

تمایز مقاطعه‌کاری و بیع

محمدعلی خورسندیان

استادیار حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز

پذیرش: ۸۲/۶/۲۵

دریافت: ۸۲/۶/۱۶

چکیده

دو حقوق ایران، بیشتر قراردادهای مقاطعه‌کاری، تابع احکام اجاره اشخاص است؛ اما بعضی از مصادیق مقاطعه‌کاری، دارای ویژگی‌هایی است که این قرارداد را به بیع نزدیک می‌کند. بیع، عقدی است برای انتقال مالکیت اعیان، ولی انتقال منافع در برابر عوض، به وسیله عقد اجاره صورت می‌گیرد. زمانی که منافع منتقل‌شده نیروی کار انسان باشد، عقد مربوط، اجاره اشخاص است. این نخستین معیار جدایی بین بیع و مقاطعه‌کاری است، اما در پاره‌ای از موارد این معیار کافی نیست. قراردادهایی که در آن مقاطعه‌کار علاوه بر تعهد به انجام کار، به ارائه مواد و مصالح نیز می‌پردازد با بیع مشتبه می‌گردد. برای تمیز دو قرارداد به معیارهای دیگری نیاز است. در این زمینه نظرهایی مطرح شده: بعضی گفته‌اند اگر مواد توسط سازنده تهیه شود در هر حال قرارداد بیع است و بعضی دیگر عقد مرکب را پذیرفته‌اند. گروهی هم همواره قرارداد را مقاطعه‌کاری دانسته یا پیشنهاد کرده‌اند براساس هدف مشتری از قرارداد آن را طبقه‌بندی کنیم. معیار دیگر، توجه به ارزش اقتصادی کار یا مواد یا توجه به تعهد اصلی است. در نهایت هر یک از نظریات کاستی‌هایی دارد که در این زمینه باید نخست در پی تحلیل قصد طرفین بود. اگر قصد ایجاد دو عقد جداگانه یا یک عقد و شرط ضمن آن وجود داشته باشد باید براساس آن به توصیف قرارداد اقدام کرد؛ اما اگر قصد طرفین چنین نباشد یا نتوان یک تعهد را به عنوان تعهد اصلی یا اثر عقد برتری داد، دسته‌بندی قرارداد به عنوان یک عقد نامعین منطقی به نظر می‌رسد.

کلید واژه‌ها: مقاطعه‌کاری، بیع، قرارداد ساخت، اجاره اشخاص



۱- مقدمه

مقاطععه‌کاری در قانون مدنی و مجموعه‌های قوانین ایران تعریف نشده است؛ اما نویسندگان، ماهیت حقوقی این قرارداد را اجاره اشخاص و مشمول ماده ۵۱۳ قانون مدنی می‌دانند [۱، ص ۵۵۷ به بعد]. در حقوق فرانسه نیز مطابق ماده ۱۷۷۹ قانون مدنی این کشور [۲]، مقاطعه‌کاری یکی از انواع اجاره اشخاص است، اما در قانون تعهدات سوئیس مقاطعه‌کاری دارای عنوانی مستقل و بعد از اجاره اشخاص و قرارداد کار ذکر شده است (مواد ۳۶۳ تا ۳۷۹) [۳]. در قانون موجبات و عقود لبنان (بند ۲ ماده ۶۲۴) و در قانون مدنی مصر (ماده ۶۴۶) مقاطعه‌کاری، عنوانی مستقل است که تحت عنوان «مقاله» به آن پرداخته‌اند و در تقسیم‌بندی این قوانین بعد از اجاره اشخاص قرار گرفته است.

«مقاطععه» در لغت به معنای تعیین قطعی بها است. قراردادهای مقاطعه‌کاری که با اشخاص حقوق عمومی و مؤسسات دولتی بسته می‌شود «پیمانکاری» نامیده می‌شود. این قراردادها علاوه بر الزامات حقوق عمومی، از نظر ماهیت و آثار، تابع قواعد مقاطعه‌کاری است. در عرف گاه برای این معامله از واژه «کنترات» استفاده می‌شود که بخشی از عنوان این قرارداد در حقوق فرانسه است. در حقوق فرانسه عنوان «*contrat d, enterprise*» و در انگلیسی واژه «*contract*» برای اشاره به این قرارداد به کار می‌رود.

در مجموع در تعریف حقوقی مقاطعه‌کاری می‌توان گفت: مقاطعه‌کاری، تعهد یک شخص به انجام کار به طور مستقل برای شخصی دیگر در برابر عوض معین است. در این تعریف، قید استقلال، قراردادهای کار را که تحت تبعیت انجام می‌شود خارج می‌کند. در حقوق ایران، ماهیت حقوقی که به موجب این قرارداد انشا می‌شود، در قالب اجاره اشخاص قرار می‌گیرد، به ویژه با عنایت به ماده ۵۱۳ قانون مدنی و مبنایی که در حقوق فرانسه به آن اشاره شد. با وجود این، در بررسی انواع قراردادهای مقاطعه‌کاری، گاه با مصادیقی روبه‌رو می‌شویم که بهتر است آن موارد بخصوص راعقدی نامعین یا مخلوطی از چند عقد بدانیم. به هر روی، در حقوق ایران و کشورهای دیگر که بدانها اشاره شد، قرارداد مقاطعه‌کاری، قراردادی است که در قالب اجاره اشخاص یا قالبی نزدیک به آن قرار گرفته و عنوانی مستقل از بیع است. با این حال در برخی از فرضها، مانند فرضی که مقاطعه‌کار علاوه بر تعهد به انجام کار به ارائه مواد و محصولات نیز بپردازد، این دو عنوان مستقل با یکدیگر مشتبه می‌گردد. اجاره، عقدی است که به موجب آن، منفعت معینی در برابر عوض به طرف مقابل تملیک می‌گردد (ماده ۴۶۶ ق م). این عقد از نظر موضوع خود به سه صنف اجاره اشیا، اجاره حیوان و اجاره اشخاص تقسیم

می‌گردد. موضوع اجاره اشیا، منفعت اشیا و موضوع اجاره اشخاص، عمل است. تفاوت اجاره اشخاص و اشیا در ماهیت حقوقی نیست، بلکه از نظر آثار حقوقی است. برای مثال در اجاره اشیا، مستأجر ضامن عین مستأجره نیست، اما در اجاره اشخاص اجیر ضامن اتلاف مؤدی است که به او سپرده شده است. در اجاره اشیا، موجر تکالیفی همچون تسلیم مورد اجاره، انجام تعمیرات، و خودداری از تغییر منافع و مستأجر نیز مکلف است اجاره بها را به موقع پرداخت کند، از تعدی و تفریط خودداری بورزد و به موقع عین را تخلیه کند. در اجاره اشخاص، تکالیف اجیر عبارت است از: اجرای کار، تسلیم موضوع کار، و نگهداری و حفظ مؤاد و اعیان سپرده شده، و تکالیف صاحبکار، قبض کالا، پذیرش کار و پرداخت اجرت است. تمایز بین مقاطعه و بیع از این جهت مهم است که احکام و آثار هر یک از این دو عقد متفاوت است. برای مثال، بیع عقدی آنی و مقاطعه عقدی مستمر است. در عقود مستمر اگر موضوع عقد در اثنای مدت از بین برود موجب بطلان عقد نسبت به زمان آینده است، اما در عقود آنی چنین نیست. تعهدات هر یک از بایع و مقاطعه کار نیز با یکدیگر متفاوت است و قواعد حاکم بر این دو قرارداد نیز تمایزهایی دارد که به برخی از آنها اشاره می‌گردد. گاه قرارداد مقاطعه‌کاری علاوه بر بیع، آثار عقود چون ودیعه، وکالت، جعاله، مضاربه و شرکت را نیز در بر دارد. بیان تمایز مقاطعه‌کاری با این عقود نیازمند مقاله‌ای دیگر است. در این مقاله پس از طرح مسأله و بیان کانون اختلاف به بیان معیارهای جدایی دو عقد و دیدگاههای مطرح شده در مورد آن می‌پردازیم و سرانجام به برخی از آثار تمیز اشاره می‌گردد.

۲- طرح مسأله و بیان کانون اختلاف

بیع، عقدی است که اثر حقوقی آن انتقال مالکیت اعیان است، بنابراین، موضوع عقد بیع «عین» است، زیرا موضوع هر عقد، موضوع ماهیت انشا شده‌ای است که اثر حقوقی عقد در آن محقق می‌گردد؛ اما موضوع عقد مقاطعه‌کاری «عمل» است و اثر عقد، پیدایش تعهد و تکلیف قانونی به انجام عمل است. بنابراین، نمی‌توان عقدی را که هدف اصلی آن انتقال منافع باشد بیع نامید.

فقط، دلیل عدم جواز انتقال منافع و اعمال را به وسیله عقد بیع، آن می‌دانند که تبادر عرفی، حقیقت بیع را انتقال عین می‌داند، نه انتقال منافع. زمانی که این واژه به کار می‌رود نقل منافع به ذهن عقلا متبادر نمی‌گردد، بلکه تبادر برخلاف آن است، بنابراین، ادله امضای بیع، شامل



تملیک منافع نمی‌گردد و نمی‌توان با استفاده از این قالب منافع را واگذار کرد [۴، ج ۱، ص ۳۹، ج ۲، ص ۱۰، ۶، ج ۶، صص ۱۲-۱۰].

با وجود این، امام خمینی به این مطلب اشکال می‌کند و معتقد است نمی‌توان برای مردود دانستن بیع منافع، به تبادل استناد کرد؛ زیرا چنین تبداری وجود ندارد و تبداری که ناشی از غلبه باشد مفید نیست. از سوی دیگر، مواردی را می‌توان یافت که عقلاً به فروش منافع اقدام می‌کنند. مثلاً کشاورزان، حفر جدولها و شیارها را می‌فروشند یا مستأجران، سرقتی را واگذار می‌کنند، بنابراین، واگذاری منافع و حقوق، از نظر عرف می‌تواند به عنوان بیع توصیف گردد [۷، ج ۱، صص ۱۶-۱۴].

در نقد این نظر، شاید بتوان گفت از نظر عرف میان بیع منافع و بیع حقوق تمایز است. عقلاً، «انتقال مالکیت حقوق»، مانند حق کسب و پیشه و سرقتی و حق بهره برداری و حق اختراع و مانند آن را به وسیله عقد بیع جایز می‌دانند، اما «انتقال منافع» و «تعهد به انجام عمل در ذمه» را بیع نمی‌شمرند. البته دیده شده که برخی از فقهای امامیه، لفظ بیع را برای انتقال منافع به کار برده‌اند [۸، ج ۲۷، ص ۲۵، ۹، ج ۵، ص ۹]. برای مثال در ایجاب اجاره گفته‌اند می‌توان از لفظ بیع استفاده کرد و گفت: «بعثک منفعه الدار سنه» و در برخی از روایات «بیع خدمت عبد مدبر» و «بیع سکناى دار» جایز شمرده شده است. مثلاً در روایت اسحاق بن عمار آمده است که راوی در مورد فروش منزلی که شخص و پدرانش در آن سکونت داشته، اما مالک آن نبوده‌اند سؤال می‌کند و امام(ع) این نوع بیع را مردود می‌شمرند و می‌فرمایند: «ما أحب أن یبیع ما لیس له»، سپس راوی در مورد واگذاری سکناى منزل می‌پرسد و امام(ع) این واگذاری را مورد تأیید قرار می‌دهد: قلت: فیبیع سکناها أو مکانها فی‌یده. فیقول: أیبع سکناى و تکنون فی یدک کما هی فی یدی. قال (ع): نعم فیبیعها علی هذا روایت حسن بن محمد بن سماعه عن علی بن رئاب و عبدالله بن جبلة عن اسحاق بن عمار [۱۰، ج ۱۲، ص ۲۵۰، ۱۱، ج ۳، ص ۷۲]. با وجود این، گروهی دیگر از جمله مرحوم شیخ انصاری پاسخ داده‌اند که استعمال لفظ بیع در این روایات، مسامحه در تعبیر است. همان گونه که لفظ اجاره که برای انتقال منافع وضع شده عرفاً برای نقل برخی از اعیان مانند ثمره بر درخت استعمال شده‌است، در اینجا نیز لفظ بیع در معنای اصلی خود یعنی واگذاری اعیان به کار نرفته است [۶، ج ۶، صص ۱۲-۱۰، ۳۷۰].

در فقه، در باب اجاره اشیا و اعمال، فرضی مطرح شده است که عقد اجاره، متضمن نقل اعیان خارجی است. نمونه‌های بارز این وضعیت، اجاره مرضعه برای شیر، اجاره درخت

برای ثمره و چاه برای آب یا گوسفند برای شیر است که در این مثالها در عقد اجاره، به جای منافع، اعیان خارجی منتقل می‌گردد. در این فرض، این اشکال مطرح است که عقد اجاره برای تملیک منفعت ساخته شده و نمی‌تواند اعیان خارجی را منتقل کند و انتقال اعیان خارجی به وسیله بیع امکانپذیر است. اما، به این اشکال پاسخ داده‌اند که منافع در عقد اجاره می‌تواند عین خارجی باشد، چون ملاک در آنکه چیزی را منفعت محسوب کنند، عرف است و عرف این اعیان را منفعت می‌داند. بنابراین، گرچه انتقال این اعیان با عقد بیع به دلیل نامعلوم بودن مقدار و کیفیت آن نادرست است، اما انتقال آنها با عقد اجاره صحیح است [۹، ج ۵، صص ۱۰۷-۱۰۵].

با وجود این، مرحوم خویی این عقیده را که شیر و ثمره درخت و آب چاه عرفاً منفعت محسوب گردد نمی‌پذیرد و به شکل دیگری به پاسخ اشکال می‌پردازد. وی بر این عقیده اصرار می‌ورزد که آنچه مستقیماً در این عقود منتقل گردیده اعیان خارجی نیست، بلکه استعدادها و قابلیت‌های اشیا و اشخاص است که موضوع عقد اجاره قرار گرفته‌اند، مانند استعداد شیردهی مرضعه، استعداد ثمردهی درخت و قابلیت آب دهی چاه، اما این حیثیتها زمانی که از حالت قوه به فعالیت در می‌آیند، عینهای خارجی به وجود می‌آورند که مملوک تبعی در عقد اجاره است، پس در عقد اجاره، مستقیماً مالکیت منافع انشا شده است، نه اعیان خارجی. ملکیت اعیان خارجی، ملکیت تبعی است و چون اعیان، تابع ملکیت منفعت هستند نمی‌توان گفت اعیان خارجی از نظر عرف عین محسوب می‌گردند؛ زیرا منفعت دارای دو معنا است: یکی در مقابل «خسران» به معنای آنچه در تجارت به دست می‌آید که در این معنا، اعیان خارجی، منفعت عرفی است؛ اما منفعت، معنای دیگری هم دارد که در برابر «عین» قرار دارد و روشن است که در این معنا نمی‌توان اعیان خارجی را منفعت نامید. البته منفعت در معنای دوم شامل اعمال و عوارضی همچون ساکن بودن و سوار بودن نیز می‌گردد [۱۲، ج ۱، صص ۳۵۹، ۳۶۰، ۳۷۰، ۵، ج ۲، صص ۳۰-۲۹].

در حقوق فرانسه نیز سخن از انتقال برخی از اموال غیرعادی مانند حق جذب مشتری، اعتبار، پروانه اختراع و ابتکار و حق مؤلف به وسیله عقد بیع به میان آمده است. بعضی از اقتصاد دانان، این موارد را «بیع خدمات» نامیده‌اند؛ اما حقوقدانان، این نامگذاری را مورد تأیید قرار نمی‌دهند؛ زیرا در حقوق فرانسه، عقد بیع نمی‌تواند برای خرید و فروش خدمت به کار رود. آنان این موارد را بیع (vente) نمی‌دانند، بلکه نوعی واگذاری (cession) قلمداد می‌کنند که یک عمل حقوقی دیگر است [۱۳، ص ۶۰].



برخی از نویسندگان اهل سنت نیز اجاره را «بیع منفعت» معنا کرده‌اند [۱۴، ج ۵، ص ۳۸۰۳]. «مجلة الاحکام» هم در تعریف اجاره از لفظ بیع استفاده کرده است: «بیع المنفعة المعلومه بعوض معلوم». همچنین ماده ۶۱۱ قانون مدنی آلمان قرارداد خدمات را با لفظ «بیع خدمات» تعبیر کرده؛ اما با این حال با توجه به مطالب گذشته، این اطلاقات قابل انتقاد است.

بنابراین، از نظر عرف و در اصطلاح حقوقدانان و فقها، عقد بیع و عقد اجاره و یا مقاطعه‌کاری از یکدیگر متمایز است و نمی‌توان یکی از این ساختارهای حقوقی را به جای دیگری به کاربرد. عقد بیع برای انتقال اعیان است و اجاره یا مقاطعه‌کاری برای انتقال منافع است.

با توجه به آنچه بیان شد، نخست به نظر می‌رسد تمیز میان قرارداد بیع و مقاطعه‌کاری با توجه به موضوع هر عقد آسان است، اما این تصور اولیه با مطالعات بیشتر از بین می‌رود. موارد فراوانی وجود دارد که حقوقدانان در انتساب قرارداد به مقاطعه‌کاری یا بیع دچار اشکال شده‌اند. برای نمونه می‌توان به این مصادیق اشاره کرد: حالتی که شخص صنعتگر، تعهد به ساخت چیزی برای دیگری می‌کند و مواد کار را نیز فراهم می‌کند، مانند نجاری که به سفارش کسی اقدام به ساخت کتابخانه یا صندلی و قفسه می‌کند، قالی بافی که در استخدام دیگری قرار می‌گیرد اما پشم و نخ را خود تهیه می‌کند، کارخانه‌ای که به سفارش مشتری اقدام به ساخت اتومبیل و کشتی و هواپیما می‌کند، مقاطعه‌کاری که متعهد ساخت خانه برای صاحبکار می‌شود اما مصالح و تجهیزات را خود فراهم می‌آورد، یا هنرمند نقاش یا مجسمه‌سازی که در استخدام قرار می‌گیرد تا به ارائه هنر بپردازد اما مواد کار را شخصاً تهیه می‌کند. در مصادیقی از این قبیل، شناخت طبیعت قرارداد و اعمال قواعد بیع یا اجاره اشخاص، دشوار به نظر می‌رسد، زیرا از سویی، عقد، متضمن تبدیل ملکیت اعیان است و از سویی دیگر دربردارنده تعهد به انجام عمل.

بحث و تأمل برای یافتن معیار مناسب تمیز بین بیع و مقاطعه از دیرباز تا به امروز در حقوق مدنی مطرح بوده و نظریه‌های مختلفی در این باب ارائه گردیده که برخی از نظرها به تاریخ پیوسته‌اند و برخی همچنان مطرح هستند.

پیش از بیان معیارهای تمیز بیع و مقاطعه‌کاری به سه فرض در حقوق خارجی که مناقشه در مورد آن پایان یافته و ملحق به یکی از دو عقد گردیده اشاره می‌گردد:

۱. اگر مواد و مصالح لازم کار به وسیله صاحبکار فراهم گردد و در اختیار سازنده قرارگیرد، بدون

تردید قرارداد بیع نیست، چون مقاطعه‌کار فقط کار را انجام می‌دهد و اقدام به انتقال عین نمی‌کند.

۲. وقتی موضوع قرارداد تعمیر یک شیء متعلق به صاحبکار باشد نیز مقاطعه از بیع متمایز می گردد و بدون تردید قرارداد تابع قواعد مقاطعه کاری است، البته در صورتی که اعمال انجام شده به شکلی باشد که واژه تعمیر در مورد آن صدق کند.

۳. هرگاه موضوع قرارداد، ساخت بنایی بر روی زمین متعلق به صاحبکار باشد قرارداد بی گمان مقاطعه کاری است، اما تردید، زمانی رخ خواهد داد که مواد و مصالح توسط مقاطعه کار تهیه گردد، مثل اینکه ساخت ساختمانی از قرار هر متر صد و پنجاه هزار تومان به مقاطعه کاری سپرده شود. در حقوق فرانسه، این قرارداد را اجاره کار می دانند و حقوقدانان دو دلیل برای این تلقی خود ذکر کرده اند:

اول اینکه به موجب قوانین این کشور، موادی که مقاطعه کار تهیه و به تدریج در ملک متعلق به صاحبکار نصب می کند، خودبه خود به تبع زمین و بدون آنکه به قرارداد بیع نیاز باشد، به ملکیت صاحب زمین در می آید (عقیده پلانیول و ریبر، کولن و کاپیتان، مازو و دوژگلار، مالینو و بوبلی (۱۹۸۰) [ص ۵، ش ۱۷]. دوم اینکه وقتی مستأجر هم مواد را تهیه می کند و هم به ارائه کار می پردازد، تعهد اصلی، تعهد انجام کار است و این تعهد از نظر اقتصادی نسبت به تهیه مواد اولیه ترجیح دارد (عقیده وینه، مالینو و بوبلی و آرای مدنی مورخ ۱۸ اکتبر ۱۹۱۱، ۲۷ ژانویه ۱۹۵۹، ۱۰ ژوئن ۱۹۶۳، ۱۷ اکتبر ۱۹۷۳، ۲۳ آوریل ۱۹۷۴) [ص ۵].

در حقوق ایران، به راحتی نمی توان در فرضی که مصالح توسط مقاطعه کار تهیه می گردد، خصوصاً زمانی که ارزش زمین بسیار کمتر از مصالح به کار رفته باشد و مصالح، قیمتی بیش از کار داشته باشد رفع تردید کرد. این موضوع در جای خود مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳- معیارهای تمیز

در باب چگونگی تشخیص ماهیت حقوقی قراردادی که مشتبه بین بیع و مقاطعه کاری است، پنج نظریه مطرح شده که به بررسی آنها می پردازیم:

۳-۱- توجه به طرفی که مواد را ارائه می کند

نخستین معیار جدایی مقاطعه کاری از بیع که به رومیان قدیم نسبت داده شده و مورد پذیرش دسته ای از نویسندگان قرار گرفته و آرای قدیم محاکم نیز بر آن بوده، توجه به طرفی است که مواد را تهیه می کند. آنان معتقدند اگر مواد کار به وسیله سازنده تهیه شود قرارداد همواره بیع خواهد بود و در غیر این صورت، قرارداد اجاره است (عقیده لوران، ژیلمون، ریبر و بولانژه، بودری و لاکانتی و



وال، پلانیول، و نیز یک رأی قدیمی در مورد قرارداد ساخت کشتی) [۱۵، ش ۱۸، ص ۵] در حقوق فرانسه و کشورهای پیرو آن، این قرارداد را نوعی از «بیع اشیای آینده» تحت عنوان «بیع اشیای در حال ساخت» به شمار آورده اند.^۱

لیل پیروان این نظریه در حقوق فرانسه، مفهوم مخالف ماده ۱۷۱۱ قانون مدنی این کشور است که مقرر می‌دارد: «عقد، مقاطعه است زمانی که مواد را صاحبکار فراهم می‌کند». این ماده حاکی از آن است که اگر مواد توسط صنعتگر تهیه شد، عقد مقاطعه نیست و بیع است. با وجود این، قانون مدنی فرانسه در این مورد، وضع روشنی ندارد و ماده ۱۷۸۷، ظاهری دیگر دارد. چون مطابق آن مقاطعه‌کار می‌تواند به فراهم کردن مواد و مصالح کار تعهد کند.

در حقوق ایران نیز این قرارداد می‌تواند قرارداد پیش فروش (بیع سلم) به حساب آید، البته در صورتی که مال فروخته شده مثلی باشد و ثمن معامله هنگام قرارداد، پرداخت گردد؛ ولی اگر ثمن هنگام عقد پرداخت نشود، موضوع از نظر اینکه آیا قرارداد نوعی بیع عهدی یا کلی در دمه باشد و یا عقد نامعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی، مورد بحث قرار می‌گیرد.

اگر مورد معامله آپارتمانی باشد که پیش فروش گردد، در حقوق ایران به دلیل آنکه آپارتمان از اموال قیمی است و مورد معامله هنگام عقد موجودیت ندارد، قابل انتقال به وسیله بیع نیست. در حقوق فرانسه نیز انتقال اموال غیرمنقول در حال ساخت، قواعد ویژه‌ای دارد که به موجب قانون ۲ ژانویه ۱۹۶۷ تحت عنوان «بیع املاک در حال ساخت» وضع شده است. این قرارداد گرچه در حقوق این کشور، بیع محسوب می‌شود، اما پاره‌ای از احکام مقاطعه را نیز دربردارد، از جمله ضمانتهایی که برعهده مقاطعه‌کاران ساختمانی در قانون این کشور گذاشته شده است. چنانچه قبلاً اشاره شد در حقوق فرانسه در مورد ساخت اموال غیرمنقول، اکثریت بر این باورند که گرچه مصالح به کار رفته و کار انجام شده از ارزش یکسانی برخوردار باشد، اما قرارداد، اجاره خدمات است، مگر آنکه مقاطعه‌کار در عین حال، مالک زمین نیز باشد که در این صورت، قرارداد همواره بیع خواهد بود. این بیع در صورتی که قبل از اتمام بنا صورت گیرد به دو نوع اصلی طبقه بندی می‌گردد:

۱. بیع وعده دار: در این نوع قرارداد مالکیت ساختمان هنگام اتمام ساخت خودبه‌خود و بدون آنکه نیاز به ایجاب جدیدی باشد به مشتری منتقل می‌شود (ماده ۱۶۰۱-۲ قانون مدنی فرانسه).

۲. در زمان عقد آنچه موجود است منتقل می‌شود و آنچه ساخته می‌شود به تدریج به ملکیت مشتری در می‌آید، مشتری نیز موظف است ثمن را به اقساط بپردازد و با پرداخت آخرین قسط، ملکیت تام به مشتری منتقل می‌شود. در نوع اول، بیع احتمالی است و مشتری باید ثمن را بپردازد، اما در نوع دوم، پرداخت ثمن منوط به تکمیل است. (ماده ۳-۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه) [۱۳، صص ۱۴۲-۱۴۱، ۶، ص ۲۳۱، ۱۵، ش ۳۳]. البته اگر پس از اتمام کار، قراردادی منعقد شود، قرارداد، بیع اموال غیرمنقول خواهد بود (رای دیوان عالی فرانسه ۱۳ نوامبر ۱۹۶۷ و ۷ مه ۱۹۷۱).

۳-۲- پذیرش عقدی مرکب از بیع و اجاره

بعضی از مؤلفین، در صورتی که مواد کار را مقاطعه‌کار تهیه کند عقد را ترکیبی از دو عقد بیع و اجاره خدمات دانسته‌اند؛ یعنی در یک قرارداد، دو عقد با یکدیگر جمع شده است. یا بدین صورت که این دو عقد، عقد نامعین جدیدی را به وجود آورده باشند یا آنکه بگوییم عقد نامعین از این ترکیب به وجود نمی‌آید، بلکه دو عقد معین در کنار هم یا یکی به عنوان اصل و دیگری به عنوان شرط ضمن عقد با یکدیگر قرین شده‌اند. معتقدان به این نظریه دو دسته اند:

۱. بعضی پیشنهاد کرده‌اند که نخست قواعد مقاطعه‌کاری اجرا گردد و پس از ساخت شیء و تحویل کار، قواعد بیع اجرا گردد؛ یعنی در ابتدا، قرارداد، مقاطعه‌کاری و سپس بیع است (نظریه اوبری ورو). در این صورت کالای ساخته شده به محض تمام شدن ساخت به ملکیت صاحبکار در می‌آید. بنابراین، اگر کسی آن را تلف کند در برابر صاحبکار ضامن است، نه صنعتگر، ولی اگر کسی کالا را تلف کند و قاعده تلف قبل از قبض را در اجاره نیز جاری بدانیم، در برابر صانع، ضامن است، زیرا صانع، در برابر صاحبکار ضامن است و احکام مقاطعه جاری است [۱۷، ص ۲۷].

۲. در مقابل، گروهی ابتدا قرارداد را بیع و سپس مقاطعه می‌دانند؛ یعنی ابتدا بیع کالای آینده صورت می‌گیرد و پس از آن، مقاطعه‌کار برای ساخت کالا اجیر می‌گردد (عقیده پلانیول و ریپر و رواست) [۱۳، ش ۷۴، صص ۶۲-۶۱، ۱۵].

این دیدگاه از چند نظر مورد انتقاد است:

۱. دو طرف قرارداد تنها یک عقد را به وجود آورده‌اند و یک قصد و انشا داشته‌اند و تفکیک این عقد به یک بیع و اجاره، برخلاف اراده متعاملین است و اگر منظور آن باشد که عقد، ابتدا مقاطعه است، اما پس از ساخت، طبیعت آن به بیع منقلب می‌گردد نیز از نظر حقوقی پذیرفته نیست، زیرا طبیعت عقد هنگام انعقاد آن معین می‌گردد و هیچگاه اجرای یک عقد نمی‌تواند باعث تغییر ماهیت آن گردد.



۲. گاهی ارزش مواد و مصالح به کار گرفته شده در برابر ارزش کار انجام گرفته بر روی مواد بسیار اندک است، مانند آنکه مجسمه‌سازی فلز مجسمه را تهیه کند یا مقاطعه‌کاری مقدار اندکی از مصالح را خود فراهم کند که در این موارد، صرف تهیه مواد نمی‌تواند عقد را از صفت مقاطعه‌کاری بودن به عقدی دیگر تبدیل یا با عقدی دیگر ترکیب کند. در مقابل، برخی اوقات ارزش مواد به کار رفته بسیار بیش از کار انجام شده است و یا کار اندکی بر روی مواد صورت گرفته است.

۳. اشکال دیگر این تقسیم بندی آن است که با این معیار سرانجام معلوم نیست در مواقع تردید باید قواعد بیع اجرا گردد و یا قواعد اجاره اشخاص؟

۴. همچنین در حقوق فرانسه این اشکال مطرح شده که این نظریه با مواد ۱۷۸۷ و ۱۷۸۸ قانون مدنی فرانسه که کار انجام شده بر روی شیء تهیه شده توسط کارگر را در چارچوب اجاره خدمات قرارداده، ناهماهنگ است، گرچه با مفهوم مخالف ماده ۱۷۱۱ سازگار به نظر می‌رسد [۱۵]. ماده ۱۷۸۷ مقرر کرده: «در موردی که کارگر مصالح را تأمین می‌کند، چنانچه شیء به هر ترتیب پیش از تحویل تلف گردد به عهده کارگر است، مگر آنکه کارفرما در تحویل گرفتن شیء ساخته‌شده تأخیر کرده باشد (این حکم در قوانین مدنی کشورهای تابع حقوق فرانسه نیز تکرار شده است).

۵. ایراد مهم دیگر این نظریه مربوط به پذیرش «عقود مختلط» یا «مرکب» است. بعضی از حقوقدانان فرانسوی، دسته‌ای از عقود را به عنوان عقود مختلط و یا مرکب معرفی کرده‌اند.^۱ مانند قرارداد چاپ کتاب که شامل چاپ کتاب، صحنای و انتشار است یا قرارداد اقامت در هتل که شامل اجاره اتاق و لوازم مربوط و خدمات هتلداری مانند تهیه صبحانه و ودیعه اشیاء و ارتباط تلفنی و امثال آن است. گروهی این عقود را نوعی عقد نامعین می‌دانند که دارای قواعد خاص خود است در مقابل، دسته‌ای آن را آمیزه‌ای از عقود معین می‌دانند و در هر مورد قواعد خاص هر عقد را جاری می‌دانند. (مازو، ریپر و بولانژ) (۱۸، ش ۷۶، ص ۱۱۶، ۱۹، ص ۱۴۴، ۲۱، ص ۱۲۵).

با وجود این، در اطلاق عنوان عقد مختلط به عنوان یک عقد واحد و مرکب از چند عقد برای مثالهای ذکر شده، تردید وجود دارد و گفته شده که چنین عقدی نمی‌تواند با مقررات کلی مربوط به قراردادها و تحلیل حقوقی در ساختار حقوق ایران و فرانسه سازگار باشد. به

1. contrat complexe, contrat melange

گفته دکتر شهیدی، عقود مانند تخم مرغ، شکر و آرد نیست که بتوان آنها را در هم آمیخت و از مخلوط کردن آنها چیزی جدید به وجود آورد [۱۸، ش ۷۶، ص ۱۱۶]. در این موارد، چند عقد با چند ماهیت جداگانه ایجاد می‌شود نه یک عقد مخلوط. البته در حقوق ایران می‌توان یکی از قراردادهای را که جنبه اصلی دارد به عنوان قرارداد اصلی و سایر موارد را به عنوان شروط ضمن عقد در نظر گرفت. مثلاً در قرارداد مربوط به هتل، عقد اصلی، اجاره مسکن است و ارائه خدمات و ودیعه و...، شروط ضمن عقد تلقی می‌گردد.

دکتر کاتوزیان با استناد به نظر دموگ، و پلانیول و ریپر با نظر فوق مخالف است [۲۰، ج ۸، ش ۵۴-۵۵]. ایشان، در مورد این عقود، دو حالت متفاوت فرض می‌کند: حالت اول، آن است که متعاقبین قصد عقد مستقلی داشته باشند که در این صورت، عقد مختلط را می‌پذیرد و معتقد است عقدی به وجود آمده که وجودی مستقل از اجزا دارد و آن را یا حواله که مخلوطی از انتقال دین و طلب است و یا مضاربه که مخلوطی از شرکت و جعاله و اجاره است، متناظر می‌نماید. در چنین حالتی، قواعد اختصاصی هر کدام از عقود جزء اجرا نمی‌شود، بلکه قواعد عمومی معاملات به عنوان احکام عقد نامعین اجرا می‌گردند. حالت دوم، زمانی است که متعاقبین با یک انشا، قصد ایجاد چند عقد داشته باشند؛ مانند زمانی که ایجاب کننده بگوید: «خانه‌ام را فروختم و ماشینم را اجاره دادم و خودم هم مکلف به راندن آن هستم». در اینجا، قواعد هر عقد معین در جای خود اجرا می‌شود و اگر یکی از قراردادهای جنبه برتری داشت و تعهد اصلی محسوب شد باید آن را برتری داد، مانند بهره‌برداری از خدمات شرکت تلفن و رانندگی خودرو که در آن، اجاره خدمات بر اجاره اشیا برتری دارد.

در نقد این تحلیلها به نظر می‌رسد این قراردادهای را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول، قراردادهایی که در آنها قرائنی دال بر قصد دو عقد بیع و اجاره وجود داشته باشد. مثلاً در ضمن قرارداد، طرفین، مقدار و کیفیت مواد را دقیقاً تعیین و بهای مستقلی برای مواد تعیین کرده باشند. در چنین صورتی باید قرارداد را به دو عقد بیع و اجاره تحلیل کرد که هر یک قواعد اختصاص خود را خواهد داشت. برخی اوقات نیز از قرائن، قصد یک عقد واحد دیده می‌شود که نتیجه عقدی دیگر به صورت شرط ضمن عقد در آن گنجانده شده است. در این صورت نیز باید عقد را به عقد اصلی و شرط ضمن آن تحلیل کرد و شرط، ممکن است، شرط نتیجه یا شرط فعل باشد. نمونه این نوع قراردادهای بسیاری از پیمانکاری‌هایی است که در بازار ساختمان سازی رواج دارد. امروزه در بسیاری از قراردادهای مقاطعه‌کاری، نوع و



کیفیت مواد به نحو دقیق تعیین می‌گردد و مقدار موادی که باید در هر واحد به‌کار رود با استفاده از اصول مهندسی معلوم است، یا در قراردادهای تعمیر، تعمیرکاران بهای مواد به‌کار رفته را از اجرت جدا می‌کنند. در بعضی از قراردادها نیز مقاطعه‌کار به عنوان نماینده صاحبکار و به حساب او اقدام به خرید مواد، مصالح و تجهیزات مورد نیاز پس از کسب تأیید او می‌کند.

دسته دوم، قراردادهایی است که در آنها قرآنی برای نشان دادن قصد متعاملین نسبت به انشای دو عقد جداگانه یا یک عقد اصلی و تبعی موجود نباشد و دوطرف با قصد یک عنوان و یک بهاء، اقدام به معامله‌ای کرده باشند که هم مشتمل بر انتقال اعیان و هم انتقال منفعت یا ارائه کار باشد. در چنین حالتی، دو راه وجود دارد: یا این پیمان را به دو عقد مستقل با قواعد اختصاصی هر یک از عقود تحلیل کنیم یا آنکه آن را عقدی جداگانه و نامعین بدانیم. از این میان، راه دوم از لحاظ منطقی ارجح است؛ زیرا در این معامله، متعاملین عنوان جامعی را به نحو وحدت مطلوب قصد کرده‌اند که دارای آثار عقود مختلف است، به نحوی که نمی‌توان یکی را تابع و ضمن دیگری قرارداد.

زمانی که متعاملین یک عقد واحد و رایج در عرف تجاری را قصد کرده‌اند که دارای آثار متعددی است نمی‌توان آن عقد را به عقود متفاوت منحل کرد؛ همان گونه که فقها، ذیل قاعده فقهی «العقد ینحل الی عقود» گفته‌اند نمی‌توان یک عقد را به عقود متفاوت تحلیل کرد. مثلاً بیع را از آن جهت که مالکیت عین و منفعت را در پی دارد به دو عقد بیع و اجاره تحلیل کرد یا نمی‌توان مضاربه را به عقد ودیعه و شرکت و اجاره اعمال تقسیم کرد، اما می‌توان یک بیع را به چند عقد بیع تقسیم کرد [۲۲، صص ۹۷، ۱۰۲، ۲۳، ج ۳، ص ۱۲۷، ۲۴، ج ۱، صص ۵۱۲-۵۱۰]. شهید ثانی می‌گوید: «عقد القراض مرکب من عقود کثیره لان العامل مع صحه العقد و عدم ظهور ربیع، ودعی امین و مع ظهوره شریک و مع التعدی غاصب و فی تصرفه وکیل و مع فساد العقد، اجیر» [۲۵، ج ۱، ص ۲۸]. عقد مزارعه هم آمیزه‌ای از دو نوع عقد اجاره و شرکت است، از طرف مزارع، تملیک منفعت زمین است (اثر اجاره اشیا) و از طرف عامل، تملیک منافع شخص (اثر اجاره اعمال) و دوطرف در منافع شرکت دارند، اما با این حال، عقد مستقلی است و احکام خاصی دارد که خارج از این دو عقد است [۸، ص ۲ به بعد، ۱، ص ۱۴۹].

دلیل دیگر آن است که معاملات منحصر در عناوین ذکر شده در شرع و قانون نیست و بنابراین اگر بتوان معامله‌ای را شناسایی کرد که در میان عقلا رواج دارد و در آن با عنوانی مستقل و به نحو وحدت مطلوب نتیجه چند عقد، همراه با پاره‌ای از قواعد ویژه مورد توافق قرار می‌گیرد، مادام که این عقد منافاتی با قواعد عمومی معاملات نداشته باشد، مانعی بر تأیید این عقد از نظر شرع و قانون وجود ندارد [۲۶، ص ۱۱۰]. برای نمونه، برخی از انواع

پیمانکاری چنان قواعد پیچیده‌ای یافته که نمی‌توان آنها به یکی از عقود معین منسوب کرد. بنابراین، در هر مورد باید توافق انجام شده را دقیقاً مورد بررسی قرارداد و با توجه به شواهد و قرائن، طبیعت عقد را مشخص ساخت.

در فقه امامیه، همین بحث ضمن بعضی از انواع اجاره مطرح شده و برخی از بزرگان در این خصوص به اظهارنظر پرداخته‌اند. مصادیق مورد توجه فقها، مواردی مانند اجاره حمام، اجیر شدن حامل برای رسانیدن آب، تلقیح حیوانات، اجیر شدن مرضعه برای شیر دادن طفل، اجاره حیوانات و درختان، رنگرزی، کتابت و خیاطت است که مشتمل بر تملیک بعضی از اعیان خارجی مانند آب و شیر و جوهر و نخ و دکمه و... است. در فقه امامیه، این تمایل وجود دارد که چنین عقودی را به یکی از اجزای آن و بیشتر به اجاره اشخاص منتسب سازند و به سایر جنبه‌ها وصف فرعی بدهند یا آنکه چنانچه اشاره شد تملیک اعیان را نوعی منفعت عرفی یا تابع آن قلمداد و ماهیت عقد را اجاره اشخاص معرفی کنند [۵، صص ۲۹-۳۱، ۱۲]. مرحوم شیخ محمد حسن مامقانی نیز در حاشیه مکاسب شیخ انصاری، ضمن بحث «مایحرم التکسب به» به این مطلب پرداخته است. ایشان از لحاظ نظری، مانعی در انحلال عقد به دو عقد جداگانه ندیده، اما در بررسی مصادیق، این نظریه را رد کرده و مآلاً، چنین عقودی را به یک عقد اجاره همراه با شرط ضمن عقد تحلیل کرده است [۲۷، ص ۲۲].

دقت در مصادیق یاد شده، درستی نظر فقها را درخصوص همین مصادیق به اثبات می‌رساند، اما چنانچه گفته شد از لحاظ نظری مانعی وجود ندارد که بعضی از انواع مشتبه قراردادهای پیمانکاری را که آمیزه‌ای از تعدادی از عقود، با آثاری ویژه باشد به عقد نامعین تحلیل کنیم.

۳-۳- همواره قرارداد، مقاطعه‌کاری محسوب گردد

نظریه دیگر که در حقوق فرانسه با توجه به مواد ۱۷۸۷ و ۱۷۸۸ قانون مدنی مطرح گردیده آن است که قرارداد، حتی در صورتی که مقاطعه‌کار مواد را فراهم کند، مقاطعه‌کاری است و مواد، فرع عمل است. اینکه کارفرما سرانجام مالک آنچه مقاطعه‌کار می‌سازد می‌گردد نتیجه ضروری اقدام مقاطعه‌کار به ساخت چیزی به حساب صاحبکار است و ایرادی ندارد که عقد مقاطعه‌کاری که وارد بر عمل می‌شود به طور فرعی، نتیجه تملیک اعیان نیز داشته باشد. پس تملیک اعیان، مقاطعه‌کاری را از وصف مقاطعه به بیع تغییر نمی‌دهد. اجاره اشخاص می‌تواند



علاوه بر تعهد به عمل، دربردارنده تملیک نیز باشد [۱۷، ص ۲۴، ۱۳، صص ۶۲-۶۱] و این فرایند حاصل قاعده قدیمی «الفرع یتبع الاصل» است.

۳-۴- توجه به قصد متعاملین

معیار دیگری که برای تمیز مقاطعه و بیع مطرح شده توجه به قصد متعاملین است. اگر قصد مشتری فقط دریافت نتیجه کار باشد، قرارداد بیع است، اما اگر مشتری از سازنده بخواهد تا براساس علاقه و سلیقه او کاری را به انجام برساند قرارداد مقاطعه است. بنابراین، در مورد سفارش محصولات که به طور سری ساخته می‌شوند، قرارداد بیع است، اما در محصولاتی که به سفارش و به نحو اختصاصی و تحت میل و سلیقه مشتری تهیه می‌گردند، قرارداد تبدیل به مقاطعه می‌گردد [۱۵، ش ۲۰، ص ۲۰].

این معیار، با همان نگاه نخست، کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا مشخص نمی‌کند در چه زمانی می‌توان گفت قصد مشتری دریافت اثر و یا کار است.

۳-۵- معیار اقتصادی

این معیار توسط دیوان تمیز فرانسسه مطرح شده و مبنای آن، توجه به ارزش اقتصادی مواد و کار است. اگر ارزش موادی که صنعتگر تهیه می‌کند بیش از ارزش کار انجام شده بر روی مواد باشد، قرارداد بیع خواهد بود، ولی اگر ارزش کار بیش از مواد اولیه باشد، قرارداد مقاطعه محسوب می‌گردد. مانند آنکه یک نقاش، رنگ و بوم کار خود را شخصاً تهیه کند یا خیاط، نخ و دکمه لباس را از مال خود بگذارد. در محاکم فرانسسه، آرای متعددی این نظر را تأیید کرده است (آرای دیوان عالی فرانسه اول اوت ۱۹۵۰، دادگاه تجارت ۲ ژانویه ۱۹۶۸، ۲۳ اکتبر ۱۹۷۳، ۷ ژوئیه ۱۹۷۲، دادگاه نانسی ۳۰ اوت ۱۹۷۹) [۵، ش ۲۶، ص ۵].

این معیار را می‌توان به این نحو اصلاح کرد که ارزش اقتصادی کار یا مواد، نشانگر هدف اصلی در قرارداد است و بنابراین می‌توان گفت باید به «تعهد اصلی و عمده» قرارداد توجه کرد. اگر قسمت عمده تعهد طرحی که کالا را تهیه می‌کند، ارائه عمل باشد، قرارداد، مقاطعه است، ولی اگر تعهد اصلی، ناظر بر عمل نباشد، قرارداد، بیع محسوب می‌شود. این معیار در اصل سوم کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین به عنوان یکی از معیارهای اساسی مطرح گردیده است. متن این اصل چنین است:

۱) قراردادهای منعقد به منظور تهیه و تدارک کالایی که باید ساخته یا تولید شوند بیع محسوب می‌شوند، مگر اینکه سفارش دهنده تعهد کند قسمت عمده مواد لازم برای ساخت یا تولید آن کالاها را تهیه کند. ۲) این کنوانسیون در مورد قراردادهایی که در آنها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر بر ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد اعمال نمی‌شود» [۲۸، صص ۸۴-۸۳]. شایان ذکر است این کنوانسیون در ۶ زبان اصلی معتبر است و در نسخه عربی آن عبارت: «عقد توريد» آمده است (تعتبر بیوعاً عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع او انتاجها ...).

همچنین در آرای محاکم مصر و لبنان، نمونه‌هایی از اعمال این معیار وجود دارد و حقوقدانان عرب نیز این معیار را مورد پذیرش قرار داده‌اند (آرای دادگاه تمیز لبنان مورخ ۱۹۶۲/۹/۲۹، ۲۹، ۱۱، ۱۹۶۷) [۱۶، صص ۶۳-۶۱، ۹۴-۹۳، ۱۷، ج ۴، صص ۳۱-۳۰]. ایشان، عقودی مانند سفارش ساخت خودرو، کشتی، هواپیما و اسلحه را عقد بیع اشیای آینده توصیف کرده‌اند و دکتر ناصر کاتوزیان، این نوع بیع را بیع عهدی توصیف می‌کند [۱، صص ۱۷-۱۸].

این نظریه در ماده ۶۵۸/۲ قانون موجبات و عقود لبنان نیز مورد متابعت قرار گرفته که چنین مقرر کرده است: «... اذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الاصلی فی العقد و لم یکن العمل الا فرعاً كان هناك بیع لا استصناع».

اگرچه توجه به تعهد اصلی و هدف اصلی قرارداد در بیشتر موارد در تمیز طبیعت حقوقی قرارداد سودمند است، اما نارسایی این نظریه زمانی بروز می‌کند که نتوان تعهد غالب را تشخیص داد و یا هر دو تعهد به یک اندازه از اهمیت برخوردار باشند. همین اشکال به تقریر نخست این نظریه هم وارد است. زمانی که مصالح به کار رفته و کار از ارزش یکسانی برخوردار باشند، نمی‌توان عقد را به یکی از دو سمت گرایش داد. بعضی در چنین فرضی «عقد مخلوط» را مطرح ساخته‌اند که ترکیبی از بیع و مقاطعه است. حال عده‌ای این عقد را ترکیب دو عقد می‌دانند که در یکدیگر مزج نشده و هر یک، قواعد اختصاصی خود را دارد و بعضی، مانند نظریه قبل، آن را عقد مرکب می‌دانند [۱۷، صص ۲۴، ۲۵، ۲۷، ۱۶، صص ۶۳]. بیشتر نویسندگانی که در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند، عقیده اول را پذیرفته‌اند.

تعدادی از مصادیق مشتبه را می‌توان در قراردادهای خدمات بعد از فروش، تعمیر و نگهداری، آبرسانی، سرویس غذای کارکنان و تامین مواد اولیه ملاحظه کرد.



در بررسی معیارهای ارائه‌شده روشن شد که اگر بتوان قصد و هدف اصلی طرفین از معامله را تشخیص داد باید عقد اصلی را برپایه همان قصد توصیف کرد و به سایر جنبه‌های قرارداد جنبه فرعی و تبعی داد و شایسته نیست یک عقد را به دو عقد جداگانه بیع و مقاطعه‌کاری یا یک عقد مرکب از این دو عقد تحلیل کرد. اگر شناخت تعهد اصلی در قرارداد دشوار باشد یا آنکه اهمیت دو تعهد یا دو اثر عقد همسنگ باشد، در این صورت باید پیمان را به یکی از عقود نامعین تحلیل کرد و معیارهای دیگر مانند آنکه همواره قرارداد را مقاطعه‌کاری محسوب کنیم درست نیست؛ زیرا ممکن است عنصر کار در این قرارداد جنبه فرعی داشته باشد. همچنین معیاری که براساس هدف مشتری به طبقه‌بندی قرارداد پرداخت، ناکافی بود؛ زیرا باز تعهد اصلی را نادیده گرفته است. همچنین معیار اقتصادی نیز نمی‌توانست ممیز دو عقد باشد، زیرا گاه ارزش اقتصادی هر یک از کار یا اعیان چندان متفاوت نیست. اما تفاوت ارزش اقتصادی راهی برای نزدیک‌شدن به شناخت قصد اصلی طرفین است.

۴- برخی از فایده‌های تمیز بین بیع و مقاطعه‌کاری

شناخته شدن قرارداد به عنوان بیع یا مقاطعه‌کاری تأثیرات زیادی به دنبال خواهد داشت؛ زیرا موضوع، آثار، احکام و ضمانات این دو قرارداد با یکدیگر متفاوت است. با توجه به دامنه وسیع تفاوتها، بیان فواید تمیز، نیاز به تفصیل چندانی ندارد. در زیر به مهمترین فایده‌های تمیز اشاره می‌شود:

۱. تعدادی احکام خاص در بیع وجود دارد که در عقود دیگر نیست که برای نمونه می‌توان موارد زیر را برشمرد:

الف) مطابق قانون مدنی ایران برخی از انواع خیارات مانند خیار مجلس، خیار تأخیر ثمن و خیار حیوان، به بیع اختصاص دارد و در دیگر معاملات اجرا نمی‌شود. در خیار عیب نیز امکان دریافت ارزش توسط زیان‌دیده تنها به بیع اختصاص دارد، زیرا ارزش مبنای تعبدی دارد و در قراردادهای دیگر تنها حق فسخ پدید می‌آید.

ب) در عقد بیع، قاعده تلف قبل از قبض اجرا می‌شود و اگر این قاعده را یک قاعده استثنایی بدانیم نمی‌توان آن را به سایر عقود تعمیم داد. بنابراین در قراردادی مانند بیع یا مقاطعه‌کاری نمی‌توان با استناد به قاعده تلف قبل از قبض، عقد را فسخ کرد. هرچند در این قراردادها تلف موضوع باعث بطلان قرارداد به دلیل فقدان موضوع می‌گردد.

ج) عقد بیع، بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن می‌کند. «ضمان درک» در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی به‌عنوان «آثار بیع» بیان شده و تعمیم آن به عقد اجاره یا مقاطعه‌کاری در حالتی که اجرت، عین معین باشد محل تردید است.

د) قاعده «تلف در زمان خیار» تنها به بیع اختصاص دارد و در قرارداد مقاطعه‌کاری اجرا نمی‌شود. مطابق ماده ۴۵۳ قانون مدنی در عقد بیع اگر مبیع بعد از تسلیم در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد، تلف یا نقص بر عهده بایع است. حکم این ماده با عنایت به اینکه بر مبنای روایتی است که در آن تنها سخن از بیع رفته است، در دیگر عقود اجرا نمی‌شود.

هـ) بیع «کالی به کالی» یا «دین به دین» از نظر بیشتر فقها مشمول نهی پیامبر (ص) و باطل است [۲۹، ج ۵، ص ۲۳۲، ۳۰، ج ۴، ص ۴۵۷، ج ۵، صص ۲۸-۲۹، ۳۰، ج ۱۴، ص ۲۹۰] و بنابراین اگر قراردادهایی مانند قرارداد پیش‌فروش یا سفارش ساخت در قالب عقد بیع منعقد گردد، در صورتی که بها، مدت‌دار باشد عقد باطل است، لکن اگر این قراردادها بیع محسوب نشود، بلکه نوعی مقاطعه‌کاری به شمار آیند به واسطه مدت‌دار بودن بها، باطل نمی‌گردند. هر چند با دقت بیشتر در منابع فقهی معلوم می‌گردد روایات نهی پیامبر(ص) از بیع کالی به کالی از طرق معتبر امامیه وارد نشده است. آنچه در منابع شیعه ذکر شده نهی از بیع دین به دین است و منظور از این روایات آن است که ثمن معامله نباید پیش از انجام معامله دینی باشد که بایع بر عهده مشتری داشته است. با این حال، بسیاری از نویسندگان به پیروی از فقها، شرط قبض ثمن در مجلس عقد را از شرایط اساسی صحت بیع سلف می‌دانند. دلیل مهم برای این گروه، اصل چهارم قانون اساسی است که موازین اسلامی را بر همه قوانین حاکم کرده است و قانون مدنی است که در ماده ۳۶۴ از «بیعهایی که قبض در آن شرط صحت است» یاد و بیع صرف را به عنوان نمونه ذکر می‌کند [۲۵، ص ۴۵۳، ۳۲].

۲. مبیع و مئمن در عقد بیع باید کاملاً معین باشد، اما در اجاره، منفعت کاملاً معین نمی‌گردد. مانند استفاده از حمام که فقها گفته‌اند اگر بیع باشد باطل است ولی اگر اجاره باشد صحیح است؛ چون تعیین دقیق منافع در اجاره لازم نیست. در حقوق خارجی نیز تعیین دقیق ثمن در بیع لازم است اما در مقاطعه‌کاری لازم نیست [۱۵، ش ۲۳، ص ۵]. فقها لزوم معلوم کردن مورد معامله را در عقد بیع به روایت نهی پیامبر(ص) از بیع غرری مستند می‌سازند. بنابراین هنگام تردید در مشروع بودن انواع معلومیت به پژوهش لغوی در مفهوم غرر استناد



کرده‌اند؛ اما در سایر عقود شرط معلوم بودن مورد معامله امری عقلایی است. در قرارداد اجاره اشخاص و مقاطعه‌کاری، معلومیت اجمالی کافی است و بنابراین همین که برای تعهد یا بهای آن مبنای ثابتی در نظر گرفته شود قرارداد صحیح است. از این رو شناسایی قرارداد به عنوان مقاطعه‌کاری امکان بیشتری را برای استفاده از انواع روشهای امروزی تعیین مقدار تعهد یا بها فراهم می‌آورد. از این قبیل قراردادها می‌توان به قراردادهای پیمانکاری به بهای تمام شده همراه با درصد بالاسری^۱ یا قرارداد به قیمت تمام شده با محاسبه مواد و کار انجام شده اشاره کرد که در عرف روابط پیمانکاری معمول است.

مطابق قرارداد نمونه فیدیک (فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور) قیمت قرارداد باید شامل این موارد باشد: (۱) قیمت واقعی کالا و مصالح و خدمات، (۲) هزینه گارگر، (۳) سود درصدی مورد توافق (ماده ۵۹/۴ قرارداد نمونه فیدیک برای کارهای ساختمانی).

۳. اگر اجیر، مقداری از کار را انجام دهد و ادامه کار متعذر گردد، چنانچه تعهد او به قید حصول نتیجه نباشد، عقد اجاره نسبت به ما قبل صحیح است، اما نسبت به باقی مدت باطل می‌گردد؛ لکن اما در بیع، اگر مقداری از مبیع تسلیم نگردد خیار تبعض صفقه نسبت به همه بیع است. اگر هم عقد را عقد مختلط بدانیم و بگوییم ابتدا بیع و سپس اجاره است، کارهای انجام شده بر روی عین به تدریج در ملک مشتری وارد می‌شود و لذا اگر قبل از اتمام کار، کالا تلف شود، مشتری حقی نخواهد داشت؛ ولی اگر اجاره را مقدم بدانیم و بگوییم اجیر، پس از انجام کار، حاصل کار را به مشتری تملیک می‌کند، چنانچه کالا قبل از تسلیم تلف شود، تلف بیع قبل از قبض از مال بایع است و بنابراین، بایع، حقی نسبت به ثمن نخواهد داشت.

۴. در بیع، مشتری نسبت به مبیع حق عینی پیدا می‌کند، اما در اجاره اشخاص و مقاطعه‌کاری حق دینی ایجاد می‌شود. از آثار این تمایز آن است که اگر عقد را بیع بدانیم، کالاهایی که به دستور صاحبکار ساخته شده اما هنوز نزد صنعتگر باقی مانده در ملکیت صاحبکار است و نمی‌تواند به عنوان وثیقه طلب طلبکارانی که از سازنده، طلب دارند توقیف گردد، اما اگر قرارداد اجاره باشد، کالای ساخته شده هنوز در ملک سازنده است و می‌تواند به عنوان وثیقه توقیف شود [۱۵، ص ۵، ۱، ص ۲۷]. همچنین اگر حق عینی برای مشتری پدید آمده باشد سازنده، حق فروش کالا پس از ساخت را ندارد و معاملات معارض او باطل است. اثر دیگر آن است که اگر قرارداد بیع باشد منافع حاصل از موضوع معامله که تا زمان تحویل

1. cost-plus

سفارشها حاصل می‌شود از آن مشتقی است، اما اگر قرارداد مقاطعه‌کاری باشد، منافع و بهره‌برداری‌هایی که از موضوع مورد تعهد صورت می‌گیرد تا زمان تحویل آن به صاحبکار از آن متعهد است، مگر آنکه در قرارداد به نحو دیگری توافق شده باشد.

۵. ضمانات و جبران خسارات در بیع و مقاطعه‌کاری در حقوق کشورهای مختلف، متفاوت است؛ اما در اکثر نظامهای حقوقی برای هر یک از این قراردادهای نوع خاصی ضمان و جبران خسارت پیش‌بینی شده که از دیگری متمایز است. همچنین قرارداد بیمه در مقاطعه‌کاری با قرارداد بیمه در مورد بیع کالای ساخته شده متفاوت است.

۶. از نظر قواعد بیع بین‌المللی کالا، چنانچه قرارداد، بیع محسوب شود، تابع کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است، اما اگر قرارداد خدمت یا مقاطعه‌کاری محسوب شود، برای تعیین آثار قرارداد و شرایط آن نمی‌توان از این کنوانسیون استفاده کرد، بلکه باید به قواعد کلی مقاطعه‌کاری رجوع کرد. برای نمونه در مورد واگذاری مصنوعات آینده گفته شده که با عنایت به مواد کنوانسیون، این قرارداد بیع است، اما قرارداد تأمین غذا برای رستوران یا هتل و یا قرارداد تغذیه حیوانات بیع نیست [۳۴].

۷. در قوانین برخی از کشورها، فروش کالا هایی بخصوص، مانند اعضای بدن، به دلیل عدم مالیت یا مخالفت با نظم عمومی ممنوع شمرده شده است؛ اما واگذاری این قبیل موضوعات به عنوان خدمت یا اجاره خدمات جایز است. برای مثال در آمریکا قانون ملی پیوند اعضا ۱۹۸۹^۱ بیع اعضای انسان را ممنوع اعلام کرده و این سؤال مطرح شده که آیا انتقال خون یا بافت می‌تواند به جای بیع، نوعی قرارداد خدمت شمرده شده از شمول قانون خارج شود؟ در برخی از ایالات کوشیده‌اند با انکار مالیت خون یا با استناد به اینکه عنصر غالب در این قرارداد خدمت است، آن را نوعی واگذاری خدمت تلقی کنند [۳۳، ش ۷۵، ۳۴].

۸. اگر قرارداد، بیع محسوب شود با مرگ بائع پایان نمی‌پذیرد، اما در صورتی که قرارداد مقاطعه‌کاری یا اجاره اشخاص به شمار آید و در آن شخصیت مقاطعه‌کار عمده باشد (اجیر خاص) با مرگ مقاطعه‌کار پایان می‌یابد.

۹. اگر در قرارداد مقاطعه‌کاری، خدمت به دولت ارائه شود، تابع شرایط عمومی پیمان است، اما اگر بیع محسوب شود تابع قواعد ویژه دیگری است که در خریدهای دولت مراعات

1. National Organ Transplant Act 1989



می‌گردد. همچنین در قراردادهای پیمانکاری دولتی، آیین‌نامه تشخیص صلاحیت و رتبه‌بندی خدمات مشاوره ۱۳۶۸ باید رعایت شود.

۱۰. مشروعیت شرط کاهش اجرت در صورت تأخیر، در قرارداد مقاطعه‌کاری مورد پذیرش است، اما در قرارداد بیع از آنجا که چنین شرطی به لزوم معین بودن یا معلومیت مورد معامله خلل وارد می‌آورد، نمی‌توان آن را پذیرفت و موجب بطلان قرارداد است.

۱۱. تکالیف مقاطعه‌کار در قرارداد مقاطعه‌کاری با تکالیف بائع در عقد بیع متفاوت است.

۱۲. اگر قرارداد منعقدشده بیع باشد، مطابق ماده ۲۷۵ قانون مدنی، «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است» مگر اینکه عرف و عادت یا شرط دیگری وجود داشته باشد؛ اما اگر قرارداد مقاطعه‌کاری باشد، به نظر می‌رسد در حالت عادی، محل تسلیم موضوع کار، محل انجام تعهد باشد، نه محل قرارداد.

۵- نتیجه‌گیری

۱. در حقوق مدنی ایران اکثر قراردادهای مقاطعه‌کاری تحت عنوان اجاره اشخاص قرار می‌گیرد.

۲. تمایز بین قرارداد مقاطعه‌کاری و بیع از جهت آثار حقوقی که از هر یک از این دو قرارداد ناشی می‌شود اهمیت دارد.

۳. با توجه به دلایل حقوقی و منابع فقهی، نخستین معیار مهم تمایز میان بیع و مقاطعه‌کاری، توجه به موضوع عقد است. موضوع بیع عین است، اما موضوع مقاطعه‌کاری عمل است.

۴. در قراردادهای مقاطعه‌کاری اگر مصالح کار توسط صاحبکار فراهم گردد یا اگر قرارداد تعمیر یک شیء متعلق به صاحبکار باشد یا آنکه موضوع قرارداد، ساخت بنا بر روی زمین صاحبکار باشد و مصالح توسط صاحبکار فراهم گردد، بدون تردید باید قرارداد را مقاطعه‌کاری به شمار آورد.

۵. حقوقدانان برای تمیز میان دو قرارداد بیع و مقاطعه‌کاری در حالت‌های تردید (زمانی که مواد توسط مقاطعه‌کار فراهم گردد) چندین معیار را ذکر کرده‌اند که از این قرار است:
الف) قرارداد به عنوان بیع توصیف می‌گردد.

ب) قرارداد به عنوان یک عقد مرکب از بیع و اجاره اشخاص فرض می‌شود.

ج) همواره قرارداد به عنوان مقاطعه‌کاری محسوب می‌شود.

د) اگر محصول با سفارش و به نحو خاص، با لزوم رعایت دستورات مشتری در مورد نحوه و ویژگیهای کار باشد، قرارداد مقاطعه است، اما اگر محصول به صورت سری ساخته شود قرارداد بیع است.

ه) اگر ارزش اقتصادی کار از مواد بیشتر باشد قرارداد مقاطعه است و در غیر این صورت بیع است.

۶. به نظر می‌رسد در مصادیق مورد تردید نخست باید به تحلیل قصد طرفین پرداخت. گاه طرفین قصد ایجاد دو عقد جداگانه بیع و اجاره را دارند و گاه می‌خواهند یکی از دو عقد را به عنوان عقد اصلی و عقد دیگر را به عنوان شرط ضمن آن قرار دهند؛ یعنی می‌توان تعهدات طرفین را به تعهد اصلی و فرعی تقسیم کرد. در این صورت باید قرارداد را مطابق با همین قصد تحلیل کرد. اما در پاره‌ای از موارد قرائنی برای تحلیل قصد طرفین وجود ندارد و نمی‌توان عقد را به عنوان دو عقد جداگانه یا عقد اصلی و تبعی توصیف کرد. در این موارد، باید عقد را عقد نامعین محسوب کرد.

۷. سایر معیارهای ذکر شده، هر یک دارای کاستیهایی است از جمله: مغایرت با قصد طرفین، مشکل پذیرش عقود مرکب، اشکال تحلیل یک عقد به دو عقد، و باقی گذاردن مشکل در حالتی که تمیز قصد اصلی طرفین و تعهد اصلی دشوار باشد. از این رو گرایش به معیار فوق منطقی است.

۶- منابع

- [۱] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، تهران، بهنشر، ۱۳۷۶.
- [2] *The French Civil Code*, Translated by John H. Crabb, Rothman-Kluwer US. Pub. 1995.
- [۳] واحدی، جواد، (مترجم)، *قانون تعهدات سوییس*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- [۴] نایینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب*، چاپ سنگی، نجف، مطبوعه مرتضویه، ۱۳۵۸ هـ. ق.
- [۵] خوبی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، نجف، مطبوعه حیدریه، ۱۳۷۸ هـ. ق.
- [۶] انصاری، مرتضی، *مکاسب*، نجف، *جامعة النجف*، ۱۳۷۵ هـ. ق.
- [۷] خمینی، روح‌ا...، *کتاب البیع*، قم، چاپ مهر، ۱۳۶۵.
- [۸] صاحب جواهر، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، اسلامیه، بی‌تا.
- [۹] طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *عروة الوثقی*، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۷ هـ. ق.
- [۱۰] حر عاملی، *وسائل الشیعه*، تهران، چاپ اسلامیه، ۱۳۸۲ هـ. ق.
- [۱۱] صدوق، شیخ محمد، *من لایحضره الفقیه*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- [۱۲] خوبی، ابوالقاسم، *مستند العروه الوثقی*، کتاب الاجاره، قم، چاپ لطفی، ۱۳۷۰.
- [13] Malaurie-Aynes, *Droit Civil, Les Contrats Specianx*, Cujas, Paris. Tom 8, 1993-1994.
- [۱۴] الزحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، چ ۴، دمشق، دارالفکر، ۱۹۹۷.



[15] *Encyclopedie Juridique. Repertore de Droit Civil. Tom 3.* Dalloz 1993, Contrat d, entreprise.

- [۱۶] ناصیف، الیاس، موسوعه العقود المدنیه و التجاریه، بیروت، دارالهجره، ۱۹۹۵.
- [۱۷] سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط، ج ۷، مجلد اول، قاهره، ۱۹۵۲.
- [۱۸] شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- [۱۹] العوجی، مصطفی، القانون المدنی، الجزء الاول (العقد)، بیروت، مؤسسه بحسون، ۱۹۹۵.
- [۲۰] کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، بهنشر، ۱۳۶۴.
- [۲۱] سنهوری، عبدالرزاق، نظریه العقد، بیروت، ۱۹۹۲.
- [۲۲] مراغی، میرفتاح حسینی، عناوین الاصول، تهران، چاپ سنگی، بی تا.
- [۲۳] بجنوردی، محمد حسن، للقواعد الفقهیة، نجف، ۱۳۹۱ هـ. ق.
- [۲۴] امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چ ۴، تهران، اسلامیة، ۱۳۶۶.
- [۲۵] شهید ثانی، زین العابدین، مسالك الافهام، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.
- [۲۶] طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ. ق.
- [۲۷] مامقانی، محمد حسن، غایة الآمل، بی جا، چاپ سنگی، ۱۳۱۶ هـ. ق.
- [۲۸] بیانکاو بول، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.
- [۲۹] بیهقی، محمد بن حسن، السنن الكبرى، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.
- [۳۰] حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه، بیروت، دار إحياء التراث، ۱۹۸۶.
- [۳۱] مروارید، علی اصغر (گردآورنده)، سلسله الیابیع الفقهیة، بیروت، دارالتراث، ۱۹۹۰.
- [۳۲] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۷.

[33] Nat'l Inst., *Gen Medical Science*, USA 1988/1989, Catalog of cell lines. Oct 1988.

[34] www.cga.statue.ct.us-ercap.org/order,