



## قراردادهای سفارش ساخت در حقوق ایران با تأکید بر پروژه‌های شهری کلان‌شهرها با نگاهی

### به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران  
استادیار گروه حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

مهدی یزدان‌پناه<sup>۱</sup>  
محمدحسین بیاتی

نوع مقاله: پژوهشی

پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۰۵

دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۲

**چکیده:** تعاملات تجاری فی‌مابین کشورها در قرن حاضر با سرعت غیرقابل پیش‌بینی در جریان است که در بسیاری از مواقع تنظیم مقررات حقوقی حاکم بر آنها با کندی انجام می‌شود. با توجه به اینکه منابع حقوقی کشورمان برگرفته از منابع فقهی و تا حدودی موضوعات روز حقوقی جهان امروز می‌باشد جملگی باعث شده که در درون این منابع جست‌وجوی موضوعاتی را هدف قرار دهیم که با به‌روزرسانی و تبیین آنها بتوانیم به نیازهای جامعه اسلامی کشورمان در لزوم جذب نقدینگی و رشد روزافزون تعاملات تجاری پاسخ درخور شانی را ارائه دهیم. بنابراین یکی از مهمترین این موضوعات معرفی و تبیین عقد استصناع می‌باشد، عقدی که معنای درخواست ساخت یا سفارش ساخت شی یا چیزی را بیان می‌کند. این مقاله با روش کتابخانه‌ای، درصدد پاسخگویی به این پرسش است که آیا عقد استصناع در مقایسه تطبیقی با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، روشی جدید برای تسهیل مبادلات بین‌المللی ایران با دیگر کشورها لحاظ می‌شود یا خیر؟ یافته‌ها نشان دادند با توجه به اینکه عقد استصناع یکی از فروعات عقد بیع می‌باشد این عقد می‌تواند با توجه به نظر برخی از فقها و حقوقدانان که آن را بر ماده ده قانون مدنی مرتب می‌دانند می‌توان این عقد را زمینه‌ساز تعامل بیشتر فی‌مابین و متقابل علی‌الخصوص در زمینه پرداخت ثمن و تسلیم معوض را فراهم آورد.

**واژگان کلیدی:** عقد استصناع، ثمن، عقد بیع، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

## ۱- مقدمه

رشد سریع شهرنشینی و ایجاد مناطق حاشیه‌ای و مشکل بازسازی بافت‌های فرسوده شهری به عنوان بزرگترین مشکلات متولیان مسائل شهری در دو دهه اخیر در شهرهای مختلف بوده است. در کنار نیاز به بسیج عمومی برای حل این مشکلات نیاز به احداث پروژه‌های شهری از طریق سرمایه‌گذاری وجود دارد. در همین راستا طرح‌ها و پروژه‌هایی در ابعاد ملی تعریف شده و اجرای این پروژه‌ها، یکی از بزرگترین دغدغه‌های مسئولین می‌باشد. با توجه به محدودیت سرمایه‌گذاری دولت و توجه به خصوصی‌سازی، نیاز به استفاده از راه‌هایی به منظور تأمین منابع لازم برای این طرح‌ها را دو چندان کرده است که اولاً مبتنی بر شرع و قوانین جمهوری اسلامی باشد، ثانیاً متکی بر سرمایه‌های خرد مردمی باشد و در نهایت با مشارکت حداکثری مردم و مالکان به انجام برسد (قائم‌نیک، ۱۳۹۲). از سوی دیگر، بسیاری از عقده‌های که در گذشته بین افراد به صورت شخصی منعقد می‌شد، امروزه در سطح نهادها و مؤسسات کوچک و بزرگ یا به صورت گسترده‌تر در سطح جامعه با همه گستردگی‌اش صورت می‌پذیرد. یکی از قراردادهایی که امروزه بسیار کاربرد دارد قرارداد استصناع یا سفارش ساخت است؛ به گونه‌ای که این قرارداد را می‌توان در زمره قراردادهای بسیار بااهمیت در عرصه اقتصادی امروزه قرار داد و بسیاری از پروژه‌ها و طرح‌های کلان شهرها را در چارچوب این قرارداد احداث کرد (کميجانی و نظرپور، ۱۳۸۷). امروزه بسیاری از شرکت‌ها و مؤسسات، کالاهایی را تقاضا می‌کنند که نه تنها هم اکنون موجود نیست بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی‌های موردنظر طراحی و ساخته شود. در این موارد شرکت سازنده اگر سفارش ساخت نداشته باشد، تن به ساخت این کالا نمی‌دهد؛ زیرا چه بسا در فروش یا حتی در تأمین مالی برای خرید مواد اولیه مورد نیاز برای ساخت آن نیز دچار مشکل شود. تأمین مالی این قراردادها در قالب عقد استصناع به سهولت قابل انعقاد است (غلامی جمکرانی، ۱۳۹۷). عقد استصناع از جمله

عقودی است که امروزه دارای کاربرد فراوانی است؛ به خصوص اینکه پس از اعلام مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی مبنی بر لزوم الطرفین بودن آن در کشورهای اسلامی به دلیل ماهیت و ویژگی‌های خاص خودش، گسترش ویژه‌ای یافته است (تقی‌زاده، ۱۳۹۵).

در قرن حاضر معاملات و تبادلات تجاری نیازمند نگرش و تنظیم قرارداد مکتوب و انتخاب قانون حاکم بر آن است. در این میان کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) نیاز مبرم جامعه بین‌المللی می‌باشد. با توجه به اینکه این کنوانسیون دربردارنده قوانین مورد نیاز معاملات بین‌المللی می‌باشد با این حال برای برخی از کشورهای مسلمان از جمله ایران که با موضوعات تحریم‌های بین‌المللی و آمریکا در حوزه بحران هسته‌ای مواجه است در تأمین مالی پروژه‌های عمومی یا حتی سفارش ساخت کالاهای مورد نیاز صنایع خویش با کمبود نقدینگی مواجه است؛ بنابراین تأمین ارز مورد نیاز برای پیشبرد پروژه‌های کشور از یک سو و از سوی دیگر وارد نشدن در تله معاملات نامشروع برای تأمین منابع مالی مورد نیاز و همچنین حفظ چارچوب‌های قواعد فقهی باعث شده در این پژوهش به تبیین عقد استصناع در خصوص حوزه تأدیه ثمن در حقوق ایران، فقه امامیه و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پرداخته شود. پاسخ به این پرسش است که معرفی و تبیین عقد استصناع در حال حاضر توسط فقها و حقوقدانان به طور خاص چه بخشی از مشکلات کنونی مبادلات تجاری داخلی و در سطح بین‌المللی ما را حل خواهد کرد. در واقع، آیا عقد استصناع در مقایسه تطبیقی با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، روشی جدید برای تسهیل مبادلات بین‌المللی ایران با دیگر کشورها لحاظ می‌شود یا خیر؟ در این راستا

سؤالات اصلی و فرعی تحقیق عبارتند از:

سؤال اصلی: آیا عقد استصناع و ریشه‌های

حقوقی آن منطبق با حقوق ایران است؟

## سؤالات فرعی:

- ۱- موضوعات مختلف عقد استصناع و بیع از دید فقها، شباهت‌ها و تفاوت‌ها چگونه است؟
- ۲- بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در عرصه تجارت جهانی چگونه است؟
- ۳- نگاه به عقد استصناع در ایران و دیگر کشورها چگونه است؟

## ۲- پیشینه تحقیق

معلمی (۱۳۹۳) مطالعه‌ای با عنوان «ارزیابی استفاده از صکوک استصناع برای تأمین مالی پروژه‌های شهری به همراه رتبه‌بندی مدل‌های موجود صکوک استصناع با استفاده از تکنیک تحلیل سلسله‌مراتبی» انجام داد. در این پژوهش انواع مدل‌های عملیاتی اوراق صکوک استصناع بررسی شد. با تحلیل محتوا و بررسی ویژگی‌های اوراق استصناع ضمن معرفی مدل ترکیبی صکوک استصناع و اجاره با اختیار خرید برای بانی، مطابقت کاربردی این اوراق را با انواع ویژگی‌های پروژه‌های شهری مانند خروجی پروژه، اندازه پروژه، گردش وجوه پروژه و ... بررسی شد. نتایج نشان داد اوراق صکوک استصناع می‌تواند برای تأمین مالی پروژه‌های فاقد سوددهی نیز به کار رود. در ادامه به تعیین شاخص‌های تأثیرگذار بر انتخاب مدل عملیاتی صکوک استصناع پرداخته و با بهره‌گیری از نظرات خبرگان و تحلیل سلسله‌مراتبی، این مدل‌ها رتبه‌بندی و تحلیل حساسیت رتبه‌بندی نیز با توجه به دیدگاه‌های بانی و دیدگاه‌های سرمایه‌گذار انجام گردید. در پایان با توجه به اینکه پروژه‌های شهری در بخش دولتی و شبه‌دولتی (شهرداری) اجرا می‌شوند و دیدگاه‌های سرمایه‌گذار نسبت به دیدگاه‌های بانی دارای ارجحیت بیشتری است، مدل صکوک استصناع و اجاره با اختیار فروش برای سرمایه‌گذار، برای تأمین مالی پروژه‌های شهری پیشنهاد گردید.

موسویان (۱۳۸۶) مقاله‌ای با عنوان «اوراق‌بهادار استصناع؛ مکمل بازار سرمایه ایران» انجام داد. در این مقاله به تبیین اوراق بهادار که براساس قرارداد استصناع

طراحی شده است می‌پردازد. در این ابزار وزارتخانه‌ها، شهرداری‌ها، شرکت‌های دولتی و خصوصی که درصدد احداث یا توسعه پروژه خاصی هستند و اعتبار مالی لازم را ندارند، طبق قرارداد استصناع، پروژه را به سازنده یا پیمانکار سفارش می‌دهند و در مقابل متعهد می‌شوند. بهای پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص به سازنده بپردازند. در این روش سفارش‌دهنده به جای پرداخت پول، متناسب با پیشرفت پروژه، اوراق بهادار استصناع می‌پردازد. سازنده می‌تواند در سررسید، وجه اسمی اوراق را دریافت کند یا قبل از سررسید، اسناد را در بازار ثانوی بفروشد. اوراق استصناع از نوع ابزارهای مالی انتفاعی با نرخ بازدهی معین محسوب می‌شود و انتظار این است که از سوی افراد ریسک‌گریز و متعارف مورد استقبال قرار گیرد. این ابزار افزون بر توسعه سرمایه‌گذاری، وسیله مناسبی برای سیاست مالی و پولی نیز محسوب می‌شود و برای بازار سرمایه ایران که با کمبود ابزارهای مالی متنوعی مواجه است مکمل خوبی است.

کمیجانی و نظریور (۱۳۸۷) در مقاله‌ای به بررسی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا پرداختند. نتایج نشان دادند که بانک‌ها می‌توانند برخی از خلأهای موجود در تخصیص منابع را با به‌کارگیری عقد استصناع به گونه‌ای مناسب‌تر پر کنند و با اطمینان می‌توان گفت استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی ایران به طور کامل علمی و مقدمه‌های نظری و اجرایی به کارگیری آن فراهم است.

موسویان و بازوکار (۱۳۹۲) مطالعه‌ای درخصوص احکام و آثار فقهی- حقوقی عقد استصناع با روش کتابخانه‌ای انجام دادند. در این تحقیق ابتدا به بیان و بررسی احکام و آثار عقد استصناع در فقه و حقوق اهل سنت پرداخته، سپس این مسئله را براساس دیدگاهی که استصناع را قراردادی مستقل از سایر عقود معین دانسته و در ذیل عقود غیرمعین قابل تعریف می‌داند، از نقطه‌نظر حقوق ایران که مبتنی بر فقه امامیه است، تحلیل شده است. نتایج نشان دادند با توجه به تفاوت دیدگاه امامیه و

مقررات شرایط عمومی پیمان و قانونپیش فروش ساختمان تنظیم سند رسمی را الزامی می‌داند. طرفین قرارداد می‌توانند افراد حقیقی یا نمایندگانی از نهاده، مؤسسات، شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی و غیراقتصادی باشند.

- کالا یا طرح در زمان انعقاد قرارداد معدوم است و مقصود از قرارداد، ساخت و ایجاد آن است.

- استصناع در مورد کالاهایی جریان می‌یابد که ساخته می‌شود و در کالاهای طبیعی نظیر میوه و ... جریان نیم‌یابد. فروش این کالاها در قالب سلم می‌تواند محقق شود. گرچه بسته‌بندی و فرآوری این کالاها را می‌توان در قالب عقد استصناع قرار داد.

- مبلغ قرارداد که مطابق ماده ۳۳۹ قانون مدنی باید معلوم و معین باشد ولی لازم نیست همه یا بخشی از آن در مجلس عقد پرداخت شود بلکه می‌توان با توافق طرفین قرارداد بخشی به صورت بیعانه قبل از شروع کار و باقیمانده به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان‌بندی خاص یا به طور کل به صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار پرداخت شود.

- مواد اولیه و سایر تجهیزاتی که برای ساخت کالا با همه خصوصیات و ویژگی‌های مورد نظر لازم است توسط سفارش‌گیرنده، تدارک دیده سود و مبلغی که سفارش‌دهنده می‌پردازد؛ شامل همه کالاها و خدماتی می‌شود که برای تحویل نهایی کالا یا طرح مورد قرارداد لازم است تدارک دیده شود (نظریور و محمدی، ۱۳۹۰). سه نکته در قرارداد استصناع وجود دارد که آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند (آیتی و آل‌بویه، ۱۳۸۹):

- در این قرارداد به طور معمول کالای مورد نظر موجود نیست.

- نوعاً تهیه مواد اولیه و لوازم کار برعهده سازنده است.

- به طور معمول زمان انعقاد قرارداد، بخشی از ثمن به عنوان پیش‌پرداخت می‌شود و بخش دیگری به

اهل سنت به ماهیت این قرارداد و دلیل اعتبار آن، از حیث احکام و آثار نیز شاهد اختلافاتی در این زمینه هستیم.

منصوری (۱۳۹۰) در مقاله‌ای به بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران پرداخت. نتایج نشان دادند چنانچه عقد استصناع را منطبق بر یکی از عقود معین چون بیع یا اجاره یا جعاله و حتی ترکیبی از بیع و اجاره یا بیع و وکالت بدانیم باید احکام آن عقد نیز بر آن مترتب باشد، در غیر این صورت، مستقل بودن قرارداد استصناع را می‌توان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادهای و بنای عقلا توجیه کرد.

### ۳- مبانی نظری

استصناع عقدی است با سازنده بر ساختن شی معینی که در ذمه اوست و عقدی است بر خریدن آنچه سازنده در آینده خواهد ساخت که عین و عمل از آن سازنده است (عبدی و همکاران، ۱۳۹۴). به عبارت دیگر استصناع، قرارداد سفارش ساخت بین دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه‌ای با ویژگی‌های خاص در آینده است که سفارش‌گیرنده در ازای گرفتن بهای آن در زمان توافق شده که بخشی از بها به صورت نقد و بخشی از آن به صورت اقساط و به تناسب پیشرفت فیزیکی کار باشد، متعهد می‌شود مواد اولیه و کالاهای مورد نیاز پروژه را خود تهیه و در زمان مشخص، کالا یا پروژه مورد نظر را به سفارش‌دهنده تحویل دهد. عین و عمل بر ذمه سفارش‌گیرنده مستقر می‌شود (الهام و عباسی، ۱۳۹۹).

نکات زیر در تعریف استصناع قابل توجه است:

- استصناع از آنجا که قرارداد (عقد) است، لازم است دو طرف داشته باشد که شرایط عمومی قراردادها را دارا بوده و با توجه به اینکه مطابق حقوق ما، اصل در عقود رضایی بودن آن است نه تشریفاتی یا به عبارتی قصدی ایت و صرفاً انشاء سازنده عقد است، علی‌القاعده این قرارداد نیز باید مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی با هر چیزی که دلالت بر قصد این قرارداد نماید؛ محقق شود. مگر اینکه قانون خلاف آن را مقرر نماید، همانطور که

صورت دفعی یا تدریجی تا زمان تحویل کالا پرداخت می‌شود.

انواع عقد استصناع عبارتند از:

عقد مستقیم: وزارتخانه‌ها و سازمان‌هایی که خواهان اجرای طرح‌ها در سطح ملی یا منطقه‌ای هستند، اما اعتبار برای اجرای این طرح‌ها در زمان حاضر ندارند و همچنین بانک‌های تجاری، تخصصی و مؤسسات پولی و اعتباری که تمایل به اجرای پروژه‌های گوناگون دارند می‌توانند با شخصیت‌های حقیقی و حقوقی به عنوان پیمانکار برای سفارش ساخت طرح، قرارداد استصناع ببندند.

عقد غیرمستقیم: در این حالت طرح‌های بزرگ به طرح‌های کوچک‌تر تبدیل می‌شود و پیمانکار جزء که نمی‌تواند با وزارتخانه یا بانک‌های تجاری عقد قرارداد داشته و توان فروش سهام و جذب سرمایه را در بازار ثانویه ندارد، می‌تواند بخشی از مبلغ را به صورت اوراق به بانک داده و در این صورت بانک خود به عنوان پیمانکار تلقی می‌گردد (قادی و ایزدی، ۱۳۹۶).

در قرارداد استصناع، دو نوع روش تأمین اعتبار وجود دارد. در روش معمولی، دولت با پرداخت نقدی وجه به سازنده طرح از محل بودجه عمومی کشور، تأمین اعتبار طرح را برعهده می‌گیرد. اما در روش دوم، دولت با انتشار صکوک استصناع به تأمین اعتبار طرح اقدام می‌کند. صکوک عبارت است از: داشتن حقوق در دارایی‌های مشخص که شامل درجه‌ای از مالکیت دارایی می‌باشد. صکوک استصناع یا اوراق استصناع، اوراق بهادار قابل نقل و انتقالی است که بر مبنای عقد استصناع و با میزان سود معین منتشر شده و دارنده آن در سررسیدهای معین می‌تواند سود خود را دریافت نماید (الماسی و امارتی موسوی، ۱۳۹۵).

مزیت قابل توجه در انتشار اوراق استصناع این است که دولت می‌تواند بخشی از طرح‌های خود را از طریق انتشار این اوراق تأمین مالی کند. طرح‌هایی که در صورت عدم انتشار این اوراق قادر به تأمین مالی آنها نیست، افزون

بر آن، با تأخیر در پرداخت وجوه مربوطه به آنها تا زمان سررسید، با منابع مالی محدودتری در طول زمان قادر خواهد بود حجم بیشتری از طرح‌ها را تأمین مالی کند و از این طریق به اعمال سیاست مالی بپردازد. همه اوراق استصناع را ضرورتاً وزارتخانه و مؤسسات دولتی انتشار نمی‌دهند. بخش خصوصی نیز با نیز با مجوز رسمی بانک مرکزی می‌تواند این اوراق را منتشر کند. در این صورت، سیاست مالی اصلاً تحقق نمی‌یابد. ظهور و گسترش اوراق استصناع در مجموعه اسناد و اوراق بهادار می‌تواند علاوه بر تأمین مالی طرح اعم از دولتی و خصوصی، بر رونق بازار بورس بیفزاید و زمینه‌های کارآمدی بیشتر آن را فراهم کند. بازار ثانویه پرونق موجب گسترش و کارایی مطلوب بازار اولیه شده و رغبت اشخاص حقیقی و حقوقی برای ورود به بازار بورس و سرمایه‌گذاری در آن بیشتر می‌شود (عیسوی و محمودی، ۱۳۹۴).

برای تحقق عقد استصناع در نظر گرفتن موارد زیر لازم است:

بنداول: طرفین قرارداد: در قرارداد استصناع، سفارش‌دهنده را مستصنع و سازنده را صانع می‌گویند. مستصنع و صانع باید شرایط عمومی طرفین قراردادهای مانند: بلوغ، عقل، رشد، قصد و اختیار را دارا باشند. در ماهیت فقهی عقد استصناع اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها آن را در قالب یکی از قراردادهای خاص می‌دانند و برخی آن را قرارداد مستقلی می‌پندارند. اگر قرارداد استصناع را یکی از قراردادهای خاص بدانیم افزون بر شرایط عمومی قراردادهای طرفین باید شرایط قرارداد خاص را نیز دارا باشند؛ برای مثال کسانی که قرارداد استصناع را نوعی بیع می‌دانند در این صورت طرفین معامله بر اساس ماده ۳۴۵ قانون مدنی باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در بیع یا ثمن را نیز داشته باشند (موسویان، ۱۳۸۶).

بند دوم: صیغه (ایجاب و قبول): قرارداد استصناع به‌عنوان عقدی صحیح مانند سایر قراردادهای نیاز به ابزار اراده و رضایت طرفین به انعقاد قرارداد دارد و البته

#### ۴- روش تحقیق

مهمترین مسئله در مورد توصیف حقوقی قراردادهای استصناع آن است که در هنگام قرارداد وقتی کالایی موجود نیست و یا ساخته نشده است چگونه می‌توان این قرارداد را تنظیم کرد و آیا می‌توان این قرارداد را بدون قرار دادن در یکی از عقود معین معتبر و صحیح دانست؟ پرسش اصلی این است که با توجه به اینکه یکی از شرایط مبیع موجود بودن آن در حین عقد است و مبیع در این قرارداد در حین عقد ساخته نشده است، قرارداد استصناع در قالب چه نوع عقدی قابل توجیه است؟ لذا این تحقیق، تطبیقی-کتابخانه‌ای است که در ردیف تحقیقات توصیفی-تحلیلی قرار می‌گیرد. در تحقیق تطبیقی، محقق درصد آن است که دو یا چند پدیده، اعم از کشور، سازمان، تئوری، اندیشه و ... را مورد مقایسه قرار دهد که در این پژوهش به این موضوع و مطالعه تطبیقی پرداخته شده است.

#### ۵- یافته‌های تحقیق

سؤال اول پژوهش) موضوعات مختلف عقد استصناع و بیع از دید فقها، شباهت‌ها و تفاوت‌ها چگونه است؟

برای پرداختن به این موضوع با توجه به ارکان عقد استصناع که در مبانی نظری به آن اشاره شد، عقد استصناع و بیع در موضوعاتی چون پیش‌فروش آپارتمان، خودرو و ... مورد بررسی قرار می‌گیرد.

برای پرداختن به این موضوع، ابتدا کاربرد عقد استصناع در امور صنعتی بررسی می‌شود:

واژه **B. T. O** مخفف واژه **Build-to-**

**order** می‌باشد و به معنای ساخت بر طبق سفارش می‌باشد و سیستمی می‌باشد که بر طبق آن سازندگان به جای تولید و عرضه انبوه اعیان و محصولات خویش، کالاهای و اعیانی را بر طبق خصوصیات و اوصاف مورد علاقه مشتریان می‌سازد و پس از ساخت به مشتریان تسلیم می‌نماید.

این ابزار اراده می‌تواند به صورت گفتاری، نوشتاری یا عملی (با دادن پیش‌پرداخت) منعقد گردد و هر لفظ و عملی که مقصود طرفین مبنی بر اراده آن‌ها برای انعقاد قرارداد را برساند کفایت می‌کند (نظرپور، ۱۳۸۷). به کالایی که سفارش ساخت آن داده می‌شود، موضوع قرارداد استصناع یا مصنوع می‌گویند. مصنوع باید علاوه بر جواز ساخت از جهت شرعی و قانونی، قابلیت ساخت و تحویل در موعد مقرر را داشته باشد (موسویان، ۱۳۸۶). هر نوع کالایی که نیاز به ساخته شدن و پدید آمدن به وسیله صنعتگر یا هنرمند یا سازنده داشته باشد؛ مانند کشتی، هواپیما، در و پنجره، کفش و ... می‌تواند موضوع عقد استصناع باشد. خصوصیات و صفات مورد استصناع باید هنگام سفارش به صورت کامل تعیین شود. مورد استصناع باید هنگام عقد موجود نباشد. بنابراین اگر صنعتگر فردی از مورد معامله را قبلاً ساخته و آماده داشته باشد معامله مذکور بیع معمولی است، همچنین مواد اولیه مورد استصناع باید توسط صانع تهیه شود و در صورتی که مواد اولیه توسط مستصنع تهیه گردد معامله مذکور اجاره اشخاص می‌باشد و صانع فقط نقش اجیر را خواهد داشت.

مبلغی که در قبال ساخت و تحویل کالا یا پروژه پرداخت می‌شود را عوض استصناع می‌گویند. عوض در قرارداد استصناع مانند سایر قراردادها به طور معمول پول رایج است اگرچه می‌تواند کالا یا خدمت نیز باشد. اگر قرارداد استصناع را یکی از انواع قراردادهای خاص شناخته شده بدانیم، عوضین علاوه بر شرایط عمومی، باید شرایط عوضین آن قرارداد خاص را نیز داشته باشند؛ برای مثال اگر استصناع را از مصادیق بیع سلم بدانیم به اعتقاد مشهور فقها باید کل عوض در مجلس عقد پرداخته شود اما اگر استصناع را قرارداد مستقلی بدانیم عوض استصناع می‌تواند به صورت نقد، نسیه و یا ترکیبی از نقد و نسیه باشد، به این معنی که بخشی از آن به صورت پیش‌پرداخت و بخش دیگر طبق زمان بندی معین یا بر اساس پیشرفت تولید کالا پرداخت شود (موسویان، ۱۳۸۶).

صادر کرد. برخی از این قراردادها را باید در قالب عقد بیع اعم از بیع کلی فی‌الذمه یا بیع عین معین دانست و برخی را در چارچوب و ذیل ماده ۷۱ قانون مدنی ارزیابی و بررسی نمود. به طور مثال در قرارداد پیش‌فروش خودرو از سوی شرکت‌های خودروساز، خودرو یا مبیع مورد نظر در زمان انعقاد قرارداد موجود نیست و بنابراین نمی‌توان به دلیل آنکه کالا درخواستی در انبار نیست آن را مشمول ماده ۹۶۷ قانون مدنی دانست. قرارداد پیش‌فروش اموال منقول همچون قراردادهای خرید اتومبیل را جزء احکام و شرایط عقد بیع دانسته و بدین ترتیب آثار و احکام عقد بیع را در مورد آن جاری کرد. برخی حقوقدانان بر این نظر هستند که در قراردادهای آپارتمان‌های ساخته نشده، فروشنده مالک هسته اولیه مبیع (یعنی زمین آپارتمان) می‌باشد و لذا بیع به واسطه آن مالکیت یا سلطه به صورت معدوم ممکن‌الوجود صورت می‌گیرد و بنابراین امکان ایجاد و ساخته شدن آن قطعی خواهد بود. در چنین معاملاتی خریدار با انعقاد قرارداد به میزان مترائاً توافق شده، بر زمینی که آپارتمان ساخته خواهد شد، به اندازه آن مترائاً قدرالسهم داشته و مالکیت خواهد داشت. پس می‌توان اظهار داشت در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان که محل ساخت آپارتمان، قسمتی از زمین و بیع مورد اشاره است، عرفاً و عقلاً و با رعایت ضوابط و مقررات موضوعی، در توان فروشنده یا متعهد بوده و لذا این قرارداد معتبر و صحیح خواهد بود (پیرهادی، ۱۳۸۵). قرارداد پیش‌فروش به دلیل شباهت‌هایی که با عقد سلم دارد همواره با این عقد مطرح شده است با این وجود این قرارداد پیش‌فروش متمایز از بیع سلف است به طوری که نمی‌توان قراردادهایی که امروزه تحت عنوان پیش‌فروش رایج می‌باشد را همان بیع سلف دانست؛ زیرا در قراردادهای پیش‌فروش امروزی شرایط خاصی همچون لزوم قبض ثمن در مجلس مراعات نمی‌شود حال اینکه می‌دانیم که عدم رعایت شرط فوق و بسیاری از شروط دیگر، موجب بطلان این عقد می‌باشد. برخی از نویسندگان معتقدند بیع سلف از عقود معین می‌باشد لیکن

به‌کارگیری صحیح سیستم **B. T. O** علاوه بر جلب رضایت مشتریان، موجب کاهش هزینه‌ها می‌گردد. سازندگان با استفاده از این سیستم به‌جای تولید انبوه مصنوعات، اعیان و مصنوعات موردعلاقه سفارش‌دهندگان را می‌سازند و این امر به‌نوبه خود منجر به صرفه‌جویی می‌گردد. استفاده از این سیستم علاوه بر همکاری نزدیک میان مصرف‌کننده و تولیدکننده، منجر به حذف دلان و واسطه‌ها و حق‌العمل کاران می‌گردد. به‌کارگیری روش **B. T. O** در واقع نوعی هدفمند کردن ساخت اعیان و کالاها می‌باشد؛ زیرا برنامه‌ریزی برای ساخت بر طبق سیستم **B.T.O** علاوه بر کاهش موجودی انبار منجر به افزایش درآمد فروشندگان می‌گردد. (دفتر بررسی‌های اقتصادی ایران خودرو، ۱۳۸۲).

این روش چالش‌هایی نیز دارد. در واقع، به‌کارگیری و استفاده از روش **B. T. O** مستلزم تغییرات اساسی در طراحی، ساخت، توزیع و بازاریابی است که این امر علاوه بر صرف زمان طولانی، هزینه‌های سنگینی را برای سازندگان و تولیدکنندگان به همراه دارد. در بسیاری از موارد مشتریان ترجیح می‌دهند به‌جای دریافت اعیان سفارشی خود اعیان که در بازار موجود است را تهیه کنند. این امر ممکن است دلایل متعددی داشته باشد؛ از جمله نداشتن وقت و زمان مناسب برای سفارش یا عدم‌اهلیت به سفارش ساخت بر طبق دستور. به‌کارگیری سیستم **B. T. O** موجب می‌شود سازنده بر اساس سفارش و تقاضای مشتری اقدام به ساخت نماید در صورتی است که اگر تقاضای مشتریان به هر دلیل کاهش یابد سازنده با مشکل مواجه می‌گردد؛ زیرا وی در این حالت سود و نفعی را تحصیل نمی‌کند. درحالی‌که هزینه‌های جاری سازنده از قبیل حقوق کارگران، بهای مصالح و مواد اولیه و مالیات‌ها را باید بپردازد.

حال به بررسی تمایز استصناع از دیگر عقود مشابه پیش‌فروش و واگذاری (**B.O.T**) می‌پردازیم. اساساً قراردادهای پیش‌فروش متنوع بوده به نحوی که نمی‌توان بر تمام این قراردادها یک حکم کلی را

قراردادهای پیش‌فروش مشمول ادله عام و خوب وفا همچون «افوا بالعقد» خواهد بود (باقری، ۱۳۸۵).

آنچه در اینجا قابل بحث است این است که اگر در قراردادی، مورد معامله کالاها و اعیان صنعتی باشد و این کالاها و اعیان در زمان انعقاد عقد ساخته نشده باشند و یکی از طرفین قرارداد با دریافت بهایی از طرف مقابل شرط کند که مورد معامله در مدت زمانی مشخص پس از معامله بسازد تسلیم نماید آیا این قرارداد پیش‌فروش است یا سفارش ساخت؟ پیش از پاسخ دادن به این پرسش باید گفت که هر دو قرارداد لازم هستند و هر دوی آنها الزامی به پرداخت ثمن در مجلس عقد وجود ندارد ولی آنچه به نظر می‌رسد این است که قرارداد پیش‌فروش تا حدی عام‌تر از قرارداد سفارش ساخت است؛ زیرا قرارداد پیش‌فروش محصولات کشاورزی و تره‌بار را دربرمی‌گیرد ولی سفارشات ساخت دربرگیرنده مصنوعات صنعتی است. از طرفی در قرارداد پیش‌فروش، فروشنده عین و کالایی را که اوصاف مشخص و معینی دارد را پیش‌فروش می‌کند ولی در قرارداد سفارش ساخت سفارش‌دهنده اوصافی را در نظر می‌گیرد و از سازنده می‌خواهد که کالا یا عین مورد سفارش بر طبق این اوصاف بسازد. بنابراین در پیش‌فروش اساساً مشتری اوصافی را سفارش نمی‌دهد و فقط عین یا کالایی که اوصاف معینی را دارد خریداری می‌کند ولی در قرارداد سفارش ساخت کالا طبق اوصاف سفارش‌دهنده ساخته می‌شود. قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان و پیش‌فروش خودرو از قراردادهایی هستند که امروزه بسیاری از مردم درگیر آنها هستند و یک موضوع مبتلا در جامع است به دلیل اهمیت این قراردادها در ادامه به آن پرداخته شده است. سؤالی که مطرح می‌شود آن است که:

آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان جزو عقد استصناع و بیع است؟

در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، موقعیت، ابعاد، مشخصات فنی و معماری ساختمان، مساحت کل عرصه و زیربنا و سایر مشخصات آپارتمان در نقشه

ساختمانی ذکر می‌گردد و فروشنده متعهد می‌شود، که آپارتمان را ظرف مدت معینی که قرارداد ذکر می‌گردد، ساخته و تحویل خریدار دهد. در حقیقت این نوع قراردادهای فروشنده مال موجودی را نمی‌فروشد، بلکه متعهد می‌شود تا در قبال آنچه از مشتری به صورت اقساط دریافت می‌دارد، ساختمانی را ساخته و در موعد معین به او تحویل دهد. باتوجه به اینکه قراردادهای پیش‌فروش ساختمان به علت نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز بشر شکل گرفته و توسعه چشم‌گیری یافته است، می‌توان آن را قرار داد جدیدی دانست که در فقه به صورت مستقل و جداگانه بحث نشده است، در برخی کتب فقهی به عقود مشابه آن اشاراتی گردیده است. چنان‌که فقها «بیع معدوم» را جایز نمی‌دانند اما فرض را استثناء می‌کنند و آن را «بیع معدوم به تبع موجود» است (مصطفوی و رحیمی، ۱۳۸۹).

در تعریف این قرارداد گفته شده است: «قرارداد پیش‌فروش آپارتمان قراردادی است که به موجب آن پیش‌فروشنده (سازنده) تعهد می‌نماید، آپارتمانی را مطابق نقشه ساختمانی و اوصاف قراردادی، ساخته و پس از تکمیل آن در موعد مقرر و در ازای مبلغ قراردادی به پیش‌خریدار (متقاضی) تحویل نماید».

در ماده اول قانون پیش‌فروش ساختمان نیز تعریفی از این قرارداد به عمل آمده است و در آن قرارداد پیش‌فروش را محدود به عقد معینی نکرده است. آنچه که بر ما معلوم است این است که در استصناع ذکر اجل شرط است و در صورت ذکر اجل، قرارداد از حالت استصناع خارج نخواهد شد به علاوه اینکه عقد استصناع یک قرار داد لازم است که هر دو طرف در آن خیار خواهند داشت دیگر آنکه آنچه مورد معامله و تعهد قرار می‌گیرد اوصاف آن کاملاً مشخص می‌شود و سازنده مکلف است آن را بر طبق اوصاف توافقی تحویل خریدار دهد. لذا برای آنچه تحت عنوان استصناع در قالب یک قرارداد قطعی میان سفارش‌دهنده و سازنده انجام می‌شود مبنی بر اینکه سازنده کالا را بسازد و پس از ساختن آن را به سفارش‌دهنده بفروشد می‌تواند مالک خوبی برای قرارداد



که همه مبلغ در زمان قرارداد پرداخت نمی‌شود بلکه با توجه به توافق طرفین به صورت اقساطی پرداخت می‌شود در ماده ۱۱ قانون پیش‌فروش آپارتمان آمده است (در پیش‌فروش ساختمان نحوه پرداخت اقساط بهای مورد قرارداد توافق طرفین خواهد بود و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند). در مورد عقد استصناع قائل به انتقال تدریجی مالکیت بودیم به دین گونه که خریدار نسبت به مبلغی که پرداخت می‌کند و قسمتی که توسط سازنده ساخته می‌شود مالک آن می‌گردد این مورد صراحتاً در مورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز بیان شده است در ماده ۳ قانون پیش‌فروش آپارتمان آمده است: پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی مالک پیش‌فروش شده می‌گردد.

با توجه با مطالب فوق، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد استصناع جای داد برخلاف نظر بعضی از مؤلفان حقوقی که قائل به چنین نظری نیستند با دقت در مطالب فوق ملاحظه می‌کنیم که ماهیت این عمل حقوقی تعهد به ساخت، تکمیل و انتقال مالکیت است و این مفاد دقیقاً همان ماهیت عقد استصناع است که به تفصیل بیان شد لذا به نظر می‌رسد باید به قانون‌گذار بخاطر عنوانی که برای این عمل حقوقی انتخاب کرده است خرده گرفت که در نام گذاری این عمل حقوقی از عنوان عرفی و بازاری آن تبعیت کرده است نه از ماهیت دقیق حقوقی آن، پس از تصویب این قانون، توسط قانون‌گذار، باید آن را نوعی به رسمیت شناختن عقد استصناع تلقی کرد. حال به این سؤال پاسخ می‌دهیم آیا پیش‌فروش خودرو جزو قرارداد استصناع و بیع است؟

در خصوص تشریح ماهیت حقوقی قراردادهای پیش‌فروش خودرو باید دید این عقد را در چه قالبی می‌توان قرارداد آیا مانند قرارداد پیش‌فروش ساختمان می‌توان آن را یک عقد استصناع قلمداد کرد و یا اینکه باید آن را در قالب عقد بیع قرار داد، در ادامه ابتدا قرارداد پیش‌فروش خودرو را در قالب عقد بیع بررسی می‌کنیم سپس به بررسی آن در قالب عقد استصناع می‌پردازیم. اگر

پیش‌فروش آپارتمان باشد؛ زیرا در قرارداد استصناع، اوصاف باید کاملاً معلوم و معین باشد این در حالی است که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز باید اوصاف ساختمان پیش‌فروش کاملاً مشخص و معین باشد. در قرارداد استصناع اجل در قرارداد ذکر می‌شود و در صورت ذکر اجل ماهیت این قرارداد تغییر پیدا نمی‌کند. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز مهلت ساخت و تحویل ساختمان به صورت مشخص و مضبوط در قرارداد ذکر می‌شود و اگر سازنده در مهلت مقرر آن را نسازد باید خسارت وارده بر مشتری را جبران نماید. این از مفاد ماده ۶ قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها به روشنی قابل دریافت است. در ماده ۶ آمده است: چنانچه پیش‌فروشنده در تاریخ مقرر در قرارداد واحد پیش‌فروش شده را تحویل پیش‌خریدار ندهد و یا به تعهد خودش عمل ننماید، مکلف است به شرح زیر جریمه تأخیر به خریدار بپردازد، اجرای مقررات این ماده مانع از اعمال خیارهای برای پیش‌خریدار نیست. بنابراین با توجه به اینکه عقد استصناع یک عقد لازم است فلذا چنانچه صانع یا مستصنع از ایفای تعهدات خود خودداری کنند الزام به اجرای آن می‌گردند و در صورت عدم امکان الزام قرارداد فسخ می‌شود در مورد قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز همین‌گونه است این را می‌توان به صراحت از ماده ۱۶ قانون پیش‌فروش آپارتمان فهمید در ماده ۱۶ آمده است (در صورت عدم پرداخت اقساط بهاء یا عوض قراردادی در مواعد مقرر پیش‌فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم‌کننده سند اعلام کند دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش‌خریدار اخطار نماید تا ظرف مدت یک ماه نسبت به اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش‌فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت). در عقد استصناع، به طور معمول در زمان انعقاد قرارداد کل ثمن پرداخت نمی‌شود بلکه بخشی از آن بصورت پیش‌پرداخت و بخشی دیگر بصورت دفعی یا تدریجی با توجه به توافق طرفین تا زمان تحویل کالا پرداخت می‌گردد. در مورد قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نیز به همین گونه است به این صورت

سؤال دوم پژوهش) بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در عرصه تجارت جهانی چگونه است؟ در پاسخ به این سؤال ابتدا بررسی می‌کنیم که قراردادهای بین‌المللی سفارش ساخت با نگاه بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا چگونه است؟ در عرصه حقوق بین‌الملل، تعهدات اجرایی مندرج در کنوانسیون بین‌المللی کالا یکی از مهمترین منابع حقوقی است که به وسیله کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد تدوین شده است. همانطور که گفته شد یکی از موفق‌ترین و پرکاربردترین کنوانسیون‌های بین‌المللی، کنوانسیون وین درباره بیع بین‌المللی کالا که محصول و نتیجه کار کمیسیون سازمان ملل درباره حقوق تجارت بین‌الملل می‌باشد. تاکنون نزدیک به ۱۱ کشور با پذیرش مفاد آن، الحاق آن را پذیرفته و اعلام نموده‌اند. کشورهای زیادی از جمله برخی کشورهای اسلامی همچون عراق و مصر نیز عضو CISG شده‌اند. کنوانسیون CISG را باید بر مبنای اصول کلی مورد قبول عام تفسیر نمود. تدوین‌کنندگان کنوانسیون تلاش نموده‌اند تا با ایجاد قواعد بین‌المللی متحدالشکل آن را جایگزین قواعد و حقوق داخلی نمایند. براساس کنوانسیون مذکور، دولت‌های طرف این کنوانسیون، با توجه به اهداف گسترده مندرج در قطعنامه‌های مصوب ششمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد برای ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌المللی، با در نظر گرفتن اینکه توسعه تجارت بین‌المللی بر اساس برابری و نفع متقابل عنصر مهمی در ارتقای مناسبات دوستانه بین دولت‌هاست و با اعتقاد بر اینکه اتخاذ مقررات متحدالشکل که ناظر بر قراردادهای خرید و فروش کالا بوده و نظام‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را مدنظر داشته باشد در رفع موانع حقوقی در تجارت بین‌المللی و ارتقای توسعه تجارت بین‌المللی کمک خواهد نمود، توافقات جدیدی نموده‌اند. طبق مواد اول و دوم کنوانسیون، برخی از موارد مهم و متمایز آن به شرح زیر قابل اشاره است:

قرارداد پیش‌فروش خودرو در قالب عقد بیع باشد، با عنایت به اینکه قدر متیقن نظر فقها مثبت بطلان بیع سلم و سلف حداقل نسبت به قسمت تأدیه نشده ثمن می‌باشد، لذا از نظر فقهی قابلیت گنجایش قراردادهای پیش‌فروش یاد شده به لحاظ مؤجل بودن قسمتی از ثمن آن با بیع سلم و سلف حمل تردید است. هرچند که عدم تجزیه قرارداد پیش‌فروش خودرو به عقود متعدده که ناشی از عدم امکان تجزیه مورد معامله (خودرو) می‌باشد در فرض حاضر عدم انطباق عقد مذکور با بیع سلم و سلف را تقویت می‌نماید. در ادامه اگر چه مطابق ماده ۳۶۱ قانون مدنی موجود بودن مبیع هنگام انعقاد عقد از شرایط اساسی صحت بیع تلقی شده ولی شرط مزبور در عقد عهده بیع کلی فی‌الذمه لازم‌الرعايه نمی‌باشد و همین اندازه که مبیع هنگام تسلیم نه زمان انعقاد عقد وجود خارجی داشته باشد کفایت می‌کند و عده‌ای از حقوقدانان نیز قرارداد پیش‌فروش محصولات کارخانه هواپیماسازی و اتومبیل‌سازی را از مصادیق بیع کلی فی‌الذمه بیان داشته‌اند هر چند قرارداد مباحوث عنه با اوصاف بیع کلی فی‌الذمه مطابقت دارد با این حال چنانچه مبنای صحت معامله را اطلاق آیه «اوفوا بالعقود» و حدیث «المومنون عند شروطهم» و اصل صحت و قاعده «العقود تابعه القصد» و ماده ۱۰ قانون مدنی قرار دهیم از حقیقت دور نیفتاده‌ایم.

اگر قرارداد پیش‌فروش خودرو در قالب عقد استصناع باشد، باید گفت با توجه به اینکه ماهیت عقد استصناع و قرارداد پیش‌فروش خودرو نمی‌توان قرارداد پیش‌فروش خودرو را در قالب عقد استصناع قرارداد و قرار دادن آن در قالب بیع کلی به واقعیت نزدیک‌تر است. زیرا همان‌طور که بیان کردیم عقد استصناع بر اموال قیمی استوار است و در معدود قراردادهایی این عقد در مورد اموال مثلی برقرار می‌شود در حالی که قرارداد پیش‌فروش خودرو بر اموال مثلی استوار است و بیع کلی فی‌الذمه نیز در مورد اموال مثلی استوار است.

که باید ساخته یا تولید شود بیع محسوب می‌شوند مگر اینکه سفارش دهنده تهیه قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد نموده باشد و قراردادهایی که در 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. ملاحظه می‌گردد که با توجه به تصریح ماده ۹، عقد استصناع و آثار آن در قراردادهای بین‌المللی، مشمول مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار دارد چرا که ماده ۹ به عقد بیع ناظر به آینده که تهیه مواد لازم جهت ساخت و تولید آن بر عهده خود سازنده باشد اشاره نموده است. این موضوع در تعریف عقد استصناع در فقه نیز مورد تأیید است و ساخت کالا چنانچه همراه با تهیه مواد لازم از سوی کارفرما باشد، در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران اجاره خدمات یا اجاره اشخاص می‌باشد که در بخش دوم ماده ۹ کنوانسیون نیز از بیع ناظر به آینده تفکیک شده است. حال که کلیاتی از کنوانسیون بیان گردید، اشاره کوتاهی به نحوه پرداخت ثمن در قانون مدنی ایران و کنوانسیون می‌گردد تا با نحوه پرداخت ثمن در عقد استصناع تطبیق گردد.

در قراردادهایی که توسط شرکت‌ها و حتی افراد حقیقی منعقد می‌شود، فروشندگان تمایل ندارند قبل از دریافت کامل ثمن، مالکیت خود را بر کالایی که سفارش ساخت آن داده شده از دست بدهند، از آن طرف خریدار نیز تمایل ندارد ثمن معامله را قبل از وصول کالای سفارش داده شده پرداخت کند. با توجه به ماده ۹۹۸ قانون مدنی، عقد بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. بنابراین در حقوق ایران ثمن می‌تواند هم وجه نقد، هم کالا و یا خدمت و هم هرچیزی که دارای ارزش و منفعت اقتصادی است، باشد. به عبارت بهتر، در عقد بیع تفکیک بین مبیع و ثمن الزامی است و دارای آثار متعدد می‌باشد. این موضوع در ماده ۹۲ کنوانسیون هم مورد تأکید قرار گرفته است. بر این اساس، مشتری مکلف است به ترتیب مقرر در قرارداد و این کنوانسیون، ثمن کالا را تأدیه و کالا

این کنوانسیون نسبت به قراردادهای بیع کالایی اعمال می‌گردد که محل تجارت طرف‌های عقد در کشورهای متفاوت قرار دارد مشروط بر اینکه:

۱- کشورهای مذکور در زمره دولت‌های متعاقد به کنوانسیون باشند، یا زمانی که قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین) منجر به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاقد گردد.

۲- این واقعیت که محل تجارت طرفین در کشورهای متفاوت با یکدیگر واقع شده است مورد توجه قرار نخواهد گرفت مگر اینکه واقعیت مزبور از قرارداد و یا از معاملات بین طرفین یا اطلاعات ارائه شده توسط آنها در زمان انعقاد قرارداد یا در هر زمانی پیش از آن، استنباط گردد.

۳- تابعیت طرفین قرارداد و نیز خصوصیت مدنی یا تجاری طرفین یا خود قرارداد در تعیین قلمرو این کنوانسیون ملحوظ نخواهد بود.

۴- این کنوانسیون در مورد فروش‌های ذیل قابل اعمال نیست:

الف) فروش کالاهایی که جهت مصرف شخصی، خانوادگی یا استفاده در منزل خریداری شده‌اند، مگر اینکه فروشنده در هر زمان قبل از انعقاد قرارداد یا در موقع انعقاد آن نه می‌دانسته و نه لزوماً باید می‌دانست که کالای مزبور برای چنین مصارفی خریداری شده‌اند.

ب) فروش از طریق مزایده  
ج) فروش ناشی از اجراء احکام یا فروشی که به نحوی از انحاء با مجوز قانونی صورت می‌گیرد.

د) فروش سرمایه شرکت‌های تجاری (سهام)، سهام شرکت‌ها، تضمین‌های سرمایه‌گذاری (اوراق بهادار)، اسناد قابل انتقال یا پول.

ه) فروش کشتی‌ها، سفائن، هاورکرافت‌ها (هواناوها) و وسایل نقلیه هوایی.

و) فروش نیروی برق.

نکته جالب توجه آنکه طبق ماده ۹ کنوانسیون، عقد استصناع و به عبارتی قراردادهای ناظر به تهیه کالایی

را قبض نماید. لذا در صورت توافق طرفین، ثمن می‌تواند اموری غیر از وجه نقد هم در نظر گرفته شود. امروزه با توجه به پیشرفت‌های صورت گرفته، اساساً جابه‌جایی پول برای پرداخت مبلغ قرارداد به غیر از معاملات بسیار خرد امکان‌پذیر بوده به نحوی که حواله بانکی، کارت‌های الکترونیکی اعتباری و پرداخت از طریق بانک‌های بین‌المللی از مهم‌ترین راه‌های پرداخت ثمن در قراردادهای می‌باشد.

سؤال دیگری که در این حوزه مطرح می‌شود آن است که ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا چگونه است؟

پرداخت مبلغ قرارداد یکی از مهمترین سرفصل‌های هر قراردادی است به طوری که در ماده ۱-۶-۷ اصول قراردادهای تجاری به موضوع ثمن معامله اشاره شده است. در این ماده مقرر شده: پرداخت می‌تواند به هر شکل متعارف در تجارت و در محل پرداخت انجام شود. ذینفع یک تعهد یا مطابق بند فوق یا به طور اختیاری - دارد و آن اینکه چک یا هر حواله یا هر تعهدی را، مطابق قرارداد پذیرفته، می‌بایست مبلغ آن چک یا حواله یا تعهد را پرداخت نماید. بنابراین پرداخت ثمن می‌تواند به هر شکل متعارف در عرف تجاری انجام پذیرد و این موضوع در اصول قراردادهای تجاری پذیرفته است.

در کنوانسیون وین اساساً به موضوع شرایط مورد معامله به آن گونه‌ای که در حقوق مدنی ایران اشاره شده، هیچ ارجاعی نگردیده است. در حقوق ایران مهمترین شرایط مورد معامله عبارت است از مالیت داشتن و منفعت عقلایی داشتن مورد معامله می‌باشد که در مواد کنوانسیون اشاره‌ای در خصوص آن نشده، لیکن ماده ۷۴ کنوانسیون بر معین و مشخص بودن مبلغ قرارداد و یا قابلیت تعیین در قرارداد تأکید داشته به طوری که در این ماده مقرر داشته است «لازم است مقدار ثمن به طور دقیق از قرارداد تعیین شده و یا با رجوع به قرارداد قابل تعیین باشد» بر طبق کنوانسیون وین مشخص بودن کالا و تجهیزات سفارش داده شده، ایجاب و اعلام اراده، ثمن و

مبلغ قرارداد و مکان تسلیم مبیع جزء عناصر و ارکان قرارداد می‌باشد. اگرچه در موارد بسیار نادری اتفاق می‌افتد که ثمن معامله و یا ضابطه تعیین ثمن در قرارداد طرفین پیش‌بینی و ذکر نگردد، لیکن این عدم تصریح نیز به این معنا نیست که شرکت سازنده مبلغ ثمن را به میزان دلخواه تعیین نماید، لذا رجوع به عرف خاص و اخذ نظرات نخبگان آن رشته از تجارت راهکار پیش‌بینی شده از سوی کنوانسیون برای تعیین ثمن قرارداد می‌باشد. البته ذکر این ضروری است اگر قانون دولت متبوع و قانونی که بر قرارداد حاکم می‌باشد، بر تصریح و مکتوب کردن تعیین ثمن تأکید داشته باشد اما به هر دلیلی اگر عدم اشاره به تعیین ثمن قرارداد را باعث بطلان قرارداد بدانند در آن صورت آنچه در ماده ۲۲ کنوانسیون مبنی بر رجوع به اوضاع و احوال تجارت و اخذ نظرات نخبگان آمده منتفی و ماده ۲۲ کنوانسیون اعمال نخواهد شد.

از دیدگاه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عدم تعیین مبلغ قرارداد و ثمن، تأثیر و خللی در اعتبار و مشروعیت قرارداد بیع ندارد، اما از منظر این کنوانسیون، نحوه صحیح انعقاد قرارداد اهمیت داشته و مورد تأکید می‌باشد. در ماده ۲۲ کنوانسیون به موضوع تصریح یا عدم ثمن اشاره شده و آمده است (شعاریان، ۱۳۹۱).

بنابراین همان‌گونه که ملاحظه دارید برای کنوانسیون نحوه انعقاد قرارداد از درجه اهمیت فراوانی برخوردار بوده و لذا عدم تصریح بر ثمن را جزء شرایط برهم زدن و بطلان قرارداد محسوب ننموده است. لازم به ذکر است در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز که به موضوع مبلغ قرارداد اشاره شده، به نحوی که در ماده ۱، ۲ و ۷ همچون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا عدم درج قیمت کالا در قرارداد را باعث برهم خوردن قرارداد ندانسته و چنین اعلام نموده است که یکی از طرفین قرارداد در صورت عدم تعیین ثمن، این اجازه را دارد که نسبت به اعلام مبلغ قرارداد و اعلام نماید، لیکن اگر این مبلغ اعلامی غیرمتعارف و غیرکارشناسی باشد، طرفین می‌توانند به قیمت متعارف و معقول و جایگزین نمایند.

نکته قابل ذکر دیگر در خصوص عدم تعیین ثمن در قانون مدنی اینک، طبق ماده ۹۹۳، (پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد). لذا بر اساس قانون مدنی، اصولاً بایستی علاوه بر مبیع، ثمن نیز در هنگام عقد قرارداد مشخص باشد چرا که جهل مطلق به عوضین موجب ابطال قرارداد است. مع الوصف در صورت وجود شرایط عرفی مبنی بر عدم تعیین ثمن در لحظه انعقاد عقد و قابلیت تعیین آن براساس عرف تجاری مربوطه، منعی در این خصوص وجود ندارد. ماده ۷۶۵ قانون مدنی بیان می‌دارد که مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی کافی است. نهایتاً عوض و معوض نباید برای متعاملین مجهول باشد زیرا که جهل طرفین یا یکی از آنها نسبت به عوضین، موجب غرر است و بیع غرری به اجماع فقها و به موجب حدیث نبوی (نهی‌النبی عن بیع الغرر) باطل است لکن با توجه به مبنای غرر (رفع ضرر ناروا) و تعریف آن که عبارتست از جهل به عوضین و احتمال حصول ضرر از ناحیه آن جهل، صرف جهل به تنهایی سبب غرر نیست بلکه جهلی سبب غرر است که منتهی به ضرر شود. پس چنانچه از جهل ضرری ایجاد نشود، غرری نخواهد بود و می‌توان در مواردی با علم اجمالی پیش رفت.

ذکر این نکته مهم می‌باشد که در بند ۷ ماده ۷۴ کنوانسیون چنین بیان شده است که «ایجاب در صورتی که کافی و مشخص می‌باشد که کالا را معین و معلوم نموده و به نحو صریح یا ضمنی هم مقدار کالا و هم ثمن معامله یا ضوابطی برای تعیین ثمن را مقرر و پیش بینی کرده باشد». اما نکته حائز اهمیت آن است که مطابق ماده ۷۴ در صورت عدم ثمن یا عدم وجود ضوابط برای تعیین آن، ایجاب محقق نشده است. از طرف دیگر ماده ۲۲ کنوانسیون در خصوص آن مواقعی است که تعیین ثمن قرارداد، شرط صحت قرارداد انگاشته نشده است، بنابراین به نظر کارشناسان به صورت ظاهری با تعارضی در مواد ۷۴ و ۲۲ کنوانسیون مواجه شده‌ایم. برای حل این مشکل

و در مقام رفع تعارض عده‌ای از اساتید حقوق برای احراز صحت قرارداد به قانون آن کشور متبوع که قابل تسری بر قرارداد است، رجوع گردد و در صورتی که در قانون کشور مربوطه صحت قرارداد فقط با تعیین ثمن برقرار می‌گردد، در آن حالت، قرارداد صحیح می‌باشد و ماده ۷۴ کنوانسیون ملاک عمل قرار خواهد گرفت، در غیر این صورت با عدم ذکر تعیین ثمن و ضوابط و معیار در قرارداد برای تعیین ثمن، ماده ۲۲ و ملاک عمل و قابل استناد می‌باشد. بنابراین تخطی از هر یک از قیود توسط فروشنده، به خریدار این امکان را می‌دهد تا به عنوان تخطی فروشنده از قرارداد، از پذیرش محصولات خودداری کند. در حال حاضر، کنوانسیون‌های بین‌المللی بر فروش کالا در تجارت نظارت دارند و در چارچوب قراردادهای تجاری رسمیت می‌یابند. با این حال، در غیاب چنین کنوانسیون‌هایی، قوانین داخلی اعمال می‌شود و این می‌تواند منجر به «تعارض قوانین» شود که در مورد آن قوانین داخلی بر اساس اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اولویت دارد. در میان چنین شرایطی، اعمال حقوق خصوصی داخلی در دعاوی تجاری می‌تواند نتایج متفاوتی را به همراه داشته باشد، به طوری که دادگاه‌های ملی اغلب در رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی ناکافی هستند، که باعث بروز دو پدیده ارتجاعی می‌شود: افزایش قراردادهای بسیار پیچیده که تا حد زیادی به حقوق قراردادهای ملی منجر می‌شود و ثانیاً، استفاده از داوری تجاری بین‌المللی به عنوان ابزار اصلی حل اختلاف.

سؤال سوم پژوهش (نگاه به عقد استصناع در ایران و دیگر کشورها چگونه است؟

تقریباً در همه کشورهای دنیا موضوع عقد استصناع یا به عبارت دیگر ساخت و تولید داخلی همواره مطرح بوده و دولت‌های مختلف به دلیل مسائل مختلفی از جمله تحریم، لزوم استفاده از توان صنعتگران داخلی، اشتغال‌زایی بیشتر و غیره موضوع استصناع و ساخت داخل تجهیزات و قطعات مورد نیاز را مورد توجه قرار داده‌اند و هزاران قرارداد و توافق‌نامه برای این منظور با

تولیدکنندگان و صنعتگران در راستای حمایت از تولید داخل منعقد می‌نمایند البته نوع و عمق نگاه دولت‌ها در این قضیه با هم متفاوت بوده و آن هم چیزی جز شرایط استراتژیک، اقتصادی و اوضاع حاکم بر جامعه و دولت‌ها نیست. حال نگاهی بر این موضوع در کشور روسیه و چین می‌اندازیم و با کشور ایران مقایسه می‌کنیم.

#### الف- کشور روسیه

در سال‌های اخیر روسیه سیاست جایگزینی واردات را رونمایی کرده است به این ترتیب که روسیه و شرکتهای خارجی شروع به استفاده از مدل‌های جدید نموده اند تا اینکه موقعیت بازارهای خود را از دست ندهند لذا به دلیل صنعتی سازی مجدد و جانمایی شرکتهای خارجی در روسیه مدل قرارارهای ساخت (استنصاع) مدلی بسیار مهم تلقی می‌گردد.

#### ب- کشور چین

در کشور چین موضوع همه‌گیری کووید ۱۹ این کشور پرجمعیت و مصرف گرا را که متکی به واردات مواد غذایی است دچار کمبود شدید می‌کند لذا بر اساس تحقیقات و تلاش‌های گسترده صورت گرفته در سیستم دامپروری چین انقلاب اساسی رخ داده و پنجاه درصد از محولات دامی در داخل این کشور تولید شده و در نتیجه اتکای کشور چین به واردات این محصولات استراتژیک کاهش یافته است.

#### ج- کشور ایران

قانون مدنی ایران، تعریف خاصی از ثمن ارائه نداده است و از آن به عنوان عوض نام برده است، چنانکه در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران در تعریف بیع بیان شده است که بیع عبارت است از: تملیک عین به عوض معلوم. در اینجا این ابهام پیش می‌آید که آیا ثمن تنها بر وجوه نقد قابل اطلاق است و یا شامل غیر از آن نیز می‌شود؟ از اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران چنین بر می‌آید که ثمن هر چیزی را که مالیت یا منفعت عقلایی و مشروع داشته باشد در بر می‌گیرد. بنابراین این ماده بیانگر آن است که ثمن در قانون مدنی ایران می‌تواند هر

آنچه که مالکیت یا منفعت عقلایی یا مشروع داشته باشد قرار گیرد. همچنین در فقه امامیه نیز، ثمن می‌تواند هر چیزی که مالیت داشته باشد، قرار گیرد لذا چیزهایی مانند عین، منفعت، حق و عمل می‌توانند در عقد بیع به عنوان ثمن مورد استفاده قرار گیرند. عده‌ای از حقوقدانان بیان داشته‌اند که کلمه (عین) در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران اشاره به این مطلب دارد که منفعت به تنهایی نمی‌تواند مبیع قرار گیرد. عده دیگری از حقوقدانان، به قابلیت عوض قرار گرفتن حقوقی که قابل نقل و انتقال هستند، یا عملی که قبل از وقوع عقد بر آن، مالیت آن احراز گردیده است و دارای وصف مال می‌باشد، اشاره نموده‌اند در فقه امامیه، از ثمن به عنوان عوض یاد شده است و عنوان گردیده است که ثمن، شامل هر چیزی که مالیت داشته باشد، می‌شود، اما مبیع، فقط می‌تواند عین، اعم از عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه باشد.

حال به مفهوم ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌پردازیم. اولین پرسشی که در قراردادهای بین‌المللی میان تجار و شرکتهای تجاری (با سیستم‌ها و نظام‌های حقوقی ملی متفاوت) در ذهن متبادر می‌شود آن است که فی‌الواقع چه تعهداتی بر این روابط حاکم است و در مقام حل اختلاف باید به کدام نظام حقوقی و متعلق به کدام کشور مراجعه نمود؟ وجود چنین مسائلی باعث گردید که کمیسیون حقوق تجارت بین‌المللی سازمان ملل متحد (آنسیترال) تلاش‌های زیادی را در راستای ایجاد مقررات متحدالشکل برای تبعیت همه طرفین قراردادهای بین‌المللی بر روابط تجاری بالاخص در زمینه بیع کالا انجام دهد.

در کنوانسیون هیچ تعریفی از قرارداد بیع ارائه نشده است، تنها در ماده ۳ کنوانسیون میان قرارداد بیع و دیگر قراردادهای مرسوم در تجارت بین‌المللی حد و مرز باریک، ترسیم شده است. در این ماده، قراردادهایی که ناظر به تهیه کالاهایی که باید ساخته، یا تولیدشوند، بیع تلقی شده و در نتیجه آنها را مشمول مقررات کنوانسیون قرار داده است، مگر آنکه سفارش دهنده متعهد، به تهیه بخش

ب- اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا، داشته باشد).

پس، بحث اعتبار و صحت شروط مزبور از حاکمیت کنوانسیون خارج می‌باشد؛ البته، در کنوانسیون بر معین بودن ثمن و یا قابلیت تعیین آن در قرارداد تأکید گردیده است. ماده ۱۴ کنوانسیون مقرر داشته است که لازم است مقدار ثمن به طور دقیق در قرارداد تعیین شود و یا با رجوع به قرارداد قابل تعیین باشد. در بند ۱ قانون ۱۴ کنوانسیون بیان شده است که (پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند فرد معین، چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب است. پیشنهاد در صورتی کافی است که کالا را مشخص نموده و به نحو صریح یا ضمنی، مقدار کالا و ثمن را معین یا ضوابطی جهت تعیین آن دو مقرر نماید) پرداخت ثمن از طریق اعطا ثمن به بائع، با مقررات وضع شده در مواد ۵۹، ۷۸ و ۸۵ کنوانسیون که مربوط به پرداخت ثمن می‌باشند، تداعی می‌گردد. در ماده ۵۹ کنوانسیون مقرر شده است که (مشتري مکلف است در موعد مقرر یا قابل تعیین بوسیله قرارداد بدون اینکه مستلزم تقاضا یا رعایت تشریفات از ناحیه بائع باشد، ثمن را تأدیه نماید). در ماده ۷۸ کنوانسیون نیز چنین آمده است که (هرگاه یکی از طرفین، ثمن یا وجوه دیگری را که پرداخت آن‌ها به تأخیر افتاده است تأدیه ننماید، طرف دیگر مستحق دریافت بهره خواهد بود، بدون اینکه به حق وی در ادعای خسارت موضوع ماده ۷۴ خللی وارد آید).

در ماده ۸۵ کنوانسیون نیز آمده است که (هرگاه مشتری نسبت به قبض کالا تأخیر نماید یا در موردی که تأدیه ثمن و تحویل کالا می‌باید به صورت هم‌زمان صورت گیرد، مشتری در تأدیه ثمن قصور ورزد).

بنابراین در کنوانسیون وین، تعریف خاصی از ثمن ارائه نگردیده است. اما از ظاهر مواد ۵۹ و ۷۸ و ۸۵ کنوانسیون چنین استنباط می‌گردد که ثمن می‌تواند به صورت پول و وجه نقد باشد. از طرفی از آنجایی که طرفین

عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا باشد. همچنان که مطابق بند ۲ این ماده (قراردادهایی که در 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).

از طرفی، در ماده ۲ کنوانسیون، مصادیق دیگری از قراردادهای فروش از شمول مقررات کنوانسیون خارج شده‌اند. این ماده بیان می‌دارد که: (کنوانسیون حاضر بر بیع‌های زیر جاری نخواهد بود:

الف. بیع کالاهایی که جهت مصارف شخصی، خانوادگی یا استفاده در منازل خریده می‌شوند، مگر اینکه فروشنده قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن، از اینکه کالاهای مزبور برای مصارف فوق خریداری شده‌اند، اطلاعی نداشته یا مکلف نبوده اطلاعی در این مورد داشته باشد؛

ب. بیع از طریق حراج

ج. بیع ناشی از اجرای قانون یا بیعی که به نحو دیگری به حکم قانون واقع گردد.

د. بیع سهام، سهم‌الشرکه اوراق بهادار، اسناد قابل انتقال یا پول

ه. بیع کشتی‌ها، سفاین، هاورکرافت (هوانا) و وسایل نقلیه هوایی؛ و بیع نیروی برق).

در کنوانسیون وین، اشاره به شرایطی که مورد معامله باید واجد آن باشد، از قبیل مالیت داشتن، منفعت عقلایی داشتن به نحوی که در قانون مدنی ایران ذکر شده، اشاره نگردیده است. مطابق ماده ۴ کنوانسیون، کلیه مسائل مربوط به اعتبار، صحت قرارداد و صحت هر یک از شرایط قرارداد از شمول کنوانسیون خارج دانسته شده، به طوری که در آن تصریح شده است که (مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود، بوده و ارتباطی خاصه با امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصریح شده باشد:

الف- اعتبار قرارداد یا هر یک از شرایط آن

در مورد شکل قرارداد آزاد می‌باشند، می‌توانند بر روی بیع بودن مبادله کالا به کالا و حاکمیت مقررات کنوانسیون بر آن توافق نمایند. در پاره ای از قراردادهای بین‌المللی کالا یا خدمات به جای وجه نقد، ثمن هستند، اما تعهدات از قبل به پول تقویم می‌شوند و بر مبنای آن کالا یا خدمات جایگزین پول می‌گردند. در مورد مبادله کالا به کالا که معاوضه خالص می‌باشد، میان حقوق دانان در مورد قرار داشتن آن تحت مقررات کنوانسیون اختلاف نظر نمی‌باشد، اما به جهت رعایت مصلحت طرفین، توافق بر حاکم بودن مقررات کنوانسیون در این نوع از قراردادها لازم و ضروری می‌باشد تا از اختلافات احتمالی جلوگیری شود.

به نظر می‌رسد که وجه نقد بودن ثمن دارای ارجحیت می‌باشد، بدین علت که در معاملات امروزی، نقد بودن ثمن در دادوستدهای جاری، دارای سهولت بیشتری بوده و باعث بروز مشکلات کمتری در عمل می‌گردد، همچنان که با نقد بودن ثمن، تمایز عقد بیع از عقد معاوضه به راحتی امکان‌پذیر می‌باشد. آنچه که در قانون مدنی ایران و فقه در مورد تمایز معاوضه از بیع بیان گردیده است خالی از اشکال نیست، چرا که پی بردن به قصد و اراده طرفین در عقد در مواردی امکان‌پذیر نمی‌باشد و رجوع به عرف در این موارد ضروری می‌باشد.

#### ۶- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

به‌طور خلاصه انواع قراردادهای استصناع مشمول احکام بیع سلف نبوده اما می‌توان به آن دسته از قراردادهایی که سفارش‌دهنده، دستورکار تولید تعدادی از کالاهای تولیدی را به سازنده می‌دهد، از مصادیق بیع سلف دانست، مثلاً تولید پارچه‌های روی مبل به میزان معین و اوصاف مشخصی مطابق نمونه کالای رؤیت شده، لیکن در سایر انواع استصناع که تجهیزات نیمه تمامی همچون کشتی در حال ساخت، فروخته می‌شود و یا نوع دیگری از قراردادهای سفارش ساخت همچون احداث پروژه‌های عمرانی با ویژگی‌های مشخص، قطعاً این‌گونه موارد نمی‌تواند از مصادیق بیع سلف به حساب آید.

برخی بر این اعتقاد هستند که عقد استصناع بین سیره متشرعه مسلمین موسوم نبوده و بدین ترتیب قرارداد استصناع به این دلیل که هم ثمن و هم مبیع مدت‌دار می‌باشند، لذا از مصادیق بیع نبوده و فقط می‌توان آن را نوعی وعده برای معامله در آینده برشمرد. در پاسخ باید اشاره کرد سیره عقلا در حال حاضر و در یکصد سال اخیر چنین نبوده و اتفاقاً بیشتر معاملات از نوع معاملاتی است که در آن مبلغ قرارداد و مبیع هر دو مدت‌دار می‌باشند.

از سویی برخی قرارداد استصناع را از جمله مصادیق اجاره یا شبه اجاره مانند جعال دانسته‌اند و بر همین مبنای این اعتقاد هستند که سفارش‌دهنده، سازنده را برای ساخت تجهیزات و وسایل مورد نظر اجیر کرده و سازنده مطابق نظر سفارش‌دهنده کالا را می‌سازد.

به‌طور خلاصه و در میان دیدگاه‌ها و نظرات مختلفی که درباره ماهیت عقد استصناع بیان شده است، می‌توان جامع‌ترین دیدگاه را در رابطه با سفارش‌دهنده و سازنده، به این نظر اشاره داد که قراردادهای سفارش ساخت را می‌بایست ماهیتی مستقل از سایر قراردادها دانست و ماده ۷۱ قانون مدنی که بیان‌کننده آزادی در قراردادها (به شرط عدم مخالفت با شرع مقدس و قانون) است بهترین مستند برای قانونی و شرعی بودن قراردادهای استصناع دانست.

باید توجه داشت که در عرف تجاری قراردادهای استصناع در ذیل ماده ۷۱ قانون مدنی و به عنوان قراردادی با شرایط اساسی صحت معاملات و توافق بر سر موضوع ثمن و تسلیم کالا در جامعه رواج دارد، مضافاً اینکه قراردادهای سفارش ساخت قراردادهایی لازم و عهدی است که در خصوص مقدار، وصف، نوع، مواد اولیه، زمان تحویل کالا و مبلغ قرارداد، توافق لازم صورت می‌پذیرد تا از هرگونه جهل و غرر و ضرر احتمالی جلوگیری گردد.

از مهمترین آثار قراردادهای استصناع می‌توان به انتشار اوراق استصناع بر مبنای قراردادهای سفارش ساخت اشاره کرد. اوراقی که اوراق بهادار بوده و قابل نقل



شعاریان، ابراهیم. (۱۳۹۱). ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش موانع حقوقی و فقهی راهکارها. نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۳(۵): ۸۳-۱۲۱.

عبدی، یاسر؛ جعفرزاده، جعفر؛ آری، محمود. (۱۳۹۴). بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع. نشریه پژوهش‌های فقه حقوق اسلامی، ۱۲(۴۲): ۹۵-۱۱۴.

عیسوی، محمود؛ محمودی، اعظم. (۱۳۹۴). اوراق استصناع و تأمین مالی خرد در مناطق محروم. نشریه معرفت اقتصادی، ۶(۲): ۸۷-۱۰۷.

غلامی جمکرانی، رضا. (۱۳۹۷). مطالعه تطبیقی حسابداری عقد استصناع در نظام بانکداری ایران و سازمان حسابداری و حسابرسی مؤسسات مالی اسلامی. دو فصلنامه تحقیقات مالی اسلامی، ۷(۱۴): ۴۹۴-۴۵۳.

قادری، جعفر؛ ایزدی، بهنام. (۱۳۹۶). بررسی آثار اقتصادی و مفاهیم فقهی عقود سه‌گانه جدید استصناع، خرید دین و مرابحه به عنوان ابزارهای نوین بانکداری. نشریه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۲۰: ۷۹-۹۷.

قائم‌نیک، علی‌نقی. (۱۳۹۲). بررسی برخی از روش‌های تأمین مالی طرح‌ها و پروژه‌های شهری با تأکید بر روش سهام پروژه و بررسی نمونه موردی سهام پروژه مجد مشهد. نشریه شهرسازی و معماری هفت شهر، ۴(۴۳ و ۴۴): ۱۰۴-۹۵.

کمیحانی، اکبر؛ نظریور، محمدنقی. (۱۳۸۷). چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا. نشریه اقتصاد اسلامی، ۸(۳۰): ۶۹-۹۷.

الماسی، نجادعلی؛ امارتی موسوی، سید محمد. (۱۳۹۵). مقایسه مزایا و معایب قرارداد استصناع و قرارداد BOT در اجرای پروژه‌های دولتی. دوفصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه، ۲: ۳۰-۵.

و انتقال است و دارنده آن در سررسیدهای معین، میزان سود معین خود را دریافت می‌نماید.

در قراردادهای بین‌المللی و در صورت توافق بر رجوع به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در زمان بروز اختلافات، مفاد این کنوانسیون می‌تواند به عنوان فصل‌الخطاب قرار گرفته و مانع از طرح دعوا در مراجع قضایی گردد. مطابق ماده ۸ کنوانسیون، عدم انطباق کیفیت باعث بروز نقض اساسی قرارداد می‌شود. در کنوانسیون وین سیاست و خط مشی کلی آن است که تا جایی که ممکن است قراردادهای باقی‌مانده و حق فسخ به عنوان یک راه حل استثنایی و ویژه باشد. لذا از نظر کنوانسیون وین فقط در صورت نقض اساسی قرارداد یعنی عدم مطابقت تجهیزات سفارش داده شده برای ساخت، امکان حق فسخ قرارداد وجود داشته باشد.

با توجه به یافته‌های پژوهش، پیشنهادات ذیل ارائه می‌گردد:

- ضرورت اصلاح قانون پیش‌فروش ساختمان
- ضرورت بازنگری در قراردادهای EPC
- ایجاد رشته حقوقی احداث.

#### ۷- منابع

آیتی، سیدمحمدرضا؛ آل‌بویه، علی. (۱۳۸۹). بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس. نشریه پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، ۳(۵): ۳۴-۹.

الهام، صادق؛ عباسی، یونس. (۱۳۹۹). قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی. نشریه اقتصاد اسلامی، ۲۰(۷۹): ۸۷-۱۱۳.

باقری، احمد. (۱۳۸۵). فقه مدنی. تهران: انتشارات سمت.

پیرهادی، محمدرضا. (۱۳۸۵). انتقال مالکیت در بیع مال آینده. مجله حقوقی عدالت آرا، ۴، ۳۹-۷۸.

تقی‌زاده، ابراهیم. (۱۳۹۵). استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر دستورالعمل‌های ۱۳۹۰/۰۵/۲۵ شورای پول و اعتبار. دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، ۱۶(۱): ۱۱-۱۸.

مصطفوی، سید مصطفی؛ رحیمی، سید علی اصغر. (۱۳۸۹). ماهیت قرارداد پیش فروش در حقوق ایران و فقه امامیه. نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۱(۳۱): ۱۴۵-۱۹۱.

معلمی، مرتضی. (۱۳۹۳). ارزیابی استفاده از صکوک استصناع برای تأمین مالی پروژه‌های شهری به همراه رتبه‌بندی مدل‌های موجود صکوک استصناع با استفاده از تکنیک تحلیل سلسله‌مراتبی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم اقتصادی.

منصوری، سعید. (۱۳۹۰). بررسی ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران. فصلنامه حقوق، ۴(۲): ۲۳۹-۲۵۹.

موسویان، سید عباس. (۱۳۸۶). ابزارهای مالی اسلامی (صکوک). تهران: پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی.

موسویان، سیدعباس. (۱۳۸۶). اوراق بهادار استصناع؛ مکمل بازار سرمایه ایران. دوفصلنامه جستارهای اقتصادی، ۴(۸)،

موسویان، سیدعباس؛ بازوکار، احسان. (۱۳۹۲). احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع. فصلنامه بورس اوراق بهادار، ۲۱(۶): ۳۲-۵.

نظریور، محمدتقی. (۱۳۸۷). ماهیت فقهی و کارکرد بانکی عقد استصناع ابزاری برای سیاست مالی و پولی. قم: انتشارات دانشگاه مفید

نظریور، محمدنقی؛ محمدی، مرتضی. (۱۳۹۰). صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران. نشریه حقوق اسلامی، ۸(۲۸): ۳۷-۷۱.