

تحلیل حقوقی – اقتصادی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت با رویکرد فقهی^۱

محمد نوروزی *

جلیل قنواتی **

سیدعلی سیداحمدی سجادی ***

چکیده

مطابقت قراردادهای مدرن با شرع مقدس با توجه به اصل ۴ قانون اساسی امری مورد لزوم است. یکی از قراردادهای مدرن، قراردادهای طراحی تدارک و ساخت می‌باشد که ماده‌ی ۱۶۵ برنامه پنجم توسعه دستگاه‌های اجرایی را به انجام آن الزام نموده است. با توجه به اینکه در این قرارداد یک واحد مراحل مختلف طراحی، خرید و ساخت را انجام می‌دهد و کارفرما می‌تواند با یک کلید پروژه را مورد استفاده قرار دهد، به قراردادهای ترن کی و کلید در دست مشهور است. در این تحقیق این قرارداد با رویکرد فقهی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

کلید واژه ها: قرارداد EPC، پیمانکار، کارفرما، کتاب نقره‌ای، شرایط عمومی پیمان‌های طراحی، تدارک و ساخت در امور صنعتی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۲/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۶

* دکتری حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول) nourozi@ut.ac.ir

** دانشجویار حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

*** استاد حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

۱- مقدمه

سال‌های متعدد است که کشور ما برای بهره‌برداری از ذخایر زیرزمینی خود و تأسیس صنایع پیشرفته و گذر از سنت به مدرنیته نیازمند به انعقاد قراردادهای ساخت با کشورهای صاحب صنعت و تکنولوژی است. پیشرو بودن این کشورها در استفاده از منابع طبیعی و داشتن تکنولوژی، استحصال مواد معدنی و زیرزمینی اولیه حقوق ساخت^۱ را از مدت‌ها پیش به عنوان یک رشته جدید با پیش‌زمینه فنی و مهندسی و حقوقی در آنها مطرح ساخت. مشکل این قراردادها وارداتی بودن آن و عدم تطبیق با فقه و لزوم انطباق آن. یکی از قراردادهای مطرح در حقوق ساخت، قرارداد طراحی، تدارک و ساخت^۲ می‌باشد که با توجه به اینکه در آن یک پیمانکار مجرب تمامی مراحل طراحی، خرید، ساخت و حتی در بعضی از موارد فاینانس و تهیه بودجه را برعهده می‌گیرد. در حقوق ساخت به عنوان شاخص مطرح گردیده است و به عنوان یکی از قراردادهایی که اجرای آن هم از نظر فنی و هم از نظر اقتصادی مقرون به صرفه است، مورد توجه مقنن در کشور ما قرار گرفته که نهایتاً اجرای آن در کشور ما نیز نزدیک به یک دهه شروع شده است. به نظر ما این قرارداد را توافق اراده‌های انشایی کارفرما و پیمانکار برای ساخت یک پروژه مشخص در مدت و عوض معلوم تعریف نموده‌ایم. اما در حقوق پیوند سنتی حقوق و فقه ناگسستگی است و با توجه به آیه شریفه «یا ایهاالذین آمنوا لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» تلاش فقها در این بوده آیا قراردادهای مستحدثه مشمول (تجاره عن تراض) است تا مشمول اکل مال به باطل نگردد. همچنین اصل چهارم قانون اساسی بر مطابقت کلیه قوانین و مقررات، بخشنامه‌ها با شرع مقدس تأکید می‌کند. با توجه به تصریح مقنن در برنامه چهارم و پنجم توسعه این قراردادها در پروژه‌های نفتی و گازی و پتروشیمی کاربرد دارد لذا تطبیق این قراردادها از حیث انطباق آن با مسائل شرعی و فقهی امری لازم و حیاتی است. به قول یکی از نویسندگان از نکات مهم در زمینه مطالعات فقهی توجه به پویایی فقه و کارآمدی آن در پاسخگویی به نیازهای امروزی به ویژه در عصر جهانی شده است که می‌تواند اولاً مباحث فراوانی را در ارتباط با ساختار روش، مسائل، وقتی مبانی فقهی به دنبال خود داشته باشد. ثانیاً تحقیق را از ماندگاری و تأثیرگذاری بالایی برخوردار نمود تا برای جامعه مناسب باشد (ایزدی‌فرد، ۱۳۹۰، ۱۱). لذا در این مقاله علاوه بر تحلیل حقوقی و اقتصادی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت به بررسی و تحلیل فقهی آن نیز

1-Construction law

2-Engineering procurement construction or turn key

پرداخته‌ایم.

۲- بررسی و تحلیل و جایگاه قانونی و فقهی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت

در حقوق ایران

۲-۱- تعریف قرارداد EPC و جایگاه آن در قوانین ایران

۲-۱-۱- تعریف قرارداد

قرارداد EPC مخفف (Engineering & Procurement construction) یعنی طراحی، تدارک و ساخت است. به عبارتی امور طراحی، مهندسی، تهیه مصالح و تجهیزات، مدیریت طرح، اخذ مجوزهای لازم، ساخت و نصب پروژه، به صورت ترکیبی از قراردادهای مختلف یا قرارداد واحد، در این قرارداد از تعهدات پیمانکار است (گیبز، ۲۰۰۸، ۶۵۲).^۱

به علت وجود دو رکن کارفرما و پیمانکار به عنوان طرفین قراردادهای EPC آن را دوامی می‌گویند. برخلاف قراردادهای سنتی پیمانکاری که به علت رکن مشاور به سه‌املی معروف است. برخلاف قراردادهای سنتی پیمانکاری یا سه‌املی انتخاب مشاور از ویژگی‌ها و خصایص EPC نیست، بلکه در قرارداد EPC کارفرما ممکن است با یا بدون کمک مشاور محوده کار، استانداردهای مورد نظر و طرح کلی را تحت عنوان خواسته‌های کارفرما همراه با دیگر اسناد و مدارک مناقصه تهیه و سپس با برگزاری مناقصه ادامه طراحی و ساخت را برعهده پیمانکار قرار دهد و از این پس پیمانکار کارهای مهندسی، تدارکات و ساخت را تا تکمیل و آمادگی بهره‌برداری پروژه را برعهده بگیرد. بروس، پروژه‌های EPC را این چنین تعریف می‌کند: «پروژه‌هایی که در آنها یک شرکت سرمایه‌گذاری مشترک کلیه مسؤولیت‌های طراحی، تدارکات و ساخت را در قالب یک قرارداد برعهده می‌گیرد» (بروس ول، ۱۹۹۹، ۲۳۹)^۲

یکی از اساتید حقوق ساخت چنین تعریفی از EPC ارائه می‌دهد: «پروژه‌هایی که در آنها کارفرما کلیه خدمات لازم برای طراحی، تدارک، نصب و راه‌اندازی را از طریق یک واحد مسؤولیت‌پذیر تأمین می‌نماید» (گیبز، ۲۰۰۸، ۵۶۱).

1. Gibbs
2. Browswell

موضوع این قراردادها در بخشنامه ضوابط اجرایی طرح و ساخت صنعتی از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی ایران اینگونه تعریف شده است: «روندی است که برای تبدیل انرژی و بهره‌برداری آن، تکنولوژی، ابزارآلات، ماشین‌ها، اندازه‌گیری، کنترل، تکنولوژی استخراج تبدیل مواد خام و فرآیندهای تولید صنعتی در صنایع مختلف مانند: صنایع نفت و گاز، پتروشیمی، مخبرات و الکترونیک، صنایع فلزی، صنایع کانی، صنایع سنگین، صنایع شیمیایی، صنایع نساجی، صنایع سلولزی، تولید نیرو، تولید وسایل حمل‌ونقل، کارخانه‌های تولید تجهیزات اندازه‌گیری، وسایل آزمایشگاهی، ماشین‌ها و تأسیسات جانبی آنها اجرا می‌گردد» که گستره وسیعی از صنعت را در بر می‌گیرد.

۲-۱-۲- شناخت عملی قرارداد EPC در ایران و نمونه‌هایی از آن

طبق ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه کلیه طرح‌های عمومی باید از استانداردهای موضوع قانون بهره‌مند باشند. بنابراین موافقت‌نامه‌ها، پیوسته‌ها، شرایط عمومی پیمانها EPC که در قالب بخشنامه از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی ابلاغ گردیده را می‌توان نمونه و تیپ برای قرارداد EPC در ایران دانست. البته EPC بخشنامه با EPC بین‌المللی متفاوت است. مثلاً در این بخشنامه مشاور کارفرما پیش‌گردیده که به عنوان شخص حقوقی وظیفه عامل فنی کارفرما را برای انجام خدمات فنی در زمینه کارهای موضوع پیمان عهده‌دار است. در حالی که در نوع بین‌المللی که قراردادی دوعاملی است، در یک طرف کارفرما تنها تأمین مالی را انجام و بقیه کارها از طراحی، تدارک تا ساخت توسط پیمانکار انجام می‌شود. پس در تعریف EPC در ایران مشاور به عنوان نماینده فنی کارفرما اضافه می‌شود که به همین علت قراردادهای EPC داخلی را شبیه قراردادهای پیمانکاری سنتی یا سه‌عاملی می‌کند.

دیکشنری مهندسی عمران (پنگوئین، ۲۰۰۵)^۱ پروژه‌های ترن کی یا EPC را اینگونه تعریف می‌کند: «یک قرارداد DB است که در آن یک پیمانکار مسؤولیت فراهم نمودن تمامی خدمات، حتی تأمین مالی (Finance) را برعهده می‌گیرد». البته این تعریف با آنچه در قانون ما می‌باشد متفاوت است. چنین پروژه EPC را که تأمین مالی هم در زمره تعهدات پیمانکار است EPCF می‌نامند. بازپرداخت سرمایه به کار گرفته شده توسط پیمانکار در این نوع پروژه‌ها پس از اتمام کار، با تملک و بهره‌برداری آن برای مدتی برابر

با زمانی که کلیه هزینه‌های خود را از محل سود مستهلک کند و علاوه بر آن سود مورد نیاز را نیز دریافت کند صورت می‌گیرد. درست مانند آنچه در BOT اتفاق می‌افتد.

در قوانین چهارم و پنجم توسعه از قرارداد طراحی، تدارک و ساخت نام برده شده است و بر انجام تعهدات بدین روش تأکید گردیده است (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷، ۱۶۹).

۳- جایگاه فقهی قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت

برخی فقهای سنتی نظر بر صحت قراردادهای معین داشته و سایر قراردادها را به این علت که در شرع مقدس پیش‌بینی نشده بود باطل می‌دانستند. با پیشرفت صنایع و گذار به دنیای مدرن فقهای پویای امامیه مانند آخوند ملامحمد کاظم یزدی طباطبایی که به فقهای عرفی مسلک معروفند زمان را مانند ظرفی تشبیه می‌نمایند که قراردادهای و احکام را در قابل ظرف زمان تبیین می‌نمایند. در مورد قرارداد بیمه اختلافات فراوانی وجود داشت که نهایتاً فقهای پویای ما آن را پذیرفته و وارد سیستم حقوقی ما نموده‌اند. در مورد قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت یا EPC نیز اگرچه جزء قراردادهای معهود نبوده، ولی وارد سیستم حقوقی ما شده است و با توجه به داشتن شرایط عمومی صحت قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت را که این شرایط دربرداشته باشد، نمی‌توان غیر صحیح دانست. البته شباهت‌هایی بین این قرارداد با قرارداد ابضاع وجود دارد. در این قرارداد تمامی سود حاصل از تجارت به سرمایه گذار تعلق می‌گیرد چه در عقد شرط شود باشد چه نشود (نجفی محمدحسین، ۱۴۰۴، ۳۶۶)، یعنی شخصی سرمایه می‌دهد طرف با آن تجارتي انجام دهد ولی تمامی سرمایه و سود متعلق به سرمایه گذار است و عامل مستحق اجرت‌المثل است. قرارداد طراحی تدارک و ساخت قراردادی لازم است ولی قرارداد ابضاع قراردادی جایز است. در قرارداد طراحی تدارک و ساخت یک طرف مراحل مختلف کار را انجام می‌دهد و در ازای آن مبلغی طبق قرارداد اولیه دریافت می‌کند. قرارداد طراحی تدارک و ساخت از عقود مدرن است ولی ابضاع مسبوق به سابقه در فقه بوده است. ابضاع عقدی رضایی است ولی طراحی تدارک و ساخت قراردادی تشریفاتی است. به عبارت دیگر اطلاق و عموم صحت قرارداد، تجارت مانند افوا 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 (گرگی، ۱۳۸۷، ۳۲۰).

لذا احادیثی از قبیل افوا بالعقود، احل... البیع و تجاره عن تراض و المومنون عند شروطهم دلالت بر صحت قرارداد EPC دارد. حتی برای پذیرش صحت اصل ... در مفهوم وصفی یعنی با تحمیل آثار و نتایج عملی بر اعمال حقوقی، ادعای اجماع شده است (نجفی خوانساری، ۱۳۵۷، ۴).

لذا باید گفت در مورد این قراردادها هم طبق موازین عقلایی و منطقی و برای جلوگیری از اختلال در نظام حیات اجتماعی و اقتصادی روزمره مردم، اصل صحت مطابق ... عقلایی امری است معتبر که فقدان آن باعث هرج و مرج می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۷، ۲۳۹).

لذا در مورد این موضوع برخی از فقها می‌گویند احکام و نام خاص برای این عقود تشریح نشده است. بلکه نیازها و احتیاجات اجتماع آن را بوجود آورده و برای اثبات صحت آن اشاره به عموم و اطلاق کفایت می‌کند.

۳-۱- خصوصیات و اوصاف قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت با تکیه بر قواعد

عمومی قراردادها و فقه

۳-۱-۱- بررسی قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از حیث معین یا غیرمعین بودن

مقصود از عقود بانام که گاهی از آنها به عقود متعارفه یا معهود تعبیر می‌شود (حلی ۱۴۱۵، ۲۳۷) قراردادی است که در عرف زمان شارع متداول بود و لذا مورد امضای شارع قرار گرفته و احیاناً احکام خاصی درباره‌ی آن از ناحیه شارع صادر شده است. برعکس مقصود از عقد بی‌نام که گاه در فقه از آن به عقد مستقل و غیرمعهود تعبیر می‌شود قراردادی است که در زمان شارع، متعارف نبوده و بعدها پدید آمده است. منظور از امضای شارع در این امور امضایی است که با استنباط عقل حاصل می‌شود (حکیم، ۱۳۸۸، ۱۵۴).

قراردادهای EPC نیز در آغاز به صورت عقدی غیرمعین وارد سیستم حقوقی شده است و سپس در قوانین برنامه‌ی چهارم و پنجم توسعه، از این عقد نام برده شده است و احکام و شرایط و آثار آن در بخشنامه شرایط عمومی پیمان‌های EPC ذکر گردیده شده است. لذا می‌توان این عقد را از این حیث جهت معین دانست. چون هم نام و هم احکام آن در قانون به معنای عام ذکر شده است.

۳-۱-۲- بررسی و تحلیل قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از حیث معوض بودن

عقد معوض قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین، مالی را به طرف دیگر می‌دهد و در ازای آن مالی دریافت می‌دارد (صفایی، ۱۳۹۱، ۳۵) در عقد معوض دو عوض وجود دارد که یکی در مقابل دیگری قرار می‌گیرد. مبنای این تقسیم‌بندی را حقوقدانان موضوع و هدف اقتصادی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۷۵) معامل باید در برابر متعامل مالی را از دست بدهد یا تعهدی مالی را برعهده گیرد تا متقابلاً مالی را به دست آورد یا او را به نفع خویش متعهد کند.

در عقود معوض همبستگی میان دو عوض تا جایی است که هر طرف می‌تواند از اجرای تعهد خود امتناع ورزد تا طرف دیگر تعهد خود را عملی سازد. در قراردادهای EPC کارفرما پرداخت صورت‌وضعیت را منوط به انجام کار از سوی پیمانکار می‌کند.

در ماده ۵۳ بخشنامه شرایط عمومی پیمان مقرر گردیده است پرداخت به پیمانکار، موضوع ماده‌ی ۴ موافقتنامه براساس فهرست مقادیر و بهای درج شده و با توجه به میزان کار واقعی انجام شده، صورت می‌گیرد یعنی پرداخت‌ها وابسته به کار است.

همچنین در ماده‌ی ۵۲ عنوان می‌دارد: «مبلغ پیمان، عبارت است از مبلغ درج شده در ماده ۳ موافقتنامه و تغییرات موضوع ماده‌ی ۵۶ که در برابر انجام تعهدات پیمانکار به وی پرداخت می‌شود». مبلغ پیمان به منظور انجام کارهای موضوع پیمان و سود پیمانکار است. با دقت در موارد بخشنامه می‌بینیم تقابل پرداخت‌های کارفرما با انجام تعهدات امری مشهود است. به طوری که پرداخت‌ها منوط به انجام کار است. درست مانند تعریف شیخ طوسی (ره) از تعریف بیع که آن را «البيع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر» می‌داند (طوسی، ۱۳۸۸، ۷۶).

در ماده ۵۳ مقرر گردید کارفرما می‌تواند به منظور جلوگیری از ضرر و زیان وارده به خود و با توجه به انجام آزمایش‌ها و بازرسی‌های بعدی و با کسب اطلاعات و شواهد جدید، از پرداخت تمام و یا قسمتی از صورت‌وضعیت خودداری کند و در صورت لزوم پرداخت‌های قبلی را نیز به حساب بدهی پیمانکار منظور نماید. از جمله این موارد:

الف: در جایی که تمام یا بخشی از کارهای انجام شده دارای نقص بوده و یا کارهای تکمیل شده قبلی دچار صدمه شده و نیاز به اصلاح و یا جایگزینی داشته باشد.

ب: در صورتی که مبلغ پیمان به علت صدور دستور تغییر کارها کاهش یافته باشد و این کاهش در صورت وضعیت‌های قبلی منظور نشده باشد.

ج: هرگاه به دلیل قصور پیمانکار در انجام اصلاحات لازم در کارها در زمان مقرر، کارفرما با توجه به بند «۵۱-۵» رأساً اقدام به اصلاح کارهای معیوب کرده باشد.

این موارد را می‌توان چهره‌ای از حق حبس دانست که کارفرما می‌تواند از پرداخت مبالغ به پیمانکار خودداری ورزد و خود رأساً نسبت به انجام تعهد اقدام نماید. حق حبس در تمامی قراردادهای معوض که در آنها دو دین متقابل وجود دارد جاری است و در این مورد اجماع فقها مشهود است. از نکات مهم در این مقرره این است که در قواعد عمومی قراردادها در ماده ۲۳۸ قانون مدنی، در این ماده صرف امتناع متعهد مالی سبب تجویز انجام فعل توسط متعهدله از حساب او نمی‌شود. در عمل داده‌ها دعوی متعهدله، در صورتی که صرف استنکاف متعهد، تعهد را به هزینه خود انجام داده، رد می‌کنند (عابدیان، ۱۳۸۰، ۱۲۷). زیرا این امر مقید بر اذن از طرف دادگاه است ولی در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت این امر می‌تواند بدون اذن حاکم و به صرف امتناع پیمانکار از محل مطالبات پیمانکار اجرا شود.

در بند پنجم ماده ۵۳ مقرر گردیده است: پیمانکار تعهد می‌کند که با دریافت هر صورت وضعیت تمام کارها، مصالح، تجهیزات درج شده در آن صورت وضعیت به تملک کارفرما درآمده و پیمانکار موظف به رفع هرگونه ادعا و اعتراض اشخاص ثالث نسبت به آنهاست.

۳-۱-۳- بررسی و تحلیل قرارداد طراحی، تدارک و ساخت از حیث تملیکی یا

عهدی بودن قرارداد

در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت بی‌گمان یک پیمانکار در مقابل کارفرما تعهداتی را برعهده می‌گیرد. بنابراین در نگاه نخست باید این عقد را عقد عهدی دانست. قانون مدنی در ماده ۱۸۳ عقد را اینگونه تعریف نموده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند که مورد قبول آنها باشد» یکی از ایراداتی که بر این تعریف وارد شده این است که تعریف شامل عقود تملیکی نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۵). ولی تعریف قانون مدنی از این حیث دارای اشکال نیست. زیرا عقد در ابتدا تعهد می‌آفریند و این تعهد در صورتی که با مانعی روبرو نشود، می‌تواند فوراً مبدل

به تملیک گردد و اگر با مانعی مانند عدم تعیین در بیع کلی یا تشریفات قانونی در بیع اموال دولتی روبرو شود، می‌تواند بعد از رفع مانع تبدیل به عقد تملیکی شود. به نظر می‌رسد در فقه این گرایش وجود دارد که تملیک را زیرمجموعه تعهد می‌دانند. به این جمله از کتاب نهج‌الفقاهه دقت کنید: «نعم، المعاطاه التي يقصد بها التمليك لا الاباحه لو قبل باقتضائها الاباحه فهي لا ترجع الى ذلك ولا تكون عقداً اذنیاً بحسب قصد المتعاملین بل عقد عهدهی قصد بها التمليك». در این جمله تملیک را چهره خاصی از تعهد می‌داند نه در مقابل آن (انصاری، ۱۳۸۵، ۱۰۸) و ایجاد تعهد برای طرفین کارفرما و پیمانکار امری بدیهی و به عنوان اثر اصلی عقد است، ولی باید گفت اثر ویژه و خاص قرارداد، تملیک است که شامل مالکیت کارفرما نسبت به کارها، مصالح و تجهیزات و تأسیسات ایجاد شده است. بند ۵ ماده‌ی ۵۳ بخشنامه شرایط عمومی پیمان - های طراحی، تدارک و ساخت در مورد این مطلب مقرر می‌دارد: «پیمانکار تعهد می‌کند با دریافت مبلغ هر صورت‌وضعیت تمام کارها، مصالح، تجهیزات درج شده در آن صورت‌وضعیت به تملک کارفرما درآمده است و پیمانکار موظف به رفع هرگونه ادعا و اعتراض اشخاص ثالث نسبت به آنهاست» دقت به این مقرره نکاتی را به ذهن متبادر می‌سازد: برخلاف بیع که عقدی تملیکی است و در آن تملیک به عوض معلوم و بدون هیچگونه شرطی از جمله ثمن حال انجام می‌گیرد در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت، تملیک منوط به پرداخت عوض است. نکته‌ی دیگر این است که تملیک در این عقد در چند مرحله انجام می‌گیرد و اثر ویژه عقد در پایان هر مرحله یعنی تنظیم صورت‌وضعیت و پرداخت آن انجام می‌گیرد. با توجه به اینکه تملیک فوری و بی‌قید از مقتضیات بیع نیست.

۳-۱-۴- بررسی و تحلیل عقد طراحی، تدارک و ساخت از لحاظ رضایی و

تشریفات بودن

منظور از عقد رضایی عقدی است که به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود و برای انعقاد آن نیاز به امر دیگری خارج از اراده‌ی طرفین نیست. قدرت خلاق اراده، می‌تواند موجود حقوقی بیافریند، اما شرع و قانون گاهی صرف اراده را کافی برای آفرینش عقد نمی‌دانند و علاوه بر آن رکن دیگری را لازم برای خلق عقد می‌دانند، به این نوع عقد، تشریفات می‌گویند. جستجو در میان انواع عقود و قراردادهای نشان می‌دهد که بیشتر آنها رضایی‌اند و عقود تشریفات در اقلیت است (قنوتی و همکاران ۱۳۸۶، ۱۹۱).

عده‌ای جلوگیری از نزاع و محکم‌تر نمودن عقد را در روابط طرفین لزوم عنصر اضافه بر اراده دانسته‌اند (قنوتی و همکاران، ۱۳۸۶، ۱۹۱). چنانچه بیع صرف را بیع تشریفاتی می‌دانیم، علت آن در بدو امر شاید ارزش مبیع و ثمن بوده تا سداً اختلاف مردم شود، ولی اگر فلسفه‌ی آن همین رفع اختلاف باشد، چرا بیع سنگ‌های قیمتی مثلاً الماس و زمرد را بیع تشریفاتی ندانسته‌اند؟ در حالیکه این کالاها همسنگ و هم‌ارزش طلا و نقره بوده و نوع کالا و قرارداد مربوط به آن نیز در زمان شارع مقدس وجود داشته است. در هر حال قرارداد EPC یا طراحی، تدارک و ساخت، قراردادی است که تمامی مراحل مختلف یک پروژه برعهده یک پیمانکار قرار می‌گیرد. حال اگر در این قرارداد کارفرما از بودجه‌ی عمومی ارتزاق نماید یا طرح، جزء طرح‌های عمرانی عمومی باشد و یا طرفین الزامات بخشنامه را شرط کرده باشند، بخشنامه شرایط عمومی پیمانکاری EPC در آن لازم‌الرعایه است. ما با دو دسته قراردادهای EPC روبرو هستیم. یک دسته قرارداد بین بخش‌های خصوصی که طرفین افراد خصوصی هستند و یک دسته قراردادهایی که دولت در آن کارفرماست و پروژه یک پروژه ملی است که الزامات بخشنامه در آن لازم‌الرعایه است.

به نظر می‌رسد با توجه به مقررات بخشنامه، این قرارداد تشریفاتی است. ماده ۵ شرایط عمومی مقرر می‌دارد، تاریخ نافذ شدن، پس از امضاء و مبادله پیمان و تسلیم ضمانتنامه انجام تعهدات و بعد از تحقق شرایط ذیل است. بنابراین اولاً: تحقق قرارداد منوط به امضاء و مبادله کتبی شده است. یعنی صرف توافق شفاهی، عقدی را به وجود نمی‌آورد. لازم است طرفین موافقتنامه را امضاء و مبادله نمایند. ضمناً علاوه بر ایجاد قرارداد، امری به نام تنفیذ قرارداد نیز در این بخشنامه مشاهده می‌گردد.

قانونگذار، امضاء و مبادله قرارداد، تسلیم ضمانتنامه انجام تعهدات را به عنوان شرط ایجاد عقد ذکر نموده است. منظور از تنفیذ در قواعد عمومی قراردادهای الحاق رضا به عنوان یکی از عناصر سازنده عقد، به عقد غیرنافذ و احیاء قرارداد است. اما در قراردادهای EPC منظور از نافذ شدن، شروع تعهدات طرفین است. طرفین می‌توانند شروع تعهدات را منوط به شرایطی نمایند که به آن شرایط نافذ شدن گفته می‌شود. در ماده ۵ قرارداد ذکر شده است در صورت عدم حصول شرایط تعیین شده ظرف مدت ۹۰ روز پس از امضاء، مبادله پیمان و تسلیم ضمانتنامه انجام تعهدات، دو طرف می‌توانند در مورد تاریخ نافذ شدن پیمان، توافق کنند. هرگاه پیمانکار در مورد تاریخ نافذ شدن پیمان با کارفرما توافق نکند، تضمین‌های تسلیم شده از سوی پیمانکار به وی بازگردانده می‌شود و با او تصفیه حساب می‌شود. پس می‌توان اینطور تحلیل نمود، قرارداد EPC با امضاء و مبادله پیمان و تسلیم ضمانتنامه تشکیل می‌شود. برخلاف سایر قراردادها که

ایجاد عقد به منزله شروع تعهدات طرفین است در این قرارداد، انجام شرایط مربوط به تنفیذ، نقطه شروع تعهدات است. ممکن است قراردادی ایجاد شود (با امضاء و مبادله و سپردن ضمانتنامه) ولی شرایط نافذ شدن آن طی ۹۰ روز تعیین نگردد، لذا عقد خاتمه می‌یابد. اینکه طرفین چه چیزی را شریط تنفیذ و شروع تعهدات قرار دهند، بسته به اراده آنها دارد. مثلاً می‌توان واریز پیش‌پرداخت، ارائه بیمه‌نامه، ابلاغ نقشه‌های تحویل زمین را شرط تنفیذ قرارداد دانست. پس از تنفیذ پیمان، پیمانکار موظف است منتظر دریافت ابلاغ شروع کار از سوی کارفرما باشد. ابلاغیه شروع کار باید ظرف مدت ۳۰ روز از تاریخ تنفیذ از سوی کارفرما صادر شود. اگر کارفرما ابلاغ شروع کار را اطلاع ندهد، پیمانکار ظرف ۳۰ روز از تاریخ تنفیذ، کار را شروع می‌کند. این امر نشان می‌دهد با تحقق عقد و تنفیذ، قرارداد کامل است و تشریفات دیگر مانند صدور ابلاغ شروع کار شرط ایجاد و لزوم نیست و حتی دستور شروع اگر از سوی کارفرما ابلاغ نگردد، پیمانکار می‌تواند رأساً شروع به کار نماید.

۳-۱-۵- بررسی و تحلیل قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت از حیث لزوم و جواز

برای اثبات اصله الزوم به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» استناد می‌کنند. انّ الاصل فی کلّ عقد و ایقاع أنّ یكون لازماً، اى لا یجوز فسخه الا بسبب و أنّ کون العقد او الایقاع جائز یتحتاج الی دلیل، فلو شک فی عقد او ایقاع أنّه لازم أو جائز فالأصل یقتضی أنّ یكون لازماً (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶، ۳۶). حضرت آیت‌الله عینی در کتاب گرانسنگ مصباح الفقاهه با صدر و ذیل آیه فوق به اصله الزوم در عقود و تعهدات استدلال می‌کند و می‌فرماید فسخ یکجانبه بدون رضایت طرف دیگر اکل مال به باطل است (خویی، ۱۳۸۸، ۲۸). بی‌گمان قرارداد EPC را نمی‌توان جایز دانست. زیرا اولاً: اگر مبنای لزوم و جواز را اراده ضمنی دو طرف قرارداد بدانیم، اجرای پروژه‌های عظیم با منابع مالی هنگفت را بر این پایه که هر یک از طرفین هر زمان که بخواهد قادر به برهم زدن عقد باشد قابل تطبیق با ارائه ضمنی نیست، ثانیاً: موارد خاتمه قرارداد در بخشنامه شرایط عمومی پیمان‌های EPC احصاء گردیده است. این مطلب می‌رساند که جز در موارد معین نمی‌توان قرارداد را فسخ نمود به حیات حقوقی آن پایان داد. اگر مقنن این قرارداد را جایز می‌دانست لزومی به احصاء موارد ختم آن نبود. همچنین با تتبع در قانون مدنی می‌توان گفت سه مبنا سبب جایز شمرده شدن یک عقد می‌شود. اولاً وجود اذن از یک سو، ثانیاً ایجاد حق برای

یک شخص و سومین مورد نظم عمومی است. مثلاً در عقد عاریه و یا وکالت یک طرف اذن می‌دهد. ماهیت اذن قابل رجوع بودن است. بنابراین چنین قراردادی جایز است. هرگاه سرچشمه زاینده اذن خشک شود، آثار عقد نیز زایل می‌گردد. در مورد دوم مثل عقد رهن حق به سود یک نفر ایجاد می‌شود، لذا با توجه به اینکه صاحب حق می‌تواند آن را اسقاط کند، ببخشد، انتقال دهد به طریق اولی حق برهم زدن عقد منشأ آن را نیز دارد و نهایتاً در یک سری از عقود نظم اجتماعی مقتضای جایز بودن را دارد. مثلاً نامزدی، اما در مورد قرارداد EPC هیچ کدام از موارد بالا وجود ندارد که بگوییم قرارداد جایز است. لذا به اصل لزوم مراجعه می‌نماییم. یا ایها الذین آمنوا بالعتود، آنچه مورد تردید است این مطلب است که آیا قرارداد در زمره عقود لازم از دو طرف است یا قرارداد از جهت پیمانکار لازم ولی جهت کارفرما جایز است؟ ماده ۶۷ بخشنامه مقرر می‌دارد: «کارفرما می‌تواند بنا به مصلحت خود و بدون اعلام دلیل، در هر مقطعی قبل از تکمیل کار، پیمان را خاتمه دهد؟» آیا شرط فاسخ است یا حق معلق فسخ، یا حق فسخ معلق. منظور از شرط فاسخ، شرطی است که در صورت تحقق آن عقد خود به خود منفسخ می‌شود. منظور از حق فسخ معلق جایی است که طرفین پیدایش حق فسخ را معلق به تحقق امری در آینده نمایند که معلق علیه و زمان خیار باید معین باشد. مثلاً اگر شخصی باغ خود را برای مدت سه سال به مستأجری اجاره دهد که اگر ظرف مدت یک سال فرزند مویز فارغ التحصیل (زمان تحقق معلق علیه) مویز حق فسخ عقد را برای مدت دو روز داشته باشد. (دو روز زمان اعمال خیار است) این شرط را حق معلق فسخ می‌گویند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸، ۲۶) ماده ۱۸۷ قانون مدنی بیان می‌نماید عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز. به نظر می‌رسد قراردادهای EPC را باید از جمله قراردادهای لازمی دانست که در آن برای کارفرما خیار فسخ قرارداد، درج شده است. با توجه به اینکه عمده پروژه‌های عظیم که با این دسته از قراردادها اجرا می‌شوند قسمت بزرگی از پروژه عمرانی را مصرف می‌کند باید توجیه اقتصادی داشته باشد و امکان دارد در حین تکمیل مشخص گردد. هزینه اجرا بیش از منافع حاصله است به کارفرما این حق اعطاء شده است که بتواند جلوی زیان را گرفته و به قرارداد خاتمه دهد. تئوری نقض کارآمد به عنوان یکی از نظریات مهم در پیوند حقوق و اقتصاد مورد مطالعه قرار گرفته می‌تواند (انصاری، مهدی، ۱۳۸۵، ۳۹) وجود این ماده را توجیه کند. طبق این نظریه که بر مبنای کارایی اقتصادی تدوین شده گاهی هزینه‌های اجرای تعهد برای طرفین بیشتر از سود آن است، پس می‌توان نقض سودآور قرارداد را جایگزین اجرای زیان‌آور آن نمود. امکان دارد وقوع حادثه‌ای توجیه اقتصادی اجرای قرارداد توسط پیمانکار «الف» را

از بین ببرد، در حالیکه انجام همان پروژه توسط پیمانکار «ب» به علت عدم تأثیر حادثه، توجیه اقتصادی داشته باشد. مثلاً در شرکتی که اعتصاب کارکنان، اجرای پروژه را با مشکل روبرو می‌کند، در حالی که اجرای همان پروژه توسط شرکت دیگر که با اعتصاب روبرو نشده است ممکن و از نظر اقتصادی موجه‌تر باشد. اگر این اختیار از نظر قانونی به کارفرما اعطاء نشود خسارت به بودجه عمومی وارد می‌گردد. علاوه بر آن پروژه نیز با تأخیر روبرو می‌شود یا این امکان وجود دارد به علت عدم مطالعه کافی، فقدان توجیه اقتصادی اجرای پروژه در حین اجرای کار مشخص گردد. فرض کنید شرکت ملی نفت ایران، عملیات بالادستی نفتی را که معمولاً به صورت قرارداد EPC به شرکتی واگذار نموده است. در حین اجرا و پیش از تکمیل مشخص گردد اجرای قرارداد توجیه اقتصادی ندارد و میدان نفتی مورد نظر از نظر منفعت حاصله کمتر از هزینه‌های اجرایی است. با این ماده از زیان‌های احتمالی جلوگیری می‌شود و حقوق را در بستر منطق اقتصادی هدایت می‌کند. سابقه و رویه اجرایی بیانگر این مطلب است که کارفرما موارد استفاده از ماده ۶۷ شرایط عمومی پیمان را منحصر در حالت ضروری می‌نماید. همانند این ماده در ماده ۴۸ بخشنامه عمومی پیمان راجع به قراردادهای پیمانکاری سنتی عمرانی آمده است. تاریخچه موارد استفاده از این ماده که به اصطلاح ۴۸ شدن پیمانکار معروف است مبین همین مطلب است. توجیه اقتصادی، کارآمدی و سودمندی پروژه همان مصلحتی است که در این دو ماده کارفرما را مجاز به فسخ قرارداد می‌نماید. پس می‌توان قرارداد EPC را قراردادی لازم دانست که در آن شرط خیار برای کارفرما درج شده است. هرگاه در عقد لازمی، به حکم قانون یا در نتیجه ترازی، برای هر دو طرف یا یکی از آنها یا شخص ثالث، خیار فسخ موجود باشد به اصطلاح عقد خیار است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۲۲). اشکالی که در این تحلیل قابل ذکر است وجود ماده ۴۰۱ قانون مدنی است. اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است. مبنای ماده مزبور اجتناب از غرور معاملات است (علامه حلی، ۱۳۱۵، ۳۶۸). اگرچه این ماده در خصوص بیع است ولی می‌توان آن را از قواعد عمومی قراردادها دانست، زیرا بیع خصوصیتی در این مورد نسبت به سایر قراردادها ندارد. در مکاسب شیخ انصاری نیز این عبارت نشان‌دهنده وجود این خیار در سایر عقود مشترک است: «بلاشکال و بلاخلاف این خیار در سایر عقود معاوضی و لازم مانند اجاره، صلح، مزارعه و مساقات نیز جاری است» برخی از فقها آن را در هر عقد لازم، حتی اگر معاوضی نباشد و یا از یک طرف لازم باشد (رهن) جاری دانسته‌اند (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ۹۱). در حقوق ایران مدت تعلیق باید معین و مضبوط باشد. (محقق حلی، ۱۳۷۴، ۲۲). اگر قرارداد EPC را قرارداد خیار بدانیم چگونه می‌توان

این مشکل را حل کرد؟ در پاسخ می‌توان عنوان نمود در عقد خیاری که مدت خیار توسط طرفین قرارداد معین می‌شود، زمان اجرا باید مشخص باشد. زیرا دو طرف عقد که معامله می‌نمایند در صورتی که انتهای خیار را مشخص نکنند عقد غرری بوده و باطل است. زیرا تزلزل در مالکیت وجود دارد و یکی از طرفین یا هر دو نمی‌داند چه زمانی مالک می‌شود و چه زمانی مال از ملکیت او خارج می‌شود. ولی در این موضوع، قانونگذار برای یکی از طرفین خیار فسخ قایل شده است. بنابراین بحث غرر منتفی است. زیرا طرف دیگر می‌داند در هر زمانی ممکن است قراردادش خاتمه یابد. پاسخ دیگر که می‌توان به این موضوع داد این است که در ماده ۴۰۱ عنوان گردید، اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد شرط و عقد باطل است. در حالی که قراردادهای EPC خیار مقید و محدود به مدت است و مدت آن پیش از تکمیل است. قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت مدت دارد و مدت پیمان در ماده ۵ بخشنامه قید شده است و زمان تکمیل نیز قابل تعیین است. تکمیل قرارداد EPC به معنای اتمام عملیات ساختمان و نصب و پیش راه‌اندازی است به نحوی که کار مورد نظر آماده راه‌اندازی باشد پس پیمانکار و کارفرما می‌دانند از ابتدای قرارداد تا اتمام عملیات ساختمانی و نصب و پیش راه‌اندازی ممکن است قراردادشان خاتمه یابد (تحويل موقت) لذا غرری که علت بطلان قرارداد است منتفی می‌باشد. البته پذیرش این استدلال با این اشکال روبروست که اگر بنا باشد در هر عقد مقید به زمان، درج شرایط خیار نامحدود تا پایان زمان عقد، ایرادی نداشته باشد، در عقد اجاره به مدت یکسال نیز درج خیار نامحدود نباید خللی به عقد وارد کند، در حالی که چنین سخنی مورد پذیرش نیست، مثلاً نمی‌توان در عقد اجاره یکساله به مؤجر تا پایان مدت حق فسخ داد. در هر حال عذری که علت بطلان عقد و شرط است در این نوع عقود وجود دارد.

بحث دیگری که در این مورد مطرح می‌گردد و با قواعد عمومی قراردادهای منافات دارد تأثیر سرنوشت خاتمه قرارداد طبق ماده ۶۷ در قراردادهای دیگر که پیمانکار در راستای قرارداد اصلی منعقد نموده است، می‌باشد (قرارداد با پیمان کاران فرعی) در بند ۲ ماده ۶۷ مقرر گردید: «پیمانکار موظف است تمام پیمان‌های خود را با مهندسان طراح و فروشندگان با رعایت ماده ۱۶۷» متوقف سازد، مگر آن دسته از پیمان‌های وی که کارفرما خواستار ادامه‌ی آنها از طریق انتقال پیمان به خود است». قسمت دوم ماده، نوعی قائم‌مقامی قهری را پیش‌بینی نموده است. یعنی با خاتمه پیمان اصلی از سوی کارفرما، آن دسته از قراردادها را که خود تشخیص دهد و انتخاب نماید، قهراً به او منتقل می‌شود. طبق این ماده کارفرما قائم‌مقام قانونی در انتقال قراردادهای منعقدۀ پیشین توسط پیمانکار است. کلیه‌ی آثار قراردادهای به وی

منتقل می‌شود و پیمانکاران فرعی و فروشندگان در قبال او تعهدات قراردادی را برعهده می‌گیرند. ضمن اینکه این امر مخالف اصل آزادی انتخاب متعاملین در گزینش، طرف قرارداد است. قسمت ابتدای ماده که عنوان می‌نماید پیمانکار موظف به توقف پیمان‌ها و قراردادهای منعقد شده است با اصل نسبی بودن قراردادها و اصل لزوم منافات دارد و خلاف قواعد عمومی است. منظور و ماهیت حقوقی توقف، چیست؟ به نظر می‌رسد واژه‌ای نو در قواعد عمومی و از استثنائات اصلی نسبی بودن و اصل لزوم قراردادهاست. فسخ یک قرارداد توسط کارفرما سبب توقف سایر قراردادها می‌شود. در این صورت ماهیت سایر قراردادها تحت تأثیر عقد اصلی است مانند اینکه سایر قراردادها شرط ضمن عقد اصلی بوده‌اند که با خاتمه قرارداد اصلی، قراردادهای دیگر نیز در معرض زوال قرار می‌گیرند. ضمن اینکه از نظر فقهی مخالف اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم است. پیمانکار اصلی و فرعی قراردادی منعقد نموده‌اند چرا باید فسخ کارفرما تأثیرگذار بر روابط ثالث باشد.

این که نهایتاً سرنوشت قراردادهای پیمانکار که کارفرما، خواستار انتقال آنها به خود نیست چه می‌شود و آیا این توقف موقتی است یا دایم، در بخشنامه شرایط عمومی پیمان مشخص نیست. شبیه این حالت را می‌توان در بحث ورشکستگی تاجر مشاهده نمود که از تاریخ توقف، کلیه قراردادهای او به حالت تعلیق در می‌آید. به نظر می‌رسد اعلام فسخ از سوی کارفرما طبق اصلی نسبی بودن قراردادهای نباید ضرری به حال سایر معامله‌کنندگان داشته باشد و کارفرما به عنوان مالک و قائم‌مقام قانونی و قهری پیمانکار، نسبت به آثار و سایر قراردادهای منعقد شده و باید نسبت به زیانهای احتمالی که در نتیجه فسخ قرارداد به وجود می‌آید، پاسخگو باشد.

البته می‌توان این ماده را نیز براساس تحلیل اقتصادی بررسی کرد. لزوم عقلانی نمودن قراردادها و تفسیر آنها براساس نفع و منفعت کارفرما این مقرر را توجیه می‌نماید. کارفرما در نهایت مالک تمامی طرح، تجهیزات و مصالح در قرارداد EPC است و هزینه تمام پروژه بر دوش اوست. وقتی قانونگذار به او طبق ماده ۶۷ اجازه می‌دهد تا هر وقت اجرای قرارداد را با مصلحت اقتصادی خود همسو نبیند و انجام آن غیرکارآمد باشد و از نظر اقتصادی به صرفه نباشد، اصل قرارداد را خاتمه دهد، در رابطه با قراردادهای فرعی مربوط به این قرارداد نیز به طریق اولی همین حکم را می‌دهد و در راستای سود و منفعت اقتصادی او را مالک بر خاتمه سایر قراردادهای مرتبط می‌نماید. پیوند حقوق با اقتصاد و همسوسدن مقررات در راستای نفع کارفرما در قراردادهای EPC تا حدیست که حتی بعضی از مقررات آن با اصول اساسی

قراردادها، مخالف به نظر می‌رسد. قاعده لاضرر و لاضرار که حکم ضرری در اسلام مورد نهی است، قراردادی که سبب ضرر گردد مورد نهی است ضرر نفی شده است در مقابلش نفع باید ممدوح باشد همانطور که حکم ضرری منفی است، حکم منفعت‌آمیز مورد پذیرش شارع است و بنابراین قابل فسخ می‌باشد. نفع و مصلحت جامعه که مالک اصلی قرارداد EPC است و نهایتاً هر طرح عمرانی و پروژه ملی به مالکیت جامعه در می‌آید بر هر قاعده و اصلی از جمله اصل لزوم قراردادها حاکم و وارد است. همچنین در این مورد می‌توان اصل کارآمدی و نفع اقتصادی در قراردادها را جوازی برای فسخ قراردادها دانست (تئوری نقض کارآمد) اما آیا این تئوری را که زاده حقوق اقتصادی در غرب است می‌توان با فقه اسلامی تطبیق داد؟ به نظر اینجانب از حدیث شریفه عروه باری می‌توان چنین جوازی را استنباط نمود. حضرت رسول سلام‌الله علیه فردی را که قرارداد کارآمد منعقد نموده است را تشویق و تحسین نمود و قرارداد خلاف قواعد عمومی و اصول او را تنفیذ و تحسین نموده است. با توجه به اهمیت این موضوع در اثبات، پیش‌آهنگی حقوق اسلام در حقوق اقتصادی و قاعده کارآمدی قراردادی، حدیث مزبور را از منابع معتبر فقهی بیان و سپس به تحلیل فقهی آن می‌پردازیم. «انه امره بشرا شاه بدینار فقال اله النبی صلی‌الله علیه و آله بارک‌الله لک فی صفقه یمینک» (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، ۳۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۷) حضرت رسول به فردی دستور داد گوسفندی بخرد و یک دینار به او داد. این فرد با یک دینار دو گوسفند خرید و یکی از آنها را فروخت و یک دینار پیامبر را همراه با گوسفند به او برگرداند. حضرت رسول به او فرمود: احسنت به تو و قراردادت. اگرچه از این حدیث در تنفیذ معاملات فضولی استفاده می‌شود ولی می‌توان دایره آن را گسترش داد. اگر منظور پیامبر صرفاً تنفیذ قرارداد بود لازم نبود معامله او را تشویق و تحسین کند و قراردادش را ستایش نماید. لذا باید این حدیث را در مدح قرارداد کارآمد دانست و پیامبر را سردمدار حقوق اقتصادی و مشوق او به قرارداد کارآمد دانست. لذا اگر در قراردادهای EPC بعضی از مواد آن خلاف قواعد عمومی به نظر می‌رسد، بهترین دلیل این است که مقنن در نظر دارد قراردادها را در مسیر، نفع و سود اکثر بهره‌برداری شود و اگر در جایی لزوم قرارداد خلاف مصالح عمومی است (با توجه به اینکه قراردادهای EPC در زیرساخت‌های کشور استفاده می‌شود) برهم زدن آن خلاف شرع نیست. همانطور که شرع مقدس و حدیث فوق علیرغم وجود دو قرارداد فضولی و بدون مجوز، به علت اینکه نهایت قرارداد کارآمد بوده، مورد تحسین و تشویق قرار می‌گیرد. حضرت رسول اکرم بیهوده کسی را که خلاف قاعده عمل می‌کند تشویق نمی‌کند و قرارداد را نمی‌ستاید. از طرفی زهد و بی‌اعتنایی حضرت به دنیا مانع از آن است که فکر کنیم ایشان از

اینکه مالی به دارایی ایشان اضافه شده خوشحال بود و از روی حب دنیا، معامل را تشویق نموده و تحسین ایشان را باید حمل بر دعوت مؤمنین به قراردادهای کارآمد و با منفعت دانست و وجد و سرورشان به خاطر این است که مؤمنین را به اقتضای قرارداد که سود و منفعت است تشویق نماید. شاید بتوان گفت یکی از اصول اقتصادی که حاکم بر سایر اصول است همین اصل منفعت و کارآمدی قرارداد است.

۳-۱-۶- بررسی و تحلیل قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت از حیث مرکب یا

بسیط بودن

قرارداد EPC را می‌توان یک قرارداد ترکیبی از بیع، اجاره، جعاله، بیمه، ضمان، ودیعه دانست. این عقد مرکب یک منشاء دارد و از تراضی کارفرما و پیمانکار حاصل می‌شود ولی در آن خاصیت و اثر چند عقد، مستتر و پنهان است. پیمانکار تعهد می‌کند نیروی کار خود به کارفرما تملیک کند (اجاره) و کالاهایی را به کارفرما منتقل نماید (بیع) و از اسناد و مدارک تسلیمی کارفرما محافظت نموده (ودیعه) و با دریافت مبلغ ملزم به انجام عملیات و تکمیل پروژه شود (جعاله). علاوه بر وجود عقود معین عقود نامعین نیز در قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت وجود دارد. مثلاً استفاده از حق لیسانس و حقوق معنوی که مستلزم عقد قرارداد نامعین با طرف است، یا طراحی پروژه توسط مهندسی که مستلزم انعقاد قراردادی غیرمعین بوده از جمله مسائلی است که در این قرارداد ملاحظه می‌شود. در عقود مرکب گفته شده است اگر یک تعهد اصلی باشد، تعیین ماهیت عقد احکام خاص آن تابع تعهد اصلی است (قنواتی و همکاران، ۱۳۸۶، ۱۹۱) در مورد قرارداد EPC باید عنوان نمود که در این قرارداد مرکب، تعهد اصلی انجام کار ساخت کارخانه، پالایشگاه یا کارخانه می‌باشد و سایر تعهدات و قراردادهای به طور تبعی و فرعی است. با اینحال میان اجزای قرارداد وحدت وجود دارد و قصد و رضای طرفین به مجموع قرارداد تعلق دارد. اینکه احکام بخش‌های مختلف این قرارداد تابع چه عقدی است می‌توان گفت بخشنامه شرایط عمومی پیمان به عنوان قانون حاکم بر این قرارداد است و قاضی در موارد اختلاف مثلاً موارد ابطال، انحلال، انعقاد، تشریفات، تعهدات، مفاد بخشنامه را حاکم می‌نماید و اگر در موردی بخشنامه ساکت است می‌توان گفت احکام خاص هر عقد مستتر در قرارداد مرکب، بر آن موضوع حاکم است. مثلاً در تملیک کالاها باید موارد مندرج در بیع را حاکم بدانیم یا در بیمه‌نامه‌ها، مقررات عقد بیمه حاکم است. پس در این قرارداد که در بردارنده چند قرارداد اصلی و فرعی همچون ارائه دانش فنی، تملیک، اجاره، ضمانت، بیمه، ودیعه و ... می‌باشد. احکام هر

عقد به طور جداگانه بر هر یک از بخش‌های آن حاکم است. مثلاً در خصوص نگهداری اسناد و مدارک در صورتی که تعدی و تفریط از سوی پیمانکار صورت نگرفته باشد با عنایت به اینکه بخشنامه شرایط عمومی، شرط تضمین در نگهداری را بیان ننموده باید مقررات عقد ودیعه در قانون مدنی و قاعده برائت امین از مسئولیت را حاکم دانست.

۴- جایگاه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت در حقوق ایران

۴-۱- جایگاه قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت در قانون برنامه و بودجه

قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۵ اسفند ۱۳۵۱ مجلس شورای ملی و ۱۰ اسفند مجلس سنا که در ده فصل، تهیه شده است که فصل ششم آن مربوط به اجرای طرح‌های عمرانی می‌باشد.

آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ می‌باشد. در ماده‌ی ۴ این آیین‌نامه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی را مکلف کرده است در تهیه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی به نحوی عمل نماید که از مجموع مفاد قوانین و آیین‌نامه‌ها و همچنین دستورالعمل‌هایی که طبق این آیین‌نامه تهیه و ابلاغ می‌شود مجموعه‌هایی در جهت استانداردسازی نظام فنی‌و اجرایی تدوین گردد، به طوری که این مجموعه‌ها به تدریج به صورت زبان مشترک فنی و اجرایی بین دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور، پیمانکاران، سازندگان و سایر عوامل اجرایی درآید.

لازم به توضیح است طبق ماده ۷ آیین‌نامه، دستورالعمل موضوع آیین‌نامه به سه گروه تقسیم می‌شود که: گروه اول آن دسته از دستورالعمل‌هایی است که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران و عوامل دیگر ضروری است. مانند شرایط عمومی پیمان ساخت و شرایط عمومی پیمانهای طراحی، تدارک و ساخت. گروه دوم آن دسته که با توجه به مورد می‌توان آن را تغییر داد. گروه سوم از دستورالعمل‌ها که رعایت مفاد آن الزام‌آور نیست و بیشتر جنبه‌ی ارشادی و راهنمایی دارد و نقشی مانند مدل لای‌آنسیترا ل دارد. مثلاً بخشنامه شرایط عمومی پیمان‌های طرح و ساخت (DB) در سال ۱۳۸۴.

۴-۲- جایگاه قرارداد EPC در قانون برنامه پنج ساله توسعه

منظور از برنامه‌های پنج ساله طبق بند ۳ ماده ۱ قانون برنامه، برنامه جامعی است که برای مدت پنج سال تنظیم و به تصویب مجلس می‌رسد و ضمن آن اهداف و سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی طی همان مدت مشخص می‌شود. از قانون چهارم برنامه به روش کلید در دست و طراحی، تدارک و ساخت اشاره گردیده است. در ماده ۳۱ قانون چهارم توسعه، دولت موظف گردیده است به منظور افزایش کارآمدی و اثربخشی قراردادها و پروژه‌های سرمایه‌گذاری با رویکرد نتیجه‌گرا و دستیابی به سیستم کنترل کیفی، متناسب با شرایط اقتصادی و اجتماعی و اقلیمی کشور تا پایان سال اول نسبت به تدوین نظام فنی و اجرایی کشور، اجرای آن در تمام دستگاه‌ها به شرح ذیل اقدام نماید:

الف: نظام کنترل هزینه، کیفیت و زمان را در تمامی مراحل طراحی، اجرا و بهره‌برداری پروژه‌ها و طرح‌ها و بهره‌مندی از روشهای نوین نظیر طرح و ساخت کلید در دست و مدیریت طرح با ارائه برنامه مشخص ایجاد و در حداقل چهل درصد طرح‌ها مستقر کند.

قانون پنجم برنامه توسعه که از سال ۱۳۹۰ مورد لحاظ قرار گرفته است نیز از این قرارداد نام برده است. در ماده‌ی ۲۱۴ دولت موظف گردیده است به منظور افزایش کارآمدی و اثربخشی طرح‌های تملک داری‌های سرمایه‌ای با رعایت قانون نحوه اجرای اصل چهل و چهار قانون اساسی اقدامات ذیل را به اجرا درآورد:

روش‌های اجرایی مناسب از قبیل: «تأمین، منابع مالی، ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، طرح و ساخت کلید در دست» را با پیش‌بینی تضامین کافی به کار گیرد. در ماده‌ی ۱۵۰ این قانون، وزارت صنایع و معادن موظف گردیده است به منظور تحقق اهداف سند چشم‌انداز بیست‌ساله جمهوری اسلامی، در جهت تحقق رشد صنعتی، اعمال ذیل را انجام دهد که در بند «ه» بر افزایش توانمندیها و قابلیت‌های طراحی، تدارک و ساخت در تولید صنعتی، نوسازی، و ارتقاء تأکید گردیده است.

امروزه استفاده از قراردادهای EPC پس از توافق وین و در راستای اقتصاد مقاومتی بسیار تأثیرگذار و مفید است. می‌دانیم در اقتصاد، یکی از مضرات مهم تزریق نقدینگی به کشور در حال رشد است که این امر باعث افزایش خرید مردم، روی آوردن به کالاهای لوکس و هدررفت ارز در این راستا باشد. به این موضوع که در اثر تزریق پول صورت می‌گیرد در اصطلاح حقوقدانان سبب بیماری هلندی می‌گردد. EPC می‌تواند این مشکل را حل کند. ایران می‌تواند از کشورهای صاحب تکنولوژی مانند آلمان و فرانسه بخواهد

به جای پول یا کالاهای غیرضروری، پیمانکاران خود را به ایران بفرستند. براساس این موضوع ایران کارفرما و شرکت خارجی پیمانکار است ولی به جای پرداخت ارز، از مطالبات بلوکه شده، بدهی پیمانکار پرداخت شود. این امر هم باعث می‌شود مطالبات با کمترین هزینه وصول شود. هم‌ارزها، هزینه سرمایه در زیربنای کشور باشد و هم تکنولوژی و دانش استفاده بهینه گردد.

۵- نتیجه

۱- قراردادهای طراحی، تدارک و ساخت یا EPC نوع جدید از قراردادهای مدرن صنعتی است که در آن کارفرما خواسته خود را در قالب یک طرح کلی به پیمانکار واجد شرایط و متخصص ارائه می‌دهد و پیمانکار مراحل مختلف طراحی، خرید خدمات و تجهیزات و نصب را انجام می‌دهد و در نهایت پروژه را به طور کامل تحویل کارفرما می‌دهد به طوری که کارفرما با چرخاندن یک کلید، قادر به بهره‌برداری از آن پروژه است.

۲- با توجه به ساختار برگزیده قانون مدنی در مطالعه عقود معین قرارداد EPC دارای ویژگی‌هایی از قبیل معین بودن، معوض بودن، واجد جنبه‌های عهده‌ی و تملیکی، تشریفاتی، لازم و مرکب است.

۳- جایگاه قرارداد طراحی، تدارک و ساخت در حقوق ما جایگاهی نوپا است ولی با تأکیدی که در قانون چهارم و پنجم توسعه از این قرارداد شده است و در قانون چهارم بر انجام چهل درصد طرحها از نوع کلید در دست الزام گردیده است و در ماده ۲۱۴ قانون پنجم برنامه و توسعه نیز دولت موظف گردید است به منظور افزایش کارآمدی و اثربخشی، از روش طرح و ساخت کلید در دست (همان EPC) استفاده نماید. همچنین پس از توافق صورت گرفته و لزوم دریافت مطالبات، جهت جلوگیری از این قراردادها با پیمانکاران بدهکار، علاوه بر ادای دین، تکنولوژی روز را تملک نمود.

۴- تطبیق قراردادهای نو و مدرن تجارتي با فقه امامیه علاوه بر اینکه نشان پویایی فقه امامیه است سبب ایجاد فضای شرعی و هدایت جامعه در سیر دستور الهی تجاره عن تراض باشد. در همین راستا اصاله لزوم و برخی از قواعد شرعی را نباید جز مقتضیات ذات عقود دانست. اصل کارآمدی اقتصادی قراردادها که آن را زاده حقوق اقتصادی عرب می‌دانند، سال‌ها قبل از طرح آن توسط غربی‌ها توسط حضرت رسول اکرم در حدیث عروه بارقی مورد پذیرش قرار گرفته و حضرت رسول اصل لزوم نمایندگی از طرف مالک را در مقابل قرارداد کارآمد و کارا تخصیص زده و منعقد کننده قرارداد را به خاطر انعقاد قرارداد کارآمد، تحسین

نموده است. لذا ریشه حقوق اقتصادی در اسلام مورد پذیرش قرار گرفته و برخی از مواد مخالف قواعد عمومی در بخشنامه شرایط عمومی پیمان‌های EPC را با اصول قرارداد کارآمد در فقه منطبق کرد.

فهرست منابع

۱. انصاری، مهدی، (۱۳۹۰)، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوقی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره یک، بهار.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۳۸۵)، خبارات، مسلم قلی‌پور گیلانی، جلد دوم، قم، انتشارات قدس.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۳۸۳)، بیع، جلد اول، قم، انتشارات قلم، چاپ سوم.
۴. ایزدی‌فر، علی‌اکبر، (۱۳۹۰)، اندیشه‌های فقهی و حقوقی اقتصادی، جلد اول، انتشارات جاودانه، تهران، چاپ اول.
۵. بجنوردی، حسن، (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
۶. حلی (محقق)، ابی‌القاسم نجم‌الدین جعفرین حسن، (۱۳۷۴)، شرایع الاسلام، جلد ۲، چاپخانه امیر، قم.
۷. حکیم، سید محسن، (بی‌تا)، نهج‌الفقاهه، موسوعه فقه اسلامی، جلد ۲، مؤسسه دایره‌المعارف اسلامی، قم.
۸. خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۳۸۸)، المنهاج، منهج، ۳۷۵، نقل از موسوعه فقه اسلامی، جلد ۱۱، مؤسسه دایره‌المعارف اسلامی، قم.
۹. صادقی، محسن، گودرزی، حبیب، (۱۳۸۷)، بررسی (قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوق ایرانی)، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی - دوره ۳۸ صفحه ۱۷۳ تا ۱۸۹.
۱۰. صفایی، سیدحسن، (۱۳۹۱)، دوره مقدماتی قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، انتشارات میزان، چاپ سیزدهم.
۱۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۳۸۸)، حاشیه مکاسب، قم، موسوعه فقه اسلامی، جلد پنجم مؤسسه دایره‌المعارف اسلامی، قم.
۱۲. طوسی، محمد ابن حسن، (۱۳۸۸)، مبسوط، جلد دوم، منقول از معجم فقهی لکتب شیخ طوسی، جلد یک، قم.
۱۳. عابدیان، سیدحسین، (۱۳۸۰)، جزوه قواعد عمومی قراردادها در کارآموزی قضایی، دوره شصت و یکم.
۱۴. قنواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی‌پور، (۱۳۸۶)، حقوق قراردادها در فقه امامیه زیر نظر دکتر محقق داماد، جلد اول، انتشارات سمت، تهران.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت انتشار، تهران، چاپ ششم.
۱۶. مراغه‌ای، میرفتاح، عناوین الاصول، (۱۳۸۸)، موسوعه فقه اسلامی، جلد ۱۳، مؤسسه دایره‌المعارف اسلامی، قم، چاپ اول.
۱۷. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، دار احیاء التراث العربی، لبنان، چاپ هفتم.

منابع انگلیسی

1. Browswell, P. (1999). *Project sustainability manager for design-build*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers..
2. Gibbs, T. (2008). *Assessment of turnkey contracts for the realization of capital works project*.

