



Original Article

## Description of Construction Contract and its Legal Effects

Shima Vafadarnia<sup>1</sup>, Alireza Yazdanian<sup>2</sup> , Alireza Fasihzadeh<sup>3</sup>

### ABSTRACT

Construction contract is one of the most widely used contracts that its effects on the economic relations are undeniable. But the definition, types, legal description and its qualifications as well as its results are accompanied by ambiguity and disagreement. Achieving the legal description of construction contract will terminate many legal defects and disputes caused by the silence of the contract but the legal description without determining characteristics of its different types will not cause disputes termination and is not satisfactory. The construction contract kinds are contracts without the obligation to supply materials, contracts containing the obligation to supply materials as the subject matter and contracts entailing the obligation to supply materials in order to fulfill the subject matter. Construction contract is similar to three contracts including sale, lease and construction order contract. Although the similarities of jurisprudential construction order contract with construction contract that makes the contractor responsible for the subject of the contract are undeniable, this contract only covers a specific kind of construction contracts and does not encompass other kinds of those contracts with the subject matter of a project plan designing. Due to the impossibility of adapting this contract to other types of construction contract, the lease contract is the only specific contract that besides being specified in the law and having clear legal effects consequently, it covers all kinds of construction contracts and as a result may provide solutions for legal deficiencies.

**KeyWords:** Legal Description of Construction Contract, Construction Contract, Lease Contract, Specified Contract, Unspecified Contract.

**How to Cite:** Vafadarnia, Shima, Yazdanian, Alireza, Fasihzadeh, Alireza, "Legal Description of Construction Contract and Its Legal Effects", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 79-98.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224648.2044>

Received: 21/11/2021-Accepted: 08/06/2022

1. Ph.D Candidate, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran
2. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran  
*Corresponding Author Email: [yazdanian\\_alireza@ase.ui.ac.ir](mailto:yazdanian_alireza@ase.ui.ac.ir)*
3. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



## توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن

شیما وفادارنیا<sup>۱</sup>، علیرضا یزدانیان<sup>۲</sup>، علیرضا فصیحی زاده<sup>۳</sup>

## چکیده

پیمان یکی از پر کاربردترین عقود است که تأثیر آن بر روابط اقتصادی غیرقابل انکار است. اما تعریف، انواع، توصیف حقوقی و به تبع آن، ویژگی‌ها، آثار و در نتیجه سرنوشت این عقد همواره با ابهام و اختلاف نظر همراه بوده است. دستیابی به توصیف حقوقی پیمان، بسیاری از خلأهای قانونی و اختلافات ناشی از سکوت قرارداد را خاتمه می‌دهد، اما توصیف حقوقی بدون لحاظ ویژگی‌های انواع مختلف این عقد به اختلافات پایان نمی‌دهد و اقتناع‌کننده نظام حقوقی نخواهد بود. انواع پیمان عبارت‌اند از پیمان‌های فاقد تعهد تهیه مصالح، پیمان‌های حاوی تعهد تهیه مصالح به‌عنوان موضوع عقد و پیمان‌های حاوی تعهد تهیه مصالح در راستای انجام موضوع عقد. قرارداد پیمان با سه عقد بیع، اجاره و استصناع شباهت‌های بسیاری دارد. اگرچه شباهت‌های استصناع فقهی با نوعی از پیمان که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد، غیرقابل انکار است، این عقد صرفاً پوشش‌دهنده این نوع از پیمان است و بنابراین پوشش‌دهنده سایر انواع پیمان از جمله قراردادهایی که موضوع آنها طراحی نقشه‌های یک پروژه است، نخواهد بود. با توجه به عدم امکان انطباق این عقد بر همه انواع پیمان، عقد اجاره تنها عقد معینی است که علاوه بر حضور در قانون و روشنی بسیاری از آثار آن در قانون، می‌تواند پوشش‌دهنده انواع پیمان و در نتیجه پاسخگوی خلأهای مربوط به این عقد باشد.

**کلید واژگان:** توصیف حقوقی پیمان، قرارداد پیمان، عقد اجاره، عقد معین، عقد نامعین.

**استناد به این مقاله:** وفادارنیا، شیما، یزدانیان، علیرضا، فصیحی‌زاده، علیرضا، «توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۷۹-۹۸.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224648.2044>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
۲. دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران  
ایمیل نویسنده مسئول: [yazdanian\\_alireza@ase.ui.ac.ir](mailto:yazdanian_alireza@ase.ui.ac.ir)
۳. دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

پیمان یکی از مهم‌ترین قراردادهاست که ضمن اهمیت، بسیار چالش‌برانگیز است. علی‌رغم اهمیت این عقد در نظام حقوقی و اقتصادی کشور و تأثیر امنیت حقوقی آن بر سلامت روابط اقتصادی، درخصوص توصیف حقوقی، تعریف، انواع و آثار این عقود اتفاق نظر وجود ندارد و این درحالی است که توصیف حقوقی پیمان می‌تواند در صورت سکوت و ابهام قرارداد و در نتیجه در صورت اختلاف طرفین قرارداد به یاری آید و آثار مهمی را روشن کند. بنابراین سؤال اصلی مقاله، توصیف حقوقی این قرارداد است؛ اما توصیف حقوقی قرارداد پیمان بدون پرداختن به تعریف و انواع این عقد امکان‌پذیر نیست؛ چراکه ویژگی‌های برخی از انواع پیمان و تفاوت بسیار آن با سایر انواع این عقد، پیچیدگی توصیف حقوقی آن را آشکار می‌کند. بدون توجه به انواع پیمان، امکان ارائه یک تحلیل علمی وجود ندارد و ممکن است قالب حقوقی ارائه‌شده، پوشش‌دهنده همه انواع نباشد؛ چراکه ممکن است هریک از انواع مختلف پیمان، توصیف حقوقی متفاوتی از سایرین داشته باشد. از طرف دیگر عدم جامع‌نگری پژوهشگر و عدم توجه او نسبت به انواع عقد مورد تحلیل، باعث می‌شود که پاسخ جامع و مانعی برای نظرات مختلف ارائه نشود.

این عدم توجه به اهمیت انواع در توصیف حقوقی پیمان منجر شده است که تحقیقات گذشته با وجود ارزشمندی، راهگشا و اقلان‌کننده نظام حقوقی نباشند. لذا در این مقاله ابتدا به ارائه تعریف و انواع این قرارداد پرداخته می‌شود و سپس امکان تطبیق آن بر برخی از عقود معین، از جمله استصناع، بیع، اجاره اشخاص و نیز عقود نامعین و عقود ترکیبی بررسی می‌شود. به عبارت دیگر، سؤال اصلی مقاله توصیف حقوقی پیمان است و تحلیل انواع در راستای پاسخ به این سؤال اصلی انجام گرفته است.

## ۱. تعریف پیمان

درخصوص تعریف پیمان میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از حقوق‌دانان در تعریف پیمان به ماده یک شروط عمومی پیمان در نمونه استاندارد پیمان‌های سه‌عاملی<sup>۱</sup> بسنده کرده‌اند.<sup>۲</sup> طبق این ماده، «پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده دو موافقت‌نامه پیمان درج شده است.» این تعریف اگرچه درست است، اما ماهوی از این عقد ارائه نمی‌دهد. تعریف دیگری که در متون قانونی از این قرارداد ارائه شده است، تعریف ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹ است. طبق این ماده: «مقاطععه یا پیمانکاری قراردادی است که به‌موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار واگذار می‌کند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل‌ونقل و یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد.» این تعریف به بسیاری از جنبه‌های پیمان اشاره دارد، اما نه فقط کامل نیست، بلکه صرفاً به تعریف پیمان‌های دولتی می‌پردازد.<sup>۳</sup>

ماده یک دستورالعمل نحوه جبران آثار ناشی از افزایش قیمت ارز در پیمان‌های ریالی فاقد تعدیل موضوع بخشنامه شماره

<sup>۱</sup> قراردادی است که در آن سه عامل پیمانکار، مشاور و کارفرما در روند اجرای پروژه ایفای نقش می‌کنند.

<sup>۲</sup> میلانی‌زاده، علیرضا و لیلا دادگری، *قراردادهای طرح‌وساخت*، تهران: مهرآفاق، ۱۳۹۳، ص ۱۷؛ میرهادی تفرشی، غزاله و عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کفبری*، ۱۳۹۶، شماره ۳۱، ص ۱۷۹.

<sup>۳</sup> بشیری، عباس و دیگران، *شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی*، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۴۳؛ میلانی‌زاده، علیرضا، *شرایط عمومی و خصوصی پیمان*، مشهد: مهرآفاق، ص ۲۴.

۹۸/۱۳۵۵۸۵ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۰ نیز در تعریف کلمه پیمانکار مقرر می‌دارد: «در این دستورالعمل پیمانکار عبارت از پیمانکاران، تولیدکنندگان، سازندگان یا تأمین‌کنندگان مصالح و تجهیزات پروژه‌های در چارچوب نظام فنی و اجرایی کشور می‌باشد.»

لازم به ذکر است در بیان تعریف پیمان با دو مشکل مواجهیم: اول آنکه تعریف واحد و دقیقی از پیمان وجود ندارد؛ دوم آنکه برای تعریف دقیق از یک عقد، آگاهی از توصیف حقوقی آن برای تشخیص ویژگی‌های اساسی آن عقد ضروری است؛ درحالی‌که درخصوص توصیف حقوقی این عقد نیز اتفاق نظر وجود ندارد. اما با توجه به تعاریف ارائه‌شده، باید گفت پیمان در معنای اعم عبارت است از عقدی که به موجب آن یک طرف که خارج از مفهوم کارگر و خارج از حوزه قانون کار قرار می‌گیرد، متعهد می‌شود که در مقابل اجرت، شیئی را که نوع و مقدار آن معین شده است، ساخته یا عملی مشخص اعم از خرید، فروش یا هر عمل دیگر حقوقی و یا عمل غیرحقوقی را انجام دهد، اعم از اینکه در صورت نیاز به مصالح، تهیه مصالح مورد استفاده و ریسک ناشی از آن بر عهده پیمانکار باشد و یا بر عهده کارفرما قرار گیرد. اما پیمان در معنای اخص عبارت است از عقدی که به موجب آن، یک طرف که خارج از مفهوم کارگر و خارج از حوزه قانون کار قرار می‌گیرد، متعهد می‌شود که در مقابل اجرت، شیئی را که نوع و مقدار آن معین شده است بسازد؛ اعم از اینکه در صورت نیاز به مصالح، تهیه مصالح مورد استفاده و ریسک ناشی از آن بر عهده پیمانکار باشد و یا بر عهده کارفرما قرار گیرد. بنابراین باید گفت که تعهد پیمانکار در پیمان به معنای اعم می‌تواند شامل این موضوعات گسترده باشد: خرید، فروش، مشاوره، ساخت یا انجام دادن هر عمل حقوقی یا غیرحقوقی برای کارفرما.

## ۲. انواع قرارداد پیمان

با توجه به تعریف پیمان، این عقود براساس موضوع به سه دسته قابل تقسیم‌اند:

۱- عقود که در آن تهیه مصالح بر عهده پیمانکار نیست. اعم از اینکه تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار گیرد یا موضوع پیمان اعم از ساخت و غیرساخت مستلزم تهیه مصالح نباشد.

گاهی منظور از عملیات ساخت، طراحی یا به بیان دیگر ساخت یک نقشه است که به تناسب موضوع، نیازمند تهیه مصالح نیست. قراردادهای طراحی مهندسی نمونه‌ای از این پیمان‌ها هستند. در این نوع قراردادها موضوع پیمان، طراحی، تهیه، تأیید و تثبیت نقشه‌های تفکیکی یک پروژه است و درحقیقت طراحی نقشه، تنها انتظاری است که کارفرما از پیمانکار دارد.<sup>۱</sup> اما گاهی نیز موضوع تعهد به‌گونه‌ای است که اجرای آن صرفاً انجام دادن اعمالی را از سوی متعهد می‌طلبد و این اعمال شامل ساخت نمی‌شود. به‌عنوان مثال، ارائه خدمات مشاوره پروژه و برخی از پیمان‌های مدیریت اجرا<sup>۲</sup> در این دسته قرار می‌گیرند؛ زیرا در برخی از این پیمان‌ها، تعهد پیمانکار صرفاً ارائه خدمات و مدیریت طرح است.

پیمان‌هایی که در آنها تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار می‌گیرد و اصطلاحاً پیمان‌های دستمزدی نام دارند،<sup>۳</sup> قراردادهای حمل‌ونقل و پیمان‌های منعقد برای فروش کالا نیز که طبق تعریف ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹ به صراحت پیمان نامیده شده‌اند، در همین دسته جای می‌گیرند.

۲- عقود که موضوع آنها تهیه مصالح است. علی‌رغم باور ابتدایی، به استناد ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹،

<sup>۱</sup> حمیدپور رازیان، رسول و محمد نوری، بررسی ماهیت قراردادهای پیمان و پیمانکاری EPC، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۷، ص ۵۸.

<sup>۲</sup> Construct Management

<sup>۳</sup> بشیری، عباس و دیگران، پیشین، ص ۲۸

قراردادهایی که مسئولیت خرید کالا را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهند، پیمان و از این دسته‌اند.

۳- عقودی که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد. این دسته، احداث را جزء موضوعات خود خواهد داشت. در فقه رد پای این نوع از پیمان با عنوان استصناع به معنای توافق سفارش‌دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس وجود دارد.<sup>۱</sup> قراردادهای بسیاری نیز توسط سازمان‌های مربوطه در کشورها ارائه شده‌اند که ذیل این دسته قرار می‌گیرند. ای پی سی<sup>۲</sup>، بی اوتی<sup>۳</sup> بی او او<sup>۴</sup> و بسیاری دیگر از قراردادهای همسان ارائه شده توسط فیدیک<sup>۵</sup> و دیگر سازمان‌های مربوطه، برخی از مهم‌ترین انواع این پیمان‌ها هستند که در این قسمت جای می‌گیرند.

پس از تبیین تعریف و انواع پیمان می‌توان به توصیف حقوقی این عقد پرداخت. از آنجا که توصیف حقوقی پیمان باید به گونه‌ای انجام شود که بتواند پوشش‌دهنده تعریف پیمان هم در معنای اعم و هم اخص باشد، به بررسی امکان تطبیق این عقد بر عقود معین و غیر معین پرداخته می‌شود.

### ۳. بررسی امکان انطباق پیمان بر عقود معین

با توجه به انواع پیمان به توصیف حقوقی این عقد پرداخته می‌شود و تطابق آن با سه عقد که بیشترین شباهت را با پیمان دارند، بررسی می‌شود.

#### ۳.۱. عقد استصناع

برخی از حقوق دانان به دلیل فقدان عنوان پیمان در فقه، آن را با عقدی که با برخی از انواع پیمان نزدیک‌ترین قرابت

<sup>۱</sup> هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت*، جلد ۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۲، ص ۴۲۷.

<sup>۲</sup> والی‌زاده، سودابه، داریوش والی‌زاده، و علی پروری، «بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه‌های راهسازی»، *فصلنامه علمی تخصصی مهندسی و مدیریت ساخت*، شماره ۷، ۱۳۹۶، ص ۱۸؛ میلانی‌زاده، علیرضا، منبع پیشین، ص ۴۱؛ صادقی، محمد، *قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق ایران*، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۴.

<sup>۳</sup> engineering- procurement- construction

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

Volkmar Jaeger, Axel: *Hok Sebastian, FIDIC-A Guide for- Practitioners*, (Germany: Springer, 2010).

<sup>۴</sup> build-operate-transfer

ماده ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و بند (ق) تبصره ۲ و بند (ه) تبصره ۱۱ قانون بودجه سال ۱۳۹۳ کل کشور به این نوع از قرارداد تصریح دارد. در این نوع از قرارداد سرمایه‌گذار در ازای ساخت، حق بهره‌برداری از پروژه مورد نظر را به مدت مشخص دارا می‌شود و پس از آن ملزم به انتقال پروژه به کارفرما خواهد بود.

شیروی، عبدالحسین، *قراردادهای بی اوتی*، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۷؛ داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور، *حقوق و مسئولیت‌های فرا قراردادی مهندسان*، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶.

<sup>۵</sup> Build-Own-Operate:

بند(د) قانون برنامه پنجم توسعه به این قرارداد اشاره دارد. در این نوع از قرارداد، سرمایه‌گذار در ازای ساخت، مالک پروژه خواهد شد و بنابراین حق بهره‌برداری از پروژه توسط وی محدود به دوره معین نیست.

شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۷.

<sup>۶</sup> Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)

موضوعی را دارد، مطابق می‌دانند.<sup>۱</sup> استصناع در فقه عبارت است از توافق اشخاص با صاحبان حرف و صنایع برای ساختن شیء معین.<sup>۲</sup> مبلغ قرارداد نیز عبارت است از قیمت مواد و اجرت ساخت.<sup>۳</sup> اکثر فقهای امامیه به دلیل لازم‌الوفا ندانستن استصناع،<sup>۴</sup> آن را باطل می‌دانند،<sup>۵</sup> اما فقهای اهل سنت آن را به‌عنوان یک عقد صحیح جایز می‌پذیرند.<sup>۶</sup> درخصوص توصیف حقوقی این عقد نیز میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد.<sup>۷</sup> اما صرف نظر از این اختلافات، دقت در نظرات فقها و حقوق دانان درخصوص احکام استصناع نشان‌دهنده تفاوت‌هایی هرچند ظاهری میان این عقد و پیمان است که در ذیل به تحلیل این تفاوت‌ها می‌پردازیم.

۱- قلمرو: از نظر برخی، مهم‌ترین تفاوت، اختصاص استصناع به ساخت اموال منقول است؛<sup>۸</sup> هرچند به نظر می‌رسد که نظر این عده قابل‌خنده است؛ زیرا اگرچه در متون فقهی تنها اموال منقول مانند شمشیر به‌عنوان مورد معامله استصناع ذکر شده‌اند، می‌توان گفت که ذکر این موارد در متون فقهی به دلیل رایج بودن آن صورت گرفته است و به معنای نفی و نادرستی استفاده از این عقد برای ساخت اموال غیرمنقول نیست.<sup>۹</sup> حتی می‌توان آن را درخصوص امور معنوی مانند تالیف کتاب و طراحی نیز صادق دانست.<sup>۱۰</sup>

۲- جواز و لزوم عقد: تفاوت دیگری که می‌توان ذکر کرد، جواز استصناع<sup>۱۱</sup> و مغایرت آن با لزوم پیمان است. فقهای امامیه استصناع را باطل می‌دانند؛ زیرا آن را لازم‌الوفا نمی‌دانند،<sup>۱۲</sup> اما فقهای اهل سنت به‌ویژه اکثریت حنفیه به استناد احادیث آن را عقدی جایز و صحیح محسوب می‌کنند.<sup>۱۳</sup> هرچند در تشریح معنای جواز نیز میان این دسته از فقها اختلاف نظر وجود دارد.

در مذهب شافعی «اگر کسی چیزی را بدون رؤیت به توصیف فروشنده خریداری کند و بعداً رؤیت کند، ولو آن چیز مطابق

<sup>۱</sup> رشید، عبدالکریم احمد، *الشامل فی معاملات و عملیات المصارف الاسلامیه*، اردن: دارالنفائس، ۲۰۰۷، ص ۱۲۷.

<sup>۲</sup> مومن، محمد، «استصناع»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۱۱ و ۱۲، ۱۳۷۶، ص ۳۰؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، «استصناع»، *نشریه فقه اهل بیت*، شماره ۱۹، ۱۳۷۸، صص ۲۰ و ۳.

<sup>۳</sup> صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

<sup>۴</sup> حلی، یحیی بن سعید، *الشرایع*، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵، ص ۴۵۹.

<sup>۵</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، *المعجم الفقهی لکتاب الشیخ الطوسی*، جلد ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۱؛ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، منبع پیشین، ص ۲۱۵؛ موسوی روضاتی، احمد، *اجماع فقهاء الامامیه*، جلد ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۳۲ق، ص ۲۹۶؛ طبرسی، فضل بن حسن، *الموتلف من المختلف بین ائمه السلف*، مشهد: نشر آستانه الرضویه المقدسه، ۱۴۱۰ق، ص ۵۳۶.

<sup>۶</sup> *الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، جلد ۱۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، موسوعه، ۱۴۲۳، ص ۳۷۵.

<sup>۷</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۶؛ نظریور، محمدتقی، «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»، شماره ۶۶ و ۶۷، ۱۳۹۰، ص ۱۲۹.

<sup>۸</sup> موسویان، سیدعباس و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی-حقوقی عقد استصناع»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، شماره ۲۱، ۱۳۹۲، ص ۳۴۶.

<sup>۹</sup> حسن‌زاده، بهنام، «عقد استصناع در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

<sup>۱۰</sup> صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۱۱.

<sup>۱۱</sup> موسویان، سید عباس و احسان بازوکار، منبع پیشین، ص ۹.

<sup>۱۲</sup> حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ق، ص ۴۵۹.

<sup>۱۳</sup> *الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۷۵.

توصیف بوده باشد، برای خریدار، خیار رؤیت ثابت می‌شود.<sup>۱</sup> طبق نظر این عده از فقها، حتی چنانچه سازنده کالا را مطابق با اوصاف ذکر شده تهیه و ارائه کند، سفارش‌دهنده حق رد آن را خواهد داشت.

البته در مقابل این دیدگاه، برخی از فقها سفارش‌دهنده را ملزم به دریافت شیء ساخته‌شده می‌دانند؛ چراکه عدم الزام وی باعث خسارت صانع خواهد شد.<sup>۲</sup> هرچند این عده از فقها نیز الزام مذکور را در مقابل وعده بودن استصناع مطرح می‌کنند و به نظر می‌رسد هیچ‌یک از فقها لازم بودن این عقد را اعلام نکرده است. اما علی‌رغم این فقدان سابقه، می‌توان مبانی درستی برای اعلام لزوم یافت. از یک طرف آیه «ووفوا بالعقود» و حدیث «المومنون عند شروطهم» می‌توانند مبانی قابل‌قبولی برای این حکم محسوب شوند<sup>۳</sup> و از طرف دیگر نکته قابل‌تأمل آن است که دلیل طرف‌داران جواز استصناع فقط توسل به وجود خیار رؤیت در بیع است؛ درحالی‌که این توسل فقط زمانی به حکم جواز استصناع می‌انجامد که استصناع را بیع بدانیم؛ زیرا خیار مذکور به صراحت در خصوص بیع مطرح شده است. بنابراین قبل از تعیین توصیف حقوقی استصناع و ثبوت بیع بودن، توسل به این خیار و حکم به جواز استصناع از طریق آن، مصداق بارز حرکت از مقدمه‌های غیرقطعی و رسیدن به نتیجه قطعی است؛ امری که به روشنی به غیرقابل اعتماد بودن یک استدلال می‌انجامد. هرچند حکم به جواز حتی در صورت بیع بودن استصناع نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ چراکه خیار رؤیت صرفاً در خصوص بیع عین معین محقق می‌شود<sup>۴</sup> و این درحالی است که در زمان انعقاد استصناع مورد سفارش سفارش‌دهنده وجود ندارد.

۳- تعیین مدت: یکی دیگر از تفاوت‌ها، لزوم عدم تعیین مدت در استصناع است؛ چراکه تعیین مدت موجب تحقق بیع سلم می‌شود و رعایت شرایط آن از جمله لزوم پرداخت ثمن در مجلس عقد الزامی خواهد شد.<sup>۵</sup> اما از یک طرف نه فقط لزوم این شرط در بیع سلم مورد اختلاف است،<sup>۶</sup> بلکه برخی دیگر از فقها ذکر مدت در بیع شیء غیرموجود را لازم دانسته‌اند<sup>۷</sup> و از طرف دیگر این اشکال در صورت بیع دانستن استصناع قابل بررسی است و با توجه به عدم آگاهی ما نسبت به توصیف حقوقی، این نتیجه‌گیری باطل است. بنابراین عدم تعیین مدت را نمی‌توان از تفاوت‌های پیمان و استصناع محسوب کرد. همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان نیز در تعریف استصناع اظهار داشته‌اند که استصناع قراردادی است که به منظور تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرح با ویژگی‌های مشخص در مدت معین و در برابر هزینه معین بین دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی منعقد می‌شود.<sup>۸</sup>

اما صرف‌نظر از تفاوت‌هایی که ذکر شد، باید گفت اگرچه پیمان نوع سوم (که تهیه مصالح را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد) به استصناع فقهی بسیار نزدیک است و شاید بتوان به این انطباق، نظر داد، اما از یک طرف با توجه به تعریف پیمان و تفاوت در حوزه شمول این عقد و استصناع، باید گفت رابطه این دو عقد، عموم و خصوص مطلق است و درحالی‌که

<sup>۱</sup> خوئی، سیدابوالقاسم، *توضیح المسائل (خوبی)*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲، ص ۵۵۸.

<sup>۲</sup> *الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۸۳.

<sup>۳</sup> صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۰۳.

<sup>۴</sup> آیتی، محمدرضا و علی آل بویه، «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس»، *پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵، ۱۳۸۹، ص ۴۳۴.

حلی، حسن بن یوسف، *ارتداد الأذهان الی احکام الایمان*، جلد ۱، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۷۵؛ خوئی،

ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، جلد ۱، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، ص ۴۲۴.

<sup>۵</sup> *الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۸۳.

<sup>۶</sup> صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۴.

<sup>۷</sup> ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم: موسسه پیام امام الهادی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۹۵؛ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد

۲، تهران: مکتبه المتضویه، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹.

<sup>۸</sup> حسن‌زاده، بهنام، منبع پیشین، صص ۱۱ و ۱۲.

تمامی عقود استصناع در دایره شمول پیمان جای می‌گیرند، بسیاری از پیمان‌ها از جمله پیمان‌های مدیریت، حمل‌ونقل و پیمان‌های خرید و تهیه کالا به‌وضوح خارج از قلمرو استصناع قرار می‌گیرند و لذا استصناع پوشش‌دهنده همه انواع پیمان نیست و از طرف دیگر حتی در فقه نیز استصناع یک ماهیت مستقل مانند بیع و اجاره نیست، بلکه صرفاً اصطلاحی برای یک نوع رایج از قرارداد است. شاید به دلیل همین اختلافات موجود در فقه و یا به این دلیل که مقنن استصناع را در زمره اجاره اشخاص می‌دانسته و نیازی به ذکر آن در قانون نیافته است، استصناع به‌عنوان یک عقد معین فقهی در قانون مدنی ایران وارد نشده است و لذا تعیین آن به‌عنوان توصیف حقوقی پیمان، راهگشای اختلافات ناشی از سکوت قرارداد نیست.

### ۳.۲. عقد بیع

برخی از حقوق‌دانان پیمان را بر بیع منطبق می‌دانند. دلایل طرف‌داران این انطباق عبارت‌اند از:

۱- جاری شدن قاعده تلف مبیع قبل از قبض: مهم‌ترین دلیل طرف‌داران مطابقت پیمان با بیع، عدم ضمان سفارش‌دهنده در صورت تلف مصالح قبل از تسلیم است که به اعتقاد ایشان با قاعده تلف قبل از قبض در بیع قابل توجیه است؛<sup>۱</sup> زیرا در پیمان‌هایی که ضمن انجام دادن عمل، مصالح موردنیاز نیز توسط پیمانکار تهیه می‌شود، ابتدا این‌گونه به‌نظر می‌رسد که عرف، اجیر بودن پیمانکار برای خرید مصالح را نمی‌پذیرد.<sup>۲</sup> به‌عنوان مثال، چنانچه موضوع پیمان ساخت یک خانه اسباب‌بازی باشد و قبل از تحویل به کارفرما تلف شود، عرف سفارش‌دهنده را مسئول پرداخت ثمن نمی‌داند و این به معنای اجرای قاعده تلف قبل از قبض است. اما در رد این استدلال باید گفت:

الف) با توجه به صراحت شروط عمومی پیمان بسیاری از پیمان‌های رایج، از جمله بند ح از ۱۷-۳ ماده ۱۷<sup>۳</sup> پیمان دی‌بی<sup>۴</sup> در خصوص ریسک‌های کارفرما و بند ب<sup>۵</sup> ماده ۴۳ پیمان‌های متعارف یا دی‌بی‌بی<sup>۶</sup>، اساساً درستی وجود این عرف مورد تردید است و چه بسا استناد به آن در توصیف حقوقی پیمان باعث گمراهی حقوق‌دانان شود؛ زیرا به‌موجب مواد ذکرشده، تلف قهری کارها و کالاها قبل از تحویل به کارفرما نیز برعهده وی است؛ زیرا بند مذکور در راستای صدر ماده ۴۳ است و صدر این ماده در خصوص وضعیتی اظهار شده‌است که حوادث خارج از کنترل دو طرف پیمان در منطقه اجرای کار واقع شود و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد. بنابراین ماده در خصوص زمانی است که کارها و کالاهای موضوع پیمان هنوز در منطقه اجرای کار یا به عبارتی در ید پیمانکار است و تسلیم کارفرما نشده است. لذا این امر که بند ب ماده، مسئولیت جبران خسارت‌هایی را که بیمه متقبل نمی‌شود، برعهده کارفرما قرار داده است، بدین معناست که تنظیم‌کنندگان این نمونه استاندارد، کارفرما را قبل از تسلیم کارها و مصالح نیز مالک و در نتیجه مسئول دانسته‌اند

<sup>۱</sup> آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، ص ۱۹.

<sup>۲</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، کتاب **الاجاره**، ج ۱، قم: موسسه الفقه و معارف اهل‌البیت، ۱۴۳۳ق، ص ۴۵.

<sup>۳</sup> بند ح: «هرگونه عمل نیروهای طبیعت که غیرقابل‌پیش‌بینی بوده یا منطقیاً قابل‌انتظار نیست که پیمانکار باتجربه‌ای بتوانسته باشد اقدام‌های پیشگیرانه کافی برای جلوگیری از بروز آنها معمول دارد.»

<sup>۴</sup> Design and Build

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

<sup>۶</sup> Design-Bid-Build

قرارداد نمونه دی‌بی‌بی که شرایط آن در نشریه شماره ۴۳۱۱ مورخ ۱۳۷۸ درج شده است.



و بنابراین، این نمونه قرارداد قاعده تلف مبیع قبل از قبض یا به عبارت دیگر مسئولیت پیمانکار قبل از تسلیم را در خصوص پیمان نپذیرفته است. هر چند شروط عمومی پیمان‌های مذکور صرفاً در خصوص پیمان‌های دولتی الزام‌آورند، اما با توجه به عدم وجود نص معارض برای پیمان‌های بخش خصوصی، این شروط عمومی به‌عنوان الگویی برای قواعد حاکم بر قراردادهای خصوصی نیز مورد اعتنا خواهند بود و به‌نوعی عرف نیز تابع این نمونه استاندارد است.

ب) دومین استدلال در رد نظر موافقان بیع آن است که حتی در صورتی که عرف مذکور را درست قلمداد نکنیم، بیع مالی که در زمان عقد موجود نیست، تنها از طریق بیع کلی فی‌الذمه امکان‌پذیر است؛<sup>۱</sup> زیرا طبق ماده ۳۶۲ قانون مدنی در بیع عین معین، چنانچه معلوم شود که مبیع در زمان عقد وجود نداشته است، بیع باطل است.<sup>۲</sup> بنابراین اگر پیمان را بیع بدانیم، با توجه به اینکه در اکثر پیمان‌ها، مال قبل از ساخت وجود ندارد، قطعاً در بسیاری از موارد بیع کلی فی‌الذمه است. بنابراین قاعده تلف قبل از قبض شامل آن نمی‌شود.<sup>۳</sup>

ج) در صورت اجرای این قاعده عقد منفسخ می‌شود، در حالی که انفساخ استنصاع در صورت تلف مصالح، خلاف ارتکاز عرفی است.

د) حتی چنانچه اجرای قاعده تلف قبل از قبض را درست بدانیم، این قاعده اختصاص به بیع ندارد و در صورت اجاره دانستن پیمان نیز جاری می‌شود که به آن در قسمت اجاره پرداخته می‌شود.

ه) در مواردی که موضوع استنصاع یا به‌عبارت دیگر پیمان نوع سوم، کلی فی‌الذمه است، بسیاری از فقها معتقدند که استنصاع صرفاً در قالب بیع سلم جایز است. بیع سلم به معنای بیع کلی مدت‌دار در مقابل ثمن نقد است.<sup>۴</sup> این عده از فقها استنصاع را به صورتی غیر از بیع سلم باطل می‌دانند؛ زیرا در استنصاع، تعهد صانع به تحویل، موجد است و بیع کلی فی‌الذمه به نحو مؤجل، صرفاً از طریق بیع سلم امکان‌پذیر است. بنابراین با توجه به اینکه مشهور فقها پرداخت ثمن در مجلس عقد را شرط صحت سلم می‌دانند،<sup>۵</sup> بنابراین تحلیل استنصاع براساس بیع سلم منتهی به محدود نمودن این عقد به مواردی می‌شود که ثمن در مجلس عقد تسلیم شود؛<sup>۶</sup> در حالی که اکثریت قریب به اتفاق عقود استنصاع شرایط سلم را ندارند؛ زیرا در بسیاری از موارد روش پرداخت در قرارداد به‌صورت پیشرفت تدریجی<sup>۷</sup> و یا به‌صورت نقطه عطف<sup>۸</sup> مشخص می‌شود. بنابراین نمی‌توان توصیف حقوقی آنها را با بیع توجیه کرد. هر چند این ایراد به دلیل عدم وجود این شرط در مواد قانونی و نیز عدم ملازمه بیع کلی مؤجل و بیع سلم در برخی متون فقهی<sup>۹</sup> قابل رد به نظر می‌رسد.

۲- وقوع استنصاع یا پیمان نوع سوم بر عین: دلیل دیگری که از سوی طرفداران بیع مطرح می‌شود، آن است که

<sup>۱</sup> امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة علی المکاسب*، قم: بی‌نا، ۵۱۳، ش، ص ۳۹۶.

<sup>۲</sup> حائری شاه‌باغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۳۵۴؛ امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ص ۴۴۱.

<sup>۳</sup> حیاتی، علی عباس، *حقوق مدنی ۶*، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۴۹.

<sup>۴</sup> خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶، ص ۵۱۷.

<sup>۵</sup> همان منبع، ص ۵۷۹.

<sup>۶</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، صص ۱۶ و ۲۰.

<sup>۷</sup> مراجع و فقیهان، استفتائات پیرامون عقد استنصاع، جمع‌آوری شده توسط محمدتقی نظریور، ک: کمیجانی و نظریور، *مجله علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، ۱۳۷۸، شماره ۳۰.

<sup>۸</sup> Milestone

نقطه عطف مرحله‌ای از پروژه است که دارای ارزش اقتصادی مستقل است.

<sup>۹</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۴۶.

استصناع بر عین واقع می‌شود<sup>۱</sup> و نه بر عمل. بنابراین بیع را می‌توان منطبق بر آن دانست، در حالی که اجاره بر عمل واقع می‌شود و قابلیت انطباق بر استصناع را ندارد. اما در پاسخ باید گفت با توجه به اینکه بسیاری از فقها و حقوق‌دانان به نظر مخالف معتقدند و موضوع استصناع را عمل و شیء<sup>۲</sup> یا صرف عمل می‌دانند،<sup>۳</sup> این استدلال نیز قابل اتکا نیست. بنابراین تعیین بیع به عنوان توصیف حقوقی پیمان امکان‌پذیر نیست؛ چراکه از یک طرف برخی از انواع پیمان از جمله پیمان‌های مدیریت و پیمان‌های خرید مصالح کاملاً خارج از قلمرو بیع قرار می‌گیرند و لذا بیع پوشش‌دهنده انواع پیمان نیست و از طرف دیگر ابتدا باید به دنبال انطباق یک عقد بر کلیه انواع پیمان باشیم تا گرفتار شدن در تفاوت‌های ناشی از انطباق بر عقود مختلف بر پیچیدگی‌های موجود نیفزاید.

باید اذعان کنیم در مواردی که موضوع قرارداد، مال موجود نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن است و مالکیت مال نیمه‌تمام نیز متعلق به پیمانکار است، احکام و آثار عقد را می‌توان با بیع توجیه کرد<sup>۴</sup> و آن را بیع با شرط اجیر بودن سازنده در اتمام کار دانست. اجیر بودن سازنده در اتمام کار که به عنوان شرط ذکر می‌شود، خود یک پیمان است. در این حالت تمرکز سفارش‌دهنده بر عین است و نه عمل و بنابراین اساساً عقد اصلی، پیمان نیست؛ زیرا پیمان عقدی است که بر عمل واقع می‌شود و تمرکز آن بر عمل صنعتگر است. در سایر موارد که مال موجودی برای تکمیل وجود ندارد، عقد اصلی نیز پیمان است.

### ۳.۳. عقد اجاره

علی‌رغم آنکه در متون حقوقی بدون پرداختن به تفکیک انواع پیمان به توصیف حقوقی آن اشاره می‌کنند و آن را استصناع، بیع<sup>۵</sup>، اجاره اشخاص، جعاله، ترکیبی از عقود، عقدی مستقل<sup>۶</sup> و یا عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند<sup>۷</sup>، باید گفت که در خصوص توصیف حقوقی قراردادهای نوع اول و دوم تردیدی وجود ندارد؛ چراکه موضوع و تعریف آن به طور کامل در چارچوب اجاره اشخاص جای می‌گیرد. اما با توجه به اینکه در قراردادهای نوع سوم، تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان بر عهده پیمانکار است، توصیف حقوقی این گروه از قراردادها به دلیل ترکیب میان تملیک عمل و شیء و تداخل آن با موضوع بیع، با پیچیدگی بیشتری روبه‌رو است.

شبهات‌های قابل تأمل اجاره اشخاص و پیمان، ما را به انطباق این دو بر هم هدایت می‌کند، اما برای اثبات این انطباق، کنکاش در فقه و آرای متفاوت فقهی لازم است تا اختلافات موجود در خصوص تفاوت برخی از آثار و قواعد این دو، خدشه‌ای بر استحکام این نظر وارد نسازد. اشکالاتی که ممکن است از جانب مخالفان انطباق مطرح شود عبارت‌اند از: اشکال اول: رابطه کارفرما با مصالحی که پیمانکار در ساخت به کار می‌برد با اجاره اشخاص قابل توجیه نیست. در پاسخ به این اشکال باید گفت رابطه میان کارفرما و مصالح با اجاره اشخاص قابل توجیه است؛ زیرا هر شخصی قادر است در قالب اجاره اشخاص، انجام دادن اعمال حقوقی از جمله بیع مصالح را به اجیر واگذار کند و نه فقط منعی برای

<sup>۱</sup> سیفی زیناب، غلامعلی و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵، ۱۳۸۸، ص ۱۷۱.

<sup>۲</sup> آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، ص ۳۶.

<sup>۳</sup> الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، منبع پیشین، ص ۳۸۴.

<sup>۴</sup> صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۰.

<sup>۵</sup> آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، صص ۱۰۹.

<sup>۶</sup> نظریور، منبع پیشین، ص ۱۶۳؛ صادقی و گودرزی، منبع پیشین، ص ۱۷۷.

<sup>۷</sup> بشیری، منبع پیشین، ص ۳۵.

استفاده از این قالب حقوقی، موجود نیست، بلکه شواهد متقنی نیز بر درستی آن وجود دارد. برای مثال، انعقاد اجاره اشخاص برای انجام حیات مباحات، یکی از بحث‌های متداول در فقه است<sup>۱</sup> و این امر به روشنی بر استدلال فوق صحه می‌گذارد. لذا می‌توان پیمان را اجاره اشخاص دانست که موضوع آن عبارت است از اجاره شخص برای تهیه مصالح و ساخت. از طرف دیگر، بند ۷۲-۳ ماده ۷۲ شروط عمومی قراردادهای ای‌پی‌سی<sup>۲</sup> موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۷۱۰۵-۱۰۵/۱۸۹۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ و نیز بند ۷-۷ ماده هفت<sup>۳</sup> شروط عمومی پیمان‌های طرح و ساخت موضوع بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۸ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۵ حاکی از اجیر بودن یا وکالت پیمانکار در تهیه مصالح است؛ چراکه در این مواد به صراحت زمان مالکیت کارفرما نسبت به تجهیزات و مصالح، زمان بارگیری و بسته‌بندی یا هنگام تحویل به کارگاه و یا زودتر از آن اعلام شده است، نه زمان تحویل پروژه به کارفرما.

اشکال دوم: اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض با اجیر دانستن پیمانکار در تعارض است.

طبق این اشکال، چنانچه پیمانکار را اجیر در خرید مصالح بدانیم، بلافاصله پس از بیع و تسلیم مصالح به پیمانکار توسط فروشنده، ریسک و ضمان به مستأجر یا همان کارفرما منتقل می‌شود؛ زیرا وی مالک حقیقی است و مصالح صرفاً در ید پیمانکار امانت است. بنابراین چنانچه مصالح بدون تعدی و تفریط پیمانکار تلف شود، تلف از مال مستأجر (کارفرما) است و وی ملزم به پرداخت ثمن به اجیر (پیمانکار) خواهد بود. در حالی که عرف در این خصوص قائل به جاری شدن قاعده تلف قبل از قبض است و کارفرما را متعهد به پرداخت ثمن مال تلف شده نمی‌داند. در پاسخ به اشکال فوق باید گفت:

الف) همان‌طور که در قسمت بیع بیان گردید، با توجه به صراحت مواد شروط عمومی پیمان بسیاری از پیمان‌های رایج، اساساً درستی وجود این عرف مورد تردید است.

ب) قضاوت عرف بر تلف مبیع قبل از قبض و ارتکاز عرفی بر آن، نه تنها با اجاره دانستن پیمان مغایرتی ندارد، بلکه یکی از آثار اجاره به شمار می‌رود. صرف‌نظر از آنکه وجود عرف مذکور مستنداً مورد تردید است، حتی چنانچه وجود این عرف را بپذیریم، این امر با اجاره دانستن پیمان مغایرتی ندارد؛ زیرا با دقت در فقه آشکار می‌شود که بسته به اینکه در خصوص زمان تسلیم عمل در اجاره اشخاص کدام نظر را بپذیریم، استدلال‌های متفاوتی قابل تصور است. از نظر بسیاری از فقها چنانچه نتیجه عمل اجیر به گونه‌ای است که پس از به وجود آمدن از بین می‌رود، مانند نماز خواندن یا حج<sup>۴</sup>، انجام دادن عمل به منزله تسلیم عمل است<sup>۵</sup> و چنانچه عمل اجیر به گونه‌ای باشد که فقط نیاز به فعالیت او داشته باشد و نتیجه این فعالیت حالتی است که در اموال صاحبکار ایجاد می‌شود،<sup>۶</sup> در این صورت دو حالت قابل تصور است: اول آنکه ملک مستأجر در ید اوست و دوم آنکه ملک مستأجر در ید اجیر امانت است. در حالت اول به نظر بسیاری از فقهای امامیه انجام دادن عمل به منزله تسلیم عمل است؛<sup>۷</sup> زیرا چنانچه ملک مستأجر در ید خود اوست، بدیهی است که نتیجه عمل اجیر که در

<sup>۱</sup> خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۲۰؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۱۴۷.

<sup>۲</sup> بند ۷۲-۳ ماده ۷۲: «با وجود انتقال مالکیت مصالح و تجهیزات به کارفرما از زمان بسته‌بندی و یا بارگیری، مسئولیت مراقبت از تمام تجهیزات و مصالح طبق بند ۷۲-۱ به عهده پیمانکار است.»

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

<sup>۴</sup> فاضل موحدی لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار، ۱۳۸۱، ص ۲۵۱.

<sup>۵</sup> نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام، جلد ۱۴، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۹۷.

<sup>۶</sup> خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۱.

<sup>۷</sup> نجفی، محمدحسن بن باقر، منبع پیشین، ص ۱۹۷.

شیء تجلی پیدا کرده نیز در ید مستأجر است و تسلیم به صرف اتمام عمل محقق می‌شود. اما در خصوص حالت دوم در حالی که برخی اتمام عمل را به منزله تسلیم می‌دانند،<sup>۱</sup> عده‌ای دیگر معتقدند که تسلیم محل عمل به مستأجر شرط تحقق تسلیم است.<sup>۲</sup> چراکه در حالت دوم از آنجا که شیء در ید اجیر است و لذا مستأجر هیچ‌گونه قدرت و تسلطی نسبت به آن ندارد، به نظر می‌رسد که صرف اتمام عمل را نمی‌توان به معنای تسلیم دانست و تسلیم عمل زمانی محقق می‌شود که شیئی که عمل در آن متجلی شده، تسلیم مستأجر شود. توضیح آن که تسلیم عمل یعنی تسلیم عمل خرید مصالح با تحویل شیء خریداری شده به مستأجر انجام می‌شود؛ چراکه قبل از آن، مستأجر هیچ‌گونه تسلطی بر عمل انجام‌شده ندارد.<sup>۳</sup>

در پاسخ به این سؤال که در حالت دوم تسلیم یا به عبارت دیگر مبدأ انتقال ضمان چه زمانی است باید گفت، بسته به آنکه کدام نظر را بپذیریم، پاسخ متفاوت است. اگر زمان تسلیم را زمان انجام یافتن عمل بدانیم، به محض انجام دادن عمل، یعنی به محض اقدام اجیر به خرید مصالح، تعهد وی در خصوص تهیه مصالح انجام شده و موضوع این تعهد به قبض مستأجر در آمده است. در این حالت، در صورت تلف مصالح پس از تهیه، تلف قبل از قبض فاقد موضوعیت است؛ زیرا موضوع اجاره خرید مصالح بوده، نه تحویل آن به مستأجر و این موضوع نیز انجام شده است. لذا عدم مسئولیت مستأجر در خصوص تلف با قاعده تلف قبل از قبض قابل توجیه نیست. اما اگر نظریه تسلیم محل عمل را بپذیریم، در موردی که خرید مصالح بر عهده اجیر قرار دارد و محل عمل یعنی مصالح، قبل از تحویل شیء به مستأجر تلف می‌شود، تلف شیء به‌عنوان متعلق عمل، به‌منزله تلف عمل است و قاعده تلف قبل از قبض در اینجا نیز جاری می‌شود. این امر در پیمان نوع سوم که تهیه مصالح را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد نیز قابل تصور بوده و تطبیق بر آن ممکن است. لذا با پذیرش نظر اخیر در خصوص زمان تسلیم عمل، دیدگاه برخی از حقوق‌دانان مبنی بر وجود عرف در خصوص عدم مسئولیت کارفرما به پرداخت قیمت، منطبق بر قواعد اجاره است.

اشکال سوم: سومین اشکال آن است که پیمان‌ها به لحاظ لزوم درج شروط خاص در آنها،<sup>۴</sup> عقود معین مستقلی هستند؛ زیرا شروط عمومی پیمان در قراردادهای دولتی الزامی است، در حالی که این شروط جزء آثار و شروط اجاره اشخاص نیستند.

در پاسخ به این اشکال باید گفت شروط عمومی پیمان صرفاً مفاد فرعی عقد هستند که در پیمان‌های دولتی بر حسب نوع ابلاغ سازمان برنامه و بودجه، ممکن است الزاماً به این عقد اضافه شوند. این الزام به دلیل مصالح خاص ساری در حقوق عمومی است. شروط قرارداد فرع بر عقد هستند و تعیین‌کننده توصیف حقوقی عقد نیستند و آن را به عقد دیگری تبدیل نمی‌کنند. تنها شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروط مجهول بر سرنوشت عقد تأثیرگذارند و در آنجا نیز آن را

<sup>۱</sup> همان منبع، ص ۱۹۷؛ اصفهانی، ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، جلد ۲، قم: مهر استوار، ۱۳۹۳، ص ۹۷.

<sup>۲</sup> همان منبع، ص ۵۴؛ همان منبع، ص ۹۷.

<sup>۳</sup> چنانچه فرد برای خیاطی و امثال آن اجیر شده باشد، در صورتی که در زمان اقدام به تعهد، عینی را که به او سپرده شده، اتلاف کند، ضامن است؛ زیرا تخصص این افراد و ادعای ایشان به وجود تخصص بدین معناست که نتیجه، یعنی اصلاح، را برعهده گرفته‌اند (یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقی*، جلد ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ ق، ص ۶۰۱؛ حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۴۸؛ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد ۳، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران: ۱۳۸۷ هـ ق، ص ۲۴۳) و نه صرف عمل، بنابراین در صورت عدم اصلاح و به طور مثال خراب شدن پارچه هنگام عمل، از یک طرف موضوع تعهد انجام نگرفته است و از طرف دیگر ایشان به دلیل عمل بدون وجود تخصص لازم، به نوعی تجاوز از حدود اذن (حلی، محقق، منبع پیشین، ص ۱۴۸) نموده‌اند و این باعث ضمان وی نسبت به عین تلف یا معیوب شده است.

<sup>۴</sup> طباطبائی مومتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴، ص ۲۳.

به عقد دیگری تبدیل نمی‌کنند، بلکه موجب بطلان عقد می‌شوند.

از طرف دیگر الزامی بودن درج شروط عمومی در پیمان دولتی، این شروط را به بدنه و مفاد اصلی عقد تبدیل نمی‌کند و لذا این الزام موجب تفاوت توصیف حقوقی پیمان دولتی و خصوصی و تبدیل آن به یک عقد معین دیگر نمی‌شود؛ زیرا تعریف عقد معین عبارت است از عقدی که در قانون عنوان معینی دارد و شرایط و آثار آن توسط قانون‌گذار مشخص شده است<sup>۱</sup> و الزامی بودن درج شروطی خاص در پیمان‌های دولتی، آن را مشمول تعریف عقد معین قرار نمی‌دهد. اشکال چهارم: در پیمان، اعیان به کارفرما تملیک می‌شود، درحالی‌که اجاره تملیک منافع است و نه تملیک اعیان. این اشکال نیز قابل رد است، با این استدلال که موضوع اجاره و تعهد اجیر عبارت است از مجموع ساخت، تملیک و تسلیم شیء ساخته شده، به‌گونه‌ای که عدم انجام هر یک از اجزای این مجموع، منجر به عدم تعلق اجرت به سازنده خواهد شد.<sup>۲</sup> از طرف دیگر عقودی که منجر به تملیک می‌شوند، منحصر در بیع نیست و عقودی چون اجاره نیز می‌توانند افادۀ تملیک نمایند.

اشکال پنجم: پنجمین اشکالی که ممکن است مطرح شود آن است که اجاره یک عقد تملیکی است و لذا پس از انعقاد عقد، اجیر تعهدی جز در خدمت بودن ندارد و بهره‌برداری از این خدمت بر عهده مستأجر است. درحالی‌که در پیمان، پیمانکار تعهد بر انجام دادن عمل را دارد و وظیفه بهره‌برداری بر عهده کارفرما نیست.

به نظر می‌رسد از نظر عدم وجود وظیفه بهره‌برداری نیز میان اجاره و پیمان تفاوتی نیست؛ زیرا می‌توان گفت در صور مختلف اجاره اشخاص نیز مستأجر وظیفه بهره‌برداری را بر عهده ندارد. به عبارت دیگر اگرچه اجاره از عقود تملیکی است و منافع اجیر به محض انعقاد عقد به مستأجر منتقل می‌شود، اما این امر نافی تعهد اجیر به تسلیم منافع تملیک شده نیست.<sup>۳</sup> بنابراین هم اجیر و هم پیمانکار تعهد بر تسلیم منفعت تملیک شده دارند و این امر مستلزم مطالبه از جانب مستأجر یا کارفرما نیست. این تعهد اجیر هم در زمانی که نتیجه خاصی را بر عهده گرفته است وجود دارد و هم در زمانی که صرفاً ارائه خدمت در زمان معین را بر عهده گرفته است.

بنابراین با توجه به امکان شمول اجاره نسبت به همه انواع پیمان، به نظر می‌رسد می‌توان این عقد را به‌عنوان توصیف حقوقی پیمان پذیرفت.

از جمله پیامدهای توصیف حقوقی درست پیمان و اجاره دانستن آن، تعیین سرنوشت این عقد است. اهمیت توصیف حقوقی تا جایی است که می‌تواند موجب رأی به بطلان یا برعکس، رأی به صحت پیمان شود. به‌عنوان مثال چنانچه پیمان را بیع بدانیم، بسیاری از پیمان‌ها باطل خواهند بود؛ چراکه همان‌طور که در قسمت بیع بیان شد، اکثریت قریب به اتفاق پیمان‌ها، شرایط سلم را ندارند؛ زیرا در بسیاری از موارد، روش پرداخت در قرارداد به صورت پیشرفت تدریجی یا به‌صورت نقطه عطف مشخص می‌شود. اما چنانچه پیمان را اجاره اشخاص بدانیم، عدم وجود مال در زمان انعقاد پیمان و نیز عدم پرداخت مبلغ در زمان عقد تأثیری در صحت آن ندارد و از بطلان بسیاری از پیمان‌ها جلوگیری می‌شود.

اثر دیگری که بر اجاره دانستن پیمان مترتب می‌شود آن است که می‌توان تعدیل مبلغ پیمان درخصوص مصالح مورد نیاز را به‌مثابه مقتضای اطلاق عقد اجاره پذیرفت؛ زیرا پرداخت قیمت مصالح بر عهده مستأجر است و پیمانکار صرفاً اجیر

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۹۵.

<sup>۲</sup> هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۵۳.

<sup>۳</sup> خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۱؛ نجفی، محمدحسن بن باقر، منبع پیشین، ص ۱۹۷؛ اصفهانی، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۹۷.

در تهیه مصالح و ساخت است. لذا با اجاره دانستن پیمان، پذیرش تعدیل قیمت مصالح نیز از آثار عقد است. لازم به ذکر است در عرف، پیمانکار، اجیر محسوب نمی‌شود؛ زیرا پیمانکار برخلاف اجیر در نحوه اجرای کار آزاد است و در بسیاری از موارد دستورهایی از سوی وی صادر می‌شود. درحالی‌که اجیر متعهد به انجام موضوع عقد طبق شیوه و دستورهایی مستأجر است. درواقع عرف، اجیر را مساوی خدمه و کارگر (موضوع بند ۱ ماده ۵۱۳ ق.م) می‌داند، اما طبق ماده ۱۱ قانون مالیات، متصدی حمل و نقل یکی از انواع پیمانکاران است و صراحتاً مشمول بند ۲ ماده ۵۱۳ است، اما عرف آن را اجیر محسوب نمی‌کند. از طرف دیگر پیمانکار برخلاف خدمه و کارگر، درباره پیمانکاران فرعی، امر نیز هست. هر چند پیمانکار اصلی در خصوص پیمانکاران فرعی، کارفرما محسوب می‌شود و بنابراین این قلمداد عرف صحیح نیست.

#### ۴. بررسی امکان انطباق قرارداد پیمان بر عقود مختلط یا مرکب

عده‌ای بدون تفکیک میان انواع پیمان، آن را ترکیبی از بیع و اجاره اشخاص، اجاره و وکالت یا اجاره و وکالت و بیع می‌دانند،<sup>۱</sup> اما از یک طرف وجود عقود مختلط در نظام حقوقی ما روشن نیست<sup>۲</sup> و تحقق اراده طرفین بر وقوع دو یا سه عقد در زمان انعقاد پیمان نیز برخلاف ارتکاز عرفی است<sup>۳</sup> و از طرف دیگر تطبیق همه انواع پیمان بر یک عقد امکان‌پذیر است و گرفتار کردن نظام حقوقی در پیچیدگی ناشی از ترکیبی دانستن عقد قابل توجیه نیست.

#### ۵. بررسی امکان انطباق قرارداد پیمان بر عقود نامعین

اغلب حقوق‌دانان پیمان را عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند.<sup>۴</sup> مهم‌ترین دلیل آن است که به اعتقاد ایشان، احکامی مانند وجود مدت در قرارداد، عدم پرداخت ثمن در مجلس عقد، ضمان پیمانکار در صورت تلف مال قبل از تسلیم و لزوم پیمان، فقط با عقد نامعین قابل توجیه است. اما توجیه برخی از احکام فوق حتی در صورت نامعین دانستن پیمان، نیازمند توسل به شرط ضمنی یا صریح در قرارداد است، درحالی‌که توسل به این شروط نه فقط در اجاره نیز امکان‌پذیر است، بلکه برخی از این احکام از جمله جاری شدن قاعده تلف قبل از قبض، لزوم عقد و وجود مدت، از آثار اجاره‌اند. از طرف دیگر انطباق بدون مبنای این ماده بر پیمان، جایگاه کلیه عقود معین را متزلزل خواهد کرد؛ زیرا این ماده چنان کلی تنظیم شده است که تمامی عقود موجود در عالم اعتبار را شامل می‌شود، بدون اینکه به آثار آنها اشاره‌ای کند. اما صرف نظر از ایرادات اساسی وارده بر این نظر، از جمله آنکه رابطه عقود معین و نامعین در قانون ما یک رابطه طولی است و بنابراین استفاده از قالب ماده ۱۰، فقط در حالتی مجاز است که عقد مورد نظر طرفین در قالب هیچ‌یک از عقود معین نگنجد،<sup>۵</sup> حتی چنانچه بدون توجه به مبنای حقوقی، حکومت این ماده را بر پیمان بپذیریم، عملاً پاسخگوی اختلافات ناشی از سکوت قرارداد نیست؛ زیرا به آثار عقد نمی‌پردازد. بنابراین پذیرش اینکه قانون‌گذار سرنوشت خلأهای قرارداد مهمی چون پیمان را به ماده ۱۰ قانون مدنی بسپارد، دور از ذهن است. وظیفه حقوق‌دان آن است که ابتدا با توسل به امکانات و ابزارهای حقوقی موجود به حل معضلات حقوقی بپردازد و سپس قانون‌گذار را از خلأهای موجود در نظام

<sup>۱</sup> خورسندیان، محمدعلی، «تمایز مقاطعه‌کاری و بیع»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۴، ۱۳۸۴، ص ۱۳۹.

<sup>۲</sup> شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۱۱۶.

<sup>۳</sup> هاشمی‌شاهرودی، منبع پیشین، ص ۵۴؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، صص ۲۰ و ۲۱.

<sup>۴</sup> بشیری، عباس و دیگران، منبع پیشین، ص ۳۱.

<sup>۵</sup> مصطفوی، سیدمصطفی و سیدعلی‌اصغر رحیمی، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۳۱، صص ۱ و ۲.

حقوقی آگاه ساخته و با تحلیل دقیق و ارائه پاسخ صریح و بدون مناقشه، وی را در خلق قانون و اصلاح آن یاری رساند. بنابراین در خصوص توصیف حقوقی پیمان ابتدا باید به دنبال انطباق یکی از عقود معین مندرج در قوانین بر این عقد بود و صرفاً در صورت شکست کلیه تلاش‌ها می‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی متوسل شد. لذا از آنجا که امکان انطباق پیمان بر اجاره وجود دارد، انطباق آن بر ماده ۱۰ قانون مدنی موجه نیست.

بنابراین گرچه نظرات متفاوتی در توصیف حقوقی پیمان وجود دارد، اما اجاره اشخاص را می‌توان به‌عنوان یکی از مستدل‌ترین نظریات پذیرفت و اظهار کرد که کلیه پیمان‌ها در قالب اجاره منعقد می‌شوند.

### نتیجه‌گیری

قراردادهای پیمان بر حسب موضوع به سه نوع قابل تقسیم‌اند: اول عقودی که در آن تهیه مصالح بر عهده پیمانکار نیست. اعم از اینکه تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار گیرد یا موضوع پیمان اعم از ساخت و غیرساخت مستلزم تهیه مصالح نباشد. دوم عقودی که موضوع آن تهیه مصالح است و سوم عقودی که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد.

علی‌رغم آنکه در متون حقوقی بدون پرداختن به تفکیک انواع پیمان، به توصیف حقوقی آن اشاره می‌کنند و آن را استصناع، بیع، اجاره اشخاص، ترکیبی از عقود یا عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند، اما باید گفت در خصوص توصیف حقوقی پیمان‌های نوع اول و دوم تردیدی وجود ندارد؛ چراکه موضوع و تعریف آن به‌طور کامل در چارچوب اجاره اشخاص جای می‌گیرد، اما با توجه به اینکه در قراردادهای نوع سوم، تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان بر عهده پیمانکار است، توصیف حقوقی این گروه از قراردادها به دلیل ترکیب میان تملیک عمل و شیء و تداخل آن با موضوع بیع، با پیچیدگی بیشتری روبه‌رو است. اگرچه شباهت‌های استصناع فقهی با این نوع از پیمان غیرقابل‌انکار است، با توجه به عدم امکان انطباق این عقد بر سایر انواع پیمان، اجاره تنها عقد معینی است که علاوه بر حضور در قانون، می‌تواند پوشش‌دهنده انواع پیمان و در نتیجه پاسخگوی خلأهای مربوط به این عقد باشد.

لازم به ذکر است در مواردی که موضوع قرارداد، مال موجود نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن است، در این صورت با توجه به معین بودن مال نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن، احکام و آثار عقد را می‌توان با بیع توجیه کرد؛ زیرا چنانچه موضوع عقد اتمام یک شیء یا طرح نیمه‌تمام است، درحالی‌که مال نیمه‌تمام موجود، تحت مالکیت سفارش‌دهنده نیست، می‌توان آن را بیع با شرط اجیر بودن سازنده در اتمام کار یا همان بیع با شرط پیمان دانست؛ چراکه در این حالت تمرکز سفارش‌دهنده بر عین است و نه عمل و بنابراین اساساً نمی‌توان قرارداد اصلی را پیمان محسوب کرد. بنابراین حتی پیمان‌های نوع سوم نیز مشمول عنوان اجاره اشخاص و قواعد مربوط به آن قرار می‌گیرند.

### منابع

#### فارسی

#### کتاب

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰.
۲. بشیری، عباس و دیگران، *شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی*، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳.
۳. جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، تهران: کیهان، ۱۳۷۰.

۴. حائری شاه باغ، سیدعلی، **شرح قانون مدنی**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
۵. حداد، جواد و حمید حسین‌زاده، **قراردادهای همسان پیمانکاری، مشاوره، سرمایه‌گذاری**، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۵.
۶. حمیدپور رازیان، رسول و محمد نوری، **بررسی ماهیت قراردادهای پیمان و پیمانکاری EPC**، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۷.
۷. حیاتی، علی عباس، **حقوق مدنی ۶**، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۸. داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور، **حقوق و مسئولیت‌های فرا قراردادی مهندسان**، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
۹. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، **قراردادهای بی‌اوتی**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۱. صادقی، محمد، **قرارداد سفارشی ساخت در فقه و حقوق ایران**، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
۱۲. طباطبائی مومتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
۱۳. کاتوزیان، ناصر،  **عقود معین**، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادهای**، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۱۵. لاجوردی، سیدعرفان و علی حیدری، **قراردادهای صنعتی**، مشهد: میزان، ۱۳۹۲.
۱۶. میلانی‌زاده، علیرضا، دادگری، لیلا، **قراردادهای طرح و ساخت**، تهران: مهرآفاق، ۱۳۹۳.
۱۷. میلانی‌زاده، علیرضا، **شرایط عمومی و خصوصی پیمان**، مشهد: مهرآفاق، ۱۳۹۴.
۱۸. هاشمی شاهرودی، محمود، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)**، جلد ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۲.

## پایان‌نامه

۱۹. حسن‌زاده، بهنام، «عقد استصناع در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۹۳.

## مقاله

۲۰. آیتی، سیدمحمدرضا و علی آل بویه، «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس»، **پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی**، ۱۳۸۹، شماره ۵، صص ۱۹ و ۳.
۲۱. خورسندیان، محمدعلی، «تمایز مقاطعه کاری و بیع»، **فصلنامه مدرس علوم انسانی**، ۱۳۸۳، شماره ۳۴، صص ۱۳۹.
۲۲. سیفی زیناب، غلامعلی و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ۱۳۸۸، شماره ۵، صص ۱۷۱.
۲۳. صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی، «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، **فصلنامه حقوق**، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، ۱۳۸۷، شماره ۲، صص ۱۷۳-۱۸۹.
۲۴. مصطفوی، سیدمصطفی و سیدعلی‌اصغر رحیمی، «ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۳۱، صص ۲.
۲۵. موسویان، سیدعباس و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی-حقوقی عقد استصناع»، **فصلنامه بورس اوراق بهادار**، ۱۳۹۲، شماره ۲۱، صص ۳۴۶-۹.
۲۶. مومن، محمد، «استصناع»، **مجله فقه اهل بیت**، ۱۳۷۶، شماره ۱۱ و ۱۲، صص ۳۰.
۲۷. میرهادی‌تفرشی، غزاله و عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، **فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری**، ۱۳۹۶، شماره ۳۱، صص ۱۷۹.
۲۸. نظری‌پور، محمدتقی، «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»، **فقه اهل بیت**، ۱۳۹۰، شماره ۶۶ و ۶۷، صص ۱۲۹.



۲۹. والی‌زاده، سودابه، داریوش والی‌زاده و علی پروری، «بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه‌های راهسازی»، فصلنامه علمی تخصصی مهندسی و مدیریت ساخت، ۱۳۹۶، شماره ۷، ص ۱۸.
۳۰. هاشمی‌شاهرودی، محمود، «استنناع»، نشریه فقه اهل بیت، ۱۳۷۸، شماره ۱۹ و ۲۰، صص ۱۶ و ۲۱.

## عربی

## کتاب

۳۱. ابن بابویه، محمد بن علی، **المقنع**، قم: موسسه پیام امام الهادی، ۱۴۱۵.
۳۲. اصفهانی، ابوالحسن، **وسيله النجاه**، جلد ۲، قم: مهر استوار، ۱۳۹۳.
۳۳. امامی‌خوانساری، محمد، **الحاشیة على المكاسب**، قم: بی‌نا، ۵۱۳ ش.
۳۴. انصاری، محمد علی، **الموسوعة الفقهية الميسرة**، جلد ۲، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۸.
۳۵. آل عصفور، حسین بن محمد، **الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، جلد ۱۱، قم: المیزرا آل عصفور، قرن ۱۳.
۳۶. حلّی، حسن بن یوسف، **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، ج ۱، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. حلّی، یحیی بن سعید، **الجامع للشرایع**، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۳۸. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ ق.
۳۹. خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
۴۰. خوئی، ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، جلد ۱، قم: نشر مدینه‌العلم، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. خوئی، سید ابوالقاسم، **توضیح المسائل**، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ ق.
۴۲. رشید، عبدالکریم احمد، **التشامل فی معاملات و عملیات المصارف الاسلامیه**، اردن: دارالتفاس، ۲۰۰۷.
۴۳. السرخسی، محمد، **المبسوط**، جلد ۱۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴.
۴۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی الشرح القانون المدني**، جلد ۷، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۵۲.
۴۵. طبرسی، فضل بن حسن، **الموتلف من المختلف بین ائمه السلف**، مشهد: نشر آستانه الرضویه المقدسه، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، **الخلاف**، جلد ۳، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۱.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۲، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸.
۴۸. علوی گرگانی، محمد علی، **التعلیقہ علی تحریر الوسیله**، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۴.
۴۹. فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه**، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار، ۱۳۸۱.
۵۰. موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، **موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت**، جلد ۱۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
۵۱. موسوی روضاتی، احمد، **اجماعاء فقهاء الامامیه**، جلد ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۲۳ ق.
۵۲. نجفی، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، جلد ۱۴، قم: دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱.
۵۳. هاشمی‌شاهرودی، محمود، **المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي**، جلد ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۴ ق.
۵۴. هاشمی‌شاهرودی، محمود، **کتاب الاجاره**، جلد ۱، قم: موسسه الفقه و معارف اهل البيت، قم، ۱۴۳۳ ق.
۵۵. یزدی، محمد کاظم، **العروه الوثقی**، جلد ۵، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۵۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، **العروه الوثقی**، ۲ جلدی، جلد ۲، بیروت لبنان: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ ق.

## References

### Books

1. Alavi-Gorgani, Mohammad Ali, Ta'aliq Al-Tahrir Al-Wasila, Vol. 1, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 2015. (In Arabic)
2. Ale-Asfour, Hossein-Bin-Mohammed, Al-Anward Allva'ame fi Sharh Mufatih al-Shar'ee, vol. 11, Qom: Almirza Al-Osfour. (In Arabic)
3. Al-Sarakhsi, Muhammad, Al-Mabusut, Vol. 12, Beirut: Dar al-Kitab al-elamiya, 1993. (In Arabic)
4. Ansari, Muhammad Ali, Al-Musua'a al-Fiqhiyyah al-Misrah, vol. 2, Qom: Islamic Thought Academy, 1997. (In Arabic)
5. Bashiri, Abbas, and others, *General, private conditions and contract correspondence in regulations and judicial procedure*, Jangal Javdaneh, 2014. (In Persian)
6. Darabpour, Mehrab, Mohammadreza Darabpour, *Extra-Contractual Rights and Liabilities of Engineers*, vol. 2, Jangle Javdaneh, 2015. (In Persian)
7. Emami, Hassan, *Civil law*, Vol. 1, Ketabforoshi Islami, 1991. (In Persian)
8. Emami-Khansari, Muhammad, Al-Hashiya Alal-Makasib, Qom. (In Arabic)
9. Esfahani, Abul Hasan, Vasilato Al-Najah, Vol. 2, Qom: Mehr Ostvar, 1393. (In Arabic)
10. Fazil Movahdi Lankarani, Muhammad, Tafsil Alshari'ah, Qom: Center of Jurisprudence of Holy Imams, 2002. (In Arabic)
11. FIDIC. Condition of Contract for PLANT and Design-Build (yellow book), 1<sup>st</sup>ed, Lausanne, 1999.
12. FIDIC. Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (Silver Book), 1<sup>st</sup> ed., Lausanne, 1999.
13. Haddad, Javad, & Hamid Hossein-zadeh, *Contracting, consulting & investment similar contracts*, Dadgostar, 2016. (In Persian)
14. Haeri Shahbagh, Seyyed-Ali, *Description of civil law*, Vol. 1, Ganj-E- Danesh, 1997. (In Persian)
15. Hamidpour Razian, Rasul, & Mohammad Nouri, *Examining the nature of EPC contracts and contracts*, Jangale Javdaneh, 2018. (In Persian)
16. Hashemi Shahroudi, Mahmood, *Fiqh culture according to the religion of the Ahl al-Bayt*, Vol. 1, Institute of Islamic jurisprudence encyclopedia on the religion of Ahl al-Bayt, 2004. (In Persian)
17. Hashemi Shahroudi, Mahmood, Kitab Al-Ajarah, Vol. 1, Qom: Moasese al Fiqh and Maaref Ahl al-Bayt, Qom, 1433. (In Arabic)
18. Hashemi Shahroudi, Mahmood, *The Jurisprudential Dictionary of the Books of Sheikh Tusi*, Vol. 1, Qom: The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence for the School of Ahl al-Bayt, 2003. (In Arabic)
19. Hashmi-Shahrodi, Mahmood, "Istisnaa", Fiqh - e - Ahl - e - Bait, Vol. 19 & 20, 2008. (In Arabic)
20. Hayati, Ali Abbas, *Civil law 6*, Mizan, 2019. (In Persian)
21. Helli, Hasan-bin-Yusuf, Irshad al-Azhan al-Ahkam al-Iman, vol.1, Qom: Varsity of Teachers in the Seminary of Qom, 1410. (In Arabic)
22. Helli, Mohaghegh, Najm al-Din, Jafar-Bin-Hassan, Shara'I Al- Islam in the Issues of the Halal and Haram, Vol.2, Qom: Ismailian Institute, 1987. (In Arabic)
23. Helli, Yahya-bin-Said, Aljamie Lilsharayie, Qom: Seyyed Al-Shohadah Al-Alamiya Institute, 1984. (In Arabic)
24. Ibn Babouyeh, Mohammad Bin-Ali, Al-Maqna, Qom: Payam Imam Al-Hadi Institution, 1994. (In Arabic)
25. Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence of Ahlul Bayt (pbuh), *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Ahl al-Bayt School*, Vol. 11, Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence of Ahlul Bayt. (In Arabic)
26. Jannati, Mohammad Ebrahim, *Sources of ijthad from the point of view of Islamic religions*, Kayhan, 1991. (In Persian)
27. Katouzian, Naser, *General rules of contracts*, Vol. 3, Sahami Enteshar Company, 2001. (In Persian)
28. Katouzian, Naser, *Specified contracts*, Vol. 4, Sahami Enteshar Company, 2013. (In Persian)

29. Khoi, Abu al-Qasim, Minhaj al-Salehin, Vol. 1, Qom: Madinah-al-Alam, 1989. (In Arabic)
30. Khoi, Seyyed Abul Qasim, Tozih al-Masal, Qom: Ehya Asar Imam Al-Khoei Institute, 2001. (In Arabic)
31. Khomeini, Ruhollah, Tahrir al-Wasila, Vol. 1, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 1997. (In Arabic)
32. Lajevardi, Seyed-Irfan, & Heydari, Ali, *Industrial contracts*, Mizan, 2013. (In Persian)
33. Milanizadeh, Alireza, & Leila Dadgari, *Design and construction contracts*, Mehr-E-Afaq, 2014. (In Persian)
34. Milani-zadeh, Alireza, *General and private terms of the agreement*, Mehr-E-Afaq, 2015. (In Persian)
35. Mousavi Rouzati, Ahmed, *The Consensus of the Imami Jurists, Volume 2*, Beirut: Al-Alami Publications Institution, 2002. (In Arabic)
36. Najafi, Mohammad Hassan Bin Baqer, Javaher Al Kalam, Vol. 14, Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence, 2000. (In Arabic)
37. Rashid, Abdul Karim Ahmad, *Comprehensive in the Transactions and Operations of Islamic Banks*, Jordan: Dar al-Nafis, 2007. (In Arabic)
38. Sadeghi, Mohammad, *Construction order contract in Iranian jurisprudence and law*, Khorsandi, 2014. (In Persian)
39. Sanhouri, Abd al-Razzaq Ahmad, *al-Wasit fi al-Sharh al-Qanun al-Madani*, vol. 7, Beirut: Al-Halabi Legal Publication, 1952. (In Arabic)
40. Shahidi, Mahdi, *Formation of contracts and obligations*, Hoqooqdan, 1998. (In Persian)
41. Shiravi, Abdul Hossein, *BOT contracts*, Mizan, 2016. (In Persian)
42. Tabarsi, Fazl Ibn Hasan, *al-Mutlif Min al-Mokhtalif beyn Imams Al-Salaf*, Mashhad: Publication of the Holy Astana Al-Radawiyah, 1989. (In Arabic)
43. Tabatabai-Motmani, Manouchehr, *Administrative law*, Sam, 2005. (In Persian)
44. Tousi, Abu Jafar Mohammad bin Hasan, *Al-Khalaf*, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Institute, 1990. (In Arabic)
45. Tousi, Mohammad Bin Hasan, *Al-Mabsut Fi Fiqh al-Imamiyah*, Vol. 2, Tehran: Maktaba al-Murtazawieh, 2008. (In Arabic)
46. Volkmar Jaeger, Axel: *Hok Sebastian, FIDIC-A Guide for- Practitioners*, 2010.
47. Yazdi, Seyed Mohammad Kazem Tabatabayi, *Al-Arwa Al-Wosgha*, Vol. 5, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 2013. (In Arabic)
48. Yazidi, Seyed Mohammad Kazem Tabatabayi, *Al-Arwa Al-Wosgha*, Vol. 2, Beirut-Lebanon: Al-Alami Publications Institution, 1988. (In Arabic)

## Articles

49. Ayati, Seyyed Mohammad Reza, Al Boyeh, Ali, "Contract for Production in the Securities Market", *Journal of Islamic Law Research*, No. 5, 2010. (In Persian)
50. Khorsandian, Mohammad Ali, "Distinction between sale and contract agreement", *Human Sciences MODARES*, No. 34, 2004. (In Persian)
51. Mirhadi Tafarshi, Ghazaleh & Ezzatullah Iraqi, "Modification of contracting contracts", *Journal of Law and Politics*, Vol. 31, 2017. (In Persian)
52. Momin, Muhammad, "Istisna", *Fiqh - e - Ahl - e - Bait*, Vol. 11 and 12, 1997. (In Persian)
53. Mousaviyan, Seyed-Abbas & Ehsan Bazokar, "Rules and Effects of Istisna in the Jurisprudence and Law", *Journal of Securities Exchange*, No. 21, 2013. (In Persian)
54. Mustafavi, Seyed Mustafa & Seyed Ali Asghar Rahimi, "Nature of Forward Sale Contract of Construction in the Law of Iran and the Shiite Jurisprudence", *The quarterly journal of Islamic Law Research*, No. 31, 2010. (In Persian)
55. Nazarpour, Mohammad Taqi, "Independence or non-independence of the Istisna contract", *Fiqh - e - Ahl - e - Bait*, No. 66 & 67, 2011. (In Persian)

56. Sadeghi, Mohsen & Habib Gudarzi, "The survey of engineering–procurement and construction contracts; with view to their position in iranian law ", *Journal of Law and Political Science*, No. 2, 2008. (In Persian)
57. Seifi Zinab, Gholamali & Hasan-zadeh, mansure, "Istisna in the Jurisprudence and Iranian Law", *Legal Research Quality*, No. 5, 2009. (In Persian)
58. Vali-zadeh, Sudabeh, Dariush Vali-zadeh & Ali Parori, "Legal review of BOT and EPC contracts in road construction projects", *Journal of Engineering & construction managment*, No. 7, 2017. (In Persian)

### **Thesis**

59. Hassan-zadeh, Behnam, *Construction contract in Iranian law*, Master's thesis, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University: Damghan Branch, 2014. (In Persian)