Legal Investigation of the Effect of the Nature of Various Types of Government Companies on the Way of Concluding Construction Contracts

Mehdi Yazdan Panah

PhD in private law, (corresponding author)

Ali Qaradaghli

Master of Public Law qarahdaghli@gmail.com

Date Received: 2023/12/31

Date of Release:2023/3/16

Abstract:

Considering the inclusion of administrative law and, accordingly, the contracts of the country's technical and executive system, especially the construction order contracts on government companies as a part of the whole "Iranian government organizations" subject of Articles 1 to 5 of the Civil Service Management Law, it is necessary and necessary to recognize these companies Is. Because the use of construction order contracts and their referral with the tender method, not requiring or leaving formalities in the administrative system compared to the private sector (especially non-governmental companies) has different features, privileges and limitations. However, according to the existing definitions of the state company in the general laws and regulations of the country, as well as the investment or purchase of shares of some companies in the country by the state banks or their subsidiaries, the identification of these companies has been challenged. On the one hand, by becoming a company, it will be necessary to use government-approved construction order contracts (administrative contracts) as one of the most important types of contracts, especially in the civil and industrial fields, and these companies cannot use the freedom of action that the private sector has in drafting And their referrals are benefiting.

Keywords: government company, government organizations, types of government companies, technical and executive system contracts of the country, principles of construction order contracts

Copyright© 2021, the Authors This open-access article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License which permits Share (copy and redistribute the material in any medium or format) and Adapt (remix, transform, and build upon the material) under the AttributionNonCommercial terms.

فصلنامه حقوق اداری
سال یازدهم، بهار ۱۴۰۳ ، شماره ۳۸
مقاله علمی پژوهشی

بررسی حقوقی تاثیر ماهیت انواع شرکت‌های دولتی بر نحوه انعقاد قراردادهای سفارش ساخت (استصناع)

مهدی پزدان‌پناه[۱]، علی قره‌داغلی[۲]

تاریخ دریافت :۱۴۰۲/۱۰/۱۰
تاریخ پذیرش : ۱۴۰۲/۱۲/۲۶

چکیده:

با توجه به شمول حقوق اداری و به تبع آن قراردادهای حوزه نظام فنی و اجرایی کشور خصوصاً قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) بر شرکت‌های دولتی به عنوان بخشی از کل «سازمان‌های دولتی ایران» موضوع مواد ۱ تا ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، شناخت این شرکت‌ها لازم و ضروری است. زیرا استفاده از قراردادهای سفارش ساخت و ارجاع آن‌ها با روش مناقصه، عدم الزام یا ترک تشریفات در نظام اداری نسبت به بخش خصوصی (خصوصاً شرکت‌های غیر دولتی) دارای ویژگی‌ها، امتیازات و محدودیت‌های متفاوتی است. اما با توجه به تعاریف موجود از شرکت دولتی در قوانین و مقررات عمومی کشور و همچنین سرمایه‌گذاری یا خرید سهام برخی شرکت‌های موجود در کشور توسط بانک‌های دولتی یا شرکت‌های تابعه آن‌ها شناسایی این شرکت‌ها به چالش خورده است. از سویی با قرار گرفتن شرکتی، در دایره دولتی‌ها لزوم استفاده از قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) مصوب دولت (قراردادهای اداری) به عنوان یکی از مهم‌ترین انواع قراردادها خصوصاً در حوزه‌های عمرانی و صنعتی الزام خواهد شد و این شرکت‌ها نمی‌توانند از آزادی عملی که بخش خصوصی در تدوین و ارجاع آنها دارند بهره ببرند.

کلید واژگان: شرکت دولتی، سازمان‌های دولتی، انواع شرکت‌های دولتی، قراردادهای نظام فنی و اجرایی کشور، اصول قراردادهای سفارش ساخت(استصناع)

---

۱. دکتری حقوق خصوصی، نویسنده مسئول
۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی qarahdaghli@gmail.com

مقدمه

با توجه به شمول حقوق اداری و به تبع آن قراردادهای حوزه نظام فنی و اجرایی کشور خصوصاً قراردادهای سفارش ساخت (استصناع[۱]) بر شرکت‌های دولتی، نحوه شناسایی این شرکت‌ها به عنوان بخشی از کل «سازمان‌های دولتی ایران» موضوع مواد ۱ تا ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری لازم و ضروری است. زیرا استفاده از قراردادهای سفارش ساخت و ارجاع آن‌ها با روش مناقصه، عدم الزام یا ترک تشریفات در نظام اداری نسبت به بخش خصوصی (خصوصاً شرکت‌های غیردولتی) دارای ویژگی‌ها، امتیازات و محدودیت‌های متفاوتی است. اما با توجه به تعاریف موجود از شرکت دولتی در قوانین و مقررات عمومی کشور نظیر مواد ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون محاسبات عمومی کشور، با وجود ابهامات ناشی از این تعاریف و مضاعف شدن آن‌ها با تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مبنی بر لزوم واگذاری شرکت‌های دولتی، چالش‌های پیش رو چند برابر شد، از آن جمله سرمایه‌گذاری یا خرید سهام برخی شرکت‌های موجود در کشور توسط بانک‌های دولتی یا شرکت‌های تابعه آن‌ها نظیر شرکت‌های سرمایه‌گذاری‌های بانک‌هاست که در نگاه اول با استناد به تبصره ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور، از سوی این بانک‌ها چون به منظور بکار انداختن سپرده‌های اشخاص خصوصی نزد بانک‌ها، ایجاد شده‌اند، دولتی شناخته نمی‌شدند ولی معاونت حقوقی ریاست جمهوری با استناد به تعریف جدید از شرکت‌های دولتی در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان قانون مؤخر، آن‌ها را شرکت دولتی دانسته و اذعان داشته شمول حکم تبصره ماده ۴ ق.م.ع.ک بر هر شرکتی مستلزم اثبات آن از سوی مدعی است. زیرا در این مورد بحث از مدیریت و بنگاه‌داری توسط بانک‌های دولتی مطرح است.

به هر حال با قرار گرفتن شرکتی در دایره دولتی‌ها، لزوم استفاده از قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) مصوب دولت (قراردادهای اداری همسان) به عنوان یکی از مهم‌ترین انواع قراردادها خصوصاً در حوزه‌های عمرانی و صنعتی الزام خواهد شد و این شرکت‌ها نمی‌توانند از آزادی عملی که بخش خصوصی در تدوین و ارجاع آن‌ها دارند بهره ببرند. انعقاد این نوع از عقود، به علت مجهول بودن مبیع و عدم وجود کالا در لحظه توافق، ابتدائاً در فقه اسلامی از دید برخی فقهای نامدار امامیه جایز شمرده نشده بود و بهره‌گیری از آن‌ها مسکوت مانده بود. لیکن درحال حاضر و با تغییر شرایط زمانی، تلقی عقد استصناع یا سفارش ساخت به عنوان مصداقی از بیع عین معین یا بیع سلف، یا عقد اجاره یا حتی عقد مستقل موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، مورد تتبع فقها قرار گرفته و در نهایت تشکیل این‌گونه قراردادها بلامانع و جایز

---

۱. قراردادی است که در آن ساخت کالایی به وسیله سفارش دهنده به سازنده کالا با بیان اوصاف و مشخصات آن سفارش داده می‌شود تا در مدتی معین سازنده با تهیه مود اولیه، کالای مورد نظر را برای سفارش دهنده ساخته و به وی تحویل دهد.

تشخیص داده شده است. بر همین مبنا سوالات زیر مطح می‌شود:

- سوال اصلی: تاثیر دولتی بودن شرکت‌ها بر نحوه انعقاد قراردادهای سفارش ساخت چیست؟

سوالات فرعی:

- ۱-شرکت دولتی چیست؟
- ۲- شرکت‌ها دولتی را در چند دسته می‌توان تقسیم‌بندی نمود؟
- ۳-اصول کلی قراردادهای سفارش ساخت و انواع متداول آن در دستگاه‌های اجرایی کدامند؟

پیشینه تحقیق

در خصوص شرکت‌های دولتی می‌توان به چندین کتاب از جمله: -معیارهای شناسایی شرکت‌های دولتی، (محمدقاسم تنگستانی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷) -نظام حقوقی حاکم بر شرکت‌های دولتی و خصوصی‌سازی (اکبر براری، نشر مجد، ۱۳۹۶) -ماهیت و آثار تبدیل شرکت‌های دولتی به شرکت خصوصی (حمید بیرانوند، اریترین، ۱۳۹۸) -دستورالعمل نظام راهبری حاکمیت شرکتی شرکت‌های دولتی سازمان بین‌المللی همکاری اقتصادی و توسعه (ترجمه علیرضا امیدوار، گندمان، ۱۳۹۱) و مقالات متنوعی که به مباحث مختلف پرداخته‌اند، اشاره کرد لیکن مفیدترین آن‌ها از باب تشابه موضوع بحث، «معیارهای شناسایی شرکت‌های دولتی» بوده که مشروح نشست علمی برگزار شده با همین عنوان و با هدف بررسی وضعیت قانونی موجود در زمینه مؤلفه‌ها و معیارهای شناسایی شرکت‌های دولتی با حضور اساتید حقوق تجارت و حقوق اداری و نمایندگان دستگاه‌های اجرایی مربوط (وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان برنامه و بودجه کشور، سازمان اداری و استخدامی کشور و معاونت حقوقی رییس‌جمهور) مراجع نظارتی (سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات کشور) و دیوان عدالت اداری در تاریخ ۲۲ اردیبهشت ۱۳۹۷ در پژوهش‌گاه قوه قضاییه بود و اساتیدی همچون دکتر ولی رستمی، دکتر کوروش کاویانی، دکتر عباس توازنی‌زاده و ... در آن حضور داشتند. کتاب مذکور تاثیر به سزایی در تحلیل و جمع‌بندی بخش شرکت‌های دولتی این مقاله داشته است.

در خصوص عقد استصناع نیز می‌توان به کتب عقد استصناع دکتر منصوری، اوراق استصناع دکتر سیدعباس موسویان و مقالات تخصصی در خصوص این عقد از مرحوم دکتر نظرپور و یا کتاب پیش‌فروش آپارتمان اثری از آقای حسن علیزاده اشاره کرد. در سال‌های اخیر مراجع معظمی همچون آیت‌ا... هاشمی

شاهرودی و در کتاب قرائات فقیه و برخی از فقها همچون آیت‌ا... مؤمن قمی در کتاب الکلمات السدیده فی مسائل الجدیده به توضیح موضوع عقد استصناع پرداخته‌اند. همچنین در فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت نیز آیت‌ا... شاهرودی به تبیین این عقد پرداخته و نظرات خود را اعلام نموده است،

روش تحقیق

این مقاله از حیث مکانی؛ به روش کتابخانه‌ای و با توجه به تجربیات نگارندگان؛ از حیث داده‌ها، به روش کیفی چون به اعداد و ارقام نپرداخته و از حیث غایت؛ به روش توسعه‌ای است؛ چون با بررسی وضع موجود و شناسایی عناصر قابل احراز از قوانین و دسته‌بندی شرکت‌های دولتی و در نهایت شناسایی انواع متداول قراردادهای سفارش ساخت، کمک خواهد کرد. البته در مورد سوال اصلی؛ با روش توصیفی- تحلیلی تلاش شده است.

یافته ها

با قرار گرفتن شرکتی در دایره دولتی‌ها، لزوم استفاده از قراردادهای سفارش ساخت(استصناع) مصوب دولت (قراردادهای اداری همسان) به عنوان یکی از مهم‌ترین انواع قراردادها خصوصاً در حوزه‌های عمرانی و صنعتی الزامی خواهد شد و این شرکت‌ها دیگر نمی‌توانند از آزادی عملی که بخش خصوصی در تدوین و ارجاع آن‌ها دارند بهره ببرند.

۴ـ۱ـ مبانی شناسایی شرکت‌های دولتی در ایران و انواع آن

۱ـ۱ـ تعریف شرکت:

کلمه شرکت را می‌توان برابر فارسی باهمان، هم‌باز و همستان را برای آن پیشنهاد داد، درحالی‌که در عرف رایج کشور، شرکت یعنی تشکّلی برای انجام فعالیت مجاز با هدف کسب و کار است و معادل ترجمه عبارت «کمپانی» زبان انگلیسی بوده که از سوی فرهنگستان ادب و زبان فارسی پیشنهاد شده است. ورود این اصطلاح به زبان فارسی را می‌توان از فقه اسلامی دانست و ورود آن به فضای حقوقی ایران را نیز می‌توان به تصویب قانون مدنی و ماده ۵۷۱ آن منتسب نمود؛ لیکن در سال ۱۳۱۱ با تصویب قانون تجارت اما بدون اینکه تعریفی از شرکت تجاری انجام شود، انواع شرکت‌های تجاری معرفی گردید.

۱ـ۱ـ جایگاه شرکت دولتی در قوانین ایران

در نظام حقوقی ایران شرکت دولتی یک شرکت تجاری محسوب می‌شود. لیکن ایجاد، اداره، انحلال و نظارت بر کار و فعالیت‌هایش تابع صرف قانون تجارت نبوده و در قوانین و مقررات مختلف، قواعد

خاصی نیز برای آن‌ها پیش‌بینی شده است. ماده ۳۰۰ لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷؛ شرکت‌های دولتی را تابع قوانین تاسیس و اساسنامه‌های خود دانسته و فقط نسبت به موضوعاتی که در قوانین و اساسنامه‌های آن‌ها ذکر نشده تابع مقررات قانون تجارت دانسته است. اصولاً شرکت‌های دولتی را باید از انواع سهامی دانست زیرا اموری که از طریق این شرکت‌ها باید به انجام برسد غیرحاکمیتی بوده و ذاتاً انتفاعی هستند و از سویی دولت در ابتدای کار باید میزان سهام خود را از نظر حسابداری مشخص و معین نماید تا در آینده قابلیت کنترل داشته باشد لذا شرکت‌های دولتی شرکت بازرگانی محسوب می‌شوند حتی اگر موضوع عملیات آن‌ها امور بازرگانی نباشد. (ماده ۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷).

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ و فضای اداری حاکم بر آن زمان؛ تعداد زیادی از شرکت‌های خصوصی موجود که به عوامل رژیم قبلی وابسته بودند و یا از راه‌های نامشروع ایجاد و یا توسعه یافته و یا رها شده بودند، مصادره گردیدند و برای حفاظت و اداره به دولت سپرده شدند و دولت ایران را به ورطه بنگاه‌داری جدیدی انداخت.

با تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در سال ۸۶ و الزام آن مبنی بر واگذاری شرکت‌های دولتی موجود، ماهیت حقوقی تعدادی از این شرکت‌ها از دولتی به کاملاً خصوصی، نیمه خصوصی و خصوصی با انتخاب مدیر از سوی دولت (شبه دولتی) تغییر یافت. ولی بعد از مدتی به علت قرابت (چسبندگی[1]) آن‌ها به دولت، برخی به بدنه حاکمیتی دولت بازگشتند و چالش‌هایی ایجاد کردند.

در این بین، تعاملات این شرکت‌ها با نهادهای دولتی و مردم از جمله انجام معاملات، انتخاب و انعقاد قرارداد و یا نحوه اداره و استخدام افراد به عنوان نیروی کار دارای چالش‌هایی بوده و هست.

۱ـ۳ـ بررسی مفهوم شرکت دولتی در قوانین ایران

تاکنون دو تعریف از شرکت دولتی، یکی در قانون محاسبات عمومی کشور و دیگری در قانون مدیریت خدمات کشوری ارائه شده است؛ در قانون محاسبات از عبارت «واحد سازمانی» و در قانون مدیریت خدمات کشوری از عبارت «بنگاه اقتصادی» برای تعریف شرکت دولتی استفاده شده است. از سوی دیگر «بنگاه» در بند ۴ ماده (۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «واحد اقتصادی که در تولید کالا یا خدمت فعالیت می‌کند، اعم از آنکه دارای شخصیت حقوقی یا حقیقی باشد» تعریف شده است.

اصولاً قائل شدن شخصیت حقیقی برای بنگاه در تعریف مذکور، واجد ابهام و اشکال است [ولی می‌تواند بیانگر واحدهای صنفی نیز باشد]، از سویی عبارت «واحد سازمانی» در تعریف قانون محاسبات

۱. چسبندگی (Adhesion) تمایل دو یا چند ماده ناهم‌نوع برای قرارگیری در کنار یکدیگر است.

عمومی و واژه «بنگاه» در تعریف قانون مدیریت خدمات کشوری، بسیار گسترده بوده و به صورت بالقوه می‌توانند واحدهای سازمانی زیادی (شامل واحدهای غیرشرکتی) را شامل شوند. اما در عمل شمول بنگاه‌های غیرشرکتی در زمره شرکت‌های دولتی از منظر قوانین و مقررات کشور بی‌مفهوم به نظر خواهد رسید زیرا به عنوان مثال در مواد ۱۳۲ و ۱۳۳ قانون محاسبات عمومی احکامی در خصوص ترازنامه و صورت سود و زیان شرکت‌های دولتی پیش‌بینی شده یا در بسیاری از احکام قانونی، مجامع عمومی و هیأت مدیره‌های شرکت‌های دولتی مخاطب احکام قرار گرفته‌اند، ولی بنگاه‌های غیرشرکتی فاقد این ارکان و همچنین ترازنامه هستند.

شایان ذکر است در نظام حقوقی ایران «شرکت دولتی» با محوریت مفهوم مالکیت تعریف شده است نه کنترل؛ مثلاً در ماده ۴ قانون محاسبات عمومی شرکت دولتی «واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود».

لذا بنابر تعاریف موجود در نظام حقوقی ایران، بیشتر مفهوم مالکیت برجسته بوده و در حقیقت، شرکت‌هایی که سهام دولت و سازمان‌های دولتی در آن‌ها زیر ۵۰ درصد بوده اما کنترل آن‌ها عملاً در دست دولت است، در محدوده تعاریف قانونی جای نمی‌گیرند. ولی مفهوم «کنترل» در شناسایی و تطبیق «دولتی» بودن یک شرکت، از اهمیت به‌سزایی برخوردار است.

جهت تبیین مفهوم شرکت دولتی از باب سهامداری «سازمان‌های دولتی» در آن‌ها ناگزیر از شناخت سازمان‌های دولتی قبل از ورود به دسته‌بندی شرکت‌های دولتی هستیم که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۱ـ۱ـ اشکال و انواع سازمان‌های دولتی ایران

۱-۴-۱- وزارتخانه‌ها (دولت)؛

تشکیلات و ارکان داخلی دولت هستند و مأمور این وزارتخانه‌ها، مأمور دولتی و دارایی آن‌ها متعلق به دولت است و کلیه اعمال و قراردادهای آن‌ها دولتی محسوب می‌شود و به‌طور کلی تمام وزارتخانه‌ها و ادارات شخصیت حقوقی واحد محسوب می‌گردند.

ii. ۱-۴-۲-موسسات دولتی؛

اختصاصاً «مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی

از قوای سه گانه اداره می‌شود و عنوان وزارتخانه ندارد.»[۱] برخی از امور را به این موسسات واگذار شده و دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و رابطه سلسله مراتبی بین آن‌ها وجود ندارد. انواع این موسسات به قرار زیر است:

۱. ۱-۴-۲-۱- موسسات دولتی مشمول ذکر نام

مؤسساتی هستند که زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره می‌شوند ولی قوانین و مقررات عمومی دولت شامل آن‌ها نمی‌شود مگر با ذکر نام آن‌ها در مورد خاص. ملاک تشخیص این قبیل مؤسسات، مقررات قانون تشکیل و اساسنامه قانونی آن‌هاست و اصل این است که از شمول قوانین و مقرارت عمومی از قبیل قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ و ... مستثنی هستند مگر اینکه در قانون تشکیل آن‌ها یا در مقرارت عمومی، شمول قوانین عمومی نسبت به آن‌ها تصریح یا نام آن‌ها ذکر شود.

۲. ۱-۴-۲-۲-در حکم موسسات دولتی

آنچه به شکل مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده [و یا از قبل وجود داشته‌اند] و اداره می‌شوند که می‌بایست وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی؛ وزارتخانه، مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی تطبیق می‌دادند که نداده‌اند؛ مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات قانون محاسبات عمومی در مورد مؤسسات دولتی هستند[۲] مانند سازمان بنادر و دریانوردی و سازمان صنایع دفاع.

۳. ۱-۴-۲-۳- مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی

واحدها و نهادهایی هستند که زیر نظر هیچ یک از قوای سه‌گانه نبوده و در ظاهر شخصیت جدیدی هستند ولی می‌توان آن‌ها را نیز در زمره موسسات دولتی محسوب نمود، آن‌ها را «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» می‌نامند و به موجب قانون «واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده و یا می‌شوند»[۳] و فهرست آن‌ها به موجب قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و مطابق قوانین بعدی به صورت صریح یا ضمنی این فهرست تکمیل شده است.

۴. ۱-۴-۲-۴- در حکم مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی در مصرف وجوه دولتی

اشخاص حقوقی که تمام و یا قسمتی از اعتبارات آن‌ها از محل منابع بودجه عمومی تأمین می‌شود و

---

۱. ماده ۳ قانون محاسبات عمومی
۲. فحوای ماده ۱۳۰ قانون م.ع.ک
۳. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی

شکل حقوقی آن‌ها منطبق با تعاریف مذکور در مواد ۲، ۳، ۴ و ۵ قانون محاسبات عمومی کشور نیست، در مصرف اعتبارات مذکور از لحاظ اجرای مقررات قانون یاد شده در حکم مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی به شمار می‌آیند.[۱] مانند صندوق بازنشستگی کشوری، دانشگاه امام صادق و ...

۵. ۱-۴-۲-۵- موسسات عمومی و عام‌المنفعه

موسساتی هستند که بر اساس مجوزهای قانونی تشکیل شده یا می‌شوند و هرگونه مؤسسه‌ای است که خدماتی عام‌المنفعه ارایه می‌دهد و دارای مالک یا مالکان خاص نمی‌باشد[۲] و منظور مؤسسات و شرکت‌هایی است که حداقل هشتاد درصد (۸۰٪) سهام، یا سهم‌الشرکه آن‌ها مستقیم و یا با واسطه اشخاص حقوقی متعلق به اشخاص حقیقی باشد[۳]؛ مانند دانشگاه آزاد اسلامی، موقوفات. البته در برخی موارد با عنوان موسسات عمومی عام‌المنفعه[۴] و در برخی موارد در کنار مؤسسات خیریه به آن‌ها اشاره شده است.[۵]

۱-۴-۳-شرکت‌های دولتی

شرکت دولتی یکی دیگر از اشکال حقوقی سازمان‌های دولتی است که بر اساس نظام اداری غیرمتمرکز با توجه به نیازها یا ضرورت‌های فنی و تخصصی ایجاد شده‌اند و دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و رابطه سلسله مراتبی بین دولت مرکزی و آنها وجود ندارد که در قوانین مختلف تعاریف قانونی متعددی از آن صورت گرفته است.

شرکت دولتی براساس ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور «واحد سازمانی مشخص است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد» لذا فقط به شکل تشکیل آن توجه شده و نه ماهیت وجودی شرکت. البته همه موارد به شرطی است که «بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد».

این موضوع در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ تبیین شده است «... مادام که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن‌ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به ... [سازمان‌های دولتی] باشد شرکت دولتی است» یعنی مالکیت سهام بالای ۵۰ درصد آن از طریق یک یا چند سازمان‌های دولتی با هم، به دولت برگردد.

همچنین باید توجه داشت که به موجب ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، شرکت‌های دولتی

---

۱. ماده ۴۰ قانون الحاق ۲

۲. بخش ۱ از نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه به شماره: ۷/۹۲/۲۵۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸ در تعریف مؤسسات عمومی یا عام‌المنفعه

۳. تبصره ۱ شق ۴ بند ی ماده ۸۴ قانون برنامه توسعه پنجم مصوب ۱۳۸۹

۴. بند هـ ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰، ماده ۴۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱

۵. تبصره ۵ ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰

بایستی به شکل یک «بنگاه اقتصادی» تشکیل شوند و «بنگاه، یک سازمان یا مجموعه از منابع است که در کنار یکدیگر، محصول (کالا یا خدمت) مشخصی را عرضه و ارایه می‌کنند و آن را با هدف کسب سود اقتصادی، می‌فروشند؛ بنابراین یک سازمان دولتی که محور اصلی آن کسب درآمد اقتصادی نیست، بنگاه محسوب نمی‌شود. لذا باید گفت در این تعریف به ماهیت وجودی شرکت براساس قانون تجارت توجه شده است.

همچنین در راه کسب درآمد نیز باید «یک امر تصدی‌گری مربوط به دولت را به موجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را به عنوان وظیفه ذاتی خود برعهده بگیرند». اما اعمال تصدی‌گری اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوقی مشابه اعمال افراد خصوصی انجام می‌دهد و اصول و قواعد حقوق خصوصی بر آن حاکم است و قابل واگذاری به غیر بوده و در قالب قراردادهای غیر یک‌طرفه که تابع قوانین و مقررات تجاری، مدنی، جزایی، کار و بیمه و .. می‌باشد صورت می‌پذیرد.

از سویی این وظایف تصدی‌گری بر اساس مفهوم مخالف «امور حاکمیتی» باید آن دسته از اموری باشند که: -تحقق آن لزوماً موجب اقتدار و حاکمیت کشور نبوده و -لزومی ندارد منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه شده و بهره‌مندی از آن خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران شود[1] یا -وظایفی باشد که در هر حال انجام آن توسط بخش خصوصی و تعاونی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی امکان‌پذیر نیست مثلاً فعالیتی انحصاری باشد یا بخش غیردولتی انگیزه‌ای برای فعالیت در آن زمینه را نداشته باشد؛[2] ملاحظه می‌شود که تلاش قانون این است که امور تصدی‌گری در اولویت اول به بخش خصوصی، تعاونی یا نهادهای عمومی غیردولتی خارج از دولت انتقال یابد و اگر نشد در اولویت بعدی به شرکت دولتی محول شود.

به هر حال شرکت‌های دولتی را می‌توان در انواعی متنوع که هر کدام تفاوت‌هایی با هم دارند دسته‌بندی کرد که عبارتند از:

۱. ۱-۴-۳-۱- شرکت دولتی ذاتی

شرکت‌های دولتی ذاتی آنهایی هستند که برای کسب درآمد ایجاد شده و سهم سازمان‌های دولتی در آن‌ها بیشتر از پنجاه درصد است[3] و در پیوست‌های بودجه سنواتی، نام آنها درج می‌شود که خود انواعی دارد به شرح ذیل:

- ***۱-۱-۳-۴-۱- شرکت‌های مادرتخصصی و شرکت‌های عملیاتی (نسل دوم)***

شرکت‌هایی که از نظر سیاست‌ها و برنامه‌های بخشی تابع ضوابط و مقررات وزارتخانه‌های تخصصی

۱. برگرفته از ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶

۲. بند د ماده ۷ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱، «د- ادامه فعالیت شرکت‌های دولتی تنها در شرایط زیر ممکن است: ۱ - فعالیت آن‌ها انحصاری باشد. ۲ - بخش غیردولتی انگیزه‌ای برای فعالیت در آن زمینه را نداشته باشد».

۳. -زیرا به استناد تبصره ۳ بند ب ماده ۷ برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱:«شرکت‌هایی که سهم دولت و شرکت‌های دولتی در آن‌ها کمتر از پنجاه درصد (۵۰٪) است، غیردولتی بوده و مشمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی نمی‌باشند.»

مربوطه هستند و زیر نظر مجمع عمومی در چارچوب اساسنامه شرکت اداره می‌شوند[1] که آن‌ها را «شرکت مادر» یا هولدینگ می‌نامند و از تجمیع شرکت‌ها، واحدها و مؤسسات به‌هم پیوسته و مرتبط به هم ایجاد می‌شود و در کل به دو قسمت یعنی شرکت‌های مادر و شرکت‌های فرعی یا تحت پوشش یا وابسته تقسیم‌بندی می‌شوند.

۱-۴-۳-۱-۲- *شرکت‌های دولتی دارای فعالیت انحصاری یا غیر جذاب برای بخش غیردولتی*

عملاً این گونه شرکت‌ها به امور تصدی‌گری می‌پردازند نه حاکمیتی ولی چون فعالیت آن‌ها انحصاری بوده یا بخش غیردولتی انگیزه‌ای برای فعالیت در آن زمینه را نداشته به شکل دولتی تشکیل و اداره می‌شوند.(بند د ماده ۷ برنامه چهارم توسعه)

۲. ۱-۴-۳-۲- شرکت‌های دولتی تبعی یا در حکم شرکت دولتی

با توجه به فراز آخر ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری نوع دیگری از شرکت‌های دولتی وجود دارد که با وجود یکی از عناصر قانونی، دولتی محسوب می‌شود و آن عبارت است از: ایجاد شرکت تجاری از طریق سرمایه‌گذاری سازمان‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به سازمان‌های دولتی باشد. البته این گروه از شرکت‌ها را نیز می‌توان به شرح ذیل دسته‌بندی نمود:

- **۱-۲-۳-۴-۱-*شرکت‌های مستلزم ذکر یا تصریح نام*** *و شرکت‌های وابسته به آن‌ها که در قضیه تفسیر ماده ۶۲ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، این اشخاص حقوقی در عمل از سوی مجلس دارای هویتی مستقل شناخته شدند. ریشه این نهادهای «مستلزم ذکر یا تصریح نام» به زمانی باز می‌گردد که نهادهای دولتی تأسیس می‌شدند که مقررات استخدامی، بودجه و تشکیلات مختص خود را داشتند اما ممکن بود بعد از آن قوانینی به تصویب برسند که آن نهاد را به عنوان یک دستگاه دولتی تحت شمول خود قرار دهند؛ بنابراین با استفاده از این اصل حقوقی که «عام مؤخر نسبت به خاص مقدم، در خصوص مورد، تخصیص خواهد خورد» یعنی اگر حکم عامی وضع شود (برای مثال کلیه دستگاه‌های عمومی) ولی اگر قبل از آن در خصوص یک مصداق آن حکم خاصی وجود داشته باشد (مثل مؤسسه الف) طبق این عبارت، آن حکم عام نسبت به این مورد جزئی اعمال نمی‌شود و به اصطلاح عام مؤخر در این قسمت با استثناء (تخصیص) مواجه خواهد شد، ایجاد شدند. (حسینی؛ ۱۴۰۱)*

---

۱. بند ب ماده ۷ برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱

۲-۲-۳-۴-۱- شرکت‌های عودت شده به دولت از واگذاری

شرکت‌هایی که بر اساس احکام قطعی قضایی پس از واگذاری و خصوصی‌سازی به دولت عودت داده شده‌اند و بودجه آن‌ها در سرجمع شرکت‌های دولتی در بودجه سنواتی درج می‌گردد مانند شرکت سهامی ماشین‌سازی تبریز.

- ***۳-۲-۳-۴-۱- شرکت‌های مندرج در بودجه سنواتی*** *موضوع ماده ۲ قانون[1] تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰؛ یعنی آن‌هایی که فقط ممکن است بودجه آن‌ها در قوانین بودجه سنواتی درج گردد. این شرکت‌های مشمول مقررات مواد (۳۱) ، (۳۹) و (۷۶) قانون محاسبات عمومی کشور می‌باشند.*

۴-۲-۳-۴-۱- شرکت‌های تابعه بانک‌های دولتی

در تشکیل شرکت‌های دولتی بحث از سرمایه و سهام متعلق به دولت می‌باشد ولی در شرکت‌هایی که طریق مضاربه و مزارعه و امثال آن با هدف به‌کار انداختن سپرده‌های اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و شرکت‌های بیمه، ایجاد می‌شوند[2] چون سپرده مردم جزء اموال دولت نیست، پس شرکت‌های مذکور خصوصی محسوب می‌شوند؛ اما اگر بحث از مدیریت و بنگاه‌داری توسط بانک‌ها باشد این شرکت‌ها دولتی محسوب خواهند شد زیرا اعمال مدیریت از سوی بانک و انتخاب مدیران از سوی بانک که یک امر بنگاه‌داری است مشهود بوده، لذا باید با توجه به میزان سهام و سرمایه ارایه شده از سوی بانک و قدرت انتخاب اعضای هیأت مدیره، دولتی بودن آن شرکت را فرض کرد. همین امر را معاونت حقوقی رئیس جمهور در انتهای بند دوم نامه شماره ۴۶۹۵۸/۴۹۱۲۶ مورخ ۱۴۰۱/۳/۲۹ مورد توجه قرار داده و اذعان داشته: «لازم به ذکر است شرکت‌های موضوع تبصره ذیل ماده ۴ قانون محاسبات عمومی امری استثنایی است و شمول حکم تبصره بر هر شرکتی مستلزم اثبات آن از سوی مدعی (تشکیل شرکت طبق قرارداد مضاربه و مزارعه به منظور به کار انداختن سپرده‌های اشخاص نزد بانک) است».

۵-۲-۳-۴-۱- شرکت‌های خارج از کشور که سهامدار آن‌ها دولت یا شرکت‌های دولتی هستند

گرچه این شرکت‌ها به موجب قوانین کشورهایی که در آنجا مسقر هستند اداره می‌شوند ولی با توجه به سهامداری دولت و تعیین اعضای هیات مدیره آن توسط دولت، آن‌ها نیز دولتی محسوب

---

۱. ماده ۲- به مجامع عمومی یا شوراهای عالی شرکت‌های دولتی موضوع ماده ۴ «قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱» و سایر شرکت‌هایی که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و یا سهام آن‌ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی (به استثنای بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و شرکت‌های بیمه) و همچنین سایر شرکت‌های دولتی که شمول قوانین و مقررات عمومی بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است از جمله شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های تابعه و وابسته به وزارت نفت و شرکت‌های تابعه آن‌ها و سازمان صنایع ملی ایران و شرکت‌های تابعه و مرکز تهیه و توزیع کالا که بودجه آن‌ها در قوانین بودجه سنواتی درج می‌گردد.

۲. تبصره ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور.

می‌شوند گرچه ممکن است نامی از آن‌ها به عنوان شرکت‌های مادر تخصصی یا عملیاتی در بودجه کل کشور برده نشود.

۱-۴-۴-شرکت‌های تحت نظر دولت یا شرکت‌های با مدیریت دولت

این گروه از شرکت‌ها در کلام روزنامه‌نگاران و عامه مردم به شبه دولتی‌ها یا خصولتی‌ها معروفند و مشمول تعریف شکل دولتی در قوانین نیستند ولی در عمل تحت نظر یا مدیریت دولت هستند یعنی دولت با داشتن سهام کمتر، اما قدرت مدیریتی بیشتری بر آن‌ها دارد. پس در عمل بخشی از سازمان‌های دولتی محسوب می‌شوند. این گروه از شرکت‌ها نیز به چند شکل بروز و ظهور دارند که عبارتند از:

۱. ۱-۴-۴-۱- شرکت‌های دولتی مشمول واگذاری

این شرکت‌ها با تصویب هیأت وزیران مشمول واگذاری به بخش غیردولتی می‌شوند و صرفاً طی مدت تعیین شده در هیأت واگذاری برای واگذاری مشمول مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی نخواهند بود و در چارچوب قانون تجارت اداره می‌شوند. (بند ج ماده ۷ برنامه چهارم توسعه)

۱-۴-۴-۲- شرکت‌های وابسته به دولت و تحت کنترل دولت (زیرمجموعه سازمان‌های دولتی با کمتر از پنجاه درصد سهام)

با توجه به تعریف «سهام کنترلی» در بند ۷ ماده (۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شرکت تحت کنترل دولت را می‌توان شرکتی دانست که دولت و شرکت‌های دولتی در آن دارای سهام کنترلی هستند. این شرکت‌ها در تعریف شرکت دولتی نمی‌گنجند ولی رفتاری شبیه به دولتی‌ها از خود بروز می‌نمایند و اغلب شرکت‌هایی هستند که تعدادی از مدیران آن توسط دولت انتخاب می‌شوند و این مدیران تاثیر به سزایی در تصمیمات شرکت دارند.

۲. ۱-۴-۴-۳- شرکت‌های مشمول کمک غیر مستمر دولت

شرکت‌هایی هستند که دولتی نبوده ولی از سوی دولت مورد توجه بوده و کمک‌هایی در بودجه به آنها داده می‌شود. طبق بند الف و ج ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور: «سازمان‌هایی که ... دولت به نحوی از انحاء بر آن‌ها نظارت یا کمک می‌نماید» مشمول بازرسی و نظارت مستمر سازمان بازرسی هستند یا «اعلام موارد تخلف و نارسایی‌ها و سوء جریانات اداری و مالی در خصوص ... مؤسسات غیردولتی کمک‌بگیر از دولت به وزیر ذی‌ربط ...اعلام خواهد شد». کارکنان این گروه از شرکت‌ها مشمول قانون منع مداخله کارکنان دولت نیز خواهند بود.

۵ ـ ۲ ـ قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) و انواع متداول آن در دستگاه‌های اجرایی

قراردادهای سفارش ساخت از هزاران سال پیش‌بینی بین مردم رایج بوده به نحوی که سفارش ساخت زین چرم، وسایل و تجهیزات سوارکاری، ابزارآلات نظامی اعم از لباس رزم و ساخت کفش در روزگاران گذشته بین مردم مرسوم بوده است. امروزه نیز علاوه بر سفارش ساخت مبل برای منازل و یا سفارش ساخت درب و پنجره و دیگر وسایل و تجهیزات برای زندگی روزمره، در بسیاری دیگر از حوزه‌ها، این گونه قراردادها و سفارش‌های ساخت بین کارفرما و یا پیمانکاران و یا فعالان اقتصادی و صنعتی رواج یافته است و انواع و اقسام مختلف قراردادهای سفارش ساخت بین تجار و صنعتگران و شرکت‌ها و تولیدکنندگان متداول می‌باشد. با رشد فناوری‌های نوین در حوزه‌های مختلف صنعتی و از سویی نیاز مبرم به ماشین‌آلات و دستگاه‌های جدید و به روز برای بالا بردن کیفیت محصولات تولیدی و همچنین عدم توانایی افراد در ساخت این گونه ماشین‌آلات و تجهیزات، قراردادهای سفارش ساخت بسیار گسترش و افزایش یافته به نحوی که این روش قراردادی به عنوان یکی از پرکاربردترین نوع از قراردادها بین سیستم بانکی در تمام دنیا و همچنین فعالان اقتصادی و دستگاه‌ها و وزارتخانه‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی (به طور کلی سازمان‌های دولتی) همچون شهرداری‌ها و شرکت‌های فعال در حوزه ساخت و ساز به کار بسته می‌شود.

بدیهی است قراردادهای سفارش ساخت یا قراردادهای استصناع در حال حاضر با ایام گذشته از حیث اندازه، کیفیت، کمیت متفاوت بوده و ابعاد گسترده‌تری را خواهد داشت و همانند عقود جعاله، مشارکت مدنی و فروش اقساطی از زمره عقود بسیار با اهمیت در عرصه‌های اقتصادی است. بسیاری از طرح‌های بزرگ و ملی همانند ساخت پالایشگاه‌ها، توسعه فازهای یک تا ۲۲ پارس جنوبی، ساخت طرح‌های کلان نفت و گاز در پارس شمالی و ... در قالب این گونه قراردادها بین کارفرما و پیمانکار منعقد و به مورد اجرا گذاشته می‌شود. لذا در ادامه این مقاله بدون بررسی دیدگاه فقهای امامیه و اهل سنت در خصوص مبانی فقهی عقد استصناع، به صورت مختصر مهمترین انواع عقود سفارش ساخت در دستگاه‌های اجرایی کشور در کنار مهمترین اصول قراردادهای سفارش ساخت یا استصناع ذکر می‌گردد:

۲-۱- معنای لغوی استصناع

کلمه استصناع از ریشه کلمه صَنَع بوده که در باب استفعال (اِسْتَصنَعَ، یَسْتَصنِعُ، استصناع) به معنای ساختن چیزی است و در اصطلاح عرف جامعه سفارش دادن برای ساختن کالا یا شیء توسط فرد یا افراد را دیگر استصناع می‌نامند. کلمه استصناع در لغت درخواست ساخت کالا از سازنده آن کالاست و در اصطلاح عبارت است از توافق دو طرف و یا صاحبان صنایع برای ساختن کالا و شیء معین (مانند تخت و

مبل) برای کسی که درخواست پیشنهاد را به سازنده ارایه کرده و در این توافق هم تهیه کالا و مواد اولیه و هم اجرای ساخت برعهده سازنده قرار می‌گیرد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ش ۲۰-۱۹- ص ۳).

۲-۲- تعریف استصناع در حقوق ایران

استصناع در حقوق مدنی مصوب ۱۳۰۷ ایران تعریف نشده است. هر چند اگر در سایر قوانین و مقررات نیز نتوان حکم مشخصی در این خصوص به دست آورد، با توجه به ماده «۱۰» قانون مدنی که تمامی عقود را مشروط به عدم مخالفت با قوانین آمره نافذ می‌داند؛ می‌توان حکم به صحت عقد استصناع به عنوان عقدی غیرمعین نمود. البته باید تأکید نمود علی‌رغم پیشینه اجرای عقد استصناع به خصوص در امور کشاورزی، حصول تعریفی مشترک بین فقها و حقوقدانان و بر مبنای قوانین، امری دشوار است.

البته تصریح به عقد استصناع یا عقدی با خصوصیات خاص این عقد در قوانین و مقررات به چشم نمی‌خورد. حتی در قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده (۱۰۴) قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۹۱ و متعاقب آن قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی مصوب ۱۳۹۸ که قانونی خاص در حوزه تولید کالا و تجهیزات و خریدهای دولتی است و دارای ویژگی آمره می‌باشد، تعریفی در خصوص ساخت سفارشی وجود ندارد.

یکی از آخرین مقررات ابلاغی که به نظر می‌رسد تعریفی اجمالی از عقد استصناع را در حوزه حقوق ایران و بخصوص معاملات بخش دولتی وارد کرده است و نقص فوق‌الذکر را تا حدودی بهبود بخشیده است، آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب ۱۳۹۴ می‌باشد. مقرره‌گذار در بند «ض» ماده «۲» آیین‌نامه فوق و در تعریف اصطلاح ساخت اشعار داشته است: «خدماتی که به ایجاد کالایی اعم از سازه‌های پیش‌ساخته، تأسیسات قابل حمل یا ماشین‌آلات و تجهیزات طبق سفارش کارفرما و برای استفاده در محلی دیگر (محلی غیر از محل ساخت) بیانجامد. معمولاً تهیه مواد و مصالح مورد نیاز ساخت با سازنده است.» ملاحظه می‌گردد که رکن اصلی عقد استصناع شامل ساخت بر مبنای سفارش و برای آینده در این تعریف گنجانیده شده است. همچنین در بند «گ» همان ماده نیز ضمن تفکیک کالای آماده از کالای سفارشی و با تأکید بر رکن ساخت کالا برای آینده، آورده است: «ماشین‌آلات سفارشی: ماشین‌آلاتی که سازنده طبق سفارش کارفرما برای کاربرد خاصی می‌سازد یا از طریق اعمال تغییراتی طبق سفارش کارفرما، آن را آماده استفاده خاص می‌سازد».

۲-۲-۱- طرفین قرارداد سفارش ساخت

در قراردادهای استصناع یا سفارش‌های ساخت فرد سازنده کالا یا تجهیزات را صانع و سفارش دهنده را

مستصنع نامگذاری نموده‌اند. در قراردادهای سفارش ساخت نیز باید شرایط عمومی صحت قراردادها از جمله دارا بودن قصد و اراده طرفین، عقل، اختیار، بلوغ و رشد، رعایت گردد. به عبارت بهتر مطابق ماده ۳۴۵ قانون مدنی طرف های قرارداد علاوه بر اهلیت‌های شرعی و قانونی برای انجام معامله می‌بایست اهلیت برای تصرف در ثمن و کالا و مبیع موضوع معامله را نیز داشته باشد.

همچنین قراردادهای استصناع یا سفارش ساخت همانند سایر قراردادها نیازمند ابراز اراده و رضایت طرفین برای انعقاد معامله است به نحوی که ایجاب و قبول به صورت گفتاری یا نوشتاری و یا عملی می‌بایست احراز گردد.

در همین ارتباط با عنایت به این که سازنده باید شرایط تخصصی ساخت کالا یا تجهیزات مورد نظر را داشته باشد، لازم است اهلیت‌های تخصصی یا گواهینامه‌های صلاحیت اجرای پروژه و یا ساخت را نیز در مورد مربوطه (خصوصاً در حقوق اداری) دارا باشد.

این امر در خصوص عقود استصناعی که فیمابین دستگاه‌ها و اشخاص حقوق عمومی با بخش خصوصی منعقد می‌گردد، نیازمند رعایت شرایط اساسی دیگری است چرا که قراردادهای دولتی به صورت کلی تشریفاتی محسوب می‌شوند.

برای مثال، در قراردادهای ساخت پروژه، تعیین طرف مقابل از طریق فرایند ارجاع کار مانند برگزاری مناقصه، ترک تشریفات و ...، تخصیص اعتبار و کسب مجوزهای قانونی برای عقد قرارداد، شرط صحت عقد استصناع تلقی خواهد شد.

همچنین بر اساس ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه آن باید با احراز معیارهای از جمله توان اجرایی، حسن سابقه، توان مالی، توان تجهیزات و تدارکاتی و .... توان اجرای تعهدات طرف سنجیده شده تا اجازه ورود به فرایند ارجاع داشته باشد یا طبق ماده ۲۳ آیین‌نامه ارزیابی کیفی مصوب ۱۳۸۵ در باب ظرفیت کاری پیمانکاران، مناقصه‌گزار (یکی از سازمان‌های دولتی) موظف است ظرفیت کاری پیمانکاران را طبق استعلام ارزیابی با استفاده از گزارش‌های خوداظهاری و اطلاعات منتشر شده در سامانه ساجار سازمان برنامه و بودجه به عنوان متولی نظام فنی و اجرایی کشور بر اساس پایه و رشته پیمانکاری و تعداد کارهای در دست انجام، کنترل نماید. چون امکان عقد قرارداد با صانعی که فاقد ظرفیت باشد یا ظرفیت وی تکمیل باشد، میسر نخواهد شد.

۲-۲-۲- موجود نبودن مورد معامله در عقد استصناع

در قراردادهای سفارش ساخت اساساً تجهیزات و وسایل و کالای مورد نظر در زمان انعقاد قرارداد موجود نیست، از سویی در موارد نادر گاهی عقد استصناع در خصوص آن دسته از کالاهایی است که به‌طور کامل ساخته نشده و صنعتگر پس از انعقاد قرارداد ملزم به تکمیل کار و تحویل مبیع می‌باشد.

۲-۲-۳- موضوع عقد استصناع

همان گونه که می‌دانیم خرید و فروش کالای موجود، عقد بیع می‌باشد، بنابراین هر نوع تجهیزات یا پروژه‌ای که ساخت آن سفارش داده شود می‌تواند موضوع قرارداد استصناع قرار گیرد. پس موضوع قرارداد استصناع پروژه یا تجهیزاتی است که سفارش ساخت آن داده می‌شود به طور مثال قرارداد احداث، چون احداث عبارت است از خدماتی که به ایجاد سازه، ساختمان، تأسیسات یا مستحدثاتی از قبیل خطوط لوله، سد، کانال، فرودگاه، نیروگاه، راه، راه‌آهن در ساخت‌گاه مربوط به کارفرما می‌انجامد. در حقوق اداری ایران انواعی از قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) به جهت، تسریع در تدوین و تنظیم آن از سوی دستگاه‌ها و ایجاد وحدت رویه اداری در برخورد با طرف قرارداد از باب تعیین حقوق و تکالیف و کاهش تبعات حقوقی آن در پیگیری‌های قضایی بعدی، تدوین و از سوی متولی این حوزه (نظام فنی و اجرایی کشور) یعنی سازمان برنامه و بودجه کشور و دستگاه‌های دیگری که به صورت تخصصی ذیل این نظام کار می‌کنند (نظیر وزارت نفت و شهرداری تهران) با عنوان قراردادهای همسان به دستگاه‌های اداری کشور ابلاغ شده است که تبعیت از آن‌ها برای مشمولین حوزه حقوق عمومی الزامی بوده یا به دلیل عرف جاری لازم‌الاتباع است. لیکن استفاده از آن‌ها برای بخش خصوصی الزامی ندارد مگر در بحث حل اختلاف به عنوان عرف جاری کشور. این نوع از قراردادهای همسان هر کدام به موضوعی مشخص اختصاص دارند.

۲-۳-مهمترین مصادیق قراردادهای سفارش ساخت:

قراردادهای استصناع یک التزام طرفینی است که براساس آن شرکت و یا فرد تولیدکننده و سازنده، ساختن و انجام پروژه یا کالای مورد نظر را با ذکر خصوصیات یا شرح پروژه، به جهت توافق برای پرداختن ثمن معامله، متعهد شده و ایفای این تعهدات را بر ذمه خود می‌داند. تعدادی از قراردادهای متعارف و مشهور امروزی که در جرگه عقود استصناع قرار می‌گیرند را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۲-۳-۱- قراردادهای کلید در دست یا کلید گردان Turn_Key Contracts

در این قراردادها مسؤولیت طرح و اجرای پروژه، به پیمانکار واگذار شده و پیمانکار مطابق قرارداد، پروژه را تا مرحله بهره‌برداری با قیمت مشخص و معین به انجام رسانده و تحویل کارفرما می‌دهد. در روش انعقاد قرارداد به صورت Turn key یا کلید در دست، سفارش‌دهنده یا کارفرما به کمک مشاوران ذی‌صلاحی که به خدمت می‌گیرد، استانداردها، مشخصات و دیگر خواسته‌های خود را در قالب مدارک مناقصه (به عنوان اسناد درخواست ایجاب قرارداد) و نهایتاً متن قرارداد تهیه نموده و با سفارش گیرنده یا پیمانکار پس از برگزاری تشریفات ارجاع کار، ادامه طراحی و ساخت را برعهده پیمانکار به صورت کلید گردان قرار می‌دهد.

در روش کلید در دست مسؤولیت طراحی، اجرا و ساخت به طور کامل برعهده پیمانکار بوده به طوری که بعد از تکمیل و انجام پروژه ساخت، سفارش‌دهنده اصطلاحاً فقط با چرخاندن یک کلید می‌توان نسبت به آغاز بهره‌برداری از تأسیسات اجرا شده، اقدام نماید. به عبارت دیگر در این گونه از قراردادهای ساخت، پیمانکار پروژه ساخت مسؤولیت کلیه کارهای مهندسی (اعم از طراحی، مشورت با دیگران مشاوران ذی‌صلاح) و تدارک تجهیزات و تأمین امکانات مورد نیاز برای ساخت را تا زمان تکمیل، اقدام و آماده شدن برای بهره‌برداری برعهده خواهد داشت. کارفرما در این روش از قراردادهای سفارش ساخت، مسؤولیت نظارت کلی و کلان پروژه را برعهده خواهد داشت و بدین ترتیب مسؤولیت عیوب احتمالی (البته در محدوده تعریف شده پروژه) برعهده پیمانکار می‌باشد که در مرحله تحویل موقت پروژه ساخت، نسبت به برطرف کردن و رفع نقص اقدام خواهد نمود.

۲-۳-۲- قراردادهای طرح و ساخت Design-Build Contracts

در این گونه از قراردادها، مسؤولیت طرح و اجرا به پیمانکار واگذار شده با این تفاوت مهم که طراحی اولیه پروژه توسط کارفرما انجام و به پیمانکار ابلاغ می‌گردد. در این روش توصیه شده است که حداقل ۵ تا ۵۵ درصد از خدمات طراحی قبل از مناقصه انجام شود و به عبارتی طراحی اولیه قبلاً انجام شود. یعنی جزییات قبل از انتخاب پیمانکار طرح و ساخت، نسبت به روش کلید در دست مشخص‌تر باشد.

۲-۳-۳- قراردادهای طراحی و مدیریت[1]

در این‌گونه قراردادها همانند قراردادهای DB مسؤولیت طرح و اجرا مشابه قراردادهای مدیریت طرح می‌باشد.

۲-۳-۴- قراردادهای پیمان مدیریت[2]

در این گونه قراردادها بخش عمده اختیارات کارفرمایی به پیمانکار در حوزه طراحی- مهندسی، اجرا، مالی، فنی، راهبری طرح و راه‌اندازی پروژه با در نظر گرفتن حق‌الزحمه ثابت یا درصدی از هزینه‌های طرح واگذار می‌شود.

۲-۳-۵- قراردادهای مدیریت اجرایی[3]

در این گونه از قراردادها مسؤولیت انجام امور اجرایی به پیمانکار ساخت واگذار شده است.

۲-۳-۶- قراردادهای با قیمت کلی یا مقطوع[4]

در این مدل قراردادهای اجرایی با قیمت ثابت بوده که این قیمت ثابت براساس مشخصات و آنالیز فنی که از قبل تعریف شده، منعقد می‌گردد.

1. (DM) Design- Management
2. (MC) Management Contracts
3. Construction Management (CM)
4. Lump Sum Contracts

۲-۳-۷- قراردادهای فهرست بهایی

عقد قراردادهای اجرایی براساس فهرست بهای مشخص و بر مبنای فهرست ریالی سازمان برنامه و بودجه کشور است.

در قرارداد براساس فهرست بها، ابتدا مشخصات و جزییات کار با توجه به مشخصات فنی آن به وسیله مهندسین متخصص (مشاور) تهیه می‌شود، به نحوی که تا حدود زیادی مقادیر دقیق پروژه محاسبه شده و سپس فهرست مقادیر و بهای واحد مربوطه (با توجه به جزییات فنی) در بندهای دیگر قرارداد گنجانده خواهد شد و در پایان هزینه پروژه با توجه به دیگر مواردی که در پروژه به وجود می‌آید مانند بیمه یا سختی کار و ... به دست می‌آید.

۲-۳-۸- قراردادهای انجام کار با پرداخت حق‌الزحمه براساس هزینه‌های اجرا

در این گونه از عقود، قراردادهای انجام کار یا انجام پروژه با حق‌الزحمه درصدی به تناسب هزینه‌های تمام شده به صورت‌های زیر می‌باشد.

۲-۳-۸-۱- هزینه به علاوه درصد ثابت برای حق‌الزحمه[1]

۲-۳-۸-۲- هزینه به علاوه حق‌الزحمه ثابت (منظور مقطوع است)[2]

۲-۳-۸-۳- هزینه به علاوه حق‌الزحمه درصدی تغییر[3]

۲-۳-۸-۴- هزینه براساس برآورد مطلوب[4]

۲-۳-۹- قراردادهای اجرایی با قیمت تضمین شده[5]

در این گونه عقود، قراردادها با سقف مشخص هزینه با مشخصات فنی معین می‌باشد.

۲-۳-۱۰- قراردادهای مهندسی، تدارک و اجرا (EPC)

روش EPC برگرفته از ۳ حرف اصلی به شرح مهندسی خرید و ساخت می‌باشد. قراردادهای EPC یک گرته‌برداری از قراردادهای FIDIC بوده که بخشی از قراردادهای EPC از آن نشریه گرفته شده است و مهم‌ترین آنها در حوزه نظارت و تسهیم ریسک می‌باشد. در زمینه ریسک چون دستگاه‌های دولتی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی همچون شهرداری‌های سراسر کشور در تأمین مالی پروژه همیشه مشکل فراوانی را پیش‌رو داشتند، تأخیر در دیرکرد پرداخت، فشار زیادی را به پیمانکار وارد می‌نماید.

قراردادهای EPC جزء قراردادهای دوعاملی است، یعنی یک طرف پیمانکاری وجود دارد که باید بخش بزرگی از ریسک‌های پروژه همچون خرید و اجرای پروژه را انجام داده و در طرف دیگر قرارداد کارفرما

1. Cost plus Fixed Percentage
2. Cost plus Fixed Fee
3. Cost plus Variable Percentage
4. Target Estimate
5. Guaranteed Maximum price

و سفارش‌دهنده می‌باشد. این نوع قرارداد به دلیل انتقال ریسک به پیمانکاران محبوبیت بسیاری نزد کارفرمایان دولتی دارد و در کثیری از قراردادها (برای اجرای پروژه‌ها همچون قرارداد ساخت تونل) ملاك تراضی بوده و بین کارفرما و پیمانکار منعقد می‌گردد.

ذکر این نکته نیز حایز اهمیت است که قرارداد EPC به دو نوع صنعتی و غیر صنعتی قابل تقسیم است.

EPC صنعتی در پروژه‌های صنعتی که طراحی و مهندسی تامین تجهیزات و اجرای آن توسط پیمانکار انجام می‌شود کاربرد دارد و عمدتاً در پروژه‌های صنعتی که ریسک و مخاطرات غیر قابل پیش‌بینی کمی دارد، به‌کار گرفته می‌شود و شباهت زیادی به نمونه قرارداد کتاب نقره‌ای فیدیک دارد لذا برای پروژه‌های تونل و سدسازی با مخاطره بالا این مدل قراردادی پیشنهاد نمی‌شود.

در مقابل، EPC غیرصنعتی قابل استفاده در پروژه‌های صنعتی که طراحی و مهندسی تامین تجهیزات و اجرای آن توسط پیمانکار انجام می‌شود کاربرد دارد و عمدتاً در پروژه‌های صنعتی که ریسک و مخاطرات غیر قابل پیش‌بینی بالایی دارد، مثلاً در پروژه‌های تونل، مترو و ... به کار گرفته می‌شود. این مدل قراردادی شباهت زیادی به نمونه قرارداد کتاب زرد فیدیک (P&DB) دارد.

با توجه به این‌که یکی از نیازهای جامعه امروز به ویژه در پروژه‌هایی که توسط بخش خصوصی اجرا می شود، اطمینان داشتن از قیمت نهایی و تاریخ قطعی اتمام کار در پروژه می‌باشد، لذا اجرای پروژه‌های ساخت به صورت EPC اجرا می‌گردد.

در قراردادهای EPC سفارش‌دهنده یا کارفرما نسبت به انجام مطالعات مهندسی اولیه (شامل طراحی و برآورد مشخصات فنی) اقدام و در مرحله برگزاری تشریفات مناقصه نسبت به ارایه آن مجموعه مطالعات مهندسی به شرکت‌کنندگان یا متقاضیان حضور در مناقصه (به عنوان ایجاب) اقدام می‌نماید تا سفارش‌گیرنده اطلاعات دقیق‌تری نسبت به اجرای پروژه داشته باشد. در این گونه قراردادها در اکثر مواقع کارفرما از پیمانکار و سفارش‌گیرنده می‌خواهد در جهت پیشگیری از طرح دعوای بین کارفرما و پیمانکار نسبت به بررسی مطالعات مهندسی پایه و اولیه فوق‌الذکر اقدام و نسبت به تأیید آن نیز اقدام نماید. ، بنابراین پیمانکار پروژه ساخت با شناخت مؤثرتری می‌تواند برای تأمین کالا و تجهیزات و اجرای پروژه اقدام نماید.

لازم به ذکر است در قراردادهای EPC می‌توان به مراتب بهتر از قراردادهای Turnkey از امکانات و پتانسیل‌های شرکت‌های داخلی و اجرای قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی مصوب ۱۳۹۸ بهره برده و گام مؤثرتری در جهت خودکفایی و استقلال کشور برداشت.

مهم‌ترین عیب و مشکل این روش در این است که زمان انجام پروژه طولانی است و در صورت بروز

اختلاف بین طراح و پیمانکار، تعهدات دو طرف با ابهام روبه‌رو می‌شوند، ضمن آنکه کارفرما همواره در معرض ادعای پیمانکار ناشی از عدم تطابق نقشه و واقعیت کار قرار دارد. برای رفع این مشکلات و تسریع در زمان انجام پروژه، فیدیک، یک تیپ قراردادی EPC را ارایه کرد. در این قرارداد E (مهندسی) و P (خرید) و C (ساخت و نصب)، یک C دیگر نیز در دل خود دارد به نام Commissioning که شامل راه‌اندازی می‌باشد. مهم‌ترین ایراد وارد بر قرارداد EPC از نظر پیمانکار نیز ریسك بیشتر می‌باشد.

مطابق شرایط قراردادهای کلی در معین، چون در این نوع از عقود وجود کالای مورد نظر در لحظه انعقاد عقد ضروری نیست و طبق شرایط مذکور در آینده ایجاد می‌شود؛ باید گفت قراردادهای EPC در این طبقه‌بندی از عقود قرار می‌گیرند. چرا که در قراردادهای مذکور، انجام تعهد با شرایط مورد توافق در آینده رخ می‌دهد. برخی از انواع این قرارداد عبارتند از:

- ***۲-۳-۱۰-۱- مهندسی، تدارک کالا و تجهیزات EP***

زمانی از این نوع قرارداد استفاده می‌شود که طراحی کالا یا تجهیزاتی که باید در پروژه استفاده شود از سوی کارفرما صورت نپذیرفته و بر عهده تامین‌کننده گذاشته خواهد شد. عمدتاً در تامین تجهیزات پروژه‌های صنعتی مانند پست‌های برق، نیروگاه‌ها، پالایشگاه‌ها، پتروشیمی‌ها و مجتمع‌های صنعتی... به‌کار گرفته می‌شود.

- ***۲-۳-۱۲-۲- مهندسی، تدارک کالا و مدیریت اجرا***
- ***۲-۳-۱۲-۳- مهندسی، تدارک کالا و مشاوره اجرا***
- ***۲-۳-۱۲-۴- مهندسی، تدارک کالا، اجرا، نصب***
- ***۲-۳-۱۲-۵- مهندسی، تدارک و برنامه ریزی برای ساخت***

۲-۳-۱۱- قراردادهای بیع متقابل Buy- Back Contracts

بیع متقابل به مجموعه‌ای از روش‌های معاملاتی اطلاق می‌شود که به موجب آن سرمایه‌گذار تعهد می‌کند تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیر نقدی) را برای تأمین کالاها و خدمات مورد نیاز شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه یا خدمات را جهت ایجاد، توسعه، بازسازی و اصلاح واحد تولیدی یا خدماتی در اختیار سرمایه‌پذیر قرار دهد و بازپرداخت تسهیلات، شامل اصل و هزینه‌های تبعی آن را از محل صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه‌پذیر دریافت کند. منابع مالی و تسهیلات دریافتی در قالب قراردادهای بیع متقابل، مشمول ضوابط، مقررات و پوشش و تضمین‌های مربوط به قانون جلب و حمایت از سرمایه‌های خارجی است و در مقابل مصادره یا ملی شدن و سلب مالکیت اموال و سرمایه سرمایه‌گذار و همچنین تغییر تصمیمات و قوانین دولتی و حکومتی که منجر

به ممنوعیت صادرات شود، تضمین خواهد شد.

همچنین دولت در صدور کالا و خدمات تولید کننده حاصل از اجرای قرارداد بیع متقابل منعی ایجاد نخواهد نمود. لذا در صورت تغییر قوانین و مقررات به گونه‌ای که موجب ممانعت از اجرای قرارداد صدور کالا و خدمات مورد توافق و در نتیجه عدم ایفای تعهدات سرمایه‌پذیر شود، اقساط حال شده براساس همان ارز مقرر در قراردادهای مربوط و با رعایت قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی به ذی نفع پرداخت خواهد شد.

۲-۳-۱۲- قراردادهای واگذاری امتیاز به روش سرمایه‌گذاری، طراحی، اجرا، بهره‌برداری و در نهایت فروش محصولات و بازپرداخت هزینه‌های سرمایه‌گذار به طریق مشارکت

به قراردادی اطلاق می‌گردد که در آن پروژه‌ای با مجوز کارفرما (دولت) توسط یك شرکت خصوصی ساخته می‌شود و پس از ساخت برای مدتی مورد بهره‌برداری آن شرکت قرار می‌گیرد و پس از انقضای مدت قرارداد، پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می‌گردد. به عبارت دیگر، دولت به یك کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکت‌های مختلف امتیاز می‌دهد، تا مطابق قرارداد، تامین مالی طرح زیربنایی را عهده‌دار شده و آنرا بسازد. به این ترتیب که در خلال دوره ساخت، منابع مالی بخش خصوصی، تأمین مالی پروژه را بر عهده داشته و با عملیاتی شدن پروژه، شروع به بهره‌برداری از آن به منظور بازپرداخت وام و کسب سود سرمایه نماید و پس از آن پروژه را به نهاد دولتی بدون هیچ هزینه‌ای بازگرداند.

قراردادهای واگذاری امتیاز بیشتر با روش Bot مشهود است .

در قرارداد BOT ساخت و بهره‌برداری پروژه به مدت معینی توسط شرکتی که در اصطلاح «شرکت پروژه» نامیده می‌شود، انجام می‌شود و انتقال پروژه پس از طی مدت معین و بعد از تحصیل درآمد مورد نظر، به مالک پروژه (کارفرمای دولتی)، بدون هیچ هزینه‌ای صورت می گیرد. درطول مدت پیمان، بانی پروژه (شرکت پروژه)، آن را اداره نموده و عواید حاصله از ارائه خدمات فراهم شده را وصول می‌نماید. این درآمدها به مصرف پرداخت هزینه‌های بهره‌برداری، بازپرداخت اصل وام‌ها و بهره آن و بازپرداخت اصل سرمایه و سود مورد نیاز سرمایه‌گذاران می‌رسد. لذا در این روش، پیمانکار تمامی مراحل طراحی تا ساخت و حتی تامین مالی را بر دوش دارد. این نوع از قراردادها اصولا در زمینه طرح‌های ملی و زیرساخت‌های صنعتی بزرگ مانند بزرگراه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد که معمولا بین ۱۵ تا ۲۵ سال و حتی بیشتر در نظر گرفته می‌شود. از دیگر مشخصه‌های این قرارداد می‌توان به پرداخت هزینه‌های پیمانکار از محل سودآوری پروژه در طول سال‌های بهره‌برداری اشاره نمود. البته قراردادهای واگذاری امتیاز علاوه بر روش Bot به روش‌های دیگر نیز متداول است که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۲-۳-۱۲-۱-ساخت، مالکیت، بهره‌برداری، واگذاری پروژه (به دولت یا نهادهای عمومی) BOOT

BOOT (Build.own.operdte.Transfer)

۲-۳-۱۲-۲-طراحی، ساخت، تأمین مالی، بهره‌برداری DBFO

DBFO (Design. Build. Finance. Own)

۲-۳-۱۲-۳-ساخت، واگذاری، بهره‌برداری BTO

BTO (Build. Transfer. Operate)

۲-۳-۱۲-۴-ساخت، مالکیت، بهره‌برداری BOO

BOO (Build. Own. Operate)

۲-۳-۱۲-۵-طراحی، ساخت، بهره‌برداری، واگذاری DBOT

DBOT (Design. Build. Operate. Transfer)

جمع بندی

اشتباه در شناسایی شرکت‌های دولتی از سوی مراجع قضایی یا اداری می‌تواند مشکلاتی را در عمل از باب تخفیف یا تشدید برخی الزامات قانونی پدید آورد، یعنی برخی مزایا یا ممانعت‌هایی که برای شرکت‌های دولتی وجود دارد با غیردولتی شمردن؛ از آن‌ها به عنوان بخشی از حکومت منع شده یا آزادی عمل غیر قابل کنترلی خواهند یافت، از جمله:

امتیاز عدم مسؤولیت مدنی (مصونیت مدنی) کارکنان دولت و شرکت‌های دولتی، زمانی که خسارت مربوط به نقص وسایل باشد یا در مورد اعمال حاکمیتی[۱]

- امتیاز عدم امکان تأمین و توقیف اموال دولتی[۲]
- امتیاز امکان طرح شکایت از تصمیمات مرتبط با حقوق عامه یعنی امکان درخواست ابطال مصوبات شرکت‌های غیردولتی در دیوان عدالت اداری از بین می‌رود.
- امکان الزام به افشاء و انتشار اطلاعات عمومی توسط شرکت‌های غیردولتی خصوصاً در مواردی که متولی خدمات عمومی هستند از بین می‌رود. (تهدید عدم شفافیت و سوء استفاده از امتیازات عمومی)
- امکان استفاده متعارف از داوری در امور حقوقی[۳] برای غیردولتی‌ها ایجاد می‌شود. (تهدیدی برای اموال عمومی)
- امکان اعمال برخی عناوین کیفری و مجرمانه مانند اختلاس و رشوه و تعدیات ماموران دولت برای غیردولتی‌ها از بین می‌رود زیرا فقط در مورد کارکنان شرکت‌های دولتی صدق می‌کند (تهدید حیف و میل وجوه عمومی).
- امکان ورود سازمان بازرسی به امور شرکت‌های غیردولتی از بین می‌رود. (تهدید عدم کنترل‌پذیری و بی‌نظمی اداری)
- امکان طرح شکایت از سوی شرکت‌های غیردولتی در دیوان عدالت اداری از نظام اداری کشور به عنوان سیستم بالاسری خودشان ایجاد می‌شود. (تهدیدی برای نظام اداری و حاکمیت)

---

۱. ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ کمیسیون مشترک مجلسین؛ «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسؤول جبران خسارت وارد می‌باشند ولی هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات مزبور باشد در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.

۲. به موجب قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵ و بند ج ماده ۲۴ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۴

۳. اصل ۱۳۹ قانون اساسی؛ صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

در انعقاد قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) نیز اگر شرکتی دولتی باشد باید از الزامات نظام فنی و اجرایی کشور به عنوان متولی قراردادهای اداری حوزه ساخت و ساز به عنوان یک قاعده آمره پیروی نماید ولی در صورت غیردولتی بودن، لزومی به پیروی از این مقررات خصوصاً قراردادهای همسان ابلاغی، نخواهد داشت.

در بحث تبیین قرارداد استصناع (سفارش ساخت) می‌توان آن را معادل قراردادهای مشهور امروزی در حوزه ساخت و ساز دانست به نحوی که سفارش‌دهنده، سفارش و دستور کار ساخت کالا یا تجهیزات و یا اجرای پروژه‌ای را به شرکت سازنده ذی‌صلاح دارای صلاحیت‌های تخصصی، در قبال مبلغ معین ارجاع می‌دهد و شرکت سازنده موظف و مکلف است مطابق خصوصیات و شرایط معین شده در عقد و در یک زمان مشخص آنرا به سفارش‌دهنده تسلیم نماید. پس باید گفت این نوع قراردادهای دارای ماهیتی مستقل از سایر قراردادها بوده و براساس آزادی اراده‌ها در انعقاد در قراردادها (البته به شرط عدم مخالفت با شرع مقدس و قانون) است، قانونی و شرعی و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی هستند و به عنوان قراردادی با شرایط اساسی صحت معاملات و توافق بر سر موضوع ثمن و تسلیم کالا با ارتکاز و عمل عرفی در جامعه نیز سازگار است، ضمن آنکه قراردادهای سفارش ساخت لازم و عهدی بوده و در خصوص مقدار، وصف، نوع، مواد اولیه، زمان تحویل کالا و مبلغ قرارداد، توافق لازم صورت پذیرفته تا از هرگونه جهل و غرر و ضرر احتمالی جلوگیری گردد.

نتیجه آنکه لازم است جهت بهبود فضای کسب و کار در کشور و اصلاح نظام تدارکات دولتی موارد زیر در دستور کار قرار گیرد:

- قانون‌گذار هر چه سریعتر با نیم نگاهی به سیستم عدم تمرکز فنی به باز تعریف شرکت دولتی و تعیین قواعد و عناصری ثابت برای شناسایی شرکت‌های دولتی مشمول نظام اداری اقدام نماید.
- مقرره‌گذار علاوه بر ایجاد بسترهای مناسب تبیین تبعات مثبت و منفی استفاده از قرادادهای سفارش ساخت (استصناع) همسان ابلاغ شده برای مشمولین نظام فنی و اجرایی کشور، به اصلاح قراردادهای قبلی براساس مفاهیم حقوقی-فقهی و تولید قراردادهای مورد نیاز جدید، اقدام نماید.

مراجع و منابع

۱. آقایی طوق، مسلم، (۱۳۹۹)، درآمدی آسیب شناختی بر نحوه شمول قوانین و مقررات عمومی بر شرکتهای دولتی مستلزم ذکر نام، فصلنامه علمی پژوهشهای نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، تابستان، ص ۲۶۹.

۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، انتشارات الاسلامیه، ج ۱.

۳. بنی هاشمی تهرانی، سید جمشید، تأملی کوتاه در تعریف، ارکان و ساختار شرکت‌های مادر (تخصصی)؛ سایت شورای نگهبان، مورخ ۱۳۸۵/۴/۲۲؛ لینک کوتاه https:// www.shora-gc.ir/00000j.

۴. پتفت، آرین، (۱۳۹۷)، مفهوم و قلمرو اصول کلّی حقوق اداری؛ امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، ترجمهٔ احمد مرکز مالمیری، نشر پژوهشگاه قوه قضائیه، چاپ دوم.

۵. تنگستانی، محمدقاسم، (۱۳۹۷)، معیارهای شناسایی شرکت‌های دولتی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه .

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۳)، ترمینولوژی حقوق، انتشارات بنیاد راستاد .

۷. حسینی، سیداحسان؛ (۱۴۰۱)، دستگاه‌های مشمول ذکر یا تصریح نام چه دستگاه‌هایی هستند؟، روزنامه مناقصه مزایده ۳۵۳۵؛ ۱۶ خرداد، ص ۳ .

۸. حسین‌زاده، حمید- حداد، جواد، (۱۳۹۵)، قراردادهای همسان پیمانکاری، مشاوره، سرمایه‌گذاری، انتشارات دادگستر.

۹. خادمی کوشا، محمدعلی، (۱۳۹۲)، استصناع در توجیهی جدید، فصلنامه تخصصی فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، سال بیستم، شماره ۲، تابستان.

۱۰. خامنه‌ای، سیدعلی، (۱۳۹۳)، رساله احکام معاملات، انتشارات انقلاب اسلامی، ج۲ .

۱۱. مینی(ره)، روحا...، (۱۳۹۲)، تحریرالوسیله، مؤسسه نشر آثار امام خمینی، ج۱.

۱۲. خورسندیان، محمدعلی (۱۳۸۳)، تمایز مقاطعه‌کاری و بیع، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸ ، شماره ۳۴.

۱۳. ساجدی، ولی، (۱۳۸۴)، تحلیلی بر اصلاحات قانون یکصد ساله کلیاتی درباره اشخاص حقوقی، روزنامه دنیای اقتصاد، یکشنبه ۱۹ آبان، صفحه ۲۲ .

۱۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد.

۱۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، تشکیل قراردادها، انتشارات مجد.

۱۶. صفار، محمدجواد، (۱۳۷۳)، شخصیت حقوقی، چاپ اول، نشر دانا .

۱۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۸۱)، حقوق اداری، چاپ ۸، نشر سمت.

۱۸. طباطبایی، سیدمحمد صادق- کیانی، عباس، (۱۳۹۳)، مجله حقوق دادگستری، شماره ۸۵، بهار ۹۳.
۱۹. عدل، مصطفی، (۱۳۴۵)، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر.
۲۰. فاطمی، محمدحسین، (۱۴۰۰)، شرکت‌های دولتی:۱- مبانی، تعریف و طبقه‌بندی، گزارش شمره ۱۷۷۸۳ مرکز پژوهش‌های مجلس، مهر ماه .
۲۱. فضلی، عزیزالله، (۱۳۹۹)، جزوه گفتارهایی در حقوق اداری ایران، زمستان ۱۳۹۹، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد تهران جنوب.
۲۲. فرهنگ عمید، انتشارات، ۱۳۷۴.
۲۳. قبولی دُرافشان، سیدمحمد هادی، (۱۳۹۴)، واکاوی عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، سال اول، شماره اول، زمستان ۹۴ .
۲۴. قره‌داغلی، علی- حسین‌زاده، حمید (۱۳۹۴)، انواع شرایط عمومی پیمان، انتشارات ره‌آور مهر، ج ۱.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، معاملات معوض و عقود تملیکی، انتشارات سهامی انتشار، چاپ دهم .
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، چاپ هشتم .
۲۷. گرجی‌ازَندَریانی، علی اکبر، (۱۳۹۶)، مبانی حقوق عمومی، چاپ ۶، تهران، انتشارات جنگل.
۲۸. لاجوردی، سید عرفان- حیدری، علی، (۱۳۹۳)، قراردادهای صنعتی، ، انتشارات میزان .
۲۹. محقق‌نیا، محمد جواد، (۱۳۹۴)، درآمدی بر شاخص‌های بانکداری اسلامی، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی .
۳۰. نظرپور، محمد نقی-محمدی، مرتضی، (۱۳۹۰)، صحت یا فساد عقد استصناع، فصلنامه حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۸، بهار
۳۱. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، (۱۳۷۶)، پیش بها (بیعانه)، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۰.
۳۲. منصوری، سعید، (۱۳۹۰)، بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه ازاد تهران جنوب، شماره ۲، تابستان.