



دیدگاهی فقهی حقوقی درباره ماهیت قرارداد ای پی سی، در پرتو فیدیک و حقوق ایران

یاشار طاهری^{۲،۱}

سید حکمت اله عسکری^{۳*}

سید باسم موالی زاده^۴

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۷/۰۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۹/۲۶

چکیده

پیمانکاری، یکی از عقود است که امروزه با تحول در بخش‌های گوناگون، ماهیت حقوقی متفاوتی به خود گرفته است. در این موضوع، برخی از این عقود به گونه‌ای است که از زمره اجاره اشخاص خارج می‌شود و ماهیتی خاص به خود می‌گیرد. فدراسیون بین‌المللی مهندسی مشاور مشهور به فیدیک، یک الگوی قراردادی به نام قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، برای امور زیربنایی و صنعت ساخت و ساز در سال ۱۹۹۹ در یک سند یکنواخت بین‌المللی با نام کتاب نقره ای منتشر نمود که در این قرارداد، برخلاف پیمانکاری‌های سنتی، تعهدات کامل مهندسی، تأمین تجهیزات و مصالح کار و ساخت را بر عهده پیمانکار نهاد که یک مسئولیت کامل را برای وی به دنبال دارد. این قرارداد که با زمان و قیمت مقطوع و ثابتی مشخص می‌شود، همه ریسک‌ها را بر عهده پیمانکار می‌نهد و صاحبکار برای رهایی از آن متعهد به پرداخت قیمت قراردادی بر اساس توافق طرفین می‌گردد. در این راه، قراردادهایی در نظام حقوقی ایران و بین‌الملل موجودند که به دلیل تشابه، نیاز به واکاوی و مقایسه تطبیقی آنها با قراردادهای پی‌سی و بین‌الملل می‌شود. این نوشتار که با روش تحلیلی، توصیفی و ابزار کتابخانه‌ای نگاشته شده؛ با هدف بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد ای پی سی در حقوق ایران با تکیه بر سند فیدیک، ضمن مقایسه تطبیقی این قرارداد با نهادهای حقوقی مشابه مانند طرح و ساخت بوده و نهایتاً به این نتیجه می‌رسد که قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، با قراردادهای مشابه، ماهیتاً با یکدیگر توفیر

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران

^۳ استادیار، گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول):

Email: hekmat_askari@yahoo.com

^۴ استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران

دارند و این عقد در حال حاضر یک عقد نامعین است. که برای تشخیص و تبیین حقوقی داخلی آن نیاز به معین سازی این قرارداد احساس می گردد.

کلید واژه‌ها

قرارداد ای پی سی، صاحبکار، پیمانکار، حقوق ساخت و ساز.

مقدمه

قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت که بدان قرارداد ای پی سی هم گفته می شود^۱، قراردادی است که امروزه در قلمرو حقوق قراردادهای داخلی و خارجی، رو به گسترش بوده و یک چارچوب کاربردی برای تنظیم قرارداد در صنعت ساخت و امور زیربنایی می باشد.

در این پژوهش، به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که آیا قرارداد ای پی سی که گونه جدیدی از قراردادهای مقاطعه کاری است، دارای ماهیت مستقلی است؟ هم چنین این ماهیت نوپا که یک قرارداد جدید بین المللی است، برای یک مقایسه تطبیقی با عقود دیگر که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد، بررسی می گردد.

قرارداد ای پی سی، یک نوع قرارداد پیمانکاری بوده که چارچوب نمونه و الگوی آن به وسیله فدراسیون بین المللی مهندسی مشاور^۲، تدوین شده است. در سال ۱۹۹۹ فیدیک اقدام به اضافه کردن صورت جدیدی کرده و نام آن قرارداد ای پی سی است که در کتاب نقره ای منتشر شد. (Klee and Novy, 2014: 175). در این قرارداد، ریسک صاحبکار به پایین ترین میزان می رسد و پیمانکار، مسئولیت مهندسی، تأمین و ساخت را بر عهده می گیرد. در این نهاد حقوقی، امکان اجرای مراحل قراردادی، هم زمان؛ به بالاترین اندازه می رسد (عبدی، ۱۳۹۸: ۱۵). زیرا صاحبکار به دنبال اطمینان بیشتر از هزینه های اجرائی، قطعیت و تعیین قرارداد از حیث زمان و هزینه می باشد که پس از اجرای موضوع قرارداد، با چرخاندن یک کلید، موضوع قرارداد را تحویل می گیرد (Schmitt, 2006: 12).

در این پژوهش؛ از قرارداد ای پی سی با تکیه بر فقه امامیه و در دامنه حقوق خصوصی بحث می شود و از حوزه قراردادهای پیمانکاری دولتی که تابع حقوق عمومی است و قواعد اختصاصی خود را دارد،

^۱ EPC = Engineering, Procurement and Construction.

^۲ بطور خلاصه به فیدیک^۲ نامور می باشد و از این پس در این پژوهش از عنوان فیدیک استفاده می شود. 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 نمونه قرارداد برای کارهای مهندسی عمرانی، ساختمانی، تأسیسات مکانیکی و برقی و امور زیربنایی شناخته شده است.

سخنی به میان نمی‌آید. طرف‌های قرارداد، صاحب کار از یک سو، و پیمانکار^۱ 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 عقداست، برعهده پیمانکار قرار بگیرد. عنوان صاحبکار بدین دلیل است که از کارفرما در قانون کار جداشود.

در جایگاه نقد، آن‌گونه که تحلیل و واکاوی خواهد شد، باید گفت، موضعی که موجب می‌گردد یک عقد مانند قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت در طبقه عقود معین جای بگیرد، شرح و روشن کردن عوامل و وصف اساسی و اصلی و مشخص کردن محدوده و قلمرو آن است، در صورتی که با واکاوی و تحلیلی که بین مقررات و قوانین پیوند داده شده با قرارداد موصوف صورت گرفته؛ اطلاعات و مفاهیمی از این منظر یافت نشد. بنابراین، شناخت و نام بردن تنهای یک قرارداد در مقررات و یا دستورالعمل‌های اداری، باعث نمی‌شود تا آن را در دسته عقود معین قرارداد. چه اینکه؛ این مورد فقط در مواردی ممکن است که دست‌کم وصف اساسی و ارکان سازنده قرارداد مزبور از سوی مقنن به صراحت و روشن، گفته شود.

از دیگر سو، قانون‌گذار در دایره قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، فقط به شناخت و نام بردن عنوان آن کفایت کرده و از بیان ساختار و اوصاف اصلی این قرارداد خودداری کرده است. این موضوع باعث می‌شود تا در تعیین ماهیت حقوقی این عقد، نقاط مبهم و گنگ زیادی ایجاد شود. در این مورد، برخی نویسندگان همان‌گونه که ذکر آن در ادامه می‌رود؛ معتقدند از آن‌جا که نام، آثار و شرایط قرارداد ای‌پی‌سی در بعضی از مقررات گفته شده، قرارداد مذکور، یکی از عقود معین محسوب می‌شود.

یکی از مسائل شایان توجه آن است که قراردادهای پیمانکاری جدید که از حقوق خارجی وارد بازار ایران شده است، به خوبی در عرصه حقوق داخلی و قانونگزاری؛ جانمایی و مستقر گردد. زیرا در قالب دستورالعمل و یک ترجمه ناقص و اشتباه، نمی‌توان یک قرارداد را به عنوان پیش‌فرض و الگوی قانونی برای انعقاد قراردادهای پیمانکاری در نظر گرفت. یکی از این قراردادهای صنعت ساخت و ساز، قرارداد ای‌پی‌سی می‌باشد که به طور گسترده‌ای در حال استفاده و کاربست است. بنابراین احساس نیاز می‌گردد که قانون‌گذاران نیز در این راستا برای معین‌سازی این قرارداد برای امور زیربنایی و زیرساختی کشور که یکی از نیازهای کنونی جامعه پیمانکاری است، از آراء و تحلیل‌های حقوقی تطبیقی بهره ببرند.

در یک قرارداد ای‌پی‌سی؛ همان‌طور که بالاتر گفته شد، پیمانکار، مهندسی و طراحی، تأمین مصالح و تجهیزات، مدیریت طرح، گرفتن پروانه‌های لازم و ساخت، نصب و اجرای پروژه را پیش‌بینی و تعهد می‌کند که عملیات یادشده گاه به صورت ترکیبی و در قالب یک قرارداد واحد و گاه به صورت قراردادهای جداگانه انجام می‌شود (Li and Lin, 2020: 2).

در مقابل، صاحب‌کار نسبت به تأمین محل مورد نیاز برای اجرای پروژه، ارائه اطلاعات و ضوابط

^۱ مقاطعه‌کار

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 پروژه‌های زیربنایی، صاحب‌کارها همیشه بر مبنای ایجاد چابکی در پیشرفت پروژه، جهت نیل به کاهش زمان اجرا و تکمیل طرح^۱ (Wallace, 1986:407)، دنبال پیمانکارانی هستند که پروژه را در زمان معین و با قیمت معین^۲ 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 آن که در هیچ یک از مراحل طراحی و ساخت، خطر یا مسئولیتی متوجه آنها باشد (Godwin, 2020: 71). از این رو، الگوی قراردادی ای پی سی را بهترین گزینه برای این هدف می‌دانند. به گونه‌ای که این قراردادها، پیمانکار را ملزم می‌کند 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 را باید مسئول دانست و آن شخص، پیمانکار است (Klee, 2013:87).

نمونه کاربرد این قرارداد در ایران، قراردادهای نفتی بالای یکصد میلیارد تومان است که در قالب ای پی سی منعقد می‌شوند. یا اینکه برخی صاحبکاران دولتی نظیر فرارگاه سازندگی خاتم‌الانبیاء (ص) یا شرکت مناطق نفت خیز جنوب از این قرارداد به عنوان یکی از قالب‌های معتبر قرارداد برای اجرای پروژه‌های خود استفاده می‌کنند. باید بدانیم که در این مقاله، تلاش بر آن شده که ضرورت تطبیق ماهیت‌های گوناگون قراردادی داخلی و بین‌الملل آورده شود، تا ضمن بهره‌بردن از نوآوری‌های حقوق بین‌الملل در صنعت ساخت‌وساز، جلوگیری از اختلافات ناگهانی، داخلی‌سازی حقوق قرارداد مهندسی، تأمین وساخت، برخی نهادهای فقهی مانند استصناع و برخی نهادهای حقوقی مانند جعاله و نیز نهاد حقوقی بین‌المللی مانند قرارداد طرح وساخت را در مقایسه تطبیقی با قرارداد ای پی سی که در کتاب نقره‌ای آمده است، واکاوی کنیم تا تفاوت‌ها و ب در یک دید کلی تحلیل و توصیف گشته است تا زوایا و محدوده هر عقد مشخص و تبیین گردد.

لذا در این جستار برآنیم تا با تکیه بر سند یکنواخت بین‌المللی فیدیک در کتاب نقره‌ای^۳ و حقوق خصوصی داخلی، در بخش نخست، ضمن بیان مفهوم این قرارداد، در بخش دوم؛ آن را با دیگر نهادهای

^۱ - هم‌پابودن مهندسی و اجرا و تأمین، این فرصت را برای پیمانکار فراهم می‌کند که قبل از پایان مهندسی، به طور هم‌زمان، به دیگر مراحل پروژه که تأمین تجهیزات و مصالح کار و ساخت است، اقدام نماید. به این توأم بودن، که اصطلاحاً سرعت‌بخشی اجرا یا ساخت Fast Track نام دارد، باعث می‌گردد زمان نهایی تکمیل موضوع قرارداد به گونه چشم‌گیری کم شود اطمینان بیشتر از هزینه‌های نهایی پروژه از حیث اینکه قیمت، عموماً به صورت مقطوع است و تمام تعهد و ریسک‌ها به عهده پیمانکار منتقل می‌گردد که منتج به عدم امکان تعدیل در بهای قرارداد می‌شود.

^۲ Lump-sum.

^۳ Silver Book.

حقوقی و فقهی مقایسه و تبیین نموده و در بخش پایانی نیز ماهیت حقوقی این عقد را بررسی می‌کنیم.

۱- مفهوم قرارداد ای‌پی‌سی

با نگاه به آنچه، پیشتر؛ در مقدمه گفته شد، پیمانکاری مورد بحث در این نوشتار، مقاطعه‌کاری حقوق خصوصی است که تعریف خاص خود را دارد؛ «مقاطععه‌کاری، 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 پیمانکاری برمی‌خوریم که بهتر است آن را قراردادی مستقل از بیع یا اجاره اشخاص بدانیم، به ویژه آنکه مقاطعه کار، خود؛ به تأمین مصالح و مواد اولیه اقدام می‌کند. یکی از آن قراردادها، 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 (Yescombe, 2002: 105).

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, 1999: foreword).

برای تعریف قرارداد، باید اذعان نمود؛ قراردادی با بهای ثابت و در طرح‌هایی دارای هدف معین همچون بخش‌های نیرو و زیرساختی که به استناد آن، پیمانکار؛ با لحاظ زمان مقطوع، تعهدات کاملی را قبول می‌کند. این تعهدات دربردارنده تکالیف مهندسی، تأمین و ساخت موضوع قرارداد؛ با پوشش‌دادن دستورالعمل و راهنماها، راه اندازی طرح با آزمایش‌های گوناگون، نگارش و تنظیم راهنماهای بهره‌برداری و در پایان آموزش اشخاص برای استفاده و راه‌اندازی موضوع قرارداد است (Garner, 2009: 344). در همین راستا، برخی از شرکت‌های بزرگ پیمانکاری، شروع به یادگیری و کسب تخصص در مهندسی، تأمین و ساخت چنین تأسیساتی نموده‌اند (واحداحمدیان، ۱۳۸۸: ۹). به دلیل تأکید برهم‌پایی 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 خطر بالا هستند و معمولاً این نوع قراردادها به دقت و توجه به جزئیات، مورد مذاکره قرار می‌گیرند (Kelley, 2013: 46) همچنین اینکه به عنوان یک امتیاز از دید شرکت پیمانکار، افزایش کارایی با توجه به برعهده گرفتن همه تعهدات سه‌گانه قرارداد، و صرف زمان کمتر برای درک طراحی‌های صاحبکار اولویت دارد. چون این فرصت مهیا می‌گردد که در

همان گام‌های نخست، اگر عیب و نقص مهمی در مهندسی وجود داشته باشد، فهمیده و مشخص گردد و خیلی از اختلاف‌ها بین طرفین کم گردد (Brown, 1995:5).

بنا به همین رویکرد، تخصیص خطر در این قرارداد برخلاف دیگر قراردادهای نمونه فیدیک، از عهده صاحب‌کار به پیمانکار منتقل می‌شود^۱ که این ویژگی، نهایتاً یک مزیت حقوقی برای صاحب‌کار می‌باشد که با چرخاندن یک کلید، از پروژه بهره‌برداری مینماید (Klee and Co, 2014: 282). 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 بسیار مهم است که پیمانکاران فرعی را در هر بخش، به ویژه هزینه پروژه‌های فرعی کنترل کند (Klee and Ručka, 2014: 176). 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, 2).

۲- وضع فقهی قرارداد

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 ملا محمد 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 ای پی سی هم اگرچه از عقود معین نبوده، اما وارد نظام حقوقی ما گشته و با عنایت به داشتن شرایط عمومی صحت قراردادها، 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).

^۱ یکی از مهمترین خطرها، شرایط غیرقابل پیش‌بینی است که در قرارداد به پیمانکار اختصاص داده می‌شود. زیرا در شرایطی که عوامل ناشناخته در یک پروژه، مورد مطالعه قرار نگیرد و از راه مناقصه باید رقابتی سر بسته انجام داد، چنین فرض گرفته می‌شود که پیمانکار باید از همه اطلاعات لازم در مورد ریسک‌ها، احتمالات و سایر شرایط که ممکن است کارها را تحت تأثیر قرار دهد، مطلع بوده و آنها را کسب کرده باشد و با امضای قرارداد، وی همه مسئولیت‌ها را در زمینه پیش‌بینی همه مشکلات و هزینه‌ها را می‌پذیرد (گادوین، ترجمه امانی و صفرزاده، ۱۳۹۹: ۴۳).

از دیگر سو قرارداد ای پی سی 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 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 (گرجی، ۱۳۹۸، ۳۲۰).

۳- مقایسه قرارداد ای پی سی و قرارداد سفارش ساخت (استصناع)

قرارداد سفارش ساخت یا عقد استصناع، عقدی فقهی است که به موجب آن، یکی از طرفین قرارداد (سفارش دهنده)^۱ سفارش ساخت کالایی را با اوصاف مشخص به طرف مقابل (سازنده) می‌دهد (خورسندیان و شنور، ۱۳۹۰: ۱۰۱). طرف مقابل (سازنده) متعهد می‌شود که ابزار و مصالحی که در اختیار دارد یا تهیه می‌کند، 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 می‌دانند. از حیث انتقال مواد تشکیل دهنده شیء موضوع سفارش که جوهر و ذات مورد معامله را بیان می‌دارد، قرارداد منعقد به بیع شباهت دارد و از جهت خلاقیت و هنری که سازنده در ساختار و آفرینش شیء، از خود ابراز می‌کند، قرارداد موصوف به اجاره نزدیک است، زیرا سفارش دهنده، سازنده را اجیر می‌کند که برابر ویژگی‌های 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 می‌شود. 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 می‌باشد؛ چرا که در این حالت، صنعتگر به مثابه اجیری می‌باشد که اقدام به ساخت کالا می‌کند؛ اما در مرحله تسلیم کالا، قرارداد به بیع تبدیل می‌شود. در خصوص این ماهیت مرکب، یکی از نویسندگان می‌گوید: «قرارداد سفارش ساخت را نمی‌توان 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 امروز نیز این ماهیت را آمیخته‌ای از بیع و اجاره نمی‌توانند بدانند و نظریه مرکب

^۱ مستصنع.

بودن را رد می‌کنند (خورسندیان و شنبور، ۱۰۱). در نهایت عده ای از نویسندگان، این قرارداد را یک عقد مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند که اصل آزادی قراردادها 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، 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 نمی‌گنجد (موسویان و بازوکار، ۲۰: ۱۳۹۲).

۱-۳. 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 می‌گیرد 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، بپردازد^۱ اما در استصناع، آنچه موضوع قصد انشای طرفین قرار می‌گیرد، عین کالای ساخته شده است و عمل شخص بر روی آن به عنوان مقدمه آن است، از این رو آنچه سفارش دهنده به سازنده می‌پردازد، اجرت عمل سازنده نیست، بلکه قیمت عین ساخته شده می‌باشد. مقصود در قرارداد ای پی سی، عمل شخص پیمانکار است، ولی در استصناع، اصل، عین خاص است و عمل بر آن عین صورت می‌پذیرد. 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^۲، ولی اجرت کار پیمانکار را باید به او بپردازد^۳، 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 می‌باشد 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

¹ clause 4-1, silver book.

² clause 15-2, silver book.

³ clause 15-4, silver book.

سفارش دهنده می‌شود و تا پیش از ساخته شدن آن، مال در ملکیت سازنده باقی می‌ماند و تا لحظه ساخت به ملکیت مشتری در نمی‌آید (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^۱ زیرا این مهم با ارتکاز عرفی نیز منطبق است، چون در عرف، تلف مال پیش از تحویل از مال سازنده است^۲ (دهقانی نژاد و عابدینی، ۱۷۱). این در حالی است که در قرارداد ای پی سی، فقط فعل پیمانکار است که موضوع قصد انشاء قرار می‌گیرد و مواد اولیه زمانی که به محل ساخت پروژه تحویل گشته یا پیمانکار هزینه آنها را می‌پردازد، از آن صاحبکار بوده^۳ و نزد پیمانکار امانت خواهد بود (ابراهیمی و دیگران، ۵:۱۳۹۳)، 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 می‌گیرد.

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 نمی‌یابد (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).

۴- مقایسه قرارداد طرح و ساخت^۴ و ای پی سی

قرارداد طرح و ساخت که بدان طراحی- ساخت نیز گفته می‌شود، از قراردادهای پیمانکاری دوعاملی است که در آن صاحبکار با انعقاد قرارداد، همه مسئولیت طراحی و ساخت پروژه را به یک پیمانکار

^۱ قاعده ضمان معاوضی.

^۲ 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.

^۳ clause 7-7, silver book.

^۴ Design and Build (DB).

عمومی^۱ اعطا می‌کند و وی مسئولیت طراحی کارها را بر عهده می‌گیرد. در این راه، مشاوران صاحبکار (مهندس، معمار) دخالت خود را در قرارداد از طریق مدیریت فرآیند مناقصه و نظارت بر کار پیمانکار اعمال می‌کنند. شایان ذکر است که این نظارت، یکی از موضوعات پراهمیت در مذاکرات بین طرفین در زمان انعقاد قرارداد می‌باشد، زیرا صاحبکار بدین وسیله می‌خواهد کنترل خود را بر روند ساخت و ساز حفظ کند (Huse, 6) که همین امر یکی از وجوه افتراق قراردادهای طراحی و ساخت و ای پی سی هست.

به دیگر سخن، باید بدانیم که در قرارداد ای پی سی، قطعیت و مشخص بودن ریسک مهم است؛ در حالی که در طرح‌های با ریسک نامشخص و با عدم قطعیت، از این قرارداد بهره نبرده و از قرارداد طرح و ساخت استفاده می‌کنند (Beard, 2004: 14). یکی دیگر از تفاوت‌های ظاهر، ترکیب لغوی این دو قرارداد است. قرارداد ای پی سی، همان‌طور که پیشتر گفته شد؛ خلاصه شده سه واژه مهندسی، تأمین و ساخت است؛ در حالی که در قرارداد DB مخفف طرح و ساخت است.

از دیگر سو، گستردگی عملیات مربوط به بخش تأمین تجهیزات، در قرارداد طرح و ساخت، کمتر از قرارداد ای پی سی است، البته در مرحله ساخت، این موضوع توفیر دارد و در قرارداد طرح و ساخت این موضوع، نسبت به قرارداد ای پی سی، سهم بیشتری دارد (Heidelberg, 2010: 230). با توجه به اینکه بخش بزرگ‌تر پروژه را در قرارداد ای پی سی، تدارک و تأمین تجهیزات و مصالح و نصب شکل می‌دهد، در انتهای مرحله اجرا، بر پایه اسناد فنی، قسمت زیادی از پروژه را کنترل نمود و احتیاج به نظارت و کنترل گسترده در زمان اجرا احساس نمی‌شود، اما در طرح‌های عمرانی موضوع قرارداد طرح و ساخت، بخش بیشتر کار را همان‌جور که ذکر آن رفت؛ ساختمان و ساخت موضوع قرارداد دربردارد که پس از پایان کار، قابلیت کنترل و بررسی ندارد. لذا، در قرارداد طرح و ساخت نیاز به کنترل کارها هم‌زمان با ساخت طرح، در اندازه وسیع‌تری نسبت به قرارداد ای پی سی است (Knutson, 2005: 112).

یکی دیگر از نکات لازم در بیان توفیر قرارداد مورد بحث با بقیه عقود، در گسترش مسئولیت پیمانکار پس از پایان کارهای عمرانی است. در بیشتر قراردادهای طراحی و ساخت^۲، مسئولیت قراردادی پیمانکار پس از پایان ساخت و ساز تمام می‌شود، ولی در قرارداد ای پی سی، پس از ساخت و اجرای موضوع قرارداد، پیمانکار باید همه مراحل لازم از قبیل آزمایش تأسیسات، پاک‌سازی، آموزش کارکنان و غیره را تا تحویل و تسلیم آن به صاحبکار انجام دهد (Bo, 2008). یک تفاوت ظریف در پیوند با مرحله مهندسی و طراحی، دلیل دیگر مستقل بودن قرارداد ای پی سی از قرارداد طرح و ساخت می‌باشد.

^۱ General Contractor (GC).

^۲ در دستورالعمل‌ها و شیوه‌نامه‌های اجرای برنامه‌های پیمانکاری سازمان برنامه و بودجه نیز عنوان «شیوه طراحی و ساخت» آمده است و عده‌ای از نویسندگان با استناد به این نام و عنوان، قرارداد ای پی سی را جزء آن دانسته و با استناد به این مقررات فروتقینینی، قرارداد معین می‌نامند. برای دیدن نمونه: «ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی»، شماره ۵۴۷۱۰۴-۱۸۹۲۷-۱۰۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، نشریه شماره ۵۴۹۰.

بدین‌گونه که سند ضروریات در قرارداد طرح و ساخت، جزئیات مشخص و دقیقی از طرح مورد نظر صاحبکار دارد و اصول کلی پروژه در چارچوب این مدرک به پیمانکار ارائه می‌شود، اما در قرارداد ای‌پی‌سی، صاحبکار فقط نتیجه مورد نظر خویش را تقاضا می‌نماید و سخنی درباره مهندسی و طراحی نمی‌گوید (Schmitt, 2006). به همین روی، فیدیک در زمان انتشار قراردادهای طرح و ساخت و ای‌پی‌سی، به همین تفاوت‌ها عنایت داشته و این دو قرارداد را یک‌سان نمی‌داند و در دو کتاب مستقل از هم؛ آنها را معرفی نموده است. به این نحو که قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت (ای‌پی‌سی) در کتاب نقره ای فیدیک و قرارداد طرح و ساخت در کتاب زرد^۱ مورد شناسایی قرار گرفته است.

از سوی دیگر، همان‌گونه که می‌دانیم، کتاب نقره‌ای یک قرارداد دوطرفه با قیمت مقطوع است که شرایط پیشرفت پرداخت‌ها، بر اساس ارزیابی موقت مبالغ پرداختی به وسیله صاحبکار و جدول زمان بندی^۲ انجام می‌شود. یکی از تغییرات عمده در کتاب نقره‌ای این بود که مهندس^۳ از هر نقشی در قرارداد حذف شد و نقش او را مستقیماً صاحبکار بر عهده می‌گیرد (Baker, 2009: 21)، در صورتی که در قرارداد طرح و ساخت مندرج در کتاب زرد، به نماینده کارفرما یا صاحبکار^۴ اذعان شده است. زیرا در کتاب نقره‌ای، از آنجا که همه مسئولیت‌ها از جمله مهندسی و طراحی بر عهده پیمانکار نهاده شده است و از سوی دیگر وی بر همه امور تسلط کافی باید داشته باشد و کارهای ساخت، پیچیدگی بسیاری دارد که از عهده پیمانکار بر می‌آید و از سوی دیگر برای انجام تعهدات و ساخت پروژه باید پیمانکار آزاد باشد و دخالت صاحبکار یا مهندس به کمترین حد خود برسد تا موضوع قرارداد به بهترین شکل تکمیل گردد (Huse, 126).

در سال ۱۳۸۴ با بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۸ سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، عیناً قرارداد همسان طرح و ساخت به دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور ابلاغ شد که همان قرارداد طرح و ساخت فیدیک می‌باشد و برگردان همان نوع قرارداد را در ایران استفاده نموده اند که 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 و نادرست است^۵. 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 (طاهری و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۴) از دیگر وجوه افتراق این دو عقد، چگونگی اختصاص ریسک و اندازه مسئولیت پیمانکار است.

^۱ Yellow Book.

^۲ Schedule of Payments.

^۳ Engineer.

^۴ Employer's Representative.

^۵ 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 ۲۸. شماره ۲.

مسئولیت پیمانکار در قرارداد طرح و ساخت بر اساس دقت و مهارت فنی می‌باشد و در قیاس با یک پیمانکار مجرب و به صورت نوعی ارزیابی می‌گردد؛ از طرف دیگر در قرارداد ای پی سی، می‌توان گفت با توجه به عنصر زمان و قیمت مقطوع در تعهد پیمانکار با توجه به تعهد کاملش، تعهد به نتیجه است. زیرا در قرارداد ای پی سی، آنچه مهم است؛ اتمام و تحویل کار است به گونه‌ای که صاحبکار با گرداندن یک کلید بهره‌برداری را آغاز نماید. به دیگر سخن، در کتاب زرد، مسئولیت ریسک‌ها بین طرفین قرارداد به اشتراک گذاشته می‌شود اما در قرارداد ای پی سی، پیمانکار مستقل تر است و آزادی عمل وی از صاحبکار بیشتر است و بار خطر بیشتری را بر عهده دارد (Salmon, 2020: 19).

بر اساس تفاوت مبنای حقوقی مسئولیت در هر دو قرارداد، در قرارداد ای پی سی، ریسک شرایط غیر قابل پیش بینی و ریسک اشتباهات صاحبکار در اسناد فنی پایه و مدارک و اطلاعات داده شده به وسیله وی، بر دوش پیمانکار است و هر نوع افزوده شدن هزینه و زمان قطعی طرح، غیر از وقوع قوه قاهره پذیرفتنی نیست. به همین روی، بها و قیمت در ای پی سی، نسبت به قرارداد طرح و ساخت، قطعیت بالاتری دارد.^۱

۵- نامعین بودن قرارداد ای پی سی

در فقه امامیه، منظور از عقود معین؛ که گاه از آنها به عقود متعارفه یا معهود ذکر می‌گردد (حلی، ۱۳۷۴، 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 ای پی سی 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 ای پی سی، یک عقد غیرمعین است. زیرا نام این نوع قرارداد و همچنین آثار و شرایط خاص آن در قوانین ایران نیامده است.

با عنایت به آنچه که در ادامه در این بخش می‌آید، در خصوص اینکه این قرارداد، یک عقد نامعین است یا معین، دو نظر سنتی و غیرسنتی وجود دارد که بدان پرداخته می‌شود. آنچه سیاق مرسوم بیشتر نویسندگان حقوقی ایرانی می‌باشد، آن است که در تعیین ماهیت حقوقی یک نهاد جدید، ابتدا به سراغ قالب‌های سنتی مذکور در قانون مدنی مانند بیع، اجاره، معاوضه می‌روند و در صورت عدم توفیق در

^۱ Silver book, sub clause 4-12, 14-1.

انطباق آن نهاد با عقود مزبور، از ماده دهم قانون مدنی استمداد طلبیده و قراردادی که خلاف مقررات قانونی قلمداد نمی‌گردد را صحیح می‌پندارد (صادقی و همکار، ۱۳۸۷: ۱۷۶).

در برابر این دیدگاه سنتی، نظر عده‌ای از نویسندگان در راستای معین یا نامعین دانستن انگاشتن یک عقد، دیدگاه فراستنی دارند و قانون را به طور عام در نظر می‌گیرند و اگر عقدی که نام، آثار و شرایط ویژه آن در یک قانون ذکر شده باشد، آن را یک عقد معین می‌دانند (صادقی، ۱۷۷)، همچون عقد بیمه که در ایران، قانون بیمه در مورد آن تصویب و اجرایی شده است.

۵-۱. دیدگاه نخست

این عده که دیدگاه سنتی در حوزه معین دانستن عقود در قانون مدنی دارند، بیان می‌دارند، انسان‌ها برای رفع نیازهای خود در دوران گذشته، عقود را با لحاظ آثار اجتماعی و اعتباری آن به تناسب نوع روابطی که در نظر داشتند، به کار می‌بردند که این عقود را عقود معین یا عقود با نام می‌نامند؛ مانند بیع و اجاره. این عقود از آن جهت عقد معین نامیده شده‌اند که در قانون مدنی ایران و سایر سیستم‌های حقوقی، دارای نام مشخص بوده و قانون به لحاظ کثرت استعمال و اهمیت آنها در عرف، شرایط و آثار و احکام خاصی مقرر کرده است (امامی، ۱۳۷۴: ۴۱۵). به بیان دیگر، قانون در هر یک از عقود معینه، علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله، رعایت احکام، شرایط و آثار خاص آنها را الزامی دانسته است. مانند این که مبیع در عقد بیع باید عقد باشد و اثر بیع انتقال مالکیت مبیع معین به خریدار و یا تعهد بایع به تسلیم فردی از عین کلی به اوست، یا این که در اجاره مورد معامله، باید منفعت قرار گیرد و...، اما عقود نامعین؛ به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل مذکور در آن؛ یعنی اصل آزادی اراده و این که اشخاص الزامی ندارند که معاملات خود را به صورت‌های معینی که در قوانین پیش‌بینی شده است، درآورند. چون که قراردادهای خصوصی که از حیث شکل و الگو و شرایط آثار، نامحدود و وابسته به نیاز و اراده اشخاص منعقدکننده آن هستند، باید از قواعد کلی عقود و معاملات (قواعد عمومی معاملات) پیروی کنند و از این جهت هیچ تفاوتی بین عقود معین و نامعین وجود ندارد. از دیگر سو، باید دانست که در انشای عقد نامعین، طرفین باید نتایجی را که از عقد، انتظار دارند، در حدود قانون ذکر کنند و در صورت عدم ذکر آن، نتایج مزبور منتفی خواهد شد. اما در عقود معین، انشاء این عقود یعنی پذیرفتن آثار و نتایجی است که قانون برای آن مقرر کرده است، هرچند که این آثار هنگام تشکیل عقد ذکر نشوند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۷۹)

این تقسیم از آن جهت است که عقود مذکور در باب سوم از کتاب اول قانون مدنی از سایر قراردادهای که عنوان و احکام خاصی در قانون ندارد جدا شود. ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد که: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». پس، در این دیدگاه، نام عقد، احکام، آثار و شرایط آن اگر در قانون مدنی ذکر نشده

باشد، باید آن را عقد نامعین دانست.

استناد به ماده ۱۰ در عقود معین محل دسته‌بندی بین نویسندگان قرار گرفته است. بدین گونه‌ای که عده‌ای از اساتید دانشگاه و برخی نویسندگان عقیده دارند که ماده ۱۰ قانون مدنی ناظر به قراردادهایی است که شرایط و آثار آن در قانون معین نشده است و نتیجه گرفته‌اند که در عقود معین، مانند بیع و اجاره و صلح و ضمان، به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده نمی‌توان استناد کرد (شهیدی، ۸۶).

۵-۲. دیدگاه دوم

این عده از نویسندگان، معیار قانون مدنی را در تعیین عقود غیرمعین و معین باور نداشته و اعتقاد گروه نخست را دیدگاهی کهنه و بی‌کاربرد می‌دانند.

لیکن، در برابر آن جریان سنت‌گرا، نویسندگان دیگر که نظرایشان منطقی جلوه می‌نماید، اظهار می‌دارند که مقصود از وضع ماده ده این بوده که در مورد اجمال و سکوت قانون، اراده طرف‌های عقد ارجمند شمرده شود، و از این سو؛ میان عقود معین و نامعین توفیری نیست. چون هیچ قانونی قادر به پیش‌بینی کل آثار عقد معین و قیود و شروطی را که احتمال دارد طرفین بدان اضافه نمایند، نمی‌باشد. لذا، اصل آزادی قراردادی را باید به حکم ضرورت و یک ابزار سودمند اجتماعی در عقود معین نیز پذیرفت که تکلیف تطبیق با متعارف را به دوش می‌کشد. مثلاً قانون مدنی در عقد بیع، امکان تشدید یا تخفیف ضمان درک نیست اما با استناد به ماده ده این مورد؛ مقدور می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۰).

این دسته معتقدند؛ کاربرد ماده دهم قانون مدنی در تعیین ماهیت، زمانی است که نهاد مورد بحث با هیچ یک از عقود معین منطبق نباشد. علاوه بر آن، می‌پندارند که منظور از عقود معین، صرفاً عقود سنتی مذکور در قانون مدنی نیست، بلکه مورد هدف، عقود است که نام، آثار و شرایط ویژه آن در قانون، به طور عام درج گشته که النهایه؛ این عده، یک گستره عام و نامحدود را برای این بحث می‌پسندند (صادقی، ۱۷۷-۱۷۶).

۵-۳. مرور دیدگاه دوم در قانون موضوعه

این گروه به مقررات گوناگونی توسل جسته و این قوانین را به عنوان مبنا، در بیان ماهیت قرارداد ای پی سی به عنوان یک عقد معین تحلیل می‌نمایند. این نظریه، جهت انگاشتن قرارداد ای پی سی در حوزه حقوق خصوصی با عنوان عقد معین بیان گردیده است. نویسندگان استنادکننده به این متون قانونی، آنها را تحلیل ننموده‌اند، اما صرفاً به ذکر عنوان قانونی بسنده کرده‌اند.

این نویسندگان به قوانین؛ الف) قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور؛ ب) قانون نحوه نظارت مجلس شورای اسلامی بر انعقاد قراردادها در دستگاه‌های اجرایی؛ پ) بند «و» ماده ۸۵ قانون برنامه پنج‌ساله سوم توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی استناد می‌کنند.

بند یکم- قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور^۱
 طرفداران این نظریه با اتکاء به این قانون، اظهار می کنند که نام، آثار و شرایط خاص قرارداد ای بی سی در این قانون آمده است. حال با در نظر داشت قانون موصوف، به این رأی ایراداتی وارد است که در ادامه بیان می گردد.

۱- در ماده یک، نام مؤسسات، سازمان ها و ادارات حکومتی و دولتی و آنچه که وابسته به دولت و نهادهای تصدی گری اصلی و وابسته آمده است که موظف شده اند با استفاده از بودجه عمومی یا درآمدهای اداری خودشان، کارهای خدمات مهندسی مشاور، پیمانکاری، ساختمانی، تأسیساتی و تجهیزاتی پروژه های خود را به شرکت های پیمانکاری طرح و ساخت واگذار کنند.
 در این ماده، عنوانی حقوقی از ماهیت یا شرایط این قرارداد به میان نیامده است و تنها دستوری است که مصوبه قانونی دریافت کرده است و ارتباطی با بحث حقوقی ماهیتی این عقد ندارد.

۲- در تبصره یک ماده دو قانون یاد شده، تنها تعریفی از پیمانکار طراحی و ساخت شده و وظایفی برای وی بر شمرده است که امکان داشت در مورد هر پیمانکار دیگر نیز وظایفی را برای او در نظر گرفت؛ بدین گونه که: «پیمانکار طراحی و ساخت به شرکت یا مؤسسه ای اطلاق می شود که مسئولیت انجام خدمات طراحی تفصیلی و اجرایی (طراحی، مهندسی یا مهندسی فرآیند)، تهیه و تأمین کالا و تجهیزات، عملیات اجرایی، نصب و راه اندازی و مدیریت انجام این فعالیت ها در یک پروژه را بر عهده دارد». این تعریف حاوی نکاتی است که جالب توجه است:

با تدقیق و تعمق در آغاز این تعریف، به واژه «شرکت» یا «مؤسسه» برمی خوریم که این تعریف شامل یک شرکت شده است. حال، با توجه به این که مجموعه های مهندسی و فنی جهت انجام امور پیمانکاری حتماً باید در قالب «شرکت مندرج در قانون تجارت و لایحه شرکت های سهامی عام و خاص مصوب ۱۳۴۷» بوده و در اداره ثبت شرکت ها به ثبت رسمی برسند تا قادر به انجام امور پیمانکاری یا انجام مهندسی و کارهای فنی باشند و نیز این امر که این قانون در مورد پروژه های دولتی و خطاب آن به ادارات و سازمان های دولتی است که باید امور خود را به شرکت های پیمانکاری بسپارند و همچنین این دلیل که ادارات و نهادهای حکومتی و اداری با توجه به عرف اداری و قوانین مختلف که مبنای علمشان است و بایستی طرح های خود را به شرکت های معتبر واگذار کنند، کما اینکه اکنون در تمام امور مناقصه این ادارات، شرکت های فنی و مهندسی دارای شماره ثبت اداره ثبت شرکت ها هستند؛ همانند مثال هایی که پیشتر در همین رساله در مورد مصادیق پروژه های شرکت ملی مناطق نفت خیز جنوب آورده شد، این تعریف هیچگونه برآیند ماهیتی در حوزه حقوق مدنی با توجه به قواعد عمومی معاملات ندارد. زیرا امکان دارد که این پیمانکار یک شخص حقیقی باشد نه یک شرکت یا مؤسسه که یک

^۱ این قانون که هشت ماده دارد، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ و تأییدیه ۱۳۷۵/۱۲/۲۲ شورای نگهبان می باشد.

شخص حقوقی است؛ که آنها هم امکان دارد که یک شرکت یا مؤسسه دولتی باشند (حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۳۶ و ۴۲).

باید دانست که هدف نظام حقوقی قراردادهای عمومی و اداری و نظام حقوقی قراردادهای خصوصی متفاوت است و در دو نظام حقوقی متمایز و مستقل از یکدیگر عمل می‌کنند. قرارداد اداری دنبال برآوردن خدمات عمومی است که بر منافع خصوصی مقدم‌اند و طرفین روابط مساوی در قرارداد ندارند و چه بسا مقرراتی برطرف مقابل از سوی دولت تحمیل شود چون عقد الحاقی است و طرف قرارداد؛ تنها باید آن را امضا کند. در حالی که در قراردادهای مدنی طرفین رابطه حقوقی مساوی‌اند و به دنبال منافع برابر خودشان می‌باشند.

هم‌چنین باید به این نکته توجه داشت که عدم رعایت قواعد قراردادهای دولتی، موجب بطلان این قراردادها خواهد شد. به ویژه، قواعدی در قراردادهای اداری وجود دارند که معادلی در حقوق خصوصی ندارند. مثل قرارداد اداری از سوی دولت که از موضع قدرت و برتر است به علت مقتضیات اداری، افزایش و کاهش مبلغ قرارداد، تعلیق محدود قرارداد توسط اداره وغیره. پس، اصل توازن قرارداد و اصل تساوی طرفین رابطه حقوقی موجود در حقوق خصوصی، در مورد حقوق اداری صدق نمی‌کند (طباطبایی مومنی، ۱۳۹۵: ۳۱۱). پس، آنچه که در تعریف تبصره یک ماده دو قانون یادشده در آغاز این بحث، بیان شده را نمی‌توان قراردادی خصوصی و مدنی دانست که بتوان از قانون مدنی در جهت تحلیل و توصیف آن اقدام کرد.

بند دوم- قانون نحوه نظارت مجلس شورای اسلامی بر انعقاد قراردادها در دستگاه‌های اجرایی^۱

نویسندگان معتقد به تعین عقد مورد بحث، به قانون دیگری با عنوان اخیرالذکر استناد جست‌اند. با نگاه موشکافانه به این قانون که در قالب ماده واحده به تصویب رسیده، به حتی یک مورد در خصوص ماهیت، آثار، شرایط و احکام قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت برخورد نمی‌شود.

این قانون، برای خاطر جمعی و وثوق به رعایت مقررات در انعقاد قرارداد با اشخاص بیگانه، همه دستگاه‌های اجرایی مندرج در ماده دو قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۲ را که مبادرت به عقد قرارداد به مبلغ بیش از بیست میلیون دلار یا معادل آن به صورت استقراض، نقدی، فاینانس، یوژانس و یا هر نوع شیوه تأمین مالی دیگر می‌کنند، موظف نموده که در همه گامهای قراردادهای مذکور، کمیسیون‌های برنامه و بودجه و محاسبات و سایر کمیسیون‌های تخصصی مجلس را از نحوه

^۱ این قانون مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۳ و تأیید ۱۳۸۱/۸/۱۲ شورای نگهبان است.

^۲ مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی است.

اقدام خود آگاه سازند و جز این هیچ چیز دیگری در خصوص قرارداد ای‌پی‌سی بیان نکرده است. شماری از علمای حقوق بدین رویه انتقاد وارد کرده و بیان می‌دارند که حقوق، عقدی را معین می‌داند که در قانون نام معین داشته و اثرها و احکام مخصوصی را برای آن تنظیم کرده (شهیدی، ۷۸)، درحالی که در این قانون مشخصاً بیان نگردیده که عقد ای‌پی‌سی چه کیفیت ماهوی و آثاری دارد. از دیگر سو، انعقاد قرارداد معین یعنی پذیرفتن نتایجی که قانون برای آن ماهیت معین کرده، حال آنکه برفرض، طرفین قرارداد ای‌پی‌سی، بر اساس قانون مذکور در این بند، عقدی منعقد نمودند، اما پس از ایجاد عقد، در رجوع به قانون موصوف؛ با هیچ مقرره‌ای روبرو نمی‌شویم که قرارداد ای‌پی‌سی را تعریف و مورد شناسایی قرارداد باشد؛ چه برسد به تعیین آثار و شرایط خاص.

بند سوم- بند (و) ماده ۸۵ قانون برنامه پنج ساله سوم توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران^۱

بند (و) ماده ۸۵ در پیوند با آیین‌نامه اجرایی ماده موردنظر است که در آن سازمان برنامه و بودجه، وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بایستی پیشنهاد مشترکی را برای آیین‌نامه یادشده تهیه و به تصویب هیأت وزیران برسانند.

ماده ۸۵ قانون مذکور در مورد الزام بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی موضوع ماده ۱۱ همان قانون در موضوع تنظیم تعهدات ارزی کشور و یکسری اقدامات مالی، اقتصادی، بانکی و الزامات اداری است که همه دستگاه‌های مربوطه را مکلف به رعایت این امور مالی کرده است.

اکنون، با توجه به این ماده و بند ذیل آن و ماده یازدهم قانون توسعه کشور، نتیجه می‌شود که این مواد و بند مزبور هیچگونه بیان حقوقی در پیوند با ماهیت، آثار و شرایط قرارداد ای‌پی‌سی ندارد. این دسته از نویسندگان، مستند قانونی را ذکر می‌کنند که خالی از مفهوم قرارداد ای‌پی‌سی و ارتباط آن با حقوق مدنی باشد. زیرا به قول شماری از نویسندگان، در شناسایی عقد، بایستی ماهیت آن که ثغور و مرزهای منطق حقوقی را توصیف می‌کند، درج شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶) و مورد تأیید مقنن قرار گیرد. درحالی که در مانحن‌فیه، گزاره‌ای مبنی بر بیان شرایط و آثار این موضوع نیامده است.

بند چهارم- آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری

امکان دارد که بیان شود با توجه به اینکه بعضی از شرایط قرارداد مهندسی تامین و ساخت، در آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری مانند آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران اجرای پژوهش پروژه‌های صنعتی

^۱ قانون یاد شده مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ است.

به روش طرح و ساخت ۱۳۸۴ و آیین‌نامه ارجاع کار به پیمانکاران طراحی و ساخت صنعتی ۱۳۸۴ بیان گردیده، قرارداد موصوف یک عقد معین می‌باشد.

به عبارت دیگر؛ از این دیدگاه، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌هایی که سازمان برنامه و بودجه کشور یا سایر ادارات دولتی در مقام بیان شرایط و دستورالعمل‌های لازم برای یک قرارداد صادر می‌کند، دلیل بر معین دانستن قرارداد مهندسی تأمین و ساخت می‌باشد.

در جایگاه تحلیل و واکاوی استدلالی این نظر بایستی اذعان کرد؛ دستورالعمل‌ها و مقررات اداری و آیین‌نامه‌ها که شرح آن رفت، در دسته مقررات فروتقینینی به حساب می‌آید. به دیگر سخن، باید گفت که مقررات فروتقینینی از فراگیری و شمول مقررات تقینینی که همان مصوبات قوه مقننه می‌باشد، بیرون است و ارزش و اعتبار قانون را نخواهند داشت. به نظر می‌رسد که بایستی اظهار داشت که نمی‌توان با محسوب کردن مقررات فروتقینینی و اداری و شرایط ذکر شده برای قرارداد مهندسی تأمین و ساخت، این قرارداد را یک عقد معین پنداشت.

از سوی دیگر، باید به این نکته نیز توجه داشت که هرگاه ما مقررات اداری و فروتقینینی قرارداد یاد شده را به عنوان یک عدد معین در نظر بگیریم؛ باید همه احکام و آثار آن را به همه بخش‌های جامعه و کل اشخاص سرایت داده و حاکم نمود. اما بعضی از شرایط قرارداد گفته شده که موضوع آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های مورد نظر می‌باشد، قابلیت تسری و اجرا برای بخش خصوصی را ندارد. این در حالی است که مقررات یاد شده برای فقط بخش دولتی و عمومی به عنوان اداره و قوه مجریه صادر شده و خاصیت اجرایی دارد.

موضوع دیگری که باید به آن عنایت ویژه‌ای داشت، صلاحیت تصویب قانون بماهو قانون، برای معین دانستن یک نهاد حقوقی یا یک قرارداد است که بر عهده قوه مقننه می‌باشد و خارج از صلاحیت سازمان برنامه و بودجه یا به طور کل؛ اداره و قوه مجریه می‌باشد.

بنا به ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه کشور؛ سازمان برنامه و بودجه، مجاز به تعیین و ترسیم بعضی از استانداردها و هنجارهای ناظر در قراردادهای دولتی مانند شرایط عمومی پیمان شده است. این ماده در حکم بیان شماری از شرایط تکمیلی در حوزه قراردادهای یاد شده برای اشخاص دولتی و عمومی به عنوان عضو قوه مجریه و یک سازمان اجرایی و اداری است؛ که این موضوع بیانگر تصویب قانون برای کل جامعه و در قالب قانون نمی‌باشد.

به دیگر سخن، علی‌رغم وجود این نمونه قراردادهای اداری، نمی‌توان به این اقتناع ذهنی رسید که قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، در دسته عقود معین جای می‌گیرد. زیرا اولاً؛ این نمونه قراردادی فقط برای مواردی است که یک طرف قرارداد دستگاه اجرایی هست، پس اندازه و محدوده اشمال آن، همه بخش‌های جامعه و مردم را شامل نمی‌شود. ثانیاً، این نمونه قراردادی صرفاً برای امور صنعتی سازمان اجرایی و اداری لازم‌الاجرا بوده و در امور غیر صنعتی، ویژگی سفارش کردن و پیشنهاد دارد. ثالثاً، در این

نوشتار، قراردادهای دولتی، که قواعد مختص به خود را دارد، از موضوع بحث خارج شده است. رابعا، اگر بنا به معین دانستن قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت باشد، نمی‌شود برای انعقاد این قرارداد در بعضی از امور (غیر صنعتی)؛ فقط توصیه و سفارش کرد.

پس، باید نتیجه گرفت که مقررات فروتقیننی و اداری که دستگاه‌های اجرایی و قوه مجریه مانند سازمان برنامه و بودجه کشور در قالب آیین‌نامه و بخش‌نامه و دستورالعمل، صادر و ابلاغ می‌کند، ویژگی قانون را ندارد که باعث معین تلقی کردن قرارداد مهندسی تأمین و ساخت شود. چه اینکه؛ هر زمان قانون‌گذار در مقررات تقنینی (قانون مصوب قوه مقننه)، اقدام به بیان وصف اساسی و سازنده قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت کرد، آن هنگام؛ باید قرارداد یادشده را در شمار عقود معین آورد.

۵-۴. دیدگاه نگارنده

به نظر می‌رسد که دیدگاه دوم، دیدگاهی صائب و صواب است. زیرا دسته‌بندی عقود به معین و نامعین، فرآیند جدیدی است که برخی نویسندگان به قانون؛ به معنی عام آن استناد جسته و در تعیین معین دانستن یا ندانستن یک نهاد حقوقی می‌پردازند. همانند قانون بیمه، عقد دلالی، حق‌العمل‌کاری مذکور در قانون تجارت که جدای از قانون مدنی هستند و در قانون دیگری غیر از قانون مدنی تأسیس و تصویب شده‌اند. در حقوق خصوصی فرانسه، فرآیندی است با عنوان معین‌سازی عقود که قانون‌گذاران با کمک نویسندگان، عقود جدید را معین‌سازی می‌نمایند و آن را تصویب می‌کنند تا چهره معین داشته باشد تا به آسانی بتوان به عقود معین دسترسی داشت. از دیگر سو، اینکه دادرسی بتواند با بررسی عقد و چگونگی ماهیت آن بر مبنای قواعد عقود معین شده؛ تصمیم‌گیری و رأی خود را صادر کند.

با نگاه به آنچه که گفته شد، دانسته می‌شود که ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت؛ چه جایگاهی در دسته‌بندی عقود دارد. باید بدانیم که در انطباق این ماهیت با حقوق ایران، از چه موضوعی باید تبعیت نمود. آیا بیع است و پیمانکار، کالای ساخته شده را می‌فروشد. و همچون حقوق فرانسه؛ آن را بیع شی در حال ساخت با فرض تهیه وسایل و مصالح کار بوسیله صاحبکار بدانیم (Encyclopedia Dalloz, 2011: 5) و درنهایت قائل به این بود که یک عقد بیع و تابع مقررات مربوطه است. در این مورد باید گفت عقد؛ بیع ولو بیع آینده نیز نیست و با نگاه به اینکه پیمانکار ای‌پی‌سی، خود مصالح را تهیه و تأمین می‌نماید، باید حکم به بیع نبودن عقد موصوف داد. از طرف دیگر، بنا به نظر عده‌ای، این قرارداد از جمله عقود است که مشکوک بین بیع و اجاره بوده و باید به سوی مختلط‌بودن آن حرکت کرده، آن را عقد مرکب فرض نمود (السنهوری، ۲۷) و نهایتاً، وضع آشفته‌ای از دو عقد نامعین در کنار هم بایستی قلمداد گردد یا یک عقد معین و یک نامعین را بصورت شرط ضمن آن در نظر پنداشت. این باور با ایراداتی چند روبروست. زیرا نمی‌توان به تحلیل قصد طرفین پرداخت و گفت که صاحبکار و پیمانکار، قصد ایجاد دو عقد جداگانه بیع و اجاره اشخاص داشته‌اند یا تعهدات ایشان را به اصلی و فرعی تقسیم نمود و اظهار

داشت که یکی عقد اصلی و دیگری شرط ضمن آن باشد. همچنین این امر که در نظام حقوقی و ساختمان فقهی ایران، عقد مرکب مقبول نیفتاده و آن را رد کرده‌اند. در مورد ماهیت عقد مهندسی، تأمین و ساخت؛ در اینجا به باور نگارنده، با نگاه به اینکه قرینه و شاهی در پیوند با اراده صاحبکار و پیمانکار بر جدا منعقد کردن عقود گوناگون یا اصل و فرع منعقد ساختن آنان نبوده، و اینکه در عقد مورد بحث، صاحبکار و پیمانکار قصدشان بر تعلق اراده به یک قرارداد با ماهیت یکپارچه و تأکید بر بهای مقطوع و زمان معین قرار گرفته که در آن نقل عین و منافع و عمل؛ باهم مورد تراضی است، با دو وضعیت مواجهیم که ناچار باید یکی را برگزید.

یا این نهاد پیچیده را به دو عقد جدا از هم تحلیل کنیم که از اصول و شرایط مختص خود پیروی می‌کند یا آن را قراردادی غیرمعین قلمداد نموده که ماهیت خاص خود را به طور یک مجتمع خاص دارد. در این راستا، به نظر می‌رسد دیدگاه دوم برتر و برگزیده و باقواعد حقوق خصوصی ایران نیز سازگار است. چون طرفهای قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، یک خطاب و نام فراگیر را به صورت وحدت مطلوب اختیار نموده‌اند که نمی‌شود یک تعهد را اصل و دیگری را فرع و پیرو آن پنداشت. چه اینکه، این عنوان یکپارچه دارای اثرات قراردادهای دیگر به صورت یک اراده موافق در یک قرارداد قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

قرارداد ای پی سی، قراردادی است که در سند یکنواخت بین المللی فیدیک در کتاب نقره‌ای برای به دوش کشیدن همه تعهدات به وسیله پیمانکار به طور کامل است که آن را از دیگر قراردادهای مشابه جدا می‌کند. با عنایت به اینکه این ماهیت حقوقی؛ در حال استفاده روزافزون در صنعت ساخت و ساز و بخش‌های زیرساخت می‌باشد که بیش از پیش نیاز به معین‌سازی آن در نظام حقوقی ایران با تکیه بر اصول آن در کتاب نقره ای فیدیک ضرورت پیدا می‌کند، به منظور جلوگیری از تولید اختلاف حقوقی و برای چابک‌سازی بخش ساخت و ساز باید از غیر معین بودن به سمت معین انگاشتن این نهاد حقوقی نوپا حرکت کرد. بنابراین در این جایگاه؛ نقش قانونگذاران بسیار الزامی بوده و باید با کاربست نظرات حقوق دانان و علمای حقوق در جداسازی قرارداد ای پی سی از سایر نهادهای حقوقی و فقهی مشابه و برای تصویب قوانین کاربردی و منطبق بر علم و شرایط روز، در دوره تحریم گام‌های به سزا و محکمی بردارند.

با بررسی آنچه که به عنوان استنادات قانونی جهت معین دانستن قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت (ای پی سی) بوسیله برخی نویسندگان آمده است، نتیجه‌گیری می‌شود که قرارداد ای پی سی با این استنادات، یک عقد معین نیست و هیچ قانونی که نام، آثار و شرایط این قرارداد را ذکر کرده باشد، موجود نمی‌باشد.

پس، باید به ملاک نویسندگانی که قانون عام را در اطلاق عنوان معین یا نامعین بودن بر قرارداد

ای‌پی‌سی صحیح می‌دانستند، استناد نمود که قرارداد ای‌پی‌سی یک قرارداد نامعین است و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد و طرفین قرارداد می‌توانند با در نظر گرفتن قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه، تعهدات، شرایط، آثار موردنظر خود را در این عقد بگنجانند.

از نتایج حاصله دریافت می‌شود که قرارداد ای‌پی‌سی یک عقد نامعین و در قالب ماده دهم قانون مدنی ایران قرار می‌گیرد. راه‌کار پیشنهادی این پژوهش این است که در مواردی که علامت و قرینه‌ای که به تحلیل قصد طرفین پرداخته، وجود نداشته و نمی‌توان عقد را به دو عنوان عقد اصلی و شرط ضمن آن توصیف کرده، باید عقد را عقدی نامعین دانست. زیرا همان‌گونه که دیده شد؛ این قرارداد، عقد مرکب نیست و نمی‌توان آن را به چند عقد تحلیل نمود. افزون بر آن، عقد مرکب، در نظام حقوقی ایران پذیرفته نشده است.

از دیگر یافته‌های تحقیق این‌که، اراده طرفین در قرارداد مطالعه‌کاری ای‌پی‌سی، به یک توافق و یک موجودیت واحد که از چند بخش مهندسی، تأمین مصالح و اجرا و ساخت تشکیل شده است، تعلق گرفته و نمی‌توان آن توافق را دگرگون کرد. زیرا خواست انشایی آنان به یک قرارداد با ویژگی‌های مختص آن طبق ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گرفته است. یعنی قرارداد موصوف، یک ماهیت یک‌پارچه دارد و در مقابل قرارداد مرکب قرار می‌گیرد. پس، می‌توان گفت که قرارداد ای‌پی‌سی یک عقد نامعین است. زیرا نام این نوع قرارداد و همچنین آثار و شرایط ویژه و بنیادین آن در قوانین ایران نیامده است.

پیشنهاد می‌گردد با توجه به این که ای‌پی‌سی قراردادی است که با داشتن مزایایی چون اطمینان بیشتر از هزینه‌های 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، گزینه‌ای شایسته است که در حال رشد روزافزون کاربرد و استفاده در همه شئون و موضوعات است که نیاز بیشتر و شایانی به عنوان یکی از قراردادهای خدمت و یک عقد معین، در زمینه تقنین آن؛ به طور جامع الاطراف در همه جنبه‌ها اعم از نام، آثار و شرایط این قرارداد نوظهور و کاربردی در صنعت ساخت و ساز و امور زیربنایی و به رسمیت شناختن آن در قانون و حقوق به وسیله قانونگذار مورد توجه ویژه قرار گیرد.

منابع

- ابراهیمی، سید نصرالله، تقی زاده، ابراهیم و فرزانه سریر. (۱۳۹۳). بررسی اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز در ایران، دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره دوم.
- اطهری، نگین و سلحشور، جمشید. (۱۳۹۱). بررسی قرارداد ای‌پی‌سی و مقایسه آن با سایر قراردادهای جاری در کشور. نهمین کنگره بین‌المللی مهندسی عمران، تهران.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد. الجلد ۷. المجلد الاول. بیروت:

المنشورات الحلبي الحقوقية.

القانون المدني مصر، مصوب ۱۶ ژوئیه ۱۹۴۸.

امانی، مسعود (۱۳۸۹). حقوق قراردادهای بین المللی نفت، تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع).

امامی، سید حسن (۱۳۷۴). حقوق مدنی، جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). صدمقاله در روش تحقیق علم حقوق. تهران: گنج دانش.

حبیب زاده، محمد کاظم (۱۳۹۰). اصول حاکم بر قراردادهای دولتی. تهران: انتشارات جاودانه

حکیم، سید محسن، (بی تا)، نهج الفقاهه، موسوعه فقه الاسلامی، جلد ۲، قم: مؤسسه دایره المعارف اسلامی.

حلی (محقق)، ابی القاسم نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۳۷۴). شرایع الاسلام، جلد ۲، قم: چاپخانه امیر.

خسروی، حسن و هکی، فرشید. (۱۳۹۵). حقوق کار، تهران: انتشارات پیام نور.

خورسندیان، محمدعلی. (۱۳۸۳). تمایز مقاطعه کاری و بیع، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره هشت، شماره ۳۴.

خورسندیان، محمد علی و شنیور، قادر (۱۳۹۰). ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه، نشریه مطالعات فقه و

حقوق اسلامی. سال سوم. شماره ۴.

دهقانی نژاد، عباس و عابدینی، حسین. (۱۳۹۱). تحلیل مفهوم عقد استصناع، فصلنامه مطالعات حقوقی؛ دولت

اسلامی، سال اول، شماره اول.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). پروژه های ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT)، نامه مفید. شماره ۲۶.

صادقی، محسن و حبیب گودرزی (۱۳۸۷). بررسی قراردادهای بین المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با

نگاهی به نظام حقوقی ایران. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۳۸. شماره ۲.

طاهری، یاشار، سیدحکمت اله عسکری و سیدباسم موالی زاده (۱۴۰۱). نگاهی فقهی حقوقی به قراردادهای

مهندسی، تأمین و ساخت. مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۳۰.

طباطبایی مومتمنی، منوچهر (۱۳۸۱). حقوق اداری. تهران: انتشارات سمت.

قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات، ج ۳. تهران: کیهان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، معاملات معوض و تملیکی. تهران: شرکت سهامی

انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). حقوق مدنی، دوره عقود معین (۲)، مشارکت ها و صلح. تهران: گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قانون مدنی در نظم کنونی حقوقی. تهران: میزان.

گادوین، ویلیام (۱۳۹۹). قراردادهای بین المللی ساخت، ترجمه نیما امانی و کیوان صفرزاده، چاپ اول، تهران: جهاد

دانشگاهی واحد صنعتی امیرکبیر.

گرچی، ابوالقاسم (۱۳۹۸). تاریخ فقه و فقهها. تهران: سمت.

مشکات، سیدمصطفی (۱۴۰۰). مشارکت عمومی-خصوصی (PPP)، تهران: میزان.

موحدیان، غلامرضا (۱۳۹۲). حقوق کار علمی-کاربردی، به انضمام مباحثی از بیمه های تأمین اجتماعی، تهران:

فکرسازان.

- موسویان، سیدعباس و بازوکار، احسان. (۱۳۹۲). احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، فصلنامه بورس اوراق بهادار سال ششم، شماره ۲۱.
- واحد احمدیان، سعید. (۱۳۸۸). مزایا و معایب قراردادهای EPC در پروژه های عمرانی، مجموعه مقالات اولین کنفرانس ملی اجرای پروژه، تهران.
- نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، دارالاحیاء التراث العربی، لبنان، چاپ هفتم.
- نظریور، محمد نقی (۱۳۹۰). استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع، مجله فقه اهل بیت (فارسی). شماره ۶۷-۶۶. واحدی، جواد (۱۳۷۸). ترجمه قانون تعهدات سویس. تهران: میزان.
- هاشمی، سیدمحمد. (۱۳۸۵). حوزه حقوق عمومی، مجله حقوق عمومی، شماره اول.
- هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۷۸). استصناع (سفارش ساخت کالا)، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۱۹ و ۲۰.
- هدایتی زفرقندی، محمد. (۱۳۸۸). قرارداد کار. تهران: میزان.
- Baker, Ellis, Mellors, Ben, Chalmers, Scott, Lavers, Anthony. (2009). FIDIC Contracts: Law and Practice, Whaite and Case, Routhledge, London.
- Beard, Jeferey L., Loulains, Michael C., Wundram, Edwardo C. (2004). Design Build Planning through Developmnet, Mc Graw hill.
- Brown, George. (1995). Opportunities and Risks of Design Build Projects, the Construction Super conference, December 7-8., San Francisco, U.S.
- Bo, Xia and Chan, Albert P.C. (2008). Investigation of Design Build Variants in Construction Market of the People, Republic of China, First International Conference on Construction in Developing Countries (ICCDC-I), Karachi, Pakistan.
- Bunni, Nael. G. (2005). The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing, UK.
- Encyclopedie Juridique (2020). Repertore de Droit Civil, Tom 3 Dalloz, d'entreprise
- Godwin, William QC. (2020). The 2017 FIDIC Contracts, First Edition. JohnWiley & Sons Ltd.
- Heidelberg, Velag Berlin. (2010). FIDIC-A Guide for Practitioner, Germany, Springer.
- Hosie, Jonathan. (2007). Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book:What do owners want? What do they get, Mayer Brown International LLP.
- <https://fidic.org/history>. Last visited; September 8, 2021.
- https://fidic.org/membership/membership_associations. Last visited: September 8, 2021.
- Klee, Lukáš and Novy, Daniel. (2014). Construction Dispute Boards, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol. IV, New York: Juris.
- Kelleher, Jr, Thomas J., John M. Mastin, Jr., and Ronald G. Robey. (2015). Smith, Currie & Hancock's CONSTRUCTION LAW: A Practical Guide for the Construction Professional, Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey.
- Klee, Lukáš. (2013). Delivery Methods under FIDIC Forms of Contract, The Lawyer Quarterly (TLQ), Vol 3, No 2.
- Klee, Lukáš and Rucka, Ondrej. (2014). FIDIC: Significance in the Construction Industry, Czech Yearbook of International Law, New York: Juris.
- Kelley, Gail S. (2013). Construction Law: An Introduction for Engineers, Architects, and Contractors, Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.
- Knutson, Robert. (2005). Fidic: An Analysis of International Construction Contracts, International Bar Association and Kluwer law, Netherlands.

- Lin, Chunguang. (2016). The Risk Management under Conditions of Contract for EPC in Overseas Projects, School of Economics and Management, Beijing Jiaotong University, China, 978-1-5090-1102-5/16/\$31.00 © 2016 IEEE.
- Li, Weifang and Lin, Ling. (2020). Projects Based on EPC Petrochemical Engineering, Journal of Physics: Conference Series.: **1649** 012004. IOP publishing.
- McAlpine, M.L. (1997). Construction Law: Will Design-Build Contracting Really Solve All of the Problems?, Michigan Bar journal, vol 76.
- Plant and Design-Build. (1999). For Electrical and Mechanical Works and For Building and Engineering Works Designed by Contractors. Geneva: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), World Trade Center II.
- Sadeghi, Benyamin, Mortaheb, Mohammad Mehdi and Kashani, Hamed. (2016). Defining Mitigation Strategies for Recurring EPC Contract Risks, Construction Research Congress, ASCE.
- Salmon, Walter A. (2020). Practical Risk Management for EPC/Design-Build Projects: Manage Risks Effectively-Stop the Losses, Wiley, UK.
- Schmitt, Geoffrey.(2006). Contracting in The Global Market Place. XXIII Congress, Munich, Germany.
- Klee, *Lukáš*, Alexandra Markez and Michal Skorupski. (2014). The Use and Misuse of Fidic Forms In Poland, The INTERNATIONAL Construction Law Review, London.
- Wallace, I.N.D. (1986). Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract, Sweet& Maxwell, London.
- Verveniotis, (1994). The concession agreement (BOT), International construction law review, 1 (11) .
- Yescombe, E.R. (2002). Principle of Project Finance. Academic Press, California.



A jurisprudential perspective on the nature of the EPC contract, in the light of Fidic and Iranian law

Yashar Taheri^{*,**}

Seyyed Hekmatallah Askari^{***}

Seyyed Bassem Mavalizadeh^{****}

Abstract

Contracting is one of the contracts that today has taken on a different legal nature due to changes in various sectors. In this matter, some of these contracts are in such a way that they are out of the category of renting to individuals and take on a special nature. The International Federation of Consulting Engineers, known as FIDIC, published a model contract called the EPC contract for infrastructure and construction industry in 1999 in an international uniform document called the Silver Book. Unlike traditional contracting, full engineering and design obligations are placed on the contractor to provide equipment and materials for work and construction, which entails a full responsibility for him. This contract, which is characterized by a fixed time and price, puts all the risks on the contractor, and to get rid of it, the employer undertakes to pay the contract price based on the agreement of the parties. In this way, there are contracts in the Iranian and international legal system that, due to their similarity, the need to analyze and compare them with the EPC contract is felt. This article, which is written with a library and analytical method, seeks a comparative study and finally comes to the conclusion that the EPC contract has differences with contracts such as BOT, Contract of Reward, design-Build, etc., and they are different from each other in legal nature.

Key Words

EPC contract, owner, contractor, construction Law.

* Ph.D student in Private Law, Department of Law, Khuzestan Science and Research Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran

** Ph.D student in Private Law, Department of Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran

*** Assistant Professor, Department of Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, (corresponding author): Email: hekmat_askari@yahoo.com

**** Assistant Professor, Department of Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran