طرف بیمه‌کننده باید مبالغ این حق بیمه‌ها را به طرف دیگر پرداخت نموده و مبلغ پیمان باید به همین میزان تعدیل گردد.

فیدیک و شرایط عمومی پیمان هر دو بیمه را وظیفه پیمانکار به هزینه کارفرما می‌دانند البته می‌توان به این تفاوت اشاره کرد که فیدیک در مورد بیمه اغماض کرده و گفته اگر یک طرف پیمان در اجرای بیمه قصور کند طرف دیگر می‌تواند بیمه را انجام دهد و این نشانه از همراهی در پروژه است ولی در شرایط عمومی پیمان در صورت قصور در اقدام به انجام بیمه تمام مسئولیت‌ها برعهده پیمانکار است.

۵-۲-۶- حل اختلافات و تصمیم‌گیری‌ها

در شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳ اختلاف‌نظرها، رسیدگی‌ها و اعلام نظرها به کارشناس یا هیئت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شده است و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناسی یا هیئت کارشناسی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل می‌کنند.

اختلافات در فیدیک طبق بند ۴-۲۰ توسط هیئت حل اختلاف داوری خواهد شد. هیئت حل اختلاف، طبق مفاد پیوست پیشنهاد، باید از یک یا سه شخص واجد صلاحیت تشکیل شود و اگر هیئت حل اختلاف سه نفر باشد هر یک از طرفین باید یک عضو را جهت تایید طرف دیگر معرفی نماید.

نتیجه‌گیری

در قراردادهای مقاطعه‌کاری اصل بر این است که تعادل بین عوضین بر هم نخورد و آنکه تعادل قراردادی به عنوان یک اصل از ابتدا تا ختم قرارداد در نظر است. به لحاظ ماهیت قراردادی مقاطعه‌کاری که اصولاً درازمدت و زمان‌بر است، در یک زمان بنا بر شرایط اقتصادی و غیره و به علت تسریع تغییرات و تحولات در جامعه‌ی امروز تعادل قراردادی برهم می‌خورد و از مسیر اولیه‌ای که متعادل بود خارج می‌شود؛ در صورت بروز چنین شرایطی و عدم وجود هر گونه شرایط تعدیل، ابتدا می‌بایستی موضوع را از طریق مذاکره حل و فصل کرد و در صورتی که توافقی صورت نگرفت، به نظر می‌رسد قانونگذار بهتر است امکان تعدیل قرارداد را در اوضاع و احوال استثنایی بدهد و برای خروج از بحران و ایجاد تعادل قراردادی اجرای صحیح قرارداد، چاره‌اندیشی کند.

در قراردادهای پیمانکاری، اجرای تعهدات به طور مستمر مطلوب طرفین می‌باشد و همین ویژگی است که باعث می‌شود تا طرفین در مواجهه با بخشی از مسائل مانند تغییر در شرایط و اوضاع و احوال قراردادی یا تغییر قیمت مصالح، ماشین‌آلات و نیروی انسانی که باعث به هم خوردن تعادل و توازن مالی قرارداد و صعوبت اتمام پروژه و عملیات مقاطعه‌کاری می‌گردد، برای تضمین اجرای عادلانه و منصفانه تعهدات اقدام به تدوین شیوه‌های جدیدی مانند شرط تعدیل قیمت می‌نمایند. اثر تعدیل قیمت قرارداد، راهی است برای چیدن و به حد معقول رساندن ریسک‌هایی که ناشی از هزینه‌ها و تغییرات نامتعارفی نظیر نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی و به مواردی که کلیه مخاطراتی، هم برای قرارداد و هم برای پیمانکار وجود دارد، است. این هزینه‌ها ممکن است منطقه‌ی خطری نیز برای پیمانکار ایجاد کند که به خاطر افزایش در هزینه مصالح و دستمزد نیروی انسانی کار ساخت و ساز کاهش یافته و فرآیند مناقصه رقابتی‌تر شده است.

دو مبانی را به عنوان مهمترین مبانی شرط تعدیل قسمت در حقوق ایران و قراردادهای نمونه‌ی فیدیک آوردیم که اصل آزادی قراردادی و نظریه‌ی عدالت معوضی بود. در پیمان‌های عمومی در حقوق ایران درست است که سابقه‌ای اجتماعی وجود دارد و هدف این قراردادها حفظ و تامین منافع اجتماعی است و دولت با صدور بخشنامه‌هایی مختلف تعدیل را محاسبه کرده و در تلاش برای برقراری عدالت اقتصادی است، اما این را نمی‌توانیم باعث قانونی تلقی کردن تعلیق و در نتیجه حذف اراده انشایی و در نظر نگرفتن توافق طرفین درخصوص شرط تعدیل بدانیم، بلکه در این دسته توافقات قلمرو اراده محدود گشته و اصل آزادی قراردادی که مهمترین مبنای این دسته از شروط قراردادی است با مصالح و منافع اجتماعی تلفیق می‌شود و توافق دو

اراده منصرف به پیش‌بینی شرط تعدیل در زمان انعقاد قرارداد می‌گردد. به همین علت از بین انواع تعدیل قراردادی، روش شرط شاخص یا فرمول تعدیل را در حقوق ایران پذیرفته‌ایم. در صورتی که در قراردادهای نمونه فیدیک می‌توان در مورد هر یک از انواع تعدیل تراضی کرد. همچنین در خصوص نظریه‌ی عدالت معوضی به عنوان یکی دیگر از مبانی شرط تعدیل قیمت مشاهده کردیم که عدالت معوضی صرف، مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان نیست و باید بین عدالت توزیعی و عدالت معوضی تعامل را حفظ نمود. چون دولت نقش مهمی در برقراری و حفظ تعادل اقتصادی عوضین دارد ولی در مقایسه با قراردادهای نمونه فیدیک و بررسی این نظریه در آن، چون به طور کلی در شرایط اختصاص پیمان شرایط عمومی قابل تغییر است نظریه‌های عدالت معوضی را در این دست قراردادها مطلق می‌دانیم. برای اینکه آثار مخرب عدم توازن قرارداد جلوگیری شود می‌توانیم در بحث تعدیل نظریه‌ی تفسیر اراده‌ی طرفین را راهی برای تعدیل قرارداد در حقوق ایران دانست که در این روش دادگاه‌ها می‌توانند با درج شروط تکمیلی در قراردادها براساس تراضی طرفین با نارسایی‌های بازار مقابله کنند و به گسترش معاملات و ارتباطات بلند مدت کمک کنند.

پیشنهاد

پیشنهاد‌هایی در زمینه‌ی امکان تعدیل قابل طرح است:

اصولا متعهدله از تعدیل یا فسخ عقد، چندان راضی نمیباشد بنابراین میتوان از او خواست تا راهکاری جهت متعادل کردن عقد، ارایه دهد.

اگر چنانچه راهکاری ارایه داد و مورد پذیرش متعهد قرار گرفت، که تعدیل صورت گرفته و به حکم دادگاه میتوان این تراضی را لحاظ کرد. وگرنه، پیشنهاد میشود از نهاد داوری برای مصالحه و رسیدن به تعادل استفاده کنند، به متعهد اختیار فسخ داده شود.

همچنین میتوان از علوم دیگر همچون IT و علوم مهندسی و غیره در جهت طولانی شدن فاصله بین عقد و اجرای آن استفاده کرد.

پیشنهاد دیگر برای نزدیک شدن به جامعه‌ی بین‌المللی مهندسين مشاور این است که تغییراتی در قانون داده شود و دفترچه عمومی پیمان را بازنگری مجددی کنیم و راجع به اختلافات و نقایصی که وجود دارد بررسی و تامل بیشتری داشته باشیم.

فهرست

منابع فارسی

۱. قرآن کریم، ترجمه الهی قمشاهی، م، ۱۳۷۹.
۲. آریان پور کاشانی، منوچهر، ۱۳۸۸، فرهنگ پیشرو انگلیسی-فارسی (۶ جلدی)، نشر جهان رایانه، جلد اول.
۳. احمدزاده، سیدعبدالمطلب، ۱۳۷۹، نامه مقید، شماره ۲۴.
۴. اسماعیلی هریسی، محمود، ۱۳۸۴، مبانی حقوق پیمان، شرکت نشر یادآوران.
۵. اشرفی، احمد، ۱۳۸۷، پیمانکاری، چاپ اول، گنج دانش.
۶. اکبری، علی و فلاحیان، مهدی، ۱۴۰۱، تعدیل در قراردادهای اداری، چاپ اول، پژوهاک عدالت.
۷. امامی، حسن، ۱۳۵۶، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه، ج ۱.
۸. امامی استوار سنگری، کوروش، ۱۳۷۶، عوامل موثر در اجرای قراردادهای اداری، مجله کانون وکلا، شماره ۱۲.
۹. امیرمحمدی، محمدرضا و ودیعتی، محمدحسن، ۱۳۹۷، ماهیت حقوقی پیمانکاری در حقوق ایران.
۱۰. ایزانلو، محمد، ۱۳۷۹، ماهیت و مسئولیت پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۱. باقریان مردندی، نوید و روان شادنیا، مهدی و اکبرزاده توتونچی، محمدرضا، ۱۴۰۲، ارزیابی ماده فسخ به مصلح در شرایط عمومی پیمان پروژه‌های ساخت فیدیک بر اساس قوانین عرفی در سیستم قانون مدنی ایران، نشریه مهندسی عمران امیرکبیر، دوره ۵۵، شماره ۳.
۱۲. بشیری، عباس، ۱۳۹۸، مجموعه قراردادهای مدرن پیمانکار و کارفرما، انتشارات جنگل جاودانه.
۱۳. بنایی اسکویی، مجید، ۱۳۹۲، تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره چهارم، شماره ۱.
۱۴. بهشتی‌پور، بهاران، ۱۴۰۰، بررسی ساختار و ویژگی‌های قراردادهای بین‌المللی EPC-Turnkey فیدیک، مجله مطالعات حقوق دوره جدید، شماره ۱۵.
۱۵. بیگدلی، سعید، ۱۳۸۶، تعدیل قرارداد، انتشارات میزان، ج ۱.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۴، ترمینولوژی حقوقی، گنج دانش.
۱۷. حمزه، علیرضا، ۱۴۰۱، آشنایی با موسسات مدیریت ساخت و پروژه مدیریت قرارداد، فصلنامه مهندسی عمران، شماره ۲۳.
۱۸. دنیاپیما، سیامک، ۱۳۹۳، تعدیل قرارداد در حقوق ایران و کامن لا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد تهران مرکز.
۱۹. دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۷۷، انتشارات سیروس.
۲۰. زینتی، حجتا... و وزیری، مجید، ۱۳۸۷، بررسی فقهی و حقوقی تعدیل قراردادهای پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران مرکز.
۲۱. شاکری، اقبال و حاجیا، حامد و تقوی‌مطلق، سیدمهدی، ۱۳۹۳، معرفی مجموعه قراردادهای انگلستان NEC و مقایسه کلی آن با قرارداد فیدیک و شرایط عمومی پیمان، هشتمین کنگره ملی مهندسی عمران، دانشکده مهندسی عمران بابل.
۲۲. علیزاده طباطبایی، محمد، ۱۳۷۱، فسخ قراردادهای پیمانکاری توسط کارفرما در شرایط عمومی پیمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد شهید بهشتی.
۲۳. فاضل، سیدمحمدعلی، ۱۳۸۹، تعدیل قرارداد از منظر شرایط عمومی پیمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد تهران مرکز.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۴۰۰، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شماره ۸۵ و ۸۶، گنج دانش.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۴۰۰، عقود معین، جلد اول، شماره ۱، گنج دانش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۶، قانون مدنی در نظم کنونی، گنج دانش
۲۷. مشهدی، علیرضا و مهری، علی، ۱۴۰۰، بررسی روش‌های حل و فصل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری با مطالعه تطبیقی در فیدیک، فصلنامه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی دوره ۱۲، شماره ۴۸.
۲۸. معین، محمد، ۱۳۸۶، فرهنگ معین تک‌جلدی فارسی، چاپ سوم، تهران، نشر زرین.
۲۹. میرهادی تفرشی، غزاله و عراقی، عزت‌ا...، ۱۳۹۶، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۱.

منابع انگلیسی

30. Brayan A. G Sixth edition, 1995, Black's law dictionary.
31. Collins concise Dictionary, Fourth edition, 2000.
32. Steward, W. J Collins dictionary law, second edition, 2001.