





دانشگاه پیام نور مرکز تهران پرند

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق خصوصی

عنوان :

بررسی حقوقی تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری

استاد راهنما:

دکتر رسول ابافت

استاد مشاور:

دکتر اصغر محمودی

نگارش:

حامد عبدالمهی

تاریخ دفاع :

۱۴۰۰/۰۳/۲۹

ب



دانشگاه پیام نور واحد تهران پرند

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق خصوصی حامد عبدالهی

عنوان :

بررسی حقوقی تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری

در تاریخ..... توسط هیات داوران بررسی و با درجه..... به تصویب نهایی رسید.

هیئت داوران:

- | | |
|----------------------------------|------------------------------------|
| دکتر.....با مرتبه علمی.....امضاء | ۱- استاد/استادان راهنما پایان نامه |
| دکتر.....با مرتبه علمی.....امضاء | ۲- استاد/استادان مشاور پایان نامه |
| دکتر.....با مرتبه علمی.....امضاء | ۳- استاد/استادان داور داخل از گروه |
| دکتر.....با مرتبه علمی.....امضاء | ۴- استاد/استادان داور خارج از گروه |

مهر و امضاء مدیر گروه

ت

سپاسگزاری

نخستین سپاس و ستایش از آن خداوندی است که بنده کوچکش را در دریای بیکران اندیشه، قطره ای ساخت تا وسعت آن را از دریچه اندیشه‌های ناب آموزگارانی بزرگ به تماشا نشیند. لذا اکنون که در سایه سار بنده نوازی هایش پایان نامه حاضر به انجام رسیده است، بر خود لازم می‌دانم تا مراتب سپاس را از بزرگوارانی به جا آورم که اگر دست یاریگرشان نبود، هرگز این پایان نامه به انجام نمی‌رسید.

از استاد گرانقدرم **دکتر رسول ابافت** که در کمال سعه صدر و فروتنی زحمت راهنمایی این پایان نامه را بر عهده داشتند صمیمانه تشکر می‌کنم. و همچنین از استاد مشاور **دکتر اصغر محمودی** که با حسن خلق از هیچ کمکی دریغ نکردند، صمیمانه تشکر می‌کنم.

تقدیم به وجود مقدس امام عصر (عج):

پدرانمان

مادرانمان

اساتیدمان

وتمام کسانی که داشته های خود را مدیون آنان می دانم .

که صبر ، حمایت و عاطفه شان سختی های راه را بر من هموار کرد، آنان که در مسیر پر پیچ و خم زندگی، مشعل امید را در شب های زندگییم به ارمغان آوردند و یاری سبزشان همواره و بی منت، امید بخش و یاری دهنده در تمام زندگییم بوده است و در تمام مراحل انجام این رساله ، حامی و پشتیبان من بوده اند.

باشد که توانسته باشم قطره ای از دریای بی کران محبت هایشان را سپاس گفته باشم.

فهرست مطالب

۱	چکیده
۲	الف: بیان مسأله
۴	ب: اهمیت و ضرورت تحقیق
۴	پ: کاربردهای تحقیق
۵	ت: پیشینه تحقیق
۶	ث: اهداف تحقیق
۶	ج: سوال‌های تحقیق
۶	چ: فرضیه های تحقیق
۷	ح: جنبه نوآوری و جدید بودن
۸	فصل اول: کلیات و مفاهیم بنیادین پژوهش
۹	مبحث اول: مفاهیم
۹	گفتار اول: مفهوم ثمن
۹	بند اول: مفهوم لغوی ثمن
۹	بند دوم: مفهوم اصطلاحی ثمن
۱۱	بند سوم: مفهوم ثمن در حقوق خارجی
۱۲	گفتار دوم: نقش ثمن
۱۲	بند اول: حقوق ایران
۱۳	بند دوم: حقوق انگلستان
۱۴	گفتار سوم: بررسی شرایط اعتبار ثمن
۱۶	گفتار چهارم: مفهوم معلوم و معین بودن
۱۶	بند اول: معلوم بودن
۱۷	بند دوم: معین بودن
۱۸	بند سوم: معلوم و معین بودن ثمن در فقه اسلام به عنوان منبع اصلی
۲۱	گفتار پنجم: مفهوم قرارداد پیمانکاری
۲۱	بند اول: مفهوم قرارداد
۲۱	الف: تعریف لغوی قرارداد

- ب: تعریف اصطلاحی قرارداد ۲۱
- بند دوم: مفهوم پیمانکار ۲۱
- الف: تعریف لغوی پیمانکار ۲۱
- ب: تعریف اصطلاحی پیمانکار ۲۱
- بند سوم: مفهوم کارفرما ۲۲
- الف: تعریف لغوی کارفرما ۲۲
- ب: تعریف اصطلاحی کارفرما ۲۲
- بند چهارم: مفهوم قراردادهای پیمانکاری ۲۲
- گفتار ششم: پیشگیری از غرر ۲۴
- بند اول: مفهوم غرر ۲۴
- بند دوم: ارکان غرر ۲۴
- بند سوم: تردید در اوصاف کمی یا کیفی ۲۵
- بند چهارم: تردید در وجود ثمن ۲۵
- بند پنجم: موارد ایجاد غرر ۲۶
- الف: عدم اطمینان به قدرت تسلیم ۲۶
- ب: عدم اطمینان به وجود مورد معامله ۲۶
- ج: عدم اطمینان به کمیت و کیفیت ۲۶
- د: ایجاد تعادل و توازن قراردادی ۲۶
- فصل دوم: ماهیت ثمن و روش های تعیین آن ۲۸**
- مبحث اول: بررسی اقسام ثمن از حیث معلوم بودن ۲۹
- گفتار اول: ثمن مشخص ۲۹
- بند اول: تعیین صریح ثمن ۲۹
- بند دوم: تعیین ضمنی ثمن ۲۹
- الف: شرط ضمنی واقعی ۳۰
- ب: شرط ضمنی عرفی ۳۱
- ج: شرط ضمنی قانونی ۳۳
- بند سوم: مصادیق خاص ۳۳
- الف: نرخ گذاری توسط مقامات دولتی ۳۴
- ب: تعیین ثمن در مزایده یا حراج ۳۴

- ج: تعیین ثمن بر مبنای اعلام بهای خرید ۳۵
- گفتار دوم: ثمن قابل تعیین ۳۶
- بند اول: توافق طرفین برای تعیین ثمن در آینده ۳۶
- بند دوم: تفویض اختیار تعیین ثمن به یکی از متعاملین ۳۶
- بند سوم: اجازه تعیین ثمن به ثالث ۳۷
- بند چهارم: تعیین ثمن با ارجاع به ضوابط عینی ۳۷
- مبحث دوم: بررسی اقسام ثمن از حیث نامعلوم بودن ۳۸
- گفتار اول: سکوت مطلق در تعیین ثمن ۳۸
- گفتار دوم: سکوت همراه با قرینه ۳۸
- گفتار سوم: ثمن باز ۳۹
- گفتار چهارم: ثمن شناور ۳۹
- گفتار پنجم: ثمن معقول ۴۰
- مبحث سوم: تقسیم‌بندی نظام‌های حقوقی ۴۰
- گفتار اول: قوانین کشورهای پذیرنده اصل ضرورت تعیین ثمن ۴۱
- گفتار دوم: قوانین پذیرنده ثمن باز ۴۱
- گفتار سوم: مقررات فراملی ۴۲
- مبحث چهارم: معین بودن ثمن ۴۲
- گفتار اول: قلمرو معین بودن ۴۲
- بند اول: تردید در اشیاء مثلی و قیمی ۴۳
- بند دوم: تعهد تخییری و تعهد بدلی ۴۳
- بند سوم: ایجاب مردد ۴۵
- بند چهارم: شروط مردد ۴۶
- گفتار دوم: ضمانت اجرای معین نبودن ثمن ۴۷
- مبحث پنجم: معلوم بودن ثمن ۴۷
- گفتار اول: مقایسه اشتباه و معلوم نبودن ۴۸
- گفتار دوم: مبانی لزوم تعیین ثمن ۴۹
- بند اول: مبانی عقلی ۴۹
- الف: نظم عمومی ۴۹
- ب: بنای عقلا و سیره خردمندان ۴۹

۵۰	بند دوم: سایر مبانی
۵۰	الف: اجماع
۵۰	ب: احادیث و روایات
۵۱	گفتار سوم: حدود معلوم بودن
۵۲	مبحث ششم: نقش عرف در رفع غرر
۵۳	گفتار اول: دخالت عرف در تشخیص غرر
۵۴	گفتار دوم: تعارض عرف و قانون
۵۶	گفتار سوم: نقش عرف در اجزاء و توابع مجهول
۵۶	گفتار چهارم: شرط مجهول
۶۰	فصل سوم: بررسی اصول حقوقی حاکم در قراردادهای پیمانکاری و تعیین ثمن
۶۱	مبحث اول: اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری
۶۱	گفتار اول: اصل تأمین منافع عمومی
۶۱	گفتار دوم: اصل استمرار خدمات عمومی
۶۲	گفتار سوم: اصل حاکمیت قانون
۶۳	گفتار چهارم: اصل انطباق خدمات عمومی
۶۴	گفتار پنجم: اصل تقدم خدمات عمومی
۶۴	گفتار ششم: اصل همکاری مشترک طرفین و حسن نیت در اجرای تعهدات قراردادی
۶۵	گفتار هفتم: اصل تساوی
۶۶	گفتار هشتم: اصل صلاحیت طرفین قراردادهای پیمانکاری
۶۶	بند اول: صلاحیت کارفرما
۶۷	بند دوم: صلاحیت پیمانکار
۶۸	مبحث دوم: اقسام قراردادهای پیمانکاری
۶۹	گفتار اول: قراردادهای خرید خدمت
۶۹	گفتار دوم: قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری
۷۱	گفتار سوم: قراردادهای کلید در دست
۷۱	گفتار چهارم: قراردادهای حوزه نفت و گاز
۷۱	بند اول: قراردادهای بیع متقابل
۷۴	بند دوم: قراردادهای امتیازی
۷۵	بند سوم: قراردادهای مشارکت در تولید

بند چهارم: قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری	۷۶
بند پنجم: قراردادهای خدماتی	۷۶
بند ششم: قراردادهای پیمانکاری براساس شکل و ماهیت	۷۹
الف: قراردادهای مهندسی، تهیه کالا و تجهیزات و نصب (EPC):	۷۹
ب: قراردادهای خرید، نصب و راه‌اندازی (PC)	۷۹
پ: قراردادهای مهندسی، تأمین توأم کالا و تجهیزات (EP)	۸۰
ت: قراردادهای مهندسی و طراحی (E)	۸۰
ث: قراردادهای مدیریتی (MC)	۸۰
ج: قراردادهای پیمانکاری بر اساس نحوه تعیین ثمن	۸۱
۱- قراردادهای قیمت ثابت یا مقطوع	۸۱
۲- قراردادهای قیمت به علاوه دستمزد	۸۱
۳- قراردادهای قیمت به علاوه درصدی از هزینه	۸۱
۴- قراردادهای قیمت به علاوه دستمزد ثابت	۸۱
۵- قراردادهای قیمت به علاوه دستمزد تشویق	۸۲
۶- قراردادهای قیمت به روش آحادبها یا فهرست‌بهاء	۸۲
مبحث سوم: روش‌های تعیین ثمن	۸۳
گفتار اول: روش‌های سنتی تعیین ثمن	۸۳
بند اول: ثمن پولی	۸۳
بند دوم: ثمن کالایی	۸۴
بند سوم: ثمن از نوع کار و منفعت	۸۴
گفتار دوم: روش‌های نوین تعیین ثمن	۸۴
بند اول: به روش مزایده یا حراج	۸۵
بند دوم: به روش مناقصه	۸۵
بند سوم: به روش تفویض اختیار به کارشناس و مؤسسات کارشناسی	۸۸
بند چهارم: به روش اعلام بهای خرید	۸۹
بند پنجم: به روش ارجاع به قیمت موجود در بازار	۹۰
الف: ضابطه محل انعقاد	۹۰
ب: ضابطه محل اجرا	۹۰
بند ششم: ثمن شناور	۹۰

۹۱	الف: شرایط پذیرش ثمن شناور
۹۲	مبحث چهارم: تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری
۹۲	گفتار اول: تعیین ثمن به روش قیمت ثابت و مقطوع
۹۲	گفتار دوم: تعیین ثمن به روش قیمت واحد
۹۳	گفتار سوم: تعیین ثمن به روش درصدی از هزینه کل
۹۳	مبحث پنجم: روشهای پرداخت ثمن در قراردادهای پیمانکاری
۹۳	گفتار اول: پرداخت بر اساس پیشرفت پروژه
۹۴	گفتار دوم: پرداخت به صورت مقطوع و ثابت
۹۵	گفتار سوم: پرداخت به میزان (احجام) کارهای انجام شده
۹۵	گفتار چهارم: پرداخت براساس مایلستون
۹۶	مبحث ششم: اعتبار روشهای تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری
۹۶	گفتار اول: اعتبار ثمن در قراردادهای مقطوع و ثابت
۹۷	گفتار دوم: اعتبار ثمن در قراردادهای قیمت واحد
۱۰۰	گفتار سوم: اعتبار ثمن در قراردادهای درصدی از کل هزینه
۱۰۱	نتیجه گیری
۱۰۵	منابع و مآخذ
۱۱۰	چکیده انگلیسی

چکیده

طبق قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی تحقق عقد بیع، لزوم معین بودن ثمن است. معین و ثمن دو رکن اساسی عقد بیع هستند که طرفین ضمن عقد ملتزم به تسلیم آن می شوند و مقدمه ی انعقاد و متعاقب آن تسلیم هر یک از دو رکن عقد بیع، مشخص و معین بودن آن ها است. مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی و بند ۳ ماده ی ۱۹۰ همین قانون تصریح دارند که طرفین باید بر ثمن توافق کنند. مقصود از ثمن در این پایان نامه هر نوع عوض قراردادی در قراردادهای پیمانکاری است که در قالب عقد بیع منعقد می گردد. روش های تعیین عوض قراردادی از جمله تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری دارای اهمیت ویژه ای است. زیرا عوض قراردادی از جمله ثمن یکی از دو رکن مورد معامله است و معلوم و معین بودن ثمن از عناصر بنیادین قراردادها محسوب می شود. مطابق نظریه سنتی، معلوم بودن عوضین شرط صحت عقد است. در نظام حقوقی ایران و بر مبنای مقررات قانونی کشور ما به ظاهر نظریه سنتی حاکم است که تمایل به لزوم تعیین ثمن به شیوه سنتی دارد؛ چنانکه ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است». همچنین ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بر همین مبنا بدون تردید معلوم و معین بودن ثمن رکن اساسی قراردادهای معوض محسوب می شود و در قراردادهایی که عوض آن ها عین معین است، تعیین ثمن با هیچ مشکلی مواجه نیست. به علاوه تعیین وصف، جنس و مقدار ثمن در اموال کلی کافی است و تعیین مصداق آن ضرورتی ندارد. به ظاهر گرچه عدم تعیین ثمن به یکی از شیوه های سنتی موجب غرر و بطلان معامله می شود ولی بر اساس یافته های این پایان نامه مورد معامله از جمله ثمن را نیز می توان با استفاده از یکی از شیوه های نوین تعیین کرد و جهالت و غرر را از معامله بر طرف نمود و به نیازهای جدید معاملاتی پاسخ مثبت داد. به علاوه در این پایان نامه سعی می گردد ضمن تحلیل بنیادی قراردادهای پیمانکاری، به روش های تعیین ثمن یا به عبارت دیگر تعیین عوض در اینگونه قراردادها پرداخته شود.

کلید واژه ها: ثمن، ثمن شناور، معلوم و معین بودن ثمن، قراردادهای پیمانکاری

الف: بیان مسأله

مبیع و ثمن دو رکن اساسی عقد بیع هستند که طرفین ضمن عقد ملتزم به تسلیم آن می شوند و مقدمه ی انعقاد و متعاقب آن تسلیم هر یک از دو رکن عقد بیع، مشخص و معین بودن آن ها است. مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی و بند ۳ ماده ی ۱۹۰ همین قانون تصریح دارند که طرفین باید بر ثمن توافق کنند. بررسی مسأله تعیین ثمن در حقوق مدنی اهمیت ویژه ای دارد؛ چرا که آثار آن در تمامی انواع معاملات بیع چشم به می خورد و لزوم رفع ابهام از ثمن به عنوان شرط درستی عقد بیع مطرح است. اهمیت رفع ابهام از ثمن و معلوم و معین نمودن آن در تنظیم روابط اجتماعی و حیات حقوقی طرفین عقد بیع بر کسی پوشیده نیست، زیرا مجهول و مبهم بودن و یا نامعین بودن ثمن نه تنها وضعیت حقوقی عقد را تحت تاثیر قرار می دهد بلکه به دنبال آن روابط حقوقی طرفین را نیز دگرگون خواهد نمود، چرا که اولاً از آنجایی که عقد بیع از مهمترین عقود معاوضی و مغابنی می باشد لذا بارزترین عقدی است که هدف متعاملین از ایجاد آن کسب موقعیت بهتر و سود و منافع افزون تر است و برای نیل به ایت مقصود، طرفین تمام تلاش و دقت خویش را به کار برده و حتی به رقابت می پردازند تا متحمل ضرر نگردیده و مغبون نشوند. با این همه اگر چه در نظام حقوقی اسلام، اصل معلوم و معین بودن ثمن مورد توجه خاصی قرار گرفته و مشهور فقها معتقدند که ثمن می باید قبل از انعقاد عقد از هر جهت معلوم و معین بوده و هیچگونه ابهامی نداشته باشد، لکن کلمات و مباحث فقیهان عظام آنچنان که بایسته و لازم است به تمامی ابعاد مختلف اصل پیشگفته پرداخته نشده است، چنان که اصل قابلیت تعیین ثمن بعد از عقد و شیوه های مختلف آن را تنها تعداد بسیار محدودی از علمای فقیه در کتابهای خویش مورد اشاره ای کوتاه و احتمالی قرار داده اند، اگر چه بحث ثمن معین یا معلوم بودن ثمن از عقد نیز از بحث های جامع و کافی برخوردار نیست.

قرارداد پیمانکاری، قراردادی است که به موجب آن کارفرما، انجام عملی با شرایط معین و در برابر وجه معین، در مدت مشخص را به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار (مقاطعه کار) واگذار می کند؛ موضوع قرارداد پیمانکاری ممکن است ایجاد ساختمان، حمل و نقل و یا تهیه و تدارک کالا باشد. برای تنظیم یک قرارداد پیمانکاری باید ابتدا طرفین قرارداد به طور دقیق تعیین شده و رابطه آنها با یکدیگر نیز کاملاً تبیین شود. قدم بعدی تبیین ماهیت خدمت موضوع قرارداد است. یعنی در قرارداد باید به تفصیل شرح داده شود که کارفرما از پیمانکار چه توقعاتی دارد و می خواهد پیمانکار چه خدماتی را به او ارائه دهد. در این مرحله از قرارداد بدون در نظر گرفتن ضمانت اجراهای موثر مثل جبران خسارت نمی توان کنترل لازم بر پیمانکار برای پیشبرد کار را تامین کرد.

در خصوص روش‌های تعیین ثمن باید گفت در قراردادهای پیمانکاری دارای اهمیت ویژه‌ای است. از دیرباز در این باره دو نظریه مطرح بوده است: نظریه سنتی (تعیین ثمن در قرارداد) و نظریه کفایت تعیین معیار تعیین ثمن؛ مطابق نظریه سنتی، معلوم بودن عوضین شرط صحت عقد است. مطابق این نظریه، که در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و همچنین قوانین موجود در این نظام‌ها، معلوم و معین بودن ثمن را در قالب محدود (مشخص و مقطوع بودن ثمن) محصور ساخته‌اند. ولی بر مبنای نظریه کفایت تعیین معیار تعیین ثمن نه تنها قرارداد وقتی معتبر است که ثمن قطعی و مشخص باشد بلکه تعیین معیار یا معیارهای قطعی تعیین ثمن برای صحت قرارداد کفایت می‌کند. (رسوق، ۱۳۹۰: ۶۸)

گرچه بسیاری از نظام‌های حقوقی در معرض تحول و تکامل قرار گرفته‌اند، با وجود این بسیاری از کشورها همچنان به نظریه سنتی پای بند مانده‌اند. در نظام حقوقی ایران نظریه سنتی حاکم است که تمایل به لزوم تعیین ثمن به شیوه سنتی دارد؛ چنانکه ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است». همچنین ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». ظاهراً مواد نشان می‌دهد نه تنها ثمن مسکوت پذیرفته نیست بلکه وضعیت ثمن قابل تعیین نیز معلوم نمی‌باشد؛ که این برداشت ظاهراً مورد قبول اکثریت حقوق‌دانان کشور قرار گرفته است. اکثریت فقها به لزوم معلوم بودن ثمن هنگام انشای عقد تأکید نموده‌اند که برخی از بزرگان، مدعی اجماع بر عدم جواز بیع با ثمن قابل تعیین در آینده شده‌اند. از گفته مشهور فقها آن است که در همان لحظه شکل بیع، مبیع و ثمن باید برای طرفین کاملاً مشخص باشد، در مقابل این رأی گروهی برآنند که دست کم در پاره‌ای از موارد، وجود نوعی جهل در ثمن، مبطل بیع نیست. (شهیدی، ۱۳۹۸: ۳۱۶)

لزوم تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری یکی از مسائل مهم و اساسی در قراردادها بوده و برای اینکه همگام با اقتصاد جهانی پیش روییم می‌بایست وارد عرصه شد و به صورت علمی و نه سنتی با موضوع برخورد نمود. پر واضح است که رفع ابهام از ثمن در قراردادها، اصلی تغییر ناپذیر است و مقصود قانون مدنی از عوض معلوم، ثمن مقطوع و مشخص نبوده، بلکه ثمنی است که میزان آن مشخص یا حداقل مبنای آن معلوم باشد مثل ارجاع به قیمت بازار. به طور مثال در قراردادی کارفرما مبلغ قرارداد را بر اساس نرخ‌های مندرج در فهرست بهای سال ۱۳۸۸ در رشته راه و ابنیه ضرب در ضریب پلوس یا مینوس که پیمانکار حین پیشنهاد نرخ خود ارائه نموده است قرار می‌دهد. همانطور که ملاحظه می‌شود در این شیوه مبنای محاسبه مبلغ قرارداد به ضابطه‌ای خارج از قرارداد ارجاع داده شده است. یا در مثال دیگر کارفرما مبنای محاسبه مبلغ قرارداد را بر اساس هزینه پیمانکار به علاوه درصدی به عنوان بالاسری برای پیمانکار قرار می‌دهد، در این صورت می‌بایست هزینه‌های پیمانکار بر اساس اسناد مثبتی که می‌تواند فاکتور، اسناد

حمل، اسناد گمرکی و... باشد به علاوه درصد بالاسری که مشخص شده به پیمانکار پرداخت نماید. یا شیوه‌هایی که امروزه در پیش فروش کالاها اعمال می‌گردد. (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۱۰)

قراردادهای پیمانکاری متنوع بوده و اقسام گوناگونی دارند. اقسام معروف این قراردادها عبارتند از قراردادهای مهندسی، قراردادهای خرید کالا، قراردادهای ساخت و تلفیقی از انواع این قراردادها؛ این قراردادها در زمره قراردادهای معوض قرار داشته و هر یک از عوض و معوض در آن‌ها دارای اهمیت ویژه‌ای است. گرچه ثمن در اصطلاح سنتی به عوض مبیع در عقد بیع گفته می‌شود ولی در عرف پیمانکاری به عوض هر یک از قراردادهای مذکور ثمن گفته می‌شود. بنابراین با توجه به اهمیت قراردادهای پیمانکاری نفت و گاز و انگیزه تحلیل و نقد و بررسی عرف‌های مذکور و تنقیح ضوابط عمومی تعیین عوض و همچنین شمول قواعد و مقررات عمومی ثمن اصطلاحی بر هر یک از دو عوض و با اندکی مسامحه مقصود از ثمن در قراردادهای پیمانکاری شامل هر نوع عوضی می‌شود. بنابراین تمام اقسام قراردادهای پیمانکاری مذکور تابع قواعد عمومی تعیین ثمن می‌شود.

ب: اهمیت و ضرورت تحقیق

قراردادهای پیمانکاری متنوع بوده و اقسام گوناگونی دارند. اقسام معروف این قراردادها عبارتند از قراردادهای مهندسی، قراردادهای خرید کالا، قراردادهای ساخت و تلفیقی از انواع این قراردادها؛ این قراردادها در زمره قراردادهای معوض قرار داشته و هر یک از عوض و معوض در آن‌ها دارای اهمیت ویژه‌ای است. گرچه ثمن در اصطلاح سنتی به عوض مبیع در عقد بیع گفته می‌شود ولی در عرف پیمانکاری به عوض هر یک از قراردادهای مذکور ثمن گفته می‌شود. بنابراین با توجه به اهمیت قراردادهای پیمانکاری نفت و گاز و انگیزه تحلیل و نقد و بررسی عرف‌های مذکور و تنقیح ضوابط عمومی تعیین عوض و همچنین شمول قواعد و مقررات عمومی ثمن اصطلاحی بر هر یک از دو عوض و با اندکی مسامحه مقصود از ثمن در قراردادهای پیمانکاری شامل هر نوع عوضی می‌شود. بنابراین تمام اقسام قراردادهای پیمانکاری مذکور تابع قواعد عمومی تعیین ثمن می‌شود.

پ: کاربردهای تحقیق

این تحقیق از طریق کاوش در تعیین ثمن و بررسی آن در قراردادهای پیمانکاری پرداخته و با توجه به اهمیت قراردادهای پیمانکاری نفت و گاز این ضرورت ایجاب نموده که در خصوص تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری بحث و بررسی نمایم. این کاربرد با توجه به اهمیت روزافزون تعیین ثمن در قراردادها می‌تواند در راستای بهبود و کمک به تنظیم این نوع قراردادها در کشور نیز موثر باشد.

ت: پیشینه تحقیق

- ۱- یحیی پورو الهویی نظری (۱۳۹۰)، در مقاله با عنوان مطالعه ی تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام های حقوقی ایران و انگلیس، بیان می دارد طبق قانون مدنی و مبانی فقهی، یکی از شرایط اساسی تحقق عقد بیع، لزوم معین بودن ثمن است. در قوانین سایر کشورها نیز این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. در کشورهایی چون انگلیس، قواعد پیشرفته ای در این زمینه وضع شده که به موجب آنها، قابلیت تعیین ثمن و حتی عدم تعیین آن خللی به عقد وارد نمی سازد و ثمن می تواند توسط طرف مقابل یا ثالث تعیین شود، حال آن که در نظام حقوقی ایران، طبق نظر مشهور فقها، از ضرورت تعین ثمن در لحظه ی عقد و عدم امکان احاله ی آن به دیگری بحث شده است. در مقاله حاضر فقط به بررسی تعیین ثمن پرداخته شده و آن را در نظام حقوقی ایران و انگلیس مقایسه نموده است اما در عنوان پژوهش انتخابی تعیین ثمن را در قراردادهای پیمانکاری مورد بررسی قرار داده است.
- ۲- اباذری فومنشی (۱۳۹۴)، در کتاب خود تحت عنوان اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری، در این کتاب به اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری پرداخته شده و به مسائل تنوری آن بیشتر پرداخته و مسائل آن را روشن تر و مفصل تر بیان می کند. در بخش اول این کتاب به مبانی نظری و تنظیم قراردادهای پیمانکاری و در بخش دوم با رویکرد عملی کردن علم حقوق نمونه قراردادهای پیمانکاری را گردآوری نموده است. در این کتاب به بررسی اصول قراردادهای پیمانکاری به صورت کلی پرداخته شده اما در عنوان پژوهش انتخابی فقط در مورد تعیین ثمن در این نوع از قراردادها پرداخته می شود.
- ۳- شهبازی نیا (۱۳۸۹)، در پایان نامه ای با عنوان روش تعیین ثمن در قرارداد فروش گاز و LNG و مشروعیت آن، اینطور نوشته اند که قراردادهای فروش گاز و LNG یکی از مهم ترین قراردادهای معمول در روابط تجاری بین المللی است که از زوایای مختلف و متعددی حائز اهمیت و قابل توجه است. یکی از مهم ترین مسائل این قراردادها که در ارتباط با قواعد حقوق ایران شایان توجه است؛ بحث پیرامون روش تعیین ثمن در این قبیل معاملات است. در این قراردادها طرفین اقدام به تعیین روش، مکانیزم یا سازوکاری می نمایند که از طریق اعمال و به کارگیری این سازوکارها قیمت قراردادی حاصل می شود. در پایان نامه حاضر فقط به بررسی تعیین ثمن در قرارداد فروش گاز و LNG و مشروعیت آن پرداخته شده و در خصوص روابط

تجاری بحث شده است اما در عنوان پژوهش انتخابی تعیین ثمن را در قراردادهای پیمانکاری مورد بررسی قرارداد است.

۴- شکی، (۱۳۹۲)، در پایان نامه ای با عنوان **بررسی اصول حقوق عمومی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران**، بیان می دارند که بروز و گسترش زمینه انعقاد چنین قراردادهایی در کشور تحقیق گسترده ای را می طلبید که تاکنون کمتر نسبت به انجام آن مبادرت شده بود. عدم وجود قواعد منسجم و کارآمد در خصوص این دسته از قراردادها، تحقیقی مستقل که مسایل قراردادهای پیمانکاری دولتی را از منظر اصول حقوقی قراردادها بررسی نماید را ضرورت می بخشید. قراردادهای پیمانکاری عمومی، از جمله قراردادهای خاص به شمار می روند که اصول و قواعد ثابتی بر آنها حاکم است. این نوع قراردادها عموماً تابع حقوق عمومی بوده و قواعد حاکم بر این نوع قراردادها جنبه تکلیفی و آمره دارند. شرایط عمومی پیمان به دلیل عدم بازنگری منظم ادواری با شرایط روز تطبیق نداشته و همچون دیگر قوانین جاری نیازمند بازنگری و به روزآوری است. در این پایان نامه به بررسی اصول حقوق عمومی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران پرداخته شده و آن را مورد بررسی همه جانبه قرارداد است اما در عنوان پژوهش انتخابی فقط در مورد تعیین ثمن در این نوع از قراردادها پرداخته می شود.

ث: اهداف تحقیق

- ۱- تبیین حقوقی تعیین ثمن در قراردادها
- ۲- بررسی اصول قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران
- ۳- تبیین قراردادهای پیمانکاری با شیوه های نوین تعیین ثمن در قانون ایران
- ۴- بررسی ملاک تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری

ج: سوال های تحقیق

- ۱- از منظر حقوقی تعیین ثمن در قراردادها بر چه اساسی است؟
- ۲- قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران بر چه اصول و مبنایی شکل گرفته اند؟
- ۳- قراردادهای پیمانکاری با شیوه های نوین تعیین ثمن بر مبنای قواعد عمومی و قوانین ایران چگونه می باشند؟
- ۴- ملاک تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری بر چه مبنایی است؟

چ: فرضیه های تحقیق

- ۱- به نظر می‌رسد که از دیدگاه حقوق ایران معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط صحت معامله است و در قانون مدنی ایران در مادتهای ۲۱۶ و ۱۹۰ و ۳۳۹ و ۳۴۲ این مهم به چشم می‌خورد.
- ۲- به نظر می‌رسد که قراردادهای پیمانکاری در نظام حقوقی ایران بر مبنای اصول و قواعد متناسب با شرایط روز تدوین نشده‌اند و پاسخگوی نیازهای امروز جامعه‌ی ما نمی‌باشد.
- ۳- به نظر می‌رسد بر مبنای قواعد عمومی و قوانین روشهای نوین، تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری و صنعتی معتبر است.
- ۴- به نظر می‌رسد که ملاک تعیین ثمن بر مبنای اصول کلی معلوم و معین بودن ثمن است و یکی از شرایط ثمن صحیح می‌باشد.

ح: جنبه نوآوری و جدید بودن

این تحقیق با بهره‌گیری از مقالات ارائه شده و بکارگیری روش تحلیلی قوی و کارآمد جنبه‌های مختلف بررسی تعیین ثمن از منظر حقوقی مورد بررسی قرار داده و دیدگاه واضح و مشخصی از چگونگی نظریات حقوقدانان در خصوص تعیین ثمن در قراردادهای پیمانکاری را نشا می‌دهد تا افق جدید و روشنی در رابطه با این موضوع پیش روی قانونگذاران و محققان قرار گیرد.

فصل اول

کلیات و مفاهیم بنیادین پژوهش

مبحث اول: مفاهیم

در این قسمت ابتدا به تعریف ثمن و سپس تعریف قراردادهای پیمانکاری خواهیم پرداخت.

گفتار اول: مفهوم ثمن

برای درک هرچه بهتر موضوع، ابتدا تعریف لغوی ثمن و سپس تعریف اصطلاحی ثمن را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

بند اول: مفهوم لغوی ثمن

ثمن در لغت به معنای بها، نرخ و قیمت آمده است. به طور کلی ثمن در لغت به بهایی اطلاق می‌شود که کالا در برابر آن معامله می‌شود (دهخدا، ۱۳۸۰: ۴۴)؛ خواه با ارزش متعارف کالا در بازار برابر باشد یا بیشتر یا کمتر. تفاوت ثمن یا قیمت قراردادی با قیمت یا ارزش واقعی در همین است که ثمن با تراضی دو طرف معامله تعیین می‌شود ولی قیمت بر مبنای ارزش معاملاتی متعارف. بنابراین قیمت عبارت است از ارزش کالا در بازار و نزد عرف که گاهی از آن به ثمن‌المثل تعبیر می‌شود.

بند دوم: مفهوم اصطلاحی ثمن

اصطلاح ثمن در قانون مدنی ایران به کار رفته (ماده ۱۹۷ ق.م) ولی تعریف صریحی از آن نشده است. به علاوه در پاره‌ای از موارد به جای ثمن عوض قرارداد یا عوض مبیع به کار رفته است (ماده ۳۳۸ ق.م). چنان که گفته شد: در قانون مدنی ایران، تعریف خاصی از ثمن ارایه نشده و به جای آن عوض مبیع به کار رفته است. چنان که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران در تعریف بیع بیان شده است که: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بنابراین گرچه در قانون مدنی ایران به عوض مبیع ثمن گفته می‌شود ولی به پیروی از عرف قراردادهای رایج پیمانکاری در حقوق ایران و با اندکی تسامح می‌توان به هر نوع عوض قراردادی ثمن گفت. بنابراین مقصود از ثمن در این پایان‌نامه هر نوع عوض قراردادی در قراردادهای پیمانکاری است که در قالب بیع منعقد می‌گردد. ولی معیارهای مذکور برای تعیین هر نوع عوض قراردادی در تمام قراردادها از جمله قراردادهای پیمانکاری قابل استفاده است. به علاوه این قراردادها در زمره قراردادهای معوض نیز قرار دارند. در این که آیا ثمن تنها بر وجوه نقد اطلاق می‌شود یا شامل هر نوع مال اعم از وجه نقد، کالا، منفعت و حتی کار نیز می‌شود. از اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران چنین بر می‌آید که ثمن هر مالی را که منفعت عقلانی و مشروع داشته باشد در بر می‌گیرد. این مطلب از مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مدنی ایران نیز، قابل استنباط است. عده‌ای از حقوقدانان بیان داشته‌اند که کلمه (عین) در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران، اشاره بدین مطلب دارد که منفعت به تنهایی نمی‌تواند مبیع قرار گیرد، برخلاف عوض، که لازم است مال (اعم از عین، منفعت و کار) باشد. برای مثال سکونت‌خانه‌ای در مدت معینی «که یک نوع منفعت می‌باشد» ممکن است ثمن مبیع قرار بگیرد ولی سکونت‌خانه، نمی‌تواند به عنوان مبیع تلقی شود. عده‌ی دیگری از حقوقدانان، به قابلیت عوض قرار گرفتن حقوقی یا اعمالی که قابل نقل و انتقال هستند، یا عملی که قبل از وقوع عقد بر آن، مالیت آن احراز گردیده است