

زهرا قدسی خواه

دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

دکتر مجتبی زاهدیان^۱

استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد مشهد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

تبیین فقهی-حقوقی فسخ و خاتمه در قراردادهای پیمانکاری

چکیده

در قواعد عمومی قراردادهای اسباب انحلال عقد سه عامل تفاسخ، فسخ و انفساخ است که حسب مورد ممکن است یک طرف قرارداد، طرفین قرارداد، ثالث و یا عامل خارجی بتوانند قرارداد را منحل نمایند؛ اما موجبات انحلال قراردادهای پیمانکاری مطابق مقررات شرایط عمومی پیمان، دو عامل فسخ و خاتمه است. مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان راجع به فسخ و ماده ۴۸ و چند ماده‌ی پراکنده‌ی دیگر مربوط به خاتمه‌ی قراردادهای پیمانکاری است. این مواد از شرایط عمومی پیمان نشانگر آن است که عوامل فسخ قراردادهای پیمانکاری، محدود و احصاء شده و نیز مختص کارفرما است؛ اما حق خاتمه در مورد کارفرما نامحدود و گسترده و نیز در مورد پیمانکار مضیق است. از طرفی نیز مصادیق فسخ و خاتمه‌ی قراردادهای پیمانکاری و تبیین فقهی و حقوقی آن و ارتباط آن با قواعد عمومی قراردادهای دارای اهمیت است؛ زیرا از منظر فقهی سابقه‌ای از پیمانکاری عمومی ناظر بر شرایط عمومی پیمان ملاحظه نمی‌شود و موارد فسخ احصاء گردیده و اصطلاحی تحت عنوان خاتمه به معنایی که در این مقاله مورد نظر است وجود ندارد؛ لذا همین امر اهمیت بررسی فقهی موضوع را دوچندان می‌کند.

واژگان کلیدی: شرایط عمومی پیمان، قراردادهای پیمانکاری، فقه، آراء فقها، فسخ، خیار فسخ، خاتمه، کارفرما، پیمانکار.

^۱ zahedian.mojtaba@yahoo.com

فصل اول: مقدمه

آن چه در خصوص فسخ و خاتمه در این مقاله بناست مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد، مربوط به قراردادهای پیمانکاری عمومی است. قراردادهای پیمانکاری عمومی نیز تابع قواعد امری در قالب شرایط عمومی پیمان هستند. بالعکس قراردادهای پیمانکاری خصوصی ملزم به تبعیت از قواعد امری و به تبع آن شرایط عمومی پیمان نیستند.

در این مقاله از جمله به این پرسش‌ها پاسخ داده خواهد شد:

مفهوم و تفاوت فسخ و خاتمه در قراردادهای پیمانکاری چیست؟

فسخ و خاتمه چه جایگاهی در قراردادهای مذکور دارند؟

آیا می‌توان با استفاده از نظرات فقها خیار شرط بدون مدت را توجیه کرد؟

مقصود از انتخاب عنوان خاتمه با عنایت به نظرات فقهی و حقوقی چیست؟

شرایط اعمال حق فسخ و خاتمه به چه شکل است؟

ممکن است در نگاه اول مواد راجع به فسخ و خاتمه در شرایط عمومی پیمان مبهم و دارای اشکال فراوان به نظر برسد، اما با تعمیق در ماهیت قراردادهای پیمانکاری عمومی تا حدی می‌توان به تنظیم‌کننده‌ی شرایط عمومی پیمان این حق را داد که وضعیت قراردادهای مذکور، چنین راهی را پیش روی شرایط عمومی پیمان قرار داده است؛ هرچند ایراداتی بر آن وارد است که نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت.

از ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری، تلفیق قواعد حقوقی و نظام مهندسی است که این امر به پیچیدگی این نوع قراردادها دامن می‌زند و تحقیق در این زمینه را به مراتب مشکل‌تر می‌کند. متأسفانه در زمینه‌ی انحلال قراردادهای پیمانکاری منبعی که به فسخ و خاتمه‌ی قراردادهای پیمانکاری پرداخته باشد، بسیار نادر است و اکثر منابع موجود به نحوی هستند که یا تنها فسخ را مورد بحث خود قرار داده و از خاتمه‌ذکری به میان نیاورده‌اند و یا آن که تمام موارد فسخ و خاتمه را ذیل عنوان فسخ بررسی کرده‌اند و در حقیقت خاتمه را صراحتاً فسخ تلقی کرده‌اند و نیز در بسیاری از منابع، عوامل خاتمه و برخی عوامل فسخ، بدون توجه به عناوین فسخ و خاتمه، به طور واضح از عوامل انفساخ پیمان شمرده شده است. این درحالی است که شرایط عمومی پیمان عامل انفساخ را پیش بینی نکرده است؛ بنابراین در مقاله‌ی حاضر سعی شده تا مسائل پیرامون فسخ و

خاتمه آن چنان که مورد نظر شرایط عمومی پیمان بوده مورد بررسی قرار گیرد، لذا در این جا کاملاً میان آن‌ها تفکیک شده است؛ چراکه هریک از عوامل فسخ و خاتمه دارای موارد، شرایط و آثار منفک از یکدیگر هستند. در تحقق این امر، مراجعات و مصاحبات مکرر با کارشناسان مربوطه‌ی مستقر در استانداری خراسان رضوی و اداره‌ی کل راه و شهرسازی خراسان رضوی، کمک شایانی برای رسیدن به هدف مورد نظر بود.

فصل دوم: مفهوم فسخ

فسخ در لغت به فتح فاء و سکون سین به معنای نقض، زایل گردانیدن، تباه کردن، شکستن (انصاری و طاهری ۱۳۸۶: ۱۴۶۱)، ویران ساختن (دهخدا: ذیل واژه فسخ)، از هم جدا کردن و بر انداختن (معین: ذیل واژه فسخ) است. در فرهنگ فارسی دیگر، فسخ به معنای برهم زدن معامله و باطل کردن آمده است. (عمید: ذیل واژه فسخ)

مسلم است که تعبیر انحلال پیمان با عنوان بطلان، در مفهوم مجازی آن استعمال شده است؛ زیرا برخلاف فسخ (به معنای انحلال یک طرفه)، بطلان قرارداد با اراده‌ی متعاملین یا ثالث ناست، بلکه در عالم ثبوت، بطلان وضعیتی است ناظر به عدم وقوع و انعقاد قرارداد به جهت عدم اجتماع شرایط صحت و ارکان قرارداد که از سوی قانونگذار ضروری اعلام شده و خارج از اراده طرفین، صرفاً از سوی مرجع قضایی اعلام می‌شود؛ به عبارت دیگر بطلان، اصطلاحی است که بر آن دسته از اعمال حقوقی مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نیستند؛ خواه آن عمل از آغاز غیر قانونی باشد و خواه به علت امری عارضی اعتبار قانونی خود را از دست داده باشد (محقق داماد ۱۴۰۶: ۱۳۸).

لیکن از آن جا که در عرف، این واژه به عنوان لغات مرادف هم مورد استفاده قرار می‌گیرند، لهذا در فرهنگ لغت نیز با زبان عامیانه معنی شده است. (نهرینی ۱۳۸۵: ۶)

حق فسخ در اصطلاح حقوقی، انحلال و برهم زدن یک طرفه‌ی عقد است و به اعتقاد یکی از اساتید حقوق، این گونه تعریف شده است: «فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله‌ی یکی از دو طرف یا شخص ثالث.» (شهیدی ۱۳۹۲: ۱۱۹)

تعریف اخیر بدین گونه توسط یکی از حقوق دانان مورد نقد قرار گرفته است: «اگرچه اکثر صاحبان فن، از مفهوم فسخ، همین تعریف را با کمی تغییر به دست می‌دهند؛ اما

به نظر می‌رسد که تعریف مزبور و یا تعاریف مشابه آن، جامع نبوده و صرفاً به بیان آثار فسخ پرداخته است. پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد و به بیان دیگر انحلال عقد، اثر فسخ است در حالی که منشأ و مبنای حق فسخ، نیز باید در تعریف گنجانده شود تا بتواند معنا و مفهوم اصلی فسخ را برساند. مگر این که منظور استاد مزبور، تعریف خود «فسخ» باشد و نه حق فسخ. به همین لحاظ به نظر می‌رسد عبارات زیر بیش‌تر به تعریف حق فسخ نزدیک باشد: حقی است مالی که به واسطه‌ی قانون و یا اشتراط احد طرفین در عقد و به منظور جلوگیری از ضرر و یا حدوث پشیمانی و برای هریک از متعاملین یا هردو آن‌ها و یا ثالث، ایجاد شده و به صاحب آن حق می‌دهد که به طور یک طرفه، عقد را منحل کرده و به هستی و موجودیت حقوقی قرارداد پایان دهد.» (نهرینی ۱۳۸۵: ۷)

ضمن آن‌که فسخ همیشه حق مالی نیست. به نظر می‌رسد از فسخ می‌توان چنین تعریفی به عمل آورد: حقی است که به موجب قانون یا قرارداد برای احد طرفین، طرفین و یا شخص ثالث، در قالب مدت زمانی مشخص (در عقود لازم) پیش‌بینی می‌شود؛ بنابراین صاحب آن حق خواهد داشت ایقاعاً قرارداد را پایان بخشد.

فصل سوم: مفهوم خاتمه

خاتمه در لغت به معنی پایان و انجام و خاتمه دادن به معنای به پایان رسانیدن و پایان دادن به امری است. (معین، ۱۳۸۵)

در اصطلاح حقوقی در معنای اعم و عرف عام موجود در جامعه‌ی حقوقی، خاتمه از معنای لغوی خود دور نیفتاده و به معنای همان انجام و پایان مورد تعهد از سوی متعهد است. هم‌چنان‌که طبق ماده ۲۱ قانون کار که طرق خاتمه‌ی قرارداد کار در شش بند احصاء گردیده و یکی از موارد آن، پایان کار در قراردادهایی است که مربوط به کار معین است، اصطلاح خاتمه در معنای اعم خود به کار رفته است.^۱

اما باوجود آن‌که خاتمه، عرفاً مفهومی اعم دارد و می‌تواند شامل مواردی مثل فسخ، انفساخ، اقاله، ابطال، ایفای تعهد و اجرای تعهد و مواردی از این قبیل باشد، از لحاظ

۱. ماده ۲۱ قانون کار: «قرارداد کار به یکی از طرق زیر خاتمه می‌یابد: الف- فوت کارگر ... ه- پایان کار در قراردادهایی که مربوط به کار معین است...»

موضوع این تحقیق که اختصاص به قراردادهای پیمانکاری دارد، خاتمه مفهومی متفاوت و خاص دارد؛ زیرا در شرایط عمومی پیمان برای خاتمه، حالات و شرایط خاصی مقرر گردیده است (که مشروح آن به طور کامل در جای خود خواهد آمد). در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان آمده است: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آن که تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه‌ی پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل که نباید بیش‌تر از ۱۵ روز باشد، به پیمانکار ابلاغ می‌کند. کارفرما کارهایی را که ناتمام ماندن آن‌ها موجب بروز خطر یا زیان مسلم است در این ابلاغ تعیین می‌کند و مهلت بیش‌تری به پیمانکار می‌دهد تا پیمانکار بتواند در آن مهلت، این گونه کارها را تکمیل کند و کارگاه را آماده‌ی تحویل کند...»

بنابراین در تحقیق حاضر هر جا از خاتمه‌ی قراردادهای پیمانکاری بحث می‌شود، ناظر به مفهوم عام و متعارف آن نیست، بلکه منظور، مفهوم خاص آن است که مختص قراردادهای پیمانکاری است.

بخش دوم: خصوصیات فسخ و خاتمه در قراردادهای پیمانکاری

قواعد عمومی قراردادها در مورد تمامی قراردادها لازم‌الاجرا هستند؛ بنابراین قراردادهای پیمانکاری نیز نمی‌توانند مستثنی از این قاعده باشند. مثلاً برای فسخ قراردادهای پیمانکاری نیز همچون سایر قراردادها باید عناصر قصد، رضا و اهلیت وجود داشته باشد. پس گذشته از بداهت لزوم رعایت قواعد عمومی قراردادها در قراردادهای پیمانکاری، خصوصاً در مورد بحث حاضر که انحلال قراردادهای پیمانکاری موردنظر است، در این جا لازم است شرایط عمومی پیمان بررسی گردد.

در خصوص انحلال قراردادهای پیمانکاری، در شرایط عمومی پیمان تنها از دو اصطلاح "فسخ" و "خاتمه" استفاده شده است؛ ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، موارد فسخ پیمان را در دو بند "الف" و "ب" به ترتیب ذیل احصا کرده است:

بند "الف" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان: «کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هر یک از موارد زیر پیمان را طبق ماده ۴۷ فسخ کند...». این بند شامل ۱۳ مورد است و بند "ب" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان: «در صورت احراز موارد زیر، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند...» نیز شامل دو مورد است.

در خصوص خاتمه نیز ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان و مواد پراکنده‌ای که ارجاع به ماده ۴۸ مذکور شده، وجود دارد. صدر ماده ۴۸ بدین صورت اختیار مطلق و بدون مدت خاتمه را به کارفرما داده است: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آن که تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه پیمان بگیرد، خاتمه پیمان را ... به پیمانکار ابلاغ می‌کند ...».

به اعتقاد یکی از حقوق‌دانان: «علاوه بر قاعده‌ی مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی (اصاله اللزوم)، لزوم پیمان را می‌توان از مفاد موافقت‌نامه و سایر اسناد و مدارک آن دریافت به ویژه ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان که حق فسخ برای کارفرما قائل است. مع ذلک معلوم نیست علی‌رغم شرط خیار برای کارفرما به چه دلیلی خیار تخلف شرط نیز برای کارفرما پیش‌بینی شده است. علی‌هذا می‌توان گفت ماده ۴۶ و ۴۸ مذکور به نوعی با هم متعارض‌اند؛ زیرا با این که طبق ماده ۴۸ کارفرما به طور گسترده و نامحدود هرزمان بخواهد می‌تواند پیمان را یک‌جانبه فسخ کند، معلوم نیست چرا باید طبق ماده ۴۶ به طور مضیق و محدود بتواند به فسخ آن مبادرت ورزد.» (اسماعیلی هریسی ۱۳۸۲: ۳۳۴-۳۳۵)

این نظر را می‌توان با دقت در مواد مربوط به فسخ و خاتمه در شرایط عمومی پیمان، این‌گونه مورد نقد قرار داد که بنا به دلایل زیر تعارضی میان مواد ۴۶ و ۴۸ مذکور نیست:

۱- در اکثر مواردی که پیمانکار تخطی کرده، تنظیم‌کننده‌ی شرایط عمومی پیمان از اصطلاح "فسخ" استفاده کرده است؛ اما در مواردی که تخلفی صورت نگرفته، بلکه کارفرما بنا به هر دلیلی مصلحت را در انحلال پیمان ببیند یا این که پیمانکار با توجه به اوضاع و احوال پیش‌آمده تنها در موارد مشخص شده در شرایط عمومی پیمان، در صورت ادامه‌ی پیمان، خود را در معرض ضرر و زیان ببیند، تنظیم‌کننده‌ی شرایط عمومی پیمان اصطلاح "خاتمه" را به کار برده است.

۲- شرایط عمومی پیمان حق فسخ را در موارد محدود و احصاء شده، آن هم فقط به کارفرما اعطا کرده است. در حالی که حق خاتمه را ضمن اینکه به صورت مطلق به کارفرما داده است، در مواردی معین، به پیمانکار نیز این حق را داده که به پیمان خاتمه دهد.

۳- آثار فسخ و خاتمه متفاوت است که بررسی آن به بخش آثار موکول خواهد شد.

مبحث اول: خصوصیات فسخ در قراردادهای پیمانکاری

همان طور که قبلاً ذکر گردید، یکی از اسباب انحلال عقد "فسخ" است. در عقد لازم هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را ندارد مگر در موارد معینه. فسخ، ایقاعی است که از خصوصیات آن، از بین بردن اثر قرارداد و برگرداندن به حالت زمان حدوث آن (در حدود امکان و قدرت) است. البته این اختلاف وجود دارد که فسخ از حین وقوع عقد مؤثر است (از جمله در حقوق فرانسه اینگونه است) (امامی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۴۲) یا از حین وقوع فسخ؟ ثمره‌ی اختلاف در نمائات حادث بین عقد و ایقاع و زمان فسخ ظاهر می‌شود. نظر راجح این است که فسخ از حین فسخ مؤثر است. (امامی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۶۵؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۵: ۵۰۳-۵۰۲)

اما در قراردادهای پیمانکاری که ماهیتاً از عقود مستمر محسوب می‌شود فسخ دارای خصوصیتی است که ویژه‌ی این نوع قراردادهاست که در ادامه خواهد آمد.

گفتار اول: ماهیت حقوقی فسخ در قراردادهای پیمانکاری

خیار فسخ، عمل حقوقی است که ماهیت ایقاع را داشته و به وسیله‌ی قانون یا قرارداد و تراضی طرفین ایجاد و به طور یک طرفه نیز اجرا می‌گردد. «قد يلحق به بعض ما هو إيقاع كالشفعه و الإبراء و فسخ الخيار و نحوها» (نراقی، ۱۴۲۲: ۴۳).

حق فسخ در قانون مدنی به ویژه در مبحث سقوط تعهدات تحت عنوان خاص فسخ احصاء نگردیده است. شاید بدین علت باشد که فسخ اساساً قرارداد را منحل و ساقط می‌کند نه تعهد را. مع الوصف نتیجه‌ی غیر مستقیم فسخ و انحلال قرارداد، سقوط تعهد است، زیرا نخست قرارداد ساقط می‌شود و به تبع آن، تعهدات مربوطه قهراً متوقف و ساقط خواهند شد. (نهرینی ۱۳۸۵: ۱)

از حیث ماهیت، خیار حقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث، اختیار فسخ عقد را می‌دهد. اعمال این حق، برخلاف اقاله که با تراضی واقع می‌شود، با یک اراده انجام می‌پذیرد، همچنین نیاز به قصد انشاء دارد و در زمره‌ی ایقاعات است. اراده‌ی باطنی و اشتیاق فسخ کننده به نظر عده‌ای (کاتوزیان ۱۳۶۹: ۵۳) در

عقد اثر ندارد، بلکه تصمیم او باید اعلان شود و چهره‌ی بیرونی و مادی بیابد؛ هر چند که به آگاهی طرف دیگر عقد نرسد.

در طبیعت فسخ، تزلزل و راه بازگشت وجود ندارد. نقش مهم قرارداد سازندگی و ایجاد التزام و پیوند است؛ بنابراین شخص می‌تواند آن‌چه را که برپا داشته فروریزد و پیوندها را بگسلد، چنان‌که از دیرباز اقاله و فسخ قرارداد را همه پذیرفته‌اند. ولی اثر عمده‌ی فسخ، نابودی و گسستن و بازگشت است و به حکم طبیعت خود عملی است قاطع و برگشت‌ناپذیر. (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۳۲۸)

بایستی گفت که فسخ، قطع‌کننده‌ی روابط طرفین است و هیچ حادثه و واقعه‌ای بعد از آن نمی‌تواند در ارتباط با اجرای قرارداد مؤثر واقع شود. لذا کارفرما نمی‌تواند بعد از فسخ، اجرای عقد را خواسته و یا متوسل به تنبیه به علت تأخیر یا جهات دیگر شود و مطالبه‌ی غرامات و خسارات مؤخر بر فسخ نیز جایز نیست ولی نسبت به تخلفات و وقایع قبل از فسخ مانند تأخیرات و غیره که پیمانکار در زمان مقارن با زمان اعتبار عقد مرتکب گردیده است، جاری کردن تضمینات صحیح خواهد بود. (انصاری ۱۳۷۷: ۲۳۷)

گفتار دوم: حق انحصاری کارفرما در فسخ

سؤال اول این است که آیا اساساً حق فسخی در پیمان وجود دارد یا خیر؟ با توجه به آن‌چه تاکنون بیان گردیده، پاسخ مثبت است.

سؤال دومی که در این رابطه می‌توان مطرح کرد این است که آیا خیار فسخ فقط برای یک طرف پیمان منظور شده است یا طرفین حق فسخ پیمان را دارند؟ قبل از پاسخ به این سؤال باید متذکر شد که شرایط عمومی پیمان به لحاظ وجود جنبه‌ی عمومی در قراردادهای پیمانکاری، به ثالث حق فسخ نداده است. حال ممکن است گفته شود اتفاقاً به دلیل عمومی بودن این نوع قراردادها باید ثالث، این حق را داشته باشد که در صورت تضییع حق خود، بتواند قرارداد را فسخ کند؛ اما می‌توان گفت شرایط عمومی پیمان حمایت از دیگران را از نظر دور نداشته است. نمونه‌ی بارز آن بند "و" ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان است که در آن‌جا چنین آورده شده: «پیمانکار متعهد است که دستمزد کارگران خود را طبق قانون کار مرتباً پرداخت کند. در صورتی که در پرداخت دستمزد کارگران تأخیری پیش آید، مهندس مشاور به پیمانکار اخطار می‌کند که طلب

کارگران را پرداخت کند. در صورت استنکاف پیمانکار، کارفرما می‌تواند دستمزد کارگران را ... از محل مطالبات پیمانکار پرداخت کند ... در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از یک ماه، برای ماهی که صورت وضعیت آن پرداخت شده است، کارفرما می‌تواند پیمان را فسخ کند.» در واقع در این جا تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان به نفع ثالث، شرطی را در پیمان گنجانده که حتی عدول از آن از جانب پیمانکار، به موجب بند ۱۲ ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، با ضمانت اجرای پیدایش حق فسخ برای کارفرما روبرو می‌گردد.

بهر صورت، در پاسخ به سؤال مطروحه و در ادامه‌ی این بحث می‌توان گفت تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان به دلیل حسن اعتمادی که به کارفرما به عنوان یک نماینده‌ی عام المنفعه داشته، حق فسخ را در محدوده‌ی ماده ۴۶ در انحصار او قرار داده و اطمینان حاصل کرده که کارفرما منافع طرف قرارداد و ثالث را با اجرای ماده ۴۶ محفوظ نگاه خواهد داشت؛ بدین گونه که با مشاهده‌ی تخلفات مندرج در ماده‌ی مذکور، اقدام به فسخ قرارداد می‌کند.

یکی دیگر از دلایل وجود انحصاری حق فسخ برای کارفرما می‌تواند این باشد که طبق ماده ۴۶ اصولاً تخلف پیمانکار از شرایط قرارداد، سبب ایجاد حق فسخ برای کارفرما می‌شود. این در حالی است که ظاهراً از نظر مقنن، کارفرما هیچ‌گاه تخلفی مرتکب نمی‌گردد؛ بنابراین لازم ندیده برای پیمانکار حق فسخ قائل شود؛ که البته به نظر می‌رسد چنین حسن اعتمادی به کارفرما از سوی مقنن و امتیاز دهی به وی و از سوی دیگر اعمال محدودیت برای پیمانکار و محرومیت وی از داشتن حق فسخ قرارداد کمی غیرمنصفانه و جانبدارانه باشد.

گفتار سوم: تطبیق حق فسخ در قراردادهای پیمانکاری با خیار تخلف شرط

در قانون مدنی از خیارات مختلفی نام برده شده است. خیارات به دو بخش عمده تقسیم می‌شوند؛ دسته‌ای منحصرأً مختص عقد بیع هستند که عبارتند از: خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن. (نجفی، کاشف الغطاء، بی تا، ج ۴: ۳۵) و مابقی خیارات بین عقد بیع و دیگر عقود لازم مشترکند. (ماده ۴۵۶ قانون مدنی)

خیارات مشترک نمی‌توانند در تمام عقود لازم موجود باشند؛ زیرا بعضی از آن خیارات در خور طبیعت معاملات و عقود معوض هستند و در معاملات غیر معوض

جاری نمی‌گردند. (امامی ۱۳۶۶: ۴۸۶)؛ به عبارت دیگر مشترک بودن خيارات به معنی این نیست که در تمامی قراردادهای وجود دارند، بلکه در هر قراردادی بسته به طبیعت و نوع آن می‌توانند وجود داشته باشند. با مذاقه در شرایط عمومی پیمان اجمالاً از میان خيارات مشترک دو نوع خيار فسخ را می‌توان در پیمان مشاهده کرد. این دو نوع خيار عبارتند از خيار تخلف شرط و شرط خيار. (شکری، ۱۳۹۰: ۸۹)

گفته شده است «ظاهراً تبلور خيار تخلف شرط را در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان و تجلی خيار شرط را می‌توان در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان مشاهده کرد. لکن نه تمامی موارد منعکسه در ماده ۴۶ به معنای دقیق کلمه خيار تخلف شرط است و نه تمامی آنچه که مربوط به ماده ۴۸ است را می‌توان خيار شرط دانست. در عین حال غالب موارد درج شده در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در زمره خيار تخلف شرط از قسم تخلف از شرط فعل است و بعضی در زمره شروط فاسخ.» (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۲: ۲۴۸)

البته باید متذکر شد که طبق قانون مدنی مبتنی بر نظر مشهور فقها (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴: ص ۱۵۶)، صرف تخلف از شرط فعل، ایجاد خيار نمی‌کند؛ بلکه مطابق مواد ۲۳۹-۲۳۷ قانون مذکور، هرگاه ملتزم به انجام شرط، از به جا آوردن آن تخلف کند، طرف معامله ابتدا با رجوع به حاکم، تقاضای اجبار به وفاء شرط می‌کند. اگر اجبار غیر مقدور باشد، اما انجام آن به وسیله‌ی شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم سازد. هرگاه اجبار مشروط علیه ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت.

این در حالی است که ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان بنا به مقتضیات قراردادهای پیمانکاری، در اکثر موارد چنین مراتبی را لحاظ نکرده است و حتی در خصوص آنها برای پیدایش حق فسخ، اجبار ملتزم را نیز لازم ندانسته است؛ بلکه صرف تخلف از شرط فعل را سبب ایجاد خيار قرار داده است؛ بنابراین می‌توان از روی مسامحه پذیرفت که اکثر موارد فسخ پیمان طبق ماده ۴۶ خيار تخلف شرط هستند.

خيار تخلف شرط را قانون مدنی به طور کلی تعریف نکرده است. فقط در ماده ۴۴۴ قانون مذکور آمده است: «احکام خيار تخلف شرط به طوری است که در مواد ۲۳۴ الی

۲۴۵ ذکر شده است». طبق ماده ۲۳۴ شرط بر سه قسم است: شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. تشخیص نوع شرط و موارد فسخ قراردادهای پیمانکاری در بخش مربوطه بررسی خواهد شد.

گفتار چهارم: نحوه اعمال حق فسخ توسط کارفرما

همان طور که قبلاً ذکر شد، در ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، موارد فسخ در دو بند "الف" و "ب" و هر بند به طور جداگانه شامل ۱۳ مورد و ۲ مورد یعنی جمعاً در ۱۵ مورد احصاء شده است. با دقت در موارد مذکور در ماده یاد شده مشاهده می‌شود که بسیاری از آن موارد شرط فعل‌اند؛ اما ممکن است این سؤال پیش آید که چرا ماده ۴۶ موارد فسخ را در دو بند از یک دیگر تفکیک کرده است؟ چه ایرادی داشت که همه‌ی آن موارد را بدون تقسیم بندی به دو بند مجزا می‌آورد؟ پاسخ این سؤال را می‌توان از جمع بندی مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان به شرحی که خواهد آمد یافت.

الف: بند "الف" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان

در بند "الف" ماده‌ی مذکور آمده: «کارفرما می‌تواند در صورت تحقق هریک از موارد زیر پیمان را طبق ماده ۴۷ فسخ کند». همان طور که پیداست، تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان در این بند از عبارت "می‌تواند" استفاده کرده است و این نشان می‌دهد نظرش بر این بوده که در صورت وقوع هریک از موارد سیزده‌گانه‌ی این بند -همانند وجود خیار در سایر قراردادها که ذوالخیار مخیر به اعمال فسخ است- کارفرما می‌تواند از حق فسخ خود استفاده کند یا از آن صرف‌نظر کند.

در یکی از کتب مرتبط با شرح شرایط عمومی پیمان (شکری ۱۳۹۰: ۹۴-۹۰) از موارد بند "الف" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، با عنوان "موارد فسخ اختیاری" یاد شده است؛ اما باید گفت درست است که تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان در بند "الف" از واژه‌ی "می‌تواند" استفاده کرده و این هم چیزی جز مفهوم اختیار را از این بند نمی‌رساند؛ اما به نظر می‌رسد عبارت "فسخ اختیاری" ترکیب مناسبی نباشد؛ زیرا حق فسخ، اختیاری است که به صاحب آن داده می‌شود و همین وجود اختیار، معنای فسخ را از معنای انفساخ منفک می‌سازد؛ بنابراین وقتی گفته می‌شود "فسخ"، مفهومی جز

اختیار فسخ یا خیار فسخ نخواهد داشت و دیگر افزودن واژه‌ی "اختیاری" به آن به عنوان مبنای تقسیم بندی، کار مفیدی نخواهد بود. پس بهتر است به جای استفاده از این ترکیب (فسخ اختیاری)، همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، چنین آورده شود که در موارد این بند، کارفرما می‌تواند از حق فسخ خود استفاده کند و یا این که از این حق خود صرف نظر کند؛ هم‌چنان که در سایر عقود، صاحب حق فسخ، چنین اختیاری دارد. اما در این جا ممکن است این ابهام به نظر برسد که با وجود امری بودن شرایط عمومی پیمان، چرا مقنن در این موارد، با وجود تخلف پیمانکار، دست کارفرما را گشوده است که بتواند نسبت به تخلف از قراردادی که جنبه‌ی عمومی دارد، اغماض روا دارد؟ در پاسخ می‌توان چنین استدلال کرد که شاید نظر واضعین شرایط عمومی پیمان بر این بوده که با توجه به آن که کارفرما نهادی عمومی است، از اختیار خود سوء استفاده نخواهد کرد. از آن طرف برای آن که از پیمانکار نیز حمایت کرده باشد، کارفرما را اجبار به انحلال پیمان نکرده است. بلکه به نوعی به پیمانکار این اجازه را داده که در صورت ارتکاب هریک از تخلفات بند "الف"، بتواند به منظور ادامه‌ی پیمان، رضایت کارفرما را با دادن تعهد یا مواردی از این قبیل، جلب کند. هم‌چنین این تدبیر تأییدی است بر اصل لزوم قراردادهای. لذا کارفرما در صورتی که تخلف پیمانکار قابل چشم پوشی باشد و یا بنا به هر دلیل دیگری در اوضاع و احوال پیش آمده، چنین تشخیص دهد که ادامه‌ی پیمان زبانی به بار نمی‌آورد، از اعمال حق فسخ خود صرف نظر می‌کند.

طریقه‌ی اعمال حق فسخ در این موارد، اقدامات و تشریفات خاص خود را دارد که از حوصله‌ی این بحث خارج است. در این جا فقط به اختصار اشاره می‌گردد که طبق اصلاحیه‌ی بند "الف" ماده ۴۷ شرایط عمومی پیمان، به منظور فسخ پیمان به استناد موارد درج شده در بند "الف" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان توسط کارفرما، ابتدا باید موضوع فسخ در هیأتی متشکل از چهار نفر بررسی و تأیید گردد.

ب: بند "ب" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان

در شرایط عمومی پیمان در بند "ب" ماده ۴۶ آمده است: «در صورت احراز موارد زیر، کارفرما پیمان را فسخ می‌کند:

۱- واگذاری پیمان به شخص ثالث

۲- پیمانکار مشمول ممنوعیت قانونی ماده ۴۴ گردد، به استثناء حالت پیش‌بینی شده در بند "ب" آن برای شمول ماده ۴۸.

بنابراین ظاهر ماده و نیز آنچه در عمل اجرا می‌شود، بیانگر این است که تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان برای فسخ در این موارد، کارفرما را نماینده‌ی خود قرار داده است؛ نماینده‌ای که چاره‌ای جز آن ندارد تا دستور فسخی را اجرا کند که شرایط عمومی پیمان به وی داده است. لازم به ذکر است که مطابق تحقیقات انجام شده در این راستا، کارفرما در صورت عدم فسخ در این موارد، مرتکب تخلف شده است.

در این جا نیز نویسنده یاد شده در کتاب خود، از اصطلاح "فسخ اجباری" استفاده کرده است که باز هم باید گفت درست است که واضع شرایط عمومی پیمان در بند "ب" از عبارت "فسخ می‌کند" استفاده کرده است و از این هم به جز مفهوم الزام، چیز دیگری استنباط نمی‌شود؛ اما "فسخ اجباری" ترکیبی نامتناسب به نظر می‌رسد؛ زیرا از مفهوم خیار فسخ، اجبار بر نمی‌آید بلکه اگر بنا باشد اجبار یا در عرصه‌ی اسباب انحلال بگذارد، جایگاه آن جز حیطه‌ی انفساخ نخواهد بود؛ زیرا بر خلاف فسخ که عمل حقوقی است، انفساخ واقعه یا پدیده حقوقی است. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۷۸). پس "فسخ اجباری" معنا نخواهد داشت.

بنابراین بهتر آن است که به جای استفاده از چنین ترکیبی این گونه بیان شود که در مورد بند "ب"، تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان با توجه به طبیعت قراردادهای پیمانکاری و ملاحظاتی که به لحاظ عمومی بودن اینگونه قراردادها باید مدنظر باشد، درباره موارد بند "ب" سخت‌گیری کرده است؛ بنابراین کارفرما به عنوان نماینده‌ی جامعه، با ملاحظه‌ی چنین شرایطی باید قرارداد را فسخ کند.

ابهامی که در مورد این بند قابل طرح است این است که مگر نه این که فسخ به صاحب خود اختیار می‌دهد؛ پس چگونه شرایط عمومی پیمان اختیار را در این جا نادیده گرفته است؟

به نظر می‌رسد اگر این موارد از دید شرایط عمومی پیمان آن قدر مهم بوده که با وجود آن‌ها، تحت هیچ شرایطی تمایل به ادامه‌ی پیمان نخواهد داشت، پس نباید آن‌ها را تحت عنوان فسخ می‌آورد؛ زیرا همان‌طور که ذکر شد، جمع مفاهیم «خیار فسخ و اجبار» با توجه به ماهیت فسخ، نامعقول است. شاید بهتر بود در موارد «واگذاری پیمان

به شخص ثالث» و «شمول قانون منع مداخله ضمن انجام کار تا تحویل موقت» پیمانکار با ضمانت اجرای انفساخ مواجه می‌شود؛ زیرا ماهیت انفساخ با ماهیت قراردادهای پیمانکاری تعارضی ندارد. برای تقویت این پیشنهاد می‌توان چنین استدلال کرد که موارد بند "ب" ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، نیاز به بررسی و تأیید هیأت چهار نفره مذکور در ماده ۴۷ ندارد؛ بنابراین از این جهت نیز انفساخ پیمان با مشکلی مواجه نخواهد شد؛ چه آن که انفساخ نیز نیاز به تشریفات ندارد و به صورت قهری قرارداد را منحل می‌سازد. همچنین با این تدبیر، هدف شرایط عمومی پیمان که مهم جلوه دادن این موارد است، تأمین خواهد شد. چرا که در چنین وضعیتی، تکلیف پیمان بلافاصله به صورت خود به خود روشن می‌شود و دیگر پیمان برای انحلال، منتظر اقدام کارفرما به فسخ نمی‌ماند، بلکه در نهایت کارفرما اقدامات لازم را انجام خواهد داد.

از آن طرف در خصوص «شمول قانون منع مداخله در موقع عقد» می‌توان ضمانت اجرای بطلان را پیشنهاد کرد؛ زیرا از آن جا که در انعقاد قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار باید واجد صلاحیت‌های خاص باشد، با احراز شمول قانون منع مداخله در مورد پیمانکار در حین عقد، در واقع او اهلیت انعقاد قرارداد را نداشته است و همین دلیل می‌تواند برای بطلان پیمان کافی باشد. این تدبیر می‌تواند راه سوء استفاده‌های احتمالی را سد کند. برای توجیه بیش‌تر این نظر می‌توان گفت زمانی که پیمانکار اهلیت انعقاد پیمان را نداشته، در واقع طبق اصول حقوقی اصلاً قراردادی منعقد نگشته تا نیاز به فسخ داشته باشد.

دلیل دیگر جداسازی بندهای ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان این است که فسخ قراردادهای پیمانکاری به استناد هریک از موارد مندرج در بند "ب" همین ماده، نیاز به تشریفات ندارد. بلکه کارفرما می‌تواند رأساً و بدون نیاز به بررسی و تأیید در هیأت مربوطه اقدام به فسخ کند و سپس فسخ پیمان را به پیمانکار ابلاغ کند.

مبحث دوم: خصوصیات خاتمه در قراردادهای پیمانکاری

از آن جا که اصطلاح «خاتمه» در قراردادهای پیمانکاری دارای مفهوم خاص است، خصوصیات منحصر به فردی را نیز در این نوع قراردادها به خود اختصاص داده است که شرح آن‌ها خواهد آمد.

گفتار اول: ماهیت حقوقی خاتمه در قراردادهای پیمانکاری

قانون گذار در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان و چند ماده‌ی ارجاعی به آن، از اصطلاح خاتمه استفاده کرده است. با مذاقه در تمامی این مواد می‌توان دریافت که قطعاً منظور از خاتمه، پایان عملیات موضوع پیمان نیست. مثلاً در صدر ماده ۴۸ آورده شده: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما ... تصمیم به خاتمه‌ی پیمان بگیرد، خاتمه‌ی پیمان را ... به پیمانکار ابلاغ می‌کند...». همچنین خاتمه دارای آثاری است که نشان می‌دهد قرارداد پیمانکاری، روند عادی و معمولی خود را برای به پایان رسانیدن عملیات موضوع پیمان طی نکرده است.

با این توضیحات روشن شد که خاتمه‌ی پیمان، یکی از طرق انحلال قراردادهای پیمانکاری است. با توجه به آن که اسباب انحلال شامل اقاله، فسخ و انفساخ است، باید دید ماهیت خاتمه چیست؟

ماهیت خاتمه قطعاً اقاله نخواهد بود؛ زیرا در هیچ یک از مصادیق خاتمه در شرایط عمومی پیمان، سخنی از تراضی به انحلال نشده است. شرط فاسخ نیز نمی‌تواند باشد؛ زیرا شرط فاسخ نوعی شرط معلق است و انحلال عقد را موکول به واقعه معینی می‌سازد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۷)؛ زیرا صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان - که مهم‌ترین مصداق خاتمه است - بسیار شبیه به خیار شرط است^۱ و در سایر مواد استنادی به ماده‌ی مذکور، تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان از عباراتی مانند "در صورت عدم تمایل پیمانکار" و "با عدم موافقت پیمانکار" استفاده کرده که هیچ کدام از آن‌ها نشانگر انفساخ نیست. لذا به نظر می‌رسد ماهیت خاتمه بسیار به فسخ نزدیک است.

گفتار دوم: صاحب حق در خاتمه

شرایط عمومی پیمان برخلاف این که حق فسخ را مختص کارفرما قرار داده است، این حق را به کارفرما به طور مطلق و به پیمانکار تحت شرایط خاص داده تا به پیمان خاتمه دهد.

۱. با عنایت به مباحثی که خواهد آمد، به نظر می‌رسد با اغماض می‌توان پذیرفت که صدر ماده ۴۸ بیانگر خیار شرط است.

الف: حق خاتمه برای کارفرما

تردید نیست که کارفرما دارای حق خاتمه در قراردادهای پیمانکاری است و هم‌چنان که شرایط عمومی پیمان به کارفرما حق فسخ داده، حق خاتمه نیز به او اعطا کرده است. می‌توان گفت شرایط عمومی پیمان مهم‌ترین مصداق خاتمه را در اختیار کارفرما قرار داده است؛ چرا که در صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، اختیار مطلق و بدون مدت به او داده است که در هر زمان و بنا به هر دلیلی می‌تواند به پیمان خاتمه دهد و نیز علاوه بر این ماده، در مصادیق دیگری از خاتمه بنا به اوضاع و احوال پیش‌آمده، کارفرما می‌تواند به پیمان خاتمه دهد.

ب: حق خاتمه برای پیمانکار

یکی از نویسندگان معتقد است «پیمانکار هیچ گونه اختیاری برای فسخ پیمان ندارد.» (شکری ۱۳۹۰: ۸۹) اگر در این جا منظور از «فسخ»، خاتمه نیز باشد - که البته از فحوای کلام ایشان در سایر متون، همین مسأله برمی‌آید- این مطلب صحیح نیست. نویسنده‌ای دیگر آورده است که «با مذاقه در شرایط عمومی پیمان از میان خیارات مشترک، دو نوع خیار فسخ را می‌توان در پیمان مشاهده کرد. هر دو خیار به نفع کارفرما منظور شده است و پیمانکار هیچ گونه اختیاری برای فسخ پیمان ندارد.» همین نویسنده در جای دیگر می‌گوید «پاسخ این سؤال که آیا خیار فسخ فقط برای یک طرف پیمان منظور شده یا طرفین حق فسخ پیمان را دارند قدری دشوار به نظر می‌رسد زیرا ظاهر پیمان خیار فسخ را در انحصار کارفرما می‌داند اما با دقت در دیگر مواد شرایط عمومی پیمان می‌توان خیار فسخ را برای پیمانکار نیز دریافت.» (اسماعیلی هریمی ۱۳۸۲: ۲۴۶-۲۴۷). ایرادی که در این جا باید ذکر گردد این است که به جای اصطلاح «خاتمه» از اصطلاح «فسخ» استفاده شده است.

شناسایی حق فسخ و یا خاتمه برای کارفرما به علت تخلف پیمانکار یا بدون این تخلف، هرگز به معنی آن نیست که پیمانکار در موارد تخلفات مهم کارفرما از حق فسخ قراردادی محروم بماند، بلکه پیمانکار نیز می‌تواند در مقابل تخلف کارفرما در مواردی از قبیل تجاوز از کاهش یا افزایش مقادیر پیمان از حق مقرر (۲۵٪) و یا تعلیق قرارداد زائد بر سه ماه، از حق خود استفاده کند و به پیمان خاتمه دهد. (انصاری ۱۳۷۷: ۱۹۲)

گفتار سوم: تطبیق حق خاتمه در صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان با خیار

شرط

به اعتقاد یکی از حقوق دانان «ظاهر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، خیار شرط را به نفع کارفرما نشان می‌دهد. لکن استناد به همان ماده در دیگر مواد شرایط عمومی پیمان، بیانگر خیار شرط برای پیمانکار و در مواردی شرط فاسخ پیمان است که پیمانکار را به فسخ پیمان مسلط کرده است.» (اسماعیلی هریسی ۱۳۸۲: ۲۴۸). این حقوقدان در کتاب دیگری آورده است: «ماده ۴۸ به تناسب مورد ممکن است شامل فسخ، نوعی انفساخ و یا ابطال گردد.» (اسماعیلی هریسی ۱۳۸۷: ۳۸۹)

ایرادی که به این عقیده وارد است، این است که هیچ یک از مواد ارجاع شده به ماده ۴۸، بیانگر وجود شرط خیار برای پیمانکار نیست و همچنین بنا به استدلالی که قبلاً ذکر گردید، هیچ کدام از مصادیق خاتمه، شرط فاسخ نیست. بطلان نیز با ماهیت هیچ یک از آن‌ها سازگاری ندارد. جهت روشن شدن بیشتر مساله ابتدائاً لازم است قدری در خصوص خیار تخلف از شرط فعل و تفاوت آن با خیار شرط از جهت فقهی و حقوقی توضیحاتی داده شود تا دیدی روشن‌تر در این رابطه داشته باشیم:

الف- بررسی فقهی و حقوقی خیار تخلف از شرط فعل: هرگاه مشروط‌علیه از وفای به

مفاد شرط استنکاف کند و اجبار وی توسط حاکم ممکن نباشد، در این صورت بدون تردید مشروط‌به حق خواهد داشت که معامله را فسخ کند. این خیار را فقها «خیار تخلف شرط» نامیده‌اند. مستند فقهی این خیار متنوع است؛ از جمله قاعده عقلا، قاعده لاضرر و برخی از فقها نیز مستند آنرا پیوند میان شرط و عقد دانسته‌ند. بهر حال از دیدگاه برخی فقها و حقوقدانان وجود خیار مزبور در فرض عدم امکان اجبار، از مسلمات فقه است و جای تردیدی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۴۳). فقط بحثی که در خصوص اعمال این خیار باقی می‌ماند، ترتیبی یا هم‌عرض بودن اجبار و حق مزبور است؛ یعنی آیا در صورت وجود امکان اجبار برای مشروط‌له، حق فسخ نیز همزمان وجود دارد و به عبارت دیگر مشروط له در انتخاب بین فسخ و اجبار مخیر است؟

برخی فقها در این بین قائل به هم‌عرض بودن آنها و برخی دیگر اعتقاد به ترتیبی یا در طول هم بودن آنها هستند. دیدگاه اول مورد اختیار صاحب تذکره الفقهاء و برخی

دیگر از فقها بوده و دیدگاه دوم مورد قبول شهید ثانی (در کتاب روضه البهیة) و گروهی دیگر از فقها مثل فاضل مقداد و صاحب حدائق است. (محقق داماد، همان: ۲۴۴) که البته شیخ انصاری به عقیده قائلین به هم‌عرضی ایراد می‌کند و معتقد است مادام که شرط قابل ایفا باشد حکم وجوب وفا باقی است. (همان: ۲۴۷). از نظر قانون مدنی دیدگاه گروه دوم یعنی لزوم رعایت ترتیب مورد پذیرش قرار گرفته است و این امر از صراحت ماده ۲۳۹ آن بر می‌آید.

به عقیده نگارنده این مقاله، درست است که قانون مدنی ترتیب مزبور را لازم دانسته است اما می‌توان گفت حکم مزبور آمره نبوده و طرفین معامله می‌توانند خلاف آنرا در قراردادهای خود توافق نمایند؛ زیرا عقلایی نیست خیار تخلف از شرط فعل را - که از سوی طرفین در معامله مورد توافق قرار گرفته است - خلاف مقتضای عقد و آنرا باطل و مبطل بدانیم. در واقع اثر و فایده درج چنین شرطی این است که مشروط له بی‌نیاز از رعایت ترتیب مزبور باشد. در غیر این صورت چه نیاز به درج آن بود و بدون آن نیز قانون مدنی حکم به فسخ معامله می‌داد.

تفاوت عمده و ماهیتی میان خیار شرط و خیار تخلف از شرط فعل آن است که خیار شرط حقی است که منشأ آن توافق طرفین به صورت شرط ضمن عقد لازم برای برهم زدن آن است و استفاده از این حق نیز منوط به مدت معینی است؛ اما خیار تخلف شرط، همان طور که از نام آن پیداست، در اثر تخلف یکی از طرفین عقد از شرایط آن، به طرف دیگر حق می‌دهد که به حیات عقد پایان دهد. به تعبیر دیگر خیار شرط نتیجه‌ی تراضی و خیار تخلف از شرط نتیجه‌ی تخلف از تراضی و امتناع از اجرای تعهد ناشی از آن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۵۴)

ب- بررسی فقهی و حقوقی خیار شرط: مستند قانونی خیار شرط ماده ۳۹۹ قانون مدنی است: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد». فقها به اتفاق خیار شرط را در هر معامله‌ای لازم (اجاره، صلح، مزارعه و مساقات) قابل تحقق می‌دانند و بسیاری از صاحب نظران در تمام عقود جز آن چه استثناء شده است، حکم اباحه را جاری کرده‌اند. قانون

مدنی از نظر اخیر پیروی کرده و خیار شرط را در زمره خیارهای مشترک آورده است.
(کاتوزیان ۱۳۶۹: ۱۶۱)

در فقه عبارت معروفی است که مبنای فقهی و مشروع خیار شرط است که می‌گوید:
«خیار الشرط، فهو بحسب الشرط» (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۳: ص ۴۵۲). ماهیت چنین شرطی از نظر تحلیلی از مصادیق شروط صحیح از نوع شرط نتیجه است؛ یعنی نتیجه عمل حقوقی جعل خیار از طریق شرط در ضمن عقد حاصل می‌شود و قابل اسقاط هم نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۷۵)

عناصر عمده و ارکان خیار شرط از دیدگاه فقهی عبارتند از: ۱- وقوع عقد لازم ۲- عقد لازم قابل اقاله (لذا خیار شرط در نکاح، خلع و وقف راه ندارد) ۳- عدم منافات شرط خیار با مقتضای ذات عقد (در عقد رهن راه ندارد) ۴- تراضی بر درج شرط ۵- موقت بودن خیار (محقق، همان: ۳۸۰)

مستند قراردادی شرط خیار در قراردادهای پیمانکاری، ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان است که تحت عنوان خاتمه‌ی پیمان مقرر می‌دارد: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آن که تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه‌ی پیمان را ... به پیمانکار ابلاغ می‌کند ...».

در این زمینه دیدگاهی به این شرح قابل ذکر است: برای ارزیابی این شرط باید قاعده‌ی حاکم در ماده ۳۹۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هردو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.» در نظر گرفته شود، سپس ماده ۴۰۱ همان قانون در تأکید به تعیین مدت در چنین عقدی اشعار می‌دارد: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است.» اگر قاعده‌ی حاکم در مادتين ۳۹۹ و ۴۰۱ قانون مدنی نسبت به شرط خیار مندرج در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان رعایت و جاری گردد، باید در بطلان آن ماده و اصل پیمان، تردید روا نداشت. چرا که ماده ۴۸ مذکور برای فسخ پیمان مدت تعیین نکرده است؛ به عبارت دیگر نفس ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان که بدون رعایت مفاد ماده ۴۰۱ قانون مدنی - یعنی بدون تعیین تاریخ شرط خیار در سند پیمان آمده است - جز بطلان پیمان هیچ تأثیر دیگری ندارد. به موجب حکم

ماده ۴۰۱ قانون مذکور، چون مدتی برای اعمال خیار تعیین نگردیده لذا هم ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان و هم مجموعه سند پیمان محکوم به بطلان است؛ یعنی این سند مهم و قرارداد با ارزش اداری با آن ماده ۴۸ از ابتدا فاقد آثار حقوقی بوده است و هر آن چه که طرفین از زمان انعقاد آن را رشته بوده‌اند پنبه کرده است.» (اسماعیلی هریسی ۱۳۸۷: ۳۸۸)

این دیدگاه به این شکل ادامه می‌یابد که: «با دقت به دیگر مواد شرایط عمومی پیمان، مواردی یافت می‌شود که برای انحلال یا انفساخ قراردادهای پیمانکاری، به ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان استناد و احاله شده است. این احاله صرف نظر از این که به جاست یا بی‌جا، بیش‌تر ناظر است به اقدامات پس از انحلال و چگونگی تحویل و تحول موضوع پیمان و تسویه حساب پیمانکار. مثلاً مواد ۲۸، ۲۹، ۳۹ و ۴۹ شرایط عمومی پیمان، در پاره‌ای موارد بعضی از روابط طرفین پیمان را به ماده ۴۸ مستند می‌کنند. شاید این استنادات در بادی امر قدری تعجب برانگیز باشد؛ زیرا چگونه می‌توان تصور کرد که بعضی از مواد پیمان، نحوه‌ی امور مربوط به طرفین پیمان را به امری احاله دهند که فی‌نفسه باطل و خود مبطل پیمان است. برای زدودن این حیرت باید گفت که ماده ۴۸ مذکور در ابتدا شرط خیار پیمان را بدون ذکر مدت بیان می‌کند و سپس ترتیبات و اقداماتی که پس از خاتمه‌ی پیمان از حیث چگونگی تحویل موضوع پیمان و نحوه‌ی تسویه حساب پیمانکار و سایر موارد دیگر معمول می‌گردد، برمی‌شمارد. از این روی موادی که بعضی امور مربوط به طرفین پیمان را به ماده ۴۸ مستند می‌کنند ناظر به همان ترتیبات و اقدامات پس از خاتمه‌ی پیمان است نه مربوط به شرط خیار؛ بنابراین هرگاه ماده ۴۸ بالاستقلال و صرف نظر از سایر مواد مرتبط با آن در نظر گرفته شود (یعنی کارفرما هر زمان که بخواهد می‌تواند به فسخ پیمان مبادرت ورزد و این اختیار نیز موکول به مدت معینی نباشد) قانوناً باطل و از درجه‌ی اعتبار ساقط است؛ اما هرگاه مفهوم ماده ۴۸ به سایر مواد مرتبط با آن محدود شود یعنی چنین تلقی گردد که مندرجات صدر ماده‌ی مرقوم ناظر است به دیگر مواد مرتبط با شرایط عمومی پیمان (یعنی هر جا که پیمانکار حق خاتمه‌ی پیمان را داشته، به نحوی به آن ماده مرتبط و عاقبت خاتمه‌ی پیمان به دست کارفرما سپرده شده است) و سایر مندرجات آن ناظر

است به اقدامات و ترتیبات بعد از خاتمه‌ی پیمان، نمی‌توان از آن حکم به ابطال داد. لذا در صحت پیمان از این حیث تردیدی وجود نخواهد داشت.» (اسماعیلی‌هریسی ۱۳۸۷: ۳۸۸) به نظر می‌رسد طبق مفاد مواد مربوط به خاتمه در شرایط عمومی پیمان، قطعاً مقصود تنظیم‌کننده‌ی شرایط عمومی پیمان از ارجاع مواد پراکنده به ماده ۴۸، تنها احاله به اقدامات پس از خاتمه بوده است نه ارجاع به صدر ماده‌ی مذکور. چراکه برخی از آن مواد، حاوی حق خاتمه برای پیمانکار هستند و اگر بنا باشد این گونه برداشت شود که به صدر ماده ارجاع گردیده، تعارض به بار خواهد آورد؛ زیرا چگونه ممکن است پیمانکار حق خاتمه داشته باشد و از آن طرف این حق به خیار شرط کارفرما ارجاع شود، بلکه پیمانکار صرف نظر از خیار شرط کارفرما - که مقوله‌ی مستقل دیگری است - در موارد مشخص شده می‌تواند از حق خود برای خاتمه‌ی پیمان استفاده کند و اکنون که قرارداد خاتمه یافته است، باید اقدامات مندرج در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان انجام پذیرد. هرچند این ایراد به شرایط عمومی پیمان وارد است که اقدامات و ترتیبات پس از خاتمه را ذیل یکی از مصادیق آن آورده است. حال آن که بهتر بود همانند فسخ قراردادهای پیمانکاری، در این جا نیز ماده‌ی علی‌حده‌ای به اقدامات پس از خاتمه‌ی پیمان اختصاص می‌داد، سپس سایر مواد را به این ماده ارجاع می‌کرد.

در این جا این پرسش مطرح است که اگر عقود تابع اراده و مقصود طرفین عقد هستند (العقود تابعه للقصود)، چرا شرط خیار بدون مدت باعث بطلان شرط و عقد می‌گردد؟ چرا اراده‌ی طرفین در صورت توافق می‌تواند آثار عقد لازم را به عقد جایز تسری دهد، اما همان طرفین نمی‌توانند به وسیله‌ی اندراج شرط خیار بدون تعیین مدت، آثار عقد جایز را به عقد لازم تسری دهند؟ این سخت‌گیری به چه دلیل است؟ اساساً مبنای فقهی آن چیست؟

از جهت فقهی نظر مشهور در فقه این است که اعتبار خیار شرط منوط به تعیین مدت است. ذیلاً شایسته است به جهت اهمیت موضوع به بیان و بررسی برخی نظریات فقهی معتبر از قدما بپردازیم:

۱- در کتاب *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع* در خصوص خیار شرط آمده

است:

«خيار الشرط و هو بحسب ما يشترط و لا بدّ أن تكون مدته مضبوطة و لو كانت محتملة لم يجز كقدوم الغزاة و إدراك الثمرات.» (آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ۴۵۱). ملاحظه می‌گردد صریحاً لزوم تعیین مدت برای خيار شرط بیان شده و صاحب کتاب، تعیین مدت را به صورت دقیق و روشن لازم دانسته است و تعیین مدت به صورت احتمالی را قابل قبول نمی‌داند.

۲- محقق حلی در *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام* به شرح فوق عقیده دارد. ایشان فرموده‌اند:

«و هو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة و لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و لو شرط كذلك بطل البيع.» (حلی، ج ۲: ۱۶). ملاحظه می‌گردد از نظر ایشان موكول کردن غایت شرط خيار به آمدن حجاج نمی‌تواند مضبوته باشد و این چنین تعیین مدتی را جایز نمی‌دانند.

۳- علامه حلی در *تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين* آورده است:

«و هو يثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه و لا يتقدر بمدة معينة، بل لهما أن يشترطا مهما شاء بشرط أن تكون المدة مضبوطة و يجوز اشتراطه لأحدهما أو لهما أو لثالث و اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع، فان خرجت و لم يأت بالثمن كاملاً لزم البيع و التلف من المشتري في المدة و النماء له.» (حلی، ۱۴۱۱: ۹۷)

به عقیده علامه حلی در هر بیعی می‌توان شرط خيار تعیین کرد اما باید مدت مزبور مشخص و قابل تعیین باشد.

۴- هم ایشان در *تذكرة الفقهاء* نیز بیان داشته‌اند:

«ثم إن كانت مضبوطة صحّت المعاملة بها و إن كانت مجهولة النقرة احتل جواز المعاملة كما يجوز بيع المعجونات و إن جهلت مقادير بسائطها و المنع، لأنها تطلب لما فيها من النقرة و هي مجهولة القدر.» (حلی، ۱۴۱۱، ج ۵: ۱۲۷)

۵- مرحوم سیوری در *كنز العرفان في فقه القرآن* مبنای فقهی این قاعده را روایت نبوی مشهور معرفی کرده است اما در خصوص روایت مزبور چیزی نیاورده است.

«الرواية مشهورة مضبوطة في كتب الفقهاء بعنوان النبوية المشهورة و صرح المحقق

السبزواری بعدم صحتها» (سیوری، ۱۴۲۵، ج ۱: ۱۶۳)

۶- صاحب کتاب معالم الدین فی فقه آل یاسین بیان داشته است:

«و هو اتفاق لزوم العقد على رأى البائع أو المشتري أو هما مدّة مضبوطة.» (حلی، ۱۴۲۴،

ج ۱: ۳۵۱)

۷- و در نهایت، شهید ثانی در کتاب مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام خود

اینگونه در خصوص لزوم تعیین مدت در خیار شرط استدلال کرده است:

«لا فرق في المدّة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد و منفصلة عنه مع ضبطها، فلو

شرطها متأخرة صار العقد لازما بعد المجلس و جائزا فيها؛ و في جواز جعلها متفرقة

كذلك و جهان، أجمدهما ذلك؛ و خرج بقوله «مدّة مضبوطة» ما لو جعلها محتملة للزيادة

و النقصان، فإنه لا يصح قولاً واحداً و ما لو أطلقا، فإنه لا يصح على الأقوى، خلافاً للشيخ

(رحمه الله) حيث جعله مع الإطلاق ثلاثة أيام، مدّعياً فيه النص و الإجماع؛ و هما ممنوعان.

أمّا الإجماع فواضح و أمّا النص فلم نقف عليه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۲۰۱).

نکات جالبی در بیانات شهید ثانی است. اول اینکه، بیان گردیده است که مدت

می تواند به صورت متصل به عقد یا منفصل از آن باشد. مشروط بر اینکه مدت معین

باشد. دوم اینکه، تعیین مدت به صورت محتمل جایز نیست چون احتمال زیاد و کم در

آن می رود و حالت تزلزل و غرر در آن می رود. سوم اینکه، اگر تعیین مدت به صورت

مطلق باشد و مقید به زمان مشخصی نباشد، بنابر قول اقوا (به جز عقیده شیخ طوسی)

صحیح نیست و مبطل عقد است.

عقیده شاذی که به شیخ طوسی نسبت داده شده عبارت ایشان در کتاب خلاف است

که بیان فرموده اند:

مسألة ۲۵: من ابتاع شيئاً بشرط الخيار:

«و لم يسم وقتاً و لا أجلاً، بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام و لا خيار له بعد ذلك؛ و

قال أبو حنيفة: ان البيع فاسد، فان أجازته في الثلاثة جاز عنده خاصة و إن لم يجز حتى

مضت الثلاثة بطل البيع؛ و قال أبو يوسف و محمد: له أن يجيز بعد الثلاثة؛ و قال مالك: ان لم يجعل للخيار وقتا جاز و جعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة؛ و قال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار، كان له الخيار أبدا. دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم» (شيخ طوسي، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۵)

بنا بر عقیده شیخ طوسی، در صورتی که مدت مطلق باشد و تعیین نشود، برای ذوالخيار سه روز فرصت هست تا اعمال خيار کند و بعد از آن دیگر حقی ساقط می‌شود. ابوحنیفه چنین بیعی را فاسد می‌داند مگر اینکه ظرف مدت سه روز عقد را اجازه دهد که در این صورت صحیح است در غیر این صورت عقد باطل خواهد شد. ابویوسف اما نظری مخالف دارد و می‌گوید اجازه بعد از سه روز نیز عقد صحیح است. به همین صورت عقیده سایر فقهای اهل سنت را بیان می‌کند و در پایان دلیل این عقیده خود را اجماع فرقه و روایات بیان می‌کند که این دلایل از سوی سایر فقهای بعدی مورد نقد و انکار قرار می‌گیرد و بر این اساس عقیده شیخ به عنوان نظری شاذ در فقه امامیه مطرح می‌شود. از جمله اینکه در رد این عقیده یکی از فقها بیان فرموده‌اند:

«فإن اعترض المخالف بما يروونه عن النبي (صلى الله عليه و آله) من أنه قال: الخيار ثلاث. فالجواب عن ذلك أن هذا خبر واحد و قد بينا أن أخبار الآحاد لا يعمل عليها في الشريعة و بإزائه الأخبار الواردة بجواز الخيار أكثر من ثلاثة أيام و لأن قوله (عليه السلام): الخيار ثلاثة أيام لا يمنع من زيادة عليها، كما لم يمنع من نقصان عنها. فإذا قيل: زيادة خيار الشرط على الثلاثة غرر و دخول الغرر في البيع لا يجوز يفسدها. قلنا: و ثبوته في الثلاثة أيضا غرر، لأنه لا يدري في هذه المدة يحصل له البيع أو لا يحصل و مع ذلك فقد جاز البيع مع ثبوت هذا الغرر». (شريف مرتضى، ۱۴۱۵: ۴۳۵)

ایشان بیان می‌فرمایند اگر مستند اینکه مدت خيار (در صورت عدم قید مدت) سه روز است خبر واحد باشد، روشن است که در شریعت نمی‌توان به خبر واحد عمل کرد. در مدت سه روز مزبور باز هم غرر وجود دارد و معلوم نیست در این مدت آیا مبیع از آن مشتری است یا خیر که در این صورت مفید غرر خواهد بود.

علت اینکه فقها قائل به ضرورت تعیین مدت برای خیار شرط هستند مساله غرر است؛ زیرا ابهام در مدت اعمال خیار موجب ابهام در سرنوشت قرارداد و در نتیجه غرری کردن معامله می‌شود از آن جهت که معلوم نیست تا کی باید این معامله را متزلزل دانست. معامله غرری هم که به موجب اجماع فقها و روایت نبوی فاسد و باطل است. مرحوم فقیه دزفولی در کتاب خود به نام کتاب/المکاسب با همین استدلال می‌گوید که اگر مدت خیار مجهول باشد، معامله مخالف کتاب و سنت است چون معامله غرری محسوب خواهد شد؛ زیرا غرر به بیع سرایت می‌کند و موجب فساد آن می‌شود. ایشان مطالب فوق را اینگونه آورده‌اند:

«و ربما يستدلّ علی ذلك بأنّ اشتراط المدّة المجهولة مخالفٌ للکتاب و السنّة؛ لأنّه غررٌ. اللهمّ إنّ أن یراد أنّ نفس الالتزام بخیار فی مدّة مجهولة غررٌ و إنّ لم یکن بیعاً، فیشمله دلیل نفی الغرر، فیکون مخالفاً للکتاب و السنّة. لکن لا یخفی سرایة الغرر إلى البیع، فیکون الاستناد فی فسادّه إلى فساد شرطه المخالف للکتاب کالاکل من القفا. (دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۵:

(۱۱۵)

حال بازمی‌گردیم به اصل بحث و تطبیق نکات فقهی فوق به مساله خیار فسخ بدون مدت در قراردادهای پیمانکاری:

اینکه در حقوق کشورمان نیز به این موضوع اهمیت زیادی داده می‌شود (که متعهد به آن چه پای بند و ملتزم می‌شود، آگاهی کامل داشته باشد و بدون آگاهی خود را در دام نیندازد) به منظور انتظام جامعه و ممانعت از انجام معامله‌ی غرری افراد است؛ زیرا مجهول ماندن مدت در شرط خیار، دامنه‌ی التزام به مفاد عقد را مبهم می‌سازد. پیمانکار که خیار شرط به زیان او شده، نمی‌داند که تا چه اندازه می‌تواند به تعهدات کارفرما اعتماد کند. همه چیز برای کارفرما دلخواه است و هرگاه احساس نارضایتی کند یا سود بیش‌تری را در فسخ پیمان ببیند، می‌تواند از آن قید رها شود و این بزرگ‌ترین ابهام و غرر برای ملتزم به عقد (پیمانکار) است. در این جا شاید گفته شود در موردی که دو طرف (کارفرما و پیمانکار) می‌دانند که خیار فسخ برای همیشه وجود دارد، دیگر ابهام و غرری باقی نمی‌ماند تا به استناد آن بتوان حکم به بطلان پیمان کرد؛ اما اگر فرضاً این سخن درست پنداشته شود و از ابهام و غرر پیمان چشم پوشی گردد، نمی‌توان

از این حقیقت صرف نظر کرد که شرط دائمی خیار در پیمان، انگیزه‌ی اصلی پیمان را که ایجاد التزام و تعهد عقد است، از بین می‌برد. چون اصل بر این است که کلیه‌ی عقود لازم‌اند (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و لزوم عقد، موافق قاعده و موجب نظام معاملات و اطمینان خاطر افراد جامعه است، لذا زوال لزوم آن به راحتی برای قانون گذار پذیرفتنی نیست. پس این زوال لزوم عقد، تحت شرایط قانونی باید صورت پذیرد که در واقع ذکر مدت، آن قاعده را تضمین می‌کند. (اسماعیلی‌هریسی ۱۳۸۲: ۲۶۵-۲۶۴)

در خصوص مدت در شرط خیار نظرات متفاوتی وجود دارد. پاسخ این پرسش که آیا شرط خیار دائمی امکان دارد یا خیر، به مسأله‌ی لزوم تعیین مدت خیار باز می‌گردد. در واقع باید دید آیا مدت‌خیزی که همیشه برای مشروطه مقرر می‌شود معین است؟ گروهی از نویسندگان شرط را معین دانسته‌اند و در تأیید نظر خود می‌گویند، در موردی که دو طرف می‌دانند که خیار فسخ برای همیشه وجود دارد، دیگر ابهام و غرری باقی نمی‌ماند تا به استناد آن بتوان حکم به بطلان عقد کرد.

در فقه، سید محمدکاظم طباطبایی (طباطبایی، ۱۳۷۸: ۴۸) و آخوند ملا محمدکاظم خراسانی (آخوند الخراسانی ۱۴۰۶: ۱۷۶) و از نویسندگان حقوقی دکتر سیدحسن امامی (امامی ۱۳۶۶: ۴۸۹) بر این عقیده‌اند. بعضی دیگر، بطلان شرط و عقد را بر این مبنا تقویت می‌کنند که مفاد شرط، وصف التزام به عقد را که جوهر و مقتضای آن است، از بین می‌برد و آن را به قراردادی جایز تبدیل می‌کند. (نائینی و خوانساری، ۱۳۹۱: ۴۰).

شرط خیار اگر برای مدتی محدود و معین باشد، با مقتضای اطلاق عقد منافات دارد و با بقای التزام به عقد تعارض پیدا نمی‌کند. ولی خیار همیشگی قید و پای‌بندی را به کلی برمی‌دارد، چندان که دیگر نمی‌توان عقد را «عقد مؤکد» نامید و از وعده و نوید بازشناخت.

این هر دو استدلال قوی است. شرط دائمی خیار ابهام و غرری باقی نمی‌گذارد، ولی انگیزه‌ی اصلی عقد را که ایجاد التزام به معامله است بیهوده می‌کند. درست است که عقد جایز را می‌توان به نیروی تراضی الزام آور ساخت و در عقد لازم نیز شرط خیار کرد و از التزام به آن کاست، ولی هیچ یک از این دو مقدمه امکان برهم زدن التزام به عقد را ثابت نمی‌کند. در قراردادهای گرایش و حرکت به سوی ایجاد قید و پای‌بندی و التزام

است. در بعضی عقود که مورد نیاز جامعه است، دو طرف در عین حال که می‌خواهند اعتماد و گاه احسان به یک دیگر را ابراز کنند، مایل نیستند آزادی و اختیار خود را از دست بدهند. قانون‌گذار نیز بر مبنای همین تمایل ظاهری، عقودمانند وکالت، عاریه، ودیعه، مضاربه و جعاله را جایز قرار داده است. پس اگر دو طرف با استفاده از وسیله‌ی شرط ضمن عقد بخواهند برای خود ایجاد التزام کنند، با مانعی روبرو نمی‌شوند؛ زیرا در راستای قاعده‌ی عمومی قراردادهای گام برمی‌دارند. ولی در فرضی که می‌خواهند از التزام خود بکاهند و پیمانی را دلخواه سازند، در جهتی مخالف قاعده می‌روند و باید جواز عبور خاص داشته باشند.» (کاتوزیان: ۱۳۶۹: ۱۶۷-۱۶۶)

گفتار چهارم: توجیه حقوقی صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان

حقوقدانان چهار توجیه برای شرط خیار کارفرما در قراردادهای پیمانکاری به شرح ذیل بیان کرده‌اند که نقد و بررسی این توجیهاست، پس از ذکر آن‌ها خواهد آمد:

«اصل بر صحت معاملات است مگر این که فساد آن معلوم شود (ماده ۲۲۳ قانون مدنی). کوشش قانون بر این است که حتی المقدور از بطلان عقد جلوگیری شود و افراد جامعه بر بنیادهای حقوقی خود ملتزم باشند و با هر نکته‌ی ظریفی حکم به بطلان قرارداد صادر نشود. حال با توجه به این که ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان بدون قید مدت در شرط خیار، بطلان پیمان را مدلل می‌سازد، آیا می‌توان با توجیهاست حقوقی کوشش کرد تا از موجودیت این قرارداد مهم در مقابل زوال و اضمحلال آن جلوگیری و دفاع کرد؟ این امر مستلزم تمهید مقدمات زیر است:

۱- از آن‌جا که ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان از "مصلحت" و "علل دیگر" جهت خاتمه دادن در پیمان یاد می‌کند و از طرف دیگر در بعضی مواد شرایط عمومی پیمان فسخ پیمان را مستند به ماده ۴۸ می‌کند، لذا می‌توان این طور استنباط کرد که منظور از "مصلحت" و "علل دیگر" همان مصالح درج شده در مواد مزبور است. در این صورت کیفیت اعمال فسخ پیمان محدود و مضیق می‌شود به همان موارد مورد بحث. با این دید، ماده ۴۸ فی نفسه و بالاستقلال برای خاتمه دادن پیمان بی‌خاصیت می‌شود و برای اعمال مفاد آن ماده باید به موادی توجه کرد که صریحاً برای انحلال پیمان از آن استفاده می‌شود. در این صورت می‌توان گفت کارفرما خیار شرط در پیمان ندارد.

مثلاً طبق بند "ج" ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، اگر وضعیت قهری بیش از شش ماه ادامه یابد، کارفرما طبق ماده ۴۸ به پیمان خاتمه می‌دهد. به موجب این ماده به لحاظ بروز حوادث قهری، مصلحت کارفرما بر این است که پیمان را الزاماً خاتمه دهد و هر گونه احتمال ضرر و زیان برای کارفرما و مآلاً برای بودجه‌ی عمومی خواهد بود.

۲- هرچند پیمان علی‌الظاهر شبیه قراردادهای الحاقی است و در قراردادهای الحاقی حکومت، اراده رنگ خود را تا حدود زیادی می‌بازد، مع الوصف پیمان را نباید با قراردادهای الحاقی مقایسه کرد؛ زیرا آن نوع قراردادها بین اشخاص حقوق خصوصی منعقد می‌گردد و بیش‌تر منافع مادی بنگاه‌ها و شرکت‌های عظیم اقتصادی را تأمین می‌کند، لکن پیمان که جزء قراردادهای اداری است، مصالح اجتماعی را مدنظر قرار می‌دهد. انگیزه‌های منبعت از این دو نوع قراردادها با هم یکسان نیستند. پس وجود ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان برای صیانت از این مصالح اجتماعی است.

۳- گرچه پیمان فی‌نفسه به عنوان عقد واحد تلقی می‌شود و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بین کارفرما و پیمانکار منعقد می‌گردد و هرچند سند "موافقت‌نامه" هسته‌ی مرکزی پیمان را تشکیل می‌دهد و سایر اسناد و مدارک پیمان از جمله شرایط عمومی آن، توافقات مقید و مشروطی بر سند موافقت‌نامه هستند، مع هذا جملگی تابع (موافقت‌نامه) و متبوع (شرایط) هستند. با این حال مفاد پیمان طوری تنظیم شده که بسیاری از تعهدات تبعی (شروط) پیمان می‌توانست به صورت مستقل مورد توافق قرار بگیرد اما بنا به اقتضای پیمان، آن تعهدات مستقل به صورت شرط ضمن عقد در پیمان گنجانده شده است.

۴- مفاد پیمان به گونه‌ای است که جزء عقود عهدی است به نحوی که پیمانکار هم تعهداتی برای انجام موضوع پیمان دارد و هم متعهد به تملیک مواد، اجناس و کالاهایی است که در عملیات موضوع پیمان مصرف یا نصب شده و یا باقی مانده‌اند. وانگهی از آن جهت که پیمان از عقود مستمر است لذا طبیعت و اقتضای آن ایجاب می‌کند که اجرای موضوع پیمان به صورت تدریجی انجام شود و متقابلاً طرفین نیز به تدریج و با توجه به پیشرفت کار به تعهدات خود در برابر هم قیام کنند. با توجه به مراتب فوق چون هر قسمت از اجرای کار تعهد و عقد مجزایی از کل پیمان را شامل

می‌شود (به ویژه آنکه پرداخت‌ها در مقاطع زمانی معین صورت می‌پذیرد و آن را می‌توان قرینه‌ای برای تعیین مدت محسوب داشت) و با توجه به این که مطابق بند "د" ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، کارفرما هزینه‌ها و خسارت‌های وارده به پیمانکار را در اثر خاتمه دادن به پیمان، پوشش می‌دهد، پس ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان بدون مدت را نباید از علل بطلان آن برشمرد و لزوم هر قسمت از موضوع پیمان را در جای خود ملاحظه کرد. (اسماعیلی‌هریسی ۱۳۸۲: ۲۶۷-۲۶۵)

قبل از ورود به بررسی توجیحات مذکور، باید این نکته ذکر گردد که استفاده از دو اصطلاح «فسخ» و «خاتمه» به جای یک‌دیگر قابل توجیه نیست؛ زیرا هرکدام از آن‌ها به خصوص در قراردادهای پیمانکاری دارای بار حقوقی مخصوص به خود هستند.

در مورد توجیه اول باید گفت به هیچ وجه نمی‌توان مواد ارجاعی به ماده ۴۸ را از مصادیق «مصلحت» و «علل دیگر» مذکور در این ماده دانست؛ زیرا همان طور که قبلاً نیز ذکر شد، با چنین برداشتی مواد با یک دیگر تعارض پیدا خواهند کرد به این دلیل که در برخی مواد ارجاعی، پیمانکار حق خاتمه دارد و در برخی مواد دیگر، کارفرما؛ بنابراین شناخت صاحب حق خاتمه با مشکل جدی روبرو می‌شود. همچنین از لحاظ شرایط عمومی پیمان چنین نتیجه‌ای بر نمی‌آید، چرا که تنظیم‌کننده‌ی شرایط عمومی پیمان وقتی صحبت از «مصلحت» و «علل دیگر» می‌کند، منظورش علتی غیر از مصادیقی از خاتمه است که به ماده ۴۸ ارجاع شده است. در غیر این صورت به جای عبارات «مصلحت» و «علل دیگر» از «علل مذکور در سایر مواد پراکنده» یا «عللی که به موجب سایر مواد به این ماده ارجاع شده» و مانند این‌ها استفاده می‌کرد.

از طرف دیگر به هیچ عنوان نمی‌توان حق مطلق کارفرما را برای خاتمه انکار کرد - که به صراحت در ماده ۴۸ بیان شده است؛ بنابراین نباید برای چشم پوشی از خطای شرایط عمومی پیمان، گرفتار توجیهی اشتباه شد.

توجیه دوم را می‌توان این گونه تقویت کرد که قراردادهای پیمانکاری به لحاظ عمومی بودن خود، پیرو قواعد امری‌اند، بنابراین در برخی موارد اقتضائاتی متفاوت از سایر عقود را ایجاب می‌کنند، در این باره نیز مصلحت عموم جامعه، چنین شرطی را با چنین ویژگی‌هایی به وجود آورده است.

در خصوص توجیه سوم، باید گفت اگر بنا باشد خیار شرط مندرج در صدر ماده ۴۸ محکوم به بطلان گردد، چه تفاوتی وجود دارد که خیار شرط بدون مدت به عنوان شرط ضمن عقد بیاید یا این که به صورت مستقل مورد توافق قرار گیرد، چرا که در هر حال چنین توافقی مرتبط با همین قرارداد است. همچنین با توجه به طبیعت قراردادهای پیمانکاری به نظر نمی‌رسد چنین امری به لحاظ قانونی صحیح باشد که توافقی غری و باطل بتواند به صورت مستقل مورد تراضی قرار گیرد؛ چه آن که بازهم با چالش‌های موجود مواجه خواهد شد.

در مورد توجیه پایانی نیز باید گفت هرچند در قراردادهای پیمانکاری به هر جزء از کل (مثلاً هر مترمکعب از کل مترژ) دستمزد قراردادی تعلق می‌گیرد، اما نمی‌تواند توجیهی مناسب باشد؛ زیرا زمانی که پیمانکار قرارداد را منعقد می‌کند نظر به کل پیمان دارد، بنابراین بازهم وضعیت او در قرارداد متزلزل است و جبران خسارت نیز قطعاً ضمانت ثبات قرارداد برای پیمانکار نیست.

در نهایت می‌توان گفت اگر ماهیت حق خاتمه‌ی پیمان مندرج در صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان شبیه خیار شرط در نظر گرفته شود نه خود خیار شرط، بنابراین نیاز به توجیه برای عدم بطلان و مبطل بودن شرط وجود ندارد و از طرفی باید سعی شود صدر ماده ۴۸ به گونه‌ای تفسیر گردد که سبب بطلان شرط و قرارداد نشود، چراکه اعتقاد به باطل دانستن چنین سند مهمی بسیار دشوار است. حق مطلق کارفرما برای خاتمه را می‌توان با ماهیت قراردادهای پیمانکاری عمومی توجیه کرد. هرچند ایرادات ناعادلانه بودن این اختیار مطلق و نیز کاهش انگیزه‌ی پیمانکاران درجه اول برای ورود به انعقاد قراردادهای پیمانکاری عمومی به موجب چنین شرطی قابل چشم‌پوشی نیست. اگر مقصود تنظیم کننده‌ی شرایط عمومی پیمان، جواز پیمان نسبت به کارفرماست که صدر ماده ۴۸ نیز تقریباً چنین نتیجه‌ای به دست می‌دهد، نباید شرط غیرقانونی را می‌آورد. چه ایرادی داشت که صراحتاً قراردادهای پیمانکاری را لازم - جایز اعلام می‌کرد. در پاسخ می‌توان گفت شاید نظر بر آن داشته تا به کارفرما حق فسخ نیز بدهد، زیرا آثار آن‌ها را از هم تفکیک کرده است.

نتیجه‌گیری

مفهوم فسخ در قراردادهای پیمانکاری همان مفهوم فسخ در قواعد عمومی قراردادها را دارد. منتها شرایط و آثار آن متفاوت با آن چیزی است که قانون مدنی پیش بینی کرده است؛ اما خاتمه در قراردادهای پیمانکاری دارای مفهوم، شرایط و آثار ویژه‌ای است.

واژه‌ی «خاتمه» عنوان بسیار مناسبی برای بیان یکی از اسباب انحلال قراردادهای پیمانکاری است، چراکه مقصود نه اقاله است، نه فسخ و نه انفساخ. بلکه وضعیت و شکل خاصی از انحلال قراردادهای مذکور است؛ بنابراین پیرامون قراردادهای پیمانکاری باید به «خاتمه» به عنوان یک اصطلاح تخصصی نگاه کرد.

باید گفت حق خاتمه‌ای که شرایط عمومی پیمان بدون قید و شرط به کارفرما داده است، می‌تواند راه سوءاستفاده را فراهم کند، لذا باید تدبیری اندیشیده شود تا این معضل برطرف گردد. به طور مثال به جای صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، مواردی که در راستای اجرای عملیات موضوع پیمان توسط پیمانکار شایع است و به منافع عمومی لطمه می‌زند، به صورت موردی (همانند احصاء عوامل مستوجب حق خاتمه‌ی پیمانکار) مشخص و تعیین گردد؛ زیرا وضع موجود به لحاظ اصول و قواعد حقوقی مناسب به نظر نمی‌رسد، چراکه از یک طرف کارفرما حق خاتمه‌ی مطلق دارد و از طرف دیگر در دو ماده‌ی متفاوت از شرایط عمومی پیمان به دو مورد از حق خاتمه‌ی کارفرما اشاره شده است. همچنین در مورد فسخ سخت‌گیری به عمل آورده درحالی‌که در مورد خاتمه چنین حق غیرقابل توجیهی پیش بینی گردیده است.

ظاهر امر بیانگر این است که در فسخ، پیمانکار مرتکب تخلف گردیده، به همین دلیل شرایط عمومی پیمان صلاح را در این دیده که به پیمانکار حق فسخ ندهد، چراکه کارفرما نماینده‌ی عموم است و خلاف منفعت عمومی اقدامی نمی‌کند و از طرفی به دلیل حمایت از پیمانکار، تحت شرایط خاصی به وی این حق را داده که بتواند به قرارداد خاتمه بخشد زیرا در مورد خاتمه، حتی زمانی که پیمانکار هیچ تخلفی را مرتکب نشده باشد، کارفرما حق خاتمه خواهد داشت؛ بنابراین وقتی به پیمانکار چنین حقی را می‌دهد، دیگر ذهن به سمت و سوی تخلف کارفرما نمی‌رود.

به‌طور کلی شرایط عمومی پیمان به کارفرما اختیارات وسیعی داده است و تبعاً در خصوص فسخ و خاتمه نیز این امر دیده می‌شود؛ چراکه برای مثال در مورد فسخ، برای پیمانکار حقی تحت عنوان حق فسخ لحاظ نشده و به هیچ وجه موردی از فسخ از جانب پیمانکار نمی‌تواند واقع شود زیرا منبع قانونی ندارد. در مورد خاتمه نیز اختیار مطلق کارفرما برای خاتمه‌ی پیمان، همواره وضعیت پیمانکار را در معرض تزلزل قرار خواهد داد. درحالی‌که به لحاظ قدرتی که کارفرمای عمومی دارد، پیمانکار کمتر می‌تواند سوءاستفاده کند، بنابراین این پیمانکار است که باید توسط شرایط عمومی پیمان بیش‌تر مورد حمایت قرار گیرد، طوری که میان حقوق و تکالیف کارفرما و پیمانکار توازن برقرار باشد.

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. الآخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، حاشیه کتاب المکاسب، المصحح: السید مهدی شمس‌الدین، الطبع الاولی.
۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۲)، شرح حقوقی پیمان، چاپ زحل.
۴. اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۷)، مبانی حقوق پیمان، انتشارات جاودانه، چاپ چهارم.
۵. امامی، سیدحسن (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ ششم.
۶. انصاری، مسعود؛ محمدعلی طاهری (۱۳۸۵)، دانشنامه‌ی حقوق خصوصی، چاپ مهارت، چاپ دوم.
۷. انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوق‌دان، چاپ اول.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم.
۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۱ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۱ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم.
۱۱. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۱۲. حلّی، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: انتشارات مرتضوی، چاپ اول.
۱۳. حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع القطان (۱۴۲۴ق)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، چاپ اول.
۱۴. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، مؤسسه‌ی لغت‌نامه‌ی دهخدا، دانشگاه تهران.
۱۶. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامیة، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۷. شکر، نادر (۱۳۹۰)، آشنایی با امور پیمان‌ها و قراردادهای، انتشارات سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور، چاپ اول.
۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۹۲)، حقوق مدنی (سقوط تعهدات)، انتشارات مجد، چاپ هفتم.
۱۹. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۰. طباطبایی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۸)، حاشیه بر مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان.
۲۱. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۶ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، چاپ اول.
۲۲. عمید، حسن (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی عمید، چاپخانه سپهر، چاپ هشتم.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، اعمال حقوقی (قرارداد- ایقاع)، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، قواعد عمومی قراردادها (انحلال قرارداد، خیارات)، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۲۵. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. معین، محمد (۱۳۸۰)، فرهنگ فارسی معین، انتشارات معین.
۲۷. نائینی، محمدحسین؛ شیخ موسی خوانساری نجفی (۱۳۹۱)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، قم: موسسه انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۸. نراقی، مولی محمد بن احمد (۱۴۲۲)، مشارق الاحکام، قم: کنگره نراقیین ملاً مهدی و ملاً احمد.
۲۹. نهرینی، فریدون (۱۳۸۵)، ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
۳۰. دفترچه شرایط عمومی پیمان
۳۱. قانون کار
۳۲. قانون مدنی
۳۳. مصاحبه شفاهی با کارشناسان مستقر در استانداری خراسان رضوی و اداره‌ی راه و شهرسازی خراسان رضوی