

نگاه فقہ حقوق به ۱ عقد استصناع

مهدی قربانزادگان^۱

چکیده

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت به عنوان قراردادی که از رهگذر آن، اشخاصی به تولیدکنندگان و سازندگان، کالا یا محصولات را سفارش می‌دهد تا سازنده با تهیه مواد اولیه لازم، محصول و کالای سفارش شده را بسازد و به سفارش دهنده تحویل دهد، امروزه یکی از قراردادهای بسیار پرکاربرد در گستره فعالیت‌های اقتصادی به‌شمار می‌رود؛ شاید فعالیت صنعتی و تجاری نباشد که به نوعی با این گونه قراردادها درگیر نباشد؛ زیرا با توجه به پیچیدگی فعالیت‌های تجاری و صنعتی از یک سو و تخصصی شدن آن از دیگر سو، فعالیت تجاری و صنعتی نیاز به ابزارهای ویژه‌ای است که ساخت آن در توان همه نیست؛ براین اساس، گروه‌ها و اشخاصی به تولید ابزارها می‌پردازند با تکیه به قراردادهای گوناگون از رابطه را سامان می‌دهند؛ یکی از قراردادهای که براین روابط حاکم است، عبارت از عقد سفارش ساخت (استصناع) می‌باشد. حال پرسش بنیادین این است که از منظر فقه و حقوق، قرارداد مزبور دارای چه ارکانی است؟ پژوهش فرارو با روش تحلیلی-توصیفی و ابزار کتابخانه‌ای موضوع مزبور را به بحث گرفته است. یافته‌ها بیانگر آن است که این قرارداد به صورت کلی دارای سه رکن می‌باشد که عبارت از طرفین، ایجاب و قبول و عوضین است، می‌باشد.

واژگان کلیدی: قرارداد استصناع، ارکان، ایجاب و قبول، سفارش ساخت، سازنده، سفارش دهنده و فقه و حقوق.

(F.gh13940221@gmail.com. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)^۱

مقدمه

قرارداد استصناع یا سفارش ساخت از قراردادهایی است که امروزه، گستره‌های مختلف فعالیت‌های تجاری و اقتصادی را پوشش می‌دهد؛ این قرارداد هم می‌توان در عرصه فعالیت‌های نفتی و گازی مورد استفاده قرار گیرد و هم در عرصه‌های تسلیحات سازی، کشتی‌سازی و غیره؛ به این ترتیب که فعالان این عرصه‌ها به شرکت‌های که به صورت تخصصی به ساخت و تولید محصولات این گستره‌ها می‌پردازند، ساخت کالاهای مورد نیازشان را سفارش می‌دهند؛ به عبارت دیگر این قرارداد از فعالیت‌های ساده زندگی تا گستره‌های بسیار کلان و پیچیده را در برمی‌گیرد؛ باید توجه داشت که گستره‌ای قرارداد مزبور به این امور محدود نخواهد ماند؛ بلکه به پیروی از پیشرفت زیست انسان، دچار تحول و دگرگون خواهد شد؛ برای نمونه یکی از بسترهای نوپدید، عرصه هوش مصنوعی و فعالیت‌های دیجیتال است که به نظر می‌رسد، قرارداد استصناع این حوزه نیز می‌توان پوشش دهد؛ به این ترتیب که طراحی و ساخت فضاهای سایبر از شرکت‌ها فناور و متخصص گستره-های مزبور خواسته شود و آنان برپایه قرارداد مزبور، اقدام به انجام پروژه و تولید محصولات مدنظر نمایند. بنابراین با توجه به گستره قرارداد استصناع که می‌تواند نسبت به همه اشیاء و کالا انعقاد یابد، می‌توان گفت که این قرارداد، دارای صورت‌های چندگانه خواهد بود (هاشمی شاهرودی: ۱۴۲۳، ج ۲، ۲۴۹) که از دید عرف و عقلا غیر از یک صورت، سایر گونه‌های آن، قرارداد مالی به حساب می‌آید و طرفین قرارداد متعهد به انجام مسئولیت‌های خود هستند؛ همانگونه که بیان شد، قرارداد استصناع از منظر فقه اسلامی، پذیرفته شده است (هاشمی شاهرودی: ۱۳۷۸، ۱۵)؛ براین اساس، همه آثار و پیامدهای قرارداد را از یک سو، شرایط و ضوابط حاکم بر آن‌ها را از سوی دیگر دارا می‌باشد؛ همانطوری که سایر قراردادها دارای ارکانی است (حیاتی، ۱۳۹۲، ۲۲)، عقد استصناع نیز از این قاعده مستثنی نبوده، دارای ارکانی است که در ادامه به بحث گرفته خواهند شد.

پیش از بررسی ارکان عقد استصناع ضروری است که مفهوم آن، روشن گردد تا در سایه آن بتوان به درستی از ارکان عقد مزبور سخن به میان آورد؛ از این رو در این مجال به مفهوم شناسی عقد استصناع پرداخته خواهد شد.

۱-۱. مفهوم لغوی استصناع

این واژه (استصناع) در لغت از باب استفعل یستفعل استفعال از ماده «صنع» می باشد که معنای آن طلب و سفارش دادن ساخت چیزی است (معین: ۱۳۸۶، ماده استصناع)، آفرینش (انوری: ۱۳۸۲، ک ج ۶، ۴۷۷۴)، عمل کار (عمید: ۱۳۸۱، ج ۲، ۱۳۷۰)، ایجاد فعل (راغب اصفهان، ۱۳۸۷، ۳۹۳)؛ عمل شیئی از جهت صنعت با دقت (ابن فارس: ۱۴۰۴، ۳۱۳) و غیره به کار رفته است. برخی از لغت‌شنان در این مورد، این گونه نوشته‌اند: «استصنع فلانا کذا: طلب منه ان ایصنعه له»؛ یعنی در خواست ساختن چیزی از کسی، به معنای آن است که آن شخص کالای مزبور را بسازد (مجمع اللغة العربیه: ۱۴۲۶، ۵۲۵)؛ برخی از لغت‌دانان (مصطفوی: ۱۴۰۲، ج ۶، ۲۸۴) بر آن است که معنای اصلی این واژه، عمل با علم و دقت می باشد و این معنا در همه واژگان برگرفته از آن، وجود دارد.

کاربرد واژه استصناع در عرف این گونه است که شخصی، ساخت شیئی را از صنعت‌گر یا هنرمند تقاضا می کند؛ مانند اینکه کسی با نجار برای ساختن کتابخانه، صندلی قراردادی را منعقد می نماید یا اینکه از کفاشی درخواست می نماید که کفشی معین برای او بسازد یا اینکه برای خیاط تقاضای مبنی بر دوخت لباس مطرح می نماید (الزحیلی، ۱۴۲۳، ۵۶). البته باید توجه داشت که مصادیق این قرارداد به موارد پیش گفته، خلاصه نمی شود؛ بلکه همه قراردادهای که دارای ماهیت سفارش ساخت باشد، تحت عنوان عقد استصناع قرار می گیرند؛ برای نمونه اگر کسی به دیگری سفارش بدهد که وسیله نقلیه‌ای یا هر چیزی دیگری را با ویژگی‌های معین بسازد، در واقع از قرارداد استصناع بهره برده است؛ با توجه این نکته است که بر آن است که عقد استصناع در اصطلاح فقهی و حقوقی، قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین آن در قبال مبلغ معینی، ساختن و تحویل دادن شیئی مشخصی را در زمانی که معین شده است نسبت به طرف دیگر بر عهده می گیرد (الزحیلی: بی تا، ج ۷، ۲۶۱ و ۳۰۷).

توجه به تعریف مزبور، بیانگر چند نکته است که در پرتو آن‌ها، امتیاز قرارداد استصناع بر سایر قرارداد مشخص می گردد که در ادامه به نکته‌ها، اشاره می شود: اولین نکته قابل ذکر این است که به طور معمول در قرارداد استصناع کالای مورد نظری که موضوع استصناع نیز می باشد موجود نیست و سازنده و سفارش گیرنده کالا آن را در آینده ساخته و تحویل سفارش دهنده می دهد؛ براین پایه است که از آن به عنوان قرارداد سفارش ساخت یاد می شود و در ادبیات فقهی به قرارداد نسبت به معدوم مطرح است که این ویژگی آن باعث شده است که برخی از فقهای عامه نسبت به صحت آن تردید نمایند؛ برای نمونه برخی از فقهای مالکی (الدریر: بی تا، ج ۳، ۲۸۷، ابن رشد: بی تا، ج ۲، ص ۳۲) شافعی (النووی، ۱۹۹۸، ج ۱۳، ۱۰۹)، حنبلی (المرداوی: ۱۹۹۷،

ج ۴، ۳۰۰؛ البهوتی: ۱۴۰۲ق، ج ۳، ۱۶۵) و حنفی (الکاسانی: ۱۹۸۲، ج ۵، ۲) سخن از بطلان عقد استصناع به میان آورده‌اند.

دومین نکته قابل ذکر این است که تهیه مواد اولیه و ابزارهای لازم برای ساخت کالای مورد توافق، به عهده سازنده و سفارش گیرنده کالا می‌باشد؛ در نهایت نکته سومی آن است که بیشتر اوقات، در قرارداد استصناع، هنگام انعقاد قرارداد، همه ثمن معامله پرداخت نمی‌شود؛ بلکه بخشی از آن به عنوان پیش پرداخت، داده می‌شود و بخش دیگر آن نیز به صورت دفعی یا به تدریج تا زمان تحویل کالا پرداخت می‌شود، هرچند در بعضی از مواقع بخشی از آن به بعد از تحویل کالای ساخته شده، موکول می‌گردد (الزحیلی: ۱۴۲۳، ۵۶)؛ به هرروی یکی از ویژگی این قرارداد آن است که لازم نیست، همه ثمن معامله در زمان انعقاد قرارداد، پرداخت شود؛ بلکه این امر بستگی به توافق طرفین معامله دارد.

۲-۱. مفهوم اصطلاحی استصناع

فقه‌های امامیه در مورد تعریف قرارداد استصناع دیدگاه واحدی ندارند؛ براین اساس برخی استصناع را عبارت توافق با صاحبان صنایع برای ساخت چیزی معین می‌دانند که در آن، ساخت و تأمین مواد اولیه بر عهده سازنده است؛ به این معنا که قرارداد زمانی دارای ماهیت استصناع می‌باشد که سازنده افزون بر ساخت کالای مورد نظر، مواد اولیه را نیز تأمین نماید؛^۱ زیرا اگر چنین نباشد و تهیه مواد اولیه به عهده سفارش دهنده باشد، در این عقد اجاره به وجود می‌آید نه استصناع و سفارش ساخت که موضوع پژوهش حاضر است؛ به عبارت دیگر، از نظر این دسته از فقه‌های امامیه اگر مواد اولیه از طرف سفارش دهنده تأمین شود، عقد مزبور، مصداق اجاره خواهد بود و اگر آن چه که سفارش دهنده تقاضا دارد، آماده باشد و نیاز به درست کردن آن نباشد، در این صورت قرارداد استصناع، مصداق خرید و فروش می‌باشد (هاشمی شاهرودی: بی تا، ۱۳۸ و ۳۴۵). برخی دیگر از فقها، استصناع را قراردادی می‌دانند که کسی از صنعت‌گر تقاضا نماید که کالایی تولیدی خود را به ملکیت او در آورد براین اساس قرارداد استصناع امضاد می‌شود که برپایه آن سازنده کالای مزبور را می‌سازد و در مقابل آن مبلغی را از سفارش دهنده دریافت می‌نماید (مؤمن قمی: ۱۴۱۵ ق، ۱۹۹)؛ به عبارت دیگر برپایه این قرارداد در وقایع سفارش دهنده، اقدام به سفارش ساخت کالای مورد نیازش می‌نماید و سازنده نیز در مقابل دریافت مبلغ مشخص، آن را تولید می‌کند.

۱. شاهرودی، سید محمود هاشمی، *قراءات فقهیة معاصرة*، ج ۲، ص ۲۴۹: «الاستصناع هو اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب و السرير و الباب و نحوها، و يكون العين و العمل كلاهما على الصانع»

همان‌طور که مشاهده می‌گردد، برخی استصناع را «توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیء معین» دانسته، سخن از لزوم پابندی به آن به میان آورده‌اند؛ زیرا از دیدگاه این گروه، گرچه نسبت به ماهیت قرارداد استصناع دیدگاه یگانه نیست؛ اما به هر صورت این عمل حقوقی، یک عقد است (هاشمی شاهرودی و همکاران: ۱۴۲۳ ق، ج ۴، ۱۶)؛ برای نمونه فردی از آهنگر درخواست کند یک محافظ پنجره با ابعاد و ویژگی‌های معین برای او بسازد؛ برخی دیگر نیز به جای استصناع تعبیر به عقد استصناع نموده‌اند که بیانگر آن است که توافق مزبور، دارای ماهیت عقدی می‌باشد و همه اصول حاکم بر قراردادها که یکی از آن‌ها اصل لزوم وفای به عهد است (منتظری نجف آبادی: ۱۴۰۹، ص ۴۳۴؛ منتظری نجف آبادی: ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ۷۳۱؛ خمینی: ۱۴۲۱، ج ۱، ۱۰۹)، بر آن حاکم خواهد بود. بنابراین هیچ یک از طرفین نمی‌تواند از اجرای تعهدات خود، سربازند (مؤمن: پیشین، ۱۹۹).

همانگونه که بیان شد، سازنده در مقابل عملش، مبلغی را به عنوان ثمن دریافت می‌کند که چگونگی پرداخت آن یکسان نیست و برپایه توافق طرفین متفاوت خواهد بود؛ به این معنا که ممکن است، برخی از آن در زمان انعقاد قرارداد پرداخت شود و بخشی دیگر در زمان تحویل یا به گونه و صورت‌های دیگر نسبت به آن توافق شود (ایوب: ۱۳۹۲، ۴۴۴). البته باید توجه داشت که فقهای نسبت به زمان پرداخت مبلغ مزبور دیدگاه واحدی ندارند؛ این تفاوت بدان دلیل است که آن درباره ماهیت عقد استصناع، اختلاف نظر دارند؛ برخی استصناع را مصادیقی از بیع سلم می‌دانند که در این صورت باید همه مبلغ در ابتدا پرداخت شود؛ این دیدگاه فقهای است که که استصناع را بیع سلم می‌دانند که برخی از فقهای اهل سنت (خلیفه بدوی: ۲۰۱۱م، ۴۳۵) و امامیه (کاشف الغطا نجفی: ۱۳۵۹ق، ج ۱، ۱۲۷) این دیدگاه را دارند. بعضی دیگر استصناع را بیع سلم نمی‌دانند که برخی از فقهای شیعه و حنفی بر آن هستند (مؤمن قمی؛ پیشین، ۱۹۹؛ هاشمی شاهرودی، بی‌تا، ۱۶؛ حیدر: ۱۹۹۱، ج ۱، ص ۳۶۰)؛ برپایه دیدگاه این دسته از فقها، چگونگی پرداخت ثمن تابع توافق سازنده و سفارش دهنده است؛ به این معنا که آن‌ها می‌توانند نسبت به چگونگی پرداخت ثمن، توافق نمایند (سعید: ۱۴۱۲، ۱۰۶۷)؛ برای نمونه بخشی از ثمن، در زمان سفارش و بخش دیگر در هنگام ساخت یا پایان ساخت یا در هنگام تحویل کالا و یا به هر شکل دیگری که طرفین توافق نمایند، پرداخت شود که در این مورد مباحث آینده پرداخته خواهد شد.

برخی از حقوقدانان، استصناع را عبارت از قرارداد میان دو شخص می‌دانند که به موجب آن، یکی از طرفین آن به دیگری، سفارش ساخت محصول یا شیئی معینی با ویژگی و اوصاف مشخص می‌دهد تا سازنده در مقابل دریافت بهای معین با مصالح و موادی که در اختیار دارد یا آن را تهیه می‌نماید، در دوره زمانی معین، کالا یا شیء مورد سفارش را بسازد و کالا پس از ساخت کامل به مالکیت متعهدله داخل خواهد شد. در این عقد تفاوتی نمی‌کند که ثمن، به صورت نقد یا در اقساط متناسب با پیشرفت کار و ساخت کالای مورد توافق، پرداخت شود (شینوری: ۱۳۹۳، ۲۳).

فقها و حقوقدانان اهل سنت نیز از استصناع تعاریف گوناگونی ارائه کرده‌اند که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد؛ برخی از فقهای اهل سنت، استصناع را عبارت از عقد بر کالایی در ذمه سازنده با وجه مخصوص در مقابل ثمن معلوم دانسته‌اند که مشروط بر آن است که سازنده، مصالح مورد نیاز کالای مزبور را خود تهیه می‌نماید و با آن مورد توافق را می‌سازد (الثبیتی: ۱۴۱۲، ۱۰۲۹)؛ به عبارت دیگر استصناع عبارت از قراردادی است که برپایه آن در زمان حال، چیزی که دارای ویژگی‌های معین است و تولید کننده یا سازنده با موادی که خودش تهیه می‌نماید در ازای دریافت مبلغ معین، آن را می‌سازد، خریداری می‌شود (سبر: بی‌تا، ۵).

بعضی دیگر در تعریف عقد استصناع آورده‌اند: «عقد استصناع عبارت از خریداری کالایی است که در آینده ساخته می‌شود مشروط بر آن که مواد اولیه اضافه بر عمل ساخت برعهده متعهد باشد؛ زیرا اگر تهیه مواد برعهده سفارش دهنده باشد، عقد اجاره خواهد بود (الزحیلی: بی‌تا، ج ۵، ۳۰۲)»؛ همانگونه که ملاحظه می‌شود، در تعاریف پیش گفته، براین نکته که تهیه وسایل به عهده سازنده باشد، تأکید شده است؛ گرچه در تعاریف نخست، دلیل این امر بیان نشده است؛ اما در تعریف اخیر بدان تصریح گردیده است که عبارت از تمایز میان اجاره و استصناع است؛ به این معنا که اگر کسی از دیگر ساختن وسیله را بخواهد و خودش وسایل و ابزارهای لازم را فراهم سازد، در این صورت مصداق اجاره اشخاص خواهد بود؛ مانند اینکه کسی بنایی را اجیر می‌نماید تا ساختمانی را برای او بسازد یا اینکه با نقاش، قراردادی مبنی بر نقاشی ساختمان معین منعقد می‌نماید؛ این موارد از مصداق عقد استصناع نخواهد بود؛ بلکه در چارچوب عقد اجاره قابل تبیین و ارزیابی می‌باشند.

به نظر می‌رسد بدون توجه به موارد اختلاف، قرارداد استصناع را می‌توان این گونه تعریف نمود: «استصناع، قرارداد سفارش ساختی می‌باشد که شخصی حقیقی یا حقوقی (مستصنع) نزد صنعت‌گری (صانع) می‌آید و از او تقاضا می‌کند، تعدادی کالا را که در حال حاضر وجود ندارد برای او بسازد و در زمان معینی به او تحویل دهد و در مقابل فرد سفارش دهنده نیز متعهد به پرداخت هزینه ساخت آن کالاها می‌گردد، صنعت‌گر نیز اگر آن سفارش را بپذیرد و بین آن‌ها قراردادی منعقد گردد، این قرارداد به «استصناع» شهرت دارد.»

این تعریف بدان دلیل که سخنی از چگونگی تهیه ابزارها و وسایل لازم به میان نیاورده است، با کاستی مواجه است و نمی‌تواند بازگوکننده معنای دقیق قرارداد استصناع باشد؛ زیرا برپایه دیدگاه فقها و اندیشه‌وران فقه اسلامی، تنها در صورتی قرارداد مزبور عنوان «استصناع» به خود می‌گیرد که هم عمل و هم عین متعلق به سازنده باشد (جمعی از مؤلفان: بی‌تا، ج ۱۰، ۸) و در غیر این صورت همانگونه که بیان شد، مصداق اجاره می‌باشد. در نهایت می‌توان عقد استصناع را این گونه تعریف نمود: «استصناع، قراردادی است که از سوی شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی با سازنده کالا انعقاد می‌یابد که برپایه آن متعهد با تهیه وسایل و ابزارهای لازم به ساخت کالای مورد توافق می‌پردازد و آن را در مقابل مبلغی که ممکن است به صورت نقدی یا اقساطی پرداخت شود، به متعهد له تحویل می‌دهد.» به نظر می‌رسد این تعریف که از

سوی نگارنده انجام شده است، جامع و کامل است؛ زیرا اولاً به این نکته که استصناع ماهیت عقدی دارد، تصریح شده است؛ دوماً در آن با بیان این نکته که تهیه ابزار و وسایل لازم به عهده متعهد و سازنده است، میان اجاره و استصناع تمایز گذاشته شده است؛ سوم اینکه به چگونگی پرداخت مبلغ یا ثمن معامله نیز اشاره شده است که یکی از عناصر مهم در این مسئله می‌باشد

۲. ارکان قرارداد استصناع

۲-۱. طرفین قرارداد

همانگونه که در بحث مفاهیم بیان شد، برپایه ادبیات حقوقی و فقهی حاکم بر قرارداد استصناع، شخص درخواست کننده و سفارش دهنده کالا، « مستصنع » و سازنده، « صانع » گفته می‌شود. از آنجایی که استصناع، قرارداد است، باید دو طرف آن که عبارت از سفارش دهنده و سازنده است، شرایط عمومی قراردادها مانند بلوغ، عقل، قصد و اختیار را دارا باشند؛ زیرا برپایه مبانی فقهی و حقوقی، قرارداد به عنوان یک عمل حقوقی، آنگاه دارای اثر خواهد بود که شرایط اساسی انعقاد وجود داشته باشد؛ یکی از شرایط اساسی انعقاد قراردادها، اهلیت طرفین می‌باشد (السنهوری: ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۳۳)^۱ بنابراین طرفین قرارداد استصناع نیز این شرط را باید دارا باشند تا بتوان از اعتبار عقد مزبور سخن گفت.

باید توجه داشت که در مورد ماهیت فقهی این قرارداد، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از فقها آن را در قالب یکی از قراردادهای خاص می‌دانند؛ برای نمونه برخی از فقهای اهل سنت بر آن است که قرارداد مزبور، یکی از مصادیق عقد مقاوله است^۱ و برخی دیگر آن را قرارداد مستقل می‌دانند (السرخسی: ۱۴۰۶، ج ۱۵، ص ۸۴)؛ در فقه امامیه نیز دیدگاه یگانه درباره ماهیت این عقد، وجود ندارد (هاشمی شاهرودی: ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۴۹) که در این مجال بدان‌ها پرداخته نمی‌شود. به هر روی اگر قرارداد استصناع به عنوان عقد مستقل به شمار رود، در این صورت افزون بر شرایط عمومی قراردادها، طرفین باید شرایط خاص را نیز داشته باشند؛ براین اساس است که برخی از حقوقدانان برای آن شرایط جداگانه مطرح نموده‌اند (السنهوری: ۱۹۹۸م، ج ۳، ص ۳۸)؛ برای نمونه براساس دیدگاه کسانی که قرارداد استصناع را نوعی بیع می‌دانند، طرفین معامله بر اساس ماده

۱. سعد السبر، الإستصناع (المقاولات)، ص ۲؛ برخی از حقوقدانان در تعریف مقاوله چنین آورده‌اند: « مذاکرات متعاقدين پیش از انعقاد عقد که تراضی آنان ممکن است همه آن مذاکرات یا بخشی از آن‌ها را فراگیرد؛ ولی تا زمانی که در مورد قصد نتیجه عاقدین واقع نشده باشد، مقاوله خوانده می‌شود » محمد جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۶۴؛ برخی دیگر این گونه تعریف نموده‌اند: « هی أن يتعهد أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً للطرف الثاني، مقابل ثمن معين »؛ مقاوله عبارت از آن است که یکی از متعاقدين در مقابل ثمن معين، متعهد به ساخت چیزی برای طرف مقابل شود؛ شیخ مصطفی کمال تارزی، الإستصناع و المقاولات، مجله مجمع فقه اسلامی، ج ۷، ص ۹۹۷.

۳۴۵ ق. م باید افزون بر اهلیت قانونی، از اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز برخوردار باشند (موسویان: ۱۳۸۶، ص ۳۸۸). بنابراین یکی از ارکان استصناع، طرفین آن می‌باشند که باتوجه به عقد بودن استصناع، آن‌ها باید افزون بردار بودن شرایط اساسی معامله، شرایط ویژه مرتبط با این عقد را نیز دارا باشند.

۲-۲. ایجاب و قبول

همانگونه که بیان شد، در اینکه استصناع، دارای ماهیت قراردادی است، همه فقههای اسلام و حقوقدانان اتفاق نظر دارند؛ اما برخی^۱ آن را عقد باطل و برخی دیگر عقد صحیح می‌انگارند (شیبانی: ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۲۵). قرارداد استصناع همانند سایر قراردادهای نیاز به ابراز اراده و رضایت طرفین نسبت به انعقاد قرارداد دارد؛ زیرا برپایه دیدگاه حقوقدانان، عقد آن‌گاه به وجود می‌آید که افزون بر توافق، اراده‌ها به گونه‌ای ابراز شوند (محقق داماد و همکاران: ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۵)؛ برای این اساس است که بحث از صیغه قرارداد به میان می‌آید. عقد استصناع مانند سایر قراردادهای می‌تواند به صورت گفتار، نوشتار یا عملی (که در اینجا منظور از آن، دادن پیش پرداخت می‌باشد) پدید آید (کاتوزیان: ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۳۵). قرارداد استصناع به عنوان عقدی صحیح همانند سایر قراردادهای نیاز به ابراز اراده و رضایت طرفین برای انعقاد قرارداد دارد و البته این ابراز اراده می‌تواند به صورت گفتاری، نوشتاری و یا عملی و هر لفظ و عملی باشد که بیانگر قصد طرفین برای انعقاد قرارداد است (نظریور: ۱۳۸۷، ص ۷۳)؛ زیرا همانگونه که بیان شد، برای انعقاد هر قراردادی لازم است طرفین آن قرارداد قصد و اراده ایجاد قرارداد را داشته باشند؛ افزون بر این لازم است این قصد و اراده بیان شود تا معلوم گردد که شخص قصد انعقاد معامله را دارد.

به آنچه که بیانگر قصد و اراده طرفین قرارداد می‌باشد، در ادبیات حقوقی و فقهی، ایجاب و قبول اطلاق می‌شود و هر قراردادی با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد؛ به عبارت دیگر، یکی از ارکان اساسی قراردادهای، ایجاب و قبول است (قنوتی: ۱۳۸۳، ص ۶۶)؛ برای نمونه در عقد بیع فروشنده می‌گوید: «این کالا را به ۲۰۰ تومان فروختم» و خریدار در جواب می‌گوید: «پذیرفتم یا بگوید آن را به این قیمت خریدم»؛ یا در عقد مورد بحث، سفارش دهنده، بیان می‌دارد که فلان کالا را برایم بساز و سازنده نیز در پاسخ بگوید: «کالای مزبور را برایت می‌سازم»؛ از آنجایی که در قرارداد استصناع، لفظ ویژه‌ای شرط نشده است (البدران: بی تا، ص ۹۴)؛ بلکه تنها

۱. محمد بن حسن ابو جعفر طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵: «استصناع الخفاف و النعال و الأوانی من الخشب و الصفر و الرصاص و الحديد لا يجوز، و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفة: يجوز؛ لأنَّ الناس قد اتَّفَقوا على ذلك. دلیلنا على بطلانه أنا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، و أنه بالخيار بين التسليم و ردِّ الثمن، و المشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك، و لأنَّ ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة، و لا موصوف بالصفة في الذمة، فيجب المنع منه»

از مشروعیت و عدم مشروعیت آن سخن رفته است که این بیانگر رضایی بودن عقد مزبور می‌باشد، می‌توان گفت که این قرارداد با هر ابزاری که بتواند دلالت به انعقاد عقد مزبور نماید، پدید می‌آید.

به هر روی باید توجه داشت که ایجاب و قبول به عنوان یکی از ارکان قراردادها به صورت عام و قرارداد استصناع به صورت خاص مطرح می‌باشد. بنابراین پیشنهاد که عبارت از انجام معامله به شخص دیگر است، در مورد عقد استصناع، از سوی سفارش دهنده مطرح خواهد شد و قبول که عبارت از پذیرش پیشنهاد مزبور است، از سوی سازنده مطرح می‌گردد که در ادبیات حقوقی و فقهی به اولی، موجب و به دومی قابل گفته می‌شود.

۳-۲. عوضین

باید توجه داشت که موضوع قرارداد استصناع برپایه دیدگاه‌های مطرح درباره ماهیت آن، متفاوت خواهد بود؛ اگر استصناع، عقد مستقل باشد، در این صورت، هر چیز، پروژه و کالایی که سفارش ساخت آن داده شده است، موضوع عقد مزبور را تشکیل خواهد داد (جمعی از پژوهشگران: پیشین، ج ۱۱، ص ۳۹۲) که از آن به عنوان «مستصنع» یاد می‌شود.

یکی از شرایط قرارداد استصناع آن است که سازنده باید افزون بر مجوز ساخت از جهت قانونی و شرعی، قابلیت ساخت و تحویل کالا را در زمان مورد توافق داشته باشد که در این قرارداد باید زمان، مکان و کیفیت تحویل کالا معین باشد؛ به این معنا که در قرارداد استصناع نیز افزون بر شرایط عمومی قراردادها، یکسری شرایط ویژه نیز وجود دارد؛ برای نمونه باید در آن وصف، مقدار و زمان تحویل کالا معین شده باشد (الزحیلی: ۱۴۲۳، ص ۵۸؛ السرخسی: پیشین، ج ۱۲، ص ۱۳۹؛ ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۲۴؛ ابن عابدین: ۲۰۰۰م، ج ۴، ص ۲۲۵)؛ هزینه و مبلغی که در قبال ساختن و تحویل دادن شیء، کالا و پروژه داده می‌شود را عوض استصناع می‌گویند؛ این عوض در قرارداد مورد بحث همانند سایر قراردادها به‌طور معمول پول رایج است اگر چه می‌تواند کالا یا خدمت نیز باشد. همانگونه که بیان شد، اگر قرارداد استصناع قرارداد خاص باشد، عوضین افزون بر شرایط عمومی باید شرایط عوضین قرارداد خاص را نیز دارا باشند؛ برای نمونه اگر استصناع از مصادیق بیع سلم به-شمار رود، به اعتقاد مشهور فقها، باید کل مبلغ عوض در مجلس عقد پرداخته شود؛ زیرا برپایه تعریف فقهای اسلامی، عقد سلم عبارت از قراردادی است که در آن، ثمن در زمان انعقاد پرداخت می‌شود ولی مثن در آینده تحویل می‌گردد (الجرجانی: ۱۴۰۵، ص ۱۶۰؛ السمرقندی: ۱۹۸۴م، ج ۲، ص ۸؛ کابلی: ۱۴۲۶ق، ص ۳۸۳)؛ ولی اگر استصناع قرارداد مستقلی، انگاشته شود، عوض در استصناع می‌تواند به‌صورت نقد یا نسیه و یا ترکیبی از این دو (نقد و نسیه) باشد به این صورت که بخشی از عوض را به‌صورت پیش پرداخت و بخش دیگر از آن را طبق زمان‌بندی معین شده یا بر اساس پیشرفت ساخت و تولید کالا پرداخت. بنابراین یکی دیگر از ارکان عقد استصناع، عوضین است که باید در هنگام معامله با مکانیسم‌های ویژه معین و معلوم گردد؛ البته

باید توجه داشت که آنجایی که عقد استصناع برخاسته از اصل حاکمیت اراده و رضایی بودن قراردادها است، می توان گفت که نسبت به تعیین ثمن و مثنی در این قرارداد، اراده و توافق طرفین نقش تعیین کننده دارد که در مباحث آینده به صورت ویژه، چگونگی تعیین ثمن و پرداخت آن مورد بررسی قرار می گیرد.

برآیند پژوهش

پژوهش فرارو عهده دار آن بود که با تکیه بر فقه و حقوق، ارکان قرارداد استصناع را مورد کاوش قرار دهد؛ بررسی منابع فقهی و حقوقی بیانگر آن است که عقد مزبور همانند بسیاری از قراردادهای دیگر، زمان پدید خواهد آمد که دارای ارکان آن، پدیدار شده باشد؛ گرچه عناصر گوناگونی در عقد استصناع ممکن است دخالت داشته باشند؛ ولی به صورت کلی می توان گفت که عقد مزبور دارای سه رکن است؛ یکی از ارکان عقد استصناع یا سفارش ساخت، طرفین آن است؛ به این معنا با توجه به اینکه استصناع، عقد است به ناچار نیازمند دو طرف می باشد؛ از این طرف قرارداد در عقد استصناع عبارت از سازنده و سفارش دهنده است که یکی در قامت سازنده و دیگری به صورت سفارش دهنده پدید می آید؛ رکن دیگر استصناع عبارت از ایجاب و قبول است؛ روشن است که قرارداد از استصناع نیز مانند همه قراردادها نیاز به ایجاب و قبول دارد و تنها در سایه این عمل حقوقی است که قراردادها مزبور دارای ماهیت حقوقی و الزامی می گردد؛ رکن سوم عقد مزبور، عوضین است؛ به این معنا که قرارداد سفارش ساخت، آن گاه محقق می شود که در آن عوضین وجود داشته باشد تا بتوان گفت تعهد در برابر تعهد قرار گرفته است که در متن پژوهش به درازا از آن ها سخن گفته شد.

منابع

۱. ابن رشد الجدد، محمد بن احمد، **المقدمات الممهدة لبیان ما اقتضته المدونه من**

الأحكام، قاره، مکتبه الثغه الدینیه، بی جا، بی تا؛

۲. ابن عابدین، محمد امین، **حاشیه رد المحتال عل الدر المختار شرح تنویر**

الأبصار، بیروت، دار الکفر، چ اول، ۲۰۰۰م؛

۳. ابن فارس، ابوالحسن احد ابن فارس، **معجم المقایس اللغة**، تحقیق عبدالسلام محمد

هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چ اول، ۱۴۰۴ه.ق؛

۴. انوری، حسین، **فرهنگ بزرگ سخن**، تهران، انتشارات سخن، ۱۳۸۲؛
۵. ایوب، محمد، **شناخت نظام مالی اسلام**، ترجمه: حامد تاجمیریاحی، علی راهنشین، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، چ اول، ۱۳۹۲؛
۶. البدران، کاسب عبدالکریم، **عقد الإستصناع او عقد المقاوله فی الفقه الإسلامی دراسه مقارنه**، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا؛
۷. البهوتی، منصور بن ادریس، **کشاف القناع علی متن الإقناع**، تحقیق هلا مصیلحی مصطفی هلال، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی‌جا، ۱۴۰۲ ه.ق؛
۸. الشیبی، سعود بن مسعد بن ساعد، **الإستصناع**، مجله مجمع الفقه الإسلامی، مجله مجمع الفقه الإسلامی، جلد ۱۴۱۲ ه.ق؛
۹. الجرجانی، علی بن محمد، **التعریقات**، بیروت، دارالکتب العربی، چ اول، ۱۴۰۵؛
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، چ اول، ۱۳۸۴؛
۱۱. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، **موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام**، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چ اول، ۱۴۲۳ ه.ق؛
۱۲. جمعی از مؤلفان، **مجله فقه أهل البيت علیهم السلام**، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چ اول، ه.ق؛
۱۳. حیاتی، علی عباس، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۹۲؛
۱۴. حیدر، علی، **درر الحکام شرح مجله الأحکام**، لبنان، دارالجل، بی‌جا، ۱۹۹۱م؛
۱۵. خلیفه بدوی، هشام السعدنی، **عقد المشتقات المالیة: دراسه فقهیه إقتصادیه مقارنه**، اسکندریه، دارالفکر الجامعی، چ اول، ۲۰۱۱؛

١٦. خميني، سيد روح الله موسوي، **كتاب البيع**، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني

قدس سره، اول، ١٤٢١ هـ.ق؛

١٧. الدردير، ابوالبركات أحمد، **الشرح الصغير**، بيروت، دار الفكر للطباعة و التوزيع، بی‌جا،

بی‌تا؛

١٨. راغب اصفهانی، حسين بن محمد، **المفردات في غريب كلمات القرآن**، بی‌جا،

مؤسسه فرهنگي آرایه، چ اول، ١٣٨٧؛

١٩. الزحيلي، مصطفى وهبه، **الفقه الإسلامي و أدلته**، دمشق، دارالفکر، چ چهارم، بی‌تا؛

٢٠. الزحيلي، مصطفى وهبه، **المعاملات الماليه المعاصره**، بيروت، دارالفکر المعاصر، چ

اول، ١٤٢٣ هـ.ق؛

٢١. الزيعلي، فخر الدين عثمان بن علي، **تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق**، قاهره،

دارالکتب الإسلاميه، بی‌جا، ١٣١٣ هـ.ق؛

٢٢. السير، سعد، **الإستصناع (المقاولات)**، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا؛

٢٣. السرخسی، شمس الدين، **المبسوط**، بيروت، دارالمعرفه، بی‌جا، ١٤٠٦ هـ.ق؛

٢٤. سعيد، محمد رأفت، **عقد الإستصناع و علاقته بالعقود الجائزه**، مجله مجمع الفقه

السلامي، ش ٧، ١٤١٢؛

٢٥. السمرقندی، علاء الدين، **تحفه الفقهاء**، بيروت، دارالکتب العلميه، بی‌جا، ١٩٨٤ م؛

٢٦. سنهوري، عبدالرزاق احمد، **دوره حقوق تعهدات**، ج ١، قم، دانشگاه قم، چ اول،

١٣٨٢؛

٢٧. السنهوري، عبدالرزاق، **مصادرالحق في الفقه الإسلامي**، بيروت، منشورات الحلبي

الحقوقيه، چ اول، ١٩٩٨ م؛

۲۸. شاهرودی، سید محمود هاشمی، **قراءات فقهیه معاصره**، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه

اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چ اول، ۱۴۲۳ هـ ق؛

۲۹. شنیوری، قادر، **قرارداد سفارش ساخت**، تهران، آوا، چ اول، ۱۳۹۳؛

۳۰. شیبانی، محمد بن حسن، **الجامع الصغير وشرحه النافع**، بیروت، دارعلم الكتب، چ

اول، ۱۴۰۶ هـ ق؛

۳۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، **الخلافا**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۰۷ هـ ق؛

۳۲. قمی، محمد مؤمن، **کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۴۱۵ هـ ق؛

۳۳. قناتی، جلیل، **مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول**، قم، بوستان کتاب، چ اول، ۱۳۸۳؛

۳۴. کابلی، محمد اسحاق فیاض، **المسائل المستحدثة**، کویت، مؤسسه مرحوم محمد رفیع

حسین، چ اول، ۱۴۲۶ هـ ق؛

۳۵. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، تهران، شرکت سهامی

انتشار با همکاری بهمن برنا، چ سوم، ۱۳۸۰؛

۳۶. کاسانی، علاء الدین ابن مسعود، **بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، بیروت،

دارالکتاب العربی، بی جا، ۱۹۸۲؛

۳۷. کمال التارزی، مصطفی، **الإستصناع و المقاولات**، مجله مجمع فقه الإسلامی، الدور

السابعه المؤتمر مجمع الفقه الإسلامی، ۱۴۱۲ هـ ق؛

۳۸. مجمع اللغة العربیة، **المجمع الوسیط**، بی جا، المكتبة الشروق الدولیة، چ چهارم، ۱۴۲۶

هـ ق؛

۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور فرد

ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت، چ اول، ۱۳۸۹؛

۴۰. المرادوی، علی بن سلیمان احمد، الإنصاف فی معرفه الرائج من الحلاف علی

مذهب الإمام احمد بن حنبل، تحقیق محمد حامد الفقی، بیروت، دار إحياء التراث

العربی، چ اول، ۱۹۹۷م؛

۴۱. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز الکتاب للترجمة

و النشر، چ اول، ۱۴۰۲ هـ ق؛

۴۲. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، امیر کبیر، چ بیست و چهارم، ۱۳۸۶؛

۴۳. موسویان، سید عباس، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، تهران، سازمان انتشارات

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول، ۱۳۸۶؛

۴۴. مؤمن، محمد، استصناع (قرارداد سفارش ساخت)، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۱

و ۱۲، پاییز ۱۳۸۱؛

۴۵. نجف آبادی، حسین علی منتظری، دراسات فی ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية،

قم، نشر تفکر، چ دوم، ۱۴۰۹ هـ ق؛

۴۶. نجف آبادی، حسین علی منتظری، نظام الحكم فی الإسلام، قم، نشر سرایی، قم، چ

دوم، ۱۴۱۷ هـ ق؛

۴۷. نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجلة، نجف

اشرف، المكتبة المرتضوية، چ اول، ۱۳۵۹ هـ ق؛

۴۸. نظر پور، محمد نقی، ماهیت فقهی و کارکرد بانکی عقد استصناع و معرفی

اوراق استصناع ابزاری باری سیاست مالی و پولی، قم، دانشگاه مفید، چ اول،

۱۳۸۷؛

۴۹. النووی، أبی زکریا یحی بن شرف، **المجموع شرح المذهب**، بیروت، دارالفکر، بی-

چا، ۱۹۹۸م؛

۵۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود «استصناع»، مجله فقه اهل بیت، شماره

۱۹ و ۲۰، زمستان ۱۳۷۸؛