

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات.....	۱۵
مبحث اول: مفهوم و پیشینه قرارداد سفارش ساخت.....	۱۵
گفتار اول: مفهوم قرارداد سفارش ساخت.....	۱۶
بند اول: مفهوم لغوی قرارداد سفارش ساخت (عقد استصناع).....	۱۶
بند دوم: مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت.....	۱۷
۱. مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت نزد فقها.....	۱۷
۲- مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت نزد حقوق دانان و صاحب نظران.....	۲۰
۳- تعریف پیشنهادی از قرارداد سفارش ساخت.....	۲۳
گفتار دوم: پیشینه قرارداد سفارش ساخت.....	۲۳
بند اول: پیشینه قرارداد سفارش ساخت از روزگاران نخستین تا به امروز.....	۲۳
بند دوم: پیشینه قرارداد سفارش ساخت در فقه.....	۲۵
۱- پیشینه قرارداد سفارش ساخت در فقه شیعه امامیه.....	۲۶
۲- پیشینه قرارداد سفارش ساخت در فقه عامه.....	۳۰
مبحث دوم: ارکان و کاربردهای قرارداد سفارش ساخت.....	۳۶
گفتار اول: ارکان قرارداد سفارش ساخت.....	۳۶
بند اول: طرفین عقد.....	۳۶
۱- سفارش دهنده.....	۳۶
۲- سفارش پذیر یا سازنده.....	۳۷
بند دوم: صیغه.....	۳۸
بند سوم: مورد معامله.....	۳۸
گفتار سوم: کاربردهای قرارداد سفارش ساخت.....	۴۲
بند اول: کاربرد قرارداد سفارش ساخت در امور صنعتی.....	۴۲
بند دوم: کاربرد قرارداد سفارش ساخت در بانکداری اسلامی.....	۴۴
۱- اقسام استصناع.....	۴۴
۲- مزایای استصناع و اوراق بهادار استصناع.....	۴۷
فصل دوم: مشروعیت قرارداد سفارش ساخت.....	۴۹
مبحث اول: ادله مشروعیت قرارداد سفارش ساخت.....	۴۹

- گفتار اول: ادله مشروعیت در نزد فقهای عامه ۵۰
- بند اول - استحسان ۵۰
- ۱- مفهوم استحسان ۵۰
- ۲- ادله حجیت استحسان ۵۰
- ۳- بررسی امکان استدلال به استحسان به عنوان ادله مشروعیت قرارداد سفارش ساخت ۵۱
- بند دوم: روایات ۵۵
- ۱- روایت ساخت انگشتر ۵۵
- بند سوم: اجماع عملی ۵۸
- ۱- مفهوم اجماع عملی ۵۸
- ۲- بررسی امکان پذیرش اجماع عملی به عنوان ادله مشروعیت قرارداد سفارش ساخت ۵۹
- گفتار دوم: ادله مشروعیت قرارداد سفارش ساخت نزد فقهای امامیه ۶۰
- بند اول- قرآن و سنت ۶۰
- ۱- آیه اوفوا بالعقود ۶۰
- ۱-۲- تفسیر آیه و بررسی امکان استدلال به آن ۶۱
- ۲- آیه تجاره عن تراض ۶۳
- ۳- روایت «المؤمنون عند شروطهم» ۶۶
- بند دوم: بنای عقلا ۶۷
- ۱- مفهوم بنای عقلا و شرایط آن ۶۸
- ۲- بررسی امکان استدلال به بنای عقلا به عنوان ادله مشروعیت قرارداد سفارش ساخت ۶۹
- مبحث دوم: موانع احتمالی مشروعیت قرارداد سفارش ساخت ۷۰
- گفتار اول: کالی به کالی بودن ۷۱
- بند اول: مفهوم و عناصر بیع کالی به کالی ۷۱
- بند دوم: مشروعیت بیع کالی به کالی ۷۲
- ۱- دیدگاه نخست: بطلان بیع کالی به کالی ۷۲
- ۲- دیدگاه دوم: صحت بیع کالی به کالی و بطلان بیع دین به دین ۷۴
- بند سوم: بررسی امکان بطلان قرارداد سفارش ساخت به علت کالی به کالی بودن ... ۷۵

گفتار دوم: غرری بودن	۷۷
بند اول: مفهوم غرر	۷۷
بند دوم: مستندات قاعده نفی غرر	۷۸
بند سوم: بررسی امکان تحقق غرر در قرارداد سفارش ساخت	۷۸
گفتار سوم: معدوم بودن موضوع	۷۹
بند اول: مفهوم معامله مال معدوم	۸۰
بند دوم: قرارداد سفارش ساخت و معدومیت موضوع	۸۰
فصل سوم: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت و تمایز این قرارداد از قراردادهای مشابه... ۸۵	
مبحث اول: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت	۸۶
گفتار اول: تحلیل قرارداد سفارش ساخت در قالبی غیرعقد	۸۶
بند اول: مواعده بودن	۸۶
۱- مفهوم مواعده و تفکیک آن از مفهوم عقد	۸۶
۲- نظرات مختلف پیرامون عقد یا مواعده بودن سفارش ساخت اعیان و کالاها... ۸۸	
بند دوم: امر به ساخت است به نحو تضمینی	۹۱
گفتار دوم: تحلیل قرارداد سفارش ساخت در قالب عقود معین	۹۳
بند اول: عقد بیع	۹۳
۱- بیع عین معین	۹۳
۲- بیع کلی فی ذمه	۹۶
۳- بیع سلف	۱۰۲
بند دوم: اجاره اشخاص	۱۱۱
۱- مفهوم اجاره اشخاص	۱۱۱
۲- ارکان اجاره اشخاص	۱۱۱
۳- تعهدات طرفین	۱۱۲
۴- بررسی امکان انطباق قرارداد سفارش ساخت بر اجاره اشخاص	۱۱۳
۵- نتیجه گیری	۱۱۷
بند سوم: جعله‌ی خاص	۱۱۷
۱- مفهوم عقد جعله	۱۱۸
۲- ارکان جعله‌ی خاص	۱۱۸
۳- تعهدات طرفین	۱۱۹

- ۴- بررسی امکان انطباق قرارداد سفارش ساخت بر جعاله‌ی خاص ۱۲۰
- ۵- نتیجه‌گیری ۱۲۴
- گفتار سوم: نظریه‌ی ترکیبی بودن قرارداد سفارش ساخت ۱۲۴
- بند اول: قرارداد سفارش ساخت ترکیبی از بیع و اجاره ۱۲۴
- بند دوم: قرارداد سفارش ساخت ترکیبی از وکالت و اجاره ۱۲۶
- گفتار چهارم: قرارداد سفارش ساخت عقدی مستقل ۱۲۸
- بند اول: مفهوم اصل حاکمیت اراده ۱۲۸
- بند دوم: نظرات مختلف پیرامون انحصار یا عدم انحصار عقود و قراردادها ۱۳۰
- ۱- نظریه‌ی حصری بودن عقود و قراردادها ۱۳۰
- ۲- نظریه‌ی غیرحصری بودن عقود و قراردادها ۱۳۲
- بند سوم: اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه ۱۳۴
- بند چهارم: قرارداد سفارش ساخت قراردادی خصوصی ۱۳۶
- مبحث دوم: تمایز قرارداد سفارش ساخت از قراردادهای مشابه ۱۳۸
- گفتار اول: قرارداد پیش فروش ۱۳۸
- گفتار دوم: قرارداد مقاطعه‌کاری ۱۳۹
- گفتار سوم: قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T) ۱۴۱
- فصل چهارم: شرایط، اوصاف و آثار قرارداد سفارش ساخت** ۱۴۵
- مبحث اول: شرایط قرارداد سفارش ساخت ۱۴۶
- دیدگاه اول: عدم لزوم تعیین اجل در قرارداد ۱۵۰
- دیدگاه دوم: ضرورت تعیین اجل در قرارداد ۱۵۱
- مبحث دوم: اوصاف قرارداد سفارش ساخت ۱۵۳
- گفتار اول: قرارداد تجاری سفارش ساخت عقدی است لازم ۱۵۳
- بند اول: مفهوم عقد لازم ۱۵۴
- بند دوم: دیدگاه فقهای مذهب حنفی پیرامون لزوم و جواز قرارداد سفارش ساخت ۱۵۴
- مرحله اول: پس از انعقاد عقد تا پیش از ساخت کالا ۱۵۴
- مرحله دوم: پس از ساخت کالا، تا پیش از رؤیت سفارش‌دهنده ۱۵۵
- مرحله سوم: پس از ساخت کالا و پس از رؤیت سفارش‌دهنده ۱۵۵
- بند سوم: لزوم و جواز قرارداد سفارش ساخت در حقوق ایران ۱۵۷
- گفتار دوم: قرارداد سفارش ساخت عقدی است نامعین ۱۵۸

۱۵۹.....	گفتار سوم: قرارداد سفارش ساخت عقدی است معوض
۱۶۰.....	گفتار چهارم: قرارداد سفارش ساخت عقدی است عهدی
۱۶۱.....	گفتار پنجم: قرارداد سفارش ساخت عقدی است مستمر
۱۶۲.....	مبحث سوم : آثار قرارداد سفارش ساخت
۱۶۲.....	گفتار اول: تعهدات طرفین و ضمانت اجرای آن
۱۶۲.....	بند اول: تعهدات سازنده و ضمانت اجرای آن
۱۶۲.....	۱- تعهدات سازنده
۱۶۴.....	۲- تخلف سازنده از اجرای تعهد و ضمانت اجرای آن
۱۶۸.....	۱- خیار رؤیت
۱۷۰.....	۲ - خیار تخلف از وصف
۱۷۲.....	۳- خیار عیب
۱۷۴.....	بند دوم: تعهدات سفارش دهنده و ضمانت اجرای آن
۱۷۵.....	۱- تعهدات سفارش دهنده
۱۷۷.....	۲- تخلف سفارش دهنده از اجرای تعهد و ضمانت اجرای آن
۱۷۸.....	گفتار دوم: شروط معمول و متعارف قرارداد سفارش ساخت
۱۷۹.....	بند اول: وجه التزام
۱۸۱.....	بند دوم: شرط تبری جستن از عیوب
۱۸۳.....	بند سوم: شرط انتقال تدریجی مالکیت
۱۸۵.....	نتیجه گیری
۱۸۸.....	پیشنهادات
۱۸۹.....	واژه نامه
۱۹۱.....	منابع

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 و 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 نمایند 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 به عین یا کالایی نیاز فراوانی پیدا می‌کردند به بازار می‌رفتند و به واسطه 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 مال اجاره را هم نداشتند ناچار می‌شدند از دیگران مبلغی را قرض گیرد یا از دیگران تقاضای ضمانت و 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 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 عقود جدید بسته می‌شد. انسان در عسر و حرج قرار می‌گرفت. پس به ناچار 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 براساس اوصاف مشخص و معین، بسته می‌شد که به قرارداد سفارش ساخت معروف شد. در گذشته عین مورد سفارش، در قرارداد سفارش ساخت به موارد کم اهمیت و کوچکی از قبیل: چکمه، ظروف مسی، شمشیر، نعل وزین اسب منحصر می‌شود اما به مرور زمان، با رشد صنعت و پیشرفت تکنولوژی، نیازهای اساسی فردی و اجتماعی بشری متحول شد. به طوری که 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. چرا که صنعتگران و سازندگان در پاره‌ای از موارد، به

جای تولید انبوه کالاها و محصولات خویش، براساس سفارش ساخت اقدام به تولید و ساخت کالاهای سفارشی می‌نمایند.

قرارداد سفارش ساخت، در زندگی روزمره بشر از اهمیت زیادی برخوردار است و انتشار و گسترش آن، در امور تجاری و صنعتی گواهی بر این مسئله است. در حقیقت، این قرارداد از جنبه‌های داخلی و سرزمینی خارج شده و جنبه‌های جهانی و بین‌المللی پیدا کرده است، امری که از اهمیت بیش از پیش آن حکایت می‌کند.

این قرارداد، از قراردادهای رایج و مبتلا به دنیای کنونی است که در معاملات مالی و فعالیت‌های اقتصادی و صنعتی نقش بارزی دارد. بی‌گمان، انسان‌ها در طول زندگی روزمره خویش بی‌نیاز از این قرارداد نیستند و بعضاً به منظور دستیابی به کالای موردنظرشان، ناگزیر از انعقاد این عقد هستند؛ بنابراین، قراردادهای تجاری سفارش ساخت، جایگاهی ویژه در زندگی روزمره انسان‌ها دارند.

قرارداد سفارش ساخت در فقه شیعه امامیه چندان مورد بررسی قرار نگرفته است و فقهای معهودی پیرامون این مطالبی را بیان کرده‌اند از حیث حقوق داخلی نیز، حقوق‌دانان و صاحب‌نظران، چندان این قرارداد را مورد بررسی قرار نداده‌اند. به طوری که نه تنها یک کتاب منسجم حقوقی، بلکه یک مقاله حقوقی 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 بیش از پیش احساس می‌شود؛ به عبارت ساده‌تر، در حقوق ایران، حقوق‌دانان تحت عنوان خاصی این قرارداد را مورد بررسی قرار نداده‌اند و آنان که این موضوع پرداخته‌اند در طی چند سطر و به شکل محدود به آن اشاره 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 عامه و فقه امامیه) و جنبه‌های حقوقی (اعم از حقوق داخلی و خارجی) مورد بررسی قرار دهیم و به نقد و بررسی مشکلات و چالش‌های این قرارداد بپردازیم و راه‌حلهایی را در این راستا ارائه بدهیم.

پیرامون قرارداد سفارش ساخت پرسش‌هایی مطرح است که لازم است در این پژوهش به آنان پاسخ داده شود این پرسش‌ها عبارتند از:

سؤال اصلی: ماهیت حقوقی قراردادهای سفارش ساخت چیست؟ به عبارت دیگر، قرارداد سفارش ساخت در میان عقود و قراردادهای چه جایگاهی برخوردار است؟

سؤال فرعی: آیا می‌توان ماهیت این قرارداد را با عقودی همچون بیع سلف (سلم)، جعالة خاص و اجارة اشخاص توجیه کرد؟

پیرامون ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت، می‌توان فرضیه‌ای را ارائه داد بدین صورت که: به نظر می‌رسد این قرارداد با هیچ‌یک از عقود و قراردادهای معین از قبیل: بیع سلف (سلم)، جعالة خاص، اجارة اشخاص قابل انطباق نباشد. عقود مستقل و متمایز از سایر عقود و قراردادهای باشد و در حقوق ایران از مصادیق قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد.

این نوشتار با موضوع «قرارداد سفارش ساخت» مشتمل بر یک مقدمه، چهار فصل و یک نتیجه‌گیری است هر فصلی متناسب با مطالب آن، به چیز مبحث و هر مبحثی به چند گفتار و هر گفتاری به چند بند تقسیم شده است عناوین و محتویات فصول چهارگانه عبارتند از:

فصل اول: کلیات؛ فصل اول را به کلیات اختصاص دادیم این فصل مشتمل بر دو مبحث است در مبحث اول مفهوم و تاریخچه قرارداد سفارش ساخت را مورد بررسی قرار می‌دهیم. و در مبحث دوم ارکان، و کاربردهای این قرارداد را تبیین می‌نماییم.

فصل دوم: مشروعیت قرارداد سفارش ساخت؛ این فصل مشتمل بر دو مبحث است در مبحث اول ادلة مشروعیت قرارداد سفارش ساخت مورد بررسی قرار گرفته است و در مبحث دوم موانع احتمالی مشروعیت این قرارداد بیان گردیده است.

فصل سوم: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت و تمایز این قرارداد از عناوین مشابه؛ این فصل مشتمل بر دو مبحث است. در مبحث اول ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت تبیین گردیده است و در مبحث دوم این قرارداد از عناوین مشابه تفکیک شده است.

فصل چهارم: شرایط، اوصاف و آثار قرارداد سفارش ساخت؛ این فصل مشتمل بر سه مبحث است در مبحث اول شرایط و در مبحث دوم اوصاف این قرارداد تبیین گردیده است و در مبحث سوم آثار این قرارداد مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل اول را به کلیات اختصاص دادیم تا به معرفی و شناسایی قرارداد سفارش ساخت بپردازیم و چارچوبه کلی این قرارداد را ترسیم نماییم. بدین منظور مفهوم، پیشینه، ارکان و کاربردهای این قرارداد را بیان می‌نماییم. فصل دوم را به مشروعیت قرارداد اختصاص دادیم چرا که سخن گفتن از ماهیت و آثار یک قرارداد در صورت عدم اثبات مشروعیت آن امکان‌پذیر نخواهد بود. در فصل سوم، ماهیت قرارداد را مورد بررسی قرار می‌دهیم و این قرارداد را از عناوین مشابه

تفکیک می‌نماییم زیرا آثار هر قراردادی متفرع بر ماهیت آن است و هنگامی می‌توان آثار یک قرارداد را تبیین کرد که پیش از آن با ماهیت آن آشنا شد. فصل چهارم را به اوصاف، شرایط و آثار قرارداد اختصاص دادیم. تا به بررسی اوصاف و شرایط قرارداد اعم از شرایط عمومی و اختصاصی بپردازیم و آثار قرارداد (تعهدات طرفین و ضمانت اجرای عدم اجرای این تعهدات) را تبیین نماییم.

در پایان از خانواده‌ام که در تألیف این کتاب یاری‌ام نموده‌اند و از کلیه اساتید خود خصوصاً استاد مبرز حقوق خصوصی جناب آقای دکتر جعفر اخترنیا قدردانی و تشکر نموده و امیدوارم این خدمت ناچیز به دیده بصیر حکم گزاران این عرصه به چیزی بر شمرده شود.

قادر شنیور

avabook.com

فصل اول

کلیات

شناسایی کامل و جامع هر موضوع یا هر پدیده‌ای، مستلزم آگاهی یافتن از مفهوم، تاریخچه، ارکان و کاربردهای آن موضوع یا پدیده است. بی‌گمان، شناخت جامع هر موضوع گامی اساسی برای درک درست مباحث مرتبط با آن موضوع است؛ بر همین مبنا، ارائه تفسیر صحیح و منطقی از قرارداد سفارش ساخت، جز از طریق ترسیم چارچوب کلی این قرارداد میسر نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، سخن گفتن از مشروعیت، ماهیت، شرایط و آثار هر قراردادی، هنگامی امکان‌پذیر است که مقدمتاً مفهوم، خصایص و عناصر آن قرارداد به نحو شایسته و بایسته تبیین شده باشد. بر همین مبنا این فصل را به کلیات اختصاص دادیم. در مبحث نخست مفهوم و پیشینه قرارداد سفارش ساخت را تبیین می‌نماییم و در مبحث دوم ارکان و کاربردهای این قرارداد را بررسی می‌کنیم.

مبحث اول: مفهوم و پیشینه قرارداد سفارش ساخت

تبیین مفهوم و پیشینه یک قرارداد، مقدمه‌ای در جهت بررسی مسائل مربوط به آن قرارداد است. در واقع، آشنایی با مفهوم یک قرارداد و آگاهی از پیشینه آن نخستین گام به منظور تفسیر و تحلیل مباحث مربوط به آن است.

گفتار اول: مفهوم قرارداد سفارش ساخت

تعاریف متعددی از قرارداد سفارش ساخت، ارائه شده است در حقیقت، هر یک از فقهاء، حقوق دانان و اندیشمندان به نوبه خویش، تعاریفی را ارائه نموده‌اند با وجود این، ارائه تعریفی جامع از این قرارداد به راحتی امکان پذیر نمی‌باشد. به منظور بیان مفهوم این قرارداد ابتدا معنای لغوی قرارداد سفارش ساخت را ذکر می‌نماییم و سپس تعاریف فقهاء، حقوق دانان و اندیشمندان را مورد بررسی قرار می‌دهیم در نهایت تعریفی را ارائه می‌دهیم.

بند اول: مفهوم لغوی قرارداد سفارش ساخت (عقد استصناع)

واژه سفارش، اسم مصدر از سپردن است و به معنای دستور، فرمان و نگاهداری چیزی می‌باشد.^۱ واژه ساخت نیز به معنای آفریدن، درست کردن، بنا کردن، و پدید آوردن می‌باشد؛^۲ بنابراین سفارش ساخت به معنای امر به بنا کردن چیزی یا دستور به پدید آوردن موردی می‌باشد و معادل عربی آن کلمه «استصناع» می‌باشد. با توجه به این که، قرارداد سفارش ساخت در فقه با عنوان عقد استصناع تعبیر می‌شود لازم است که معنای لغوی واژه استصناع نیز بیان شود.

کلمه استصناع از ماده صنع و بر وزن استفعال و ثلاثی مزید از سه حرف (ص.ن.ع) می‌باشد و معنای آن سفارش یا درخواست ساخت است. در لسان عرب در مورد واژه صنع گفته شده است: «صنع، یصنع، صنعاً، استصنع الشیء ای دعا الی صنع»^۳ در مصباح المنیر و قاموس المحيط نیز استصناع به معنای طلب یا درخواست ساخت آمده است.^۴ در کتاب تاج العروس نیز واژه «استصنع الشیء» به معنای سفارش ساخت آمده است.^۵ در الصحاح جوهری نیز صنعت‌گری را حرفه صنعت‌گر معنی کرده است^۶ در پاره‌ای از فرهنگ‌های فارسی معاصر، واژه «صنع» به

۱. حسن عمید، فرهنگ عمید، ج ۲، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۵ هـ. ش، بی‌چا، ص ۱۴۳۷.
۲. محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۴ هـ. ش، چ ۷، ص ۱۷۸۷.
۳. جمال‌الدین محمد بن مکرم ابن منظور افریقی مصری، لسان العرب، ج ۸، دار الصادر، چ اول، ۱۹۹۷ م. ص ۲۰۹.
۴. مجدالدین محمد بن یعقوب فیروز آبادی، القاموس المحيط، چ هشتم، موسسه الرساله، بیروت، ۱۴۲۶ هـ. ق، چ اول، ص ۷۳۹.
۵. محمد مرتضی الحسینی الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۲۱، دارالاسلامیه للطباعه والنشر، ۱۴۰۴ هـ. ق، بی‌چا، بی‌جا، ص ۳۷۵.
۶. اسماعیل بن حماد الجوهری، الصحاح، دارالکتب العربی، ج ۳، بی تا، بی جا، بی چا، ص ۲۸۲ همچنین برای توضیح بیشتر ر. ک احمد بن محمد بن علی فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج ۱، منشورات دارالهجره، قم، ۱۴۰۵ هـ. ش، چ اول، ص ۳۴۸.

معنای ساخت، ایجاد و استصنع به معنای کسی را به ساخت چیزی گماردن، معنا شده است.^۱ به نظر می‌رسد میان دو واژه «صنع» و «فعل» از نظر منطقی رابطه‌ی عموم و خصوص مطلق باشد چرا که گفته شده است: «هر صنع و ساختی، فعل و عملی می‌باشد ولی هر فعل و عملی، ساخت و صنع نمی‌باشد.»^۲

واژه «صنع» و مشتقات آن، در آیات متعددی از قرآن کریم به کار رفته‌اند به طوری که، خداوند تبارک و تعالی می‌فرماید: «صُنِعَ اللّٰهُ الَّذِي اتَّقَنَ كُلَّ شَيْءٍ»^۳ و یا «يَصْنَعُ الْفَلَكَ»^۴ و همچنین می‌فرماید: «وَلَا يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُوا تُصِيبُهُمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ...»^۵.

برای معادل انگلیسی واژه استصناع (سفارش ساخت) کلمه Custom Order یا Work Order بیان شده است.^۶ همچنین برای معادل فرانسوی آن کلماتی از قبیل «Contrat de Fabrication»، «prier qu'un de confectonner»، «Ordre de fabrication» بیان گردیده است.^۷

بند دوم: مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت

در این بند معنا و مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت را از منظر فقه‌های مذاهب خمس (حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی، امامیه)، حقوق دانان و صاحب نظران تبیین می‌نماییم و در نهایت تعریف مناسبی را ارائه می‌دهیم.

۱. مفهوم اصطلاحی قرارداد سفارش ساخت نزد فقها

طرح مطلب: گفته شد که قرارداد سفارش ساخت در فقه تحت عنوان «عقد الاستصناع» شناخته می‌شود و برای اولین بار توسط فقه‌های مذهب حنفی به عنوان عقدی مستقل در نظر گرفته شد و اصطلاحاً در نزد فقه‌های این مذهب از عقود معینه می‌باشد؛ اما در سایر مذاهب

۱. آذرتاش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، نشر نی، تهران، چ اول، ۱۳۸۳ هـ. ش، ص ۳۷۳.

۲. حسین الراغب الاصفهانی، معجم مفردات الفاظ القرآن، دفتر نشر کتاب، تهران، چ دوم، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۲۹۴.

۳. سوره نمل، آیه ۸۸.

۴. سوره هود، آیه ۳۸.

۵. سوره رعد آیه ۳۱.

۶. محمد رواس قلعه‌جی، معجم لغه الفقها، دارالنفاس، بیروت، چ دوم، ۱۴۰۸ هـ. ش، ص ۶۲ و عبدالواحد کرم، المعجم المصطحات قانونیه، بی‌جا، بی‌تا، ص ۳۹.

۷. محمد رواس قلعه‌جی، همان، ص ۴۱.

عامّه (حنبلّی - شافعی - مالکی) چندان مورد توجه قرار نگرفت و حتّی پاره‌ای از فقها مذاهب مزبور قائل به عدم مشروعیت آن شدند؛ با وجود این دیدگاه کلی سه مذهب مزبور این است چنین عقدی ماهیتاً سلف می‌باشد.

۱-۱- مفهوم قرارداد سفارش ساخت نزد فقهای حنفی

کسانی از فقهای مذهب حنفی بیش از سایر فقهای این مذهب، قرارداد سفارش ساخت (عقد الاستصناع) را مورد بررسی قرار داده و در کتاب خویش تحت عنوان «بدایع الصنایع» فصلی را به عنوان کتاب الاستصناع به این عقد اختصاص داده بود. وی این عقد را این‌گونه تعریف می‌کند: «عقد علی مبیع فی الذمه شرط فیہ العمل»^۱.

ابن عابدین در تعریف این عقد گفته است: «استصناع عبارت است از درخواست عمل و کار از صنعت‌گر در شیء خاص به نحو مخصوص»^۲.

ابن همام نیز با ذکر مثال، این عقد را این‌گونه تعریف کرده است: «استصناع طلب نمودن ساخت است بدین‌صورت که به سازنده چکمه گفته شود که چکمه‌ای با فلان طول و فلان وسعت برای من بساز. تفاوتی نمی‌کند که ثمن را بپردازد یا خیر...»^۳.

ابن نجیم نیز تعریفی مشابه این تعریف را بیان کرده است.^۴ سمرقندی در تعریف استصناع می‌گوید: «بیعی است در ذمه با شرط عمل صانع به نفع مستصنع»^۵ محمد السرخسی نیز در کتاب المبسوط می‌گوید: «بیع عین که انجام عمل در آن شرط شده باشد»^۶.

مجله الاحکام العدلیه کشور عثمانی (که متأثر از فقه حنفی بود) موادی را به عقد استصناع اختصاص داده بود و در ماده ۱۲۴ این عقد را این‌گونه تعریف کرده بود: «عقد مقاوله با صنعت‌گران برای ساخت چیزی». و در ماده ۳۸۸ مقرر می‌داشت: «اگر شخصی به صنعت‌گری بگوید که فلان چیز را در مقابل فلان مبلغ برای من بساز و صنعت‌گر آن را قبول نماید. بیع استصناع منعقد می‌گردد».

۱. ابی‌بکر بن سعود کاسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۶، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۴ هـ. ق. چ دوم، ص ۸۴.

۲. محمدمامین ابن عابدین، رد المختار علی الدر المختار، ج ۷، دارالعالم الکتب، ریامن، ۱۴۲۳ هـ. ق. ص ۴۷۴.

۳. کمال‌الدین ابن همام، شرح فتح القدیر، ج ۷، دارالکلیت العلمیه، بیروت، ۱۴۲۴ هـ. ق. چ اول، ص ۱۰۷.

۴. زین‌الدین ابن نجیم، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، ج ۶، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ هـ. ق. چ اول، ص ۲۸۳.

۵. علاء‌الدین سمرقندی، تحفه الفقها، ج ۱، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۵ هـ. ق. چ اول، ص ۳۶۲.

۶. محمد سرخسی، المبسوط، ج ۱۵، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۹ هـ. ق. بی‌چا، ص ۸۴.

۱-۲- مفهوم قرارداد سفارش ساخت نزد فقهای مالکی

فقهای مذهب مالکی در کتب خویش در اواخر باب سلم دو واژه «استصنع» و «استصناع» را به کار برده‌اند. این امر این گمان را ایجاد می‌کند که آنان نیز همچون حنفی‌ها، استصناع را عقدی مستقل در نظر گرفته‌اند ولی با تحقیق و تدقیق در نصوص مذهب آن‌ها، مشاهده می‌کنیم آنان مسائل مربوط به استصناع را در ضمن عقد سلم بیان کرده‌اند.

مالک بن انس در کتاب خویش، سفارش ساخت اعیانی از قبیل: کاسه، چکمه، کفش یا اشیایی که مردم در بازار با آن معامله می‌کنند را از مصادیق عقد سلم می‌داند.^۱ ابن رشد نیز در کتاب المقدمات، سفارش ساخت کالاها را در ضمن مبحثی با عنوان «سلم فی الصناعات» بیان کرده و آن را به چهار دسته تقسیم نموده است.^۲ الدردیر نیز به سفارش ساخت شمشیر و رکاب فلزی، سفارش دوخت پارچه به خیاط و سفارش ساخت درب به نجار براساس اوصاف معین در مقابل ثمن معین، حکم عقد سلم را داده است.^۳

۱-۳- مفهوم قرارداد سفارش ساخت نزد فقهای شافعی

بیان یک تعریف منسجم از فقهای مذهب شافعی مشکل می‌باشد چرا که، آنان همچون مالکی‌ها مباحث مربوط به عقد استصناع را، در ضمن مباحث مربوط به سلم بیان کرده‌اند به طور مثال شافعی در کتاب الام عقد استصناع را در ضمن بحث «سلم» بیان کرده و آن را به دو قسم تقسیم کرده است: مورد اول سفارش ساخت کالایی که از یک ماده تشکیل شده و مورد دوم سفارش ساخت کالایی که از دو ماده تشکیل شده است به عقیده وی مورد اول صحیح و مورد دوم باطل است.^۴

بنابراین تعریف قرارداد سفارش ساخت از منظر شافعی‌ها همان تعریفی که آن‌ها از عقد سلم بیان کرده‌اند. با این تفاوت، که لزوم ساخت و ساز را باید اضافه نمود.

بر این اساس، عقد استصناع از منظر شافعی‌ها عبارت است از: «بیع موصوف در مؤجل ذمه که ساخت عین در آن شرط است».

۱. مالک بن انس الصبحی، المدونه الكبرى، ج ۳، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۵ هـ. ق، ج اول، ص ۶۹.

۲. محمد القرطبی (ابن رشد)، المقدمات الممهدات، ج ۲، دارالغرب الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج اول، ص ۱۵۲.

۳. احمد بن محمد العدوی معروف به الدردیر، الشرح الصغیر، ج ۳، دارالمعارف، قاهره، بی تا، بی جا، ص ۳۲.

۴. محمد بن ادريس الشافعی، الام، ج ۲، دارالمعرفه، بیروت، ۲۰۰۴، بی تا، بی جا، ص ۲۷۱ و ۲۷۲.