

پیمانکاری نهاد حقوقی مدنی یا تجاری

دکتر جهانبخش غلامی*

چکیده

پیمانکاری، یک نهاد حقوقی حقوق تجارت است. اگرچه، قانون تجارت، این موضوع را به صراحت بیان نکرده است، ولی این امر از طریق تجزیه و تحلیل‌های حقوقی از اعمال پیمانکاری و مقایسه ماهیت آن با نهاد حق العمل کاری و دلالتی قابل استنباط است. همان طوری که حق العمل کار، در برخی مواردی که کالاهایی را که دارای قیمت بازاری معین یا مظنه بورسی است، با طرف قرار داد شدن با آمر خود، آنها را مورد خرید و فروش قرار می‌دهد، پیمانکار هم از طریق نمایندگی مستر در آنکه عنصر فرعی و ضمنی عقد پیمانکاری است، اموال منقول را به کارفرما تملیک می‌کند. این تملیک اموال و همچنین در برخی موارد از پیمانکاری که، تملیک اموال صورت نمی‌گیرد، صرفاً به تهیه عوامل کارگر و پیمانکاران فرعی منجر می‌شود، این عمل می‌تواند مشمول قسمت آخر بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت باشد، زیرا، مطابق بند مزبور، تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی، پیدا کردن خدمه و غیره، تجاری است. به همین دلیل است که، بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶، پیمانکاری را در ردیف حق العمل کاری و دلالتی و غیره، نهاد تجاری دانسته است. بنابراین در این مقاله سعی شده است که، با تحقیق علمی و استدلال‌های منطقی اثبات شود که، پیمانکاری یک نوع از انواع اعمال تجاری ذاتی است و نتیجتاً انجام

* استادیار دانشگاه آزاد واحد قائم شهر.

دهنده اعمال پیمانکاری، بر اساس تعریف ماده (۱) قانون تجارت، تاجر است .

کلید واژگان

پیمانکاری، اعمال پیمانکاری، نهاد حقوقی تجاری، تجاری بودن عمل پیمانکاری، تاجر بودن پیمانکار.

مقدمه

ماده ۴ قانون تجارت مقرر می‌دارد که: "معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتي محسوب نمی‌شود". به همین دلیل عقیده برخی از حقوق‌دانان در مورد این که آیا، پیمانکاری، از اعمال حقوقی، تجاری یا مدنی است، آن را نهاد حقوقی مدنی دانسته‌اند. شاید علت این امر، این باشد که، موضوع قرارداد پیمانکاری، غالباً بر روی زمین صورت می‌گیرد، آن را غیر تجارتي می‌دانند. از طرف دیگر، قانون مدنی و قانون تجارت هم به‌طور صریح به موضوع نپرداخته‌اند و مسئله مزبور را به سکوت برگزار نمودند و علت این سکوت مقنن این بوده است که، در زمان تصویب قانون مدنی و تجارت در سال‌های بین ۱۳۰۷ تا ۱۳۱۳، به دلیل جمعیت اندک کشور و رونق نداشتن ساختمان سازی و اعمال پیمانکاری، مقنن وارد این موضوع نشده است تا برای آن، جایگاهی در قانون مدنی و تجارت اندیشه کند. از آنجایی که در حال حاضر، پیمانکاری در انواع مختلف خود در پروژه‌های ساختمانی و صنعتی در امر کار و صنعت و غیره، مورد استفاده قرار می‌گیرد. مخصوصاً موضوع مقاله حاضر، بیشتر در مورد پیمانکاری ساختمانی است، به شکل فراوان توسط اشخاص حقیقی و حقوقی انجام می‌شود. با توجه به این که تجاری شناختن عمل پیمانکاری و نتیجتاً تاجر قلمداد کردن پیمانکار، آثار حقوقی خاص خود را از جمله تکالیف مربوط به طبقه تاجر و ورشکستگی و مالکیت اموال منقول و ضمان تلف ساختمان در صورت حدوث حوادثی مانند زلزله و توقیف اموال منقول و غیره را در پی دارد که، در این مقاله سعی می‌شود با نگرش علمی و دقیق، زوایای موضوع مورد بررسی و کنکاش علمی حقوقی قرار گیرد.

در ماده ۲ قانون تجارت ایران مصوب سال ۱۳۱۳، در بندهای دهگانه آن، از این که، پیمانکاری نهادی تجاری بوده باشد یا خیر، یاد نشده است. در قانون مدنی هم که مصوب سال ۱۳۰۷ است، ذکری از پیمانکاری به عنوان نهاد مدنی نشده است. بنابراین، چه در قانون تجارت و چه در قانون مدنی، اشاره‌ای به نهاد پیمانکاری به عنوان این که وصف

مدنی یا تجاری را دارا است، ذکر نشده است. پس، چگونه باید معیار و ملاکی را پیدا کرد، تا از آن معیار و ملاک و ضوابط، این شناخت را پیدا کرد که، پیمانکاری نهاد مدنی یا تجاری است. دو ضابطه و معیار برای شناخت وجود دارد، یکی اینکه بر چه اساسی، یک نهاد حقوقی یک نهاد تجاری است و بر چه اساسی، نهادی مدنی است. این امر در جای خود مورد بررسی واقع می‌شود.

گفتار اول: در حقوق مدنی

با این وصف، در قانون مدنی هم نامی از پیمانکاری به عنوان یکی از عقود معین دیده نمی‌شود. آنچه که در مورد آن ها، تعیین و تکلیف حقوقی گردیده است، در مورد عقود معینی است که، در قانون مدنی احصا گردیده است و آنچه جدید التأسیس است، جزء حقوق تجارت یا شاخه‌های دیگر حقوق است. بنابراین، پیمانکار، اجیر یا کارگر نیست و مسئول اعمال زیان‌بار خودش است. پس پیمانکاری، جزء حقوق کار (حقوق عمومی) نیست؛ زیرا، ماده ۱۳ قانون کار بیان می‌کند: «در مواردی که کار از طریق مقاطعه انجام می‌یابد، مقاطعه‌دهنده مکلف است قرارداد خود را با مقاطعه‌کار به نحوی منعقد نماید که، در آن مقاطعه‌کار متعهد گردد که، تمامی مقررات این قانون را در مورد کارکنان خود اعمال نماید». چون در قانون کار، از مقاطعه‌کار یاد شده و از قواعد و مقررات حاکم بر آن اشاره‌ای نشده است، و فقط از شمول مقررات کار استثنا شده است. بنابراین چه مقرراتی را باید بر پیمانکاری حاکم دانست؟ آنچه که بدو متبادر به ذهن^۱ می‌شود این است که، آن

1. Macintyic, ewan , "Business iaw " , pearson education limited 2001 , p.596 .
2- Martin , Elizabeth. A, "Dictionary of law " , oxford ,university press , 1997 , p.. 81 .
ولی اله، احمدوند، و دیگران؛ "حقوق قرارداد اروپا"، تهران، مؤسسه انتشارات جهان جام جم، ۱۳۸۵، چاپ اول، ص ۲۵۰.

چه از ماهیت‌های حقوقی که، ما با توجه به مقتضیات زمان و مکان در جامعه ایجاد شده است یا می‌شود. در شاخه حقوق خصوصی در قلمرو حقوق تجارت مانند بیمه، است. به این جهت است که، در سیستم حقوقی کامن لا، به جای به کار بردن واژه کارفرما، از واژه صاحب کار و یا استخدام کننده یا خریدار خدمت استفاده می‌شود. واژه یا اصطلاح موکل هم بندرت استفاده می‌شود. این افراد با داشتن مهارت و مراقبت (دقت)، ایفای تعهد می‌نمایند.

در حقوق انگلیس موضوع عمل پیمانکاری، سپردن تعهد امر معینی در قبال مبلغی است که، پذیرش تعهد همان ارائه خدمات خاص است و پیمانکار مستخدم کارفرما نیست، تعریف می‌شود. با این وصف، نقاشی ساختمان در ازای مبلغ معین برای هر متر مربع یا بر اساس هر معیار دیگر، نوعی کاسبی تلقی شده و عامل آن کاسب محسوب می‌شود.

در حقوق مزبور، قرارداد ساخت کارخانه‌ها و بیمارستان‌ها و خطوط لوله گاز برای کارفرما، از مصادیق قراردادهای پیمانکاری قلمداد شده است و به طور غیرمستقیم به لحاظ بررسی آن در حقوق معاملات تجاری، تجاری قلمداد شده است. در این مورد ضابطه‌ای که از بیان فوق به دست می‌آید این است که، فقط جنبه قراردادی بودن موضوع پیمانکاری استنباط می‌شود، ولی این که آیا ماهیت تجاری دارد یا غیر تجاری، بیان نشده است. با ذکر مقدمات فوق، آنچه که در قانون مدنی نیامده است، ولی در رویه قضایی ملاک و معیاری را به دست می‌دهد فقط به ذکر مختصر آن می‌پردازیم.

- پیمانکاری براساس روش اجرای پروژه به انواع مختلف مانند روش امانی و روش متعارف و روش دستمزدی و کلید در دست و روش مهندسی و تدارکات و روش مهندسی تدارکات و ساخت و راه اندازی و روش پیمان مدیریت و روش‌های دیگر انجام می‌پذیرد.

- درمورد استصناع، به معنی ساختن شیئی مانند در و پنجره این بحث هم به وجود می‌آید که مالکیت کالا متعلق به چه شخصی است و ماهیت حقوقی آن از عقد بیع یا اجاره

یا قرارداد مستقل موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی باشد اختلاف نظر است قانون مدنی نیامده است، ولی در رویه قضایی ملاک و معیاری را به دست می دهد که فقط به ذکر مختصر آن می پردازیم.

برخی از محاکم، پیمانکاری را نهادی منطبق بر عقد جعاله می دانند. حال آن که این استنباط صحیح باشد، پیمانکاری ماهیت مدنی دارد و نمی توان بر آن خدشه ای وارد کرد. بنابراین، رویه قضایی دیگری که می ماند، این است که برخی محاکم، قرارداد پیمانکاری را قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می دانند، باز معلوم نیست که دارای وصف مدنی است یا این که، این نهاد می تواند دارای خصیصه تجاری باشد. به نظر می رسد که، صرف این که قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد، دلیل نمی شود که، آن ماهیت حقوقی، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دارای وصف مدنی باشد، بلکه ضوابط اعمال تجاری باید معیار گرفته شود و بر آن اساس، حکم قضیه را صادر نمود. یکی از دلایل این سخن این است که، بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، تحصیل هر مال به قصد فروش و اجاره را تجاری تلقی کرده است. هدف مقنن این بوده است که، تقلب به قانون از طرف اشخاصی که مبادرت به تجارت می کنند، نشود. با این دیدگاه، با انعقاد عقد صلح و معاوضه که تحصیل مالی گردد به قصد فروش و اجاره، تجاری محسوب می شود. پس به طریق اولی، تحصیل مال از طریق قرارداد مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی به قصد فروش و اجاره، وصف تجاری پیدا می کند.

از آنجایی که عقود معین و قالب های سنتی عقود که، غالباً برای اعمال حقوقی وضع شده اند، وصف مدنی دارند، در مورد نهاد پیمانکاری نمی تواند این ضابطه ها را به دست دهد و باید گفت که این نهاد، نهاد حقوقی دارای وصف مدنی نمی تواند تلقی شود.^۲

۲. غلامعلی سینی زیناب، و دیگران؛ "استصناع در فقه و حقوق ایران"، تهران، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق از انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ش ۵۰، ص ۱۶۱.

گفتار دوم: حقوق تجارت

در ماده ۲ قانون تجارت مقنن در ده مورد، اعمال تجارتي را ذکر نموده است. و اعمال حقوقی غیر از ده مورد، غیرتجاری است، مگر در مورد شرکت‌های سهامی و شرکت‌های موضوع ماده ۵ قانون تملک آپارتمانها مصوب سال ۱۳۴۳ که، با وصف انجام اعمال غیرتجاری، بر اساس سیستم شخصی تاجر می‌باشند. از بین اعمال مزبور، موضوع دو بند از ماده ۲ قانون تجارت با تجزیه و تحلیل حقوقی، امکان تطبیق آنها با ماهیت حقوقی پیمانکاری وجود دارد.

بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره، اعم از اینکه تصرفاتی در آن بشود یا خیر، تجاری می‌داند. بنابراین، «عمل» پیمانکار در قبال دیگران که اجرت به آن تعلق می‌گیرد، مال تلقی می‌شود، اما تحصیل عین می‌تواند تجاری باشد، چون با قید «انجام تصرفات» در آن، موضوع بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، اموال منقول مادی و نه غیر مادی (معنوی) را دربر می‌گیرد. از طرف دیگر، بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی در مورد تعریف عقد بیع که، تملیک عین به عوض معلوم است، بیانگر این است که، مبیع یا مال منقول، باید جنبه عینیت داشته باشد. اگر چه تحصیل مال منقول به‌طور مطلق، اموال منقول مادی و معنوی را دربر می‌گیرد، ولی قید تصرف در آن، موضوع اموال را مقید به اموال منقول مادی می‌نماید. پس با این اطلاق، از این که تعهدی که، پیمانکار می‌سپرد، نوعی تعهد به نتیجه حقوقی است و زائیده اراده افراد ذی‌مدخل در پیدایش این نهاد حقوقی است، با بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت مطابقت ندارد، ولی اگر ما موضوع تعهد پیمانکار را مد نظر قرار دهیم، متوجه می‌شویم که، ذات عقد پیمانکاری، ایجاد تعهد است. اما این تعهد از یک طرف می‌تواند ماهیت حقوقی موجب انتقال مال و از

← ابراهیم، اسماعیلی هریسی، "مبانی حقوق پیمان"، تهران انتشارات یادآور، ۱۳۸۳، چاپ اول، ص ۲۳.

نوع تعهد به انجام فعل حقوقی و از طرف دیگر^۳، موضوع تعهد انجام اعمال خدماتی و مادی است.

در مورد دسته اول، موضوع تعهدات که، جنبه حقوقی و تصرفات حقوقی تلقی می‌شود؛ پیمانکار متعهد است که، اموال منقول خریداری کند و بر این اساس، این اموال منقول خریداری شده را در موضوع تعهد به کار گرفته و به عبارت دیگر، به مالکیت کارفرما درآورد. در این صورت، می‌شود گفت که، ظاهراً این نحوه عملکرد، پیمانکاری را مشمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت و عمل پیمانکار، وصف تجاری پیدا می‌کند. چون شرایط خرید یا تحصیل مال منقول به قصد فروش، در مورد عمل پیمانکاری ملاحظه می‌شود، اما آنچه که لازم بذکر آن است، این است که در مورد سایر اعمال حقوقی، خرید یا تحصیل مال مستقیماً موضوع فعالیت فعالان تجاری است، حال آن که در مورد پیمانکاری، این نوع خرید و فروش بنحو غیرمستقیم صورت می‌گیرد و از توابع و شرایط و تعهدات ضمن عقد پیمانکاری است. نظر به این که اعمال تجاری، دارای وصف یا خصیصه سود آوری برای عامل آن است. این سود آوری، تنها عاملی است که، پیمانکار را وادار به انجام اعمال پیمانکاری می‌کند. در این دیدگاه، پیمانکاری هم می‌تواند دارای وصف تجاری باشد. در این جا خوب است که، به نظر علمای حقوق هم اشاره‌ای داشته باشیم. دکتر عرفانی عقیده دارند که، رویه قضایی فرانسه، اعمال پیمانکاری را در صورت حرفه‌ای بودن، تجاری محسوب دانسته و پیمانکاری انجام خدمات کار، باربری یا جمع

۳. منظور از بحث حاضر در مورد پیمانکاری، در مورد وضعیت حقوقی پیمانکار اصلی و نه پیمانکار فرعی است اگرچه ممکن است بحث تعلق اموال و مصالح به پیمانکار اصلی و فرعی در مواقع توقیف اموال و تلف آنها حادث شود.
ریبا، اسکینی، "حقوق تجارت کلیات معاملات تجاری..."، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۶۴.

آوری زیاده، توزیع روزنامه و یا تهیه محصولات غذایی برای ارتش و همچنین پیمانکاری تهیه مواد اولیه برای کار تجارت صنعتی و غیره به شرط تکراری و حرفه‌ای بودن تجاری هستند، چون واسطه انجام بعضی امور هستند، مشمول بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت، و عمل آنها تجاری است، ولی آنهایی که در مقابل فرد عملی را انجام می‌دهند، پیشه‌ور هستند. استاد کاتوزیان هم در مورد این که ماهیت حقوقی واگذاری اموال منقول بیع است، و در برخی موارد اجاره، اشاره نموده است که، پیمانکار ممکن است در بعضی مواقع تاجر هم باشد.^۴

از این بیان معلوم می‌شود که، کسی می‌تواند تاجر باشد که، اعمال دارای وصف تجاری را انجام دهد. پس به اجمال می‌شود گفت که، نظر تعدادی از علمای حقوق بر این امر استوار است که، پیمانکاری عمل تجاری و عامل آن، تاجر می‌باشد. در حقوق فرانسه، به موجب قانون ژوئیه ۱۹۶۷، پیمانکاری عمل تجاری بود، ولی پس از نگرانی شاغلین مزبور، قانون‌گذار فقط خرید و فروش اموال غیر منقول را تجاری دانسته، ولی خرید و فروش اموال مزبور به منظور ساخت و ساز کلی و جزئی را غیر تجاری قلمداد نمود.

نظر به این که مقنن در ماده ۵ قانون تجارت، معامله اموال غیر منقول را به هیچ وجه تجاری نمی‌داند؛ در حالی که پیمانکار با دادن تعهد و تهیه اموال منقول و احداث ساختمان، اجرت اخذ می‌کند. این اجرت آیا در واقع در قبال فعل احداث (خدمت) است

۴. سید حسین، ستوده تهرانی، "حقوق تجارت"، تهران، نشر دادگستر، پاییز ۱۳۷۴، ص ۵۰ - محمود، عرفانی، "حقوق تجارت"، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، ۱۳۷۵، چاپ اول، جلد اول ص ۴۴. ناصر کاتوزیان، "دوره عقود معین، حقوق مدنی"، تهران، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۸۴، چاپ نهم، ص ۵۶۶

ربیع اسکینی، "حقوق تجارت، کلیات معاملات ..."، تهران انتشارات سمت، ۱۳۷۸، چاپ اول، ص ۶۹ - مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، "شناسایی و اجرای آرای داورهای تجاری بین‌المللی در ایران"، تهران، ۱۳۸۵، چاپ اول، ص ۳۸.

یا قسمتی در قبال فعل و یا کار و قسمتی در قبال اموال منقول که، در موضوع تعهد پیمانکار به کار گرفته می‌شود. بنابراین، خرید و فروش مال منقول، مشمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت می‌باشد.

با این اوصاف، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ در بند ۱ ماده ۲ آن، در مورد مصادیق اعمال تجاری بیان می‌کند که: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت». این بند از ماده مزبور از مقررات آنسترال اقتباس شده است. بیان و مصادیق اعمال تجاری در قانون مزبور لازم بوده است، زیرا، چه بر اساس مقررات کنوانسیون یا عهدنامه نیویورک که ایران به آن الحاق پیدا کرده است و چه به موجب مقررات داخلی، دادگاه‌های داخلی، قانون مقرر خود را به موقع اجرا می‌گذارند. برای یافتن مصادیق اعمال تجاری، باید به توصیفی اکتفاء کرد که، در قانون مقرر دادگاه موجود است. چون قانون تجارت ایران قدیمی بوده است، مقنن چاره کار را در آن دیده است که توصیف مقررات آنسترال، بپذیرد. بند ۱ ماده ۱ مقررات مربوط به آنسترال را بیان می‌کند: «اصطلاح تجاری بایستی در مفهوم وسیع آن تفسیر شود، به نحوی که موضوعات ناشی از هرگونه رابطه را که دارای ماهیت تجاری است، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی، شامل شود. منظور از روابط دارای ماهیت تجاری، بدون قید انحصار، عبارت است از تهیه یا مبادله کالا یا خدمات، قرارداد توزیع، نمایندگی، یا کارگزاری تجاری، حق‌العمل کاری، اجاره به شرط تملیک، ساختمان پروژه‌ها، مشاوره مهندسی، پروانه امتیاز، سرمایه‌گذاری، تأمین اعتبار، بانکداری، بیمه، قرارداد بهره‌برداری یا امتیاز انحصار یا مشارکت مدنی و انواع دیگر همکاری‌های صنعتی یا تجاری، حمل و نقل

کالا یا مسافر از طریق هوا، راه آهن یا جاده^۵. از قانون مزبور به نحو روشن و صریح استنباط به عمل می آید که، پیمانکاری چه به شکل غیر تدارک مصالح هم انجام شود، چه با تدارک مصالح، می تواند عمل تجاری باشد. بنابراین، ما مستقیماً بدون این که به تکنیک های حقوقی مربوط به قواعد استنباط متوسل شویم، قانون داوری تجاری بین المللی ایران، پیمانکاری را در عداد اعمال تجاری در کنار اعمال دلالی و حق العمل کاری قرار داده است. اگر چه از قید «ساخت تأسیسات» که، عمدتاً توسط کنسرسیوم ها و شرکت های بزرگ صورت می گیرد، متوجه می شویم، پیمانکاری از اعمال تجاری است. حال این سؤال ممکن است مطرح شود که، این مقرره مربوط به مقررات بین المللی در مورد قراردادهایی است که، دارای عنصر خارجی باشد، به این تعبیر که، یکی از طرفین قرارداد، بیگانه باشد. حال با این مقدمه و برای پاسخ گویی به این سؤال که، پیمانکاری می تواند نهاد تجاری بین المللی باشد آیا می شود استدلالهایی ارائه کرد که، اگر به فرض قانون مزبور هم وضع نمی شد، باز می شد به این نتیجه نائل گردید که، پیمانکاری مانند سایر اعمال تجاری، تجاری باشد. حال به بررسی این استدلال ها می پردازیم: در این قسمت برای اینکه به پاسخ سئوالات مطروحه دسترسی پیدا کنیم، لازم است که، انواع شیوه های پیمانکاری را مورد بررسی قرار دهیم:

بند اول: انجام موضوع تعهد بدون تهیه مصالح

در این روش، تعهد پیمانکار صرفاً دایره انجام کار معین در قبال اخذ مبلغ معین یا قابل معین است. در این شیوه از انجام پیمانکاری، مالک یا کارفرما با دادن مبلغ معین یا قابل معین فرضاً از طریق متر مربع از ساختمان مورد احداث، امر احداث ساختمان را به

۵. مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، منبع پیشین، ص ۳۸.

شخصی به عنوان پیمانکار می‌سپرد. در این حالت، مالک زمین، تمام ابزار و مصالح را خریداری می‌کند و شخص پیمانکار، صرفاً کار لازمه را تا نتیجه مورد نظرش حاصل شود، انجام می‌دهد. در این طریقه، پیمانکار ممکن است در ایفای تعهد خود با پیمانکاران فرعی و خدمه و کارگران به نام خود قرارداد ببندد و پیمانکار، نقش وکالت در خرید خدمت و کار کارگران را دانسته باشد. اگرچه در این مورد هم از شرایط قرارداد پیمانکاری برمی‌آید که، در قرارداد تصریح به وکالت نمی‌شود، ولی به‌طور ضمنی استنباط می‌شود که، پیمانکار حق تصریح به نمایندگی از طرف کارفرما را ندارد، بلکه باید به نام و به حساب خود، کارگران و پیمانکاران فرعی را برگزیند و طرف قرارداد با آنها شود و به عبارت دیگر، با گزینش آنها، تعهد شخصی در پرداخت اجرت آنها را دارد.

بند دوم: انجام موضوع تعهد با تهیه مصالح

در این روش، مالک زمین، قراردادی با شخصی که، حرفه‌اش احداث ساختمان است، منعقد می‌کند و امر احداث ساختمان را به او محول می‌کند. در این طریق، پیمانکار خود رأساً، مصالح را تدارک می‌بیند. در قراردادهای مهم صنعتی به کنسرسیومی از شرکت‌ها با انعقاد قراردادی پی‌سی^۶ که مخفف عبارت فارسی، مهندسی، خرید، ساخت است که معروف به قرارداد های کلید در دست است، سپرده می‌شود، تا به نحو احسن و مورد نظر صاحب کار یا پروژه، انجام شود. در این نحو از انجام موضوع تعهد پیمانکاری، پیمانکار علاوه بر تدارک ابزار و مصالح و کالاهای مورد لزوم، وظیفه طراحی و مهندسی

6. E.P.C 2- Engineering Procurement Construction.

انواع دیگر از پیمانکاری مانند (بی او تی) که به معنای ساخت و اداره و انتقال پروژه می‌باشد که به کلید در دست کامل یا قرارداد مدیریت (عملیات برای یک دوره معین در طرح‌های ساخت اجرا و انتقال است) و غیره وجود دارد که بررسی آن از حوصله این مقاله خارج است.

پروژه، تأمین تجهیزات ماشین آلات مورد نیاز پروژه و ساخت و نصب تجهیزات را نیز به عهده دارد و ممکن است برخی از اعمال موضوع تعهد به پیمانکاران فرعی واگذار شود. نظر به این که در این مورد، بهای تهیه و خرید مصالح و سایر تعهدات، به طور مجزا و علی حده تعیین نمی شود، بلکه به طور کلی و بدون تجزیه است. پس خرید اموال منقول از قبیل مصالح ساختمانی از جمله آهن و شن و ماسه و سیمان و غیره که با تغییرات در آن ها به شکل ساختمان در می آید، بحث تملیک آن با مالک مطرح می شود که، اولاً: در چه زمانی تملیک به کارفرما از طرف پیمانکار به عمل می آید؟ ثانیاً: با چه تکنیک حقوقی به عمل می آید؟ در این مورد می شود گفت که، این خرید و فروش اموال و مصالح ساختمانی و غیره که منقول هستند؛ ممکن است با تغییرات یا بدون تغییرات حاصله به شکل ساختمان در تملک کارفرما در آیند. مسلماً بر اساس ماده ۱۴۰ قانون مدنی، انتقال اموال از اشخاص به دیگران بر اساس قرارداد است. این قرارداد هم معوض است. حال تنها مشکلی که باقی می ماند، یافتن ماهیت حقوقی است که تحت آن قالب، اموال منقول تملیک می شود. اگر این عمل حقوقی، بیع باشد، مطابق بند ۱ ماده ۲ ق. ت. پیمانکاری، یک نهاد تجاری هم می تواند باشد، ولی تکنیک حقوقی مربوط به خرید و فروش چگونه به عمل می آید؟ زیرا، در زمان انعقاد عقد پیمانکاری قرارداد خاصی منعقد می شود و اموال منقول هم معلوم نیست و ممکن است فقط توصیفاتی از آنها به عمل می آید، تا زمینه سوءاستفاده یکی از طرفین قرارداد در کیفیت کالا بوجود نیاید.^۷ اگر بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت را ملاک قرار

۷. (Turnkey) ۲- رضا، پاکدامن، منبع پیشین، ص ۱۲. - محمد، حقیقی، "بازرگانی بین الملل"، تهران، انتشارات دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، چاپ دوم، ص ۲۳۲. نظام حقوقی حاکم بر قرارداد پیمانکاری ساده را باید از انواع قراردادهای بی او تی متمایز شود، زیرا، قرارداد اخیر از حیث ماهیت، پیچیده تر از قرارداد پیمانکاری ساده است و معمولاً در قرارداد بی او تی یک طرف قرارداد دولت و طرف دیگر کنسرسیوم متشکل از چند شرکت خصوصی که وظیفه تأمین مالی را به عهده خواهد داشت تا پیمانکار تهیه و وظیفه ساخت را به عهده دارد و همچنین اشخاص متعدد دیگری هم در این پیمانکاری

دهیم، با توجه به قید اعم از اینکه تصرفاتی در آن بشود یا خیر، این تصرفات باید قبل از فروش تاجر به اشخاص ثالث به عمل آید، حال آن که در پیمانکاری، پیمانکار بعد از خرید کالاها رادر ملک کارفرما به کار می برد و در هنگام به کارگیری، تغییرات ایجاد می شود. اگر زمان بکارگیری را زمان مناسب برای انتقال بدانیم، پس تغییرات و تصرفات قبل یا هم زمان با تملیک است، ولی اگر تملیک را بعد از تحویل ساختمان یا موضوع تعهد بدانیم، باز تصرفات قبل از تملیک حاصل می شود و دقیقاً منطبق با بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت می باشد. قابل ذکر است که در صفحات بعدی، مکانیسم حقوقی دیگری که از طریق آن عمل پیمانکاری، تجاری تلقی می شود و نحوه تملیک بیان می شود.

الف) عقد بیع

در جهت پاسخگویی به سؤال مطرح شده لازم است که ذکر شود، با توجه به آنچه در مباحث قبلی گفته شده، مکانیسم انتقال اموال منقول از پیمانکار به کارفرما که در ملک او به کار گرفته می شود، از طریق انعقاد عقد بیع به طور مستقل در ابتدای عقد پیمانکاری نمی باشد. دلیل بر این ادعا این است که، اموال منقول در حین عقد پیمانکاری موجود نیست و اگر عقد بیع را عهده بدانیم، چون یکی از شرایط معلوم شدن مورد معامله، بیان کمیت مورد معامله است، تعیین کمیت آن ممکن نیست و همین عدم امکان تعیین کمیت مورد معامله بر اساس ماده ۳۵۱ قانون مدنی، موجب بطلان معامله در حقوق ایران می شود. به همین جهت است که، ماده ۳۵۱ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود». بنابراین، اگر چه اوصاف اموال منقول در قرارداد پیمانکاری ممکن است،

← دخالت دارند. (عبدالحسین، شیروی؛ "قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری"، قم، دانشگاه تهران- پردیس، ۱۳۸۴، چاپ اول، ص ۱۱).

توصیف شود، ولی این توصیف در کیفیت جنس و وصف آن است نه در کمیت یا مقدار. بنابراین مقدار و جنس و وصف، هر سه باید توأمان معلوم باشند، تا قرارداد بیع صحیح باشد و گرنه عقد مزبور باطل خواهد بود. پس، عقد بیع عهدی هم نمی‌تواند سبب مناسبی باشد تا تملیک اموال منقول را توجیه کند. از طرف دیگر، قصد واقعی طرفین، انعقاد عقد بیع در زمان انعقاد قرارداد پیمانکاری نیست. همچنین در زمان خرید، پیمانکار از شخص ثالث به نام خود، خریداری می‌کند. پس او قرارداد را به نام خود، منعقد می‌کند، و نتیجتاً مالکیت کالا بدو^۸ به ملکیت او در می‌آید. بنابراین، مالکیت مال خریداری شده در زمان خرید، متعلق به خود پیمانکار است و مخصوصاً شخصی، پیمانکار باشد و پیمانکاری‌های متعدد از اشخاص متعدد داشته باشد، بنابراین تعیین مبیع برای شخص خاص فقط با اراده خود پیمانکار ممکن است و چون در موارد خاص، تشخیص قصد و اراده پیمانکار ممکن نیست و مخصوصاً برای حفظ حقوق طلبکاران و فروشندگان کالا به پیمانکاران، باید گفت که تا زمان به‌کارگیری کالا در موضوع تعهد، عقد بیع بین پیمانکار و کارفرما صورت نمی‌گیرد. دکتر جعفری لنگرودی در اجاره عمل از نوع صنعت، زمان ختم عمل را زمان تملیک و تملک مال می‌داند و نه قبل از آن^۹. توجیه دیگر هم وجود دارد که، به این مشکل پاسخ می‌دهیم، تا ذهن و وجدان اخلاقی سالم به این نکته اذعان کند. در این جهت می‌توان گفت دو دلیل وجود دارد که، برای تایید نظریه مزبور می‌توان ابراز داشت، اولی، بند و مفاد ماده ۳۹ شرایط عمومی پیمان است که مقرر می‌دارد: «پیمانکار موظف است که پس از تحویل موقت یا تمام وسایل، ماشین آلات و ابزار و مصالح اضافی متعلق به خود را در محل‌های تحویل کارفرما را ظرف مدت مناسبی که مورد قبول مهندس مشاور باشد،

۸. محمدجعفر، عفری لنگرودی، "فلسفه عمومی حقوق، تنوری موازنه"، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱، چاپ اول، ص ۳۳۵.

ابراهیم، اسماعیلی هریسی، "مبانی حقوق پیمان"، تهران انتشارات یادآور، ۱۳۸۳، چاپ اول، ص ۲۸۵.

از محل های یاد شده خارج کند، با توجه به اینکه مالکیت ساختمان های پیش ساخته و مصالح بازیافتی و قطعات پیش ساخته ساختمان ها و تأسیسات تجهیز کارگاه که به وسیله پیمانکار در محل های تحویل کارفرما نصب یا احداث شده است، متعلق به پیمانکار است، هرگاه تمام یا قسمتی از این ساختمان ها و تأسیسات موقت پیمانکار مورد احتیاج کارفرما باشد. با توجه به اینکه در این حالت نباید وجهی بابت برچیدن ساختمان ها و تأسیسات یاد شده به پیمانکار پرداخت شود، قیمت آن با تراضی طرفین تعیین و به کارفرما فروخته و تحویل می شود. این متن به صراحت گویای این است که، مصالح و اموال منقول مازاد بر احتیاج تا زمانی که موضوع تعهد نیست، خود به خود با نصب در ملک، متعلق به مالک (کارفرما) نمی شود، بلکه احتیاج به تحقق عقد بیع دارد. این امر در یکی از آراء قضایی دیوان عالی کشور به شماره ۷۳-۱۹۷-۱۸ به تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۹ انعکاس یافته است.

دلیل دیگر، بند ۱ ماده ۳۷۶ قانون تعهدات سوئیس است که مقرر می دارد که: «اگر، قبل از تحویل، موضوع قرارداد به جهت حادثه غیر مترقبه تلف شود، مقاطعه کار، نه حق مطالبه بهای کار را دارد و نه پرداخت هزینه هایی که انجام شده، مگر اینکه کارفرما مستثقف از تحویل گرفتن کار باشد».

مطابق مفاد ماده مزبور، اموال منقول موضوع تعهد تا زمان تحویل (فرضاً ساختمان) به کارفرما، در ملکیت پیمانکار است، با این وصف که، ملک غیر منقول که در آن موضوع تعهد اجرا شده است، متعلق به کارفرما است. پس بر اساس نظام حقوقی سوئیس انتقال مالکیت اموال منقول به تبع ملک و انتقال مالکیت تدریجی مطابق نص مزبور، قابل قبول نخواهد بود. به نظر می رسد که، این ماده حقوق کارفرما را بیشتر مد نظر قرار داده است.

این ماده در کشورهایی تصویب شده است که، فرهنگ بالاتری نسبت به سایر کشورها دارند و بیم کلاهبرداری و یا این که از دست رفتن سرمایه کارفرما فرضاً مانند ایران متصور باشد، وجود ندارد.

برخی از عقاید مطروحه که، به لحاظ مصلحت های مزبور ابراز شده است، مطابق

مقتضای زمان و مکان است ولی، ممکن است از جهت تحلیلی، از توجیه حقوقی مناسبی برخوردار نباشد، بنابراین می‌شود گفت که، با توجه به حق حبس پیمانکار برای مطالبه حقوق ایشان، نسبت به تحویل موضوع تعهد و اخذ اجرت، از منطلق حقوقی خوبی در حقوق سوئیس برخوردار است.

ب) بر اساس شرط ضمنی عقد (وکالت در فروش)

عقیده‌ای دیگر که می‌توان ابراز داشت، این است که پیمانکار در ضمن انعقاد عقد پیمانکاری، به‌طور ضمنی، وکالت کارفرما را می‌پذیرد که، بعد از تدارک و تهیه مصالح و ابزار و اموال منقول لازم برای ایفای موضوع تعهد مربوطه، در موقع به‌کارگیری کالاها، آنها را اصالتاً از طرف خود و وکالتاً از طرف کارفرما به ایشان بفروشد. این سؤال ممکن است مطرح شود که، چگونه است که، عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است، عوض مصالح، معلوم نیست و با این که در مدت زمانی که برای انجام پیمانکاری وجود دارد، این نوسان قیمت، قیمت زمان خرید توسط پیمانکار ملاک است یا قیمت زمان به‌کارگیری؟ در پاسخ به این سؤال، باید گفت که، برای استوار ماندن به تمام اصول و قواعد حقوقی، باید حکم کرد که قیمت مصالح در زمان به‌کارگیری ملاک و معیار است. این زمان ضابطه معلوم بودن قیمت مبیع را مشخص می‌نماید. نظر به این که تا زمان به‌کارگیری، مالکیت اموال منقول متعلق به پیمانکار است، به تبع عین، افزایش قیمت در ملک او است. پس می‌شود گفت که، در این زمان به‌کارگیری، از طریق مکانیسم شرط فعل حقوقی وکالت است که، پیمانکار متعهد است که در زمان به‌کارگیری، مصالح را با وکالت مستر و نهفته در ضمن عقد پیمانکاری به کارفرما تملیک کند. موضوع وکالت، تحقق عقد بیع بین خود و کارفرما است. بنابراین می‌شود گفت که، قیمت عرفی و بازاری ملاک تعیین قیمت و معلوم شدن مبیع می‌شود. پس، می‌شود گفت که، نظریه انتقال مالکیت مصالح به تبع زمین کارفرما و نظریه مالکیت تدریجی اموال منقول به‌کار گرفته شده در موضوع قرارداد

پیمانکاری به کارفرما، می‌تواند صحیح باشد، ولی این نظریات روش انتقال را بیان نکردند، بلکه با توجه به مصالح کارفرما استدلال کردند. حال آن که به نظر می‌رسد که، تکنیک حقوقی وکالت، تکنیک حقوقی مناسبی -البته برخی از حقوق‌دانان در این مورد، مخالف وجود عنصر نمایندگی در عقد پیمانکاری هستند^۹ است که، بدون این که با هر یک از اصول حقوقی دیگر مغایرت پیدا کند، راه حل دقیقی را ارائه می‌کند. ولی در مقایسه با حقوق سوئیس با یکی از اصول حقوقی که با حق حبس پیمانکار مربوط می‌شود، منافات ندارد. چون مطابق حقوق سوئیس، بعد از تحویل است که، مالکیت به کارفرما تملیک می‌شود و حق حبس هم برای پیمانکار محفوظ است، وگرنه تلف آن بر اساس آفات سماوی به عهده پیمانکار نبوده است، در حالی که در حقوق ایران به زعم استاد مرحوم دکتر شهیدی، در پیمانکاری حق حبس به لحاظ خلاف قاعده بودن آن و این که تعهد طرفین در زمان‌های مقرر باید انجام شود وجود ندارد. شاید با توجه به اینکه، پیمانکار به وظایف و تعهدات خود اقدام کرده است و نتیجه و غایت مقصود کارفرما حاصل شده است، راه حل ابرازی بر خلاف حقوق سوئیس مناسب‌تر جلوه می‌کند. نظر به این که کارفرما با انعقاد قرارداد پیمانکاری، تعهد پیمانکار را تحصیل می‌کند. این تعهد از آثار ذات قرارداد پیمانکاری است. بنابراین، پیمانکاری در دل و نهاد خود، نهاد حقوقی وکالت را در خود دارد، زیرا، پیمانکار، قرارداد منعقد با اشخاص ثالث را به نام خود، منعقد می‌کند. در این موارد، در قبال اشخاص ثالث، اصیل است. بنابراین، همان طوری که حق العمل کار هم، در مورد اجناس ارسالی آمر، با انعقاد قرارداد حق العمل کاری، تعهد به

۹. احمد، امیر معزی، "نیابت در روابط تجاری و مدنی"، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸، چاپ اول، ص ۹۹ - غلامعلی، سیفی زیناب، منبع پیشین، ص ۱۰۰ - ۲. محمود، عرفانی، "حقوق تجارت"، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، ۱۳۷۵، چاپ اول، جلد اول، ص ۳ - غلامعلی، سیفی زیناب، منبع پیشین، ص ۱۰۰.

فروش دارد، ولی این کالاها را به نام خود می‌فروشد، اما به حساب آمر است. در حالی که در حق العمل کاری، کالا موجود است و حال آن که در زمان قرارداد پیمانکاری، کالا موجود نیست و حتی تا زمان خرید مصالح، مالی وجود ندارد. تنها عنصری که وجود دارد و آن هم اعتباری است، تعهد پیمانکار دایر به تهیه و تدارک مصالح است. اگر چه واقعاً، این مصالح تدارک دیده شده از محل بهای کارفرما باشد، ولی از جهت این که این اموال از طرف پیمانکار به نام خود خریداری می‌شود، او در ظاهر مالک است و در مواردی که شخصی، پیمانکار افراد متعدد است، این نکته که از محل بهای کدام یک از کارفرمایان خریداری کرده است، مشخص نیست. پس به خاطر حفظ حقوق و مصالح اشخاص دیگر، باید^{۱۰} گفت که مالکیت مصالح تدارک دیده شده پیمانکار، متعلق به خود او است، تا زمانی که این اموال در موضوع قرارداد به کار گرفته شود. پس، نهاد پیمانکاری تا حدودی می‌تواند با نهاد حق العمل کاری مقایسه شود. با این تفاوت که همان طوری که، حق العمل کار برای خرید اموال برای آمر، در مواردی مأموریت می‌یابد، حق العمل کار در موارد خاص؛ می‌تواند از کالاهای خود با شرایطی به آمر خود بفروشد. ماده ۳۷۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد که: «اگر حق العمل کار، مأمور به خرید یا فروش مال التجاره یا اسناد تجاری یا سایر اوراق بهاداری باشد که، مظنه بورسی یا بازاری دارد، می‌تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده، خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر اینکه آمر دستور مخالفی داده باشد»، در اینجا در مورد خرید و فروش حق العمل کار با آمر، نمایندگی براساس تجویز قانون می‌باشد. بنابراین، پیمانکار می‌تواند شخصاً فروشنده به کارفرما باشد. پیمانکار در این موارد، مانند حق العمل کاری است که، شخصاً می‌تواند مصالح را به کارفرما بفروشد،

۱۰. مهدی، شهیدی؛ «اصول قراردادها و تعهدات»، تهران، نشر عصر حقوق، تابستان ۱۳۷۹، چاپ اول، جلد دوم، ص ۱۶۳.

این مکانیسم مانند عمل حق العمل کار، اصالتاً از طرف خود و نیابتاً از طرف کارفرما، مصالح مشخص را با قیمت عرفی به کارفرما می‌فروشد. این عمل حقوقی مورد اشاره، بر اساس مجوز ماده ۱۹۸ قانون مدنی صورت می‌گیرد که بیان می‌کند: «ممکن است طرفین یا یکی از آن‌ها به وکالت از غیر اقدام بنماید، و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین، این اقدام را به عمل آورد». به همین جهت است که بند ۱ ماده ۳۷۶ قانون تعهدات سوئیس مقرر می‌داند که: «اگر قبل از تحویل، موضوع قرارداد به جهت حادثه غیر مترقبه‌ای، تلف شود، مقاطعه کار، نه حق مطالبه بهای کار را دارد و نه پرداخت هزینه‌هایی را که انجام شده مگر این که، کارفرما مستثقف از تحویل گرفتن باشد». در جهت تأیید نظریه مزبور می‌توان، دلایل زیر، هم جهت تقویت آن^{۱۱} ارائه کرد. اولاً، دیوان تمیز فرانسه، قرارداد زن و شوهری که متخصص در امور احداث ساختمان بوده و ساخت و ساز خانه را انجام می‌دادند، بر خلاف دادگاه استان که، آن را پیمانکاری صرف دانست، آن را به یک قرارداد انجام یک عمل حقوقی به حساب زن و شوهر بر پایه تعریف وکالت موضوع ماده ۱۸۸۴ قانون مدنی دانست. به این دلیل، اگر پیمانکار به درخواست مالک، برای او ساختمانی بسازد، قرارداد را وکالت با نفع مشترک تشبیه کرده‌اند. در این راستا، ابراز شده است که، آرشیکت بر پایه مواد ۱۹۷۹ و ۱۹۷۲ قانون مدنی فرانسه با صاحب کار، قراردادی می‌بندد که، موضوع آن مربوط به نظم فکری است، پیمانکار محسوب می‌شود. ولی هنگامی که، آرشیکت از سوی صاحب کار، مأمور می‌شود پاره‌ای از

۱۱. در این مورد ماده ۲۹-۱ شرایط عمومی پیمان مقرر می‌کند که: "پیمانکار باید مصالح و تجهیزات و لوازم بدکی را طبق پیوست ۱۰ و مشخصات فنی پیمان، و بر اساس برنامه زمانی از جمله برای تجهیزات و کالاها و یا زمان ساخت و تحویل طولانی از منابع قید شده در پیوست شماره ۱۵، با منابع مورد تأیید کارفرما را تأمین کند". علیرضا، میلانی زاده؛ منبع پیشین، ص ۲۲۲.
جواد، واحدی؛ «قانون تعهدات سوئیس»، تهران، نشر میزان، بهار ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۱۶۰.

قرارداد را به نام و به حساب او منعقد کند، وصف وکیل به خود می گیرد. همچنین شعبه نخست مدنی دیوان تمیز فرانسه در رای مورخ ۲۷ اکتبر ۱۹۷۰، رای دادگاه استیناف را که آژانس مسافرتی را اصیل می دانست، تأیید کرده بود. این رأی بیان کننده این است که، موضوع اصلی پیمانکاری، چیزی غیر از وکالت است ولی می تواند همراه و قرین با وکالت باشد، این وکالت متضمن نفع هر دو طرف است. به همین جهت است که، عبد الرزاق السنهوری در کتاب وکالت خود بیان می کند: «معامله با کسانی که، حرفه آنها انجام معاملات نیست، در اصل مقاطعه کاری یا پیمانکاری است، ولی اگر مداخله در تصرفات قانونی نمایند، متضمن وکالت نیز خواهد بود». بنابراین از آرای صادره ذکر شده و عقیده حقوق دانان مذکور فهمیده می شود که، پیمانکاری در ماهیت خود، انجام اعمال حقوقی را نیز دربر دارد که، ماهیت حقوقی پیمانکاری را ضمن این که، قرارداد مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است، متضمن شرط ضمن عقد است. این شرط ضمن عقد، وکالت پیمانکار از کارفرما است. همچنین در حقوق ایران هم، پیمانکار را در مورد خرید مصالح وکیل می دانند. حال آن که انجام این وکالت در موقع تملیک کالاها مصداق دارد و نه در موقع خرید، ولی اگر این گونه باشد، وکالت پیمانکار از نوع وکالت ساده و قابل عزل بودن وکیل نیست، بلکه وکالت غیر قابل عزل است، کارفرما حق عزل خود را در ضمن عقد پیمانکاری (عقد لازم) ساقط کرده است. ماده ۶۷۹ قانون مدنی مقرر می دارد که: «وکیل می تواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل او ضمن عقد لازمی شرط شده باشد». دلیل سوم ماده ۳۸ قانون شرایط عمومی پیمان است که مفاداً بیانگر این است که، اگر مصالحی باید از خارج کشور تدارک دیده شود، این مصالح باید از طرف کارفرما خریداری شود، ولی مطابقت اسناد خرید به عهده پیمانکار است. در این موارد مقرر شده است که، اسناد مربوط به خرید مصالح و تجهیزات باید به نام کارفرما صادر شود و کارفرما باید بر اساس اسناد تأیید شده به حساب پیمانکار، اقدام به گشایش اعتبار کند. پس، تمامی مصالح پای کار و یا کالاهای مورد به کارگیری توسط پیمانکار،

متعلق به پیمانکار است مگر این که استثنائاً، اموال از طرف کارفرما تدارک دیده شود. پس در زمان به کارگیری است که، اموال با تکنیک حقوقی مزبور به مالکیت کارفرما در می آید.

گفتار سوم: دلایل تجاری بودن عمل پیمانکاری

۱. اگر، ما بر اساس تکنیک حقوقی شرط فعل حقوقی وکالت در فروش اموال منقول از طرف پیمانکار به کارفرما، ماهیت حقوقی تملیک را بیع بدانیم، این عمل، بر اساس بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش می باشد. لذا عمل مزبور، با وصف تکراری بودن، تجاری و پیمانکار هم تاجر محسوب می گردد.

۲. وقتی که تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد شود از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره تجاری باشد. در حقوق تجارت، بر اساس دکترین حقوقی علمای حقوق، تصدی گری به معنای داشتن محل کار معین با تعدادی کارمند و رایانه و دفاتر حساب و غیره است. بنابراین، وقتی که شخصی دفتر کار دارد که، کارگرانی را برای دیگران پیدا می کند و این نوع روش پیدا کردن کارگران برای دیگری است. این عمل، عمل تجاری تلقی می شود، چگونه ممکن است که، پیمانکاری که ترکیبی از نهادهای حقوقی مختلف است، نهاد غیر تجاری باشد. این نهاد با عقد جعاله و اجاره مطابقت ندارد و چون عقد جعاله، عقدی جایز در زمان انعقاد و عقدی غیر معوض است و در زمان اجرای عقد است که، همان اجرای تعهد است، معوض می گردد. در حالی که پیمانکاری، در زمان عقد، معوض و لازم است، با این توصیف که، حق پیمانکار نسبت به بهای قراردادی برخلاف عقد اجاره متزلزل و مراعا به این امر است که، نتیجه حاصل شود و گرنه حق پیمانکار متزلزل و ساقط می گردد. همچنین، پیمانکار، اگر چه به نام خود، ولی به حساب دیگری، قرارداد هایی با پیمانکاران فرعی (دسته دوم) یا کارگران منعقد می کند، خود پیمانکار در قبال این اشخاص، بر اساس

شروط و آثار خاص قرارداد پیمانکاری، اصیل است و نماینده نمی‌باشد؛ ولی در واقع، منافع کار و نتیجه کار آن‌ها، برای کافرما می‌باشد. بنابراین، اگر ماهیت عمل پیمانکار را در نظر بگیریم، مانند محلی می‌ماند که، پیمانکار کارگرانی برای کارفرمای خود برمی‌گزیند، با این شرط که، پرداخت عوض قرارداد و انعقاد قرارداد با آنها، با خود پیمانکار باشد. در حالی که در موضوع بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت، متصدی محل مزبور، فقط کارگران و اشخاص متقاضی را معرفی می‌کنند و تعیین شرایط قرارداد و میزان مزد و غیره و انشای ایجاب و قبول با خود طرفین قرارداد است. حال آن که پیمانکار خود، چنین قراردادی را با تمام ارکان و شرایط آن منعقد می‌کند و متعهد قراردادی است. نظر به این که در مورد پیدا کردن خدمه یا انجام بعضی تأسیسات به منظور خاصی، تجاری تلقی می‌شود؛ چون فعل و عمل شخص، به لحاظ تصدی به مکان خاص، تجاری است، همین ملاک در مورد پیمانکار به طریق اولی وجود دارد، و می‌شود به ماده ۳۷۹ تعهدات سوئیس استناد کرد، زیرا، ماده مزبور^{۱۲} مقرر می‌دارد: «اگر مقاطعه کار فوت کند و یا، بدون ارتکاب تقصیری، توان انجام کار را از دست بدهد، قرارداد، در صورتی که با لحاظ تخصص شخصی وی منعقد شده باشد، پایان می‌پذیرد». پس، ماده مزبور، تخصص پیمانکار را یکی از شرایطی می‌داند که، بقا و ایفاء تعهد پیمانکار، وابسته و مقید به فعل او است و با فوت او، امکان ایفاء تعهد از جانب غیر او، از جمله ورثه او، امکان‌پذیر نمی‌باشد. بنابراین، اگر این تخصص نمی‌بود، عقد پیمانکاری، محقق نمی‌شد.

۳. در مورد حق‌العمل کاری و دلالتی، آنچه که حق‌العمل کار و مخصوصاً دلالت اراده می‌کند، فعل و اعتبار او است که، مایه تجارتی او را تشکیل می‌دهد، اگر چه ممکن است، حق‌العمل کار در خرید یا فروش‌های خود، سرمایه نقدی از خود داشته باشد، ولی این

۱۲. محمدجعفر دکتر جعفری لنگرودی، «فلسفه اعلی در علم حقوق»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ اول، ص ۲۵۲-۲. محمود، کاشانی، منبع پیشین، ص ۲۳.

سرمایه، نقشی در تجارتي شدن عمل او ندارد، بلکه داشتن سرمایه، در مواردی که، حق العمل کار در قبال اشخاص ثالث مسئول تلقی می شود، باید شخصاً ایفای تعهد کند، مهم است. ماده ۳۴۵ قانون تجارت در نقش اعتبار بیان می کند: «هرگاه طرفین معامله یا یکی از آنها به "اعتبار" تعهد شخص دلال معامله نموده، دلال ضامن معامله است». بنابراین می شود گفت که، اعتبار دلال و فعل او و تخصص او است که، موجب می شود عمل او به طور مداوم، تجاری محسوب می گردد. مخصوصاً وقتی که موضوع عمل دلال، معاملات اموال غیر منقول است، مایه او، اعتبار و شهرت و قدرت خلاقه فکری در جذب مشتریان و برانگیختن آنها به انعقاد معامله است. پس پیمانکار هم علاوه بر اینکه کالها را خریداری می کند و به کارفرما تمليک می کند، چون تخصص و شهرت و اعتبار و مهارت خود را در ایفای تعهد خود دخالت می دهد و به واسطه این عوامل است که، کارفرما به او مراجعه می کند (۲). بنابراین، کیفیت عمل او هم می تواند ملاک تجاری بودن محسوب گردد. در همین راستا، در حقوق کامن لا، پیمانکاران مستقل بدو گروه تقسیم می شوند، عده ای، اشخاصی مانند دلال و حق العمل کاری و نمایندگان وصول و نمایندگان فروش را از مصادیق پیمانکاری مستقل می دانند که، در عین حال سمت نمایندگی از طرف قرارداد را نیز دارند. گروه دیگر از پیمانکاران مستقل، بدون داشتن سمت نمایندگی دربرگیرنده پیمانکاران ساختمانی و کلیه پیمانکارانی هستند که، تعهد به اجرای طرح های مالی، فنی، و ساختمانی را بدون نظارت و کنترل صاحب کار به عهده دارند. به همین جهت بود که، داوران دعاوی ایران و آمریکا در پرونده شماره ۴۳، هیئت داوران، ادعای پیمانکاران فرعی که، ادعا داشتند، شرکت خدمات نفتی که پیمانکار اصلی طرف قرارداد با شرکت ملی نفت ایران بوده است، سمت نمایندگی شرکت ملی نفت ایران را در انعقاد قرارداد با پیمانکاران فرعی داشته است، نپذیرفته بود و پیمانکاران فرعی طرف قرارداد با شرکت ملی نفت ایران تلقی نشدند. البته در این مورد، از وجود عنصر نمایندگی به عنوان آثار اصلی و نه فرعی بحث می شود و موجب نقض مطالب قبلی نمی گردد.

۴. در ماده ۱۱۱ قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۶۶ آمده است که، در آمد مشمول مالیات پیمانکاران اشخاص خارجی در ایران نسبت به "عملیات هر نوع کار ساختمانی"، تأسیسات فنی و تأسیسات حمل و نقل، تهیه طرح ساختمان‌ها و تأسیسات نقشه برداری، نقشه کشی، نظارت و محاسبات فنی در تمام موارد عبارت از ۱۲٪ دریافتی سالانه آن‌ها خواهد بود. ماده مزبور همسو با دیگر مقررات اخیر التصویب مانند قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶، در صدر ماده با عبارت عام، در آمد مشمول مالیات پیمانکاری اشخاص خارجی ایران آورده است، سپس مقنن در ادامه، در صدد بیان موضوع پیمانکاری بر آمده است که، مقرر شده است: «... نسبت به عملیات هر نوع کار ساختمانی تأسیسات فنی و تأسیساتی و حمل و نقل، تهیه طرح ...». بنابراین می‌شود گفت که، پیمانکاری نوعی عمل تجاری تلقی شده است که، حمل و نقل خود مستقلاً در قانون تجارت به تنهایی تجاری تلقی می‌شود، که یکی از موضوعات پیمانکاری محسوب گردیده است.

۵. در حقوق انگلیس هم از طرف حقوق دانان برجسته آن ابراز شده است که، پیمانکاری دارای ماهیت تجاری است، چیتی حقوق دان برجسته انگلیسی عقیده دارد که: «قرارداد ساختمانی، یک قرارداد به گونه قضایی، به عنوان قرارداد کاملی برای فروش کالاها و کار و در ازای مبلغ معین قابل تأدیه از طریق اقساط، همان‌طوری که کالاها، تحویل می‌شود و کار انجام می‌شود، توصیف و در جای دیگر بیان می‌دارد که، این مکانیسم قراردادی اغلب در قراردادهای تجاری دیگر یافت می‌شود. این نحوه بیان، بیانگر این امر است که، پیمانکاری یکی از انواع عملیات تجاری است. فرآید من، یکی دیگر از حقوق دانان انگلیسی هم بیان می‌کند که، برخی قوانین موضوعه تنها نسبت به نمایندگان اعمال می‌شوند، مانند قانون عاملین ۱۸۸۹ که یکی از آن‌ها را، نمایندگان تجاری محسوب می‌کند. این امر به معنای استثنا کردن کارگران است، اما ضرورتاً پیمانکاران مستقل را از شمول قانون خارج نمی‌سازد. بنابراین می‌شود گفت که، به نظر این نویسنده، پیمانکاران مستقل در معنی عام کلمه و نه در توصیف خاص، نوعی نماینده برای کارفرما تلقی می‌شود.

۶. اگرچه خرید و فروش اموال غیرمنقول، تجاری نیست ولی، دلالی معاملات ملکی، تجاری است. پس نمی‌شود گفت که موضوع عمل پیمانکاری عمدتاً بر روی زمین انجام می‌شود، پیمانکاری نمی‌تواند عمل تجاری نباشد، بلکه با توجه به خصوصیات و ویژگی‌های پیمانکاری، عمل مزبور تجاری است. مخصوصاً با توجه به این که کلیه اموال منقولی که در زمین به کار گرفته می‌شوند، در حکم اموال غیرمنقول محسوب می‌شود. بنابراین با توجه به مفاد ماده ۳۰ قانون مدنی از لحاظ تبعی، مالکیت آنها متعلق به کارفرما خواهد بود، مگر این که بر اساس مفاد ماده ۵۰۴ قانون مدنی، اگر مالک زمین، اجازه احداث اعیانی به سازنده آن بدهد، در این صورت مالکیت اعیانی، متعلق به بانی آن خواهد بود. پس، در صورت فقدان قرارداد درمورد مالکیت اعیانی برای سازنده، ناچاراً باید حکم به مالکیت تبعی کارفرما نسبت به اعیانی نمود و به این ترتیب نظریه مالکیت تدریجی تا حدودی با این تحلیل حقوقی می‌تواند مورد تأیید واقع^{۱۳} شود. در اینجا، چون پیمانکار حق ساختن بنا را داشته است، غضب محقق نخواهد شد، چون اجازه ساخت برای خود کارفرما بوده است. پس مالکیت آن متعلق به کارفرما خواهد بود.

۷-۱ اگرچه در صورت تصویب لایحه قانونی جدید قانون تجارت در مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان، پیمانکاری یکی از اعمال تجاری قلمداد شده است، ولی در این حال لازم است که با تجربه و تحلیل حقوقی علت و سبب تجاری شناختن آن برای حقوق دانان مشخص و معلوم شود. اگرچه با ملاحظه لایحه پیشنهادی، این موضوع به صراحت ملاحظه نمی‌شود، بلکه فقط مهندسی صنعتی جزء اعمال تجاری قلمداد شده است.

13. In Other Commercial Contracts Chitty, Joseph, "General Contracts, Vol 1, 22 th ed, London, Sweet & Maxwell, 2004, p.67. Fridman, G.H.L., "The Law of Agency", th Ed, London, Butterworths, 1990

۸. بر اساس نظام حقوقی حقوق فرانسه، حقوق تجارت را حقوق و وظایف ناشی از عرضه کالا و خدمات در قلمرو تجارت تعریف می‌کنند و یکی از مصادیق اعمال مزبور، اجاره تجاری است. همچنین اعمالی که معمولاً به عنوان مدنی در نظر گرفته می‌شوند، به عنوان تجاری طبقه‌بندی می‌شوند، اگر آنها به عنوان یک قسمت فرعی از فعالیت تجاری انجام شوند.

اعمال تجاری دارای ویژگی‌های سه گانه زیر در حقوق فرانسه می‌باشد:

۱. عامل پیش‌بینی یا حدس یا خطر یا ریسک.

۲. مشارکت در جریان ثروت و کالا و خدمات.

۳. انجام شدن بر اساس یک روش منظم.

با توجه به مطالب مزبور، پیمانکاری عرضه خدمت و خرید و فروش اموال منقول را به‌طور فرعی دربر دارد. به عبارت دیگر، خرید و فروش اموال منقول یک قسمت فرعی از فعالیت پیمانکاری است و حتی اگر پیمانکاری را نهاد مدنی بدانیم، باز به لحاظ این که پیمانکاری به عنوان نهاد مدنی، قسمتی فرعی از^{۱۴} فعالیت تجاری می‌باشند. مخصوصاً این که پیمانکار در مواردی که متعهد به تهیه مواد اولیه و مصالح باشد و یا در تهیه کارگران مداخله داشته باشند، هم خدمت او و هم سرمایه او در جریان ثروت نقش دارد و با توجه به نوسانات قیمت، میزان سود پیمانکار هم در معرض مخاطره می‌باشد و به همین جهت در قراردادهای پیمانکاری، معمولاً شرط تعدیل مالی قرارداد به نحو توافقی درج می‌شود و در غیر این صورت ممکن است که محاکم به لحاظ شرایط و اوضاع و احوال حاکم، قرارداد را تعدیل نمایند. همچنین معمولاً اعمال پیمانکاری با سبک و سیاق خاصی انجام می‌شود که، همان روش منظمی است که حقوق فرانسه به آن اشاره دارد.

14. Bell, John & Others, "Principles of French Law", fifth Ed, London, Oxford University Press, 2000, P. 431. 2-Ibid, p.433.

۸. مطابق بند ۱ ماده ۶۳۱ قانون مدنی آلمان، پیمانکاری التزام شخصی است در تولید، تغییر مال یا نتیجه حاصله از کار یا انجام خدمات می‌باشد. بنابراین مطابق قانون مزبور، اثر اصلی قرارداد پیمانکاری، ایجاد تعهد است ولی موضوع تعهد ممکن است حسب مورد متفاوت باشد، پس اگر چنانچه موضوع تعهد، احداث ساختمان باشد، در آن صورت پیمانکار مکلف است که، اموال منقول را خریداری و در ملک کارفرما به کار گیرد، ولی مطابق بند ۱ ماده ۶۴۴ قانون مدنی آلمان تا زمانی که، نتیجه حاصله به کارفرما تسلیم نشده است، پیمانکار ضامن عیب و تلف است و این امر برخلاف حقوق ایران می‌باشد. ولی حداقل این استنباط را می‌شود نمود که، ماهیت حقوقی پیمانکاری، عقد بیع نمی‌باشد، بلکه ایجاد تعهد است و تملیک اموال به عنوان یکی از موضوعات تعهد می‌باشد. در حقوق ایران هم حقوق دانان دیگر هم بر اساس مطالعاتی که، در حقوق اروپا انجام داده‌اند معتقدند که، اثر ذات عقد پیمانکاری، ایجاد تعهد می‌باشد. مطابق ماده ۶۴۶ قانون مدنی مصر هم، اثر اصلی قرارداد پیمانکاری ایجاد تعهد است که، موضوع تعهد ارائه کار یا خدمات یا احداث ساختمان یا هرچیز مشابه^{۱۵} دیگر می‌تواند باشد و در برخی موارد هم، تهیه مواد اولیه اموال منقول موضوع زمان تسلیم، ضمان موضوع قرارداد به عهده پیمانکار می‌باشد و حتی اگر به دلیل حدوث حوادث سماوی، موضوع تعهد تلف گردد، پیمانکار استحقاق اجرت خود را

۱۵. محمدحسن، صادقی مقدم؛ "تغییر در شرایط قرارداد"، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹، چاپ اول، ص ۳۲- سعید، بیگدلی؛ "تعدیل قرارداد"، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶، چاپ اول، ص ۱۵. محمدعلی، نوری؛ "قانون مدنی آلمان"، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ اول، ص ۱۶۲ و ۱۷۲. ابراهیم شعاریان؛ و دیگران؛ "اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران"، تهران، انتشارات فروزش، ۱۳۸۹، چاپ اول، ص ۳۱۵.

محمدعلی، نوری؛ "قانون مدنی مصر"، تهران انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، چاپ اول، ص ۱۹۳ و ۱۹۵. محمد جعفر، هجغفری لنگرودی؛ "اساس در قوانین مدنی، المدونه"، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۱۲۶-۳. اسماعیل هریسی، ابراهیم، منبع پیشین، ص ۲۶۵-۴. همان منبع، ص ۳۱۱.

ندارد (بند ۱ ماده ۶۶۵ قانون مدنی مصر). بنابراین مستفاد می‌شود که، در حقوق مصر هم اثر ذات عقد پیمانکاری در هنگام انعقاد، تعهد است و تهیه و تملیک اموال منقول در ملک کارفرما به عنوان موضوع تعهد فرعی می‌باشد.

۹. بر اساس نظر دکتر جعفری لنگرودی، وقتی که متعهد اموال منقولی را تهیه و تدارک دیده و تفکیک و به تعبیر خودشان، تشخیص می‌نمایند، این عمل تشخیص، می‌تواند مملک باشد. ولی به نظر می‌رسد که، صرف تشخیص تا زمانی که، اموال در ملک کارفرما به کار گرفته نشود، موجب مالکیت کارفرما نمی‌شود بلکه بعد از تشخیص با فعل حقوقی وکالت ضمنی عقد پیمانکاری، عمل تملیک به کارفرما انجام می‌شود.

۱۰. بر اساس ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان، با پرداخت صورت وضعیت موقت، تمام کارها و مصالح و تجهیزاتی که در صورت وضعیت مزبور درج گردیده است، متعلق به کارفرما است، لیکن به منظور اجرای بقیه کارهای موضوع پیمان، به رسم امانت، تا موقع تحویل موقت، در اختیار پیمانکار قرار می‌گیرد. بنابراین، به محض اختصاص کالا و مصالح که همراه با پرداخت مبلغ علی الحساب جهت به کارگیری، موجب تملیک به کارفرما می‌باشد و از حیث نگهداری به عنوان امانت در اختیار پیمانکار است. همچنین بر اساس بند ۲ ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، در صورت حدوث حوادث قهری مانند آتش سوزی و غیره، خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان به عهده کارفرما است این امر دلالت بر مالکیت کارفرما نسبت به اموال استفاده شده در ملک او است.

۱۱. بر اساس ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه، موضوع هر قرارداد، چیزی است که یک طرف، تعهد به دادن (واگذاری)، یا انجام یا عدم انجام آن می‌کند. بر اساس ماده ۲۱۴ قانون مدنی ایران هم مورد معامله، باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند. بنابراین، در پیمانکاری هم، موضوع پیمان، تعهد به انجام کار به عنوان عنصر اصلی و تعهد به انتقال مال به عنوان عنصر فرعی است و ایرادی هم ندارد، که عقدی، حاوی هر دو مورد (انتقال مال و تعهد به انجام کار) باشد.

نتیجه گیری

پس از بررسی و تجزیه و تحلیل و استدلال‌هایی که به عمل آمده، معلوم می‌شود که، نهاد پیمانکاری، نهاد حقوقی است. این نهاد حقوقی، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و نهاد نوظهوری است که، به دلیل نیازهای زمان و مکان و مقتضیات عصر حاضر در اثر رونق صنعت ساختمان سازی و درآمد سرشار آن بوجود آمده است. این نهاد حقوقی، از نهادهای حقوقی است که، منطبق با هیچ یک از عقود معین پیش‌بینی شده در قانون مدنی نمی‌باشد. این نهاد حقوقی، حتی در صورت فقدان تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در ۱۳۷۶، می‌تواند بر اساس استدلال‌هایی که به عمل آمده است، به دلیل مشابهت به دلالتی و حق العمل کاری و تصدی گری و خرید و فروش اموال منقول همراه با ایفای تعهدات و خدمات، بر اساس ماده ۲ قانون تجارت، عمل تجاری تلقی گردد. پس پیمانکار می‌تواند تاجری باشد که، ممکن است مشمول مقررات ورشکستگی گردد. تملیک اموال منقول و مصالح و ابزار مورد نیاز در تأسیسات صنعتی و عمرانی و غیره از طرف پیمانکار به کارفرما، با تکنیک حقوقی شرط فعل و کالت ضمن عقد مستتر در نهاد پیمانکاری صورت می‌گیرد، به این معنا که، بعد از انعقاد عقد پیمانکاری، پیمانکار به جهت تعهداتی که دارد، و اینکه باید اموال منقول را خریداری کند و انتقال اموال منقول از پیمانکار به کارفرما سبب می‌خواهد، پس، این انتقال اموال منقول از پیمانکار به کارفرما با انعقاد عقد بیع صورت می‌گیرد، ولی این عقد بیع در زمان انعقاد قرارداد پیمانکاری صورت نمی‌گیرد؛ بلکه در زمان بکارگیری مصالح ساختمانی و اموال منقول در تأسیسات صنعتی و غیره به کارفرما در ملک او صورت می‌گیرد. این تملیک از طریق وکالت مستتر در ضمن عقد پیمانکاری شکل می‌گیرد. پیمانکار با استفاده از وکالت مستتر در ضمن عقد پیمانکاری، اصالتاً از طرف خود و وکالتاً از طرف کارفرما در زمان بکارگیری، انعقاد عقد بیع را انشا می‌کند تا سبب قانونی بر اساس ماده ۱۴۰ قانون مدنی بوجود آید. بعد از به کارگیری اموال منقول، مالکیت کارفرما حاصل می‌گردد و پیمانکار هم غایت و نتیجه مورد نظر کارفرما را بوجود

آورده است. به نظر می‌رسد که، برای حفظ حقوق پیمانکار در مقابل کارفرما، باید حق حبس پیمانکار را در قبال کارفرما علی‌رغم انتقال اموال منقول به کارفرما، به رسمیت شناخت و این شناسایی حق مزبور، منافاتی با حق مالکیت کارفرما ندارد، همان‌طوری که بائع با انتقال حق مالکیت خود بر مبیع، حق حبس آن را در صورت شرایطی دارا است، مطابق حقوق سوئیس و نه حقوق ایران، حق حبس برای پیمانکار وجود دارد.

منابع

الف) فارسی

۱. اباذری فومشی، منصور؛ "اصول قراردادهای پیمانکاری"، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۲. اسکینی، ربیع؛ "حقوق تجارت کلیات معاملات تجاری..."، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم؛ "مبانی حقوق پیمان"، تهران، انتشارات یادآوران، ۱۳۸۳، چاپ اول.
۴. اشمیتوف، کلایوام؛ "حقوق تجارت بین الملل"، ترجمه اخلاقی، بهروز، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۸، چاپ دوم، جلد دوم.
۵. احمد السنهوری، عبد الرزاق؛ «عقد وکالت»، ترجمه حسین قلی نژاد، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۶، چاپ اول.
۶. احمدوند، ولی اله و دیگران؛ "حقوق قرارداد اروپا"، تهران، مؤسسه انتشاراتی جهان جام جم، ۱۳۸۵، چاپ اول.
۷. انصاری، مسعود و دیگران؛ «دانشنامه حقوق خصوصی»، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، چاپ اول، جلد اول.
۸. امیر معزی، احمد؛ "نیابت در روابط تجاری و مدنی"، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸، چاپ اول.
۹. بازگیر، ید الله؛ «منتخب آراء دیوان عالی کشور قراردادهای»، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۴، چاپ دوم.
۱۰. بازگیر، ید الله؛ "قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور"، شرکت، ودیعه، جماله، ...، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۵، چاپ دوم.
۱۱. پاکدامن، رضا؛ «اصول تنظیم قراردادهای بین المللی، پیمانکاری صنعتی»، انتشارات

- مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران، پاییز ۱۳۸۲، چاپ اول.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ «ترمینولوژی حقوق»، تهران، انتشارات بنیاد راستاد، ۱۳۸۱، چاپ اول.
۱۳. همو؛ «فلسفه عمومی حقوق، تئوری موازنه»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱، چاپ اول، جلد دوم.
۱۴. همو؛ «الفارق»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، جلد اول، جلد اول.
۱۵. همو؛ «الفارق»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، جلد اول، جلد دوم.
۱۶. همو؛ «فلسفه اعلی در علم حقوق»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ اول.
۱۷. همو؛ «اساس در قوانین مدنی، المدونه»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۱۸. حسینی، سید اسماعیل؛ «اصول حاکم بر قراردادهای دولتی»، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۴، چاپ دوم.
۱۹. حقیقی، محمد، «بازرگانی بین الملل»، تهران، انتشارات دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، چاپ دوم.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ «اساس در قوانین مدنی، المدونه»، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۲۱. رحیمی خجسته، حسین؛ «ترجمه GCSE Law»، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵، چاپ دوم.
۲۲. ستوده تهرانی، سید حسین؛ «حقوق تجارت»، تهران، نشر میزان، بهار ۱۳۷۸، چاپ اول، جلد اول.
۲۳. شعاریان، ابراهیم و دیگران؛ «اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران»، تهران، انتشارات فروزش، ۱۳۸۹، چاپ اول.
۲۴. شهیدی، مهدی؛ «تشکیل قراردادهای و تعهدات»، تهران، نشر حقوق دان، پاییز ۱۳۷۷،

- چاپ اول، جلد اول .
۲۵. همو؛ «اصول قراردادها و تعهدات»، تهران، نشر عصر حقوق، تابستان ۱۳۷۹، چاپ اول، جلد دوم .
۲۶. همو؛ «آثار قراردادها و تعهدات»، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، چاپ اول، جلد سوم .
۲۷. شیروی، عبدالحسین، «قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (بی. او. تی)»، قم، انتشارات دانشگاه تهران - پردیس، ۱۳۸۴، چاپ اول .
۲۸. عرفانی، محمود؛ "حقوق تجارت"، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، ۱۳۷۵، چاپ اول، جلد اول .
۲۹. کاتوزیان، ناصر؛ «حقوق مدنی، معاملات، عقود تملیکی»، تهران، انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۸۴، چاپ نهم .
۳۰. همو؛ «قواعد عمومی قراردادها»، تهران، انتشارات بهنشر، بهمن ۱۳۶۶. چاپ اول .
۳۱. همو؛ «قواعد عمومی قراردادها»، تهران، انتشارات بهنشر، خرداد ۱۳۶۸. چاپ اول، جلد اول .
۳۲. کاشانی، سید محمود؛ «جزوه درسی حقوق مدنی ۷»، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۶۶-۶۷ .
۳۳. همو؛ «جزوه درسی عقد وکالت»، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۴-۸۵ .
۳۴. معاونت آموزشی قوه قضائیه؛ «رویه قضایی ایران در ارتباط با شعب دیوان عالی کشور»، تهران، انتشارات جنگل، چ ۱۳۸۷، چاپ دوم، جلد ۵۶ .
۳۵. میلانی زاده، علیرضا و دیگران؛ "قراردادهای طرح و ساخت"، مشهد، انتشارات میلان افزار، ۱۳۸۷، چاپ دوم .
۳۶. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی؛ "شناسایی و اجرای آرای داورهای

تجاری بین‌المللی ایران"، تهران، ۱۳۸۵، چاپ اول.

۳۷. مقاله: سینی زیناب، غلامعلی و دیگران؛ "استصناع در فقه و حقوق ایران"، تهران، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق از انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ش ۵۰.

۳۸. نوری، محمدعلی؛ "قانون مدنی آلمان"، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ اول.

۳۹. همو؛ "قانون مدنی مصر"، تهران انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، چاپ اول.

۴۰. واحدی، جواد؛ "قانون تعهدات سوئیس"، تهران، نشر میزان، بهار ۱۳۸۷، چاپ اول.

ب) لاتین

1. Bell, John & Others, "Principles of French Law", firth Ed, London, Oxford University Press, 2000.
2. Black, Henry Campbell, "Black Law Dictionary", firth Ed, West Publishing Co, 1983.
3. Chitty, Joseph, "Chitty on Contracts", General Contracts, Vol 1, 22th Ed, London, Sweet & Maxwell, 2004.
4. Chitty, Joseph, "Chitty on Contracts", Specific Contracts, Vol 2, 29th Ed, London, Sweet & Maxwell, 2004.
5. Fridman, G.H.L, "The Law of Agency", th Ed, London, Butterworths, 1990.
6. Macintyic, Ewan, " Business law ", pearson Education limited 2001.
7. Martin, Elizabeth. A " Dictionary of law ", oxford university press, firth Ed 1997,

8. Reynolds, F.M.B., "Bowstead and Reynold Agency", Sixth Ed, Sweet & Maxwell, 1990.
9. Robert Lowe,LL.B , "Commercial Law" ,London , Sweet & ,Maxwell , Sixth Ed 1989 .