

# مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)

سید علی علوی قزوینی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۱/۲۸

استادیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

تاریخ تأیید: ۹۲/۰۶/۲۳

عبدالله شفاعی<sup>۲</sup>

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران

## چکیده

قرارداد استصناع، امروز گسترش بسیار یافته است و تحقیقات بسیاری هم در مورد آن سامان یافته است. پس از تعیین ماهیت قرارداد استصناع، تعیین زمان انتقال مالکیت کالا به سفارش‌دهنده، مهم‌ترین مسئله در عقد استصناع است. آیا انتقال مالکیت در زمان انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد، یا همزمان با ساخت کالا مالکیت آن به تدریج به سفارش‌دهنده منتقل می‌گردد؟ و یا با تسلیم کالای ساخته‌شده، مالکیت آن نیز منتقل خواهد شد؟ انتقال ضمان معاوضی، استحقاق عوض، به وجود آمدن حق عینی و به تبع آن به وجود آمدن حق حبس برای سازنده، مالکیت منافع از زمان ساخت تا زمان تسلیم و همچنین هزینه‌های نگهداری و انبارداری و ... همه مسائلی است که با تعیین زمان انتقال کالا در قرارداد استصناع روشن می‌شود. نظر به قانون «پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹»، در حقوق ایران گرایش غالب بر بیع بودن استصناع است و برخی هم آن را مقاوله (بیمان) دانسته‌اند. حقوق افغانستان، مصر و عراق استصناع را مقاوله (بیمان) می‌دانند. از نظر این تحقیق تردید در ماهیت این قرارداد و تصحیح آن به روش‌های مختلف - کما اینکه بسیاری از محققان کرده‌اند - نه تنها به حل مسائل مطرح شده کمک نمی‌کند، بلکه در عمل موجب مشکلات، حیرت و سردرگمی می‌شود. تحقیق حاضر، در پی آن است که راه حل عملی واحدی را برای تعیین زمان انتقال مالکیت در عقد استصناع بیابد، که هم با عدالت و نیازهای زمانه سازگار بوده و هم با مبانی حقوقی در این زمینه منطبق باشد. فرضیه تحقیق بر این مطلب استوار است که عقد استصناع، نه بیع است و نه مقاوله (بیمان)؛ بلکه عقد مستقلی است که در آن زمان انتقال مالکیت زمان تکمیل ساخت و به وجود آمدن کالا می‌باشد. واژگان کلیدی: استصناع، پیش‌فروش، بیع مال آینده، مقاوله (بیمان‌کاری)، انتقال مالکیت، ماهیت قراردادی، عقد مستقل

1. Email: saalavi@ut.ac.ir

2. Email: ab.shafae@gmail.com

« نویسنده مسئول »

## مقدمه

اندیشه استفاده از عقود اسلامی در بانکداری و عملیات سایر مؤسسات مالی، بیش از نیم قرن سابقه دارد. گرایش مؤسسات مالی و بانکی کشورهای اسلامی و حتی غیراسلامی به معاملات در چارچوب عقود اسلامی، در جهت افزایش قدرت انتخاب مشتری و جذب مشتریان مسلمان که از انجام معاملات ربوی اکراه دارند، سبب شد که عقود اسلامی از جمله استصناع اهمیت و رونق روز افزون بیابد. هنوز ابعاد حقوقی و اقتصادی این عقود کاملاً روشن نیست و جای تحقیق بیشتر دارد. از حدود سه دهه پیش، به موازات رونق یافتن معاملات استصناعی در جهان اسلام، تحقیقات متعددی در زمینه عقد استصناع انجام یافته که موضوع غالب آن‌ها اثبات مشروعیت، صحت، ارکان و شناخت ماهیت حقوقی آن بوده است.

آیا انتقال مالکیت در زمان انعقاد قرارداد است، یا انتقال همگام با ساخت به تدریج منتقل می‌گردد یا با تسلیم کالای ساخته‌شده، مالکیت آن به سفارش‌دهنده منتقل خواهد شد؟ سفارش‌دهنده چه زمانی نسبت به عین، منافع و ثمرات عین حق پیدا می‌کند؟ انتقال ضمان معاوضی و ریسک چگونه خواهد بود؟ چه کسی و از چه زمانی مسئول هزینه‌ها و مخارج نگهداری مال ساخته‌شده می‌باشد؟ آیا سفارش‌دهنده فقط می‌تواند مطالبه جبران خسارت نماید یا می‌تواند، خواهان استرداد عین مال گردند؟ با تعیین زمان انتقال مالکیت، پاسخ همه پرسش‌های فوق مشخص خواهد شد.

تشخیص زمان انتقال مالکیت در قرارداد استصناع، به شناخت ماهیت آن بستگی دارد.<sup>۱</sup> شاید کمتر قراردادی را بتوان یافت که در تعیین ماهیت آن چنین اختلاف نظر باشد. حقوقدانان و فقیهان در مورد اعتبار و ماهیت این عقد، نظرات متفاوت داده‌اند؛ برخی آن را عقد باطل دانسته (الطوسی، ۱۴۱۱: ۲۱۵/۳) و بعضی نیز آن را به عنوان وعده (السیواسی، بی‌تا: ۱۱۵/۷)، بیع (همان، ۱۱۶/۷)، اجاره (السرخسی، ۱۴۰۶ / ۱۹۸۶: ۱۵ / ۱۳۹)، سلم (الإمام مالک، ۱۳۲۳هـ ق: ۱۸/۴؛ الإمام الشافعی، ۱۴۰۳ / ۱۹۸۳: ۳ / ۱۳۴)، و ... شناسایی کرده‌اند. بعضی هم عقد مستقل (مجمع الفقهی الاسلامی، ۱۴۱۲ / ۱۹۹۲ م: ج ۲ / ش ۲۲۳ / ۷؛ صادقی، ۱۳۸۵: ۲۷۸؛ نظریور، ۱۳۹۰: ۱۶۳) پیشنهاد کرده‌اند. این تشتت آراء، نشان از اختلاف نظر در تطبیق مبانی، از جمله اصل آزادی قراردادی، توقیفی بودن عقود، صحت بیع مال آینده و نحوه تطبیق عمومات دارد. موضوع انتقال مالکیت را بر اساس دیدگاه‌های متفاوت در ماهیت استصناع بررسی خواهیم کرد.

1. "The most important question in connection with future goods, the passing of the property, will be dealt" (Atiyah & Adams & Macqueen, 2001: 73).

## ۱- استصناع، بیع مال آینده

بیع مال آینده، بیعی است که مبیع در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد، ولی بایع تعهد می‌کند که آن را فراهم نموده و در موعد مقرر تحویل دهد. مانند نجاری که یک دست مبل می‌فروشد که دو ماه بعد تحویل دهد. این مبل‌ها باید در آینده ساخته شود، تاریخ تشخیص مبیع بعد از بیع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۲۸/۱). موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی‌الذمه با مصادیق متعدد که در آینده ایجاد می‌شود است، بلکه شامل کالایی که باید منحصرأً برای خریدار ساخته شود، نیز می‌گردد (پیرهادی، ۱۳۹۰: ۱۱۸).

### ۱-۱- ماهیت و انتقال مالکیت استصناع در حقوق ایران

#### ۱-۱-۱- بیع مال آینده، پیش‌فروش ساختمان و استصناع

در حقوق ایران نظر غالب آن است که استصناع، بیع کالای آینده می‌باشد. منطقی است، ابتدا بیع مال آینده را در حقوق ایران بشناسیم.

الف- بیع مال آینده: هر چند مفهوم عرفی بیع، بر بیع کالای آینده صادق است و مشمول عموماً وفای به عقد قرار می‌گیرد. در این نوع بیع مبیع هنگام انعقاد عقد وجود ندارد و بعداً به وجود آمده و یا تولید و ساخته خواهد شد (اردبیلی، ۱۴۱۱: ۲۰۹)؛ (سرخسی، ۱۴۰۶: ۱۹۴/۱۲)؛ (جوهری، ۱۴۱۹: ۱۷۸). به نظر می‌رسد مشروعیت بیع کالای آینده در حقوق ایران پذیرفته است. اولاً، مفاد ماده ۳۶۱ قانون مدنی که وجود مبیع در زمان عقد را لازم می‌داند ناظر به بیع عین معین است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۳۰۹)؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱/۳۷۵)، چون در این بیع برحسب قصد متعاملین که خواسته‌اند عین شخصی واقع در خارج را مورد معامله قرار دهند، مبیع مورد نظر باید هنگام عقد وجود خارجی داشته باشد و گرنه طبق قاعده «العقود تابعة للقصد»، بیع باطل خواهد بود. اما در بیع کالای آینده روشن است که متعاملین چنین قصدی ندارند و برعکس خواسته‌اند، مبیع در موعده معین بعد از عقد و پس از به وجود آمدن و تولید در ملک مشتری درآید.

ثانیاً، مواردی در قانون می‌توان یافت که مال آینده را می‌توان مورد معامله قرارداد، ماده ۸۴۲ قانون مدنی که در آن وصیت نسبت به مالی که هنوز به وجود نیامده جایز دانسته شده است، به شرط اینکه موصی به، صلاحیت وجود در آینده را داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۳۹۱/۲). بیع ثمره بعد از ظهور آن، تملیک منفعت آینده (اجاره)، بیع سلم و سلف از موارد دیگری است که مبیع کالای آینده می‌باشد. هر چند بحث ما در مورد بیع مال آینده است، اما اختصاص انجام معامله به

مال آینده، به موارد ذکر شده، قانع کننده نیست. لذا می توان از آن ها الغای خصوصیت نمود و از ملاک آن ها در مورد بیع نیز قرینه سازی نمود و بیع کالای آینده را صحیح دانست. ثالثاً، اگر پیش فروش آپارتمان همان بیع مال آینده باشد، همان طور که برخی استادان گفته اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۴/۱)، تصویب قانون پیش فروش ساختمان در ایران به تردیدها در مورد جواز و مشروعیت بیع کالای آینده خاتمه داده است. بنابراین می توان حکم به جواز بیع اشیای آینده کرد، مشروط بر اینکه مبیع صلاحیت وجود در موعد مقرر را بر حسب محاسبات عرفی داشته باشد.

ب- پیش فروش ساختمان نوعی استصناع: در تاریخ ۱۲ دی ماه سال ۱۳۸۹ قانونی تحت عنوان «قانون پیش فروش ساختمان» به تصویب مجلس شورا رسید. گذشته از آن هیأت وزیران بخش هایی را به «آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا» مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ الحاق نمود. بخش ۱۴ این آیین نامه به استصناع اختصاص یافته است.<sup>۱</sup> سپس در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ دستورالعمل اجرایی آن نیز توسط شورای پول و اعتبار تصویب و به بانکها ابلاغ گردید.<sup>۲</sup>

در مورد رابطه قرارداد پیش فروش ساختمان و استصناع هر چند برخی باور دارند (که ماهیت استصناع و پیش فروش ساختمان متفاوت است) به زعم وی، مصادیق استصناع مال منقولی است که ساخته نشده است. در حالی که در پیش فروش آپارتمان فروشنده مالک هسته اولیه (زمین) است و بیع به صورت معدوم ممکن الوجود واقع می شود و مالکیت معدوم به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می گیرد (پیرهادی، ۱۳۹۰: ۱۲۸). اما این دیدگاه قابل نقد است. زیرا اولاً، مدعی نظر فوق توجیهی بر ادعای خود اقامه ننموده است، شاید مثال هایی که در کتب فقهی برای استصناع گفته اند و غالباً در مورد اموال منقول است، باعث شده باشد، تصور شود که استصناع به اموال منقول اختصاص دارد. روشن است، مثال های مذکور به نیاز و عرف رایج در آن زمان ها ناظر بوده است. گذشته از آن، در هیچ متن فقهی و حقوقی چنین محدودیتی برای کاربرد استصناع، نیافته ایم. بنابراین استصناع اختصاص به اموال منقول ندارد، بلکه اموال غیرمنقول نظیر خانه و آپارتمان را نیز می توان با قرارداد استصناع ساخت. ثانیاً، این سخن که مالکیت ساختمان به تبع سلطه یا مالکیت بر زمین صورت می گیرد، نیز صحیح نمی باشد. زیرا تبعیت ساختمانی که در آینده، روی زمین دیگری ساخته می شود، در مالکیت، غیرقابل قبول است. تبعیت مالکیت ساختمان از مالکیت زمین و این استدلال که چون زمین موجود است، پس

1. <http://www.cbi.ir>

2. <http://www.cbi.ir/showitem/8426.aspx>

بیع ساختمانی که روی آن ساخته خواهد شد، صحیح می‌باشد. در قانون ایران و فقه امامیه، برخلاف حقوق مصر و افغانستان، هیچ مبنا و مستندی ندارد. در زندگی امروزی، معمولاً مالکیت زمین تابع ملکیت ساختمان است؛ هر گاه آپارتمانی فروخته شود، خریدار در حقوق ارتفاق، نیز فضا و قرار آن، به صورت مشاع با سایر مالکان شریک می‌گردد. فقیهان و حقوقدانان بسیاری استصناع را بیع مال آینده دانسته‌اند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۰۱)؛ (قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۴)؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲۷)؛ (جعفرپور، ۱۳۷۸: ۴۵). قرارداد پیش‌فروش را می‌توان در زمره قرارداد سفارش ساخت (استصناع) قرارداد، در ضمن قرارداد استصناع نوعی بیع است (علیزاده، ۱۳۸۳: ۶۳). این نظر که پیش‌فروش ساختمان از یک طرف بیع مال آینده باشد و از سوی دیگر پیش‌فروش ساختمان قرارداد استصناع باشد، نیاز به بررسی بیشتر دارد.

ج- بررسی ماهیت استصناع در قانون پیش‌فروش ساختمان: به استناد عرف رایج، پیش‌فروش، خود بیع است. عرف در انتقال مالکیت جز همان قرارداد پیش‌فروش، عمل حقوقی دیگری را لازم نمی‌شمارند. قانون پیش‌فروش ساختمان نیز در ماده ۱۳ به این عمل عرف مهر تأیید زده است و پرداخت اقساط یا عوض قراردادی توسط پیش‌خریدار را در مالک شدن وی به نسبت عوض پرداختی کافی دانسته و عمل حقوقی دیگری لازم نشمرده است.

بعضی محققان به استناد ماده یک قانون پیش‌فروش ساختمان، ادعا نموده‌اند: استصناع عقد عهدی و قرارداد پیمان می‌باشد (نظرپور و محمدی، ۱۳۹۰: ۳۹). «هر قراردادی که با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید، از نظر مقررات این قانون، قرارداد پیش‌فروش ساختمان محسوب می‌شود». به نظر آن‌ها قانون پیش‌فروش ساختمان، به‌رغم عنوان ظاهری‌اش باید در زمره قراردادهای پیمان قرارگیرد؛ چرا که ماهیت این عمل حقوقی تعهد به ساخت، تکمیل و انتقال مالکیت است و این مفاد دقیقاً همان قرارداد پیمان است. لذا، باید به قانونگذار به خاطر عنوانی که برای این عمل حقوقی انتخاب کرده است، خرده گرفت که در نامگذاری این عمل حقوقی از عنوان عرفی بازاری آن تبعیت کرده است، نه از ماهیت دقیق حقوقی آن. پس از تصویب این لایحه توسط قانونگذار باید آن را نوعی به رسمیت شناختن قراردادهای پیمان در حوزه خصوصی تلقی کرد (همان، ۶۵).

اما واقعیت این است که ماده مذکور در صدد بیان قلمرو قانون پیش‌فروش بوده، نه تبیین ماهیت قراردادی آن. «تعهد» به کار رفته در این ماده در معنای اعم از تملیکی و عهده‌ی می‌باشد. عبارت «از ابتدا یا در حین احداث ... به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید» شاهد مدعاست. در این قرارداد ممکن است مالکیت از «ابتدا» به پیش‌خریدار منتقل گردد و تملیکی باشد. کلمه تعهد در این ماده دلیل آن نیست که پیش‌فروش ساختمان عقد عهده‌ی می‌باشد.

مطابق مفاد ماده ۱۳ قانون مذکور، مالکیت در پیش‌فروش ساختمان، به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی به پیش‌خریدار منتقل می‌گردد. این تعبیر اگر چه صراحت در بیع بودن قرارداد پیش‌فروش ندارد، اما می‌توان بیع بودن را از آن استنباط نمود، چرا که تملیکی بودن نتیجه و اثر عقد بیع می‌باشد. سند رسمی که پس از ایفاء تعهدات تنظیم می‌گردد، مانع از آن نیست که قرارداد پیش‌فروش افاده مالکیت نماید، چرا که اگر چنین بود، صدر و ذیل ماده با هم در تعارض قرار می‌گرفت. بنابراین با پرداخت اقساط مالکیت منتقل می‌شود. تنظیم سند رسمی، تشریفات قانونی برای ایجاد نظم و ثبات در معاملات است، نه سبب انتقال مالکیت. به همین دلیل ماده ۱۹ آن قانون می‌گوید: «پس از انتقال قطعی واحد پیش‌فروش شده و انجام کلیه تعهدات، قرارداد پیش‌فروش از درجه اعتبار ساقط و طرفین ملزم به اعاده آن به دفترخانه می‌باشند». به نظر می‌رسد قانونگذار با تنظیم سند رسمی مالکیت می‌خواهد، سند عادی که قرارداد پیش‌فروش بود را از درجه اعتبار ساقط کند، تا یک ملک دو سند نداشته باشد و تعهدات طرفین نسبت به هم انجام یافته تلقی می‌گردد. با قراردادن ماده ۱۹ در کنار ماده ۱۳ پیش‌گفته که انتقال مالکیت را قبل از تنظیم سند دانسته است، استفاده از تعبیر «انتقال قطعی» که در ماده ۱۹ به کار رفته است، به معنای این نیست که قبل از تنظیم سند انتقال صورت نگرفته است.

بنابراین، قانونگذار عنوان «پیش‌فروش» را برای قانون فوق، آگاهانه و حساب شده انتخاب کرده است، نه از سر غفلت و پیروی از ادبیات کوچه و بازار، آن چنانکه منتقد گفته بود. قانونگذار در این انتخاب، سیاست حمایت از مصرف‌کننده را پیگیری می‌کند. این قانون نمونه آشکاری از تأثیر دکترین و عقاید اندیشمندان بر نظام حقوقی می‌باشد. مدت‌ها پیش از این دکتر کاتوزیان در تحلیل ماهیت قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌گوید: «... دو طرف سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبرو نمی‌شود. زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی

صورت می‌گیرد که مبیع موجود است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۵/۱). در نهایت مبنای سخن خویش را در انتخاب این دیدگاه اعلام نموده و می‌گوید: «آنچه گفته شد، برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده در برابر مؤسسه‌های بزرگ ساختمانی ضرورت دارد و به مصلحت عمومی است ... در قراردادهای ساختمانی، یک سوی عقد سازمانی مجهز با قراردادهای نمونه و مشاوران حقوقی ورزیده است و سوی دیگر آن، اشخاصی که به مسکن نیاز دارند و به سادگی فریفته تبلیغات شرکت‌های بزرگ ساختمانی می‌شوند. پس در قرارداد خصوصی آن دو، نفع مصرف‌کننده نیازمند، تأمین نمی‌شود. اگر قرارداد فروش آپارتمان تنها به شکل تعهد بر ساختن و انتقال دادن باشد، فروشنده توانا می‌تواند با پول نیازمندان کاخی بلند بسازد و به صاحبان اصلی نیز انتقال ندهد ... وجدان حقوقدان چنین عدالتی را نمی‌پسندد و باید راهی برای گریز از آن ببیند. در این تلاش باید به هدف (عدالت) بیش از وسیله اندیشید و قوانین را به گونه‌ای تفسیر کرد که از قالب کهن درآید و به حرکت ادامه دهد» (همان، ۳۷۹). از گزینه تعبیراتی نظیر «تملیک»، «مبیع» یا «فروشنده توانا» و «قرارداد فروش» که در بیان فوق وجود داشت، بر می‌آید که ایشان قرارداد پیش‌فروش ساختمان را عقد بیع می‌دانند.

قانونگذار ایران تحت تأثیر مصلحت‌سنجی و جذب عدالت، قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بیع دانسته است، چرا که حقوق مصرف‌کننده آسیب‌پذیر در برابر شرکت‌های بزرگ ساختمانی، با بیع دانستن آن بهتر تأمین می‌گردد. به این ترتیب قانونگذار در تکاپوی عدالت قانون مذکور را این گونه تنظیم نموده و قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بیع دانسته است. این نظر، با بیع دانستن قرارداد استصناع که فقیهان گفته‌اند نیز سازگار است.

#### ۱-۲- انتقال مالکیت در عقد استصناع در حقوق ایران

زمان انتقال مالکیت در قرارداد کالای آینده و از جمله موضوع قرارداد استصناع نیز محل تضارب آراء می‌باشد. تردیدی نیست که در حقوق ایران بیع، عقد تملیکی بوده و تملیک اثر مستقیم و بی‌واسطه عقد می‌باشد. این اثر در مبیع عین معین، فوری است.

سؤال مهم این است که آیا موضوع استصناع کلی است یا عین معین؟ دکتر کاتوزیان معتقدند: «مبیع در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نه عین معین است و نه کلی، لیکن شباهتش به کلی بیشتر است، چرا که نمی‌توان تصور کرد که دو دستگاه آپارتمان کاملاً و از همه جهات شبیه به هم باشد، اگر در مصالح و نقشه و ساخت مثل هم باشد، در موقعیت و جهت متفاوت خواهد بود» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۴/۱). این نظر که مبیع در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، نه

عین معین، نه کلی، و شبیه کلی باشد، قابل انتقاد است، چرا که مبیع یا کلی است یا عین معین، شبیه کلی در جهان حقوق ناشناخته است.

در صورتی که کلی فی‌الذمه و کالای آینده موضوع عقد استصناع باشد، در زمان انتقال مالکیت میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند به مجرد وقوع بیع، مالکیت به خریدار منتقل می‌گردد و برخی دیگر بر این باورند که انتقال مالکیت پس از بیع، با تأخیر صورت می‌گیرد و منوط به تعیین (به نظر برخی، تسلیم) است.

#### ۱-۲-۱- انتقال فوری مالکیت

برخی استادان گفته‌اند: در انتقال مالکیت تفاوتی بین بیع عین معین، کلی فی‌الذمه و کلی در معین وجود ندارد. در مورد عین معین هیچ تردیدی وجود ندارد که مالکیت در زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۶)؛ (قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۴)؛ (قنواتی، وحدتی شبیری، عبدی‌پور، ۱۳۷۹: ۱۴۱). قانونگذار مدنی ایران به تبعیت از فقهاء عقد بیع را مطلقاً اعم از آنکه مبیع کلی باشد یا عین معین، تملیکی دانسته است (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۶). مالکیت شخص نسبت به مافی‌الذمه دیگری از طریق قراردادهایی نظیر بیع و نیز از طریق ضمانات قهری بی‌تردید امکان‌پذیر است؛ بر این اساس آنچه در ذمه وجود دارد، از مصادیق ملک و دارایی عینی شخص محسوب می‌شود. فقهای امامیه که عقد بیع کلی فی‌الذمه را تملیکی دانسته‌اند، معتقدند مشتری، مالک مافی‌الذمه بایع خواهد شد و فروش عین کلی می‌تواند از مصادیق عقد تملیکی باشد (خویی، ۱۳۷۷: ۲۱/۲).

بر اساس این دیدگاه، در عین معین و کلی، انتقال مالکیت همزمان با انعقاد عقد صورت می‌گیرد. به بیان دیگر سفارش‌دهنده به محض انعقاد مالک مال سفارش داده شده می‌گردد، و می‌تواند پیش از تعیین و تسلیم آن را بفروشد و به محض ساخته‌شدن و پیش از تسلیم برای سفارش‌دهنده حق عینی بر مال ایجاد می‌شود.

#### ۱-۲-۲- انتقال مالکیت با تأخیر

در مقابل غالب حقوقدانان ایرانی در تفسیر بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی، این ماده را مختص به بیع عین معین دانسته و گفته‌اند: نباید پنداشت که انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع است. تملیک انجام می‌شود اما بدین شرط که موضوع قرارداد قابلیت آن را داشته باشد. در بیع کلی تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود، خریدار نمی‌تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳)؛ (شهیدی، ۱۳۸۴: ۳۲)؛



(امامی، ۱۳۴۰: ۴۸۸). در بیع کلی اتفاق نظر دارند، ملکیت با انعقاد عقد انتقال نمی‌یابد؛ اما در اینکه برای انتقال ملکیت مبیع، تعیین مبیع کافی است، یا علاوه بر تعیین مبیع تسلیم آن نیز شرط است، اختلاف نظر دارند.

بر این اساس گفته‌اند: به مجرد انعقاد استصناع، سازنده مکلف به تهیه مواد اولیه ساخت و تحویل کالای مورد سفارش به سفارش‌دهنده می‌گردد و تا قبل از ساخته شدن آن، کالا در ملکیت صانع باقی می‌ماند و به ملکیت خریدار در نخواهد آمد (سیفی زیناب و حسن‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۷۷). عقد استصناع مقتضی انتقال مالکیت است، اما به دلیل موجود نبودن کالا که مانع طبیعی بر سر راه انتقال مالکیت است، مواد اولیه در ملکیت صانع باقی خواهد ماند و تا لحظه ساخت به مستصنع منتقل نخواهد شد.

در این بیع همانند بیع کلی در ذمه قاعده انتقال مالکیت به مجرد تراضی قابلیت اجرا ندارد، زیرا هنگام انعقاد عقد مبیع وجود خارجی ندارد و لذا نمی‌تواند موضوع حق مالکیت قرارگیرد.

اگر مبیع آینده عین شخصی باشد و در آینده در قالب یک عین معین وجود پیدا نماید، مشتری به محض اتمام ساخت و تولید و هنگامی که مبیع به صورت قطعی قابلیت تسلیم و تسلّم را دارا شد، مالک آن می‌شود و احتیاج به وقوع تسلیم نیست، زیرا اصل رضایی بودن عقد بیع و انتقال مالکیت به مجرد عقد، تنها در صورتی با عدم قابلیت اجرا مواجه می‌شود که امکان مادی تسلیم وجود نداشته نباشد.

در مسئله مورد بحث عدم امکان تسلیم فقط تا هنگامی صادق است که مبیع وجود بالفعل نیافته باشد، به محض اینکه وجود عینی و مادی پیدا نمود و فعلیت یافت مانع برطرف شده و انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد و احتیاجی به تحقق تسلیم نخواهد بود. البته متعاملین می‌توانند برخلاف این قاعده تراضی کرده و انتقال مالکیت را به زمان دلخواه خود مقید سازد.

واقعیت آن است که دیدگاه بیع دانستن قرارداد استصناع، با اشکالات بسیاری مواجه است؛ اولاً، قرارداد استصناع عقدی است که موضوع آن هم کار صنعتگر و هم عینی است که وی قرار است بسازد. در نتیجه بیع دانستن این قرارداد فقط یک بخش از قرارداد استصناع (عین) مد نظر قرار می‌گیرد و از جنبه دیگر آن (کار و مهارت صنعتگر) غفلت شده است. چه اینکه اگر صنعتگر کالای مورد سفارش را قبلاً ساخته داشته باشد و به سفارش‌دهنده تحویل دهد، این قرارداد عقد استصناع نخواهد بود. در قرارداد استصناع نیاز متنوع سفارش‌دهنده، کار صنعتگر ماهر و مواد و

اوصاف کالای ساخته شده در انعقاد قرارداد استصناع به گونه‌ای دخیل است. نادیده گرفتن عنصر کار و مهارت سازنده، نقص این نظر می‌باشد. ثانیاً، نظر به اختلافی که در زمان انتقال مال کلی در ذمه در حقوق ایران وجود داشت، در مسأله تعیین زمان انتقال مالکیت در قرارداد استصناع نیز عین اختلاف بروز خواهد کرد، چرا که مبیع در قرارداد استصناع نیز کلی است که بر ذمه سازنده تعلق گرفته است. در اینکه ملکیت در زمان عقد نسبت به ذمه سازنده صورت خواهد گرفت، یا زمان ساخت و تکمیل آن، که زمان تعیین و تشخیص مبیع است، یا زمان تسلیم مال که در میان حقوقدانان طرفدارانی دارد، زمان انتقال مالکیت در عقد استصناع حل نشده، باقی می‌ماند.

## ۲- انتقال مالکیت بیع کالای آینده در حقوق انگلیس

لغت‌نویسان اصطلاحات (Custom built و Custom order, Manufacturing, Sale Of Goods) را برای استصناع و سفارش ساخت کالا به کار برده‌اند (راسترو، ۱۳۸۴)؛ (گلریز، ۱۳۸۰). به نظر آن‌ها متعاقبان آنچه را هنگام عقد در نظر دارند عمل سازنده نیست بلکه شیء ساخته شده است (شنبه، ۲۰۰۸: ۳۲)؛ (سنهوری، ۱۹۶۴: ۲۵/۷).

### ۲-۱- بیع مال آینده

در حقوق انگلیس مطابق بند (۱) ماده ۵ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹م. کالایی که موضوع عقد بیع را تشکیل می‌دهد، هم می‌تواند کالای موجودی باشد که تحت تملک و تصرف فروشنده است و هم کالایی باشد که قرار است پس از وقوع بیع توسط فروشنده تحویل شده یا تولید شود که در این قانون به آن کالای آینده گفته می‌شود (Benjamin, 2006: 67). بر اساس این بند در حقوق انگلیس کالا به دو نوع تقسیم شده است: «کالای موجود»<sup>۱</sup> و «کالای آینده»<sup>۲</sup>. کالای موجود می‌تواند معین<sup>۳</sup> یا غیرمعین<sup>۴</sup> باشد (Chitty, 1968: 682). مطابق بند (۱) ماده ۶۱ قانون بیع کالا، کالای معین عبارت از کالایی است که همزمان با انعقاد عقد بیع، مشخص شده و بر آن توافق گردد. کالای غیرمعین در قانون تعریف نشده است، اما برخی از حقوقدانان انگلیسی در تعریف آن گفته‌اند: کالاهای غیرمعین کالاهایی هستند که تنها به وسیله توصیف مشخص می‌شوند (Worth, 2005: 357). در تعریف کالای آینده نیز گفته‌اند: کالایی

---

1. Existing Goods  
2. Future Goods  
3. Ascertained goods  
4. Unascertained goods

آینده شامل کالایی است که تا هنوز به وجود نیامده یا کالایی است که موجود است اما تاکنون توسط باع تحویل نشده است (Atiyah & Adams & Macqueen, 2001: 72).

در مورد بیع کالای آینده در حقوق انگلیس قواعد خاصی وجود ندارد و لذا قواعد مربوط به کالاهای غیرمعین نسبت به آن‌ها اعمال می‌گردد، به همین دلیل هم گفته‌اند: بیع کالای آینده در واقع نوعی بیع کالای غیرمعین است (Chitty, 1968: 682).

کالای موجود کالایی است که فعلاً موجود و در تملک و تصرف باع باشد. مطابق ماده (۱) ۶۱ (ق.ب.ک) کالای آینده به دو معنا به کار می‌رود: نخست، کالایی که در هنگام انعقاد عقد وجود ندارد، مثل کالایی که باید ساخته شود یا رشد و نمو نماید. این کالا باید که نامعین باشد. دوم، کالایی که وجود دارد اما مال دیگری است که باع می‌خواهد آن را تملک و تصرف نماید. این نوع کالا می‌تواند کالایی خاص و نامعین باشد (Griffiths, 2005: 11). مطابق بند ۱ قاعده ماده ۱۸ قانون بیع کالای انگلیس، موضوع عقد بیع، هم می‌تواند کالای موجودی باشد که تحت تملک و تصرف فروشنده است و هم می‌تواند کالایی باشد که قرار است پس از وقوع بیع توسط فروشنده تحویل شده یا تولید شود، که در این قانون به آن کالای آینده گفته می‌شود. هر سفارش ساختی فروش کالای آینده می‌باشد اما بعضی صورت‌های کالای آینده استصناع است. به این ترتیب همه قراردادهایی که برای فروش کالای آینده بسته می‌شود توافق بر فروش است.

## ۲-۲- انتقال مالکیت

در قانون بیع در مورد زمان انتقال مالکیت کالا دو فرض از هم تفکیک شده است. یا دو طرف بر زمان انتقال مالکیت توافق نموده‌اند، یا توافقی صورت نگرفته است. در صورت اول، در بیع کالای معین، مالکیت کالا زمانی به خریدار منتقل می‌گردد که طرفین عقد قصد کرده‌اند و برای تعیین قصد طرفین باید شروط قرارداد رفتار و رویه طرفین و اوضاع و احوال مربوط به معامله مزبور مورد توجه قرار گیرد. اما در فرضی که طرفین توافقی در زمینه زمان انتقال مالکیت نداشته باشند، قواعد ماده ۱۸ قانون بیع کالا در مورد آن‌ها اعمال خواهد شد. در صورتی که کالا مثل کلی فی‌الذمه یا کالای غیرمعین باشد، مالکیت در زمان اختصاص و تعیین کالا منتقل می‌شود (Chitty, 1968: 684).

اصطلاح عقد بیع در حقوق انگلیس یک اصطلاح کلی است که هم شامل بیع به معنی خاص و هم شامل توافق برای فروش<sup>۱</sup> می‌گردد (Benjamin, 2006: 27). با این تفاوت که در

---

1. Agreement to sell

بیع انتقال مالکیت وجود دارد و با وقوع بیع خریدار مالکیت بلا منازع<sup>۱</sup> کالا را به دست می‌آورد، اما توافق برای فروش صرفاً یک عقد عهده‌ای است. بیع و توافق برای فروش در عقد بودن مشترک و در انتقال متفاوتند (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۱۷۳).

به دلیل عدم وجود انتقال در توافق برای فروش است که بند (۶) ماده ۲ قانون ۱۹۷۹ بیع کالا مقرر می‌دارد: «توافق برای فروش، زمانی بیع می‌شود که مدت زمان تعیین شده سپری گردد، یا شروطی که انتقال مالکیت کالا منوط به تحقق آن‌هاست، تحقق پذیرد». ماده ۱۶ قانون مذکور نیز می‌گوید: «نظر به ماده ۲۰۰ زمانی که یک قرارداد فروش کالای نامعین منعقد می‌شود، هیچ مالکیتی از کالا به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر تا هنگامی که کالا معین شود». از این رو با این نظر هر گونه اختلاف در تملیکی بودن یا عهده‌ای بودن عقد بیع در این حالت منتفی شده است.

اگر فروشنده‌ای بر اساس توافق برای فروش، تعهد خود را انجام ندهد، خریدار فقط برای خسارت‌های وارده، اقامه دعوا می‌کند، اما اگر قرارداد بیع بود، خریدار می‌توانست علاوه بر دعوای مذکور، در رابطه با خود کالا نیز دعوای مالکانه، اقامه نماید و نیز فروشنده می‌توانست در صورت نقض تعهد توسط خریدار نسبت به ثمن اقامه دعوا نماید (Chitty, 1968: 677). ریسک ضرر و منفعت ایجاد شده در کالا، به بایع تعلق دارد (Benjamin, 2006: 29). قابل ذکر است، تسلیم کالای مورد نظر و نیز پرداخت قیمت در رابطه با متمایز بودن بیع و توافق برای فروش فی‌نفسه، هیچ‌گونه مداخلیتی ندارد (Ibid. 27). بنابراین در توافق برای فروش در صورت نقض قرارداد، خریدار صرفاً می‌تواند ادعای خسارت نماید، هیچ‌گونه حق مالکیت و تصرف (حق عینی) برای خریدار ایجاد نمی‌شود.

بر همین اساس تا زمانی که مالکیت کالا هنوز در اختیار فروشنده است، به استثناء تصرفاتی که موجب اتلاف کالای مورد نظر شده و نقض عقد را به دنبال دارد، اختیار تصرف دارد. از آنجایی که مورد معامله در حکم اموال تحت ملکیت فروشنده به شمار می‌رود، قابل توقیف خواهد بود و در صورت ورشکستگی فروشنده، به مدیر تصفیه واگذار می‌شود. همچنان که در پرونده کارلس علیه چارلز<sup>۲</sup> فروشنده دوچرخه‌های ساخته شده را به مقصد خریدار بسته‌بندی و در کانتینر قرارداد داده بود، اما قبل از بارگیری در کشتی، ورشکست می‌شود. قاضی حکم نمود: مالکیت اموال به خریدار منتقل نشده است (Atiyah & Adams & Macqueen, 2001: 332).

1. Quiet Possession

2. Carlos federspiel & Co SA V Charles Twigg & Co LTd: [1957] 1 Lloyd's Rep 240, 255-6.

واقعیت امر این است که بیع کالای آینده یا اصطلاحاتی نظیر آن که توسط فرهنگ نویسان فارسی زبان برای قرارداد استصناع از حقوق انگلیس انتخاب شده است، بیش از اینکه تبیین کننده ماهیت قرارداد استصناع در حقوق انگلیس باشد، نشان دهنده ذهنیت و پیش فرض حقوقدانان ایرانی است که استصناع را بیع دانسته و سپس در حقوق انگلیس به دنبال معادل مناسب برای آن گشته است. وگرنه، نهاد حقوقی چون استصناع که موضوع آن هم عین و هم کار سازنده باشد، در حقوق کشورهای مثل فرانسه و انگلیس ناشناخته می‌باشد. شاهد این مطلب این است که نویسندگان عرب که استصناع را مقوله دانسته‌اند، اصطلاح فرانسوی Enterprise را برای آن برگزیده‌اند (مراد، بی تا: ۵۶۵). چون بیع دانستن ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران با مشکلات جدی مواجه است، به تبع آن بیع دانستن آن در حقوق انگلیس، فایده علمی چندانی نخواهد داشت.

### ۳- استصناع، مقوله

به‌رغم اینکه قانون مصر (م ۱۳۱ق.م)، افغانستان (م ۵۸۹ق.م) بیع کالای آینده را به عنوان معامله مشروع پذیرفته‌اند، با این حال استصناع را بیع مال آینده ندانسته و مقوله دانسته‌اند (ماده ۱۵۱۰ق.م اف. و م ۴۴۷ق.م.م.ص). لازم است ابتدا مقوله را تعریف کنیم.

#### ۳-۱- مقوله

مقوله عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت موقت یا غیرموقت برای طرف دیگر در مقابل اجرت تعهد نماید (م ۱۴۸۱ق.م. اف و م ۶۴۶ق.م. مصر). مقوله اصطلاح جدیدی است و در فقه سابقه ندارد. در حقوق مصر و افغانستان عقد مقوله بر دو قسم است: استصناع و اجاره (احمدرشید، ۲۰۰۱: ۱۲۷)؛ (قلعه‌جی، ۱۹۹۹: ۱۳۸). در اجاره سفارش دهنده خود به تهیه مواد اقدام و صنعتگر فقط کار ساخت آن را تعهد می‌نماید. اما در استصناع کار و مواد از سوی صنعتگر تعهد می‌شود. هر چند مقوله در حقوق مصر و افغانستان از عقود کار است، با این وصف عقد کار و مقوله از هم متفاوتند، در عقد کار کارگر تابع صاحب کار است، ولی در عقد مقوله متعهد تابع سفارش دهنده نیست (شنب، ۲۰۰۸: ۲۸). در حقوق ایران به مقوله، پیمان و مقاطعه کاری نامیده شده است و دو معنای متفاوت دارد؛ پیمانی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر آن اشخاص می‌باشد و پیمانی که میان اشخاص خصوصی منعقد می‌گردد. بیشتر پیمان را در موردی استفاده کرده‌اند که کارفرما دولت است. این

قرارداد در مصر و افغانستان به «مراقب عامه» معروف است. انعقاد آن با قرارداد متحدالشکل است که تحت عنوان موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، تنظیم و به استناد ماده ۳۲ قانون برنامه و بودجه طی بخش‌نامه‌ای به کلیه دستگاه‌های اجرایی ابلاغ می‌شود، تا تمامی پیمان‌ها در قالب آن منعقد گردد، گذشته از آن این قرارداد با کسی منعقد می‌گردد که در مناقصه برنده شده باشد و برگزاری مناقصه از شرایط اصلی صحت این نوع پیمان است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۲: ۱۴).

### ۳-۲- مقابله بودن استصناع

طرفداران مقابله دانستن استصناع، مدعی‌اند: کسانی که استصناع را بیع می‌دانند، فقط به یک اثر از آثار آن - انتقال ملکیت - توجه می‌کنند و اثر مهم دیگر آن، الزام سازنده به ساختن را در نظر نمی‌گیرند. چه اینکه این اخیر اثر ثانوی عقد نیست، بلکه جوهر و ذات عقد استصناع و رکن آن است. هرگاه سازنده شیء را که قبل از عقد ساخته است، به مشتری بدهد و سفارش‌دهنده به آن راضی گردد، این معامله استصناع نخواهد بود، بلکه عقد دیگری است (کاسانی، ۱۴۱۷: ۲/۵). پس ساده کردن عقد استصناع به این روش که فقط یک اثر را در نظر بگیریم، مشکلی را حل نمی‌کند. آن‌هایی که استصناع را مقابله دانسته‌اند، با هم اتفاق نظر ندارند. برخی همواره مقابله دانسته، برخی گاهی مقابله و گاهی بیع، برخی هم مرکب از بیع و مقابله دانسته است. بررسی اقسام مذکور فرصت دیگر می‌خواهد.

مطابق قانون مصر عقد مقابله اعم از استصناع است، استصناع نوعی مقابله است (ماده ۶۴۲ق.م). قانون مدنی افغانستان به صراحت می‌گوید: «استصناع، مقابله ساختن شیء معین است در برابر قیمت مشخص به نحوی که مقابله بر عین شیء وارد باشد نه بر کار صنعتگر» (م ۵۱۰ق.م). بر این اساس عقد بر عین شیء وارد می‌شود؛ تا بر تفاوت آن، با عقد اجاره اشخاص تأکید نماید.

### ۳-۲-۱- زمان انتقال مالکیت در صورت مقابله بودن استصناع

تعیین زمان انتقال مالکیت در مقابله که یک عقد عهده‌ای است، قدری پیچیده است. در این صورت استصناع یک عقد عهده‌ای بوده و اثر مستقیم آن الزام سفارش‌گیرنده به ساخت و انتقال آن به سفارش‌دهنده می‌باشد. اکنون سؤال این است که آیا بعد از ساخت، انتقال مالکیت مستلزم عمل حقوقی دیگری است، یا مال ساخته‌شده، خود به خود منتقل می‌گردد؟ ارتکاز عرفی از عقد استصناع آن است که سازنده پس از ساخت، کالای ساخته شده را به سفارش‌دهنده تسلیم می‌نماید. انتقال مالکیت به سفارش‌دهنده مستلزم عمل حقوقی دیگر نمی‌باشد.

آن‌هایی که استصناع را مقاوله محض می‌دانند، گفته‌اند: «هر گاه شخص به ساختن شی‌ای با مواد مربوط به خود ملتزم گردد، عقد مقاوله است نه بیع. پس موضوع التزام متعهد انجام کار معین؛ ساختن شی‌ء سفارش داده شده است. زمانی که ساختن در نهایت به تملک سفارش‌دهنده می‌انجامد، معنایش این نیست که عقد از اول بر ملکیت وارد شده و در نتیجه عقد بیع باشد. تملک شی‌ء ساخته‌شده، چیزی نیست، جز نتیجه ضروری اینکه سفارش‌گیرنده به حساب سفارش‌دهنده اقدام به ساخت می‌نماید. عقود مفید ملکیت، در بیع منحصر نیست؛ بلکه شرکت، قرض، صلح و مقاوله نیز از اسباب ملکیتند (شنبه، ۲۰۰۸: ۲۹). چنانچه ملاحظه می‌شود، مطابق این نظر، صرف ساختن به حساب سفارش‌گیرنده، خود سبب تملیک دانسته شده است و نیازمند سبب مستقل دیگر نیست.

در ماده ۱۵۲۰ ق.م.ف در مرحله بعد از ساخت و قبل از تسلیم برای صنعتگر، جهت استیفای ثمن، «حق حبس» پیش‌بینی شده است. این نشانه آن است که ضمان معاوضی در قرارداد استصناع همانند بیع (ماده ۱۰۸۵ ق.م.ف) همزمان با تسلیم مال ساخته‌شده صورت می‌گیرد، تلف مال مذکور قبل از تسلیم از مال صنعتگر دانسته شده است (بند ۱ ماده ۱۵۱۸ ق.م.ف). در این صورت زمان انتقال مالکیت، زمان ساخت مال مورد نظر می‌باشد. قبل از اینکه شی‌ء ساخته شود، سفارش‌دهنده حقی بر مواد و مصالح ندارد، هر گاه شروع به ساخت کند، هر جزئی که به وجود آید به ملکیت سفارش‌دهنده در می‌آید. استصناع عقدی است که منشاء ملکیت نیز می‌گردد، زیرا اجرای آن با مالک شدن سفارش‌دهنده‌ای که شی‌ء به حسابش ساخته شده است ملازمه دارد، به این ترتیب مقاوله خود از اسباب تملیک خواهد شد (شنبه، ۲۰۰۸: ۲۹).

بر این دیدگاه نقدی وارد است که اگر مقاوله را سبب تملیک بدانیم، مقاوله را از طبیعتش خارج نموده‌ایم. در حالی که مقاوله عقدی است که بر کار وارد می‌شود (سنه‌وری، ۱۹۶۴: ۲۴/۷). این نقد از سوی طرفداران مقاوله دانستن استصناع بی‌پاسخ مانده است. نتیجه اینکه مقاوله دانستن استصناع، گره مشکل ماهیت استصناع را حل نکرد و در مورد زمان انتقال مالکیت، پاسخ قانع‌کننده ارائه نکرد.

#### ۴- استصناع عقد مستقل

چنانچه بررسی کردیم، هیچ‌یک از نظرات گفته‌شده در ماهیت عقد استصناع، کامل نیست و احکام و آثار استصناع را به طور کامل توجیه نمی‌کند. اگر مقاوله در عقد استصناع، اثر تملیکی داشته باشد، مثل آن است که مقاوله از ماهیتش، تهی شده باشد. تغییر ماهیت مقاوله از یک عقد

عهدی به تملیکی، از نظر اصول حقوقی مجاز نیست. زیرا عقود به تملیکی و عهدی تقسیم شده و احکام و آثار هر یک مشخص شده است. به هم ریختن مرزهای عقود تملیکی و عهدی، موجب مشکلات بسیاری می‌گردد و صحیح نیست.

به دلیل اینکه عقود بسیط نمی‌توانند، ماهیت استصناع را به طور کامل پوشش دهند، لذا استصناع عقدی مرکب از مقاوله و بیع می‌باشد. منظور این نیست که استصناع در آغاز مقاوله و در خاتمه بیع است، چنانچه بعضی فقیهان گفته‌اند (ابن نجیم، ۱۹۹۷/۱۴۱۸: ۲۸۳/۶)؛ (زیلعی، ۲۰۰۰/۱۴۲۰: ۱۲۴/۴). بلکه منظور آن است که استصناع نه بیع است و نه مقاوله بلکه عقد مستقلی در زمره عقود معین دیگر که برخی آثار بیع و برخی آثار مقاوله را دارد. شاید منظور دکتر سنهوری که گفته است: ماهیت استصناع یک ماهیت مختلط از بیع و مقاوله است، نیز همین باشد (سنهوری، ۱۹۶۴: ۲۷/۷). گر چه وی تصریح ننموده که استصناع یک عقد مستقل با نام است. امروز محققان بر استقلال عقد استصناع از سایر عقود تأکید دارند، هر چند از ماهیت مرکب آن سخن نگفته‌اند. بدون تردید، مستقل دانستن عقد استصناع به معنای پذیرش ماهیت مرکب برای آن است.

مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی، بعد از اطلاع از مباحث وارد شده و مناقشاتی که درباره آن وجود داشت و مراعات مقاصد شریعت در مصالح بندگان و قواعد فقهی در عقود و تصرفات و نظر به اینکه استصناع نقش زیادی در توسعه صنعت دارد و فرصت‌هایی را برای سرمایه‌گذاری و تحرک اقتصاد اسلامی به وجود می‌آورد، مقرر نمود: عقد استصناع عقدی وارد بر عمل و عین در ذمه است که اگر ارکان و شروط در آن رعایت شود برای طرفین لازم می‌گردد (مجمع الفقهی الاسلامی، ۱۹۹۲/۵۱۴۱۲: ج ۲/ ش ۲۲۳/۷). ملاحظه می‌شود، مجمع نیز استصناع را عقد مستقل دانسته است.

اراده نمودن مفاد دو عقد در ضمن یک عقد<sup>۱</sup> (قلعجی و قنیسی، ۱۹۸۸/۵۱۴۰۸: ۲۲۵). در فقه با مشکلی مواجه نیست، زیرا گنجانیدن یک عمل حقوقی به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد دیگر، جز در مواردی که عقد نیازمند انشاء مستقل باشد، امری مجاز تلقی شده است (محقق داماد: ۱۳۸۸: ۱۰۵). گنجانیدن یک عقد در ضمن عقد دیگر، هر چند به صورت شرط، چیزی جز اراده مفاد دو عقد در ضمن یک عقد نیست. این به معنای به رسمیت شناختن عقود مرکب، با این تفاوت که در شرط و عقد اصلی دو عنوان مستقل و مجزا دارد، ولی در مورد



استصناع، دو عقد بیع و مقاوله چنان در هم آمیخته که تجزیه و تشخیص آن دو غیرممکن می‌باشد و عقد جدیدی شکل گرفته است. اجاره به شرط تملیک نمونه دیگری از عقود مرکب است که به صحت آن حکم شده است.

اصل آزادی قراردادی محدود و محصور به عدم مخالفت صریح با قانون و نظم عمومی است. در توجیه ماهیت حقوقی قرارداد استصناع در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی منکس در ماده ۱۰ ق.م.ایران کارساز است. تفسیر قرارداد استصناع بر اساس عقود مختلط نیز متضمن این مطلب است که این عقود تجزیه‌ناپذیرند و شامل عقود است که مجموع چند عمل حقوقی که در عرف استقلال ویژه دارند با از دست دادن استقلال خود با یک قصد انشاء واقع می‌شوند، در این عقود آنچه واقع شده را باید مستقل از اجزای آن شمرد، مثلاً عقد حواله حاوی دو عمل حقوقی، انتقال دین و طلب است و چون عرف و قانون برای آن وجود مستقل لحاظ می‌نماید، به طور کامل نمی‌تواند تابع قواعد اجزای خود یعنی انتقال دین و طلب باشد. قرارداد بستری شدن در بیمارستان نیز از این نمونه است (منصوری، ۱۳۸۹: ۱۵۸). قراردادهای معین اغلب امضایی‌اند، نه تأسیسی و از سوی دیگر، عناوین قراردادهای با نام منحصر به آنچه در قدیم وجود داشته نبوده و ممکن است که قراردادهای جدید با نام‌های جدید را نیز در جرگه عقود با نام بپذیریم و نافذ و لازم بدانیم. به موجب توافق طرفین قرارداد خاصی متمایز از بیع و اجاره انشاء می‌گردد.

مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که بسیاری از فقهای سلف شیعه با پذیرش نظریه حصری (توقیفی) بودن عقود توافقات خارج از چارچوب عقود معین را الزام‌آور نمی‌دانند (انصاری، ۱۳۷۲: ج ۱/۲۵۴)؛ (المراغی، ۱۴۲۱: ۲۰۱)؛ (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶/۲۹۶). از این اشکال پاسخ داده شده است: اولاً، عقد نزد شارع منحصر به عقود معین نمی‌باشد، بلکه عقود و ایقاعات از اعتبارات عقلایی بوده که شارع مقدس به دلیل نیازهای اجتماعی آن‌ها را امضاء نموده‌است و حتی نیازی به امضای صریح شارع هم نیست، برای اعتبار عقد همین اندازه که منعی از سوی شارع ثابت نشود، کفایت می‌کند<sup>۱</sup> (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۷۱). ثانیاً، برخلاف دیدگاه انحصار عقود به عقود که مستقیماً اثر وضعی مثل ملکیت، زوجیت، صدق عنوان عقد بر اعمال حقوق برعهده عرف است، بر اساس قضاوت عرف توافقاتی که ایجاد اثر وضعی در آن وجود ندارد نیز عقد محسوب گردیده و لازم‌الوفاء هستند. ثالثاً، فقیهان و حقوقدانان معاصر به اصل حاکمیت اراده گردن نهاده‌اند. بر اساس این اصل آن دسته از قراردادهای خصوصی که در قالب هیچ‌یک از عقود

معین نمی‌تواند ریخته شود بر اساس اصل حاکمیت اراده که مستفاد از عمومات و اطلاقات ادله نفوذ قراردادهاست، معتبر و نافذ قلمداد می‌شود (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۳۰/۱). در صورتی که تمام قیمت در مجلس عقد پرداخت نشود، از عنوان سلم خارج می‌شود و از جهت عقد سلم نمی‌توان حکم صحت را بر آن جاری کرد؛ اما آیا حقیقت بیع منحصر به سلم است؟ واضح است که نه؛ بیع نقد و نسیه بیع هستند، اما عنوان سلم بر آن‌ها صادق نیست در عین حال، عموم «وفوا بالعقود» و اطلاق «احل الله البیع» شامل آن دو می‌شود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۲۱۴). قرارداد استصناع بی‌تردید عقد است. از آنجا که تجارت به معنای مطلق معامله و مبادله است قرارداد استصناع نیز تجارت خواهد بود (همان، ۷۵۹)؛ (نظریور، ۱۳۹۰: ۱۶۰)؛ (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۷۸)، با اندک تأمل در سایر قوانین و مقررات، این نظر تقویت می‌شود که عقد استصناع تأسیس جدیدی است و از سایر عقود مشابه نظیر بیع یا معاوضه مستقل می‌باشد. شرط مندرج در آن جنبه تبعی و فرعی ندارد، بلکه اساساً نیتی است که طرفین از همان روز انعقاد به آن می‌اندیشیده‌اند و برای خلق آثار آن مبادرت به انعقاد عقد با شرایط و اوصاف مزبور کرده‌اند. بر این اساس قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ را می‌توان توجیه و تفسیر نمود. مهم‌تر از آن در ماده ۹۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا استصناع به عنوان عقود اسلامی در کنار عقد مباحه و خرید دین پذیرفته شده است.

#### ۴-۱- زمان انتقال مالکیت

با توجه به اینکه عقد استصناع عقد مختلط از عقد معاوضه و بیع است و عقد بسیط نمی‌تواند آثار هر دو عقد را داشته باشد. هر یک از این دو فقط می‌تواند آثار اختصاصی آن عقد را پوشش دهد، ولی احکامی که استصناع با آن درگیر است را پوشش نمی‌دهد (سنب، ۲۰۰۸: ۲۱). بر این اساس ملکیت شیء ساخته شده به سفارش‌دهنده به مجرد اتمام ساخت، مطابق احکام بیع منتقل می‌شود. اگر شیء ساخته شده توسط اداره دولتی استملاک شود، عوض به سفارش‌دهنده پرداخت می‌شود نه صنعتگر. اگر شیء تلف شد، هلاک از جیب صنعتگر است. چون بر اساس احکام بیع تلف مبیع قبل از تسلیم از مال بایع است. اما سفارش‌دهنده، ضامن کاری است که در مقابل سازنده تعهد نموده است، در اینجا احکام معاوضه تطبیق می‌شود، نه احکام بیع. مؤلف شهیر «الوسیط» نیز این نظر را پذیرفته است (السهنوری، ۱۹۶۴: ۲۱/۷).

در حقوق ایران هم می‌توان استصناع را عقد مستقل دانست، بدون اینکه سفارش ساخت یا پیش‌فروش، بیع یا معاوضه تلقی شود. در صورتی که توافق برخلاف نشده باشد،

زمان تکمیل ساخت که همان تعیین و تشخیص مورد معامله است، زمان انتقال مالکیت می‌باشد. البته، زمان انتقال ضمان معاوضی می‌توان همانند بیع (۳۸۷ق.م)، زمان تسلیم مال در نظر گرفت. در این صورت اختلافاتی که در باب تعیین اینکه موضوع استصناع عین معین است یا کلی در ذمه، زمان انتقال مالکیت، که آیا همزمان با عقد است یا پس از تعیین و تشخیص، به وجود نخواهد آمد.

### نتیجه‌گیری

تصحیح عقد استصناع در قالب چندگونه عقد معین یا نامعین نه تنها کمکی در حل مشکل تعیین زمان انتقال مالکیت نمی‌کند بلکه مسئله را پیچیده‌تر می‌کند. در حقوق ایران، پیش‌فروش ساختمان و هر مالی که مطابق اوصاف مورد سفارش و با قیمت معین باید ساخته شود، بر عقد استصناع قابل تطبیق است.

بیع دانستن استصناع، علاوه بر اینکه با واقعیت خارجی و ارتکاز عقلایی که استصناع، تعهد به ساخت و واگذاری است سازگاری ندارد و اختلاف در اینکه موضوع آن عین معین است یا کلی، همچنین در اختلاف نظر در زمان انتقال مالکیت در بیع کلی، نه تنها سردرگمی در تعیین زمان انتقال مالکیت در عقد استصناع می‌گردد.

هر چند در حقوق مصر و افغانستان، استصناع، مقابله دانسته شده است، اما در احکام و آثار و نیز انتقال ملکیت تفاوت آشکاری میان آن‌ها وجود دارد. به‌رغم ظاهر عهدی بودن قرارداد سفارش ساخت از این جهت که موضوع آن انجام «کار» می‌باشد، امکان تملیکی دانستن آن، به این خاطر که «عین» موضوع ساخت را تشکیل می‌دهد، قوی‌تر است. مصلحت مصرف‌کننده از طریق مقابله دانستن استصناع که صرفاً، یک عقد عهدی می‌باشد تأمین نمی‌شود. استصناع، قرارداد مستقل و با نامی است که طرفین قرارداد، خود را ملزم به ساخت و انتقال و پرداخت عوض نموده‌اند، و مشمول عموماً وفای به عقد می‌گردد.

مشخص شد در عقد استصناع، انتقال مالکیت همزمان با ساخت صورت می‌گیرد، نه با تسلیم که طرفداران مقابله گفته بود. تا زمانی که قیمت مقرر پرداخت نشده باشد، سازنده می‌تواند از حق حبس استفاده کند. بدین وسیله، جلوی سوء استفاده‌های احتمالی شرکت‌های بزرگ ساختمانی و صنعتی گرفته شود. لذا پیشنهاد می‌گردد، در قوانین و مقررات مربوطه این مسئله به صراحت پیش‌بینی شود.

## منابع

### الف - فارسی

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم؛ **شرح حقوقی پیمان**، تهران، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۲. امامی، حسن؛ **حقوق مدنی**، تهران، کتابفروشی اسلامیة، جلد ۱، ۱۳۴۰.
۳. پیرهادی، محمدرضا؛ **انتقال مالکیت در عقد بیع**، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۴. جعفرپور، جمشید؛ «**بیع استصناع**»، فصلنامه متین، ۱۳۷۸، شماره های ۳ و ۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ **فرهنگ عناصرشناسی، حقوق مدنی، حقوق جزا**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
۶. \_\_\_\_\_؛ **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
۷. راسترو، محمد؛ **فرهنگ بازرگانی (انگلیسی - فارسی)**، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۸۴.
۸. سیفی زیناب، غلامعلی؛ حسن‌زاده، منصوره؛ «**استصناع در فقه و حقوق ایران**»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۵۰.
۹. شهیدی، مهدی؛ **حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
۱۰. \_\_\_\_\_؛ **حقوق مدنی ۶: عقود معین**، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۴.
۱۱. صادقی، محمد؛ **مطالعه تطبیقی قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق (رساله دکتری)**، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ **سؤال و جواب**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۱۳. علیزاده، حسن؛ **قراردادهای پیش فروش آپارتمان**، تهران، میثاق عدالت، ۱۳۸۳.
۱۴. قبولی درافشان، سیدمحمدهادی؛ **مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران و انگلیس**، تهران، آثاراندیشه، ۱۳۸۶.
۱۵. قنواتی، جلیل؛ **مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع**، اندیشه‌های حقوقی، ۱۳۸۲، شماره ۵.
۱۶. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن؛ عبدی پور، ابراهیم؛ **قواعد عمومی قراردادها در فقه امامیه، زیر نظر محقق داماد**، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی، عقود معین**، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۸. \_\_\_\_\_؛ **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۱۹. گلریز، حسن؛ **فرهنگ توصیفی اصطلاحات پول**، بانکداری و مالیه بین‌المللی (انگلیسی - فارسی)، تهران، فرهنگ معاصر، ۱۳۸۰.

مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع) ۱۰۹

۲۰. مؤمن قمی، محمد؛ «استصناع (قرارداد سفارش ساخت)»، مجله فقه اهل بیت، ۱۳۷۶، شماره‌های ۱۱ و ۱۲.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی؛ *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۲. \_\_\_\_\_؛ «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، یادنامه دکتر شهیدی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.
۲۳. منصوری، سعید؛ *ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۲۴. نظریور، محمد نقی؛ «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»، مجله فقه اهل بیت، ۱۳۹۰، شماره‌های ۶۶ و ۶۷.
۲۵. نظریور، محمد نقی و محمدی، مرتضی؛ «صحت یا فساد عقد استصناع»، فصلنامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، شماره ۲۸.
۲۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ «استصناع»، مجله فقه اهل بیت، ۱۳۷۸، شماره‌های ۱۹ و ۲۰.

#### ب- عربی

۲۷. ابن نجیم المصری؛ *البحر الرائق*، بیروت، دارالکتب العلمیة، الطبعة الاولى، ۱۹۹۷/۱۴۱۸ م.
۲۸. احمد رشید، محمود عبدالکریم؛ *الشامل فی معاملات المصارف الاسلامیه*، دارالنفایس، اردن، الطبعة الاولى، ۲۰۰۱/۱۴۲۱ م.
۲۹. انصاری، شیخ مرتضی؛ *المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۲ ه.ش.
۳۰. الجواهری، حسن؛ *بحوث فی الفقه المعاصر*، بیروت، دارالذخائر، جلد ۱، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ ه.ق.
۳۱. الزیلعی، فخرالدین عثمان بن علی؛ *تبیین الحقائق*، بیروت، دارالکتب العلمیة، الطبعة الاولى، ۲۰۰۰/۱۴۲۰ م.
۳۲. السنهوری، عبدالرزاق؛ *الوسیط*، قاهره، دارالنهضة العربیة، ۱۹۶۴ م.
۳۳. السرخسی، شمس الدین؛ *المبسوط*، جلد ۱۲ و ۱۵، بیروت، دارالمعرفة، ۱۹۹۳/۱۴۱۴ م.
۳۴. السیواسی، کمال الدین محمد؛ *شرح الفتح القدیر*، بیروت، دارالفکر، جلد ۶، بی تا.
۳۵. الطوسی، شیخ محمد بن الحسن؛ *الخلافا*، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق.
۳۶. الکاسانی، علاءالدین ابوبکر؛ *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۶/۱۴۱۷ م.
۳۷. مراد، عبدالفتاح؛ *المعجم القانون رباعی اللغة*، اسکندریه، مؤلف، بی تا.
۳۸. المقدس الاردبیلی، احمد؛ *مجمع الفائدة و البرهان*، جلد ۸، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ ه.ق.
۳۹. زین الدین العاملی (شهید ثانی)؛ *شرح لمعه*، جلد ۳، بیروت، بی تا.

۴۰. خویی، سید ابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، بقلم محمدعلی التوحیدی، قم، مکتبه داوری، ۱۳۷۷ ه.ق.
۴۱. شنب، محمدلبیب؛ *شرح احکام عقدالمقاوله*، اسکندریه، منشأة المعارف، ۲۰۰۸ م.
۴۲. قلعه‌جی، محمد رواس؛ *المعاملات المالیه المعاصره فی ضوء الفقه و الشریعه*، بی‌جا، دارالنفائس، ۱۹۹۹/۱۴۲۰ م.
۴۳. قلعه‌جی، محمد رواس؛ قنبری، حامد صادق؛ *معجم لغة الفقهاء*، بی‌جا، دارالنفائس، الطبعة الثانية، ۱۹۸۸/۱۴۰۸ م.
۴۴. مالک ابن انس؛ *المدونة الكبرى*، جلد ۴، مصر، دارالباز، ۱۳۳۳ ه.ق.
۴۵. المراغی، میرفتاح؛ *العناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه.ق.
۴۶. جمعی از نویسندگان؛ *مجلة المجمع الفقہی الاسلامی*، الجزء ۲، العدد ۷، ۱۴۱۲/۱۹۹۲ م.
۴۷. نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، قم، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۹۸ ه.ق.

#### ج - لاتین

48. *Chitty on Contracts*; 1968, twenty-third Edition, Vol. 2 (Specific contracts), London, Sweet & Maxwell.
49. Atiyah, P.S. & Adams, John N. & Macqueen, Hector; 2001, *The Sale of Goods*, 10 Edition, London, Longman.
50. Griffiths, Margaret; 2005, *Commercial Law*; fourth Edition; Old Bailey Press; London.
51. *Benjamin's Sale of Goods*; 2006, seventh edition, London, Sweet & Maxwell.

#### د - قوانین، مقررات و سایتها

۵۲. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.
۵۳. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴.
۵۴. قانون مدنی مصر، مصوب ۱۹۴۸.
۵۵. قانون عملیات بانکی بدون ربای ایران، ۱۳۶۳.
۵۶. قانون پیش فروش ساختمان ایران، مصوب دی ماه ۱۳۸۹.
۵۷. آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربای، مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲.
۵۸. قانون بیع کالای انگلستان، مصوب ۶ دسامبر ۱۹۷۹.
59. <http://www.cbi.ir>
60. <http://www.montazeri.com>
61. Carlos federspiel & Co SA V Charles Twigg & Co LTd: [1957].