

بسم الله الرحمن الرحيم

حقوق و تکالیف طرفین در قراردادهای ناظر بر ارائه و اجرای خدمات عمومی

نویسنده: رحمان رمضان پور (کارشناسی ارشد حقوق عمومی)

ناشر: پایگاه تخصصی نشر مقالات حقوقی، حق گستر

www.haghgostar.ir

info@haghgostar.ir

مقدمه

عقد چنانکه حقوقدانان بر آن اذعان دارند تعهد یک طرف است بر قبول امر چنانکه مورد پذیرش سوی دیگر قرارداد باشد. این مفهوم مبنایی است در کلیه قراردادها، اما حضور آن در قالب های گوناگون جلوه ای جدید را به نمایش می گذارد. وجود شخصیتی حقوقی به نام دولت بعنوان یکی از طرفین قرارداد عملاً رویکردی نوین را از مفهوم سنتی قراردادها ترسیم می کند. در قراردادها خصوصی که نوعاً بر اساس روابط خصوصی میان افراد تنظیم می شوند حدود و ثغور تعهدات نیز بر همین مبنا شکل می یابند. حال آنکه در قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی همواره یک طرف به نام دولت نوعی حق اعمال حاکمیت در قراردادها را برای خود محرز می داند و اینگونه است که طریقی جدید را به منصفه ظهور می کشاند.

هر یک از طرفین قرارداد پس از عقد قرارداد ملزم به انجام تعهداتی می شوند که بر آن مهر تأیید زده اند. در واقع چنانچه پیش تر گفتیم به سبب وجود عقد تراضی طرفین بر هر تعهدی است که متعاقبین ملزم به اجرای آن هستند. این در حالی است که علاوه بر وجود حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد، هریک از طرفین قرارداد به سبب وجود آیین نامه و تصویب نامه های مختلف انجام تعهدات ناشی از قواعد امری را بر خود فرض می دارند.

روشن نمودن تعهدات برای طرفین لازم است و برای قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی لازم تر و مهمتر، زیرا اگر تعیین و مفاد شروط قراردادها کاملاً به طرفین واگذار گردد، به خاطر خصوصیت حاکمیت دولت، مفاد آن یکجانبه خواهد بود، برای حمایت از طرف ضعیف تر و قابل پیش بینی بودن، لازم است نظام و ساختار حقوقی تعریف شود و علاوه بر تعیین حقوق و تکالیف غیر قابل عدول قراردادی، تضمیناتی برای تأمین منافع عمومی از طرف دولت و تضمینات حقوق اشخاص خصوصی طرف مقابل دولت و متزلزل نبودن آن، در نظر گرفته شود.

به سبب قدرت و امکانات و اختیارات برتر دولت و مؤسسات دولتی، اشخاص نمی توانند و نباید سرنوشت قرارداد خود را در هاله ای ابهام رها سازند بلکه حقوق و تعهدات قراردادی آن ها باید به طور مطمئنی مشخص باشد. رونق قرارداد دولت، و مشارکت بیشتر اشخاص در امور دولتی از این راه، به قدرت پیش بینی و برنامه ریزی طرفین برای حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد بستگی دارد. برای این امر راه های مختلفی وجود دارد. یک راه عمده آن اینکه میزان حقوق و تعهدات هر طرف را از پیش معین کنند. تنظیم محتوای قرارداد متناسب با نیاز و خواست طرفین و تنظیم قرارداد بطور مبسوط وسیله مؤثری برای پیش بینی آثار قراردادی و ثبات در قراردادهاست. در این جهت می توان و بهتر است از قراردادهای نمونه و

از پیش تهیه شده ای که در آن شروط قراردادی و میزان حقوق و تعهدات طرفین بطور مبسوط پیش بینی شده است.^۱

به نظر می رسد مفهوم تعهدات در کلیه قراردادها دارای ارکان مشترکی باشد. اما آن چه که موجب تردید در ماهیت تعهدات قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی می شود وجود طرفین متعاقد در چنین قراردادهایی است. در قراردادهای خصوصی وجود توازن و تعادل میان طرفین قرارداد، طرفین را ملزم به انجام تعهد خود می کند و هرگاه یکی از طرفین از اجرای تعهد خود سرباز زند در واقع به طرف دیگر اجاره توسل به مقامات قانونی را داده است. اما آن چه که در اینجا به چشم می خورد وجود دو گونه هدف در عقد قرارداد و دو نوع پشتیبانی است. به این معنا که وجود حق ترجیحی برای اداره و در نتیجه اعمال حاکمیت بعنوان مرجع بالاتر به لحاظ قدرت، اجرای تعهدات را دچار انسداد می کند. بنابراین اداره به دلیل برآوردن منفعت عمومی و رعایت مصلحت جامعه گاه اصل لزوم قراردادی را بر هم می زند و با استفاده از حق فسخ به علت مقتضیات اداری، پیمانکار یا صاحب امتیاز را از ادامه اجرای تعهدات خود باز می دارد. همین طور وی می تواند در حین انجام کار مفاد تعهد مقادیر کار را افزوده سازد و در نتیجه پیمانکار یا صاحب امتیاز را به انجام مفاد بیشتری متعهد نماید. از طرفی وی حق هدایت و نظارت بر تمامی مراحل اجرا را داراست. مواردی از این دست ما را به دگرگونی در تعریف تعهد رهنمون می سازد. از این گذشته چنانکه گفتیم عدم وجود آزادی کامل در طرفین قرارداد و وجود تأثیر قرارداد به اشخاص ثالث به مفهوم تعهد به نفع و ضرر شخص ثالث نقاط افتراق دیگری را نمایان می سازد. بنابراین باید گفت آنچه که حقوقدانان در تعریف تعهد بعنوان یک رابطه دوگانه یاد کرده اند که در آن متعهدله می تواند متعهد را در برابر پرداخت پول به انجام تعهد خود فرا خواند یک دگردیسی محتوایی در قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی یافته است. زیرا چنانچه در آینده به تفصیل در آن سخن خواهیم گفت متعهد گاه بدون هیچگونه دلیل حقوقی از سوی اداره از انجام تعهد خود بازداشته می شود. اما تعهدات موجد آثاری هستند که عمدتاً با آثار عقود یکی فرض می شوند. در واقع اگر حدود و ثغور التزام پیمانکار یا صاحب امتیاز را کارفرما یا امتیاز دهنده در نیابد به متن قرارداد مراجعه خواهد کرد لذاست که تا حدود بسیاری آثار تعهدات مشترکات بسیاری با آثار عقود در مفهوم کلی آن همطراز با عقد خصوصی پیدا می کند.

در این میان مسئله ضمانت اجرای تعهدات نقطه افتراق میان عقد و تعهد را شامل می شود. چرا که قرارداد بر مبنای تراضی طرفین استوار می شود و ادامه خواهد یافت اما متعهد در صورتی که از انجام تعهد خود طفره رود کارفرما یا صاحب امتیاز توانایی ملزم ساختن و ایجاد اجبараهای گوناگون را برای انجام مفاد تعهد داراست.

^۱ - شیروی، عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (بی او تی)، چاپ اول، قم، انتشارات پردیس قم، ۱۳۸۴، صفحات ۱۶۴-۱۴۲.

معمول است هنگام بحث در حقوق و تکالیف از منابع حقوق و تکالیف نیز سخن به میان می آید. آن چه قدر متقین است این است که نظریه پردازان ، منابع حقوق و تکالیف در حقوق ایران را عقد و الزامات خارج از قرارداد دانسته اند. اما در حقوق فرانسه عقد، شبه عقد، شبه جرم و قانون برشمرده شده اند.^۱ در یک نتیجه گیری می توان گفت حقوقدانان اروپایی منشأ تعهد را عمل حقوقی یا واقعه حقوقی می دانند. عمل حقوقی اعلام اراده ای است که قانون اثر آن را معتبر دانسته است همچون عقد و واقعه حقوقی گاه ارادی نیست و به هر حال آثار و نتایج آن را قانون بار می کنند همچون انواع مسئولیت.

قرارداد در حقوق خصوصی که از آن به عقد تعبیر می شود ، یکی از منابع عمده حقوق و تکالیف در قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی است . باید گفت که در صورتی می توان عقد را منشأ تعهد تصور کرد که ناشی از برخورد اراده های طرفین قرارداد باشد . بنابراین وجود اصل حاکمیت اراده در تبیین مفاد قرارداد در این میان به طریق واضحی نمودار می شود. اما چنانکه برخی از نویسندگان فرانسوی مطرح کرده اند در قراردادهای الحاقی نظیر آنچه در قراردادهای پیمانکاری (دفترچه شرایط عمومی) و در قراردادهای امتیاز (دفترچه حقوق و تکالیف) مطرح است به لحاظ وجود قرارداد با مفاد از پیش تعیین شده، طرفین یا یکی از آنها اختیار کافی برای دخالت در تفسیر شرایط پیمان را دارا نیستند. بنابر این تنها اختیار افراد این است که خود را در شرایط قالبی قرار دهند. ژستن حقوقدان فرانسوی قرارداد الحاقی را قرارداد نمونه ای می داند که توسط یکی از دو طرف تهیه شده و طرف دیگر تنها به آن پیوسته است.^۲ . در این میان البته در خصوص ماهیت پیمان میان حقوقدانان حقوق اداری باید تفاوت قائل شد . پاره ای از این افراد قرارداد های یاد شده را همانند قراردادهای خصوصی می دانند و اصل حاکمیت اراده را در آن روا می دارند . بنابراین نه تنها تفاوتی ماهوی در آن نمی بینند بلکه تنها موضع خلاف را در حوزه صلاحیت رسیدگی به اختلافات درباره دادگاه های صالح می دانند . اما عده ای نیز بر استقلال اینگونه قراردادهای و الحاقی بودن آنها تأکید می ورزند .

با این حال آیا می توان با پذیرش نظریه الحاقی گرایان این گونه قراردادهای را منشأ تعهدات دانست حال آن که وجود تراضی طرفین محل اشکال است؟ در پاسخ به این مباحث حقوقدانان عنوان کرده اند که وجود چنین قراردادهایی نافی اراده طرفین نیست. بنابراین به لحاظ وجود ضرورت های اجتماعی نمی توان عدم توازن را موجد عدم وجود اراده دانست . همچنین پیمانکار و صاحب امتیاز که شرایط قرارداد را می پذیرد در واقع خود با رضایت و اراده کامل خود را در چنین وضعیتی قرار داده است . بنابراین تا این حد وجود رضایت منشأ تعهد است . ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که گفتگوی طرفین و اعلام رضایت آنان در خصوص جزئیات قرارداد اصولاً جزء شرایط صحت دانسته نشده است .

^۱ - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱ صفحه ۸۵.

^۲ - همان صفحه ۹.

در کشور فرانسه پیمان های خدمت عمومی وجود دارد. در این قراردادها صحبت از رابطه حقوقی و قراردادی بین دولت و پیمانکار نیست بلکه ساماندهی خدمت معین مورد توجه است و به جزء طرفین شخص ثالثی بنام مستفید از خدمات عمومی یا مصرف کننده خدمات عمومی وجود دارد که صاحب نقش در روابط حقوقی است. لذا دفترچه نمی تواند ماهیت صد در صد قراردادی داشته باشد^۱ و استاد فرانسوی اندره دولوبار معتقد است: دفترچه مشخصات در قرارداد امتیاز، صرفاً ایجاد یک رابطه حقوقی بین دولت امتیاز دهنده و صاحب امتیاز نیست بلکه ساماندهی یک امر و خدمت عمومی معین مورد توجه است و غیر از طرفین قرارداد طرف ثالثی که مشتریان صاحب امتیاز (استفاده کنندگان امور مذکور) هم وجود دارند و این دفترچه مشخصات خدمات عمومی صبغه نیمه قراردادی و نیمه مقرراتی دارد.

در مورد قراردادهای پیمانکاری، شرایط عمومی پیمان در مورد انجام و ارائه خدمات عمومی در ایران وجود ندارد، آنچه به نظر می رسد این است که قواعد کلی مطروحه در دفترچه شرایط عمومی پیمانهای عمرانی را می توان در خصوص سایر قراردادهای پیمان ها نیز مجری دانست و آنچه در مورد حقوق و تکالیف طرفین قرارداد در قراردادهای پیمانکاری در پی می آید با توجه به دفترچه شرایط عمومی پیمان برای طرح های عمرانی است.

منبع دوم برای حقوق و تکالیف طرفین، سایر مقررات در زمینه قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی است. آنچه از حقوق خصوصی ایران بر می آید واقعه حقوقی بعنوان دیگر منبع تعهد شناخته شده است. اما ما بدون ورود به این بحث چنانکه در حقوق فرانسه نیز بدان اذعان شده قانون را منبع اصلی به شمار می آوریم. زیرا در تمامی موارد اگر برای هر شخص به ویژه در بحث ما (پیمانکار یا صاحب امتیاز) و یا (کارفرما یا امتیاز دهنده) تعهد از الزامات خارج از قرارداد منتج می شود در واقع به این دلیل است که قوانین این موارد را مورد بحث قرار داده است. البته چون قانون به هر حال وضعیت عمومی را شامل می شود وقایع خاص شمارش شده چنین امری را از عهده برشمردن قانون خارج کرده اند.^۲

به هر طریق قوانین موجود در حوزه قراردادهای که بر خدمات عمومی (قالب پیمانکاری و یا قالب امتیاز)، موجد تعهدات برای طرفین اند. این امر محدود به قوانین مصوب مجلس نیست و بطور کلی آیین نامه ها و بخشنامه های گسترده در این خصوص را شامل می شود.

چون در این فصل حقوق و تکالیف پیمانکار و کارفرما و همچنین صاحب امتیاز و امتیازدهنده را به صورت یکجا و با هم مورد بررسی قرار می دهیم هنگامی که کلمه واگذار شونده نام می بریم منظور همان پیمانکار و صاحب امتیاز است و هنگامی که از کلمه واگذار کننده نام می بریم همان کارفرما و امتیاز دهنده است و

^۱ - انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۷، صفحه ۱۲۷.

^۲ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صفحه ۹۰.

زمانی که حقوق و تکالیف در یک قالب قرارداد با قالب دیگر متفاوت بود به صورت مجزا به آن پرداخته می شود.

مبحث اول: حقوق و تکالیف واگذارشونده

گفتار اول: حقوق واگذارشونده

در قراردادهای ناظر بر ارائه خدمات عمومی پیمانکار و یا صاحب امتیاز دارای حقوقی بدین شرح هستند:

بند اول: دریافت حقوق و مزایا

یکی از حقوق واگذارشونده دریافت مبلغ است که در قراردادهای که در قالب پیمانکاری منعقد می شوند با قراردادهای که در قالب امتیاز منعقد می شوند تفاوت دارد؛ زیرا در قراردادهای پیمانکاری این مبلغ از طرف دولت به پیمانکار پرداخت می شود ولی در قراردادهای امتیاز مبلغ قرارداد را استفاده کنندگان خدمات عمومی پرداخت می کنند و ممکن است در قراردادهای امتیاز یک سری حقوق و مزایای غیر مالی نیز برای صاحب امتیاز در نظر بگیرند.

الف: در قراردادهای پیمانکاری

قیمت یا مبلغ یا بهای قرارداد که حسب مورد نیز عوض یا ثمن هم نامیده می شود همان مال یا وجهی است که در قبال انجام تعهد طبق ضوابط یا مقررات خاص تعیین و پرداخت می گردد. اصولاً علت انعقاد قرارداد برای طرف غیر دولتی گرفتن پول در قبال ارائه خدمات است، به همین دلیل توافق و تصریح قیمت و بهای ارائه خدمات از جمله پارامترهای مهم قرارداد است.^۱

اداره مکلف است که بهای کار موضوع پیمان را طبق شرایطی که مقرر گردیده است، در وجه پیمانکار پرداخت کند. هیچ یک از طرفین قرارداد نمی توانند بدون موافقت دیگری قیمت موضوع قرارداد را تغییر دهند. اگر یکی از طرفین قرارداد قیمت موضوع قرارداد را تغییر دهد طرف دیگر حق فسخ خواهد داشت؛ زیرا هر شخص وقتی زیر بار تعهد می رود که مطمئن باشد حقوق او نیز متقابلاً مورد احترام طرف مقابل قرار خواهد گرفت.

^۱ - حسینی، سید اسماعیل، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ چهارم، تهران انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰، صفحه ۷۴.

پرداخت قیمت باید در مدت مقرر در قرارداد صورت گیرد. چنانچه در اثر تأدیه نشدن یا تأخیر در تأدیه قیمت، خسارتی متوجه پیمانکار شود، وی حق تقاضای خسارت دارد و می تواند در موارد تصریح شده در قانون مدنی، در مقام فسخ قرارداد بر آید.

مبلغ قرارداد از آن جا که جنبه مالی دارد از حساسیت خاصی برخوردار است. بنابر این دقت و رعایت صحیح الزامات مالی محاسباتی عامل مؤثری در پیشگیری از وقوع جرائم احتمالی خواهد بود.

وسیع ترین عنوان مجرمانه که در رابطه با جنبه های مالی بکار می رود تصرف غیر مجاز است. طبق ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، استفاده غیر مجاز از وجوه نقدی یا مطالبات و اسناد و اوراق بهادار دولتی، به مصرف رساندن وجوه دولتی در غیر موارد معین و مصرف وجوهی زائد بر اعتبار حتی در مواردی هم که هیچ منفعت شخصی هم حاصل نشده باشد جرم تلقی گردیده است. به عنوان مثال اگر برای نگهداری فضای سبز یک میلیون تومان تعیین شده باشد اما دو میلیون تومان هزینه شود، تصرف غیر مجاز مصداق پیدا می کند.

ممکن است مسئول اداره دولتی طی قراردادی، اشخاصی را جهت ارائه خدمات حفاظتی و حراست و یا حمل و نقل منعقد کند و اجرت عملکرد شخص یا شرکت مزبور را به حساب دولت منظور و اخذ نموده ولی آن را به شخص یا شرکت پرداخت نکند قانون این را هم جرم تلقی کرده است.

ماده ۶۰۱ قانون مجازات اسلامی در این باره می گوید: «هریک از مستخدمین و مامورین دولتی که برحسب ماموریت خود اشخاص را اجیر یا استخدام کرده یا مباشرت حمل و نقل اشیایی را نموده باشد و تمام یا قسمتی از اجرت اشخاص یا اجرت حمل و نقل را که توسط آنان به عمل آمده است به حساب دولت آورده ولی نپرداخته باشد به انفصال موقت از سه ماه تا سه سال محکوم می شود و همین مجازات مقرر است درباره مستخدمینی که اشخاص را به بیگاری گرفته و اجرت آنها را خود برداشته و به حساب دولت منظور نموده است و در هر صورت باید اجرت مآخوذه را به ذیحق مسترد نماید.»

طبق ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی هر یک از کارمندان، کارکنان و اشخاص عهده دار وظیفه مدیریت و سرپرستی در وزارتخانه ها و ادارات و سازمان های دولتی و شهرداری ها و نهاد های دولتی که در معاملات دولتی تحت هر عنوانی اعم از کمیسیون، حق الزحمه، حق العمل یا پاداش نفعی برای خود یا دیگری به هر شکل تحصیل نماید حسب مورد به تأدیه دو برابر وجوه و منافع حاصله از این طریق محکوم می شود و چنانچه عمل وی موجب افزایش قیمت تمام شده قرارداد گردد به حبس از ۶ ماه تا ۵ سال یا مجازات های نقدی از سه تا سی میلیون ریال نیز محکوم می گردد.

تدلیس عبارت است از اعمال خدعه و فریب در حین انعقاد قرارداد و انجام معاملات دولتی به قصد انتفاع خود یا فرد دیگری، بدین نحو که مثلاً با اعمال فریب و نیرنگ قیمت قرارداد را بیشتر از حد متعارف تعیین

کند و از این راه برای خود نفعی ببرد. طبق ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی هر شخص عهده دار انجام معامله برای ادارات و سازمان های دولتی که بواسطه تدلیس در معامله از جهت تعیین قیمت بیش از حد متعارف نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر جبران خسارات وارده به حبس از ۶ ماه تا ۵ سال محکوم می گردد.

ب: در قراردادهای امتیاز

۱- حقوق و مزایای مالی

صاحب امتیاز با سرمایه و هزینه خود اقدام به اداره امور و خدمات عمومی می نماید ؛ و در مقابل ارائه خدمات و یا عرضه و قرارداد دادن کالا در دسترس عموم مردم (حوزه امتیاز) ، وجوهی را که تعرفه قیمت و یا حق اشتراک کالا یا خدمات مورد امتیاز آن ، از طرف دولت یا امتیاز دهنده برقرار می گردد ، از آنان دریافت می دارد ؛ و معمولاً تعرفه قیمت کالا و یا خدمات ، در متن قرارداد پیش بینی می شود و صاحب امتیاز به هیچ وجه حق افزایش آن را نخواهد داشت ؛ اما دولت با اداره امتیاز دهنده در صورت لزوم و مقتضی خواهد توانست تعرفه را بطور یکجانبه تغییر دهد ، منتهی در این صورت ، دولت بایستی خسارات وارده بر صاحب امتیاز را بپردازد؛ همانند خدمات راجع به آب ، برق ، تلفن ، حمل و نقل شهری ، گاز و . . . که وجوهی تحت عنوان آب بها یا بهای برق یا بلیت اتوبوسهای داخل شهری و . . .

توضیح اینکه هدف از واگذاری امتیاز امور و خدمات عمومی حسن اداره آن امور و رفع نیازمندیها و ضروریات زندگی اجتماعی عموم مردم و در نتیجه در پی رفاه و آسایش آنان است نه در پی کسب منفعت پس تحصیل سود و عایدات برای دولت امتیاز دهنده جنبه فرعی و ثانوی دارد ؛ از این رو دولت یا اداره امتیاز دهنده با توجه به هدف مزبور ، حداقل منفعتی را برای صاحب امتیاز تضمین می کنند ، و در برخی اوقات در مواردی که منافع صاحب امتیاز کاهش یابد ، دولت از لحاظ مادی به طریقی او را کمک و یاری می رساند تا در امور مذکور اختلاف ایجاد نگردد؛ مثلاً مساعده ، کمک خرجی بدهد یا او را از پرداخت برخی مالیات و عوارض گمرکی معاف نماید .

بنابراین مقصود دولت از این اقدامات (نظارت ، کمک، معافیت از مالیات و . . .) حسن اداره امور و خدمات عمومی و رفع نیازمندیها و حوائج عمومی و آسایش آنها است.

۲- حقوق و مزایای غیر مالی

گفته شد که صاحب امتیاز شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی بوده که در پی کسب منافع مادی خود می باشد ، چرا که اگر موضوعی برای آنها منافع و عایداتی در پی نداشته باشد کسی حاضر

نخواهد شد که در این امور سرمایه گذاری نماید؛ بنابراین، علاوه بر اینکه به موجب امتیاز، صاحب امتیاز، از حقوق و مزایای مالی بهره مند است، از یک سری مزایای غیر مالی هم برخوردار می گردد؛ بدین معنی که گاهی اوقات در متن قرارداد امتیاز دولت یا اداره امتیاز دهند متعهد می شوند که در طول مدت امتیاز را به او بدهد، در واقع در قرارداد شرط می شود که صاحب امتیاز حق انحصاری نسبت به موضوع دارد و لذا از فعالیت سایرین در این خصوص جلوگیری می شود، بنابراین دولت با درج این شرط در قرارداد، حق استفاده انحصاری و مانع الغیر برای صاحب امتیاز قائل می شود؛ یعنی فقط خود صاحب امتیاز می تواند از آن بهره بگیرد و نه غیر او. برای نمونه در امتیازنامه رویتر فقره دوم آمده: امتیاز مخصوص و انحصار قطعی راه آهن دریای خزر تا خلیج فارس برای مدت ۷۰ سال به رویتر اعطاء شد.

یا اینکه نوع دیگری از مزایای غیرمالی در نظر می گیرند مثلاً در امتیاز نامه یا قرارداد امتیاز شرط می نمایند که اگر دولت خواست امتیاز این امر را (موضوع امتیاز مربوطه) مثلاً احداث راه آهن، در کل کشور به غیر از او ندهد، و نیز ممکن است که دولت متعهد شود که در طول مدت امتیاز در همان حوزه، مثل این امتیاز، با شرایط مساعدتری با دیگری معامله نکند (یا ندهد) که در این صورت امتیاز دهنده مکلف است، طبق قرارداد زمینه استفاده انحصاری را برای صاحب امتیاز ایجاد و آن را تأمین نماید.

نوع دیگر اینکه، حق ارتفاقی برای صاحب امتیاز قائل می شود و یا اراضی و مصالح و لوازمات مورد نیاز برای ساخت ابنیه و... را دولت بصورت مجانی در اختیار صاحب امتیاز قرار می دهد.

علاوه بر موارد مذکور، صاحب امتیاز از مزایایی که مقامات اشخاص حقوق عمومی برخوردارند، در مواردی بهره مند می گردند، مثلاً حق عبور از ملک اشخاص برای نصب کابلهای تلفن، برق و...، عبور خط لوله آب یا گاز و... از زمینهای خصوصی افراد، و نیز گاهی اوقات حق سلب مالکیت از افراد را دارند، مثلاً صاحب امتیاز آب یک رودخانه که برای تولید برق یک شهر و یا... به او واگذار شده است، مالکان کناره رودخانه را وادار نماید که حق استفاده از آب رودخانه (متعلق به خودشان) را به او واگذار نمایند.

بند دوم: دریافت خسارت

یکی از حقوقی که واگذار شونده در مقابل واگذارکننده دارد، دریافت هزینه های خسارت های وارده است که این خسارت ناشی از عوامل مختلفی هستند:

الف: دریافت خسارت ناشی از عمل حاکم

هرگاه خسارت ناشی از عمل حاکم باشد، دولت مسئول پرداخت آن است. وجود قرارداد بین دولت و واگذار شونده، حق حاکمیت و مسئولیت او را در اداره خدمات عمومی محدود نمی کند و موجب معافیت

واگذارشوندگان از اجرای مقررات و نظامات عمومی که ممکن است از طرف دولت وضع شود، نمی شود. برای مثال، اگر با وضع مقررات مالی و گمرکی یا افزایش حقوق کارگری تحمیلات و تکالیف جدیدی بر واگذار شونده تحمیل شود، و این تحمیلات کلی باشند و واگذارشونده نیز مشمول این تحمیلات خواهند بود ولی اگر عمل دولت با موضوع قرارداد ارتباط مستقیم داشته باشد و تنها ناظر بر طرف قرارداد باشد، چون اعمال حاکمیت دولت استثنائاً موجب ضرر آن گردیده است، اداره یا واگذار کننده مکلف به پرداخت خسارت خواهد بود.^۱

ب: دریافت خسارت ناشی از تقصیرات اداره

چنانچه اداره به علت ارتکاب تقصیری سبب وارد آوردن خساراتی بر پیمانکار شود، مکلف به جبران آن خواهد بود. این تقصیرات ممکن است تأخیر در تأدیه قیمت یا عدم همکاری اداره در مواقعی که طبق قرارداد ملزم به همکاری شده است، باشد. در این موارد مطابق قانون مسئولیت مدنی و سایر مقررات بر حسب آنکه مسئولیت مالی متوجه اداره (سازمان) یا مدیران و کارمندان آن باشد یا هر دو و نیز سایر مقررات حاکم بر مورد، رسیدگی و اتخاذ تصمیم قضایی می شود.^۲

ج: دریافت خسارت ناشی از مخارج فوق العاده

صاحب امتیاز و پیمانکار می توانند هنگامی که اداره مخارجی خارج از قرارداد را بر آنها تحمیل می کند، آن مخارج اضافی را از اداره پس بگیرند؛ بدین معنی که علاوه بر دریافت قیمت در قرارداد پیمانکاری یا مزایای مالی و غیر مالی در قرارداد امتیاز که در متن قرارداد پیش بینی شده است، در صورت تقبل انجام اموری که در قرارداد انجام آنها پیش بینی نشده است، استحقاق برخوردار شدن از خسارت را خواهد داشت که عبارتند از:

۱- در صورتی که دولت یا اداره، تعهدات اضافی بر صاحب امتیاز یا پیمانکار تحمیل نمایند.

۲- هنگامی که بر اثر امور غیر قابل پیش بینی، موازنه یا تعادل مالی قرارداد به هم بخورد که در این صورت واگذار شونده متضرر می گردد و دولت جبران خسارت می نماید.^۳

مثلاً گاهی اوقات در قرارداد امتیاز به جهت شرایط و اوضاع و احوال جامعه میزان تعرفه ای را تنزل می دهد این امر موجب زیان صاحب امتیاز می شود. از این رو بایستی به صاحب امتیاز خسارت را پرداخت نماید.

^۱ - طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، صفحه ۳۶۸.

^۲ - همان ۳۶۸.

^۳ - همان صفحه ۳۶۸.

البته زیان و ضرر باید توسط صاحب امتیاز اثبات شود و اگر زیان نسبت به منافعی باشد که در قرارداد پیش بینی شده که منظور طرفین واقع شده بود (در زمان انعقاد) حق دریافت فوق العاده دارد، اما اگر زیان متوجه عدم النفع شود یعنی صاحب امتیاز به سود زیاد از حد و اندازه ای که در نظر داشته، زیان وارد باشد، که در این صورت خسارت پرداخت نخواهد شد. «تکلیف دولت در این باره ناشی از شبه عقد است.»^۱

گفتار دوم: تکالیف واگذارشونده

بند اول: اجرای قرارداد (ایفاء تعهدات)

یکی از وظایف و تکالیف واگذارشونده اجرای قرارداد براساس مفاد قرارداد می باشد؛ واگذار شونده بایستی قرارداد را با توجه به زمان اجرای آن ، شخصاً اجرا نماید، زیرا قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی قراردادی است که به شخص یا اشخاص معین واگذار می شود؛ لذا طرف دولت شخص معین است و او در مقابل دولت تعهد شخصی دارد که خود مباشرتاً اقدام به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد نماید؛ از این رو حق واگذاری آن را به شخص دیگری ندارد مگر اینکه اجازه دولت یا اداره را در این زمینه ، کسب کرده باشد، و الا باطل خواهد بود.

ملتزم بودن واگذار شونده به اجرای قرارداد شامل :

الف) مباشرت در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد .

ب) عدم حق واگذاری یا انتقال به غیر .

ج) اجرای قرارداد بدون تأخیر و قصور .

بنابراین مباشرت شخص واگذار شونده در اجرای قرارداد، از اهمیت بسزایی برخوردار است ، زیرا قرارداد به شخص معین اعطاء می شود و این یک اصل است و اگر می خواهد خلاف اصل عمل شود ، حتماً باید تصریح شده باشد یا به نحوی اجازه دولت را بعداً تحصیل نماید، علت آن مشخص است چون قرارداد ناظر بر خدمات عمومی راجع به امور مهمی است و این امر در قراردادهای که در قالب امتیاز متعلق می شوند واضح تر از قراردادهای پیمانکاری است. قرارداد امتیاز خدمات عمومی مشمول مقررات و تشریفات مزایده و مناقصه نمی باشد، برای اینکه دولت یا اداره امتیاز دهنده با آزادی کامل بتوانند با بررسیهای لازم هر شخصی را که مناسب و صالح برای این امر تشخیص دادند و شایستگی های وی از هر جهت محرز گردید ، امتیاز را به او واگذار نماید.

^۱ - همان، صفحه ۳۶۹.

پس وقتی در واگذاری آن چنین تشریفاتی لازم است چطور می توان پذیرفت که صاحب امتیاز به راحتی حق انتقال به غیر را داشته باشد؛ اما اگر حق انتقال یا واگذاری به غیر در قرارداد شرط شود ، صاحب امتیاز این حق را خواهد داشت، اما هر وقت چنین قصدی را در جریان اجرای قرارداد داشته باشد بایستی دولت یا اداره امتیاز دهنده را مطلع سازد تا هویت و وضعیت ثالث برای دولت معلوم گردد و شایستگی او از هر نظر مورد تأیید دولت یا اداره امتیاز دهنده قرار گیرد؛ به هر حال نظر دولت نسبت به ثالث مهم است و نقش تعیین کننده دارد، زیرا همانطور که گفته شد، موضوع امتیاز ، از اموری نیست که بشود به هر کس واگذار نمود.

«این اصل در قراردادهای پیمانکاری -اصل اجرای شخصی قرارداد- به قاعده طلایی^۱ معروف شده است می گوید که پیمانکار مکلف است قرارداد را از ابتدا تا انتها با شرایط ذیل اجرا کند؛

۱- اجرای بالمباشره قرارداد با اراده شخصی

۲- باحسن نیت

۳- با رعایت ضوابط قانونی قرارداد

۴- بدون قصور

۵- بدون عیب و نقص

۶- بدون تأخیر.

بدین ترتیب قراردادهای باید به گونه ای تنظیم شوند که خود به خود شرایط فوق اجرا شود.

«پیمانکار اداره مکلف است تعهدات ناشی از قرارداد را جز در موارد فورس ماژور شخصاً انجام دهد. تکلیف مزبور ناشی از این قاعده است که تمام قراردادهای ولو این که به صورت مناقصه و مزایده صورت گرفته باشد، با توجه به شخص پیمانکار منعقد می گردند و جنبه تعهد شخصی دارند. به همین جهت است که هیچ پیمانکاری حق ندارد بدون اجازه اداره، تمام یا قسمتی از قرارداد یا حقوق و تعهدات ناشی از آن را به دیگری واگذار کند. بدیهی است چنانچه پیمانکار با اجازه اداره، قرارداد را به پیمانکار دست دوم واگذار کند، این امر به هیچ وجه رافع مسئولیت او در مقابل اداره نخواهد بود.»

برابر ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان: «پیمانکار حق واگذاری پیمان به دیگران را ندارد». لازم است پیمانکار اصلی برای انجام قسمت یا قسمت هایی از موضوع قرارداد با پیمانکاران جزء قرارداد داشته باشد. واگذاری قسمتی از موضوع قرارداد به پیمانکار جزء مشروط به شرایطی است^۲: ۱- پیمانکار اصلی پیمانکار جزء را از واگذاری کار به دیگران منع کند؛ ۲- پیش از واگذاری کار تایید کارفرما در مورد صلاحیت پیمانکاران جزء

1- Golden rule of contract

۲- اسماعیلی هریسی ، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۶، صفحات ۳۵۴-۳۵۳ و ۱۸۸-۱۹۲.

کسب کند؛ ۳- این واگذاری به هیچ وجه از مسئولیت و تعهدات پیمانکار اصلی نمی کاهد و نمی تواند به سبب تأخیر یا تقصیر پیمانکار جزء خود را از مسئولیت معاف کند؛ ۴- پیمانکار اصلی و پیمانکاران جزء حکمیت کارفرما را در اختلافات ناشی از قرارداد خود بپذیرند. در صورتی که پیمانکار به طور مخفیانه و بدون رعایت فوق موضوع پیمان را به دیگری واگذار کند کارفرما پیمان را فسخ می کند. همچنین برابر آیین نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران و ارجاع کار به آنها، در صورتی که قبل از تحویل موقت کار، کارفرما یا سازمان مدیریت و برنامه ریزی اطلاع حاصل نماید که بدون مجوز و دادن اطلاع تمام یا قسمت عمده کار مورد قرارداد را به پیمانکار دست دوم واگذار نموده است مراتب را مشترکاً بررسی و در صورت اثبات، با پیمانکار طبق پیمان رفتار و سازمان نام چنین پیمانکاری را حداقل برای یک سال از فهرست خود حذف خواهد نمود. در بعضی از قراردادهای ناظر بر اجرای خدمات عمومی اصل اجرای شخصی قرارداد مطلق است و این امر قراردادهای را در بر می گیرد که شخصیت طرف قرارداد در اجرای قرارداد مؤثر است مانند قراردادهای مربوط به خدمات ارتباطی یا خدمات پستی که شخصیت طرف در انعقاد عقد مؤثر بوده و این شخص حق واگذار کار را به اشخاص ثالث را ندارد. اما در بعضی از این قراردادها این اصل نسبی است یعنی با وجود شرایط قابل انتقال به غیر است مثل قراردادهای مربوط به حفظ و نگهداری فضای سبز و یا ارائه خدمات حمل و نقل عمومی.

بنابر این اصل، اجرای شخصی قرارداد توسط پیمانکار است و پیمانکار صرفاً در موارد خاص و به طور محدود بخشی از کار را به پیمانکار جزء که تخصص کافی را داشته باشد با رضایت کتبی کارفرما واگذار کند و همچنین بر اساس قسمت ۱ بند (ب) ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان در صورت واگذاری قرارداد توسط پیمانکار به شخص دیگر، کارفرما می تواند قرارداد را به طور یکجانبه فسخ کند.

بند دوم : اجرای دستورات واگذارکننده

از موارد دیگری که پیمانکار در حین اجرای تعهدات ملزم به رعایت آن است اطاعت از دستورات واگذارکننده به طور وافی و کافی است. چنانکه مستفاد از ماده ۱۹ شرایط عمومی پیمان و مواد دیگر که به طور ضمنی این مسئله را عنوان کرده اند. پیمانکار باید بنابر اصل تبعیت خود را ملزم به اطاعت از دستورات اداره نماید. البته غالب دستورات در متن قراردادهای به طور مصرح عنوان می شود. اما پاره ای اوقات چنانکه در آینده از آن بحث خواهیم کرد اداره با تغییر در مقادیر کار یا کالا، اطاعت پیمانکار از این امر را خواستار می شود که در این صورت انجام دستورات با رعایت مقررات ویژه امکان پذیر خواهد بود. در این تحقیق ذکر نکات ذیل خارج از مورد نیست: نخست آنکه رعایت دستورات اداره در صورتی پیمانکار را مجبور به انجام می کند که در حوزه قرارداد باشد، لذا انجام اموری خارج از موارد مطروحه در حوزه قرارداد (امری نامربوط با

موضوع تعهد) برای پیمانکار ضروری نیست. همچنین گاهی اداره ممکن است دستوراتی مخالف قانون، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه صادر کند.

در این حالت چنانچه ماده ای در قرارداد بیانگر این امر باشد، طبق قواعد عمومی جهت قرارداد نامشروع و انجام آن ناممکن است. حال اگر دستوری خارج از مفاد بود به طریق اولی آن را نمی توان انجام داد. در برخی موارد ممکن است ادارات اقدام به صدور بخشنامه و یا آیین نامه نمایند. در این صورت چنانچه پیمانکار آن را مخالف با قوانین ببیند، می تواند ابطال آن را از دیوان عدالت اداری خواستار شود.

بند سوم: تهیه تدارکات

در اینگونه قراردادهای تدارکات به عنوان امر مستقل شمرده می شود. لذاست که در یک قرارداد برای تهیه آذوقه کارکنان، واگذار شونده بیشتر باید خود دست به خرید وسائل و ابزار لازم و همچنین مواد غذایی بزند. بنابراین در جهت تدارکات چنین امکاناتی برای انجام موضوع تعهد پیمانکار یا صاحب امتیاز ممکن است با دیگران قراردادهایی همچون بیع، اجاره، رهن و... منعقد نماید. گاهی اوقات نیز پیمانکار در زمینه تدارکات با افراد خارجی قرارداد منعقد می نماید که این گونه قراردادهای تابع حقوق تجارت بین الملل است. برای نمونه در قراردادهای ارائه خدمات بیمارستانی این امر به عهده پیمانکار گذاشته شده و کارفرما هیچ مسئولیتی در این زمینه ندارد.

بند چهارم: تسهیل و همکاری کردن جهت نظارت از طرف واگذارکننده

یکی دیگر از وظایف و تعهدات صاحب امتیاز فراهم آوردن تسهیلات و امکانات لازم برای بازرسی و نظارت مأموران، بازرسان و کارشناسان دولت یا اداره امتیاز دهنده می باشد به نحوی که آنها به راحتی و سهولت قادر باشند از دفاتر مؤسسه امتیاز در خصوص چگونگی عملکرد آن، بازرسی نمایند.

درواقع امتیاز دهنده در جریان اجرای قرارداد امتیاز حق نظارت و بازرسی به منظور اجرای درست مفاد قرارداد و رعایت شروط آن را خواهد داشت؛ و از طریق نظارت و بازرسی کارشناسان مربوطه، نواقصات و نارسائیهای موجود شناسایی شده و امتیاز دهنده علاوه بر دادن تذکر و ارشاد، در صورت مقتضی اقداماتی را انجام دهد (از جمله: تغییر، فسخ و...).

توضیح اینکه اختیار نظارت و بازرسی دولت یا اداره امتیاز دهنده ناشی از تقدم منافع عمومی در خصوص حسن اداره امور و خدمات عمومی است و این امر به دولت یا اداره امتیازدهنده حق می دهد که به منظور تحقق این اهداف (حسن اداره امور مذکور) بر نحوه کار و عملکرد مؤسسه امتیاز در جریان اجرای

قرارداد نظارت داشته باشد و در صورت لازم هدایت و دستورات مقتضی را صادر نماید؛ صاحب امتیاز هم مکلف به پیروی از ارشادات امتیاز دهنده می باشد.

در مقابل این حق نظارت، به عبارت دیگر، تسهیل نظارت امتیاز دهنده توسط صاحب امتیاز، بازرسان و مأموران امتیاز دهنده نبایستی به نحوی عمل نماید که موجب اخلال در کار و امور مؤسسه امتیاز شده و در نتیجه منجر به وقفه در اداره امور و خدمات عمومی بشود.

به عقیده یکی از علمای حقوق: هر چند که در قرارداد امتیاز و دفترچه مشخصات مربوطه چگونگی اعمال نظارت امتیاز دهنده مشخص می گردد اما منشاء این اختیار ناشی از قرارداد نیست بلکه تقدیم منافع و مصالح عمومی و حسن انجام امور و خدمات عمومی است.

به عقیده استاد آندره دولوبادر: دفترچه مشخصات در قرارداد امتیاز، صرفاً ایجاد یک رابطه حقوقی بین دولت امتیاز دهنده و صاحب امتیاز نیست بلکه ساماندهی یک امر و خدمت عمومی معین مورد توجه است و غیر از طرفین قرارداد طرف ثالثی که مشتریان صاحب امتیاز (استفاده کنندگان امور مذکور) هم وجود دارند و این دفترچه مشخصات خدمات عمومی صبغه قراردادی و نیمه مقرراتی دارد^۱.

همچنین در قراردادهای پیمانکاری هنگامی که دستگاه نظارت برای نظارت بر اجرای قرارداد وارد عمل می شود پیمانکار باید برای تسهیل نظارت با دستگاه نظارت همکاری کند و اسناد و مدارک و ... را در اختیار ناظر قرار دهد. برای نمونه آیین نامه ایجاد و بهره برداری از دفاتر پیشخوان خدمات دولت و بخش عمومی در ماده ۱۹ بند ۷ مقرر می دارد که: «همکاری با بازرسان و ناظران اعزامی وزارت، دستگاه خدمات دهنده (در حیطه خدمات مربوط) و سایر مراجع قانونی و نظارتی پس از هماهنگی با کارگروه استانی با ارائه کارت شناسایی و معرفی نامه رسمی» که در قراردادهای مربوطه ذکر شده است.

بند پنجم: رازداری

از دیگر تکالیف واگذار شونده حفظ اسرار کاری و همچنین اسرار اداره دولتی از سوی وی است. واگذار شونده در خصوص قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی باید تلاش خود را در جهت حفظ اطلاعات پروژه مخصوص موضوع پیمان بکار بندد. به طور مثال اگر پیمانکار با اداره دولتی در خصوص احداث پروژه نیروگاهی در یکی از نقاط کشور به توافق رسیده است، نمی تواند اطلاعات تخصصی مربوط به نیروگاه را در اختیار شخص حقیقی یا حقوقی دیگری قرار دهد. به نظر می رسد حفظ اطلاعات از سوی پیمانکار و صاحب امتیاز به طور کلی مد نظر باشد به طوری که پیمانکار و صاحب امتیاز موظف به نگهداری اسرار تا پایان قرارداد (عادی و غیر عادی) قلمداد می شود. زیرا اگر در اثر بروز تنشهایی میان واگذار شونده و اداره، قرارداد

^۱ - انصاری، ولی الله، کلیات قراردادهای اداری، پیشین، صفحه ۹۷.

فسخ یا منفسخ شود، ممکن است واگذارشونده در اثر خصومت اطلاعات سری اداره را به پیمانکار دیگری بدهد.

مسئله ای که در اینجا مطرح می شود این است که لزوم حفظ اسرار بر مبنای جلوگیری از ضرر اداره نیست زیرا ممکن است گاهی اداره از فعل پیمانکار یا صاحب امتیاز متضرر نشود. اما آن ها به نوعی افشای سرکرده باشد. بنابر این چنین قاعده ای به نظر تمام حالات را در بر می گیرد. بحث دیگر اینکه تکلیف به حفظ اسرار شامل چه مواردی می شود؟ این امر باید عرفی تلقی شود. بدین عنوان که راز در عرف مردم به امری اطلاق می شود که لزوم پنهان سازی آن واجب تلقی شود. لذا عادتاً دیگران نباید از آن مطلع شوند. بنابر این راز در امور دولتی، اطلاعات فنی تخصصی است که لزوماً موارد مرتبط با کار را شامل می شود و اطلاعات عادی و معمولی که همه افراد از آن مطلع اند در موضوعی خاص سر تلقی نمی شود. افشا سر در غیر از موارد قانونی جرم نیز تلقی می شود.

مواد ۵۰۱ و ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی تا حدودی ناظر بر این امرند. البته اگر عبارات سیاست داخلی یا خارجی در ماده ۵۰۱ را چنان تفسیر کنیم که افشا اسرار ادارات دولتی در حیطه آن بگنجد، می توان مجازات مندرج در این ماده را با رعایت شرایط موجود در ماده بر وی اعمال کرد.

به نظر می رسد بتوان در اینجا مواردی که به طور مثال انجام امور موضوع پیمان مستقیماً با سیاست داخلی گره خورده است، نظیر انجام پروژه نیروگاه های هسته ای و نظایر آن مشمول چنین ماده دانست. در این حالت البته افشا اسرار باید به نوعی متضمن جاسوسی باشند.

اما ماده ۵۰۶ در این خصوص دایره شمول خود را به لحاظ موضوع حکم محدودتر کرده است و آن شامل مأمورین دولتی دانسته است. برخی نویسندگان حقوق جزا آن که هیچ رابطه استخدامی (به معنای رایج آن) با دولت نداشته باشد، و تنها به مناسبت امری که به وی واگذار شده است در جریان اطلاعات طبقه بندی قرار گرفته باشد را مشمول چنین ماده ای می دانند^۱. در این صورت می توانیم ماده ۵۰۶ را ناظر بر وضعیت واگذارشونده تلقی کنیم. لذا براساس پیش فرضهای گذشته وی را باید مسئول امور حفاظتی و اطلاعات طبقه بندی شده اداره دانست. اطلاعات طبقه بندی شده اطلاعات سری، خیلی سری، محرمانه، خیلی محرمانه شامل می شود. حال در اینجا با تفسیری که از مأمور دولتی داشتیم، چنانچه به او آموزشهای لازم داده شده باشد و واگذارشونده در اثر بی مبالاتی وعدم رعایت اصول فنی و تخلیه اطلاعاتی شود، به مجازات حکم مندرج در این ماده محکوم می شود. البته به نظر می رسد این ماده در مقام اثبات امر رازداری واگذار شونده استفاده نشود زیرا این ماده پس از اثبات مقام رازداری در مرحله ثبوت است و مأموران دولتی که

^۱ - شامیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، تهران، نشر ژوبین، ۱۳۸۶، صفحه ۱۵۸.

مسئول امور حفاظتی اند را موضوع حکم قرار داده است و تخلیه اطلاعاتی شدن را نتیجه فرض کرده است و بر آن مجازات تعیین نموده است .

در هر صورت به نظر می رسد با توجه به شئون کلی ماده بتوان در صورتی که پیمانکار در چنین وضعیتی تخلیه اطلاعاتی شود البته در حالی که به وی این امر گوشزد شده باشد و به او آموزش لازم داده شده باشد، وی را مشمول این ماده دانست.

بند ششم: تکالیف واگذار شونده نسبت به اشخاص ثالث

تکالیف واگذار شونده نسبت به اشخاص ثالث یکی از تعهدات قراردادی و غیر قراردادی در قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی است. منظور از اشخاص ثالث، کارکنان واگذار شونده و استفاده کنندگان از خدمات عمومی هستند. تعهداتی که در مورد کارکنان وجود دارد برای آن دسته از خدماتی است که به صورت کلی واگذار می شوند، مانند: حمل و نقل عمومی، حراست و نگهبانی از پالایشگاه ها و نیروگاه ها و در قراردادهای که به صورت جزئی منعقد می شوند این مورد صدق نمی کند مثلاً در قراردادهای مربوط به نگهداری و ارائه خدمات پستی در روستاها و قراردادهای خدمات بهداشتی در خانه های بهداشت در روستاها، تعهداتی در مورد کارکنان وجود ندارد. این تعهدات هم در قراردادهای پیمانکاری و هم در قراردادهای امتیاز خدمات عمومی که به صورت کلی واگذار می شوند وجود دارند، که در این قسمت تعهدات پیمانکار در مقابل کارکنان خود بررسی می شود.

الف: نسبت به کارکنان خود

به غیر از اشخاص معین که در انجام موضوع قرارداد مستقیماً و بلا واسطه نقش دارند، اشخاص دیگری نیز به طور غیر مستقیم و مع الواسطه به ایفای نقش می پردازند. این امر پر واضح است که پیمانکار برای انجام موضوع قرارداد از نیروی فکری و یدی کسان دیگری که از عوامل او محسوب و در استخدامش می باشند، بهره مند می گردد. مدیریت پیمانکار را در این میان نمی توان انکار کرد. مهارت انفرادی هر یک از نیروی انسانی تحت اختیار پیمانکار و ترکیب آنها اهمیت بسزایی در ایفای تعهدات پیمانکار دارد و از همین روست که در بند (الف) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان «پیمانکار متعهد است که عملیات موضوع پیمان را به وسیله افرادی که در کار خود تخصص و تجربه کافی دارند، انجام دهد.»

پیمانکار چه شخصیت حقیقی و چه شخصیت حقوقی داشته باشد موضوع قرارداد را با توان فکری و دستان کارکنان خود محقق می دارد. هنر پیمانکار در این است که این مجموعه انسان ها را با ابزار کاری که در اختیار دارد به نحوی راهبری و موزون کند که موضوع پیمان به گونه مطلوب جامه تحقق پوشد.

اگر چه کارکنان پیمانکار هیچگونه ارتباط حقوقی، قراردادی و کاری با کارفرما ندارند. اما چون حمایت از کارکنان پیمانکار در کیفیت و ارائه مطلوب موضوع پیمان بی تأثیر نیست لذا در مواردی کارفرما، کارکنان پیمانکار را از حمایت ها و پشتیبانی های مادی و معنوی خود بی بهره نمی گذارد. این حمایت ها گاه از حیث پرداخت حقوق و مزایا، گاه از لحاظ تسهیل امور اداری و استخدامی و گاه از جهت رفاهی و مانند اینها را شامل می گردد چون رابطه قراردادی و استخدامی کارکنان پیمانکار مستقیماً با خود پیمانکار است لذا از نظر حقوق کار و قرارداد کاری، پیمانکار در مقابل کارکنان خود دارای وصف «کارفرمایی» است. یعنی رابطه پیمانکار با کارکنان خود رابطه «کارفرمایی - کارگری» است^۱. لذا واژه «کارفرما»، را نباید در این رابطه با کلمه «کارفرما» در قرارداد که رابطه پیمانکار و کارفرما را نشان می دهد خلط و اشتباه کرد. مطابق ماده ۷ قانون کار، قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی، کاری را برای مدت موقت یا غیر موقت برای کارفرما انجام می دهد. در اجرای ماده ۱۳ قانون کار، مفاد ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان به نحوی تنظیم گردیده که در آن پیمانکار متعهد است که تمام قانون کار را در مورد کارکنان خود اعمال نماید.

بند (الف) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، کارکنان پیمانکار را این گونه تعریف می کند: «کسانی که در اجرا این پیمان، خدماتی برای پیمانکار انجام می دهند، کارکنان پیمانکار شناخته می شوند». مفهوم این تعریف واضح است. اما پرسشی که در این باره می تواند مطرح شود این است که آیا پیمانکاران جزء نیز از کارکنان پیمانکار اصلی محسوب می شوند یا نمی توان آنها را جزو کارکنان پیمانکار اصلی تلقی کرد؟ به ویژه آنکه پیمانکاران جزء نیز خود کارکنانی در استخدام خویش ممکن است داشته باشند که در اجرای موضوع پیمان به گونه ای فعالند.

تعریف جامعی که بند (الف) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان از کارکنان پیمانکار بدست می دهد، پیمانکاران جزء را نیز شامل کارکنان پیمانکار اصلی می گرداند. یعنی مطابق تعریف فوق، پیمانکاران جزء هم از کارکنان پیمانکار اصلی شمرده می شوند. اما با توجه به سایر بندهای ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، پیمانکاران جزء را نمی توان از کارکنان پیمانکار اصلی محسوب داشت. زیرا هر چند مطابق بند (ط) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، «پیمانکار در مقابل کارفرما مسئول اعمال کارکنان خود است» و گرچه برابر بند (ب) ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان «پیمانکار مسئول تمام عملیاتی است که توسط پیمانکاران جزء یا کارکنان آنها انجام می شود» مع الوصف شباهت این مسئولیت ها باعث نمی شود که پیمانکاران جزء را از کارکنان پیمانکار اصلی بدانیم. علت این توفیر کاملاً مشخص است: رابطه حقوقی پیمانکار اصلی با پیمانکاران جزء و نیز رابطه او (پیمانکار اصلی) با کارکنان خود متفاوت است. ارتباط حقوقی پیمانکار اصلی

^۱ - امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، میزان، نشر میزان، ۱۳۹۱ صفحه ۲۴۸.

با پیمانکاران جزء در قالب واگذاری قسمتی از عملیات موضوع پیمان است که کارفرما به نحوی از مفاد آن آگاه و گاهی نظارت دارد و حتی به هنگام بروز اختلاف داور مرضی الطرفین آن دو شناخته می شود ، ولی رابطه حقوقی پیمانکار اصلی با کارکنان خویش ، همانطوری که فوقاً گفتیم یک رابطه « کارفرمایی - کارگری » است که قانون کار بر روابط آنان حاکم است . همچنانکه رابطه حقوقی پیمانکاران جزء با کارکنان خود هم بر اساس قانون کار تعیین و تعریف می شود برابر ماده ۲ قانون کار ، « کارگر » کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد ، حقوق ، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما ، کار می کند و طبق ماده ۳ همان قانون « کارفرما » شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می کند . اگر در قرارداد ، کارکنان پیمانکاران جزء به صورت مع الواسطه از کارکنان پیمانکار اصلی محسوب می شوند ، صرفاً از بابت مسئولیت کار و اعمال آنان در مقابل کارفرماست نه از جهات دیگر . لذا قانون حاکم بین پیمانکار اصلی با پیمانکاران جزء را نمی توان قانون کار دانست ، چرا که رابطه آنان با پیمانکار اصلی ، رابطه « کارفرمایی - کارگری » نیست بلکه مانند سایر قراردادهای خصوصی قوانین مربوط به قراردادها و عقود معینه و غیر معینه و سایر عموماً قانونی بر روابط آنان حکومت دارد . با این وصف تعریف پیمان از کارکنان پیمانکار هر چند جامع است اما با توجه به توضیحات فوق ، مانع نیست و ضرورت دارد کارکنان پیمانکار مقید گردد به حکم قانون کار بر روابط آنان و بدین شرح اصلاح شود : « کسانی که در اجرای این پیمان ، در چارچوب قانون کار خدماتی برای پیمانکار انجام می دهند ، کارکنان پیمانکار شناخته می شوند . »

۱- تکالیف واگذار شونده به نفع کارکنان

گفته شد ، هر چند رابطه کارکنان پیمانکار بر اساس قانون کار ، مستقیماً بین آنها و پیمانکار برقرار است لکن در اجرای موضوع قرارداد از چتر حمایتی و پشتیبانی کارفرما برخوردارند . البته تأکید بر رعایت حداقل حقوق و امتیازات کارکنان پیمانکار در متن قرارداد از جهت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث و از حیث هدف و غایت امر نوعی تمهید و دوراندیشی است . زیرا گویا اینکه پیمانکار متعهد به حسن انجام کار در مقابل کارفرما است اما در نهایت انجام موضوع قرارداد مبادرتاً توسط کارکنان پیمانکار صورت عینی و عملی پیدا می کند . پس چنین حمایتی نه تنها لازم بلکه کاملاً به جا و مال اندیشانه است . از طرف دیگر ، طبق قرارداد، کارفرما پیمانکار را در پاره ای از امور در مقابل کارکنان خود مسئول و متعهد نموده که سود این تعهدات هر چند ظاهراً و به طور مستقیم عاید کارکنان پیمانکار است اما به طوری که در بالا گفتیم باطناً و در غایت امر ، به طور غیر مستقیم از لحاظ مرغوبیت و کیفیت کار عاید کارفرما نیز می شود.

۱-۱- پرداخت دستمزد کارگران

مطابق ماده ۱۳ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ کارفرما مکلف است که قرارداد مقاطعه کار را ملزم به اعمال تمامی مقررات قانون کار در مورد کارکنان خود نماید. همچنین کارفرما موظف است که بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکاران، منجمله ضمانت حسن انجام کار پرداخت نماید و هر گونه توافقی بر خلاف آن هم قابل قبول نمی باشد اما بند (و) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان «پیمانکار متعهد است که دستمزد کارگران خود را طبق قانون کار مرتباً پرداخت کند. در صورتی که در پرداخت دستمزد کارگران تاخیری پیش آید، مهندس مشاور به پیمانکار اخطار می کند که طلب کارگران را پرداخت نماید. در صورت استنکاف پیمانکار، کارفرما می تواند دستمزد کارگران را برای ماه یا ماههایی که صورت وضعیت آن به پیمانکار پرداخت شده است، طبق کارنامه های کارگری که در دست کارگران و دارای امضای رئیس کارگاه است، با توجه به پرداختهای علی الحساب که به آنها شده است، با حضور نماینده مهندس مشاور و پیمانکار، از محل مطالبات پیمانکار پرداخت نماید و مبلغ پرداختی را به اضافه ۱۵٪ به حساب بدهی پیمانکار منظور نماید و اگر مطالبات پیمانکار کافی نباشد، از محل تضمینهای پیمانکار تأمین کند. در صورتی که نماینده پیمانکار، با وجود اخطار مهندس مشاور، از حضور برای پرداختها خودداری کند، کارفرما پرداخت مزبور را انجام می دهد، بدون اینکه پیمانکار حق اعتراضی بر این عمل و مبلغ پرداختی و تعداد کارگران و میزان استحقاقی آنان داشته باشد. در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از مدت یکماه، برای ماهی که صورت وضعیت آن پرداخت شده است، کارفرما می تواند پیمان را فسخ نماید.».

تفاوتی که بین ماده تبصره ماده ۱۳ قانون کار با بند (و) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان این است که در تبصره ماده ۱۳ قانون کار، پرداخت مطالبات کارگران از محل پیمانکاران توسط کارفرما منوط به رأی مراجع قانونی و هیأت های تشخیص و حل اختلاف موضوع قانون کار شده است. اما در بند (و) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان رأی مراجع فوق ذکر لازم نیست و کارفرما می تواند مطالبات کارگران را از محل مطالبات پیمانکار پرداخت کند. «به نظر می رسد که به لحاظ اینکه شرایط عمومی پیمان جنبه قراردادی دارد و پیمانکار با امضاء قرارداد ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان را پذیرفته است و با توجه به اصل حمایت از کارگر در حقوق کار عمل مقاطعه دهنده طبق ماده ۱۷ قابل قبول است.»^۱

خوش حساسی پیمانکار نسبت به پرداخت دستمزد کارگران خود در قرارداد به حدی حائز اهمیت است که کارفرما حق دارد در صورت تکرار تأخیر در پرداخت دستمزد کارگران به مدت بیش از یک ماه برای ماهی که صورت وضعیت آن پرداخت شده است، پیمان را فسخ و به موجودیت آن خاتمه دهد. علت این امر

^۱ - همان صفحه ۲۵۰.

روشن است زیرا پیمانکاری که در مقابل پرداخت دستمزد کارگران خود تا این حد بی مسئولیت و بی مبالا است و ابتدایی ترین و بدیهی ترین حقوق آنان را نادیده می گیرد ، قطعاً نسبت به تعهدات خود در مقابل کارفرما بی مسئولیت خواهد بود . لذا ادامه اجرای پیمان با چنان پیمانکاری به مصلحت نمی باشد.

۱-۲- اجرای مقررات حفاظت فنی و بهداشت کار

حفاظت فنی و بهداشت کار موضوعی است که در فصل چهارم قانون کار جمهوری اسلامی ایران پیش بینی شده است . هدف از تدوین این موضوع در قانون کار صیانت از نیروی انسانی و منابع مادی کشور می باشد که رعایت دستورالعمل های مربوط به حفاظت فنی و بهداشت کار از طریق شورای عالی حفاظت فنی (جهت تأمین حفاظت فنی) و وزارت بهداشت ، درمان و آموزش پزشکی (جهت جلوگیری از بیماری های حرفه ای و تأمین بهداشت کار و کارگر و محیط) تدوین می گردد . بنابراین کارکنان پیمانکار که در اجرای موضوع پیمان مطابق مقررات قانون کار در کارگاه مشغول کارند، دستورالعمل های حفاظت فنی و بهداشت کار را باید رعایت کنند . اساساً طبق قانون کار مسئولیت اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار بر عهده کارفرما یا مسئولین واحدهای کارگاه است هرگاه بر اثر عدم رعایت مقررات مذکور از سوی کارفرما یا مسئولین واحد، حادثه ای رخ دهد، شخص کارفرما یا مسئول مذکور از نظر کیفری و حقوقی و نیز مجازات های مندرج در قانون کار مسئول است و البته منظور از مسئولیت کیفری همان مسئولیت های قانونی مجازات اسلامی در خصوص پرداخت دیه و مقصود از مسئولیت حقوقی جبران خسارات و زیان های وارده به شخص مصدوم و یا اولیاء دم مقتول است .

ناگفته نماند چنانچه کارفرما یا مدیران واحدهای کارگاه برای حفاظت فنی و بهداشت کار وسایل و امکانات لازم را در اختیار کارگران قرار دهند و کارگران با وجود آموزش های لازم و تذکرات قبلی بدون توجه به دستورالعمل و مقررات موجود از آنها استفاده ننمایند ، کارفرما مسئولیتی نخواهد داشت در حقیقت بند (ح) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان ناظر به مقررات مربوط به حفاظت فنی و بهداشت کار مندرج در قانون کار جمهوری اسلامی می باشد و از آنجا که پیمانکار برابر مفاد قانون کار ، کارفرمای کارکنان خود شناخته می شود لذا کلیه مسئولیت های فوق الذکر به هنگام انجام موضوع پیمان به عهده او است .

۱-۳- اجرای مقررات بیمه های اجتماعی

کارفرمایان کارگاههای مشمول قانون کار مکلفند بر اساس قانون تأمین اجتماعی نسبت به بیمه نمودن کارگران واحد خود اقدام نمایند و طبق قانون تأمین اجتماعی ، کارفرما موظف است از مزد یا حقوق

یا کارمزد کسانی که برای او کار انجام می دهند ، حق بیمه مقرر در قانون یاد شده را کسر و به اضافه سهم خود به سازمان تأمین اجتماعی پرداخت نماید . در این صورت کسانی که برای کارفرما ، کار انجام می دهند از مزایای بیمه های اجتماعی برخوردار می شوند . تأمین اجتماعی موارد مربوط به حوادث و بیماری ها ، بارداری ، غرامت دستمزد ، از کارافتادگی ، بازنشستگی و مرگ را شامل می گردد که تفصیل آنها را قانون فوق الذکر بیان نموده است . حق بیمه به میزان ۳۰ درصد مزد یا حقوق کارکنان است که ۷ درصد آن به عهده بیمه شده و ۲۰ درصد به عهده کارفرما و ۳ درصد به وسیله دولت تأمین می گردد.

آنچه در بالا گفته شد مربوط به کارفرمایانی است که مستقیماً کارکنانی در استخدام خود دارند و مطابق قانون تأمین اجتماعی موظف به پرداخت حق بیمه می باشند . اما در قرارداد، کارکنان پیمانکار هیچگونه رابطه قراردادی و کاری با کارفرما ندارند . در حقیقت کارفرمای آنان همان پیمانکار است که برای او کار می کنند و رابطه کاری آنان بر اساس قانون کار تنظیم می شود .

بنابر این باید مشخص شود که در قراردادهای پیمانکاری ، حق بیمه چگونه پرداخت می شود . زیرا از یک طرف پیمانکار ، کارفرمای کارکنان خود است که برای او کار می کنند و از طرف دیگر خود به نوعی از کارکنان کارفرما (دستگاه اجرایی) محسوب می شود که طبق مفاد قرارداد متعهد به اجرای موضوع قرارداد گردیده است . این موضوع را ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی مشخصاً بیان کرده است . در واقع بند (ح) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان ناظر به همان ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی می باشد . وفق ماده مرقوم : در مواردی که انجام کار به طور مقاطعه (مثل پیمان) به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار می شود ، کارفرما باید در قراردادی (پیمانی) که منعقد می کند ، مقاطعه کار (پیمانکار) را متعهد نماید که کارکنان خود ، همچنین کارکنان مقاطعه کاران فرعی (پیمانکاران جزء) را نزد سازمان بیمه نماید و کل حق بیمه را بپردازد . پرداخت پنج درصد بهای کل کار مقاطعه کار (مبلغ پیمان) از طرف کارفرما موکول به ارائه مفاصاحساب از طرف سازمان خواهد بود . در مورد پیمانکارانی که صورت مزد و حق بیمه کارکنان خود را در موعد مقرر به سازمان تسلیم و پرداخت می کنند معادل حق بیمه پرداختی بنا به درخواست سازمان از مبلغ مذکور آزاد خواهد شد .

هرگاه کارفرما آخرین قسط پیمانکار را بدون مطالبه مفاصاحساب سازمان بپردازد ، مسئول پرداخت حق بیمه مقرر و خسارت مربوط خواهد بود و حق دارد وجوهی را که از این بابت به سازمان پرداخته است از پیمانکار مطالبه و وصول نماید . « آیین نامه نحوه تسلیم صورت مزد ، میزان و نحوه پرداخت حق بیمه کارکنان شاغل در طرح های عمرانی » (مصوب ۸/۱۲/۱۳۶۳ شورای عالی تأمین اجتماعی) جزئیات بیشتر و دقیقتری در خصوص حق بیمه کارکنان پیمانکار ارائه می دهد . به موجب آیین نامه مزبور ، پیمانکاران مشمول آیین نامه یاد شده مکلفند طبق مقررات ماده ۲۹ قانون تأمین اجتماعی و آیین نامه مربوطه ، صورت

مزد ماهانه کارکنان شاغل در هر پیمان را حداکثر تا آخرین روز ماه بعد تهیه و پس از تأیید ناظر مقیم یا دستگاه نظارت یا دستگاه اجرایی به واحدهای سازمان تأمین اجتماعی تسلیم و رسید مورد نیاز جهت ارائه به کارفرما را دریافت نمایند. تأیید صورت مزد ماهانه توسط دستگاه نظارت و دستگاه اجرایی رافع مسئولیت پیمانکار در مورد صحت و سقم صورت مزد از نظر تعداد و مبلغ و دستمزد روزهای کارکرد نخواهد بود. صدور دستور پرداخت توسط دستگاه اجرایی و پرداخت هر صورت وضعیت به پیمانکار موکول به تسلیم رسید دریافت صورت مزد ماه های قبل کارکنان شاغل پیمانکار توسط سازمان تأمین اجتماعی خواهد بود. سازمان تأمین اجتماعی مکلف است پس از دریافت صورت مزد بلافاصله رسید لازم را تهیه و به پیمانکار تحویل نماید. پرداخت صورت وضعیت قطعی پیمان ها موکول به تسلیم گواهی سازمان تأمین اجتماعی مبنی بر دریافت صورت های مزد ارسالی پیمانکار و همچنین وصول حق بیمه های مکسوره از صورت وضعیت ها خواهد بود. سازمان تأمین اجتماعی مکلف است ظرف مدت ۱۵ روز از تاریخ دریافت استعلام ذی حسابی ها گواهی فوق را تهیه و صادر نماید چنانچه مدارک لازم برای صدور گواهی مذکور به سازمان تسلیم نشده باشد، سازمان مکلف است ظرف مدت ۱۵ روز از تاریخ استعلام فوق موضوع را به ذی حسابی اعلام نماید. عدم پاسخ در انقضای مدت مزبور به منزله صدور گواهی فوق تلقی شده و پرداخت صورت وضعیت قطعی پیمانکار بلامانع است. میزان حق بیمه مکسوره به عنوان بیمه قطعی هر قرارداد بوده و با پرداخت آن و رعایت سایر شرایط آیین نامه مورد بحث به عنوان مفاصاحساب هر قراردادی تلقی می گردد آنچه فوقاً گفتیم مربوط به نحوه پرداخت حق بیمه کارکنان شاغل در موضوع پیمان (کارگاه) بود اما پیمانکاران مکلفند صورت مزد کارکنان دفتر مرکزی خود را کماکان طبق مقررات قانونی تأمین اجتماعی تهیه و به انضمام حق بیمه مربوطه و به طور جداگانه به شعبه تأمین اجتماعی حوزه عملکرد دفتر مرکزی خود تسلیم و پرداخت نمایند. بنابراین مکانیزم پرداخت حق بیمه کارکنانی که مباحثاً در موضوع پیمان کار می کنند با دیگر کارکنان پیمانکار که خارج از اجرای موضوع پیمان فعالیت دارند، متفاوت است.^۱

۲- تکالیف واگذار شونده در مورد کارکنان خود در مقابل واگذار کننده

۲-۱- استفاده از افراد متخصص

پیمانکار متعهد است که عملیات موضوع پیمان را به وسیله افرادی که در کار خود تخصص و تجربه کافی دارند، انجام دهد. داشتن تخصص و تجربه کافی کارکنان پیمانکار برای اجرای عملیات موضوع پیمان واجد اهمیت فراوانی است. لذا شرط تخصص و تجربه کافی برای عوامل سازنده پیمان امری لازم و ضروری

^۱ - استوار سنگری، کورش، حقوق تأمین اجتماعی، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷ صفحات ۱۲۱-۱۱۹.

است . استخدام افراد بی تجربه و بی تخصص و غیر فنی از سوی پیمانکار قطعاً او را در قبال تعهدات خود با کارفرما عاجز و ناتوان می کند . لذا پیمانکار ناگزیر است از نیروی انسانی کارشناس و کار آمد برای اجرای عملیات موضوع پیمان استفاده کند و گرنه در مقابل کارفرما مسئول اعمال کارکنان خود خواهد بود . در این خصوص کارکنان پیمانکار ، اعم است از پیمانکاران جزء و کارگران و کلیه کسانی که تحت ضوابط قانون کار در استخدام پیمانکار می باشند . بنابراین پیمانکار برای انعقاد قرارداد با پیمانکاران جزء باید نهایت کوشش و دقت خود را به خرج دهد تا برای حفظ اعتبار خود و ارائه مطلوب کار موضوع پیمان ، از پیمانکارانی استفاده کند که بسیار کارآمد ، دارای تجربه کافی و تخصص لازم باشند . اهمیت کارامدی پیمانکاران جزء از سایر کارکنان پیمانکار طبق ضوابط قانون کار در خدمت او هستند ، بیشتر است . چرا که نمود کار پیمانکاران جزء در موضوع پیمان بیش از دیگر کارکنان او است . گویا اینکه برای مدیریت و سازماندهی کار ، دیگر کارکنان ستادی و پیمانکار نیز باید از لیاقت ، درایت و کارآیی کافی نیز برخوردار باشند . در ماده بند ۱۱ ماده ۱۹ آیین نامه ایجاد و بهره برداری از دفاتر پیشخوان خدمات دولت و بخش عمومی غیردولتی یکی از وظایف پیمانکار که باید در قرارداد ذکر شود را استفاده از نیروی متخصص و در صورت غیبت یکی از نیروها تعیین کرده است و پیمانکار موظف است که نیروی متخصص دیگری را به جای او گمارد. در قراردادهای خدمات پیش بیمارستانی نیز پیمانکار باید از افراد متخصص و دارای یک سری شرایط ویژه که مربوط به موضوع قرارداد است را باید به کار گیرد.

۲-۲- اعلام وضعیت متخصصان خارجی

اگر در اسناد و مدارک قرارداد ، استفاده از متخصصان خارجی پیش بینی شده باشد ، پیمانکار متعهد است قبلاً وضعیت استخدام ، مانند میزان حقوق و مزایا ، مدت استخدام و محل اقامت و مشخصات آنها را به اطلاع کارفرما برساند و با رعایت مقررات ذیربط و تأمین هزینه های مربوط ، برای استخدام آنها اقدام کند . اشتغال اتباع بیگانه در ایران دارای مقررات خاصی است که با اشتغال اتباع ایرانی متفاوت است . زیرا اصولاً اتباع بیگانه نمی توانند در ایران مشغول به کار شوند مگر آنکه اولاً دارای روادید با حق کار مشخص بوده و ثانیاً مطابق قوانین و آیین نامه های مربوطه ، پروانه کار دریافت دارند . این است که در راستای ماده ۱۲۸ قانون کار که مقرر می دارد :

کارفرمایان مکلفند قبل از اقدام به عقد هرگونه قراردادی که موجب استخدام کارشناسان بیگانه می شود ، نظر وزارت کار و امور اجتماعی را در مورد امکان اجازه اشتغال تبعه بیگانه را استعلام نمایند، بند (الف) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان اعلام قبلی وضعیت استخدامی متخصصان خارجی را از تعهدات پیمانکار بر می شمارد . برای آگاهی بیشتر باید اضافه کرد که وزارت کار و امور اجتماعی با رعایت شرایط زیر در مورد صدور روادید با حق کار مشخص برای اتباع بیگانه موافقت و پروانه کار صادر می کند :

الف - مطابق اطلاعات موجود در وزارت کار و امور اجتماعی در میان اتباع ایرانی آماده به کار ، افراد داوطلب واجد تحصیلات و تخصص مشابه وجود نداشته باشد .

ب- تبعه بیگانه دارای اطلاعات و تخصص کافی برای اشتغال به کار مورد نظر باشد.

ج - از تخصص تبعه بیگانه برای آموزش و جایگزینی بعدی افراد ایرانی استفاده شود.

۲-۳- احراز هویت و اجازه اقامت و کارکنان پیمانکار

کارکنان ایرانی کارگاه باید دارای شناسنامه و کارکنان بیگانه کارگاه باید دارای پروانه اقامت و اجازه کار باشند . شناسنامه سندی است که هویت شخص را از لحاظ احوال شخصیه و وقایعی چون تولد ، ازدواج ، طلاق ، وفات ، محل تولد و نیز اسم و نسب او مدلل می دارد . کسانی که فاقد شناسنامه باشند قطعاً هویت آنها ناشناخته می ماند و کار کردن افرادی که هویت آنان احراز نشده مغایر با مقررات قانونی است . چه بسا اشخاص خارجی بدون ارائه شناسنامه برای انجام موضوع پیمان اشتغال یابند در حالیکه اشتغال اتباع بیگانه در ایران تحت شرایط و مقررات قانون کار باید انجام گیرد . بنابراین هیأت فنی اشتغال باید شرایط اتباع بیگانه را برای اشتغال بدواً احراز و سپس نسبت به صدور پروانه کار با رعایت مواد قانون کار حداکثر برای مدت یک سال اقدام و تمدید و یا تجدید نماید .

علاوه بر صدور پروانه کار ، ورود اتباع بیگانه به ایران و اقامت آنان در کشور ، مسأله دیگری است که طبق مقررات خاص خود به عهده وزارت امور خارجه می باشد .

۲-۴- بکار گرفتن ساکنان منطقه اجرای کار برای انجام موضوع قرارداد

پیمانکار می کوشد تا حد ممکن ، کارگران مورد نیاز خود را از بین ساکنان منطقه اجرای کار ، که صلاحیت انجام کارهای موضوع قرارداد را داشته باشد، انتخاب کند و به کار گمارد و این شرط نیز مانند بعضی دیگر از شروط مندرج در شرایط عمومی پیمان ، نه تنها بدون ضمانت اجرایی است ، بلکه منطوق آن در حد توصیه و ارشاد پیمانکار است . به نظر می رسد با عنایت به مفاد شرط فوق الذکراند راجع به آن در قرارداد فاقد ضرورت لازم می باشد ، زیرا عموماً پیمانکاران ، بنا به دلایل متعدد سعی می کنند کارگران مورد نیاز خود را از میان ساکنان منطقه اجرای کار به کار گمارند . لذا توصیه بدیهی و روشن ، آن هم در متن قرارداد که محشون از تعهدات گوناگون است ، لازم به نظر نمی رسد . با این حال به نظر می رسد ، به حسب تجربه دیده شده که به کار گماردن افراد غیر بومی از کارگاه بعضاً مشکلاتی از ناحیه افراد بومی برای عوامل پیمان ایجاد می کند که نهایتاً انجام موضوع پیمان و طرفین پیمان را در انجام تعهدات متقابل خود به زحمت می

اندازند . نمونه این امر در قراردادهای خدمات پیش بیمارستانی ملاحظه می شود: « در برخی پایگاه ها نیروی خدماتی مقیم صرفاً بومی منطقه در شیفت صبح در پایگاه حضور داشته و در شیفت عصر و شب نیز می بایست در زمان مأموریت های پایگاه در دسترس باشند»

۲-۵- اخراج کارگران محل نظم کارگاه

پیشتر توضیح دادیم که رابطه کاری کارکنان پیمانکار با او ، بر اساس مقررات و ضوابط قانون کار تنظیم می گردد . آنچه در بند (ط) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان راجع به اخراج کارکنان بی انضباط کارگاه ، پیمانکار را در مقابل کارفرما متعهد نموده نمی تواند بدون رعایت قانون کار عملاً تحقق یابد. کارگاه در حقوق کار صرفاً یک محیط به معنای لغوی آن نیست، و یک منطقه جغرافیایی مشخص با حدود و صغور خاصی نیست، لزوماً یک مکان سر بسته مانند سوله و ... نیست، مثلاً در قراردادهای حراست از پالایشگاه ها و نیروگاه ها آن پالایشگاه و نیروگاه کارگاه آنها محسوب می شود.

بدین دلیل که فسخ قرارداد کار کارکنان پیمانکار با او در صورت بی انضباطی باید تحت شرایط ماده ۲۷ قانون کار به عمل آید وگرنه التزام پیمانکار در مقابل کارفرما در خصوص اخراج کارگران محل نظم کارگاه بدون رعایت تشریفات مربوط بلااثر خواهد بود .

ماده ۲۷ قانون کار مقرر می دارد : « هرگاه کارگر در انجام وظایف محوله قصور ورزید و یا آیین نامه های انضباطی کارگاه را پس از تذکرات کتبی نقض نماید کارفرما حق دارد در صورت اعلام نظر مثبت شورای اسلامی کار ، علاوه بر مطالبات و حقوق معوقه به نسبت هر سال سابقه کار معادل یک ماه آخرین حقوق کارگر را به عنوان « حق سنوات » به وی پرداخت و قرارداد کار را فسخ نماید . در واحدهایی که فاقد شورای اسلامی کار هستند نظر مثبت انجمن صنفی لازم است و در هر مورد از موارد یاد شده اگر مسأله با توافق حل نشد به هیأت تشخیص ارجاع و در صورت عدم حل اختلاف ، قرارداد کار به حالت تعلیق در می آید » . لازم به یادآوری است که موارد مقرر و دستورالعمل ها و آیین نامه های انضباطی کارگاه به موجب مقرراتی است که با پیشنهاد شورای عالی کار به تصویب وزیر کار و امور اجتماعی می رسد . لذا ملاحظه می شود که اجرای بند (ط) ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان منوط به رعایت ماده ۲۷ قانون کار است . یاد آور می شود که برکناری کارکنان محل نظم کارگاه به معنای اخراج آنان از کار نیست بلکه برکناری از کارگاهی است که پیمانکار مسئولیت انجام موضوع آن را در آن کارگاه به عهده دارد و گرنه پیمانکار می تواند از کار آن نوع کارکنان در جای دیگری استفاده نماید . مقصود و مفهوم ذیل بند یاد شده که می گوید : « اجرای این دستور از مسئولیت های پیمانکار نمی کاهد و ایجاد حقی برای او نمی کند » ، این است که در صورت اخراج یک یا چند کارگر بی انضباط (چنانچه تحقیق یابد) ، پیمانکار نمی تواند آن را وسیله و بهانه ای برای فرار

از حسن انجام کار و یا تأخیر انجام موضوع قرارداد قرار دهد و این را حقی برای خود بداند که مثلاً اخراج فلان کارگر ، پیمانکار را از ایفای تعهدات او به نحو مطلوب ناتوان کرده است .

۲-۶- ملزم کردن کارکنان برای طی یک دوره آموزشی

پیمانکار یا صاحب امتیاز در قراردادهای که تخصص خاصی نیاز دارند، علاوه بر خود باید کارکنان خود را ملزم کنند که یک دوره آموزشی را طی کنند و گواهی گذارندن دوره را از مراجع ذیربط اخذ کنند. در قراردادهای واگذاری خدمات الکترونیکی نیروی انتظامی (پلیس +۱۰) این یکی از وظایف پیمانکار است. در قرارداد ارائه خدمات پیش بیمارستانی (اورژانس ۱۱۵): «مسئولیت آموزش پرسنل موضوع این قرارداد بعهده واگذار شونده می باشد و این موضوع نافی تعهد نیروها برای گذارندن دوره های آموزشی و الزام آنان به شرکت در آزمون های ادواری واحد آموزش اورژانس نمی باشد، بدیهی است وقوع هر گونه حادثه برای پرسنل و خساراتی که به دلیل عدم آموزش و در اثر قصور و یا تقصیر آنها به خود، دیگران و تجهیزات پزشکی، مخابراتی، تأسیساتی و ساختمان واگذار کننده وارد آید جزئاً و کلاً به عهده واگذار شونده خواهد بود و واگذار کننده هیچ گونه مسئولیتی دراین مورد ندارد و پرداخت خسارت بعهده واگذار شونده می باشد که در صورت عدم پرداخت خسارت، واگذار کننده راساً از پرداختی ماهانه یا ضمانت نامه یا تضمین اموال مأخوذه، جبران خواهد نمود.»

ب: نسبت به استفاده کنندگان خدمات عمومی

تکالیف واگذارشونده نسبت به استفاده کنندگان خدمات عمومی عبارتند از:

۱- رعایت اصل برابری

به دلیل اینکه امور و خدمات عمومی متعلق به عموم افراد جامعه است ، در واقع هدف از ایجاد آنها تأمین منافع عموم مردم است ، و در حقیقت امر هزینه اداره این امور را بنحوی خود مردم می پردازند ، لذا چون متعلق به همه مردم است ، بایستی همه بطور مساوی و بدون هیچ گونه تبعیض از آن بهره مند گردند؛ از این رو واگذار کنندگان باید این اصل را در قرارداد در نظر بگیرند و واگذار شوندگان هم مکلفند که برابری را بین استفاده کنندگان خدمات عمومی اجرا کنند. نمونه این امر در ماده ۴ آیین نامه بهره برداری از دفاتر خدمات ارتباطی آمده است که «اساس کار در صدور پروانه و اجرای آن و عرضه خدمات ، رعایت اصل عدم تبعیض می باشد. مشتریان ، دارندگان پروانه و یا متقاضی آن و تأمین کنندگان خدمات حق دارند موارد تبعیض احتمالی را در صورت وقوع و مشاهده ، (از طریق تشکل صنفی ذیربط خود و یا در صورت نبود

مستقیماً) به دبیرخانه کارگروه استانی اعلام و رفع آن را درخواست کنند کارگروه استانی باید به محض وصول گزارش مطابق پیوست شماره ۷ آیین نامه اقدام نماید.» و این امر در قرارداد ذکر گردیده است.

۲- پاسخگویی

مفهوم پاسخگویی، مفهوم چند وجهی، پیچیده و قابل تأمل می باشد. السون به وجود واژه های مختلف برای این مفهوم اشاره می کند و می گوید در زبان بعضی از کشورها واژه پاسخگویی وجود ندارد و نزدیکترین واژه به آن مسئولیت است.^۱

برای پاسخگویی تعریف های متعدد اما همسویه ارائه شده است که به چند تعریف که بیشتر استفاده می شود اشاره می شود:

- پاسخگویی در مفهوم اصلی خود به جوابگویی در برابر یک شخص به خاطر عملکرد مورد نظر، تعبیر و تفسیر می شود.

- پاسخگویی عبارت است از وجود نوعی تعهد و التزام به منظور جوابگویی و پاسخ دادن به مسئولیت های انجام شده توسط فردی که مسئولیت بر عهده او بوده است.

در رابطه با پاسخگویی بخش خصوصی در ارائه خدمات گروهی معتقدند که باعث افزایش پاسخگویی خواهد شد؛ زیرا بخش خصوصی با استفاده از مکانیزم های خاص خود مانند مشتری مداری، رقابتی بودن، همیشه سعی در جلب مشتری خود داشته است پس پاسخگوتر از بخش دولتی است.

از طرفی برخی از صاحب نظران معتقدند بخش خصوصی نمی تواند در بخش ارائه خدمات بر عامه پاسخگو باشد؛ زیرا این بخش همواره به دنبال کسب سود خود می باشد و خدمات دهی به عامه بخشی از وظایف اصلی دولت است که نباید واگذار گردد.

در مورد پاسخگویی در قراردادها از طرف بخش خصوصی می توان گفت به صورت کلی تأثیر مثبتی روی پاسخگویی داشته است. این امر از طریق شفافیت بیشتر عملکرد پیمانکاران و سازمان ها صورت می گیرد؛ زمانی که عملکرد ارائه کننده و بخش دولتی شفاف باشد استفاده کنندگان از خدمات عمومی قادر خواهند بود هر جا که ناراضی باشند ادعای خسارت کنند. از این نگاه می توان ادعا نمود که قرارداد ظرفیتی دارد که به تقویت پاسخگویی منجر می شود.^۲

^۱ - قلی پور، رحمت الله و طهماسبی آشتیانی، «تحلیل رابطه پاسخگویی عمومی و برون سپاری در سازمان های عمومی»، مجله فرهنگ مدیریت، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۸۵، صفحه ۱۱۹.

^۲ - بختکی، بهروز، «نقش مسئولیت پاسخگویی در ارتقاء کیفیت و ارائه خدمات عمومی»، مجله دانش و پژوهش حسابداری، سال سوم، شماره نهم، ۱۳۸۴، صفحه ۳۵.

به هرحال یکی از تکالیف پیمانکاران و صاحبان امتیاز، پاسخگویی در قراردادهای ناظر بر خدمات عمومی است که نمونه از آن در قراردادهای خدمات پستی، پیشخوان دولت، قراردادهای پلیس + ۱۰ یا در دفاتر خدمات روستایی (ICT) مشاهده می شود.

۳- رعایت اصول مشتری مداری

از دیگر تکالیف پیمانکار و کارکنان او رعایت اصول مشتری مداری است. به عنوان مثال یکی از اصول مشتری مداری دسترسی به اطلاعات و سطح خدمات است که ماده ۵ آیین نامه ایجاد و بهره برداری از دفاتر خدمات فناوری اطلاعات و ارتباطات روستایی بیان می دارد: « برای عرضه خدمات ارتباطی توسط دفاتر ، لازم است تأمین کنندگان خدمات ، امکانات ضروری جهت دسترسی دفاتر به اطلاعات مشترکین را فراهم نمایند ، چگونگی دسترسی و سطح آن براساس دستور العمل هایی خواهد بود که توسط تأمین کننده خدمات تهیه و توسط کارگروه استانی ابلاغ خواهد شد .» یا مثلاً در آیین نامه ایجاد و بهره برداری از دفاتر پیشخوان خدمات دولت و بخش عمومی غیردولتی یک از وظایف پیمانکار رعایت اصول مشتری مداری و رعایت تکریم ارباب رجوع است (بند ۱ ماده ۱۹) و همچنین بند ۹ ماده ۱۹ یکی دیگر از اصول مشتری مداری که قرار دادن آدرس، شماره تلفن، شماره نمابر و آدرس الکترونیکی برای شکایت از عملکرد پیمانکار در معرض دید استفاده کنندگان از خدمات عمومی است یا نصب تابلوی خدمات قابل ارائه و تعرفه آنها در محل دفتر و در مقابل دید مشتریان (بند ۵ ماده ۱۹) را ذکر کرده است که در این قراردادها مشاهده می شود و پیمانکار باید به آن عمل کند.

منابع

- ۱- انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۹۰
- ۲- اخلاقی، بهروز، «سخنی درباره آینده سرمایه گذاری در ایران، بررسی اجمالی علل و موانع پیشرفت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۷، ۱۳۷۹
- ۳- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۶.
- ۴- امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، میزان، نشر میزان، ۱۳۹۱
- ۵- استوار سنگری، کورش، حقوق تأمین اجتماعی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷
- ۶- بختکی، بهروز، «نقش مسئولیت پاسخگویی در ارتقاء کیفیت و ارائه خدمات عمومی»، مجله دانش و پژوهش حسابداری، سال سوم، شماره نهم، ۱۳۸۴
- ۷- شامیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، تهران، نشر ژوبین، ۱۳۸۶.
- ۸- طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵

