

تقدیر داد سفارشی ساخت

در فقه و حقوق

تألیف:

دکتر محمد صادقی

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران

www.ketab.ir

سرشناسه	: صادقی، محمد، ۱۳۴۸-
عنوان و نام‌پدیدآور	: قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق / تألیف: محمد صادقی.
مشخصات نشر	: تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
مشخصات ظاهری	: ۳۴۴ ص.
شابک	: 978-600-114-352-6
وضعیت فهرست‌نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: عقد استصناع (فقه و حقوق)
موضوع	: عقود و ایقاعات (فقه و حقوق)
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۳ م ۲ ص / BP۱۹۰
رده‌بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابخانه ملی	: ۳۱۷۹۳۰۶

انتشارات خرسندی

نمایشگاه و فروشگاه کتب فقهی، حقوقی و علوم اسلامی

تهران، خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین

پائین‌تر از خیابان لبافی‌نژاد، کوچه مینا، پلاک

تلفن: ۰۵ - ۶۶۹۷۱۰۳۴ و ۰۵ - ۶۶۴۹۰۵۸۴

پست الکترونیک: Khorsandy.pub@gmail.com

سایت اینترنتی: www.Khorsandypub.com

قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق

تألیف: دکتر محمد صادقی

چاپ اول: ۱۳۹۳ - شماره‌گان: ۱۰۰۰ جلد

حروفچینی: زرنگاران مهرخلاق - قیمت: ۱۶۰۰۰۰ ریال

ISBN: 978-600-114-352-6

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۱۴-۳۵۲-۶

فهرست مطالب

.....	فصل اول: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت
.....	فصل دوم: تطبیق سفارش ساخت بر عقود معین
.....	مبحث اول: بیع (مسلم)
.....	گفتار اول: کلیات بیع مسلم
.....	گفتار دوم: کیفیت امین سفارش ساخت بر مسلم
.....	مبحث دوم: مقوله.....
.....	گفتار اول: کلیات.....
.....	گفتار دوم: کیفیت تطبیق سفارش ساخت بر مقوله.....
.....	مبحث سوم: سایر عقود.....
.....	گفتار اول: اجاره اشخاص.....
.....	گفتار دوم: جعاله.....
.....	گفتار سوم: قرارداد ساخت، بهره‌برداری، انتقال (.....)
.....	فصل دوم: تطبیق سفارش ساخت به عنوان عقد خاص در سفارش ساخت
.....	مبحث اول: کلیاتی درباره حاکمیت اراده در انشاء عقود غیر معین
.....	گفتار اول: اصل حاکمیت اراده در حقوق.....
.....	گفتار دوم: اصل حاکمیت اراده در فقه.....
.....	گفتار سوم: آثار اصل حاکمیت اراده.....
.....	مبحث دوم: مستقل بودن سفارش ساخت.....
.....	گفتار اول: دیدگاه اهل سنت.....
.....	گفتار دوم: دیدگاه امامیه.....
.....	بخش دوم: احکام، کاربرد و رویه قضایی در مورد قرارداد سفارش ساخت
.....	فصل اول: احکام.....
.....	مبحث اول: لزوم و جواز و جریان خیارات در سفارش ساخت.....
.....	گفتار اول: لزوم و جواز، پایان یافتن سفارش ساخت و شرط جزائی.....

گفتار دوم: جریان اختارات در سفارش ساخت
مبحث دوم: تعهدات طرفین قرارداد
گفتار اول: تعهدات سازنده
گفتار دوم: تعهدات سفارش دهنده
فصل دوم: کاربرد قرارداد سفارش ساخت و رویه قضایی در مورد آن
مبحث اول: کاربرد قرارداد سفارش ساخت
گفتار اول: نقش سفارش ساخت در تأمین مالی
گفتار دوم: کاربرد سفارش ساخت در بانکداری کشورهای اسلامی
گفتار سوم: قرارداد سفارش ساخت و قانون بانکداری بدون ربا در ایران
مبحث دوم: رویه قضایی
گفتار اول: انطباق سفارش ساخت بر بیع
گفتار دوم: انطباق سفارش ساخت بر قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی
نتیجه
منابع و مأخذ
فهرست تفصیلی
ضمیمه

www.ketab.ir

نیاز انسان مدرن به انواع معاملات و قراردادهای تحول زیادی پیدا نموده است زیرا عوامل زیادی وجود دارد که دوران معاصر را از سایر دوره‌ها متمایز می‌گرداند از جمله ابتکارات مدهوش‌کننده و وسایل ارتباط سریع بین نقاط دور دنیا و نیز ابتکارات صنعتی که در بسیاری از زمینه‌ها رخ داده که در گذشته نزدیک تصور آن هم ممکن نبود، و این تحولات منافعی برای انسان داشته که در آرزو هم نمی‌آورد و یا خدماتی ضروری را برای وی آسان نموده است. بنابراین مشقت‌بار و پر زحمت بود در حالی که امروزه به راحت‌ترین روش ممکن انجام می‌شود.

همچنین رشد علم و توسعه افق‌های آرزو و ژرف‌نگری در آن از دیگر عواملی است که نیازهای امروزه را متحول نموده است و روابط تجاری و بازرگانی جدید و متناسب با زمان را به وجود آورده است.

یکی از ویژگی‌های عصر ما که به وسیله آن از گذشته متمایز می‌گردد ظهور قراردادهای جدید است که برای برآورده ساختن نیازهای کنونی در دوره‌های گذشته وجود نداشته یا مورد توجه نبوده است، پدیده آمده است مانند قراردادهای بیمه‌انکاری در ساختمان‌ها، کارخانه‌های بزرگ، پروژه‌ها و تأسیسات بزرگ. هر یک از این نوع قراردادهای که قبلاً به صورت ابتدائی و اولیه وجود داشته، امروزه صورت کامل یافته پیدا نموده است.

همچنین در این دوره نیاز به انواع معاملاتی پیدا شده که در گذشته نیاز به آنها کم و در حد نیاز شخصی بوده است ولی امروزه در عصر صنعت و پروژه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های عظیم و نیاز به پشتیبانی و بیمه، این معاملات قابلیت جوابگویی به نیازهای مهم اقتصادی را دارا می‌باشند و یکی از مهم‌ترین قراردادهایی که در این زمینه می‌توان نام برد قرارداد سفارش ساخت است.

مردم از قدیم الایام با سفارش ساخت آشنا بوده‌اند زیرا نیاز به آن با مسائل طبیعی و عمومی مردم مرتبط بوده است و چنان‌که گفته می‌شود نیاز مادر اختراع است. با یک نگرش کلی به قراردادها ملاحظه می‌شود که این مسأله در همه قراردادهای وجود دارد زیرا هر عقدی برای پاسخ‌گویی به نیازهایی که جامعه و افراد آن داشته‌اند به وجود آمده است.

انسان در زندگی ابتدایی و اولیه نیاز به کالاهایی پیدا کرد که نزد دیگران بود و چون این نیاز مدت پیدا کرد مبادلهٔ مال به مال که قدیمی‌ترین روش معاملات است پدید آمد. پس به دلیل محدود بودن قلمرو مبادله بین کالاها، این روش جوابگوی نیاز رو به گسترش نبود، بنابراین نقود و پول در صورت ابتدایی آن بوجود آمد و از این طریق مبادله بین کالاها مظلوم و مقداری از نقود متعارف برای کسانی که خواستار آن کالاها بودند امکان‌پذیر شد. این گشایش جدید، نیاز جدیدی برای ایجاد پول‌های متفاوت از جهت هم‌ارز قیمت به وجود آورد و از درون این نیاز، قرارداد صرف و صرافی برای تبدیل کالاها به یکدیگر بوجود آمد.

همچنین نیاز به کالایی که نزد دیگران بود برای استفادهٔ کوتاه مدت و موقت افزایش پیدا کرد و از طرفی خرید نام کالاهای مورد نیاز مشکل بود و افراد توانایی آن را نداشتند، بنابراین زمینهٔ به وجود آمدن قراردادی فراهم شد که توسط آن شخص می‌تواند بخش کوچکی از قیمت کالا را بپردازد و این قیمت معادل منفعی است که در مدت معین از این کالا استفاده می‌شود بنابراین قرارداد اجاره به وجود آمد اگر چنین قراردادی نمی‌بود هر کس که نیاز به کالایی برای مدت معین داشت، می‌بایست کل ثمن آن را می‌پرداخت و آن را می‌خرید و سپس آن را برمی‌گرداند.

به تدریج که زمینه تعامل و معاملات در هر جامعه گسترش یافت و تجارتی خاص برای ذخیره کردن انواع کالاها به وجود آمد تجار به قرض دادن و اعتبار دادن به مشتریان خود رو آوردند. بنابراین فروشنده به خریدار مهلت می‌دهد و امید این که مشتریانش بیشتر شود و سود بیشتری بدست آورد و مصلحت طرفین در قرض و دادن اعتبار بود و چرخ تجارت برگرد آن می‌چرخید. اما چون برخی از بدهکاران، بدهی خود را در زمان مقرر نمی‌پرداختند و موجبات خسارت و زیان طلبکار یا قرض دهنده را فراهم می‌کردند نیاز به وسیله‌ای برای تضمین پرداخت شدت یافت که عقد رهن و ضمانت و وثیقه را به وجود آورد.

این جریان در قرارداد سفارش ساخت نیز وجود دارد و این قرارداد بر طبق نیازهای مردم به وجود آمده است. در هر جامعه نیازهای افراد به طور طبیعی با همدیگر تفاوت داشت آن چه برای یکی مناسب بود و مصلحت داشت برای دیگری تناسبی نداشت یا فاقد مصلحت بود مثلاً کفشی که شخص می پوشد نمی تواند برای هر فرد دیگر مناسب باشد. زیرا به طور طبیعی پای افراد با همدیگر تفاوت دارد.

همچنین لباس ها که به تناسب اندام افراد چاق یا لاغر و بلند قد یا کوتاه قد تفاوت پیدا می کند و یا مثلاً انگشتری که نامه ها به وسیله آن مهر می شود و روی آن اسم شخص خاصی وجود دارد برای دیگران کاربرد ندارد. علاوه بر این اختلاف ذوق و سلیقه و رغبت افراد هم در این زمینه تأثیرگذار است.

مثلاً گلبرگ های مختلف و رنگی را می خواهد که دیگران آن را نمی خواهند و ذوقشان تنوعی دیگر را ترجیح می دهد. بنابراین، این نیاز که انسان برخی از اشیاء خاص و مطلوب خود را بی نیاز و ذوق خودش به صنعتگران سفارش دهد به وجود آمد و منجر به پدید آمدن قرارداد شد که شخص سفارش ساخت کالای مورد نظر خود را به همراه تعیین عناصر قرارداد آن قیمت معین و در مدت معین به صنعتگر می داد و برای ساخت آن توافق می کردند. می توان فراموش نکردن مواد و عناصر لازم برای ساخت کالا به مقدار مورد نیاز برای سفارش را در مشکل بود باید این امر را به سازنده واگذار می کرد تا بر طبق سفارشات آن را تهیه کند در ساخت کالا به کار بندد.

دلیل رواج قرارداد سفارش ساخت این بود که عتد بیع و خرید و فروش کالاهای آماده پاسخ گوی احتیاجات مختلف و متنوع مردم نبود و استفاده از این قرارداد در زمینه هایی مثل ساخت کفش، بافت لباس، نقاشی، تزیین، ساخت ظروف و غیره رونق پیدا کرد.

در دوران معاصر به ویژه در اوائل قرن ۲۰ میلادی نیاز به خرید کالاهایی که آماده آن ها به خاطر وجود صفات یا کمیت های خاص وجود نداشت و یا در کارخانجات سفارش داده می شد افزایش یافت.

چنین سفارش هایی برای خرید بین شرکت های بزرگ تجاری و کارخانه های مشهور در کشورهای صنعتی به صورت یک مسأله اساسی در نظام اقتصادی گردید. افزایش مداوم جمعیت و در نتیجه افزایش درخواست کالاهای صنعتی و نوپدایی که اختراعات و فن آوری جدید آن ها را به وجود آورده و باعث راحتی زندگی، صرفه جویی در وقت و کم کردن مشکلات زندگی شده است توجه و رویکرد مردم به سمت این قرارداد را

بیشتر نموده است و همه جنبه‌های زندگی را فرا گرفته است و شامل بهداشت عمومی و خصوصی، پیشگیری و درمان، اغذیه و صنایع غذایی، خانه‌داری، تعلیم و تربیت، حمل و نقل، ارتباطات از راه دور، صنایع بزرگ و کوچک، لباس‌های متنوع، وسایل کشاورزی، مبارزه با حشرات و آفات، بسته‌بندی محصولات، سرگرمی و ورزش و مسائل روشنایی، تنظیف، گرم کردن و سرد کردن و منجمد کردن و غیره می‌شود این روش به عنوان هدف مشترکی بین صنعت و تجارت در تمامی دنیا جریان دارد و بسیار از تولیدات کارخانجات از طریق سفارش ساخته می‌شود.

بنا بر این سفارش ساخت، همانند سابق در قلمرو نیازهای شخصی محصور نیست بلکه می‌تواند افق‌های صنعتی در قلمرو وسیعی برای آن گشوده شود و در تولید کمیت‌های زیاد از دلایلی مثل نقش اساسی ایفا نماید.

استفاده از فنانیت در نظام بانکی به ویژه بانک‌های اسلامی نیز رونق چشمگیری داشته است. بانک‌های اسلامی برای اجتناب از ربا، تأمین مالی و سرمایه‌گذاری‌های خود را در قالب عقود شرعی انجام می‌دهند. یکی از این عقود که مورد استقبال بانک‌ها به ویژه در کشورهای عربی و بانک توسعه اسلامی قرار گرفته است قرارداد سفارش ساخت است. بانک اسلامی با ورود به این عرصه تأمین مالی پروژه‌های بزرگ و کوچک را به عهده می‌گیرد. نیز به امر تولید رونق بخشیده‌اند و در مقابل به سود مورد نظر خود بدون ربا، دسترس می‌یابند.

این امر به ویژه در پروژه‌های بزرگی همانند انبوه‌سازی ساختمان، تأسیس کارخانجات، هتل‌ها، بیمارستان‌ها، دانشگاه‌ها، مراکز تفریحی، انرها، سیلوها، سدسازی، راه‌سازی، حمل و نقل هوایی، دریایی و ریلی، کشاورزی کاربرد زیادی داشته است.

بانک ممکن است فقط سرمایه لازم برای یک پروژه معین را فراهم کند و ممکن است علاوه بر این امر ساخت و یا تکمیل یک پروژه را خود بر عهده گیرد.

مطالب مقدمه را در عناوین زیر مطرح می‌نمائیم:

الف. مفهوم سفارش ساخت

سفارش ساخت که در عربی به آن استصناع گفته می‌شود عبارتست از این که متقاضی یا سفارش دهنده کالا یا شیئی معین به سازنده یا صنعتگر، سفارش ساخت آن کالا یا شیئی را بدهد تا سازنده با مواد و لوازم خود آن را بسازد. ممکن است در هنگام سفارش، قیمت کالا پرداخت شود و ممکن است پس از مدتی از سفارش یا حتی پس

از اتمام ساخت و تحویل به سفارش دهنده پرداخت شود همچنین ممکن است پرداخت به صورت اقساطی باشد.

به طور معمول، سازنده با موادی که دارد یا تهیه می‌کند، کالای مورد نظر را بر طبق اوصاف و شرایط می‌سازد اما ممکن است کالای سفارش شده را از قبل داشته باشد و به سفارش دهنده تحویل دهد و یا کالای مورد نظر را از بازار تهیه کرده و تحویل دهد. همچنین سفارش ساخت ممکن است برای اصلاح یا تکمیل کالا یا لوازم صورت گیرد. سازنده با موادی که تهیه می‌کند کالای مورد نظر را اصلاح یا تکمیل نماید.

سفارش ساخت نه تنها درباره ساخت کالا و لوازم صادق است بلکه درباره امور فکری و معنوی همانند ساخت طرح، نقشه، نرم‌افزارهای رایانه‌ای، تألیف کتاب و غیره نیز مفهوم پیدا می‌کند. سفارش ساخت در این زمینه نیز مطرح شده است. گرچه بررسی سفارش ساخت را وعده دانسته‌اند اما نظر مشهور و معروف سفارش ساخت را قرارداد می‌دانند و با در این کتاب به بررسی ماهیت و احکام قرارداد سفارش ساخت می‌پردازیم.

ب. پیشینه سفارش ساخت

سفارش ساخت در فقه امامیه جایگاه خاصی ندارد. در بین علماء شیخ طوسی این مسأله را مطرح نموده و آن را باطل دانسته است و برای بطلان آن به ادله‌ای مثل اجماع استناد نموده است و بر اهل سنت که سفارش ساخت را صحیح می‌دانند اشکال گرفته است.^۱ از ظاهر عبارات شیخ طوسی روشن می‌گردد که سفارش ساخت را عقد فاسد دانسته است. برخی نیز مانند ابن حمزه در وسیله را این می‌دانند که جامع للشرایع آن را عقد صحیح جایز دانسته‌اند که برای طرفین معامله الزامی و نافذ دارد.^۲ در مجموع مطالبی که در کتب قدما درباره سفارش ساخت مطرح گردید، به یک حدیث نمی‌رسد. بعد از این موارد، علمای بعدی متعرض این مسأله نشده‌اند و به طور کلی بحث از آن معقول مانده است، شاید به دلیل اجماعی که شیخ مطرح کرده است نیز به طریح این می‌بحث نمی‌دیده‌اند.

اما در بین فقهای متأخر برخی به طرح این بحث پرداخته و در جستجوی راه حلی برای توجیه قرارداد سفارش ساخت برآمده‌اند. از جمله این مباحث مقاله‌ای است که

۱. طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵. نیز المیوط، ج ۲، ص ۱۹۴.

۲. الانصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج ۲، ص ۳۲۴.

آیت‌الله مؤمن و آیت‌الله‌هاشمی شاهرودی در این زمینه ارائه نموده‌اند.^۱ همچنین برخی از اساتید حوزه علمیه قم، در درس خارج فقه به مناسبت موضوعاتی مانند اجاره به بحث از سفارش ساخت پرداخته که در تحقیق به آن‌ها اشاره شده است. در حقوق ایران نیز سفارش ساخت به عنوان مبحث مستقلی مطرح نشده است و در کتب حقوقدانان به چشم نمی‌خورد، گرچه برخی از حقوقدانان در ذیل مبحث بیع یا اجاره، به سفارش ساخت اشاره کرده‌اند.

در ال‌های اخیر پایان‌نامه‌هایی در سطح کارشناسی ارشد درباره سفارش ساخت تدوین شده است. یکی از این پایان‌نامه‌ها در دانشگاه قم و دیگری در دانشگاه امام صادق (ع) به انجام رسیده است که کلیاتی از مباحث سفارش ساخت را مطرح نمودند.

همچنین دلیل کاربرد سفارش ساخت در نظام بانکی و نیاز سیستم بانکی به وجود چنین فرآیندی برای تسهولت امور بانکداری، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی اخیراً اقدام به انجام تحقیق درباره این قرارداد و به دست آوردن نظرات فقهی و حقوقی درباره آن نمود. نتیجه این جریان است. برخی از اقتصاددانان قوی از منظر علم اقتصاد این موضوع را مورد بررسی قرار داده‌اند.

اما در فقه اهل سنت، سفارش ساخت سابقه طولانی دارد و به طور وسیع و گسترده مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در کتب فقهی اهل سنت در ذیل بحث از قرارداد بیع یا سلم، معمولاً سفارش ساخت تحت عنوان استصناع مطرح گردیده است و نظریات مطرح شده، ادله، شرایط و احکام و آثار آن در مذاهب مختلف بیان گردیده است.

مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی نیز جلساتی در زمینه بحث و بررسی سفارش ساخت و چگونگی استفاده از این قرارداد در عصر حاضر پرداخته که در آن فقها و حقوقدانان مقالات علمی را ارائه نموده‌اند.

حقوقدانان اهل سنت نیز به تبع از فقه اهل سنت این مسأله را در باب حقوقی خود مطرح ساخته و برخی کتاب، مقاله یا رساله خاصی را به آن اختصاص داده‌اند.

۱. مؤمن، محمد، استصناع (قرارداد سفارش ساخت)، مجله فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۲۰۱؛ هاشمی شاهرودی، سید محمود، عقد استصناع، مجله فقه اهل بیت، سال پنجم، شماره ۱۹ و ۲۰، ص ۳.

همچنین این قرارداد از نظر اقتصادی نیز مورد بحث قرار گرفته و کتاب‌های زیادی درباره نحوه به کارگیری سفارش ساخت در سیستم بانکی در کشورهای اسلامی نگارش یافته است.

در حقوق خارجی و غربی نیز استفاده از سفارش ساخت در ذیل بحث‌هایی مانند بیع، اجاره و پیمانکاری مطرح شده است. برخی نیز مقاله یا رساله خاصی را به بیان این موضوع اختصاص داده‌اند.

چنانچه بین شد یکی از روش‌های انجام معامله برای دستیابی به کالا یا شیء مورد نظر به صورت و ویژگی‌های معین سفارش آن کالا یا شیء به سازنده و صنعتگر است که به عنوان سفارش ساخت مطرح شده و در عرف نیز بین مردم رواج دارد. بین سفارش دهنده و سازنده یک رابطه معاملی ایجاد می‌شود و درباره این رابطه سؤالات زیر مطرح می‌گردد:

۱. ماهیت این رابطه معاملی چیست؟ آیا بر عهده از عقود و قراردادهای معین منطبق می‌شود یا قراردادی مستقل و جداگانه است؟

۲. احکام و آثار مربوط به این رابطه معاملی چیست و حقوق و وظایف طرفین این رابطه چگونه است؟

۳. آیا استفاده از سفارش ساخت معهود و موارد خاص و معین است یا می‌توان در زمینه‌های مختلف از آن بهره برد؟ آیا سفارش ساخت می‌تواند راه‌حلی برای نظام بانکداری در حل فقهی و حقوقی معاملات و قراردادهای مورد باشد.

این تحقیق جنبه تطبیقی دارد و به همین دلیل سفارش ساخت را در فقه امامیه و حقوق ایران، فقه و حقوق اهل سنت و حقوق خارجی مورد بررسی قرار داده‌ایم.

مباحث کتاب را در دو بخش مطرح نموده‌ایم. بخش اول به بررسی ماهیت قرارداد سفارش ساخت پرداخته و بخش دوم احکام و آثار، کاربرد و رویه قضایی سفارش ساخت را بیان می‌کند.

به تناسب هر بخش، مطالب مورد نظر تا حد امکان در زیر یک عنوان مورد بررسی قرار گرفته که از آن تعبیر به فصل گردیده است و با توجه به این که عنوان فصل نیز تقریباً یک عنوان جامعی بین موضوعات بوده و بر هر یک از آن‌ها نیز قواعد خاصی حاکم می‌باشد بنابراین هر فصل را در قالب چند مبحث مورد مطالعه قرار داده‌ایم و هر مبحث نیز به تناسب گستردگی موضوعات به چند گفتار و هر گفتار نیز به چند بند تقسیم شده است.