



The Comparative Study of Istisna, as a Definite and Independent Contract; in Jurisprudence, Laws of Arab Countries and the 1980 Vienna Convention

Moosa Akefi Ghaziani

Assistant Professor of Law, Payame Noor University, Alborz Center, Alborz, Iran

Vahid Akefi Ghaziani

Master's Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

مطالعه تطبیقی استصناع به عنوان عقدی معین و مستقل؛ در فقه، قوانین برخی کشورهای عربی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین

موسی عاکفی قاضیانی

استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور مرکز البرز، البرز، ایران

<http://orcid.org/0000-0001-8884-0773>

وحید عاکفی قاضیانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

vahid_ghazi@yahoo.com

<https://orcid.org/0000-0002-4884-1197>

Abstract

Istisna is a contract with two effects of transferring possession of the object and the obligation of the constructor to make or change a new good. In terms of its nature and its validity, this contract has been a matter of argument. Although most lawyers are reluctant to revoke such a contract under Article 10 of the Iranian Civil Code, they however disagree about the independent and specific nature of this contract. This article through a descriptive-analytical methodology and in a qualitative nature attempts to examine this contract through legal materials of some Arab countries as well as the five main jurisprudential sects of Islam. The result shows that Istisna in contemporary law is an independent contract. Although some legal sources have not led to the recognition of a precise contract and yet many of the definite rules and principles of this contract need to be explained and conceived. However, Istisna as a legal entity in the contemporary world is evaluated with the Convention on International Contracts for Sale of Goods, 1980 (CISG). Finally, it is suggested that to support special contractual relations between artisans and entrepreneurs, as for the silence of Articles 513 and 338 of the Iranian Civil Code, this contract should be revealed as a special contract in the Iranian Civil Code.

Keywords: Istisna, Independent contract, Jurisprudence, Agreement, CISG.

چکیده

استصناع به عنوان قراردادی با دو اثر تملیک عین و تعهد سازنده به ساخت یا تغییر کالا از حیث ماهیت و صحت محل اختلاف است. گرچه اغلب حقوق‌دانان با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی بهبطال چنین عقدی گرایش ندارند، اما با توجه به قوانین جدید در خصوص ماهیت استقلالی و معین بودن این عقد اختلاف دارند. در این مقاله تلاش شده تا با شیوه توصیفی-تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، از رهگذر مواد قانونی برخی کشورهای عربی و همچنین مذاهب فقهی خمس در خصوص ماهیت آن تحقیق شود. نتایج به دست آمده نشان از آن دارد که عقد استصناع در حقوق کنونی عقدی مستقل است اما ذکر آن در بعضی قوانین سبب بازشناسی یک عقد معین نشده و هنوز بسیاری از قواعد خاص این قرارداد که نیاز به تبیین و تفهیم دارد از محتوای قوانین دور مانده است. این نهاد حقوقی هر چه باشد در دنیای کنونی با یک سنجه بین‌المللی یعنی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین ارزیابی می‌شود. در پایان پیشنهاد شده که قواعد خاص این عقد در راستای حمایت از رابطه خاصی که به دلیل مهارت صنعتگران ایجاد می‌گردد و تحت پوشش مواد ۳۳۸ و ۵۱۳ قانون مدنی قرار نمی‌گیرد، باید حتی‌الامکان به عنوان عقدی معین در قانون مدنی درج گردد.

واژگان کلیدی: استصناع، عقد مستقل، فقه، مقاوله،

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.

مقدمه

عقد سفارش ساخت (استصناع)، به عنوان قراردادی که در آن یک طرف متعهد به ساخت یا تولید یا تغییر کالایی در مقابل اجرتی معین می‌شود، در عرف معاملات کنونی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. چنان که خواهیم دید، شباهت این عقد به نهادهای مشابه خود قرن‌ها منجر به اختلاف در میان فقهای مذاهب اسلامی بوده است. عمده این اختلاف با توجه به زمان رخداد آن مربوط به عدم شیوع این معامله بوده که به تبع موضوع آن و شرایط صحت آن در منظر عده‌ای از صاحب‌نظران به سایر عقود تفسیر یا تشبیه شده و گاه نیز به بطلان آن تصریح گردیده است. مواد «۳۳۸»^۱، «۴۶۷»^۲ و «۵۱۳»^۳ قانون مدنی نمایندگان دو عقد معنی‌به‌عرفی یعنی بیع و اجاره اشخاص، عمده شباهت‌ها را به استصناع دارند و همین مشابهت مهم‌ترین محل منازعه در میان صاحب‌نظران فقهی و حقوقی در خصوص تفسیر عقد استصناع به شمار می‌رود، هرچند تا کنون ایشان نتوانسته‌اند با استدلال به ادله لفظیه به این مباحث پایان دهند. در قوانین برخی کشورهای اسلامی به این قرارداد که پیشینه فقهی آن سد بزرگی بر تفسیر آزادانه آن بود با پیشنهاد نهادی کامل و جامع‌تر با عنوان «مقاوله» که همزمان هم اثر استصناع و هم اجاره را دربرمی‌گرفت ظاهراً معرکه نزاع پایان یافته است.

بعد از تصویب قانون مدنی ایران و علی‌رغم شیوع کاربرد این نهاد در معاملات، که موضوع آن هم عمل عاملی صنعتگر و ماهر است و هم تملیک کالای ساخته شده، آن چنان که مستحق توجه بود، در قوانین موضوعه سخنی به میان نیامد. آن چه تمایل غالب حقوقدانان ایرانی را به خود جلب کرده ماده «۱۰»^۴ قانون مدنی است که اصل اولی در عقود را نفوذ و صحت آن معرفی می‌کند. لذا حقوقدانان به بطلان چنین عقدی تمایل ندارند، اما در خصوص ماهیت آن که آیا عقدی مستقل است یا با توجه به قوانین جدید من جمله دستورالعمل شورای پول و اعتبار^۵ دارای احکام خاص و ویژه‌ای شده و به شکل عقدی معین در آمده اختلاف کرده‌اند. اهمیت این گونه قراردادهای که در قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ به عنوان «عقود اسلامی» یاد شده است در زمینه‌های مختلفی نمایان می‌شود. برای نمونه شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۶ بر مصادیق قراردادهای سفارش ساخت، از جمله مباحثی است که سال‌ها پس از تصویب این کنوانسیون، میان مفسران آن هنوز محل بحث و نزاع است (CISG-AC Opinion no.4,2004,Art.3). بی‌شک لزوم آمادگی قوانین داخلی در راستای تسهیل روابط و ثبات در عرصه حقوق داخلی و بین‌المللی امری غیرقابل اغماض و ضروری است. در مقاله

۱ - بیع عبارت است از تملک عین به عوض معلوم.

۲ - مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد.

۳ - اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است: اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل. اجاره مصدیان حمل و نقل اشخاصی یا مال التجاره اعم از راه خشکی یا آب یا هوا.

۴ - قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

۵ - دستورالعمل اجرایی عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار.

۶ - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980.

حاضر با توجه به این مهم در خصوص مفهوم این قرارداد، استقلال یا عدم استقلال، که میان استصناع و عقود مشابه آن جداسازی شده و بررسی وضعیت فعلی آن در قوانین کنونی و لزوم معین بودن قواعد خاصه این قرارداد بررسی به عمل آمده است؛ البته تحلیل حقوقی مباحث و مواد قانونی، بی توجه به مبانی فقهی مذاهب خمسه نبوده است.

۱- مفهوم و ماهیت عقد استصناع

کلمه استصناع (بر وزن استفعال که دلالت بر طلب شیء می کند) از کلمه صنع (ساختن) و به معنای سفارش یا طلب ساخت است (مصطفی، ۱۹۸۹، ج ۱، ۵۲۵). از این رو، در اصطلاح حقوقدانان از آن به عنوان قرارداد سفارش ساخت نیز یاد می شود. فرد سازنده را صانع و کالای ساخته شده را مصنوع و محل عمل و صناعت را مصنع می گویند. سازنده به موجب این قرارداد متعهد می شود شیء معینی را بسازد. باید توجه داشت که در استصناع هم عین (ماده یا کالای موضوع ساخت) و هم عمل به سازنده تعلق دارد؛ چرا که اگر عین به سفارش دهنده تعلق داشته باشد، آن چه منعقد می شود به اجاره شباهت دارد و نه استصناع. تمایز مفهومی این واژه را می توان با توجه به ویژگی های منحصر به فرد استصناع بهتر تشخیص داد. قرارداد سفارش ساخت دارای سه ویژگی اصلی است که سبب تمایز آن از عقود مشابه است: کالای موضوع عقد هنگام انعقاد قرارداد موجود نیست و در آتیه ساخته و تحویل می شود. تهیه قسمت غالب مواد اولیه و لوازم کار بر عهده سازنده است. غالباً بخشی از ثمن در آغاز کار و مابقی به تناسب پیشرفت کار یا پس از خاتمه کار پرداخت می شود (سلطانی، ۱۳۹۶، ۲۲۵).

درک این مفهوم در گذری بر تاریخچه فقهی آن بهتر قابل درک است. در مذهب حنفی باب مستقلی به این عقد اختصاص داده اند (ابن عابدین، ۱۹۹۵، ج ۵، ۳۵۲). در حالی که مذاهب عمده فقهی دیگر آن را در ضمن سایر ابواب فقهی بررسی کرده اند. مالک بن انس عقد مذکور را ضمن بحث «بیع سلم» طرح می کند (ابن انس، ۱۴۱۱ ه. ق، ج ۴، ۱۸-۱۹). شافعیه نیز در ضمن کتاب سلم از این بحث یاد می کند (الشافعی، ۱۴۰۳ ه. ق، ج ۳، ۱۳۳). دیگر مذاهب اهل تسنن یعنی حنبلیه نیز ضمن ابواب سلم (بهوتی حنبلی، ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۳، ۱۹۰) و شرکت (ابن قدامه، ۲۰۱۰، ج ۵، ۱۱۱) آن را گنجانده است. مذهب امامیه نیز همچون عمده مذاهب اهل تسنن آن را در ضمن باب «سلم» مطرح کرده است (طوسی، ۱۴۱۱ ه. ق، ۲۱۵). همان طور که ملاحظه می شود به غیر از مذهب حنفیه مذاهب اربعه دیگر از آن مستقلاً بحث نکرده اند و در میان مذاهب اسلامی تنها مذهب حنفیه استصناع را از طریق استحسان و سایر ادله، عقدی مستقل و صحیح می داند در حالی که اکثر مذاهب یا آن را باطل و یا بیع سلم شمرده اند، یعنی عقد مستقلی نمی دانند. امامیه و شافعی نیز قائل به بطلان چنین عقدی بوده اند (طوسی، ۱۴۱۱ ه. ق، ج ۳، ۲۱۵).

شاید همین عدم استقلال و اختلافات فقها در مباحث عقود موجب شده است که قوانین مدون جدید عربی از اصطلاح استصناع رویگردان باشند و از همان آثار تحت عنوان مستقل «مقاله» بحث به میان آورند (اسطنبولی، ۲۰۱۶، ۲۶). کافی است نگاهی به ماده ۶۴۶ قانون مدنی مصر، ماده ۶۱۲ قانون مدنی سوریه، ماده ۶۴۵ قانون مدنی لیبی، ماده ۸۶۴ قانون مدنی عراق، ماده ۶۲۴ قانون اسباب التزامات و عقود لبنان، ماده ۸۲۸ قانون

عقود و تعهدات تونس و ماده ۵۴۹ قانون مدنی الجزایر بیافکنیم تا حقانیت ادعای فوق احراز شود (سنهوری، ۲۰۰۹، ج ۷، ۶).

۱-۱- عقد یا وعده بودن استصناع

مالکی، شافعی، حنفی (به غیر از زفر بن الهذیل) استصناع را عقد می‌دانند، زیرا برای متعاقدين مسئولیت ایجاد می‌کند، پس قطعاً مواعده نیست. در مقابل عده‌ای دیگر همچون حاکم شهید، صفار، محمد بن سلمه و سمرقندی (اسطنبولی، ۲۰۱۶، ۷۴) آن را مواعده می‌دانند و نه عقد.

از عمده فقها امامیه در خصوص استصناع بحثی ملاحظه نمی‌شود (سیفی زیناب و حسن زاده، ۱۳۸۸، ۱۶۳). کما آن که شیخ طوسی در الخلاف با تردید در عقد بودن آن چنین می‌گوید: «اگر هم عقد صحیحی باشد به دلیل آن که در این موارد مبیع با معاينه معلوم نمی‌گردد و کماکان مجهول می‌ماند چنین معامله‌ای باید منع گردد.»^۷ ایشان در جای دیگر نیز استصناع کفش، نعل و ظروف آلات را جایز نمی‌شمارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ۱۹۴). اما فقهانی که آن را عقد می‌دانند در نوع آن اختلاف کرده‌اند، برخی آن را عقدی مستقل می‌دانند و برخی نیز نظر دیگری دارند. شافعی، حنبلی، مالکی و حنفیه در صورتی که اجل درج شود آن را بیع سلم می‌دانند یعنی عقد مستقلی نیست. بلکه همان احکام بیع سلم را دارا می‌باشد (شافعی، ۱۴۰۳، ج ۳، ۱۳۳-۱۳۴) و (بھوتی حنبلی، ۱۴۱۸، ج ۳، ۱۹۰).^۸ اما برخی حنفیون آن را گاه اجاره‌ای می‌دانند که در نهایت عقد بیع می‌باشد و گاه صرفاً اجاره و گاه نیز ماهیت دوگانه دارد، یعنی هم بیع است و هم اجاره. اما عمده علمای حنفی آن را عقدی مستقل می‌دانند و چنین استدلال می‌کنند که این عقد آثار متمایزی از دیگر عقود دارد (اسطنبولی، ۲۰۱۶، ۷۶). برای مثال سرخسی بعد از نقل قول حاکم شهید در خصوص مواعده بودن استصناع، با ابراز مخالفت، نظر صحیح را با استدلال به قیاس و استحسان، عقد مستقل می‌داند و آن را از عقود مشابه جدا می‌سازد (سرخسی، ۱۹۸۶، ج ۱۲، ۱۳۹).

۱-۲- مقایسه استصناع با بیع

گرچه بیع با استصناع تشابه زیادی دارد، هر دو عقدی لازمند، شروط صحت معامله در هر دو شرط است، اهلیت کامل برای عقد مغایه‌ای نیاز دارند و... اما از جهاتی با هم اختلاف دارند. الف- موضوع استصناع عمل و تملیک است، اما موضوع بیع صرفاً تملیک است و نه عمل. ب- مورد معامله در بیع باید صرفاً عین موجود باشد به خلاف استصناع که عمل همراه با عین است. در قرارداد استصناع غالباً کالای مورد نظر موجود نیست و قرار است بعداً ساخت، طراحی، بسته‌بندی و... شود؛ برای مثال موضوع استصناع می‌تواند بسته‌بندی میوه‌های موجود باشد. کالای مورد نظر میوه‌های بسته‌بندی شده است که در حین عقد موجود نیست و نباید آن را بیع عین موجود دانست (شاهرودی، ۱۳۷۸، ۳۴۵).

۷- همچنین ایشان می‌گویند که لزومی به تسلیم کالای ساخته شده نیست و در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند (طوسی، ۱۴۱۱، ج ۳، ۲۱۵).

۸- عمده دلایل سه مذهب مذکور عدم جواز بیع کالی به کالی است و به همین خاطر استصناع را بیع سلم می‌دانند به نحوی که شرط عمل و صانع در آن شده باشد (ابن حنبل، ۱۹۰۰، ج ۳، ۴۰۲).

در هر قرارداد استصناع، ظاهر آن است که حداقل یک تملیک رخ می‌دهد به همین خاطر نظر اغلب فقها نیز تفسیر این عقد به دو انشاء بیع و اجاره است؛ برای بررسی این نظر موضوع را به اعتبار انواع مبیع بررسی می‌کنیم:

الف- استصناع بیع عین معین است. با این توضیح که ابتدا مستصنع مصالح را از صانع می‌خرد و بعد صانع کالای مورد نظر را می‌سازد به عبارت دیگر ابتدا بیع عین معین و بعد اجاره رخ می‌دهد؛ رد این نظر جدای از غرض مستصنع که مالکیت عین مصنوع است و نه دو انشاء جداگانه که بعداً در خصوص استقلال یا عدم استقلال این عقد به عنوان بحثی در حوزه تفسیر قراردادها مطرح خواهد شد با این اشکال روبروست که این نظر تنها موردی را پوشش می‌دهد که مصالح اولاً موجود باشند و ثانیاً مقدار، جنس و وصف مبیع و ثمن برای مستصنع کاملاً مشخص باشد؛ برای مثال خیاطی دو متر از پارچه‌ای معین را ابتدا به مستصنع نشان می‌دهد در قبال ثمن معین و بعد اجرت عمل خود را اضافه می‌کند و مستصنع اجرت عین و عمل را می‌پردازد، اولاً در بسیاری موارد در عقد استصناع مصالح اولیه موجود نیست و صانع بعداً آن‌ها را تهیه می‌کند پس چگونه می‌توان قالبی جامع برای این آثار ارائه کرد در حالی که بسیاری از مصادیق آن را نادیده انگاشت. ثانیاً عقد استصناع با تناسب به موضوع و صانع و مهارت‌های وی با قید مباشرت است. همچون اجیر خاص در عقد اجاره اشخاص و بسیار دشوار است که بتوان مصالح مورد نیاز برای یک صنعت حرفه‌ای تماماً برآورده شده و در بسیاری از موارد صانع مقداری به مصالح اضافه یا کم می‌کند.

ب- استصناع بیع عین معین موجود است با این توضیح که مشتری صرفاً مال را می‌خرد. این نظر به طور کلی از موضوع توافق طرفین خارج است. چرا که مستصنع می‌خواهد صانع چنین کالایی را بسازد ولو مصالح کالا مدنظر به صورت معین در خارج موجود باشند اما قصد مستصنع کالا مدنظر است نه مصالح ابتدایی کالا.

ج- استصناع بیع کلی فی الذمه (به صورت سلم) است با این توضیح که مشتری در عقد بیع کالا به صورت کلی فی الذمه، مباشرت صانع در ساخت را قید می‌کند (الشافعی، ۱۴۰۳، ج ۳، ۱۳۳). اگر اراده طرفین بر بیع سلم باشد باید ثمن را نقداً بپردازند و اگر ثمن فوری پرداخت نگردد بیع سلم فاقد اثر است و آن چه رخ می‌دهد در واقع بیع کالی به کالی است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۳۱۸).

د- استصناع بیع عین معین آینده است حال یا در آینده مصداق آن مشخص می‌شود (کلی در معین) یا در آینده ساخته می‌شود. اشکال این نظر آن است که اگر اراده طرفین، کلی در معین باشد، عقد واقع شده بیع است و بحثی نیست؛ اما اگر بیع عین معینی است که در آینده ساخته می‌شود، عنصر ساخت در عقد بیع وجود ندارد مگر آن که ساخت، به صورت قید تعهد یا شرط باشد که کماکان اشکالات مذکور در تفسیر قرارداد را دارد.

۱-۳- مقایسه استصناع با بیع سلم

با وجود شباهت‌هایی که میان هر دو عقد هست و فقها متقدم مذاهب پنج‌گانه عمدتاً به دلیل همین شباهت‌ها استصناع را نوعی سلم می‌دانستند،^۹ من جمله: لازم، لازم الوفا بودن، وجود تملیک معدوم،^{۱۰} وجود شرایط صحت معامله در هر دو، لزوم قانونی بودن قرارداد با توجه به اجل^{۱۱} و مورد معامله، عدم انحلال عقد بعد از انعقاد برای اتمام وفای عهد در هر دو و ...؛ اما تفاوت‌هایی نیز دارند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود: الف- ثمن در بیع سلم حتماً باید نقد (بدون اجل) پرداخت شود؛^{۱۲} چه با پرداخت خارجی یا پرداخت در ذمه و اعتباری، در حالی که در استصناع عوض یا نقداً یا به طور موجل تا حین تسلیم کالا و یا با کیفیتی که طرفین نسبت به پیشرفت ساخت یا غیره تعیین می‌کنند پرداخت می‌شود (خلیل، بی تا، ۱۰). ب- مبیع در قرارداد سلم باید مثلی باشد به خلاف استصناع که مورد معامله می‌تواند مثلی یا قیمی باشد.^{۱۳} ج- اگر مقدار اجل در بیع سلم مشخص نباشد ملاک عرفی وجود یافتن کالا است اما در استصناع ملاک عرف مهارت سازنده، امکانات وی و ... می‌باشد.^{۱۴}

۱-۴- مقایسه استصناع با جعاله

غالب فقها استصناع و جعاله را عقد می‌دانند و در هر دو عقد عمل شرط است، مزیداً که در مورد اطلاق هر دو عقد، تعهد ایجاد شده به نتیجه است و نه به وسیله. اما بعضی از تفاوت‌های این دو عقد از قرار زیر است: الف- موضوع جعاله صرفاً عمل است اما موضوع استصناع عمل و عین است. ب- جعاله عقدی جایز و استصناع لازم است (ماده «۵۱۶»^{۱۵} قانون مدنی)، همچنین جعاله از عقود احتمالی است و در کامن لا به عنوان قرارداد یک‌جانبه^{۱۶} از آن یاد می‌شود در حالی که سفارش ساخت احتمالی نیست و نیز در کامن لا تحت عنوان عقود دوجانبه^{۱۷} یاد می‌شود. ج- استصناع عقدی مغایره‌ای است که علم تفصیلی به مورد معامله و عوض شرط صحت آن است، بر

۹- مالکی، شافعی، حنبلی و زفر از حنفیه، استصناع را بیع سلم می‌دانند.

۱۰- مراد معدوم حقیقی نیست بلکه به دلیل غلبه این رفتار در عرف بدان بیع معدوم یا تملیک معدوم می‌گویند؛ زیرا در غالب موارد موضوع در هر دو وجود ندارد.

۱۱- برای دفع شبهه ربوی بودن قرارداد، در صورتی که ثمن و مثن پول باشند و در برابر اجل از ثمن یا مثن کاسته شود.

۱۲- در این خصوص جمهور فقها هم نظرند، تنها مالکی‌ها تا سه روز تاخیر در پرداخت ثمن را اشکال نمی‌گیرند.

۱۳- البته اگر غرر در قیمی مرتفع نشود، کماکان اشکال شیخ طوسی مبنی بر بطلان استصناع برقرار است.

۱۴- ابوحنیفه لزوم اجل در استصناع را نپذیرفته؛ بدین استدلال که شرط اجل را مختص به دیون می‌داند و کالا در عقد استصناع را دین نمی‌داند چرا که متعاقدين قبل از عمل خیار دارند؛ طبق نظر ایشان در صورتی که اجل در استصناع ذکر شود دیگر بیع سلم است و نه استصناع (اسطنبولی، ۲۰۱۶، ۵۹).

۱۵- تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که به آن‌ها سپرده می‌شود همان است که برای امانت داران مقرر است بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آن‌ها داده می‌شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.

16- Unilateral Contract

17- Bilateral Contract

خلاف جعاله که نیازی به علم تفصیلی ندارد(مواد «۵۶۳»^{۱۸} و «۵۶۴»^{۱۹} قانون مدنی). د- عامل در جعاله ممکن است معین یا غیرمعین باشد در حالی که در استصناع سازنده معین است. و- در جعاله تعیین اجل شرط صحت نیست اما در استصناع عده‌ای تعیین اجل را شرط صحت قرارداد می‌دانند. ه- جعاله در خصوص رفع هر نیاز مشروع انسان است به خلاف استصناع که تنها در خصوص ساخت و صنعت موضوع پیدا می‌کند.

۱-۵- مقایسه استصناع با اجاره اشخاص

استصناع و اجاره اشخاص هر دو عقد لازم هستند و در هر دو عنصر منفعت عمل فرد، نقش دارد. اما بعضی از تفاوت‌های این دو عقد عبارت است از: الف- در اجاره، عین از مستاجر و عمل از اجیر است، اما در استصناع هر دو عین و عمل از سازنده هست. ب- در اجاره اجیر مسئول تلف یا نقص اموال مستاجر نیست مگر تقصیر کرده باشد؛ اما در استصناع چون ماده اولیه از سازنده است تلف و نقص و عیب از ملک خود اوست و به هر حال مسئول است.

۱-۶- مقایسه استصناع با مقاوله

در فقه اسلامی تعریف مشخصی از مقاوله به عمل نیامده، این به آن خاطر است که این اصطلاح در قرون گذشته چندان در معنای اصطلاحی امروزی به کار نمی‌رفته است. حال آن‌که در فقه از استصناع تعریف و بحث به عمل آمده است. از این رو، بعضی از فقهای متأخر با توسل به عقود شبیه به مقاوله همچون اجاره و استصناع، آن را تعریف کرده‌اند(شاشو، ۲۰۱۰، ۷۴۵).

سنهوری در کتاب خود مقاوله را چنین تعریف نموده است: «عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین عقد متعهد می‌شود که چیزی را بسازد و یا کاری را در قبال اجرتی که طرف دیگر متعهد آن می‌شود، انجام دهد.»(سنهوری، ۲۰۰۹، ج ۷، ۶). هم‌چنان که در تعریف ایشان مشاهده می‌شود تعریف مقاوله دو مصداق دارد یکی ساخت کالا و دیگری انجام عمل که لزوماً با ساخت ملازمه ندارد و ممکن است متمایز از ساخت باشد. اما در هر صورت این تعریف بی‌شک به اجاره شباهت دارد. ماده ۵۴۹ قانون مدنی الجزایر نیز تعریف مشابهی ارائه کرده است که: «عقدی است که به سبب آن یکی از متعاقدين در مقابل اجرتی که طرف دیگر عقد متعهد می‌شود، صنعت چیزی، یا انجام عملی را بر عهده می‌گیرد. اما تعریف قانون مدنی مصر متمایز از دو تعریف پیشین است. ماده ۶۴۶ قانون مدنی مصر هم تعهد به ساخت و یا انجام عمل را موضوع این عقد معرفی کرده است: «مقاوله عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین متعهد به ساخت چیزی و یا انجام عملی در برابر اجرتی که طرف دیگر عقد متعهد پرداخت آن می‌شود، می‌گردد.» مقاول می‌تواند تعهد خود را منوط به انجام تعهد صاحب عمل به تسلیم مواد اولیه کند(ماده ۶۴۷ قانون مدنی مصر). اگر صاحب عمل تعهد به دادن ماده اولیه کرده، مقاول باید در استفاده

۱۸- در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست بنابر این اگر کسی ملتزم شود که هر کس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود جعاله صحیح است.

۱۹- در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.

از آن تمام تلاش خود را بکند و اصول فنی را در استعمال ماده به کار ببرد. متعهد باید حسابی از اعمال خود در خصوص مواد اولیه به صاحب عمل بدهد و مابقی مواد را که استفاده نکرده به وی مسترد دارد. اگر قسمتی از مواد اولیه به سبب اهمال و یا عدم تخصص و مهارت وی قابلیت استفاده را از دست بدهد مقاول می بایستی قیمت این مقدار از مواد را به صاحب عمل مسترد دارد. همچنین مقاول باید به منظور انجام عمل از وسایل و لوازمی که در این راستا نیاز کار اوست با هزینه خود، بهره ببرد مگر آن که توافق شده باشد و یا عرف حرفه مقاول به نحو دیگری باشد (ماده ۶۴۹ (۱) و (۲) قانون مدنی مصر). و نیز در ماده ۶۶۶ قانون مذکور آمده است: «عقد مقاوله به موت مقاول منحل می شود در صورتی که مباشرت وی قید قرارداد بوده باشد، اما اگر مباشرت وی قید قرارداد نباشد با فوت وی عقد منحل نمی شود.»

در مقایسه استصناع و مقاوله می توان گفت که استصناع در منظر فقه، باید با مباشرت صانع (عامل) باشد به خلاف مقاوله که در قوانین مذکور چنین شرطی ملحوظ نیست. از سوی دیگر در تعاریف قانونی، مقاوله بی شک عقد است به خلاف استصناع در فقه، که در عقد یا مواعده بودن آن اختلاف است (اسطنبولی، ۲۰۱۶، ۲۹). مواد مذکور از قانون مدنی مصر که شامل احکام و قواعد خاصه این عقد است، به خوبی نشان می دهد که این عقد به چه نحوی جای استصناع را پر کرده و خود به نهادی شناخته شده و معین در قانون در آمده است.

استصناع و مقاوله (مقاطعہ کاری) گرچه هر دو از عقود لازم و معاوضی هستند اما تفاوت هایی با هم دارند: الف- مقاوله از حیث موضوع اعم از استصناع و اجاره است و بین دو عقد استصناع و مقاوله از این حیث رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است. اما اگر موضوع هر دو ساخت و ساز باشند از این حیث با هم تفاوتی ندارند. ب- در خصوص استصناع اختلاف زیاد است و عده ای آن را جایز می دانند و اما در خصوص مقاوله چنان نیست. البته گاه در فهم خواسته انشائی طرفین قرارداد اختلاف می شود. لذا باید عقد فی مابین طرفین، توسط مقام قضائی و یا اصحاب دعوی از ماهیت مسلم و یک نواختی برخوردار باشد که این نیازمند تفسیر یا شناخت ماهیت قرارداد است.

۲- نحوه تفسیر قرارداد

در تفسیر قرارداد باید به آثار بیع و اجاره و نیز اصلی یا فرعی بودن این آثار توجه کرد. غالباً طرفین قرارداد در اسناد قراردادی، بخشی را به توصیف رابطه حقوقی خود اختصاص می دهند. در این بخش یا به صراحت عنوانی را بر رابطه حقوقی خود ذکر می کنند مانند بیع یا اجاره و یا صرفاً به بیان آثار قرارداد مذکور می پردازند. آن چه در دیده عرف غیرمتخصص سخت جلوه می کند تشخیص عنوان بر آثار دلخواه خود می باشد. به هر حال طرفین می توانند عنوانی بر قرارداد نهند و صرفاً آثار دلخواه آن را ذکر کنند اما در هر دو صورت دادرس مکلف است عنوان عقد را با توجه به ماهیت و آثاری که عقد مذکور دارد کشف کند و به ظاهر فریبنده عنوان یک قرارداد بسنده نکند (ماده «۲۲۴»^{۲۰} قانون مدنی) توجه به آثار یک عقد و تفسیر نوع رابطه حقوقی روشی است که قانونگذار

در تعریف بسیاری از عقود به کار گرفته، برای مثال بیع را به تملیک عین به عوض معلوم یا جعاله را تعهدی جایز قلمداد نموده است (مواد «۳۳۸»، «۴۶۶»^{۲۱}، «۵۶۱»^{۲۲}، «۵۶۵»^{۲۳}، «۶۴۸»^{۲۴} و «۷۵۲»^{۲۵} قانون مدنی).

۱-۲- عقد متضمن دو اثر تملیک و اجاره

گاهی ممکن است شناخت عنوان مناسب برای رابطه حقوقی طرفین دشوار گردد یکی از دلایل این امر وجود دو یا چند اثر در یک قرارداد است. حقوقدانان به این گونه عقود که متضمن دو یا چند اثر عقود معین است عقود مختلط می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ۹۷). به هر حال این که عقد مرکب یا مختلط، مستقل است یا مستقل نیست بلکه متشکل از دو سبب جداگانه مثلاً بیع و اجاره است باید در مقام تفسیر قرارداد و شناخت اراده انشائی طرفین بررسی گردد. در زیر با روش استقرائی برخی صور قراردادی که ممکن است متضمن اثر بیع و اجاره باشند، بررسی می‌شود.

۱-۲-۱- یکی از آثار فرعی باشد

فرض کنیم، شخص «الف» سفارش ساخت یک دست کت و شلوار را به خیاط بدهد. قرارداد منعقد شده تحت چه عنوانی قرار می‌گیرد؟ بیع، اجاره، جعاله، صلح یا عقدی مستقل تابع قواعد عمومی قراردادها؟ اگر هر کدام از ساخت یا تملیک به صورت «شرط» در ضمن عقد درج شود، مجالی برای بررسی دو عقد نیست، چرا که در این قرارداد یک تعهد اصلی وجود دارد و تعهدات دیگر به صورت فرعی درج شده است. برای مثال اگر تعهد خیاط به تملیک باشد، اما عمل وی به صورت شرط فعل در قرارداد درج گردد و قید تعهد اصلی نباشد، قرارداد مقصود طرفین بیع است و نه اجاره. در این فرض اصلاً با عقد مختلط مواجه نیستیم.

۱-۲-۲- دو اثر همبستگی نداشته باشند (قرارداد غیرمستقل)

هرگاه در قراردادی دو عمل قید شده باشد، اما در قبال هر عمل مقدار مشخصی عوض قرار گرفته باشد، در این صورت اگر بتوان مشخص نمود که طرفین چند انشاء را در کنار هم آورده‌اند، باید قائل به «تفکیک قراردادها» شد. اگرچه در ظاهر یک عوض در مقابل کل قرار گرفته باشد و یک قرارداد واحد به نظر برسد (مثلاً بیع یا اجاره). برای مثال «الف» با شرکتی که نیازمند برخی اطلاعات نرم‌افزاری است قراردادی منعقد می‌کند تا به موجب آن «ب» اطلاعات ساخت نرم افزار را روی دیسک بریزد و سپس دیسک را به «الف» بفروشد. حال «ب» اطلاعات را

۲۱- اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود. اجاره دهنده را موجرو اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستاجر گویند.

۲۲- جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از این که طرف معین باشد یا غیرمعین.

۲۳- جعاله تعهدی است جائز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

۲۴- قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعدر رد مثل قیمت یوم‌الرد را بدهد.

۲۵- صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

روی دیسک می‌ریزد و در اختیار شرکت «الف» قرار می‌دهد، اما دیسک را تملیک نمی‌کند (به دلیل جلوگیری از تکثیر و کپی اثر وی). در قرارداد مذکور هزینه‌های تفکیک شده (مثلاً اجرت اجیر صد تومان و اجرت انتقال به دیسک صد تومان است و عوض تملیک سیصد تومان) گرچه نهایتاً دویست و یا پانصد تومان پرداخت شده، اما بین دو پیمان همبستگی ظاهری ایجاد نمی‌شود، تا آن را قراردادی مستقل بخوانیم. در واقع آن چه واقع شده چند انشاء است که در کنار هم قرار گرفته و وفا به هر قسمت از تعهد صحیح و تسلیم آن بخش، تسلیم صحیح است. ماهیت این گونه قراردادها عقد مختلط نیست و صرفاً دو انشاء برای دو عقد معین (بیع و اجاره) کنار یکدیگر قرار گرفته است. شایان توجه است که در خصوص عقود مختلط، اگر دلیل یا اماره‌ای بر تفکیک عقد مختلط باشد، بایستی عقد را با توجه بدان تفسیر نمود. برای مثال، بررسی وضعیت طرفین حین معامله و یا دو قیمت در قرارداد احتساب شده و بعداً جمع زده شده باشد و یا ممکن است اماراتی قضائی در زمینه تفسیر رابطه حقوقی موجود باشند.

۳-۲-۱- همبستگی آثار و اراده یک عقد از تمام آثار (قرارداد مستقل)

اگر ساخت و تملیک هر دو تعهد اصلی باشند به طور مثال فردی نزد خیاطی ماهر می‌رود و می‌خواهد که او کت و شلواری را برایش بدوزد، در این مثال قصد مشتری هم عمل خیاط و هم دارا شدن محصول و نتیجه عمل خیاط (کت و شلوار) است. در میان دو عمل یک همبستگی ظاهری وجود دارد که سبب می‌شود عقد به عنوان «عقد واحد» تفسیر شود، پس اگر کشف اراده متعاقبین که طی پذیرش اصالت اراده باطنی در حقوق ایران^{۲۶} اهمیت تئوری و عملی دارد میسر نشد، باید به سراغ داوری عرف در همین راستا (کشف اراده متعاقبین) رفت (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ۲۲۰-۲۳۳). این فرض یک عقد مختلط از اثر دو عقد معین (بیع و اجاره) است. چرا که هر دو تعهد به صورت شرط در قرارداد ذکر نشده‌اند و تجزیه اراده طرفین با آن چه اراده کرده‌اند مخالف است. به علاوه آن که گاهی تجزیه به دو عقد و سرایت احکام دو عقد معین به هر قسمت منجر به بطلان بیع یا اجاره است. برای مثال، فرض کنیم مسافری به مسافرخانه می‌رود و در قبال اجاره یک اتاق برای دو روز و تملک روزانه یک وعده ناهار و شام (نامعلوم) و ثمن نامعلوم و در مقابل حفاظت از وسایل او (اثر عقد ودیعه) سیصد تومان می‌دهد. در این صورت با تفسیر قرارداد به بیع و اجاره و اجرای احکام خاصه بیع نسبت به آن عقد، بیع باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۳).

۳- معیارهای چهارگانه تفسیر قرارداد

حقوقدانان برای جلوگیری از ایجاد قالب‌های جدید و احکام ناآشنا در این فرض، که می‌تواند منجر به صدها عقد غیرمعین شود، چند معیار عرفی ذکر کرده‌اند و از این طریق راه را برای تشخیص احکام و آثار خاصه عقد مذکور با تشخیص نوع عقد میسر ساخته‌اند. در ذیل برخی معیارهای تشخیص عقد ذکر می‌شود:

۲۶- مواد ۱۹۱ (عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.) و ۳۳۹ (پس از توافق باع و مشتری در بیع و قیمت آن عقد به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.) قانون مدنی.

الف- مادی (اقتصادی): ارزش هر کدام از عمل یا مصالح (اموال) که بیشتر باشد به تبع آن رابطه حقوقی مذکور به اجاره یا بیع تفسیر می‌شود و افراد این قراردادها را به بیع (در صورت غلبه ارزش اموال) یا اجاره (در صورت غلبه ارزش عمل) تفسیر می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۲۴).^{۲۷} گویی طرفین تنها مقصودشان بیع بوده (اگر ارزش اموال غالب باشد) و اجاره در نظر عرف هدف اصلی عقد نمی‌باشد و عرف کل این پیمان را به صورت بیع می‌بیند نه اجاره. ب- غائی: این معیار در قانون متحدالشکل فروش بین‌المللی اشیاء منقول پذیرفته شده و مراد آن است که چه اموال منقول مادی نیاز به ساخت داشته باشند یا نداشته باشند (مانند میوه جات و...) قرارداد بیع است و هدف نهائی فرد صنعتگر در این گونه موارد بیع است و نه اجاره (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۲۴). این معیار قوت معیار قبلی را ندارد چرا که عرف چگونه می‌تواند هدف صنعتگر را بدون توجه به ارزش مال یا عمل کشف کند و بدین خاطر به نظر می‌رسد این معیار نتیجه پذیرش معیار اول است. ج- ابتکار و طرح: اگر طرح با سازنده کالا باشد بیع است و اگر با سفارش دهنده باشد قرارداد اجاره اشخاص است. این معیار نیز چندان عمومی ندارد و در جائی که طرح و ابتکار از جانب هر دو طرف باشد کارآیی ندارد.^{۲۸} د- نظریه تفکیک: دادرس نباید هیچ یک از دو عقد بیع و اجاره را در مرحله تفسیر قرارداد نادیده بگیرد و طبیعت یکی را در تفسیر قرارداد به حساب نیاورد، بلکه آن چه واقع شده است ابتدا اجاره است و پس از آن بیع محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۵/۱). این نظریه موجب محدودیت اراده طرفین است و سابقاً بدان پرداخته شد که طرفین کل قالب را مورد توافق قرار می‌دهند و دو عقد را انشاء نمی‌کنند جز در مواردی که ظهور قرارداد در جداسازی انشاءها باشد.

چهار معیار برای رهائی از ایجاد قالب‌های جدید در اینجا ذکر شد. اما همان طور که روشن است چنین معیارهایی از حیث منطقی و مطابقت با عالم تکوین معتبر نیستند^{۲۹} و این گونه تفسیر قرارداد در حوزه فقه اسلامی یا با دلیل یا ظن معتبر ممکن است، که البته دلیلی وجود ندارد و اما ظن معتبری که شاید بشود بدان تمسک نمود «اماره غلبه»

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۲۷- ریشه این نظر در عقاید پوتیه است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۲۴).

۲۸- نظر شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه در اول اوت ۱۹۵۰ (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ۲۵).

۲۹- غلبه وقتی از حیث منطقی دارای ارزش است که جامعه آماری به طور تام استقراء شود و یا حداقل در جامعه محدود باشد؛ مثلاً کل افراد یکصد نفر باشند و در خصوص نودونه نفر حکم واحدی (مثلاً صنعتگری که ارزش کارش بیشتر است اجاره را قصد می‌کند نه بیع) حاکم باشد. می‌توان چنین استدلال کرد که امر به دلیل زیاد واقع شدن دیگر اتفاقی نیست در حالی که ادعای وجود غلبه در موارد گفته شده صرفاً ادعاست؛ «لو کان حصول هذا الاثر اتفاقاً لا لعله موجه لما حصل دائماً» (مظفر، ۱۹۸۲، ۲۸۳).

است^{۳۰} که آن هم با مشکلاتی مواجه است؛ به همین خاطر مکانیزم دو حوزه حقوق و فقه در این زمینه کاملاً مجزاست.^{۳۱}

در فرضی که هیچ کدام از معیارهای عنوان شده کاربرد نداشته باشد قرارداد را باید چگونه تفسیر کرد؟ فرض کنید «الف» به «ب» سفارش ساخت ماشین یا آپارتمانی را می‌دهد. معماری و طراحی و عمل وی به همان اندازه ارزش اقتصادی دارد که محصل و نتیجه ارزش دارد. حال در این خصوص چه باید کرد؟ آیا عقد کماکان واحد و معین است یا متعدد است؟ و همبستگی ظاهری بین عمل و تملیک مال وجود ندارد یا عقد واحد است؟ از نوع غیرمعین و تابع قواعد عمومی قراردادها است؟ یا واحد و از نوع معین تحت عنوان عقد استصناع است؟ برای پاسخ به این سوالات باید به نکات زیر توجه کرد: الف- فرضی مورد بررسی است که هیچ‌یک از معیارهای ارائه شده راهی پیش نمی‌برد، چون هیچ غلبه‌ای (مادی، غائی و طرح و ابتکار) وجود ندارد. ب- اگر بین تعهدات اصلی ناشی از عقد، همبستگی ظاهری باشد (مانند مثال مذکور) تفسیر آن به دو عقد و تجزیه مقصود طرفین به دلایلی که پیشتر بیان شد صحیح نیست. ج- عقد واحد به دلیل نکته اول، صرفاً بیع یا اجاره نیست. د- عقد واحد یا قالبی است که هر دو اثر را در خود دارد و در قانون احکام خاصه آن ذکر شده است، مانند: عقد حواله که عقدی معین است و دو اثر انتقال طلب و انتقال دین را دارا است و یا احکام خاصه آن در قانون ذکر نشده و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است. و- عقدی معین با دو اثر مذکور در قانون مدنی نداریم پس عقدی که با آن مواجه شدیم عقدی مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی و لازم است.^{۳۳} ه- تفسیر عقد استصناع به اجاره اشخاص، بیع سلم و جعاله با معایب پیشتر گفته شده مواجه است.

۴- شمول یا عدم شمول کنوانسیون وین بر استصناع و مقاوله

بند اول ماده ۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر می‌دارد: «قراردادهای ناظر به تهیه کالائی که باید ساخته یا تولید شود بیع محسوب می‌شود مگر آن که سفارش دهنده فراهم آوردن قسمت عمده مواد لازم جهت تولید یا ساخت کالا را بر عهده داشته باشد.» بند ۲ ماده مذکور در واقع معیاری برای بند اول است که: «قراردادهائی که در

۳۰- مفاد قاعده «الظن یلحق الشی بالاعم الاغلب لا القلیل المغلوب» اصولیین متقدم تازمان مرحوم شیخ انصاری معمولاً به این قاعده تمسک می‌کردند؛ اما گروهی از متاخران، من جمله مرحوم مظفر برای قاعده مذکور اعتباری قابل نیستند و صرفاً آن را موجب استحسان عقلی می‌دانند (مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، ۱۳۸۹، ج ۱، ۶۱۹).

۳۱- اما با چشم‌پوشی از این مطالب و دیدگاه‌های واقع‌بینانه و منطبق با تکوین نباید در موضوع علوم خلط کرد؛ هدف حقوق نیل به عدالت است، این هدف را در بعضی موارد با تطابق معیارها و قواعد خود با عالم وجود تضمین می‌کند و گاهی با قدم‌گذاری در عالم اعتباری صرف. از این حیث مشکلی وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۱).

۳۲- لزوم عقد برخلاف استدلال شیخ طوسی است که می‌گوید اصل بر عدم لزوم تسلیم مال است (اجماع) و عقد اگر صحیح باشد جایز است (طوسی، ۱۴۱۱، ج ۳، ۲۱۵) و (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ۱۹۴) و (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ۳۲۴). به طور خلاصه عمده دلایل فقهای شیعه که معتقد به بطلان عقد استصناع بوده‌اند، عبارت است از: شک در صحت عقد و جریان اصل اولی فساد. عدم امکان مشخص نمودن عین در زمان انعقاد عقد و غرری بودن معامله. عدم امکان استحسان (با توجه به نیاز بشر به این عقد) و قیاس در فقه.

آن‌ها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد، مشمول مقررات این کنوانسیون نخواهند بود.^{۳۳} با توجه به این معیار تنها بعضی از مصادیق عقد مقابله مشمول کنوانسیون نیست، به خلاف استصناع. در واقع اگر مواد اولیه کالا را سفارش دهنده تهیه کند و به دست سازنده بدهد، آن چه در دید عرف عمده تعهد به شمار می‌رود عمل سازنده است و تملیک دیگر جنبه فرعی دارد. معیار مذکور در بند دو عبارت است از آن که: قسمت اعظم تعهد^{۳۴} در خصوص ارائه خدمت باشد. بنابراین، میزان و مقدار تهیه مواد اولیه می‌تواند در خصوص حکومت یا عدم حکومت کنوانسیون بر قراردادی نقش تعیین کننده داشته باشد. عده‌ای از مفسران کنوانسیون با توجه به عبارت بند دوم،^{۳۵} معیار «قسمت عمده» را کمی (اقتصادی) تلقی کرده‌اند و نه کیفی (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷، ۶). در مقابل برخی دیگر با توجه به عبارت بند اول^{۳۶} معتقدند که معیار حاصل از این عبارت کیفی است و نه کمی و حجم مواد اهمیتی ندارد بلکه ارزش آن ملاک است. حتی در صورتی که سفارش دهنده پانزده درصد ماده اولیه را تهیه کند اما همان مقدار اگر توسط قاضی اساسی تلقی گردد، قرارداد مشمول کنوانسیون نخواهد بود. اما اگر تهیه کالا یا ماده خام صورت نگیرد بلکه صرفاً سفارش دهنده خدمات فنی ارزشمند یا دانش فنی که ارزش عمده در رابطه با قیمت نهائی مواد داشته را فراهم آورد، قرارداد مشمول کنوانسیون است (هانولد، ۱۳۹۴، ۸۲). شلختریوم^{۳۷} پیشنهاد می‌کند که قانون داخلی در خصوص وحدت یا تعدد قراردادهای متضمن ارائه کالا و خدمات تصمیم‌گیری کند و اگر رابطه حقوقی را دو قرارداد بدانیم جنبه خدماتی قرارداد در حکومت قانون داخلی است، اما در مقابل یکی دیگر از مفسران این دیدگاه را نادرست می‌داند و در تشخیص تفکیک بین قراردادهای مرکب به دو قرارداد، حاکمیت قانون داخلی را با خصوصیت بین‌المللی و هدف یکنواخت‌سازی کنوانسیون در تعارض می‌داند (هانولد، ۱۳۹۴، ۸۴).

به نظر می‌رسد با توجه به خصیصه بین‌المللی کنوانسیون که در بند اول ماده ۷ و تعیین تکلیف ماده ۳ ولو به صورت مجمل، باید از تفسیرهای داخلی که صرفاً با هدف کنوانسیون در تعارض هستند دست کشید و تفسیر قراردادهای را تا حد امکان از سلطه کنوانسیون خارج ندانست. به هر حال کنوانسیون بیع بین‌المللی شامل قراردادهای اجاره اشخاص (که موضوع آن‌ها خرید و فروش کالا نیست بلکه ارائه خدمات است) و مقابله (در صورتی که مواد خام و کالای اولیه از آن سفارش دهنده باشد) نمی‌شود. اما منعی برای عدم حاکمیت کنوانسیون بر قراردادهای استصناع یا سفارش ساخت (که عین و عمل هر دو از جانب سازنده هست) وجود ندارد. مگر آن که قسمت اعظم تعهدات ناظر به ارائه نیروی کار یا عمل سازنده باشد، برای مثال اگر ارزش عمل سازنده به دلیلی چون مهارت وی بسیار بیشتر از ارزش کالای ساخته شده بدون در نظر گرفتن مباشرت سازنده باشد، در این موارد نیز کنوانسیون

33- Preponderant part of the obligations

34- Part preponderant

35- Substantial part

36- Schlechtriem

شامل چنین قراردادی نمی‌شود و سابقاً توضیح داده شد که قرار داد منعقد در صورت اطلاق وضعیت، اجاره است و نه استصناع.

نتیجه

سابقاً بحث گردید که در قوانین مدنی کشورهای الجزایر، مصر، سوریه، لیبی، عراق، قانون الزامات و عقود لبنان و قانون عقود و تعهدات تونس در ذیل موادی عقد مقاوله (مقاطععه کاری) تعریف شده و در تعریف آن به احکام خاصه آن (ولو تعداد اندکی از احکام) اشاره شده است. قانون مدنی مصر در ابتدا سه عقد اجاره اشیاء، اجاره اشخاص و مقاوله (اجاره صنعتگران) را ذیل عنوان اجاره می‌آورد و این امر به دلیل تأثیر این قانون از حقوق رم بود که همواره موضوع اجاره را یا کالا و یا عمل افراد می‌دانستند. اما در قانون مدنی جدید دیگر عقد اجاره اشیاء ذیل باب (عقود وارد بر انتفاع از اشیاء) آمد و دو عقد مقاوله و اجاره اشخاص در باب خاصی تحت عنوان (عقود وارد بر عمل) درج گردید. گرچه استصناع شباهت زیادی با عقد اجاره اشخاص و بیع سلم دارد اما به دلیل تفاوت‌های آن و آن که دیگر در عرف معاملات عقدی مستقل به شمار می‌رود، توجه قانونگذاران کشورهای عربی را به خود جلب کرد و با عنوان جدیدی که یادآور اختلاف‌های فقهی نبود، مصادیق آن را در زمره عقود معین مندرج ساختند و بحث در خصوص آن را پایان دادند. در قوانین ایران به خلاف قوانین جدید کشورهای عربی عبارت مقاوله در معنای پیشتر ذکر شده، به کار نمی‌رود، لیکن در بعضی قوانین شبیه تعریف مقاوله در خصوص مقاطعه کاری آمده است (ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی و مستغلات و حق تمبر مصوب ۱۳۳۵). ولی این قرارداد نیز از حیث موضوع و تشریفاتی که دارد جای خالی استصناع را نمی‌تواند پر کند و ظاهراً مقنن با وجود بیانی که در خصوص مقاوله در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصول هفتاد و هفتم^{۳۷} و یکصد و بیست و پنجم^{۳۸}) داشته و همچنین عرف رایج علمی که در میان فقها و حقوقدانان ایرانی موجود است و مقاوله را به معنای قول و وعده دو طرفه می‌خوانند، قصد استفاده از عبارت فقهی و قدیمی استصناع که نشانگر دریائی از اختلافات فقهی است را دارد (ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹) و (ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار).^{۳۹} موید این سخن ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ است که عبارت «عقود اسلامی استصناع، مباحه و خرید دین» را به کار برده است. اما مفهوم حقیقی و فقهی استصناع که در ماده مذکور آمد نه در قانون مدنی و نه سایر قوانین، چندان به چشم نمی‌خورد. ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار، به

۳۷- عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

۳۸- امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقتنامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی او است.

۳۹- همچنین عبارت اوراق استصناع در مصوبه شورای عالی بورس و اوراق بهادار در خصوص تعریف اوراق اختیار معامله، اوراق استصناع و اوراق رهنی.

نظر مفهوم حقیقی عقد استصناع را ذکر کرده و استصناع را هم در اموال منقول و هم غیر منقول در خصوص ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) جاری دانسته، اما با صرف یک تعریف جامع نمی‌توان بدان باور شد که احکام خاصه‌ای برای آن لحاظ شده و بنابراین عقدی معین است. در دستورالعمل مذکور بیشتر احکام شکلی به چشم می‌خورد که با توجه به وضعیت سفارش گیرنده ساخت، درج گردیده است. در دستورالعمل، طرفین این قرارداد صرفاً شامل بانک و مستصنع است و در همین راستا قواعدی تکمیلی و یا آمره شکلی، که خارج از ماهیت عقد استصناع است ذکر شده، مثلاً ماده ۸ در خصوص لزوم اخذ درصدی از مبلغ اموال در حین انعقاد قرارداد استصناع اول توسط مشتری به بانک، ماده ۱۲ در خصوص لزوم اخذ وثیقه از مشتری در حین انعقاد عقد استصناع اول، ماده ۲۸ در خصوص لزوم اخذ وثیقه در عقد استصناع دوم و یا تبصره یک ماده ۲۰ مبنی بر لزوم پرداخت نکردن تمام مبلغ اموال مدنظر در ابتدای قرارداد استصناع دوم، ماده ۱۸ در خصوص مدت اجرای عقد استصناع دوم که حداکثر چهار سال و قابل تمدید اعلام شده؛ همچنین مواد ۵ و ۳۰ همگی نشان از آن دارد که این دستورالعمل احکام خاصه عقد استصناع را متذکر نشده و صرفاً در راستای تسهیل و تبیین روابط حقوقی بانک با مشتریان و بانک با شرکت سازنده قواعدی عمدتاً شکلی را بیان داشته است و نمی‌تواند حاکم بر تمامی قراردادهای استصناع شود.

پیشنهاد این مقاله آن است که با توجه به: الف- عدم شمول این گونه قراردادها که غالباً صنعتگران و افراد ماهر عهده‌دار ساخت و تولید موضوع آن می‌شوند، تحت پوشش اطلاق ماده «۴۶۷»^{۴۰} قانون مدنی در خصوص مورد اجاره (انسان) قرار گیرند، با توجه به ظاهر عقد که چنین شبهه‌ای را قرن‌ها ایجاد کرده است و همچنین لزوم تکمیل قواعد مربوط به روابط حقوقی صنعتگران حقیقی و حقوقی با متعاملان خود من جمله نوع مسئولیت، نحوه جلوگیری از سوءاستفاده‌های ایشان در قراردادهای بزرگ ساخت و تولید بدون ارجاع به قواعد کلاسیک که بسیاری از آن‌ها توان جبران تمام خسارت، حمایت از خسارت دیده و بار اثبات وجود ضرر را نیز ندارند. ب- نیاز به تفکیک میان آثار بیع و اجاره از این گونه قراردادها به دلیل عدم شمول این گونه قراردادها تحت پوشش اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی در خصوص بیع که بسیار به استصناع نزدیک است. ج- سردرگمی ایجاد شده در خصوص مفهوم فقهی استصناع که در ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ به آن اشاره شد در حالی که اقدام به استفاده از این نهاد، به صورت معین، در خصوص روابط حقوقی بانک‌ها با مشتریان شد.

زیبنده است، احکام عقد استصناع با توجه به نظرات سهل‌گیرانه و مطابق با عرف کنونی، در قانون مدنی بیان گردد تا از تحیر طرفین این قرارداد جلوگیری به عمل آید و ایشان را با حقوق و تکالیف خود آشنا سازد. ماده‌ای که پیشنهاد می‌شود می‌تواند چنین باشد: «استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین متعهد به ساخت، تولید، تبدیل و یا تغییر اموال منقول و غیر منقول مادی و غیر مادی با مشخصات مورد تقاضا به طرف دیگر می‌شود، که می‌تواند اشخاص حقوقی یا حقیقی باشند.» اگرچه ایجاد تعهدات مصرح و مستقل در

۴۰- مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد.

متن قوانین نیازمند زمینه‌سازی برای این مهم می‌باشد؛ اما لزوم بازنگری راجع به عقود مستقل در محتوای قوانین موضوعه کاملاً محسوس است.

منابع

فارسی

- سیفی زیناب، غلامعلی و حسن زاده، منصوره، ۱۳۸۸، استصناع در فقه حقوق ایران، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۱۴۲.
- سلطانی، محمد، ۱۳۹۶، **حقوق بازار سرمایه**، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سمت.
- شاهرودی، سید محمود، ۱۳۷۸، استصناع، **مجله فقه اهل بیت**، شماره ۱۹ و ۲۰.
- صفایی، حسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر، ۱۳۹۷، **حقوق بیع بین‌المللی**، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، عقود معین، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، **الزام‌های خارج از قرارداد**، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، **فرهنگ نامه اصول فقه**، جلد ۱، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

- هانولد، جان. او، ۱۳۹۴، **حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد**، ترجمه همایون مافی، نارک امیرخان، محمد کاظم تقدیر، مادح جمشیدی و سیدعقیل حسینی مدقق، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.

عربی

- ابن انس، مالک، ۱۴۱۱ ه.ق، **المدونه الكبرى**، جلد ۴، دارالفکر، بیروت.
- ابن حنبل، احمد، ۱۹۰۰، **مسند الامام احمد بن حنبل و بهامشه منتخب کنز العمال فی سنن الاقوال والافعال**، جلد ۳، دار صادر، بیروت.
- ابن عابدین، محمد امین، ۱۹۹۵، **رد المختار علی الدر المختار (حاشیه ابن عابدین) و بلیه قره عیون الأخیار و تقریرات الرافعی**، جلد ۵، عالم الکتب.
- ابن قدامه، عبدالله، ۲۰۱۰، **المغنی**، جلد ۵، دار عالم الکتب الرياض، ریاض.
- اسطنبولی، محی‌الدین، ۲۰۱۶، **عقد الاستصناع و اهميته فی الاستثمار دراسه مقارنه بین الشریعه و القانون**، رساله دکتری، جامعه الجزائر.
- الشافعی، محمد ابن ادريس، ۱۴۰۳ ه.ق، **کتاب الأم**، جلد ۳، دارالفکر، بیروت.
- انصاری، محمدعلی، ۱۴۱۸ ه.ق، **الموسوعه الفقهيہ الميسره**، جلد ۲، مجمع الفكر الاسلامی، قم.
- بهوتی حنبلی، منصور بن یوسف، ۱۴۱۸ ه.ق، **کشاف القناع**، جلد ۳، دارالکتب العلمیه، الطبعة ۱، بیروت.
- خلیل، حسام‌الدین، بی تا، **عقد الاستصناع کاحد البدائل الشرعيه للاوعيه الادخاريه البنکيه**، مرکز القرضای للوسطية الاسلاميه و التجديد، انتشارات کليه الدراسات الاسلاميه.
- سرخسی، شمس‌الدین، ۱۹۸۶، **المبسوط**، جلد ۱۲، دارالمعرفه، بیروت.

- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۲۰۰۹، **الوسیط فی شرح القانون المدني**، جلد ۷، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- شاشو، ابراهیم، ۲۰۱۰، **عقد المفاوضة فی الفقه الاسلامی**، رساله دکتری، جامعه دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۱۱ ه.ق، **الخلافا**، جلد ۳، موسسه نشر اسلامي، الطبعة ۳، قم.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، **المبسوط**، جلد ۱۲، المكتبة المرتضوية، تهران.
- مصطفی، ابراهیم؛ الزیات، احمد حسن؛ عبدالقادر، حامد؛ علی النجار، محمد، ۱۹۸۹، **المعجم الوسيط**، دارالدعوة، استنبول.
- مظفر، محمدرضا، ۱۹۸۲، **المنطق**، دارالتعارف للمطبوعات.

قوانین

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷
- قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی و مستغلات و حق تمبر مصوب ۱۳۳۵
- قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹
- دستور العمل اجرایی عقد استصناع مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار
- قانون مدنی مصر مصوب ۱۹۴۹
- قانون مدنی الجزایر
- قانون مدنی سوریه
- قانون مدنی لیبی
- قانون مدنی عراق
- قانون الزامات و عقود لبنان
- قانون عقود و تعهدات تونس

لاتین

- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG),1980

