

*Research Article*

***A jurisprudential view of engineering, supply and construction contracts***

Yashar taheri<sup>۱</sup>, seyed hekmatollah askari<sup>۲</sup>, seyed basem mavalizadeh<sup>۳</sup>

Received: ۲۰۲۲/۱۰/۲۸

Accepted: ۲۰۲۳/۰۳/۱۲

***Abstract***

*As the compatibility and overlapping of legal institutions with the Sharia; Looking at the fourth principle of the Constitution of Iran, it becomes a necessary issue, one of the modern contracts is the engineering, supply and construction contract, which is used by administrative and official organizations to implement their plans. According to this issue, all the main obligations of this contract, which are engineering, supply of equipment and materials, and construction and execution, have been assigned to the contractor, and based on the contractual agreement, the contractor pays the amount of the contract and puts the project into operation by turning a key. . Therefore; it is also called a turnkey contract. In this essay, which has been done with a descriptive and analytical method, this contract has been studied from a jurisprudential and legal point of view.*

***Keywords:*** Balance of exchange, floating price, difficulty of contract execution, convention of international sale of goods

---

<sup>۱</sup> - PhD student, Department of Private Law, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

<sup>۲</sup> - Assistant Professor, Department of Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. (corresponding author)

<sup>۳</sup> - Assistant Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

## مقاله پژوهشی

### نگاهی فقهی حقوقی به قراردادهای مهندسی، تأمین و ساخت

یاشار طاهری<sup>۴</sup>، سید حکمت اله عسکری<sup>۵</sup>، سید باسّم موالی زاده<sup>۶</sup>

#### چکیده

معلوم بودن عوضین و لزوم و وفای به عهد از شرایط اساسی صحت معامله در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا است ممکن است در اثر تغییر شرایط اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، اجرای قرارداد برای متعهد غیرممکن و دشوار گردد الزام به ایفای تعهد دشوار و غیر ممکن موجب ضرر ناروا برای یک طرف و دارا شدن بی جهت طرف دیگر شده و تعادل عوضین برهم می زند که منصفانه نیست و بر اساس قاعده "لاضرر" و "نفی عسر و حرج" منع شده است برای جلوگیری از ورود ضرر و انحلال عقود ناگزیر چاره‌ای باید اندیشید تعدیل قرارداد و ثمن آن که یکی از آثار تغییر اوضاع و احوال و بهترین راهکار برای تعادل عوضین و بقای قرارداد و طرق جبران خسارت است که می توان در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا مطابق اصول و مواد قانون مدنی قابل پذیرش دانست. به جهت اینکه، کسب سود عرفاً در عقود معاوضی مورد انتظار طرفین است تغییرات متعارف نباید خللی در لزوم و ایفای تعهدات قرارداد بوجود آورد مگر اینکه تغییرات بنیادین و غیر قابل مسامحه در عرف باشد لکن از طریق اصول کلی حقوقی مثل اصل حسن نیت، قاعده لاضرر، نفی عسر و حرج، تقلیل ثمن، مذاکره مجدد می توان تعدیل قرارداد و به تبع آن تعدیل ثمن و فسخ قرارداد که از آثار تغییر اوضاع و احوال قرارداد است، استنباط و توجیه کرد و در قوانین و محاکم قضائی به کار برد. در تعدیل ثمن، ثمن در حین انعقاد قرارداد مشخص و معلوم است لکن با تغییر اساسی و بنیادین، بر اساس معیار عینی، مثل نرخ بازار روز یا عرف و یا معیار شخصی همانند ارجاع به نظریه کارشناس یا داوری و توافق طرفین می توان تعدیل کرد. بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها درج شرط تعدیل قرارداد و ثمن آن در ضمن عقد بهترین پیشنهاد است که و مانع انحلال و فسخ قرارداد و به مفاد قرارداد عمل می شود. در این مقاله به تغییر شرایط اوضاع احوال قرارداد و آثار و مصادیق آن و دشواری اجرا و ضابطه تعدیل قرارداد و ثمن بطوری که با اصل لزوم معلوم بودن عوضین در تعارض نباشد، پرداخته می شود.

**واژگان کلیدی:** تغییر اوضاع و احوال قرارداد، تعادل عوضین، حسن نیت، عسر و حرج، کنوانسیون بیع بین المللی کالا

<sup>۴</sup> - دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

<sup>۵</sup> - استادیار، گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)

<sup>۶</sup> - استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

## مقدمه

کشور ما با توجه به منابع زیرزمینی و روستحی فراوان و غنی، برای توسعه اقتصادی با توجه به فشار تحریمها، گامهایی را برای استفاده از قراردادهای جدید بین‌المللی برداشته است. این احساس نیاز با توجه به پیشرفت کشورهای توسعه یافته و صاحب فناوری در انعقاد قراردادهای یادشده، جهت ساخت و ساز در امور زیربنایی و بنیادین کشور و تبدیل آن ساخته‌ها به ارزش افزوده، توسعه یافتگی، درآمدزایی و رفاه برای کشور باید پاسخ داده شود. یکی از این ساختارهای حقوقی، قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت (ای پی سی)<sup>۷</sup> است که امروزه در عرصه حقوق ساخت و ساز داخلی و خارجی، رو به گسترش است. این قرارداد، یک چارچوب کاربردی برای تنظیم قرارداد در صنعت و امور زیرساخت و راهبردی می‌باشد. حتی هنگامی که بخش دولتی، تمایل دارد که از تخصص پیمانکاران<sup>۸</sup> خصوصی داخلی یا خارجی در طراحی و ساخت پروژه‌های زیربنایی استفاده نماید، از قراردادهای ای پی سی بهره می‌برد.

در این پژوهش، تلاش به پرداختن به مشکل ناشناخته بودن قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و عدم همپوشانی و ناسازگاری با فقه و لزوم تطبیق این نهاد حقوقی جدیدالتأسیس می‌باشد که از این پس در این نوشتار به این قرارداد اختصاراً، قرارداد ای پی سی گفته خواهد شد. طرفین قرارداد ای پی سی، صاحب کار از یک سو، و پیمانکار<sup>۹</sup> از سوی دیگر است. در این پیمان، طرفین توافق می‌کنند موضوع قرارداد که انجام امور مهندسی، تأمین مصالح و تجهیزات جهت اجرای پروژه و ساخت و اجرای موضوع پیمان است، برعهده پیمانکار قرار بگیرد. عنوان صاحب کار بدین دلیل است که از کارفرما در قانون کار جدا شود<sup>۱۰</sup>.

قرارداد ای پی سی، اندازه بالای سپردن مسئولیت مهندسی، طراحی و تأمین و اجرا به عهده پیمانکار است. به عنوان یک اصل، مسئولیت هر عیب و نقصی که در محدوده پیمانکاری تعریف شده، بر عهده پیمانکار خواهد بود. در طرح‌های عمرانی و زیربنایی مانند قراردادهای نفتی و پتروشیمی از این قرارداد استفاده می‌شود. نمونه این کاربرد در ایران، قراردادهای نفتی بالای یکصد میلیارد ریال است که در قالب ای پی سی منعقد می‌شوند. یا اینکه برخی صاحب کاران دولتی نظیر قرارگاه سازندگی خاتم‌الانبیاء (ص) یا وزارت نفت مانند شرکت مناطق نفت خیز جنوب از این قرارداد به عنوان یکی از قالب های معتبر قرارداد برای اجرای پروژه های خود استفاده می کنند.

این قرارداد، دستاورد تراضی اراده انشایی صاحبکار و پیمانکار برای احداث و اجرای یک طرح در مدت مشخص و

<sup>۷</sup>- EPC = Engineering, Procurement and Construction.

<sup>۸</sup>- Contractors.

<sup>۹</sup>- مقاطعه کار.

<sup>۱۰</sup>- از دیگر سو در کشور ایران به طور سنتی، طرف قرارداد با پیمانکار را کارفرما<sup>۱۱</sup> می‌نامند، در حالی که در کشورهای توسعه یافته، امروزه به جای واژه کارفرما، از واژه صاحب کار<sup>۱۲</sup> یا خریدار خدمت<sup>۱۳</sup> استفاده می‌شود. البته می‌توان از واژه مناسب تر طرف قرارداد<sup>۱۴</sup> بهره برد. به دیگر سخن، اگر از واژه کارفرما استفاده شود، تمام توانمندی‌ها در وی نهفته است و احتیاج به مشاور یا پیمانکار وجود ندارد، بنابراین توصیه می‌گردد که از واژه صاحب کار استفاده شود. همان گونه که در حقوق مصر، به وی؛ رب العمل یا صاحب العمل نیز گفته می‌شود<sup>۱۵</sup>. در این نوشتار نیز به پیروی از آنچه گفته شد، از واژه صاحب کار استفاده شده است.

عوض معلوم (قیمت ثابت و مقطوع) می‌باشد. ولی در حقوق ما، ارتباط فقه با نظام حقوقی پیوستگی دارد. پس، با توسل به آیه مبارکه «یا ایها الذین آمنوا لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض»، سعی علما و فقیهان در واکاوی فقهی احراز شمولیت عقود نو و مستحدثه از آیه «تجاره عن تراض» است تا مصداق اکل مال بالباطل نشود. از دیگر سو، اصل چهار قانون اساسی ایران بر همپوشانی و مطابقت‌پذیری همه قوانین و مقررات با شرع مبین، پافشاری می‌نماید. با توجه به استفاده روزافزون بدنه اجرایی و خصوصی کشور از این نمونه قراردادی در حوزه حقوق ساخت و ساز، در بخش‌های زیرساختی مانند طرح‌های عمرانی، نفتی و غیره؛ سازگارسازی و منطبق کردن این قرارداد از جهت یکنواخت سازی آن با امور فقهی و شرعی، موضوعی ضروری و بنیادین می‌باشد. زیرا از الزامات در حوزه اندیشه‌های فقهی، نگاه به سیال بودن فقه و راهگشایبودن آن در جواب‌دهی احتیاجات روز؛ مخصوصاً در دوره بین‌المللی معاصر می‌باشد. چه اینکه توان ساختارسازی بخش‌های بسیاری را در پیوند با اصول، شیوه، مسائل و مبانی فقهی دارد و نیز پژوهش را از پاسخگویی، بالندگی و اثربخشی زیادی غنی کرد تا برای جامعه علمی کاربردی باشد. بنابراین، در این پژوهش، با نگاهی به سند یکنواخت بین‌المللی فیدیک در کتاب نقره‌ای<sup>۱۱</sup> و حقوق داخلی، همراه با واکاوی و مطالعه حقوقی قرارداد ای‌پی‌سی، بررسی و مطالعه تحلیلی فقهی آن صورت پذیرفته است.

### ۱- ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت

در یک قرارداد ای پی سی؛ همان طور که بالاتر گفته شد، پیمان کار، مهندسی و طراحی، تأمین مصالح و تجهیزات، مدیریت طرح، گرفتن پروانه های لازم و ساخت، نصب و اجرای پروژه را پیش بینی و تعهد می کند که عملیات یادشده گاه به صورت ترکیبی و در قالب یک قرارداد واحد و گاه به صورت قراردادهای جداگانه انجام می شود (Li and Lin, ۲۰۲۰: ۲). پیمانکار با عهده‌دار شدن همه مسئولیت‌ها در انتخاب روش کار برای تأمین نتایج نهایی طبق مشخصات عملکرد تعیین شده بوسیله صاحب کار در قرارداد، دارای اختیارات و آزادی عمل کامل است. از دیگر سو، صاحب کار نیز پیشرفت کار را با نظارت، پیگیری می نماید. به دیگر سخن، صاحب کار نسبت به تأمین محل مورد نیاز برای اجرای پروژه، ارائه اطلاعات و ضوابط جاری در محل اجرا از قبیل ضوابط محیط زیست یا ضوابط راجع به کاربری زمین و بررسی مدارک تسلیمی پیمانکار؛ در موقع مقتضی متعهد می‌گردد. به علت شرایط خاص پروژه های زیربنایی، صاحب کارها همیشه دنبال پیمانکارانی هستند که پروژه را در زمان معین و با قیمت معین<sup>۱۲</sup> و مشخصی تکمیل کنند و از طرف دیگر نسبت به کل پروژه مسئولیت مطلق داشته باشند، تا از این طریق کلیه خطرات موجود در این قراردادها را به پیمانکار منتقل کنند، بدون آنکه در هیچ یک از مراحل طراحی و ساخت، خطر یا مسئولیتی متوجه آنها باشد. از این رو، الگوی قراردادی ای پی سی را بهترین گزینه برای این هدف می دانند. به گونه‌ای که این قراردادها، پیمانکار را ملزم می کند که موضوع قرارداد را در زمان معین و با قیمت قراردادی ثابتی به پایان برساند و از سوی دیگر، هرگونه نقص یا عیبی در هر جای پروژه روی دهد، بی آن که نیاز به اثبات منشاء تقصیر باشد، یک شخص راباید مسئول

<sup>۱۱</sup>- Silver Book.

<sup>۱۲</sup>- Lump-sum.

دانست و آن شخص، پیمانکار است (Klee, ۲۰۱۳: ۸۷).

با استفاده از این شیوه قراردادی، علیرغم محدودیت‌هایی برای صاحب کار، همه مراحل اعم از مهندسی تا ساخت و تأمین تجهیزات و راه اندازی بر عهده پیمانکار است که در این راه، صاحب کار از قید تعهدات تام و گسترده اجرای پروژه به دلیل تخصصی و پیچیدگی فناوری رهاست (مستقیمی و طارم‌سری، ۱۳۹۷: ۱۳۹). ویژگی‌های مهم کتاب نقره ای از جمله قیمت و زمان مشخص و انتقال ریسک و خطر بر عهده پیمانکار، باعث برجسته شدن قرارداد ای پی سی؛ در صنعت ساخت و ساز و تمایل به انعقاد این نوع قرارداد برای کاستن ریسک تعهدات و مسئولیت‌های ناشی از طراحی و تأمین تجهیزات و ساخت موضوع قرارداد از عهده صاحب کار است (McAlpine, ۱۹۹۷: ۵۲۲).

## ۲- خاستگاه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت

قرارداد ای پی سی، یک نوع قرارداد مقاطعه کاری است که چارچوب نمونه و الگوی آن به وسیله فدراسیون بین المللی مهندسین مشاور که به فیدیک<sup>۱۳</sup> نامور می‌باشد، تدوین شده است و از این پس در این پژوهش از عنوان فیدیک استفاده می‌شود. فیدیک، یک مؤسسه بین المللی برای هماهنگی و یکنواخت سازی صنعت ساخت و ساز و امور زیربنایی است که در این زمینه؛ قراردادهای نمونه ای منتشر کرده است. این سازمان در تمام دنیا به عنوان یکی از مراجع تدوین کننده فرم های نمونه قرارداد برای کارهای مهندسی عمرانی، ساختمانی، تأسیسات مکانیکی و برقی و امور زیربنایی شناخته شده است. در سال ۱۹۹۹ فیدیک ضمن بازنگری در چهار کتاب زرد، قرمز، طلایی و نقره‌ای که منتشر کرده بود، اقدام به اضافه کردن فرم های جدیدی از قراردادها در آن ها نیز نمود که از آن جمله؛ قرارداد ای پی سی منتشره در کتاب نقره ای است (Klee and Novy, ۲۰۱۴: ۱۷۵).

فیدیک که در ژنو سوئیس مستقر است، در سال ۱۹۱۳ در فرانسه تأسیس شد. این نهاد، یک سازمان غیردولتی است که توسط سازمان ملل متحد، بانک های بزرگ جهانی، کمیسیون اروپا و سایر نهادهای بین المللی به رسمیت شناخته شده است. فیدیک، برای حمایت و ارتقای منافع کلی انجمن های عضو خود ایجاد شد. اما تا پس از جنگ جهانی دوم که شروع به گسترش کرد، به یک سازمان اثرگذار تبدیل نشد. جامعه فیدیک از ادغام سه جامعه مهندسین مشاور ملی در اروپا (بلژیک، فرانسه و سوییس) بنیان گذاری شد<sup>۱۴</sup> (Klee and Rucka, ۲۰۱۴: ۱۷۲). اکنون یکصدودو جامعه مهندسی از کشورهای جهان در آن عضویت دارند که بیش از یک میلیون متخصص مهندسی و چهل هزار شرکت را در سطح جهان نمایندگی می‌کند. کشور ایران نیز در خرداد سال ۱۳۵۲ خورشیدی به این جامعه بین المللی پیوست

<sup>۱۳</sup> - FIDIC: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, or later, International Federation of Consulting Engineers.

<sup>۱۴</sup> - Also visit formal portal of FIDIC on: <https://fidic.org/history>. Last visited; September ۸, ۲۰۲۱.

که در آن تاریخ، تنها عضو غیراروپایی<sup>۱۵</sup> این جامعه جهانی بود<sup>۱۶</sup> که به عنوان یک کشور مبتنی بر حقوق نوشته، عضو یک جامعه با رویکرد کامن‌لا<sup>۱۷</sup> محسوب می‌شد.

## ۲-۱- موقعیت حقوقی قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت در حقوق ایران

۶۸

مبانی فقهی حقوق اسلامی

پیمانکاری مورد بحث در این نوشتار، مقطعه کاری حقوق خصوصی ایران است که تعریف خاص خود را دارد؛ «مقطعه کاری، تعهد یک شخص به انجام کار به طور مستقل برای شخصی دیگر در برابر عوض معین است». (خورسندیان، ۱۳۸۳:۱۳۲). با نگاه به این تعریف، درمی‌یابیم که تعهد شخص به انجام عمل تعلق می‌گیرد. یعنی موضوع قرارداد پیمانکاری، انجام عمل و یک فعل است که با این تحلیل، بیع انگاشتن پیمانکاری به کنار می‌رود.

در حقوق ایران، این تعریف به قرارداد اجاره اشخاص مشمول ماده ۵۱۳ قانون مدنی نزدیک می‌گردد، اما با واکاوی بیشتر، به برخی از موارد مقطعه کاری برمی‌خوریم که بهتر است آن را قراردادی مستقل از بیع یا اجاره اشخاص بدانیم، به ویژه آنکه مقطعه کار، خود؛ به تأمین مصالح و مواد اولیه اقدام می‌کند. یکی از آن قراردادهای، قرارداد ای‌پی‌سی است که در آن پیمانکار با تعهد کاملی که می‌پذیرد، هر سه تعهد قراردادی مهندسی، تأمین و ساخت را برعهده می‌گیرد و با قبول ریسک کامل مکلف به اجرای تعهداتش در زمان مقطوع و قیمت ثابت می‌شود.

هرگاه طرح‌ها و پروژه‌های زیربنایی، عمرانی و صنعتی مانند راه‌ها، پالایشگاه‌ها، نیروگاه‌ها، کارخانه‌های فرآوری که اغلب شامل تجهیزات تخصصی هستند و باید به طور سفارشی، طراحی و ساخته شوند و تأسیساتی مشابه آنها که واجد وصف زیرساختی باشند، برای انعقاد قرارداد و اجرای موضوع عقد مدنظر باشد، از قرارداد ای‌پی‌سی بهره می‌گیرند (Plant and Design-Build, ۱۹۹۹:foreword).

برای تعریف قرارداد، بیان شده که قراردادی با بهای ثابت و موضوع نزدیک به ساخت، به طور نمونه؛ مورد استعمال در طرحهایی دارای هدف معین همچون بخشهای نیرو و زیرساختی که به استناد آن، پیمانکار؛ تعهدات کاملی را قبول می‌کند. این تعهدات دربردارنده تکالیف مهندسی، تأمین و ساخت موضوع قرارداد؛ از قبیل یک پروژه تولیدی و دستورات عمل و راهنماها، راه اندازی با آزمایشهای گوناگون کارخانه، نگارش و تنظیم راهنماهای بهره‌برداری و در آخر آموزش افراد برای استفاده و راه‌اندازی موضوع قرارداد است (Garner, ۲۰۰۹:۳۴۴). در همین راستا، برخی از شرکت‌های بزرگ پیمانکاری، شروع به یادگیری و کسب تخصص در مهندسی، تأمین و ساخت چنین تأسیساتی نموده‌اند. به دلیل تأکید بر مهندسی و تأمین تجهیزات و اجرا در چنین پروژه‌هایی، معمولاً از قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت استفاده می‌کنند. پروژه‌های موضوع این قرارداد، عموماً پیشنهادهای با ریسک و خطر بالا هستند و معمولاً این نوع

<sup>۱۵</sup>- در پی پوستن ایران به فیدیک، در سال ۱۳۵۴ فیدیک برای نخستین بار اجلاس سالانه خود را در ایران به عنوان نخستین کشور غیراروپایی عضو خود برپا کرد. جامعه مهندسين مشاور ایران به عنوان تنها عضو فیدیک در ایران با منتشر نمودن الگوی قراردادهای بین المللی و صدور خدمات مهندسی و انعقاد همایشهای گوناگون برای بالابردن گسترش خدمات مهندسی و شناخت نمونه‌های متداول قراردادی توسط شرکتهای مهندسی و فنی اقدام نموده است. برای بیشتر، ببینید: <http://fidic.org/bookshop>.

<sup>۱۶</sup>- For more, visit: [https://fidic.org/membership/membership\\_associations](https://fidic.org/membership/membership_associations). Last visited: September ۸, ۲۰۲۳.

<sup>۱۷</sup>- Common Law.

قراردادها به دقت و توجه به جزئیات، مورد مذاکره قرار می‌گیرند (Kelley, ۲۰۱۳:۴۶). بنا به همین رویکرد، تخصیص ریسک در این قرارداد برخلاف دیگر قراردادهای نمونه فیدیک، از عهده صاحب‌کار به پیمانکار منتقل می‌شود که این ویژگی، نهایتاً؛ یک مزیت حقوقی برای صاحب‌کار می‌باشد که با چرخاندن یک کلید، از پروژه بهره‌برداری مینماید (Klee and Co, ۲۰۱۴:۲۸۲). در مهندسی این عقد، پیمانکار عمومی ای پی سی نقش محوری دارد و باید دارای تخصص و شایستگی‌های حرفه‌ای باشد. به عنوان مثال، پیمانکار اصلی باید دارای قدرت سازماندهی و هماهنگی و مدیریت قوی، استفاده کارآمد از ظرفیت پیمانکاران فرعی در حین ساخت و مسائل مربوط به موضوع قرارداد باشد. برای پیمانکار عمومی ای پی سی بسیار مهم است که پیمانکاران فرعی را در هر بخش، به ویژه هزینه پروژه‌های فرعی کنترل کند (Klee and Ručka, ۲۰۱۴:۱۷۶). پیمانکار ای پی سی باید تعهدات مهندسی و طراحی، تأمین مصالح و تجهیزات و تدارکات و ساخت را برابر با قرارداد انجام دهد. به دیگر سخن، کیفیت مهندسی، ایمنی ساختمان، تأمین مواد و مصالح، دوره ساخت و هزینه و در نهایت ارائه موضوع قرارداد به صاحب‌کار، با الزامات قرارداد مطابقت داشته باشد (Li and Lin, ۲). در سال ۱۳۸۴ با بخشنامه شماره ۱۰/۱/۸۵۴۲۸ سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، عیناً برگردان قرارداد طرح و ساخت<sup>۱۸</sup> مندرج در کتاب زرد فیدیک را با عنوان «EPC» به دستگاههای اجرایی و مهندسان مشاور ابلاغ شد که ترجمه اشتباه طرح و ساخت فیدیک می‌باشد و به اشتباه، برخی این دو قرارداد را یکی انگاشته و عنوان ای‌پی‌سی را بدان می‌دهند و ادعای معین بودن قرارداد را نیز می‌نمایند که به نظر می‌رسد گفته‌ای ناسره است.<sup>۱۹</sup>

## ۲-۲- موقعیت فقهی قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت

بعضی از فقها عقیده به صحت قراردادهای معین داشته و بقیه عقود را به دلیل نبود سابقه در شرع مبین، باطل می‌دانند. با رشد و توسعه صنعت و ورود به جهان جدید، فقیهان امامیه مثل آخوند ملامحمد کاظم یزدی طباطبایی که به علمای عرفی مشهورند، زمان را مثل ظرفی تشبیه می‌کنند که قراردادهای و احکام را در ظرف زمان بیان می‌کنند. مانند قرارداد بیمه که تعارض زیادی در پذیرش آن وجود داشت و در پایان، فقهای امامیه، آن را قبول و وارد نظام حقوقی ایران کرده‌اند. در مورد قراردادهای ای‌پی‌سی هم اگرچه از عقود معین نبوده، اما وارد نظام حقوقی ما گشته و با عنایت به داشتن شرایط عمومی صحت قراردادهای، نمی‌شود این قرارداد جدید را ناصحیح یا باطل قلمداد کرد. البته شباهتهایی بین این قرارداد با قراردادهای دیگر هست که نمونه آن، در ادامه مقایسه و بیان خواهد شد (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴، ۳۶۶).

از دیگر سو قرارداد ای‌پی‌سی یک قرارداد تأسیسی و مولد دنیای جدید حقوق است که مورد ردع و ردی از آن در نظر شارع مقدس؛ وارد نگشته است و عقلای عالم نیز بر آن صحه گذاشته‌اند و وارد عرف حقوق قراردادهای امروز نیز شده

<sup>۱۸</sup>- Design-Build.

<sup>۱۹</sup>- برای بیشتر، ن.ک به مقاله صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی (۱۳۸۷). بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به نظام حقوقی ایران. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۳۸. شماره ۲.

است. زیرا اطلاق و عموم صحت قرارداد و تجارت مانند اوفوا بالعقود و تجاره عن تراض همانطور که شامل عقود معینه میشوند، شامل عقودی که در ازمنه متأخره حادث شده یا می‌شوند نیز می‌گردد و وجهی برای حصر اسباب تملک به عقود خاص وجود ندارد (گرچی، ۱۳۹۸، ۳۲۰).

### ۳- مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و قرارداد کار

پیشتر، قرارداد کار نیز در زمره قرارداد اجاره اشخاص حقوق مدنی دسته بندی می‌گردید، و در بند ۱ ماده ۵۱۳ قانون مدنی ایران، اجاره خدمه و کارگران را از هرگونه که باشد، در یک گروه آورده بود. اما بعدها با تصویب قانون کار<sup>۲۰</sup>، بخش مهمی از اجاره اشخاص از قلمرو این شعبه حقوق خارج شد و دولت با تصویب قوانین کار، رابطه کارگر و کارفرما را در اختیار گرفت. همان طور که در حقوق مصر، مقاطعه کاری تحت عنوان (المقاوله) بعدها با تصویب قانون مدنی جدید مصر، با قرارداد کار که تحت نام (العقد وارد علی العمل<sup>۲۱</sup>) بود، مرزبندی و جدا گردید (السنهوری، ۱۹۹۸: ۶۸).

معیار تمیز قرارداد کار از پیمانکاری ای پی سی که در قانون کار نیز مبنا و ملاک تقنین بوده است، ضابطه مندرج در ماده یک قانون کار است: «کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان به دستور کارفرما در مقابل دریافت حقوق یا مزد کار می‌کند» از قید «به دستور کارفرما» می‌توان فهمید که فرمانبری و تابعیت حقوقی کارگر از کارفرما مبنای اصلی قرارداد کار است. به دیگر سخن، مبنای امتیاز مقاطعه کار را بر کارگر در استقلال رأی او در اجرای کار دیده اند. کارگر به دستور کارفرما و برای او کار می‌کند و ناچار است برطبق تعلیماتی که کارفرما می‌دهد و چنان که او مایل است انجام وظیفه کند (خسروی، ۱۳۹۵: ۸). همین لزوم فرمانبرداری از کارفرما و تابعیت از اوست که حمایت حقوقی از کارگر (همچون بیمه) را ایجاب می‌کند و مسئولیت کارفرما را نسبت به زیان هایی که کارگر در حین کار یا به مناسبت آن به دیگران می‌زند یا خود متحمل می‌شود. برعکس، مقاطعه کار در شیوه اجرای خدمتی که به عهده گرفته است، آزاد است. صاحب کار نتیجه ای را که خواهان آن است، معین می‌سازد و مقاطعه کار نیز برای رسیدن همان نتیجه تلاش می‌کند و در رسیدن به این مطلوب، آزاد است و سازمان فعالیتهايش را چنانکه میل دارد، منظم می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۶۳). پس قید استقلال برای پیمانکار ای پی سی، یکی از ویژگی های متمایز کننده آن از قرارداد کار می‌باشد.

برای این که اهمیت تمیز این دو قرارداد معلوم شود، تفاوت های اصلی آن دو را بر می‌شمریم:

۱- هر یک از این دو قرارداد دارای قواعد مختص به خود هستند که حاکم بر هر یک از این عقود است که باعث می‌شود این دو قرارداد اختلاف جوهری در قواعد حاکمه داشته باشند. از آنجا که کارگر به دستور کارفرما و با نظارت او کار می‌کند و تابع و فرمانبر است، قانون کار بر قرارداد کار حاکم بوده و از کارگر حمایت مخصوص می‌کند (السنهوری، ۱۹۹۸: ۸-۹ و کاتوزیان، ۵۶۵)<sup>۲۲</sup>؛ همچون ساعات کار، حداقل میزان دستمزد، مرخصی کارگر و فسخ

<sup>۲۰</sup> - قانون کار مصوب ۲۹ آبان ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

<sup>۲۱</sup> - الباب الثالث، العقود الواردة علی العمل، الفصل الأول؛ «المقاوله والتزام المرافق العامة»: ۱- عقد المقاوله ماده ۶۴۶ الخ.

<sup>۲۲</sup> - برای بیشتر، ن. ک. به: ۱ ماده ۳۵۶ قانون تعهدات سوئیس در مورد حمایت از کارگران بیان می‌دارد: «به وسیله قرارداد دسته جمعی،



قرارداد کار، اخراج و استعفای کارگر. درست است که کارگر به میل خود استخدام می شود و با کارفرما توافق می کند؛ ولی این توافق در واقع، شرط اجرای قانون است، وسیله ای که دو طرف خود را در قالب تعریف شده قانون کار قرار می دهد. بنابراین حقوق کار، حاکم بر روابط کار و قرارداد کار است و بدین ترتیب این قواعد آمره، با داشتن آثار اجتماعی مهم، اصولاً مبتنی بر اراده طرفین نیست. چه اینکه ماده هشت قانون کار ایران، در انعقاد قرارداد کار، طرفین را موظف به رعایت شرایط مقرر در قانون دانسته است (هاشمی، ۱۳۸۵: ۱۵۲). کارفرما چون مسئول کارگزارش است، در مورد سوانحی که هنگام کار روی می دهد، باید کارگران را بیمه کند و میزانی از سهم تأمین اجتماعی را متحمل می شود (موحدیان، ۱۳۹۲: ۲۲۳). ولی، درباره مقاطعه کاری، چون مقاطعه کار برای خود کار می کند و در این راه استقلال نسبی دارد و تحت اشراف و اداره صاحب کار نیست، رابطه او و صاحب کار اصولاً تابع حقوق مدنی است (کاتوزیان، ۵۶۵- السنهوری، ۱۱).

۲- کارفرما، مسئول جبران خساراتی است که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر این که محرز شود تمام احتیاط هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می نموده، به عمل آورده یا این که اگر احتیاط های مزبور را به عمل می آورند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی بود کارفرما می تواند به وارد کننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود، مراجعه نماید<sup>۲۳</sup>. در اینجا قانونگذار فرض تفصیر برای کارفرما نموده است. در حالی که چنین فرضی برای صاحب کار در مقاطعه کاری وجود ندارد، مقاطعه کار ای پی سی، با توجه به استقلال عمل خود و نیز تعهدات کاملی که بر عهده دارد و قبول خطرات کار خود را می کند، مسئول زیان هایی است که در اثر تفصیر به دیگران وارد می سازد (Lin, ۱:۲۰۱۶).

۳- پیمانکار ای پی سی، با توجه به اینکه خطرات و ریسک حرفه خود را پذیرفته است<sup>۲۴</sup> (Hosie, ۲۰۰۷:۶) و همچنین ممکن است تاجر باشد یا در چارچوب یک شرکت تجاری بر پایه قوانین تجارت، فعالیت کند. و تاجر هم به دنبال سود و منفعت تجاری از فعالیتهای بازرگانی خویش می باشد که با توجه به اینکه به حد کافی از خطرات حرفه تجاری مطلع هست؛ زیان وارده را نیز باید تحمل نماید (عرفانی، ۱۳۹۲: ۶۵)، اما کارگر چون به تبعیت از کارفرما و طبق ساعت و به طور مزدبگیر<sup>۲۵</sup> کار می کند و در قبول خطر شرکت نمی کند و حق السعی خود را به طور تضمینی بر اساس قرارداد کار دریافت می دارد، نمی تواند این عنوان را داشته باشد، (هدایتی، ۱۳۸۸: ۳۰) زیرا پذیرفته است که در سرمایه گذاری مشارکت نداشته باشد؛ پس احتمال خطر را از خود دور می کند. و در عوض، مزد و حقوق قراردادی مورد توافق خود را می گیرد (عبداللهی پناه، ۱۳۹۵: ۲۹).

۴- در قرارداد کار، کارگر متعهد شده است که نیروی کار خود را در اختیار کارفرما بگذارد (خسروی، ۵۲)، در حالی که

کارفرمایان یا جامعه کارفرمایان، از یک طرف، و جامعه کارگران، از طرف دیگر، مشترکاً شرایطی را در مورد انعقاد، موضوع و پایان قراردادهای فردی کار، بین کارفرمایان و کارگران ذی نفع، مقرر می دارند...» واحدی، جواد (۱۳۷۸). ترجمه قانون تعهدات سویس. تهران: میزان. ص ۱۴۸.  
<sup>۲۳</sup> - ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی.

<sup>۲۴</sup> - Clause ۴-۱۲, Silver book: "The Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs".

<sup>۲۵</sup> - حق السعی، ماده ۳۴ قانون کار.

پیمانکار ای پی سی، با توجه به انجام تعهدات به طور کامل؛ به مسئولیت و اداره خود، کار می کند (Godwin, 2020: 6). بنابراین، در قرارداد کار، اگر حادثه ای انجام کار را ناممکن سازد، کارگر محق دریافت مزد کاری را که برای آن استخدام شده، است (سنهوری، ۱۳۹۱ و ۱۲).<sup>۲۶</sup>

۷۲

۵- الحاقی بودن قرارداد کار که ناشی از قدرت اقتصادی و اوضاع اجتماعی کارگر و کارفرماست، یکی دیگر از جهاتی است که پشتیبانی از کارگر را ضروری می داند و آمره بودن قوانین کار را اقتضا می نماید (عراقی، ۱۳۸۶، ۱۷۰-۱۷۲) مابنی قضی حقوق اسلامی اما قرارداد ای پی سی بیشتر بر پایه توافق طرفین است و قرارداد به طور تحمیلی منعقد نمی شود.

#### ۴- مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و قرارداد سفارش ساخت (استصناع)

قرارداد سفارش ساخت یا عقد استصناع، عقدی فقهی است که به موجب آن، یکی از طرفین قرارداد (سفارش دهنده<sup>۲۷</sup>) سفارش ساخت کالایی را با اوصاف مشخص به طرف مقابل (سازنده) می دهد (خورسندیان و شنیور، ۱۳۹۰: ۱۰۱). طرف مقابل (سازنده) متعهد می شود که ابزار و مصالحی که در اختیار دارد یا تهیه می کند، کالای مورد سفارش را با اوصاف معین و در موعد معین، به سفارش دهنده تسلیم کند. برخی از نویسندگان این عمل حقوقی را دارای ماهیتی کاملاً مختلط و دوگانه می دانند. از حیث انتقال مواد تشکیل دهنده شیء موضوع سفارش که جوهر و ذات مورد معامله را بیان می دارد، قرارداد منعقد به بیع شباهت دارد و از جهت خلاقیت و هنری که سازنده در ساختار و آفرینش شیء، از خود ابراز می کند، قرارداد موصوف به اجاره نزدیک است، زیرا سفارش دهنده، سازنده را اجیر می کند که برابر ویژگی های مورد درخواستش، مالی معین را بسازد (شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۷). شباهت استصناع به قرارداد اجاره اشخاص در اغلب سفارشات مربوط به ساخت کالا، به علت دوری سازنده از تولید انبوه و نقش خلاق وی در پدید آوردن اثر خاص و منحصر، محسوس می شود. اراده متعاقدين نیز در زمان و نوع کالای مورد سفارش، گاه توجه متعاقدين به ترکیبات شیء ساخته شده بیشتر است و گاه به نقش هنری سازنده (سیفی زیناب و حسن زاده، ۱۳۸۸: ۱۸۷-۱۸۸). برخی از فقها، معتقدند که این قرارداد، پیش از تسلیم مورد معامله، ماهیتاً اجاره می باشد؛ چرا که در این حالت، صنعتگر به مثابه اجیری می باشد که اقدام به ساخت کالا می کند؛ اما در مرحله تسلیم کالا، قرارداد به بیع تبدیل می شود. در خصوص این ماهیت مرکب، یکی از نویسندگان می گوید: «قرارداد سفارش ساخت را نمی توان مرکب از بیع و اجاره دانست، زیرا در عقد مرکب دو تعهد مستقل باید وجود داشته باشد و حال آن که در این جا دو تعهد مستقل وجود ندارد بلکه کار و مصالح مزبور جمعاً مورد تعهد واحد قرار گرفته اند و غلبه در جانب تملیک عین است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲۶). برخی از فقهای معاصر نیز این ماهیت را ترکیبی از بیع و اجاره نمی توانند بدانند و نظریه مرکب بودن را رد می کنند (خورسندیان و شنیور، ۱۰۱). در نهایت عده ای از نویسندگان، این قرارداد را یک عقد مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند که اصل آزادی قراردادهای بر آن حاکم است و با عقود پیش گفته شده، توفیر دارد (دهقانی نژاد و عابدینی، ۱۳۹۱: ۱۸۲). و با استناد به قواعد اخیر الذکر و عموم قاعده اوفوا بالعقود، در صورتی که مخالف قانون و شرع نباشد،

<sup>۲۶</sup> . ماده ۴۱ قانون کار.

<sup>۲۷</sup> - مستصنع.

مستند شرعی و قانونی این قرارداد به عنوان یک عقد مستقل که بیانگر یک رابطه حقوقی بوده و در قالب هیچ یک از عقود معین نمی گنجد (موسویان و بازوکار، ۲۰۱۳:۲۰).

#### ۴-۱- تفاوت عقود استصناع و مقاطعه کاری مهندسی، تأمین و ساخت

۱- در قرارداد ای پی سی نیز مانند سایر مقاطعه کاری ها و اجاره اشخاص، قصد طرفین به فعل پیمانکار تعلق می گیرد و مبلغ پرداختی هم ما به ازای عمل اوست، یعنی در برابر پرداخت به پیمانکار، وی متعهد به وفای به تعهداتش که مهندسی، تأمین و اجرای موضوع قرارداد است، پردازد<sup>۲۸</sup> اما در استصناع، آنچه موضوع قصد انشای طرفین قرار می گیرد، عین کالای ساخته شده است و عمل شخص بر روی آن به عنوان مقدمه آن است، از این رو آنچه سفارش دهنده به سازنده می پردازد، اجرت عمل سازنده نیست، بلکه قیمت عین ساخته شده می باشد. مقصود در قرارداد ای پی سی، عمل شخص پیمانکار است، ولی در استصناع، اصل، عین خاص است و عمل بر آن عین صورت می پذیرد. بدین ترتیب، در استصناع، عمل سازنده قطع نظر از عین کالا مالیتی نخواهد داشت، برخلاف اجاره که در آن عمل سازنده به خودی خود و فی نفسه مالیت دارد و در واقع کالای ساخته شده، نتیجه آن است (سیفی زیناب و همکار، ۱۸۱- نظرپور، ۱۳۹۰:۱۴۱).

۲- در قرارداد ای پی سی، در صورتی که کالای ساخته شده، برابر با شرایط و ویژگیهای یادشده در عقد نباشد، صاحبکار اختیار فسخ عقد را دارد<sup>۲۹</sup>، ولی اجرت کار پیمانکار را باید به او پردازد<sup>۳۰</sup>، در حالی که در عقد استصناع چنین نیست و سفارش دهنده در صورت عدم انطباق، هیچ مسئولیتی در قبال کالای تولید شده، ندارد (نظرپور، ۱۴۰).

۳- در استصناع، مواد اولیه ساخت کالا متعلق به سازنده می باشد زیرا آن چیزی که سفارش دهنده به دنبال آن است، کالای ساخته شده است نه عملیات ساخت. از دیگر سو عملیات ساخت، مالیتی ندارد که بگوییم دو مال وجود دارد (دهقانی نژاد و عابدینی، ۱۶۹). بلکه آنچه مهم است تحویل عین مال سفارش داده است. این شرط باعث تفاوت استصناع و ای پی سی و حتی اجاره اشخاص است. هنگام انعقاد استصناع، سازنده موظف به مهیا نمودن مواد اولیه و ساخت و تحویل شیء موضوع سفارش به سفارش دهنده می شود و تا پیش از ساخته شدن آن، مال در ملکیت سازنده باقی می ماند و تا لحظه ساخت به ملکیت مشتری در نمی آید (سیفی زیناب و همکار، ۱۷۷). بنابراین، اگر مواد اولیه پس از ساخت، بدون تعدی و تفریط سازنده تلف شود، از آنجا که مواد مزبور در ملکیت وی تلف گشته است، تلف بر عهده سفارش دهنده نبوده و سازنده، خود عهده دار آن خواهد بود<sup>۳۱</sup> زیرا این مهم با ارتکاز عرفی نیز منطبق است، چون در عرف، تلف مال پیش از تحویل از مال سازنده است<sup>۳۲</sup> (دهقانی نژاد و عابدینی، ۱۷۱). این در حالی است که در قرارداد ای پی سی، فقط فعل پیمانکار است که موضوع قصد انشاء قرار می گیرد و مواد اولیه زمانی که به محل ساخت

<sup>۲۸</sup> - Clause ۴-۱, silver book.

<sup>۲۹</sup> - Clause ۱۵-۲, silver book.

<sup>۳۰</sup> - Clause ۱۵-۴, silver book.

<sup>۳۱</sup> - قاعده ضمان معاوضی.

<sup>۳۲</sup> - پس از تکمیل ساخت، نیز به دلیل پیدایی مورد معامله و نبودن مانع، شیء ساخته شده به ملکیت سفارش دهنده در خواهد آمد، اما به علت این که هنوز کالا به سفارش دهنده تسلیم نگشته، مسئولیت تلف، همچنان بر عهده سازنده بوده و در صورت تلف کالا، خود وی، متحمل خسارات وارده خواهد بود.

پروژه تحویل گشته یا پیمانکار هزینه آنها را می پردازد، از آن صاحبکار بوده<sup>۳۳</sup> و نزد پیمانکار امانت خواهد بود، لذا در این حالت هرگونه تلفی که در اثر فورس ماژور و بدون تعدی و تفریط پیمانکار بر عین وارد شود، هریک از طرفین بر اساس ماده ۷-۱۹ کتاب نقره ای برای معافیت از مسئولیت و رهایی از اجرا به صورت قانونی، پس از اعلام به طرف مقابل؛ قرارداد را فسخ کند. البته بر اساس ماده ۶-۱۹ مبلغ قابل پرداخت به پیمانکار، صورت می گیرد.

۴- در قرارداد ای.پی.سی، عامل زمان، شرط اساسی این عقد است. یعنی پیمانکار باید پروژه را در مدت زمان معین و مشخصی به نحو وحدت مطلوب انجام دهد که اگر این امر در حین عقد مشخص نشود، ماهیت حقوقی ای.پی.سی تشکیل نمی یابد (silver book, forward) اما در عقد استصناع عامل زمان، شرط تشکیل معامله نیست. به عبارت روشنتر، تعیین سر رسید در استصناع صرفاً برای آن است که سازنده (صانع)، کالاها را دیرتر از موعد تحویل ندهد و چنین امری موجب تغییر ماهیت استصناع نخواهد شد. این امر جهت رفع غرر و پیدایش خلل در ترکیب حقوقی تشکیل شده، لازم است مدت مشخصی برای ساخت کالای مورد سفارش تعیین گردد یا عرفاً مدت ساخت کالا معلوم باشد، به نحوی که مانع از بروز غرور شود (سیفی زیناب و همکار، ۱۷۶).

مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و قرارداد جعاله

جعاله برابر ماده ۵۶۱ قانون مدنی: «عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین». جعاله عام یا خاص، عقدی است که آزادی اراده در آن با سختگیریهای معمول در عقود معوض و به ویژه اجاره روبرو نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۹۷). لذا قراردادی است که دستاورد آن بر مسامحه و احتمال بنا شده است. از آن رو که علم اجمالی به موضوع<sup>۳۴</sup> و عمل مطلوب کفایت می کند و حتی عامل نیز لازم تعیین نیست<sup>۳۵</sup>. و همچنین که ایجاب کننده در آن تکلیفی به پایبندی به التزام خود ندارد، چه اینکه بعد از قبول نیز می تواند از آن رجوع نماید<sup>۳۶</sup>.

## ۵- تفاوت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و قرارداد جعاله

تفاوت های این دو عقد بایستی بررسی شود تا تعریف جعاله با قرارداد ای.پی.سی تداخل نیابد.

۱- در جعاله تعهد جاعل در مرحله اجرای جعاله پدید می آید و نه قبل از آن، زیرا در جعاله شخص عامل باید عمل را انجام دهد تا مستحق جعل گردد. پس تعویض<sup>۳۷</sup> در ماهیت جعاله وارد نمی شود تا عقد جعاله معوض گردد. در نتیجه اگر بین ماهیت عقد و اثر آن تفاوت گذارده نشود، باید جعاله را عقد معوض بدانیم. ولی اگر بین ماهیت و اثر تفاوت بگذاریم جعاله عقدی معوض نیست (امانی، ۱۳۸۹: ۱۳۳) در حالی که در ای.پی.سی، تعویض جزء ماهیت عقد است و به

<sup>۳۳</sup> - Clause ۷-۷, silver book.

<sup>۳۴</sup> - ماده ۵۶۳ قانون مدنی: «در جعاله، معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست...».

<sup>۳۵</sup> - ماده ۵۶۴ قانون مدنی: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد».

<sup>۳۶</sup> - همان گونه که ماده ۵۶۵ قانون مدنی مقرر می دارد: «جعاله، تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هریک از طرفین می توانند رجوع کنند...» که منظور از تعهد در این ماده عمل حقوقی جعاله است نه پای بندی ناشی از آن.

<sup>۳۷</sup> - عوض قرار دادن.

محض انعقاد، صاحبکار مکلف به پرداخت عوض بر پایه قرارداد و پیمانکار نیز متعهد به انجام تعهد است (Huse, 2002: 121)، از آنجا که تعهد پیمانکار، تعهد به حصول نتیجه است، عدم دستیابی به نتیجه، نشانه تقصیر قراردادی و ضرر مستقیم است و به تناسب؛ حق فسخ قرارداد<sup>۳۸</sup> یا مطالبه خسارت قراردادی<sup>۳۹</sup>، ایجاد می کند. بنابراین، چنانچه عمل متعهد برابر با موضوع قرارداد نباشد، چون به وسیله قرارداد، الزام به انجام تعهد ایجاد گشته است، متعهد له امکان الزام متعهد را دارد، ولی در جعاله در صورت عدم دستیابی به نتیجه، چنین امکانی فراهم نیست (امانی، ۱۳۴).

۲- در قرارداد ای پی سی، اجرت و میزان کار که عوضین اصلی بوده و عقد بر اساس آن منعقد می گردد، باید معلوم و معین باشد و طرف ایجاب نیز شخص معینی است که به عنوان پیمانکار، آن را قبول می کند و ملتزم به انجام تعهد و کار می گردد (Bunni, 221).<sup>۴۰</sup> ولی، در جعاله، نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست، اجرت نیز ممکن است به طور کامل معلوم نباشد (ماده ۵۶۳ قانون مدنی) و ایجاب ممکن است خطاب به عموم شود، یعنی جاعل اعلان کند که ملتزم است به هر کس که کار مورد نظر او را انجام دهد فلان پاداش را بدهد. بنابراین، در جعاله نسبت به شرایط درستی الزام سخت گیری کمتری شده است تا نیاز مردم به این گونه معاملات برآورده شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴۱).

۳- همان طور که گفته شد، مورد معامله در عقد ای پی سی، مانند سایر قراردادها، باید معلوم و معین باشد، به بیان دیگر چنانچه تعهد پیمانکار به گونه ای باشد که منجر به مجهول شدن دامنه و یا حدود و ثغور آن گردد، برابر بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، این معامله باطل است. ولی؛ برعکس، جعاله همانگونه که از آراء فقهای عظام دریافت می شود، ممکن است مبنی بر احتمال غرر باشد و تعیین موضوع معامله شرط صحت نیست (قمی، ۱۴۱۳: ۹۰). به دیگر سخن، نوعی عدم اطمینان در دستیابی به نتیجه هست، در حالی که این عدم اطمینان در قرارداد ای پی سی، منجر به بطلان معامله می شود. زیرا اصل کلی آن است که بر اساس بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مورد معامله، معین و معلوم باشد و ضمانت اجرای تخلف از این بند نیز بطلان معامله است.

۴- ای پی سی، قرارداد لازم است و بر هم زدن آن نیاز به ذکر قانونی (خيارات) یا اقاله دارد اما جعاله، عقدی جایز است و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند.<sup>۴۱</sup>

۵- از مودای فقه و نیز مقررات قانون مدنی بر می آید که جعاله مدت ندارد و معلوم نیست که عامل تا چه مدت باید کار کند و در راه رسیدن به مطلوب چگونه باید گام بر دارد، گاه به اندک تلاش به مقصود می رسد و گاه سالیانی چند می کوشد و نومید باز می ماند، پس، عامل بخت و اقبال؛ در توفیق او نقش اساسی دارد (مبنی الجعاله علی احتمال الغرر)، اما در ای پی سی، جدول زمان بندی وجود دارد و زمان، عامل اصلی توافق طرفین و نوعی تعیین طریق اجرت

<sup>۳۸</sup> - Sub clause ۱۵-۱, silver book.

<sup>۳۹</sup> - Sub clause ۱۷-۱, silver book.

<sup>۴۰</sup> - Sub clause ۴-۱, silver book.

<sup>۴۱</sup> - ماده ۵۶۵ قانون مدنی.

است و اگر مدت نداشته باشد، عقد تکمیل نمی‌گردد<sup>۴۲</sup>.

۶- در جعاله، نه منفعتی به جاعل تملیک می‌شود و نه حق انتفاعی می‌یابد؛ طرفین پیمانی می‌بندند که به موجب آن جاعل در برابر حصول نتیجه موردنظر خود، ملتزم به دادن مالی می‌شود. به همین دلیل است که می‌گویند در جعاله، عقد سبب ایجاد دین نیست، بلکه سبب را به وجود می‌آورد، یعنی به دلیل همین توافق است که انجام دادن کار سبب ایجاد التزام برای جاعل می‌شود (کاتوزیان، همان، ۲۶۷). اما در ای‌پی‌سی، عقد باعث ایجاد تعهد برای مقاطعه کار می‌شود و به محض انعقاد عقد، متعهد و ملزم به انجام تعهدش می‌گردد (Godwin, ۴۱).

۷- در قرارداد ای‌پی‌سی، صاحبکار در اثر عقد و پیش از ادای تعهد، مالک منافع یا حق انتفاع از پیمانکار می‌شود. پس، در برابر حقی که بدست آورده است، در برابر پیمانکار، متعهد به پرداخت اجرت هم می‌شود (Kelleher and Co., ۲۰۱۵: ۵۳). ولی در جعاله، که هیچ حقی برای جاعل بوجود نمی‌آید و تنها قراری گذارده می‌شود که زمینه تعهد اصلی را فراهم می‌سازد، التزام تحقق نمی‌یابد و عامل فقط در برابر انجام دادن کار حق پیدا می‌کند (کاتوزیان، همان، ۲۶۷). چنان که ماده ۵۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد».

## ۶- اوصاف قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت در پرتو فقه و حقوق ایران

بررسی قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت از جهت معین یا نامعین بودن

منظور از عقود معین که گاه از آنها به عقود متعارفه یا معهود ذکر می‌گردد (حلی، ۱۴۱۵، ۲۳۷) قراردادی است که در عرف زمان شارع متعارف بود و لذا مورد امضاء و تأیید شارع قرار گرفته و احکام ویژه‌ای درباره آن از سوی شارع معظم اصدار یافته است. در مقابل، مقصود از عقد نامعین؛ که گاهی در فقه از آن به عقد مستقل و غیرمعهود نام برده شده، قراردادی می‌باشد که در زمان شارع، متداول نبوده و بعدها ایجاد گردیده است. مقصود از امضای شارع در این امور، امضایی است که با استنباط عقل حاصل می‌گردد. (حکیم، ۱۵۴). قرارداد ای‌پی‌سی نیز از این حیث قراردادی نامعین و بی‌نام است که بر اساس قواعد عام معین بودن عقود، باید نام، شرایط و آثار و احکام ویژه این قرارداد در یک قانون ذکر شود (مشکات، ۱۴۰۰، ۱۷۷) تا بتوان پس از آن فرآیند، بدان عنوان یک قرارداد قانونی و عقد معین داد. پس، می‌توان گفت که قرارداد ای‌پی‌سی، یک عقد غیرمعین است. زیرا نام این نوع قرارداد و همچنین آثار و شرایط خاص آن در قوانین ایران نیامده است.

## ۶-۱- تحلیل قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت از حیث تعویض (معوض بودن)

عقد معوض، عقدی است که دارای دو مورد است که هر یک از آن دو در عوض مورد دیگر قرار دارد. این دو مورد ممکن است هر دو مال یا هر دو تعهد و یا یکی مال و دیگری تعهد باشد که بین این دو مورد، رابطه همبستگی و تقابل وجود دارد (شهیدی، ۱۳۸۸، ۸۰). به دیگر سخن، یک طرف باید مالی را به طرف دیگر بدهد، تعهدی مالی را برعهده

<sup>۴۲</sup> - Clause ۸, silver book.

گیرد تا متقابلاً مالی را به دست آورد یا او را به نفع خویش متعهد کند.

قرارداد ای پی سی یک عقد معوض است که تعهد به انجام و اجرای موضوع پیمان بوسیله پیمانکار در برابر پرداخت مبلغ پیمان به وسیله صاحب کار است؛ دقیقاً همچون تعریف شیخ طوسی از تعریف بیع که آن را «البيع هو انتقال عين مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر» می‌داند (طوسی، ۱۳۸۸، ۷۶). به دیگر سخن، صاحبکار متعهد به پرداخت مبلغ پیمان به پیمانکار است و حق دارد که تکمیل پروژه را بخواهد و نظارت بر روند اجرای آن بکند. در مقابل نیز پیمانکار متعهد است. که مهندسی، تأمین مصالح و اجرای پروژه را انجام دهد و این حق را دارد که مبلغ پیمان را از صاحب کار مطالبه کند. این قرارداد، یک رابطه معاوضی وابسته متقابل به هم است. به عنوان نمونه، اگر صاحبکار در صدور گواهی پرداخت میانی، قصور ورزد، یا در اجرای ماده ۷-۱۴ کتاب نقره ای (در مورد پرداخت های مبلغ پیمان)، قصور کند، مشروط بر آن که تعهدهای پرداخت نشده طبق ماده ۱-۶ همان کتاب (حق پیمانکار برای تعلیق کار یا همان حق حبس مدنی)، از مبلغ تعیین شده در پیوست پیشنهاد مناقصه بیشتر باشد، پیمانکار می تواند طی یک اعلام حداقل ۲۱ روزه به صاحب کار، کارها را به حالت تعلیق درآورد. یا این که به عنوان نمونه برابر ماده ۱-۲ کتاب نقره ای عمل کند. این موضوع، همان حق حبس مدنی است که مورد اجماع فقها می‌باشد.

#### ۲-۶- بررسی تحلیلی عقد مهندسی، تأمین و ساخت از منظر رضایی بودن

قراردادها اصولاً بر پایه اراده و قصد دو طرف تشکیل می شود. در حقوق ایران نیز اصل بر رضایی بودن معاملات است، نه تشریفاتی لازم دارد و نه تسلیم مورد معامله در وقوع و نفوذ قرارداد مؤثر است و فقط می تواند از آثار و توابع تملیک و اجرای تعهد باشد. در هر جا نیز که ابهامی در ماهیت عقد باشد از این حیث که قرارداد رضایی است یا تشریفاتی، اصل رضایی بودن عقد حاکم می شود و عقد، رضایی خواهد بود (شهیدی، ۸۴).

عقد رضایی، عقدی است که صرفاً با توافق مشترک طرفین و این که قصد انشاء در آن مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد کند و این قصد ابراز شود، بدون نیاز به امر دیگری و تشریفات مخصوصی، تشکیل می شود<sup>۴۳</sup>. عقد تشریفاتی، عبارت از عقدی است که علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر گردیده و شرایط اختصاصی برای تأثیر اراده ابراز شده در تشکیل عقد، امر یا امور دیگری که تشریفات نام دارد، تا بتواند عقد دارای آثار حقوقی و قانونی شود، لازم است. به عبارت روشنتر، پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا با واژه های خاص باشد وگرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به بار نمی آورد که مثال آن قراردادهای دولتی می‌باشد.

شماری از فقها، جلوگیری از نزاع و تشدید و استوار نمودن عقد را در روابط طرفین، لزوم عنصر اضافه بر اراده دانسته‌اند (قنوتی و همکاران، ۱۳۸۶، ۱۹۱). چنانچه بیع صرف را بیع تشریفاتی می‌دانند، علت آن در آغاز، شاید ارزش مبیع و ثمن بوده تا سدّ اختلاف مردم شود، ولی اگر فلسفه آن، همین رفع اختلاف باشد، چرا بیع سنگ‌های قیمتی مانند الماس

<sup>۴۳</sup> - ماده ۱۹۱ قانون مدنی: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود».

و زمره را بیع تشریفاتی ندانسته‌اند؟ در حالی که این کالاها هم‌سنگ و هم‌ارزش طلا و نقره بوده و نوع کالا و قرارداد مربوط به آن نیز در زمان شارع مقدس وجود داشته است.

به هر روی، ما با دو نمونه از قراردادهای ای‌پی‌سی در اینجا مواجهیم. قراردادهای ای‌پی‌سی دولتی که از بودجه عمومی خرج می‌کند یا طرح، جز طرح‌های عمرانی عمومی باشد و یا طرفین الزامات بخشنامه‌های دولتی را شرط کرده باشند. یعنی، قراردادهای پیمانکاری مهندسی، تأمین و ساخت دولتی که رعایت تشریفات دولتی و مقررات مربوط به مناقصه در انجام و انعقاد عقد پیمانکاری از جمله شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان برنامه و بودجه تهیه شده است، الزامی است. و دسته دیگر قرارداد بین بخش‌های خصوصی که طرفین افراد خصوصی هستند که رعایت الزامات و مقررات خاص دولتی در آن مورد لازم‌الرعایه نیست.

در دسته نخست قراردادهای ای‌پی‌سی دولتی، رعایت شرایط مناقصه و مقررات تشریفاتی الزامی در پیمانکاری دولتی ضروری است. از جمله این که چنین معاملاتی باید کتبی باشد و برحسب مورد در قالب مزایده یا مناقصه، با اطلاع وزارت امور اقتصادی و دارایی و تصویب بالاترین مقام مسئول در اموال منقول و در مواردی با تصویب هیأت وزیران در اموال غیرمنقول، منعقد می‌شود و صرف رضایت و اعلام توافق و ایجاب و قبول طرفین کافی نیست. به دیگر سخن، مقررات مربوط به مناقصه و مزایده جزء قواعد آمره است و از نقطه نظر دستگاه دولتی در شمار شرایط صحت معامله (علاوه بر آنچه که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده) است و اداره مکلف است که آن‌ها را رعایت کند، اما آثار حقوقی عدم رعایت این تشریفات تا زمان انحلال عقد متوجه اداره است و اداره دولتی ذی ربط باید پاسخگو باشد. به صرف این که عقدی منعقد شود، طرف خصوصی معامله با دستگاه دولتی را ذی حق می‌سازد و اگر بعداً اثبات شد که تشریفات قانونی (مناقصه) رعایت نشده، معامله به لحاظ عدم رعایت قواعد آمره باطل است ولی اداره دولتی ذی ربط باید تمام حقوق ناشی از معامله تا حین انحلال و خسارت ناشی از انحلال آن را به طرف مقابل بپردازد و از طرف دیگر به لحاظ عدم رعایت این مقررات توسط مسئولین امر، باید آن‌ها را تحت تعقیب قانونی قرار داد و کلیه خساراتی که از این لحاظ به دستگاه دولتی وارد شده طلب و دریافت کند، زیرا امر مناقصه و مزایده، امری است و این امر متوجه دستگاه دولتی است و نمی‌توان رعایت آن‌ها را از اشخاص غیردولتی توقع داشت (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، ۹۹ و ۱۶۷).

صاحب کار باید حق دسترسی به کارگاه و تصرف همه قسمت‌های آن را در زمان تعیین شده در شرایط اختصاصی قرارداد به پیمانکار بدهد. این یک تعهد ویژه است که بر عهده صاحب کار است در جهت روابط اساسی بین طرفین قرارداد که تحت شرایط خاصی رخ می‌دهد (Huse, ۲۰۰۲, ۱۰۷).<sup>۴۴</sup> این تعهد در زمره تعهدات قرارداد و از آثار و توابع اجرای تعهد است و نمی‌توان گفت که جزء شرایط تشکیل قرارداد ای‌پی‌سی می‌باشد و بدین واسطه آن را عقد تشریفاتی (عینی) دانست.

دسته دوم قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت که سخن آن پیشتر رفت، با توجه به دامنه حقوق خصوصی، باید در زمره

<sup>۴۴</sup> - Silver book, clause ۲,۱:(Right of Access to site):(The Employer shall give the Contractor right of Access to, and Possession of, all parts of the site within the time(or times) stated in the particular conditions...)).



عقود رضایی دانسته شود و این قرارداد مقاطعه کاری را از قرارداد مقاطعه کاری دولتی که شرح آن بالاتر گذشت، تفکیک نمود. آنچه در قرارداد ای پی سی، عقد را تشکیل می دهد؛ توافق طرفین در مورد انجام پروژه و مبلغ پیمان است که پیمانکار و صاحب کار تعهد می گردند. انجام برگزاری مناقصه در حقوق خصوصی الزامی نیست و صاحب کار می تواند این مرحله را برگزار نکند و با پیمانکار مورد نظرش، قرارداد را منعقد کند. از دیگر سو به نظر نگارندگان، انجام تشریفات مناقصه، مقدمه ای است؛ برای انجام توافق و مشخص شدن پیمانکار صالح. زیرا در مقاطعه کاری خصوصی، انجام مناقصه راهی برای تشخیص پیمانکار صلاحیت دار و توانا بر انجام موضوع پیمان و برآوردن خواست ها و نیازهای صاحب کار است. چون امکان دارد صاحب کار از حوزه اجرایی و مهندسی و فنی آگاه نباشد و اطلاعات لازم را نداشته باشد؛ چه بسا که اگر توان و صلاحیت تشخیصی لازم فنی را داشت خود، پیمانکار را بدون برگزاری مناقصه یافته و با وی به توافق می رسید تا موضوع پیمان را انجام دهد. همچنین این که برای صحت هر قرارداد وجود شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی کفایت می کند و عدم رعایت مناقصه خللی در صحت معامله وارد نمی کند.

## نتیجه‌گیری

پیمانکاری، در قانون مدنی و مجموعه‌های قانونی ایران تعریف نگاشته است اما نویسندگان تلاش به تعریف آن نموده‌اند. عده‌ای، آن را از انواع اجاره اشخاص و مشمول ماده ۵۱۳ قانون مدنی می‌دانند. در قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۷۷۹ آن را بخشی از اجاره اشخاص می‌داند اما در قانون تعهدات سوییس، عنوانی مجزا و مستقل و پس از قرارداد اجاره اشخاص و قرارداد کار دارد. در قانون مدنی مصر نیز پس از قرارداد اجاره اشخاص، قرارداد «المقاوله» می‌آید. مجموعاً، تعریف شایسته‌ای که بتوان از پیمانکاری ارائه نمود این است: «پیمانکاری، تعهد یک شخص به انجام کار به طور مستقل برای شخصی دیگر در برابر عوض معین است». در پژوهش حاضر تلاش بر آن شد که ضمن بیان مفهوم حقوقی قرارداد ای‌پی‌سی، و بازشناسی مفهوم آن در مقایسه تطبیقی آن با برخی از نهادهای فقهی و حقوقی شدیم. پیمانکاری، یکی از قراردادهایی است که در برخی انواع آن، هرگاه صاحبکار وظیفه تأمین تجهیزات را برعهده پیمانکار می‌نهد باعث تفاوت با بقیه عقود مانند اجاره اشخاص یا پیمانکاری‌های معمول می‌گردد که قرارداد ای‌پی‌سی، از آن دسته است. این نوع عقد، قرارداد پیمانکاری است که با قراردادهای پیمانکاری سنتی و دیگر عقود پیمانکاری، توفیر دارد و آن تعهد کاملی است که در زمینه مهندسی و تأمین و ساخت بر عهده دارد. به دیگر سخن، پیمانکار در این قرارداد؛ هر سه تعهد را باید با تکیه بر ثابت و قطعیت زمان و قیمت عقد، به انجام برساند. در حالی که دیگر قراردادهای پیمانکاری، این گونه نیست و پیمانکار نقشه طراحی شده توسط مهندس یا معمار را که صاحبکار ارائه می‌دهد اجرا می‌کند. قرارداد ای‌پی‌سی با قید استقلالی که دارد، از قرارداد کار مشمول قانون کار جدا می‌گردد. زیرا که قرارداد کار با تکیه بر عنصر اصلی تبعیت کارگر از کارفرما و قانون کار با قرارداد ای‌پی‌سی فرق دارد. همچنین در مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت با عقد فقهی استصناع، دانستیم که در قرارداد ای‌پی‌سی، تعهد به فعل پیمانکار تعلق می‌گیرد اما در استصناع، موضوع مورد معامله، عین ساخته شده به وسیله سازنده است که تعهد نیز بدان تعلق می‌گیرد. در جعاله، بر اساس نظرات فقهی، تعویض جز ذات عقد نیست و تعهد جاعل، در مرحله اجرای جعاله پدید می‌آید و پس از انجام کار به وسیله عامل، وی مستحق جعل می‌گردد؛ در حالی که در قرارداد ای‌پی‌سی، تعویض جز ماهیت عقد می‌باشد و صاحبکار پس از انعقاد قرارداد، متعهد به پرداخت به پیمانکار می‌شود. زیرا که میزان اجرت و انجام کار بر اساس قرارداد باید معلوم و معین باشد، حال آنکه قرارداد جعاله این ویژگی را دارا نیست. قرارداد طرح و ساخت و قرارداد ای‌پی‌سی نیز علی‌رغم اینکه شماری از نویسندگان و حتی سازمانهای دولتی مانند سازمان برنامه و مدیریت کشور؛ آنها را به جای یکدیگر به کار می‌برند، با یکدیگر فرق دارند. کما اینکه قرارداد طرح و ساخت در کتاب زرد شناسانده شده است در حالی که قرارداد ای‌پی‌سی در کتاب نقره‌ای بو سیله فیدیک معرفی شده است. از دیگر سو، تفاوت بنیادینی که در میان این دو دسته قرارداد، اختصاص یافتن ریسک زمان و هزینه به پیمانکار در قرارداد ای‌پی‌سی و منقسم شدن میان طرفین در قرارداد طرح و ساخت است. تعهد ریسک زمان و هزینه در قرارداد ای‌پی‌سی به پیمانکار در ای‌پی‌سی از قبولی ریسک شرایط غیر قابل پیش بینی و اشتباهات الزامات صاحبکار به وسیله پیمانکار نشأت می‌گیرد. نکته‌ای که مغفول عنه نویسندگان حقوقی قرار گرفته است.

با توجه به ترکیب شاخص قانون مدنی با ابتدای بر فقه، در مطالعه عقود معین، قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، خصایصی از قبیل نامعین بودن، معوض بودن، رضایی و در مواردی تشریفاتی بودن دارد.

از دیگر نکات مهم این است که همپوشانی و منطبق کردن قراردادهای تجاری و تازه مانند قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت با فقه امامیه، افزون بر اینکه نشان از پویایی فقه امامیه دارد، دلیل به وجود آمدن محیط شرعی در اجتماع نخبگانی و حرکت علم حقوق در جریان دستور شارع مقدس مبنی بر «تجاره عن تراض» می‌گردد. بر همین پایه، اصالت لزوم عقود، رضایی بودن و سایر اصول شرعی را نباید بخشی از ماهیت قرارداد دانست. بلکه اصل کارآمدی این اصول در قراردادها در زمان حضرت رسول اکرم (ص) در حدیث شریفه عروه بارقی تأیید گشته و اصل لزوم نمایندگی از طرف مالک را در مقابل قرارداد کاربردی تخصیص زده و عاقد را به دلیل منعقد ساختن قرارداد عملی، تکریم نموده‌اند.

از دیگر سو، قرارداد ای‌پی‌سی، قراردادی است که در سند یکنواخت بین المللی فیدیک در کتاب نقره ای برای به دوش کشیدن همه تعهدات به وسیله پیمانکار به طور کامل است که آن را از دیگر قراردادهای مشابه جدا می‌کند و قراردادی است که با داشتن مزایایی چون اطمینان بیشتر از هزینه های اجرائی، قطعیت و تعیین قرارداد از حیث زمان و هزینه، افزایش کارایی پیمانکار، انعطاف پذیری بالا، سودآوری بیشتر پروژه برای پیمانکار، سرعت بیشتر کار، کاهش ریسک صاحبکار، کاهش ادعاها، آسان سازی تأمین مالی طرح، گزینه ای شایسته است که در حال رشد روزافزون کاربرد و استفاده در همه شئون و موضوعات است که نیاز بیشتر و شایانی در زمینه تقنینش به طور جامع الاطراف در همه جنبه ها اعم از نام، آثار و شرایط این قرارداد نوظهور و کاربردی در صنعت ساخت و ساز و امور زیربنایی و به رسمیت شناخت آن در قانون و حقوق به وسیله مجلس و قانونگذاران احساس می‌گردد.

## منابع و ماخذ

### قرآن الکریم

۱. ابراهیمی، یحیی (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد، مجله حقوقی بین المللی.
۲. اعرابی، هومن (۱۳۸۹)، تاثیر تغییر اوضاع واحوال بر اجرای معاهدات بین المللی، مجله دادرسی، شماره ۲۱.
۳. اسماعیلی، محسن (۱۳۸۱)، 'تاثیر اوضاع واحوال بر قراردادها از منظر حقوق تطبیقی، مجله رهنمون، شماره یک.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۹۱)\*، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
۵. انصاری، اعظم (۱۳۹۷)، تعیین ثمن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۸۹.
۶. ایوانز، گراهام، نونام، جفری، مترجم حمیرامشیرزاده وحسین شریفی طراز کوهی (۱۳۹۱)، فرهنگ روابط بین الملل، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
۷. باریکلو، علی رضا (۱۳۸۲)، ضمانت اجرای حقوقی سوء استفاده از وضعیت اضطراری طرف قرارداد، شماره چهارم.
۸. باریکلو، علی رضا، حقوق قراردادها، عقود معین (۱)، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۹. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۲)، تعدیل قرارداد در صورت تعذر مالی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱.
۱۰. بیگدلی، سعید (۱۳۹۱)، تعدیل قرارداد، بنیاد حقوق میزان، چاپ سوم.
۱۱. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۱۲. پاشاپور، محمدباقر، حانیه ذاکری نیا، اقسام، احکام، و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۱۹ (۲).
۱۳. پلانتا، ژان پی، یر، حقوق جدید متحد الشكل بیع بین المللی، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، ۱۳۷، مجله دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۴ و ۱۵.
۱۴. تازی، حسین (۱۳۹۱)، تعهد مشتری به پرداخت ثمن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران، پایان نامه ارشد دانشگاه مازندران دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۵. توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۵)، رفع مسئولیت در کنوانسیون بیع بین المللی و حقوق تطبیقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۲، صص ۶۵-۸۳ - جلالی، محمود، آرای، حمید (۱۳۸۹)، بررسی تطبیقی دگرترین تغییر بنیادین اوضاع واحوال در ایران و حقوق بین الملل، مطالعات حقوق تطبیقی ۲ و ۶.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینال‌های حقوق جلد ۳، ۲، ۱، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۱۷. جوانمردی، ناهید (۱۳۸۱)، غبن طرفین " مجله پژوهش حقوق عمومی، (۷).
۱۸. حاتمی علی اصغر، اودیجانی، محمد مجتبی (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی قوه قاهره، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان (۷).
۱۹. حاجیان، محمد مهدی (۱۳۸۶)، ارتباط لزوم تعیین ثمن با نظم عمومی، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۸ و ۹.
۲۰. حائری شاه باغ (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، جلد یک، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۲۱. حسین ابادی، امیر (۱۳۷۷)، تعادل اقتصادی در قرارداد (۲) تهران، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲.
۲۲. حکمت، محمد علی (۱۳۶۴)، تاثیر اوضاع واحوال در اعتبار معاهدات و قراردادها، بین المللی، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۳.
۲۳. حیدری فرد، علی اکبر (۱۳۹۶)، تعدیل قرارداد توسط قاضی، شیراز، انتشارات فرامتن.
۲۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶)، حقوق بیمه و مسئولین های مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۲۵. خوئینی، غفور (۱۳۸۰)، تحلیل فقهی نظریه اوضاع واحوال در اعتبار قراردادها، پژوهشنامه متین، شماره ۱۳.
۲۶. داراب پور، مهراب (۱۳۷۷)، ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱.

۲۷. داراب پور، مهرباب، (۱۳۹۵)، ترجمه تفسیری با حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین نوشته هجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه های معتبر جهان، تهران، گنج دانش چاپ سوم، جلد های ۱-۲-۳.
۲۸. رکن آبادی، محمد درویش، پرچمی جلال، مجید (۱۳۹۴)، تغییر اوضاع واحوال و راهکارهای برخورد با آن، دهمین کنگره بین المللی مهندسی عمران، دانشکده مهندسی عمران تبریز.
۲۹. زوارثیان کچومثقالی، محمد، (۱۳۹۷)، تاثیر ارزش پول بر تعدیل قرارداد، مطالعات حقوقی، شماره ۲۰.
۳۰. ساردوئی نسب، محمد و آقابابایی دهکردی، پیمان (۱۳۹۸)، ماهیت و اعتبار شرط تعدیل ثمن و پرداخت مابه التفاوت در زمان پرداخت آخرین قسط، حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸ ص ۶۳-۸۱.
۳۱. سحابی، بهرام، ذوالفقاری، مهدی، مهرگانی، مهدی، سارنج، علیرضا (۱۳۹۳)، بررسی انواع ریسک نوسانات.
۳۲. شریفی، سیدالهام الدین، صفری، ناهید (۱۳۸۹)، مطالعات تطبیقی اثر هاردشیب در اصول حقوق قراردادهایی اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین المللی و حقوق ایران، مجله حقوق تطبیقی، صص ۳-۲۴.
۳۳. شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۱)، ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش موانع حقوقی و فقهی - راهکارها، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، شماره پنجم، صص ۸۳-۱۲۱.
۳۴. شوآنزر، اینورگ، آرابی، حمید (۱۳۹۲)، فورس ماژور و هاردشیب در قراردادهای بیع بین المللی، ماهنامه کانون ۱۳۶.
۳۵. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ دهم، تهران، نشر میزان.
۳۶. صفایی، سیدحسین، کاظمی محمود، عادل مرتضی، میرزا نژاداکبر (۱۳۹۲)، حقوق بیع بین المللی بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس، ایالات متحده آمریکا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۷. طاهرخانی، حسین (۱۳۸۲)، قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول حقوقی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳.
۳۸. ظریف، محمدجواد (۱۳۹۷)، سیاست خارجی ایران از درون مذاکره مبتنی بر قدرت، ص ۱۱.
۳۹. قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک حسن، کیایی، عبدالله (۱۳۸۸)، تفسیر قانون مدنی، چاپ سوم تهران، انتشارات، سمت.
۴۰. فتواتی، جلیل، رجبی، عبدالله (۱۳۹۶)، بررسی ضرورت رفع ابهام از مفاد قرارداد، فصلنامه دانش حقوق مدنی، شماره دو.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، عقود معین، جلد یک، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۴۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادهای، انعقاد و اعتبار عقد، جلد ۲، ویرایش جدید، چاپ اول، تهران، سهامی انتشار.
۴۳. گلشنی، عصمت، امینی، منصور، حسینی، سیدمهدی (۱۴۰۰)، هاردشیب در کنوانسیون بیع بین المللی کالا بررسی تطبیقی تفاسیر جدید، دانشنامه ها حقوقی، دوره چهارم، شماره ده.
۴۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳)، قواعد فقه بخش مدنی ۱ و ۲، تهران، سمت، چاپ ۱، ۱۴.
۴۵. محمدی، سام، کاویار، حسین (۱۳۹۱)، تبیین فقهی حقوقی شروط ثمن باز در قراردادهای انرژی، فصلنامه پژوهش فقه و حقوق اسلامی شماره ۴۰، ۱۳۸-۱۱۵.
۴۶. معین، محمد، فرهنگ معین (۱۳۴۳)، جلد یک، چاپ اول، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۴۷. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۳)، کتاب البیع، جلد سه، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان.
۴۸. مولوی، مهران (۱۳۹۶)، قاعده ربوس (تغییر اوضاع واحوال در حقوق بین الملل، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی دوره ۳، شماره دو.
۴۹. مهرعلیان، خسرو، دیوسالار، بیت الله، مولائی، فخراله، نوسانات اقتصادی و آثار آن بر تعهدات متعاملین، فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، ش ۳۷.
۵۰. ناصری لاریجانی، نغمه (۱۳۸۹)، تعامل حقوق معاهدات و حقوق مسئولیت بین المللی در توجیه عدم ایفای تعهدات بین المللی، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۲.
۵۱. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶)، آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد، مجله حقوقی بین المللی.
۵۲. نوری، محمدعلی (۱۳۸۷)، اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی ایران، تهران، کتابخانه گنج دانش.

۵۳. یزدان فام، محمود(۱۳۸۷)، تحریم های بین المللی و امنیت ملی ج.ا.ایران، فصلنامه مطالعات راهبردی(۴)، ۹.
۵۴. یزدانیان، علیرضا، تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد در فقه اسلامی، فصلنامه مقالات، دفتر ۸۲.

۵۵. Brunner.c.force Majeure and Hardship under Gennera contrac principles Exemption forgone performance in international Arbitration Alphen and den Rijn Kluwer law international, ۲۰۰۹.

۸۴

۵۶. Carlsen, Anja (۱۹۹۸) can, the, Hardship, provion in the UNIDROIT, principles, be Applied when the CISG ls the Governing Law? n,IV,D,<http://wwwCISG.Law.pace.edu/CISG/biblio/carlsen.html>.

۵۷. Carbonnier, (Jean) Droit civil.les obligation.T.۴,۲۱.ed.presses universities de France.۱۹۹۸.

۵۸. (۱۹۸۶),uniform sales law-the ulv-convention on contracts for the international sale ofgoods,vienna( Manz),<http://cisg.law.pace.edu/biblio/Schlechriem.html>.

۵۹. Schwenger, ingeborg/ fountoulakis, Christiana. (۲۰۰۷), international sales law, London, Routhledge-Cavendish.

۶۰. Stoll,Hans,(۱۹۹۸)in commentary on the UN convention on the international sale of good(CISG)•Schlechtrem Peter (led)•z Ed,Oxford,Claren doneness.

۶۱. Honnold,John.(۲۰۰۹), uniform law for international sale the studies deliberations and decision that led to the ۱۹۸۰ United Nations convention with introductions and Explanations, Deventer, klu wer law and taxation Publisher.