

دانشگاه پیام نور

دانشکده الهیات و علوم اسلامی

گروه علمی فقه و حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه:

مطالعه تطبیقی عقد استصناع (سفارش ساخت) در فقه و حقوق

نگارش:

فاطمه دهقانی

استاد راهنما:

دکتر حسینعلی قاسم زاده

استاد مشاور:

دکتر سید محمد صدری

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

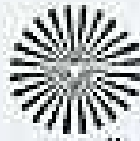
در رشته الهیات (فقه و حقوق اسلامی)

آبان ۱۳۸۹



جمهوری اسلامی ایران
وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

مجمع علوم انسانی



دانشگاه پیام نور
دانشگاه پیام نور آملین تهران

شماره: _____
تاریخ: _____
پیوست: _____

تصویب نامه

پایان نامه

کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق

عنوان:

" مطالعه تطبیقی عقد استصناع (سفرارش ساخت) در فقه و حقوق "

ساعت: ۰۰:۰۰:۰۰ تا ۰۸:۳۰:۰۰

تاریخ و روز طابع: ۸۹/۰۸/۰۲ یکشنبه

درجه ارزشیابی: بسیار خوب

نمره: ۱۷/۵ محضره علمی

اعطاء هیئت داوران:

ردیف	سمت	نام و نام خانوادگی	مربطه علمی	امضاء
۱	استدراکات	دکتر حسینعلی قاسم زاده		
۲	امداد مشاور	دکتر محمد حسینی		
۳	امداد مشاور			
۴	استاد داور	دکتر علیابون موسوی		
۵	استاد داور	دکتر محمود داورزادی		
۶	تاییدیه تصدیقات تعمیری			

تهران، خیابان استاد نجات
آبپور، پلاک ۱۱۱
گروه خانوادگی چهارراه
پستکد: ۱۱۱۱۱۱

دسترسی به این سند از طریق آدرس ایمیل: info@shahrokhbehnam.ac.ir
اطلاعات ایران (برای چاپ) حجم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدفهای علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایه قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوطه صورت گرفته است.

چکیده:

سفارش ساخت قراردادی است که به وسیله آن سفارش دهنده، سفارش ساخت کالا یا شیئی معین را به سازنده می دهد و سازنده با مواد و لوازمی که خود تهیه می کند آن را می سازد. 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. معمولاً، سازنده با موادی که دارد یا تهیه می کند کالای مورد نظر را برطبق اوصاف و شرایط می سازد اما ممکن است کالای سفارش شده را از قبل داشته باشد یا کالای مورد نظر را از بازار تهیه و تحویل سفارش دهنده دهد.

ماهیت سفارش ساخت را به دو صورت می توان بررسی نمود:

منطبق نمودن سفارش ساخت بر عقود معین و مطرح نمودن آن به عنوان عقد خاص و مستقل.

در انطباق سفارش ساخت بر عقود معین، عقودی مانند: بیع، سلم، اجاره، جعاله و قرارداد ساخت بهره برداری و انتقال مطرح گردیده است. تطبیق سفارش ساخت بر هر کدام با اشکالاتی مواجه است و هر یک به تنهایی نمی تواند تمامی مصادیق سفارش ساخت را پوشش دهند. بنابراین نظریه استقلال سفارش ساخت و عقد خاص بودن آن مطرح می شود. در این رساله، سفارش ساخت به عنوان عقدی خاص و مستقل شناخته شده و ادله ای برای آن بیان شده است. همچنین شرایط، احکام و مقررات آن بیان شده است.

رویه قضایی در برخی از موارد قرارداد سفارش ساخت را بر عقد بیع منطبق نموده و در مواردی آن را جزء قراردادهای خصوصی منطبق بر ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته است. قرارداد سفارش ساخت امروزه کاربردهای فراوانی پیدا نموده و از سطح نیازهای فردی فراتر رفته و در زمینه های مالی، بانکداری کشورهای اسلامی و انجام پروژه های بزرگ مورد استفاده قرار می گیرد.

رساله حاضر مطالب فوق را در فقه و حقوق امامیه و اهل سنت و مقررات کشورهای اسلامی و برخی کشورهای غربی مورد مطالعه قرار داده است.

فهرست مطالب :

مقدمه.....	۱
الف. مفهوم سفارش ساخت.....	۴
ب. پیشینه سفارش ساخت.....	۴
ج. تعریف مسأله و سئوالهای اصلی تحقیق.....	۵
د. فرضیه.....	۵
ه. روش تحقیق.....	۵
فصل اول: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت.....	۶
بخش اول: تطبیق سفارش ساخت بر عقود معین.....	۷
۱-۱-۱- بیع (سلم).....	۸
گفتار اول: کلیات بیع سلم.....	۱۰
الف: تعریف سلم.....	۱۰
ب. مشروعیت سلم.....	۱۰

- چ: شرایط سلم..... ۱۲
- گفتار دوم: کیفیت تطبیق سفارش ساخت بر سلم..... ۱۲
- الف. دیدگاه اهل سنت..... ۱۲
- مالکیه..... ۱۳
۲. شافعیه..... ۱۶
۳. حنابله..... ۱۷
- ب. دیدگاه امامیه..... ۱۸
۱. دیدگاه فقها درباره شرط لزوم پرداخت قیمت در قرارداد سلم..... ۱۹
- اعتبار ادله شرط لزوم پرداخت قیمت..... ۲۰
- لزوم پرداخت قیمت..... ۲۰
- دلیل اول: استصحاب بقای ملک بر ملکیت مالک..... ۲۰
- دلیل دوم: لزوم غرر..... ۲۱
- دلیل سوم: منافع تأخیر پرداخت قیمت با مفهوم بیع سلم..... ۲۱
- دلیل چهارم: اجماع..... ۲۱
- دلیل پنجم: تحقق فروش کالی کالی..... ۲۲

- ج. دیدگاه حقوقی..... ۲۳
۱. حقوق داخلی ۲۳
۲. حقوق خارجی..... ۲۴
- ۱-۱-۲- سایر عقود..... ۲۴
- گفتار اول: اجاره اشخاص..... ۲۴
- الف. آثار قرارداد اجاره اشخاص..... ۲۵
- ب. کیفیت تطبیق سفارش ساخت بر اجاره. اشخاص..... ۲۵
- حالت اول: انطباق سفارش ساخت بر اجاره محض..... ۲۶
۱. دیدگاه اهل سنت..... ۲۶
۲. دیدگاه امامیه..... ۲۷
- نظریه اول: انجام عمل به تنهایی متضمن تسلیم منفعت نیست..... ۲۸
- نظریه دوم: منفعت اجیر با اتمام عمل تسلیم شده است..... ۲۸
- نظریه سوم: تفصیل..... ۲۹
- حالت دوم: انطباق سفارش ساخت بر عقد مرکب از بیع و اجاره اشخاص..... ۲۹
۱. دیدگاه اهل سنت..... ۲۹
- نظریه اول: ابتدا بیع و سپس اجاره در مبیع..... ۳۰

- نظریه دوم: ابتدا اجاره و سپس بیع ۳۰
۲. دیدگاه امامیه ۳۱
- گفتاردوم: جعاله ۳۲
- الف. تطبیق سفارش ساخت برجعاله ۳۲
- گفتار سوم: قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال ۳۴
- الف: کلیات ۳۴
۱. ماهیت قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال ۳۴
- ب: کیفیت تطبیق سفارش ساخت بر قرارداد بی. او. تی ۳۷
- بخش دوم: ۱-۲- سفارش ساخت به عنوان عقد خاص (مستقل) ۳۸
- ۱-۲-۱- کلیاتی درباره حاکمیت اراده در انشاء عقود غیره معین ۳۹
- گفتار اول: اصل حاکمیت اراده در حقوق ۴۱
- الف. تاریخچه اصل حاکمیت اراده ۴۱
- ب. اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران ۴۲
- گفتاردوم: اصل حاکمیت اراده در فقه ۴۴
- الف. دیدگاه فقها درباره اصل حاکمیت اراده ۴۴

ب. ادله اصل حاکمیت اراده در فقه..... ۴۴

اول: آیات قرآن..... ۴۴

۱. سوره نساء، آیه ۲۸..... ۴۴

۲. دوم: روایات..... ۴۶

حدیث (اناس مسلطون علی اموالهم)..... ۴۶

سوم: اصول و قواعد..... ۴۶

۱. اصل اباحه..... ۴۷

۲. اصل صحت عقود..... ۴۷

۳. قاعده (العقود تابعه للقصور)..... ۴۸

۴. عقد صلح..... ۴۹

گفتار سوم: آثار اصل حاکمیت اراده..... ۵۰

الف. کاربرد عقود مستقل به جای عقود معین..... ۵۰

ب. قواعد ناشی از اصل حاکمیت اراده در قراردادها..... ۵۰

۱-۲-۲- مستقل بودن سفارش ساخت..... ۵۰

گفتار اول: دیدگاه اهل سنت..... ۵۱

الف. مشروعیت سفارش ساخت..... ۵۱

دلیل اول: قرآن..... ۵۲

- دلیل دوم: سنت..... ۵۲
- دلیل سوم: اجماع عملی..... ۵۳
- دلیل چهارم: استحسان..... ۵۳
- دلیل پنجم: تحقق به معنای دو عقد صحیح در سفارش ساخت..... ۵۴
- ب: ارکان و شرایط سفارش ساخت..... ۵۴
۱. ارکان سفارش ساخت..... ۵۴
- اول: صیغه..... ۵۴
- دوم: متعاقدین..... ۵۴
- سوم: معقود علیه..... ۵۵
۲. شرایط قرارداد سفارش ساخت..... ۵۶
- شرط اول: بیان جنس، نوع، مقدار و اوصاف کالا و قیمت..... ۵۶
- شرط دوم: متعارف بودن سفارش ساخت در مورد کالا..... ۵۶
- شرط سوم: عدم تعیین مدت..... ۵۷
- شرط چهارم: تهیه مواد اولیه و انجام عمل توسط سازنده..... ۵۸
- شرط پنجم: بیان مکان تسلیم کالا..... ۵۸

- گفتار دوم: دیدگاه امامیه..... ۵۹
- الف. عقد مستقل با مفهوم خاص و متمایز از سایر عقود..... ۵۹
- ب. تعهد سازنده به ساخت و تعهد سفارش دهنده به خرید..... ۶۰
- ج. سفارش ساخت به صورت بیع مستقل..... ۶۰
- د. ترکیبی از عقود به عنوان عقد خاص و مستقل..... ۶۱

فصل دوم: احکام، کاربرد و رویه قضایی در مورد قرارداد سفارش ساخت

- ۱-۲- احکام..... ۶۲
- ۱-۱-۲- لزوم و جواز جریان اختیارات در سفارش ساخت..... ۶۳
- گفتار اول: لزوم و جواز، پایان یافتن سفارش ساخت و شرط جزایی..... ۶۴
- حالت اول: قبل از شروع به ساخت..... ۶۴
- حالت دوم: بعد از ساخت کالا و قبل از ارائه به سفارش دهنده..... ۶۴
- حالت سوم: بعد از پایان ساخت و ارائه کالای ساخته شده به سفارش دهنده..... ۶۵
- نظریه اول: لزوم قرارداد از نظر سازنده و جواز از نظر سفارش دهنده..... ۶۵
- نظریه دوم: جایز بودن قرارداد نسبت به طرفین..... ۶۵

- نظریه سوم: لزوم قرارداد و سقوط حق رجوع طرفین..... ۶۶
- ب. پایان یافتن سفارش ساخت..... ۶۷
- بند اول: دیدگاه حنفیه..... ۶۷
۱. اتمام ساخت کالا و ارائه آن به سفارش دهنده و پذیرش سفارش دهنده..... ۶۷
۲. فوت یکی از طرفین..... ۶۷
۳. فسخ..... ۶۷
۴. تلف شدن مواد لازم برای ساخت کالا..... ۶۸
۵. پایان مدت..... ۶۸
- بند دوم: پایان یافتن سفارش ساخت بر قرارداد مقاوله..... ۶۸
۱. اتمام ساخت و اجرای کامل قرارداد..... ۶۸
۲. پایان یافتن قرارداد قبل از اجرای کامل..... ۶۹
۳. پایان دادن به قرارداد به اراده سفارش دهنده..... ۶۹
۴. فوت سازنده..... ۷۰
- ج. شرط جزائی (وجه التزام) در قرارداد سفارش ساخت..... ۷۰
- گفتار دوم: جریان اختیارات در سفارش ساخت..... ۷۲
- الف. اختیار رؤیت..... ۷۲
- ب. اختیار تخلف وصف..... ۷۳

- ج. خیار عیب ۷۴
- ۲-۲- تعهدات طرفین قرارداد ۷۵
- گفتار اول: تعهدات سازنده ۷۶
- الف. انجام عمل ۷۶
۱. وظایف سازنده در انجام عمل ۷۶
۲. بند اول: روش انجام کار ۷۷
- بند دوم: توجه لازم در انجام کار ۷۷
- بند سوم: تهیه مواد لازم ۷۷
- حالت اول: تهیه مواد لازم برای ساخت توسط سازنده ۷۸
- حالت دوم: تهیه مواد لازم برای ساخت توسط سفارش دهنده ۷۹
- بند چهارم: مسئولیت سازنده نسبت به تفسیر خود و عوامل تحت اراده او ۷۹
- بند پنجم: اجرای قرارداد در مدت مناسب ۸۰
۲. ضمانت اجرای تعهد سازنده نسبت به اجرای عمل ۸۰
- حالت اول: ساخت کالا به صورت معیوب یا برخلاف توافق ۸۲
- صورت اول: اصلاح قسمتی که به صورت معیوب ساخته شده ممکن نیست ۸۲
- صورت دوم: اصلاح قسمت معیوب ممکن است ۸۳

- حالت دوم: تاخیر در شروع اجرای قرارداد..... ۸۳
- ب. تسلیم کالا یا شیئی ساخته شده به سفارش دهنده..... ۸۴
۱. لزوم تسلیم ۸۴
- بند اول: کیفیت تسلیم..... ۸۴
- بند دوم: زمان تسلیم، حق حبس سازنده..... ۸۴
- بند سوم: مکان تسلیم..... ۸۵
۲. ضمانت اجرای تسلیم ۸۵
- حالت اول: تلف به سبب قوه قاهره..... ۸۶
- حالت دوم: تلف به تقصیر سازنده..... ۸۷
- حالت سوم: تلف به تقصیر سفارش دهنده..... ۸۷
- ج. مسئولیت سازنده پس از تسلیم کالا..... ۸۸
۱. قواعد عمومی مسئولیت سازنده پس از تحویل شی ساخته شده..... ۸۸
- بند اول: مسئولیت سازنده نسبت به مواد..... ۸۸
- بند دوم: مسئولیت سازنده نسبت به عیوب در ساخت..... ۸۸
۲. مسئولیت مهندس معماری و پیمانکار نسبت به عیوب ساختمان..... ۹۰

- بند اول: طرفین ضمان ۹۱
- بند دوم: سبب ضمان ۹۲
۱. سبب ضمان مربوط به بنا ۹۲
۲. سبب ضمان مربوط به طرح ۹۳
۳. مدت اعتبار سبب ضمان ۹۳
- بند سوم: موضوع دعوی ضمان ۹۳
- بند چهارم: انتفاء ضمان ۹۴
- گفتار دوم: تعهدات سفارش دهنده ۹۴
- الف: فراهم کردن شرایط برای اجرای قرارداد ۹۴
- ب: پذیرش کار و تحویل گرفتن شیء ساخته شده ۹۵
۱. وظیفه سفارش دهنده در پذیرش شیء ساخته شده ۹۵
۲. نتایج پذیرش شیء ساخته شده ۹۶
۳. ضمانت اجرای تعهد سفارش دهنده به پذیرش شیء ساخته شده ۹۷
- ج. پرداخت قیمت (اجرت ساخت و قیمت مواد) ۹۸
- بخش دوم: کاربرد قرارداد سفارش ساخت و رویه قضایی در مورد آن ۹۸

۹۹.....	۱-۲-۲- کاربرد قرارداد سفارش ساخت.....
۱۰۱.....	الف: نقش سفارش ساخت در تأمین مالی.....
۱۰۲.....	ب: مفهوم سفارش ساخت در نظام بانکی.....
۱۰۶.....	ج: استفاده از سفارش ساخت در قانون عملیات بانکی بدون ربا.....
۱۰۷.....	د: استفاده از اسناد سفارش ساخت.....
۱۰۸.....	صورت اول: سفارش ساخت مستقیم.....
۱۰۹.....	صورت دوم: سفارش ساخت غیر مستقیم.....
۱۱۰.....	۲-۲-۲- رویه قضایی.....
۱۱۱.....	-انطباق سفارش ساخت بر بیع.....
۱۱۳.....	نتیجه.....
۱۱۷.....	منابع و مأخذ.....

مقدمه

نیاز انسان معاصر به انواع معاملات و قراردادهای تحول‌زایی پیدا نموده است زیرا عوامل زیادی وجود دارد که دوران معاصر را از سایر دوره‌ها متمایز می‌گرداند از جمله ابتکارات مدهوش‌کننده در 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 منافی برای انسان داشته که در آرزو هم نمی‌آورد و یا خدماتی ضروری را برای وی آسان نموده که عملاً برایش مشقت بار و پرهزمت بود در حالی که امروزه به راحت‌ترین روش ممکن انجام می‌شود.

همچنین رشد علم و توسعه افق‌های آن و ژرف‌نگری در آن از دیگر عواملی است که نیازهای امروز 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 نیازهایی که در گذشته وجود نداشته و یا مورد توجه نبوده است، پدید آمده است مانند قراردادهای پیمانکاری در ساختمان‌ها، کارخانه‌های بزرگ، پروژه‌ها و تأسیسات بزرگ. چنان‌که برخی از قراردادها که قبلاً به صورت ابتدایی و اولیه وجود داشته امروز، صورت تکامل 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 مشخصی بوده 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 عقدهایی که در این زمینه می‌توان نام برد عقد **استصناع** (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 ما در اختراع است. با یک نگرش کلی به

قراردادها ملاحظه می شود که این مسأله در همه قراردادها وجود دارد زیرا هر عقدی برای پاسخ گویی به نیازهایی که جامعه و افراد آن داشته اند به وجود آمده است.

انسان در زندگی ابتدایی و اولیه نیاز به کالاهایی پیدا کرد که نزد دیگران بود و چون این نیاز شدت پیدا کرد مبادله مال به مال که قدیمی ترین روش معاملات است پدید آمد سپس به دلیل محدود بودن قلمرو مبادله بین کالاها، این روش جوابگوی نیاز رو به گسترش نبود، بنابراین نقود و پول در صورت ابتدایی آن به وجود آمد و از این طریق مبادله بین کالاهای مطلوب و مقداری از نقود متعارف برای کسانی که خواستار آن کالاها بودند امکان پذیر شد. این گشایش جدید، نیاز جدیدی برای ایجاد پولهای متفاوت از جهت حجم و قیمت به وجود آورد و از درون این نیاز، قرارداد صرف و صرافی برای تبدیل پول ها به یکدیگر به وجود آمد.

به تدریج که زمینه تعامل و معاملات در هر جامعه گسترش یافت و تجارت خاصی برای ذخیره کردن انواع کالاها به وجود آورد تجار به قرض دادن و اعتبار دادن به مشتریان خود رو آوردند. بنابراین فروشنده به خریدار مهلت می داد به 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 می چرخید. اما چون برخی از بدهکاران، بدهی خود را در زمان مقرر نمی پرداختند و موجبات خسارت و زیان طلبکار یا قرض دهنده را فراهم می کردند نیاز به وسیله ای 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 ای 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. علاوه بر این اختلاف ذوق و سلیقه و رغبت افراد هم در این زمینه تأثیر گذار است.

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

در دوران معاصر به ویژه در اوایل قرن ۲۰ میلادی نیاز به خرید کالاهایی که آماده آن ها به خاطر وجود صفات یا کمیت های خاص وجود نداشت و باید به 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 نوپیدایی که اختراعات و فن آوری جدید آن ها را به وجود آورد 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 جنبه های زندگی را فراگرفته است و شامل بهداشت عمومی و خصوصی، پیشگیری و درمان، اغذیه و صنایع غذایی، وسایل کشاورزی، بسته بندی محصولات، تنظیف، گرم کردن و سرد کردن و منجمد کردن و غیره می شود این روش به عنوان هدف مشترکی بین صنعت و تجارت در تمامی دنیا جریان دارد و بسیاری از تولیدات کارخانجات از طریق سفارش ساخته می شود.

بنابراین سفارش ساخت، همانند سابق در قلمرو و نیازهای شخصی محصور نیست بلکه می تواند افق های صنعتی در قلمرو وسیعی برای آن **گشوده** شود و در تولید کمیت های زیاد از کالاهای مثلی نقش اساسی ایفا نماید.

استفاده از سفارش ساخت در نظام بانکی به ویژه بانک های اسلامی نیز رونق چشمگیری داشته است. بانک های اسلامی برای اجتناب از ربا، تأمین مالی و سرمایه گذاریهای خود در قالب عقود شرعی انجام می دهند. یکی از این عقود که مورد استقبال بانک ها به ویژه در کشورهای عربی و بانک های توسعه اسلامی قرار گرفته است قرارداد سفارش ساخت است. بانک های اسلامی با

ورود به این عرصه تأمین مالی پروژه های بزرگ و کوچک را به عهده گرفته و نیز به امر تولید رونق بخشیده اند و در مقابل به سود مورد نظر خود بدون ربا، دست می یابند.

این امر به ویژه در پروژه های بزرگی همانند انبوه سازی ساختمان، تأسیس کارخانجات، هتل ها، دانشگاه ها، مدارس، راه سازی، حمل و نقل هوایی، دریایی، 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.

کلیات تحقیق به صورت ذیل می باشد:

الف: مفهوم سفارش ساخت

سفارش ساخت که در عربی به آن استصناع گفته می شود عبارت از این که متقاضی یا سفارش دهنده کالا و یا شیء معین به سازنده و یا صنعتگر، سفارش ساخت آن کالا یا شیء 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. سفارش ساخت نه تنها درباره ساخت کالا و لوازم صادق است بلکه درباره امور فکری و معنوی همانند ساخت طرح، نقشه، نرم افزارهای رایانه، تألیف کتاب و غیره مفهوم پیدا می کند.

ب: پیشینه سفارش ساخت

سفارش ساخت در فقه امامیه سابقه چندانی ندارد بین علماء شیخ طوسی این مسأله را مطرح نموده و آن را باطل دانسته و برای بطلان آن به ادله ای مثل اجماع استناد نموده اند و براهل سنت که سفارش ساخت را صحیح می دانند اشکال گرفته است. اما در بین فقهای متأخر بعضی به طرح این بحث پرداخته و در جستجوی راه حلی برای توجیه اهمیت قرارداد سفارش ساخت بر آمده اند، اما در فقه سنت سفارش ساخت سابقه طولانی دارد و به طور وسیع و گسترده مورد بحث قرار گرفته در کتب فقهی اهل سنت در ذیل بحث از قرارداد بیع و یا سلم معمولاً سفارش ساخت تحت عنوان

استصناع مطرح گردیده است و نظریات مطرح شده، ادله و احکام آن در مذاهب مختلف بیان شده است.

ج: تعریف مسئله و سؤالهای اصلی تحقیق

چنان چه بیان شد یکی از روشهای انجام معامله برای دست یابی به کالا یا شیء مورد نظر با اوصاف و ویژگی های معین سفارش آن کالا یا شیء به سازنده و صنعتگراست که به عنوان سفارش ساخت مطرح شده و در عرف نیز بین مردم رواج دارد بین سفارش دهنده و سازنده یک رابطه معاملی ایجاد می شود و درباره این روابط سئوالات زیر مطرح می شود:

۱- ماهیت حقوقی سفارش ساخت چیست؟

۲- احکام و آثار مربوط به عقد استصناع چیست؟

۳- آیا استفاده از سفارش ساخت محدود به موارد خاص و معین است یا می توان در زمینه های مختلف از آن بهره برده؟

د: فرضیه

سفارش ساخت به عنوان قراردادی خاص و مستقل، به صورت معامله ای در نظام بانكداری مطرح گردیده است.

ه: روش تحقیق:

در تدوین رساله از روش متداول در رشته علوم انسانی (کتابخانه ای) استفاده شده است و با توجه به موضوع رساله، مطالعات بر محوریت فقه و قوانین تطبیق یافته و حقوق اهل سنت مورد توجه قرار گرفته است و از آنجا که در مورد این موضوع کار علمی جدی صورت نگرفته است لذا به بررسی مدارک پرداخته و آن را مورد نقد و تحلیل قرار داده و لذا تا آن جا که ممکن می نمود از ادله عقلی نیز کمک گرفته شده و از طرف دیگر برای عملی ساختن این موضوع از رویه قضای نیز تا حد ممکن بهره گرفته شده است.