

تحلیل تعدیل قضایی قراردادهای پیمان به مثابه مقتضای اطلاق عقد اجاره اشخاص

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۷

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۵/۵

شیمای وفادارنیا*
علیرضا فصیحی زاده**

۱۵۹

حقوق اسلامی / سال نوزدهم / شماره ۷۳ / تابستان ۱۴۰۱

چکیده

اثرات عدم ثبات روز افزون نظام اقتصادی بر طرفین قراردادها به ویژه قراردادهای پیمان، همواره بحث‌های پیرامون تعدیل قرارداد را زنده نگه داشته است. حقوقدانان تلاش کرده‌اند با ارائه نظریات مختلف از جمله نظریه غبن حادث و یا نظریه حاکمیت قاعده لاضرر، به توجیه تعدیل قضایی قرارداد بپردازند، اما اختلاف نظرهای موجود بر سر مبانی این نظریات و سنگینی بار مخالفت با مبانی فقهی و حقوقی برای قضات، باعث دوری نظام قضایی از پذیرش تعدیل گشته است. سؤال آن است که چگونه می‌توان از طریق تعیین نوع و عنوان عقد، بدون مخالفت با مبانی حقوقی، راهی برای تعدیل قرارداد پیمان برای قضات گشود؟ از نتایج این تحقیق آن است که با توجه به شمول قلمرو پیمان نسبت به بسیاری از قراردادها، می‌توان با تعیین نوع این عقد و پذیرش اجاره اشخاص به عنوان ماهیت آن، تعدیل را به مثابه مقتضای اطلاق عقد بذیرفت و بنابراین قدمی در راستای حل اختلافات در پذیرش تعدیل پیمان برداشت.

واژگان کلیدی: تعدیل قضایی، ماهیت پیمان، عقد اجاره، مقتضای اطلاق عقد.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (vafadar_shima@yahoo.com).

** استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان/ نویسنده مسئول (fasihizadeh@ase.ui.ac.ir).

مقدمه

تعدیل قرارداد یک مفهوم قانونی است که در حقوق کشورهای مختلف به گونه‌های متفاوت مطرح شده (خوینی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳/قنوتی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱) و به معنای بازگرداندن تعادل اقتصادی طرفین و شرایط قرارداد به زمان انعقاد آن است؛ به طوری که تا حد امکان به اراده طرفین نزدیک گردد (بیگدلی، ۱۳۸۶، ص ۱۶) تعدیل قرارداد در اصطلاح به معنای تصرف در قرارداد از طریق تفسیر است که با هدف انطباق قرارداد با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی حاکم صورت می‌گیرد (شفایی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹).

تعدیل به اعتبار مرجع تعدیل کننده به سه دسته تعدیل قراردادی، تعدیل قانونی و تعدیل قضایی تقسیم می‌گردد (خوینی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳) چنانچه تعدیل ناشی از تراضی طرفین قرارداد در زمان انعقاد نسبت به لزوم تعدیل قیمت، زمان و یا سایر شرایط باشد، تعدیل قراردادی و چنانچه قانونگذار به لحاظ رعایت مصلحت، در صورت تحقق شرایط خاص، به طور مستقیم شرایط قرارداد را تعدیل نماید، تعدیل قانونی خواهد بود (خوینی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳).

در خصوص امکان تعدیل قراردادی و قانونی میان حقوقدانان اختلافی وجود ندارد، اما امکان با عدم امکان نوع سوم تعدیل یعنی تعدیل قضایی، سالهست که محل اختلاف میان حقوقدانان و قضات قرار گرفته است. این تعدیل توسط قاضی با هدف جلوگیری از بی‌عدالتی و ضرر یکی از سویین اعمال می‌گردد (خطیب، ۱۳۹۷، ص ۱۳۷) و برخلاف تعدیل قانونی و قراردادی، تنها زمانی مطرح می‌شود که تعادل اقتصادی طرفین و شرایط قرارداد به علت حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی خدشه دار شود (میرهادی تفرشی و عراقی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۲) و اجرای قرارداد را برای یک طرف، نه غیر ممکن، بلکه دشوار و همراه با ضرر نامتعارف سازد؛ چراکه همین عدم قابلیت پیش‌بینی است که علیرغم اطلاق قرارداد و یا عدم تصریح قانون، امکان تعدیل قرارداد را به قاضی داده و آن را موجه جلوه می‌دهد. باتوجه به نوسانات شدید قیمت، لزوم اعمال این نوع از تعدیل در قراردادها بدیهی به نظر می‌رسد، اما علیرغم تلاش‌های ارزشمند حقوقدانان، بحث تعدیل قضایی قرارداد از جمله تعدیل قرارداد پیمان همچنان یکی از مباحث چالش برانگیز حقوقی است و تلاش‌های انجام گرفته تاکنون کارساز نبوده است.

قرارداد پیمان یکی از مهم‌ترین قراردادهاست که تأثیر آن بر نظام اقتصادی جامعه، آشکار و تأمین امنیت حقوقی طرفین آن بسیار حائز اهمیت است. از آن جا که در بسیاری از پیمان‌ها، تهیه

مصالح، جزئی از موضوع پیمان بوده و بر عهده پیمانکار است، تأثیر نوسانات قیمت مصالح بر این نوع از عقود در نتیجه حل اختلافات میان طرفین، همواره یکی از چالش‌های مهم نظام قضایی کشور بوده است و لذا به نظر می‌رسد موضوع تعدیل در عقود پیمان بیش از سایر قراردادها حائز اهمیت است. از این رو، در مقاله حاضر به‌نحو خاص به تعدیل این عقود پرداخته می‌شود. برای توجیه تعدیل قضایی قرارداد، حقوقدانان به ارانه نظریات متعددی پرداخته‌اند که از جمله مهم‌ترین آنها می‌توان به نظریه شرط ضمنی، نظریه غبن حادث، توسل به قاعده لاضرر و قاعده نفی عسرو حرج اشاره نمود. در مقاله حاضر ابتدا مهم‌ترین نظریات موجود برای توجیه تعدیل قضایی قرارداد، تحلیل می‌شود. پس از آن در راستای رفع اختلافات در خصوص عقد پیمان، تلاش می‌شود با طرح و تبیین تعدیل به‌مثابه مقتضای اطلاق عقد اجاره اشخاص، در راستای تعدیل قضایی گامی برداشته شود.

۱. مهم‌ترین نظریات توجیه‌گر تعدیل قضایی قرارداد و امکان سنجی اعمال آنها در تعدیل قرارداد پیمان

تلاش‌های حقوقدانان در جهت توجیه تعدیل قضایی قرارداد، منجر به پیدایش نظریات متعددی گشته است که مهم‌ترین آنها نظریه شرط ضمنی، توسل به قاعده لاضرر، توسل به قاعده نفی عسرو حرج و نیز نظریه غبن حادث بوده است.

الف — توسل به قاعده لاضرر: قاعده لاضرر یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی است که مستند آن قرآن و حدیث متواتر «انک رجل مضار و لاضرر و لاضرر علی مومن» است (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۰، ص ۴۸۶). عده‌ای از حقوقدانان پس از بررسی این قاعده و نظرات چهارگانه در خصوص دلالت این حدیث، برهم خوردن تعادل تعهدات در زمان اجرای قرارداد را مصداقی برای اجرای قاعده لاضرر و موجبی برای عدم اجرای تعهدات می‌دانند؛ در حالی که یکی از استثنائات قاعده لاضرر، قاعده اقدام است (میرشکاری و تقوایی، ۱۳۹۶، ص ۹) بنابراین این قاعده در خصوص قراردادهایی که قیمت در آن مقطوع است، جاری نمی‌گردد؛ زیرا با توجه به آنکه طرفین با مقطوع نمودن قیمت، علیه خویش اقدام نموده‌اند، برای تعدیل قیمت این قراردادها نمی‌توان به قاعده لاضرر متوسل گردید؛ بنابراین توسل به این قاعده برای توجیه تعدیل قرارداد، اگرچه راهگشا است، اما به دلیل تعارض با اصل آزادی اراده طرفین، اقناع‌کننده نیست.

ب — توسل به قاعده نفی عسرو حرج: این نظریه نیز از جمله نظریات مهمی است که در توجیه تعدیل قضایی قراردادها مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر اساس قاعده مذکور چنانچه نتیجه اجرای حکم، ایجاد مشقت نامتعارف برای فرد مکلف باشد، حکم اولیه ساقط و مکلف از اجرای حکم معاف می‌گردد (مقدری، ۱۳۹۴، ص ۱۵۱) با وجود مبنای فقهی محکم (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۴/نجفی، ۱۳۹۴، ص ۲۹۸) و امکان استفاده به‌عنوان عاملی برای بازبینی قرارداد و اجرا تعهدات ناشی از آن، این نظریه صرفاً زمانی قابل اجراست که اجرای قرارداد باعث تحمیل مشقت و حرجی بر متعهد باشد؛ بنابراین در صورت افزایش قابل ملاحظه هزینه‌های قرارداد برای پیمانکار به گونه‌ای که عرفاً معامله ضرری گردد، اما تحمل این هزینه‌ها با توجه به توان مالی پیمانکار مشقت‌بار نشود، اجرای تعهدات مشمول حکم نفی عسرو حرج نخواهد شد، (مقدری، ۱۳۹۴، ص ۱۵۳) در حالی که تعدیل قضایی قرارداد فارغ از وضعیت مالی پیمانکار انجام می‌گیرد؛ بنابراین قاعده نفی عسرو حرج نیز پاسخ‌گوی مسئله تعدیل نمی‌باشد.

ج — نظریه شرط ضمنی: طبق این نظریه، تعدیل قرارداد از طریق استنباط قضایی اراده طرفین امکان‌پذیر است؛ (خوینی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۱) اما در خصوص توجیه تعدیل قضایی قرارداد با شرط ضمنی به نظر می‌رسد همانطور که برخی از حقوقدانان معتقدند، اساساً تعدیل قرارداد بر اساس شرط ضمنی قابل توجیه نیست؛ چراکه فرض اولیه در هر قرارداد آن است که متن قرارداد به‌رغم حوادث آینده و حتی غیر قابل پیش‌بینی، نافذ و لازم باشد. در غیر این صورت به دلیل قرار گرفتن قرارداد در معرض آینده‌ای نامعلوم، قرارداد با اشکال غریبی بودن نیز مواجه خواهد شد. ضمن اینکه احراز شرط ضمنی نیازمند وجود ملازمه عرفی دو موضوع با هم و یا به‌عبارت دیگر دلالت التزامی است و در قراردادها این دلالت بر تعدیل در صورت تغییر شرایط وجود ندارد؛ چراکه تغییر و نوسان شرایط اقتصادی جامعه، نه‌تنها حاکی از وجود شرط ضمنی برای تعدیل قرارداد نیست، بلکه بر عکس، نشان‌دهنده آن است که سکوت طرفین و عدم تصریح به تعدیل با وجود اهمیت موضوع، خود به معنای اراده طرفین بر پابندی به قرارداد می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۳) بنابراین توسل به شرط ضمنی برای توجیه تعدیل قرارداد فاقد وجه به نظر می‌رسد.

د — نظریه غبن حادث: بر اساس این نظریه با توجه به عدم اختصاص غبن به عقد بیع (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۲۷۹) و با لحاظ این امر که غبن وسیله‌ای برای جبران زیان ناشی از عدم تعادل دو عوض است، قواعد و آثار غبن به مواردی که تعادل عرفی قرارداد در طول اجرای تعهدات مختل گردد نیز

تسری داده می‌شود و در این حالت امکان فسخ یا تعدیل قرارداد وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۰۳).

اگر همانطور که برخی از حقوقدانان قائلند نظریه غبن حادث را موجب حق فسخ بدانیم (همان، صص ۱۰۷ و ۹۹۶)، این عمومی دانستن قاعده غبن با امنیت حقوقی قرارداد و اصل لزوم قرارداد در تعارض قرار می‌گیرد و همین امر باعث مخالفت برخی از حقوقدانان شده است (حسین‌آبادی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۲-۱۵۳) لازم به ذکر است که طرفداران این نظریه برای توجیه آن، مبنای خیار غبن را لاضرر و یا اختلال در رضای طرفین که مبنای توسل به نظریه شرط ضمنی است، می‌دانند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۸۸/خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۲۸۹/کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۸۲/شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۴/شفایی، ۱۳۷۶، ص ۹) به نظر می‌رسد فارغ از درستی یا نادرستی این مبناها باید گفت از یک طرف توسل به غبن حادث و سپس توجیه آن با قاعده لاضرر موجب گرفتار شدن بحث در اختلافات فقها در خصوص مبنای خیار می‌شود، در حالی که چنانچه قاعده لاضرر را حاکم بدانیم، این اصل برای توجیه تعدیل قرارداد نیازمند ضمیمه شدن به نظریه غبن حادث نمی‌باشد و از طرف دیگر قاعده لاضرر نیز به دلایل پیش گفته، راه گشای بحث نخواهد بود. ضمن اینکه با توجه به اشکالاتی که نسبت به نظریه شرط ضمنی مطرح گردید، توسل به این مبنا در غبن حادث نیز قابل توجیه نیست.

لازم به ذکر است حتی چنان چه نظریه غبن حادث را به عنوان مبنای تعدیل قرارداد بپذیریم، هدف ما از تعدیل قضایی محقق نخواهد شد؛ چراکه هدف در تعدیل قضایی قرارداد آن است که قاضی بتواند بسته به مورد، شرایط و یا قیمت قرارداد را تعدیل نماید و تعادل نسبی را به قرارداد بازگرداند، در حالی که غبن حادث، در صورت احراز، تنها موجب فسخ می‌باشد. اعمال خیار توسط مغبون در بسیاری از موارد یا با نفع هیچ‌یک از سویین قرارداد سازگار نیست و یا موجب ضرر متعهدله می‌گردد (مرادی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۸) بنابراین نظریه فوق نیز منتهی به توجیه تعدیل قضایی قرارداد در صورت بروز شرایط غیر قابل پیش‌بینی و در نتیجه اقناع نظام قضایی نخواهد شد.

لایحه جدید قانون تجارت که در تاریخ ۱۳۹۹/۲/۳۰ مورد تصویب مجلس قرار گرفته و پس از عدم تأیید شورای نگهبان، به مجلس اعاده شده است نیز به روشنی حاکی از عدم توفیق نظرات فوق در اقناع قانونگذار است؛ چراکه در این لایحه علیرغم مواد متعدد در خصوص جواز و یا حتی الزام به تعدیل، در نهایت درج تبصره دو ماده ۳۹، بر تمام تلاشهای قبلی در مواد ۱۲، ۲۲، ۲۴ و صدر

ماده ۳۹ خط بطلان کشیده شده است.

ماده ۲۴ مقرر می‌دارد: «هر قراردادی که صحیحاً منعقد شده است، برای طرفین الزام‌آور است. هرگونه تغییر مفاد قرارداد یا فسخ آن، تنها، به‌موجب مفاد خود قرارداد یا توافق جدید امکان‌پذیر است، مگر اینکه قانون به‌نحو دیگری مقرر کرده باشد» اگرچه این ماده به نوعی تأیید و تأکید مجدد بر اصل حاکمیت اراده است، اما در بخش‌های متعددی از لایحه، به مواردی که قانون، تغییر مفاد قرارداد یا به‌عبارت‌دیگر تعدیل قرارداد بر خلاف توافق طرفین را جایز و چه‌بسا لازم می‌داند، پرداخته شده و به نوعی قسمت ذیل ماده، دایره شمول این اصل در قرارداد را بسیار محدود ساخته است.

به ماده ۱۲ لایحه مذکور می‌توان به‌عنوان اولین ماده مرتبط با تعدیل، اشاره نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «طرفین مکلفند در مذاکرات مقدماتی، انعقاد و اجرای قرارداد، اصل حسن نیت و عمل منصفانه در تجارت را رعایت کنند. طرفین نمی‌توانند برخلاف مفاد این ماده توافق کنند»

به نظر می‌رسد هرچند در این ماده، صراحتاً به تعدیل اشاره نشده است، اما الزام طرفین به اجرای با حسن نیت قرارداد به‌معنای پذیرش تعدیل قضایی است؛ چراکه چنانچه تغییر شرایط منجر به ضرر گزاف یکی از سویین گردد، عدم موافقت با تعدیل از سوی طرف دیگر مخالف با حسن نیت و بنابراین مخالف با نص صریح قانون خواهد بود و از آن جا که این ماده یک مقررہ آمره است، قاضی مکلف به الزام طرفین به رفتار بر اساس حسن نیت و عمل منصفانه است و لذا به این وسیله به قاضی اختیار داده می‌شود که در راستای اجرای با حسن نیت قرارداد، طبق ذیل ماده ۳۹ لایحه، مبلغ یا شروط دیگر آن را تعدیل و یا ابطال قرارداد از تاریخ حکم را اعلام نماید. این برداشت از ماده ۱۲ لایحه با تأمل در سایر مواد مرتبط با تعدیل در این لایحه که به حسن نیت و عمل منصفانه ارجاع می‌دهد، قابل توجه است و ارتباط ماده ۱۲ را با تعدیل آشکار می‌کند. ممکن است گفته شود که لزوم رعایت اصل حسن نیت و عمل منصفانه در این ماده، به‌معنای پذیرش تعدیل نیست، بلکه صرفاً به‌معنای لزوم رعایت این اصول در تنظیم و نیز در نحوه اجرای مفاد مندرج در همان قرارداد است؛ بنابراین نمی‌توان از این ماده استنباط نمود که در صورت بروز حوادث خارجی و تغییر شرایط و تعادل اقتصادی قرارداد، قاضی مکلف است در خصوص اینکه آیا در شرایط جدید، عمل طبق مفاد قرارداد، منصفانه و مطابق با حسن نیت است یا خیر، تصمیم‌گیری و حکم بر تعدیل قرارداد صادر نماید، اما به نظر می‌رسد با توجه به آنکه در متن ماده مذکور، رعایت این اصول در زمان اجرای قرارداد در کنار زمان مذاکرات مقدماتی و انعقاد قرارداد ذکر شده است؛ بنابراین

قانونگذار به رعایت اصول حسن نیت و عمل منصفانه در صورت حدوث شرایط غیر قابل پیش‌بینی و خارج از قرارداد نیز نظر داشته است؛ چراکه تنها در این صورت ذکر رعایت این اصول در زمان اجرای قرارداد در کنار رعایت آن در زمان مذاکرات و انعقاد عقد، معنا خواهد داشت.

صرف نظر از اشاره تلویحی به تعدیل در این ماده، قانونگذار در مواد ۲۲، ۲۴ و ۳۹ صراحتاً به بحث تعدیل پرداخته و سعی در خاتمه اختلافات موجود بر سر امکان یا عدم امکان تعدیل قرارداد داشته است، بدون آنکه تعارضات این حکم با مبانی فقهی و اصولی چون اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم را مرتفع و یا توجیه نماید.

ماده ۲۲ لایحه مقرر می‌دارد: «در موارد زیر شرط مندرج در قرارداد، چنانچه موجب عدم تعادل نامتعارف بین حقوق و تکالیف طرفین گردد، غیر منصفانه محسوب می‌شود و زیان دیده می‌تواند خواهان ابطال شرط شود:

۱- شرط مندرج در قرارداد بین مصرف‌کننده و صاحب حرفه، چنانچه شرط به زیان مصرف‌کننده باشد؛

۲- شرط مندرج در قراردادی که یکی از سویین در خصوص موضوع آن دارای انحصار است، چنانچه شرط به زیان طرف دیگر باشد؛

۳- شرط مندرج در قرارداد نمونه ارائه شده از سوی یکی از سویین، چنانچه شرط به زیان طرف دیگر باشد؛

تبصره ۱- در احراز عدم تعادل نامتعارف بین حقوق و تکالیف طرفین باید به ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال حاکم بر انعقاد قرارداد و سایر شروط آن قرارداد توجه شود.

تبصره ۲- در مواردی که زیان دیده خواهان ابطال شرط است، اگر طرف مقابل قبول نماید که شرط مذکور تعدیل شود، دادگاه حکم به تعدیل شرط به‌نحو متعارف می‌دهد»

از میان بندهای فوق می‌توان گفت، قراردادهای پیمان مشمول بند سه ماده فوق قرار می‌گیرند؛ چراکه در بسیاری از این قراردادها شرط عدم تعدیل در صورت بروز شرایط غیرقابل پیش‌بینی درج می‌گردد و بنابراین در عمل، موجب عدم تعادل نامتعارف حقوق و تکالیف طرفین می‌شود و در نهایت ماده ۳۹ لایحه مذکور نیز مقرر می‌دارد: «در صورت بروز حوادثی که تعادل قرارداد را به‌طور اساسی برهم زده یا به‌نحو فاحشی هزینه اجرای تعهد را برای یک طرف افزایش داده است، طرف زیان دیده حق دارد به‌منظور ایجاد تعادل قراردادی در مدت متعارف و با ذکر دلایل درخواست

مذاکره کند. درخواست مذاکره حق خودداری از اجرای تعهدات را به طرف زیان دیده نمی‌دهد. در صورت عدم دستیابی به توافق در مدت متعارف، هریک از سویین می‌توانند تعدیل قرارداد را از دادگاه تقاضا کنند. دادگاه در صورت احراز موضوع این ماده، حکم به تعدیل قرارداد می‌دهد و چنانچه حکم به تعدیل نامتعارف یا تعدیل ناممکن باشد، از تاریخ حکم قرارداد را ابطال می‌کند.

تبصره ۱ - چنانچه قرارداد در خصوص نحوه تعدیل قرارداد، در موارد مقرر در این ماده، متضمن مقرراتی باشد، مفاد این ماده اجرا نخواهد شد، مشروط بر آنکه مقررات مذکور غیر منصفانه نباشد. در هر حال، طرفین نمی‌توانند بر عدم امکان تعدیل قرارداد، در موارد مقرر در این ماده توافق نمایند.

تبصره ۲ - حوادث قبل از انعقاد قرارداد که زیان دیده نسبت بدان مطلع بوده است یا باید مطلع می‌بود، حوادثی که برای زیان دیده خطر احتمال ناشی از آن را برعهده گرفته باشد و مواردی که تاخیر زیان دیده موجب آن شده است، موجب ابطال یا تعدیل قرارداد نیست»

اگرچه این مقررات که به نوعی در حقوق کشورهای دیگر نیز به چشم می‌خورد، (قنوتی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱-۱۴۳) می‌تواند خاتمه‌ای برای بسیاری از مشکلات پرونده‌های مبتنی بر پیمان به‌عنوان یکی از انواع قراردادها باشد، اما به دلیل عدم توجه به مبانی، احتمال حذف آن توسط شورای نگهبان قوی است. شاید کلام متناقض قانونگذار در تبصره دوم ماده ۳۹ نیز به همین خاطر بوده است. در این تبصره مقرر می‌گردد که چنانچه زیان دیده خطر احتمالی ناشی از حوادث را برعهده گرفته باشد، حق درخواست مذاکره و یا تعدیل قرارداد را ندارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد قانونگذار با درج این تبصره در عمل اثر کلیه مواد قبل در خصوص تعدیل را باطل نموده است؛ چراکه اگرچه طبق تبصره یک ماده ۳۹، هر نوع توافق غیر منصفانه بر خلاف مفاد این قانون باطل می‌باشد و در هر حال شرط عدم تعدیل قرارداد طبق این تبصره امکان‌پذیر نیست، اما در تبصره دوم همین ماده، چنانچه ذکر شد، امکان درج شرط با مضمونی که یک طرف را متعهد به تحمل خطرات احتمالی ناشی از خطر نماید، وجود دارد. به عبارت دیگر مقنن علیرغم آنکه در ابتدای ماده، به طور مطلق و موسع نسبت به پذیرش تعدیل قضایی قرارداد حکم می‌دهد، در این تبصره به روشنی راه را برای تعدیل قرارداد دشوار و حتی غیرممکن می‌سازد. به نظر می‌رسد این تناقض در گفتار ناشی از آن است که مبنای اختلاف هنوز باقی بوده و قانونگذار نیز در نادیده گرفتن آن صریح و قاطع نیست و بنابراین این بیان متزلزل و غیر قاطع باعث اقتناع دادگاه و ایجاد رویه واحد نیز نخواهد شد. لذا باید در پی توجیهی برای تعدیل بود به نحوی که با مبانی حقوق نیز سازگار باشد.

۲. توجیه تعدیل قضایی قراردادهای پیمان از راه تحلیل ماهیت عقد

کلیه نظریات موجود در خصوص تعدیل قضایی با این فرض به ظاهر قطعی که تعدیل با اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم قراردادها در تعارض می‌باشد، (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵/طوسی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۴/بنایی، ۱۳۹۲، ص ۴۶) به تلاش برای توجیه این تعارض پرداخته‌اند. در حالی که چنانچه بتوان تغییر قیمت قرارداد در اثر تغییر شرایط غیر قابل پیش‌بینی را مقتضای اطلاق عقد پیمان دانست، می‌توان گفت که تعدیل قیمت قرارداد نه‌تنها مغایر با اصول مذکور نیست، بلکه در راستای آنها می‌باشد. به بیان دیگر آنچه در این قسمت دنبال می‌شود آن است که تعدیل قرارداد نه به‌عنوان امری ثانوی و مغایر با اصل لزوم و اصل حاکمیت اراده، بلکه به‌مثابه یکی از آثار بدیهی عقد پیمان مورد پذیرش قرار گیرد. برای تبیین این نظر ابتدا به تعریف پیمان و ماهیت آن پرداخته می‌شود و سپس ارتباط ماهیت عقد با امکان تعدیل قضایی قیمت قرارداد بیان خواهد شد.

۲.۱. تعریف قرارداد پیمان

ماده یک شروط عمومی پیمان‌های سه‌عاملی^۱ به‌عنوان تعریف پیمان توسط گروهی از حقوق‌دانان بیان شده است (میلانی‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۱۷/میرهادی تفرشی و عراقی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۹) طبق این ماده، «پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده دو موافقتنامه پیمان درج شده است» این تعریف با وجود درستی، قلمرو و تعریفی ماهوی از پیمان ارائه نمی‌دهد.

ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹ نیز تعریف دیگری از این عقد ارائه می‌دهد. طبق این ماده: «مقاطعه یا پیمانکاری قراردادی است که به‌موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمانهای عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار واگذار می‌کند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل و یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد» تعریف فوق با وجود اشاره به بسیاری از جنبه‌های قرارداد پیمان، نه‌تنها کامل نیست، بلکه صرفاً به تعریف پیمان‌های دولتی می‌پردازد (بشیری و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۲۴) و در این ماده و سایر متون قانونی، تعریفی از پیمان‌های منعقد در بخش خصوصی ارائه نشده است، در حالی که بدون تردید این عقود در بخش خصوصی نیز حضور

۱. قرارداد سه‌عاملی قراردادی است که در آن سه‌عامل پیمانکار، مشاور و کارفرما حضور داشته و در روند اجرای پروژه ایفای نقش می‌نمایند.

و وجودی پر رنگ دارند.

باتوجه به تعاریف یاد شده، می‌توان گفت عقد پیمان عبارت است از عقدی که به موجب آن یک طرف که خارج از مفهوم کارگر و خارج از حوزه قانون کار قرار می‌گیرد، متعهد می‌گردد که در مقابل اجرت، شیئی که نوع و مقدار آن معین شده است را ساخته و یا عملی مشخص اعم از خرید، فروش و یا هر عمل دیگر حقوقی و یا عمل غیر حقوقی را انجام دهد، اعم از اینکه در صورت نیاز به مصالح، تهیه مصالح مورد استفاده و ریسک ناشی از آن بر عهده پیمانکار باشد و یا بر عهده کارفرما قرار گیرد. به عبارت دیگر تعهد پیمانکار در عقد پیمان می‌تواند شامل موضوعات خرید، فروش، مشاوره، ساخت و یا انجام هر عمل حقوقی یا غیر حقوقی برای کارفرما باشد؛ بنابراین قراردادهای پیمان بر اساس موضوع به طور کلی به سه نوع قابل تقسیم هستند:

۱— عقود که در آنها تهیه مصالح بر عهده پیمانکار نیست. اعم از اینکه تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار گیرد و یا موضوع پیمان اعم از ساخت و غیر ساخت مستلزم تهیه مصالح نباشد. گاهی منظور از عملیات ساخت، طراحی یک نقشه است که به تناسب موضوع، نیازمند تهیه مصالح نیست.

۲— عقود که موضوع آن تهیه مصالح است. به استناد ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹، قراردادهایی که مسئولیت خرید کالا را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهند، پیمان بوده و در این دسته از پیمان‌ها جای می‌گیرند.

۳— عقود که تهیه مصالح برای انجام موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد. این دسته باتوجه به ویژگی خود یعنی نیاز به مصالح، احداث را جزء موضوعات خود خواهد داشت.

۲-۲. ماهیت قرارداد پیمان

در متون حقوقی ماهیت پیمان بدون تفکیک انواع این عقد تحلیل می‌شود و در کلام حقوقدانان مختلف، استصناع (رشید، ۲۰۰۷، ص ۱۲۷/نشوی، ۲۰۰۵، ص ۳۸۵/هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۵/همو، ۱۳۷۸، ص ۲۰)، بیع (آیتی، ۱۳۸۹، ص ۱۹) اجاره اشخاص، جعاله، ترکیبی از عقود، عقدی مستقل (نظرپور، ۱۳۹۰، ص ۱۶۳/صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۷) و یا عقدی بر مبنای ماده ده قانون مدنی محسوب می‌شود (بشیری، ۱۳۹۶، ص ۳۵).

باید گفت باتوجه به آنکه موضوع و تعریف قراردادهای نوع اول و دوم به طور کامل در چهارچوب

عقد اجاره اشخاص جای می‌گیرد، درخصوص ماهیت این دسته از پیمان‌ها تردیدی وجود ندارد، اما تحلیل ماهیت قراردادهای نوع سوم با پیچیدگی بیش‌تری روبرو است؛ زیرا در این نوع از پیمان، تهیه مصالح برای اجرای موضوع پیمان بر عهده پیمانکار است و بنابراین تحلیل این عقود به دلیل ترکیب میان تملیک عمل و شیء و تداخل آن با موضوع عقد بیع، تأمل بیشتری را می‌طلبد. شباهت‌های بسیار عقد اجاره اشخاص و پیمان، ما را به انطباق این دو بر هم هدایت می‌کند، اما برای اثبات این انطباق، به کنکاش در فقه و آرای متفاوت فقهی پرداخته می‌شود تا اختلافات درخصوص تفاوت برخی از آثار و قواعد پیمان و اجاره اشخاص، خدشه‌ای بر استحکام این نظر وارد نسازد. اشکالاتی که احتمال طرح آن از جانب مخالفان انطباق وجود دارد، عبارت‌اند از:

اشکال اول — عدم قابلیت توجیه رابطه کارفرما با مصالحی که پیمانکار در ساخت به کار می‌برد با توسل به عقد اجاره اشخاص

در پاسخ به این اشکال باید گفت رابطه میان کارفرما و مصالح با عقد اجاره اشخاص قابل توجیه است؛ زیرا واگذاری انجام اعمال حقوقی از جمله بیع مصالح به اجیر در قالب عقد اجاره اشخاص نه تنها با منعی مواجه نیست، بلکه شواهد مُتقنی نیز بر درستی آن وجود دارد. برای مثال استفاده از اجیر برای انجام حیات مباحات، یکی از بحث‌های متداول در فقه است (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۲۰/کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۴۷) و این امر به روشنی بر امکان واگذاری انعقاد عمل حقوقی به اجیر صحه می‌گذارد؛ بنابراین می‌توان پیمان را عقد اجاره اشخاص دانست که موضوع آن عبارت است از اجاره شخص برای تهیه مصالح و ساخت. از طرف دیگر ماده ۷۲ شروط عمومی قراردادهای ای پی سی^۲ موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۷۱۰۵ — ۱۰۵/۱۸۹۲۹ مورخ

۲. ماده ۷۲ شرایط عمومی قراردادهای ای پی سی: «مسئولیت‌های پیمانکار در پذیرش خطرات و ضرر و زیان شامل تمام مسئولیت‌های درج شده در پیمان و پذیرش انواع خطرات و ضرر و زیان هاست، به جز آنچه که به‌عنوان مسئولیت‌های کارفرما در ماده ۷۱ مشخص شده است.

۷۲-۱- پیمانکار مسئول مراقبت از تمام و یا هر بخشی از کار، از تاریخ شروع کار تا تاریخ تحویل موقت یا تاریخ خاتمه پیمان، موضوع ماده ۶۷ است. مسئولیت پیمانکار از این تاریخ به‌بعد محدود به مسئولیت رفع نقص در دوره مسئولیت رفع نقص موضوع ماده ۶۱ است.

۷۲-۳- باوجود انتقال مالکیت مصالح و تجهیزات به کارفرما از زمان بسته‌بندی و یا بارگیری، مسئولیت مراقبت از تمام تجهیزات و مصالح طبق بند ۷۲-۱ به عهده پیمانکار است.»

۱۳۸۰/۱۱/۱۴ و نیز بند ۷ — ۷ ماده هفت^۳ شروط عمومی پیمان‌های طرح و ساخت موضوع بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۸ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۵ حاکی از اجیر یا وکیل بودن پیمانکار در تهیه مصالح است؛ چراکه در این مواد زمان مالکیت کارفرما نسبت به تجهیزات و مصالح، زمان تحویل پروژه به کارفرما نیست، بلکه به‌صراحت این مواد، زمان بارگیری و بسته‌بندی و یا تحویل مصالح به کارگاه و یا زودتر از آن به‌عنوان زمان مالکیت کارفرما اعلام شده است.

اشکال دوم - تعارض اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض با اجیر دانستن پیمانکار

طبق این اشکال، اجیر دانستن پیمانکار در خرید مصالح به‌معنای انتقال ضمان و ریسک به کارفرما بلافاصله پس از بیع و تسلیم مصالح توسط فروشنده به پیمانکار است؛ زیرا مالک حقیقی، کارفرما بوده و مصالح صرفاً در ید پیمانکار امانت است؛ بنابراین در صورت تلف بدون تعدی و تفریط مصالح نزد پیمانکار، تلف از مال مستاجر یعنی کارفرما می‌باشد و وی ملزم به پرداخت ثمن به اجیر یعنی پیمانکار خواهد بود، درحالی‌که عرف در این خصوص قائل به جاری شدن قاعده تلف قبل از قبض است و کارفرما را متعهد به پرداخت ثمن مال تلف شده نمی‌داند. در پاسخ به اشکال فوق باید گفت:

الف — باتوجه به‌صراحت مواد شروط عمومی پیمان بسیاری از پیمان‌های رایج، از جمله بند ح از ۱۷ — ۳ ماده ۱۷؛ پیمان دی بی (Design and Build) در خصوص ریسک‌های کارفرما و بند ب^۴ ماده ۴۳ پیمان‌های دی بی بی (Design-Bid-Build) اساساً درستی وجود این عرف مورد تردید است و چه‌بسا استناد به آن در تعیین ماهیت عقد پیمان باعث گمراهی حقوقدانان گردد؛ زیرا به‌موجب مواد ذکر شده، تلف قهری کارها و کالاها قبل از تحویل به کارفرما نیز برعهده وی است؛

۳. بند ۷ — ۷: «هر قلم از تجهیزات و مصالح، تاجایی که با قوانین کشور سازگار باشد و بدون خدشه و فارغ از هر مانع دیگر در زمان زودتر از زمان‌های زیر، متعلق به کارفرما می‌شود: الف - هنگام تحویل به کارگاه، ب - زمانی که طبق ماده ۸ - ۱۰ محقق به دریافت بهای تجهیزات و مصالح می‌شود.»

۴. بند ح: «هرگونه عمل نیروهای طبیعت که غیرقابل پیش‌بینی بوده یا منطقی‌قابل انتظار نیست که پیمانکار با تجربه‌ای توانسته باشد اقدام‌های پیشگیرانه کافی برای جلوگیری از بروز آنها معمول دارد.»

۵. بند ب ماده ۴۳: «در مورد خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان، تاسیسات و ساختمان‌های موقت، ماشین آلات و ابزار و وسائل پیمانکار به‌شرح زیر عمل می‌شود: ۱ - هرگاه خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان مشمول بیمه موضوع بند جماده ۲۱ باشد، برای جبران آن طبق همان ماده اقدام می‌شود. ۲ - اگر خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان، مشمول بیمه موضوع بند جماده ۲۱ نیست یا میزان آنها برای جبران خسارت‌ها کافی نباشد جبران خسارت بر عهده کارفرماست.»

به عبارت دیگر بند «ب» در راستای صدر ماده ۴۳ می‌باشد و صدر این ماده در خصوص وضعیتی اظهار شده است که حوادث خارج از کنترل دو طرف پیمان در منطقه اجرای کار واقع شود و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد. ماده به زمانی اختصاص دارد که کارها و کالاهای موضوع پیمان هنوز در منطقه اجرای کار یا به عبارت دیگر در ید پیمانکار است و تسلیم کارفرما نشده است؛ بنابراین این امر که بند «ب»، مسئولیت جبران خسارت‌هایی را که بیمه متقبل نمی‌شود، بر عهده کارفرما قرار داده است، بدین معناست که تنظیم کنندگان این نمونه استاندارد، کارفرما را قبل از تسلیم کارها و مصالح نیز مالک دانسته و مسئولیت را بر عهده وی قرار داده اند؛ بنابراین این نمونه قرارداد، مسئولیت پیمانکار قبل از تسلیم یا به عبارت دیگر قاعده تلف مبیع قبل از قبض را در قراردادهای پیمان نپذیرفته است. هر چند شروط عمومی پیمان‌های مذکور صرفاً در خصوص پیمان‌های دولتی الزام‌آور است، اما به عنوان الگویی برای قواعد حاکم بر قراردادهای خصوصی نیز مورد اعتنا خواهند بود و به نوعی عرف نیز تابع این نمونه استاندارد است؛ زیرا نص معارضی برای پیمان‌های بخش خصوصی وجود ندارد.

ب — قضاوت عرف بر تلف مبیع قبل از قبض یکی از آثار عقد اجاره است و این ارتکاز عرفی، صرف نظر از تردید جدی در وجود آن، با اجاره دانستن پیمان مغایرتی ندارد؛ زیرا دقت در فقه آشکار می‌کند که بسته به اینکه نسبت به زمان تسلیم عمل در اجاره اشخاص کدام نظر را پذیرفته شود، استدلال‌های متفاوتی قابل تصور خواهد بود. از نظر بسیاری از فقها چنانچه نتیجه عمل اجیر مانند آنچه در نماز خواندن و حج متصور است، پس از به وجود آمدن از بین می‌رود، (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۱) در این صورت انجام عمل به منزله تسلیم عمل است (نجفی، ۱۴۲۱، ص ۱۹۷) و چنانچه عمل اجیر تنها نیاز به فعالیت او دارد و نتیجه این فعالیت حالتی است که در اموال صاحبکار ایجاد می‌شود، (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۱۲) در این صورت دو حالت قابل تصور است؛ اول وجود ملک مستأجر در ید وی و دوم وجود ملک مستأجر در ید اجیر به نحو امانت. در حالت اول به نظر بسیاری از فقهای امامیه انجام عمل به منزله تسلیم عمل است؛ (نجفی، ۱۴۲۱، ص ۱۹۷) زیرا وجود ملک مستأجر در ید وی بدین معناست که نتیجه عمل اجیر که در شیء تجلی پیدا کرده نیز در ید او یعنی مستأجر است و به صرف اتمام عمل، تسلیم محقق می‌شود. در خصوص زمان تسلیم در حالت دوم باید گفت برخی اتمام عمل را به منزله تسلیم می‌دانند؛ (همو، ۱۴۲۱، ص ۱۹۷/ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۹۷) اما عده‌ای دیگر معتقدند که شرط تحقق تسلیم، تسلیم

محل عمل به مستاجر است؛ (نجفی، ۱۴۲۱، ص ۵۴ / اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۹۷) چراکه درحالت دوم به دلیل وجود شیئی در ید اجیر و عدم قدرت و تسلط مستأجر نسبت به آن، به نظر می‌رسد تسلیم عمل زمانی محقق می‌شود که شیئی که عمل در آن متجلی شده تسلیم مستاجر گردد و بنابراین صرف اتمام عمل را نمی‌توان به معنای تسلیم دانست. توضیح آنکه تسلیم عمل یعنی تسلیم عمل خرید مصالح، با تحویل شیئی خریداری شده به مستاجر انجام می‌شود؛ چراکه قبل از آن، مستاجر هیچ‌گونه تسلطی بر عمل انجام شده ندارد.

پاسخ به سوال درخصوص مبدأ انتقال ضمان درحالت دوم، بسته به آنکه کدام نظر پذیرفته شود، متفاوت خواهد بود. چنانچه انجام عمل، تسلیم محسوب گردد، به محض انجام عمل یعنی به محض اقدام اجیر به خرید مصالح، تعهد وی نسبت به تهیه مصالح، انجام شده و درواقع موضوع این تعهد به قبض مستاجر درآمده است. در این حالت، در صورت تلف مصالح پس از تهیه، تلف قبل از قبض فاقد موضوعیت است؛ چراکه موضوع اجاره، یعنی تهیه و خرید مصالح، انجام شده و تحویل مصالح جزء موضوع عقد اجاره نبوده است؛ بنابراین در صورت پذیرش انجام عمل به منزله تسلیم عمل، عدم مسئولیت مستاجر درخصوص تلف با توسل به قاعده تلف قبل از قبض قابل توجیه نیست، اما اگر نظریه تسلیم محل عمل پذیرفته شود، هنگام تعهد اجیر به خرید مصالح و تلف محل عمل یعنی مصالح، قبل از تحویل شیئی به مستأجر، تلف شیئی به عنوان متعلق عمل، به منزله تلف عمل است و قاعده تلف قبل از قبض در این جا نیز جاری خواهد شد. این امر در پیمان نوع سوم که تهیه مصالح را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد نیز قابل تصور است. لذا با پذیرش نظر اخیر درخصوص زمان تسلیم عمل، دیدگاه برخی از حقوقدانان مبنی بر وجود عرف درخصوص عدم مسئولیت کارفرما به پرداخت قیمت، منطبق بر قواعد عقد اجاره است و در تعارض با آن نیست.

اشکال سوم - معین و مستقل بودن عقد پیمان

سومین اشکالی که ممکن است مطرح شود آن است که عقود پیمان به لحاظ لزوم درج شروط خاص در آنها، (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۲۳) عقود معین مستقلی هستند؛ چراکه شروط عمومی پیمان در قراردادهای دولتی الزامی است، درحالی که این شروط جزء آثار و شروط عقد اجاره اشخاص نمی‌باشند.

در پاسخ به این اشکال باید گفت شروط عمومی پیمان جزء مفاد اساسی عقد نیستند و صرفاً شروطی هستند که در پیمان‌های دولتی باتوجه به موضوع پیمان از طرف سازمان برنامه و بودجه تدوین شده و بر حسب نوع ابلاغ سازمان، ممکن است الزاماً به این عقد اضافه گردند و امکان انعقاد عقد بدون این شروط وجود ندارد، اما توجه به این نکته لازم است که این شروط، قانون و آثار قانونی عقد نیستند و صرفاً شروطی هستند که به دلیل روابط و مصالح خاص ساری در حقوق عمومی الزامی دانسته شده اند؛ بنابراین پیمان دولتی نیز همان اجاره اشخاص است و الزامی نمودن درج شروط عمومی پیمان در عقود دولتی، آن را از قالب اصلی خود خارج نکرده و به عقد معین دیگری تبدیل نمی‌کند؛ زیرا تعریف عقد معین عبارت است از عقدی که در قانون عنوان معینی دارد و شروط و آثار آن توسط قانونگذار مشخص شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۹۵) و تنها این امر که درج شروط خاص در یک عقد الزامی می‌باشد، آن عقد را مشمول تعریف عقد معین قرار نمی‌دهد.

۱۷۳

اشکال چهارم - تملیک اعیان به کارفرما در عقد پیمان

در پیمان، اعیان به کارفرما تملیک می‌گردد، درحالی‌که اجازه تملیک منافع است و نه تملیک اعیان.

این اشکال نیز قابل ردّ است، با این استدلال که موضوع اجاره و تعهد اجیر عبارت است از مجموع ساخت، تملیک و تسلیم شیء ساخته شده، به گونه‌ای که عدم انجام هر یک از اجزای این مجموع، منجر به عدم تعلق اجرت به سازنده خواهد شد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۳) از طرف دیگر عقود موجد تملیک، منحصر در عقد بیع نیستند و عقودی چون اجاره نیز می‌توانند افاده تملیک نمایند. با پاسخ به ایرادات وارده و به دلیل امکان شمول عقد اجاره نسبت به همه انواع پیمان می‌توان این عقد را به عنوان ماهیت پیمان پذیرفت.

باید اذعان کنیم در مواردی که موضوع قرارداد پیمان، مال موجود نیمه تمام و سفارش اتمام آن است، در این صورت باتوجه به معین بودن مال نیمه تمام و سفارش اتمام آن، احکام و آثار عقد را می‌توان با عقد بیع توجیه نمود؛ (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۴۰) زیرا چنانچه موضوع عقد اتمام یک شیء یا طرح نیمه تمام است، درحالی‌که مال نیمه تمام موجود، تحت مالکیت سفارش دهنده نیست، به نظر می‌رسد می‌توان آن را بیع با شرط اجیر بودن سازنده در اتمام کار دانست؛ چراکه در این حالت

تمرکز سفارش دهنده بر عین است و نه عمل؛ بنابراین اساساً نمی‌توان قرارداد اصلی را پیمان محسوب نمود. بدیهی است که حتی در این دسته از عقود نیز، اگرچه عقد اصلی پیمان نیست، اما اجیر بودن سازنده در اتمام کار که به‌عنوان شرط ذکر می‌گردد، خود یک پیمان است و ماهیت آن نیز عقد اجاره اشخاص خواهد بود. در سایر موارد این نوع از پیمان‌ها یعنی در مواردی که مال موجودی برای تکمیل وجود ندارد نیز، عقد مشمول عنوان اجاره اشخاص و قواعد مربوط به آن قرار می‌گیرد. پس از تعیین ماهیت قرارداد پیمان و آگاهی از آثار این ماهیت، پذیرش تعدیل قرارداد در صورت بروز شرایط غیر قابل پیش‌بینی، بدیهی به‌نظر می‌رسد که در این قسمت به تفصیل به آن پرداخته می‌شود.

۳. تبیین تعدیل به‌مثابه مقتضای عقد پیمان

پس از تعیین دقیق ماهیت عقد پیمان و آگاهی از آثار این عقد می‌توان امکان تعدیل قرارداد به‌مثابه مقتضای عقد پیمان را مطرح نمود. در صورت اعتقاد به اجیر بودن پیمانکار در خرید مصالح، می‌توان حکم نمود که در پیمان‌های قیمت مقطوع، طبق اصل اولیه، تغییر غیر قابل پیش‌بینی قیمت مصالح یا به عبارتی ریسک غیرقابل پیش‌بینی بر عهده کارفرما است؛ زیرا بدیهی است که پرداخت قیمت مصالح بر عهده مستاجر است و نه بر عهده اجیر. لذا در صورت تغییر غیرقابل پیش‌بینی قیمت‌ها، پرداخت افزایش قیمت بر عهده مستاجر خواهد بود، اما در این پیمان‌ها، مسئولیت تغییر قابل پیش‌بینی قیمت‌ها بر عهده پیمانکار است و به نوعی وی با مقطوع نمودن قیمت قرارداد، این میزان از ریسک را بر عهده گرفته است.

لازم به ذکر است نباید بین دو مفهوم مقطوع بودن قیمت و شرط عدم تعدیل قیمت، خلط نمود. مقطوع بودن قیمت بدون وجود شرط عدم تعدیل در قرارداد، به‌معنای عدم امکان تعدیل قیمت نیست. تعیین قیمت به‌صورت مقطوع بدین معناست که طرفین، ریسک تغییر متعارف و قابل پیش‌بینی قیمت‌ها در طول اجرای پیمان را به‌صورت ضمنی بر عهده پیمانکار قرار می‌دهند، اما این امر به‌معنای عدم پذیرش تعدیل در صورت حدوث تغییرات ناگهانی، شدید و غیرقابل پیش‌بینی قیمت‌ها در عرف بازار مربوط، نیست؛ زیرا چنانچه وضعیت اقتصادی به گونه‌ای تغییر یابد که منجر به افزایش ناگهانی و غیر قابل پیش‌بینی شود، این مورد از شمول شرط ضمنی قراردادهای مقطوع، مبنی بر تحمل ریسک متعارف توسط پیمانکار خارج بوده و افزایش مبلغ به‌کارفرما تحمیل خواهد

شد؛ بنابراین به مبلغ پیمان به نسبت افزایش قیمت مصالح افزوده شده و به این صورت قرارداد تعدیل می‌گردد؛ زیرا پرداخت قیمت مصالح بر عهده مستاجر است و نه اجیر در خرید. این امر در کلیه پیمان‌هایی که عدم تعدیل به صورت صریح یا ضمنی شرط نشده است، جاری می‌باشد. لذا می‌توان تعدیل قضایی قرارداد پیمان به مثابه مقتضای عقد را بیان نمود.

لازم به ذکر است که این نوع تعدیل از تعدیل به معنای اصطلاحی فاصله می‌گیرد؛ چراکه تعدیل به معنای اصطلاحی زمانی مطرح می‌گردد که امکان تغییر قیمت جزء آثار عقد و یا مقتضای آن نمی‌باشد و این واژه با مسامحه به کار می‌رود. چنانچه تعدیل قرارداد پیمان به مثابه مقتضای این عقد انجام گیرد، در عمل بار و نگرانی مخالفت با مبانی از دوش قضات برداشته خواهد شد؛ چراکه تعدیل قرارداد پیمان، تصمیمی روشن فکرائه از سوی قاضی نیست، بلکه نتیجه طبیعی ماهیت عقد پیمان است و بنابراین راه پذیرش تعدیل هموارتر خواهد شد.

بدیهی است که تعدیل به مثابه مقتضای عقد، در پیمان‌هایی که صراحتاً یا ضمناً عدم تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کرده است جاری نیست. برای مثال این تعدیل در قراردادهای ای پی سی «Engineering Procurement Construction»^۶ (والی‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۱۸ / میلانی‌زاده و دادگری، ۱۳۹۳، ص ۴۱ / صادقی و گودرزی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۴ / حمید پوررازیان، ۱۳۹۷، ص ۸۶) جاری نمی‌باشد؛ چراکه در این نوع از پیمان نه تنها قیمت اصولاً مقطوع است و در واقع مقطوع بودن قیمت از ویژگی‌های اصلی آن است، بلکه شرط عدم تعدیل قیمت در این نوع از قراردادها درج شده است. نکته مهم در خصوص این قراردادها آن است که در شروط عمومی پیمان این عقود که توسط فیدیک ارائه شده است، ریسک شرایط غیر قابل پیش‌بینی، اشتباهات کارفرما و افزایش قیمت مصالح، تجهیزات و کارگران بر عهده پیمانکار قرار داده شده است. وجود شرط عدم تعدیل در این شروط عمومی بدین معناست که آنچه کارفرما را به انعقاد این پیمان و پذیرش معایب آن از جمله قیمت بالای قرارداد، ترغیب می‌کند، ریسک بسیار ناچیز یا عدم ریسک در خصوص افزایش هزینه‌ها حتی در صورت حدوث وقایع غیر قابل پیش‌بینی است. باتوجه به آنکه سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و مصوبات آن جنبه الزام‌آور ندارد، در صورت عدم درج این ماده در قرارداد پیمان‌ای پی سی، امکان تعدیل قرارداد برای قاضی وجود خواهد داشت، (رحیمی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۸)

۶. قرارداد موضوع بخشنامه هیئت وزیران به شماره ۵۴/۷۱۰۵ - ۱۰۵/۱۸۹۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴. در این قراردادها مسئولیت طراحی، تهیه مصالح و ساخت بر عهده یک پیمانکار قرار می‌گیرد.

ممکن است این اشکال مطرح شود که در واقع می‌توان گفت به دلیل وجود شرط مذکور در شروط عمومی پیمان‌های ای پی سی در فیدیک، در پیمان‌هایی که با نام‌ای پی سی در بخش خصوصی منعقد می‌شوند نیز، این شرط مجری خواهد بود؛ چراکه اگرچه در آنها صراحتاً به این شروط عمومی، ارجاع داده نشده است، اما ذکر نام‌ای پی سی برای قرارداد، بدین معناست که عدم تعدیل قیمت در صورت تغییر شرایط و حدوث تغییرات غیر قابل پیش‌بینی به صورت ضمنی شرط شده است، لیکن از یک طرف مواد ۲۵ — ۶۱ و ۷۱^۸ شروط عمومی پیمان‌های ای پی سی در ایران، مسئولیت کامل پیمانکار و در نتیجه عدم تعدیل مطلق قرارداد در این موارد را نمی‌پذیرد و با توجه به این تفاوت در نمونه قرارداد فیدیک و ایران، عرف دانستن عدم تعدیل این قراردادها در ایران منتفی بوده و در نتیجه احراز عدم تعدیل به عنوان شرط ضمنی قرارداد منعقد در ایران ممکن نیست؛ بنابراین در صورت اطلاق قرارداد در این خصوص، می‌توان به مقتضای اطلاق عقد یعنی تحمیل افزایش قیمت به کارفرما رجوع نمود. از طرف دیگر در واقع قراردادهای پیمان با عناوین متفاوت که

۷. ماده ۲۵ بند ۲۵ — ۱: «در صورتی که تأمین لیسانس به عهده پیمانکار باشد، پیمانکار موظف به تأمین دانش فنی و واگذاری لیسانس مربوط طبق پیوست ۱۶، به کارفرماست. پیمانکار، موظف به جمع‌آوری و تکمیل اطلاعات مبنای انجام مهندسی بنیادی و تفصیلی طرح بر اساس اسناد فنی مبنای، تهیه اسناد، مدارک، نقشه‌ها و تسلیم آنها به کارفرما در مقاطع مختلف برای تأیید و تصویب، طبق بند ۱۸ — ۲ — ۱ پیوست ۱۸ و برنامه زمانی موضوع بند ۳ — ۲ — ۱ است.»

پیمانکار باید طراحی و مهندسی را با دقت و طبق عرف مهندسی انجام دهد، مسئولیت بروز هرگونه اشتباه و تناقض، کمبود اسناد و مدارک فنی و اطلاعات تهیه شده توسط وی، اعم از اینکه از سوی کارفرما تأیید شده یا نشده باشد، بر عهده وی است. به استثنای موارد اشتباه و نواقص ناشی از اطلاعات تسلیم شده به وسیله کارفرما در اسناد فنی مبنای، و نواقص و اشتباهات موجود در بخش‌هایی از طراحی، که به وسیله کارفرما یا پیمانکاران ثالث دیگر مرتبط با پروژه، زیر نظر کارفرما انجام شده باشد، که در هر صورت، مسئولیت آنها به عهده کارفرما خواهد بود.»

۸. ماده ۷۱: «مسئولیت‌های کارفرما در پذیرش ضرر و زیان به شرح زیر است:

- ۱- ۷۱ - وقوع شرایط قهری، به شرح ماده ۷۳
- ۲- ۷۱ - بهره برداری و تصرف تمام یا قسمتی از کارها به وسیله کارفرما، یا اشخاص ثالث و بروز خطراتی که ناشی از قصور پیمانکار نباشد.
- ۳- ۷۱ - وجود اشتباه در نقشه‌ها، مدارک فنی تهیه شده به وسیله کارفرما، یا اشتباه در اطلاعات مبنای طراحی تسلیم شده از سوی وی به پیمانکار و یا تاخیر در تحویل آنها.
- ۴- ۷۱ - بروز زیان‌های ناشی از اجرای بخش‌هایی از کار به وسیله کارفرما.
- ۵- ۷۱ - عدم اجرای تعهدات قراردادی به وسیله کارفرما یا هر یک از عوامل منتسب به وی.
- ۶- ۷۱ - تغییر در قوانین و مقررات داخلی به نحو بارزی منجر به افزایش هزینه یا زمان اجرای کار شود.»

از فیدبک دریافت می‌شوند بسیار پیچیده هستند و هریک باتوجه به قصد طرفین از قرارداد و آثار آن انتخاب می‌گردند. لذا باتوجه به آنکه اکثریت قریب به اتفاق پیمان‌ها در بخش خصوصی بدون اطلاع از این موارد منعقد می‌شوند و حتی شرکت‌های خصوصی نیز بدون اشراف کامل نسبت به این فرم‌ها و مشخصات ویژه آنها مبادرت به انعقاد می‌نمایند، باید به مقتضای عقد پیمان رجوع نمود و تنها در صورت مخالفت اراده طرفین با این اثر یعنی تنها در صورت وجود شرط صریح یا ضمنی عدم تعدیل در قرارداد، حکم به عدم تعدیل داد.

سوالی که ممکن است مطرح گردد آن است که نظریه شرط ضمنی که به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نظریات موجود در توجیه تعدیل ذکر گردید با تعدیل به‌مثابه مقتضای عقد چه تفاوتی دارد؟ در واقع تفاوت این نظر با نظریه شرط ضمنی که در کلام بسیاری از حقوقدانان ذیل نظریه غبن حادث مطرح می‌شود، (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۳/ مقدری امیری و عسگری، ۱۳۹۴، ص ۱۵۷/ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۴/ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۸۲/ شفاپی، ۱۳۷۶، ص ۹) آن است که در نظریه شرط ضمنی چنانچه اراده طرفین مبنی بر تعدیل در صورت حدوث شرایط غیر قابل پیش‌بینی احراز نگردد، قاضی به اصل لزوم قرارداد و اصل حاکمیت اراده طرفین رجوع می‌نماید و حکم بر رد تعدیل بدیهی خواهد بود، در حالی که بر عکس چنانچه از دیدگاه ماهیت عقد پیمان و آثار آن به تعدیل قضایی پرداخته شود، در صورتی که قاضی شرط عدم تعدیل قیمت را احراز ننماید، به اصل و مقتضای عقد یعنی تعهد مستاجر و لزوم پرداخت افزایش قیمت رجوع خواهد کرد. به عبارت دیگر در نظریه شرط ضمنی، رجوع قاضی به اصل، منجر به حکم به عدم تعدیل می‌گردد، در صورتی که طبق دیدگاه تعدیل به‌مثابه مقتضای عقد، رجوع به اصل، منجر به حکم به تعدیل می‌شود؛ بنابراین تعدیل قضایی قرارداد، تعدیل به‌معنای اصطلاحی نیست و نتیجه توجه به ماهیت عقد پیمان و از آثار قانونی این عقد خواهد بود.

اما نکته‌ای که پس از تحلیل تعدیل به‌مثابه مقتضای اطلاق عقد مورد توجه قرار می‌گیرد، آن است که این دیدگاه پاسخ‌گوی تعدیل قراردادهای مشروط به شرط عدم تعدیل نیست. به نظر می‌رسد با نظام حقوقی کنونی ایران و رویکرد فعلی قواعد عمومی قراردادها به تعدیل، تعدیل پیمان‌های مشروط به شرط عدم تعدیل فاقد مبنای حقوقی است و برای توجیه آن باید به تبیین قوانین جدید پرداخته و دریچه‌ای برای پذیرش تعدیل در قراردادهای مشروط به شرط عدم تعدیل باز گردد.

نتیجه

در مقاله حاضر تلاش شده است به تحلیل تعدیل قرارداد پیمان از طریق تعیین ماهیت این عقد و توسل به آثار قانونی آن پرداخته و در نتیجه از سنگینی بار مخالفت با مبانی بر دوش قضات کاسته شود. در واقع پرداختن به ماهیت عقد پیمان آشکار می‌کند که تعدیل قضایی قرارداد به معنای اعطای اختیار تصمیمی روشن فکرا نه به قاضی نیست، بلکه نتیجه اطلاق عقد پیمان به عنوان یکی از انواع عقد اجاره اشخاص است. به عبارت دیگر تعدیل قضایی در صورت حدوث شرایط غیر قابل پیش‌بینی یکی از آثار عقد اجاره اشخاص است. در پیمان‌هایی که تهیه مصالح بر عهده پیمانکار قرار می‌گیرد، پیمانکار به موجب عقد پیمان، اجیر در تهیه مصالح و اجیر در ساخت شیء می‌گردد و مبلغ مندرج در پیمان شامل دستمزد اجیر به علاوه قیمت عرفی مصالح در زمان انعقاد عقد خواهد بود. درج مبلغ مقطوع در پیمان، احراز‌کننده این شرط ضمنی است که ریسک ناشی از تغییرات و تورم قابل پیش‌بینی در نظام اقتصادی جامعه به عنوان بستر اقتصادی قرارداد، بر عهده پیمانکار قرار می‌گیرد و بنابراین افزایش قیمت و یا تغییر شرایط قابل پیش‌بینی، منجر به تعدیل قضایی قرارداد نخواهد شد؛ چراکه مغایر با اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم قرارداد است، اما بدیهی است که تغییرات غیر قابل پیش‌بینی نظام اقتصادی مشمول شرط ضمنی مذکور نیست. در این شرایط تنها در صورت درج صریح مسئولیت پیمانکار، وی از تعدیل قضایی قرارداد محروم خواهد بود و در غیر این صورت با توجه به آنکه ماهیت عقد پیمان حاکی از آن است که قیمت مصالح توسط مستاجر یا همان کارفرما تأمین گردد؛ بنابراین به اصل اولیه یعنی تعدیل قیمت قرارداد و تحمیل افزایش قیمت بر وی رجوع می‌گردد. به عبارت دیگر تعدیل قرارداد نتیجه توجه به ماهیت عقد پیمان است. از آن جا که این دیدگاه برای تعدیل قضایی قرارداد به آثار قانونی و بدیهی عقد اجاره اشخاص متوسل می‌گردد، بار سنگین استدلال خلاف مبانی حقوقی و فقهی را از دوش قضات برداشته و می‌تواند راه را برای پذیرش تعدیل در صورت بروز شرایط غیر قابل پیش‌بینی هموارتر نماید، به گونه‌ای که تصمیم بر تعدیل قضایی تنها به مثابه انطباق قاعده بر مصداق می‌باشد و این امری است که در شرایط اقتصادی کنونی و بحران تورم موجود، در تأمین امنیت اقتصادی پیمانکاران، راه گشا خواهد بود.

منابع

۱. آیتی، سیدمحمدرضا و علی آل‌بویه؛ «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس»، فصلنامه پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۵، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۹-۳۴.
۲. اصفهانی، ابوالحسن؛ وسیلة النجاة؛ ج ۲، قم: مهر استوار، ۱۳۹۳.
۳. انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۰ق.
۴. بشیری، عباس و دیگران؛ شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۵. بنایی اسکویی، مجید؛ «تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۱، تابستان ۱۳۹۲، ص ۴۱-۶۱.
۶. حسین‌آبادی، امیر؛ «تعادل اقتصادی در قراردادها (تعدیل قضایی)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی؛ ش ۲۱-۲۲، زمستان ۱۳۷۷، ص ۱۲۱-۱۵۴.
۷. حمید پوررازیان، رسول و محمد نوری؛ بررسی ماهیت قراردادهای پیمان و پیمانکاری EPC؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۷.
۸. خطیب، عبدالله، حمیدرضا فلاح و علی تولایی؛ «مبانی فقهی و حقوقی نظریه تعدیل قضایی قراردادها در نظام حقوقی ایران و مصر»، فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۳۳-۱۵۴.
۹. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیلة؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
۱۰. خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۱۱. خوانساری، محسن؛ «اثر اضطرار در فسخ و تعدیل قرارداد»، مجله پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، ش ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص ۲۹-۴۸.
۱۲. خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ ج ۴۲، قم: انتشارات مؤسسه امام خوئی، ۱۴۲۲ق.
۱۳. خوئینی، غفور، عطیه شمس‌الهی و سهیل ذوالفقاری؛ «تعدیل قضایی قرارداد در اثر کاهش ارزش پول»؛ نشریه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۲، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۱۱-۱۴۰.

۱۴. داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور؛ حقوق و مسئولیت‌های فراقردادای مهندسان؛ ج ۲، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
۱۵. رحیمی، حبیب‌الله و سعیده علیزاده؛ «ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک»، نشریه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۲۱، زمستان ۱۳۹۶، ص ۱۴۷-۱۵۷.
۱۶. رشید، عبدالکریم احمد؛ الشامل فی معاملات و عملیات المصارف الإسلامية؛ اردن: دارالنفائس، ۲۰۰۷ م.
۱۷. شفایی، محمدرضا؛ بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها؛ تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
۱۸. شهیدی، مهدی؛ آثار قراردادها و تعهدات؛ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۱۹. صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی؛ «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوق؛ ش ۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۱۷۳-۱۸۹.
۲۰. صادقی، محمد؛ قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق ایران؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
۲۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط؛ تهران: المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۷.
۲۳. عبدالملکی، قاسم؛ تعدیل قرارداد — مطالعه تطبیقی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
۲۴. عمید زنجانی، عباس‌علی؛ آیات الأحکام؛ تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم انسانی، ۱۳۸۲.
۲۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة؛ قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار، ۱۳۸۱.
۲۶. قنوتی، جلیل؛ «اصل آزادی قراردادی: قراردادهای و شروط غیرعادلانه»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و حقوق؛ ش ۸۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۳۵-۱۵۷.
۲۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۸۰.
۲۸. کلینی، محمد؛ الکافی؛ ج ۱۰، قم: دارالحدیث، ۱۳۸۷.
۲۹. لاجوردی، سیدعرفان و علی حیدری؛ قراردادهای صنعتی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۳۰. مرادی، خدیجه؛ «تحلیل مبانی تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۳۲۱-۳۴۴.

۳۱. مقدری امیری، عباس و حکمت‌الله عسگری؛ «تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۴۱، پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۴۵-۱۶۲.
۳۲. میرشکاری، محمد و عباس تقوایی؛ «تحلیل قاعده اقدام در فقه و حقوق مدنی ایران»، فصلنامه مطالعات علوم سیاسی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۶، ص ۱-۱۶.
۳۳. میرهادی تفرشی، غزاله و عزت‌الله عراقی؛ «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری؛ ش ۳۱، بهار ۱۳۹۶، ص ۱۷۷-۱۹۸.
۳۴. میلانی‌زاده، علیرضا و لیلا دادگری؛ قراردادهای طرح و ساخت؛ مشهد: مهر آفاق، ۱۳۹۳.
۳۵. نجفی، محمدحسن بن باقر؛ جواهرالکلام؛ ج ۱۴، قم: دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۳۶. نشوی، ناصر ابراهیم؛ أحكام عقد الإستصناع فی الفقه الإسلامی؛ قاهره: دارالفکر الجامعی، ۲۰۰۵م.
۳۷. نظریور، محمدتقی؛ «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»؛ فصلنامه فقه اهل بیت؛ ش ۶۶-۶۷، تابستان و پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۲۱-۱۶۸.
۳۸. والی‌زاده، سودابه، داریوش والی‌زاده و علی پروری؛ «بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه‌های راه‌سازی»، فصلنامه علمی تخصصی مهندسی و مدیریت ساخت؛ ش ۷، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۷-۲۸.
۳۹. هاشمی شاهرودی، محمود؛ «استصناع»، فصلنامه فقه اهل بیت؛ ش ۱۹-۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۸، ص ۳-۲۴.
۴۰. هاشمی شاهرودی، محمود؛ کتاب الإجارة؛ ج ۱، قم: مؤسسة الفقه والمعارف أهل البیت؛ ۱۴۲۳ق.