

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان

بررسی ماهیت و احکام عقد استصناع از منظر فقهی

استاد راهنما:

دکتر حمید مسجدرائی

استاد مشاور:

دکتر خسرو مومنی

دانشجو:

اسماعیل امیدی

دی ۱۳۹۶

ب



دانشگاه اصفهان
دانشکده علوم انسانی

شماره: _____
تاریخ: _____
پوست: _____

صور تجلیسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

قای اسماعیل امیدی - ۹۳۲۲۳۷۰۰۱ - الهیات فقه و مبنای حقوق با عنوان:

بررسی ماهیت و احکام استصناع از منظر فقهی

در ساعت ۱۴ روز یکشنبه مورخ ۹۶/۱۱/۲۹ - در محل سمعی و بصری دانشکده علوم انسانی

با حضور استادان محترم راهنما، مشاور و هیأت داوران تشکیل گردید و در این جلسه پایان نامه با موفقیت مورد دفاع قرار گرفت.

نامبرده نمره (به عدد / حروف) ۱۷ کلاس ۰ با درجه خی دریافت نمود.

استاد راهنما: دکتر حمید مسجد سزایی

استاد مشاور: دکتر خسرو مومنی

استاد داور داخلی خارجی: دکتر مهدی موحدی محب

استاد داور داخلی خارجی: دکتر محمد ابوعطا

دانشگاه اصفهان
دکتر قدرت بیگلریان
رئیس هیأت داوران دانشکده علوم انسانی

دانشگاه اصفهان
دکتر سید علی حسینی
معاون آراء و نظریات تحصیلات تکمیلی

تقدیم به :

- روح پرفتوح امام راحل عظیم الشان و تمامی فقیهانی که در ترویج فقه
جعفری تلاش بی دریغ نمودند.

- نیز به یاد برادر مرحوم اینجانب عباس امیدی .

سپاسگزاری:

از استاد محترم راهنما جناب آقای دکتر حمید مسجد سرایی که با راهنمایی های ارزنده خود اینجانب را یاری رسانده و نیز از استاد محترم مشاور جناب آقای دکتر مومنی که در دوران تحصیل از ثمرات علمی ایشان خوشه چینی کردم.

چکیده

عقد استصناع که به آن قرارداد سفارش ساخت هم اطلاق می شود از جمله قراردادهای رایج امروزی است که به موجب آن شخصی که نیاز به کالایی خاص با ویژگی های مدنظر خودش دارد تقاضای ساخت آن را به صنعتگری می دهد و صنعتگر نیز با مصالحی که در اختیار دارد متعهد می شود آن کالا را بر طبق اوصاف و ویژگی های سفارش دهنده بسازد؛ در این قرارداد ثمن می تواند نقداً در مجلس عقد پرداخت شود یا پس از ساخت و تحویل کالا یا در حین ساخت کالا به صورت اقساط پرداخت گردد.

از این عقد در فقه امامیه زیاد بحث نشده است ولی در فقه عامه بحث های مفصلی پیرامون این عقد صورت گرفته است به طوری که حنفی ها از این عقد به عنوان یک عقد مستقل یاد کرده اند اما سایر مذاهب عامه آن را در قالب عقد سلم دانسته و در قالب این عقد به آن پرداخته اند.

آن چه در بادی امر به نظر می رسد این است که می توانیم این عقد را یک عقد معین بدانیم اما در حقیقت این عقد بر عقود معین نظیر بیع سلف، اجاره اشخاص، جعاله و عقد صلح منطبق نیست و می توان آن را از جمله قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به شمار آورد.

در نگاه اول این عقد شباهت های زیادی به پاره ای از قراردادها مانند قرارداد پیش فروش، مقاطعه کاری، عقد امتیاز، عقد مقاوله و قرارداد ساخت، بهره برداری و واگذاری (B.O.T) دارد ولی با اندکی تأمل در مورد هر یک از این عقود می توان به تفاوت آن ها پی برد.

کلید واژه ها: عقد استصناع، بیع سلم، عقد مقاوله، مستصنع

فهرست

فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق	۱
۱-۱. کلیات تحقیق	۲
۱-۱-۱. مقدمه	۲
۱-۱-۲. بیان مسئله	۳
۱-۱-۳. اهداف تحقیق	۴
۱-۳-۱. اهداف اصلی	۴
۱-۳-۲. اهداف فرعی	۴
۱-۴. فرضیه و سوالات تحقیق	۵
۱-۴-۱. سوالات	۵
۱-۴-۲. فرضیات	۵
۱-۵. اهمیت و ضرورت پژوهش	۶
۱-۶. نوآوری های پژوهش	۷
۱-۷. روش پژوهش	۷
۲-۱. مفاهیم تحقیق	۸
۲-۱-۱. مفهوم عقد	۸
۲-۲-۱. مفهوم قرارداد پیش فروش	۸
۲-۳-۱. مفهوم مقاطه کاری	۹
۲-۴-۱. عقد امتیاز	۱۲
۲-۵-۱. عقد مقاوله	۱۳
۲-۶-۱. قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری (B. O. T)	۱۶
فصل دوم: مباحث مقدماتی و مبانی تحقیق	۱۹
۲-۱-۱. مفهوم عقد استصناع	۱۹
۲-۱-۲. عقد استصناع در لغت	۲۰
۲-۱-۳. عقد استصناع در اصطلاح	۲۰
۲-۲-۱. ارکان عقد استصناع	۲۱

۲۱	۱-۲-۲- طرفین قرارداد
۲۲	۲-۲-۲- صیغه (ایجاب و قبول)
۲۲	۳-۲- موضوع استصناع
۲۳	۴-۲- ویژگی‌ها و انواع عقد استصناع
۲۴	۵-۲- مفاد قرارداد استصناع
۲۵	۶-۲- انواع استصناع
۲۶	۱-۶-۲- سفارش ساخت و تکمیل کالا یا طرح نیمه‌تمام
۲۶	۲-۶-۲- سفارش ساخت تعدادی از کالای تولیدی یک تولیدکننده
۲۶	۳-۶-۲- سفارش ساخت کالا با ویژگی‌های خاص
۲۶	۴-۶-۲- سفارش احداث طرح و پروژه‌ای با ویژگی‌های خاص
۲۷	۵-۶-۲- سفارش ساخت برای انجام معامله
۲۷	۷-۲- کاربردهای عقد استصناع
۲۷	۱-۷-۲- کاربرد عقد استصناع در امور صنعتی
۲۹	۲-۷-۲- کاربرد عقد استصناع در بانکداری اسلامی
۳۱	۸-۲- شرایط صحت عقد استصناع
۳۲	۱-۸-۲- قصد و رضای طرفین
۳۳	۲-۸-۲- اهلیت طرفین
۳۴	۳-۸-۲- مورد معامله
۳۵	۴-۸-۲- جهت معامله
۳۶	۹-۲- احکام و آثار عقد استصناع
۳۶	۱-۹-۲- عقد لازم
۳۸	۲-۹-۲- عقد عهدی
۳۹	۳-۹-۲- مورد معامله
۴۰	۴-۹-۲- تعیین مدت
۴۱	۵-۹-۲- وجود خيارات
۴۲	۶-۹-۲- تعهدات طرفین
۴۳	۷-۹-۲- حق حبس

- ۲-۱۰- تجربه بانک‌های اسلامی در به‌کارگیری عقد استصناع ۴۳
- ۲-۱۱- کارویژه‌های عقد استصناع در مقایسه با دیگر عقود بانکی ۴۷
- ۲-۱۱-۱- عقد استصناع و سلم ۴۸
- ۲-۱۱-۲- عقد استصناع و جعاله ۵۰
- ۲-۱۱-۳- عقد استصناع و مشارکت مدنی ۵۲
- ۲-۱۲- کاربردهای بانکی عقد استصناع ۵۴
- ۲-۱۲-۱- تأمین مالی طرح‌های خصوصی ۵۴
- ۲-۱۲-۲- تأمین مالی طرح‌های دولتی و بخش عمومی ۵۵
- ۲-۱۲-۳- واسطه‌گری بانک بین شرکت‌های بزرگ و صاحبان صنایع ۵۵

فصل سوم: ماهیت عقد استصناع ۵۷

- ۳-۱- ماهیت فقهی عقد استصناع ۵۸
- ۳-۱-۱- در فقه اهل سنت ۵۹
- ۳-۱-۲- در فقه امامیه ۶۱
- ۳-۳- تأویل استصناع به عقود معین ۶۶
- ۳-۱-۱- استصناع و عقد بیع ۶۷
- ۳-۲-۳- استصناع و عقد اجاره ۷۰
- ۳-۳-۳- استصناع و عقد جعاله ۷۳
- ۳-۳-۴- عقد استصناع و عقد صلح ۷۵
- ۳-۳-۵- استصناع به عنوان ترکیبی از چند عقد ۷۶
- ۳-۴- استصناع در کنوانسیون‌های بین‌المللی ۷۸
- ۳-۵- تأویل استصناع به غیر عقد ۸۱
- ۳-۵-۱- نظریه مواعده بودن عقد استصناع ۸۲
- ۳-۵-۲- نظریه امر به ساخت بودن به نحو تضمینی عقد استصناع ۸۳
- نتیجه‌گیری ۸۵
- فهرست منابع و مآخذ ۸۹
- الف (منابع فارسی) ۸۹
- ب (منابع عربی) ۹۱

فصل اول: کلیات و مفاهیم

تحقیق

۱-۱. کلیات تحقیق

۱-۱-۱. مقدمه

بشر از آن زمان که پا به عرصه هستی گذاشت و خود را شناخت ناگزیر از ایجاد علاقه و ارتباط با سایرین بود. اجتماعی بودن انسانها وجود نیازهای مشترک آنها را در کنار یکدیگر قرار می‌داد تا علاوه بر تأمین نیازهای روحی و روانی، نیازهای جسمانی و مادی خود را برطرف نماید یکی از طرق تأمین نیازها انعقاد عقود و قراردادهای بود. عقود از قبیل معاوضه، بیع، اجاره، قرض و ضمان در همین راستا اختراع شدند بر همین اساس انسانها در عرصه زندگی اگر به‌عین یا کالایی نیاز فراوان پیدا می‌کردند به بازار می‌رفتند و به‌واسطه انعقاد عقود بیع یا معاوضه، آن کالا را تحصیل می‌نمودند و اگر هم قدرت خرید آن کالا را نداشتند یا مالی را در اختیار نداشتند تا با دیگری معاوضه کنند آن کالا را از دیگری اجاره می‌کردند اما اگر قدرت پرداخت مال‌الاجاره را هم نداشتند ناچار می‌شدند از دیگران مبلغی را قرض بگیرند یا از دیگران تقاضای ضمانت یا کفالت کنند؛ بنابراین عقود از قبیل معاوضه، بیع، اجاره، قرض و ضمان نمونه‌هایی از تلاش‌های نخستین انسانها برای برطرف کردن نیازها بودند. اما مشکل هنگامی ایجاد می‌شد که کالای موردنظر در بازار وجود نداشت و یا منطبق با نیازهای جسمی، جنسی، روحی و روانی متقاضی نبود یا شخصی به کالایی با خصایص و اوصاف خاص احتیاج داشت که در بازار یافت نمی‌شد در این حالت اگر راه برطرف کردن نیازها از طریق انعقاد عقدی جدید بسته می‌شد انسان در عصر و حرج قرار می‌گرفت پس به‌ناچار انسان باید بتواند سفارش ساخت کالایی را به سازنده و صنعتگری بدهد تا بتواند به کالا یا عین موردنظر خویش دست یابد. بر همین مبنا قراردادی میان سفارش‌دهنده و سازنده، برای ساخت کالا بر اساس اوصاف مشخص و معین بسته می‌شد که به استصناع یا قرارداد سفارش ساخت معروف شد.

در گذشته عین مورد سفارش در عقداستصناع به موارد کم‌اهمیت و کوچکی از قبیل: چکمه، ظروف مسی، شمشیر، نعل و زین اسب منحصر می‌شد. اما به‌مرورزمان، با رشد صنعت و پیشرفت تکنولوژی، نیازهای اساسی فرد و اجتماعی بشری متحول شد. به‌طوری‌که امروزه قرارداد سفارش ساخت شکل جدیدی به خود گرفته است بر این اساس ساخت هواپیماهای عظیم، کشتی‌های غول‌پیکر، اتومبیل‌های متنوع، ابزار و مصالح جنگی، قطعات رایانه‌ای

و ... می‌تواند از طریق این قرارداد صورت گیرد. چراکه صنعت گران و سازندگان در پاره‌ای از موارد، به‌جای تولید انبوه کالاها و محصولات خویش بر اساس سفارش ساخت اقدام به تولید و ساخت کالاهای سفارشی می‌نمایند. قرارداد استصناع در زندگی روزمره بشر از اهمیت زیادی برخوردار است و انتشار و گسترش آن در امور صنعتی و تجاری گواهی بر این مسئله است. در حقیقت این قرارداد از جنبه‌های داخلی و سرزمینی خارج شده و جنبه جهانی و بین‌المللی پیدا کرده است، امری که از اهمیت بیش‌ازپیش آن حکایت می‌کند.

۱-۱-۲. بیان مسئله

امروزه به موازات گسترش ابداع‌ها در عرصه‌های گوناگون علم و فناوری و ارتباطات گسترده جهانی، شیوه‌های گوناگونی از معامله‌های تجاری در سطح داخلی و بین‌الملل ابداع شده که در گذشته وجود نداشت از این معامله‌ها برای تامین مالی و اجرای طرح‌ها و پروژه‌های عظیم صنعتی که با شرایط ویژه‌ی مورد توافق طرفین قرار گرفته و عملیاتی شده، استفاده می‌شود. از سوی دیگر، بسیاری از عقده‌ها که در گذشته‌های دور فقط بین افراد بصورت شخصی منعقد می‌شد، هم اکنون در سطح نهادها و موسسه‌های کوچک و بزرگ و یا بصورت گسترده‌تر در سطح جامعه با همه‌ی گستردگی‌ش صورت می‌پذیرد. یکی از قراردادهای که امروزه کاربرد بسیار گسترده‌ای دارد قرارداد استصناع است

استصناع از استصنع، یستصنع به معانی ساختن چیزی است (بندرریگی، ۹۵۸، ۱۳۷۴؛ ابن منظور، ۲۰۵، ۱۴۰۵) قرارداد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت بدین معنا است که یکی از طرفین قرارداد در مقابل مبلغ معین، ساخت و تحویل کالای مشخصی را در زمان معین به طرف دیگر به عهده گیرد. این قرارداد امروزه بدون شک در سطحی بسیار گسترده، مورد استفاده قرار گرفته است، قلمرو آن از موارد جزئی و کم‌اهمیت تا موارد کلی و پُر اهمیت مانند سفارش ساخت کشتی‌های غول‌پیکر، ناوهای هواپیمابر و احداث نیروگاه‌های هسته‌ای را شامل می‌شود. 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

قرارداد استصناع در دنیای امروز به اندازه‌های مهم است که اگر از جامعه کنونی حذف گردد، جامعه در حوزه معاملات با مشکلات جدی مواجه می‌گردد. قرارداد استصناع به حسب ظاهرا از لحاظ برخی خصوصیات مثل عدم وجود مثنی و عدم لزوم پرداخت کامل ثمن هنگام انعقاد قرارداد، با قراردادهای متعارف تفاوت دارد؛ به همین دلیل مشروعیت عقد استصناع جز در قالب بیع سلم، از منظر اکثر مذاهب فقهی به استثنای فقه حنفی مورد تردید واقع شده است؛ ولی به علت احساس نیاز به عقد استصناع در معاملات روز مره به خصوص در عصر حاضر، نظریه مشروعیت عقد استصناع مورد استقبال چشمگیر فقیهان و حقوقدانان اهل سنت قرار گرفته است؛ به طوری که به عنوان مبنای فقهی قوانین مدنی نسبت به عقد استصناع در اکثر کشورهای اسلامی شناخته شده است و اکثر فقیهان، حقوق دانان، اقتصاد دانان و نویسندگان مشهور اهل سنت در حالی حاضر، عقد استصناع را یکی از ابزارهای مهم بازار در بانکداری اسلامی مطرح نموده اند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶؛ سمرقندی، ۱۴۱۴، ۳۶۳؛ کاشانی حنفی، ۱۳۲۸، ۲-۴؛ حنفی مصری، ۱۴۱۸، ۱۰۷) هرچند که قرارداد داد استصناع در دنیای اهل سنت از پیشینه و جایگاه بیشتری برخوردار است؛ اما برخی از فقیهان و اقتصاد دانان تشیع نیز در این اواخر با درک اهمیت عقد استصناع در بانکداری اسلامی، بدان پرداخته اند. مسئله اصلی پژوهش حاضر آنست که جایگاه حقوقی قرارداد استصناع و احکام آن را از دیدگاه دو رویکرد فقهی مطرح در دنیای اسلام، یعنی فقه امامیه و فقه حنفی به صورت تطبیقی مورد بحث و بررسی قرار دهد و موارد تشابه و تمایز رویکردهای مزبور به این قرارداد مهم و نقاط قوت و ضعف هر کدام را تبیین نماید.

۱-۱-۳. اهداف تحقیق

۱-۱-۳-۱. اهداف اصلی

بررسی ماهیت و احکام عقد استصناع از منظر فقهی

۱-۱-۳-۲. اهداف فرعی

۱- تبیین مبانی فقهی عقد استصناع

- ۲- تبیین صحت و یا فساد عقد استصناع از منظر فقها
- ۳- تبیین استقلال و یا عدم استقلال عقد استصناع از منظر فقها
- ۴- تبیین و توضیح آرای مختلف فقهای اسلامی در باب عقد استصناع
- ۵- تبیین شرایط و احکام عقد استصناع از منظر فقها

۱-۱-۴. فرضیه و سوالات تحقیق

۱-۱-۴-۱. سوالات

- ۱- مفهوم و مبانی عقد استصناع از منظر فقهی چیست؟
- ۲- شرایط قرارداد استصناع از منظر فقهی چیست؟
- ۳- دلایل مشروعیت عقد استصناع از منظر فقهی کدام است؟
- ۴- احکام و آثار مربوط به عقد استصناع از منظر فقهی چیست؟
- ۵- نظرات موافق و مخالف در میان فقهای اسلامی در باب عقد استصناع چگونه است؟

۱-۱-۴-۲. فرضیات

- ۱- پیرامون ماهیت حقوقی قرارداد تجاری سفارش ساخت، می توان فرضیه ای را ارائه داد بدین صورت که: به نظر می رسد این قرارداد با هیچ یک از عقود و قراردادهای معین از قبیل: بیع سلف (سلم)، جعالة خاص، اجاره اشخاص قابل انطباق نباشد.
- ۲- عقدی مستقل و متمایز از سایر عقود و قراردادها باشد و در حقوق ایران از مصادیق قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد و اینکه عقد استصناع یا سفارش ساخت به عنوان قراردادی خاص و مستقل بصورت معامله ای در نظام بانکداری اسلامی مطرح گردیده است.
- ۳- استصناع عقدی است لازم که طرفین ملزم به پایبندی بر تعهدات خود بوده و نمی توانند از مفاد آن تخلف نمایند. اصل لزوم قراردادها و ماده ۲۱۹ ق م بر اثبات این امر دلالت می کند

۴- از آن جا که در کتب فقهی و روایی ادله‌ی خاصی برای صحت این عقد وجود ندارد، مشروعیت این عقد با استفاده از آیه اوفوا بالعقود، تجاره عن تراض، و روایت المسلمون عند شروطهم تأیید می‌شود. هم‌چنین عرف مردم و بنای عقلا نیز موید این عقد است.

۵- در میان اهل سنت گروهی که بیش از سایرین از احکام و آثار استصناع سخن به میان آورده اندحنفی‌ها هستند اکثر علمای (فقه و حقوق) ایشان با توجه به اینکه بر اساس استحسان قائل به اعتبار و صحت چنین قراردادی شده اند معتقد به جواز این عقد محدود بودن استصناع به موارد متعارف و محدود بودن و عدم امکان گسترش آن، تعیین جنس و نوع و وصف و مقدار مورد معامله و عدم تعیین مدت در موعد تحویل مصنوع هستند و به اعتقاد فقهای امامیه گرچه استصناع عقدی صحیح و مشروع است اما ماهیت آن محل اختلاف بوده و اکثر فقهای معاصر یا آن را از مصادیق قرارداد بیع می‌دانند و آن را به عنوان عقد مستقل به شمار می‌آورند

۱-۱-۵- اهمیت و ضرورت پژوهش

عقد استصناع از قراردادهای رایج و مبتلابه دنیای کنونی است که در معاملات مالی و فعالیت‌های اقتصادی و صنعتی نقش بارزی دارد. بی‌گمان انسان‌ها در طول زندگی روزمره خویش بی‌نیاز از این‌قرار داد نیستند و بعضاً به‌منظور دستیابی به کالای موردنظرشان، ناگزیر از انعقاد این عقد هستند، بنابراین قرارداد سفارش ساخت یا همان عقد استصناع، جایگاه ویژه در زندگی روزمره انسان دارد.

این قرارداد - همان‌طور که در سابقه علمی اشاره می‌نماییم - در فقه شیعه امامیه چندان موردبررسی قرار نگرفته است و فقهای معدودی پیرامون این مطالبی را بیان کرده‌اند.

از حیث حقوق داخلی نیز حقوقدانان و صاحب‌نظران چندان این قرارداد را موردبررسی قرار نداده‌اند، به‌طوری‌که نه‌تنها یک کتاب منسجم حقوقی، بلکه مقالات حقوقی منسجمی هم پیرامون این قرارداد وجود ندارد! این در حالی است که، با توجه به نقش و کاربرد این قرارداد در زندگی روزمره بشری، ضرورت تحلیلی حقوقی پیرامون این قرارداد بیش‌ازپیش احساس می‌شود؛ به عبارت ساده‌تر در حقوق ایران، حقوقدانان تحت عنوان خاصی این قرارداد را موردبررسی قرار نداده‌اند و آنان که به این موضوع مهم پرداخته‌اند به شکل محدود آن را تبیین کرده‌اند. تمام

این مسائل ضرورت انجام پژوهشی جامع پیرامون این موضوع را توجیه می‌نماید. ما در این پژوهش قصد داریم قرارداد سفارش ساخت را از جنبه‌های فقهی (اعم از فقه عام و فقه امامیه) و جنبه‌های حقوقی مورد بررسی قرار دهیم و به نقد و بررسی مشکلات و چالش‌های این قرارداد بپردازیم و راه‌حل‌هایی را در این راستا ارائه بدهیم.

۱-۱-۶. نوآوری های پژوهش

انجام یک پژوهش علمی، حتی اگر با هدف حل کردن و برطرف نمودن مشکلی از مشکلات جامعه باشد ولی در عمل هیچ نوآوری و دستاورد جدید علمی را به همراه نداشته باشد. چندان سودمند و فایده بخش نخواهد بود. چرا که دنیای امروزی از ما انتظار ندارد گفته‌های پیشینیان را تکرار نماییم بلکه انتظار دارد پس از فهم گفته‌ها و اقوال پیشینیان، به بررسی و تجزیه و تحلیل آن بپردازیم و مطالبی را هم بر آن بیفزاییم تا بدین وسیله به معجون و شرابی خوش گوار دست یابیم که گوارای وجود نوشندگان باشد! نگارنده در این راستا، تمام تلاش خویش را انجام داده و معتقد است موارد ذیل می‌توانند از نوآوری های این پایان نامه باشند:

- ۱- بررسی نظر فقهای عامه پیرامون مشروعیت قرارداد تجاری سفارش ساخت
- ۲- تمیز و تفکیک قرارداد تجاری سفارش ساخت از عناوین مشابه از قبیل: قرارداد پیش فروش، قرارداد مقاطعه کاری و قرارداد ساخت، بهره برداری و واگذاری
- ۳- بررسی امکان به کارگیری قرارداد تجاری سفارش ساخت در بانکداری اسلامی

۱-۱-۷- روش پژوهش

روش مورد استفاده در این تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی بوده است و ابزار مورد استفاده کتابخانه‌ی می باشد و ابزار تحقیق از طریق فیش برداری است و جامعه آماری شامل، کتاب، پایان نامه، مقاله و منابع الکترونیکی می باشد که پس از مطالعه و بررسی داده‌ها با استفاده از اصول کلی حقوقی و استدلال منطقی نسبت به استخراج مطالب اقدام خواهد شد.

۲-۱. مفاهیم تحقیق

۱-۲-۱. مفهوم عقد

عقد در لغت به معنای بستن دو چیز است به یکدیگر به نوعی که جدا شدن یکی از دیگری سخت و دشوار باشد. مثل گره زدن ریسمان و نخ به ریسمان و نخ دیگری که از هم منفک نگردند و با یکدیگر تلازم و پیوستگی پیدا کنند. از اینرو علمای علم لغت در تعریف لغوی عقد را مقابل حلّ به معنای گشودن بکار برده‌اند و حل و عقد یعنی گشودن و بستن کنایه از انجام دادن امور است و همچنین عقد به معنای بستن ریسمان و بیع و عهد است.

۱-۲-۲. مفهوم قرارداد پیش فروش

اصطلاح پیش فروش در لغت عبارت از «فروختن مال یا غلّه قبل از مهیّا شدن، یا بها ستاندن پیش از تحویل مال می باشد و به عبارت دیگر فروختن کالایی است که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعد آن را تحویل بدهد» (عمید، ۱۳۶۹، ۵۰۹).

در قوانین و مقررات ما، تعریفی کلی از قرارداد پیش فروش به ارائه شده است؛ اما در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قرارداد پیش فروش ساختمان چنین تعریف شده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) 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 (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش فروش ساختمان» محسوب می‌شود».

حقوقدانان نیز تعریفی از قرارداد پیش فروش اموال ارائه نکرده‌اند؛ ولی با وجود این، در تعریف قرارداد پیش فروش اموال می‌توان گفت: «قرارداد پیش فروش اموال، قراردادی است که، بر اساس آن فروشنده تعهد می‌نماید، مالی را طبق اوصاف و شرایط ذکر شده در قرارداد تدارک ببیند و در مقابل دریافت مبلغ معین در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد».

در فقه امامیه در مورد پیش فروش اموال به «بیع میوه» اشاره می‌کنند و نظر مشهور آن است که فروش میوه پیش از ظهور آن باطل است و در این مورد استدلال کرده‌اند که چون، عنوان میوه، در زمان قبل از ظهور، عرفاً بر آن صدق نمی‌کند؛ و مبیع در زمان انعقاد موجود نیست، بیع باطل است (نجفی، بی تا، ۵۹).

پیش فروش اموال در حقوق انگلیس با عنوان *sale of future goods* و در حقوق فرانسه تحت عنوان *vente de la chose future* به کار می‌رود که برخی از حقوقدانان ایران آن را به «بیع آیندان» ترجمه نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۵۰۸).

در حقوق کشورهای عربی، قرارداد پیش فروش اموال، تحت عنوان «بیع الاشياء المستقبله» مورد بحث قرار می‌گیرد. ماده ۱۳۱ قانون مدنی مصر اعلام می‌دارد: «مورد تعهد می‌تواند شیئی در آینده باشد». در قوانین مدنی سوریه، لیبی، سودان و لبنان نیز چنین قراردادی صحیح اعلام شده است؛ اما در صورتی که مال مورد قرارداد در موعد مقرر به وجود نیاید، بیع باطل خواهد بود (فرج الصده، ۱۹۷۴، ۳۲۲).

۱-۲-۳. مفهوم مقاطعه کاری

معنای لغوی مقاطعه «تضمین و تعهد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۷) همچنین از نظر حقوقی، قرارداد مقاطعه کاری قراردادی است که به موجب آن شخص تحت عنوان مقاطعه کار در مقابل عوض معین ملتزم به انجام عملی در مدت زمان مشخص، برای طرف مقابل می‌شود.

بسیاری از نویسندگان و حقوق دانان این قرار داد را ماهیتاً از مصادیق اجاره اشخاص می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۵۷)

اما آنچه در مورد قرارداد مقاطعه کاری قابل بحث است این می‌تواند باشد که در این قرار داد هم، مانند قرار داد سفارش ساخت سازنده ملتزم به ساخت و تحویل مورد تعهد در زمان مشخص و معین می‌باشد و پرداخت عوض از جانب خریدار به سازنده، در مقابل ساخت مورد تعهد و تسلیم آن می‌باشد و انگهی در قرارداد مقاطعه کاری همچون قرارداد سفارش ساخت تعهد سازنده، تعهد به نتیجه می‌باشد و سازنده تا زمانی که مورد تعهد را به‌طور کامل نسازد استحقاقی به دریافت عوض ندارد. شاید این شباهت‌ها موجب شده تا پاره‌ای از نویسندگان قرارداد سفارش ساخت را از مصادیق مقاطعه کاری قرار دهند (کمیجانی، نظر پور، ۱۳۸۷، ص ۷۱)

پاره‌ای از نویسندگان قرارداد مقاطعه کاری و سفارش ساخت را از یکدیگر تفکیک نموده‌اند و تفاوت‌های را بر آن‌ها شمرده‌اند این تفاوت‌ها عبارت‌اند از:

الف) مقصود علیه در قرارداد سفارش ساخت مال منقول است ولی در مقاطعه کاری اعم از منقول و غیرمنقول است (پیر هادی، ۱۳۸۵. ص ۵۵)

ب) قرارداد سفارش ساخت غرری نیست ولی عقد مقاطعه کاری انبان غرر است

ج) قرا داد سفارش ساخت آنی است ولی در مقاطعه کاری عقدی مستمر است (جعفری لنگرودی، اندیشه و ارتفاع، ص ۴۹۹). با وجود این به نظر می‌رسد که این نظر خالی از اشکال نباشد و پاره ای از تفاوت‌های فوق نتوانند موجب تمیز قرارداد سفارش ساخت و مقاطعه کاری گردد به طوری که معقود علیه و مورد معامله در هر دو قرارداد اموال منقول و غیر منقول می‌باشند. البته با بررسی متون فقهی ملاحظه می‌نماییم که مورد معامله در قرارداد سفارش ساخت اموال منقول از قبیل: چکمه، کفش، شمشیر، فعل چهار پایان، ظرف سفالی و ... بوده و نه اموال غیر منقول. اما این مسئله بدین معنا نیست که مورد معامله در این قرارداد منحصر به اموال منقول شود چرا که ذکر هر یک از موارد یادشده در متون فقهی به دلیل ترویج و دادوستد هر یک از اموال در آن زمان بوده ولی امروزه با پیشرفت صنعت و تکنولوژی و افزایش و تنوع روز افزون نیازها دلیلی به اعطای قرارداد سفارش ساخت به اموال منقول وجود ندارد و این قرارداد همانطور که در اموال منقول همچون اتومبیل؛ کشتی و هواپیما رایج می‌باشد در اموال غیر منقول از قبیل: ساخت سد و سیلو، بیمارستان و ... نمونه‌های فراوانی از آن مشاهده می‌گردد در مورد تفاوت دوم هم می‌توان گفت که شکی نیست قرا داد سفارش ساخت از عقود غرری نیست ولی پذیرش

این مسئله که مقاطعه کاری از عقود غرری می‌باشد دشوار به نظر می‌رسد. در رابطه با تفاوت سوم هم می‌توان گفت که همانطور که مشاهده نمودیم قرار داد سفارش ساخت بر خلاف عقد مقاطعه کاری از عقود مستمر نیست و این مورد تا حدی می‌تواند تمیز و تفکیک میان این دو عقد گردد

یکی از نویسندگان تفاوت میان این دو قرارداد را این گونه بیان می‌کند که در مقاطعه کاری، سازنده و مقاطعه کار، ملزم به تهیه مصالح و مواد اولیه نیست ولی در قرار داد سفارش ساخت سازنده ملزم به تهیه مصالح است (جزایری، بی تا، ص ۳۳)

البته این مسئله صحیح است که در قرارداد سفارش ساخت سازنده ملزم و مکلف به ساخت از مواد و مصالحی است که نزد وی موجود است یا آن را فراهم نمود ولی در قرارداد مقاطعه کاری، مقاطعه کار ملزم و مکلف به ساخت می‌باشد اعم از این که مواد و مصالح را خود فراهم نماید یا آنها را از طرف مقابل دریافت کند ولی اگر سازنده ای با مواد و مصالحی که خود آنها را فراهم آورده است اقدام به ساخت و ساز نماید آیا این قرار داد ماهیتاً سفارش ساخت است یا مقاطعه کاری؟

آنچه من جمیع جهات به نظر می‌رسد این است که معیارهای فوق به تنهایی نمی‌تواند موجب تفکیک و تمیز میان قرارداد سفارش ساخت و مقاطعه کاری گردد و برای تفکیک و تمیز میان این دو عقد باید به معیارهای دیگری متوصل شد البته درست است که شباهت‌های فراوانی میان این دو عقد وجود دارد اما این عقود را اینگونه می‌توان از هم تفکیک نمود که در قرارداد مقاطعه کاری تعهد عمده و اصلی مقاطعه کار ارائه کار و خدمت می‌باشد حتی در پاره ای از موارد مقاطعه کار صرفاً بر روی زمین صاحب بنا ساخت و ساز می‌نماید مالک زمین، مالک ساخت و ساز می‌شود بدون اینکه فروشی در کار باشد (ولویون، ۱۳۸۵، ص ۲۸)

به عبارت دیگر قرارداد مقاطعه کاری از عقود وارده بر «عمل» می‌باشد و موضوع و مورد عقد «عمل سازنده» است و پس از انعقاد عقد مقاطعه کار صرفاً مکلف به ساخت و ساز است اعم از اینکه مواد و مصالح را خود تهیه کند یا از جانب صاحب کار به وی داده شود و همانطور که یکی از حقوق دانان بیان داشته عمل عامل در مقاطعه کاری عنصر اصلی و اساسی قرار داد را تشکیل می‌دهد و تعهد وی به صورت تعهد به فعل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۵۲) اما در قرار داد سفارش ساخت موضوع و مورد معامله عین ساخته شده توسط سازنده است و