

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه قم

دانشکده آموزش های الکترونیک
پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان :

نقد قراردادهای پیمانکاری دولتی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب

استاد راهنما:

دکتر اسماعیل نعمت الهی

استاد مشاور:

دکتر سید علی اصغر موسوی رکنی

نگارنده:

مهرداد تیموری جروکانی

زمستان ۱۳۹۱



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

«صورت جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد»

با تاییدات خداوند متعال و با استعانت از حضرت ولی عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف)

جلسه دفاعیه پایان نامه کارشناسی ارشد آقای/خانم: رشته:

تحت عنوان

با حضور هیات داوران در محل دانشگاه قم در تاریخ: / / تشکیل گردید.

در این جلسه پایان نامه با نمره (به عدد.....، به حروف و.....

درجه: عالی بسیار خوب خوب قابل قبول مورد دفاع قرار گرفت.

امضاء	مرتبه علمی	سمت	نام و نام خانوداگی
		استاد راهنما	
		استاد مشاور	
		استاد ناظر	
		استاد ناظر	
		نماینده کمیته تحصیلات تکمیلی	

مدیر آموزش و تحصیلات تکمیلی

نام و امضاء

معاون آموزشی و پژوهشی دانشکده

نام و امضاء

تقدیم به:

«پدر بزرگوار و مادر بزرگوار و همسر مهربانم» و «پیشکش به شهیدانی که جان و مال خود را در
راه وطن فدا کردند.»

تشکر و قدردانی:

آفرین جان آفرین و جان جان
آنکه هست او آشکارا و نهان
در مقام لایزالی آشکار
در درون عاشقان بی قرار
آسمان یک پرده از اسرار او
وین زمین یک نقطه از پرگار او

پس از حمد و ستایش پروردگار متعال، بر خود فرض می دانم از زحمات عالمانه و دلسوزانه استاد محترم راهنما،
جناب آقای **دکتر اسماعیل نعمت الهی** و استاد محترم مشاور، جناب آقای **دکتر سید علی موسوی رکنی**
نهایت سپاسگزاری و قدردانی را داشته باشم.

چکیده:

حکمرانی مطلوب با شاخصه‌هایی نظیر، شفافیت، پاسخگویی، وفاق محوری و... در حوزه‌های مختلفی از زندگی آدمی و از جمله در حقوق، در بحث قراردادهای پیمانکاری دولتی تاثیر گذار بوده است. از آنجا که نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری در ایران در همه موارد منطبق با اصول و شاخصه‌های تعریف شده جهانی حکمرانی مطلوب در این مورد نیست، نگارنده پس از بازتعریف قرارداد اداری و حکمرانی مطلوب، به نقد این قراردادها پرداخته است. به دلیل آنکه در زمان نقد یک پدیده نباید تنها به جنبه‌های منفی آن توجه داشت، پس از طرح جنبه‌های مثبت نقد، نظیر پذیرش اصول کلی رقابت، بی طرفی و عدم تبعیض در انتخاب طرف معامله، اعمال شفافیت در دسترسی به اطلاعات و... جهات منفی، مورد نقد قرار گرفته اند. مستثنی ساختن برخی از دستگاه‌ها از شمول مقررات معاهده، برگزاری مناقصه به صورت انحصاری و محدود، تعدد قوانین ناسخ و منسوخ و دیگر موارد از انتقادات وارد بر نظام قراردادهای پیمانکاری دولتی در نظام حقوقی ایران می‌باشد. حفظ منافع عموم ایجاب می‌کند در صورت داشتن حداقل‌ها و استانداردهای پذیرفته شده، حکمران مطلوب سازوکارهای دسترسی و بهره‌مندی مناسب از این قراردادها را در اختیار همه مردم قرار دهد. این مهم در کنار اجرای صحیح قراردادهای دولتی تنها در سایه پیروی از اصول حکمرانی مطلوب میسر است که نگارنده به تحلیل و ارزیابی مفصل آن در این رساله پرداخته است.

واژگان کلیدی:

پیمانکاری دولتی، حکمرانی مطلوب، پاسخگویی، شفافیت، مناقصه

چکیده

مقدمه- تشریح ابعاد موضوع تحقیق ۷

۱- بیان مسئله ۷

۲- سوالات تحقیق ۷

۳- فرضیه تحقیق ۸

۴- ضرورت و اهداف تحقیق ۸

۵- پیشینه تحقیق ۹

۶- روش تحقیق ۹

فصل اول- مفاهیم و کلیات ۱۰

۱-۱- تعریف قرارداد اداری یا دولتی ۱۰

۲-۱- تعریف قرارداد مقاطعه یا پیمانکاری ۱۲

۳-۱- معیارهای تشخیص قراردادهای پیمانکاری دولتی ۱۳

۳-۱-۱- معیار قانونی برای تشخیص قراردادهای اداری ۱۳

۳-۲- معیارهای علمی برای تشخیص قراردادهای پیمانکاری دولتی ۱۴

۳-۲-۱- قرار گرفتن دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد ۱۴

۳-۲-۲- استفاده دولت از امتیازات قدرت عمومی ۱۷

۳-۲-۳- ارائه خدمات عمومی ۱۸

۴-۱- انواع قراردادهای دولتی ۱۹

۴-۱-۱- قراردادهای استخدامی ۱۹

۴-۲- قراردادهای نمایندگی خدمات عمومی ۲۰

۴-۳- قراردادهای مقاطعه یا پیمانکاری ۲۰

۴-۴- قراردادهای امتیاز خدمات عمومی ۲۱

۴-۵- قراردادهای عاملیت ۲۳

- ۲۳ ۱-۴-۶-قرضه عمومی
- ۲۳ ۱-۵-بررسی ماهیت قراردادهای پیمانکاری دولتی
- ۲۴ ۱-۵-۱-قائلین به یکسانی قرارداد پیمانکاری دولتی و خصوصی
- ۲۶ ۱-۵-۲-قائلین به تفاوت قرارداد پیمانکاری دولتی و خصوصی
- ۲۷ ۱-۵-۳-نظریه مختلط یا ترکیب
- ۲۸ ۱-۶-اصول حاکم بر خدمات عمومی در قراردادهای پیمانکاری دولتی
- ۲۹ ۱-۶-۱-اصل استمرار
- ۲۹ ۱-۶-۲-اصل انطباق با علم روز
- ۳۰ ۱-۶-۳-اصل بی طرفی و تساوی
- ۳۲ ۱-۷-حکمرانی مطلوب
- ۳۳ ۱-۷-۱-تعریف لغوی حکمرانی
- ۳۳ ۱-۷-۲-تعریف و مفهوم حکمرانی
- ۳۶ ۱-۷-۳-تحول در مفهوم حکمرانی
- ۳۷ ۱-۷-۴-تعریف و مفهوم حکمرانی مطلوب
- ۳۸ ۱-۷-۵-مبانی تاریخی حکمرانی مطلوب
- ۴۰ **فصل دوم-مصادیق و اصول حکمرانی مطلوب**
- ۴۰ ۲-۱-حکمرانی مطلوب در اندیشه هایسیاسی،حقوق بشری و اقتصادی
- ۴۰ ۲-۱-۱-دیدگاه سیاسی راجع به حکمرانی مطلوب
- ۴۱ ۲-۱-۲-دیدگاه حقوق بشری راجع به حکمرانی مطلوب
- ۴۳ ۲-۱-۳-دیدگاه اقتصادی راجع به حکمرانی مطلوب
- ۴۴ ۲-۲-شاخصه های حکمرانی مطلوب
- ۴۵ ۲-۲-۱-مشارکت
- ۴۷ ۲-۲-۲-شفافیت

۴۹ ۳-۲-۲ آزادی اطلاعات
۵۲ ۴-۲-۲ پاسخگویی
۵۵ ۵-۲-۲ کارآمدی و اثر بخشی
۵۶ ۶-۲-۲ حاکمیت قانون
۵۸ ۷-۲-۲ برابری و عدم تبعیض
۶۱ ۸-۲-۲ انصاف و فراگیری
۶۱ ۹-۲-۲ مبارزه با فساد اداری
۶۴ ۱۰-۲-۲ تقویت نهادهای جامعه مدنی
۶۶	فصل سوم- جهات حکمرانی مطلوب در پیمانکاری دولتی
۶۶ ۱-۳ جهات مثبت مورد نقد
۶۶ ۳-۱-۱ انجام معامله از طریق مناقصه و مزایده
۶۸ ۳-۱-۲ توجه به کیفیت در راستای ارائه خدمات عمومی
۶۹ ۳-۱-۳ پذیرش اصل کلی رقابت، بی طرفی و عدم تبعیض در انتخاب طرف معامله
۷۱ ۳-۱-۴ مبارزه با فساد اداری به موجب قوانین پیشگیرانه
۷۲ ۳-۱-۵ اعمال شفافیت از طریق دسترسی همگان به اسناد مورد معامله
۷۴ ۳-۱-۶ جبران خسارت ناشی از تحصیل منفعت در معاملات دولتی
۷۶ ۳-۱-۷ اجازه واگذاری پیمان به بخش خصوصی
۷۸ ۳-۲ جهات منفی مورد نقد
۷۸ ۳-۲-۱ مستثنی ساختن برخی از دستگاه ها و معاملات از شمول مقررات
۸۱ ۳-۲-۲ برگزاری مناقصه به صورت انحصاری، یک مرحله ای و محدود
۸۳ ۳-۲-۳ عدم تعادل و توازن در میزان حقوق طرفین معامله در وقوع تاخیرها
۸۴ ۳-۲-۴ حق اخراج کارگر توسط مشاور یا نماینده او
۸۵ ۳-۲-۵ عدم نیاز به انتشار آگهی در مناقصه های محدود

۳-۲-۶-عدم وجود مراجع تخصصی برای رسیدگی به اختلافات ۸۶

۳-۲-۷-تعدد قوانین ناسخ و منسوخ و سردرگمی دستگاه های دولتی ۸۷

نتیجه گیری و پیشنهادات ۸۸

فهرست اختصارات

شرایط عمومی پیمان ش.ع.پ

قانون برگزاری مناقصات ق.ب.م

قانون مجازات اسلامی ق.م.ا

مقدمه- تشریح ابعاد موضوع تحقیق

۱- بیان مسئله

نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای در دو عرصه حقوق عمومی و حقوق خصوصی متفاوت از یکدیگر می باشند. آنچه در این میان مهم تلقی می شود این است که آیا بین قراردادهای اداری و خصوصی از جهت ماهیت و آثار و اصول حاکم تفاوتی وجود دارد یا خیر؟ قراردادهای اداری امروزه تحت تاثیر اصول حکمرانی مطلوب یا به تعبیر برخی از حقوقدانان «به‌زامداری»^۱ قرار گرفته است. از آن جایی که بسیاری از منابع تامین مالی دولت ها از طریق قرارداد های دولتی و پیمانکاری ها می باشد و این قرارداد ها حجم مالی عظیمی را به خود اختصاص می دهند، در فرآیند انعقاد و اجراء باید از سازوکارهای دقیق و شفاف نظارت برخوردار باشند. قراردادهای اداری فرصت مناسبی برای توسعه و تحول نظام مالی و اقتصادی در یک کشور محسوب می - شوند، اما از طرفی فرصت مناسبی برای کسب درآمدهای نامشروع برای افراد فرصت طلب است. در این خصوص تبعیت از نظام ویژه حقوقی تحت عنوان نظام حکمرانی مطلوب در پرتو شاخصه هایی مانند پاسخگویی، مشارکت و شفاف سازی، نظام حقوقی ویژه ای را برای قراردادهای اداری به وجود آورده است. تفاوت های راجع به برگزاری مناقصه و مزایده یعنی در مرحله انعقاد، شرایط حاکم بر اجرای قرارداد اداری و خصوصی و در نهایت مسائلی که هنگام خاتمه قراردادهای اداری وجود دارند این فکر را تقویت می کنند که نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای عمومی متفاوت از نظام حقوقی حاکم بر قرارداد های خصوصی است. نگارنده در این تحقیق درصدد بیان این تفاوت ها با تاکید بر اصول حکمرانی مطلوب است.

۲- سوالات تحقیق

۱- اصول حاکم بر انعقاد قراردادهای دولتی برای تضمین حقوق شهروندان در برابر دولت کافی به نظر می رسد یا آنکه باید اصول و موازین خاصی برای آن پیش بینی کرد؟

^۱ «به‌زامداری» تعبیری که آقای دکتر سید محمد هاشمی برای حکمرانی مطلوب یا حکمرانی خوب معادل سازی کرده اند.

۲- در صورت پیش بینی اصول و موازین خاص برای قراردادهای دولت، آیا می توان صحبت از تشکیل یک نظام حقوقی ویژه برای قراردادهای اداری کرد و یا آنکه این استثنائات و اصول را می توان در دل نظام حقوق خصوصی جای داد و نتیجه آنکه صحبت از تشکیل نظام حقوقی ویژه برای قراردادهای اداری بی مورد است؟

۳- مهم ترین شاخصه های حکمرانی مطلوب در نظام قراردادهای پیمانکاری دولتی چیست؟

۴- آیا می توان تحقق یکسان سازی اصول راجع به حکمرانی مطلوب را در قراردادهای دولتی انتظار داشت؟

۳- فرضیه تحقیق

۱- به دلیل نقدهای اساسی وارد شده بر مرحله انعقاد و واگذاری به نظر نمی رسد اصول حداقلی برای تضمین حقوق شهروندی در قراردادهای پیمانکاری دولتی در نظر گرفته شده باشد.

۲- رعایت اصول حکمرانی مطلوب در عصر حاضر در خصوص قراردادهای اداری از ضروریات است که با کاربرد آن می توان ادعای تشکیل نظام حقوقی ویژه ای را در مورد قراردادهای اداری داشت.

۳- شفافیت و پاسخگویی مهمترین اصول حکمرانی مطلوب در نظام قراردادهای اداری محسوب می شوند.

۴- در صورت تبعیت دولت ها از استانداردهای حکمرانی مطلوب تحقق این اصول دور از انتظار نخواهد بود.

۴- ضرورت و اهداف تحقیق

تغییرات در سیاست ها و استراتژی های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، از اولین و مهمترین وظیفه هایی است که دولت ها برای تغییرات و اصلاحات ساختاری و اساسی جامعه می بایست در نظر داشته باشند تا به میزان قابل توجهی از توسعه دست یابند. این تغییر و دگرگونی باید به گونه ای باشد که شهروندان از اقدامات صورت گرفته از سوی دولت، رضایت داشته باشند. به عبارت دیگر، رابطه حکومت کنندگان و حکومت شوندگان باید طوری تنظیم گردد که هم احترام به حقوق شهروندی رعایت شود و هم شهروندان خود را برای مشارکت و یاری دادن به دولت آماده سازند.

حکمرانی، یک مفهوم چند وجهی است که جنبه های متعدد به کارگیری قدرت را به واسطه نهادهای رسمی و غیر رسمی در بر می گیرد و منشاء مدیریت نظام تلقی می شود. دولت ها برای سعادت و پیشرفت شهروندان شان باید از این قدرت استفاده کنند تا به توسعه برسند. در این میان قراردادهایی که دولت با شهروندان در

راستای ارائه خدمات عمومی به مردم منعقد می کند باید در این راستا تنظیم شوند. به عبارت واضح تر حکمرانی مطلوب تابع اصول و قواعدی است که دولت برای برآوردن انتظار های مشروع شهروندان باید بدانها احترام گذارده و پای بند به آنها باشد. از آنجا که در عصر جهانی شدن حکمرانی مطلوب به حوزه های مختلفی از زندگی اجتماعی از جمله حقوق به طور کلی و حقوق قراردادها به طور خاص راه یافته است تبیین مبانی و اصول مرتبط با این موضوع ضرورت دارد. پایان نامه حاضر در صدد است که اصول حکمرانی مطلوب را تعریف کرده و انطباق آن را بر قرارداد های پیمانکاری دولتی تبیین نماید.

۵- پیشینه تحقیق

در خصوص موضوع پیشنهادی تا جایی که نگارنده مطلع است تا به حال هیچ گونه تحقیقی در داخل کشور انجام نشده است. در حد منابع قابل دسترسی یعنی با مراجعه به موتورهای جستجوگر در اینترنت نیز موضوع انتخاب شده در هیچ سایت علمی مشاهده نشد.

بنابراین می توان گفت این موضوع فاقد هر گونه سابقه پژوهشی است. مسائلی مرتبط با موضوع در خصوص حکمرانی مطلوب در برخی رشته ها از جمله مدیریت، حقوق، علوم سیاسی و ... در ایران غالباً از مقالات لاتین ترجمه شده است که البته هیچ یک ناظر به موضوع قراردادها نمی باشد. همچنین منابع متعدد به زبان انگلیسی در سایتهای مشهور علمی در مورد حکمرانی مطلوب وجود دارد اما هیچ یک در مورد قراردادها به طور خاص بحث نکرده اند.

۶- روش تحقیق

در این پایان نامه با استفاده از روش کتابخانه ای به منابع مختلف رجوع و با یادداشت مطالب و فیش برداری به جمع آوری و در نهایت یکسان سازی و تحلیل آن پرداخته می شود.

از حیث ماهیت روش تحقیق توصیفی-تحلیلی است. برخی از مفاهیم در ابتدای هر تحقیق نیاز به توصیف و بازشناساندن به خواننده را دارند. ممکن است هر خواننده نسبتاً حرفه ای، آشنایی نسبی با موضوع داشته باشد اما توصیف جامع مفاهیم لازم است.

فصل اول - مفاهیم و کلیات راجع به قرارداد های

پیمانکاری دولتی

۱-۱- تعریف قرارداد اداری یا دولتی

پیش از ارائه تعریف از قرارداد اداری و یا دولتی باید گفت که دو واژه قرارداد و عقد در زبان فارسی یک معنی و مفهوم را دارند. از سوی دیگر در این پایان نامه دو واژه دولتی و اداری نیز که ترجمه کلمه انگلیسی Administrative می باشند دارای یک معنی و مفهوم اند. بنابراین قرارداد اداری و عقد اداری و عقد دولتی و قرارداد دولتی به صورت مترادف و هم معنی به کار می روند. در اصطلاح رایج تر البته کلمه عقد را به کار نبرده اند و قرارداد اداری و یا قرارداد دولتی بیشتر در متون حقوقی به کار رفته اند.

قرارداد های پیمانکاری که معادل کلمه contract work در زبان انگلیسی است یکی از انواع قراردادهای اداری است که در این پایان نامه به شرح آن در تطابق با اصول حکمرانی مطلوب پرداخته ایم.

در ادبیات حقوقی ایران تعاریف متعددی از قرارداد اداری ارائه شده است که در زیر به سه مورد اشاره می کنیم:

الف- «قرارداد عمومی یا دولتی قراردادی است که بین دولت یا یک سازمان دولتی، و یک شخص حقوقی حقوق خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می گردد و معمولاً به منظور اداره خدمات عمومی یا بهره برداری از منابع و ثروت های ملی منعقد می گردد.»^۲

همان نویسنده در جای دیگر این گونه قرارداد ها را به شرح ذیل تعریف کرده است:

«قراردادهای عمومی و دولتی که یک طرف آن دولت و موسسات عمومی و طرف دیگر شخص یا اشخاص حقوق خصوصی است، مانند پیمان کاری ها و امتیازات خدمات عمومی و قرضه عمومی و جز اینها. این قرارداد تابع اصول و احکامی است که قانون یا عرف اداری معین و مقرر داشته و به این ترتیب آزادی طرف قرارداد را محدود می نماید. این قراردادها بین دولت و اشخاص حقوق خصوصی به منظور تامین خدمات

^۲ منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، نشر سمت، چاپ ششم، ۱۳۷۹، ص ۳۰۵

عمومی یا بهره برداری از منابع ارضی منعقد می شود و طرف خصوصی با عقد قرارداد با دولت، خود را تابع الزامات ناشی از حاکمیت دولت قرار می دهد.^۳

ب- به عقیده یکی دیگر از صاحب نظران: «قرارداد اداری قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تامین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد شود»^۴

ج- در تعریف دیگری از قرارداد اداری آمده است: «قراردادی که یکی از اشخاص موضوع حقوق عمومی به قصد اداره خدمات عمومی یا امور عمومی - با استفاده از «شروط غیر معمول» در حقوق خصوصی - با شخص دیگر منعقد می کند، قرارداد اداری نامیده می شود.»^۵

بنابر آنچه گذشت و مستفاد از نظر بیشتر حقوقدانان قرارداد دولتی ناظر به قرارداد هایی است که لاقلاً یک طرف آن از اشخاص حقوق عمومی بوده و برای تامین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می شود مانند عقد راجع به خدمات عمومی. ادارات غیردولتی هم البته با اشخاص قرارداد منعقد می کنند. بنابراین در تعریف قرارداد بهتر است همانند برخی حقوق دانان گفته شود: «گروهی از قرارداد هاست که سازمان ها، موسسات، شرکت ها و نهادهای دولتی و عمومی مرکزی و محلی برای اجرای طرح های عمرانی، انجام خدمات عمومی و اداره و بهره برداری از منابع، ثروت ها و اموال عمومی منعقد می کنند که منافع و سود و زیان آن عاید اشخاص خاصی نمی شود و تامین نیازها و منافع عمومی مردم یک منطقه یا کشور هدف اول این قراردادها می باشد.»^۶

در مورد این تعاریف دو نکته قابل ذکر است. اول آنکه در تعریف اول یکی از طرفین قرارداد اداری دولت یا سازمان دولتی است و طرف دیگر یک شخص حقوق خصوصی قرار دارد. در تعریف دوم نیز همین امر ذکر شده است. سومین تعریف اما اشاره می کند که برای اداری تلقی شدن یک قرارداد باید یک طرف آن اداره ای از ادارات دولتی باشد. در مجموع به نظر می رسد قرار گرفتن دولت به عنوان یک طرف قرارداد، به آن

^۳ همان منبع، ص ۳۰۰ و ۳۰۴

^۴ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵، ص ۵۳۳

^۵ ولی اللهانصاری، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۳۲

^۶ سید عزت الله عراقی و محمد کاظم حبیب زاده، قراردادهای دولتی در حقوق ایران، بررسی شاخص ها، نشریه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره

پانزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۸۲

قرارداد صبغه دولتی می بخشد و این موضوع که طرف دیگر قرارداد دولت یا شخص حقوق خصوصی باشد اهمیتی ندارد.

دومین نکته قابل ذکر در تعریف قرارداد اداری یا دولتی آن است که برخی قراردادهای داخلی دولت را تنها قرارداد اداری یا دولتی تلقی کرده اند و قراردادی را که دولت قرارداد با یک دولت خارجی یا یک سازمان بین المللی منعقد گردد آن را قرارداد بین المللی دولت محسوب می کنند. در هر حال دسته اخیر از قراردادها نیز در بسیاری از متون به عنوان قرارداد دولتی به شمار رفته اند. پس قراردادهای دولتی می تواند هم شامل قراردادهای داخلی و هم شامل قراردادهای بین المللی دولت باشد.

ذکر یک نکته دیگر ضروری است و آن اینکه به طور استثنایی در مواردی موسسات غیردولتی نیز ممکن است دست به انعقاد قرارداد دولتی بزنند. برای مثال در ایران شهرداری ها و موسسات دیگر عمومی غیر دولتی در صورتی که با استفاده از قدرت عمومی و حاکمیتی شان قراردادی را منعقد کنند آن قرارداد اداری یا دولتی محسوب می شود، چرا که در ماهیت خود این قراردادها با قراردادهای سازمان های دولتی که از قدرت عمومی خود در سرتاسر اجرای قرارداد استفاده می کنند شباهت دارد.

۱-۲- تعریف قرارداد مقاطعه یا پیمانکاری

قرارداد پیمانکاری یا مقاطعه در نظام حقوقی ایران از سوی حقوقدانان اندکی تعریف شده است. برخی از حقوقدانان در تعریف این نوع از قرارداد گفته اند: «مقاطعه قراردادی است که به موجب آن اداره یا موسسه عمومی فروش کالا یا انجام عمل معینی را در قبال قیمت معین با شرایط معین و مدت معین، به شخص یا اشخاص معین به نام مقاطعه کار واگذار می کند.»^۷ این تعریف برگرفته از ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۹ می باشد.^۸ گویی با وجود تعریف قانونی، حقوقدانان به همان تعریف اکتفاء کرده اند و البته کمتر به ارائه تعریف علمی و یا نقد تعریف قانونی پرداخته اند.

^۷ ولی الله انصاری، کلیات حقوق قراردادهای اداری، نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۳۷
^۸ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵، ص ۶۷۶

۱-۳- معیارهای تشخیص قرارداد های پیمانکاری دولتی

برای تبیین مشخصات قراردادهای پیمانکاری دولتی می توان هم معیار علمی و آکادمیک ارائه داد و هم از معیارهای قانونی بهره برد. در برخی از نظام ها، قراردادهای اداری و پیمانکاری دولتی با شاخص های ارائه شده از سوی قانونگذار معرفی شده اند. در صورت خلاء قانونی باید لاجرم از معیارهای علمی برای شناخت این نوع از قرارداد بهره برد. در ذیل به شرح موضوع از هر دو جهت پرداخته خواهد شد.

۱-۳-۱- معیار قانونی برای تشخیص قراردادهای اداری

در میان سلسله مراتب موجود در علم حقوق در بیشتر کشورها قانون در راس قرار دارد. در بسیاری از موارد عبارات و کلمات قانونگذار در میان حقوقدانان از گذشته تا به امروز اعتبار و ارزش فراوانی داشته است. در این میان تعاریف و مفاهیم و معیارهایی که قانونگذار ارائه میدهد، هر چند ایرادات و نواقصی داشته باشد، در میان حقوقدانان معتبر و با ارزش و دارای اهمیت تلقی می شود. توسل به معیارهای قانونی حقوقدانان را در بسیاری موارد بی نیاز از ارائه تعریف و تلاش در تعریف در دکترین حقوقی می سازد.

در خصوص موضوع پیش رو یعنی قراردادهای پیمانکاری دولتی و تعیین معیار برای اداری تلقی شدن آن، اگرچه حقوقدانان تعاریف و شاخصه هایی را به صورت علمی ارائه داده اند، اما در پاره ای از کشورها با تصریح قانون به برخی موارد، قراردادهای اداری معین و مشخص شده اند. در ایران البته شاخصه و معیار قانونی و تصدیق قانونگذار در این مورد به چشم نمی خورد. اما در حقوق برخی از کشورها می توان دیدگاه و معیار قانونگذار را برای قراردادهای اداری به وضوح دید. «یکی از انواع مهم قراردادها در فرانسه، قراردادهای اداری معین شده به موجب قانون موضوعه اند.»^۹ دعاوی ناشی از این قراردادها صریحا به موجب قانون موضوعه در حوزه صلاحیت قضایی دادگاه های اداری قرار داده شده اند و بنابراین می توان نتیجه گرفت که قراردادهای مزبور تحت حاکمیت قواعد حقوق عمومی قرار دارند. مهمترین این نوع از قراردادهای قراردادهای کارهای عمومی، قراردادهای خرید زمین به موجب قانون، قراردادهای تصاحب مشترکات عمومی و قراردادهای وام دولتی اند. در مقابل، قراردادهایی هستند که رسیدگی به دعاوی ناشی از آنها به

^۹ همان منبع، ص ۴۲۲

موجب قانون موضوعه صریحا به دادگاه های مدنی سپرده شده است و بدین دلیل قراردادهای مدنی معین شده به موجب قانون موضوعه نامیده می شوند.^{۱۰}

در هر حال تعیین معیار به وسیله قانون برای قراردادهای اداری، تجاری، مدنی، بین المللی یا هر نوع دیگر از قراردادها از این جهت که به مجادلات خاتمه می دهد، راه حل موثر و مفیدی تلقی می شود. در نظام حقوقی ایران این خلاء قانونی در بسیاری از مسائل قراردادهای پیمانکاری و اداری به چشم می خورد. قوانین خاص اداری مثل قانون محاسبات عمومی، قانون برگزاری مناقصات و دیگر قوانین خاص حوزه پیمانکاری معیاری برای تشخیص ارائه نمی دهند. این خلاء ابتدا باید از طریق ارائه دکترین جدید و مطالعه و دیدگاه های تطبیقی حل و فصل گردد.

۱-۳-۲- معیارهای علمی برای تشخیص قراردادهای پیمانکاری دولتی

برای تعیین و تشخیص و تقسیم بندی هر موضوع حقوقدانان مطالب علمی خود را ابراز داشته اند. در خصوص تعیین و تشخیص قرارداد های اداری نیز نظر حقوق دانان را در خصوص مبانی علمی مورد تحلیل و ارزیابی قرار داده ایم. این موارد به طور کلی عبارتند از: قرار گرفتن دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد، استفاده دولت از امتیازات قدرت عمومی. در ذیل به طور مفصل به شرح و بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۱-۳-۲-۱- قرار گرفتن دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد

اولین و مهمترین رکن برای اداری تلقی شدن یک قرارداد آن است که دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد حضور داشته باشد. در واقع باید حداقل یکی از طرفین قرارداد دولت باشد. این شرط چنانچه خواهیم گفت شرط لازم برای اداری تلقی شدن یک قرارداد محسوب می شود و شرط کافی نیست. اما پرسش آن است که منظور از دولت در قراردادهای پیمانکاری دولتی چیست؟ آیا دولت در مفهوم خاص آن و به معنای قوه مجریه و هیات وزیران به کار برده شده و یا منظور و مقصود مفهوم عام دستگاه های دولتی و دو قوه دیگر می

^{۱۰} سید اصغر سجادی، آیین انعقاد قرارداد های اداری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، آبان ۱۳۷۳، ص ۴۶

باشد؟ سازمانهای اصلی شامل این تعریف می شوند و یا زیر مجموعه های آنها و دستگاه های اداری دولتی نیز مشمول این مقوله اند؟ در زیر به طور مختصر به این موضوع خواهیم پرداخت.

بند اول- دولت به مفهوم عام و خاص

در اندیشه سیاسی و حقوقی، دولت در دو معنای عام و خاص به کار رفته است. دولت در معنای خاص تنها ناظر به قوه مجریه و در نظام های ریاستی رئیس جمهور و یا نخست وزیر در نظام های پارلمانی است. در واقع مجموعه قوه مجریه با هر ترکیب و ساختار دولت در مفهوم خاص را شکل می دهند. اما دولت به معنای عام آن شامل تمام دستگاه های زیر مجموعه حکومت تعریف شده اند. دو قوه دیگر یعنی مقننه و قضاییه نیز در مفهوم عام دولت داخل می شوند. طرح این مفهوم از آن جهت ضروری است که نباید به اشتباه تنها، قراردادهای قوه مجریه را قرارداد دولتی و اداری تلقی کرد. تمامی قراردادهایی که از طرف یکی از این سه قوه منعقد گردد قرارداد دولتی محسوب می شود. قراردادهای پیمانکاری دولتی که یکی از انواع قراردادهای اداری و یا دولتی محسوب می شود نیز از این اصل تبعیت می کند. دلیل این موضوع آن است که همان طور که پیش تر اشاره شد، شرط اداری یا دولتی تلقی شدن یک قرارداد آن است که یکی از طرفین آن حداقل دولت باشد. چنانچه گفتیم این شرط که شرط لازم اداری و یا دولتی تلقی شدن قرارداد محسوب می شود و شرط کافی برای اداری دانستن قرارداد آن است که دولت از امتیازات قدرت عمومی یا همان اقتدار خود استفاده کند. دستگاه های دولتی همه در انعقاد قراردادهای خود از این امتیازات بهره می برند و بنابراین نمی توان قراردادهای آنان از شمول قراردادهای اداری خارج دانست.

بند دوم- زیر مجموعه های دولت

دولت به عنوان بزرگترین شخصیت حقوقی از زیر مجموعه هایی مانند موسسات دولتی، شرکت های دولتی، نهادهای عمومی و... برخوردار است. مطلب مهمی که در اینجا باید تذکر داده شود این است که آیا قراردادی که توسط زیرمجموعه های دولت منعقد می شوند نیز قرارداد دولتی محسوب می شوند؟