



نگاهی به ماهیت قرارداد تجاری مهندسی، تأمین و ساخت از دیدگاه فقه اسلامی، سند یکنواخت بین المللی فیدیک و حقوق ایران

یاشار طاهری^۱، سید حکمت اله عسکری^۳، سید باسّم موالی زاده^۴

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

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

^۳ استادیار، گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

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

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۱ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۱۲/۲۵

چکیده

در موضوع پیمانکاری، ذات تجاری شماری از انواع آن، ماهیتی ویژه دارد و از گروه‌بندی متداول عقود بیرون است. در حقوق ساخت نمونه قراردادی با عنوان ای‌پی‌سی، ظهور کرد که در آن، مسئولیت مطلق را بر عهده پیمانکار نهاد که همه تعهدات بر ذمه اوست. این قرارداد برخلاف قراردادهای جاری در صنعت ساخت، در صورت تقنین منشأ تأثیرات حقوقی ژرفی می‌تواند باشد. از آن‌رو که در مقام کاستی حقوقی باید اذعان نمود که قراردادهای پیمانکاری معمول، بخشی از تعهدات طراحی یا اجرا را پوشش می‌دهند. اطلاق قرارداد ای‌پی‌سی تا آنجاست که همه ریسک‌های تجاری را بر عهده پیمانکار می‌نهد و صاحبکار برای رهایی از آن متعهد به پرداخت بهای عقد بر پایه تراضی موجود می‌شود. این نوشتار که با روش تحلیلی، توصیفی و کتابخانه‌ای انشاء شده؛ به دنبال بررسی فقهی حقوقی قراردادی ای‌پی‌سی در حقوق ایران با تکیه بر سند فیدیک، ضمن مقایسه تطبیقی این قرارداد با نهادهای حقوقی شبیه مانند بی‌اوتی بوده و نهایتاً به این نتیجه می‌رسد که قرارداد تجاری ای‌پی‌سی، با قراردادهای مشابه، ماهوا فرق دارد و هم‌اکنون؛ یک عقد غیر معین است.

واژه‌های کلیدی: فقه اسلامی، قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، پیمانکاری، صاحبکار و پیمانکار و حقوق ساخت‌وساز.

۱- مقدمه

قرارداد ای‌پی‌سی، قراردادی که امروزه در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، مورد استعمال قرار دارد، یک چارچوب کاربردی برای تنظیم قرارداد

* نویسنده مسئول: سید حکمت اله عسکری، ایمیل: hekmat_askari@yahoo.com

²- EPC = Engineering, Procurement and Construction.

در صنعت ساخت و ساز و امور زیرساخت می‌باشد. حتی هنگامی که بخش دولتی، تمایل دارد که از تخصص پیمانکاران خصوصی داخلی یا خارجی در طراحی و ساخت پروژه‌های زیربنایی استفاده نماید، از قراردادهای ای پی سی بهره می‌برد.

در این پژوهش؛ از قرارداد ای پی سی با تکیه بر فقه امامیه و در دامنه حقوق خصوصی بحث می‌گردد، نه حوزه قراردادهای پیمانکاری دولتی که تابع حقوق عمومی است و قواعد مختص به خود را دارد و پیمانکار بر اساس شرایط عمومی پیمان؛ باید شخص حقوقی باشد. طرفین قرارداد، صاحب کار از یک سو، و پیمانکار از سوی دیگر است. در این پیمان، طرفین توافق می‌کنند موضوع قرارداد که انجام امور مهندسی، تأمین مصالح و تجهیزات جهت اجرای پروژه و ساخت و اجرای موضوع پیمان است، برعهده پیمانکار قرار بگیرد. عنوان صاحبکار بدین دلیل است که از کارفرما در قانون کار جدا شود.

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

یکی از مسائل شایان توجه آن است که قراردادهای پیمانکاری جدید که از حقوق تجارتی بین الملل 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 پیش فرض و الگوی قانونی برای انعقاد قراردادهای پیمانکاری در نظر گرفت. یکی از این قراردادهای صنعت ساخت و ساز، قرارداد ای پی سی می‌باشد که به طور گسترده‌ای در حال استفاده و کاربست است. بنابراین احساس نیاز می‌گردد که قانون‌گذاران نیز در این راستا برای معین سازی 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 ای پی سی؛ همان طور 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، صاحب کار نسبت به تأمین محل مورد نیاز برای اجرای پروژه، ارائه اطلاعات و ضوابط جاری در محل اجرا از قبیل ضوابط محیط زیست یا ضوابط راجع به کاربری زمین و بررسی مدارک تسلیمی پیمانکار؛ در موقع مقتضی متعهد می‌گردد. به علت شرایط خاص پروژه‌های زیربنایی، صاحب کارها همیشه دنبال پیمانکارانی هستند که پروژه را در زمان معین و با قیمت معین و مشخصی تکمیل کنند و از طرف دیگر

^۱ Contractors.

^۲ - مقطعه کار.

^۳ Employer = Client.

^۴ Owner.

^۵ Purchaser.

^۶ Contractee.

^۷ - برای بیشتر؛ ن.ک به: به عنوان نمونه، مواد ۶۴۷ و ۶۴۸ قانون مدنی مصر بدان پرداخته است.

^۸ Lump-sum.

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. از این رو، الگوی قراردادی ای پی سی را بهترین گزینه برای این هدف می دانند. به گونه ای که این قراردادها، پیمانکار را ملزم می کند که موضوع قرارداد را در زمان معین و با قیمت قراردادی ثابتی به پایان برساند و از سوی دیگر، هرگونه نقص یا عیبی در هر جای پروژه روی دهد، بی آن که نیاز به اثبات منشاء تقصیر باشد، یک شخص را باید مسئول دانست و آن شخص، پیمانکار است (Klee, 2013:87). قراردادهای ای پی سی را می توان از گروه قراردادهای کلیددر دست یا کلیدگردان دانست. زیرا پیمانکار؛ طراحی، تأمین و تجهیز پروژه و ساخت را به طور کامل بر عهده می گیرد؛ به گونه ای که پس از انجام عملیات راجع به نصب و تکمیل ساخت و آزمایش ها و بازرسی های فنی و تکمیل پروژه، صاحبکار با چرخاندن یک کلید می تواند پروژه را مورد بهره برداری قرار دهد. باید دانست که در قراردادهای کلیددر دست، صاحبکار یا مشاورین وی، فقط در فرآیند مناقصه و نظارت عالیه بر کار پیمانکار دخالت خواهند داشت^۱.

قرارداد ای پی سی، اندازه بالای سپردن مسئولیت مهندسی، طراحی و تأمین و اجرا به عهده پیمانکار است. به عنوان یک اصل، مسئولیت هر عیب و نقصی که در محدوده پیمانکاری تعریف شده، بر عهده پیمانکار خواهد بود. در طرح های عمرانی و زیربنایی مانند قراردادهای نفتی و پتروشیمی از این قرارداد استفاده می شود (Sadeghi and Co., 2016:2773-2774). نمونه این کاربرد در ایران، قراردادهای نفتی بالای یکصد میلیارد ریال است که در قالب ای پی سی منعقد می شوند. یا اینکه برخی صاحبکاران دولتی نظیر قرارگاه سازندگی خاتم الانبیا (ص) یا شرکت مناطق نفت خیز جنوب از این قرارداد به عنوان یکی از قالب های معتبر قرارداد برای اجرای پروژه های خود استفاده می کنند. باید بدانیم که در این مقاله، تلاش بر آن شده که ضرورت تطبیق ماهیت های گوناگون قراردادی داخلی و بین الملل آورده شود، تا ضمن بهره بردن از نوآوری های حقوق بین الملل در صنعت ساخت و ساز، جلوگیری از اختلافات ناگهانی، داخلی سازی حقوق قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، برخی نهادهای فقهی مانند استصناع و برخی نهادهای حقوقی مانند جعالة و نیز نهاد حقوقی بین المللی مانند قرارداد طرح و ساخت و قرارداد بی اوتی را در مقایسه تطبیقی با قرارداد ای پی سی که در کتاب نقره ای آمده است، واکاوی کنیم تا تفاوت ها و شباهت ها را بازشناسی نموده تا بتوان از اختلافات و خلط مباحث مشابه جلوگیری نمود. باید گفته شود که در این نوشتار، برای نخستین بار، برخی قراردادهای شبیه بررسی شده و مفاهیم حقوقی آنها در یک دید کلی تحلیل و توصیف گشته است تا زوایا و محدوده هر عقد مشخص و تبیین گردد.

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 نو پا که یک قرارداد جدید بین المللی است، برای یک مقایسه تطبیقی با عقود دیگر که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد، بررسی می گردد. لذا در این جستار بر آنیم تا با تکیه بر سند یکنواخت تجاری بین المللی فیدیک در کتاب نقره ای و حقوق خصوصی داخلی، در بخش نخست، ضمن بیان مفهوم این قرارداد، در بخش دوم؛ آن را با دیگر نهادهای حقوقی و فقهی مقایسه و تبیین نموده و در بخش پایانی نیز ماهیت حقوقی این عقد را بررسی می کنیم.

۲- تاریخچه قرارداد ای پی سی

قرارداد ای پی سی، یک نوع قرارداد مقاطعه کاری است که چارچوب نمونه و الگوی آن به وسیله فدراسیون بین المللی مهندسین مشاور که به

^۱ Turnkey contracts.

^۲-See INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS, CONDITIONS OF CONTRACT FOR EPC/TURKEY PROJECTS, Lausanne: FIDIC (1st ed. 1999).

^۳- Silver Book.

فیدیک نامور می‌باشد، تدوین شده است و از این پس در این پژوهش از عنوان فیدیک استفاده می‌شود. فیدیک، یک مؤسسه بین‌المللی برای هماهنگی و یکنواخت سازی صنعت ساخت و ساز و امور زیربنایی است که در این زمینه؛ قراردادهای نمونه ای منتشر کرده است. این سازمان در تمام دنیا به عنوان یکی از مراجع تدوین کننده فرم های نمونه قرارداد برای کارهای مهندسی عمرانی، ساختمانی، تأسیسات مکانیکی و برقی و امور زیربنایی شناخته شده است. در سال ۱۹۹۹ فیدیک ضمن بازنگری در چهار کتاب زرد، قرمز، طلایی و نقره‌ای که منتشر کرده بود، اقدام به اضافه کردن فرم های جدیدی از قراردادها در آن ها نیز نمود که از آن جمله؛ قرارداد ای پی سی منتشره در کتاب نقره ای است (Klee and Novy, 2014:175).

فیدیک که در ژنو سوئیس مستقر است، در سال ۱۹۱۳ در فرانسه تأسیس شد. این نهاد، یک سازمان غیردولتی است که توسط سازمان ملل متحد، بانک های بزرگ جهانی، کمیسیون اروپا و سایر نهادهای بین المللی به رسمیت شناخته شده است. فیدیک، برای حمایت و ارتقای منافع کلی انجمن های عضو خود ایجاد شد. اما تا پس از جنگ جهانی دوم که شروع به گسترش کرد، به یک سازمان اثرگذار تبدیل نشد. جامعه فیدیک از ادغام سه جامعه مهندسين مشاور ملی در اروپا (بلژیک، فرانسه و سوئیس) بنیان‌گذاری شد (Klee and Rucka, 2014:172). اکنون یکصدودو جامعه مهندسی از کشورهای جهان در آن عضویت دارند که بیش از یک میلیون متخصص مهندسی و چهل هزار شرکت را در سطح جهان نمایندگی می‌کند. کشور ایران نیز در خرداد سال ۱۳۵۲ خورشیدی به این جامعه بین المللی پیوست که در آن تاریخ، تنها عضو غیراروپایی این جامعه جهانی بود که به عنوان یک کشور مبتنی بر حقوق نوشته، عضو یک جامعه با رویکرد کامن لا محسوب می‌شد.

۳- مفهوم قرارداد ای پی سی

با نگاه به آنچه، پیشتر؛ در مقدمه گفته شد، پیمانکاری مورد بحث در این نوشتار، مقاطعه کاری حقوق خصوصی است که تعریف خاص خود را دارد؛ «مقاطعه کاری، تعهد یک شخص به انجام کار به طور مستقل برای شخصی دیگر در برابر عوض معین است». (خوردستان، ۱۳۸۳:۱۳۲). با نگاه به این تعریف، درمی یابیم 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 مقاطعه کاری برمی‌خوریم که بهتر است آن را قراردادی مستقل از بیع یا اجاره اشخاص بدانیم، به ویژه آنکه مقاطعه کار، خود؛ به تأمین مصالح

^۱- FIDIC: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, or later, International Federation of Consulting Engineers.

^۲ Also visit formal portal of FIDIC on: <https://fidic.org/history>. Last visited; September 8, 2021.

^۳ - در پی پیوستن ایران به فیدیک، در سال ۱۳۵۴ فیدیک برای نخستین بار اجلاس سالانه خود را در ایران به عنوان نخستین کشور غیراروپایی عضو خود برپا کرد. جامعه مهندسين مشاور ایران به عنوان تنها عضو فیدیک در ایران با منتشر نمودن الگوی قراردادهای بین المللی و صدور خدمات مهندسی و انعقاد همایشهای گوناگون برای بالابردن گسترش خدمات مهندسی و شناخت نمونه های متداول قراردادی توسط شرکتهای مهندسی و فنی اقدام نموده است. برای بیشتر، ببینید:

<http://fidic.org/bookshop>., and

<https://irsce.org/%d8%aa%d8%a7%d8%b1%d9%8a%d8%ae%da%86%d9%87/>

and <https://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>. Last visited: February 9, 2022.

^۴ for more, visit: https://fidic.org/membership/membership_associations. Last visited: September 8, 2021.

^۵ Common Law.

و مواد اولیه اقدام می کند. یکی از آن قراردادهای، قرارداد ای پی سی است که در آن پیمانکار با تعهد کاملی که می پذیرد، هر سه تعهد قراردادی مهندسی، تأمین و ساخت را برعهده می گیرد و با قبول ریسک کامل مکلف به اجرای تعهداتش در زمان مقطوع و قیمت ثابت می شود. هرگاه طرح ها و پروژه های زیربنایی، عمرانی و صنعتی مانند راه ها، پالایشگاه ها، نیروگاه ها، کارخانه های 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 ای پی سی بهره می گیرند (Plant and Design-Build, 1999:foreword).

برای تعریف قرارداد، بیان شده که قراردادی با بهای ثابت و موضوع نزدیک به ساخت، به طور نمونه؛ مورد استعمال در طرحهایی دارای هدف معین همچون بخشهای نیرو و زیرساختی که به استناد آن، پیمانکار؛ تعهدات کاملی را قبول می کند. این تعهدات دربردارنده تکالیف مهندسی، تأمین و ساخت موضوع قرارداد؛ از قبیل یک پروژه تولیدی و دستورالعمل و راهنماها، راه اندازی با آزمایشهای گوناگون کارخانه، نگارش و تنظیم راهنماهای بهره برداری و در آخر آموزش افراد برای استفاده و راه اندازی موضوع قرارداد است (Garner, 2009:344). در همین راستا، برخی از شرکت های بزرگ پیمانکاری، شروع به یادگیری و کسب تخصص در مهندسی، تأمین و ساخت چنین تأسیساتی نموده اند. به دلیل تأکید بر مهندسی و تأمین تجهیزات و اجرا در چنین پروژه هایی، معمولاً از قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت استفاده می کنند. پروژه های موضوع این قرارداد، عموماً پیشنهادهای با ریسک و خطر بالا هستند و معمولاً این نوع قراردادها به دقت و توجه به جزئیات، مورد مذاکره قرار می گیرند (Kelley, 2013:46). بنا به همین رویکرد، تخصیص ریسک در این قرارداد برخلاف دیگر قراردادهای نمونه فیدیک، از عهده صاحب کار به پیمانکار منتقل می شود که این ویژگی، نهایتاً یک مزیت حقوقی برای صاحب کار می باشد که با چرخاندن یک کلید، از پروژه بهره برداری می نماید (Klee and Co, 2014:282). در مهندسی این عقد، پیمانکار عمومی ای پی سی نقش محوری دارد و باید دارای تخصص و شایستگی های حرفه ای باشد. به عنوان مثال، پیمانکار اصلی باید دارای قدرت سازماندهی و هماهنگی و مدیریت قوی، استفاده کارآمد از ظرفیت پیمانکاران فرعی در حین ساخت و مسائل مربوط به موضوع قرارداد باشد. برای پیمانکار عمومی ای پی سی بسیار مهم است که پیمانکاران فرعی را در هر بخش، به ویژه هزینه پروژه های 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 صاحب کار، با الزامات قرارداد مطابقت داشته باشد (Li and Lin, 2012).

۴- ضرورت استفاده

در قراردادهای ای پی سی، پیمانکار با عهده دار شدن همه مسئولیت ها در انتخاب روش کار برای تأمین نتایج نهایی طبق مشخصات عملکرد تعیین شده به وسیله صاحب کار در قرارداد، دارای اختیارات و آزادی عمل کامل است. از دیگر سو، صاحب کار نیز پیشرفت کار را با نظارت، پیگیری می نماید. با استفاده از این شیوه قراردادی، علی رغم محدودیت هایی برای صاحب کار، همه مراحل اعم از مهندسی تا ساخت و تأمین تجهیزات و راه اندازی بر عهده پیمانکار است که در این راه، صاحب کار از قید تعهدات تام و گسترده اجرای پروژه به دلیل تخصصی و پیچیدگی فناوری رهاست (مستقیمی و طارم سری، ۱۳۹۷:۱۳۹). ویژگی های مهم کتاب نقره ای از جمله قیمت و زمان مشخص و انتقال ریسک و خطر بر عهده پیمانکار، باعث برجسته شدن قرارداد ای پی سی؛ در صنعت ساخت و ساز و تمایل به انعقاد این نوع قرارداد برای کاستن ریسک تعهدات و مسئولیت های ناشی از طراحی و تأمین تجهیزات و ساخت موضوع قرارداد از عهده صاحب کار است (McAlpine, 1997:522). که در بخش بعد به برخی از مزایا و معایب پرداخته می شود.

۵- مزایا و معایب قرارداد

در این قرارداد، خطر صاحبکار به پایین‌ترین میزان می‌رسد و پیمانکار، مسئولیت مهندسی، تأمین و ساخت را بر عهده می‌گیرد. در این نهاد حقوقی، امکان اجرای مراحل قراردادی، هم‌زمان؛ به بالاترین اندازه می‌رسد (عبدی، ۱۳۹۸: ۱۵). زیرا صاحبکار به دنبال اطمینان بیشتر از هزینه‌های اجرائی، قطعیت و تعین قرارداد از حیث زمان و هزینه می‌باشد. به دیگر سخن؛ صاحبکار، دایره کار، هنجارهای موردنظر و طرح کلی و اهداف موضوع قرارداد را با نام الزامات صاحبکار همراه با دیگر مدارک و اسناد، آماده و سپس طراحی، تأمین و اجرا را بر دوش پیمانکار بگذارد. که این خود یک مزیت از دید صاحبکار است که همه مراحل را بر عهده پیمانکار می‌نهد و خود با سفارش دادن یک پروژه به عنوان نمونه ((صاحبکار یک ساختمان ده طبقه با کاربری اداری می‌خواهد)) که پس از اجرای موضوع قرارداد، با چرخاندن یک کلید، موضوع قرارداد را تحویل می‌گیرد. زیرا برخلاف قرارداد طراحی و ساخت که دارای نکات جزئی دقیقی است، در یک پروژه ای پی سی، صاحبکار تنها نتیجه و دستاورد مورد نظر را درخواست می‌کند و عقیده مشخصی در مورد طراحی ابراز نمی‌نماید (Schmitt, 2006:12).

یکی دیگر از نکات لازم در بیان مزیت قرارداد مورد بحث، در گسترش مسئولیت پیمانکار پس از پایان کارهای عمرانی است. در بیشتر قراردادهای طراحی و ساخت، 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).

کاهش زمان اجرا و تکمیل پروژه، یکی دیگر از مزایای قرارداد از دید صاحبکار است، زیرا در این قرارداد، 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 سرعت بخشی اجرا یا ساخت نام دارد، باعث می‌گردد زمان نهایی تکمیل موضوع قرارداد به گونه چشم‌گیری کم شود (Gidwin, 2020:71). 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. از سوی دیگر، کاهش ریسک هماهنگی، کاهش ادعاها، آسان‌شدن تأمین مالی پروژه با توجه به روش قیمت مقطوع همگی از مزایای صاحبکار هستند که با قدرت نفس بیشتری قرارداد را به پیمانکار برای اجرا واگذار می‌نماید (Yescombe, 2002:105). به نظر می‌رسد که بتوان گفت تنها ایراد این قرارداد که به نوعی مزیتی برای پیمانکار است، تأمین مالی است که امکان دارد با پذیرش آن به وسیله پیمانکار، انجام گیرد که در صورت اخیر، پیمانکار با صاحبکار شریک گشته و هزینه‌ها را جبران نماید (ابراهیمی و دیگران، ۱۳۹۳: ۵). نداشتن کنترل از سوی صاحبکار به دلیل سپردن همه کارها به پیمانکار، ریسک هزینه به دلیل گنجاندن پذیرش ریسک و خطر در قیمت پیشنهادی خود که امکان هزینه کردن مبلغی بیش از هزینه‌های واقعی را انجام دهد، همگی؛ می‌توانند از جمله معایب از دید صاحبکار باشند (Bunni, 2005:36). افزایش کارایی به عنوان یک مزیت از دید پیمانکار، با توجه به برعهده گرفتن همه تعهدات سه گانه قرارداد، ایجاد چابکی در پیشرفت پروژه و صرف زمان کمتر برای درک طراحی‌های صاحبکار

^۱- Requirements.

^۲ Article 4-3,13; Silver Book.

^۳ DB= Design Build.

^۴ - در دستورالعمل‌ها و شیوه نامه‌های 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 فروتقنینی، قرارداد معین می‌نامند. برای دیدن نمونه: «ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی»، شماره ۱۸۹۲۷/۷۱۰۴-۱۰۵/۵۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، نشریه شماره ۵۴۹۰.

^۵ Fast Track

دارد (Wallace, 1986:407). نیز این فرصت مهیا می گردد که در همان گام های نخست، اگر عیب و نقص مهمی در مهندسی وجود داشته باشد، فهمیده و مشخص گردد و خیلی از اختلاف ها بین طرفین کم گردد (Brown, 1995:5). انعطاف پذیری زیاد در برابر دگرگونی و تغییرها مزیت دیگر پیمانکار است. زیرا با نگاه به اینکه مسئولیت کامل پیمانکار در مورد درستی انجام قرارداد و دستاورد نهایی، درخواست تغییرات از طرف وی، با مخالفت کمتر صاحبکار همراه است. سرعت بالاتر انجام موضوع قرارداد به دلیل انجام مهندسی و مطالعات به وسیله پیمانکار و کاسته شدن تشریفات اجرای امور و تأییدهای صاحبکار از طریق حذف نقش مهندس مشاور عامل تسریع اجرا و ساخت است که پیمانکاران بدان تمایل فزاینده دارند. انتفاع و سود بیشتر پروژه برای پیمانکار با تأکید بر استفاده از مجموعه سازمان یافته درونی تیم های مهندسی و طراحی و تأمین و اجرای خودش، باعث کاهش هزینه ها و سرعت بیشتر و اقتصادی تر کردن پروژه می گردد (واحداحمدیان، ۱۳۸۸:۹). از دیگر سو، با توجه به حجم و گستردگی بسیار کار، ریسک بالاتر موضوع قرارداد و پروژه، معایبی در دید پیمانکار است. در این مورد، یکی از مهمترین ریسک ها، شرایط غیرقابل پیش بینی است که در قرارداد به پیمانکار اختصاص داده می شود. 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 می شود که پیمانکار باید از همه اطلاعات لازم در مورد ریسک ها، احتمالات و سایر شرایط که ممکن است کارها را تحت تأثیر قرارداد، مطلع بوده و آنها را کسب کرده باشد و با امضای قرارداد، وی همه مسئولیت ها را در زمینه پیش بینی همه مشکلات و هزینه ها را می پذیرد (گادوین، ترجمه امانی و صفرزاده، ۱۳۹۹:۴۳).

۶- جایگاه فقهی قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت

بعضی از فقها عقیده به صحت قراردادهای معین داشته و بقیه عقود را به دلیل نبود سابقه در شرع مبین، باطل می دانند. 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 می کنند که قراردادهای و احکام را در ظرف زمان بیان می کنند. مانند قرارداد بیمه که تعارض زیادی در پذیرش آن وجود داشت و در پایان، فقهای امامیه، آن را قبول و وارد نظام حقوقی ایران کرده اند. 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 قراردادهای، نمی شود این قرارداد جدید را نا صحیح یا باطل قلمداد کرد. البته شباهتهایی بین این قرارداد با قراردادهای دیگر هست که نمونه آن، در ادامه مقایسه و بیان خواهد شد (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴، ۳۶۶). از دیگر سو قرارداد 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 گذاشته اند 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 می شوند نیز می گردد و وجهی برای حصر اسباب تملک به عقود خاص وجود ندارد (گرجی، ۱۳۹۸، ۳۲۰).

۷- مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت و قرارداد فقهی استصناع

قرارداد سفارش ساخت یا عقد استصناع، عقدی فقهی است که به موجب آن، یکی از طرفین قرارداد (سفارش دهنده) سفارش ساخت کالایی را با اوصاف مشخص به طرف مقابل (سازنده) می دهد (خورسندیان و شنیر، ۱۳۹۰:۱۰۱). طرف مقابل (سازنده) متعهد می شود که ابزار و

مصلحتی 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 فقهاء، 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 معاصر نیز این ماهیت را ترکیبی از بیع و اجاره نمی‌توانند بدانند و نظریه مرکب بودن را رد می‌کنند (خورسندیان و شنیور، ۱۰۱). در نهایت عده‌ای 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، ۱۳۹۲: ۲۰).

در قرارداد ای پی سی، قصد طرفین به فعل پیمانکار تعلق می‌گیرد و مبلغ پرداختی هم‌ما به ازای عمل او است، یعنی در برابر پرداخت به پیمانکار، وی متعهد به وفای به تعهداتش که مهندس سی، تأمین و اجرای موضوع قرارداد است، پردازد 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. (سیفی زیناب و همکار، ۱۸۱- نظرپور، ۱۳۹۰: ۱۴۱).

از دیگر سو، در قرارداد ای پی سی، در صورتی که کالای ساخته شده، برابر با شرایط و ویژگیهای یاد شده در عقد نباشد، صاحبکار اختیار فسخ عقد را دارد، ولی اجرت کار پیمانکار را باید به او پردازد، 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).

۴

۸- مقایسه قرارداد ای پی سی و قرارداد بی اوتی

قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال که به طور اختصاصی به آن بی اوتی می‌گویند، در بردارنده سه مفهوم ساختن، اجرا و بهره برداری کردن و

^۱- clause 4-1, silver book.

^۲ clause 15-2, silver book.

^۳- clause 15-4, silver book.

^۴ BOT: build-operate-transfer.

نهایتاً انتقال دادن و واگذار نمودن است (شیروی، ۱۳۹۹: ۱۲). در یک قرارداد متعارف بی. او. تی، پروژه ای با مجوز یک بخش (معمولاً بخش دولتی) توسط بخش خصوصی (اعم از کنسرسیوم یا شرکت) ساخته می شود و پس از ساخت، برای مدتی، مورد بهره برداری آن شرکت قرار می گیرد و پس از انقضای مدت قرارداد، پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می شود. به بیان دیگر، دولتی به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکت های خصوصی، امتیاز می دهد تا کنسرسیوم مطابق قرارداد، تأمین مالی یک طرح زیربنایی را عهده دار شده، آن را بسازد و در ازای مخرجی که تقبل کرده؛ برای مدتی از پروژه ساخته شده، بهره برداری کند و پس از سپری شدن مدت قرارداد، پروژه و حق استفاده از آن را رایگان به دولت منتقل نماید (شیروی، ۱۳۹۹: ۲۲ و ۱۳۸۰: ۳۳). به دیگر سخن، شرکت پروژه یا کنسرسیوم، مسئول اجرای قرارداد هستند و بهره برداری وی از پروژه باید بهینه باشد که سرمایه وی به آسانی برگردد.

از این قراردادها معمولاً در طرح های زیربنایی کلان استفاده می شود و غالباً دولت از بخش خصوصی خارجی جهت ساخت و راه اندازی طرح استفاده می کند (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷: ۱۷۵).

۸-۱. تفاوت میان قراردادهای بی اوتی و ای پی سی

۱- یکی از تفاوت ها این است که در طرح های پیچیده بی اوتی، شرح کار پیشنهادی هر کنسرسیوم متناسب با نوع فناوری و دانش فنی مورد استفاده آن کنسرسیوم استفاده می شود اما در ای پی سی، صاحبکار شرح کار خویش را از پیش به پیمانکار ارائه می دهد (شیروی، ۱۳۹۹: ۱۸۲).

۲- در قرارداد بی اوتی، پیمانکار پس از ساخت موضوع قرارداد، مالک موقت آن شده و مسئولیت طراحی، تدارک، ساخت، تأمین مالی و بهره برداری از موضوع قرارداد را برعهده می گیرد و در پایان، هزینه اجرا و راه اندازی طرح را از همان محل بهره برداری تأمین می کند و در پایان دوره امتیاز، مالکیت پروژه را به دولت واگذار می نماید (طاهری و سلحشور، ۱۳۹۱: ۳). در حالی که در قراردادهای ای پی سی، پیمانکار، مالکیتی بر طرح نداشته، اصولاً هیچ مسئولیتی در برابر چگونگی بهره برداری آن ندارد و تنها در برابر دریافت مبلغی، عملیات مهندسی، تأمین مصالح و تجهیزات انجام پذیرفته و رابطه پیمانکار با طرح قطع می گردد. همچنین مالکیت مصالح خریداری شده به وسیله پیمانکار برای اجرای پروژه، پس از خرید به صاحبکار منتقل می شود چرا که این مواد به حساب صاحبکار خریداری شده اند (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷: ۱۷۵).

۳- تفاوت دیگر این دو قرارداد آن است که در قرارداد ای پی سی، از آنجا که تعهد کامل بر عهده پیمانکار است، عملیات مربوط به مهندسی، نیز بر عهده وی می باشد (Godwin, 2020: 6)، در حالی که در قرارداد بی اوتی، این موضوع، گاه در اختیار پیمانکار و گاه در اختیار کارفرماست که امکان دارد طرح از پیش تعیین شده باشد و بعداً در قرارداد مورد توافق قرار گیرد (شیروی، ۱۳۹۹: ۱۸۱).

۴- قرارداد بی اوتی، یک شیوه تأمین مالی و از دسته قراردادهای سرمایه گذاری پروژه است در حالی که قرارداد ای پی سی، یک قرارداد خدمت می باشد که طرفین قرارداد بی اوتی از این نوع قرارداد نیز در ساخت طرح استفاده می نمایند (Huse, 8). با نگاه به تحلیلهای گوناگون، می توان گفت که در قرارداد سرمایه گذاری، هدف اصلی بر تأمین مالی استوار است (شیروی، ۱۶) اما قرارداد خدمت مانند ای پی سی، عموماً برای اجرای یک پروژه، به عبارت دیگر؛ کاری موقتی و معین، تشکیل می یابد.

۵- یکی از وظایفی که کنسرسیوم یا شرکت پروژه باید پیوسته بدان متعهد بماند، این است که در طول بهره برداری و تا زمان تحویل، طرح را

^۱ - البته ممکن است در برخی قراردادهای ای. پی. سی، این شرط گنجانده شود که تا هنگام پرداخت نشدن حقوق پیمانکار، صاحب کار مالکیتی بر طرح نخواهد داشت و پیمانکار همچنان مالک طرح بماند، اما با وجود چنین شرطی هم نمی توان این مالکیت را با مالکیت حاصل از قرارداد بی اوتی، یکسان پنداشت. چه اینکه مالکیت بی اوتی برای پیمانکار، همراه با بهره برداری و کسب سود و منفعت مالی برای استهلاک هزینه های اجرای پروژه است و می توان آن را به دلیل استفاده از قراردادهای سرمایه گذاری در یک کشور دانست که دولت برای استفاده از سرمایه بخش خصوصی با دادن زمین و برای استفاده مردم از امکانات عمومی، این پروژه ها را واگذار می نماید. با این حال، چه در قرارداد بی اوتی و چه در قرارداد ای. پی. سی، مالکیت نقشه ها و اسناد تهیه شده طبق حقوق مالکیت فکری، متعلق به آفریننده آنهاست و استفاده از این اسناد در طرح های دیگر نیازمند کسب اجازه از صاحب حق است. (برای بیشتر، ن. ک. به: قراردادهای بی اوتی (۱۳۹۹). عبدالحسین شیروی، میزان، تهران، ص ۶۱).

قابل استفاده نگه دارد (شیروی، ۲۹) اما در قرارداد ای‌پی‌سی، پیمانکار پس از تکمیل کار و تحویل آن به صاحبکار، هیچ مسئولیت یا بهره‌برداری برای برگشت سرمایه‌اش انجام نمی‌دهد.

۹- مقایسه قرارداد طرح و ساخت و مهندسی، تأمین و ساخت

قرارداد طرح و ساخت، از قراردادهای^۱ پیمانکاری دوعاملی است که در آن صاحبکار با انعقاد قرارداد، همه مسئولیت طراحی و ساخت پروژه را به یک پیمانکار عمومی 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 ای‌پی‌سی هست.

به دیگر سخن، باید بدانیم که در قرارداد ای‌پی‌سی، 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).

از دیگر سو، گستردگی عملیات مربوط به بخش تأمین تجهیزات، در قرارداد طرح و ساخت، کمتر از قرارداد ای‌پی‌سی است، البته در مرحله ساخت، این موضوع توفیر دارد و در قرارداد طرح و ساخت این موضوع، نسبت به قرارداد ای‌پی‌سی، سهم بیشتری دارد (Heidelberg, 2010:230). با توجه به اینکه بخش بزرگ‌تر پروژه را در قرارداد ای‌پی‌سی، تدارک و تأمین تجهیزات و مصالح و نصب شکل می‌دهد (Schmitt, 2006)، 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 ای‌پی‌سی است (Knutson, 2005:112).

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 زمان‌بندی انجام می‌شود. یکی از تغییرات عمده در کتاب نقره‌ای این بود که مهندس 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 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).

^۱ Design and Build (DB).

^۲ - قرارداد ای‌پی‌سی، همان‌طور که پیشتر گفته شد؛ خلاصه‌شده سه واژه مهندسی، تأمین و ساخت است؛ در حالی که در قرارداد DB مخفف طرح و ساخت است.

^۳ General Contractor (GC).

^۴ - Schedule of Payments.

^۵ Engineer.

^۶ Employer's Representative.

در سال ۱۳۸۴ با بخشنامه شماره ۱۰/۸۵۴۲۸ 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. پس می‌توان گفت که قرارداد ای‌پی‌سی، یک عقد غیر معین است. زیرا نام این نوع قرارداد و همچنین آثار و شرایط خاص آن در قوانین ایران نیامده است (طاهری و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۴).

از وجوه افتراق این دو عقد، چگونگی اختصاص ریسک و اندازه مسئولیت پیمانکار است. 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 (Salmon, 2020:19)؛ از طرف دیگر در قرارداد ای‌پی‌سی، 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 ای‌پی‌سی، آنچه مهم است؛ اتمام و تحویل کار است به گونه ای 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 ای‌پی‌سی، پیمانکار مستقل تر است و آزادی عمل وی از صاحبکار بیشتر است و بار خطر بیشتری را بر عهده دارد.

بر اساس تفاوت مبنای حقوقی مسئولیت در هر دو قرارداد، در قرارداد ای‌پی‌سی، 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 ای‌پی‌سی، نسبت به قرارداد طرح و ساخت، قطعیت بالاتری دارد.^۲

۱۰- غیر معین بودن قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت

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 غیر معهود نام برده شده، قراردادی می‌باشد که در زمان شارع، متداول نبوده و بعدها ایجاد گردیده است. مقصود از امضای شارع در این امور، امضایی است که با استنباط عقل حاصل می‌گردد. (حکیم، ۱۵۴). قرارداد ای‌پی‌سی نیز از این حیث قراردادی نامعین و بی‌نام است که بر اساس قواعد عام معین بودن عقود، باید نام، شرایط و آثار و احکام ویژه این قرارداد در یک قانون ذکر شود (مشکات، ۱۴۰۰، ۱۷۷) تا بتوان پس از آن فرایند، بدان عنوان یک قرارداد قانونی و عقد معین داد. پس، می‌توان گفت که قرارداد ای‌پی‌سی، یک عقد غیر معین است. زیرا نام این نوع قرارداد و همچنین آثار و شرایط خاص آن در قوانین ایران نیامده است.

با نگاه به آنچه که در ادامه این بخش می‌آید، دانسته می‌شود که ماهیت قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت؛ چه جایگاهی در دسته‌بندی عقود دارد. این قرارداد از جمله عقود است که مشتبه بین بیع و اجاره است و نمی‌توان به تحلیل قصد طرفین پرداخت و گفت که طرفین قصد ایجاد دو عقد جداگانه بیع و اجاره اشخاص داشته‌اند یا تعهدات طرفین را به اصلی و فرعی تقسیم نمود و اظهار داشت که یکی عقد اصلی و دیگری

^۱ - برای بیشتر، ن.ک به مقاله صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی (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.

^۲ Silver book, sub clause 4-12, 14-1.

شرط ضمن آن باشد. در خصوص اینکه این قرارداد، یک عقد نامعین است یا معین، دو نظر سنتی و غیر سنتی وجود دارد که در پی آمد بدان پرداخته می‌شود. آنچه روال معمول و شایع بیشتر نویسندگان حقوقی ایران 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 انطباق آن نهاد با عقود مزبور، از ماده ۱۰ قانون مدنی یاری می‌جویند که به موجب آن، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» (صادقی و همکار، ۱۳۸۷: ۱۷۶).

در برابر این دیدگاه سنتی، نظر عده‌ای از نویسندگان در راستای معین یا نامعین دانستن انگاشتن یک عقد، دیدگاه فراسنتی 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.

۱-۱۰. نظر سنتی

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، هر چند 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 قراردادها 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. اما، در مقابل برخی از

نویسندگان دیگر که نظرشان منطقی است، بیان می‌دارند که هدف از وضع ماده ۱۰ این بوده است که در مورد اجمال و سکوت قانون، اراده متعاملین محترم شمرده شود، و از این لحاظ بین عقود معین و نامعین هیچ تفاوتی وجود ندارد. زیرا هیچ قانونی نمی‌تواند تمام آثار عقد معین و قیود و شروطی را که احتمال دارد طرفین بر آن ببفزایند، پیش‌بینی کند. پس، اصل آزادی قراردادهای را باید به حکم ضرورت و یک وسیله مفید اجتماعی در عقود معین نیز پذیرفت. به عنوان مثال در قانون مدنی در عقد بیع امکان تشدید یا تخفیف ضمان درک نیست اما با استناد به ماده ۱۰ این امر ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۰).

۱۰-۲. نظر جدید

طرفداران این عقیده، معیار قانون مدنی را در تعیین عقود معین و نامعین نمی‌پذیرند و دیدگاه گروه سنتی را اجرایی نمی‌پندارند. ایشان باور دارند؛ 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، معتقدند که منظور از عقود معین، صرفاً عقود سنتی مذکور در قانون مدنی نیست، بلکه مقصود، عقود است که نام، آثار و شرایط ویژه آن در قانون «به طور عام» ذکر شده باشد. این دسته یک دایره عام و نامحدود را برای این امر می‌پسندند (صادقی، ۱۷۷-۱۷۶).

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 بسته و در تعیین معین دانستن یا ندانستن یک نهاد حقوقی می‌پردازند. همانند قانون بیمه، عقد دلالی، حق العمل‌کاری 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 دادرس بتواند با بررسی عقد و چگونگی ماهیت آن بر مبنای قواعد عقود معین شده؛ تصمیم‌گیری و رأی خود را صادر کند.

اراده طرفین در قرارداد 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 قرارگرفته 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 (طاهری و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۴).

۱۰-۳. نگاهی به نظر جدید درباره ای‌پی‌سی

این عده به قوانین متعددی استناد بسته و این قوانین را در بیان ماهیت قرارداد ای‌پی‌سی به عنوان یک عقد معین توجیه می‌کنند. این نظریه برای قلمداد نمودن عقد مهندسی، تأمین و ساخت در دایره حقوق خصوصی با عنوان عقد معین ابراز شده که مستندات ایشان؛ قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور، قانون نحوه نظارت مجلس شورای اسلامی بر انعقاد قراردادها در دستگاه‌های اجرایی، بند «و» ماده ۸۵ قانون برنامه پنج ساله سوم توسعه می‌باشد که در ادامه بدان نگاهی حقوقی می‌شود.

۱۰-۳-۱. قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور

این قانون که هشت ماده دارد، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ و تأییدیه ۱۳۷۵/۱۲/۲۲ شورای نگهبان می‌باشد. طرفداران این نظریه با استناد به این قانون، می‌گویند که نام، آثار و شرایط خاص قرارداد ای‌پی‌سی در این قانون آمده است. حال به این نظریه با توجه به قانون مستندشان، ایراداتی وارد است:

الف- در ماده یک، نام مؤسسات، سازمان‌ها و ادارات حکومتی و دولتی مورد اذعان قرار گرفته که متعهد شده‌اند با استفاده از بودجه عمومی یا درآمدهای اداری خودشان، کارهای خدمات مهندسی مشاور، پیمانکاری، ساختمانی و غیره خویش را به شرکت‌های پیمانکاری طرح و ساخت بدهند. 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 ربطی با موضوع حقوقی و ماهوی این عقد ندارد.

ب- در تبصره یک ماده دو قانون یاد شده، تنها تعریفی از پیمانکار طراحی و ساخت شده و وظایفی برای وی برشمرده است که امکان داشت در مورد هر پیمانکار دیگر نیز وظایفی را برای او در نظر گرفت؛ با ژرف‌نگری در صدر این مفهوم، به واژه «شرکت» یا «مؤسسه» مواجهیم که این گزاره بیانگر شرکت است. حال، با توجه به این که مجموعه‌های مهندسی و فنی برای اجرای امور پیمانکاری حتماً باید در قالب «شرکت مشمول قانون تجارت» بوده و در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت رسمی برسند تا بتوانند امور فنی و پیمانکاری را بکنند و نیز این موضوع که این قانون در مورد پروژه‌های دولتی و خطاب آن به ادارات و سازمان‌های دولتی است که باید امور خود را به شرکت‌های پیمانکاری بسپارند و همچنین^۱ این دلیل که ادارات و نهادهای حکومتی و اداری با توجه به عرف اداری و قوانین مختلف که مبنای علمشان است و بایستی طرح‌های خود را به شرکت‌های معتبر واگذار کنند، کمالینکه اکنون در تمام امور مناقصه این ادارات، شرکت‌های فنی و مهندسی دارای شماره ثبت اداره ثبت شرکت‌ها هستند، 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 شخص حقوقی است؛ که آنها هم امکان دارد که یک شرکت یا مؤسسه دولتی باشند (حبیب-زاده، ۱۳۹۲: ۴۲ و ۴۳).

پ- هم چنین 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 فسخ 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 و غیره. 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 است را نمی‌توان قراردادی خصوصی و مدنی دانست که بتوان از قانون مدنی در جهت تحلیل و توصیف آن اقدام کرد.

۱۰-۳-۲. قانون نحوه نظارت مجلس شورای اسلامی بر انعقاد قراردادها در دستگاه‌های اجرایی

^۱ - 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 کنند. در حالی که در قراردادهای مدنی طرفین رابطه حقوقی مساوی‌اند و به دنبال منافع برابر خودشان می‌باشند.

این قانون مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۳ و تأیید ۱۳۸۱/۸/۱۲ شورای نگهبان است. نویسندگان معتقد به معین دانستن عقد ای پی سی، به قانون دیگری با عنوان اخیرالذکر استناد جسته اند. با نگاه موشکافانه به این قانون که در قالب ماده واحده به تصویب رسیده است، به حتی یک مورد در خصوص ماهیت، آثار، شرایط و احکام قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت (ای پی سی) برخورد نمی شود.

این قانون، برای مطمئن شدن از رعایت قوانین و مقررات در عقد قرارداد با اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی، کلیه دستگاه های اجرایی کشور مذکور در ماده ۲ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ مصوب کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی را که مبادرت به عقد قرارداد به مبلغ بیش از بیست میلیون دلار یا معادل آن به صورت استقراض، نقدی، فاینانس، یوزانس و یا هر نوع شیوه تأمین مالی دیگر می کنند، مکلف کرده است که در کلیه مراحل قراردادهای مذکور، کمیسیون های برنامه و بودجه و محاسبات و اقتصادی و سایر کمیسیون های تخصصی مجلس را از نحوه اقدام خود مطلع کنند و جز این هیچ چیز دیگری در خصوص قرارداد ای پی سی بیان نکرده است.

۱-۳-۳. بند (و) ماده ۸۵ قانون برنامه پنج ساله سوم توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران

این گروه، به بند (و) ماده ۸۵ قانون یاد شده مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ توسل می جویند. بند (و) ماده ۸۵ در خصوص آیین نامه اجرایی ماده یاد شده است که در آن؛ با موضوع تنظیم تعهدات ارزی کشور و یک سری اقدامات مالی، اقتصادی و بانکی، سازمان برنامه و بودجه، وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بایستی پیشنهاد مشترکی را برای آیین نامه یاد شده تهیه و به تصویب هیأت وزیران برسانند. با نگاه به این ماده و بند ذیل آن و ماده ۱۱ قانون برنامه سوم توسعه کشور، درمی یابیم که این مواد و بند مزبور هیچگونه بیان حقوقی در موضوع ماهیت، آثار و شرایط قرارداد ای پی سی ندارد.

۱-۳-۴. آیین نامه ها اداری

همان گونه که عده ای می گویند؛ با عنایت به اینکه برخی از شرایط قرارداد ای پی سی، در آیین نامه ها و بخش نامه های اداری مانند آیین نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران اجرای پژوهش پروژه های صنعتی به روش طرح و ساخت ۱۳۸۴ و آیین نامه ارجاع کار به پیمانکاران طراحی و ساخت صنعتی ۱۳۸۴ بیان گردیده، قرارداد مدنظر، یک عقد بانام است. در مقام نقد حقوقی این دیدگاه باید گفت که آیین نامه ها و راهنماهای اداری، در گروه قواعد فروتقنینی قرار می گیرد. به عبارت دیگر، باید اظهار داشت که مقررات پایین دستی قانونی، از شمول مقررات تقنینی «مصوبات قوه مقننه» می باشد، خارج است و ارزش و اعتبار قانون عام را ندارند زیرا مرجع تصویب قانون، قوه مقننه است.

از جانب دیگر، باید به این نکته نیز توجه داشت که هرگاه ما مقررات اداری و فروتقنینی قرارداد یاد شده را به عنوان یک قرارداد معین در نظر بگیریم؛ باید همه احکام و آثار آن را به تمام جامعه و هر شخص جریان داده و حاکم کرد. اما بعضی از شرایط قرارداد گفته شده که موضوع آیین نامه ها و بخش نامه های موردنظر می باشد، 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.

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 منطق حقوقی رسید که قرارداد ای‌پی‌سی، در دسته عقود معین جای می‌گیرد. زیرا نخست اینکه؛ این نمونه قراردادی فقط برای مواردی است که یک طرف قرارداد دستگاه اجرایی هست، پس اندازه و محدوده پوششی آن، عموم جامعه را دربر ندارد. دیگر اینکه، این نمونه قراردادی صرفاً برای امور صنعتی سازمانهای اداری؛ لازم‌الاجرا بوده و در امور غیر صنعتی، خصیصه توصیه‌ای دارد. نیز اینکه، در این جستار، عقود دولتی، که مقررات ویژه خویش را داراست، از موضوع بیرون شده. همچنین، که، 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 پیشنهاد نمود.

پس، باید به این نتیجه رسید که مقررات فروتقنینی 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.

نتیجه‌گیری

پیمانکاری، در قانون ایران تعریف نشده است؛ اما شماری از نویسندگان، آن را از انواع اجاره اشخاص و مشمول ماده ۵۱۳ قانون مدنی می‌دانند. در قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۷۷۹ آن را بخشی از اجاره اشخاص می‌داند اما در قانون تعهدات سوییس، عنوانی مجزا و مستقل و پس از قرارداد اجاره اشخاص و قرارداد کار دارد. در قانون مدنی مصر نیز پس از قرارداد اجاره اشخاص، قرارداد «المقاولة» آمده است. درکل، تعریف جامعی که بتوان از پیمانکاری بیان کرد؛ این است: «پیمانکاری، تعهد یک شخص به انجام کار به طور مستقل برای شخصی دیگر در برابر عوض معین است». در این نوشتار؛ کوشش شد که همراه بیان مفهوم حقوقی قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت، نقاط مثبت و عیوب آن را بیان کنیم و بعد از آن وارد بخش دارای اهمیت مقایسه تطبیقی آن با برخی از نهادهای حقوقی شدیم. پیمانکاری، یکی از قراردادهایی است که در برخی انواع آن، هرگاه صاحبکار وظیفه تأمین تجهیزات را برعهده پیمانکار می‌نهد، باعث تفاوت با بقیه عقود مانند اجاره اشخاص یا پیمانکاری‌های معمول می‌گردد که قرارداد ای‌پی‌سی، از آن دسته است. به دیگر سخن، قرارداد پیمانکاری است که با قراردادهای پیمانکاری سنتی و دیگر عقود پیمانکاری، توفیر دارد و آن تعهد کاملی است که در زمینه مهندسی و تأمین و ساخت بر عهده دارد. به دیگر سخن، پیمانکار در این قرارداد؛ هر سه تعهد را باید با تکیه بر ثابت و قطعیت زمان و قیمت عقد، به انجام برساند. در حالی که دیگر قراردادهای پیمانکاری، این گونه نیست و پیمانکار نقشه طراحی شده توسط مهندس یا معمار را که صاحبکار ارائه می‌دهد اجرا می‌کند. قرارداد ای‌پی‌سی با قید استقلال که دارد، از قرارداد کار مشمول قانون کار جدا می‌گردد. زیرا که قرارداد کار با تکیه بر عنصر اصلی تبعیت کارگر از کارفرما و قانون کار با قرارداد ای‌پی‌سی فرق دارد. در مقایسه قرارداد بی‌اوتی و قرارداد ای‌پی‌سی باید گفت که قرارداد سرمایه‌گذاری بی‌اوتی که یک شیوه تأمین مالی برای ساخت یک پروژه در جهت مصالح عمومی است، راهی برای دولت‌های در حال توسعه می‌باشد تا بتوانند با تکیه بر آن، پس از بازگشت سرمایه کنسرسیوم یا شرکت پروژه، بتوانند به راحتی از مالکیت طرح، پس از تحویل بدون بودجه دولتی بالا، بهره ببرند. اما قرارداد ای‌پی‌سی که عقدی برای ارائه خدمات پیمانکاری به صاحبکار در موضوع قرارداد است، پس از تکمیل پروژه؛ مالکیتی برای پیمانکار ایجاد نمی‌گردد زیرا که بر اساس قرارداد،

موضوع تعهدش مهندسی، تأمین و ساخت یک طرح در زمان مشخص و با قیمت مقطوع می باشد. همچنین در مقایسه قرارداد مهندسی، تأمین و ساخت با عقد فقهی استصناع، دانستیم که در قرارداد ای پی سی، تعهد به فعل پیمانکار تعلق می گیرد اما در استصناع، موضوع مورد معامله، عین ساخته شده به وسیله سازنده است که تعهد نیز بدان تعلق می گیرد.

قرارداد طرح و ساخت و قرارداد ای پی سی نیز علیرغم اینکه شماری از نویسندگان و حتی سازمان های دولتی مانند سازمان برنامه و مدیریت کشور؛ آنها را به جای یک دیگر به کار می برند، با یک دیگر فرق دارند. کما اینکه قرارداد طرح و ساخت در کتاب زرد شناسانده شده است، در حالی که قرارداد ای پی سی در کتاب نقره ای به وسیله فیدیک معرفی شده است. از دیگر سو، تفاوت بنیادینی که در میان این دو دسته قرارداد، اختصاص یافتن ریسک زمان و هزینه به پیمانکار در قرارداد ای پی سی و منقسم شدن میان طرفین در قرارداد طرح و ساخت است. تعهد ریسک زمان و هزینه در قرارداد ای پی سی به پیمانکار در ای پی سی از قبولی ریسک شرایط غیر قابل پیش بینی و اشتباهات الزامات صاحبکار به وسیله پیمانکار نشأت می گیرد. نکته ای که مغفول عنه نویسندگان حقوقی قرار گرفته است.

قرارداد ای پی سی، قراردادی است که در سند یکنواخت بین المللی فیدیک در کتاب نقره ای برای به دوش کشیدن همه تعهدات به وسیله پیمانکار به طور کامل است که آن را از دیگر قراردادهای مشابه جدا می کند. در حقوق کنونی ایران، باید آن را یک عقد نامعین دانست، چون در مجموعه قوانین ایران، نام، آثار و شرایط آن نیامده است و به صرف ذکر در دستورالعمل و مقررات فروتقنینی، نمی توان آن را عقد معین انگاشت. باید گفت که قراردادی است که با داشتن مزایایی چون اطمینان بیشتر از هزینه های اجرائی، قطعیت و تعین قرارداد از حیث زمان و هزینه، افزایش کارایی پیمانکار، انعطاف پذیری بالا، سودآوری بیشتر پروژه برای پیمانکار، سرعت بیشتر کار، کاهش ریسک صاحبکار، کاهش ادعاها، آسان سازی تأمین مالی طرح، گزینه ای شایسته است که در حال رشد روزافزون کاربرد و استفاده در همه شئون و موضوعات است که نیاز بیشتر و شایانی به عنوان یکی از قراردادهای خدمت و یک عقد معین، در زمینه تقنین آن؛ به طور جامع الاطراف در همه جنبه ها اعم از نام، آثار و شرایط این قرارداد نوظهور و کاربردی در صنعت ساخت و ساز و امور زیربنایی و به رسمیت شناختن آن در قانون و حقوق به وسیله قانونگذار احساس می گردد. با عنایت به اینکه این ماهیت حقوقی؛ در حال استفاده روزافزون در صنعت ساخت و ساز و بخش های زیرساخت می باشد که بیش از پیش نیاز به معین سازی آن در نظام حقوقی ایران با تکیه بر اصول آن در کتاب نقره ای فیدیک ضرورت پیدا می کند، به منظور جلوگیری از تولید اختلاف حقوقی و برای چابک سازی 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 کاربرست 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 گام های به سزا و محکمی بردارند.

منابع

منابع فارسی

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 ای پی سی و مقایسه آن با سایر قراردادهای جاری در کشور. نهمین کنگره بین المللی مهندسی عمران، تهران.

السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المجلد ۷. المجلد الاول. بيروت: 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 اسلامیه.

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، (بی‌تا)، نهج الفقاهه، موسوعه فقه الاسلامی، جلد ۲، قم: مؤسسه دایره المعارف اسلامی.

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

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

خوهرسندیان، محمد علی. (۱۳۸۳). تمایز مقاطعه کاری و بیع، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره هشت، شماره ۳۴.

خوهرسندیان، 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 قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT)، نامه مفید. شماره ۲۶.

صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی (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، سید حکمت‌اله عسکری و سید باسم موالی‌زاده (۱۴۰۱). نگاهی فقهی حقوقی به قراردادهای مهندسی، تأمین و ساخت. مجله

مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۳۰.

طباطبایی موتمنی، 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)، مشارکت‌ها 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 فقها. 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 الکالم فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، دار احیاء 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 زعفرندی، محمد. (۱۳۸۸). قرارداد کار. تهران: میزان.

منابع انگلیسی

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.
- 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,(۱۹۹۴). The concession agreement (BOT), International construction law review, (۱)۱۱.

Yescombe, E.R. (2002). Principle of Project Finance. Academic Press, California.

