

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و بمواره ناخبر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادیان شجریان و اعضاء هیئت علمی و احد های دانشگاه آزاد اسلامی متقدمی گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

تعهد اصالت رساله یا پایان نامه تحصیلی

فروزان قبادی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ از پایان نامه خود تحت عنوان " بررسی عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان " با کسب نمره دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

(۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آنرا در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

(۲) این پایان نامه قبلاً برای هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

(۳) چنان چه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

(۴) چنان چه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچ گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد مرودشت
دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان

استاد راهنما:

دکتر عباس زمانی

نگارش:

فروزان قبادی

دیماه ۱۳۹۵



صور تجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد (M.A)

نام و نام خانوادگی دانشجو: فروزان قبادی در تاریخ
از پایان نامه خود با عنوان:
بررسی عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان

با درجه و نمره دفاع نموده است.

امضاء اعضای هیات داوری	سمت	نام و نام خانوادگی اعضای هیات داوری
		۱ - استاد راهنما
		۲ - استاد مشاور
		۳ - استاد داور
		۴ - استاد داور

مراتب فوق مورد تایید است.

مدیر/معاونت پژوهشی

مهر و امضاء

سپاسگزاری

با تقدیر و تشکر شایسته از استاد فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر زمانی که همواره راهنما و راه گشای نگارنده در به نتیجه رساندن این پایان نامه بوده است.

تقدیم به

پدر و مادر عزیز و مهربانم

که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی

همواره یآوری دلسوز و فداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن برایم بوده‌اند.

صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
۱۱	فصل اول- مفاهیم و کلیات
۱۲	گفتار اول- اعمال حقوقی
۱۳	گفتار دوم- مفهوم عقد و اقسام آن
۱۳	بند اول- تعریف عقد
۱۳	۱- عقد در لغت
۱۴	۲- عقد در اصطلاح
۱۶	بند دوم- انواع عقد
۱۶	۱- عقد لازم
۱۷	۲- عقد جایز
۱۸	۳- عقد خیاری
۱۸	گفتار سوم- ارکان عقد
۱۹	بند اول- ایجاب
۲۰	۱- تفاوت ایجاب و دعوت به مذاکره
۲۱	۲- شرایط ایجاب
۲۲	۳- الزام آور بودن ایجاب
۲۳	۴- اهلیت ایجاب دهنده
۲۶	۵- زوال ایجاب
۲۶	بند دوم- قبول
۲۸	بند سوم- موضوع معامله
۲۹	۱- موضوع تعهد انتقال مال است
۳۲	۲- موضوع تعهد انجام کار است
۳۳	گفتار چهارم- عقد استصناع
۳۳	بند اول- معنای لغوی استصناع
۳۳	بند دوم- معنای اصطلاحی استصناع
۳۶	گفتار پنجم- عقود مشابه
۳۶	بند اول- بیع دین در دین
۳۷	بند دوم- بیع کالی به کالی

بند سوم- جعاله	۳۷
فصل دوم- مبانی فقهی- حقوقی عقد استصناع در ایران و افغانستان	۴۰
گفتار اول- عقد استصناع در ایران	۴۱
بند اول- عقد استصناع در فقه	۴۱
۱- عقد استصناع لازم یا جایز	۴۴
۲- نظریه فقهای متقدم امامیه	۴۵
الف- نظریه شیخ طوسی	۴۵
ب- نظریه ابن حمزه و ابن سعید	۴۶
۳- نظریه فقهای متاخر امامیه	۴۷
۴- نتیجه نظرات فقهای امامیه	۵۲
بند دوم- عقد استصناع در حقوق موضوعه	۵۳
۱- استصناع به عنوان فروش مال آینده	۵۵
۲- شرایط عقد استصناع	۵۶
الف- معلوم بودن مورد معامله	۵۶
ب- نحوه پرداخت ثمن	۵۶
ج- مشخص بودن زمان تحویل کالا	۵۷
۳- انتقال مالکیت	۵۸
الف- انتقال آنی مالکیت	۵۸
ب- انتقال مالکیت با تأخیر	۵۹
۴- عقود مشابه با استصناع	۶۰
الف- پیش فروشی ساختمان	۶۱
ب- قرارداد مقاطعه کاری	۶۴
گفتار دوم- عقد استصناع در افغانستان	۶۴
بند اول- عقد استصناع در فقه	۶۵
۱- مذهب مالکی	۶۵
۲- مذهب شافعی	۶۵
۳- مذهب حنبلی	۶۶
۴- مذهب حنفی	۶۶
بند دوم- ماهیت استصناع	۶۷
۱- استصناع لازم یا جایز	۶۷
۲- مشخص کردن مدت در استصناع	۶۷
۳- موضوع استصناع	۶۸
بند چهارم- قانون المجله	۶۹

بند پنجم- دیدگاه سنه‌وری	۷۱
۱- لازم یا جایز بودن عقد	۷۲
۲- ایرادات وارد بر عقد استصناع	۷۳
بند ششم- عقد استصناع در حقوق موضوعه	۷۳
۱- مقاوله (پیمانکاری)	۷۴
۲- زمان انتقال مالکیت	۷۶
فصل سوم- شرایط تشکیل و انعقاد عقد استصناع و آثار آن در ایران و افغانستان	۷۸
گفتار اول- شرایط انعقاد و ماهیت حقوقی عقد استصناع	۷۹
بند اول- ماهیت عقد استصناع	۷۹
بند دوم- اوصاف	۸۶
۱- تملیکی بودن	۸۶
۲- معاوضی بودن	۸۹
۳- عین بودن مبیع	۹۰
۴- لازم بودن	۹۰
۵- نحوه پرداخت ثمن	۹۴
۶- با واسطه یا بی واسطه بودن	۹۴
۷- معین بودن	۹۵
بند سوم- ارکان عقد استصناع	۹۵
الف- ارکان عمومی	۹۶
۱- قصد و رضا	۹۶
۲- اهلیت	۹۷
۳- موضوع عقد	۹۸
ب- ارکان اختصاصی	۱۰۳
گفتار دوم- آثار عقد استصناع	۱۰۵
بند اول- انتقال مالکیت پس از ساخت کالا	۱۰۶
بند دوم- تعهد به ساخت کالا و پرداخت بها	۱۰۷
بند سوم- استقرار مالکیت و الزام به تسلیم کالا	۱۰۸
بند چهارم- ضمانت اجرا	۱۱۱
گفتار سوم- احکام و آثار استصناع به عنوان عقدی غیر معین	۱۱۲
بند اول- لازم بودن عقد	۱۱۲
بند دوم- عهدی بودن عقد	۱۱۳
بند سوم- کالای سفارش شده	۱۱۴
بند چهارم- مشخص کردن زمان ساخت	۱۱۵

بند پنجم - حق فسخ	۱۱۶
بند ششم - انجام دادن قرارداد	۱۱۶
بند هفتم - شروط ضمن عقد	۱۱۸
بند هشتم - حق حبس	۱۱۸
نتیجه گیری	۱۱۹
منابع	۱۲۱

چکیده

با توجه به گسترش قرارداد استصناع و کاربرد وسیع آن، تحقیقات بسیاری در مورد آن انجام شده است و در کشورهای اسلامی نیز پس از اعلام مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی مبنی بر لازم الطرفین بودن آن و به علت ماهیت و ویژگی های خاصی آن، در کشورهای اسلامی گسترش ویژه ای یافت. مورد معامله در عقد استصناع، ساخت کالایی است که مستصنع با بیان اوصاف و مشخصات آن به صانع ساخت آن را سفارش می دهد تا در مدتی معینی تهیه مواد اولیه، کالای مورد نظر را برای سفارش دهنده ساخته و به وی تحویل دهد. چنان چه عقد استصناع را منطبق با هر یک از عقود معین مثل بیع یا اجاره و یا جعاله و حتی ترکیبی از بیع و اجاره یا بیع و وکالت بدانیم می بایست احکام خاص آن عقد را بر آن مترتب نمود، در صورت عدم پذیرش این نظریه و قبول این که عقد استصناع عقدی مستقل مستند به ماده ی ۱۰ قانون مدنی است می توان با عنایت به قواعد عمومی قراردادها و اصل آزادی قراردادها و بنای عقلاء توجیه کرد. لازم به ذکر است که اکثریت مراجع و فقیهان شیعه به صورت عقد مستقل یا در قالب بیع، اجاره، جعاله و صلح به صحت عقد استصناع باور دارند. همچنین حقوق افغانستان عقد استصناع را به عنوان مقاوله (پیمان) شناخته و مورد بررسی قرار می دهند. پس از شناسایی ماهیت رابطه حقوقی آن چه به عنوان مهم ترین مبحث می بایست مورد بررسی قرار گیرد، شناسایی احکام و آثار فقهی-حقوقی است که پس از تحقق رابطه حقوقی بر آن بار می شود، چرا که هر یک از طرفین لازم است بدانند بر اساس عقد واقع شده بین ایشان از چه حقوقی برخوردار شده و در مقابل باید چه حقوقی را برای طرف مقابل قائل باشند. یکی از مهم ترین مسائل در عقد استصناع زمان انتقال مالکیت است که تعیین کننده شرایط 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 هزینه های نگهداری و انبارداری و... همه مسائلی است که با تعیین زمان انتقال کالا در قرارداد استصناع روشن می شود. اهمیت این امر در عقد استصناع که سابقه ی چندانی در حقوق ایران نداشته و از احکام و آثار آن به طور خاص سخنی به میان نیامده است، دو چندان خواهد بود. بنابراین ضروری است که پس از تعیین ماهیت یک قرارداد، به بحث از احکام و آثار آن قرارداد بپردازیم تا از بروز مشکلات حقوقی در مراحل بعدی انعقاد عقد جلوگیری نماییم.

کلمات کلیدی: استصناع، قرارداد ساخت، قرارداد پیمان، مقاوله

امروزه به موازات گسترش ابداع‌ها در عرصه‌های گوناگون علوم و فناوری و ارتباطات گسترده جهانی، به واسطه کاربرد این ابداعات، شیوه‌های گوناگونی از معامله‌های تجاری نیز در سطح داخلی و بین‌المللی ابداع شده که در گذشته وجود نداشت. این قبیل معامله‌ها برای تأمین مالی و اجرای طرح‌ها و پروژه‌های عظیم صنعتی که با شرایط ویژه‌ای مورد توافق طرفین قرار گرفته و عملیاتی شده، مورد استفاده قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، بسیاری از قراردادهایی که در گذشته‌های دور فقط بین افراد به صورت شخصی منعقد می‌شد؛ هم اکنون در سطح نهادها و مؤسسه‌های کوچک و بزرگ یا به صورت گسترده‌تر در سطح جامعه با همه گستردگی‌اش صورت می‌پذیرد.

یکی از قراردادهایی که امروزه کاربرد بسیار گسترده‌ای دارد قرارداد استصناع یا سفارش ساخت است. عقد استصناع، عقدی نیست که در زمان‌های اخیر ابداع شده باشد بلکه در گذشته‌های دور نیز به کار گرفته می‌شد. سفارش ساخت کفش، چکمه، یا ظروف رومی، مسی و ... همواره موضوع قراردادهای منعقد قرار می‌گرفت. بنابراین عقد استصناع، مانند: عقد بیمه عقدی جدید (مستحدث) نیست. فقط تفاوت زمان حاضر و زمان‌های گذشته در کمیت، کیفیت و گستردگی قراردادهای استصناع در زمان حاضر است به گونه‌ای که این قرارداد را می‌توان در زمره قراردادهای بسیار با اهمیت در عرصه اقتصادی به شمار آورد. امروزه بسیاری از پروژه‌ها و طرح‌های کلان کشورها مانند خط‌های انتقال نفت و گاز، کارخانه‌های عظیم پتروشیمی، ذوب آهن، سدسازی و ... را در چارچوب این قرارداد اجرا کرد. و در سطح بین‌المللی نیز احداث برج‌های اداری و مسکونی و تجاری، جاده و آزادراه، توسعه سامانه‌های برق، توسعه و تجهیز سامانه تصفیه آب، احداث پل‌ها و توسعه بندرها و ... صورت عملی به خود گرفته است.

هر چند امروزه سفارش ساخت کالا موضوعی متداول و معمول است ولی به همان میزان از نظر حقیقت حقوقی و ماهوی، امری قابل تامل و مستلزم رفع ابهام و تعیین ماهیت است. استصناع تنها از نظر دو یا سه نفر از فقهای متقدم چون ابن حمزه طوسی که ضمن عقد دانستن استصناع قائل به جواز آن در طرفین عقد است و یا ابن سعید حلی که با همین بیان، جواز عقاید را تنها در ناحیه سفارش دهنده کالا می‌داند و شیخ طوسی که آن را باطل انگاشته، ظهوری اجمالی دارد و مفید دستیابی به ماهیت این عقد نیست. از سویی دیگر نیاز و حاجت عمومی و گستره این قرارداد را نمی‌توان نادیده گرفت. لذا ضروری است که به عنوان یک قرارداد جایگاه آن در ساختار حقوقی ایران تبیین و همچنین مشخص گردد که آیا می‌توان آن را با عنایت به تعریف قانون مدنی از بیع در ماده ۳۳۸ و اجاره در ماده ۴۹۹ و جعاله در ماده ۵۹۱ قانون مدنی منطبق دانست؟ و یا این که ماهیت این قرارداد را می‌توان در قالب عقدی عهدی و غیر معین که آثار کلی عقود معاوضی بر آن مترتب است تبیین نمود. در عقد استصناع، در زمان انعقاد قرارداد کالایی در عالم خارج

موجود نیست، اگر آن را بیع معدوم بدانیم تحلیل ماده ۳۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشت. بیع باطل است چگونه خواهد بود؟ و آیا ملاک اصلی در بطلان بیع معدوم، صرف عدم وجود مبیع حین عقد است یا حصول غرر؟ مضاف بر این که تمیلکی بودن عقود چون بیع که به صرف ایجاب و قبول، تملیک دران محقق می‌شود و موجد حق عینی است، در بیع سلم و انطباق استصناع با بیع سلم چگونه توجیه می‌گردد؟ این تحلیل که استصناع، اجاره تلقی گردد و اینکه اصل عمل و حاصل عمل (کالا) از باب قاعده تبعیت نما از اصل به مالکیت سفارش دهنده درآید تا چه میزان قابل پذیرش است؟ قاعده تبعیت نما از اصل درخصوص نمائات ذاتی، اصل است آیا کالای ساخته شده را می‌توان نماء ذاتی عمل اجیر (سازنده) دانست؟

اگر استصناع ترکیبی از بیع و اجاره یا وکالت باشد فارغ از قصد متعاقدين که عقدی واحد را مد نظر داشته اند، سوالاتی مطرح می‌گردد از قبیل اینکه آیا این ترکیب با ارتکاز عرفی از استصناع منطبق است؟ و اگر سفارش دهنده قبل از شروع ساخت از قصد خود برگردد، آیا ملزم می‌شود که مواد اولیه ای را که سازنده خریده است برای خود بردارد؟ این الزام چه میزان با عقد استصناع تناسب دارد؟ ممکن است گفته شود استصناع امر به ساخت است بدین صورت که سفارش دهنده ضامن کالای ساخته شده باشد مانند امر به انجام عملی یا اتلاف مالی با ضمانت امر، در نتیجه سازنده مامور ساخت است با ضمانت سفارش دهنده نسبت به قیمتی که بر آن توافق کرده اند و سفارش دهنده پس از ساخت در قبال تملک او بر کالای ساخته شده ضامن قیمت آن است. این تحلیل از عقد استصناع مستلزم آن است که در استصناع عمل یا مالی اتلاف شود. سؤال اساسی آن است که در عقد استصناع چه اتلافی صورت می‌گیرد تا مشمول ضمانت بالامر شود؟ اگر نتوان استصناع را منطبق بر یکی از عقود معین دانست، می‌توان استقلال آن را از عموماً عقود و بنای عقلا و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی که مبین اصل آزادی قراردادی است استنباط کرد. پایان نامه حاضر درصدد تحلیل و اخذ تصمیم و نتیجه درخصوص سوالات فوق است.

در کنار بحث از ماهیت هر قراردادی یکی از مهم‌ترین مسائلی که در مورد عقود همواره مطرح بوده، احکام و آثار فقهی و حقوقی است که آن عقد به دنبال خواهد داشت و همان طور که می‌دانیم ضرورت بحث از این امور در عقود غیر معین دو چندان خواهد بود؛ چرا که برای این عقود برخلاف عقود معین، احکام و آثاری در قانون پیش بینی نشده است و در صورت عدم تعیین این موارد طرفین قرارداد بدون توجه به آثار، آن عقد را منعقد خواهند کرد که مشکلات حقوقی فراوانی را در پی خواهد داشت. بنابراین ضروری است که پس از تعیین ماهیت یک قرارداد، به بحث از احکام و آثار آن قرارداد بپردازیم تا از بروز مشکلات حقوقی در مراحل بعدی انعقاد عقد جلوگیری نماییم.

بیان مساله

امروزه به موازات گسترش ابداع‌ها در عرصه‌های گوناگون علوم و فناوری و ارتباطات گسترده جهانی، شیوه‌های گوناگونی از معامله‌های تجاری در سطح داخلی و بین‌المللی ابداع شده که در گذشته وجود نداشت. از این معامله‌ها برای تأمین مالی و اجرای طرح‌ها و پروژه‌های عظیم صنعتی که با شرایط ویژه‌ای مورد توافق طرفین قرار گرفته و عملیاتی شده، استفاده می‌شود. از سوی دیگر، بسیاری از عقدهای که در گذشته‌های دور فقط بین افراد به صورت شخصی منعقد می‌شد؛ هم‌اکنون در سطح نهادها و مؤسسه‌های کوچک و بزرگ یا به صورت گسترده‌تر در سطح جامعه با همه گستردگی‌اش صورت می‌پذیرد.

یکی از قراردادهایی که امروزه کاربرد بسیار گسترده‌ای دارد قرارداد استصناع یا سفارش ساخت است. عقد استصناع، عقدی نیست که در زمان‌های اخیر ابداع شده باشد بلکه در گذشته‌های دور به کار گرفته می‌شد. سفارش ساخت کفش، چکمه، یا ظروف رویی، مسی و ... همواره در قراردادهای منعقد شده مشاهده می‌شد. بنابراین عقد استصناع، مانند: عقد بیمه عقدی جدید (مستحدث) نیست. فقط تفاوت زمان حاضر و زمان‌های گذشته در کمیت، کیفیت و گستردگی قراردادهای استصناع در زمان حاضر است به گونه‌ای که این قرارداد را می‌توان در زمره قراردادهای بسیار با اهمیت در عرصه اقتصادی امروز قرارداد و بسیاری از پروژه‌ها و طرح‌های کلان کشورها مانند خط‌های انتقال نفت و گاز، کارخانه‌های عظیم پتروشیمی، ذوب آهن، سدسازی و ... را در چارچوب این قرارداد احداث کرد.

اگر بخواهیم تعریفی از استصناع داشته باشیم، باید بگوییم به لحاظ لغوی این کلمه از مصدر عربی صنع به معنی ساختن می‌آید و می‌توانیم بگوییم استصناع درخواست ساخت کالا یا وسیله را در خود دارد. اما به لحاظ اصطلاحی منظور از عقد استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین عقد در مقابل مبلغی معین متعهد به تولید، تبدیل و یا تغییر کالا یا اجرای طرحی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌شود.

منظور از عقد استصناع این است که یک طرف تقاضای ساخت دارد و طرف دیگر در مقابل مبلغی معین این تقاضا را اجابت می‌کند. اما در نظام بانکی عقود مبادله‌ای باید به صورت موازی اجرا شود، چون بانک واسطه‌گر است و خود ساخت کالا را به عهده نمی‌گیرد. لذا بانک به صورت واسطه‌ای و استصناع موازی این کار را انجام می‌دهد.

ویژگی مهم عقد استصناع این است که بر خلاف برخی از عقود، تأثیرگذاری مطلوبی بر روی مسئله تولید دارد، چرا که بر اساس یکی از شروطی که در دستورالعمل بانک مرکزی آمده و در مباحث فقهی و حقوقی هم مطرح می‌شود کالایی که مورد بحث در عقد استصناع است و عقد استصناع بر روی آن انجام می‌شود، نباید ساخته شده باشد. لذا در عقد استصناع حتماً با تولید یک کالا یا ارائه یک وسیله و یک ارزش افزوده

اقتصادی مواجه هستیم و این عقد می‌تواند به تولید ملی کمک کند و توسط بخش‌های تولیدی اعم از صنعت و معدن، مسکن، کشاورزی و غیره مورد استفاده قرار بگیرد

عقد استصناع مصداقی از قرارداد پیمانکاری است. زیرا هنگامی که پیمانکار مواد و مصالح مورد نیاز را خود تهیه می‌کند و با کار خود کالای مورد نظر را ساخته و تحویل می‌دهد، عقد استصناع محقق می‌شود. همچنین قرارداد ساخت - راه‌اندازی - انتقال مالکیت^۱ نیز در چارچوب قرارداد استصناع قابل انعقاد است.

عقد استصناع به‌ویژه پس از آن که مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در ذی‌القعدة سال ۱۴۱۲ قمری در جده اعلام کرد که این عقد، عقدی لازم‌الطرفین است به علت ماهیت و ویژگی‌های آن در کشورهای اسلامی شیوع و گسترش ویژه‌ای یافت. زیرا از یک‌سو، خرید و فروش کالاهای آماده، پاسخگوی نیازهای گوناگون و سلیقه‌های متنوع افراد، بنگاه‌ها و دولت‌ها نبوده و از سوی دیگر، دیگر عقدهای مانند سلف و اجاره نیز به علت محدودیت‌های خاص نمی‌توانست به سهولت نیازهای رو به رشد و متنوع را تأمین مالی کند. با توجه به گستردگی استفاده از عقد استصناع و همچنین کاربرد اوراق بهادار اسلامی (صکوک) در کشورهای گوناگون اسلامی ضرورت دارد از عقد استصناع و صکوک متفرع بر آن به صورت گسترده در ایران که از پیشگامان بانکداری بدون ربا شمرده می‌شود، استفاده شود.

در کنار بحث از ماهیت هر قراردادی یکی از مهمترین مسائلی که در مورد عقود همواره مطرح بوده، احکام و آثار فقهی و حقوقی است که آن عقد به دنبال خواهد داشت و همان طور که میدانیم ضرورت بحث از این امور در عقود غیر معین دو چندان خواهد بود؛ چراکه برای این عقود برخلاف عقود معین، احکام و آثاری در قانون پیشبینی نشده است و در صورت عدم تعیین این موارد طرفین قرارداد بدون توجه به آثار، آن عقد را منعقد خواهند کرد که مشکلات حقوقی فراوانی را در پی خواهد داشت. بنابراین ضروری است که پس از تعیین ماهیت یک قرارداد، به بحث از احکام و آثار آن قرارداد بپردازیم تا از بروز مشکلات حقوقی در مراحل بعدی انعقاد عقد جلوگیری نماییم. تحقیق حاضر، در پی آن است که عقد استصناع، احکام، آثار و شرایط آن در حقوق دو کشور ایران و افغانستان را مورد بررسی قرار دهد. امید است که حاصل پژوهش مزبور بتواند به عنوان منبعی مفید جهت استفاده دانشجویان و محققان مورد بهره برداری قرار گیرد.

اهمیت و ضرورت تحقیق

امروزه مردم در روابط اقتصادی بین خود سفارش کالایی را می‌دهند که هنوز ساخته نشده، نظام سنتی ما بر بی اعتباری این قراردادها نظر دارد. چون دانشجو سعی دارد به طور تطبیقی صحت این نوع عقد را کنکاش کند؛ دارای نوآوری است.

^۱ B.O.T

پرسش تحقیق

پرسش اصلی:

عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان از نظر حقوقی معتبر است؟

پرسش فرعی:

- ۱- ماهیت عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان چیست؟
- ۲- آثار تعیین زمان انتقال مالکیت در عقد استصناع چگونه است؟

فرضیات تحقیق

فرضیه اصلی:

به نظر می رسد احکام، آثار و شرایط عقد تابع ماهیت آن است که با توجه به اختلاف در ماهیت عقد استصناع در حقوق دو کشور بالتبع موارد مذکور نیز متفاوت می باشد.

فرضیه فرعی:

- ۱- با توجه به ارکان ، ساختار و اجزاء تشکیل دهنده استصناع به نظر می رسد در حقوق هر دو کشور آنچه در عالم واقع محقق می شود عمل حقوقی و در قالب عقد و قرارداد می گنجد.
- ۲- تعیین زمان انتقال مالکیت در تشخیص و احراز حقوق و تعهدات طرفین قرارداد از جمله مالکیت در منافع و موثر می باشد.

اهداف تحقیق

۱. بررسی ماهیت عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان
۲. ارائه وجه تمایز و تشابه عقد استصناع با مقایسه تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان
۳. شناسایی و بیان آثار و شرایط عقد استصناع در حقوق ایران و افغانستان

روش تحقیق

در تحقیق و پژوهش حاضر منابع مورد استفاده و بهره برداری به روش کتابخانه‌ای گردآوری شده و سپس به صورت موردی و تطبیقی مورد مطالعه قرار گرفته است. در ادامه موارد مورد بررسی تحلیل و توصیف و در نهایت نتیجه تحقیق جمع بندی و جهت هرگونه بهره برداری علمی ارائه می گردد.

اصطلاحات و مفاهیم نظری

عقد: عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن ها باشد (ماده ی ۱۸۳ قانون مدنی).

استصناع: عبارت است از توافق سفارش دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس. در این توافقنامه، تهیه مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده سازنده است.

مستصنع (سفارش دهنده): کسی که ساخت کالای معین یا احداث طرح مشخصی را به دیگری (صانع، پیمانکار) سفارش می دهد.

صانع (سفارش پذیر، پیمانکار): کسی که می پذیرد کالای خاصی را بسازد یا طرح خاصی را با ویژگی های مشخص به طرف مقابل در زمان مشخص ساخته و تحویل دهد. سفارش دهنده و گیرنده می توانند شخصیت حقیقی یا حقوقی باشند.

پیشینه تحقیق

موسویان و بازوکار در مقاله خود به بررسی آثار فقهی و حقوقی عقد استصناع پرداخته است و اظهار داشته است که در میان اهل سنت گروهی که بیش از سایرین از احکام و آثار استصناع سخن به میان آورده اند، حنفیها 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 عدم امکان گسترش آن، تعیین جنس و نوع و وصف و مقدار مورد معامله و عدم تعیین مدت در موعد تحویل مصنوع هستند. 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 می دانند یا آن را به عنوان عقد مستقل به شمار می آورند.^۱

نظریور و محمدی در مقاله خود به بررسی صحت و فساد عقد استصناع پرداخته است و اظهار داشته اند که اگرچه عقد استصناع عقدی مستحدث نیست؛ بلکه از گذشته ها ی دور وجود داشته است ولی در ماهیت آن اتفاق نظری وجود ندارد. مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی از مذاهب اهل سنت، عمدتاً در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط و ویژگی های آن استصناع را تصحیح نمودند و تنها مذهب حنفی آن را به عنوان بیعی مستقل از سلم و سایر عقود، تصحیح نمود. عقد استصناع آن گونه که در جامعه تحقق می یابد و مردم در زندگی روزمره خود با آن سروکار دارند، به طور طبیعی قابل انطباق بر سلف، اجاره و بیع نیست و ماهیت

^۱ موسویان، سید عباس و بازوکار، احسان (۱۳۹۲)، احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۱

متمایزی از سایر عقود دارد. از آن جا که نصوص خاصی از کتاب و سنت بر فساد عقد استصناع نداریم و در عین حال سیره متشرعه با آن مساعد و مشمول عموم « اوفوا بالعقود » و اطلاق «تجاره عن تراض» می شود، عقد استصناع از صحت برخوردار است. در قوانین اساسی و مدنی ما ذکری از عقد استصناع یا قرارداد پیمان نیامده است. اما بر اساس قواعد عمومی قراردادها بر مبنای ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی صحت و لزوم چنین قراردادی محرز است. اما در حوزه قراردادهای دولتی، با تصویب «لایحه پیش فروش ساختمان» که در واقع و تحلیل درست ماهیت حقوقی این عمل حقوقی، یک قرارداد پیمان است؛ عقد استصناع یا قرارداد پیمان وارد حوزه قانون گذاری شده است و یک عقد مستقل به حساب می آید.^۱

منصوری در مقاله خود ماهیت عقد استصناع در حقوق اریان را مورد بررسی قرارداد و اظهار می دارد که در توجیه ماهیت حقوقی قرارداد استصناع در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی منعکس در ماده‌ی ۱۰ ق.م. بسیار کارساز است چرا که با تحلیل موارد مشخص شد که قرارداد استصناع با توجه به شکل و نحوه انعقاد و ارتکازات عرفی حاکم بر آن و صراحت تعریف ماهیات حقوقی مندرج در قانون مدنی در قالب عقود معین، قابل توجیه نیست و شرایط موجود در قرارداد استصناع، قرارداد مزبور را عقدی مختلط تبدیل می کند که از جهتی شبیه بیع و از جهتی دیگر شبیه اجاره یا جعاله یا وکالت است و توجیه آن در قالب ضمان بالامر نیز احتیاج به توسع در مفاد ضمان بالامر دارد که علاوه بر دشواری آن از نظر قانون نیز سببی برای مالکیت شی ساخته شده برای سازنده شناخته نمی شود و از اسباب تملک مزبور در ماده‌ی ۱۴۰ ق.م. منصرف است. تفسیر قرارداد استصناع بر اساس عقود مختلط نیز متضمن این مطلب است که در عرف استقلال ویژه دارند با از دست دادن استقلال خود با یک قصد انشاء واقع می شوند که در این عقود باید آنچه واقع شده است را مستقل از اجزای آن شمرد. مجموع این مطالب مفید این مطلب است که قرارداد استصناع به عنوان عقدی غیرمعین جز به ماده‌ی ۱۰ ق.م. قابل توجیه نیست و از این جهت شبیه عقود مختلط تجزیه ناپذیر است.^۲

نظریور در مقاله خود به بررسی اوراق بهادار استصناع به عنوان ابزاری برای سیاست پولی می پردازد و اظهار می دارد که قرارداد سفارش ساخت، قراردادی بین دو شخص حقیقی یا حقوقی مبنی بر تولید کالای خاص یا احداث طرح ویژه است که در آینده ساخته و قیمت آن نیز در زمان یا زمان های توافق شده به صورت نقد یا اقساط پرداخت شود. استصناع به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم یا موازی قابل انعقاد است. در صورتی که فرد قرارداد را با شخصیت حقیقی یا حقوقی برای ساخت مثلاً کارخانه یا آپارتمانی منعقد سازد و خود او عملیات ساخت را انجام دهد، استصناع مستقیم شکل می گیرد. ولی اگر این شخصیت حقیقی یا حقوقی برای

^۱ نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی (۱۳۹۰) «صحت یا فساد عقد استصناع»، فصلنامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، شماره ۲۸

^۲ منصوری، سعید، (۱۳۹۰) بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۲، تابستان، صفحات ۲۵۹-۲۳۹.

ساخت با فرد حقیقی یا حقوقی دیگر قرارداد امضا نماید، در این صورت استصناع غیرمستقیم یا موازی شکل می پذیرد.^۱

علوی قزوینی و شفائی در مقاله خود در خصوص عقد استصناع اظهار داشته اند که قرارداد استصناع، امروز گسترش بسیار یافته است و تحقیقات بسیاری هم در مورد آن سامان یافته است. نظر به قانون «پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹»، در حقوق ایران گرایش غالب بر بیع بودن استصناع است و برخی هم آن را مقابله (پیمان) دانسته اند. حقوق افغانستان، مصر و عراق استصناع را مقابله (پیمان) می دانند.^۲

نظریور در کتاب خود به بررسی عقد استصناع پرداخته است و اظهار می دارد که 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 دارد. استصناع عقدی است عهدی، بنابراین تا لحظه قبل از تسلیم مصنوع به مشتری، مالکیت مال از آن صانع بوده و می تواند هرگونه تصرفی در کالای ساخته شده بنماید؛ البته به نحوی که منجر به تخلف در عهد خود نسبت به طرف مقابل نگردد. از آنجا که مورد معامله در زمان توافق و انعقاد قرارداد موجود نیست، برای جلوگیری از غرر، لازم است ویژگی‌های مبیع اعم از جنس، نوع، وصف و مقدار آن تعیین گردد تا بدین واسطه جهل طرفین نسبت به موضوع مورد معامله برطرف گردد. با توجه به اینکه زمان تحویل کالا در این عقد دارای اهمیت ویژه‌ای است، باید موعد تحویل مشخص شده تا از آن لحظه امکان مراجعه به صانع برای مشتری فراهم آید. در غیر این صورت معامله غرری و باطل خواهد بود.^۳

هاشمی در مقاله خود ابعاد فقهی عقد استصناع را مورد بررسی قرار داده است و اظهار داشته است که شیخ طوسی معتقد به بطلان استصناع نزد فقهای شیعه است. دلیل ایشان بر بطلان استصناع آن است که به اجماع مذهب، بر سازنده واجب نیست که شئی ساخته شده را به مشتری تحویل دهد. در واقع مشتری مخیر است کالا را تحویل دهد یا این که بهای آن را برگرداند. از طرفی، قبض آن بر مشتری لازم نیست و اگر این عقد صحیح می بود، نباید چنین باشد. دلیل دیگر بر بطلان استصناع آن است که کالای سفارش شده مجهول است، زیرا نه عین آن معلوم است و نه صفت و به طور قطع عقد بر مجهول، ممنوع است. البته برخی از فقها دیدگاه شیخ طوسی را به معنای لزوم قرارداد می دانند نه بطلان قرارداد. این در حالی است که اکثریت مراجع و فقیهان شیعه به صورت عقد مستقل یا در قالب بیع، اجاره، جعاله و صلح به صحت عقد استصناع باور دارند لکن در تعیین ماهیت، لزوم و جواز آن اختلاف نظر دارند.^۴

^۱ نظریور، محمد نقی (۱۳۸۴) اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت) ابزاری برای سیاست پولی، فصلنامه اقتصاد اسلامی

^۲ علوی قزوینی، سیدعلی و شفائی، عبدالله (۱۳۹۱) مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در قرارداد سفارش ساخت (استصناع)، دو فصلنامه حقوق تطبیقی (نامه مفید)، سال دهم، شماره ۱۰۱.

^۳ نظر پور، محمدنقی (۱۳۸۵) عملیات بازار از طریق اوراق استصناع مشکلات و راه حل ها، فصلنامه اقتصاد اسلامی

^۴ هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸) استصناع، فصلنامه فقه اهل بیت